

MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN SONUÇLARI

CONSEQUENCES OF TRADEMARK INFRINGEMENT

Mustafa ÖKSÜZ*

Özet: Anayasa Mahkemesi, 2008 ve 2014 yıllarında gayrimad-di mallar kapsamında bulunan fikri ve sınai mülkiyet haklarının, Anayasa’da tanımını bulan mülkiyet haklarından olduğu ve bu hakların kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle marka, tasarım, patent ve coğrafi işaretlere ilişkin kanun hükmünde kararnamelerin bazı maddelerini iptal etmiştir. Bahse konu hakların kanunla düzenlenmesi ihtiyacı ve uluslararası sözleşmeler ile Avrupa Birliği (AB) mevzuatıyla uyumun artırılması maksadıyla 10.01.2017 tarihinde 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Marka hakkından doğan korumanın kapsamını, serbest piyasada rol alan tüm ilgilileri korumayı amaçlayan ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) yer alan haksız rekabet hükümlerinin özel düzenlenmiş halleri olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) oluşturmaktadır.

Bu çalışmada, büyük ölçüde AB mevzuatına uyumlu hale getirilen bahse konu hükümler öğreti ve yargı kararları ışığında ele alınarak; öncelikle marka hakkına tecavüzün sonuçlarının daha iyi açıklanabilmesi için genel olarak marka kavramı ve marka hakkına tecavüz fiilleri ile bu fiillerinin ortak özellikleri irdelenmiş, müteakiben marka hakkına tecavüz sonucunda açılacak davalar ve geçici hukuki himaye tedbirleri ayrıntılı olarak incelenerek marka hakkına tecavüz davasına yönelik açıklayıcı bilgilere yer verilmiş, son olarak marka hakkına tecavüz suçları açıklanarak cezai korumanın kapsamına değinilmiştir.

Anahtar kelimeler: Marka, Marka Hakkına Tecavüz, Haksız Rekabet, Marka Hakkının Cezai Koruması

Abstract: In 2008 and 2014, the Constitutional Court rescinded some provisions of the decree-laws on trademarks, designs, patents and geographical signs on the grounds that the intellectual and industrial property rights included in the scope of intangible properties which are the property rights defined in the Constitution and these rights cannot be regulated by decree-laws. The Industrial Property Law No. 6769 came into force on 10.01.2017 for the need to regulate the aforementioned rights by law and to increase compliance with international conventions and European Union (EU) legislation.

* Yüksek Lisans Öğrencisi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, mustafa_oksuz@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7591-0939, Makalenin Gönderim Tarihi: 22.03.2021, Kabul Tarihi: 22.03.2021

The scope of the protection arising from the trademark right consists of the Industrial Property Law No. 6769, the special version of the unfair competition provisions included in the Turkish Commercial Code No. 6102 that aims to protect all concerned parties involved in the free market.

In this study, the provisions mentioned above, which have been mostly harmonized with the EU legislation, were handled in the light of doctrine and judicial decisions; first of all, in order to explain the consequences of trademark infringement in a better way, the concept of the trademark in general and the acts of infringement of the trademark rights and the common features of these acts were examined, and subsequently, the lawsuits that could be filed as a result of trademark infringement and interim measures were examined in detail, and explanatory information about the trademark infringement case was included, and finally the scope of criminal protection was mentioned by explaining the trademark crimes.

Keywords: Trademark, Trademark Infringement, Unfair Competition, Criminal Protection of Trademark Right

GİRİŞ

Bir işletmenin mal ve hizmetlerinin, diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilebilmesi ihtiyacı, ayırt edici işaret kullanmayı gerektirdiğinden marka kavramı doğmuştur. Marka sayesinde dünyanın her yerinde bir malın veya hizmetin kime ait olduğu kolaylıkla anlaşılabilmekte, işletmeler de marka hakkına dayanarak, dünyanın her yerinde kolaylıkla ve güvenle mal veya hizmet satışı yapabilmekte, müşterileri ile daha kolay iletişim kurabilmekte, adeta onlarla konuşmaktadır.¹

TRIPS Anlaşması'nın 1995 yılında kabul edilmesi ile birlikte anlaşmaya taraf devletler, marka mevzuatlarını bu anlaşmaya uyumlu hale getirmeye başlamışlardır. Son on yıl içerisinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin marka mevzuatını güncelleme çalışmaları çerçevesinde; 89/104 sayılı direktif yerini önce 2008/95 sayılı direktife, 2015 yılı sonunda ise 2015/2436 sayılı direktife bırakmış, 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü de 207/2009 numarası ile yeniden düzenlenmiş iken, 2015 yılında bu tüzük 2015/2424 sayılı tüzükle önemli ölçüde değiştirilmiş, akabinde 14 Haziran 2017 tarihli, 2017/1001 sayılı yeni Marka Tüzüğü yürürlüğe girmiştir.²

¹ Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.1.

