

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

TESCİLLİ MARKANIN KULLANILMA YÜKLENTİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
BURCU KAHVECİ
20610562**

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Güven Vural**

ANKARA 2008

ÖZET

Marka, işletmeler arasında rekabette gittikçe artan bir öneme sahiptir. Bugün yatırımcıları risk üstlenmekteki ikna edici unsurlardan biri de yatırım alanındaki markanın gücüdür. Ekonomik ve ticari hayatta bu denli öneme sahip olan markanın korunması konusu da buna paralel olarak artan bir öneme sahiptir. Ancak markanın korunması açısından belli şartların gündeme gelmesi de kaçınılmaz olmuştur. Bu şartlardan en önemlisi de işletmeyi diğer işletmelerden ayırt etmede kullanılan tescil edilmiş bir markayı *kullanılma yükümlülüğüdür*.

Tescilli markanın kullanılma yükümlülüğü 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname' nin 14. maddesi hükmünde ifadesini bulmuştur. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, markanın iptal edileceği belirtilmiştir. Ancak bu maddenin amacının marka sahibine markasını ara vermeden sürekli kullanma zorunluluğu yüklemek olduğu düşünülmemelidir. Başka bir deyişle kararname koyucu tescilli marka sahibine markasını maddede belirtilen süreden kısa bir süre olmak kaydıyla kullanmaması halinde markasının korunacağını taahhüt ederek beş yıllık bir hoşgörü süresi vermektedir. Böylece marka sahibi, söz konusu hoşgörü süresi sayesinde markasının hukuki güvenceye sahip olacağına inanarak ticari ve ekonomik hayatta markadan elde etmeyi umduğu maddi ve manevi çıkarları elde edebilmektedir. Buna ek olarak marka sahibi, kararnamenin 14. maddesinin 2. fıkrasında 4 bent halinde sayılan markayı kullanma hallerinden birini yerine getirmek kaydıyla markasını kullandığı kabul edilerek hukuki korumanın sınırları genişletilmektedir. Marka sahibi markasını aynen kullanmaya zorlanmayarak, kararnamede sayılan hallerden birini yerine getirmek kaydıyla markasını kullandığı kabul edilmekte ve kullanım yükümlülüğü yerine getirilmiş olmaktadır.

Ancak söz konusu beş yıllık sürenin geçirilmesi halinde marka sahibi bir takım yaptırımlarla karşılaşmaktadır. Bu husus kararnamenin 42. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ifadesini bulmaktadır. Bu maddeye göre kararnamenin 14. maddesinde belirtilen kullanım yükümlülüğüne uyulmaması halinde marka iptal edilecektir. Ancak, 5 yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hükümsüzlük nedeni sayılmamaktadır. Ayrıca dava açılacağı düşünülerek kullanma gerçekleşmiş ise, mahkeme davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almayacaktır.

Bu nedenle çalışmamızda önemli bir yere sahip olan markanın kullanılma yükümlülüğü incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken ulusal kapsamda kullanma ile yetinilmeyip uluslararası kapsamda markanın kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmesi hususu da incelemeye tabi tutulmuştur.

ABSTRACT

Trademark has an important situation in economic and trade between companies. The power that trademark has today is convincing financiers to have risks. Because of this power that trademark has in economic life, it is also important to protect it.

There are some conditions to protect trademarks. One of them is obligation of using registered trademarks which is so important to protect trademarks.

Obligation of using trademark is placed in Numbered 556 Decree Law About Protecting Trademarks in article 14. According to article 14 paragraph 1, if, within a period of five years following the date of the registration procedure, the proprietor has not put the trade mark to genuine use in connection with the goods or services in respect of which it is registered, or if such use has been suspended during an uninterrupted period of five years, the trade mark shall be subject to the sanctions. As it seems, the proprietor has given a five year clemency period to not use its trademark. In this period the trademark will be protected even it is not used.

According to article 14 paragraph 2; The following shall also constitute use within the meaning of paragraph 1:

- a. use of the trade mark in a form differing in elements which do not alter the distinctive character of the mark in the form in which it was registered;
- b. affixing of the trade mark to goods or to the packaging thereof in the Member State concerned solely for export purposes,
- c. using trademark with the consent of the proprietor,
- d. importation of goods with the trademarks.

Sanctions of for non use of a trademark is placed in Numbered 556 Decree Law About Protecting Trademarks In Article 42/1 (c). According to this article, trademark will not be declared invalid on the ground of not obeying to the Article 14. If the proprietor begins genuine use after the five years, the trademark shall not be cancelled. If the proprietor begins using trademark to avoid the cancellation, the court will not consider three months usage before the case. The cancellation of trademarks is done by courts in stead of administrative units.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
KISALTMALAR.....	VI
GİRİŞ.....	1

Birinci Bölüm

GENEL OLARAK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI, MARKA VE MARKA TÜRLERİ

I) FİKRİ (Entellektüel) MÜLKİYET HAKLARI.....	4
A) Fikri Haklar.....	5
B) Sınai Mülkiyet Hakları.....	5
II) MARKANIN TANIMI.....	7
III) MARKA HAKKININ TARİHÇESİ.....	11
IV) MARKA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	13
A) Fikri Mülkiyet Teorisi.....	13
B) Şahsiyet Hakları Teorisi.....	14
C) Monist Teorisi.....	14
D) Eser Sahipliği Teorisi.....	15
V) MARKALARIN FONKSİYONLARI.....	15
A) Kaynak Fonksiyonu.....	15
B) Garanti Fonksiyonu.....	16
C) Reklam Fonksiyonu.....	16
D) Ayırt Edicilik Fonksiyonu.....	17
VI) MARKA HAKKININ KAZANILMASI İLE İLGİLİ SİSTEMLER.....	18
A) Tescil Sistemi.....	18
B) İlk Kullanma Sistemi.....	19
C) Karma Sistem.....	20
VII) MARKA KULLANILMASI İLE İLGİLİ SİSTEMLER.....	23
A) Serbesti Sistemi.....	23
B) Zorunluluk Sistemi.....	23
C) Karma Sistem.....	23
VIII) MARKANIN TESCİLİ ve MARKA HAKKININ KAPSAMI.....	24
IX) MARKA TÜRLERİ.....	29
A) Konusuna Göre.....	29
1- Ticaret Markası.....	29
2- Hizmet Markası.....	29
B) Hak Sahiplerinin Sayısına Göre.....	30
1- Ferdi (Bireysel) Marka.....	30
2- Garanti Markası.....	31
3- Ortak Marka.....	32
4- Holding Markası.....	33
C) Amaca Göre.....	33
1- Koruyucu Marka.....	33
2- Tedbir Markası.....	33
3- Merchandising Markası.....	34
D) Niteliğine Göre.....	34
1- Renk Markası.....	35

2- Ses Markası.....	37
3- Koku Markası.....	39
4- Üç Boyutlu Marka.....	40
5- Hareketli Markalar.....	41
E) Tanınmışlığına Göre.....	41
1- Basit Markalar.....	41
2- Tanınmış Markalar.....	41

İkinci Bölüm

YÜKLENTİ KAVRAMI ve TERCİH SEBEPLERİ, TESCİLLİ MARKANIN KULLANILMA YÜKLENTİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER, MARKANIN KULLANILMA YÜKLENTİSİ ve KULLANMA SAYILAN HALLER, KULLANMA YÜKLENTİSİNE UYULMAMASININ YAPTIRIMI

I)YÜKLENTİ KAVRAMI ve TERCİH SEBEPLERİ.....	44
II)TESCİLLİ MARKANIN KULLANILMA YÜKLENTİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	48
A) Uluslararası Düzenlemeler.....	48
1- Paris Sözleşmesi.....	48
2- TRİPs Anlaşması.....	49
3- Avrupa Topluluğu' na Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarını Uyumlaştırılmaya Yönelik 89/104 Sayılı Birinci Konsey Yönergesi.....	52
B) Ulusal Düzenlemeler.....	54
1- 551 Sayılı Markalar Kanunu.....	54
2-556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.....	54
C) Tescilli Markanın Kullanılma Yüklenmesine İlişkin Düzenlemelerin Amacı....	56
III) TESCİLLİ MARKANIN KULLANILMA YÜKLENTİSİ.....	57
A) Markayı Kullanma Niyeti Ve İşletmenin Varlığı Sorunu.....	57
B) Markanın Kullanılması Kavramı.....	59
1- Tescilli Markanın Kullanılması İle İlgili Esaslar.....	59
a) Markanın Marka Sahibi Tarafından Kullanılması.....	59
b) Markasal Kullanım (Marka Hukukuna Özgü – İşleve Uygun-Kullanım).....	60
c) Markanın Koruma Alanına Giren (Sicilde Kayıtlı) Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması.....	63
d) Markanın Ciddi Kullanılması.....	66
e) Markanın Yurtiçinde Kullanılması.....	67
C) Kullanma Sayılan Haller.....	68
1- Markanın Ayırt Edici Karakterini Değiştirmeden Farklı Unsurlarla Kullanılması.....	68
a) Genel Olarak.....	68
b)Markanın Tescil Edildiği Şekilden Farklı Kullanılması Halleri.....	69
aa) Sözcük Markalarının Farklı Şekilde Kullanılması.....	69
bb) Şekil veya Renk Markalarının Farklı Kullanılması.....	72
cc) Markaya Yeni İşaretler Eklenmesi.....	73
2- İhracatta Kullanılması.....	75
3- Marka Sahibinin İzniyle Kullanılması.....	77
4- Markayı Taşıyan Malların İthalatta Kullanılması.....	81

5- Markanın İnternette Kullanılması.....	82
D) Marka Türlerine Göre Kullanım Yüklentisi.....	84
1-Ticaret Markası Açısından Kullanım Yüklentisi.....	84
2-Hizmet Markası Açısından Kullanım Yüklentisi.....	85
3-Ferdi (Bireysel) Marka Açısından Kullanım Yüklentisi.....	85
4-Garanti Markası Açısından Kullanım Yüklentisi.....	86
5-Ortak Marka Açısından Kullanım Yüklentisi.....	87
6-Koruyucu Marka Açısından Kullanım Yüklentisi.....	88
7-Tedbir Markası Açısından Kullanım Yüklentisi.....	88
8-Merchandising Markası Açısından Kullanım Yüklentisi.....	89
9-Renk Markası Açısından Kullanım Yüklentisi.....	89
10-Ses Markası Açısından Kullanım Yüklentisi.....	90
11-Koku Markası Açısından Kullanım Yüklentisi.....	91
12-Üç Boyutlu Marka Açısından Kullanım Yüklentisi.....	91
13-Tanınmış Marka Açısından Kullanım Yüklentisi.....	92
IV) KULLANMA YÜKLENTİSİNE UYULMAMASININ YAPTIRIMI.....	96
A) Kullanma Yüklentisine İlişkin Hoşgörü Süresi.....	96
B) İptal Davası.....	100
C) Davacı.....	102
D) Davalı.....	103
E) İptal Davasının Açılabilceği Süre.....	104
F) Görevli Ve Yetkili Mahkeme.....	108
G) İspat Sorunu ve Delil Gösterme Yüğü.....	108
H) İptal Yaptırımının Hukuki Etkisi.....	112
İ) Markanın Haklı Nedenlerden Dolayı Kullanılamaması.....	114
SONUÇ.....	119
KAYNAKÇA.....	130
EK	138

KISALTMALAR

AB.	: Avrupa Birliği
ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
age.	: Adı Geçen Eser
agm.	: Adı Geçen Makale
agt.	: Adı Geçen Tebliğ
BK.	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	: Dipnot
FSEK	: Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HAD.	: Hukuk Araştırmaları Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
MK.	: Medeni Kanun
m.	: madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
THD.	: Türk Hukuk Dergisi
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
vb.	: ve benzeri
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Markalar, bir mal veya hizmeti bir başka mal veya hizmetten ayırt etmeye yarayan işaretlerdir. Bu işaretler, hukuk düzeni tarafından korunan, ticari yaşamın vazgeçilmez unsuru olan, mal ya da hizmete ayrıcalık kazandıran işaretlerdir. Tüm dünyada hızla yaşanan ticari ve ekonomik gelişmeler sebebi ile bir ürünün, hizmetin ve tacirlerin koruma alanlarının genişletilmesi gereği bir ihtiyaç haline dönüşmüştür. Yapılan hukuki düzenlemelerle, markalar genel hukuk kurallarından yararlanmakla birlikte, ticaret hukukunun haksız rekabete ilişkin düzenlemeleri ve özel hukukun genel ilkeleri markayı ve marka sahibini yeterince korumaya yetmemektedir. Marka hakkı, sahibine madden ya da manen kazandırmalarının fazla olması sebebi ile tecavüze uğrama tehlikesi yüksek olan haklardandır. Bu sebeple küreselleşen dünyada ticaretin ulusal ve uluslararası düzeyde kazandığı ivme, markanın korunması için marka hukukuna özgü özel düzenlemeler yapılması gereğini ortaya çıkarmış ve markanın koruma kapsamı genişletilmiştir.

Markanın sınırsız bir korumadan yararlanması adalet terazisinin doğru tartması anlamına gelmemektedir. Zira hukuk dengeleri kurmak ve korumak için vardır. Bir kimsenin sınırsız korumadan yararlanması bir başkasının hakkına müdahale etmesi anlamına gelmemelidir. Bu sebeple markayı kullanan kimselerin bir takım şartlar dahilinde korunması gerekmektedir.

Tez konusu olarak seçtiğimiz “Tescilli Markanın Kullanılma Yükümlülüğü”, markanın korunması için düzenlenmiş koşullardan biridir. Uluslararası düzenlemelerde olduğu üzere ülkemizde de 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. madde düzenlemesiyle markanın haklı bir neden olmaksızın aralıksız beş yıl kullanılmaması ya da kullanılma sayılan hallerden birinin mevcut olmaması halinde marka iptal yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Ticari ve ekonomik gelişmelerin çok hızlı bir şekilde arttığı piyasada, ürün çeşidinin az olmasına karşın bunları piyasaya arz edenlerin sayısının artması nedeni ile marka sahipleri giderek daha çarpıcı markalar yaratmaya çalışmaktadırlar. Markalara kullanım yükümlülüğü getirilmesinin asıl nedeni, marka sicilinde yaşanan gereksiz yoğunluğun azaltılması ve kullanılmamasına rağmen markanın bir başkası tarafından kullanımına engel olunmasının önüne geçilmeye çalışılmasıdır.

Her ne kadar ilk bakışta bir kanun maddesi ve basit bir düzenlemeymiş gibi görünse de; markanın kullanılma yükümlenmesi marka hukuku açısından son derece önem arz eden ve detaylı bir incelemeyi gerektiren bir konudur. Ticari ve ekonomik yaşamdaki yeri nedeniyle irdelenmesi gereken bir özel hukuk alanı olduğu için tez konusu olarak tercih ettiğimiz tescilli markanın kullanılma yükümlenmesinde, markanın genel tanımı, marka hakkının kazanılması, markanın kullanılma yükümlenmesi, marka türleri ve türlere göre kullanım yükümlenmesi, markanın kullanılma yükümlenmesine uyulmadığında karşılaşılabilecek yaptırım, ülkemizde ve dünya da markanın kullanılma yükümlenmesi ile ilgili olarak uygulanan hukuk sistemleri üzerinde durularak markanın kullanılma yükümlenmesi ile ilgili zorunluluğun bir yükümlenme olduğu hususu vurgulanmıştır.

Tez çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak fikri mülkiyet haklarından ve markadan bahsedilmektedir. Fikri mülkiyet hakları, markanın tanımı, tarihçesi, marka hukukunda benimsenen sistemler ve marka türlerinin birinci bölümde yer almasının nedeni ise, çalışmamızın konusunu oluşturan kullanım yükümlenmesini anlamak için markanın ne olduğunun bilinmesi gereğidir. Çünkü markalara ciddi yatırımlar yapılmaktadır ve bu kadar çok yatırım yapılarak karşılığı beklenen bir alan olan marka unsurunun marka kullanımından beklenen yararları yerine getirebilmesinin sağlanması, ancak markanın kullanım yükümlenmesinin yerine getirilmesi ile mümkün olmaktadır.

İkinci bölümde; ulusal ve uluslararası düzeyde markanın kullanım yükümlenmesine ilişkin olarak düzenlemelerin incelenmesinin ardından, ülkemizde tescilli markanın kullanılma yükümlenmesi ve bunun istisnaları incelenmektedir. Bu bölümün son kısmında ise, marka çeşitlerine göre ayrı ayrı kullanım yükümlenmesi irdelenmiştir. Markanın kullanım yükümlenmesinin, marka hakkının korunması açısından ne denli önemli olduğu, marka çeşitlerine göre kullanım konusunda ulusal ve uluslararası mevzuatta da çok fazla kaynak olmadığı hususları göz önüne alındığında, söz konusu hukuki boşluğun aydınlatılması amacıyla tez konusu olarak markanın kullanım yükümlenmesinin tercih edilmesinin nedenlerinden biri ortaya çıkmaktadır.

Üçüncü ve son bölümde ise tescilli markanın kullanılma zorunluluğuna ilişkin olarak “yükümlenme” kavramının neden tercih edildiğinin izahı yapılmaktadır. Yükümlenme kavramının markanın kullanılma zorunluluğuna uyarlanması ardından, kullanma yükümlenmesine uyulmamanın sonuçları anlatılmıştır. Son olarak da; uluslararası kapsamda

marka vekilleriyle iletişime geçilerek, anket sorularına alınan cevaplar ışığında, dünya ülkelerinde marka hukuku alanında kullanım yüklentisine göre düzenlemelerin nasıl olduğu anlatılmakta ve söz konusu uluslararası kapsamdaki uygulamaların ülkemizdeki uygulamaya ne kadar yansıtılması gereği incelenmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI, MARKA VE MARKA TÜRLERİ

D) FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

Akıl gücünü kullanma yeteneği olduğu söylenen zihnin oluşturduğu fikri mülkiyet hakları¹, sözlükte “zihinsel düşünüşten yararlanılarak meydana getirilen faaliyetler” olarak tanımlanmaktadır. Bu hakların 21. asrın “petrol”ü olduğu ve dünyanın en zenginlerinin servetlerini fikri mülkiyet haklarından elde ettikleri söylenmekte ancak, benzerliğin burada sona erdiği ve petrolün çıkarılması için gerekli olan teşkilat ile fikri mülkiyet haklarının oluşturulması için gerekli olan teşkilatın birbirinden farklı olduğu, petrol işinde sermaye yerin altında olduğu halde, fikri mülkiyet hakları açısından, sermayenin ‘insanların kafasında’ bulunduğuna işaret edilmektedir².

Görüldüğü üzere insanlar fikri ürünler meydana getirebilmektedirler. Fikir ürünü olan bu varlıkların en önemli özelliği ise *gayrimaddi* olmalarıdır. Fikri emek ürünleri modern hukuk sistemleri tarafından, fiziksel emek ürünleri gibi iktisadi değere sahip olan, hukuki düzenlemelere ve işlemlere konu edilebilecek haklardır. Fikri mülkiyet hakları maddi varlığa sahip olmayan, cisimleştiği eşyadan farklı ve süreyle sınırlı olması gibi özellikleriyle maddi mülkiyetten ayrılır³.

Fikri mülkiyet haklarının özelliklerini şu şekilde özetleyebiliriz⁴;

- 1- Fikri haklar insan zihninin ürünüdür.
- 2- Gayrimaddi mallar üzerinde kurulabilirler.
- 3- Özel hukuka ilişkin haklardır.
- 4- Mutlak haklardır. Herkese karşı ileri sürülebilir.
- 5- Hak sahibine maddi ve manevi menfaatler sağlar.

¹ Zihinsel çalışma ile meydana getirilen haklar olarak tanımlanan fikri mülkiyet haklarının isim ve tanımlama olarak ilk kez 1845 yılında bir Amerikan Mahkemesince kullanıldığı söylenmektedir (Davenport, Neil: United Kingdom Copyright and Design Protection, London 1993, s. 19).

² Camcı, Ömer: Haksız Rekabet Davaları -2-, İstanbul 2002, s. 7.

³ Suluk, Cahit; Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004; s. 21.

⁴ Erdem, Bahadır; Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 05 – 06 Mayıs 2005, s.173.

Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (World Intellectual Property Organisation)⁵ tarafından yapılan tanımlamada ise, fikri mülkiyet hakları şemsiye kavram olarak kullanılmakta ve fikri haklar ve sınaî mülkiyet hakları şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁶. Buna rağmen fikri haklar ve sınaî mülkiyet hakları arasında kesin bir ayırım yapmak her zaman mümkün olamamaktadır.

Gerçekten de gerek fikri haklar gerek sınaî mülkiyet haklarında, bu hakların konusunu oluşturan fikir ve sanat eserlerinin yahut sınaî mülkiyet haklarının meydana getirilmesinde yaratıcı insan zekâsının oynadığı ortak rol çok belirgin olup her iki hak kategorisinde de koruma çeşitli gerekçelerle sınırlandırılmıştır⁷.

A) Fikri Haklar

Fikrin ifade biçiminde çeşitlilik sağlayan beşeri ve teknik gelişime paralel olarak telif hukukunun koruma kapsamı da gelişme kaydetmiştir. Telif hukukunda belli şartları taşıyan fikri ürünlerden başka, kimi yatırım ve emeklerde koruma altına alınmıştır⁸. Söz konusu haklar ise hukukumuzda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) hükümleri ile korunmaktadır.

Telif hukukunda belli şartları taşıyan fikri ürünlerden (eserlerden) başka, kimi yatırım ve emeklerde koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda FSEK, bir taraftan eser üzerindeki mali ve manevi hakları münhasır olarak korurken, diğer taraftan da aynı şekilde belirli yatırım ve emekler üzerindeki bağlantılı hakları da koruma altına almıştır. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu' nun ilgili hükümlerine atıf yapılarak, buna benzer diğer konularda haksız rekabet korumasından da yararlanılmıştır⁹.

B) Sınaî Mülkiyet Hakları

Türkçe' de bazen fikri mülkiyet bazen de fikri ve sınaî mülkiyet olarak kullanılan terimler; patentleri, markaları, faydalı model, endüstriyel tasarım ve coğrafi işaretleri, çipleri ve dijital sistemleri kapsadığı gibi fikir ve sanat eserlerini de içeren ve hatta bunların hepsini birden ifade eden anlam ve kapsamı büyük ölçüde aynı olan terimlerdir.

⁵ Kısaca *WIPO* olarak anılacaktır.

⁶ Güçer, Sülün: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınaî Mülkiyet Hakları, Ankara 2005, s. 5.

⁷ Güneş, Gülsen: Türk Hukukunda Entelektüel Sınaî Haklar ve Vergilendirilmesi, İstanbul 1997, s.17.

⁸ Karahan, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/ Nal, Temel: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007, s.33.

⁹ Karahan/Suluk/Saraç/Nal: age., s. 34.

Markayı, patenti ve tasarımı sınaî hak olarak kabul edip fikir ve sanat eserlerini fikri hak olarak kabul etmek şeklinde yapılan bir ayırım, hukukun mahiyeti ve korunan menfaatlerin bünyesiyle ilgili olmaktan çok, kurumsal açıdan ancak tarihsel gelişimle açıklanabilir¹⁰. Paris Sözleşmesi' nin¹¹ ve TRİPs Anlaşması' nın¹² birinci maddelerinde fikri mülkiyet veya sınaî mülkiyet ibaresinin kullanılmasına rağmen bazı yazarlar, bu haklar için mülkiyet ibaresinin kullanılmasını doğru bulmamaktadır. Buna rağmen, Fransız hukukunun etkisiyle yayılan mülkiyet kavramı naklen ulusal hukuk literatüründe de yerini almış olduğundan sınaî mülkiyet hakları teriminin kullanılması uygun görülmüştür¹³.

Sınaî mülkiyet hakları kavramı üzerinde bir görüş birliğinin oluşmamış olmasından hareketle, bu hakların kapsamının belirlenmesi aşamasında da bir görüş birliğinin yaratılmış olmasının beklenmesi mümkün değildir. Nitekim Paris Sözleşmesi' nin 1. maddesinin 2. bendinde sınaî mülkiyet korumasının konusu; ihtira beratları (patentler), faydalı modeller, sınaî resim ve modeller, fabrika veya ticaret markaları, hizmet markaları, ticaret unvanı veya menşe adlandırmaları ve gayri kanuni rekabetin önlenmesi olarak tespit edilmiştir.

1967 yılında imzalanan ve Türkiye'nin 1976 yılında taraf olduğu WIPO Kuruluş Sözleşmesi' nin "*Fikri Mülkiyet*" başlıklı bendinde telif haklarına ek olarak, patentler, sınaî resim ve modeller, ticaret, fabrika ve hizmet markaları, ticaret unvanı ve adlandırmaları ve gayri kanuni rekabete karşı himayeye ilişkin haklar kapsama dahil edilmiştir¹⁴.

TRİPs Anlaşması' nın 9. vd. maddelerinde; markalar, coğrafi işaretler, sınaî tasarımlar, entegre devrelerin tasarımları ve patentler fikri mülkiyet hakları kapsamında sayılmıştır.

¹⁰ Hirsch, Ernst: Hukuki Bakımdan Fikri Sây, Birinci Cilt, Nazari Esaslar Sınai Haklar (İhtira Beratları Ve Sınai Modeller), İstanbul 1942, s. 7.

¹¹ "Sınaî Mülkiyetin Himayesi İçin Bir İttihat Teşkili Hakkındaki Mukavelename" isimli sözleşme, kısaca *Paris Sözleşmesi* anılacaktır.

¹² Orijinal adı "Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights" olan "Ticaret Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması" kısaca *TRİPs Anlaşması* olarak anılacaktır.

¹³ Aydın, Hüseyin: Sınaî Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003, s. 10.

¹⁴ www.wipo.int

Öğretide genel kabul gören görüşe göre; ticaret ve hizmet markaları, patentler ve faydalı modeller, sınai tasarımlar, coğrafi işaretler, entegre devrelerin topografyaları, know-how ve ticari sırlar sınai mülkiyet hakkı kapsamı öğeleridir¹⁵.

Fikri hakların ana düzenlemesinin, 5846 sayılı FSEK ile yapılmış olmasına karşın, sınai mülkiyet hakları tescil yolu ile korunurlar ve söz konusu koruma bu hususta çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler yoluyla sağlanmaktadır. Ayrıca her iki tür hakların haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunmalarında ise, başta TTK. olmak üzere, Borçlar Kanunu ve diğer yasal hükümlere başvurulmaktadır.

Görüldüğü üzere sınai mülkiyetin alanı çok geniştir. Bu alan içinde markaların önemi ise bir hayli fazladır.

II) MARKANIN TANIMI

551 sayılı mülga Markalar Kanunu' nun marka tanımı şu şekildedir: *"Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda, imal izhar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkartılan her nevi emtiayı başkalarinkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerinde konulan emtia üzerine konulmadığı taktirde, ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır."*

556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname¹⁶ ise markayı 5. madde de şu şekilde tanımlamıştır: *"Bir işletmenin mal ve hizmetlerini bir başka işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması şartıyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yolu ile yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretlerdir."*

Görüldüğü üzere 551 Sayılı mülga Markalar Kanunu' nda marka, emtia veya ambalajı üzerine konulabilen işaret olarak tanımlanmış, hizmet markaları kanunun kapsamı dışında tutulmuştu. 556 sayılı KHK.' de mülga Markalar Kanunu' nda yer almayan ortak marka ve garanti markası kavramlarına da yer verilerek hizmet markası 556 sayılı KHK. kapsamına alınmıştır (556 sayılı KHK. m. 2).

¹⁵ Poroy, Reha: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1977, s.201; Camcı: age., s. 7.

¹⁶ Kısaca 556 sayılı KHK. olarak anılacaktır.

TRİPs Anlaşması' nın 15. maddesinde “Korunabilir Marka” başlığı altında, “*Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret ya da işaret kombinasyonu bir marka oluşturabileceği, bu tür işaretlerin, özellikle kişisel adları, harfleri, sayıları, mecazi unsurları içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür işaret kombinasyonlarının, marka olarak tescil edilmek için uygun addedileceği, işaretler ile ilgili mal ya da hizmetleri ayırt edici kılacak özellikte olmadıkları takdirde üyelerin tescil edilebilirliği kullanım aracılığıyla kazanılan ayırt edici özelliğe bağlı kılacakları ve üyelerin tescil işleminin bir koşulu olarak işaretlerin görsel olarak algılanabilir özellikte olmasını talep edebilecekleri*” öngörülmüştür.

89/104 sayılı Yönerge¹⁷ m.4/g ye göre notaya “*dökülebilen bir ezgi, formüle edilebilen bir koku, üç boyutlu biçimler*” bile marka olarak kullanılabilir.

WIPO ise markayı şöyle tarif eder¹⁸: “*Marka, bir ticari ya da sınaî bir kuruluşun ürünlerini başkalarınınkinden ayırt etmek için kullanılan bir işarettir.*”.

Ticari işletmeler mallarını rakiplerinin mallarından ayırmak, yeni müşteriler kazanmak ve mevcut müşterilerini muhafaza etmek amacıyla imal ettikleri veya piyasaya sürdükleri mallar üzerinde özel ve ayırt edici bir işaret koyarlar. Müşteriler arasında tanınmış ve tutunmuş markaların diğer müesseselerin tecavüzlerine maruz kaldığı ve bu suretle müşteri celbine çalışıldığı eskiden beri tartışılan bir konudur. Markanın bu gibi haksız tecavüzlere karşı korunması ticaret hayatı için bir zaruret halini almış ve daha haksız rekabet hakkında genel hukuk kuralları getirilmeden markalar hakkında özel kanunlar çıkartılarak özel bir hukuki himaye temin edilmek istenmiştir. Markalarla ilgili hükümlerin bugün dahi ayrı bir kanunda yer almış olmasında bu tarihi sebebin rolünün olduğu düşünülmektedir¹⁹.

Çok basit bir tanımla marka, mallara iliştirilen ve insanlara o malı kimin yaptığını gösteren işaretlerdir²⁰. Marka, ticaret unvanı ve işletme adından farklı olarak, taciri ve ticari

¹⁷ “Avrupa Topluluğuna Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarını Uyumlaştırılmaya Yönelik 89/104 Sayılı Birinci Konsey Yönergesi” kısaca 89/104 Sayılı Yönerge olarak anılacaktır.

¹⁸ www.wipo.int

¹⁹ Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara 1968, s.314

²⁰ Erdem, Bahadır: Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2003, s.35.

işletmesini değil, işletmenin mal ve hizmetlerini benzerlerinden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir²¹.

Marka, bir mal veya hizmeti çağrıştırıcı kimlik yaratarak, onu belirli bir işletme bağlamında bireyselleştirip temsil eden tanıtma simgesidir. Marka olarak seçilen işaretin orjinal veya bunun fikri haklarda aranan yaratının özelliğini taşıması gerekmemektedir. Bu işareti ilk defa düşünen ve mal veya hizmeti kullanan kişi onun sahibidir. Tacirler, kendi ticaret unvanlarını marka olarak kullanabilecekleri gibi ayırıcı özelliği olan resim, harf, kelime gibi işaretlerden de yararlanabilirler²².

Yaratma ile marka hakkı doğar. Marka yaratıldığı anda zayıf markadır. Markanın kullanılması, ürün veya hizmetin piyasada dağıtımı, tanınmışlık kazanması ile marka kuvvetli marka haline gelir. Marka kullanıldığı iş alanının dışına çıkıp belli bir müşteri çevresinde tanındığında maruf marka, tanınmışlığın bölge, ülke ve ülkelerarası tanınmışlığa erişmesi halinde tanınmış markalar ortaya çıkar²³.

Marka farklılaşmaktan gelen bir kavramdır. Ayrıca markanın zaman geçmesiyle birlikte aşınmaya uğramaması gerekmektedir. Başka bir deyişle marka yaşayan bir hafızadır, çıkışında ne olduğu, sonunda nereye geldiği tartışılır bir şeydir. Bugün farklı anlamlarda gördüğümüz *Beymen* markası, ilk çıkışını 1970' li yılların başı, erkekler için "erkekçe giyim" diyen, *bey* ve *men* kelimelerinin yan yana olduğu bir marka iken bugün içinde birden fazla çeşit mal ve hizmet barındıran, çok daha farklı algılanabilir bir marka haline gelmiştir. Buna rağmen Beymen Türkiye için her zaman önde gelen birkaç giyim firmasından biri olarak bilinmektedir. Demek ki kendi içinde bir hafızası olmakla beraber, bunun içinde de yaşayabilen bir markadır²⁴.

Markanın esnek olması da gerekmektedir. Ancak esnetilebilirliğinin de kontrollü olması gerekir. Keza uyarılma olanağı da aynı şekilde kontrollü olmalıdır. Mesela bugün "Pınar" dediğimizde artık süt, et, reçel vb. gıda maddeleri olduğunu görmekteyiz. Makarnaya yapışmış olan Piyale markasının Pia, Piamiks, Piakek yapıldığı takdirde söz

²¹ Yılmaz, Pınar: Ticaret Hukuku -1, Ankara 2003, s.105.


²² Saka, Zafer: Ticaret Hukuku - Ticari işletme, İstanbul 1998. s. 185

²³ Yasaman, Hamdi: Marka Hakkının Niteliği Ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.sinin Kararı Üzerine Düşünceler, GÜHFD, Yıl:1, S. 2, İstanbul 2003, s. 151-153.

²⁴ Erden, Levent: Marka Yaratılması, Marka Değeri ve Türkiye'deki Durum, Sınai Mülkiyet Hakları ve Ekonomik Değerleri, İstanbul 2006, s.17-18.

konusu markanın esnetilmesi ile satışlarının düşmesi gibi olumsuz sonuçların elde edildiği görülmektedir. Dolayısıyla markalar için kabul edilen esnekliğin belirli sınırları olması gerekmektedir. Aksi takdirde markaların başarısız sonuçlar doğurması kaçınılmaz olmaktadır²⁵.

Ayrıca teknik anlamdaki markanın bir isim, işaret ve ambalajın çok ötesinde bir şey olduğu açıktır. Markanın asıl amacına ulaşabilmesi için çok net olması başka bir deyişle imajının çok net olması ve ayrıca isimler ve markayı oluşturmada yapılan her unsurun toplumda hatırlanabilir olması gerekmektedir. Örneğin “*Haagen-Dazs*” markasına sahip dondurma zincirinde söz konusu markada yer alan “a”nın üstünde çift noktalı tremalar, “zs” seslerinin yan yana gelmesi sadece zorluk için özel olarak yapılmıştır. Böylece söylenmesi çok zor olan söz konusu marka, söylendiği zaman unutulmamakta ve toplumda hatırlanabilir bir marka halini almaktadır. Bunun bir başka örneği “*Kodak*” markasıdır. Kodak dünyanın en çok konuşulan lisanlarının % 99 unda *Kodak* olarak okunabilmektedir. Son zamanların güzel örneklerinden bir tanesi ise “*Nike*” markasıdır. Marka, basit çek

işaretinin  arkasına şu kelimeleri eklemiştir: “*Just do it*”²⁶. Markanın arkasında bu dinamizm vardır. Bu, toplum açısından çok anlamlı bir dinamizm olduğu için söz konusu markanın üzerine konulduğu malın satımı da bu oranda artmaktadır²⁷.

Önceki bölümde de belirttiğimiz gibi markalar, sınaî mülkiyet haklarının bir çeşididir. Ancak diğer sınaî mülkiyet çeşitlerine göre markanın daha iyi bir koruma sağladığı söylenebilir. Bunu bir örnekle açıklayacak olursak, “*Coca Cola*” markasına ait şişesi, endüstriyel tasarım tescilli değildir. Çünkü 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname’ye göre şişe, tescilli de olsaydı belli bir süre sonra kamu malı olacaktı²⁸. Bunun yerine “*şişenin şekli + Coca-Cola*” şeklinde marka tescilinin tercih edilmesinin sebebi ise marka tescilinin yenilemelerle sonsuza dek uzatılabilmesidir. 1900 lü yıllardan beri bu şişe aynı şekildedir. Buna rağmen geçtiğimiz yıllarda *Coca-Cola*, tasarım değişikliği deneyimi yaşamış ve bu değişiklik satışların düşmesiyle sonuçlanmış ve eski tasarıma dönmüşlerdir. Bu başarı sadece şeklin başarısı değildir. Bu başarı, toplumdaki bireylerin bu şekli taşıyan şişeye uzandıklarında, dünyanın

²⁵ Erden: agt., s. 19.

²⁶ Türkçe karş : “Hadi yap şu işi”.

²⁷ Erden: agt., s.19.

²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Suluk, Cahit: Tasarım Hukuku, Ankara 2003.

her yerinde aynı kalitede içeceklerle karşılaşacaklarını, gençlerin tercih ettiği bir ürünü almış olacakları ve bunlar gibi söz konusu markanın, bireylere verdiği mesajları da edinmiş olmalarından kaynaklanmaktadır. Yani, tek başarı, endüstriyel tasarımın başarısı değildir. Başarı, *markalaşmanın* ama bunu yaparken tasarımları da kullanmanın başarısıdır²⁹. Böylece, markanın sınaî mülkiyet hakları içerisindeki önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

III) MARKA HAKKININ TARİHÇESİ

Çalışmamızın konusunu oluşturan markanın çok eski devirlerden beri kullanıldığı, Eski Mısır, Yunan, Roma, Fenike ve Çin’ de bulunan eski eşyalar ve yapılar üzerine konulan işaretlerden anlaşılmaktadır. Eski Mısır’ da kralların mezarlarından çıkarılan çanak, küp, tabak, vazo gibi eşyalar üzerindeki işaretler günümüzdeki markalara benzemektedir³⁰.

Seramik ve çini yapan ustaların, yaptıkları eşyalara kendi işaretlerini işlemeleri ilk marka uygulamalarına örnek kabul edilir³¹. Eski zamanlarda kullanılan markaların diğer bir örneği de hanedan armalarıdır. Marka kullanımının kabul görecce yaygınlaşmasının temelinde aile isimlerinin, kent ve beylik isimlerinin, krallıkların kullandıkları sembollerin, armaların rolü büyüktür. Günümüzde de marka olarak hala kullanılan bu işaretlere örnek olarak *Alfa-Romeo*’ nun kullandığı Milan arması, *Porsche*’ nin kullandığı Stuttgart arması ve *Saab-Scania*’ nın kullandığı Scania arması örnek gösterilebilir³².



²⁹ Yılmaz, Arife: Sınaî Haklar Küresel Rekabetin Anahtarı, Sınaî Mülkiyet Hakları ve Ekonomik Değerleri, İstanbul 2006, s. 43.

³⁰ Arseven, Haydar: Nazari ve Tatbiki Alâmet-i Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 2.

³¹ Özdal, Şule: 556 Sayılı KHK’ nin 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tecil Edilebilecek İşaretler, İstanbul 2005, s. 3.

³² Özdal: age., s. 4.

BP şirketinin daha önce kullandığı kalkan içindeki “BP” harflerinden oluşan şekil, *Dacia*’nın kullandığı kalkan şekli ve *Warner Bros* şirketine ait markanın şekli de hanedan armalarının günümüze yansıyan örnekleri olarak kabul edilir³³.



Tarihsel açıdan bakıldığında markaların önemi gittikçe büyümektedir. Bugünün ticareti artık küçük bir bölgede kalmamakta, uluslararası bir nitelik almaktadır. Ticaretin hacim olarak büyümesinin neticesi olarak, piyasaya sürülen malların büyük bir kitleye hitap etmesi yanında; tüketicilerin de değişik malları seçmesinde, markalar büyük rol oynamaktadır³⁴.

Önceleri sınırlı imkânlarla üretim yapıp, bunları sınırlı alanlarda satışa sunabilen işletme sahipleri, büyük finans kaynakları kullanarak dev üretim ve dağıtım tesisleri kurmuşlardır ve bu yeni bir dönemin başlangıcı olmuştur. Zira üretim, dağıtım ve tüketimin artması, önceki dönemde tek malı almak zorunluluğunda olan tüketiciye, aynı ihtiyacı karşılayan, fakat farklı işletmelerce üretilmiş mallar arasında seçim yapma ve beğendiğini alma imkânını kazandırmıştır. Dolayısıyla işletmeler daha kaliteli olanı daha ucuza satışa sunma çabası içerisinde rekabet ortamının doğumuna sebep olmuşlardır. Küreselleşen ticari hayatta üretilen mal ve hizmetlerin de şahsileştirilmesi gerektiğinden

³³ Özdal: age., s. 5.

³⁴ Yasaman, Hamdi: Tanınmış Markalar, Prof. Dr. Halil Arslanlı’ nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.693.

markalar kullanılmaya başlanmıştır. Hatta ticari yaşamın ülkeler üstü bir düzeye ulaşması neticesinde marka kullanımının önemi artmış, milletlerarası kullanılabilirlik, bir dünya markası olmak ön plana çıkmıştır³⁵.

Marka hukukunun gelişimine ilişkin olarak başta ulusal anlamda düzenlemeler yapılmış; bunu takiben marka hakkı, ülkeler arasındaki ekonomik ve siyasal işbirliğinin artışı, ticaretin küreselleşmesi ile birlikte yeni uluslararası düzenlemelere konu olmaya başlamıştır³⁶. Marka haklarının korunmasına ilişkin ilk uluslararası anlaşmalar olan 1883 tarihli Paris Sözleşmesi ve 1967 tarihli TRİPs Anlaşması, marka haklarının korunmasında önemli aşama niteliğinde anlaşmalardır. Bunun yanı sıra Avrupa Birliği tarafından hazırlanan ve üye devletlerin marka hukuklarının uyumlaştırılmasına ilişkin olan 89/104 Sayılı Yönerge' de marka hukuku gelişimi açısından önemli bir aşamadır.

Türkiye, markalar hukuku açısından en eski mevzuata sahip ülkelerden biridir. 1871 yılında Alamenti Farika Nizamnamesi yürürlüğe girmiştir. 1965 yılında Alamenti Farika nizamnamesini mülga eden 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlüğe girmiştir. 1995 yılına gelindiğinde 556 sayılı KHK.'nın kabulü ile köklü değişiklikler yapılarak markalar hukuku çağdaşlaşmış, modern normlara ve dünya standartlarına ulaşmıştır.

IV) MARKA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Sınaî mülkiyet kavramı konusunda derin görüş ayrılıkları mevcuttur ve bununla ilintili olarak marka hakkının hukuki niteliğini açıklayan birçok teori geliştirilmiştir. Bu teorilerin belli başlı en çok rağbet görenlerini şu şeklide özetleyebiliriz:

A) Fikri Mülkiyet Teorisi

Tabii hukuk sisteminin etkisiyle özellikle Fransız ve İspanyol hukuk sistemlerinde rağbet görmüş olan teoriye göre; şahıslar fikri emek ürünleri üzerinde mülkiyet hakkına benzer bir hakka sahiptir³⁷. Fikri mülkiyet teorisi, fikri hakkı, sahibinin malvarlığına dahil

³⁵ Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Konya 1994, s. 141-142

³⁶ Aydın: age., s. 15.

³⁷ Erdem, Bahadır: Patent Hakkının Korunmasına Ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2002, s. 18; Aydın: age., s. 15.

ayni bir hak olarak nitelendirmiş ve sadece eserden maddi olarak yararlanmayı ön planda tutmuştur³⁸.

Ancak bu teoriye katılmak mümkün değildir. Zira mülkiyet hakkı süreyle sınırlı bir hak değilken, sınaî mülkiyet hakları süreyle sınırlıdır. Mülkiyet hakkı sahibinin manevi nitelikli yetkileri yokken, fikri ve sınaî haklar bünyesinde birtakım manevi nitelikli haklar barındırır. Ulusal mevzuatımız mülkiyet hakkını maddi mallarla sınırlamış olduğundan ve gayri maddi olan sınaî hak konusu ürünler eşya niteliğinde olmadığından, mülkiyetin konusunu oluşturamazlar³⁹.

B) Şahsiyet Hakları Teorisi

Sınaî mülkiyet konusu marka, patent ve endüstriyel tasarımlar; kişinin şahsiyetinin dışa yansımaları, kendi iç dünyasının tezahürü olan eserlerdir. Bu sebeple sınaî haklar, kişinin bedeni, hayatı gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı kişisel haklardır. Bu teoriye göre fikri ve sınaî haklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı olmaları ve kişiliğin de her yönüyle hukuk düzenince korunması sebebi ile hukuken himaye altında korunmaktadır. Ancak bu teoriye tamamen katılmak olanaksızdır. Şahsiyet hakları, kişiye bağlı devredilemeyen haklardır. Sınaî mülkiyet hakları ise devredilebilir, lisansa verilebilir. Şahsiyet hakları ölümle sona ererken, sınaî mülkiyet hakları mirasçılara intikal ederek sona ermez. Sınaî mülkiyet hakkını şahsiyet hakkı gibi görürsek, korumanın uluslararası olması gerekir, ancak yasal düzenlemelerde görüleceği üzere sınaî mülkiyet kavramı ülkesellik ilkesi çerçevesinde korunmaktadır. Kişilik hakları korunurken amaç, kişinin manevi menfaatlerini korumakken, sınaî haklar sahibine yarattığı iktisadi menfaatleri korumak için uygulanır⁴⁰.

C) Monist Teori

Monist teoriler, gayrimaddi mallar üzerindeki hakların korunmasının, kişisel haklar veya mal varlığı hakları olarak ayıramayacağını, çünkü bu hakların ne sırf kişisel hak ne de sırf malvarlığı hakkı olduğunu, hukuk sistemi içinde özel bir yeri olan önemli haklar olduğunu savunurlar⁴¹.

³⁸ Topaloğlu, Mustafa: Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar Ve Bu Hakların Korunması, İstanbul 1997, s. 38.

³⁹ Erdem: (Patent) age., s. 18.

⁴⁰ Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, s. 86; Erdem: (Patent) age., s. 19; Topaloğlu: age., s. 38.

⁴¹ Erdem: (Patent) age., s. 20.

D) Eser Sahipliği Teorisi

Yukarda adı geçen teorilerin zaaflarını bertaraf ederek tutarlı bir sonuca varmak için eser sahipliği teorisi ileri sürülmüştür. Bu teoriye göre fikri ve sınaî haklar sübjektif bir hak olmayıp, mali ve manevi nitelikli kimi haklar veren objektif bir hukuki durumdur. Bu hukuki durum kendisi bir hak olmayıp, bizzat hak ve yetkilerin kaynağını teşkil etmektedir⁴².

Kanımızca, söz konusu teoriler incelendiğinde eser sahipliği teorisi, marka hakkının hukuki niteliğini en iyi şekilde açıklayan teoridir. Çünkü marka hakkı, mülkiyet hakkı gibi mutlak ve münhasır yetkiler veren, herkese karşı ileri sürülebilen, şahsiyet hakları ölçüsünde olmasa bile şahsa bağlı, manevi haklar veren, devir ve intikal edebilen haklardır. Başka bir deyişle marka hakkı sahibine, malvarlıksal haklar verdiği gibi kişilik hakları da vermektedir.

Marka hukukunun başlıca hedefi, marka sahibini rakip işletmelere karşı korumaktır. Bu sebeple marka hukuku, haksız rekabet hukukunun bir kolu olarak görünse de; markanın himaye altına aldığı başka menfaatlerin de olması nedeni ile bağımsız bir hukuk dalıdır⁴³.

Zira marka sahibinin markası korunurken bunun sınırı ticaret serbestisi ve meşru rekabet hakkının başladığı yerdir. Markaların kullanılması sebebi ile menfaatleri zedelenen bir diğer grup, marka sahiplerinden sonra tüketicilerdir. Tüketicilerin korunması kamu düzeninin bir zorunluluğu olduğundan, marka hukuku esas itibariyle marka sahibini koruyor olsa da, rakip firmaları ve tüketicileri de korumaktadır⁴⁴.

V) MARKALARIN FONKSİYONLARI

A) Kaynak Fonksiyonu

Marka, bir mal veya hizmetin hangi işletme tarafından yapıldığını, üretildiğini ve piyasa sürüldüğünü gösterir. Tanınmış markalar dışında markanın bu işlevi giderek

⁴² Topaloğlu, Mustafa: Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar Ve Bu Hakların Korunması, İstanbul 1997, s. 41.

⁴³ Dirikkan, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 11; Karayalçın: (İşletme) age., s. 315

⁴⁴ Karayalçın: (İşletme) age., s. 316; Aslan, Adem: Türk Ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004, s. 16; Hirsch: age., s. 8.

önemini yitirmektedir. Markanın kaynak fonksiyonu hem tacir hem de tüketicinin lehine bir durumdur⁴⁵.

B) Garanti Fonksiyonu

Markanın garanti işlevi; markalı ürünü alan tüketiciye, satın aldığı ürünün (üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın) o markalı malları üreten aynı firma tarafından üretildiğinin garanti edilmesidir. Tüketici, marka sayesinde malın veya hizmetin kalitesinin ve diğer ayırt edici özelliklerinin aynı olduğunu tanıyabilir⁴⁶. Alıcının beğenisi zamanla markanın o mal ya da hizmetin adı ile özdeşleşmesine ve mal yerine o markayı istemesine yol açar. Örneğin; tüketici artık ısınmak için elektrikli soba alacağını değil de UFO alacağını dile getirir.

Marka, tüketiciye malı alırken satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulmasına gerek kalmayacağı şeklinde bir güven verir. Müşteri, malından memnun kaldığı, itimat ettiği bir işletmenin malını satın almayı tercih edeceğinden ötürü, markanın garanti fonksiyonunun öneminin derecesi ortaya çıkmaktadır⁴⁷.

Yargıtay' ın "Knoll Vitra" kararında⁴⁸, davacıya ait tescilli "Vitra" markasına benzer "Knoll Vitra" markalı başka kategoride malların piyasaya sunulmasının, tüketicilere bu malların davacı tarafından üretildiği fikrini verdiği ileri sürülerek marka hakkının ihlal edildiği iddiası kabul görmüş ve dolaylı yoldan da olsa markanın garanti işlevine işaret olunmuştur.

C) Reklam Fonksiyonu

Reklam, markanın en önemli fonksiyonlarından biridir. Reklâm, pazarlamanın en önemli unsuru olduğu ve markasız da reklâm olamayacağı için, isabetli marka seçimi ticari hayatta başarılı olabilmenin başlıca sebeplerinden biridir. Kullanılacak marka seçilirken; halkın zihnine işlemeye ve bilinçaltına tesir etmeye elverişli, bireysel, kolay taklit edilemeyen, milletlerarası alanda tek elden kullanılabilir ve kolay korunabilir, basit, kısa şekiller, sloganlar, kolay okunabilen, uzaktan kolaylıkla tanınabilen, okunuşu kulağa hoş gelen sözcükler seçilmesine dikkat edilmelidir. Bu şekilde seçilen marka, reklam

⁴⁵ Yasaman: (Tanınmış Marka) agm., s. 694.

⁴⁶ Aslan: age., s. 14.

⁴⁷ Karahan: (İşletme) age., s. 143

⁴⁸ Yargıtay 11. HD., E. 2000/5199, K. 2000/8216, T. 26/10/2000 (www.kazanci.com.tr).

fonksiyonu sayesinde tanıtılacak ve kendisinden beklenen ekonomik yararları sağlayabilecektir⁴⁹.

D) Ayırt Edicilik Fonksiyonu

Marka, sınaî, ticari veya tarımsal bir malı, başka bir maldan *ayırt etmeye* yarar. Bu kısa açıklamadan da anlaşılmaktadır ki, her türde malı diğerlerinden ayırt etmek amacıyla onların veya ambalajlarının üzerine konan işaretlerin marka sayılabilmeleri ve 556 sayılı KHK. kapsamında korunabilmeleri için her şeyden önce bu işaretler “*ayırt edici*” nitelikte olmalıdır⁵⁰.

Görüldüğü üzere markanın temel işlevi, işletmenin mal ve hizmetlerini diğerlerinden ayırt etmesi ve tüketicilere, marka ile karşılaştığında söz konusu mal ve hizmeti yeniden tanıması olanağının sağlanmasıdır. Bu anlamda markanın ayırt etme işlevi, bir mal veya hizmeti diğerlerinden ayırt etmesini ve belirgin hale getirilmesini ifade etmektedir. Böylece marka, belirli mal ve hizmetleri bireyselleştirmiş ve anonimlikten kurtarmış olmaktadır⁵¹.

Hiçbir ayırt edicilik niteliğine sahip olmayan dolayısıyla marka olarak tescil edilebilme niteliğine sahip olmayan açık mor (lila) renk, “*Milka*” markasının yaygın kullanımı sonucu bu marka ile özdeşleşmiş ve bir ayırt edicilik kazanmış, dolayısıyla marka olarak korunma özelliğine sahip olmuştur⁵².

Bunun yanı sıra markanın yaygın bir ad haline gelerek ayırt edicilik fonksiyonunu kaybetmesi de mümkündür. Örneğin Fransa’ da “*Pina Colada*” markasının “yaygın bir ad haline gelmesi” dolayısıyla bu markanın iptaline karar verilmiştir. Kararda, marka sahibinin “*Pina Colada*” ibaresinin meyve suyu bazlı kokteylin adı olarak kullanılmasına karşı çıkmadığı, söz konusu markasının ayırt edicilik işlevini yeniden kazanmak için bir

⁴⁹ Dirikkan: (Tanınmış) age., s. 15; Karahan: (İşletme) age., s.144

⁵⁰ Tekinay, Selahattin Sulhi: Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar, Yaşar Karayalçın’ a 65. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1988, s.69.

⁵¹ Dirikkan: (Tanınmış) age., s. 11.

⁵² Bilge, Mehmet Emin: Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi, Batider 2005, C. XXIII, S.I, s.131, dpn. 19; Doğan, Beşir Fatih: Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma, Batider 2007, C. XXIV, S. 1, s. 220, dpn. 4; Gürzumar bu konuyla ilgili olarak, soyut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretlerin, kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanarak tescil edilebilir hale gelmesine, Migros tarafından kullanılan “M” harfini örnek olarak göstermiştir (Gürzumar, Osman Berat: Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler, Yargıtay Dergisi, 1994, C. 20, S. 4, s. 506); aynı örnek Arkan tarafından da verilmiştir (Arkan, Sabih: Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997, s. 83).

girişimde bulunmadığı, bu nedenle “Pina Colada” ibaresinin bu tür kokteyller için kullanılan yaygın ad haline geldiği belirtilmiştir. Aynı şekilde Avusturya Yüksek Mahkemesi “Walkman” markasına ilişkin verdiği kararda, “Walkman” markasının ayırt edici vasıflarını kaybettiği, toplumda cins adı olarak yaygın bir kullanım kazandığı, sözlük ve kitaplarda cins adı olarak yer aldığı, buna karşılık marka sahibinin, markasının ayırt edicilik niteliğini güçlendirici gerekli tanıtım önlemlerini almadığı gerekçeleriyle, marka sahibinin bu marka üzerinde korunabilir bir hakkı bulunmadığına hükmetmiştir⁵³.

Bir marka piyasada uzun bir süreden beri cins adı olarak kabul edilmiş ve kullanılmakta ise, markanın cins adı niteliğinden kurtularak tekrar ayırt edici nitelik vasfını kazanması, çok yoğun aydınlatma kampanyalarının yapılmasına bağlıdır. ABD’ de “Goodyear” ve “Singer” markaları, cins adına dönüşmelerine rağmen uzun zaman süren yoğun reklam ve bilgilendirme faaliyetleriyle ayırt edicilik niteliklerini tekrar kazanmışlardır⁵⁴.

Tescilsiz bir markada tescilden önce kullanım sebebiyle yaygın bir ad haline dönüşebilir. Tescilsiz bir markanın yaygın ad haline dönüşmesi, artık markanın ayırt edicilik vasfının kalmamasından dolayı bir tescil engeli teşkil edecektir⁵⁵.

VI) MARKANIN HAKKININ KAZANILMASI İLE İLGİLİ SİSTEMLER

Marka hakkının kazanılmasında başlıca üç sistem mevcuttur. Bunlar tescil sistemi, ilk kullanma sistemi ve karma sistemdir.

A) Tescil Sistemi

Bu sisteme göre marka üzerindeki hak ancak tescille doğar ve söz konusu tescil “kurucu” mahiyettedir. Markayı ilk defa tescil ettiren kişi hakkını herkese karşı ileri sürebilir ve tescilden önce marka kullanılmış olsa dahi, kullanan kimse ne marka hukukuna ne de haksız rekabet hukukuna göre himaye görür⁵⁶.

⁵³ Bilge: agm., s. 133.

⁵⁴ Bilge: agm., s. 138.

⁵⁵ Bilge: agm., s. 147.

⁵⁶ Karayalçın: (İşletme) age., s. 424; Dericioğlu, Hayri: Marka ve Marka Hakkının Korunması, Türkiye İktisat Gazetesi, 1972, S. 1016, s. 5; Dönmez, İrfan: Markalar Ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992, s. 37; Cengiz, Dilek: Türk Hukukunda İktibas Ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İlgili Mevzuat, Danıştay Ve Yargıtay Kararları, İstanbul 1995, s. 38.

Marka sahibinin markasını Türk marka mevzuatına uygun olarak seçmesi ve seçtiği markasını Türk Patent Enstitüsü' nde⁵⁷ sicile tescil ettirmesi ile marka hakkı kazanılmış olmaktadır⁵⁸. Bu sistemde marka hakkı, bir markanın daha önce ihdas (meydana getirme) ve istimal (kullanma) edilmeksizin, markanın seçilip tescil ettirilmesiyle elde edilmektedir⁵⁹.

556 sayılı KHK.' nin kaynağı olan TRİPs Anlaşması m. 15/3' e göre de üyeler tescil edilebilme özelliğini kullanıma bağlı kılabilirler. Ancak bu madde uyarınca, bir markanın fiili kullanımı tescil için başvuruda bulunmanın bir şartı olmayacaktır. Nitekim 556 sayılı KHK. m.1 ve 6' da, bu kararname ile sağlanacak marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği ifade edilmiştir.

1936 yılından evvel Alman Kanunu tarafından kabul edilen tescil sisteminin eleştirilen yanı, uzun zamandan beri markayı tescil ettirmeden kullanan ve bu kullanma sonucu söz konusu markaya ekonomik değer kazandıran kimseyi tescile dayanarak ilk defa kullanan kimseye feda etmesidir⁶⁰.

B) İlk Kullanma Sistemi

Bu sisteme göre; marka üzerindeki hak, markanın ticari yaşamda ilk defa kullanılmasıyla doğar. Tescil "bildirici" mahiyettedir⁶¹. Zira hak tescilden önce doğmuştur ve tescil sadece marka üzerindeki hakkın tescil ettiren kimseye ait olduğunu gösteren bir karine meydana getirir⁶². Yani tescil yoluyla oluşan hak sahipliği karinesi, markayı ilk defa kullanan tarafından çürütülebilir.

Bu sistemle ilgili olarak, markayı ilk kullanan kimse ile markayı tescil ettiren kimse arasında bir ihtilaf çıktığında, ilk kullanan kimsenin, tescilli marka sahibine karşı ne oranda korunacağı, ilk kullanmanın tanınmışlık düzeyine erişmesinin gerekip gerekmediği, markayı tescil ettirmemiş kişinin tescil ettirmiş şahsın aleyhine her zaman dava açıp açamayacağı hususlarında aleni bir düzenleme olmadığından söz konusu sistemin yetersiz

⁵⁷ Kısaca TPE olarak anılacaktır.

⁵⁸ Dönmez: age., s.80-81.

⁵⁹ Karahan, Sami: Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı, FMR 2004/2, s.14.

⁶⁰ Karayalçın: (İşletme) age., s. 320.

⁶¹ Karahan: (Marufiyet) agm., s.14; Arseven: age., s. 107; Dericioglu, agm., s. 7.

⁶² Karayalçın: (İşletme) age., s. 321; Dirikkan, Hanife: Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.231-232; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. D.r Haluk Tandoğan' ın Anısına Armağan 1915-1988, Ankara 1990, s. 335.

olduğu görüşü hakimdir⁶³. Bu nedenle her iki sistemi telif etmek, bilhassa bu iki meseleyi kanunda açıkça bir şekilde halletmek gerekmektedir⁶⁴.

C) Karma Sistem

Marka hakkının sadece tescil ile oluştuğu tescil sisteminin katı olarak benimsenmesi durumunda da markayı ilk defa kullanıp tanıtmış ve ekonomik değer kazandırmış olan kişinin sadece tescile dayanan kişinin hakkına tercih edilerek hak kaybına sebep olunmasının da adaletli sonuçlara yol açmayacağı kesindir. Bu nedenlerden ötürü tescil sistemi ile ilk kullanma sistemi arasında yer alan ve tescille marka hakkını kazanan kişi ile markayı ilk kullanan kişi arasındaki hak dengesini koruyan sistemler geliştirilmiştir⁶⁵.

556 sayılı KHK. ile sağlanan marka koruması, kararnamenin 6. maddesi uyarınca tescil yoluyla elde edilir. Görüldüğü üzere 556 sayılı KHK.’ de marka hakkının kazanılmasında kural olarak tescil sistemi benimsenmiş olmasına karşın söz konusu sistemine katı bir biçimde bağlı kalınmayarak sistem yumuşatılmıştır. Sistemde, tescilsiz marka sahibine, markanın bir başka kişi adına tescili için yapılan başvuruya itiraz ederek tescile engel olma hakkı tanınmıştır (556 sayılı KHK. m.8/III (a), (b)). Tescilsiz marka sahibinin bu itirazı yapabilmesi, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce bu işaret üzerinde hak elde etmiş ve bu hakka dayanarak markanın kullanımını yasaklama yetkisine sahip olması koşuluna bağlanmıştır. Bu itirazın yapılamaması ya da TPE tarafından reddedilmesi nedeniyle markanın başkası adına tescil edilmesi halinde ise,

⁶³ Karayalçın, (İşletme) age., s.322; Oytaç, Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Endüstriyel Tasarım İçerikli, Ankara 2002, s. 193.

⁶⁴ Buna ilişkin olarak Yargıtay’ ın bir kararı şu şekildedir: Davacı şirketin "CARLA" markasını 1984 yılından beri devamlı suretle ve tescilsiz bir şekilde kullandığı, davalının tescilli markasını tescil tarihinden itibaren 28.10.1998 tarihine kadar kullandığını gösterir bir kanıt ibraz edemediği, davalı markası açısından 556 sayılı KHK.’ nin 14. ve 42. maddelerindeki koşulların gerçekleştiği gerekçeleriyle, davanın kabulü ile davalı adına tescilli "İnova AŞ. Carla" markasındaki "CARLA" sözcüğünün davacı şirketin "CARLA" markası ile haksız rekabet oluşturduğunun tesbiti ile önlenmesine davalı adına olan tescilin hükümsüz sayılmasına, sicilden terkinine ve iptalin hüküm özetinin ilanına karar verilmesi doğrudur. Yargıtay 11. HD., E. 2000/5437, K. 2000/6332, T. 03/07/2000 (www.kazanci.com.tr); Markayı ilk kullanan ile ilk kez tescil başvurusu yapan arasındaki çatışmaya yurt dışından örnek de bir Yunan mahkemesi kararında görülmektedir. Atina Asliye 10. Hukuk Mahkemesi 31.7.1998 tarihinde, “*markayı ilk kez kullanan, ilk kez tescil başvurusu yapana göre daha üstün bir hakka sahiptir.*” kararına varmıştır. Şöyle ki, “Reel Magic” markası için 28.9.1993 tarihinde Barcrest Limited tarafından Uluslararası Sınıf 9’ da ve “otomatik oyun makinaları ve bağlı emtia” için marka tescil başvurusu yapılmıştı. Buna karşın JPM International kuruluşu 1993’ ten beri Yunan pazarında aynı markayı kullanmakla 26.5.1994 tarihinde 9. sınıfta aynı mallar için tescil başvurusunda bulundu. Sonuçta mahkeme tescilsiz “Reel Magic” markasının, JPM International’ ın tanınmış bir markası halini aldığı ve böylelikle öncelik kazandığını belirlemekle, ilk kez başvurana karşın üstün bir hakka sahip olduğuna karar verdi (Oytaç: age., s. 201).

⁶⁵ Karayalçın: (İşletme) age., s. 423.

işareti tescil ettirmeden ilk defa kullanan kişiye, marka tescilinin hükümsüz sayılması için 556 sayılı KHK.’ nin 42/I (b) maddesine dayanarak dava açma olanağı tanınmıştır⁶⁶.

556 sayılı KHK.’ ye kaynak oluşturan 89/104 sayılı Yönerge, üye ülkeleri tescil sistemi ya da kullanma sistemini benimsemeleri konusunda serbest bırakmıştır. 556 sayılı KHK. tescil sistemini kabul etmesine rağmen, getirdiği istisnalar sebebiyle “*kullanma sistemine*” daha yakındır. Şöyle ki 556 sayılı KHK. m. 7’ nin son fıkrasına göre, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu *ayırt edici nitelik* kazanmış ise tescili reddedilemez. Kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmanın şartları ise işaretin, tescile konu mal veya hizmetlerle ilgili olarak marka başvurusundan önce marka hukukuna özgü ve işlevlerine uygun olarak kullanılmış olması, ilgili olduğu mal veya hizmetler bakımından ticaret hayatında kendisini kabul ettirmiş ve tanıtmış olmasıdır⁶⁷. Bu durum “kullanma ilkesinin” kabulüne yol açabilecek bir hükümdür. 551 sayılı mülga Markalar Kanunu’ nda markanın “maruf” olması aranırken, 556 sayılı KHK.’ de işaretin “ayırt edici” nitelik kazanması yeterli sayılmıştır. Bir işaret ayırt edici nitelik kazanmışsa, daha önce aynı işareti marka olarak tescil ettirmiş kişi bu tescile itiraz edemez⁶⁸. Ayırt edici işaretin sahibi 556 sayılı KHK.’ nin 42. maddesine dayanarak tescilli markanın terkinini talep edebilir. Sonuç itibariyle 556 sayılı KHK. uyarınca kabul edilmiş sistemin, ilk kullanma sistemi ile yumuşatılmış tescil sisteminden oluşan karma bir sistem olduğu söylenebilir⁶⁹.

Kanımızca ayırt edici nitelik kazanmış işaretlerin tescilli marka sahibine karşı öncelik hakkı olduğu kabul ediliyor ise söz konusu işaretin tanınmış marka niteliğine ulaşması halinde söz konusu öncelik durumunun evleviyetle uygulanacağını söyleyebiliriz. Ayrıca *tanınmış marka* sahibine, Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. maddesi uyarınca üye ülkelerden birinde tescilli markaya karşı dava açarak, bunun hükümsüzlüğünü isteme hakkı da verilmiştir.

Yargıtay ise bir kararında⁷⁰ “kullanma” ilkesini kabul ederek kararını vermiştir. Yargıtay markalar hukukundaki en önemli üç ilkeden birisinin öncelik hakkının, o markayı

⁶⁶ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 355-356.

⁶⁷ Doğan: (Ayırt Edici) agm., s. 220.

⁶⁸ Yasaman: (Marka Hakkı) agm., s. 153-154; Tekinalp, Ünal: Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 467.

⁶⁹ Arkan: (Marka I) age., s.129; Tekinalp: (Fikri Mülkiyet), s. 355.

⁷⁰ Yargıtay 11 HD., E. 2001/9903, K. 2002/3699, T. 19/4/2002 (Yasaman: (Marka Hakkı) agm., s. 155).

ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye ait olduğunu belirtmiş ve “gerçek hak sahibinin” o markayı ilk defa kullanan olduğunu belirtmiştir. Yargıtay bu kararında enteresan bir görüş ileri sürmüştür. Markanın tescilinin kurucu veya açıklayıcı etkisinin bulunduğunu; bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin sadece seçip tescil ettirenin tescilinin kurucu olduğu; buna karşılık bir markayı önceden kullananın tescilinin açıklayıcı olduğu sonucuna varılmıştır. Yargıtay daha da ileri giderek, tescilin sadece başlangıçta hak sahibine şarta bağlı bir hak sağladığı görüşüne yer vermiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise şudur: 551 sayılı mülga Markalar Kanunu m.15/II’ de bir markanın ilk defa kullanmak suretiyle hakkın oluşumu için “fiilen ihdas ve istimal” ile “piyasada maruf hale getirme” kriterlerini arıyordu. Buna karşılık, tescil edilmeden kullanılan bir marka için “maruf hale gelmiş olma” şeklinde bir koşul 556 sayılı KHK. m. 8/III’ de açıkça yer almamıştır. Ancak bu şartın madde de açıkça yer almaması mülga kanununun 15/II. maddesinde aranan “*maruf hale getirme şartı dahi gerekli görülmeden, daha geniş bir koruma sağladığı*” anlamına gelmemektedir. Gerçekten bir kimsenin salt bir markayı ilk defa kullanmaya başlaması ile o marka üzerinde önceye dayalı hak sahibi olduğunu, korunabileceğini ve kendisinden sonra yapılacak tescilleri engelleyebileceği ve hatta yapılan tescilleri hükümsüzlük davası açarak ortadan kaldıracabileceğini kabul etmek imkansızdır. Tescil edilmemiş markaya 556 sayılı KHK. ile koruma sağlanmasının sebebi, sadece tescilsiz marka sahibinin markayı ilk kez kullanmaya başlaması değildir. Aksine bunun dışında, markanın korunmasını haklı kılacak daha temel ve önemli bir sebep bulunmak zorundadır⁷¹.

Bizimde katıldığımız Karahan’ ın görüşüne göre⁷² bu sebep, yukarıda da bahsettiğimiz gibi, tescilsiz olarak kullanılagelen söz konusu markanın belirli bir yer, bölge veya piyasada bilinir hale gelerek bunun sonucunda ayırt edici nitelik kazanmasıdır. Kararname koyucu markanın ilk kez kullanılması yanında, markayı bilinir hale getirmek için yapılan faaliyetleri ve bunun sonucu elde edilen ekonomik değerleri de korumak için böyle bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir.

Netice itibariyle, markayı tescil ettirmeden piyasada ilk defa kullanan ve maruf hale getiren kişi, “gerçek hak sahipliğine” dayalı olarak; bu markayı haksız rekabet

⁷¹ Karahan: (Marufiyet) agm., s. 15-16.

⁷² Karahan: (Marufiyet) agm., s. 16.

hükümlerine göre koruyabileceği gibi, m.8/III hükmünden yararlanarak aynı markanın aynı tür mal veya hizmet için bir başkası tarafından kendi adına tesciline itiraz edebilir ve gerektiğinde m. 42/I (b)' ye göre hükümsüzlük davası açabilir⁷³.

VII) MARKA KULLANILMASI İLE İLGİLİ SİSTEMLER

Çalışmamızın konusunu oluşturan markanın kullanılma yükümlenisi, tescil edilen bir markanın kullanılmasına ilişkindir. Aşağıda anlatılan sistemler ise kullanılan bir markanın tescil edilme zorunluluğunun olup olmadığına veya herhangi bir malı üreten, ticarete sunan veya bir hizmeti gören işletmelerin marka kullanmak zorunda olup olmadıklarına ilişkindir. Buna ilişkin olarak serbesti sistemi, zorunluluk sistemi ve karma sistem olmak üzere üç sistem mevcuttur.

A) Serbesti Sistemi

Bu sisteme göre; marka hukuku tamamen özel hukuka tabi olup, işletme sahibi marka kullanıp kullanmama ve markasını tescil ettirip ettirmeme hususunda tamamıyla serbesttir. Kamu yararı ile olsa dahi; yani karma sistemde olduğu gibi idari makamlar tarafından, kamu yararı düşüncesiyle getirilen bir kullanma zorunluluğu söz konusu değildir ve işletme sahibini marka kullanmaya zorlamak olanaksızdır⁷⁴. Başka bir deyişle serbesti sisteminde marka sahibinin, mal veya hizmetini marka altında sunması ve markayı kullanması durumunda, söz konusu markasını tescil ettirme zorunluluğu yoktur⁷⁵.

B) Zorunluluk Sistemi

Bu sisteme göre; kamu yararı ve ekonomik düşünce gereği, her mal veya hizmet üzerinde marka bulunması, bu markanın marka siciline tescil ettirilmesi zorunludur⁷⁶.

C) Karma Sistem

Bu sisteme göre ise; marka kullanma işletme sahibinin isteğine bağlı olup; ancak kamu yararı gerektirdiği takdirde marka kullanma zorunluluğu getirilebilir⁷⁷. 551 sayılı mülga Markalar Kanunu, karma sistemi kabul etmişken, yürürlükte bulunan 556 sayılı

⁷³ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 356; Karahan: (Marufiyet) agm., s. 17.

⁷⁴ Omağ, Merih Kemal: Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması, HAD. 1991, C. 6, S. 1-3, s.6; Bozer, Ali/ Göle, Celal: Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, Ankara 1994, s. 90; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 224.

⁷⁵ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 224.

⁷⁶ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 224.

⁷⁷ Karahan: (İşletme) age., s. 148

KHK.’nin hiçbir düzenleme yapmamış olması serbesti sisteminin benimsendiğinin düşünülmesine yol açmıştır⁷⁸.

VIII) MARKANIN TESCİLİ ve MARKA HAKKININ KAPSAMI

556 sayılı KHK.’nin 3. maddesinde kimlerin tescil için başvuruda bulunabilme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Türkiye sınırları içerisinde ikametgâhı olan veya sınaî veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde, başvurma hakkına sahip olanlar, markaların tescili için başvuruda bulunabilirler. Bu kapsam içerisinde olmamakla birlikte, Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere kanunen veya fiilen marka koruması tanımış yabancı devletlerin gerçek veya tüzel kişileri de *karşılıklılık ilkesi* uyarınca tescil başvurusunda bulunabilir.

556 sayılı KHK., bu madde kapsamı içerisinde markasını tescil ettirme başvurusu yapmaya yetkili kılınmamış kişilerce yapılan tescil başvurularının reddedileceğini 31. madde ile belirlemiştir.

Marka tescili talebinde bulunacak kişiler, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na bağlı TPE’ne başvururlar (556 sayılı KHK. m. 23). Aynı maddenin 3. fıkrası gereğince her bir markanın tescili için ayrı ayrı başvuruda bulunulmalıdır.

Başvuru şartları eksiksiz bir şekilde yerine getirilerek reddedilmemiş bir marka tescil başvurusu Resmi Marka Bülteninde yayınlanır. 556 sayılı KHK.’nin 34. maddesi ile yayından sonra, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, herhangi bir grup veya hizmetleri temin edenler, üreticiler veya imalatçıları temsil eden bir organ, tacir veya tüketicilerin markanın tescili için gerekli niteliklere haiz olmadığını belirten yazılı görüşlerini sunma hakkı tanınmıştır. Tescil başvurusu yapılmış markanın 556 sayılı KHK.’nin 7 ve 8. madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına dair itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayını tarihinden itibaren üç ay içerisinde yapılır (556 sayılı KHK. m. 35/I).

556 sayılı KHK. ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre başvurusunu eksiksiz olarak yapmış veya eksikliklerini verilen süre içerisinde gidermiş, süresi içerisinde hakkında itiraz

⁷⁸ Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004, s. 259.

yapılmamış veya yapılan itiraz kesin olarak reddedilmiş bir başvuru, tescil edilerek sicile kaydedilir, Resmi Marka Gazetesinde yayımlanır ve başvuru sahibine Marka Tescil Belgesi verilir (556 sayılı KHK. m. 39/1).

Tescil ettirilmiş olan marka üzerinde marka sahibi *inhisar hakkına* sahiptir. Başka bir deyişle marka hakkı, sahibine münhasıran yetkiler veren tekel niteliği haiz bir haktır. Marka sahibi bu hakka dayanarak kendisinin izni alınmadan markasının kullanılmasını veya diğer bazı işlemlerin yapılmasını önleyebilir⁷⁹. Marka sahibi bu hakkına dayanarak, markasına tecavüz hallerinde, marka işaretinin mal ya da ambalajı üzerine konulması, işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi ya da bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin isteyenlere önerilmesi ya da o işaret altında hizmet sunulması ya da sağlanması, işareti taşıyan malın ithal veya ihraç⁸⁰ edilmesi ve ilgili teşebbüsün iş belgeleri ve reklamlarında kullanılmasını yasaklama yetkisi de bulunmaktadır (556 sayılı KHK. m.9/I,II).

Markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Markanın tescili için yapılacak başvurunun yayınlanmasından sonra doğabilecek durumlarla ilgili olarak tazminat talebi yapılabilir. Ancak başvurunun yayını ile doğan haklar, tescilin yayınıyla birlikte tescilli markadan doğan hakların kapsamı içinde değerlendirilir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez (556 sayılı KHK. m.9).

Markanın tescili için yapılan başvurunun ardından, başvuru yayınlanmadan önce gerçekleşen tecavüz halinde başvuru sahibi, tecavüz edene karşı söz konusu marka için tescil başvurusunda bulunduğunu ihbar eder. Bu ihbardan sonra tecavüz fiili durdurulmuyorsa o zaman, başvuru sahibi hukuki yollara başvurabilecektir. Kanımızca söz konusu durumun 556 sayılı KHK.' da yer almamasına rağmen 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname' nin 136. maddesinde yer alan bu hükmün markaların korunmasında da kıyasen uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.

⁷⁹ Karahan: (İşletme) age., s. 157 vd.; Baytan Karakuzu, Dilek: Fikri Mülkiyet Hukuku Kavramları, İstanbul 2005, s. 209; Poroy/Tekinalp: agm., s. 336.

⁸⁰ 3.11.1995 tarih ve 4128 sayılı Kanunun 5. maddesi ile "ithali" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya ihracı" ibaresi eklenmiştir (RG.7.11.1995,S.22456).

Marka sicilleri, ticaret sicilleri gibi alenidir. İlgili olduğunu ispatlamaksızın herkes tarafından incelenebilir⁸¹.

Tescilli bir markanın koruma süresi 556 sayılı KHK.'nin 40. maddesine göre başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde sonsuza kadar yenilenebilir. Bu maddenin devamında 41. maddede koruma süresinin bitiminden itibaren altı aylık süre içinde yenilenmeyen markaların hükümsüz sayılacağı düzenlenmiştir.

556 sayılı KHK. 5. maddeye göre ise, markanın mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilmiş olması marka sahibine mal veya ambalaj üzerinde inhisari bir hak sağlamaz.

Markayı tescil ettirmek marka sahibine birçok hak sağladığı gibi bazı sorumluluklar da yüklemektedir. Örneğin adına bir markayı tescil ettiren kimse, o markayı kullanma amacı taşımali ve bunun gereğini yerine getirmelidir. Başka bir deyişle, 556 sayılı KHK.'nin 14. maddesi gereğince markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma kesintisiz ara verilmesi mümkün değildir. Buna aykırı hareket halinde marka iptal edilir. Marka hukuku kapsamında marka sahibine yüklenen edimlerden bir diğeri de garanti markaları ve ortak markalar için getirilmiştir. 556 sayılı KHK.'nin 56. maddesine göre, marka sahibi, garanti markasını veya ortak markayı teknik yönetmeliğe uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. Bu düzenlemenin ihlali yine markanın iptali sonucunu doğuracaktır.

Marka hakkının elde edilmesinden sonra elde edilen marka koruması için gerekli olan maddi ve şekli şartların varlığına rağmen aşağıdaki hallerden birinin bulunması halinde koruma ortadan kalkar:

a) Markanın başvuru eserlerinde yer alması (556 sayılı KHK. m.10): Bir marka, bir sözlükte, ansiklopedide, yıllıkta, katalogda, ticaret veya sanayi dünyasını genel olarak veya bir sektörü özel bir tarzda takdim eden bir kitapta veya benzeri bir başvuru eserinde bir cins adı olarak yer alabilir: Mesela, "Gillette" markası sözlüklerde tıraş bıçağının karşılığı olarak gösterilmiş olabilir. Bir deterjan markası olan "Vim", "vimlemek" olarak fiil halinde kullanılmaktadır. Sözlükte veya diğeri bir başvuru eserinde bu şekilde cins ismi veya sıfat, zarf ya da fiil gibi kullanılan kelimelerin söz konusu madde uyarınca, tescilli

⁸¹ Yılmaz, Pınar: age., s. 107.

marka olduğunun belirtilmesi gerekir, aksi halde o markanın toplumca cins, isim veya fiil kabul edilmesi ve markanın ayırt edici gücünü yitirmesi, korumanın dışına çıkması tehlikesi vardır.

b) Markanın ticari ve sınaî alanda geçerli olan dürüstlük kurallarına uygun biçimde, sahibinin iznine gerek olmaksızın, üçüncü kişi tarafından kullanılması (556 sayılı KHK. m.12): Mesela, bir fotoğraf filminin “Kodak”, “Minolta” ve “Canon” fotoğraf makinelerine uyduğu, filmi üreten firma tarafından filmin ambalajına yazılabilir, kutuların üstünde veya ilanlarda Kodak’ ın, Minolta’ nın veya Canon’ un markası aynen basılabilir. Bunun gibi bir bilgisayar firması kendi bilgisayarında “Microsoft Windows NT” yazılımını, “Pentium” işlemcilerini ve “Asus” anakartlarını kullandığını ilanlarında belirtebilir, bunları markaların ilanlarına aynen alabilir; bir amortisör işletmesi, ürünlerinin “Ford”, “BMW” ve “Kartal” otomobillerine uyduğunu ilan ederken, bu markaları aynen kullanabilir. Söz konusu kullanma biçimi yedek parça, hammadde, yeniden doldurma ve yenileme sanayinin ortaya çıkardığı bir zorunluluktur.

Yargıtay’ ın bir kararında⁸², Opel Türkiye Ltd. Şti. (Opel), bir otomobil tamir ve bakım yani “servis şirketi” nin Opel ile arasında hiçbir hukuki ilişki bulunmadığı halde, haksız olarak Opel markasını işyerinde kullanarak iltibas oluşturduğunun tespit edildiği ve eylemin haksız rekabet olduğunu ileri sürerek, davalının işyerlerinden Opel markasının kaldırılmasını talep etmiştir. Yargıtay kararında, servis hizmeti veren bir işletmenin kendi işletme adını “hakim unsur” şeklinde yazmak koşuluyla, işyerinde belirtilen markalı araçlara hizmet verildiğini göstermek bakımından marka sahibinin iznine gerek olmadan 556 sayılı KHK.’ nin 12. maddesinde tarif edilen koşullarla tescilli markayı “tali unsur” olarak kullanabileceğini, ancak dosya içeriği ve sunulan fotoğrafların incelenmesinden Opel markasının davalı tarafından tali unsur olarak değil, hakim unsur teşkil edecek şekilde kullanıldığını belirtmektedir. Karardan da anlaşıldığı üzere markayı kullananın kendi işletme adını veya unvanını işletmelerinde ve işletme kırtasiyesinde hakim unsur olarak yazması, başkasının markasını ise tali konumda bulundurması gerekir.

c) Markanın sahibi, markasını taşıyan malları, Türkiye’ de piyasaya sunduğu veya mallar onun izni ile Türkiye’ de piyasaya verildiği takdirde, markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamaz (556 sayılı KHK. m. 13): Tükenme veya ilk satış ilkesi

⁸² Yargıtay 11. HD., E. 2003/2346, K. 2003/8743, T .03/10/2003 (www.kazanci.com.tr).

diye adlandırılan bu ilkeye göre; tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’ de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır. Böylece piyasaya çıkmış malların dolaşımı engellenemez. Çünkü izinle birlikte, satış tekeli kaldırılmış, o mal bağlamında marka tescilinden doğan haklar tüketilmiş olur. Ancak, buna rağmen marka sahibinin, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme yetkisi vardır⁸³.

Başka bir deyişle malın ana dağıtıcıdan, alt dağıtıcılara, onlardan da tüketiciye devredilmesi marka hakkının ihlali değildir. Ancak, hakkın tükendiği hallerde, markanın sahibinin, sonraki satış aşamalarında malın durumunun değiştirilerek markanın kullanılmasını önleme yetkisi vardır⁸⁴. Mesela, 10 adet hap içeren kutularda satılan bir ilacın 100’ lük şişelerde piyasaya sürülmesine veya bir bonbonun içine likör konulup yeniden ambalajlanıp aynı marka altında satılmasına marka sahibi engel olabilir.

Kanımızca bu istisnanın tanınmasının sebebi, marka ile ürün dolayısıyla işletme arasındaki bağı korumak, markanın işletmesel köken ve kalite garantisini muhafaza etmektir.

d) Hakkın kötüye kullanılması (sessiz kalma yoluyla hak kaybı sorunu): 89/104 sayılı Yönerge’ nin 9. maddesi, kesintisiz 5 yıl süre ile bir marka sahibinin kendi markasının başkası tarafından, bilgisi dahilinde kullanılmasına ses çıkarmaması halinde marka sahibinin artık hükümsüzlük davası açamayacağını ve söz konusu kullanmayı önleyemeyeceğini öngörmektedir. Anılan hüküm Türk hukukuna alınmamıştır. Ancak kanımızca söz konusu hükmün yokluğuna rağmen, bu tür taleplerde Medeni Kanun m. 2’ de yer alan “hüsnüniyet ilkesi” ile çözüme gidilebilmelidir⁸⁵.

e) Yenilenmemiş bir markanın eski sahibi tarafından korumadan yararlanmadan kullanılması: Yenilenmemiş bir marka, sahibi tarafından kullanılabilir. Böyle bir kullanma, sahibine nispi bir ret sebebine dayanarak, 2 yıl süre ile bu işaretin başkası adına tesciline itiraz etmek hakkı sağlar (556 sayılı KHK. m. 8/6). Ancak bu 2 yıl süre ile tescili önleme

⁸³ Gürzumar: agm, s. 512; Pınar, Hamdi: Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi Ve Türkiye, İstanbul 2004, s. 25-26.

⁸⁴ Arkan, Sabih: Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer’ e Armağan, Ankara 1998, s. 203-204.

⁸⁵ Bu konuya III. Bölüm’ de ayrıntılı olarak değinilecektir.

hakkına rağmen yenilenmemiş bir markanın sahibi tarafından kullanılması “korumasız kullanma”dır ve 556 sayılı KHK. ile tescille sağlanan korumadan ve inhisari haktan yararlanılamaz.

Yukarıda anlatılan tescil ile kazanılan marka hakkının devam etmesi ve bu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ise markanın tescil edildiği tarihten itibaren beş yıl içinde kullanılmasına veya kullanmaya 5 yıldan fazla ara verilmemesine kısaca çalışmamızın konusunu oluşturan kullanma yükümlüsüne uyulmasına bağlıdır.

IX) MARKA TÜRLERİ

A) Konusuna Göre

1- Ticaret Markası

Malların hangi işletme tarafından üretildiğini ya da hangi işletme tarafından piyasaya çıkarıldığını gösteren işaretlere ticaret markası adı verilir⁸⁶. 556 sayılı KHK.’nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmeliğin⁸⁷ 8. maddesi ticaret markasını; bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işaret olarak tanımlanmıştır.

Ticaret markaları elle veya makineyle üretilbileceği gibi bu şekilde üretilmeleri şart olmadığı için sebze, meyve gibi doğal mallarda ticaret markası kapsamında kabul edilebilir⁸⁸.

2- Hizmet Markası

Ticari bir işletmenin malları veya ambalajları üzerine koydukları markalar dışında hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmek amacıyla kullandığı her türlü maddi işaret hizmet markasıdır⁸⁹. Yönetmeliğin 9. maddesi de hizmet markalarını, “*Bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir.*” ibaresi ile tanımlamıştır.

Hizmet edimlerinde dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu hizmet ediminin mali bir amaç taşıması gereğidir. Bir hayır kurumunun sportif, kültürel organizasyonları hizmet olmadığı gibi avukatlık, mimarlık, doktorluk gibi meslek gruplarının faaliyetleri de

⁸⁶ Arkan: (İşletme) age., s. 259; Karayalçın: (İşletme) age., s.408.

⁸⁷ Kısaca *Yönetmelik* olarak anılacaktır.

⁸⁸ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 347.

⁸⁹ Yasaman/Yüksel: 556 Sayılı KHK Şerhi, C. I, İstanbul 2004, s. 80.

bu kavramın dışındadır. Çünkü bunların faaliyetleri anlamamız gereken manada ticari faaliyet değildir⁹⁰.

556 sayılı KHK. ve ilgili Yönetmelik gereğince markanın tescil edilebilmesi için başvuru sahibinin, ilgili odalar, ticaret sicil memurluğu veya vergi dairesinden alacağı bir belgeyle, ticaretle uğraştığını kanıtlaması gerekir. Bizimde katıldığımız Saka' nın görüşüne göre⁹¹, bu düzenleme, hizmet markası kullanımına da ticari bir boyut tanımakta ve sonuçta ticaret markası ve hizmet markası ayrımı işlevsel tanımlama dışında bir anlam taşımamaktadır.

B) Hak Sahiplerinin Sayısına Göre

1- Bireysel (Ferdî) Marka

Bir marka, bir gerçek veya tüzel kişiye ait olup da o markanın sağladığı haklar sadece bir kişiye aitse bu tür markalara ferdi veya bireysel marka denilmektedir⁹². Bir marka üzerinde iştirak halinde ya da elbirliği mülkiyeti varsa o marka da ferdi markadır. Bireysel marka kavramına 556 sayılı KHK.' de yer verilmemişken, Mülga Kanunda, "gerçek veya tüzel kişiler tarafından münferiden ve müstakilen kullanılan marka" olarak tanımlanmıştır(m. 2/a).

Bireysel markalarda, marka üzerindeki hak bir veya birkaç kişiye aittir, bu kişiler iştirak ve müşterek mülkiyet hükümleri dahilinde marka üzerinde mutlak hak sahibidirler ve bütün hakları kullanırlar. Kamu tüzel kişileri de bireysel marka sahibi olurlar ancak tüzel kişiliği olmayan adi şirketler marka sahibi olamaz⁹³. Arkan' a göre⁹⁴, 556 sayılı KHK. anlamında ticaret markası bireysel markayı ifade etmektedir. Bizimde katıldığımız Tekinalp' in görüşüne göre⁹⁵, ticaret markasının, bireysel markaya karşılık geldiği düşünülemez. Zira bu durumda bir hizmet markasının bireysel marka olamayacağı anlamı ortaya çıkar ki, bir hizmet markasının da bireysel marka olabileceği tartışmasızdır. Bir markanın üzerinde iştirak halinde veya müşterek mülkiyet olması markanın bireysel marka olmaması anlamına gelmez. Bu halde marka, ortak marka olabileceği gibi, bireysel marka da olabilir. Hak sahibi veya sahipleri marka üzerinde mutlak hakka sahiptirler.

⁹⁰ Yasaman, Hamdi: Hizmet Markaları, Batider 1975, C. VIII, S. 1, s. 75.

⁹¹ Saka: age., s. 193.

⁹² Saka: age., s. 194; Karahan: (İşletme) age., s. 99; Arkan: (Marka I) age., s. 44; Karayalçın: (İşletme) age., s. 410; Arkan: (İşletme) age., s. 259.

⁹³ Arkan: (Marka I) age., s. 44-45.

⁹⁴ Arkan: (Marka I) age., s. 44-45.

⁹⁵ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 342.

2- Garanti Markası

Garanti markası, marka sahibinin veya marka sahibine bağlı olan bir işletmenin mal veya hizmetlerinde kullanılmamak koşuluyla, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir⁹⁶. Örneğin; bir malın Türk standartlarına uygun olduğunu ve kaliteli olarak üretilip piyasaya sürüldüğünü gösteren TSE⁹⁷ veya uluslararası kalite normlarına uygun üretildiğini belirten ISO 9000, 9001, 9002 işaretleri marka olmamakla birlikte 556 sayılı KHK. ile garanti markası olarak adlandırılmış ve markaların tabi olduğu hükümlere tabi tutulmuştur⁹⁸. Bu marka çeşidi yabancı ülkelerde belgelendirme markası (certification mark) diye de tanımlanmaktadır⁹⁹.

Garanti markalarının garanti etme işlevi esas itibariyle dört hususa yöneliktir. Bir garanti markası bu dört işlevden en az bir tanesini bünyesinde barındırmalıdır. Gerçekleştirilen işlevler garanti markalarının değişik şekillerde ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Garanti markaları, işletme tarafından üretilen mal veya sunulan hizmetlerin ortak özelliklerini garanti etmeye yarar. Örneğin bir malın saf ve yeni yünden imal edildiğini gösteren uluslararası yün birliğine ait “*WOOLMARK*” markası bu niteliktedir. Garanti markalarının bir diğer işlevi, işletme tarafından üretilen mal veya sunulan hizmetlerin üretim usullerini garanti etmektir. Örneğin ürünün üzerinde bulunan “*HANDMADE*” işareti bu niteliktedir. Coğrafi kaynak işareti olarak adlandırılan üçüncü tip garanti markası, işletme tarafından üretilen mal veya sunulan hizmetlerin coğrafi kaynaklarını garanti etmeye yarar. Örneğin çini işlemlerinin İznik’te yapıldığını gösteren “*İZNİK İŞİ*” markası, İsviçre’de üretilen veya işlenen gıda maddeleri üzerinde kullanılan “*SUISSE GARANTIE*” markası bu niteliktedir. Kalite işareti olarak son garanti markası, işletme tarafından üretilen mal veya sunulan hizmetlerin kalitesini garanti etmeye yarar. Bir malın Avrupa ekonomik bölgesinde satılabilmesi için gerekli olan ve üzerine konulduğu malın insan, hayvan ve çevre açısından sağlıklı ve güvenli olduğunu gösteren *CE* markası bu işleve uygun bir kullanımdır¹⁰⁰.

⁹⁶ Erdağ, Nevzat: Marka-Patent Belgelendirme, İstanbul 2006, s. 4-5.; Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s.348-349; Arkan: (İşletme) age., s. 259; Taylan Çamlıbel, Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s. 38.

⁹⁷ Türk Standartları Enstitüsü.

⁹⁸ Karahan, Sami: Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, s. 147.

⁹⁹ Oytaç: age., s. 279.

¹⁰⁰ Karahan, Sami: Garanti Markası, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2005–2006, S. 2, s. 16.

3- Ortak Marka

Ortak marka üretim, ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılmak üzere, grubu oluşturan işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir¹⁰¹. Bir marka sahibinin marka üzerinde sahip olduğu hak, aynı markaya sahip olan marka sahiplerinin marka üzerindeki haklarından bağımsız fakat onlar tarafından sınırlandırılmıştır¹⁰². Ortak marka grubun değil, aynı veya ayrı gruplara dahil veya tamamen bağımsız işletmeler veya kişiler adına tescil edilir¹⁰³. Bu tür markalar işletmelerin belli bir birliğe dahil olduklarını gösterme fonksiyonuna sahiptirler¹⁰⁴. Ortak marka, ortaklara sadece kullanma hakkını değil, bütün hakları ve yetkileri, diğer ortakların haklarıyla sınırlandırılmış olarak sağlar¹⁰⁵. AB Marka Tüzüğü¹⁰⁶ m. 64’de “*Topluluk Ortak Markası*¹⁰⁷ öyle bir markadır ki marka uygulandığında, markanın sahibi olan birliğin üyelerinin mal veya hizmetlerini öteki teşebbüslerinkinden ayırt edebilmeye elverişlidir. İmalatçılar, üreticiler, hizmet sağlayıcıları ya da tabi oldukları yasalar şümulünden olarak kendi adlarına her türlü hak ve yükümlülükleri edinebilen, sözleşmeler yapmaya veya diğer yasal davranışlarda bulunmaya hak kazanmış, dava açmaya ya da aleyhlerine açılacak davalarda husumetin yöneltmesine ehil, aynı zamanda kamu hukuku açısından tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar Topluluk Ortak Markası için başvurabilirler.”

Ortak marka ile ilgili örnek olarak Christian Dior markası verilebilir. Söz konusu markanın Dior, Diorella, Diorrisimo ve Miss Dior gibi bağlantılı olduğu pek çok akraba markası vardır. Hacı Bekir Şekercisi’ de yine ortak marka konusunda verilebilecek bir

¹⁰¹ Özdal: age., s. 54; İnal, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s. 223; Meran, Necati: Marka Hakları Ve Korunması, Ankara 2004, s. 32; Erdağ: age., s.4.

¹⁰² Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s.349.

¹⁰³ Arkan: (Marka I) age., s. 45.

¹⁰⁴ Taylan: age., s. 37.

¹⁰⁵ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 349.


¹⁰⁶ 40/94 Sayılı Topluluk Markası Hakkında Konsey Tarafından Çıkarılan Topluluk Tüzüğü.

¹⁰⁷ 1993 yılında uyumlaştırma çalışmalarına ek olarak, “40/94 Sayılı Topluluk Markası Hakkında Konsey Tarafından Çıkarılan Topluluk Tüzüğü” ile mal ve hizmetlerde kullanılmak üzere Topluluk Markası düzenlenerek, tek marka sistemine geçilmiştir. Avrupa Topluluğuna üye devletlerin markalara ilişkin hukuklarını uyumlaştırma amacı ile Topluluk Markası çıkarılmıştır. Yürürlüğe girmesiyle tüm üye devletlerde doğrudan uygulanan hukuk haline gelmiş olan 20.12.1993 tarihli Topluluk Markası Yönetmeliği Topluluğun öncelikli bir amacını, yani markalı malların üretimi ve dağıtım bağlamında bir iç pazar oluşumunu yerine getirmiştir (Bastian, Eva Marina:Avrupa Hukukunda Topluluk Markası: Ulusal Hukuk Ve Mevcut Sorunlarla İlişkiler, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 2002, s. 441-460vd.).

örnektir. Yurt dışından ortak marka konusunda verebileceğimiz en çarpıcı örnek ise turizm ve dinlenme tesisleri için kullanılan ST. MORITZ markasıdır¹⁰⁸.

4- Holding Markası

Holding markası, holding tarafından kontrol edilen şirketlere ait işletmelerin kullandığı markaya verilen addır¹⁰⁹. Holding markası bir holdinge bağlı şirketlerin ürettiği mal veya hizmetleri diğer şirketlerden ayıran işaretlere denir. Bu tür markalara örnek olarak Sabancı Holding tarafından bütün bağlı şirketlerince kullanılan ve iki daire içine

yazılmış *S* ve *A* harflerinden oluşan ve  şeklinde ifade edilen markadır. Bu işaretler üzerinde kullanıldığı ürünün veya hizmetin Sabancı Holding tarafından üretildiğini ifade etmektedir. 556 sayılı KHK' de, holding markaları ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamasına karşın, holding markaları da ticaret ve hizmet markaları gibi tescil edilmektedir¹¹⁰.

C) Amaca Göre

1- Koruyucu Marka

Bir markaya yönelik tecavüzleri engellemek amacıyla ona benzeyen işaretlerin tescil edilmesiyle oluşan markalar, koruyucu markalardır¹¹¹. Bu tür markalarda, kullanılan bir markanın görünüş veya lafzı itibarıyla benzeri olan işaretler asıl marka ile birlikte tescil edilmektedir. Bu işaretler, gerçek bir kullanım amaçlanmadan, asıl markanın karıştırmaya sebep olacak ölçüde benzerlerinin veya aynılarının, aynı veya farklı mal veya hizmetler bakımından üçüncü kişiler lehine tesciline veya bu kişilerce fiilen kullanımına engel olmak ve böylece tescilli markanın korumasını genişletmek amacıyla tescil edilmektedir¹¹².

2- Tedbir Markası

Tescil edildiği anda kullanılması düşünülmeyen, ancak belirsiz bir gelecekte marka sahibi ya da onun yetkilendirdiği kişiler tarafından kullanılması düşünülen markalardır. Tedbir markasını kendi adına sicile tescil ettirmek ile marka sahibi, ileride mal veya hizmetlerinde kullanmayı düşündüğü ancak tescil için başvurduğu anda kullanmayı düşünmediği markanın üçüncü bir kişi tarafından tescil ettirmek suretiyle kullanılmasının

¹⁰⁸ Ünlü, Levent: Tanınmış Markalar ve Korunması, Kocaeli 2001, s. 33.

¹⁰⁹ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 228, dph. 34.

¹¹⁰ Karahmet, Erdoğan/Yalçiner, Uğur:Marka Tescilinin Temel İlkeleri Ve Uygulamaları, Ankara 1999,s.53.

¹¹¹ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 230.

¹¹² Yasaman/Yüksel: age., s. 642.

önlenmesini amaçlamaktadır. Nihayetinde marka tescili için kullanma niyeti ön şart olmadığı için, marka sahipleri daha sonra kullanabilecekleri fikri ile markalarını farklı mal ve hizmetler için mevcut tüm sınıflar için tescil ettirebileceği gibi sadece üçüncü kişilere kullandırmak için de tescil ettirebilirler¹¹³.

3- Merchandising Markası

Merchandising, tanınmış bir ismin, sembolün veya diğer ayırt edici bir işaretin, toplumun gözünde ayırt ediciliğe sahip olmadığı mal veya hizmetlerin satılması ya da satışının artırılması amacıyla ticari şekilde kullanımını ifade eder. Merchandising sözleşmesi, marka sahibi tarafından markasını kullanma hakkını, farklı mal veya hizmetler için ve markanın ününden yararlanmak amacıyla üçüncü kişiye devrini konu edinen lisans sözleşmesidir. Özellikle spor klüpleri tarafından uygulanan bu sözleşmelerde, klüpler ayırt edici isimlerini kendi alanları dışında bir mal veya hizmet ismiyle birlikte kullandırırlar. Klubün merchandising sözleşmesi ile kullanılmasını izin verdiği markası o mal ya da hizmetin tüketici tarafından tercih edilmesini sağlayacaktır. Merchandising markası asıl markanın yanında, tescil edildiği şekli ile doğrudan basılabileceği gibi, markanın bileşenleri veya markayı hatırlatacak ya da marka sahibini hatırlatacak şekil ve işaretlerin de marka üzerine konulması suretiyle kullanılabilir¹¹⁴.

D) Niteliğine Göre

556 sayılı KHK.'nin 5.maddesi ile marka olabilecek işaretlerin kapsamı oldukça geniş tutulmuş, maddede sayılan işaretler marka olabilecek işaretlere örnek olarak kabul edilmiştir. Çünkü 556 sayılı KHK' nin gerekçesinde de belirtildiği gibi marka kavramına bir sınırlama getirilmemiş, markanın tanımı yapılmadan markanın içereceği işaretler hüküm altına alınmıştır. Bunun tek amacı da yeni marka kullanım şekillerinin kapsam dışı bırakılmasını engellemektir¹¹⁵. Bu anlamda 5. maddede açıkça sayılmamış olsa bile ticaret unvanı, işletme adı, müstear ad, sloganlar¹¹⁶, alan adları, çizimler, resimler, simgeler,

¹¹³ Yasaman/Yüksel : age., s. 644.

¹¹⁴ Yasaman/Yüksel: age., s. 646-647.

¹¹⁵ Kocahanoğlu, Osman Selim: Markalar ve Patent Mevzuatı, İstanbul 1996, s. 202.

¹¹⁶ Yargıtay'ın konuya ilişkin kararı şu şekildedir: "İngilizce sözcüklerden oluşan 'become what you are' ibaresi marka olarak bir anlam taşımakta olup, ayırt edici niteliği bulunmaktadır." (11. HD., E. 2000/7674, K.2000/9346, T. 20/11/2000, www.kazancı.com.tr)

amblem, tasarımlar, desenler¹¹⁷, geometrik şekiller, grafikler, fotoğraflar, üç boyutlu işaretler, renkler ve sesler marka olarak tescil edilebileceklerdir.

1- Renk Markası

Görüldüğü üzere 556 sayılı KHK.'nin 5. maddesinde marka olarak tescil edilebilecek işaretler sınırlı olarak sayılmadığından, belirli şekillerle çerçevesiz veya belirli bir kompozisyon oluşturacak şekilde ortaya çıkmış renklerin de bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğerlerinden ayırt etmesini sağlaması koşulu¹¹⁸ ile marka olarak tescil edilebilir. Renk, bir şeklin veya üç boyutlu bir biçimin parçası olabilir. Aynı zamanda marka; renkli bir şekil markası olarak kullanılabilirdiği gibi malın paketinin veya malın kendisinin kareli, çizgili olması da mümkündür. Belirli bir konuya bağlanan, ama hangi amaçla kullanılacağı belli olmayan bir renk veya renk kombinasyonu da soyut olarak markanın koruması kapsamında yer alabilir. Bu durumda renk ya ürün paketlerinde veya ürün ya da hizmetlerin işletmenin olduğunu göstermek için kullanılır. İşaret soyut, tek renk veya ebru deseni verilerek birden fazla renk olarak da kullanılabilir. Renkler, alıcılar tarafından kolayca algılanan işaretler olduğundan, malları alıcılar için ferdileştirmekte ve onları teşhis edilebilir hale getirmektedir. Ayrıca renkler, mal ve hizmetle ilgili mesajı alıcıya hızla ve kolayca iletebilmekte, bilgilendirmekte ve alıcı ile satıcı arasında iletişim kurmaktadır. Renkler mal ve hizmetleri diğer mal ve hizmetlerden ayırt etme fonksiyonları sebebiyle teşebbüsler tarafından marka olarak kullanılabilirler¹¹⁹.