² Çolak, A.g.e., s.2.

AB mevzuatındaki bu değişiklikler Türkiye’de de yasa koyucu tarafından büyük ölçüde dikkate alınmış, 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun marka hukukuna ilişkin bölümünde AB mevzuatıyla uyumlu değişikliklere yer verilmiştir.

Türk hukukunda 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte sınai mülkiyet alanında uzunca yıllar süren kanun hükmünde kararname dönemi sona ermiş ceza hukuku düzenlemeleri de kanunilik ilkesine uygun olarak bir temele kavuşmuştur.

SMK’da marka hakkına tecavüz sayılan fiiller 29’uncu maddede, marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler ise 30’uncu maddede düzenlenmiştir. Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler ise SMK’nın 149’uncu maddesinde, ihtiyati tedbir talepleri özel olarak 159’uncu maddesinde hükme bağlanmıştır.

I. MARKA KAVRAMI ve MARKA HAKKINA TECAVÜZ

A. Marka Kavramı

Ticari hayatta işletmeleri ve işletmelerin ürettikleri mal ve hizmetleri birbirinden ayırt etmeye yarayan çeşitli işaretler mevcuttur. Ticaret unvanları (TTK m.39 vd.) ticari işletmeleri birbirinden ayırmaya, işletme adları (TTK m.53) işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmeye yararken, SMK’nın 4’üncü maddesine göre marka ise bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamaktadır. Markanın ticari unvan ve işletme adı gibi tescil zorunluluğu yoktur ancak ayırt edici ve sicilde gösterilebilir olması koşulu ile her türlü işaretin hatta tek rengin bile³ marka olarak tescil edilmesi mümkündür.

³ Yargıtay ve öğretide renklerin sınırlı olduğu, bu temel ve sınırlı renklerin herkesin kullanımına açık işaretler olması gerektiği görüşü hâkim ise de Hamdi Yasaman rengin özel bir tonunun bulunması veya özellikli bir ürüne özel olarak kullanılması halinde renk o ürüne ya da hizmete ayırt edici nitelik veriyorsa, tek rengin de marka olarak tescili mümkün olduğu görüşündedir. Bknz. Hamdi Yasaman, “Kırmızı Rengin Marka Olarak Alınması Konusunda AB Temyiz Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2012, Cilt 9, Sayı 2, s.77.

Taşınır ve taşınmaz mallar maddi mallar kapsamında iken fikri ve sınaî mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamındadır. Sınai haklardan olan marka sahibinin marka üzerindeki hakkı, SMK'nın 7/2 maddesinde açıkça vurgulandığı üzere mutlak haklardandır, sahibine inhisari yetkiler verir ve herkese karşı ileri sürülebilir.⁴ SMK'nın 7/4 maddesi gereğince de markanın, sahibine sağladığı haklar, tescil tarihinden itibaren değil, tescilin gerçekleşmesi şartıyla tescil başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren söz konusudur.⁵ Ancak bu hak süreye bağlıdır. SMK'nın 23'üncü maddesine göre tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıl olup bu süre onar yıllık dönemler hâlinde yenilenebilir.

SMK'nın 4'üncü maddesine göre marka her tür işareten oluşabilir. İşaret aslında çok geniş bir terim olup, bilgi, mesaj ileten ve beş duyudan biri tarafından algılanabilen herhangi bir şeydir. Marka tescil edilebilirliğinin ilk koşulu ortada bir işaretin var olmasıdır.

Bir teşebbüsün mallarını veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilebilmesi noktasında önemli olan husus ayırt edici nitelikteki işaretin, yani markanın, toplumun ilgili kesimindeki ortalama tüketici nezdinde malların ticari kökenine, ürünün kaynağına dair bir algı oluşturmaktır.

SMK'nın 4'üncü madde metninde yer alan, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma koşulu, işaretin zaman içinde bozulmadan, değişmeden sicilde muhafaza edilebilir olmasını ve marka tescil başvurusu yapacak olanların, sicilde yapacakları araştırmada, neyin tescilli olduğunu kolayca belirleyebilir, anlayabilir olmasını, ihlal iddiası durumunda da mahkemenin, marka sahibinin markasının koruma kapsamının ne olduğunu kolayca belirleyebilir olmasını gerektirmektedir.⁶

⁴ Arslan Kaya, Marka Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.229; Çolak, A.g.e., s.11.

⁵ Bahse konu hükümde her ne kadar başvuru sahibinin tazminat davası açmaya yetkili olduğu belirtilmekte ise de Uğur Çolak'a göre başvurunun ilanı ile birlikte marka başvuru sahibi, SMK'da düzenlenen tüm hukuk ve ceza davalarını açmaya, hukuk mahkemeleri nezdinde tespit ve ihtiyati tedbir talep etmeye, savcılık nezdinde şikâyette bulunmaya, arama, el koyma ve toplatma talep etmeye yetkilidir. Bknz. Çolak, A.g.e., s.122.

⁶ Çolak, A.g.e., s.61.

SMK'nın 7/2 maddesi gereği sahibine herkese karşı ileri sürülebi- len mutlak bir hak sağlayan marka hakkının, SMK'nın 7/1 maddesin- de açıkça belirtildiği üzere tescil yolu ile elde edilmesine tescil ilkesi adı verilir.⁷ Yargıtay'ca da kabul edildiği üzere tescil, hukuki niteliği bakımından önceden kullanılmış olan marka için yapıldığında açık- layıcı, hiç kullanılmamış bir marka için yapıldığında ise kurucu etki doğurmaktadır.⁸ Marka hangi sınıf mal ya da hizmet için tescilli ise, sadece o sınıf mal ya da hizmet için koruma sağlar. Bunun istisnası tanınmış ve ayırt ediciliği yüksek markalardır.

SMK'nın 7/1 maddesinde kabul edilen tescil ilkesine rağmen SMK'nın 6/3 maddesi gereğince bir markanın eskiye dayalı, öncelikli kullanıcısı o markanın gerçek hak sahibidir. Her ne kadar marka ko- ruması tescille elde edilmekte ise de tescil başvurusundan önce o mar- kayı ihdas eden, kullanan, piyasada maruf hale getiren ve o marka üzerinde hak elde eden kimsenin itirazı üzerine TÜRKPATENT tara- fından tescil başvurusunun reddi gerekir.⁹

İlke olarak marka hukukunda geçerli olan teklik ilkesi gereğince bir markanın ancak bir sahibi olur. Bu husus Yargıtay'ın da içtihat et- tiği üzere kamu düzeninin bir gereğidir.¹⁰ Teklik ilkesinin kabulüne karşın SMK'nın 5/3 maddesinde marka sahibinin yazılı muvafakati- nin bulunması halinde, aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili olarak, önceki marka ile ayırt edilemeyecek derecede benzer bir mar- kanın tesciline imkân tanınmıştır.¹¹ Ayrıca iki farklı hak sahibinin uzun

⁷ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.382. (akt. Çolak, A.g.e., s. 417).

⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 0710.1999 tarih ve 1999/1724 E., 1999/7608 K. ile tescilin kurucu olduğu yönündeki kararına karşılık Yargıtay HGK, 09.02.2011 tarih ve 2010/11-689 E., 2011/46 K. sayılı kararında tescilin etkisinin bildirici olduğunu ifade etmiştir.

⁹ TÜRKPATENT tarafından tescil belgesi verilmesi durumunda ise SMK'nın 25'inci maddesine dayalı olarak gerçek hak sahibinin açacağı hükümsüzlük davası üzeri- ne tescil sahibinin bu markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesi mümkündür. Bknz. Çolak, A.g.e, s. 420.

¹⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 02.03.2006 tarih ve 2005/1359 E., 2006/3136 K. sayılı kararı.