Renk veya renk kombinasyonlarının soyut olarak marka tescillerinin mümkün olup olmadığı konusunda görüş birliği mevcut olmamakla birlikte; AB Marka Ofisi (OHIM) soyut renklerin marka olarak seçilebilecekleri yönünde görüş bildirmiştir. Tekinalp¹²⁰ ise bu konuda, bir şekilde somutlaştırılmamış olan rengin mal veya hizmetle özdeşleşmesi veya onları hatırlatır hale gelmesi durumunda da artık markanın ayırt edici nitelik

¹¹⁷ Yargıtay'ın konuya ilişkin kararı şu şekildedir: "556 sayılı KHK.'nin 5. maddesi çerçevesinde, davacının markasının tescil belgesinde esas olan taban şekli ve deseni de tescil edilmiş olmakla birlikte bu şekil ve desen de hukuken korunmaya değer bir marka işareti kazanmıştır." (11. HD., E.2000/4387, K.2000/6071, T. 27/06/2000, Karan, Hakan/Kılıç, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 48)

¹¹⁸ Yargıtay renklerin tek başlarına marka olarak tescil edilemeyeceği görüşündedir. Yargıtay'ın kararı şu şekildedir: "Renklerin bağımsız olarak marka tesciline konu olmaları mümkün değildir; ancak renkler ayırt edici özelliğe sahip olmaları koşuluyla tek başlarına, herhangi bir şekilden bağımsız marka olarak tescil edilebilirler." (11. HD., E.1996/8650, K.1997/1586 T.10/03/1997 www.kazanci.com.tr); Bu husus TRİPS Anlaşması m.15' de de vurgulanmış olup, mal veya hizmetleri ayırt etmeye elverişli her türlü işaretin marka olarak tescili mümkün kılınmıştır.

¹¹⁹ Doğan, Beşir Fatih: Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, FMR 2005/4, s. 39.

¹²⁰ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s.313.

kazandığını ve marka olarak tescil edilebileceğini savunmuştur. Arkan' a¹²¹ göre ise sırf muayyen bir rengin, ayırım gücüne sahip olmadığından marka olarak tescil edilemeyeceğini dile getirmiştir. Karahan¹²², bağımsız renklerin marka olarak tescil edilemeyeceklerini ancak özel bir kompozisyon yada kombinasyon oluşturmaları veya başka sözcük, şekil veya işaretlerle birlikte bulunmaları halinde marka olabileceklerini düşünmektedir. Yasaman¹²³, soyut bir rengin bir mal veya hizmet ile özdeşleşmesi durumunda marka olarak tescil edilebileceği görüşündedir. Şenocak¹²⁴ ise, soyut bir rengin tescil edildiği mal veya hizmet edimi için malla fiilen bağlantı kurulmasına imkan verecek şekilde kullanılması halinde marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmektedir. Nitekim tescili mümkün tek renk markalarının asgari sayısının 3000, renk kombinasyonlarının ise 223.500 olduğu dikkate alındığında, soyut renklerin marka olarak tescilini mümkün görmeyenlerinin görüşünün dayanaktan yoksun olduğu ortaya çıkmaktadır.

Bizimde katıldığımız Bilgili' nin görüşüne göre¹²⁵, markanın en önemli işlevi ayırt edicilik vasfı olduğundan, tescil edildiği mal veya hizmeti hatırlatan, bir bağlantı kurulabilen her renk ya da renk kombinasyonunun marka olarak tescili mümkündür. Zira söz konusu renk, o mal ya da hizmetle özdeşleşmiş olduğundan, akla o mal ya da hizmeti getirdiğinden, ayırt edici nitelik taşımakta ve marka olarak tescil edilebilmelidir. Buna ek olarak, günümüzde renk kullanımı gerek tüketiciler gerek üreticiler için büyük önem arz etmektedir. Üreticiler yalnızca kelime veya şekil markalarıyla yetinmemekte, daha ziyade farklı ton veya karışımlardan oluşan renkli işaretler de kullanmayı tercih etmektedirler. Renklerle elde edilen markalara yeterince koruma sağlanmalıdır. Bu bağlamda marka hukukunun görevi, çağın tanıtım ve tüketim ihtiyacının doğurduğu bu olguya uygun bir şekilde cevap vermektir. Bu nedenle de belirli renklerin veya renk tonlarının ayırt edicilik sağlayamayacağını iddia etmek veya yalnızca çok sayıda renk kullanımının ancak ayırt edicilik sağlayabileceğini ileri sürmek yahut da renkler ancak belli işaretler çerçevesinde kullanılırsa ayırt edicilik sağlayabilir yönündeki düşünceler yeterli olmaktan uzaktır.

¹²¹ Arkan: (Marka I) age., s.73.

¹²² Karahan: (Hükümsüzlük) age., s.28-29.

¹²³ Yasaman, Hamdi: Marka Olabilecek İşaretler, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05 – 06 Mayıs 2005, s.141.

¹²⁴ Şenocak, Kemal: Soyut Renk Markaları, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz' e Armağan, Ankara 2003, s. 105-106.

¹²⁵ Bilgili, Fatih: Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukuki Koruma Şartları, Prof. Dr. Ergun Özsunay' a Armağan, İstanbul 2004, s. 221.

2- Ses Markası

556 sayılı KHK.'nin 5. maddesi marka olabilecek işaretleri tanımlarken sesleri saymamış olsa da *çizimle görüntülenebilen* işaretlerinde marka olarak tescil edilebileceğini belirtmiştir. Önceden de belirttiğimiz gibi, bu hükmün marka olabilecek işaretleri tahdidi olarak saymamış olması sebebi ve seslerin çizimsel ifadesinin mümkün olması nedeniyle, ses ve melodilerin de marka olarak tescili kabul edilmektedir¹²⁶.

556 sayılı KHK.'nin 5. maddesinde “*çizimle görüntülenebilme*” yanında “*benzer biçimde ifade edilebilme*” ibaresi de yer almaktadır. Tekinalp' e göre¹²⁷; 556 sayılı KHK.'nin 5.maddesinde yer alan “benzer biçimde ifade edilebilen” ibaresinin içine ses ve melodi de girmektedir. Yazar, bu ibareden 556 sayılı KHK.'nin görsel algılama koşulundan vazgeçtiği sonucunu çıkarmaktadır. Yazara göre bazı reklam sloganlarının, reklam spotları, jingle denen tanıtıcı kısa melodiler veya melodi niteliği taşımayan sesler marka olarak tescil ettirilebilir. Arkan ve Karahan¹²⁸, ses veya melodinin notaya dökülmüş şeklinin, çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme kapsamında yer aldığı görüşündedir. Eroğlu¹²⁹, 556 sayılı KHK. m. 5' de yer alan benzer biçimde ifade edilebilme ibaresini görsel algılama koşulundan vazgeçildiği şeklinde değil, işaretin dolaylı olarak, örneğin formülle ya da nota veya sonogram¹³⁰ ile ifade edilmesi gerektiğini, sadece banda kaydedilmesinin yeterli olmadığını ifade etmiştir. Yasaman' a göre¹³¹; bir işletmenin mal veya hizmetlerini bir diğer işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırmaya yarayan ve grafik olarak ifade edilebilen sesler ve melodiler marka olarak tescil edilebilir. Bir sesi veya tınıyı simgeleyen, ancak nesnel bir grafik anlatımı bulunmayan yansıma ses dizileri, ses markası olarak tescil edilemez. Kanımızca; 556 sayılı KHK.' de çizimle görüntülenebilme yanında benzer biçimde ifade edilmesi ibaresi de eklenmiş olduğundan, seslerin notaya dökülmesi ya da farklı şekillerde ses işaretlerinin marka olarak tescili mümkündür. Marka olarak tescili istenen işaretin çizimle görüntülenmesi veya benzer biçimde ifade edilmesi işareti yeterince anlaşılabilir kılmalıdır. Bu, her şeyden önce markanın konusu ve koruma kapsamının tam olarak yansıtılması amacını gerçekleştirecektir. Marka sicilini inceleyen

¹²⁶ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s.312; Karahan: (Hükümsüzlük) age., s.30; Karaahmet/Yalçiner: age.,s. 65

¹²⁷ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 347.

¹²⁸ Arkan: (Marka I) age., s. 37; Karahan: (Hükümsüzlük) age., s.31.

¹²⁹ Eroğlu, Sevilay: Soyut Renk, Ses Ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD, C. 5, S. 1, 2003, s.104.

¹³⁰ Sonogram, sesin görüntülenmiş şeklidir.

¹³¹ Yasaman: (İşaret) agt., s. 140vd.

bir kişinin tescil edilen markayı tanıması için, özel bir çaba göstermeye ihtiyacı olmaması, işaretin sınırlarının belirlenebilir olması gerekir.

Ses markaları, insan kulağı tarafından algılanan, tamamen ses yoluyla ürünler için ayırt edici olan ve o ürünü satın almak isteyen kişiye de o ürüne ilişkin bir çağrışım yaratan markalardır¹³². Grafik olarak tescil edilebilen sesler ve melodiler marka olarak tescil edilebilir. Grafik anlatımın açık, net, anlaşılabilir, kalıcı ve objektif olması gerekir. Ölçülere ayrılmış olan, seslerin tizliği ve uzunluğunu gösteren diziler, melodilerin grafik anlatımı açısından yeterlidir. Bir sesi veya tınıyı simgeleyen, ancak nesnel bir grafik anlatımı bulunmayan yansıma ses dizileri ses markası olarak tescil edilemez¹³³.

Dünyada ses markaları tescil edilerek koruma altına alınırken; Türkiye ses markalarını korumakta çekingen davranmaktadır. Melodiler ve şarkılar ses markası olabilir. Radyo programlarının açılış ve kapanışlarında ya da tanıtımlarında özellikle jingle veya jenerik adı verilen melodiler kullanılmaktadır. Ses markaları ile tanıtılan programlar, dilleri farklı da olsa bütün insanlar tarafından her yerde aynı şekilde tanınmaktadır. Yine dünya çapında faaliyet gösteren işletmeler ses markalarını kendi ürünlerinde kullandıklarında, insanlar ürünün pazarlandığı ülkenin dilini bilmeseler de ürünü tanımakta zorluk çekmezler. Örneğin NOKIA markasının kendine özgü melodisi dünya çapında nerde olursanız olun hitap ettiğiniz kesimce tanınarak direk olarak akla markayı getirecek etkinlik gücündedir. Ses markalarının diğer görsel markalara nazaran en önemli avantajı, hızlı algılanmalarıdır. Bir görsel markanın tüketicileri etkilemesi için, markanın onların gözüne hitap etmesi gerekir. Tüketiciler markaya bakmadıklarında markadan etkilenmemiş olurlar. Televizyon kanallarında reklâmlar başladığında izleyiciler kanal değiştirdiklerinden, görsel markanın öneminin azalmaması için program içerisinde sanal reklam yayını uygulanmaya başlanmıştır. Oysa insan kulağı her zaman açık ve her an her bilgiyi almaya hazırdır. Tüketici herhangi bir sesten bilinçli etkilendiği gibi bilinçsiz olarak da etkilenebilmektedir. Örneğin *Aygaz* markasını görmese bile *Aygaz* markasının kendine has ayırt edici melodisini duyduğunda tüpçünün sokağa geldiğini fark edebilmektedir¹³⁴.

¹³² Özdal: age., s.128.

¹³³ Yasaman: (İşaret) agt., s. 143.

¹³⁴ Karasu, Rauf: Ses Markaları, FMR 2007/2, s. 32-33; Eroğlu: agm., s. 136.

3- Koku Markası

Önceden de belirttiğimiz gibi 556 sayılı KHK. m. 5 ile markalar örnekseme yolu ile sayılmıştır. Getirilen bu yeni ve geniş anlayış ile kokularda marka olarak tescil edilebileceklerdir. Yani kokular da, maddede düzenlenmiş olan koşulların yerine getirilmesi şartıyla, marka olarak tescil edilebilirler. 556 sayılı KHK.'nin marka olabilecek işaretler bakımından aradığı ilk koşul, işaretin bir mal veya hizmeti somutlaştırabilecek ve onu diğerlerinden ayırt edebilecek güçte olmasıdır¹³⁵. İkinci koşul ise işaretin çizimle görüntülenebilmesi veya benzer şekilde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanabilmesi ve çoğaltılabilmesidir.

Ancak 556 sayılı KHK.'de markalar görsel açıdan algılanabilen veya çizimle görüntülenebilen işaretlerle sınırlı tutulmamıştır¹³⁶. Bu düzenleme ile koku gibi çizim dışındaki ifade biçimleri de maddenin kapsamına alınmıştır¹³⁷. Temel olarak bir kokunun marka olarak tescil edilmesi, ayırt edici özelliği olması koşuluyla hukuki açıdan mümkündür. Tartışma, çizimle görüntülenebilme veya benzer şekilde ifade edilebilme koşulunun nasıl sağlanacağı noktasındadır. Koku açısından tescil koşulları, kokunun formülle veya benzer bir şekilde ifade edilmesi ile sağlanabilir¹³⁸. Bir koku onu oluşturan kimyasal maddelerin formülleriyle ifade edilebileceği gibi, bu kimyasal maddelerin grafiklerinin çizilmesiyle de ifade edilebilir. Koku, Türkiye'de henüz marka olarak tescil edilmemiştir. Ancak Avrupa'da tescil edilmiş koku markası bulunmaktadır. Örneğin Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing tarafından Avrupa Topluluk Markası için yapılan başvuru olumlu sonuçlanmış, firma taze kesilmiş çim kokusunu tenis topları için tescil ettirmeyi başarmıştır. Kararda kokunun marka olarak tescil edilebilmesi için gerekli olan grafikte ifade edilebilme ve ayırt edici özelliğinin bulunup bulunmadığı tartışılmış, 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 4. maddesine uygun olarak kokunun mal veya hizmetleri ayırt etme gücünün olduğuna ve grafikte ifade edilebilme özelliğinin bulunduğu karar verilmiştir. Koku markası olarak tescille nihayetlenen bu kararın yanı sıra olumsuz olarak başvurulmuş tescil başvuruları da mevcuttur. Örneğin Avrupa İlk Derece Mahkemesi bir kararında çilek kokusunun ayırt edici özelliği olmadığı gerekçesiyle markayı tescil etmemiştir¹³⁹.

¹³⁵ Karan/Kılıç: age., s.32.

¹³⁶ Oytaç: age., s. 22.

¹³⁷ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 340.

¹³⁸ Karahan: (Hükümsüzlük) age., s. 30; Arkan: (Marka I) age., s.41; Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 340.

¹³⁹ Öztürk, Özge: Koku Markası, FMR 2007/2, s. 63-64.

Ayrıca Paris Sözleşmesi gereğince kendi ülkelerinde usulüne uygun olarak tescil edilmiş olan markalar, aynı şekilde sözleşmeye taraf olan ülkelerde de korunacaktır. Yani Türkiye’de koku markalarının tescilleri yapılmasa bile, başka bir ülkede tescil edilmiş olan koku markasının tescili ve korunması bu sözleşmeye dayanarak Türkiye’den de talep edilebilir. Bu nedenle koku markalarının tesciline daha olumlu ve yenilikçi bir bakış açısıyla yaklaşılmalıdır¹⁴⁰.

4- Üç Boyutlu Marka

556 sayılı KHK. m.5/2’ de markanın, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebileceği ancak bu durumda mal veya ambalajın tescilinin marka sahibine mal veya ambalaj için inhisari bir hak sağlamayacağı belirtilmiştir. Ancak kararnamenin 5/1. maddesinde belirlenen “malların veya ambalajlarının biçimi” kavramından hareketle üç boyutlu işaretlerin ayrıca marka olarak kullanılabilmesi de kabul edilmektedir¹⁴¹. Burada da aranan, diğer markalarda olduğu gibi, mal veya hizmetlerin kaynağına yönlendirme sağlayan her tür ayırt edici işarettir. Bu ayırt edici işaret bir binanın ön yüzünde, bir mağaza vitrininde ya da kendine özgü tasarımı içeren bir restoranın iç ya da dış dekorasyonunda gerçekleşebilir¹⁴². Çoğu ülkede üç boyutlu markalar olarak ürün biçimi ve ambalajlarının marka olarak tescilleri kabul edilmektedir. Üç boyutlu markalar, yalnızca ürün çeşidine bağlı olarak ortaya çıkan şekillerden veya üründen beklenen teknik sonucun elde edilebilmesi için gerekli olan kısmın veya ürünün değerinin önemli oranda artmasına yardımcı olan kısmın şeklinden oluşamaz¹⁴³. Yani üç boyutlu marka olarak, tescil istenen mal veya ambalajının biçimi seçilebileceği gibi, mal veya ambalajı ile ilgili olmayan bir biçim de seçilebilir veya malın kendisinde üç boyutlu olabilir¹⁴⁴. Yönetmelikte üç boyutlu şekil, malın ambalajı olarak kabul edilmektedir. Oysaki belirttiğimiz gibi malın ambalajı dışında üç boyuttan meydana gelen bir şekil de marka olarak tescil edilebilmelidir. Örneğin Mercedes’ in Yıldızı, Rolls Royce’ un kadın figürü bu şekilde üç boyutlu marka kapsamındadır.

¹⁴⁰ Arkan: (Marka I) age., s. 43.

¹⁴¹ Avrupa Birliğinde 89/104 sayılı Yönerge’ nin 2. maddesi ve 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü’nün 4. maddesiyle, ayırt edici nitelik taşıması koşulu ile üç boyutlu biçimin marka olarak tescili kabul edilmiştir.

¹⁴² Oytaç: age., s. 28.

¹⁴³ Bilgili: agm., s. 221.

¹⁴⁴ Suluk, Cahit: Tasarım Hukuku, Ankara 2004, s. 572; Yasaman: (İşaret) agt., s. 140.

5- Hareketli Markalar

Hareketli marka kavramı henüz genel olarak kabul edilen ve ağırlığı olan bir marka çeşidi değildir. Hareketli marka ile amaçlanan, belli bir görünüme sahip markada, neden olunan hareket neticesinde ortaya çıkan belli değişikliklerin markanın tamamlayıcı parçası olarak kabul edilmesidir. Hareketli markalarda çizimle görüntülenebilme unsuru birbiri ardına takip eden resimlerle sağlanmaktadır. Zira burada her resimle birbiri ardına ayrı bir görüntü ortaya konduğu için tanıtımı yapılan ürün sanki hareket ediyormuş gibi bir görünüm ortaya çıkmakta ve çizimle görüntülenebilme şartı gerçekleşmiş olmaktadır¹⁴⁵. ABD gibi bazı ülkelerde "hareket" ayırt edici olmak koşulu ile marka olabildiği gibi, 556 sayılı KHK.'deki düzenlemeye göre de, çizimle görüntülenebilmenin yanı sıra başvuruya eklenecek bir tarifname ile benzeri biçimde ifade edilebilecek olduğundan, marka olarak tescili sağlanabilecek ve markanın uygulayıcısına yönelik ikincil anlam kazanılmış olmakla, benzeri reklâm girişiminde bulunabileceklere karşı tescilli marka koruması yanı sıra, TTK. 58 madde kapsamında haksız rekabet hükümleriyle korunabilecektir. Örneğin Coca-Cola'nın, ışıklı reklam panolarında gösterilmekte olan, açık bir Coca-Cola şişesinin ağzından aralıklı olarak kola fişkırışı Coca-Cola hareket reklamı olarak tescil edilmiştir¹⁴⁶.

E) Tanınmışlığına Göre

1- Basit Markalar

Bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamakla beraber, bir ülkede ya da bir ülkenin bir yöresinde ayrıca yurt içinde ve yurt dışında ilgili çevreler tarafından bilinmeyen markalar "basit marka" olarak adlandırılır. Basit markalar belirli bir ürünle ya da hizmetle özdeşleşmemiş olan markalardır¹⁴⁷.

2- Tanınmış Markalar

556 sayılı KHK. m. 8/IV uyarınca "*Marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir. Ancak, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış*

¹⁴⁵ Bilgili: agm., s. 230-231.

¹⁴⁶ Oytaç: age., s. 24.

¹⁴⁷ Sert, Selin: Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2006, s. 35.

markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu ret edilir.”

Tanınmış markalarda marka türleri arasında yer alır. Önemli olan bir markanın ne zaman ve hangi ölçütler uyarınca tanınmış sayılacağına saptanmasıdır. Bu düşünceden hareket edecek olursak, toplumda belli bir tanınmışlık düzeyine ulaşan ve bundan ötürü kendisine tanınmış marka adı verilen markanın, bir ticaret markası olabileceği gibi bir hizmet markası, garanti markası ya da ortak marka da olabileceğidir¹⁴⁸.

Tanınmış marka kavramı; dünyada ilk kez sınaî mülkiyet haklarının korunması konusundaki ilk uluslararası sözleşme olan Paris Sözleşmesi’nde 1925 yılında yapılan değişiklikle sözleşme metnine giren “*tanınmış marka*” kavramı ile gündeme gelmiş, ülkemizde ise 1995 yılında konuşulmaya başlanmıştır¹⁴⁹.

Tescilli bir markanın aynısı ya da benzeri farklı bir mal ve hizmet grubunda tescil edilebilirken, tanınmış bir markanın aynısı ya da benzeri bir marka, farklı bir sektörde faaliyet gösterse dahi tescil edilemez. Ancak bunun için markanın, aynının ya da benzerinin farklı bir mal ya da hizmet için kullanılmasının markanın ayırt edici karakterine zarar verdiği, itibarını zedelediği ya da haksız bir yararın elde edilmesine sebep olduğunun tespit edilmesi gerekir. Buna göre, örneğin bir ilaç markası olan ASPİRİN’ in sigara markası olarak kullanılması halinde markanın itibarına zarar verebileceği ya da hazır gıda markası olan NESTLE’ nin lokanta zincirlerinin ismi olarak kullanılması halinde markanın reklam ve garanti etme fonksiyonlarından haksız bir yarar elde edileceği sonucuna ulaşmak mümkün olabilecektir¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Yasaman: (Tanınmış Marka) agm., s. 691; Ünlü: age., s.51.

¹⁴⁹ Çolak, Uğur: Paris Sözleşmesi’ nin 6bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar, Bu Tanınmışlığın Nasıl Belirleneceği Sorunu Ve WIPO Kriterleri, FMR 2004/2, s. 24.

¹⁵⁰ Gözlükaya, Fatma: 556 Sayılı KHK Kapsamında Markanın Hükümsüzlüğü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2003, s. 54.

Tanınmış markalar, reklâm gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş, sadece o markayı taşıyan mal ya da hizmetlerle ilgili çevre içinde değil, bu çevrenin dışında o mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişiler tarafından da bilinen markalardır¹⁵¹.

Yargıtay'ın bir kararına göre ise tanınmış marka, bir kişi veya teşebbüse sıkı bir şekilde bağlı; garanti, kalite, kuvvetli reklâm ve yaygın dağıtım içeren; müşteri, akraba, dost ve düşman ayırımı yapılmaksızın, coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan yüksek bir çağrışımdır¹⁵². Ancak yasal düzeyde böyle bir tanım getirilmemiş olması uygulamada bu konuda çok fazla ihtilaf çıkmasına neden olmuştur¹⁵³.

¹⁵¹ Öçal, Akar: Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre Ve Türk Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara 1967, s.52; Yasaman: (Tanınmış Marka) agm., s. 697; Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s. 305; Nomer, Füsun: Tanınmış Marka: Nike, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 502; Arkan: (Marka I) age., s. 93.

¹⁵² Yargıtay 11.HD., 13.03.1998, E.1997/5647, K.1998/1704, T. 13/03/1998 (www.kazanci.com.tr)

¹⁵³ Başar, Feyza: Yabancı Tanınmış Markaların Türkiye' de Haksız Kullanımı, İş Dünyasında Başarının Anahtarı: Fikri Haklar, Ekim 2003, İstanbul, s.63.

İKİNCİ BÖLÜM
YÜKLENTİ KAVRAMININ TERCİH SEBEPLERİ, TESCİLLİ MARKANIN
KULLANILMA YÜKLENTİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER, MARKANIN
KULLANILMA YÜKLENTİSİ ve KULLANMA SAYILAN HALLER, KULLANMA
YÜKLENTİSİNE UYULMAMASININ YAPTIRIMI

D) TESCİLLİ MARKANIN KULLANILMASI ZORUNLULUĞUNDA YÜKLENTİ
KAVRAMININ TERCİH SEBEPLERİ

Çalışmamızın konusunu oluşturan “markanın kullanılması” başlığı altında düzenlenen 556 sayılı KHK.’nin 14. maddesi, sadece tescil edilen bir markanın kullanılması zorunluluğundan bahsetmektedir¹⁵⁴. Tescil edilmiş markaların kullanılması zorunluluğunun yükleni, külfet veya yükümlülük olduğunu savunan görüşler mevcuttur.

Karayalçın, Omağ ve Sert’ in katıldığı görüşe göre¹⁵⁵ tescilli markanın kullanılması bir yükleni veya külfet değil, uyulmaması halinde iptal yaptırımı ile karşılaşılan bir *yükümlülüktür*. Yazarlar, marka korumasının tescille başladığını ve marka kullanılsa da kullanılmasa da beş yıl korunacağını kabul etmekle beraber 556 sayılı KHK. m. 14 bakımından yükümlülük kavramının kullanılmasını doğru bulmaktadırlar.

Dirikkan¹⁵⁶ ise tescilli markanın kullanılma zorunluluğuna ilişkin olarak “*külfet*” kavramını tercih etmiştir. Yazara göre külfet, hukuk düzenince bir kişiye diğer bir kişi karşısında yüklenen davranış biçimidir. Bu davranış biçimine uyulmadığında bir hakkın kazanılmaması ya da böyle bir hakkın kaybı söz konusudur. Oysa yükümlülükte belirli bir davranış biçimine uyulmaması durumunda üçüncü kişi ifa veya tazminat davası açarak onu zorlayabilme olanağına sahiptir.

Aşağıda açıklayacağımız nedenler dolayısıyla tescilli markanın kullanılması zorunluluğuna ilişkin olarak Dirikkan’ın kullandığı külfet kavramı ile bizim tercih ettiğimiz yükleni kavramı arasında içerik olarak bir farklılık bulunmamaktadır. Her ne kadar Dirikkan, külfet terimini kullanmış olsa da, kanımızca bu terim yerine tescilli markanın kullanım zorunluluğu için literatüre daha uygun olduğu düşündüğümüz ve aşağıda ayrıntılı olarak nedenlerini açıkladığımız *yükleni* terimi tercih edilmelidir.

¹⁵⁴ Zira ilk bölümde açıklandığı üzere Türk marka mevzuatında tescil edilmemiş bir markanın kullanılması zorunlu değildir. Bu konuda hukuk sistemimiz tarafından “serbesti sistemi” seçilmiştir.

¹⁵⁵ Karayalçın: (İşletme) age., s. 425-426; Omağ: agm., s. 11; Sert: age., s. 84.

¹⁵⁶ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 234.

Görüldüğü üzere orijinal adı *Obliegenheit* olan yüklenli kavramı yerine Türkçe’ de “külfet” kavramı da kullanılmaktadır. Yüklenliler, “yükümler” ile “serbest hareket alanı” arasındaki ara bölgede yer alırlar. Dolayısıyla seçilen deyim bu ara bölgeyi çağrıştırmaması zorunludur. Yüklenli, yüklemek fiil kökünden türetilmiş Türkçe bir addır. Türkçe’ de gezinti, söylenti, beklenti, eklenti gibi “-nti” ekiyle üretilen birçok addan biridir. Bu ek, türetildiği kökteki eylemin yoğunluğunu azaltmaktadır. Örneğin gezmek yerine gezinmek fiilinden türetilen gezinti, geziye nazaran daha az gezme anlamını barındırmaktadır. Aynı şekilde türetilen bir başka ad “*beklenti*”dir. Beklenti hukuk literatüründe “beklenen haklar” için kullanılır. Beklenti henüz hak değildir, ama hukuken korunmasını gerektirecek ölçüde beklenmektedir. Yüklenli de benzer biçimde “yükümlü olmayı” ifade etmekle birlikte “yükümlü olmayı” dışta bırakmaktadır. Bu özellikleri nedeni ile bizimde katıldığımız Aday’ ın görüşüne göre¹⁵⁷; Almanca *Obliegenheit* kavramının karşılığı olarak “*külfet kavramı*” yerine “*yüklenli kavramı*” tercih edilmelidir.

Yüklenli kavramının ortaya çıkması ile dikkatler “*yapmalıyım*” ile “*yapabilirim*” arasındaki ara bölgeye çevrilmiştir. Böyle bir ara bölge var ise; yüklenlilerin zorunlu hareket alanına, “*yapmalıyım*”a göndermede bulunan yükümlere veya borçlara nazaran daha az zorlama olgusu içerdiği, serbest hareket alanına göre ise daha fazla zorlayıcılık içerdiği düşünüleceğinden, yüklenliler “*yoğunluğu az yükümler*” olarak adlandırılmıştır¹⁵⁸. Dünyada Schmidt’ in yüklenli ile ilgili çalışması ilk ve tek olma özelliğini korumaktadır. Buna nispeten daha yeni bir çalışma HenB tarafından doktora tezi olarak hazırlanmışsa da yeterli çözümü getirememiştir. Ülkemizde ise doğrudan doğruya yüklenlilerin hukuksal nitelikleri konusunda ve çalışmamıza da temel oluşturan ilk ve tek çalışma Nejat Aday’ a ait yayınlanmış doktora tezidir.

Sınaî haklar konusunda düzenleme yapılırken markanın kullanılması konusunda getirilen zorunluluğun bir yükümlülük mü yoksa daha yumuşatılmış bir kavram olan yüklenli mi olduğu tartışmasında bir sonuca varabilmek adına öncelikle yüklenli kavramının yükümlülük kavramı ile farklarını incelememiz gerekmektedir.

¹⁵⁷ Aday, Nejat: Özel Hukukta Yüklenli Kavramı Ve Sonuçları, İstanbul 2000, s. 18

¹⁵⁸ Aday: *age.*, s. 3

Yüklenitler ilgilisine bir külfet getirmekle birlikte, bunlar “yüküm” olarak değeriendirilemez. Zira yüklenitelerin etkisi yüklenitili kişinin hukuksal iktidarını sınırlarken, *başka bir tarafın lehine bir borç sağlamazlar*. Yükleniteler, gerçek bir borç olmayıp, yoğunluğu az yüküm veya karşı edim talebinin şartı olarak değeriendirilir. Yüklenitiye uyulması halinde yükleniti lehtarının edim olarak nitelendirilebilecek bir menfaat elde ettiği söylenemez ve yüklenitinin ifası karşı tarafı zenginleştirmek. *Davranış kuralına uyulması karşı tarafa bir edim menfaati sağlıyorsa yükleniti değil yükümlülük söz konudur*¹⁵⁹.

Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda ise, yükümlülük sahibinin bu davranış yükümünü yerine getirmemesi neticesinde yükümlülük lehtarının menfaati direkt olarak gasp edilmiş olur ve çoğunlukla maddi olan bu zararın tazmini sorumluluğu ile karşılaşılmaktadır. Oysa yüklenitelerin ihlali halinde başkalarının bundan doğrudan bir edim menfaati bulunmamaktadır. Dolayısıyla ortada doğmuş bir zarar da söz konusu olmayacağından bunun tazmini gibi bir sorumluluk atfedilemez¹⁶⁰.

Tescilli markanın kullanılması zorunluluğu, emredici bir hukuk kuralı değildir. Hukukun emredici vasfının yoğunluğunun hissedilmediği bir davranış zorunluluğu yükleyen düzenlemedir. Bu nedenle hukuk sistemi tarafından sonuçları ağır yaptırımlara bağlanan emredici kurallardan bir farkının olduğu aşikârdır. Zira muhatabına bir yükümlülük değil de farklı bir davranış zorunluluğu yüklemektedir. Kanaatimizce bu davranış ödevi için uygun tabir yüklenitidir. Yükleniti kelime itibari ile dahi yükümlülükten daha yumuşak bir kavramdır ve emre nazaran daha az yoğundur.

Bu durumda kanımızca tescilli markanın kullanılması zorunluluğunda bir yükümlülük değil bir yükleniti söz konusudur. Yükleniti, hukuk sisteminde yükümlülükten farklı bir davranma zorunluluğudur¹⁶¹. Zira yükleniti, hukuk düzeni tarafından bir kimseye diğer bir kişi karşısında bir davranışın yüklenmesidir. Bu davranış biçimine uyulmaması halinde bir hakkın kazanılamaması ya da bir hakkın yitirilmesi söz konusudur. Oysa yükümlülükte durum bundan farklıdır. Eğer markanın kullanılması zorunluluğu bir yükümlülük olmuş olsa idi; buna aykırı hareket edilmiş olması halinde üçüncü kişi ifa veya

¹⁵⁹ Akyol, Şener: Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1, İstanbul 1995, s. 57.

¹⁶⁰ Aday: age., s. 183.

¹⁶¹ Aday: age., s. 184.

tazminat davası açarak marka sahibini markasını kullanmaya zorlayabilme hakkına sahip olurdu.

Dolayısıyla eğer tescilli markanın kullanılmasını bir yükümlülük olarak kabul etseydik bu durumda tescilli markasını kullanmayan marka sahibine üçüncü kişinin dava açarak onu buna zorlamasını ve bu zorlama sonucunda bir menfaat elde edeceğini de kabul etmiş olurduk. Aynı zamanda tescilli markasını kullanmayan kişiye üçüncü kişinin tazminat davası açabileceğini de kabul etmiş olurduk ki bu durumda üçüncü kişinin hiçbir hukuki yarar elde edemeyeceği ise tartışmasıdır.

Tescilli markanın kullanılması zorunluluğunu yükümlülük olarak tercih etmemizin bir diğer sebebi de tescilli marka sahibinin, 556 sayılı KHK.' de belirtilen davranış kuralına aykırı davranmış olması – yani tescilli markasını kullanmamış olması- neticesinde bunun hukuki sonuçlarına kendisinin katlanacağı, yükümlülükte olduğu gibi bir başkasının menfaatini zedelemiş olmayacağıdır.

Ayrıca marka sahibi, markasını kanuna uygun olarak kullanmamış ve ilgili maddeyi ihlal etmişse, iptal davası açan kimsenin markanın iptali halinde herhangi bir menfaati doğmayacak, daha doğrusu bundan *doğrudan* bir yarar sağlayamayacaktır. Çünkü açacağı iptal davası ile sadece markanın sicilden terkinine karar verilmektedir. Böylece marka serbest bir marka haline gelecek ve herkesin tescil için talepte bulunmasına imkan doğmuş olacaktır¹⁶². Yoksa mahkeme tarafından, iptal davasını açan üçüncü kişi lehine bir hakka, yani sicilden terkin edilen markanın söz konusu üçüncü kişi adına sicile kaydettirilmesine hükmedilmemektedir.

Tüm bu açıkladığımız sebepler dolayısıyla tescilli markanın kullanılması zorunluluğunun bir yükümlülük değil yükümlülük olduğu kanısına varılmıştır.

¹⁶² Bu durumun bir istisnası mevcuttur. Bu istisnaya göre, şayet hükümsüzlük davası açan aynı zamanda hükümsüz sayılan marka için marka başvurusu yapan ve fakat daha önceki tescil sebebi ile talebi ret edilen kişi ise, öncelik hakkı gereği onun tarafından kullanılır (Kaya: agt., s. 202).

II) TESCİLLİ MARKANIN KULLANILMA YÜKLENTİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Sınaî mülkiyet haklarından biri olan markalar, araştırma ve geliştirme faaliyetlerini de içine alan fikri faaliyetler sonucu ortaya çıkmakta ve başkalarına karşı korunmaları zaruri bulunmaktadır. Söz konusu koruma yürürlükte olan 556 sayılı KHK. ile sağlanmaktadır. Ancak az sonra da değineceğimiz üzere ulusal düzenlemelerin yanı sıra uluslararası düzenlemelerin de markanın korunması hakkında önemi ve rolü büyüktür.

A) Uluslararası Düzenlemeler

556 sayılı KHK. m. 4' de "*Milletlerarası Anlaşmaların Öncelikle Uygulanması*" başlığı altında uluslararası metinlerin Türk hukukundaki yeri belirlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu kararname hükümlerinden daha *elverişli* olması halinde, korumadan yararlanacak kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahiptir. Başka bir deyişle somut olaya göre uluslararası metinlerin kararnameden daha elverişli olması halinde söz konusu metinler iç hukukun bir parçası olarak uygulanabilir hale gelmektedirler.

1- Paris Sözleşmesi

Markalar alanındaki mevzuatın doğuşu ve yayılması 17. ve 18. yüzyılda gerçekleşmiştir. Konu hakkındaki ilk somut adım 23 Mart 1883 tarihinde Paris'te sınaî mülkiyetin korunmasına dair ilk uluslararası sözleşmenin imzalanması ile atılmıştır. Paris Sözleşmesi' ne birçok bakımdan 1911' de Washington' da, 1925' te La Haye' de, 1934' de Londra' da, 1958' de Lizbon' da ve 1967' de Stockholm' de değişiklikler yapılmıştır¹⁶³.

Türkiye, Lozan Anlaşmasına Bağlı Ticaret Mukavelenamesinin 14. maddesi ile 1911' de Washington' da yapılan değişiklikten sonra anlaşmaya katılmayı taahhüt etmiştir. 1925 yılında 342 sayılı Kanunla taahhüdünü yerinde getirmiştir¹⁶⁴. Söz konusu sözleşme bugün yürürlükte olan 556 sayılı KHK.' nin de temelini oluşturmaktadır.

¹⁶³ Arkan: (Marka I) age., s. 40.

¹⁶⁴ Özdal: age., s. 8.

Sınaî mülkiyetin anayasası olarak nitelendirilen, Paris Sözleşmesi, bu zamana kadar sınaî hakların korunmasına yönelik olarak hazırlanan ve ulusal sınırlar içinde kalan düzenlemeleri uluslararası alana taşıyan ilk girişimdir¹⁶⁵.

Paris Sözleşmesinin 1. maddesine göre bu anlaşmanın uygulandığı memleketler sınaî mülkiyetin korunması için birlik haline gelmişler.

Tescilli markanın kullanılma yükümlüsüne ilişkin kurallar, Paris Sözleşmesi' ne ilk kez sınaî mülkiyetin korunmasına ilişkin Lahey metni ile girmiş, daha açık bir biçimde Londra metninde kaleme alınmıştır¹⁶⁶.

Markanın kullanılma yükümlüsüne ilişkin olarak Paris Sözleşmesi 5. madde c bendi 1. fıkrasında bir hüküm öngörülmüştür. Söz konusu maddeye göre “*Şayet tescil edilen markanın kullanılması bir ülkede mecburi kılınmış ise, bu tescil ancak makul bir müddetten sonra ve ilgilinin faaliyete geçmemesi sebeplerinin haklı olduğunu ispat edememesi halinde iptal edilir.*”. Söz konusu madde de ifade edilen makul müddet kavramı her ülkede, o ülkenin ulusal mevzuatına göre belirlenecektir.

2- TRİPs Anlaşması (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması' nın (GATT) yerini alan Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organization) çerçevesinde imzalanan “Fikri Mülkiyetin Ticaret Bağlantılı Yönlerine Dair Anlaşma” ya da bilinen adıyla “Ticaret Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması” 1994 yılında hazırlanmış ve 1 Ocak 1996 yılında yürürlüğe girmiştir. İngilizce adı “Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights” tan esinlenerek, TRİPs şeklinde kısaltılan Anlaşma, 1800’lerden bu yana gelişerek süre gelen fikri ve sınaî haklara dair hazırlanan en kapsamlı uluslararası metindir¹⁶⁷.

Türkiye, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Sözleşmesi’ ne 31.12.1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 03.02.1995 tarihli (RG. 25.02.1195) Bakanlar Kurulu kararı

¹⁶⁵ Özdal: age., s. 8.

¹⁶⁶ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 222, dpn. 16.

¹⁶⁷ Pekdinçer, Remzi Tamer: Marka Hakkı ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2001, s. 28.

ile katılmıştır. TRİPs Anlaşması, Türkiye’ de modern anlamda sınaî mülkiyet sisteminin uygulamaya geçmesini sağlayan anlaşmadır¹⁶⁸.

TRİPs Anlaşması, sınaî ve fikri mülkiyet ayrımını kaldırarak, düşünsel mülkiyeti geniş anlamda kullanmıştır. TRİPs Anlaşması, uluslararası ticaretteki engelleri azaltmak isteğiyle fikri mülkiyet haklarının korunmasında yeterliliği ve etkinliği artırma gereksinimini göz önüne alarak, fikri mülkiyet haklarının uygulanmasına ilişkin usul ve önlemlerin bizzat yasal ticaret için engel oluşturmamasını sağlamak amacıyla, fikri mülkiyetin korunması ve fikri mülkiyet haklarının edinilmesi için asgari standartları belirlemektedir¹⁶⁹. TRİPs Anlaşması, fikri mülkiyet haklarının taraf ülkelerin tamamında standart olarak ve etkin şekilde korunmasını öngören hükümler düzenlemiştir¹⁷⁰.

Anlaşmanın fikri mülkiyetle ilgili kısmının birinci bölümü genel hükümler ve temel kuralları açıklamaktadır. Temel ilke, anlaşmaya taraf olan her ülkenin kendi vatandaşlarına ya da bir başkasına tanıdığı hakların tamamını, diğer ülke vatandaşlarına da tanımasıdır. İkinci bölümde ise fikri mülkiyet haklarının her biri ayrı ayrı tanımlanmakta ve tüm ülkelerin standart olarak uygulaması gereken kurallara yer vermektedir.

Pek çok bakımdan fikri mülkiyet hukuku alanında yeni düzenlemeler içeren TRİPs Anlaşması’ nın ikinci kısım ikinci bölümünde yer alan 15 ve 21 arası maddeleri ise markalarla ilgilidir.

TRİPs Anlaşması, üye ülkelere, Paris Sözleşmesi’ nin markalara ilişkin hükümlerini uygulama bakımından bir zorunluluk getirmektedir. Anlaşma, marka olabilecek işaretler bakımından geniş bir tanım vermiş olup, hizmet markalarını da kapsayarak tescilinin gerekliliğini ortaya koyar. TRİPs Anlaşması’ ndan çıkan yoruma göre, marka sahipleri, ticari faaliyette bulunurlarken, üçüncü kişiler tarafından markanın aynını veya benzerini kullanmalarını engelleme konusunda inhisari bir hakka sahiptir¹⁷¹.

Ticari markalar ve hizmet markaları ile ilgili olarak TRİPs Anlaşması, hangi işaretlerin marka olarak korunabileceğini belirlemekte ve marka sahibine verilebilecek

¹⁶⁸ Alıca, Türkay: Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, S. 2, Ankara 2007, s. 149.

¹⁶⁹ Keskin, Serap: Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, Ankara 2003, s. 25.

¹⁷⁰ Yalçın, Uğur: Sınaî Mülkiyetin İlkeleri, Ankara 2000, s.49.

¹⁷¹ Camcı: age., s. 4.

minimum hakları tanımlamaktadır. Anlaşmaya üye ülkelerde meşhur olmuş, iyi tanınmış markalara da ek bir himaye verilmektedir. Bunlara ek olarak TRİPs Anlaşması, ticari marka ve hizmet markalarının korunması, devri ve lisans verilmesi ile ilgili bir dizi kuralları açıklamaktadır¹⁷².

Tescilli markanın kullanım yüklenmesine ilişkin düzenleme, TRİPs Anlaşması' nın 19. maddesinde "*Markayı Kullanma Koşulu*" kenar başlığı altında ifadesini bulmuştur. Söz konusu maddeye göre "*Tescilin idame ettirilmesi için markanın kullanılması gerekli ise, tescil sahibi tarafından markanın kullanılmasını önleyen engellerin varlığına dayalı olarak geçerli nedenler ileri sürülmedikçe, tescil ancak markanın kullanılmadığı kesintisiz en az 3 yıllık bir süre geçtikten sonra iptal edilebilir. Marka ile korunan mal ve hizmetlere uygulanan ithalat kısıtlamaları veya hükümetçe uygulanan başka koşullar gibi, markanın kullanılmasına engel oluşturan ve markanın sahibinin iradesinden bağımsız olarak doğan koşullar, markanın kullanılması için geçerli nedenler olarak kabul edilecektir.*".

Görüldüğü üzere TRİPs Anlaşması, tescilli markanın kullanılma yüklenmesine ilişkin olarak hoşgörü süresini "*en az 3 yıl*" olarak belirlemekte ve söz konusu ibareyle anlaşmaya taraf devletlere kendi ulusal mevzuatlarına göre söz konusu süreyi belirleme yetkisi vermektedir.

TRİPs Anlaşması' nın 19/2' de ve 21. maddelerinde ise kullanma sayılan hallere örnek gösterilmiştir. Madde 19/2' ye göre "*Bir markanın, sahibinin kontrolüne tabi olarak bir başka şahıs tarafından kullanılması, markanın tescilini idame ettirmek amacıyla kullanımı olarak kabul edilecektir.*"

TRİPs Anlaşması madde 21' de ise "*Lisans Verme ve Devir*" başlığı altında "*Üyeler markalar için lisans verilmesi ve markaların devredilmesi ile ilgili koşulları tespit edebilirler, ancak markalar için zorunlu olarak lisans verilmesine izin verilmeyeceği ve tescilli bir marka sahibinin markanın ait olduğu işi devretse de devretmese de markayı devretme hakkına sahip olacağı anlaşılmaktadır.*"

TRİPs Anlaşması ile Paris Sözleşmesi arasındaki ilişkiler, anlaşmanın 2.1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tüm üye devletler, Paris Sözleşmesi' nin 1-12.

¹⁷² Arkan: (Marka I) age., s. 37.

maddeleri ile 19. maddesine uymakla yükümlüdür. Ayrıca TRİPs Anlaşması' nda yer alan hükümlerin, üye devletlerin Paris Sözleşmesi ile üstlendikleri yükümlülükleri ihlal etmeyeceği de, 2.2 maddede gösterilmiştir. Buradan ortaya çıkan sonuç bizimde katıldığımız Arkan' ın görüşüne göre şudur¹⁷³: TRİPs Anlaşması, Paris Sözleşmesi' ni geçersiz kılmamakta; bilakis Paris Sözleşmesi hükümlerini, bu sözleşmeye henüz taraf olmamış devletler bakımından da bağlayıcı hale getirmektedir.

“Tescilli Markanın Kullanılma Yükümlülüğü” ne ilişkin olarak hem Paris Sözleşmesi' nde hem de TRİPs Anlaşması' nda tescilli markanın kullanımı zorunlu kılınmamış ve üye devletlerin tercihine bırakılmıştır. Paris Sözleşmesi m. 5(c) 1 markanın kullanımının üye devlette zorunlu olması durumunda makul süreden söz etmiş, ancak bu süreyi belirlememişken, TRİPs Anlaşması m. 19, bir tescilin sürdürülmesi için kullanma gerekli ise bu sürenin en az üç yıl olması şartını koşturmuştur. Kanımızca TRİPs Anlaşması, Paris Sözleşmesi' ni bertaraf edecek kurallar koymamakta aksine Paris Sözleşmesi' nin esasını tekrar etmenin yanı sıra, süreyi en az üç yıl olarak belirlemektedir. Böylece üye devletler tescilli markanın kullanılma yükümlülüğüne ilişkin olarak hoşgörü süresini en az 3 yıl olmak üzere belirleme hakkına sahiptir.

3- Avrupa Topluluğuna Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarını Uyumlaştırılmaya Yönelik 89/104 Sayılı Birinci Konsey Yönergesi

1957' de Roma Sözleşmesiyle kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu, 1992 yılında Maastricht' te imzaladığı, Avrupa Topluluğu Hakkındaki Anlaşmayla, ekonomik sınırları aşan yetkilere sahip olduğu için Avrupa Topluluğu adını almıştır¹⁷⁴.

Avrupa Topluluğu tek pazar oluşturma yolundaki çalışmalarını, fikri ve sınâf mülkiyet alanında da sürdürmüştür. Tek pazar ilkesinin önündeki engellerden birisi “ülkesellik” ilkesidir¹⁷⁵. Topluluk, üye devletlerin kendi hukuklarını uygulamaları şeklinde de ifade edilebilecek ülkesellik ilkesinin, markalarla ilgili sakıncalarını bertaraf etmek

¹⁷³ Arkan: (Marka I) age., s. 10.

¹⁷⁴ Bastian, Eva Marina: Avrupa Hukukunda Topluluk Markası: Ulusal Hukuk ve Mevcut Sorunlarla İlişkiler, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 2002, s. 461.

¹⁷⁵ Bastian: agt., s. 463; Fikri mülkiyet hukukunda geçerli olan “ülkesellik ilkesi” uyarınca her devlet, maddi ve şekli koşullarının yerine getirilmesi koşuluyla, fikri mülkiyeti, sadece kendi ülkesi sınırları içinde korur. Her devlet kendi ülkesi içindeki ihlallerde tecavüze uğrayan ve kendi kanunlarına göre hak sahibi olan kişinin, hukuk yollarını kullanmasına olanak sağlar (Bilge, M. Emin: Bilge, Fikri Mülkiyet Haklarının Güvence Altına Alınmasına İlişkin 2004/48/EG Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile Getirilen Temel Esaslar ve Türk Hukukuyla Mukayese, www.e-akademi.org).

amacıyla ulusal düzenlemeler arasındaki farklılıkları ortadan kaldırma ve birbiriyle uyumlarını sağlamaya yönelik çalışmalar yapmıştır. Böylece sınaî mülkiyet alanında malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı önündeki engeller ortadan kalkacak ve ortak pazar oluşturma yolunda önemli adımlar atılmış olacaktır¹⁷⁶.

Bu nedenlerle, ulusal marka düzenlemeleri arasındaki farklılıkları ortadan kaldıran, 21.12.1988 tarihli 89/104 sayılı Yönerge kabul edilmiştir.

89/104 sayılı Yönerge’ de, üye devletlerin çeşitli yönlerden farklılık gösteren marka mevzuatlarının tümüyle birbirine uyumlu hale getirilmesi hedeflenmemiş; sadece iç pazarın kuruluş ve işleyişini doğrudan etkileyen hususların uyumlaştırılması üzerinde durulmuştur. Bu nedenle yönergede, markaların tescilinin yapılması, tescilli markanın hükümsüzlüğünün istenmesi ile ilgili usuli hükümlere yer verilmeyerek maddi hukuka ilişkin önemli bazı diğer hususlar üzerinde durulmuştur¹⁷⁷.

Bu çerçevede konumuzu oluşturan tescil olunan markayı kullanma yükümlentisi yönergenin 10. maddesinde ifadesini bulmuştur:

“1. Tescil prosedürünün tamamlanmasını takiben 5 yıl, marka sahibi markasını üye devletlerde, tescil ettirdiği mal ve hizmetlerde ciddi bir şekilde kullanmamışsa veya bu kullanım aralıksız 5 yıl boyunca kesintiye uğramışsa, marka, kullanmama için haklı bir neden olmadıkça bu yönergede gösterilen yaptırımlara maruz kalacaktır.

2. Aşağıda sayılan haller 1. fıkrada belirtilen marka kullanımından sayılmaktadır:

a. Markanın tescil edildiği halinden markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla kullanılması

b. Markanın hizmetlerde veya malların ambalajlarına yalnızca ihracat amacıyla kullanımında eklenmesi

3. Markanın mal sahibinin veya ortak marka veya garanti markası kullanmaya yetkili kişinin rızası ile kullanımı bu yönergeye göre kullanma sayılacaktır.”.

¹⁷⁶ Özdal: age., s. 19-20.

¹⁷⁷ Arkan: (Marka I) age., s. 3.