¹¹ "Muvafakatın ancak halkın (tüketicinin) yanılıya düşmesine neden olmayacağı istisnai durumlar halinde verilebileceği yolunda bir ek yapılmasının ve Kuruma muvafakatnameyi denetleme yetkisi verilmesinin uygun olacağı" yönünde bknz. Sabih Arkan, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5.3. Maddesiyle İlgili Bazı Düşünce- ler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 33, Sayı: 3, Eylül 2017, s.11.

bir süre aynı markayı kullanmış ve niza yaşamamış olmaları halinde, birbirlerine dava açma hakları süre aşımına uğradığından birlikte var olmalarına karar verilebilmektedir.¹² Bu çerçevede, SMK'nın 5/3, 6/3 maddelerinde yazılı haller ile sessiz kalma yolu ile hak kaybı, barışçıl birliktelik ve miras hali dışında markanın birden fazla sahibinin bulunması mümkün değildir.

B. Marka Hakkına Tecavüz

Marka hakkına tecavüz sayılan haller SMK'nın 29'uncu maddesinde sınırlı sayıyla sıralanmakta,¹³ SMK'nın 29/1-a maddesi ile de SMK'nın 7'inci maddesine atıf yapılmaktadır. Bu kapsamda, marka hakkına tecavüz sayılan fiiller incelenirken SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddeleri birlikte değerlendirilmelidir. Marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler ise SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenmiştir.

Marka hakkına tecavüzdten bahsedilebilmesi için her şeyden önce bir kullanımın var olması gereklidir. Öğretide, bu kullanımın markasal kullanım olması gerektiği, markasal kullanımın da işareti taşıyan mal ve/veya hizmetlerin, köken itibarıyla diğer mal ve/veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yönelik olduğunun alıcılar tarafından anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılması biçiminde tanımlandığı görülmektedir.¹⁴ Ancak marka hakkına tecavüzün söz konusu olabilmesi için markanın tek fonksiyonu köken gösterme fonksiyonu olmadığından reklam, iletişim, yatırım, kalite ve garanti fonksiyonları da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çerçevede, SMK yönünden tescilli bir markaya tecavüzün benzer bir işaretin sadece markasal olarak kullanılması yoluyla vaki olacağını söylemek mümkün değildir. Markanın aynı veya benzeri bir işaretin ticaret sırasında kullanılması SMK'nın 7/5'inci maddesi anlamında "dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde" olmadıkça marka hakkına tecavüz oluşturur.¹⁵

¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12.04.2010 tarih ve 2008/12864 E., 2010/4025 K.; 01.03.2010, 2008/11643 E. 2010-2268 K. sayılı kararları.

¹³ Önder Bayrak, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Suçları (5. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.123.

¹⁴ Sabih Arkan, "Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 3, 2000, s.7.

¹⁵ Arkan, Markasal Kullanım, s.11.; "CJEU'a göre de markasal kullanımın sınırları geniş tutularak bir markanın aynısının ya da benzerinin kişisel amaçlı olmaksızın, ekonomik bir amaç elde etmek amacıyla ve ticari faaliyette kullanılması markasal

Marka hakkına tecavüz fiilinin oluşması için marka hakkının koruma kapsamına giren bir işaretin kullanılması gerekmektedir. Marka hakkının korunma kapsamı SMK'nın 7/2'nci maddesinde belirtilmiştir.

SMK'nın 7/2-a maddesinde tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerde kullanılması fiili, tescilli markanın birebir kullanımı biçimindeki tecavüz halidir. Marka ihlalleri arasında "tip-1 kullanım" olarak adlandırılan bu halde marka ve sınıf bakımından aynıyet söz konusudur.¹⁶

SMK'nın 7/2-b madde hükmüne göre tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali¹⁷ de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması tecavüz teşkil etmektedir. Marka ile işaret arasındaki ilişki bakımından "tip-2 kullanım" olarak da adlandırılan bu ihlal halinde tescilli marka ile aynı ya da benzer markanın, aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde karıştırma ihtimali yaratacak şekilde kullanılması söz konusudur.¹⁸

SMK'nın 7/2-c maddesine göre de aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması tecavüz teşkil etmektedir. "Tip-3 kullanım" hali olarak da adlandırılan bu ihlal halinde ise tanınmış bir markanın sulandırılması¹⁹, ayırt ediciliğinin zedelenmesi, bu markanın tanınmışlığından haksız yararlanılması söz konusudur.²⁰

bir kullanımdır." CJEU. C-206/01, paragraf 40 (akt. Çolak, A.g.e., s.436).

¹⁶ Kaya, A.g.e., s.266. (akt. Çolak, A.g.e., s.464).

¹⁷ "Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin 29.9.1998 tarihinde verdiği bir kararda (NJW, 1999, vd.) -zihnen bağlılık kurulması- ifadesine iltibas tehlikesinden bağımsız bir anlam verilmeyerek, bu husus sadece iltibas tehlikesinin var olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlardan biri olarak değerlendirilmiştir." Sabih Arkan, "İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, 1999, s.11.

¹⁸ Çolak, A.g.e., s.471.

¹⁹ Tanınmış ve kalite, konfor ile özdeşleşmiş bir otomobil markasının bir giyim eşyası üzerinde kullanılması, tanınmış bir parfüm markasının bir deterjan mamulünde kullanılması gibi.

²⁰ Çolak, A.g.e., s.486.

Marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen SMK'nın 29'uncu maddesine göre SMK'nın 7'inci maddesine yapılan atıf da göz önünde bulundurulduğunda, yukarıda belirtilen koruma kapsamına giren hususlara aykırı olarak, işaretin mal veya ambalajı üzerine konulması (m.7/3-a), işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi (m.7/3-b), işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi (m.7/3-c), işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması (m.7/3-ç), işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması (m.7/3-d), işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması (m.7/3-e), işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması (m.7/3-f) marka hakkına tecavüz oluşturur. Ayrıca SMK'nın m.29/1-ç maddesi gereğince marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek de marka hakkına tecavüz oluşturur. SMK'nın 7/3'üncü maddesinde gösterilen markanın haksız kullanım şekilleri, örnek niteliğinde olup tahdidi değildir.²¹

Marka koruması bakımından kural olarak tescil sistemi geçerlidir ve marka hakları ülkeseldir.²² Kural ülkesellik olmakla birlikte Paris Anlaşması anlamında tanınmış markalara belirli koşullarda sağlanan tescilsiz koruma ve rüçhan hakkı gibi bu kuralın birtakım istisnaları da mevcuttur.²³

Marka hakkından doğan korumanın kapsamını aslında özel düzenlenmiş haksız rekabet halleri oluşturmaktadır. Marka hukuku, marka sahibinin sübjektif hakkını, haksız rekabet hukuku ise dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeği korumayı esas alır.²⁴ Bu çerçevede, marka hakkı ihlali özünde haksız rekabet olmakla birlikte marka ko-

²¹ Arkan, Markasal Kullanım, s.11.

²² Sabih Arkan, "Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 1, 1999, s.5.

²³ Uzunallı, A.g.e., s.129; Çolak, A.g.e., s.12.

²⁴ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1999, s.33. (akt. Arkan, Markasal Kullanım, s.10).

ruması özel yasa ile düzenlenmiş olduğundan öncelikle hakkın ilgili olduğu SMK hükümleri değerlendirilecektir. Her ne kadar markanın tescil zorunluluğu bulunmamakta ise de markasını tescil ettiren marka sahipleri, daha geniş ve daha güçlü bir koruma elde etmektedirler.

Marka hakkına tecavüz iddiasıyla açılan hukuk davalarında bazı durumlarda eylem marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmemekle birlikte, TTK 54 vd. maddelerine göre haksız rekabet olarak kabul edilebilmektedir. Bu gibi hallerde her ne kadar SMK hükümlerine göre hüküm kurulamayacak ise de marka hakkı sahibinin genel hükümlere göre talepte bulunma hakkı mevcuttur.²⁵

SMK hükümleri ancak TÜRK PATENT nezdinde geçerli bir marka tescilinin mevcudiyeti halinde uygulama yeri bulmaktadır. Marka tescilli değil ise tescilsiz marka sahibi SMK hükümlerine göre koruma isteyemez. Bu gibi hallerde TTK 54 vd. maddelerine göre haksız rekabet hükümlerine dayanılması mümkündür.