B) Ulusal Düzenlemeler

1 – 551 Sayılı Markalar Kanunu

Avrupa’ daki benzer kanunlardan örnek alınarak hazırlanan 551 sayılı mülga Markalar Kanunu¹⁷⁸ uygulamada başarılı olamamıştır. Çünkü uygulamada, Mülga Kanunun getirdiği yasaklar çeşitli yollara başvurularak bertaraf edilirken, eksikliklerde hak sahiplerinin zarar görmesine neden olmuştur. Hizmet markalarının düzenlenmemiş olması, üçüncü kişilere markanın tescilinden önce marka başvurularına itiraz hakkı tanınmamış olması, Türkiye’ de üretilen mallar üzerine yabancı kelimelerin konulamaması gibi nedenlerden dolayı kanunun yetersiz kalmasına ve eleştirilmesine neden olmuştur¹⁷⁹. Mülga Kanun, tescilli markanın ya da benzerinin, bir başkası adına ikinci defa tescil edilmesini yasaklamadığı için çift tescil durumu ortaya çıkmıştır. Mesela ünlü bir puro ve sigara markası olan “*Davidoff*”, marka sahibinin izni olmadan aynı mal için tekrar tescil edilmişti. Aynı şekilde tanınmış markaların tekrar tescil ettirilmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdu. Bu durum, özellikle uluslararası alanda Türkiye’ nin markaların korunmasında yetersiz kaldığı görüntüsüne neden oluyor ve güvensizlik yaratıyordu¹⁸⁰.

Tescilli markanın kullanılma yükümlenmesi ise Mülga Kanununun 18. maddesinde ifadesini bulmuştur. Söz konusu madde uyarınca markanın kullanımına, haklı neden olmaksızın *üç yıldan* fazla ara verilemeyecektir. Aynı madde de markanın *tescil edildiği gibi aynen kullanması zorunluluğu* da açıkça hükme bağlanmıştır. Tescilli marka için getirilen “markanın aynen kullanılması” ifadesi tescilli markanın marka sahibi tarafından kullanımının mümkün olmadığı hallerde hoşgörü süresinin bitiminin ardından tescilli markanın iptali durumunu gündeme getireceği için bu hüküm yerinde olmamıştır.

2 – 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

556 sayılı KHK.¹⁸¹ Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum sağlanması amacıyla çıkarılmıştır. Yeni düzenlemeler yapılmış, Mülga Kanunda mevcut olan bazı kavramlara ise yer verilmemiştir. 556 sayılı KHK.’ nin hükümleri milletlerarası anlaşmalara, özellikle Paris Sözleşmesi’ ne ve TRİPs Anlaşması’ na uygun olarak düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK.’ de açıklık bulunan hususların doktrin ve içtihatlar suretiyle tamamlanacağı

¹⁷⁸ Kısaca *Mülga Kanun* olarak anılacaktır.

¹⁷⁹ Arkan: (Marka I) age.,s. 15; Özdal: age., s. 27.

¹⁸⁰ Özdal: age., s. 28.

¹⁸¹ 556 sayılı KHK., 4113 sayılı Kanun’ un verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulu tarafından 24/06/1995 tarihinde kararlaştırılmış, 27/06/1995 gün ve 22326 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

şüphesizdir. 89/104 sayılı Yönerge' nin de 556 sayılı KHK. düzenlemesinde esas alınacağı açıkça belirtilmiştir¹⁸².

551 Sayılı mülga Markalar Kanunu' nda yer alan eksiklikler nedeniyle Mülga Kanun ile 556 sayılı KHK. arasındaki tescilli markanın kullanılma yükümlüsüne ilişkin olarak bir takım farklılıklar mevcuttur. Söz konusu farklardan biri tescilli markanın kullanılmamasına ilişkin hoşgörü süresidir. Mülga Kanun ile 3 yıllık hoşgörü süresi tanınmış iken 556 sayılı KHK. ile söz konusu süre 89/104 sayılı Yönerge' ye uygun olarak 5 yıla çıkartılmıştır.

Bir diğer fark ise markanın tescil edildiği gibi kullanma zorunluluğuna ilişkindir. Mülga Kanun m. 18/1' de, markanın aynen gibi kullanılması zorunluluğu açıkça hükme bağlanmış olmasına karşın 556 sayılı KHK. m. 14/1' de bu husustan ayrıca söz edilmemiştir. Ancak 556 sayılı KHK. 14/II (a)' da tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla kullanılmasının da, markayı kullanma kabul edileceği söylenirken, bir bakıma markanın kural olarak tescil edildiği şekilde kullanılması gerektiği de belirtilmiş olmaktadır. Ancak kural bu olmasına karşın 14. maddenin 2. fıkrası ile kullanma sayılan hallerin belirtilmesi kararnamede, Mülga Kanunda yer alan aynen kullanma zorunluluğunun olmadığı göstermektedir¹⁸³. Yerinde bir değişiklik olan maddeye göre 4 bent halinde sayılmış olan haller de tescilli markanın kullanma yükümlüsünün yerine getirilmesini sağlamaktadır.

556 sayılı KHK. m.14' e göre tescilli markanın kullanılması şu şekilde düzenlenmiştir¹⁸⁴;

“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.”

¹⁸² Arkan: (Marka I) age., s.18; Berzek, Ayşenur: 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' de Markaların Düzenlenmesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün' e Armağan, İstanbul 1998, s. 87.

¹⁸³ Arkan, Sabih: Marka Hukuku, C. II, Ankara 1998, s. 146.

¹⁸⁴ Söz konusu hükmün dayanağı önceki bölümde açıklanan Paris Sözleşmesi m. 5 (c), 89/104 sayılı Yönerge m. 10. ve TRİPs Anlaşması m. 19' dur.

Kullanılma yüklenmesine uyulmamanın yaptırımı ise 42/1. maddenin c bendinde düzenlenmiştir. Buna göre; “556 sayılı KHK.’ nin 14 üncü maddesine aykırılık (ancak, 5 yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hükümsüzlük nedeni sayılmaz. Dava açılacağı düşünülerek kullanma gerçekleşmiş ise, mahkeme davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz.) halinde markanın hükümsüz sayılmasına yetkili mahkeme tarafından karar verilir. Hükümsüzlük nedenleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, yalnız o mal veya hizmet ile ilgili olarak kısmi hükümsüzlüğe karar verilir.”

Kanımızca 556 sayılı KHK.’ de yer alan tescilli markanın kullanma yüklenmesine ilişkin olan düzenleme yerinde bir değişikliktir. Çünkü Mülga Kanunda yer alan aynen kullanma zorunluluğu tescilli markanın kullanma yüklenmesini oldukça kısıtlamış ve markanın sahibi tarafından kanuna göre aynen kullanılmadığı hallerde haksız yere, kanunda yer alan koruma dışında kalmasına neden olmuştur.

C) Tescilli Markanın Kullanılma Yüklenmesine İlişkin Düzenlemelerin Amacı

Tescilli markanın aralıksız belirli bir süre kullanılmamasının bir yaptırıma bağlanmış olmasının sebebi, yedek ve koruyucu markaların aşırı derecede artarak marka sicilini doldurmasını önleme çabasıdır. Bu yaptırım sayesinde diğer işletmelerin, kullanılmayan tescilli markaları, sicilde kayıtlı mal veya hizmetlerle özdeş veya benzer mal ve hizmetlerde kullanmalarını veya kendi adlarına tescil ettirmelerini sağlamak için sicilin temizlenmesi söz konusu olmaktadır. Zira bu tür markalar, marka sicilini bloke ettiklerinden rakiplerini engellemektedirler. Böylece sadece biçimsel olarak mevcut bir marka hakkının kullanılmasının da önüne geçilmektedir. Sicilin, resmi sicil olarak doğruluğunun güvence altına alınması, ancak sicilin bu tür boş markalardan temizlenmesi ile gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla kullanılmayan markaların sicilden silinmesinde sicil hukuku açısından durumun alenilik kazanmasına yönelik kamu yararı da mevcuttur¹⁸⁵.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, markanın kullanılması yüklenmesini öngören kuralların amacı, biçimsel marka hakkının korunması ve sadece görünüşte kullanım fiillerini engellemektir. Bu kurallar, marka sahibinin ekonomik faaliyetlerinin türü ve biçimini hukuki açıdan belirlemeyi, özellikle onu sadece hakkı devam ettirme adına olağandan farklı kullanıma zorlamayı amaçlamış değildir.

¹⁸⁵ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 223 vd.

III) TESCİLLİ MARKANIN KULLANILMA YÜKLENTİSİ

A) Markayı Kullanma Niyeti Ve İşletmenin Varlığı Sorunu

556 sayılı KHK.' de öngörülen korumadan yararlanabilmek için markanın tescilinin (m.6) yanı sıra kullanılması da gerekmektedir(m.14)¹⁸⁶.

Önceki bölümde de belirttiğimiz gibi usulüne uygun şekilde tescil ettirilen marka üzerindeki haklar, münhasıran söz konusu markayı kendi adına tescil ettirene aittir. Ancak söz konusu tescil ile elde edilen inhisari hak ve yetkiler. hak sahiplerince iyi niyet veya rekabet kurallarına aykırı olarak kullanılmaya elverişlidir. Markalar üzerinde tesis edilen hakkın sadece tescil işlemine dayalı olarak sonsuza kadar sahibi lehine korunması, ticari hayatta oldukça büyük önemi olan markaların oluşturulması ve kullanılması imkanlarını daraltacaktır. İşte bu sebeptendir ki, tescilli markanın kullanımına yönelik olarak mevzuatımızda bir takım önlemler alınmıştır. Bu önlemlerin en başta geleni markaların ilk kayıttan sonra on yıllık bir süre için korunacağı kuralıdır. Diğer önlem ise tescil edilmiş markaların kullanılma yüklenmesidir¹⁸⁷.

Görüldüğü gibi Türkiye' de markaların özel olarak korunabilmesi tescil ön şartına bağlı olmakla birlikte, bu korumadan yararlanabilmek için markaların bilfiil kullanımı da önemsenmektedir. Ancak söz konusu bilfiil kullanımla ilgili bir sorun marka tescil başvurusu aşamasında ortaya çıkmaktadır. Karayalçın' ın görüşüne göre¹⁸⁸, markanın aralıksız beş yıl kullanılmaması durumunda, sahibinin bu marka üzerindeki hakkını kaybedebileceğine ilişkin hükümleri de dikkate alarak, başvuru sahibinin markasını kullanma niyetine ve faaliyetlerini sürdüreceği bir işletmeye sahip olması gerekmektedir. Bu görüşe göre, markayı tescil ettirecek kişinin markanın konulacağı malın imal veya ticaretiyle uğraşması gerekir. Öztekin görüşüne göre¹⁸⁹ ise, tescil başvurusu anında markanın kullanılacağı malın imal edilmekte veya piyasaya sürülmekte olması gerekli değildir. Başvuru sahibinin bu yolda ciddi hazırlıklar içinde bulunduğunun anlaşılması yeterlidir.

¹⁸⁶ Mimaroglu, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, C.I, İşletme Hukuku, Ankara 1978, s.368; Cihangiroglu, Celal: Ticari İşletme Hukuku, İzmir 1996, s.174; Dirikkan: (Külfet) agm., s.219; Arkan: (Marka II) age., s. 145.

¹⁸⁷ Kargin, Veli: Kullanılmayan Markalar Sorunu, s. 1 (www.etapatent.com); Cengiz: age., s. 41.

¹⁸⁸ Karayalçın: (İşletme) age., s. 413.

¹⁸⁹ Öztekin, Selçuk: İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markalar Hukukunun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları, Hukuk Araştırmaları Dergisi 1991, C. 6, S. 1-3, s. 19.

Markanın tescili için talepte bulunabileceklerin 556 sayılı KHK' nin 3. maddesinde, T.C. sınırları içinde ikametgahı olan veya sınaî ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri çerçevesinde başvuru hakkına sahip kişiler olduğunu belirtmiştik. Bunun yanı sıra kararnamenin 23/1 maddesi (h) bendi hükmünce başvuru sahibinin ticaretle uğraştığını gösterir belgeyi de sunması gerekmektedir. Bu maddelerden hareketle bizim de katıldığımız Dirikkan' ın görüşüne göre¹⁹⁰ 3. maddede yer alan “*T.C. sınırları içinde ikametgahı olan veya sınaî yahut ticari faaliyette bulunan*” biçimindeki ifadede “veya” bağlacı kullanıldığına göre, T.C. sınırları içinde ikametgahı bulunan kişiler açısından kararnamenin 23/1 maddesinin (h) bendi, ayrıca bir koşul getirilmiş görünmemektedir. Başka bir deyişle, esnaf veya ticari işletmenin varlığı ve işletildiğine ilişkin belgelerin, sadece Türkiye’ de ticari veya sınaî faaliyetle uğraşanlar açısından aranması gerekir. Zira 556 sayılı KHK’ de marka sahibinin, ayrıca markasını kullanacağı emtianın imal, izhar, istihsal ya da satışa çıkarılması ile uğraşması gereğinden söz edilmemiştir.

Dolayısıyla kanımızca tescilli bir marka sahibi olabilmek için, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili bir işletmenin ve kullanma niyetinin bulunması zorunlu değildir. Böylece tescil ile elde edilen marka hakkının, söz konusu marka ile ilgili faaliyetlerin yürütüldüğü bir işletmeden veya buna bağlı olarak markayı kullanma niyetinden bağımsız olarak doğduğunu söylemek mümkündür. Tescil ile elde edilmiş olan hak ise kullanılmasa dahi 556 sayılı KHK’ de belirtilen beş yıllık hoşgörü süresi boyunca korunacaktır. Hatta söz konusu sürenin bitiminden sonra dahi, kullanılmayan tescilli markanın iptali için dava açılmadığı ve bu dava sonucunda marka sicilden terkin ettirilmediği süre boyunca, tescilli marka kararname kapsamında korunacaktır.

Dolayısıyla başvuru aşamasında işletme sahibi olma zorunluluğunun bulunmaması nedeniyle, ticaretle uğraşmayan kişiler, örneğin ev kadını veya öğrenciler de marka tescil başvurusunda bulunabilir ve tescili sağlayabilirler. Üstelik tescil başvurusunda bulunan kişi, markayı kendisi kullanmaksızın onu devretmek veya lisans sözleşmesine konu yapmak isterse, sadece bu nedenle kötüniyetli de sayılamaz. Başka bir deyişle başvuru sahibinin başvuru anında olduğu gibi sonradan da işletme kurup faaliyette bulunmak gibi bir niyetinin bulunması zorunlu değildir. Markayı tescil ettiren kişinin kötüniyetli

¹⁹⁰ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 226 vd.

bulunması hali için ise şunlar söylenebilir: Örneğin markayı tescil ettiren kişinin bu markayı bizzat kullanma veya başkasına lisans verme suretiyle değerlendirme niyeti bulunmamasına rağmen, sadece markanın koruma alanına giren faaliyetlerde bulunan iyiniyetli üçüncü kişileri baskı altında tutmak ve bu durumu finansal yönden istismar etmek amacıyla tescil gerçekleştirilmişse kötüniyet söz konusudur¹⁹¹.

Görüldüğü üzere, 556 sayılı KHK., markanın korunması için “markayı kullanma niyeti” gibi subjektif kriterlerden bağımsız olarak “markanın kullanılması” biçiminde objektif bir kriter öngörmüştür¹⁹².

B) Markanın Kullanılması Kavramı

1- Tescilli Markanın Kullanılması İle İlgili Esaslar

Aktif bir eylem olan kullanma olgusunu esasen, marka sahibi tarafından, yurt içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerde, tescil amacına yönelik, süreklilik arz eden, ciddi, aktif ve markaya özgü kullanma fiilleri belirler. Nitekim yargı kararlarında kullanmama sorunu değerlendirilirken konunun bu yönleri öne çıkarılmıştır. Örneğin, fiili bir durum olan markanın kullanılması olgusu bir yargı kararında “...yurt içinde veya ihracatta, kendisi veya izni ile 3. şahıs tarafından sicilde kayıtlı mallar veya hizmetler için, işlevlerine uygun, ekonomik amaçlı ve ciddi şekilde kullanılmalıdır. Hakkı devam ettirici kullanma ancak marka sahibi markayı sicilde kayıtlı mal veya hizmetler için fiilen kullandığında var olacaktır.” şeklinde açıklanmıştır¹⁹³.

a) Markanın Marka Sahibi Tarafından Kullanılması

Tescilli markanın kullanılmasından söz edebilmek için kural, söz konusu markanın bizzat marka hakkı sahibi tarafından kullanılmasıdır. Ancak bu kural, 556 sayılı KHK.’nin 14/2. maddesinin (c) bendinde yer alan hükümlerle yumuşatılmıştır. Buna göre, marka sahibinin marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisine dayanarak verdiği hak veya yetkiye istinaden, markanın üçüncü kişi tarafından kullanılması ile de markanın kullanılma yükümlenisi yerine getirilmiş olacaktır¹⁹⁴.

¹⁹¹ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 229.

¹⁹² Dirikkan: (Külfet) agm., s. 235.

¹⁹³ Yargıtay 11. HD., E.2000/844, K.2001/3429, T.09.04.200; Meran: age., s.166-167; Kaya, Arslan: Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05 – 06 Mayıs 2005, s. 196; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 235.

¹⁹⁴ Kaya: agt., s. 196; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 236; Arkan, Sabih: Markayı Kullanma Yükümlülüğü, “Marka Koruması” Uluslararası Sempozyumu, 24-25 Haziran 1998, İstanbul, s. 291; Arkan, Sabih: Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılma Zorunluluğu, Batider, C. XX, S. 3, s. 7; Pınar,

Ancak markanın, marka sahibi tarafından sadece kendi iç ilişkilerinde kullanılması, kullanma yüklenişinin yerine getirilmesi bakımından yeterli olmayacaktır. Örneğin, marka sahibinin kendi satış temsilcilerine gönderdiği numunelerde markanın kullanılması 556 sayılı KHK. anlamında kullanma olarak kabul edilemez¹⁹⁵.

b) Markasal Kullanım (Marka Hukukuna Özgü –İşleve Uygun- Kullanım)

Markadan beklenen temel gaye bir işletmenin mal veya hizmetlerinin bir diğerinden ayırt edilmesini sağlamasıdır. Marka sayesinde herhangi bir mal veya hizmetin muhatabı olan tüketici edindiği mal veya hizmetle tescilli işaret arasında bağlantı kurabilir. Markanın kullanımı tüketici nezdinde bu bağlantıyı kurabilmeye elverişli olmalıdır¹⁹⁶. Bu ise, ilgili malla doğrudan doğruya bağlantı gösteren, işleve uygun, marka hukukuna özgü, markasal kullanımının gerçekleştirilmesi ile olur¹⁹⁷. Örneğin markanın bir başvuru eserinde yer alması markasal bir kullanım olmadığı için, marka sahibinin yayıncıya karşı 556 sayılı KHK.’ de öngörülen hukuk ve ceza davalarını açamayacaktır. Bunun nedeni ise önceki bölümde de belirttiğimiz gibi markanın başvuru eserlerinde kullanılmasının, marka hakkının kapsamı dışında kalmasıdır (556 sayılı KHK. m. 10).

Markasal kullanım, bir ticaret markasının ticari dolaşıma sunulan malların veya ambalajların üzerine konulması veya hizmet markasının, hizmetlerin sunulmasında kullanılması anlamına gelmektedir¹⁹⁸. Örneğin taşımacılık hizmetlerinde tescilli bir marka, tescil edildiği hizmetler dışında başka bir takım mal veya hizmetlerde kullanılmış olsa bile, tescil kapsamındaki hizmetler bakımından bir kullanımı olmadığından doğal olarak, kullanım sonucu bir ayırt edici güç elde etmesinden de söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, örneğin MNG firmasının taşımacılık hizmetlerinde tescilli *MNG* markasını çakmaktalarda, not defterlerinde, kalemlerde kullanması markasal bir kullanım olarak değerlendirilemez¹⁹⁹.

Markanın tescil edildiği mal veya hizmeti diğer mal veya hizmetlerden ayırt etme fonksiyonu, markanın piyasada kullanılmasını gerektirir; dolayısıyla markanın depoya alınan ya da üretici firmanın yavru ortaklığına teslim olunan mallar üzerinde kullanılmış

Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, M. Kemal Oğuzman’ ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 867.

¹⁹⁵ Yıldırım, Murat: Markada Hükümsüzlük Nedenleri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2003, s. 181.

¹⁹⁶ Kargın: agm., s. 2; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 272.

¹⁹⁷ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 236.

¹⁹⁸ Yasaman/Yüksel: age., s. 634; Gürzumar: agm., s. 513; Bilge: agm., s. 139.

¹⁹⁹ Doğan: (Ayırt Edici) agm., s. 226.

olması, 556 sayılı KHK. m. 14 anlamında kullanmanın başladığını göstermez²⁰⁰. Aynı şekilde firmaların markalarını, tek başına kataloglarda, faturalarda, iş evraklarında, reklamlarda, promosyon ürünlerinde kullanması da markasal kullanım olarak değerlendirilemez²⁰¹.

İşaretin markasal kullanılması genelde, işaretin malların veya şişe, torba, karton gibi ambalajların üzerine konulması ile gerçekleşmektedir²⁰². Buna karşılık, kişilerin uzun zamandan beri belli bir lakapla anılması markasal bir kullanım değildir. Örneğin bir sanatçının isminin sanatı sebebiyle ünlü hale gelmesi, o ismin markasal olarak kullanıldığını göstermemektedir. Dolayısıyla bu şekilde ünlü hale gelen bir isim sebebiyle markasal bir koruma kazanılamaz²⁰³.

Buna göre hakkın devamını sağlayan kullanım, kural olarak markanın doğrudan doğruya malın kendisi veya ambalajına konulması durumunda mevcuttur. Eğer bu tür bir marka kullanımı, fiilen veya ekonomik olarak olanaksız değilse, bu ilkeye uyulması gerekir. Sadece ayırık durumlarda, örneğin hizmet markalarında, malla veya onun ambalajıyla fiili bir bağlantı bulunmaksızın, işletme evrakında, örneğin kataloglarda kullanım, hakkı devam ettirici kullanım sayılabilir²⁰⁴.

Kullanmanın, markanın tescil edildiği mal veya hizmetle bağıllık kurulmasına olanak verecek şekilde yapılmadığı hallerde 556 sayılı KHK. m. 14 anlamında bir kullanmadan söz edilemez. Böylece kullanım yükümlüsü yerine getirilemez. Örneğin, bir emtia için tescilli “Yıldız” markasındaki Yıldız sözcüğünün sadece sporcuların formalarına konulması ya da yılbaşı kartlarında yer alması halinde, markanın fonksiyonuna uygun şekilde kullanıldığı söylenemez²⁰⁵. Bununla birlikte tüketicilerin, olayın özel koşulları itibariyle (örneğin markanın tanınmış olması), işaret ile belli bir mal veya hizmet arasında bağıllık kurabilecek durumda olmaları halinde, bu tür bir kullanmayı da yeterli saymak

²⁰⁰ Kargin: agm., s. 3; Arkan: (Yükümlülük) agt., s. 294.

²⁰¹ Battal, Ahmet: Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Dergisi, S. XVIII, 22/06/2001, s. 28; Tekinalp: (Tescil) agm., s. 468.

²⁰² Tekinalp: (Tescil) agm., s.467.

²⁰³ Doğan: (Ayırt Edici) agm., s. 226.

²⁰⁴ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 236.

²⁰⁵ Nitekim 89/104 sayılı Yönerge m. 10/1’ de, markanın, tescil edildiği mal veya hizmetle ilgili olarak kullanılması gereğine açıkça işaret olunmuştur; aynı yönde Alman Markalar Kanunu MarkenG m.26.1; İsveç Markalar Kanunu MSchG 11.1. Bu hususta 556 sayılı KHK. m. 14/1’ de değinilmemiş olması, durumun farklı mütalaa edilmesini gerektirmez (Arkan: (Yükümlülük) agt., s. 292).

gerekir. Üretimine başlanmamış mallara ait markanın işletmeye ait kâğıtlar üzerine basılması da, markanın kullanılması demek değildir²⁰⁶.

Marka hukukuna özgü kullanım konusunda en önemli ölçü, malın veya hizmetin yöneldiği çevrenin anlayışıdır. Bir marka ortalama dikkate sahip bir kişinin markanın belirli bir işletmeyi tanıttığını ve böylelikle diğer işletmelerin benzer veya aynı tür mal ve hizmetlerinden ayırt edici unsur olduğunu anlayabileceği biçimde kullanılmalıdır²⁰⁷. İşaretin markasal olarak kullanılıp kullanılmadığının tespitinde, ilgili piyasanın söz konusu işareti marka olarak algılaması hususunda objektif bir ihtimalin bulunup bulunmadığına da bakmak gerekir²⁰⁸. Böyle bir ihtimal varsa işaret markasal olarak kullanılmış demektir.

Birden fazla ürünün seri halinde aynı hediye paketine konması ve içindeki ürünlerde ikinci hatta üçüncü markanın hiç kullanılmaması, sadece ambalajında yer alması durumunda da markanın işlevine uygun kullanım olabilir. Zira markanın malda veya ambalajında kullanılması yeterlidir. Buna karşılık, markanın mala veya ambalajına konulması durumunda dahi, toplum söz konusu işareti, koruma kapsamındaki mallar için tanıtıcı, başka bir deyişle, ayırt edici saymadığı sürece, kullanma yüklenmesine ilişkin yasal koşulların oluştuğu kabul edilemez. Görüldüğü gibi bazen markanın malla fiili bağlantı kurulmadan kullanılmasında işaretin marka hukukuna özgü, dolayısıyla hakkı devam ettirici biçimde kullanıldığı kabul edilirken, bazı durumlarda marka malın ambalajı üzerinde; başka bir deyişle malla fiilen bağlantılı kullanılsa dahi, tersi bir sonuca varılmıştır²⁰⁹. Bunun nedeni önceden de belirttiğimiz gibi toplumun somut olayın özelliklerine göre söz konusu işareti, marka olarak algılaması ölçüsünün benimsenmesidir.

Markanın işletmenin evrakında kullanılmasının yeterli sayıldığı durumlarda, sadece markanın kullanıldığı evrakın bulunması yeterli değildir. Bu evrakın aynı zamanda piyasaya sürülmüş olması da gerekir. Örneğin prospektüsler markalanmış, ancak bunlar marka sahibinin işletmesi içinde kalmış, tedavüle çıkarılmamış ise burada, kullanımdan söz etmek olanaksızdır. Keza kullanımın ciddi olması gerekli olduğundan – evrak üzerinde

²⁰⁶ Arkan: (Yükümlülük) agt., s. 293.

²⁰⁷ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 237.

²⁰⁸ Arkan: (Tecavüz) agm., s.5; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 272.

²⁰⁹ Kaya: agt., s. 196; Dirikkan: (Külfet) agm., s.238-239.

kullanımın yeterli kabul edilebildiği durumlarda – işletmenin evrakının önemsiz bir bölümünde markanın kullanılmış olması, hakkı devam ettirici kullanım sayılamaz²¹⁰.

c) Markanın Koruma Alanına Giren (Sicilde Kayıtlı) Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması

556 sayılı KHK., mal veya hizmete ilişkin korumanın sınırları hususunda esas itibariyle *sınıf sistemini*²¹¹ benimsemiş ve m. 24’ de sözü edilen sınıflandırma bu amaca hizmet etmek için öngörülmüştür. Dolayısıyla, bir marka tescil edilirken, bu markanın hangi mal veya hizmet sınıfı içerisinde kullanılacağı ve korunacağı marka başvurusunda belirtilecek ve tescil de sadece bu sınıfa ilişkin olarak yapılacaktır. Böylece, tescilli marka sahibi ile marka başvurusu sahibi markalarının korunmasını sadece bu sınıfa ilişkin olarak talep edebilecek, -tanınmış markalar hariç²¹²- sınıf dışında bu markanın bir başkası tarafından tescil ve kullanılmasına engel olunamayacaktır²¹³.

Ancak 556 sayılı KHK. ile kabul edilen söz konusu sınıf sistemi saf bir sınıf sistemi değildir. Bizim de katıldığımız Karahan’ ın görüşüne göre²¹⁴, söz konusu sistem, “*sınıf alt grup*” sistemi olarak adlandırılabilir. Bu sistem, sınıf sisteminden bağımsız bir nitelik taşımamaktadır. Zira alt gruplar sınıflar içerisinde yer almaktadır. Bu sistem ile bir markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfı ile değil, sınıfın içerisinde yer alan tescilin yapıldığı alt grup sınırları itibariyle korunacak olmasıdır. Diğer bir deyişle, bir marka herhangi bir mal veya hizmet sınıfı içerisinde tescil edildiğinde, daha sonra tescili talep edilen veya kullanılan diğer markalara karşı ona koruma sağlanıp sağlanmayacağı, diğer

²¹⁰ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 240.

²¹¹ 551 sayılı mülga Markalar Kanunu, “*mal veya hizmet sistemi*” şeklinde adlandırılan sistemi benimsemiştir. Bu sistemde marka belirli mal ve hizmetler için tescil edilmekte, bunun dışında kalan mal ve hizmetlerde kullanımı ise tamamıyla serbest bırakılmaktadır. 556 sayılı KHK.’ nın benimsediği “*sınıf sistemi*” olarak adlandırılan diğer sistemde ise marka belirli mal veya hizmetler için değil, ilgili mal ve hizmetleri içeren sınıf itibariyle tescil edilmekte ve bu sınıf içerisinde aynı veya benzer markanın bir başkası adına tekrar tesciline izin verilmemektedir (Karahan, Sami: Markanın Tescil Ve Korunmasında Sınıfsal Sınırlar, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2005 – 2006, S. 2, s. 19.).

²¹² Tanınmış markalar, sınıf sisteminin istisnasını teşkil ederler. Buna ilişkin olarak Yargıtay’ ın bir kararı ise şu şekildedir: “Mahkemece, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacı adına tescilli MAGİ markalarının tanınmış markalar olduğu, davacı ve davalı markalarının (MAGİ) görsel ve sözel açıdan kolay ayırt edilemeyecek kadar benzerlik içinde olmaları nedeniyle halk tarafından karıştırılma ihtimalinin var olduğu, markaların farklı mal ve hizmetler için kullanılmakta olduğu savunmasını hukukten kabul görmeyeceği gerekçesi ile... MAGİ markalarının iptaline karar verilmiştir. Yapılan temyiz itirazları yerinde görülerek reddedilmiştir.” (11.HD., E. 3187/K. 7188, T.08/07/2002, FMR, C.3, S.2003/2, s.151).

²¹³ Bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararı ise şu şekildedir: “...davacının tescil için başvurduğu markanın hizmet markası olup, oysa daha önce tescilli olan ve benzerliği iddia olunan markanın ticari marka olduğu, her markanın tabi olduğu kendi sınıfında değerlendirilmesi gerektiği...” (11. HD. E.1998/9864, K.1999/4428 T. 25/05/1999, Karahan: (Sınıf) agm., s. 13-14).

²¹⁴ Karahan: (Sınıf) agm., s. 18-19.

markaların daha önce tescil edilen veya başvurusu yapılan markayla aynı sınıf içerisindeki mal veya hizmetler için tescil edilmek istenilip istenilmemesi ile değil, aynı sınıf altındaki aynı alt grup içerisinde yer alıp almamaları dikkate alınarak belirlenecektir. Netice itibariyle sınıfı aynı olsa bile alt grup farklılığı, markalar arasında iltibas oluşmasını engelleyecek ve daha önce tescil edilen veya başvurusu yapılan marka sahibi markasının korunmasını talep edemeyecektir²¹⁵.

Marka, marka sahibi tarafından birden çok sınıf için tescil ettirilmiş olabilir. Bu durumda markanın kullanım yükümlüsünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için söz konusu marka, hangi sınıf veya sınıflar için tescil ettirilmişse o sınıf veya sınıflardaki mallar veya hizmetler için kullanılmalıdır²¹⁶.

Tescilli markayı kullanmama, markanın hiç kullanılmaması biçiminde gerçekleşebileceği gibi tescil edildiği sınıflardaki bazı mal ve hizmetler için kullanılmaması şeklinde de gerçekleşebilir²¹⁷.

Birinci durumda marka, marka hakkı sahibi veya kullanma yetkisi verdiği kişi tarafından tescil edildiği mal veya hizmet dışında kullanılırsa marka hakkını muhafaza eden bir kullanımdan söz edilemez. Markanın tescilsiz alanlarda kullanılması iptalini engellemez, bu kullanım sadece fiilen kullanıldığı alanlarda sahibine yeni bir tescil talep etme ve şartları varsa (kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazandırmış olma) başkası tarafından bu alanlarda tescil başvurusu yapıldığında itirazda bulunma hakkı verir²¹⁸.

İkinci durumda ise markanın kullanma yükümlüsüne ilişkin bir takım sorunlar çıkmaktadır. Birinci sorun, markanın aynı sınıf içinde mevcut mal veya hizmetlerden bir kısmı için kullanılması, diğer kısmı için kullanılmaması halinde, kullanılmayan mal ve

²¹⁵ “Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından, davacının markasının, davalının markası olan “FOTO HAYAT” markası ile *aynı sınıfın alt grubunda bulunmadığı*, davacıya ait “AL HAYAT” markası ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar aynı olmadığı gerekçesi ile... davanın reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir.” (Yargıtay 11.HD., E.5298/K.9908 T. 04/11/2002, FMR C.3, S.2003/2, s.143).

²¹⁶ Kaya: agt., s. 197; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 242; Bu konuya ilişkin Yargıtay’ın bir kararı şu şekildedir: “Davalının kebab ve eşdeğeri işler için tescil ettirdiği markayı, baklava için de kullandığı belirtilmiş olmasına göre, bu biçimde marka kullanımını genişletilmesini markayı olduğu gibi kullanmama niteliğinde görülmesi gerektiği ve bu nedenle sicilden silinmesi ileri sürülmüşse de marka kullanımının konusu yönüyle genişletilmesinin, olduğu gibi kullanma zorunluluğu kapsamına girmeyeceği, olsa olsa haksız rekabet oluşturabileceği, sonuçta silinme nedeni sayılmayacağı kabul edilmiştir” (Yargıtay 11. HD., E.1989/1120, K.1989/1284, T. 03/03/1989, www.kazanci.com.tr).

²¹⁷ Öçal; age., s. 88; Arkan, (Marka II) age., s. 148; Tekinalp, (Fikri Mülkiyet) age., s. 424.

²¹⁸ Kaya: agt., s. 197.

hizmetler bakımından bir iptal nedeni olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Konunun başında da belirttiğimiz gibi markanın tescilli olduğu tüm mallar veya hizmetlerde kullanılması esastır. Örneğin, 36, 39 ve 42. sınıflarda tescil edilen bir markanın sadece 39. sınıfta kullanılıyor olması diğer sınıflarda da kullanıldığı anlamına gelmez. Dolayısıyla kullanılmayan sınıftaki mallar açısından markanın sicilden terkinin söz konusu olacaktır²¹⁹. Burada daha önemli bir sorunda 39. sınıfın tamamında tescilli olan bir markanın, bu sınıfta sadece bazı mallarda kullanılması halinde bunun diğer mallar bakımından da kullanma sayılıp sayılmayacağı noktasında çıkar. Bizimde katıldığımız Kaya' nın görüşüne göre²²⁰, kural olarak bir markanın kayıtlı olduğu sınıfta sadece bir ürün için kullanılıyor olmasının diğer ürünlerde de kullanma sayılmaması icap eder. Örneğin, 39.01 kara, hava ve deniz taşıma işini kapsamaktadır. Marka hakkı sahibinin bu sınıfta hava taşımacılığı alanında tescilsiz markasını kullanması ve ayırt edici hale getirmesi durumunda, 39. sınıfın tamamında söz konusu marka adına tescilli olan ve fakat örneğin, sadece gazete dağıtım hizmetleri, paket teslimat hizmetleri yapan kişinin hava taşımacılığı konusunda markayı kullanıyor iddiasında olmaması gerekir. Bu halde markayı ihdas ve istimal suretiyle ayırt edici hale getirenin iptal davasının şartları varsa dinlenmesi, markanın kısmi iptaline karar verilmesi icap eder.

Kanımızca bu durumda, markanın kullanıldığı mal veya hizmet ile söz konusu mal veya hizmetlere benzemeyen ve kullanılmayan mallar ve hizmetler açısından kullanım yükümlenisi yerine getirilmiş olmayacaktır. Zira toplum markanın kullanıldığı mal veya hizmet ile aynı sınıf için de olsa dahi, kullanılmayan mal ve hizmeti aynı tür saymıyorsa kullanım gerçekleşmiş sayılamaz.

Dolayısıyla markanın, sicilde kayıtlı ve korunan mal gruplarının üst kavramı içinde sayılan ürünlerde kullanılması, kullanım yükümlenisinin yerine getirilmiş sayılabilmesi için yeterli olmaktadır. Örneğin giyim eşyası üst kavramı altında sadece T-shirt için markanın kullanılması böyledir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, aynı grup içinde yer alan mal ve hizmetler aynı tür sayıldığından, markanın bunlardan bazılarında kullanılması durumunda dahi iptal talebinde bulunan kişi markayı, kullanılmayan mal ve hizmetler için kendi adına

²¹⁹ Kaya; agt., s. 197.

²²⁰ Kaya: agt., s. 197-198; aynı yönde bkz. Öçal: age., s. 87-88, Yazara göre tescilli mallardan sadece bir kısmında kullanım, tescilli diğer mallar için yeterli değildir; aksi görüş için bkz. Dönmez: age., s.234,235; Yazara göre, markanın tescil edildiği mallardan başka mallarda kullanılması durumunda, aynen kullanma zorunluluğuna uyulmadığı gerekçesiyle terkin davası açılmaz.

tescil ettiremeyeceğinden, esas itibariyle iptal talebinde hukuki yararı yoktur. Ancak marka farklı gruplar içinde yer alan mal ve hizmetler için tescil edilmiş ve bazılarında kullanılmaktaysa, diğerleri için iptal gündeme gelebilir²²¹.

d) Markanın Ciddi Kullanılması

Maddeye kaynak oluşturan, 89/104 sayılı Yönerge' nin, markaların kullanımına ilişkin 10. maddesinde “*markanın tescili izleyen beş yıl içinde sahibi tarafından tescil edildiği mal ve hizmetlere ilişkin olarak gerçek kullanıma (genuine) konulmamasından*” bahsedilmektedir²²². 556 sayılı KHK.' nin 14. maddesi kullanmanın niteliğine değinmemekte fakat m. 42/1 (c)' de “*ciddi biçimde*” kullanma ibaresi geçmektedir.

Markayı ciddi kullanma ibaresiyle, markadan işlevlerine uygun bir tarzda yarar elde edecek, yani söz konusu marka ile malın veya hizmetin piyasada tanınmasını ve diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayacak şekilde ve yoğunlukta piyasada veya piyasaya hitap eden, piyasayı etkileyen yerlerde kullanılması kastedilmektedir²²³. Şu halde, markanın tescil edildiği mal ya da hizmetlerle ilgisi olmayan mal ya da hizmetler de kullanılması ve gerçekle ilgisi olmayarak, aldatmaca ve sırf markanın hükümden düşmesine engel olmak üzere zoraki, önemsiz ve göstermelik kullanımı, kullanım yüklenmesinin yerine getirilmesi için yeterli sayılmayacaktır²²⁴.

Ciddi kullanımın bulunup bulunmadığına, somut olayın özelliklerine göre karar verilecektir. Bu konu araştırılırken, markanın kullanıldığı malın türü, niteliği, miktarı, fiyatı ve örneğin yıllık toplam satış bedeli, alıcı çevresi, malın türü, işletmenin büyüklüğü gibi somut olayın özelliklerine göre bazı objektif kriterler belirlenmelidir. Örneğin pahalı ve gelişmiş teknolojiye sahip bir malın, az sayıda alıcıya hitap edeceği düşünülerek, satışının fazla olmaması kullanmanın ciddi olmadığını göstermez. Buna karşılık sigara, kalem gibi mallarda cironun yüksek olması koşulu aranabilir. İşletmenin büyüklüğü, küçüklüğü de, kullanmanın ciddi olup olmadığını tayinde dikkate alınacak bir başka unsurdur. Büyük bir işletme için markanın daha yaygın biçimde kullanılmış olması koşulu

²²¹ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 242, dpn. 82.

²²² Markanın ciddi kullanımı açısından Alman Markalar Kanunu MarkenG m. 26/1' de kullanımın ciddi olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Buna karşılık Benelux-Einheitliches MARKengesetz 5/2 (a)' da markanın “normal” kullanımından, İtalyan Markalar Kanunu m. 42/1' de “gerçekten”, m. 42/4' de ise “fiili” kullanımından söz edilmektedir. 551 sayılı mülga Markalar Kanunu m. 50/1 (a)' da ise markanın “gereği gibi” ve “aynen” kullanımı aranmaktaydı (Dirikkan: (Külfet) agm., s. 242).

²²³ Arkan: (Yükümlülük) agt., s. 292.

²²⁴ Arkan: (Marka II) age., s.147; Oytaç: age., s. 197.

aranabilir. Evrakta kullanımın yeterli sayılabildiği durumlarda markanın sadece yılbaşı fiyat listelerinde yer alması, kullanımın ciddi olduğunu kabul açısından yeterli sayılmaz. Zira bu belgeler marka sahibinin, müşterileriyle yazışmalarında kullandığı evrakın sadece bir bölümüdür ve tek başına ciddi kullanımı ispatlamaz. Buna karşılık, markanın kullanıldığı mobilyanın ülke içinde belirlenen satış miktarı çok fazla olmamakla birlikte, sipariş üzerine özel tasarıma dayalı olarak yapılması ve çok yüksek fiyatla satılması, yıllık satışlardan elde edilen toplam gelirin az kabul edilememesi durumunda, kullanım ciddi sayılmalıdır²²⁵.

Marka sahibi ekonomik olarak kendisiyle sıkı bağlantısı bulunan bir işletmeye markalı mallarını göndermiş, ancak bu mallar piyasaya sürülmemiş ise görünüşte kullanım vardır. Markayı, hem marka sahibinin hem de onun kontrolü altında üçüncü kişinin kullanması durumunda; ciddi kullanım açısından ikisinin fiilleri birlikte dikkate alınmalıdır. Sadece üçüncü kişinin markayı kullanması durumunda ise onun fiillerinin ciddi kullanım kriterine uyması gerekir²²⁶.

e) Markanın Yurtiçinde Kullanılması

Markanın kullanılmasına ilişkin düzenlenmiş olan 556 sayılı KHK.' nin 14. maddesi hükmünde markanın yurt içinde kullanılacağı açıkça yer almamıştır²²⁷.

Ancak böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen bizim de katıldığımız Dirikkan' ın görüşüne göre²²⁸, tescilli markanın kullanma yükümlenmesi, söz konusu markanın yurt içinde kullanılması ile gerçekleşir. Bunun bir nedeni 556 sayılı KHK. ile getirilen düzenlemelerin Türkiye sınırları içinde uygulanacağı ilkesi, başka bir deyişle ülkesellik prensibinin bir sonucudur²²⁹. Diğer nedeni ise gerek tescille kazanılan marka hakkının niteliği, gerek “*sadece ihraç edilecek mallara markanın konulmasının da kullanma sayılacağı*”na ilişkin ayırık hüküm (556 sayılı KHK. m. 14/2 (b)), kural olarak T.C. sınırları içinde kullanımın mevzuata uygun kabul edilebileceğini ve ancak bu şekilde kullanma yükümlenmesinin yerine getirilebileceğini göstermektedir.

²²⁵ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 244.

²²⁶ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 244.

²²⁷ MarkenG m. 26/1' de, markanın Almanya içinde kullanılması gereğinden açıkça söz edilmiştir (Arkan: (Marka II) age., s. 150, dpn. 23).

²²⁸ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 245.

²²⁹ Gümrük hattı dışında kalan serbest bölgelerdeki marka kullanımını da geçerli kabul etmek gerekir. Zira 3218 sayılı Kanun' la kurulan serbest bölgeler, Türkiye' nin gümrük hattı dışında sayılmakla beraber, siyasi sınırlarımız içinde yer alır (Arkan: (Marka II) age., s. 150.).

Ancak buradan markanın *bütün ülke çapında* kullanılmasının zorunlu olduğu sonucu çıkarılamaz. Somut olayın özelliklerine göre, ciddi kullanım kabul edilebildiği sürece, ülkenin sadece sınırlı bir bölgesinde kullanım da yeterli sayılabilir²³⁰.

C) Kullanma Sayılan Haller

556 sayılı KHK.'nin 14. maddenin 2. fıkrasında haksız rekabette olduğu gibi (TTK. m. 57) kullanma olgusunu belirleyecek örneklere yer verilmiştir. Söz konusu maddede yer verilen "*kullanma sayılan haller*" deki durumlardan biri yerine getirildiği takdirde 556 sayılı KHK. anlamında marka kullanılmış sayılacak ve kullanma yükümlüsü yerine getirilmiş olacaktır.

1- Markanın Ayırt Edici Karakterini Değiştirmeden Farklı Unsurlarla Kullanılması

a) Genel Olarak

Önceden de belirttiğimiz gibi 556 sayılı KHK.'de, Mülga Kanunda olduğu gibi aynen kullanma zorunluluğu getirilmiş olmamasına rağmen kural, markanın tescil edildiği gibi kullanılmalıdır. Ancak uluslararası mevzuata²³¹ uygun olarak m. 14/2. (a) ile "*tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması*" da yeterli sayılmıştır. Böylece Türk hukukunda da, markanın mutlak biçimde aynen kullanılması zorunlu kılınmamış, tersine farklı kullanmanın sınırları çizilerek suretiyle, bu sınırlar içinde farklı kullanıma olanak tanınmıştır.

Böyle bir hükme yer verilmesinin amacı; marka sahibinin gelecekte markasını çeşitli hallerde işletebilmesi ve rakiplerin benzer markaları tescil ettirmelerini engelleyebilmesini sağlamak olarak ifade edilmiştir²³². Bu şekilde bir düzenlemeye gidilmiş olması eski birçok marka sahibinin, markalarını modernize ederek kullanmalarını sağlamış ve hakkaniyete aykırı durumların oluşumunu önlemiştir²³³.

²³⁰ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 245-246.

²³¹ Paris Sözleşmesi m.5/C 2' de markanın tescil edildiği biçimde taşıdığı ayırt edici niteliğini bozmayacak unsurlarla farklı kullanılması, TRİPs Anlaşması m. 20' de markayı diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırma özelliğine zarar vermeyecek biçimde kullanılması, 89/104 sayılı Yönerge m.10/2(a)' da ayırt edici karakterine etki etmeyecek biçimde, sadece belirli unsurları itibariyle farklı kullanılması, MarkenG m.26/3' de markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyecek biçimde farklı kullanılması, MSchG 11/2' de markanın tescil edildiği biçimden önemsiz ölçüde farklı kullanılması, İtalyan Markalar Kanunu 42/2' de ayırt etme gücünü değiştirmeden kullanılması ifadeleri yer almaktadır.

²³² Yasaman/Yüksel: age., s. 637.

²³³ Çağlar, Hayrettin: Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması, FMR 2007/2, s. 11; Markanın modernize edilerek kullanılmasına bir örnek de "*Altunyıldız*" markasıdır. Önceleri bu marka altında sadece kumaş üretimi yapan Boyner Holding firması, ısmarlama elbise giyen kişilerin aşırı azalması ve hazır

Ayrt edici karakterin değiştirilip değiştirilmediğini tespit etmek için kesin ve objektif bir ölçüt mevcut değildir. Bununla birlikte doktrinde ortaya konan ve daha sonra yargı kararlarında da yer bulan görüşler çerçevesinde genel bir değerlendirme yapılabilir ve burada da göz önüne alınacak ölçüt toplum olacaktır²³⁴. Eğer markanın kullanılması sırasında ortaya çıkan farklılık toplum tarafından önemli bir farklılık olarak görülmekte ise ve markanın bu farklılık sebebiyle ayrı, bağımsız bir işaret oluşturduğu anlaşılıyorsa, artık markanın ayrt edici karakterinin değiştirildiği söylenebilecektir. Buna karşın markanın değiştirilmesi, kullanılan marka ile tescilli markanın tek ve aynı işaret olarak algılanmasını engellemeyecek nitelikte ise, artık markanın ayrt edici karakterinin değiştirildiğini söylemek mümkün olmayacaktır.

b) Markanın Tescil Edildiği Şekilden Farklı Kullanılması Halleri

Tescilli markanın tescil edildiğinden farklı şekilde kullanılması hallerini sınırlandırmak ve net bir şekilde sınıflandırmak mümkün değildir. Ancak yine de önemli görülen başlıca farklı kullanım halleri ve bu kullanımların 556 sayılı KHK. m. 14/2 (a)' ya göre kullanım sayılıp sayılmayacağı aşağıda incelenecektir.

aa) Sözcük Markalarının Farklı Şekilde Kullanılması

Sözcük markalarında tek bir harfin bile değiştirilmesi bazen sözcüğün anlam ve fonetik bakımından değişmesine yol açabilir²³⁵. Eğer böyle bir değişikliğe yol açacak şekilde harf veya harfler çıkartılmış veya eklenmişse, bu değişikliği markanın ayrt edici karakterini değiştiren bir kullanım olarak görmek gerekir ve 556 sayılı KHK. anlamında tescilli markanın kullanım yükümlenisi yerine getirilmemiş olacaktır²³⁶.



giyimün ülke genelinde yaygınlaşması karşısında, "Altınyıldız" markasının içine girdiği yeni ve zor pazar koşullarını göz ardı edememiş ve bu markanın geleceği bakımından "Altınyıldız" yanı sıra "NetWork" markasını da ayrı ayrı ya da birlikte markalama (co-branding) olarak hazır giyim sektöründe kullanmaya yönelmiş ve bu yolla ayrt ediciliği sağlamakla, sonuçta markayı güvence altına almıştır (Oytaş: age., s. 197).


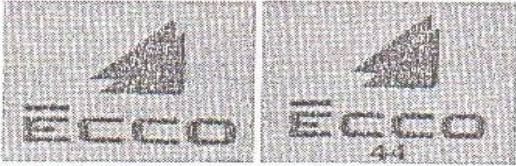
²³⁴ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 251vd.

²³⁵ "Davalının "Mintan" markası 3.12.1969 tarihinde, davacının "Mintaks" markası ise 16.1.1967 tarihinde tescil edilmiştir. Davacı satışa sunduğu deterjanlarda okunmuş ve söyleniş özdeş olan "Mintax" kelimesini de kullanmıştır. Markanın bıraktığı genel izlenim kural olduğuna göre "Mintaks" biçiminde markayı tescil ettirmiş olan davacının üretim ve satışa sunduğu deterjanlarda "Mintax" kelimesini tescil edilmiş markadaki konum, biçim ve doğrultuda kullanmakta olduğu anlaşıldığından, onun tescilli markasını hiç kullanmadığı sonucuna varmak yasaya karşıtlık olur." (Yargıtay HGK., E.1974/T-213, K.1976/244, T. 18/02/1976, YKD. 1976, C.2, S.7, s.948).

²³⁶ Yargıtay'ın bu konuya ilişkin bir kararı şu şekildedir: "... Hetheir ve Hitit sözcüklerinin anlam yönünden özdeş oldukları kuşkusuz bulunduğuna göre aynen kullanma niteliğinin bulunduğu kabulü gerekir... " (11. HD., E.1982/5229, K. 1982/5746, T. 30/12/1982, Çağlar: agm., s.15)

Alman Federal Mahkemesinin çeşitli kararlarında bu duruma ilişkin örnekler bulmak mümkündür. Örneğin “*Postafene*” markasının “*Postafen*” olarak kullanılmasını²³⁷ markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyen bir farklılık olarak kabul etmiş ancak “*Bonyour*” sözcük markasının “*Bonjour*” olarak kullanılmasını²³⁸ markanın ayırt edici karakterini değiştiren farklı kullanım olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte sözcükleri birbirine bağlamak için kullanılan kısa çizginin “-“ kaldırılmasını, örneğin “*Baelz-Automatic*” şeklinde tescilli markanın “*Baelz Automatic*” olarak kullanılmasını, markanın ayırt edici karakterini değiştirici bir farklılık olarak değerlendirmemek gerekir²³⁹.

Tescilli marka	Kullanım	Ayırt edici karakterinde değişiklik var mı?
		Hayır

Tescilli marka	Kullanım	Ayırt edici karakterinde değişiklik var mı?
		Hayır

Bir sözcük markasının küçük veya büyük harflerle yazılması ile tescil edildiği yazı karakterinden başka bir karakterle kullanılması (Times New Roman yerine Verdana gibi), kural olarak markanın ayırt edici karakterine zarar verici mahiyette değildir. Ancak bir sözcüğün ikiye bölünerek iki satır halinde kullanılması bu kapsamda değerlendirilemez²⁴⁰. Bunun nedeni ise söz konusu sözcük markasının başka bir anlam ifade edecek hale gelmesidir.

²³⁷ BPatG GRUR 1977, 255, 256 (Çağlar: agm., s. 15, dñn. 9’ dan naklen); Anılan mahkeme zaten okunuş itibarıyla vurgulanmayan sondaki “e” harfinin kullanılmasını önemli görmemiştir.