Ayrıca bazı durumlarda marka hakkına tecavüz söz konusu olmakla beraber TTK'da yer alan haksız rekabete dair genel düzenleme çerçevesinde davalının eylemleri haksız rekabet teşkil edebilir. Sözgelimi, marka tescili veya markanın devralınması nedeniyle marka hakkına tecavüz söz konusu olmamakta, ancak haksız rekabet hali ortaya çıkabilmektedir. Marka kullanılmamakla birlikte eğer davacının ürün ya da ambalajının aynısı ya da belirgin biçimde benzeri kullanılarak, TTK 54 ve 55'inci maddeleri anlamında ürün ve ambalajlar arasında iltibas yaratılmış ise bu hallerde de haksız rekabetten söz edilebilecektir.²⁶

II. MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR

A. Marka Hakkına Tecavüzün Tespiti, Durdurulması ve Önlenmesi (Men'i) Davaları

Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin mahkemede açabileceği davalardan ilki SMK 149/1-a maddesi gereğince fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti.

²⁵ Çolak, A.g.e., s.573.

²⁶ Çolak, A.g.e., s.578.

Bu dava yoluyla HMK'nın 106'ncı maddesinde düzenlenen tespit davasında öngörüldüğü gibi bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun tespiti değil, bir fiilin marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığı incelenmektedir.²⁷ Tecavüze ilişkin olayların ve delillerin tespiti geçici hukuki tedbir olarak HMK'nın 400 vd. hükümlerine göre istenebilmektedir. Ancak tespit davası çekişmeli yargı işi olarak görülür ve delillerin tespitinden farklı olarak yazılı yargılamaya tabidir.²⁸ Bununla birlikte, SMK'nın 149'uncu maddesi kapsamında marka hakkı sahibi, hukuki yararına bağlı olarak ayrıca veya diğer taleplerle birlikte (men, tazminat vb.) tecavüzün tespitini isteyebilir.

Tecavüzün tespiti için eylemi işleyen kusurlu olması ve eylem sonucu bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir.²⁹ Davalı aleyhine önceden ihtar gönderilmeksizin, uyarı yapılmaksızın marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti talepli dava açılabilir.³⁰ Eyleme son verilmiş olması halinde de marka hakkı sahibinin hukuki yararı mevcut olduğundan tespit davası açılabilir.³¹

Marka hakkı sahibi, gerçekleşmek üzere olan ya da tekrarlanma ihtimali bulunan bir tecavüzün önlenmesini SMK'nın 149/1-b maddesi, başlamış ve devam eden bir tecavüzün durdurulmasını ise SMK'nın 149/1-c maddesi gereğince mahkemen talep edebilir.

Tecavüzün önlenmesi davası açılabilmesi için tecavüz tehlikesi gerekmektedir. Tecavüz tehlikesi, tecavüz fiilinin tekrarlanması ya da gerçekleştirilmesi konusunda güçlü emarelerin bulunması halidir.³² Tecavüzün durdurulması davası ise tecavüz devam ettiği sürece açılabilir ve bu süre içerisinde zamanaşımı işlemez. Tecavüz sona ermiş ise tecavüzün durdurulması talep edilemez.

²⁷ Uzunallı, A.g.e., s.151.

²⁸ İlhami Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.317.

²⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s.398.

³⁰ Yargıtay 11. HD 20.01.2011 T., 2009/12665 E., 2011/4913 K. ve Yargıtay 11. HD 20.01.2012 T., 2011/15509 E., 2012/540 K.

³¹ Çolak, A.g.e., 741; Uzunallı, A.g.e, s.151; bknz. Yargıtay 11 HD 09/12/2015 T., 2015/6080 E., 2015/13276 K.

³² Kaya, A.g.e., s. 283 (akt. Çolak, A.g.e, s.743).