²³⁸ BPatG GRUR 1998, 64 (Çağlar: agm., s. 15, dñn. 13’ den naklen); Mahkemenin bu yönde karar almasının sebebi, harf değişikliği ile ortaya çıkan yeni sözcüğün “Bonjour = Merhaba (Fransızca)” başka bir dilde de olsa yaygın olarak kullanılan bir sözcük haline gelmesidir. Yani artık başka bir anlam ifade eden sözcük söz konusudur.

²³⁹ Çağlar: agm., s. 15.

²⁴⁰ Çağlar: agm., s. 17.

		Hayır
		Evet

Tescilli bir sözcük markası yerine onu ifade eden bir resmin veya şeklin kullanılması veya resim ya da şekil yerine sözcüğün kullanılması genellikle markanın ayırt edici karakterinde değişikliğe yol açar. Zira bu halde kullanılmakta olan marka ile tescilli marka arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Bunun yanında sadece tescilli markayı oluşturan bazı unsurları tanımlamak amacıyla yapılan eklemeler ise tescilli markanın ayırt edici karakterinde değişikliğe yol açmaz²⁴¹.

Tescilli Marka	Kullanım	Ayırt edici karakterinde değişiklik var mı?
		Evet

Idee		Hayır
------	---	-------

²⁴¹ Çağlar: agm., s. 17.

Önceki sayfada ilk şekilde yer alan kement atan bir Kovboy şekli yerine “LASSO” (kement) sözcüğünün ön planda tutulduğu ve aynı şeklin birlikte kullanıldığı durumda bu kullanımın tescilli markanın kullanımı olarak kabul edilemeyeceğine hükmedilmişken, yukarıdaki ikinci şekilde yer alan ve kahve emtiası için tescilli “Idee” sözcük markasının şekilli olarak koyu renkli bir daire içerisinde “Idee Kaffee” sözcüklerinden oluşan kullanımının markanın ayırt edici karakterinde değişikliğe yol açmayacağına hükmedilmiştir²⁴².

bb) Şekil veya Renk Markalarının Farklı Kullanılması

Kural olarak, usulüne uygun olarak tescil edilmiş bir “şekil” veya “şekil + sözcük” markasının da yine tescil edildiği gibi kullanılması gerekir. Bu anlamda şekil markaları açısından kullanımdaki farklılık konusunda, marka sahibinin daha fazla imkana sahip olduğunu söyleyebiliriz. Ancak kullanım açısından çok büyük farklılık söz konusu olursa yine hakkın kapsamı dışına çıkılmasından söz edilebilir. Aşağıda yer alan “panda + şekil” markasındaki panda resminin panda yazısının biraz daha üstünde gösterilmiş olması tescilli markanın ayırt edici karakterinde değişikliğe yol açmayacak tarzda kabul edilmişken, şekilli “*ACHTERDIEK*” markasının tescil edildiği şeklin dışında, sadece sözcük unsuru esas alınarak başka resim veya şekillerle birlikte kullanılması, markanın ayırt edici karakterinde değişikliğe yol açtığı şeklinde değerlendirilmiştir²⁴³.

Tescilli Marka	Kullanım	Ayırt edici karakterinde değişiklik var mı?
		Hayır
		Evet

²⁴² Arkan: (Marka II) age., s. 151.

²⁴³ Çağlar: agm., s. 19; Yargıtay 11. HD. T. 30.10.2009, E. 2005/9955, K. 2006/10746 sayılı kararı, Nivea soft/Rebel soft (ww.kazanci.com.tr). Bu karara konu olayda davalı markası özel bir renk içermeyen tarzda tescil edilmiştir. Kullanım sırasında ise tescilli markada yer alan ancak çok önemli olmayan şekil unsuru dışarıda bırakılmış, bunun yerine “rebel” sözcüğünün yanına “soft” sözcüğü eklenmiş ve mavi-beyaz-açık yeşil renklerden oluşan bir kompozisyon içerisinde kullanım gerçekleşmiştir. Ancak bu kullanım yukarıda görüldüğü üzere bir başka hak sahibinin hakkına tecavüz oluşturur mahiyette görülmüştür.



cc) Markaya Yeni İşaretler Eklenmesi

Tescilli bir markaya yeni unsurların eklenmesi bazı hallerde markanın ayırt edici karakterinde değişikliğe yol açabilir. Ancak bu her zaman aynı şekilde değerlendirilemez. Zira bir sözcük markasını, tescilli olduğu emtiayı ifade eden resim veya kompozisyonla birlikte kullanmak, bu markanın ayırt edici karakterinde değişikliğe yol açmaz. Bu durumda eklenen yeni unsurlar tescilli marka ile tescil edilmiş olduğu emtia veya hizmetle olan bağı kuvvetlendirmeye yarar²⁴⁴.

Ayrıca tescilli bir markanın bir başka tescilli marka ile bir arada kullanılması da markanın kullanılması kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Zira uygulamada daha çok işletmeye ait genel bir marka ve ürün veya hizmetleri hedef alan ikinci bir marka seçilmesi çok yaygındır (*Volkswagen® Passat®, Ülker® Çikolatalı Gofret® vs.*). Bu halde her iki markanın da marka hukuku anlamında kullanıldığını söylemek mümkündür²⁴⁵. Yeter ki bu markaların her biri tescil edildiği şekilde kullanılıyor olsunlar.

²⁴⁴ Yargıtay da yeni bir kararında bu hususu değerlendirmiş ve sadece sözcük olarak tescil edilmiş markanın renkli bir kompozisyonla birlikte kullanılmasının 556 sayılı KHK. m.14/2 (a) uyarınca markanın kullanılması olarak kabul edileceğine dair ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır (Yargıtay 11. HD., E. 2004/10729., K. 2005/9651, T. 13.10.2005, www.kazanci.com.tr); Çağlar: agm., s. 21.

²⁴⁵ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 242.

Tescilli Marka	Kullanım	Ayırt edici karakterinde değişiklik var mı?
		Hayır

KEKSTRA		Hayır
----------------	---	-------

Yine aynı tarihlerde verilmiş bir başka kararda tescilli “*CITY COCOMİS*” sözcük markasının aşağıda yer alan ambalajla birlikte kullanılmasının, davacı adına tescilli ve yine aşağıda verilen “*ÜLKER COCOSTAR+Şekil*” unsurlu markalarla iltibas yaratmadığına hükmedilmiştir. Bu tarz farklı kullanımın markaların tescilli olduğu emtialar göz önüne alındığında, hindistancevizli bar vs. tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmediğine de değinilmiştir²⁴⁶.

Tescilli Marka	Kullanım	Ayırt edici karakterinde değişiklik var mı?
CITY COCOMİS		Hayır; ayrıca aşağıda yer alan markalara da tecavüz oluşturmadığına karar verilmiştir.  

²⁴⁶ Yargıtay 11. HD. 04.10.2005 T., 2004/10619 E., 2005/9171 K (Çağlar: agm., s. 23).

2- İhracatta Kullanılması

556 sayılı KHK.'nin 14/2. maddesi (b) bendine göre “*markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajında kullanılması markayı kullanma*” olarak kabul edilir.

Markanın hangi coğrafi sınırlar içinde kullanılacağı 556 sayılı KHK. m. 14' de belirtilmemiştir. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi marka hukukunda ülkesellik ilkesinin hakim olması ve m. 14' e göre markaların ihracat amacıyla kullanılmasının da kullanma sayılması nedeniyle markaların esas olarak Türkiye' de kullanılması gerekir²⁴⁷.

Buna rağmen 556 sayılı KHK. m.14/2 (b) uyarınca markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarda kullanılması (*ihracat markası*) da yeterlidir. Böylece ülkesellik ilkesinin etkisiyle markanın sadece iç pazara sürülen mallar için kullanılmasının marka hukuku anlamında kullanma sayılacağı, ülke pazarına girmeksizin, ihraç edilen mallar üzerindeki kullanımın önemi bulunmadığı biçimindeki görüş terk edilmiştir²⁴⁸.

İhracat markalarının kabul edilmesinin bir takım sebepleri bulunmaktadır:

i) İhracat markaları, belli bir piyasaya dönük olduğu için sadece o piyasanın şartlarına cevap vermeye yöneliktir. Piyasanın şartları kalitenin düşük olmasını ve bu nedenle de daha düşük fiyatı gerektirebilir. Düşük kalite ve fiyat, işletmenin esas markasının sahip olduğu imaja uymayabilir. Bu durumda, işletmeler, sadece o piyasaya özgü mallar veya hizmetler için bir marka oluşturabilir ve esas markalarını ve markalarının sahip olduğu imajı korurlar. İşletme, belli ihracat piyasalarına hitap eden markasını başka piyasalarda kullanmadığı gibi bu markaya işletmenin reklâmlarında, ilanlarında ve kırtasiyesinde de yer vermeyip, markanın sadece malın veya ambalajının üzerine konulmasıyla da kullanma yükümlülüğünü yerine getirebilir²⁴⁹.

ii) İhraç edilen malların iç piyasada görülmemesi kuvvetli olasılıktır. İhracatçı firmaların hedef alıcıları başka ülkelerden olacağından bunların mallarına iç piyasada rastlanılmaması söz konusu olabilmektedir. Bu halde ülkesellik ilkesi gereği markanın fiili

²⁴⁷ Yasaman/Yüksel: age., s. 638.

²⁴⁸ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 255.

²⁴⁹ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 425.

kullanımı tartışma konusu edilebilir. 556 sayılı KHK. bu duruma ilişkin istisnai düzenlemesiyle markanın kullanılıyor olduğunu kabul etmektedir²⁵⁰.

iii) Kimi ürünler Türkiye sınırları içinde arz edilemezler. Örneğin; Türkiye’ de üretilen bir malın markası, ihraç edildiği ülkede telaffuz edilemeyebilir veya anlaşılabilir. Bu nedenle; üretici işletme sadece ihraç edeceği ürünlere yönelik olarak gönderilecek ülkenin diline uygun bir marka seçip Türkiye’ de tescil ettirebilirler²⁵¹.

Yukarıda sayılan sebepler dolayısıyla kabul edilen ihracat markaları, ihraç edilen mallar dışında ülke içinde üretilen veya satılan mallarda kullanılmasa dahi, markanın kullanılmadığı iddiasıyla iptalini istemek olanaksızdır. Böyle bir olanak kabul edilmeseydi, tescilli markanın sadece ihraç edilen mallarda kullanımı ülke içi kullanım sayılmayacak; böylece mevzuatta öngörülen sürenin beş yıllık geçmesinden sonra markanın iptali, dolayısıyla markanın ülke içinde korunmaması tehlikesi gündeme gelebilecekti. Bu da, marka sahibini marka hakkını devam ettirebilmek için, ülke içinde kullanıma yönelik göstermelik fiillere zorlayabilir²⁵².

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, 556 sayılı KHK.’ nin 14/2. maddesinin (b) bendinden açıkça anlaşılmasa da, markanın mal veya hizmet ile somut ilişkisinin Türkiye’ de kurulmuş olması gereğidir²⁵³. Yani markanın ihraç edilecek mallara veya ambalajına Türkiye içinde konulması ve malın markalı olarak yurdu terk etmesi gerekir. Türkiye’ de üretilip diğer ülkelere ihraç edilen mal, ithal eden ülkede markalanırsa bu koşul gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Zira markanın somut kullanımı Türkiye’ de başlamış olmayacaktır. Öyleyse örneğin bir Türk şirketi, Türkiye’ de ürettiği ve Amerika’ ya ihraç ettiği mallara markasını orada koyduğu takdirde, marka ayrıca Türkiye’ de kullanılmadığı sürece 556 sayılı KHK. m. 14 anlamında kullanma yükümlüsü yerine getirilmiş olmayacaktır. Bu tür bir mal ancak marka sahibi veya onun izin verdiği üçüncü

²⁵⁰ Kargın: agm., s. 4.

²⁵¹ Sert: age., s. 69.

²⁵² Dirikkan: (Külfet) agm., s. 255.

²⁵³ Bu hüküm 89/104 sayılı Yönerge’ nin 10/2(b)’ de ihraç konusu malların, ilgili üye devlette markalanması gereğinden açıkça söz edilmiştir. Benzer hükme, MarkenG m. 26.4 (malların Almanya’ yı terk etmeden markalanması gereği) ve MSchG 11.2’ de de yer verilmiştir.

bir kişi tarafından Türkiye' ye ithal edilirse Türkiye' de markanın kullanıldığı kabul edilebilir²⁵⁴ (556 sayılı KHK. m. 14/2 (d)).

Yasaman/Yüksel' e göre ise²⁵⁵, böyle bir yorum 556 sayılı KHK.' ye kaynak olan 89/104 sayılı Yönerge' nin 10/2(b) hükmünde yer almayan ve bu hükümden de anlaşılamayan bir yorumdur. Böyle bir değerlendirme, güncel ekonomik yaklaşım ve gereksinimlerle bağdaşmaz. İşletmelerin salt maliyet kaygıları ile üretimlerini iş gücünün daha ucuz olduğu ülkelerde gerçekleştirmelerinin normal ve sıradan olduğu günümüzde, malların yalnızca markalanmak amacıyla Türkiye' ye getirilmesi zorunluluğu, m.14/2 (b) ile sağlanmak istenen kolaylığa ulaşılmasını engellemektedir. Markanın yöneldiği pazarın yurt dışında olması halinde, marka sahibine hakkın devamı bakımından kolaylık sağlanması amaçlanıyorsa, malların yurt dışında markalanması zorunluluğu bu durumu engelleyecektir.

Kanımızca hem 556 sayılı KHK.' de hem de kararnameye kaynak olan 89/104 sayılı Yönerge m. 10/2 (b)' de yer alan söz konusu kullanım hali marka hukukunda kabul edilen ülkesellik ilkesine bir istisnadır ancak, söz konusu maddelerin lafzından da anlaşılacağı üzere “*yalnızca ihracata amacıyla kullanım*” dan bahsedilmektedir. Bu durumda, madde gereğinin yerine getirilebilmesi ve malların, ihraç malları niteliğinde olabilmesi için söz konusu malların yurt içinde markalanması ve ardından “ihraç” edilmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde 556 sayılı KHK. anlamında kullanım yükümlenisi yerine getirilmiş olacaktır.

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki marka yalnızca ihracatta kullanılsa dahi 556 sayılı KHK. m. 14 anlamında kullanma yükümlenisinin gerçekleştirilebilmesi için markanın *ciddi* kullanılması gerekmektedir.

3- Marka Sahibinin İzniyle Kullanılması

Marka hakkının, sahibine, birçok ekonomik işlevi bulunan ilişkin olduğu ürünlerle ilgili olarak inhisari haklar ve yetkiler sağladığını belirtmiştik. Böylece marka hakkı sahibi başkasının markasını kullanmasını yasaklayabileceği gibi, markanın kullanımına izin

²⁵⁴ Kayhan, Fahrettin: Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, FMR 2001/1, s. 62.

²⁵⁵ Yasaman/Yüksel: age., s. 639.

vererek ekonomik menfaat temini yönüne de gidebilir²⁵⁶. Başka bir deyişle marka sahibi, markayı kullanım hakkını başkalarına devredilebilir²⁵⁷. 556 sayılı KHK. m.14/2 (c) uyarınca, “*markanın, marka sahibinin izniyle üçüncü kişilerce kullanılması da*”, marka sahibine ait kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğunu gösterir²⁵⁸.

Bu halde kullanım yükümlüsünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için iznin; lisans sözleşmesi, marka sahibi veya onun izniyle üçüncü kişiyle yapılan alt lisans sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, intifa hakkı tesisi, hasılat kirası sözleşmesi, markanın şirket sözleşmesine sermaye olarak konması –ki bu durumda marka, ticaret şirketi tarafından kullanılacaktır- gibi bir hukuki sebebe dayanması gerekecektir²⁵⁹.

Görüldüğü gibi markaların kullanılmasının devri lisans²⁶⁰ sözleşmeleri ile yapılabilir²⁶¹. Patent, endüstriyel tasarım, marka, faydalı model gibi sınaî haklara ilişkin lisans sözleşmeleri, kanunlar tarafından koruma altına alınmış veya genel hukuk düzeni çerçevesinde objektif hukuk normları ile korunan gayrimaddi hakların kullanılmasının bedel karşılığında başkasına tanınmasına olanak sağlayan sözleşmelerdir²⁶². Tescil edilen bir markanın verdiği tüm haklar lisans alanlar tarafından da kullanılabilir²⁶³. Marka lisans sözleşmelerinin de çeşitli görünüm biçimleri vardır. Bunlar 556 sayılı KHK. ile belirlenenleri inhisari ve inhisari olmayan (basit) lisanstır.

Lisans sözleşmesi markanın kullanılması borcunu yüklemektedir. Markanın geçerlilik şartlarından birisi, söz konusu markanın uygun şekilde kullanılması yani kullanma yükümlüsünün yerine getirilmesidir. 556 sayılı KHK. m. 14’ de belirtilen hoşgörü süresi içerisinde kullanılmayan markaların iptal yaptırımına uğraması kaçınılmazdır.

²⁵⁶ Bozkurt Yaşar, Sevgi: Marka Lisansı Sözleşmesinin Şekli Ve Lisansın Sicile Kaydı, Türk Hukuk Dergisi Eylül 2006, S. 1, s.33; Karaahmet/Yalçın: s. 68.

²⁵⁷ Yüksel, Ali Sait: Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul 1989, s.89.

²⁵⁸ Hükmün kaynağı 89/104 sayılı Yönerge m. 10/3’ tür. Ayrıca MarkenG m. 26’2, MSchG m.11/3, İtalyan Markalar Kanunu 42/1 ve Benelux-Einheitliches Markengesetz m. 5/3 (c)’ de de benzer hükümler bulunmaktadır.

²⁵⁹ Markanın vekil, ticari mümessil, tüzel kişiliğin organları, mirasçılar vb. eliyle kullanılmasının ise mutlak kullanmadan sayılacağına şüphe yoktur (Kargın: agm., s. 5).

²⁶⁰ Latince “licet” teriminden kaynaklanıp “izinli”, “müsaade edilmiş” anlamını taşıyan lisans sözcüğü uluslararası bir anlam kazanmıştır (Özel, Çağlar: Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002, s. 42).

²⁶¹ Yüksel: age., s. 89.

²⁶² Lisans hakkının bir sözleşme ile kararlaştırıldığı hallerde bu işlemin geçerliliği yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur. Yazılı şekil şartı, ispat şartı değil geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir; Poroy/Yasaman: age., s.442; Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 432.

²⁶³ Özdemir Oktay, Saibe: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri Ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s. 135; Karayalçın: (İşletme) age., s. 334.

Marka lisansını alan, bu andan itibaren markanın uygun kullanımını yapmak zorundadır. Çünkü markanın ayırt edici ya da mal veya hizmetin menşeyini belirtme fonksiyonu ancak bu şekilde oluşur. Özellikle marka lisansı inhisari olarak tanınmışsa ve lisans veren de markayı kullanmamakta ise kullanma borcu daha da yoğun olarak vardır²⁶⁴. Markanın lisans sahibi tarafından ayırt etme gücünü bozmaksızın farklı kullanımı, hakkı devam ettirici kullanım için yeterlidir²⁶⁵.

Buradaki sorun şu noktada ortaya çıkmaktadır: İnhisari lisansta marka sahibi, kullanma hakkını saklı tutmadıkça, kendisi dahi markayı kullanmamaktadır. Bu durumda lisans alan markayı kesintisiz olarak 5 yıl kullanmadığı takdirde kullanma yüklenişinin yerine getirilmemesi nedeniyle marka, iptal yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Bizim de katıldığımız doktrindeki hakim görüşüne göre²⁶⁶, marka sahibi, üçüncü bir kişiye markasının tekeli kullanım hakkını tanısa bile bu hakkını elinde tutar. Marka sahibi kullanma hakkını saklı tutmamasına rağmen kullanmama nedeniyle iptal tehlikesi ile karşı karşıya kalan markasının sicilden terkinini önlemek için lisans sözleşmesini, BK. m. 535/7 uyarınca haklı sebeplerle fesih ederek markayı kullanmalıdır. Aksi takdirde marka sahibi üzerine düşen yükümlülüğü tam anlamıyla yapmış olmayacaktır ve söz konusu markanın iptaline, lisans sözleşmesine dayanarak itiraz edemeyecektir. Kanımızca markanın kimin tarafından kullanıldığı önemi yoktur. Lisans alan ile lisans veren marka sahibi arasındaki sözleşme sadece tarafları ilgilendirmektedir. Bu nedenle markanın kullanılmamasından dolayı iptal istemiyle dava açan üçüncü kişi isteminde haklı olup söz konusu sözleşmenin içeriğine hakim olmak durumda değildir. Bu açıklamalardan hareketle marka sahibinin, inhisari olmayan lisans sözleşmelerinde veya kullanma hakkını saklı tuttuğu veya tutmadığı inhisari sözleşmelerde lisans alanın, markayı kullanmamasından kaynaklanan durumu, kendisi markayı kullanmak suretiyle bertaraf edebileceği açıktır. Aksi takdirde markanın, beş yıl aralıksız kullanılmaması sebebiyle iptal yaptırımı ile karşılaşması kaçınılmazdır.

Başka bir sorunda lisans sözleşmesinde lisans alan markayı beş yıl boyunca kullanmadığı takdirde-marka sahibinin de bu durumu engellemek için markayı kullanması söz konusu olmamış ise- lisans alanın, marka sahibine 556 sayılı KHK. m 14' e aykırılık

²⁶⁴ Özdemir: age., s. 142 vd.; Özel, Çağlar: Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002, s. 207 vd.

²⁶⁵ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 257, dpn. 139.

²⁶⁶ Yüksel: age., s. 90; Ortaç, Ali Necip: Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979, s. 247vd; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 260-261; Yasaman/Yüksel: age., s. 650; Gözlükaya: agt., s. 62.

nedeniyle markanın sicilden terkinin için dava açıp açamayacağı noktasındadır. Bu durumda, yukarıda da açıkladığımız gibi, marka sahibi markayı kullanmaya başlayarak markanın iptali tehlikesini bertaraf edebilecektir. Aksi takdirde lisans alanında herkese gibi, marka sahibine karşı 556 sayılı KHK. m. 42/1 (c) uyarınca, lisans sözleşmesine konu olan tescilli markanın, kullanmama nedeniyle iptali istemiyle dava açma hakkı vardır. Ancak buradaki tartışma konusu olan bir diğer husus BK. hükümlerine göre çözümlenmelidir. Kanımızca lisans veren marka sahibi her ne kadar 556 sayılı KHK. uyarınca markasının iptaline engel olamaz ise de BK.' nun ilgili düzenlemeleri uyarınca lisans alanın sözleşmeye aykırı davranarak üstlendiği borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle lisans alana tazminat davası açabilmelidir.

Bir diğer sorun ise lisans sözleşmesinin izinsiz şekilde genişletilmesi hususudur. Marka sahibi, marka ve markanın ifade ettiği değerlerle tüketiciyi etkilemeye çalışmaktadır. Dolayısıyla, markasını korumak için, ürünün kalitesini ve tüketicinin ilgisini çeken değerleri kontrol etmeli, lisans sahibinin bu unsurları değiştirmesine belirli şartlar dahilinde kısıtlamalar getirmelidir²⁶⁷. Böylece, tescilli bir markanın, lisans alan tarafından marka hakkı sahibinin rızası hilafına marka hakkına tecavüz suretiyle kullanılması ya da markanın tescilli olduğu mallar veya hizmetler dışında kullanılması, markanın kullanıldığı anlamına gelmeyecektir²⁶⁸.

İçinde marka lisansı sözleşmesine ilişkin kullanma unsurunu barındıran bir franchising²⁶⁹ sözleşmesine dayanarak markayı kullanan üçüncü kişi de marka sahibinin izniyle hareket etmektedir. Franchise sözleşmesinde franchise veren, çoğunlukla tanınmış bir markaya sahiptir ve söz konusu markanın kullanımını, bu sözleşme ile franchise alana bırakmayı taahhüt eder²⁷⁰. Franchising sözleşmesi ile marka sahibi, franchise alan tarafından markanın kullanılmasına izin verir. Böylece marka sahibi, markaya ilişkin

²⁶⁷ Sumroy, Rob/Badger, Carina; Markanın Esas Fonksiyonu Yönünden Yasa Dışı Kullanımının İncelenmesi, FMR 2007/3, s.76.

²⁶⁸ Kaya: agt., s. 197.

²⁶⁹ Franchise sözleşmesinde, franchise veren, ücret karşılığında, bir başka tacire (franchise alana), ürettiği mal ve hizmetlerin sürekli şekilde dağıtımını ve pazarlanması hususunda imtiyaz tanır (Arkan: (İşletme) age., s.191).

²⁷⁰ Lisans sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen franchise sözleşmesine uygulanır (Arvâsi, Zerrin: Franchise Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Ankara 2000, s.144).

münhasıran kullanma hakkı ve sahip olduğu tecavüzü önleme davası açma hakkından franchise alan lehine vazgeçer²⁷¹.

Belirtmek gerekir ki, 556 sayılı KHK. m. 14/2 (c) bendinden farklı olarak, TRİPs Anlaşması' nın 19/2' de markanın, marka sahibinin “izniyle” yerine marka sahibinin “kontrolü altında” bir başka kişi tarafından kullanılmasından söz edilmektedir. Sert' in görüşüne göre²⁷² marka sahibinin “izni” ile “kontrolü altında” deyimleri arasında çok büyük farklılık yoktur. Çünkü marka sahibinin izninde de, kontrolünde de marka sahibi ile üçüncü bir kişi arasında yapılan bir sözleşme olmalıdır ve yapılan sözleşme ile üçüncü kişinin markanın kullanımı şartları düzenlenmelidir. Yoksa sözleşme olmaksızın yapılan bir kullanım söz konusu değildir. Bu nedenle marka sahibinin izniyle, marka sahibinin kontrolü dahilinde bir kullanım gerçekleşmelidir. Bizim de katıldığımız Dirikkan' ın görüşüne göre ise²⁷³, marka sahibinin “izni” yerine “kontrolü altında” üçüncü kişi tarafından kullanılması terimi, amaca daha uygundur. Zira, marka sahibi ile markanın kullanılmasına izin verilen üçüncü kişi arasında bir ihtilaf çıktığı takdirde –markanın üçüncü kişi tarafından hiç kullanılmaması veya m. 14 anlamında gereği gibi kullanılmaması- marka sahibi, bu durumu kontrol ediyor olmalı, bir başka deyişle yukarıda da anlattığımız gibi markanın, kullanılmama nedeniyle iptal yaptırımı ile karşılaşmaması için marka sahibi markayı kullanmaya başlamalıdır.

4- Markayı Taşıyan Malların İthalatta Kullanılması

556 sayılı KHK. m. 14/2 (d) gereğince “*markalı malın, marka sahibinin kendisi veya onun izniyle üçüncü kişi tarafından Türkiye' ye ithali*” de markanın kullanılması sayılır²⁷⁴.

Marka hukuku anlamında kullanım yüklenmesinin yerine getirilmiş sayılabilmesi için ithal edilen malların miktarının ciddi kullanım kriterine uygun kapsamda olması gerekir.

²⁷¹ Arvâsi: agm., s. 144.

²⁷² Sert: age., s. 72.

²⁷³ Dirikkan: (Külfet) agm., s.257-258.

²⁷⁴ 89/104 sayılı Yönerge' nin 10/2. maddesinde benzer bir istisnadan hiç söz edilmemiştir. Ayrıca Paris Sözleşmesi, TRİPs Anlaşması, AB, Alman, İsviçre, İtalya marka mevzuatında da bu tür kullanımdan açıkça söz edilmemektedir. Dirikkan' a göre buna gerek de yoktur. Zira, markalı malın pazara gireceğinden, markanın doğru şekilde sahipliği veya üçüncü kişi tarafından kullanımı söz konusu olmaktadır. AB' ne üye devletler açısından marka tescilinden doğan hakların tüketilmesine ilişkin hükümler uygulanabildiği sürece, markalı malın üçüncü kişiler tarafından, marka sahibinin iznine gerek dahi olmaksızın, ithalinin markanın ülke içinde kullanılması anlamına geleceği unutulmamalıdır. (Dirikkan: (Külfet) agm., s. 258, dnp. 143).

Dirikkan ve Ansay' a göre²⁷⁵, marka sahibinin malları Türkiye' den transit geçtiği takdirde, mal ülke iç pazarına girmemekle birlikte, kullanma yüklenmesinin yerine getirildiği kabul edilmelidir. Zira bu durumda malın, markalı olarak hem Türkiye' ye ithali (556 sayılı KHK. m.14/2 (d)), hem Türkiye' den ihracı (556 sayılı KHK. m.14/2 (b)) söz konusudur.

Yasaman/Yüksel' e göre ise²⁷⁶, ithalat, yurt içinde kullanımın gerçekleşebilmesi için geçilmesi gereken bir aşama olduğu için, yurt içinde kullanım için aranılan şartların geçerliliğini koruduğu şüpheden uzaktır. Transit geçen malların, yürürlükteki hukuk bakımından, Türkiye' ye ithalinden ve sonrasında ihracından bahsedilemez.

Sert' e göre²⁷⁷, transit geçen mallar yurt içinde kullanılmamaktadır. Ayrıca transit mallar ciddi kullanımın şartlarını da taşımadığından transit mallar açısından ciddi kullanım da yoktur. Bu iki şartı da yerine getirmeyen bir marka ise kullanılmıyor demektir.

Bizimde katıldığımız Kargın' ın görüşüne göre²⁷⁸, hiçbir yabancı kaynakta benzer bir istisnadan söz edilmemişken 556 sayılı KHK.' ye bu hükmün konulmasının gerekçesi, ülke dışından ithal edilecek mal ya da hizmetlere ilişkin yabancı markalara hakkaniyete uygun bir himaye sağlamak olabilir. Zira bir başka ülkeden ithal edilecek malların piyasaya sunulabilmesi ve markanın aktif olarak piyasada kullanılabilir hale gelmesi, oldukça uzun hazırlıkları gerektirebilir. Böyle bir hükmi çözüme gidilmiş olması, bu esnada yabancı markaya bir hak kaybı yaşatmamak adına olabilir. Aynı şekilde, yabancı marka olmamakla beraber, Türkiye' de üretim imkanı bulunmayan, ancak yurt dışında üretilen malların, yerli firmalar tarafından ülkeye sokulması durumunda da olası bir hak kaybının önüne geçilebilecektir. Tüm bu hallerde markanın somut kullanımının Türkiye' de başlamamış olmasına rağmen bir koruma sağlanıldığına dikkat etmek gerekir.

5- Markanın İnternette Kullanılması

Markanın internette kullanılması 556 sayılı KHK.' de kullanma sayılan haller içerisinde yer almamasına rağmen; gelişen teknoloji ile beraber internetin bugün dünyada en yaygın uluslararası iletişim ağı olması ve bu ağ aracılığıyla her türlü bilgiye çok kolay

²⁷⁵ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 259; Ansay, Tuğrul: Yabancı Markaların Türkiye' de Himayesi (Bir Yargıtay Kararı Dolayısıyla), Batider 1963, C. II, S. 2, s. 274.

²⁷⁶ Yasaman/Yüksel: age., s. 642.

²⁷⁷ Sert: age., s. 74.

²⁷⁸ Kargın: agm., s. 4.

ulaşmanın ve bu bilgilerden en etkin biçimde yararlanmanın mümkün olması nedeni ile internette marka kullanımı yaygınlaşmaktadır.

Markanın internette kullanılması, “alan adı²⁷⁹” kısmına marka sahibinin markasını koydurarak söz konusu markasının hizmetini sunması ile gerçekleşmektedir.

İnternette kullanım yüklenişinin yerine getirilebilmesine ilişkin olarak WIPO tarafından 1999 yılında yapılan bir araştırmaya göre, bazı ülkeler sadece web sayfasında reklam verilmesinin yeterli olduğunu, bazı ülkeler ise markanın ciddi biçimde kullanılması ile anlaşılması gerekenin reklamla beraber satışın gerçekleşmesi şartının da aranması gerektiğini belirtmiştir²⁸⁰.

Markanın kullanım yüklenişinin internet üzerinden yerine getirilebilmesine ilişkin olarak Sert’ in görüşüne göre ise²⁸¹, internet üzerinden sadece satışın veya reklâmın yapılması yeterli değildir. Yazara göre, bir kişi Türkiye’ den Fransa’ daki bir internet sitesine girerek o sitedeki markalı ürünü sipariş ettiğinde o ürünün Türkiye’ye gelmesi, ürünün Türkiye’ de satıldığı veya reklâmının yapıldığı anlamına gelmez. Bunun nedenini ise, ülkemizde 556 sayılı KHK.’ de kullanım yüklenişinin yerine getirilmiş kabul edilebilmesi için, markanın ciddi biçimde, sicilde kayıtlı olduğu mal veya hizmetler için ve işlevine uygun kullanılması gibi şartlar aranmasına bağlamaktadır. Yazara göre bir markayı taşıyan mal için sadece internette reklâmının yapılması ve o ülkede o malın satışının yapılması yeterli değildir. Markayı taşıyan mallar için o ülkede bir dağıtım ve pazarlama ağının ya da o malın satışının gerçekleştirildiği bir mağaza veya o işletmeye ait bir şubenin de malın sipariş edildiği ülkede bulunması gerekir.

Kanımızca internet üzerinden kullanım yüklenişinin yerine getirilebilmesi için markayı taşıyan malların veya hizmetin sunulduğu ülkede bir işletme veya o işletmeye ait bir şubenin bulunması şartını aramak yerinde değildir. Çünkü internette kullanım ile sağlanmak istenen gelişen teknolojinin nimetlerinden yararlanmak ve marka sahibinin kullanım yüklenişini yerine getirmesini zorlaştırmamaktır. Marka sahibi markasını internet üzerinden yaptığı reklâm ve satış ile kullanım yüklenişini yerine getirmektedir. Aksini kabul ve işletmeye ait fiziki bir mağazanın bulunması şartının aranması, internet üzerinden markanın kullanımını kabul etmenin anlamını yitirmesine neden olacaktır. Ancak söz

²⁷⁹ Alan adı, “http://www.” ibaresinden sonraki “.” ile bir sonraki “.” arasında yer alacak ibaredir. Hizmeti sunacak marka sahibi bu kısma markasını koydurmak suretiyle markasını kullanabilir (Yalçiner: age., s. 83-84.

²⁸⁰ Kur, Annette: Use Of Trademarks On The Internet – WIPO Recommendations, IIC Vol. 33, S. 1, 2002, s.42.

²⁸¹ Sert: age., s. 80.

konusu marka internet üzerinden kullanılsa dahi markanın bütün işlevlerini yerine getirecek şekilde ve ciddi biçimde kullanılması gerektiği kuşkusuzdur.

D) Marka Türlerine Göre Kullanım Yüklentisi

AB marka mevzuatı son yıllarda birçok yeni marka çeşidinin de korunmasına hukuki zemin hazırlamıştır. Bu ise hem Topluluk' a mensup ülke hem de Topluluk nezdindeki ortak yetkili makamlarda birçok yeni marka çeşidinin tescil taleplerini beraberinde getirmiştir. Ancak yeni marka çeşitlerinin hukuken korunmasıyla ilgili birçok sorun çözümlenememiştir ve hala tartışılmaya devam edilmektedir. Yeni marka çeşitlerinin kullanılması konusunda kapı ilk kez Topluluk' un 89/104 sayılı Yönergesi ile aralanmıştır. Örneğin Yönerge' nin m.4/g' ye göre notaya dökülebilen bir ezgi, formüle edilebilen bir koku, üç boyutlu biçimler bile marka olarak kullanılabilir. Ayrıca Yönerge' nin 2. maddesine göre, çizimle görüntülenebilme şartıyla her türlü işaret marka olarak tanınacaktır²⁸².

1- Ticaret Markası Açısından Kullanım Yüklentisi

Ticaret markasını kullanma yetkisi sadece üreticiye ait değildir. Aynı zamanda bir satış mağazası üreticiye verdiği siparişi kendi markası ile ürettirerek, üreticisi olmadığı bir malı kendi markası ile satışa sunabilir²⁸³.

Ticari yaşamda mallar üzerinde, sadece ona nihai şeklini veren işletmenin değil, temel maddeyi üreten işletmenin markasının da yer aldığı görülmektedir. Bu yolla, üretilen mallarda kullanılmış olan temel madde de marka yardımıyla ferdileştirilmiş olmaktadır. Bu tür markalar da ticaret markası kapsamındadır²⁸⁴. Bu durumda mala nihai şeklini veren ile temel maddeyi üreten işletmelerin markalarının mal üzerine konulması ile kullanım yüklentisi yerine getirilmiş sayılacaktır.

Ticari markaları, elle ya da makine ile üretebilen malların veya ambalajlarının üzerine, üreticisinin veya üreticisinin aldığı sipariş üzerine üçüncü şahısların markasını koyması suretiyle kullanılmış kabul edilirler²⁸⁵. Bunun yanı sıra ticaret markasının elle ya da makineyle üretilmesi şart olmadığından sebze ve meyve gibi doğal ürünler dahi

²⁸² Bilgili: agm., s. 219-220.

²⁸³ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 347.

²⁸⁴ Arkan: (Marka I) age., s. 43.

²⁸⁵ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 347.

markalanabilir. Bu şartların gerçekleşmesi halinde ticaret markası kullanılmış kabul edilmektedir ve böylece kullanma yükümlülüğü yerine getirilmiş olur.

2- Hizmet Markası Açısından Kullanım Yükümlülüğü

Hizmet markalarında, markanın kullanım yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için markanın, malın veya ambalajının üzerinde bulunması mümkün olmadığından, işletmenin iş evrakında (faturalar, fiyat listeleri), reklâmlarda (kataloglar, reklâm afişleri, ilanlar), serviste kullanılan motorlu taşıt araçları veya çalışanların giysilerinde kullanımı yeterlidir. Zira bu durum hizmet ediminin doğasından kaynaklanmaktadır. Buna göre örneğin bir sigorta şirketi, banka, temizlik ve taşıma işletmelerinin markaları, bu işletmeyi tanıtıcı biçimde maddi bir nesne üzerine konularak kullanılabilir²⁸⁶.

Dolayısıyla kanımızca hizmet markalarının kullanımı açısından marka ile hizmet arasında düşünsel bağlantı kurulmasını sağlayan her türlü kullanım marka hukukuna özgü kullanım olarak kabul edilecektir. Önemli olan marka olarak tescil edilen işaretin, kullanıldığı hizmetle bağlantılı olarak ve diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt ediciliği sağlayacak şekilde kullanılmasıdır. Bu şekilde markanın kullanılma yükümlülüğü yerine getirilmiş olacaktır.

3- Bireysel (Ferdî) Marka Açısından Kullanım Yükümlülüğü

Bireysel markalarda kullanım şartının gerçekleşebilmesi için; markanın bir gerçek veya tüzel kişi tarafından yani, marka sahibi tarafından kullanılması gerekir. Bireysel markanın kullanılması; marka sahibi olan bir kişi tarafından olabileceği gibi iştirak veya müşterek mülkiyet durumunda birden çok kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Müşterek maliklerden birinin markayı malın veya ambalajının üzerinde ve bu biçimiyle ticaret hayatına sunması ile kullanım yükümlülüğü yerine getirilmiş kabul edilir²⁸⁷. Zira iki müşterek marka sahibi de markayı kullanmıyorsa marka iptal yaptırımıyla karşılaşmaktadır.

Kanımızca müşterek maliklerden biri markayı kullanmıyorsa markayı kullanan malik diğerine karşı dava açıp o malik açısından markanın sicilden terkinini istemek suretiyle müşterek mülkiyetin sonlandırılmasını ve marka hakkından elde ettikleri ortak

²⁸⁶ Arkan: (İşletme) age., s.270; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 240.

²⁸⁷ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 348.

gelirin tümünün -diğer malikin marka sahipliğinin sona ermesi sebebiyle- kendisine verilmesini talep edebilir.

4- Garanti Markası Açısından Kullanım Yükümlülüğü

556 sayılı KHK.'nin 54/2. maddesinde düzenlendiği üzere; garanti markası, markanın sahibi tarafından kullanılamaz. Bu hüküm, kişinin kendi kendini kontrol etme durumunda bırakılmasının güçlülere neden olacağı düşüncesiyle kabul edilmiştir. Garanti markasının, marka sahibine iktisaden bağlı olan bir işletmenin mal ve hizmetlerinde kullanılması da yasaktır. Marka sahibine iktisaden bağlı olan bir işletme ifadesi geniş anlaşılmalıdır. Yani sadece marka sahibinin yönetimine hakim olduğu diğer şirketler değil, marka sahibinden tarafsız bir denetim yapmasının beklenemeyeceği diğer şirketleri de marka sahibine ekonomik olarak bağlı olan işletme olarak değerlendirmemiz gerekmektedir²⁸⁸.

Kanımızca garanti markalarında kullanım yükümlülüğünden ne anlaşılması gerektiği ve beş yıl boyunca kullanılmamanın yaptırımının yani markanın hükümsüzlüğünün nasıl uygulanacağı şu şekilde anlaşılmalıdır: 556 sayılı KHK.'ye göre, garanti markası sahibi markasını bizzat kullanmamaktadır. Markasını kendisi kullanmayan bir marka sahibi açısından da bir kullanım yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir. Buradaki kullanım yükümlülüğü; garanti markası sahibini değil, *garanti markasını kullanan yani, garanti markasının asli sahibi olmayan marka sahibini* bağlar. Başka bir deyişle, marka sahibi markasını bizzat kullanmadığı, sadece garanti markasında belirtilen teknik şartları taşıyan teşebbüslere kullanım hakkını verdiği için garanti markaları açısından, garanti markasının asli sahibi hakkında 556 sayılı KHK.'nin 14. ve 42. maddeleri uygulanmamalıdır. Garanti markasının sahibi, garanti markasını teknik yönetmeliğe aykırı olarak kullanan işletme sahibinden markayı teknik yönetmeliğe uygun kullanmasını isteyebilir. Teknik yönetmeliğe uygun kullanmama 5 yılı aşttıktan sonra markanın asli sahibi veya üçüncü kişiler, markanın kullanılmamasından dolayı iptalini ileri sürebilirler. Sonuç olarak garanti markasının sahibi için bir kullanım yükümlülüğünden bahsetmek abesle iştigalden ileri gitmemektedir; zira garanti markası sahibi markayı kullanamaz, teknik yönetmeliğe uygun olarak kullanmak üzere işletme sahiplerine kullanım hakkını verir. Bu nedenle 556 sayılı KHK.'de düzenlenen kullanım yükümlülüğü, garanti markasını kullanan marka sahiplerini

²⁸⁸ Arkan: (Marka I) age., s. 48.

bağlamamalıdır. Burada garanti markası sahibine düşen yükümlülük ise, markasının teknik yönetmeliğe uygun kullanılıp kullanılmadığını denetleme ve aykırı kullanılıyorsa yönetmeliğe uygun kullanılmasını istemektir. Bu sebeple markasının, o marka sahibi tarafından kullanılma yükümlüsünün yerine getirilmediği iddiasıyla üçüncü kişiler gibi iptalini talep edebilmelidir.

5- Ortak Marka Açısından Kullanım Yükümlüsü

Ortak markanın, 556 sayılı KHK. m. 14 anlamında kullanma yükümlüsünün yerine getirilebilmesi için markayı kullanmaya yetkili kişilerden sadece biri tarafından kullanılmasının yeterli sayılıp sayılmayacağı 556 sayılı KHK.' de gösterilmemiştir.

Ancak Dirikkan' a²⁸⁹ göre ortak markanın, sahiplerinden biri tarafından kullanılması yeterlidir. Buna göre, söz konusu marka sahiplerinden bir ya da birkaçı markayı aralıksız beş yıl kullanmadığı takdirde, diğer marka sahipleri kullandığı sürece bu marka iptal edilemez. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre burada sadece kullanmayan kişiler açısından markanın iptali düşünülebilirse de, bunun pratik açıdan iptal talebinde bulunan kişiye ne gibi bir yarar sağlayacağı ve hukuki menfaat doğuracağı tartışılabilir. Zira marka diğer ortaklarca kullanılmaya devam edilmekte ve bu nedenle iptal yaptırımıyla karşılaşmamaktadır. Ancak ortak marka sahiplerinden hiçbiri markayı kullanmıyorsa o zaman, 556 sayılı KHK. m.42/1 (c) uyarınca kullanılmayan markanın iptalinin talep edilerek sicilden terkin edilebileceği şüphesizdir.

Bunun yanı sıra kanımızca ortak marka sahiplerinden biri, markayı kullanmayan ortağa kullanmama sebebi ile dava açarak onun açısından markanın iptal edilmesini sağlayabilmelidir. Böylece hem markanın itibarını ve tanınmışlığını hem de pazarda markadan sağlanacak olan menfaatleri korumuş olacağından, kullanma yükümlüsünü yerine getirmeyen ortağa karşı açmış olduğu kullanmama sebebi ile iptal davası neticesinde hukuki yararı doğacaktır.

²⁸⁹ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 241, dpn. 78.

6- Koruyucu Marka Açısından Kullanım Yüklentisi

Koruyucu markanın fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için, yeteri kadar kullanılması gerekir; aksi halde 556 sayılı KHK. m. 42 hükmünce iptal müeyyidesi ile karşılaşılabilir²⁹⁰.

Bir kimsenin bir markayı kullanma niyeti olmaksızın, sadece markasını korumak amacıyla tescil ettirmesi durumunda o tescilin baştan itibaren geçersiz olduğunu savunan görüşler vardır²⁹¹. Gerçekten de fiilen kullanılmayan, kullanım gayesi hedeflenmemiş koruyucu markalar, marka korumasından haksız olarak yararlanmaya sebep olduğu için tescili yersizdir. Türünün ne olduğuna bakılmaksızın koruyucu markalar da diğer markalar gibi beş yıl kullanılmama sebebi ile iptal müeyyidesi ile karşı karşıya kalmaktadır.

Türk hukuk sistemi açısından yukarıda da anlattığımız üzere, koruyucu markaların da ne amaçla tescil edildiğinin tespiti zordur; ayrıca kötü niyetli bir tescilin varlığı halinde buna bağlanan yaptırımlarda söz konusu değildir. Bu sebeple, beş yıl boyunca kullanılmayan koruyucu markaların, tescilli markanın kullanılma yüklenmesine uymamanın yaptırımı olarak ancak beş yıllık aralıksız kullanmama durumunun gerçekleşmesi halinde iptali istenebilecektir ve ciddi bir kullanım olmadığı takdirde koruyucu markanın iptal yaptırımı ile karşılaşacağı kesindir.

7- Tedbir Markası Açısından Kullanım Yüklentisi

Tedbir markasının hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşmaması için tescilinden itibaren beş yıl içinde ciddi bir biçimde kullanılma yüklenmesinin yerine getirilmesi gerekir²⁹².

Koruyucu markalar gibi tedbir markalarının da ne amaçla tescil edildiklerinin tespit edilmesi oldukça güçtür. Uygulamada tedbir markaları ile koruyucu markaların teorik olarak ayrılması güçlüğü, yani bir markanın hiç kullanılmayacağı veya ileride kullanılacağına tespiti zordur. Burada kötü niyetli tescil ile kullanma niyeti var olan tescilin saptanması ve ona göre yaptırıma bağlanması gerekmektedir²⁹³. Tedbir markaları

²⁹⁰ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 347; Yasaman/Yüksel: age., s. 643.

²⁹¹ Karayalçın: (İşletme) age., s. 415-416; Arkan: (Marka I) age., s. 59; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 230.

²⁹² Yasaman/Yüksel: age., s. 644-645.

²⁹³ Yasaman/Yüksel: age., s. 645.

da beş yıl boyunca kullanılmazsa iptal edilebilir. Ancak iptal edilinceye kadar geçerli olarak tescil edilmiş bir markanın hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

8- Merchandising Markası Açısından Kullanım Yüklentisi

Markayı kullanma yüklentisinin 556 sayılı KHK.' de düzenlenmesinin amacı; asli işlevlerini yani ayırt ediciliği sağlamayan markaların sicilden terkin edilmesini sağlayarak markaların kullanıma açılmasını sağlamaktır. Ayırt edicilik, merchandising markalarının bir özelliği değildir. Merchandising markalarının tescil ediliş amacı; asli markanın yanında; bir taraftan o ürünün satışını desteklemek, diğer taraftan ayırt edicilik kazanmayan mallara o markanın konularak, marka sahibinin itibarının paraya çevrilmesi yoluyla ek gelir sağlanması amaçlanmaktadır. Markaların en önemli fonksiyonlarından olan garanti etme fonksiyonu, merchandising markalarında o markanın taşındığı tüm mal ve hizmetlerin asıl markadaki kalitenin garanti edilmesi şeklinde kendini gösterir. Merchandising markaları malın menşeyini göstermemekte, sadece malın diğer işletmeler tarafından üretilen mallardan ayırt edilmesini sağlamaktadır. Yani ayırt edicilik kendini lisanslamada göstermektedir. Marka sahibi markanın başka bir ürünle beraber kullanılmasıyla o üründen menfaat elde etmektedir. Tüketici merchandising markalarını diğer mallardan bu şekilde ayırt edebilmektedir. Böylece merchandising markası kullanılan ürünler işletmenin aynı nitelikteki mal ve hizmetlerinden ayırt edilmiş olmaktadır²⁹⁴.

Daha öncede belirttiğimiz gibi kullanmanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda belirleyici olan toplum olduğundan, toplum bu malları ayırt edebildiği müddetçe ayırt ediciliğin sağlandığı kabul edilmelidir.

9- Renk Markası Açısından Kullanım Yüklentisi

Soyut rengin marka olarak kullanılma yüklentisine ilişkin olarak ne 556 sayılı KHK.' de ne de 89/104 sayılı Yönerge' de bir hüküm mevcuttur. TRİPs Anlaşması' nın 15. maddesinde, sadece renk kombinasyonlarının marka olarak tescil edilebileceği hükme bağlanmıştır. Münferit renklerle ilgili olarak ise TRİPs m. 15/1 c.3'e göre "*işaretlerin ilgili mal ve hizmetler bakımından ayırt edici özelliğe sahip olmadığı durumlarda tescil edilebilirliği, kullanma ile kazanılan ayırt edicilik şartına bağlanabildiğinden, münferit renkler kullanma ile ayırt edicilik gücüne sahip oldukları zaman tescil edilebilecektir.*".

²⁹⁴ Sert: age., s. 59.

Kanımızca, renk markalarına ilişkin kullanma yüklenmesinin yerine getirilmiş sayılabilmesi için tescil edilen renk markasının nasıl tescil edildiğine bakmak gerekmektedir. Şayet tescilli renk markası eğer soyut olarak, yani herhangi bir şekil ile birlikte olmaksızın tescil edilmişse, artık bunun farklı şekilde kullanılması mümkün olamaz. Zira bu renk tescil edildiği emtia veya hizmetle ve bunun menşei olan işletme ile özdeşleşmiştir. Farklı tonlarda kullanılması bile toplum tarafından söz konusu markanın farklı bir marka olduğu kanısını uyandırabilir. Şayet renk markaları bir şekil ile birlikte tescil olunmuşsa, bu durumda söz konusu markada hangisinin hakim unsur olduğuna bakmak gerekir. Eğer renk unsuru hakim ise bu durumda kullanma yüklenmesinin yerine getirilmiş sayılabilmesi için renk unsurunun olduğu gibi yani değiştirilmeden kullanılması gerekir. Eğer renk unsuru esas unsur değilse örneğin, kırmızı rengin yerine pembenin kullanılması halinde toplum yine de aynı marka ile karşı karşıya olduğu sonucuna varacak ise, 556 sayılı KHK. m. 14 anlamında kullanım yüklenmesinin yerine getirildiği kabul edilmelidir. Şayet sadece renk kombinasyonlarından oluşan bir marka söz konusu ise bu durumda renklerden bir kısmının kullanılmaması durumunda toplum söz konusu değişikliği farklı bir marka olarak algılıyor ise bu durumda kullanma yüklenmesinin yerine getirilmediği kabul edilmelidir. Buradan hareketle iki veya üç renkten meydana gelen bir markada tüm renklerin bir arada kullanılması gerektiği şüphesizdir. Tescilli bir markada yer alan renk unsurunun ayırt edici karakterinin değiştirilerek kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilirken, bu markanın kullanım yeri ve şeklini de göz önüne almak gerekir. Örneğin işletmenin evrakında veya siyah-beyaz bir dergi veya gazetede yer alan kullanımda renk unsuru göz ardı edilebilecekken, ürünün ambalajında veya kolilerinde ya da tanıtım toplantısında farklı renkte veya bariz farklı tonlarda kullanılması halinde kullanım yüklenmesi yerine getirilmemiş olacaktır.

10- Ses Markası Açısından Kullanım Yüklenmesi

Ses markalarının kullanım yüklenmesinin yerine getirilmesi bizim de katıldığımız Şenocak ve Çağlar' ın görüşüne göre²⁹⁵, sesin ancak kaset, CD veya diskette yer alması şeklinde gerçekleştirilebilir. Ses markalarında sadece akustik olarak algılanabilir kullanım, kullanma yüklenmesinin yerine getirilmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla, ses markasının reklâmlarda nota yazısıyla kullanımında marka hukukuna özgü kullanım yerine getirilmemiş olur.

²⁹⁵ Şenocak: agm., s. 127; Çağlar: agm., s. 23.

Konuyu biraz daha açacak olursak şu şekilde ifade edebiliriz: Ses ve melodiler notaya dökülerek yazılabileceğini ve bu şekilde tescil edilebileceğini belirtmiştik. Ancak ses markasının tescili için zorunlu olan notaya dökülme unsuru, ses markasının kullanım yüklenişinin yerine getirilmesini sağlamayacaktır. Zira ses markalarından da diğer markalardan olduğu gibi, markanın kullanıldığı mal veya hizmetin diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması işlevi beklenmektedir. Bu unsur ise ses markalarının notaya dökülmesi ile yerine getirilemez. Zira ses markasının hitap ettiği kitlenin, notalar üzerinden o melodiyi algılaması güç olabilir. Ses bandındaki ifade notalara aynen aktarılmayabilir. Notalara, melodinin metin kısmını seslendiren şivenin, ses renginin veya müzikal parametrelerin yansıtılması zor olacağı için, nota ve sonogramla ifadenin yanı sıra diskete, kasete veya CD'ye kaydedilmiş olan sesin de marka tescili ile beraber verilmesi ve reklamlarda veya markanın tanıtılması için yapılan işlemlerde ses markasının tescil edildiği ezginin çalınması gerekmektedir. Zira ses markalarından beklenen daha kolay akılda kalıcı ifadelerdir ve markanın hitap ettiği kitle söz konusu markayı ancak ezgisi ile birlikte duyduğunda tanıyabilmektedir. Başka bir deyişle notaya dökülerek ses markasının kullanılması tüketiciler tarafından algılanması zor olduğundan markadan beklenen işlevler yerine getirilememiş olacaktır. Buna paralel olarak söz konusu ses markası açısından markanın kullanım yüklenişisi de yerine getirilemeyecektir.

11- Koku Markası Açısından Kullanım Yüklenişisi

Kokuların da ayırt edici özelliklerinin olması koşuluyla tescil edilebileceğini belirtmiştik. Koku markaları bir teşebbüsün mallarını diğer teşebbüslerin markalarından koku duyusuyla ayırt etmeyi sağlayan markalardır. Buradaki sorun tescil edilmiş koku markasının kullanım yüklenişisinin nasıl yerine getirileceğindedir. Tescil edilirken kimyasal formülle veya grafikte ifade edilen koku markasının 556 sayılı KHK. m. 14 anlamında kullanım yüklenişisinin yerine getirilebilmesi için söz konusu markanın işlevlerini yerine getirecek şekilde kullanılması gerekmektedir. Bu ise tescil edilen koku markasının hitap ettiği toplum tarafından soyut da olsa algılanabilmesi ile sağlanmaktadır.

12- Üç Boyutlu Marka Açısından Kullanım Yüklenişisi

Üç boyutlu markalarda marka hukukuna özgü kullanım, şayet üç boyutlu marka malın ambalajı ise söz konusu ambalajın, şayet malın kendisi ise söz konusu malın sicilde tescil edildiği şekilde kullanılmasıyla gerçekleşmiş olur. Bu şekilde gerçekleştirilen

kullanım sayesinde 556 sayılı KHK. m. 14 anlamında kullanım yükletisi yerine getirilmiş olacaktır.

Üç boyutlu olarak tescil edilmiş markalar da iki boyutlu kullanım, markanın kullanılması olarak kabul edilemez. Buna karşılık iki boyutlu bir şekil markasının üç boyutlu olarak kullanılması ise markanın kullanılması olarak kabul edilmelidir

Üç boyutlu markalar, marka sahibi tarafından kullanılıyorsa kullanım yükletisini yerine getirecek olan marka sahibidir; ancak marka lisans sözleşmesi veya başka bir sebeple üçüncü bir kişiye devredilmişse kullanım yükletisini yerine getirecek olan üçüncü kişi olacaktır.

13- Tanınmış Marka Açısından Kullanım Yükletisi

“Tanınmış marka” kavramındaki tanınmışlık düzeyinin ne olması gerektiği hususuna Paris Sözleşmesi’ nin 1. mükerrer 6. maddesinde, “*söz konusu ülkede herkesçe bilindiği mütalaa edilen bir marka*”, TRİPs Anlaşması m. 16/II’ de Paris Sözleşmesi’ nin bu maddesine istinaden “*üyeler bir markanın tanınmış olup olmadığını tespit ederken, markanın promosyonu sonucunda kazanılan herkesçe bilinme durumu*” ve nihayet 556 sayılı KHK. m. 8/IV’ de “*markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi*” ifadelerine yer verilerek açıklık getirilmeye çalışılmıştır²⁹⁶. Ancak bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere tanınmış olduğu kabul edilen bir markanın kullanılma yükletisine ilişkin olarak açık bir ifade bulunmamaktadır.

Kanımızca tanınmış markanın kullanılma yükletisi iki bakımdan incelenebilir:

i) Tanınmış Markanın, Tanınmışlığına Konu Olan Mal Ve Hizmetlerden Başka Tescil Edildiği Mal Ve Hizmetlere İlişkin Kullanma Yükletisi

Marka sahibi, markasının aynı veya benzeri olan bir işaretin, markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerden başka mal veya hizmetlerde kullanılmasını, tescilli markanın itibarı dolayısıyla kullanana haksız avantaj sağlıyor veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar veriyorsa, önleyebilir²⁹⁷. Bu hale haksız yararlanma veya şöhreti sömürme

²⁹⁶ Karahan: (Marufiyet) agm., s. 17.

²⁹⁷ TRİPs Anlaşması m. 16/3’ e göre tanınmış marka, markanın tescil edildiği mal ve hizmetlere *benzemeyen mal ve hizmetler* bakımından da sahibinin izni olmaksızın kullanılamayacaktır. TRİPs Anlaşması uyarınca tanınmış markaların *farklı mal ve hizmetler* için de korunabilmesi, üçüncü kişinin, tanınmış markayı

denebilir. Örneğin, Ampul için tescil edilmiş ve tanınmış marka statüsünde bulunmayan ve ampul emtiasında kullanılan “Arpar” markasını, başkası dondurmada, ısıtılacak pizzada, soğuk sandviçte veya lokantalar ya da marketler zincirinde kullanacak olursa, kural olarak Arpar markasının sahibinin böyle bir kullanmayı önleme yetkisi yoktur. Çünkü ampul ile dondurma veya pizza arasında benzerlik bulunmamaktadır. Ancak tanınmış marka statüsünde bulunan “Arçelik” markası 556 sayılı KHK. anlamında tanınmış bir markadır. Türkiye’ de birçok kişi markaya ve markanın sahibi olan Koç Topluluğuna itimat etmektedir. Arçelik markası, beyaz ve kahverengi eşya denilen eşya sınıfı ile hiç ilgisi bulunmayan bir mal veya hizmet grubu, mesela vernik, motosiklet, kumaş vs. için de kullanılsa üçüncü kişilerde anılan malların da Koç Topluluğuna dahil bir işletmenin (ortaklığın) ürünü olduğu zannı uyandırabilecek ve Arçelik markasını bu şekilde kullanan kişi, Arçelik markasının tanınmışlık düzeyinden yararlanarak haksız bir yarar elde etmiş olacaktır.

Tanınmış marka sahibi, markasını kullandığı mal ve hizmetler dışında farklı mal ve hizmetler içinde tescil ettirmiş olabilir. Bunun nedeni tanınmış markanın, başkaları tarafından kullanımı suretiyle reklâm fonksiyonundan yararlanılarak haksız bir yararın sağlanması ve dolayısıyla markanın itibarının zarara uğramasını önlemektir. Ancak 556 sayılı KHK. m. 14’ e göre markanın, tescil tarihinden itibaren 5 yıl boyunca kullanılmaması veya kullanıma 5 yıl kesintisiz olarak ara verilmesi nedeniyle, kanunda belirtilen ilgili kişilerin, kullanılmayan markaların sicilden terkinini için dava açabilmeleri mümkündür. Söz konusu kullanılmama nedeniyle açılan dava sonucunda markanın iptaline ve sicilden terkinine karar verilebilir. Ancak burada açılan dava sonucunda elde edilecek hukuki yarar tartışmalıdır. Bunun nedeni ise Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. maddesi, TRİPs Anlaşması m.16/2-3 ve 556 sayılı KHK. m. 8/IV uyarınca tanınmış markaların kullanıldığı mal ve hizmetlerin aynı, benzeri veya farklı olan mal ve hizmetlerde kullanılmasının tanınmış marka sahibi tarafından önlenilebilecek olmasıdır. Bu nedenle açılacak kısmi hükümsüzlük davasında, davada menfaat şartı oluşmayacaktır. Çünkü davacının, söz konusu uluslararası anlaşmalar ve 556 sayılı KHK. uyarınca sicilden terkin edilen tanınmış markayı kendi adına tescil ettiremeyeceği açıktır. Kanımızca söz konusu nedenlerden dolayı tanınmış marka sahibinin, markasını korumak için tescil ettirdiği mal

kullandığı mal ve hizmetlerle tanınmış markanın sahibi arasında bir bağlantı olduğunu gösterecek şekilde kullanılması ve tanınmış markanın üçüncü kişi tarafından kullanımının marka sahibine zarar verme olasılığının bulunması şartına bağlıdır.

ve hizmetler bakımından 556 sayılı KHK. m. 14 uyarınca markayı kullanma yükümlenisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir markanın tanınmış marka olarak kabul edilmesi, sahibine tüm mal ve hizmetlerde *markasını kullanma zorunluluğu olmadan*, 556 sayılı KHK. kapsamında koruma sağlamaktadır.

ii) Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Markanın Türkiye’ de Kullanılma Yükümlenisi

Tanınmış markalar açısından önemli bir sorun marka korumasında ülkesellik ilkesi kabul edilmesi ile 556 sayılı KHK. m. 3’ te yer alan elverişli kanunun uygulanması ve 556 sayılı KHK. m. 7/i’ de Paris Sözleşmesi 1.mükerrer 6. maddesine atıf yapılmış olmasıdır. Paris Sözleşmesi’ nin ilgili maddesi ise şöyledir: “*Birlik üyeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından, söz konusu ülkede bu Anlaşmadan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzeri ürünler kullanıldığı herkesçe bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika markasının veya ticaret markasının tescilini gerek ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya, gerekse ilgilinin isteği üzerine ret veya hükümsüz kılmayı taahhüt ederler.*”.

Tekinalp²⁹⁸, Paris Sözleşmesi’ne üye devletlerde tanınan ya da bazılarında bilinen markaları "tanınmış marka" olarak kabul etmektedir ve üye ülkelerde ve Türkiye’ de tanınan bir markanın, ait olduğu mal Türkiye’ de satılmıyor veya hizmet Türkiye’ de arz edilmiyor olsa dahi, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış sayılması gerektiğini savunmuştur. Markanın Türkiye’ de tescilinin ve kullanılmasının gerekli olmadığını ileri sürmüştür.

Arkan²⁹⁹ da aynı fikirde olup, eserlerinde markanın koruma istenilen ülkede o mal veya hizmetle ilgili çevrenin büyük bir kesimince bilinmesinin Paris Sözleşmesi’ nin 6. maddesinin uygulanması için yeterli olacağını savunmaktadır. Tanınmış markanın kullanılma yükümlenisiyle ilişkin olarak ise şu fikirleri ileri sürmüştür: Paris Sözleşmesi kapsamına giren markanın dünya çapında tanınmış marka olmasının gerekmediği gibi, Türkiye’ de de fiilen kullanılmasına gerek olmadığını ileri sürmüştür. Paris Sözleşmesi’

²⁹⁸ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s.383; Tekinalp: (Tescil) agm., s.472.

²⁹⁹ Arkan: (Marka I) age., s. 93; Arkan: Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması, Batider, C. XX, S. 1, s.8.

nin bu hükmü açısından önemli olan hususun, tescilin talep edildiği devletin yetkili makamının markanın tanınmış olduğunu bizzat bilmesinin değil, markanın ilgili çevre içinde tanınmış olduğu hakkında bilgi sahibi olmasının arandığını belirtmiştir.

Ocak' a göre³⁰⁰ ise, tanınmış marka kavramının meydana getirilmesindeki amaç, bu markaların tamamen farklı mal veya hizmetlerde de kullanılmasını yasaklamak ve böylece daha geniş bir koruma imkânı getirmektir. Paris Sözleşmesi anlamında sözü edilen tanınmış markanın Türkiye' de kullanılmış olması gerekmez ise de, Türkiye' de biliniyor olması gerekir.

Taylan' a göre³⁰¹, 556 sayılı KHK.' deki "tanınmış markanın" mutlak red nedeni olabilmesi için Türkiye' de herkes tarafından bilinen bir marka olmalıdır. Yurtdışında tanınan fakat ülkemizde tanınmayan bir marka 556 sayılı KHK. anlamında tanınmış bir marka olarak kabul edilemez. Buna karşılık sadece Türkiye' de tanınan bir marka, anılan bendin koruması altındadır. Türkiye' de tanınan bir marka Paris Sözleşmesi' ne üye ülkelerden birinde korunuyorsa, markayı taşıyan mal veya hizmet Türkiye' de arz edilmemiş olsa dahi bu bentteki korumadan yararlanacaktır.

Camcı' da³⁰² tanınmış marka niteliğinin tespitinde yabancı markanın Türkiye dışındaki tanınmışlığından çok Türkiye içindeki tanınmışlığını esas almak gerektiğini, yabancı marka sahibi firmanın kaybının, Türkiye' deki tanınmışlığı ve satışlarıyla doğru orantılı olduğunu, fakat markanın Türkiye' de bilinmesinin yeterli olduğunu ve Türkiye' de kullanılmış olması şartının aranmaması gerektiğini ifade etmiştir.

Doktrindeki görüşleri de göz önüne alarak vardığımız kanaate göre, tanınmış markanın Türkiye' de korunabilmesi için, Türkiye' de tescil edilmesine ve kullanılmasına gerek yoktur. Bunun için tek şart söz konusu tanınmış markanın Türkiye' de de tanınmış olmasıdır. Yurt dışında tescilli ve Türkiye' de tanınan bir markanın korunabilmesi için 556 sayılı KHK m. 14 anlamında Türkiye' de kullanma yükümlüsünün yerine getirilmesine gerek yoktur. Dolayısıyla Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markanın 556 sayılı KHK. kapsamında korunabilmesi için Türkiye'de kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

³⁰⁰ Ocak, Nazmi: Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 284.

³⁰¹ Taylan: age., s. 39.

³⁰² Camcı, Ömer: Marka Davaları, İstanbul 1999, s. 46-47.

Tanınmış markaların kullanılmasa dahi korunacağına ilişkin bir örnekte İsviçre Kanton Mahkemesi' nin verdiği bir karardır. Söz konusu kararda tam elli yıl önce üretimi durdurulmuş, tanınmış Bugatti otomobil markasının “*kullanılmasa bile korunurluğuna*” hükmedilmiştir. Öyle ki, İsviçre Kanton Mahkemesi, motorlu araçlar için Bugatti markasının, buna ilişkin otomobil üretimi elli yıl önce durdurulmuş olmasına rağmen günümüzde halen tanınmış olduğuna karar vermiştir³⁰³.

IV) KULLANMA YÜKLENTİSİNE UYULMAMASININ YAPTIRIMI

A) Kullanma Yüklenmesine İlişkin Hoşgörü Süresi

Marka sahibi, kural olarak markasını aralıksız kullanmalıdır. Diğer yandan, bu ilkenin çok sıkı biçimde uygulanması adil olmayan sonuçlara yol açabilir. Zira marka sahibi, hiç ara vermeden markasını kullanmaya zorlanamaz. O nedenle ulusal ve uluslararası düzenlemelerde, tescilli markanın belirli bir süre kesintisiz olarak kullanılmamasının, marka hakkının sona ermesine yol açmayacağı kabul edilmiştir. Ancak bu durum daha uzun sürer ve kullanmama için haklı neden de bulunmazsa, marka sahibi markanın iptali yaptırımıyla karşılaşabilir. Öyleyse marka sahibinin markasını aralıksız kullanmasından çok, kullanıma mevzuatta öngörülen hoşgörü süresinden fazla ara vermemesi gereğinden söz etmek daha doğrudur³⁰⁴. Türk marka mevzuatında hoşgörü süresi 5 yıldır. Buna göre, tescille beraber doğan marka hakkının devamı için, markanın tescilden itibaren 5 yıl içinde kullanılması veya kullanım başlamışsa bu kullanıma 5 yıldan fazla ara verilmemesi gerekmektedir (556 sayılı KHK m. 14/1).

Marka ara ara kullanılmışsa, aradaki geçen kullanılmayan süreler birleştirilemez³⁰⁵. Yani, marka kullanılmaya başlanmakla kullanmama nedeniyle işlemeye başlayan beş yıllık süre kesilir. Fakat şüphesiz aradaki kullanımın ciddi bir kullanım olması gerekir. Süreyi kesmek niyetiyle yapılan kullanımlar dikkate alınmayacak ve marka sicilden terkin ettirilecektir. Görüldüğü üzere marka sahibine, markasını ilk kez veya yeniden kullanmaya başlamak suretiyle kullanmama nedeniyle markasının iptali sonucunu engelleme olanağı verilmektedir. Markanın kullanılmaya başlanması ile marka üzerindeki hak, başvuru

³⁰³ Oytaç: age., s.197.

³⁰⁴ Karayalçın, Yaşar: Markaların Aynen ve Aralıksız Kullanılmasıyla İlgili Hükümler, ABD 1976, C. 33, S.6., s. 998.

³⁰⁵ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 247.

anındaki rüçhan hakkı da dahil olmak üzere geriye etkili olarak yeniden kazanılır³⁰⁶. Bu durumda, markayı kullanmaya başlamanın, bu anlamda iyileştirici bir etkisinin bulunduğu söylenebilir.

556 sayılı KHK.'nin 42/1. maddesinin (c) bendi uyarınca marka, beş yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanılmaya başlanmış ise iptal davası açılmaz.

Aksi takdirde açılan dava da kullanılmama iddiası dinlenmeyecektir³⁰⁷. Ancak dava açılacağı düşünülerek markanın kullanımı başlamışsa, mahkeme davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz(556 sayılı KHK. m.42/1(c)).

Kanımızca bu hükümden ortaya çıkan ilk sonuç şudur: 556 sayılı KHK. m. 14' de belirtilen beş yıllık sürenin “dolmasından önce” iptal davası açıldığı ve dava sırasında sürenin dolduğu durumlarda şayet, ciddi kullanıma başlanmış ise marka iptal edilemeyecektir. Beş yıllık süre içinde kullanıma başlamanın iptal tehdidine dayanmasının da önemi yoktur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken marka sahibinin *ciddi* kullanıma başlayıp başlamadığıdır. Marka sahibi markasını dava sırasında ciddi olarak kullanmaya başlarsa, kullanım iptal tehdidi ile başlamış olsa dahi iptal davası reddedilmelidir. Ancak marka sahibinin kötünietli olduğu durumlarda, başka bir deyişle amacının sadece marka hakkını muhafaza etmek ve beş yıllık süreyi kesmek olduğu takdirde söz konusu kullanımın dikkate alınmaması ve markanın iptali gerekir.

İkinci sonuç bizim de katıldığımız Dirikkan'ın görüşüne göre³⁰⁸ şudur: Beş yıllık sürenin “dolmasından sonra”, başka bir deyişle marka iptal edilebilir duruma geldiği zaman içinde özdeş veya benzer bir markayı üçüncü kişi kullanmaya başlarsa, marka sahibinin sonradan kendi markasını ciddi olarak kullanmaya başlamasıyla iptal nedeni ortadan kalksa dahi üçüncü kişiye karşı markaya tecavüz gerekçesiyle dava açılmaz. Zira iptal edilebilir durumdaki markayı kullanan kişi, her ne kadar söz konusu markanın kullanımına başlanması sebebiyle “terkinini isteyemez” ise de, markayı, ilk marka sahibinin bunu engelleyemeyeceği bir zamanda kullanmak suretiyle bu hakkı kazanmıştır ve bunu marka sahibine dahi ileri sürebilir. Öyleyse marka sahibinin markasını kullanmaya

³⁰⁶ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 248.

³⁰⁷ Şanal: age., s. 176.

³⁰⁸ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 249-250.

başlaması ile yeniden kazandığı haklar, bu kişilere karşı markanın kullanılmaya başlandığı tarihten sonrası için geçerlidir.

Dirikkan' a göre³⁰⁹ marka sahibi, beş yıllık süre geçtikten sonra, markayı üçüncü kişinin tescil ettirmek üzere başvurması ve bu başvurunun yayınlanmasından sonra kullanıma başlamışsa, bu kullanıma dayanarak üçüncü kişinin başvurusuna itiraz edememelidir. Zira başvuru marka sahibinin itirazda bulunamayacağı bir dönemde yapılmış ve marka sahibi, büyük bir olasılıkla markasının iptal edilebileceği düşüncesiyle markasını kullanmaya başlamıştır. Kanımızca marka sahibinin markasını, iptal tehdidiyle kullanmaya başlamasının bir önemi yoktur. Marka sahibi markasını kullanmaması nedeniyle tescile itiraz edemeyecek durumda dahi olsa üçüncü kişinin tescil için başvuruda bulunması olumlu bir sonuca ulaşamayacaktır. Zira üçüncü kişi tescil başvurusunda bulunmak yerine terkin davası açmış olsaydı o zaman markanın iptali gündeme gelebilirdi. Ancak iptal davası açmak yerine tescilli bir markanın – kullanılmıyor olsa dahi – yeniden tescili için başvuruda bulunmakta, söz konusu başvuru olumlu bir sonuca ulaşamayacak olduğu için, üçüncü kişinin hukuki bir yararı bulunmayacaktır. Çünkü Dirikkan' ın görüşünün aksine bizim de katıldığımız Tekinalp ve Kaya' nın görüşüne göre³¹⁰ tescil edilmiş bir marka 556 sayılı KHK. uyarınca iptal edilmediği takdirde, tescilli olduğu süre boyunca koruma kapsamında olacaktır. Zira hukuk sistemimizde markaların korunması işlemini başlatan işlem, markanın tescilidir. Marka, tescil edildiği anda tescil süresi bitinceye kadar³¹¹ 556 sayılı KHK.' ye göre korunmaya devam eder. Ancak belirtmek gerekir ki, marka kullanılmasa dahi marka tescili devam ettiği ve iptal edilmediği ya da bir tedbir kararı ile engellenmediği müddetçe marka hakkı korunur; fakat hak ihlaline bağlı taleplerde bir daralma olacağı da kuşkusuzdur. Örneğin marka fiilen kullanılmadığı takdirde fiili bir zarar veya yoksun kalınan kârdan söz edilemeyecektir. Ayrıca haksız rekabet talepleri daha ziyade istimale (kullanmaya) bağlı olarak gündeme geleceği için tescile rağmen markayı kullanmayan kimsenin haksız rekabet taleplerinin kısıtlı olacağı ve ispat zorlukları ile karşılaşacağı kuşkusuzdur³¹². Örneğin, Yargıtay bir kararında "...salt

³⁰⁹ Tescilli markayı kullanma yükümlüsünü öngörmeyen hukuk düzenleri için dahi, kullanılmayan tescilli bir markaya dayanarak markaya tecavüz davası açılması, rekabete aykırı bir davranış olarak görülmektedir(Dirikkan: (Külfet) agm., s. 251).

³¹⁰ Tekinalp: (Fikri mülkiyet) age., s. 423, Kaya: agt., s. 202; aksi görüş Dirikkan: (Külfet) agm., s. 219.

³¹¹ Yargıtay 11.HD. 26.11.2001, 2001/6361 E. – 2001/9286 K.

³¹² Kaya: agt., s. 202.

tescil edilmiş fakat hiç kullanılmamış bir markanın haksız rekabet tescil edeceğinden söz edilemez.” gerekçesine yer vermiştir³¹³.

556 sayılı KHK.’ nin 14. maddesindeki beş yıllık süre 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsünün Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun’ un “Neşredilmeyen Mevcutede Marka Koruma Süresi” başlıklı 31. madde hükmü ile, 15.7.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanununa tabi konularda üç yıla indirilmiştir. Hüküm şöyledir: “556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin 14. maddesinde öngörülen beş yıllık süre, 15.7.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanununa tabi konularda üç yıla indirilmiştir.”

Bu düzenleme bizim de katıldığımız Kaya’ nın görüşüne göre³¹⁴, hem kanun yapma tekniğine uygun değildir hem de isabetli bir düzenleme değildir. Zira marka ile ilgili bir maddi hukuk düzenlemesinin yeri esas itibariyle ana kod olan 556 sayılı KHK.’ dir. 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsünün Kuruluş ve Görevlerinin düzenlendiği bir kanunda maddi hukuk düzenlemesinin yapılması yerinde değildir ve eğreti bir düzenleme olarak durmaktadır.

Görüldüğü üzere tescille beraber doğan marka hakkının devamı için 556 sayılı KHK. m. 14/1’ e göre markanın tescilden itibaren 5 yıl içinde ciddi biçimde kullanılması gerekmektedir. Peki, 5 yıllık sürenin başlangıcı olan “tescil tarihi” ne zaman başlar? Bu konu oldukça tartışmalıdır. Kaya ve Ortan’ a göre³¹⁵, 556 sayılı KHK. m. 14/1’ de yer alan tescil tarihi ile kastedilmek istenen “başvuru” tarihidir. Bu görüş taraftarlarının savunması ise şöyledir: Marka koruması başvuru tarihi ile başlar. Hukukumuzda ise hak ve yükümlülüklerin dengeli olması esası hakimdir. Dolayısıyla kullanma yükümlüsünün de marka korumasının başlangıç tarihi olan başvuru tarihi ile başlaması gerekmektedir.

Bizim de katıldığımız Karahan ve Yıldırım’ ın görüşüne göre³¹⁶ ise, tescil tarihi, başvuru sahibine tescil belgesinin verildiği tarihtir. 556 sayılı KHK. m. 39/1 hükmüne göre, “Bu kanun hükmünde kararname ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre başvurusunu eksiksiz yapmış veya eksikliklerini gidermiş ve süresi içerisinde hakkında itiraz

³¹³ Yargıtay 11. HD. 2001/6361, K. 2001/9286, T. 26/11/2001(Meran: age., s. 163-164).

³¹⁴ Kaya: agt., s. 199.

³¹⁵ Kaya: agt., s. 206; Ortan, Necip Ali: Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05 – 06 Mayıs 2005, s. 206.

³¹⁶ Karahan: (Hükümsüzlük) age., s. 131; Yıldırım: agt., s. 185.

yapılmamış veya yapılan itiraz kesin olarak reddedilmiş bir başvuru, tescil edilerek sicile kaydedilir. Başvuru sahibine ‘marka tescil belgesi’ verilir...” denilmektedir. Bu görüşe göre 556 sayılı KHK. m. 14/1 hükmünde yer alan tescil tarihi ile ifade edilmek istenenin, marka tescil belgesinin verildiği tarih olduğudur. Ayrıca bu konuda Yargıtay 11. HD.’ sinin ve bunu takiben HGK.’ nun son zamanlarda vermiş olduğu emsal kararlara göre de³¹⁷, marka başvuru tarihi ile tescil tarihi birbirlerinden farklı tarihler olarak 556 sayılı KHK.’ de ayrı ayrı açıklanmıştır. Bu nedenle kullanım yüklenmesine ilişkin 5 yıllık sürenin başlangıç tarihinin 556 sayılı KHK. 9/son ve 40. maddeleri uyarınca marka korumasının başladığı başvuru tarihi olmayıp, 39. madde uyarınca markanın sicile tescil tarihi olarak anlaşılması gerekmektedir. Kanımızca 5 yıllık sürenin başlangıcının tescil tarihi olarak anlaşılması, hukuk sistemimizde var olan hak-yükümlülük dengesini bozucu nitelikte anlaşılmamalıdır. Çünkü markanın kullanılma yüklenmesine başvuru tarihi olarak anlaşılması, marka başvurusunda bulunanı olumsuz yönde etkileyip haklarını zedeleyebilir. Başvuru sahibinin, markası henüz kesin olarak tescil edilmediği için büyük maddi yükümlülükleri de içeren kullanma işlemine başlamak istememesi en doğal hakkıdır. Başvuranın, tescil başvurusunun reddedilme ihtimaline karşı söz konusu maddi yükümlülük içine girmesini beklemenin hukuk sistemi ile bağdaştığını kabul etmek mümkün değildir.

B) İptal Davası

Yukarıda da açıkladığımız üzere marka kullanımında süreklilikten kasıt markanın hiç ara verilmeksizin kullanılması değildir. Marka hakkı sahibi, yürüttüğü ticari faaliyetin niteliği, ekonomik koşulların değişmesi gibi nedenlerle markayı kullanmaya ara verebileceği gibi, belirli zaman aralıklarıyla da kullanabilir³¹⁸. Ancak 556 sayılı KHK m. 14 hükmü gereği markanın kullanılmasına ara verme, haklı neden olmadıkça, beş yılı geçemez. Buna göre marka tescilden itibaren beş yıl süreyle kullanılmamışsa veya marka kullanılmakla birlikte beş yıl süre ile kullanıma ara verilmişse bu durum marka için bir iptal nedeni olacaktır³¹⁹.

³¹⁷ Yargıtay 11. HD., E. 2006/8082, K. 2007/15915, T. 18.12.2007; Yargıtay HGK., E. 2007/11-974, K. 2007/962, T. 12.12.2007 (Yayınlanmamıştır).

³¹⁸ Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar ve Birlikli Raporları, İstanbul 2003, s. 647-648.

³¹⁹ “Davacı vekili, SUTEN ve ÇBS SUTEN markalarının 14.06.1996 ve 16.06.1996 tarihinde davalı adına tescil edildiğini, davalının her iki markayı da hiçbir üründe kullanılmadığını, müvekkilinin ise SUTEN markasını 1996 yılından itibaren tescilsiz kullandığını ileri sürerek, 556 sayılı KHK.’ nin 14. ve 42.

556 sayılı KHK. m. 14' de markanın kullanma yüklenmesine ilişkin belirtilen hoşgörü süresine uyulmaması halinde *iptal* edileceğinden, madde 42/1 (c)' de ise 14. maddeye aykırılık halinde kullanılmayan markanın *hükümsüz* sayılacağından bahsedilmektedir.

Bu kapsamda söz konusu maddeler incelendiğinde, tescilli markanın kullanılmaması ile bağlantılı olarak "*iptal*" ve "*hükümsüzlük*" kelimelerinin isabetli olarak kullanılmadığı görülmektedir. Her iki kavramın eşanlamı kullanılmış olmasına ilişkin olarak doktrindeki ortak görüş³²⁰ ise kanun koyucunun özensiz davrandığıdır. Hükümsüzlük ve iptal kavramlarının ifade ettikleri anlam farklılıklarına ve hukuki sonuçlarına dikkat edilmemiştir. Zira hükümsüzlük halinde yapılan işlem baştan itibaren yani yapıldığı andan itibaren sonuç doğurmaz. İptal halinde ise başta sağlıklı doğmuş bir işlem sonradan sakat hale gelmekte ve talep halinde de iptal edilmektedir³²¹. Böylece markanın mutlak ya da nispi ret nedenlerinin varlığına rağmen tescil edilmiş olması halinde, markanın hükümsüzlüğü; daha sonra ortaya çıkan sebepler dolayısıyla sicilden terkinde ise markanın iptali söz konusu olduğunu söylemek yerinde olacaktır³²².

Böylece tescilli markanın kullanılmaması ile ilgili olarak ancak "*iptal*" ve "*iptal davası*" kavramlarından bahsetmek yerinde olacaktır. Bunun nedeni ise, markanın kullanılmaması halinde, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesinde olduğu gibi, markanın baştan yani tescil edildiği andan itibaren geçersiz olmasının söz konusu olmamasıdır. Markanın kullanıldığı süre boyunca korunması ve bu süre içinde kazanılan hakların ve hak sahiplerinin korunması esastır³²³.

Kullanmama nedeniyle marka hakkının sona ermesi marka sahibi açısından son derece ağır olduğu ve markasını kullanmamasında haklı nedenlerin bulunması durumunda

maddeleri uyarınca, davalı adına tescilli olan SUTEN ve CBS SUTEN markalarının hükümsüzlüğüne ve SUTEN sözcüğünün sicilden terkinin talep ve dava edilmiştir..." Yargıtay 11. HD. 20.04.2004, E. 2003/9332, K. 2004/4315 (www.kazanci.com.tr)

³²⁰ Arkan: (Marka II) age., s. 155-156; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 264; Kaya: agt., s. 200; Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 435-436.

³²¹ İptal ve hükümsüzlük arasındaki fark hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 130 vd., Eren, Fikret: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 1998, s. 307 vd.

³²² Karahan: (Hükümsüzlük) age., s. 5-6; Belirtmek gerekir ki, kullanmama sebebiyle hükümsüzlük veya iptal istemi ile dava açılması halinde ayrıca ıslah yoluna gidilmesine ihtiyaç yoktur. 556 sayılı KHK.'deki hükümsüzlük düzenlemesi her ikisini de kapsamaktadır.

³²³ Nitekim 556 sayılı KHK.'ye kaynak oluşturan 89/104 sayılı Yönerge' de de tescilli markanın kullanılmamasına ilişkin olarak iptal kelimesi (revocation) kullanılmıştır.

bu yaptırımın uygulanamaması nedeniyle, iptal kararını verme yetkisi yargı organlarına bırakılmış, TPE’nce re’sen veya başvuru üzerine markanın sicilden terkinin kabul edilmemiştir³²⁴.

Görüldüğü üzere markanın kullanılmaması nedeniyle iptal talebi, sadece ayrı veya karşı dava biçiminde ileri sürülebilir; defii olarak ileri sürülemez. Dolayısıyla, marka hakkına tecavüz sebebiyle açılan bir davada, davalının markanın kullanılmadığı yönündeki iddiaları ayrıca bir karşı dava açılmadığı müddetçe hükme esas alınmayacaktır³²⁵.

Dava dilekçesinde iptali istenen markanın³²⁶ tescil numarası, iptal sadece markanın tescil edildiği mal veya hizmet edimlerinin bir bölümü için isteniyorsa hangileri için talepte bulunulduğu gösterilmelidir³²⁷.

C) Davacı

556 sayılı KHK. m. 43 düzenlemesi gereğince markanın iptalini, zarar gören kişiler, Cumhuriyet Savcıları ve ilgili resmi makamlar isteyebilir.

Bizim de katıldığımız Dirikkan’ın görüşüne göre³²⁸ 556 sayılı KHK.’nin bu düzenlemesinde kullanılmama nedeniyle iptal davası açısından “zarar gören kişiler” yerine, “markanın iptalinde hukuki yararı bulunan kişiler” teriminin kullanılması daha uygun olacaktır. Zira zarar gören kişiler ibaresi ile kimlerin kastedildiği hususunda belirsizlik mevcuttur ve 556 sayılı KHK. m. 42’de sayılan hükümsüzlük hallerinden farklı olarak kullanılmama da markanın kullanılmamasından dolayı doğrudan zarar gören kimse yoktur³²⁹. Zarar gören kişiler tabirinden, söz konusu işareti kullanabilme imkânı haksız şekilde kısıtlanan veya kısıtlanma tehlikesi altında olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin anlaşılması 556 sayılı KHK.’nin ruhuna daha çok uygundur³³⁰.

Markanın kullanılmaması nedeniyle iptalini, Cumhuriyet Savcıları ve ilgili resmi makamlar da talep edebilme yetkisini haizdir. İlgili resmi makamların başında TPE yer

³²⁴ Kaya: agt., s. 201; Dirikkan: (kulfet) agm., s. 265.

³²⁵ Kaya: agt., s. 201.

³²⁶ Marka sahibinin tescilli birden çok markası varsa, sadece kullanılan marka dışında kalan markalar için iptal davası açılabilir. Bu durumda kısmi iptal söz konusu olur (Dirikkan: (Kulfet) agm., s. 264).

³²⁷ Dirikkan: (Kulfet) agm., s. 265.

³²⁸ Dirikkan: (Kulfet) agm., s. 266, dpn. 170.

³²⁹ Zira bu husustan, yükümlülük arasındaki farkları açıklarken bahsetmiştik. Böylece tescilli markanın kullanılması zorunluluğuna ilişkin olarak “yükümlülük” kavramının tercih nedeni bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

³³⁰ Karahan: (Hükümsüzlük) age., s. 137.

almaktadır. Cumhuriyet savcılarını ise kamu yararının bulunduğu her durumda dava açma hakkına sahiptirler.

Aynı markayı kendi adına tescil ettirmek üzere başvuruda bulunan veya ileride kullanmayı planlayan veya kullanan kişiyi yanında; iptal davası, marka hakkına tecavüzün bulunmadığı yolundaki dava ile birlikte açılabilirden (556 sayılı KHK. m. 74/VI); özellikle markayı kullanmaya başlamış olan ve kullanılmayan markanın iptalinde yararı olan kişiyi, bu iki davayı aynı zamanda açabilir (556 sayılı KHK. 74/1).

Markayı iptal ettirmek isteyen kişinin işareti marka olarak kullanmayı amaçlaması zorunlu değildir. Markayı, ticaret unvanının veya işletme adının bir parçası olarak kullanan veya kullanmak isteyen kişiyi de, hukuki yararı bulunduğu için iptal davası açabilir³³¹.

Kanımızca kullanılmayan markanın sicilden terkinini için açılacak olan iptal davası, söz konusu markayı herhangi bir şekilde kullanma amacı taşımayan kişiler tarafından da açılabilir. Çünkü önceki bölümde de bahsettiğimiz üzere, tescilli markanın kullanılmamasına ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin bir amacı da kullanılmayan markanın sicilden terkin ettirilmek suretiyle söz konusu sicilin nedensiz yere işgal edilmesini önlemektir. Böylece, kamusal menfaat adına iptal davasının herhangi bir kişiyi tarafından açılabilirden kabul etmek yerinde olacaktır³³².

D) Davalı

Markanın iptali davasında davalı, iptali istenen markanın sahibi olarak sicilde kayıtlı kişiyi veya onun halefleridir³³³. Markanın birden fazla kişinin adına kayıtlı olması durumunda dava bunların hepsine birden yöneltilir³³⁴. Lisans alana veya rehin alacaklısına karşı dava açılmaz³³⁵.

Markanın sicilden terkinini için açılacak iptal davası TPE' ne karşı açılmaz. Haksız olduğu iddia edilen tescilin TPE tarafından yapılmış olması TPE' nü davalı hale getirmez ve ona husumet yöneltilmesini gerektirmez. Aksi takdirde markasının terkinini sağlamak

³³¹ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 267.

³³² Bu konu ile ilgili olarak Alman Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da kullanmama nedeniyle açılan terkin davasının herkes tarafından açılabilirden bir dava olduğu belirtilmiş ve terkin talebinde bulunanın bu konuda yararının dahi bulunmasının gerekmedeği ifade edilmiştir (LG München I, 12.07.1988, GRUR 1992, s. 60, Dirikkan: (Külfet) agm., s. 224, dpn. 22' den naklen).

³³³ Teoman, Ömer: Markanın Terkinini Sağlamak İçin Açılacak Olan Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsüne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 647.

³³⁴ Karahan: (Hükümsüzlük) age., s. 143.

³³⁵ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., 440.

amacıyla üçüncü kişiler tarafından açılan tüm davalarda markanın tescili ile ortaya çıkan mülkiyet hakkını ileri sürmek konusunda mutlak bir yetkiyi kullanabilecek olan marka sahibi kendi hakkını savunmak olanağından yoksun bırakılacaktır ki, böyle bir durumun kabul edilmesi mümkün değildir³³⁶.

Beş yıl boyunca kullanılmayan bir marka, sahibi tarafından üçüncü kişiye devredilirse, üçüncü kişi markayı kullanmaya başlamadan önce marka sahibine iptal davası açabilir. Marka sahibinin markasını kullanmayacağına ilişkin üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmış olması durumunda ise, bu hakkın esasına ilişkin olarak açılan iptal davalarında malik sıfatı ile husumetin marka sahibine yöneltilmesini engellemez. Zira marka sahibinin üçüncü kişiyle markanın kullanılmayacağına ilişkin olarak yaptığı sözleşmeler, sadece marka sahibi ile üçüncü kişi arasında sonuç doğuracaktır. Marka hakkının sahibi, marka sicilinde hala marka sahibidir ve markanın kullanılmamasından dolayı davanın marka sahibine yöneltilmesi gerekir³³⁷.

E) İptal Davasının Açılabilirliği Süre

556 sayılı KHK. m. 42' de sayılan hükümsüzlük halleri, esas itibariyle ne bir hak düşürücü süreye ne de bir zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır. Bu nedenle Türk marka öğretisindeki söz konusu boşluğu doldurabilmek amacıyla doktrinde çeşitli fikirler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre³³⁸, hükümsüzlük davalarında TTK. m. 62' nin öngördüğü 1 ve 3 yıllık alt ve üst süreler esas alınmalıdır. Bir başka görüşe göre³³⁹ ise hükümsüzlük davalarına 556 sayılı KHK. m. 70 hükmünün uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu düşünceye göre, m. 70' de yer alan zamanaşımı süresinin hükümsüzlük davalarına da uygulanması yerinde olacaktır. Buna göre 556 sayılı KHK. m. 70 uyarınca BK.' nun öngördüğü zamanaşımı süresi uygulanacak ve buna göre hükümsüzlük nedenini öğrenmeden itibaren 1 yıl ve her halde 10 yıl ve cezayı gerektiren hallerde ise ceza zamanaşımı süresi, hak sahibini koruma yönünden yeterli uzunlukta olarak kabul edilecektir.

Bu konuda Yargıtay' ın söz konusu hukuki boşluğu doldurmak amacıyla yerleşik içtihadı haline gelmiş olan tescilden itibaren 5 yıllık süreyi kabul eden kararları mevcuttur.

³³⁶ Teoman: (Terkin) agm., s. 650 vd.

³³⁷ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 440.

³³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.; Teoman, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8, İstanbul 1997, s. 43.

³³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.; Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 439-440.

Farklı işletmeler arasında meydana gelmiş kararların içeriği ise aynıdır³⁴⁰: “...KHK.’ de, marka tescil başvuruları değerlendirilirken, ilgililere, itiraz olanağı ile birlikte sonradan marka tescilinin hükümsüz sayılması için dava açma olanağı da tanınmış olmasına rağmen, bu davanın hangi sürede açılacağı hususunda bir düzenleme getirilmemiş ise de; yine anılan KHK.’nın 42. maddesinde Paris Sözleşmesi’ ne göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde açması gerekeceği belirtilmiş dava hakkının sınırsız sürede kullanılmasının da yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek bu yasal boşluğun tanınmış markalar için öngörülen beş yıllık sürenin, en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması Dairemizce uygun görülmüştür.”. Ancak 5 yıllık sürenin, hak düşürücü ya da zamanaşımı süresi niteliğinde olduğu Yargıtay’ ın “Meşhur Sultanahmet Halk Köftecisi” kararından başka kararlarda açıkça belirtilmemiştir. Bu kararda ise söz konusu sürenin niteliğinin *hak düşürücü süre* olduğu net bir şekilde dile getirilmiştir³⁴¹.

Ancak kanımızca, yukarıda da belirttiğimiz üzere tescilli markanın kullanılmaması nedeniyle açılacak davanın niteliğinin – her ne kadar m. 42’ de hükümsüzlük nedenleri arasında sayılmış olmasına rağmen- hükümsüzlük davası değil iptal davası olması nedeniyle Yargıtay’ ın içtihadı haline gelen 5 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması söz konusu olmamalıdır. Zira bizim de katıldığımız Karahan ve Arkan’ ın görüşlerine göre³⁴², kullanılmama nedeniyle iptal davasının zamanaşımına uğraması veya hak düşürücü süreye tabi olması söz konusu değildir. Bunun nedeni ise; hükümsüzlük nedenlerinde, hukuka aykırılık oluşturan durumun, tescilin süreklilik arz etmesi başka bir deyişle, hükümsüzlüğü talep edilen markanın hukuka aykırılık halinin baştan itibaren yani, tescil tarihinden itibaren mevcut olmasıdır. Kullanmama nedeniyle terkin halinde ise zaten hükümsüzlüğe karar verilemeyecektir, çünkü yapılan tescil baştan itibaren geçersiz değildir. Hukuka aykırılık hali markanın 5 yıl aralıksız kullanılmaması sebebiyle, bu sürenin sonunda gerçekleşir. Bu nedenle Yargıtay’ ın içtihadı olan tescilden itibaren 5 yıllık hak düşürücü

³⁴⁰ “Sabuncakis Kararı” Yargıtay 11. HD. E.1997/5417, K. 1997/9676, T. 25/11/1997; “Ülker Kararı” Yargıtay 11. HD. E. 2000/5607, K. 2000/76604, T. 11/09/2000; “Merinos Kararı” Yargıtay 11. HD. E. 2001/10860, K. 2000/3275, T. 08/04/2002. Kararlar için bkz. Yasaman/Yusufoğlu: Marka Hukuku, C. II, İstanbul 2004, s. 880–887.

³⁴¹ Yargıtay 11. HD. E. 2004/11834, K. 2005/11118, T. 17.11.2005, Karar için bkz., Noyan, Erdal: Marka Hukuku, Ankara 2006, s. 432–433.

³⁴² Arkan: (Marka II) age., s. 167; Karahan, Sami: Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç’ e Armağan, C. I, İstanbul 2001, s.293 vd.

sürenin uygulanması hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır. Böylece markanın tescilinden kaynaklanan hak, beş yıl geçmesine rağmen markanın iptali için dava açılana veya - üçüncü kişilerin marka üzerinde kazandıkları haklar saklı kalmak kaydıyla- marka sahibi tarafından ciddi biçimde markanın kullanımına başlanıncaya kadar biçime yönelik bir hak olarak kalmaya devam edebilecektir. Yani aralıksız beş yıl kullanılmayan markanın iptali amacıyla bu marka tescilli olduğu ve ciddi kullanıma başlanmadığı sürece dava açılabilir. Nitekim Yargıtay’ da bir kararında kullanılmayan tescilli markanın iptali davasının açılabilmesi için söz konusu 5 yıllık sürenin dolması gereğinden bahsetmektedir³⁴³.

Kanımızca tescilli markanın kullanılmaması sebebiyle açılacak iptal davasının zamanaşımına uğraması veya hak düşürücü süreye tabi kılınması, tescilli markanın kullanılmamasına ilişkin yapılan ulusal ve uluslararası düzenlemelerinin ruhuna da aykırı düşecektir. Öyle ki, söz konusu 5 yıllık süreyi kabul ettiğimizde bu sürenin geçmesiyle dava açma hakkı kaybolacak, kullanılmayan marka hakkında iptal davası açılmayacak ve böylece kullanılmayan tescilli marka, sicilde yer işgal etmeye devam edecektir. Böylece söz konusu kullanılmayan markayı kullanmak isteyen işletme sahipleri de dava açma haklarının zaman aşımına uğraması veya düşmesi nedeniyle iptal davası açamayacak ve bu durum tescilli markasını kullanmayan marka sahibinin haksız yere korunmasına neden olacaktır.

Hükümsüzlük ve iptal davalarının süresi ile ilgili uygulamada ortaya çıkan bir diğer hal ise, tescilli bir marka sahibinin markasını kullanmamasına ek olarak markasının üçüncü bir kişi tarafından kullanılmasına veya tescil ettirilmesine sessiz kalması halidir. Bu durumda markasının kullanılmasına sessiz kalan marka sahibinin yeni marka sahibine karşı hükümsüzlük davası açma hakkını yitirmesine ne kadarlık bir süre uygulanmalıdır? Buna ilişkin olarak Yargıtay’ ın verdiği kararlarda belirli ve kesin bir süre benimsenmemiştir. Yüksek mahkeme bu tür olaylarda MK. m. 2 kuralını esas almakta ve markasını kullanmayan marka sahibinin hükümsüzlük davası açma hakkının kaybına dair süreyi somut olayın özelliklerine göre saptamaktadır. Yargıtay bu sorun açısından “Telsim”

³⁴³ Davalının markasını tescil ettirerek korumanın başladığı 07.10.1997 tarihi ile davanın açıldığı 09.04.2002 tarihi arasında 5 yıllık süre dolmadığı gibi, esasen davacı vekili dava ve diğer dilekçelerinde, davalının davadan önce 2000 yılının 8. ayında piyasaya mal sürdüğünü iddia etmiş, davalının üretim veya satış yeri adresini bildirmiş, davalı ürünün ambalajının bir fotoğrafına da bu dilekçelerde dayanmış ve dosyaya da ibraz etmiştir. Bu durumda, gerekçede dayanan yasa maddesi koşullarının oluşmadığı esasen davacı iddiası ile dahi sabit ve davacı bu madde hükmüne hiç dayanmamış iken, davayı sadece bu çerçevede ele alan mahkemenin vardığı bu sonuç, isabetli değildir; Yargıtay 11. HD., E. 2004/2044, K. 2004/11245, T. 22/11/2004 (www.kazanci.com.tr).

kararında şunu vurgulamaktadır³⁴⁴: “Telsim sözcüğü 19.02.1982 tarihinden itibaren tescilli marka olarak kullanılmamasına rağmen, yıllar sonra 17.09.1990 tarihinde, sözcüğün markadan silinmesi davasının ikame edilmiş olmasının MK. m. 2’ de yazılı iyi niyet kuralları ile bağdaşması mümkün görülmemiştir.”. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 556 sayılı KHK.’ ye kaynak oluşturan 89/104 sayılı Yönerge m. 9’ da da marka sahibinin, markasının kullanıldığını bilmesine rağmen beş yıl içinde dava açmaması durumunda dava hakkını kaybedeceğine ilişkin hüküm yer almaktadır. Bu hükümden ve söz konusu Yargıtay’ ın kararından hareketle kanımızca 556 sayılı KHK.’ de bu yönde bir hüküm konulması yerinde olacaktır.

Buradaki bir diğer sorunda tescilin yenilenmesinin yeni bir tescil sayılıp sayılmayacağıdır. Örneğin marka sahibi markasını 10 yıl boyunca kullanmamış ancak markanın iptali de dava edilmemiştir. Marka sahibi 10. yılın sonunda markasının yenilenmesi için TPE’ ne başvurmuştur. Bu durumda tescilin yenilenmesi ile yeni bir 5 yıllık hoşgörü süresi başlayacak mıdır? Yoksa üçüncü kişi, markanın tescilinin yenilenmesine rağmen markanın 5 yıldan fazla bir zamandır kullanılmadığı iddiasıyla iptal davası açabilecek midir? Markanın yenilenmesi talebinin Türk doktrininde yeni bir tescil olduğu ileri sürülmüştür³⁴⁵. Yani marka sahibi, markasını tescil ettirdikten on yıl sonra, markasını ilk tescilden sonra hiç kullanmamış da olsa markasını yenilediği için kendisine markasını kullanması için yeni bir beş yıllık süre verilerek, bu beş yılın sonunda markasını kullanmaz ve yenilemezse markası, talep halinde iptal edilebilecektir. Ancak kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira yenileme talebi yeni bir başvuru niteliğinde değil, markanın kullanım hakkının devamı için yapılan bir işlemdir. Dolayısıyla, yenileme talebi önceki tescilin devamıdır. Bu durumda örneğin, önceki tescilin son 3 yılında marka kullanılmamış ve yenileme talebinden sonrada marka 2 yıl aralıksız haklı bir neden olmaksızın kullanılmamaya devam edilmişse, artık markanın kullanılmaması sebebi ile iptalini talep etme hakkı doğacaktır. Başka bir deyişle tescilin yenilenmesi markanın kullanılacağına dair bir kanıt değildir. Marka sahibinin markasını kullanma niyeti taşıdığı düşünülebilirse de bunu kullanıma dair bir karine olarak kabul etmek, kullanılmayan bir markanın haksız yere sicilde yer işgal etmesine neden olacaktır.