Her iki dava da birer eda davasıdır. Bu davaların açılabilmesi için kural olarak tecavüzde bulunanın kusuru ve zarar koşulu aranmaz. Bununla birlikte SMK'nın 29/1-c maddesi gereğince taklit markayı taşıyan malları dağıtan, satan, ithal eden veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak kişilerin eylemi, ancak bu kişilerin bu durumu bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde marka hakkına tecavüz teşkil edeceğinden, tecavüzün durdurulması davasının da bu kimselere karşı sadece belirtilen bilme ya da bilmesi gerekme hallerinde açılabileceği kabul edilmektedir.³³

B. Marka Hakkına Tecavüzün Kaldırılması (Ref'i) Davası

Marka hakkı tecavüze uğrayan kimse, mahkemeden eski durumun geri getirilmesini, tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasını SMK'nın 149/1-ç maddesi çerçevesinde isteyebilir. Bu davanın açılabilmesi için tecavüzün devam etmekte olması şart değildir.³⁴ Tecavüzün giderilmesi (ref'i) talebi tecavüz veya tecavüzün sonuçları devam ettiği sürece yapılabilir.³⁵ Tecavüz sona erdikten ve tecavüzün sonuçları da ortadan kalktıktan sonra tecavüzün giderilmesi talebinde bulunulamaz.³⁶

Tecavüzün tespiti, men'i ve durdurulması davalarında olduğu gibi, tecavüzün kaldırılması davalarında da mütecavizin kusuru şart değildir.³⁷

Tecavüzün kaldırılması her ne kadar SMK'nın 149/1-ç maddesinde, maddi ve manevi zararların giderilmesi talepleri ile aynı fıkranın aynı bendinde düzenlenmekte ise de tecavüzün kaldırılması talebi tek başına tazminat talebini içermemektedir.³⁸ Maddi ve manevi tazminat davaları her ne kadar çoğu zaman ref ve men davalarıyla birlikte açılmakta ise de bunların her biri birbirinden ayrı ve bağımsız birer davadır.

Marka hakkı sahibi tecavüzün kaldırılması için mahkemeden SMK 149/1-d, e, f fıkralarında belirtilen taleplerde bulunabileceği gibi inter-

³³ Sabih Arkan, Marka Hukuku, C.1, Ankara 1997, s.234. (akt. Çolak, A.g.e, s.744; İlhami Güneş, Uygulamalı Marka Hukuku, s.319)

³⁴ Kaya, A.g.e., s.285 (akt. Çolak, A.g.e., s.766).

³⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.498 (akt. Çolak, A.g.e., s.768).

³⁶ Çolak, A.g.e., s.768.

³⁷ Uzunallı, A.g.e., s.152.

³⁸ Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.240. (akt. Çolak, A.g.e., s.766).

net alan adanın terkin, internete erişimin durdurulması ve önlenmesi gibi taleplerde de bulunabilmektedir.³⁹

C. Tazminat Davaları

SMK'nın 150/1⁴⁰ maddesine göre marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişiler, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür. SMK'nın 150 ve 151'inci maddelerinde düzenlenen tazminat sorumluluğu⁴¹ özü itibariyle borçlar hukuku anlamında haksız fiil sorumluluğudur. Marka hakkına tecavüz aynı zamanda bir haksız fiil olması sebebiyle de her türlü delille ispatlanabilir.⁴²

TTK'nın 5/A-1 maddesine çerçevesinde TTK'nın 4/1-d maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliğinde olan marka hakkına tecavüz nedeniyle tazminat davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Ancak davacı tazminatla birlikte tecavüzün durdurulması ve kaldırılması taleplerinde bulunacaksa, tazminat dışındaki talepler zorunlu arabuluculuğun kapsamına girmediğinden, bu talepler için doğrudan dava açılabilir.

1. Maddi Tazminat Davası

Marka hakkına tecavüz nedeniyle marka sahibinin uğradığı maddi kayıp, SMK'nın 151/1'nci maddesinde de belirtildiği üzere fiili zarar ve yoksun kalınan kazancı kapsar. Haksız fiilden sorumlu olan kimselerin bu zararı gidermesi gerekir. Niteliği itibariyle bu dava bir eda davasıdır.

³⁹ Çolak, A.g.e., s.866.

⁴⁰ "Maddede sözü edilen "tazminat" ifadesi hem maddi hem de manevi tazminatı kapsayacak niteliktedir. Zira yasada manevi tazminatla ilgili ayrıca bir özel hükme yer verilmemiştir." Kılıçoğlu, A.g.e., s.401.

⁴¹ Marka hakkından doğan tazminat alacaklarını Yargıtay HGK, HMK'nın 107'nci maddesi anlamında belirsiz alacak olarak nitelemiştir. Yargıtay HGK 02.03.2016 T., 2014/15-439, 2016/207 "Belirsiz alacak davasının sadece maddi zararlar ile ilgili olduğu, maddi tazminat talebi yönünden mümkün bulunduğu ancak manevi tazminat davası bakımından mümkün olmadığı" yönünde bkz. Çolak, A.g.e., s.818.