³⁴⁴ Bilgili, Fatih: Markanın Hükümsüzlüğünün İleri Sürülmesinde Süre: 17.11.2005 Tarihli “Meşhur Sultanahmet Halk Köfteci” Kararının Değerlendirilmesi, THD, Nisan 2007, s. 11-12.

³⁴⁵ Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 415-416; Kırca, İsmail: Tescilli Markaların Başvuru Eserlerinde Yer Alması, Batider 2003, C. XXII, S.2, s. 6; Arkan: (Marka II) age., s. 172-173.

F) Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Hükümsüzlük davası adli bir dava olup, yetkili mahkeme, 556 sayılı KHK. m. 43, 63 ve 71'e göre belirlenecektir. 556 sayılı KHK.'nin "Görevli ve Yetkili Mahkeme" kenar başlığına rağmen sadece görev hususunda düzenleme yapan 71. maddesi gereğince; "*Kararnamede öngörülen bütün davalarda görevli mahkeme, Adalet Bakanlığınca kurulacak olan ihtisas mahkemeleridir*". Asliye ticaret ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresi, aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir.

TPE'nün 556 sayılı KHK. hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı ve TPE'nün kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin TPE aleyhine açacağı davalarda da görevli mahkeme, m. 71/III gereğince ihtisas mahkemeleridir. Böylece TPE'nün kararlarına karşı idare mahkemelerinde iptal ve tam yargı davaları açmak yerine, ihtisas mahkemelerinde dava açılması öngörülmüştür.

556 sayılı KHK. m 63/III uyarınca da üçüncü kişiler tarafından, marka başvurusunda bulunan veya marka sahibine karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme; gerçek kişiler açısından davalının ikametgâhı, tüzel kişiler açısından merkezin bulunduğu yer mahkemesidir. Davalının Türkiye'de ikametgâhı yoksa onun vekilinin, vekili yoksa enstitü merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Madde 63/IV'e göre ise birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumlarda dava, ilk açıldığı yer mahkemesinde görülür

Marka sahibinin veya lisans, intifa hakkı gibi haklara sahip olanların, üçüncü kişiler aleyhine açacakları hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgâhı veya tecavüz fiilinin gerçekleştiği veya sonuçlarının ortaya çıktığı yer mahkemesidir (556 sayılı KHK. m. 63/I). Davacının Türkiye'de ikametgâhı yoksa yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu veya vekillik kaydı silinmişse enstitü merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir (556 sayılı KHK. m. 63/II).

G) İspat Sorunu Ve Delil Gösterme Yükü

556 sayılı KHK.'de, iptal davalarında ispat yüküne ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple de ispat yüküne ilişkin genel düzenleme olan MK.'un 6.

maddesi hükmüne başvurulması söz konusudur. İlgili bu maddeye göre ise; iki taraftan her biri iddia ettiği hususu ispatlamakla mükelleftir³⁴⁶.

Bu durumda söz konusu maddenin tescilli markanın kullanılmamasına ilişkin açılan iptal davasına uygulanması halinde, söz konusu davayı açan üçüncü kişinin, markanın kullanılmadığını ispatlaması gerekecektir. Başka bir deyişle üçüncü kişi, tescilli markanın yasal düzenlemelere uygun olarak kullanılmadığını yani markanın en az beş yıldır kullanılmadığını veya markanın ciddi kullanılmadığını ispatlamakla yükümlüdür. Aslında bu hükümle bir olumsuzluk ispatlanıyor gibi görünmesine rağmen; MK.' un söz konusu maddesi gereğince bir istem veya savunma ileri süren taraf, bunun kabul edilmesine imkân veren hukuk normunun olumsuz bir olayın gerçekleşmiş olmasını aradığı, istem veya savunmasının temelini olumsuz bir olayın oluşturduğu durumlarda da – çalışmamızın konusunda markanın kullanılmaması olayı- ispat yükünü taşımaktadır.

Ancak markanın kullanılmaması olayının olumsuz bir olay olması ve bu nedenle de ispatının zor hatta imkânsız olduğu iddiasıyla ispat yüküne ilişkin genel kuralın istisnasını oluşturan bir durumun meydana geldiğini ve ispat yükünün davayı açan üçüncü kişi de değil de sadece davalı marka sahibinde olması gerektiğini ve marka sahibinin markasını kullandığını ispatlaması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur³⁴⁷.

Bizimde katıldığımız Kaya ve Dirikkan' ın görüşüne göre ise³⁴⁸, tescilli markanın kullanılmaması nedeniyle açılan iptal davasında MK. m. 6' da yer alan müddeinin iddiasını ispat yükü altında olduğu yönündeki temel prensipten ayrılmayı gerektirir bir sebep yoktur. Biraz daha açacak olursak, menfi vakıaların ispatı ile ilgili olarak aranan ve gerçekte ispat yükünün yer değiştirmesi gibi istisnai bir sonuca sebep olan gerekçeler³⁴⁹ markanın kullanılmaması sebebiyle ispatı olayında söz konusu değildir. Kaldı ki, 556 sayılı KHK. sisteminde delil ibrazı konusunda davacının ispat imkanının kolaylaştırıldığı, *delillerin*

³⁴⁶ Karahan/Suluk/Saraç/Nal: age., s. 154; Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder: İspat Yükü, Ankara 1980, s. 247-248.

³⁴⁷ Ortan, Ali Necip/Dalkan, Mustafa/Karahan, Sami: Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06 Mayıs 2005, İstanbul, s. 201-209 vd; Yasaman/Yüksel: age., s.655.

³⁴⁸ Kaya: agt., s. 201; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 269; 89/104 sayılı Yönerge m. 11/3' de de bu yönde bir hüküm mevcuttur. Buna göre marka hakkının kullanmama nedeniyle sona erdiğini iddia eden kişinin bu konuda delil göstermesi gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır.

³⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, Oğuz: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 130 vd.

tespiti davası açabildiği³⁵⁰, hakim HMK. m. 330 vd. maddeleri uyarınca davalıyı delil ibrazına zorlayabileceği dikkate alındığında diğer görüş taraftarlarının iddia ettiği gibi usul hukukundaki genel prensipten mutlak şekilde ayrılmayı gerektirir bir durumdan da söz edilemez.

Bu nedenlerle, tescilli markanın kullanılmamasına ilişkin olarak açılan iptal davasında, markanın kullanılmadığı hususuna yönelik ispat yükünün öncelikle davacı üçüncü kişiye ait olduğu ancak, olumsuz ispatlamak güç olduğu için bu konuda esnek davranılarak hakimde ciddi kuşklar uyandırılması yeterli kabul edilmelidir. Üçüncü kişinin dayandığı bu delillerle hakim açısından markanın ciddi kullanılmadığına dair kuşklara sebep olunduktan sonra şüphesiz markayı kullandığını kesin delillerle ortaya koyma yükümü davalı marka hakkı sahibine geçer³⁵¹.

İptal talebinde bulunan üçüncü kişinin; markanın marka sahibi tarafından, en az beş yıldır, yurt içinde, sicilde kayıtlı mal ve hizmetler için işlevine uygun ve ciddi kullanılmadığını ispatlaması markanın iptali açısından yeterli olacaktır. Buna karşılık marka sahibinin markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyecek şekilde markayı farklı kullandığını, ihraç mallarında veya kendisinin izni ile üçüncü kişi tarafından kullanıldığını, markalı malların ithal edildiğini veya haklı nedenlerden dolayı markayı kullanmadığını ispat etmek zorundadır.

Buna karşılık marka sahibi, örneğin markasına tecavüz edildiği gerekçesiyle dava açmış ve markanın kullanılmadığı iddiasıyla karşılaşmış ise³⁵², burada iddiasını marka

³⁵⁰ “Davacı, piyasada Filli Boya olarak bilinen ibarenin sözcük markası olarak tescili talebinin, TPE’nce davalının aynı veya benzer türdeki malları için aynı sözcük markası nedeniyle ret edildiğini, ancak, davalının 5 yıldan bu yana ürünlerinde tescilli markasını kullanmadığını ileri sürerek, 556 sayılı KHK.’nin 14 ve 42. maddeleri uyarınca davalı markasının iptaline ve sicilden terkinine, davalının eyleminin haksız rekabet oluşturduğunun tespitiyle önlenmesine karar verilmesini talep etmiştir. Bu arada başka bir mahkemede delil tespiti yapılmıştır. HMK.’nin 370. maddesine göre, dava açıldıktan sonra delil tespitine davanın görüldüğü mahkeme görevli ve yetkilidir. Ayrıca, davalı tarafça ibraz edilen imza sirkülerine göre, tespit sırasında beyanda bulunan fabrika müdürünün davalı şirketi temsile yetkili olmadığı da anlaşılmaktadır. Kaldı ki, davalı şirketin defter ve faturaları da tespit sırasında incelenmemiştir. Bu durumda mahkemece, davacının iddiası ile ilgili kanıtlar toplanmak, gerektiğinde davalının ticari defter ve faturaları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak, 556 sayılı KHK’ nin 14. maddesinde markanın kullanıldığı varsayılacak haller olarak sayılan kullanma biçimlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususu aydınlığa kavuşturulmak, sonucuna göre karar vermek gerekir.”; Yargıtay 11. HD., E. 2000/7005, K. 2000/7974, T. 19.10.2000 (www.kazanci.com.tr)

³⁵¹ Umar/Yılmaz: age., s. 247-249.

³⁵² “Yargıç markanın kullanılmadığını re’sen dikkate alamaz, bunun iddia edilmesi gerekir”. Dirikkan: (Külfet) agm., s. 270.

hakkına dayandırdığına göre, bunun varlığını da ilk ispatlayacak yine marka sahibi olacaktır³⁵³.

İptal davasında taraflar, markanın ilgili mal ve hizmetler için kullanımının yer, zaman, kapsam ve türüne ilişkin televizyon reklâmları gazete ilanlarını, fotoğrafları, faturaları, katalogları, fiyat listelerini, etiketleri ve ambalajları kullanabilirler³⁵⁴. Bunun için gerektiğinde davalının ticari defter ve faturaları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırabilir³⁵⁵. Ayrıca markanın kullanılmadığı iddia edilen şirketin ticari faaliyetlerinin devam edip etmeği ticaret sicili incelenmek suretiyle de ispat edilebilir³⁵⁶. Bu konuda Yargıtay³⁵⁷ oldukça geniş düşünmekte ve kendisine karşı markanın 5 yıl süreyle hiç kullanılmaması nedenine dayalı bir iptal davası açılan marka sahibi savunmasında, tescilli markasını 5 yıllık süre içinde ciddi kullandığını savunmasa, bu delile yaptığı savunmalarında hiç dayanmasa bile, şayet davacının iddialarından davalının tescilli markasını kullandığı anlaşılıyorsa, mahkemece bu durum araştırılıp sonucuna karar verilmek gerekeceği belirtilmektedir³⁵⁸.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki dava açan üçüncü kişinin ispat yükünü yerine getirdikten sonra marka sahibine geçen, marka hakkının sona ermediğini ispatlamak gibi olumsuz bir ispat yükü söz konusu olsa da MK. m. 6' ya göre herkes, ileri sürdüğü hakkın temelinde yatan unsurları ispatlamakla yükümlü olduğu için bu durumu olumsuz bir ispat

³⁵³ Alman Markalar Kanunu 25/2 ve 55/3. maddelerinde de benzer hükümler yer almaktadır. Buna göre marka en azından beş yıldır tescilli ise, marka sahibi markasına tecavüz edildiği gerekçesiyle dava açmış ve davalı, markanın kullanılmadığını ileri sürmüştü, marka sahibi markasını dava konusu mal ve hizmetler için, davanın açıldığı tarihten önceki son beş yıl içinde kullandığını ispatlamalıdır. Beş yıllık süre dava açıldıktan sonra sona ermişse, davalının iddiası üzerine marka sahibi, sözlü yargılama aşamasının sona ermesinden önceki son beş yıl içinde markayı kullandığına ilişkin delillerini sunmalıdır. Markanın ikinci kez başkası adına tescilli için başvuruda bulunmuş ve marka sahibi buna itiraz etmişse, kullanmama iddiası üzerine, marka sahibinin markasını kullandığı konusunda bir kanaat uyandırması gerekir.

³⁵⁴ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 271. Ayrıca yazara göre, iptal davası açan kişinin, örneğin markanın çok küçük bir bölgeyle sınırlı olarak kullanıldığını ispatlaması, kullanımın ciddi olmadığının ispatı açısından yeterli sayılabilir.

³⁵⁵ Karahan: (Hükümsüzlük) age., s. 129.

³⁵⁶ İstanbul Fikri Ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi tarafından 19/02/2003 tarih ve 2002/99 esas sayılı verilen bir karar şu yöndedir: Davacı şirket 16.7.1996 tarihinde TPE' ne "Turquoise" ibareli marka için tescil talebinde bulunmuş, bu talep, davalı adına 22.12.1993 tarihi itibarıyla tescilli bulunan "Turkuaz" markasının aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynısı olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. Bunun üzerine davacı açtığı davada, davalı şirketin, tescil ettirmiş olduğu markayı, 5 yılı aşkın süre kesintisiz olarak haklı bir neden olmaksızın kullanmadığını iddia etmiştir. Yapılan incelemeler ve bilirkişi raporu sonucu mahkeme Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi' nden halen ticari faaliyet gösterdiği anlaşılan davalı şirketin, ticari faaliyetinin sona erdiğine ve dolayısıyla markanın kullanılmadığına kanaat getirilmenin mümkün olmadığına hükmederek davanın reddine karar vermiştir (Yasaman: (Bilirkişi) age., s. 90-93).

³⁵⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2004/2044, K. 2004/11245, T. 22/11/2004 (www.kazanci.com.tr).

³⁵⁸ Şanal: age., s. 178.

yükü olarak değil de, marka hakkında ispat yükünün yansımaları olarak düşünmek en doğrusu olacaktır³⁵⁹.

H) İptal Yaptırımının Hukuki Etkisi

Markanın iptalinin sonuçlarını düzenleyen ve “Hükümsüzlüğün Etkisi” başlığını taşıyan 556 sayılı KHK.’nin 44/I. maddesinde belirtilen, mahkeme tarafından verilen iptal kararlarının tescil tarihine kadar geriye doğru etkileyici olacağı hükmüne rağmen, geriye etkinin, kullanmama nedeniyle iptalde, tescil engelleri nedeniyle hükümsüzlükten farklı olarak, tescil tarihine kadar olmaması gerekir. Başka bir deyişle 556 sayılı KHK.’nin 14/1. maddesi, markanın tescilinden itibaren 5 yıl kullanılmamasına rağmen marka sahibine koruma sağlamıştır. Zira geriye etkili olma kuralı hükümsüzlükte söz konusudur; iptal de ise ileriye dönük bir etki söz konusu olmaktadır. Öyleyse tescilden sonra hiç kullanılmayan markaların iptaline ilişkin karar, ancak beş yıllık sürenin sona erdiği tarihe kadar geriye yürüyebilir. Tescilden sonra bir süre kullanılan ancak daha sonra kullanımına ara verilen markalar açısından geriye etki, beş yıllık sürenin bittiği tarihe kadar olabilir³⁶⁰. Bunun nedeni ise, iptal durumunda hükümsüzlükten farklı olarak, işlemin iptal edilinceye kadar tüm hukuki sonuçlarını doğurmasıdır. İptal talebi olmadığı sürece işlem geçerliliğini sürdürmektedir ve iptal kesinleştiği takdirde iptal kararının verildiği andan itibaren etki doğurmaktadır³⁶¹.

Aksi kabul edildiği takdirde, yani kullanılmayan markanın iptali kararı tescile kadar geriye yürütülürse; marka sahibi, tescilden itibaren 5 yıl kullanılmayan markalarda bu süre içinde ve bir süre kullanıldıktan sonra aralıksız 5 yıl kullanmama durumunda ise, tescilli markayı hak sahibi olarak kullandığı ve bunu takiben aralıksız kullanmadığı 5 yıllık süre içinde yaptığı sözleşmeler ve muhtemelen üçüncü kişilere karşı açtığı davalar nedeniyle iade veya tazminat yükümü tehlikesi ile karşılaşabilir³⁶². O nedenle ancak markanın kesintisiz olarak kullanılmadığı 5 yıllık süre geçtikten sonra marka sahibinin üçüncü

³⁵⁹ Karan/Kılıç: age., s. 316.

³⁶⁰ AB ve Alman hukukundaki uygulamalara göre ise, kullanmama nedeniyle açılan iptal davası sonucunda iptal kararı alındığı zaman, iptal kararı davanın açıldığı tarihe kadar; bu yönde bir talep varsa iptal kararı, markanın aralıksız kullanılmadığı beş yıllık sürenin sonuna kadar etkili olmaktadır (Dirikkan: (Külfet) agm., s. 274-275).

³⁶¹ Suluk, Cahit: Sınai Mülkiyet Haklarında Hükümsüzlük Kararlarının Etkisi, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2006, S. 3, s. 46-47; Dirikkan: (Külfet) agm., s. 274-275.

³⁶² Suluk: (Hükümsüzlük) agm., s. 45-46.

kişilere karşı açtığı tecavüz davaları kötünietli sayılabilir ve yukarıda belirtilen iade, tazminat yükümü gibi sonuçların adil olduğundan söz edilebilir³⁶³.

Öyleyse –AB. ve Alman hukukuna uygun olarak³⁶⁴- tescilli markanın kullanılmaması nedeniyle verilen iptal kararı kural olarak davanın açıldığı, şayet bu yolda talep varsa markanın aralıksız kullanılmadığı beş yıllık sürenin sonuna kadar geriye etkili olmalıdır. Zaten aksi kabul edilmiş olsaydı; 556 sayılı KHK. m. 14 hükmüne göre verilen 5 yıllık hoşgörü süresi amacıyla olmazdı.

Markanın kısmen kullanılmaması sebebiyle kısmi iptalinin³⁶⁵ gündeme gelmesi halinde, temel sorunlardan biri de önceki bölümde de belirttiğimiz üzere davada menfaat şartıdır. Örneğin, kısmi iptali talep edilen markanın tanınmış veya tanınmışlık düzeyi yüksek olması durumunda kural olarak kısmi iptal talep edenin iptal edilen alanda markayı kendi adına tescil ettiremeyeceği açıktır. Aynı şekilde böyle bir durum olmasa dahi, kısmen iptal halinde, iptal edilen kısım için marka başvurusunun yapılması durumunda konunun nispi ret nedeni olarak gündeme gelmesi de olasıdır. Ancak kanımızca; her iki durumda da kısmi iptal talebi ile dava açılabilir ve açılan dava dinlenilmelidir. Çünkü kullanılmayan markanın sicilden terkin ettirilmesinde terkin talep eden kişilerin menfaati olabileceği gibi marka sicilinin boş yere işgal edilmemesi gibi kamusal menfaatler de söz konusu olabilir.

³⁶³ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 275.

³⁶⁴ “AB. ve Alman Hukuklarında marka hakkının sona erme sebepleri; sükut ve butlan olarak ikiye ayrılmıştır. AB ve Alman hukuklarının Türk hukukuyla aynı olan hükümsüzlük nedenleri geriye etkili olma durumlarına göre gruplandırılmıştır. Sükut hallerinde, markanın terkin en çok hakkın sona erdiği tarihten itibaren ileriye doğru etki edebilir. Butlan hallerinde ise terkin markanın tescil edildiği tarihe kadar geriye etkili olmaktadır. Buna göre kullanılmama nedeniyle markanın terkin sükut halleri arasında sayılmıştır ve terkin edilmenin geriye etkisinin davanın açıldığı tarihten ileriye doğru olduğu belirtilmiştir. Türk hukukunda da 556 sayılı KHK. m. 42 hükmünde sayılan iptal sebeplerinin en önemli sonucu; marka hakkının geriye etkili olarak ortadan kalkmasıdır. Ancak; 556 sayılı KHK. m. 42 de sayılan sebeplerin hepsinde ve kullanılmamada da geriye etkili olarak marka hakkının ortadan kalkması adaletsizliklere ve haksızlıklara yol açabileceğinden AB ve Alman hukuklarına uygun olarak Türk Hukukunda da böyle bir ikili ayrıma gidilmesi hakkaniyet açısından daha uygun olabilir (Dirikkan : (Külfet) agm., s. 276.).

³⁶⁵ “Dava, davalı markasının hükümsüzlüğünün tespiti istemine ilişkindir. 556 sayılı KHK.’ nin 42/2. maddesine göre, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin hükümsüzlük nedenlerinin varlığı halinde, yalnız o mal veya hizmet ile ilgili olarak kısmi hükümsüzlüğe karar verilebilir. Tescil için başvurusu yapılan ya da tescil edilen markanın bir kısmının hükümsüzlüğü hakkında ise, 556 sayılı KHK’ de bir düzenleme bulunmamaktadır. Açıklanan yasal düzenleme karşısında, davalı adına tescilli olan ANTHONY MEYER markasından, MEYER ifadesinin 24 ve 25. sınıflar yönünden hükümsüzlüğü ve sicilden terkinine karar verilmesi doğru değil ise de, bu yönde davacı temyizi olmadığından, bu husus bozma nedeni yapılmamış olup, hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 11. HD., E. 2005/13569, K. 2007/4689, T. 20/03/2007 (www.kazanci.com.tr)

KHK. m. 45/2 hükmüne göre; markanın iptali üzerine sicildeki marka kaydının silinmesi ve ilanı gerekir.

Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde kullanılmamış olması nedeniyle iptal edilmesi halinde, kullanılmayan markanın başkası adına tescil edilememesi ve başkası tarafından aynı mal veya hizmetler için kullanılmaması yasağı söz konusu değildir³⁶⁶.

Yenilenmeyen markanın on yılın dolmasından sonra iki yıl içinde aynı veya benzer markanın aynı veya benzer mal veya hizmetler için yapılan tescil başvuruları reddedilmesi karşısında; kullanılmayan marka açısından ise başkası adına tescil edilememe ve başkası tarafından aynı mal veya hizmet için kullanılmaması gibi bir yasak düzenlenmemiştir³⁶⁷.

Marka, lisans sözleşmesine konu edilmişse, lisans sahibi markayı kullanmaya olanak bulamadan iptal edildiği takdirde, peşin ödenen lisans ücretinin iadesi istenebilir (556 sayılı KHK. m. 44/II (b)).

İ) Markanın Haklı Nedenlerden Dolayı Kullanılmaması

556 sayılı KHK. m. 14/1 uyarınca 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 edilir³⁶⁸.

556 sayılı KHK.’nin 14/1. maddesinde “haklı neden” tanımlanmamıştır. Ancak marka hukukumuzda kaynak teşkil eden Alman marka mevzuatında yer alan “haklı neden” kavramı da dikkate alınarak şu açıklamalar yapılabilir: Alman hukukunda, markanın kullanılması zorunluluğunun mutlak biçimde uygulanmasının, bazı hallerde marka sahibi bakımından çok ağır sonuçlara yol açabileceği endişesiyle “haklı neden” istisnasına yer verilmiş olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu istisnanın geniş biçimde yorumlanmasının, sonuç itibarıyla markanın kullanılması yükümlüsünün anlamını yitirmesine de neden olabileceği düşünülerek, bu hususun, dar biçimde değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu anlamda haklı neden, marka sahibinin etki alanı dışında kalan, başka bir deyişle marka sahibinin ortaya çıkmasına engel olamayacağı olayları ifade eder. Markanın kullanılmasına engel oluşturan ve haklı neden sayılan bu hallerin başında, mücbir sebepten kaynaklanan olaylar

³⁶⁶ Arkan: (Marka II) age., s. 114.

³⁶⁷ Karayalçın: (İşletme) age., s. 431.

³⁶⁸ Hükmün kaynağı Paris Sözleşmesi m. 5.c.1, TRİPs Anlaşması m. 19, 89/104 sayılı Yönerge 10/2 maddesidir.

gelir. Bu anlamda, savaş, yangın, doğal afetler nedeniyle üretime devam olunamaması; savaş hali nedeniyle uzman işçi bulunamaması; ilan edilen seferberlik dolayısıyla marka sahibinin askere alınması; devlet tarafından getirilen hammadde ithal-ihraç yasakları; işletmenin devletleştirilmesi; markayı taşıyan ilaçların piyasaya çıkarılmasının Sağlık Bakanlığı'na yapılacak deneylerin uzun sürmesi nedeniyle gecikmesi, markanın kullanılmaması bakımından haklı neden oluşturur. İsviçre hukuku açısından da benzer değerlendirmeler yapılmaktadır. Diğer ülkelerde de, haklı neden konusunda verilen kararların, bu paralelde olduğu ve olağanüstü haller dışında, haklı nedenin kabulü yoluna gidilmediği görülmektedir³⁶⁹.

Türk doktrininde de haklı nedenler bu şekilde anlaşılmaktadır. Buna göre markanın kullanılmamasına özgü haklı sebep, karışıklık, ambargo, savaş gibi olağanüstü hallerden oluşabileceği gibi, ekonomik güçlükler, bir malın piyasaya hazırlanması, malla ilgili ruhsat, kayıt, izin gibi formalitelerin ve lisans görüşmelerinin uzaması şeklindeki mala veya piyasaya bağlı nedenlerden kaynaklanabilir veya üzerinde marka hakkı bulunan ve bu markayı taşıyan mal veya hizmetlere uygulanan ithalat kısıtlamaları veya uygulanan başka koşullar gibi, markanın kullanılmasına engel oluşturan ve marka sahibinin iradesinden bağımsız olarak doğan, marka sahibinin kusurundan kaynaklanmayan, markanın kullanılmasına engel oluşturan fiili veya hukuki sebeplerdir³⁷⁰. Yargıtay bir kararında³⁷¹ haklı neden kavramına dolaylı olarak değinmiş ve “*davacının dava konusu markayı ithal imkânsızlığı yüzünden Türkiye’de pazarlayamadığı*”ndan söz edilmiştir.

Görüldüğü üzere markanın kullanılmaması, marka sahibinin kendi iradesi ile olursa iptal sebebi olacaktır. Ancak, marka sahibi kendi iradesi dışında gelişen olaylar nedeniyle markasını kullanamaz ise bu durum markanın iptali sebebi olmayacaktır³⁷². Buradan hareketle, marka sahibinin, markasını kullanma hakkını saklı tutmadığı bir inhisari lisans sözleşmesinde lisans alanın markayı kullanmaması da, haklı neden olarak değerlendirilemez. İşletme sahibinin hastalığı ise, bu anlamda haklı neden sayılmamaktadır. Zira bu halde marka sahibi olan kişinin tayin edeceği ticari mümessil, vekil aracılığıyla üretime ve markayı kullanmaya devam etmesi mümkündür. Buna karşılık, marka sahibinin

³⁶⁹ Arkan: (Yükümlülük) agt., s. 293-294.

³⁷⁰ Aslan: age., s. 199-200; Karaahmet/Yalçiner: age., s. 59; Tekinalp: (Fikri Mülkiyet) age., s. 423; Öçal: age., s. 87.

³⁷¹ Yargıtay 11. HD., E. 7604/6665 K. 10.11.1988 T.

³⁷² Şanal, Osman: Markalarda Hükümsüzlük Davaları, Ankara 2006, s. 97.

kişisel emeğinin, üretim faaliyetinde özel öneminin bulunması halinde, marka sahibinin sürekli hastalığı, markayı kullanmama için haklı neden olarak değerlendirilmektedir³⁷³.

Kanımızca modanın değişmesi nedeniyle markayı taşıyan malların dağıtımına son verilmesi ve markanın bu nedenle kullanma yükümlüsünün yerine getirilememesi de haklı neden sayılamaz. Zira üretilen mallarda modanın değişimine paralel olarak modernize yoluna gidilmesi mümkündür. Bu zorluk, markada ayırt edici fonksiyon değiştirilmeden bir takım değişiklikler yapılması yoluyla aşılabılır.

Haklı neden, kusur koşulundan soyut bir kavramdır ve bir yönüyle nispi niteliktedir. Soyut olayda takdir hakime aittir. Örneğin Yargıtay iki ayrı kararında “*marka sahibinin fabrikasının bulunduğu taşınmazın istimlak edilmesini*³⁷⁴” ve “*marka hakkı sahibinin iflasını*³⁷⁵” haklı sebep saymamıştır. Bu kararlardan ilkinde katılıyoruz. İkinci karara da katılmakla birlikte kanımızca iflasın her halükarda haklı neden oluşturmayacağı yönündeki bütüncül bir yaklaşımın da doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. Başka bir deyişle marka sahibinin, üretime devam edebilmesi için gerekli mali olanaklara sahip olmaması ya da izlenen hatalı işletme politikası yüzünden mali gücünü kaybetmesi ve bunun bir uzantısı olarak iflası haklı bir neden olarak değerlendirilemez. Ancak marka sahibinin iflasına kendisinin sebep olmadığı durumlarda, örneğin ülkenin içinde bulunduğu ekonomik kriz nedeniyle marka sahibinin markasını kullandığı işletmesinin iflas etmesi halinde bu durum haklı sebep sayılmalı ve markanın kullanma yükümlüsünün yerine getirilmesinin haklı sebep bulunması dolayısıyla beklenmemesi gerekmektedir.

Marka sahibinin, haklı sebep dolayısıyla markasını beş yıl içinde kullanmasının beklenmediği durumlarda, sadece kullanımın beklenmediği somut mal değil, ayrıca markanın tescil edildiği mal listesinde yer alan ve bu somut malla aynı türden sayılan diğer bütün mallar için de haklı nedenin varlığı kabul edilir. Öyleyse mal listesinde yer alan bu türden mallar, toplum tarafından aynı tür mal olarak algılandığı sürece, onlar için de haklı nedenin bulunduğu varsayılmalı ve bu mallar açısından da marka iptal edilememelidir³⁷⁶.

³⁷³ Arkan: (Yükümlülük) agt., s. 294.

³⁷⁴ Yargıtay 11. HD., E. 2002/1709, K. 2002/2064, T. 08/03/2002 (www.kazanci.com.tr)

³⁷⁵ Yargıtay 11. HD., E. 2000/844, K. 2001/3429, T.09/04/2001 (Meran: age., s. 166-167)

³⁷⁶ BGH (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları); 21.4.1994 tarihli kararında belirli mallar açısından markanın kullanılmaması için haklı nedenler bulunduğu takdirde, sadece o somut malda değil, markanın tescil edildiği mal listesinde bulunan ve bu malla aynı türden sayılan diğer mallarda da markanın kullanılmasının

Haklı neden devam ettiği sürece, 556 sayılı KHK.' de öngörülen beş yıllık süre işlemeye başlamaz. Haklı nedenin sona ermesinden itibaren marka kullanılmaya başlanmalıdır. Aksi takdirde beş yıl aralıksız kullanmama nedeniyle marka iptal edilebilir³⁷⁷.

Burada bir diğer sorun ise belirli bir süre içinde gerçekleşen haklı nedene *dayanmayan* kullanmamanın daha önce oluşan ve haklı nedene *dayanan* kullanmamanın etkilerini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin; marka sahibi markasını iki yıl boyunca haklı bir nedeni olmaksızın kullanmamış ancak daha sonra markasını kullanmaması için haklı neden oluşturabilecek bir durum –markasına ihtiyati tedbir veya müsadere³⁷⁸ yoluyla el konulması- oluşmuş ve bu durum iki yıl boyunca devam etmiş olabilir. Böyle bir durumda haklı nedenin sona ermesinden sonra marka sahibi markasını üç yıl boyunca kullanmaz ise, haklı nedenden önceki iki yılı da hesaba katmak gerekmekte midir? Yani böyle bir durumda marka sahibi açısından 5 yıllık kullanmama süresi dolmuş olacak ve markanın iptali talep edilebilecek midir? Yoksa marka sahibinin markasını kullanmasını engelleyen haklı nedenden önceki iki yılı hiç hesaba katmadan sadece haklı nedenden sonraki 3 yılı düşünerek *'bu marka sadece 3 yıl kullanılmamıştır'* sonucunu kabul ederek iptal istenemeyecek midir? Marka beş yılı aşmayan sürelerle zaman zaman kullanılmamış ise önceki süreler birbirine eklenmez. Bu, sürenin durmadığını yani kesildiğini gösterir. Ancak bunun için arada geçen kullanmanın ciddi olması gerekir. Yani marka sahibine, markasını yeniden kullanmaya başlamak suretiyle iptal sonucunu engelleme olanağı verilmiştir. Ancak haklı nedenin varlığı halinde süre kesilmez; durur. Yani markanın kullanılmasına engel olan haklı neden ortadan kalktıktan sonra söz konusu beş yıllık süre, kaldığı yerden yeniden işlemeye başlar³⁷⁹. Görüldüğü gibi markanın kullanılmasının süreklilik arz etmesi haklı sebep dolayısıyla kesintiye uğramış ise, haklı sebeple geçirilen kullanmama, 5 yıllık sürenin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bu durumda sürenin kesildiğinden söz etmek mümkün görünmemektedir. Haklı neden gerçekleşmeden önceki iki yıl boyunca marka sahibinin markasını kullanmaması keyfidir. Söz konusu süre haklı neden dolayısı ile sadece durmaktadır. Yoksa önceki iki yılın hesaba

beklenemeyeceğini kabul etmiştir. Kararda yer alan gerekçeye dayanarak, toplumun markanın kullanıldığı somut mal ile aynı tür saydığı diğer mallar için de kullanımın bulunduğu söylenebilir (Dirikkan: (Külfet) agm., s. 243-261).

³⁷⁷ Dirikkan: (Külfet) agm., s. 262; Arkan: (Yükümlülük) agt., s. 295.

³⁷⁸ 556 sayılı KHK. müsadereyi, 61/A-c son maddesinde, genel müsadere maddesi olan TCK.' nun 36. maddesi yargılama usulünü belirten Ceza Usul Yasası' na atıfta bulunarak açıklamaktadır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Albayrak, Mustafa: Markaların Korunması Hakkında KHK' ye Göre Müsadere, FMR 2003/2, s. 13-23)

³⁷⁹ Arkan: (Marka II) age., s. 150.

katılmaması hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır. Sonuç olarak haklı neden söz konusu olduğunda önceki kullanılmayan süreler haklı neden dolayısıyla kesilmez durmaktadır; böylece haklı nedenden önceki ve sonraki sürelerin birbirine eklendiğini söylemek mümkün görünmektedir.

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan markanın kullanılma yükümlenisi, tescil edilen bir markanın kullanılmasına ilişkindir. Söz konusu yükümlenisi, kullanılan bir markanın tescil edilme zorunluluğu veya herhangi bir malı üreten, ticarete sunan ya da bir hizmeti gören işletmelerin, marka kullanmak zorunda olup olmadığı ile karıştırılmamalıdır.

556 sayılı KHK.' de öngörülen hukuki korumadan yararlanabilmek için markanın tescilinin yanı sıra kullanılması da gerekmektedir. Usulüne uygun şekilde tescil ettirilen marka üzerindeki haklar, münhasıran söz konusu markayı kendi adına tescil ettirene aittir. Ancak tescil ile elde edilen inhisari hak ve yetkiler hak sahiplerince iyi niyet veya rekabet kurallarına aykırı olarak kullanılmaya elverişlidir. Markalar üzerinde tesis edilen hakkın, sadece tescil işlemine dayalı olarak sonsuza kadar sahibi lehine korunması, ticari hayatta oldukça büyük önemi olan markaların oluşturulması ve kullanılması imkanlarını daraltacaktır. Bu nedendir ki, tescilli markanın kullanımına yönelik olarak mevzuatımızda bir takım önlemler alınmıştır. Bu önlemlerden biri tescil edilmiş markalara getirilen kullanma yükümlenisi. Başka bir deyişle, tescil ile marka hakkı doğar, ancak bu hakkın korunması, kullanma yükümlenisinin yerine getirilip getirilmemesine bağlıdır.

Tescilli bir marka sahibi olabilmek için, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili bir işletmenin ve kullanma niyetinin bulunması zorunlu değildir. Tescil ile elde edilmiş olan hak, kullanılmasa dahi 556 sayılı KHK' de belirtilen beş yıllık hoşgörü süresi boyunca korunacaktır. Hatta söz konusu sürenin bitiminden sonra dahi, kullanılmayan tescilli markanın iptali için dava açılmadığı ve bu dava sonucunda marka sicilden terkin ettirilmediği süre boyunca, tescilli marka anılan kararname kapsamında korunacaktır. Görüldüğü üzere, 556 sayılı KHK., markanın korunması için "markayı kullanma niyeti" gibi sübjektif kriterlerden bağımsız olarak "markanın kullanılması" biçiminde objektif bir kriter öngörmüştür.

Aktif bir eylem olan kullanma olgusunu esasen, marka sahibi tarafından, yurt içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerde, tescil amacına yönelik, süreklilik arz eden, ciddi, aktif ve markaya özgü kullanma fiilleri belirler.

Marka, birden çok sınıf için tescil ettirildiğinde, markanın mal ve hizmetlerle ilgili bir sınıfta kullanılması diğer sınıflarda da kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Bunun

dışında aynı sınıfta olsa dahi markanın o sınıftaki sadece bir kısım mal ve hizmetler için kullanılıyor olması, o sınıfta yer alan tüm mallar için kullanıldığı anlamına gelmeyecektir. Bu durumda, markanın kullanılma yükümlüsünün yerine getirilip getirilmediği incelenirken göz önüne alınacak ölçüt “toplum” olacaktır. Zira toplum, markanın kullanıldığı mal veya hizmet ile aynı sınıf için de olsa dahi, kullanılmayan mal ve hizmeti aynı tür saymıyorsa kullanım gerçekleşmiş sayılamaz.

Markanın kullanılmasına ilişkin düzenlenmiş olan 556 sayılı KHK.’nin 14. maddesi hükmünde, markanın yurt içinde kullanılacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasına rağmen tescilli markanın kullanılma yükümlüsü, söz konusu markanın yurt içinde kullanılması ile gerçekleşir. Bunun nedeni ise ülkesellik ilkesidir. Bu ilke uyarınca 556 sayılı KHK. ile getirilen düzenlemeler ancak Türkiye sınırları içinde uygulanacaktır. 556 sayılı KHK. m.14/2 (b)’de yer alan markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması hususu ise marka hukukunda kabul edilen ülkesellik ilkesine bir istisnadır. Markalanmış mal veya hizmetlerin ihraç malları niteliğinde olabilmesi ve 556 sayılı KHK. anlamında kullanım yükümlüsünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için söz konusu malların yurt içinde markalanması ve ardından “ihraç” edilmesi gerekmektedir.

556 sayılı KHK. m.14/2 (c)’de yer alan, markanın marka sahibinin izni ile kullanılması hallerinden biri olan inhisari lisansta marka sahibi, kullanma hakkını saklı tutmadıkça, kendisi dahi markayı kullanmamaktadır. Bu durumda lisans alan markayı kesintisiz olarak 5 yıl kullanmadığı takdirde kullanma yükümlüsünü yerine getirilmemesi nedeniyle marka, iptal yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Ancak, bu durumda marka sahibinin üçüncü bir kişiye markasının tekeli kullanım hakkını tanısa bile bu hakkını elinde tuttuğu kabul edilmelidir. Böylece marka sahibi, kullanma hakkını saklı tutmamasına rağmen kullanmama nedeniyle iptal tehlikesi ile karşı karşıya kalan markasının sicilden terkinini önlemek için lisans sözleşmesini BK. m. 535/7 uyarınca haklı sebeplerle fesih ederek markayı kullanmalıdır. Aksi takdirde marka sahibinin üzerine düşen yükümlülüğü tam anlamıyla yapmış olduğunu kabul etmek mümkün değildir ve böylece marka sahibi söz konusu markanın iptaline, lisans sözleşmesine dayanarak itiraz edemeyecektir.

556 sayılı KHK. m. 14/2 (c) bendinden farklı olarak, TRİPs Anlaşması' nın 19/2' de marka sahibinin "izniyle" yerine marka sahibinin "kontrolü altında" bir başka kişi tarafından kullanılmasından söz edilmektedir. Burada marka sahibinin "izni" yerine "kontrolü altında" üçüncü kişi tarafından kullanılması terimi amaca daha uygundur. Böylece marka sahibi, markasını üçüncü kişinin kullanmadığı hallerde iptal tehlikesine karşı koruyabilecektir.

556 sayılı KHK. m. 14/2 (d) gereğince markalı malın, marka sahibinin kendisi veya onun izniyle üçüncü kişi tarafından Türkiye' ye ithali de markanın kullanılması sayılır. Hiçbir yabancı kaynakta benzer bir istisnadan söz edilmemişken 556 sayılı KHK.' ye bu hükmün konulmasının gerekçesi, ülke dışından ithal edilecek mal ya da hizmetlere ilişkin yabancı markalara hakkaniyete uygun bir himaye sağlamak olabilir. Aynı şekilde, yabancı marka olmamakla beraber, Türkiye' de üretim imkanı bulunmayan, ancak yurt dışında üretilen malların yerli firmalar tarafından ülkeye sokulması durumunda da olası bir hak kaybının önüne geçilebilecektir. Tüm bu hallerde markanın somut kullanımının Türkiye' de başlamamış olmasına rağmen bir koruma sağlanıldığına dikkat etmek gerekir.

556 sayılı KHK m. 14/1' e göre haklı bir nedenin bulunması halinde markanın kullanılmaması ile ilgili belirtilen 5 yıllık hoşgörü süresi işlememektedir. Ancak belirli bir süre içinde gerçekleşen haklı nedene dayanmayan kullanılmamanın daha önce oluşan ve haklı nedene dayanan kullanılmamanın etkilerini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı hususunda sorun ortaya çıkmaktadır. Marka beş yılı aşmayan sürelerle zaman zaman kullanılmamış ise önceki süreler birbirine eklenmez. Bu, sürenin durmadığını yani kesildiğini gösterir. Ancak bunun için arada geçen kullanmanın ciddi olması gerekir. Yani marka sahibine, markasını yeniden kullanmaya başlamak suretiyle iptal sonucunu engelleme olanağı verilmiştir. Ancak haklı nedenin varlığı halinde süre kesilmez; durur. Yani markanın kullanılmasına engel olan haklı neden ortadan kalktıktan sonra söz konusu beş yıllık süre, kaldığı yerden yeniden işlemeye başlar.

Markanın internet üzerinden kullanılması 556 sayılı KHK. m. 14/2' de belirtilen, kullanma sayılan haller arasında yer almamasına rağmen gelişen teknolojiyi takiben markanın internet üzerinden kullanılmasının da kullanım yüklenmesini gerçekleştirdiği varsayılmaktadır. İnternet üzerinden kullanım yüklenmesinin yerine getirilebilmesi için markayı taşıyan malların veya hizmetin sunulduğu ülkede bir işletme veya o işletmeye ait

bir şubenin bulunması şartını aramak yerinde değildir. Çünkü internette kullanım ile sağlanmak istenen gelişen teknolojinin nimetlerinden yararlanmaktır. Aksi kabul edildiği takdirde marka sahibinin, kullanım yüklenmesini yerine getirmesi zorlaştırılmış olacaktır ki bu durum 556 sayılı KHK. m. 14' den beklenen amaca ters düşmektedir. Marka sahibi markasını internet üzerinden yaptığı reklâm ve satış ile kullanım yüklenmesini yerine getirmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu marka, internet üzerinden kullanılsa dahi markanın bütün işlevlerini yerine getirecek şekilde ve ciddi biçimde kullanılması gerektiği kuşkusuzdur.

Tescilli markanın kullanım yüklenmesi marka çeşitlerine göre farklılaşan bir yüklenettir. Ticaret markasında kullanım yüklenmesi, markanın marka sahibi tarafından, malın kendisi veya ambalajında kullanılması ile gerçekleşmekte iken, hizmet markaları açısından marka ile hizmet arasında düşünsel bağlantı kurulmasını sağlayan her türlü kullanım, marka hukukuna özgü kullanım olarak kabul edilecek ve markanın kullanılması yüklenmesi yerine getirilmiş olacaktır ki bu durum hizmet ediminin doğasından kaynaklanmaktadır. 556 sayılı KHK.' ye göre, garanti markası sahibi, markasını bizzat kullanmamaktadır. Markasını kendisi kullanmayan bir marka sahibi açısından da bir kullanım yüklenmesinden bahsetmek mümkün değildir. Buradaki beş yıl kullanım yüklenmesi garanti markası sahibini değil, garanti markasını kullanan, yani garanti markasının asli sahibi olmayan marka sahibini bağlar. Garanti markasının sahibi ise garanti markasını teknik yönetmeliğine aykırı olarak kullanan işletme sahibinden markayı teknik yönetmeliğine uygun kullanmasını isteyebilir. Teknik yönetmeliğine uygun kullanmama 5 yılı aştıktan sonra markanın asli sahibi veya üçüncü kişiler, markanın kullanılmamasından dolayı hükümsüzlüğünü ileri sürebilirler. Sonuç olarak garanti markasının sahibi için bir kullanım yüklenmesinden bahsetmek abesle iştigalden ileri gitmemektedir; zira garanti markası sahibi markayı kullanamaz, teknik yönetmeliğine uygun olarak kullanmak üzere işletme sahiplerine kullanım hakkını verir.

Ortak markanın, 556 sayılı KHK. m. 14 anlamında kullanma yüklenmesinin yerine getirilebilmesi için markayı kullanmaya yetkili kişilerden sadece biri tarafından kullanılmasının yeterli sayılıp sayılmayacağı 556 sayılı KHK.' de gösterilmemiştir. Ancak, burada kabul edilmelidir ki, söz konusu marka sahiplerinden bir ya da birkaçı markayı aralıksız beş yıl kullanmadığı takdirde, diğer marka sahipleri kullandığı sürece bu marka iptal edilemez. Ancak, ortak marka sahiplerinden hiçbiri markayı kullanmıyorsa o zaman

kullanılmayan markanın iptalinin talep edilerek sicilden terkin edilebileceği şüphesizdir. Bunun yanı sıra ortak marka sahiplerinden biri, markayı kullanmayan ortağa kullanmama sebebi ile dava açarak onun açısından markanın kullanılmasını engelleyebilir. Buradaki hukuki yarar, hem markanın itibarının ve sunulduğu piyasadaki menfaatlerinin korunmasıdır.

Koruyucu markanın fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için, yeteri kadar, iyi niyetle ve ciddi kullanılması gerekir; aksi halde 556 sayılı KHK. m. 42 hükmünce iptal yaptırımı ile karşılaşılabilir. Koruyucu markalar gibi tedbir markalarının da ne amaçla tescil edildiklerinin tespit edilmesi oldukça güçtür. Tedbir markaları da beş yıl boyunca kullanılmazsa iptal edilebilir. Ancak iptal edilinceye kadar geçerli olarak tescil edilmiş bir markanın hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Renk markalarına ilişkin kullanma yükümlüsünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için tescil edilen renk markasının nasıl tescil edildiğine bakmak gerekmektedir. Şayet tescilli renk markası herhangi bir şekil ile birlikte olmaksızın tescil edilmişse, farklı şekilde kullanılması mümkün olamaz. Zira bu renk tescil edildiği emtia veya hizmetle ve bunun menşei olan işletme ile özdeşleşmiştir. Şayet renk markaları bir şekil ile birlikte tescil olunmuşsa, bu durumda söz konusu markada hakim unsura karar vermek icap eder. Eğer renk unsuru hakim ise bu durumda kullanma yükümlüsünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için renk unsurunun olduğu gibi kullanılması gerekir. Şayet sadece renk kombinasyonlarından oluşan bir marka söz konusu ise bu durumda renklerden bir kısmının kullanılmaması durumunda toplum söz konusu değişikliği farklı bir marka olarak algılıyor ise kullanma yükümlüsünün yerine getirilmediği kabul edilmelidir.

Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere ses ve melodiler notaya dökülerek yazılabilir ve bu şekilde tescil edilebilirler. Ancak vardığımız sonuca göre, ses markasının tescili için zorunlu olan notaya dökülme unsuru ses markasının kullanım yükümlüsünün yerine getirilmesini sağlamamaktadır. Zira ses markalarından da diğer markalardan olduğu gibi, markanın kullanıldığı mal veya hizmetin diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması işlevi beklenmektedir. Ses markalarından beklenen, daha kolay akılda kalıcı ifadelerdir ve markanın hitap ettiği kitle söz konusu markayı ancak ezgisi ile birlikte duyduğunda tanıyabilmektedir. Başka bir deyişle notaya dökülerek ses markasının kullanılması tüketiciler tarafından algılanması zor olacağından markadan beklenen işlevler

yerine getirilememiş olacaktır. Kokuların da ayırt edici özelliklerinin olması koşuluyla tescil edilebilmeleri ve marka korumasından yararlanması mümkündür. Tescil edilirken kimyasal formülle veya grafikte ifade edilen koku markasının kullanım yüklenişinin yerine getirilebilmesi için söz konusu markanın işlevlerini yerine getirecek şekilde kullanılması gerekmektedir. Bu ise, tescil edilen koku markasının hitap ettiği toplum tarafından soyut olarak bir başka deyişle, koklama duyusu ile algılanabilmesiyle sağlanmaktadır.

Tanınmış markanın kullanılma yüklenişinin yerine getirilip getirilmediğinin tespiti açısından ise konu iki bakımdan incelenmelidir. Bunlardan ilki, tanınmış markanın, tanınmışlığına konu olan mal ve hizmetlerden başka tescil edildiği mal ve hizmetlere ilişkin kullanılma yüklenişidir. Tanınmış marka sahibi, markasını kullandığı mal ve hizmetler dışında farklı mal ve hizmetler içinde tescil ettirmiş olabilir. Bunun nedeni tanınmış markanın, başkaları tarafından kullanımı suretiyle reklâm fonksiyonundan yararlanılarak haksız bir yararın sağlanması ve dolayısıyla markanın itibarının zarara uğramasını önlemektir. Ancak tanınmış markanın korunması amacıyla tescil ettirilmiş olan bu mallara ilişkin markanın kullanılmaması halinde açılacak dava sonucunda elde edilecek hukuki yarar tartışmalıdır. Yani, marka sahibi 556 sayılı KHK' ye dayanarak markasının itibarı ve şöhretinden haksız yere avantaj sağlandığı gerekçesi ile başkaları tarafından markasının kullanılmasını engelleyebilir. Dolayısıyla bir markanın tanınmış marka olarak kabul edilmesi halinde, sahibine tüm mal ve hizmetlerde *markasını kullanma zorunluluğu olmadan*, 556 sayılı KHK. kapsamında koruma sağlanmalıdır.

İkincisi ise Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markanın Türkiye' de kullanılması zorunluluğunun olup olmadığına ilişkindir. Doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüş olup, bu görüşler de göz önüne alınarak tanınmış markanın Türkiye' de korunabilmesi için, Türkiye' de tescil edilmesine ve kullanılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bunun için tek şart, söz konusu tanınmış markanın, Türkiye' de de tanınmış olmasıdır. Yurt dışında tescilli ve Türkiye' de tanınan bir markanın korunabilmesi için 556 sayılı KHK m. 14 anlamında Türkiye' de kullanma yüklenişinin yerine getirilmesine gerek yoktur.

Çalışmamızın konusunu oluşturan tescil edilmiş markaların kullanılması zorunluluğunun; yükleni, külfet veya yükümlülük olduğunu savunan değişik görüşler

mevuttur. Kanımızca, kullanılan bu terimler madde hükmünde düzenlenen kullanım zorunluluğunu ifade etmeye yetmemektedir. Tescilli markanın kullanım zorunluluğu için literatüre daha uygun olduğu düşünülen *yüklenti* terimi tercih edilmelidir. Zira, yüklenilerin etkisi yüklenili kişinin hukuksal iktidarını sınırlarken, başka bir tarafın lehine bir borç sağlamazlar. Yükleniye uyulması halinde yükleni lehtarının edim olarak nitelendirilebilecek bir menfaat elde ettiği söylenemez ve yükleninin ifası karşı tarafı zenginleştirmez. *Davranış kuralına uyulması karşı tarafa bir edim menfaati sağlıyorsa yükleni değil yükümlülük söz konusudur.* Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda ise, yükümlülük sahibinin bu davranış yükümünü yerine getirmemesi neticesinde yükümlülük lehtarının menfaati direkt olarak gasp edilmiş olur ve çoğunlukla maddi olan bu zararın tazmini sorumluluğu ile karşılaşılmaktadır. Oysa yüklenilerde ortada doğmuş bir zarar söz konusu olmayacağından bunun tazmini gibi bir sorumluluk atfedilemez. Bu durumda kanımızca, tescilli markanın kullanılması zorunluluğunda bir yükümlülük değil bir yükleni söz konusudur. Aksi kabul edilseydi, tescilli markanın kullanılmaması halinde, üçüncü kişinin, yükümlülüklerde olduğu gibi, marka sahibini markasını kullanmaya zorlaması durumu ortaya çıkacaktı ki bu durumda üçüncü kişinin ne gibi bir hukuki menfaat elde edeceği tartışmalıdır.

Tescilli markalar 556 sayılı KHK.’ de belirtilen beş yıllık süreden fazla kullanılmaması halinde 42. maddenin (c) bendi uyarınca iptal yaptırımı ile karşılaşacaktır. Marka tescil başvurularında artık başvuru sahipleri sadece ihtiyaçları olan sektörde değil daha geniş kapsamda markalarını tescil ettirme yoluna gitmektedirler ve bunlardan çoğu zaman sadece bir veya iki ürünü ürettikleri halde bunlar dışındaki ürünler için marka atıl kalmakta ve uzun yıllar boyunca kullanılmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu markanın başkaları tarafından kullanımı engellenmiş olmaktadır. Bu hususu göz önünde bulundurduğumuzda gerçekten de iptal yaptırımının etkin olarak kullanılması gereken bir hüküm olduğu kaçınılmaz bir gerçek olarak gözler önüne serilmektedir.

Markanın kullanılmamasına ilişkin açılacak iptal davası 5 yılın dolması ile açılmalıdır. Söz konusu davada marka sahibinin son gün dahi ciddi kullanılma başlayabileceği ve böylece açılacak davanın konusuz kalabileceği ihtimali gözden kaçırılmaması gereken bir gerçektir. Bu hükmün bir istisnası da süre dolmuştur ancak sürenin dolması anı ile davanın açıldığı tarih arasında marka sahibi tarafından ciddi kullanılma başlanmış ve devam ediliyorsa açılan iptal davasında “kullanmama” iddiası

dinlenemeyecektir. Ancak, dava açılacağı düşünülerek markanın kullanımı başlamışsa, mahkeme davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz. Burada dikkat edilmesi gereken husus marka sahibinin *ciddi* kullanıma başlayıp başlamadığıdır.

Beş yıllık sürenin “dolmasından sonra”, başka bir deyişle marka iptal edilebilir duruma geldiği zaman içerisinde, özdeş veya benzer bir markayı üçüncü kişi kullanmaya başlarsa, marka sahibinin sonradan kendi markasını ciddi olarak kullanmaya başlamasıyla iptal nedeni ortadan kalksa dahi üçüncü kişiye karşı markaya tecavüz gerekçesiyle dava açılmaz.

556 sayılı KHK. m. 14’ de düzenlenen 5 yıllık sürenin başlangıcı olan “tescil tarihi” başvuru sahibine tescil belgesinin verildiği tarihtir. 556 sayılı KHK. m. 39/1 hükmüne göre; “Bu kanun hükmünde kararname ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre başvurusunu eksiksiz yapmış veya eksikliklerini gidermiş ve süresi içerisinde hakkında itiraz yapılmamış veya yapılan itiraz kesin olarak reddedilmiş bir başvuru tescil edilerek sicile kaydedilir. Başvuru sahibine ‘marka tescil belgesi’ verilir...” denilmektedir. Bu nedenle iptal davalarında uygulanan 5 yıllık sürenin başlangıç tarihinin 556 sayılı KHK. 9/son ve 40. maddeleri uyarınca marka korumasının başladığı başvuru tarihi olmayıp, 39. madde uyarınca markanın sicile tescil tarihi olarak anlaşılması gerekmektedir.

556 sayılı KHK. m. 14’ de markanın kullanma yüklenmesine ilişkin belirtilen hoşgörü süresine uyulmaması halinde *iptal* edileceğinden, madde 42/1 (c)’ de ise 14. maddeye aykırılık halinde kullanılmayan markanın *hükümsüz* sayılacağından bahsedilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak “iptal” ve “hükümsüzlük” kelimelerinin eş anlamlı olarak kullanılması yerinde olmamıştır. Çünkü hükümsüzlük ve iptal kavramlarının hukuki sonuçları birbirinden farklıdır. Tescilli markanın kullanılmaması ile ilgili olarak ancak “iptal” ve “iptal davası” kavramlarından bahsetmek yerinde olacaktır. Bunun nedeni ise, kullanılmama halinde markanın baştan, yani tescil edildiği andan itibaren geçersiz olmamasıdır.

Marka hukukumuzda kullanmama nedeniyle marka hakkının sona ermesi, marka sahibi açısından son derece ağır olduğu ve markasını kullanmamasında haklı nedenlerin bulunması durumunda bu yaptırımın uygulanamaması sebepleri dolayısıyla, iptal kararını

verme yetkisi yargı organlarına bırakılmış, TPE' nce re'sen veya başvuru üzerine markanın sicilden terkinin kabul edilmemiştir. Ancak uluslararası kapsamdaki uygulamalar incelendiğinde ortaya çıkan sonuca göre idari makamlar yolu ile terkinin Türk marka hukukunda da tercih edilmesi faydalı olacaktır. Zira, idari makamlar yolu ile terkin usulü, yargı yoluna başvurmayaya nazaran daha pratik ve ucuzdur.

556 sayılı KHK' de kullanılmama nedeni ile iptal, bir hak düşürücü veya zamanaşımı süresine tabi kılınmamıştır. Ancak tescilli markanın kullanılmaması nedeniyle açılacak davanın niteliğinin, hükümsüzlük davası değil bir iptal davası niteliğinde olması nedeniyle Yargıtay' ın içtihadı haline gelen 5 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması söz konusu olmamalıdır. Çünkü hükümsüzlükte, hükümsüzlüğü talep edilen markanın hukuka aykırılık hali baştan itibaren yani tescil tarihinden itibaren mevcuttur. Bu nedenle, markanın kullanılmaması sebebiyle açılacak iptal davasının zamanaşımına uğraması veya hak düşürücü süreye tabi kılınması, tescilli markanın kullanılmamasına ilişkin yapılan ulusal ve uluslararası düzenlemelerinin ruhuna da aykırı düşecektir.

Hükümsüzlük ve iptal davalarının süresi ile ilgili uygulamada ortaya çıkan bir diğer hal ise, tescilli bir marka sahibinin markasını kullanmamasına ek olarak markasının üçüncü bir kişi tarafından kullanılmasına veya tescil ettirilmesine sessiz kalması halidir. Bu tür olaylarda MK. m. 2 kuralı esas alınmalı ve markasını kullanmayan marka sahibinin hükümsüzlük davası açma hakkının kaybına dair süre somut olayın özelliklerine göre saptanmalıdır.

556 sayılı KHK.' de iptal davalarında ispat yüküne ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple de ispat yüküne ilişkin genel düzenleme olan MK.' un 6. maddesi hükmüne başvurulması söz konusudur. İlgili bu maddeye göre ise; iki taraftan her biri iddia ettiği hususu ispatlamakla mükelleftir. 556 sayılı KHK. sisteminde delil ibrazı konusunda davacının ispat imkanının kolaylaştırıldığı, *delillerin tespiti davası* açabildiği, hakimin HUMK. m. 330 vd. maddeleri uyarınca davalıyı delil ibrazına zorlayabileceği dikkate alındığında diğer görüş taraftarlarının iddia ettiği gibi usul hukukundaki genel prensipten mutlak şekilde ayrılmayı gerektirir bir durumdan da söz edilemez. Bu nedenle, tescilli markanın kullanılmamasına ilişkin olarak açılan iptal davasında markanın kullanılmadığı hususuna yönelik ispat yükünün öncelikle davacı üçüncü kişiye ait olduğu ancak olumsuz ispatlamak güç olduğu için bu konuda esnek davranılarak hakimde ciddi

kuşklar uyandırılması yeterli kabul edilmelidir. Buna karşılık marka sahibi, örneğin markasına tecavüz edildiği gerekçesiyle dava açmış ve markanın kullanılmadığı iddiasıyla karşılaşmış ise, burada iddiasını marka hakkına dayandırdığına göre, bunun varlığını da ilk ispatlayacak yine marka sahibi olacaktır.

Markanın iptalinin sonuçlarını düzenleyen 556 sayılı KHK.' nin 44/I. maddesinde belirtilen, mahkeme tarafından verilen iptal kararlarının tescil tarihine kadar geriye doğru etkili olacağı hükmüne rağmen, geriye etkinin, kullanmama nedeniyle iptalde, tescil engelleri nedeniyle hükümsüzlük yaptırımından farklı olarak, tescil tarihine kadar olmaması gerekir. Zira, geriye etkili olma kuralı hükümsüzlükte söz konusu olup, iptal de ileriye dönük bir etki durumu oluşur. İptal durumunda hükümsüzlükten farklı olarak; işlem, iptal edilinceye kadar tüm hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. İptal talebi olmadığı sürece işlem geçerliliğini sürdürmektedir ve iptal kesinleştiği takdirde iptal kararının verildiği andan itibaren etki doğurmaktadır. Öyleyse tescilden sonra hiç kullanılmayan markaların iptaline ilişkin karar, ancak beş yıllık sürenin sona erdiği tarihe kadar geriye yürüyebilir. Tescilden sonra bir süre kullanılan ancak daha sonra kullanımına ara verilen markalar açısından geriye etki, beş yıllık sürenin bittiği tarihe kadar olabilir. Zaten aksi kabul edilmiş olsaydı; 556 sayılı KHK. m. 14 hükmüne göre verilen 5 yıllık hoşgörü süresi amacına uygun olmazdı.

Tescilli markayı kullanmama, markanın hiç kullanılmaması biçiminde gerçekleşebileceği gibi tescil edildiği sınıflardaki bazı mal ve hizmetler için kullanılmaması şeklinde de gerçekleşebilir. Markanın kısmen kullanılmaması sebebiyle kısmi iptalinin gündeme gelmesi halinde, temel sorunlardan biri davada menfaat şartıdır. Örneğin önceden de belirttiğimiz gibi, kısmi iptali talep edilen markanın tanınmış veya tanınmışlık düzeyi yüksek olması durumunda kural olarak kısmi iptal talep edenin iptal edilen alanda markayı kendi adına tescil ettiremeyeceği açıktır. Aynı şekilde böyle bir durum olmasa dahi, kısmen iptal halinde, iptal edilen kısım için marka başvurusunun yapılması durumunda konunun nispi ret nedeni olarak gündeme gelmesi de olasıdır. Ancak; her iki durumda da kısmi iptal talebi ile dava açılabilir ve açılan dava dinlenilmelidir. Bunun nedeni ise, kullanılmayan markanın sicilden terkin ettirilmesinde terkin talep eden kişilerin menfaatlerinin yanı sıra marka sicilinin boş yere işgal edilmemesi gibi kamusal menfaatlerin de söz konusu olmasıdır.

Çalışmamız esnasında incelediğimiz ulusal ve uluslararası mevzuat, doktrin görüşleri ile yargı kararları doğrultusunda vardığımız yukarıda belirtmiş olduğumuz sonuçlara göre; tescilli markanın kullanılma yükümlenmesi marka hukuku alanında önem arz eden bir konu olması nedeni ile tez çalışmamıza konu edilerek irdelenmeye çalışılmıştır. Marka hukukunun giderek öneminin artması nedeni ile, ülkemizdeki gelişmelerin dünyaya paralel olarak düzenlenmesi için Markalar Kanunu tasarısında konunun önemini vurgulayan düzenlemelere yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ADAY, NEJAT** :Özel Hukukta Yüklenti Kavramı Ve Sonuçları, İstanbul 2000.
- AKYOL, ŞENER** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1, İstanbul 1995.
- ALICA, TÜRKAY** :Marka, Tasarım Ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, S. 2, Ankara 2007, s.149-157.
- ANSAY, TUĞRUL** :Yabancı Markaların Türkiye’ de Himayesi (Bir Yargıtay Kararı Dolayısıyla), Batider 1963, C. II, S. 2, s. 270-275.
- ARKAN, SABİH** :Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997. (Marka I)
- ARKAN, SABİH** :Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998. (Marka II)
- ARKAN, SABİH** :Markayı Kullanma Yükümlülüğü, “Marka Koruması” Uluslararası Sempozyumu, 24-25 Haziran 1998, İstanbul, s. 291-296. (Yükümlülük)
- ARKAN, SABİH** :Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004. (İşletme)
- ARKAN, SABİH** :Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılma Zorunluluğu, Batider, C. XX, S. 3, s. 5-13. (Tecavüz)
- ARKAN, SABİH** :Yabancı Markaların Türkiye’ de Korunması, Batider, C. XX, S. 1, s. 8-15. (Yabancı)
- ARKAN, SABİH** :Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer’ e Armağan, Ankara 1998, s. 197-208. (Tükenme)
- ARSEVEN, HAYDAR** :Nazari Ve Tatbiki Alamet-i Farika Hukuku, İstanbul 1951.
- ARVASI, ZERRİN** :Franchise Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Ankara 2000, s. 137-151.
- ASLAN, ADEM** :Türk Ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004.
- AYDIN, HÜSEYİN** :Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003.

- BASTIAN, EVA-MARINA** :Avrupa Hukukunda Topluluk Markası: Ulusal Hukuk Ve Mevcut Sorunlarla İlişkiler, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara, s. 438-460.
- BAŞAR, FEYZA** :Yabancı Tanınmış Markaların Türkiye’ de Haksız Kullanımı, İş Dünyasında Başarının Anahtarı: Fikri Haklar, TÜSİAD Yayını, Ekim 2003, İstanbul, s. 61-66.
- BAYTAN KARAKUZU, DİLEK** :Fikri Mülkiyet Hukuku Kavramları, İstanbul 2005.
- BATTAL, AHMET** :Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Dergisi, S. XVIII, 22.06.2001, S. 28-66.
- BERZEK, AYŞENUR** :556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ de Markaların Düzenlenmesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün’ e Armağan, İstanbul 1998, s.79-88. (agm.)
- BİLGE, MEHMET EMİN** :Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi, Batider 2005, C. XXIII, S.1, s. 125-151.
- BİLGE, MEHMET EMİN** :Bilge, Fikri Mülkiyet Haklarının Güvence Altına Alınmasına İlişkin 2004/48/EG Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile Getirilen Temel Esaslar ve Türk Hukukuyla Mukayese (www.e-akademi.org)
- BİLGİLİ, FATİH** :Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukuki Koruma Şartları, Prof. Dr. Ergun Özsunay’ a Armağan, İstanbul 2004, s. 219-233.
- BİLGİLİ, FATİH** :Markanın Hükümsüzlüğünün İleri Sürülmesine Süre: Yargıtay’ ın 17.11.2005 Tarihli “Meşhur Sultanahmet Halk Köftecisi” Kararının Değerlendirilmesi, THD, Nisan 2007, S. 8, s. 7-12. (Karar)
- BOZER, ALİ/ GÖLE, CELAL** :Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, Ankara 1994.
- BOZKURT YAŞAR, SEVGİ** :Marka Lisansı Sözleşmesinin Şekli Ve Lisansın Sicile Kaydı, Türk Hukuk Dergisi, Eylül 2006, S.1, s. 32-40.
- CAMCI, ÖMER** :Haksız Rekabet Davaları -2-, İstanbul 2002.
- CAMCI, ÖMER** :Marka Davaları, İstanbul 1999. (Marka)
- CENGİZ, DİLEK** :Türk Hukukunda İktibas Ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İlgili Mevzuat, Danıştay Ve Yargıtay Kararları, İstanbul 1995.

- ÇİHANGİROĞLU, CELAL** :Ticari İşletme Hukuku, İzmir 1996.
- ÇAĞLAR, HAYRETTİN** :Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması, FMR 2007/2, s. 13-25.
- ÇOLAK, UĞUR** :Paris Sözleşmesi' nin 6bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar, Bu Tanınmışlığın Nasıl Belirleneceği Sorunu Ve WIPO Kriterleri, FMR 2004/2, s. 23-25.
- DAVENPORT, NEİL** :United Kingdom Copyright & Design Protection, London 1993.
- DERİCİOĞLU, HAYRİ** :Marka Ve Marka Hakkının Korunması, Türkiye İktisat Gazetesi, 1972, s. 5-7.
- DİRİKKAN, HANİFE** :Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003. (Tanınmış)
- DİRİKKAN, HANİFE** :Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Prof. Dr. Oğuz İmregün' e Armağan, İstanbul 1998, s. 219-280. (Külfet)
- DOĞAN, BEŞİR FATİH** :Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, FMR 2005/4, s. 37-64. (Soyut Renk)
- DOĞAN, BEŞİR FATİH** :Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma, Batider 2007, C. XXIV, S.1, s. 219-238. (Ayırt Edici)
- DÖNMEZ, İRFAN** :Markalar Ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992.
- ERDAĞ, NEVZAT** :Marka-Patent Belgelendirme, İstanbul 2006.
- ERDEM, BAHADIR** :Patent Hakkının Korunmasına Ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2002. (Patent)
- ERDEM, BAHADIR** :Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 05–06 Mayıs 2005, s. 172-178. (Fikri Haklar)
- ERDEM, BAHADIR** :Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2003. (Milletlerarası Yetki)
- ERDEN, LEVENT** :Marka Yaratılması, Marka Değeri Ve Türkiye' deki Durum, Sınaî Mülkiyet Hakları Ve Ekonomik Değerleri, İstanbul 2006, s. 15–25.
- EREN, FİKRET** :Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 1998.

- EROĞLU, SEVİLAY** :Soyut Renk, Ses Ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2003, s. 95-165.
- GÖZLÜKAYA, FATMA** :556 Sayılı KHK Kapsamında Markanın Hükümsüzlüğü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2003.
- GÜÇER, SÜLÜN** :Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Ankara 2005.
- GÜNEŞ, GÜLSEN** :Türk Hukukunda Entelektüel Sınai Haklar Ve Vergilendirilmesi, İstanbul 1997.
- GÜRZUMAR, OSMAN BERAT** :Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Yeni Gelişmeler, Yargıtay Dergisi 1994, C. 20, S. 4, s. 501-524.
- HİRSCH, ERNST** :Hukuki Bakımdan Fikri Sây, Birinci Cilt, Nazari Esaslar Sınai Haklar (İhtira Beratları Ve Sınai Modeller), İstanbul 1942.
- İNAL, TAMER** :Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004.
- KESKİN, SERAP** :Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Hakların Patent Ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, Ankara 2003.
- KARAAHMET, ERDOĞAN/**
- YALÇINER, UĞUR** :Marka Tescilinin Temel İlkeleri Ve Uygulamaları, Ankara 1999.
- KARAHAN, SAMİ/ SULUK, CAHİT/**
- SARAÇ, TAHİR/ NAL, TEMEL** :Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007.
- KARAHAN, SAMİ** :Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002 (Hükümsüzlük)
- KARAHAN, SAMİ** :Garanti Markası, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2005 – 2006, S. 2, s. 15-39. (Garanti)
- KARAHAN, SAMİ** :Markanın Tescil Ve Korunmasında Sınıfsal Sınırlar, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2005 – 2006, S.1, s. 13-24. (Sınıf)
- KARAHAN, SAMİ** :Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı, FMR 2004/2, s. 11-22. (Marufiyet)
- KARAHAN, SAMİ** :Ticari İşletme Hukuku, Konya 1994. (İşletme)

KARAHAN, SAMİ :Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları Ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç' e Armağan, C. I, İstanbul 2001, s. 293-307. (Zamanaşımı)

KARAN, HAKAN/

KILIÇ, MEHMET :Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi Ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.

KARASU, RAUF :Ses Markaları, FMR 2007/2, s. 25-57.

KARAYALÇIN, YAŞAR :Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giriş – Ticari İşletme, Ankara 1968. (İşletme)

KARAYALÇIN, YAŞAR :Markaların Aynen Ve Aralıksız Kullanılmasıyla İlgili Hükümler, ABD 1976, C. 33, S.6, s. 998-1001. (Kullanma)

KARGIN, VELİ :Kullanılmayan Markalar Sorunu (www.etapatent.com)

KAYA, ARSLAN :Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05 – 06 Mayıs 2005, s. 195-209.

KAYHAN, FAHRETTİN :Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat Ve Marka Hakkının Tükenmesi, FMR 2001/1, s. 25-49.

KIRCA, İSMAİL :Tescilli Markaların Başvuru Eserlerinde Yer Alması, Batider 2003, C. XXII, S.2, s. 5-14.

KOCAHANOĞLU, OSMAN SELİM :Markalar Ve Patent Mevzuatı, İstanbul 1996.

KUR, ANNETTE :Use Of Trademarks On The Internet – WIPO Recommendations, IIC Vol. 33, S. 1, 2002, s. 41-47.

MERAN, NECATİ :Marka Hakları Ve Korunması, Ankara 2004.

MİMAROĞLU, SAİT KEMAL :Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, Ankara 1978.

NOMER, FÜSUN :Tanınmış Marka: Nike, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu' na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, 485-506.

OCAK, NAZMİ :Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı, Prof. Dr. Ali Bozer' e Armağan, Ankara 1998, s. 269-286.

OĞUZMAN, M. KEMAL/

ÖZ TURGUT :Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 2000.

- OMAĞ, MERİH KEMAL** :Marka Hukuku İle Rekabet Hukuku Açısından Marka Ve Korunması, Hukuk Araştırmaları Dergisi 1991, C. 6, S.1-3, s. 5-14.
- ORTAN, ALİ NECİP** :Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979.
- OYTAÇ, KUTLU** :Karşılaştırmalı Markalar Hukuku Endüstriyel Tasarım İçerikli, Ankara 2002.
- ÖÇAL, AKAR** :Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre Ve Türk Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara 1967.
- ÖZDAL, ŞULE** :556 Sayılı KHK' nin 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul 2005.
- ÖZDEMİR OKTAY, SAİBE** :Sinaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri Ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002
- ÖZEL, ÇAĞLAR** :Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002.
- ÖZTEK, SELÇUK** :İlaç Markaları Arasında İltibas Ve Türk Hukukunun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları, Hukuk Araştırmaları Dergisi 1991, C. 6, S. 1-3, s. 15-22.
- ÖZTÜRK, ÖZGE** :Koku Markası, FMR 2007/2, s. 59-66.
- PEKDİNÇER, REMZİ TAMER** :Marka Hakkı Ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2001.
- PINAR, HAMDİ** :Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, M. Kemal Oğuzman' ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 855-915.
- PINAR, HAMDİ** :Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi Ve Türkiye, İstanbul 2004.
- POROY, REHA** :Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1977.
- POROY, REHA/YASAMAN, HAMDİ** :Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004.
- POROY, REHA/ TEKİNALP, ÜNAL** :Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Haluk Tandoğan' ın Anısına Armağan, 1915-1988, Ankara 1990, s. 333-345.
- SAKA, ZAFER** :Ticaret Hukuku - Ticari İşletme, İstanbul 1998.
- SERT, SELİN** :Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2007.
- SULUK, CAHİT** :Telif Hakları Ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004.
- SULUK, CAHİT** :Tasarım Hukuku, Ankara 2004. (Tasarım)

- YASAMAN, HAMDİ** :Marka Hakkının Niteliği Ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.sinin Kararı Üzerine Düşünceler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1, S. 2, İstanbul 2003, s. 151-158. (Marka Hakkı)
- YASAMAN, HAMDİ** :Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar Ve Bilirkişi Raporları, İstanbul 2003. (Bilirkişi)
- YASAMAN, HAMDİ** :Hizmet Markaları, Batider 1975, C. VIII, S. 1, s. 73-93. (Hizmet)
- YASAMAN/YUSUFOĞLU** :Marka Hukuku, C. II, İstanbul 2004.
- YASAMAN/YÜKSEL** :556 Sayılı KHK Şerhi, C. I, İstanbul 2004.
- YILDIRIM, MURAT** :Markada Hükümsüzlük Nedenleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003.
- YILMAZ, ARİFE** :Sınaî Haklar Küresel Rekabetin Anahtarı, Sınaî Mülkiyet Hakları Ve Ekonomik Değerleri, İstanbul 2006, s. 41-55.
- YILMAZ, PINAR** :Ticaret Hukuku-1, Ankara 2003.
- YÜKSEL, ALİ SAİT** :Patent Ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul 1989.
- ZEVKLİLER, AYDIN** :Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996.

EK

Tez çalışmamıza katkı yapması açısından uluslararası alanda marka hukuku ile ilgili çalışmalar yürüten marka vekillerine yöneltilen aşağıdaki sorulara, ulusal mevzuatlarını temel alarak verdikleri cevaplar bir sonraki sayfada verilen tabloda değerlendirilmiştir³⁸⁰.

Sorular:

- Ülkenizde tescilli bir markanın kullanılmamasına ilişkin hoşgörü süre kaç yıldır?
- Kullanmama süresi hangi tarihte başlamaktadır? (Tescil tarihi/Başvuru tarihi)
- İspat külfeti kime aittir? (Davayı açan üçüncü kişi/Marka sahibi)
 - Kullanılmayan tescilli markanın iptali nasıl talep edilir? (Yargı yolu ile terkin/İdari usul ile terkin)

³⁸⁰ Marka vekilleri ile geçilen iletişim www.piperpat.com, www.agip.com adreslerinden alınan elektronik posta ile sağlanmıştır.

Ülke	Kullanmama Süresi	Sürenin Başlangıcı (Tescil/Başvuru)	İspat Sorunu	Terkin Usulü (Yargı/İdari)	Açıklamalar
OHİM (Avusturya, Belçika, Hollanda,Lüksemburg,Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Portekiz, İspanya, İsveç, İngiltere,Letonya,Litvanya, Romanya, Macaristan,Polonya, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Malta, Slovakya, Slovenya, Estonya, Bulgaristan)	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir. Ancak topluluk markası için açılan iptal davasında marka sahibi, üçüncü kişi talep ettiği takdirde kendisi markayı kullandığını ispat edecektir.	Üçüncü kişi OHİM' e başvurmak suretiyle idari terkin yoluna gidebileceği gibi yargı yolu ile terkin yoluna da gidebilir. Söz konusu dava OHİM' e açılır. Topluluk markasına karşı terkin için dava açılırsa, marka sahibine tescil ettirdiği mal ve hizmetleri kullandığına dair ispatlaması için 3 aylık süre verilir. Herhangi bir delil sunmazsa marka iptal edilir.	OHİM konumu dolayısıyla bir topluluk markasının terkinini talep etme hakkına sahip değildir. Söz konusu terkin talebi daima üçüncü kişiler tarafından yapılmalıdır.
AVRUPA Avusturya	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	İdari terkin	
Benelux	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir. Davayı açan taraf marka sahibi ise ticaretin normal şartları uyarınca markayı kullandığını ispatlamalıdır Buna göre ilan yolu ile	Herhangi bir ilgili kişi yargı eliyle terkin yoluna gidebilir.	5 yıllık sürenin sona ermesinden sonra marka sahibi, markasını yeniden kullanmak suretiyle söz konusu sürenin kesilmesini sağlayabilir. Böylece terkin amacı ile açılan davalar

			marka adının duyurulması, reklâmlar veya ürünlerin üzerine markanın resminin koyulması vb. yollar ile ispat külfeti yerine getirilebilir.		başarıya ulaşamayacaktır. Ancak bu kullanım terkin davasının açılmasından üç ay önce başlamışsa dikkate alınmayacaktır.
Danimarka	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	İdari terkin yani patent ofisi tarafından terkin veya yargı eliyle terkin yoluna gidilebilir. Ancak birinci seçenek ucuz olması sebebiyle daha çok tercih edilmektedir.	Danimarka' da bir markanın kullanma sebebiyle korunabilmesi için tescil edilmesine gerek yoktur. Ancak bu korumanın sağlanabilmesi için söz konusu kullanmanın aralıksız olması gerekmektedir.
Almanya	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açana aittir. Ancak dava açıldıktan sonra üçüncü kişi tarafından talep edilirse o zaman marka sahibine ispat külfeti geçmektedir. Kataloglar, broşürler, faturalar, fiyat listeleri vb. ile söz konusu kullanım ispat edilebilir.	İdari terkin.	
Yunanistan	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibindedir.	Yargı yoluyla terkin.	

- SULUK, CAHİT** :Sınai Mülkiyet Haklarında Hükümsüzlük Kararlarının Etkisi, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2006, S. 3, s. 38-73. (Hükümsüzlük)
- SUMROY, ROB/BADGER, CARİNA** :Markanın Esas Fonksiyonu Yönünden Yasa Dışı Kullanımının İncelenmesi, FMR 2007/3, s. 73-87 (Çeviri: Selin Sert).
- ŞANAL, OSMAN** :Markalarda Hükümsüzlük Davaları, Ankara 2006.
- ŞENOCAK, KEMAL** :Soyut Renk Markaları, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz' e Armağan, Ankara 2003, s. 55-125.
- TAYLAN ÇAMLIBEL, ESİN** :Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.
- TEKİNALP, ÜNAL** :Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005. (Fikri Mülkiyet)
- TEKİNALP, ÜNAL** :Yeni Marka Hukukunda Tescil ilkesi Ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ' a Armağan, İstanbul 1997, s. 467-480. (Tescil)
- TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ** :Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar, Yaşar Karayalçın' a 65. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1988, s. 69-78.
- TEOMAN, ÖMER** :Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukuki Mütalaalar, Kitap 8, İstanbul 1997, s. 39-47.
- TEOMAN, ÖMER** :Markanın Terkinini Sağlamak İçin Açılacak Olan Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsü' ne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu, Prof. Dr. Oğuz İmregün' e Armağan, İstanbul 1998, s. 645-653. (Terkin)
- TOPALOĞLU, MUSTAFA** :Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar Ve Bu Hakların Korunması, İstanbul 1997.
- UMAR, BİLGE/EJDER, YILMAZ** :İspat Yükü, Ankara 1980.
- ÜNLÜ, LEVENT** :Tanınmış Markalar Ve Korunması, Kocaeli 2001.
- YALÇINER, UĞUR** :Sınai Mülkiyetin İlkeleri, Ankara 2000.
- YASAMAN, HAMDİ** :Marka Olabilecek İşaretler, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu: 05-06 Mayıs 2005, s. 135-171. (İşaret)
- YASAMAN, HAMDİ** :Tanınmış Markalar, Prof. Dr. Halil Arslanlı' nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 691-707. (Tanınmış Marka)

			Malların paketlerinde, faturalarda, reklamlar vb. yollarla ispat külfeti yerine getirilebilir.		
İrlanda	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibindedir. Faturalar, reklamlar, söz konusu marka ile ilgili yapılan satışlar, broşürler vb. ile kanıtlanabilir .	Yargı veya idari yolla terkin yapılabilir. Ancak eğer marka ile ilgili işlemlere alakalı olarak mahkemede bekleyen bir olay varsa, o zaman terkinin mahkeme yolu ile yapılması zorunludur.	
Portekiz	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibine aittir.	İdari yol veya yargı yolu ile terkin mümkündür.	
İspanya	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin.	
İsveç	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin. (Stockholm Mahkemesi)	
İngiltere	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibine aittir.	Dava ve idari usul ile terkin.	
Letonya	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibine aittir. Ancak marka sahibinin dava açtığı ve durumlarda, ona karşı kullanılmama iddiasında bulunulursa o zaman marka sahibi kullandığını ispatlamakla	İdari terkin.	

			mükelleftir.		
Litvanya	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin.	5 yıllık sürenin bitimi ardından marka sahibi markasını ciddi olarak kullanmaya başlarsa veya bu niyetini açık bir şekilde belli ederse bu takdirde markanın iptali talep edilemeyecektir. Ayrıca ithalat ihracat kısıtlamaları vb. marka sahibinin elinde olmayan sebepler varsa markanın iptali talep edilemez.
Romanya	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin	
Macaristan	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir. Ancak davayı açan üçüncü kişinin talebi üzerine ispat külfeti marka sahibine geçer.	İdari yol ile terkin edilebilir. Ancak patent ofisinin verdiği karara karşı dava açılması mümkündür.	
Kıbrıs Rum Kesimi	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Yüksek mahkeme veya iptali istenen markanın tescilinin yapıldığı idari makam eli ile terkin.	
Slovenya	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibine aittir.	Dava yolu ile terkin.	
Estonya	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin	
Bulgaristan	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti	İdari yol ile	

			marka sahibindedir.	terkin. Ancak sadece üçüncü kişi talep ettiğinde mümkündür. Yani idari makam terkin talebi edemez.	
Makedonya	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava veya idari yol ile terkin. İdari yol ile terkin ancak üçüncü kişinin talebi ile mümkündür.	
Norveç	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibine aittir. İspat külfeti satış rakamları, ilgili piyasadaki yeri, broşür, reklam vb. ile yerine getirilebilir.	Dava yolu ile terkin. (Oslo Bölge Mahkemesi)	
ESKI SOVYETLER BIRLIĞI ÜLKELERİ Rusya	3 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibine aittir.	İhtisas Mahkemeleri yolu ile terkin.	
Tacikistan	3 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Yargı yolu ile terkin edilmelidir. Patent ofisi kararlarının temyiz edildiği mahkemede dava açılır.	
Kazakistan	3 yıl	Başvuru tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Yüksek mahkemede dava açılır.	
UZAK DOĞU VE OKYANUS ÜLKELERİ Çin	3 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka	İdari yol ile terkin. İdari	

			sahibine aittir. İspat külfeti malın ambalajına, taşıyıcısına ya da hizmette kullanılan ürünlerin üzerine veya sözleşmelere markanın konulması, internetten aldığı dokümanlar vb. yollar ile yerine getirilebilir.	makamın verdiği karar temyiz edilebilir.	
Japonya	3 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir. Daha sonra ispat külfeti marka sahibine geçer.	İdari yol ile terkin. Ancak sadece üçüncü işler talep ettiğinde söz konusu olabilmektedir.	Japonya Patent Ofisinin son 5 yılı kapsayan yaptığı istatistikler uyarınca markaların kullanılmama nedeniyle iptali oranı %75' i bulmuştur.
Vietnam	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	İdari yol ile terkin. Ancak sadece üçüncü işler talep ettiğinde söz konusu olabilmektedir.	
Bangladeş	7 yıl	Başvuru tarihi tescil tarihi olarak kabul edildiği için başvuru tarihinden itibaren 7 yıllık süre işlemeye başlar.	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	İdari yol ile terkin. Ancak sadece üçüncü işler talep ettiğinde söz konusu olabilmektedir.	Kullanılmama için hoşgörü süresi 7 yıl olmasına karşın, Bangladeş' te bir markanın incelenmesi ve tescil edilmesi daha uzun bir süreyi bulabilmektedir.
Pakistan	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibine	İdari veya yargı yolunun tercih edilmesi	

			aittir.	şeklinde bir kural bulunmamaktadır	
Hindistan	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibine aittir.	Yargı yolu ile terkin.	İptal davası ancak zarar gören kişiler tarafından açılabilir.
Tayvan	–	–	–	–	Tayvan’ da tescilli markanın kullanılma yükümlüğüne ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.
Tayland	3 yıl	Başvuru tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin. (İhtisas mahkemeleri yetkilidir.)	
Kanada	3 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir. Ancak üçüncü kişinin bu konuda bir talebi olursa o zaman ispat yükü marka sahibine geçer.		
Meksika	3 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	İdari yol ile terkin.	
Venezüella	3 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	İdari yol ile terkin. Ancak sadece üçüncü kişinin talebi ile söz konusu olur. İdari makamlar terkin talebinde bulunamaz.	Söz konusu üçüncü kişi markanın terkininden hukuki yararı bulunan kişidir ve bu hususu kanıtlamakla mükelleftir. Bu külfet, sonra marka sahibine geçer.
ARAP ÜLKELERİ Irak	3 yıl	Tescil Tarihi	İspat külfeti davayı açan	Dava yolu ile terkin.	Irak’taki resmi kayıtlara göre

			tarafa aittir.		kullanmama nedeniyle terkine çok fazla rastlanmamıştır.
Ürdün	3 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	İdari yolla terkin.	
Katar	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin.	
Suudi Arabistan	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin	
Birleşik Arap Emirlikleri	5 Yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin.	
Bahreyn	5 Yıl	Başvuru tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin.	
Suriye Arap Cumhuriyeti	3 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibine aittir.	Dava yolu ile terkin.	Marka için başvuruda kullanma niyeti aranmaktadır.
Umman	5 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin.	
İran					Şu anda bir hoşgörü süresi olmamakla beraber bu süre eskiden 3 yıldır ve tescil tarihinden itibaren başlıyordu. Ayrıca ispat külfeti davayı açan tarafa aitti.
Batı Şeria	2 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti marka sahibine aittir.	Dava veya idari yolla terkin.	
Gazze Şeridi	2 yıl	Tescil tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin.	
AFRİKA ÜLKELERİ Libya	5 yıl	Başvuru tarihi	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin.	

Sudan	5 yıl	Tescil tarihi ile başvuru tarihi aynı kabul edildiği için söz konusu süre başvuru tarihinden itibaren başlar.	İspat külfeti davayı açan tarafa aittir.	Dava yolu ile terkin.	Kullanılmayan markanın sicilden terkinini ilgili üçüncü kişiler isteyebileceği gibi ilgili idari makam da talep edebilir.
Fas	5 yıl	Tescil tarihi ile başvuru tarihi aynı kabul edildiği için söz konusu süre başvuru tarihinden itibaren başlar.	İspat külfeti marka sahibine aittir.	Dava yolu ile terkin. (Bu hususta yetkili mahkeme Ticaret Mahkemesidir.)	İptal davasının sonuçlanması 3 yılı bulmaktadır. Ayrıca Fas Markalar Kanunu uyarınca tescilli markanın aynen kullanılması yükümlülüğü bulunmaktadır.

Yukarıda verilen tabloda ülkelerin marka vekillerinden alınan cevaplar neticesinde varılan sonuçlara göre; OHIM' e üye ülkelerde topluluk markasının kullanılması ile yüklenen süre beş yıldır. Bu beş yıllık sürenin başlangıç tarihi tescil tarihi olarak uygulanmaktadır. Markanın kullanılmamasına ilişkin açılan iptal davalarında ispat külfeti davayı açan tarafa aittir. Ancak topluluk markası için açılan iptal davasında marka sahibi, üçüncü kişi talep ettiği takdirde kendisi markayı kullandığını ispat etmekle yükümlüdür. OHIM' e üye ülkelerde üçüncü kişi markanın terkinini için hem idari hem de yargısal terkin yoluna gitme hakkına sahiptir. OHIM' e yapılan terkin başvurusunda, marka sahibine, markasını tescil ettirdiği mal ve hizmetleri kullandığına dair ispatlaması için 3 aylık süre verilir. Marka sahibi bu süre zarfında herhangi bir delil sunmazsa marka iptal edilir. OHIM, konumu dolayısıyla bir topluluk markasının terkinini talep etme hakkını haiz değildir. Söz konusu terkin taleplerinde bulunma yetkisi daima üçüncü kişilerdedir.

Marka uzmanlarıyla yapılan görüşmelerde alınan cevaplar doğrultusunda; Avrupa ülkelerinde markanın kullanılması yükümlentisi ile ilgili alınan neticelere göre; kullanım yükümlentisi konusunda bir birliğin mevcut olduğu, bu sürenin beş yıl olarak belirlendiği

dikkat çekmektedir. Avrupa ülkelerinde, uygulamada birliğin olduğu bir başka husus ise kullanım yükümlüsü süresinin başlangıç tarihinin tescil tarihi olmasıdır. Avusturya, Benelux, Danimarka, İspanya, Litvanya, Romanya, Kıbrıs Rum Kesimi, Estonya ve Makedonya, Almanya ve Macaristan’ da ispat külfeti davayı açan tarafa aittir. Ancak bu ülkelerde dava açıldıktan sonra üçüncü kişi tarafından talep edilirse o zaman marka sahibine ispat külfeti geçmektedir. Yunanistan, İrlanda, Portekiz, İngiltere Slovenya, Bulgaristan ve Norveç’ de ise ispat külfeti konusunda farklılık mevcut olup, bu ülkelerin marka hukukları uyarınca marka sahibi markasını kullandığını ispatlamakla mükelleftir. Avrupa ülkelerinin genelinde markanın kullanılması sebebi ile açılan terkin davalarında sadece idari yola başvurulması ender rastlanan bir düzenlemedir. Genellikle yargısal dava yoluyla terkin talep edilebileceği düzenlenmiş ya da hem idari hem yargı yolu ile terkin düzenlenmiş, seçme hakkı başvuruçulara bırakılmıştır. Markanın iptalini talep eden üçüncü kişiler, idari yolla terkinin daha ucuz ve pratik olması ve daha kısa zamanda sonlanması nedenleri ile bu yolu tercih etmektedirler. Ancak bu kullanım, terkin davasının açılmasından üç ay önce başlamışsa dikkate alınmayacaktır. Danimarka’ da bir markanın kullanma sebebiyle korunabilmesi için tescil edilmesine gerek yoktur. Ancak bu korumanın sağlanabilmesi için söz konusu kullanmanın aralıksız olması gerekmektedir. Avrupa ülkelerinde, 5 yıllık kullanma süresinin bitimi ardından marka sahibi markasını ciddi olarak kullanmaya başlarsa veya bu niyetini açık bir şekilde belli ederse bu takdirde markanın iptali talep edilemeyecektir. Aksi takdirde, terkin amacı ile açılan davalar konusuz kalacak ve başarıya ulaşamayacaktır. Ayrıca ithalat/ihracat kısıtlamaları vb. marka sahibini elinde olmayan haklı nedenler söz konusu ise, markanın iptali talep edilemez.

Markanın kullanılması yükümlüsü ile ilgili olarak Eski Sovyetler Birliği Ülkelerinde de kullanma süresi konusunda uygulamada bir birliğe ulaşılmıştır. Ancak Rusya, Tacikistan ve Kazakistan’ ın örnekleme olarak alındığı bu ülkeler grubunda, kullanma yükümlüsüne ilişkin hoşgörü süresi, Avrupa ülkelerinden daha kısa bir süre olarak belirlenmiştir. Bu düzenlemeye göre söz konusu süre 3 yıldır ancak, bu sürenin başlangıcı konusunda uygulama birliğine gidilememiştir. Örneğin Rusya ve Tacikistan kullanım süresinin başlangıcını tescil tarihi olarak kabul ederken, Kazakistan başvuru tarihi olarak düzenleme yapmıştır. Rusya’da ispat külfeti marka sahibine yüklenmişken, Tacikistan ve Kazakistan’da davayı açan tarafa aittir. Bu ülkelerde kullanılmayan markanın terkin için açılacak davalarda idari terkin yolu değil, yüksek mahkemeler ya da ihtisas

mahkemelerinde açılacak dava yolu ile kullanılmayan markanın iptalinin talep edilebileceği düzenlenmiştir.

Tüm dünyada markanın kullanılması yüklenmesinin nasıl düzenlendiği irdelenirken yapılan çalışma neticesinde incelenen bir başka ülke grubu Uzak Doğu ve Okyanus ülkeleridir. Bu ülkelerde kullanma yüklenmesi ile ilgili ortak bir zaman belirlenmesi mevcut değildir. Zira Çin, Japonya, Tayland, Kanada, Meksika ve Venezüella’ da markanın kullanılması yüklenmesi 3 yıl iken; Vietnam, Pakistan ve Hindistan’da 5 yıldır. Uzak Doğu ve Okyanus ülkeleri arasında bu zaman dilimini daha uzun tutan Bangladeş gibi (7 yıl) ülkeler mevcutken, Tayvan gibi tescilli markanın kullanma yüklenmesine ilişkin bir düzenlemenin var olmadığı ülkeler de mevcuttur. Bu ülkelerde genellikle kullanma sürelerinin başlangıçları, tescil tarihleri olarak kabul edildiği sonucuna varılmıştır. Bangladeş ve Tayland’da olduğu gibi kullanım süresinin başlangıcını başvuru tarihi olarak belirleyen ülkelerde mevcuttur. Genele bakıldığında, büyük oranda marka terkin davalarında ispat külfetinin davayı açan tarafta olduğu düzenlenmiş ise de; Çin, Pakistan ve Hindistan gibi ülkelerde, bu külfetin marka sahibine ait olduğu düzenlemeler de mevcuttur. Venezüella’ da ise davayı açan tarafın iddiasını kanıtlamakla mükellef olmasına karşın bu külfetin daha sonra marka sahibine geçeceği düzenlenmiştir. Genele bakıldığında Uzak Doğu ve Okyanus ülkelerinde idari ve yargı yolu ile terkin konusunda bir birliğe varılmadığı ve her iki yolun da kabul edildiği görülmektedir. Japonya Patent Ofisinin son 5 yılı kapsayan yaptığı istatistiklere göre; markaların kullanılmama nedeniyle iptali oranı %75 e ulaşmıştır.

Marka vekillerinden alınan cevaplar neticesinde, Arap Ülkelerinde markanın kullanılması yüklenmesi ile ilgili olarak kullanım süresinde ülkeler arasında farklılıkların çok fazla olduğu dikkat çekicidir. Zira; 5 yıl, 3 yıl gibi genel uygulamaların yer aldığı ülkeler mevcutken; Batı Şeria ve Gazze Şeridi gibi bu süreleri 2 yıla sınırlı tutan ülkeler vardır. Arap ülkelerinin çoğunda markanın kullanılması süresinin başlangıcı, tescil tarihi olarak düzenlenmesine karşın, bu uygulamanın istisnasına örnek olarak gösterilebilecek ülkelerin sayısı son derece sınırlıdır. Örneğin Bahreyn’ de bu sürenin başlangıcı, başvuru tarihi olarak düzenlenmiştir. Belirlenen süre boyunca markanın kullanılmaması sebebi ile açılacak terkin davalarında ispat külfeti genellikle davayı açan tarafa yüklenmiştir. Suriye Arap Cumhuriyeti ve Batı Şeria’ da ise bundan farklı olarak, markanın kullanıldığının marka sahibi tarafından kanıtlanması gerektiği düzenlenmiştir. Markanın kullanılmaması

nedeni ile açılacak terkin davalarında ise izlenecek yol genellikle dava yolu ile terkin için başvurudur. Ürdün, idari yolla terkin istenebileceği düzenlemesine yer vermişken, Batı Şeria idari ya da yargı yolu tercihini, dava açana bırakmıştır. İran' da daha önceleri tescil tarihinden itibaren 3 yıl olarak belirlenen hoşgörü süresi ispat külfetini davayı açan tarafa yüklemekteydi. Ancak bugün İran' da konuya ilişkin olarak bir düzenleme mevcut değildir. Suriye Arap Cumhuriyeti, marka için başvuruda, özellikle kullanma niyetini aradığını düzenlemelerinde vurgulamaktadır. Irak' da tutulan resmi kayıtlara göre kullanmama nedeniyle terkin davasına pek rastlanılmadığı gözlenmektedir.

Afrika Ülkelerinin markayı kullanma yükletisi hususundaki düzenlemelerine gelince; genelde beş yıllık kullanma süresi belirledikleri görülmektedir. Bu ülkelerde tescil tarihi ile başvuru tarihi aynı tarih olarak kabul edilmekte ve kullanma yükletisine ilişkin hoşgörü süresi bu tarihten itibaren başlamaktadır. İspat külfeti terkin davalarında davayı açan tarafa yüklenmiş, bu hususta Fas, farklı bir düzenlemeye yer vererek marka sahibini markasını kullandığını ispatlamakla görevlendirmiştir. Afrika ülkelerinin hemen hemen hepsi dava yolu ile terkin istenebileceğini düzenlemiştir. Sudan' da markanın sicilden terkininin, üçüncü kişilerin yanı sıra idari makamlar tarafından da talep edilebileceği düzenlenmiştir. Fas' da terkin davaları, ticaret mahkemelerinde çözüme kavuşturulmaktadır. Aynen kullanma zorunluluğunun var olduğu Fas' da terkin davalarının sonuçlanması, neredeyse 3 yılı bulmaktadır.

Dünya ülkelerinin coğrafi kriterleri baz alınarak yapılan gruplandırmalarda, marka vekillerine sorulan soruların cevaplarına göre, markanın kullanılma yükletisi hususunda uygulamaların ne boyutta olduğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Aşağıdaki tabloda bilgilerinize sunulan şablonda daha net anlaşılacağı üzere; TRİPs Anlaşması' na üye olan ve olmayan ülkelerin uygulamalarında farklılıklar olduğu aşikardır. Öncelikle kullanım yükletisinin marka sahibine yüklendiği süre konusunda TRİPs Anlaşması' na taraf olan ülkelerde anlaşmaya bağlı kalınarak en az 3 yıl olarak belirtilen sürenin altına düşülmemiş, genelde beş yıllık bir süre belirlenmiştir. TRİPs Anlaşması' nda kullanım süresi hususunda bir üst sınır belirlenmemişken, anlaşmaya taraf olmayan ülkelerde 3 yılın altına düşülerek 2 yıl olarak belirlendiği ya da sürenin uzatılarak 7 yıla çıkarıldığı gözlemlenmektedir. Hatta İran ve Tayvan gibi ülkelerde marka sahibine böyle bir yükletisi kuralı dahi getirilmemiştir.

Ülkemizdeki kullanma yükümlenmesi hususundaki düzenlemeleri dünyaya paralel olarak karşılaştırmak gerekirse, kullanım süresi tarafı olduğumuz TRİPs Anlaşması' na uygun şekilde, 5 yıl olarak belirlenmiştir. Mülga Markalar Kanununda 3 yıl olarak belirlenmiş olan süre, dünyadaki genel uygulamaya da paralel olarak 556 sayılı KHK. ile 5 yıla çıkarılmıştır. Yapılan bu değişikliğin, tüm dünyadaki uygulamanın incelenmesinde de görüleceği üzere son derece yerinde bir değişiklik olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ülkemizde tartışma konusu yapılan ve tez çalışmamızda da incelenen bir diğer husus da beş yıllık sürenin başlangıç tarihi konusudur. Dünya ülkelerinin genelinde tescil tarihi, kullanım süresinin başlangıcı olarak belirlenmiştir. Ülkemizde ise tescil tarihi kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda belirsizlikler ve tartışmalar yaşanmaktadır. Tez çalışması içerisinde bu tartışmalara yer verilmiş, nihayetinde tescil tarihi kavramından tescil başvuru tarihinin değil, markanın tescilinin yayımlandığı günün anlaşılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Dünya ülkelerindeki uygulamanın irdelenmesinde ortaya çıkan sonucun kanaatimizle uyumlu olması, bunun kabul edilmesi gerekliliğini bir kez daha ortaya koymuştur.

Marka vekillerine alınan cevaplar doğrultusunda söz konusu ülkelerdeki düzenlemeler uyarınca; uluslararası kapsamda genel olarak davayı açan tarafın davasının ispatlamakla mükellef olduğu görülmektedir. Söz konusu terkin davalarında genel kurala istisna getirilerek ispat külfetinin yer değiştirmesinin gereğinin doğmayacağı, terkin davasını açan kimsenin iddialarını ve delillerini ileri sürmesinin ardından marka sahibinin, markasını kullandığını ispat külfeti altına gireceği sonucuna varılmıştır. Ülkemizde ise; tez çalışmamız içerisinde tartışıldığı üzere, ispat külfeti konusunda bir fikir birliği mevcut değildir. Tez çalışması sonucunda ispat külfetine ilişkin varılan sonuç, dünya ülkelerindeki genel uygulamaya paraleldir. Dolayısıyla bunun aksinin iddia edilmesi uluslararası uygulamalara da ters düşecektir.

Markayı kullanma yükümlenmesine uyulmaması halinde, terkin için başvurulacak yargı yolunun belirlenmesinde ülkemizde dava yolu tercih edilmiştir. Dünya ülkelerinde bu husustaki düzenlemelere bakıldığında; genellikle hem idari hem yargı yolunun kabul edildiği, hangi yolun tercih edileceğinin ise terkin talebinde bulunan üçüncü kişiye bırakıldığı görülmektedir. Uluslararası boyutta uygulama alanı gelişen, bu hususun ülkemizde yapılan düzenlemelere de yansıtılması yerinde olacaktır. Zira idari yol daha

pratik ve daha ucuzdur. Usul ekonomisine daha uygun bir yol mevcutken üçüncü kişileri dava süreci ile terkin talep etmeye zorlamak, hızla gelişim gösteren dünya ülkeleri ile bağdaşmamaktadır. Nitekim idari yolla terkin istendiğinde temyiz gibi denetimlerle, verilen idari kararlara karşı dava yoluna gitme hakkı düzenlendiğinde, idari kararların denetimi konusunda bir şüpheye mahal kalmayacaktır.