⁴² Marka hakkına tecavüzde bulunanların bir kısmının ticari kayıt ve defteri bulunmaması ya da bu satışları kayıt dışı yapmaları nedeniyle somut delil elde etme güçlüğü ortaya çıkması durumunda Yargıtay marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet iddiasının tanık delili ile de ispat edilebileceği görüşündedir. Bknz. Yargıtay 11 HD., 02.06.2011 T., 2009/7402 E., 2011/6476 K.

Maddi tazminat davası özünde bir haksız fiil davası olduğundan madde metninde açıkça belirtilmemekte ise de zarar ile fiil arasında nedensellik bağının yanında mütecevizin kusurunun⁴³ varlığı da gereklidir. Kusur kast biçiminde olabileceği gibi ihmâl biçiminde de ortaya çıkabilir. İhmâl halinde gösterilecek özenin derecesi belirlenirken objektif kriterler yanında failin mesleği, iştiğal alanı, tacir olup olmadığı, somut olayın özelliği gibi hususların da gözetilmesi gerekir.⁴⁴

Fiili zarar, marka hakkına tecavüz nedeniyle marka sahibinin malvarlığında meydana gelen net azalmadır. Bu azalma aktifin azalması biçiminde olabileceği gibi, pasifin artması biçiminde de olabilir. Fiili zararın ne şekilde hesaplanacağı madde metninde açık olmasa da TBK'nın 50 ve 51'inci maddelerinde yer alan genel hükümler uygulanabilir.⁴⁵

Yoksun kalınan kazanç ise tecavüz eylemi hiç olmasaydı, marka hakkı sahibinin malvarlığı ileride ne noktada olacak idiyse, bu muhtemel kazanç, yoksun kalınan kazançtır ve bunların tazmini gerekir.⁴⁶

Marka sahibinin yoksun kaldığı kazanç hesaplanırken marka sahibinin SMK'nın 151/2'nci maddesi gereğince üç seçeneği bulunmaktadır. Marka sahibi bu üç seçenektan birisini seçerken, birtakım verilere, davalının bazı ticari satış rakamlarına, mal bilgilerine ihtiyaç duyar. SMK'nın 150/3'üncü maddesine göre marka hakkı sahibi, sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Burada, "zarar miktarının belirlenebilmesi için" tabiri ibrazı istenecek belgelerin "sınırını" çizerek ve sadece zararın belirlenmesine elverişli ve buna yetecek belgeler istenebilir.⁴⁷

⁴³ Ayrıca bkz. Uzunallı, A.g.e, 155. [Kusurun olmaması halinde ise tecavüz edenin kazancı, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre (TBK m. 530), ödenmesi gereken lisans bedeli ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (TBK m. 77) talep edilebilir.]

⁴⁴ Çolak, A.g.e, s.774.

⁴⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.501 (akt. Çolak, A.g.e., s.775).

⁴⁶ Çolak, A.g.e., s.775.

⁴⁷ Çolak, A.g.e., s.776.; "Bu hükmün maddi tazminat ile ilgili olduğu, zira manevi tazminatın hesaplanmasının belgelere dayanmayacağı" yönünde bkz. Kılıçoğlu,

Marka sahibi bu seçeneklerden sadece birisine göre hesaplama yapılmasını ve tazminat ödenmesini isteyebilir.⁴⁸ Davacının başlangıçta yaptığı seçimi sonradan değiştirip değiştiremeyeceği hususu tartışmalıdır. Yargılama aşamasında yoksun kalınan kazanç tercihinin değiştirilebileceği yönünde öğretide görüş mevcut ise de⁴⁹ Yargıtay, davacının yapacağı tercihi sonradan değiştirebilmesi için davalının buna rıza göstermesi gerektiği, rızası yok ise de değişikliğin ancak ıslah yolu ile gerçekleşebileceği görüşündedir.⁵⁰

Aynı eylem nedeniyle hem marka hakkına hem tescilli tasarım hakkına hem de TTK'daki haksız rekabete ilişkin genel hükümlere dayanılarak tazminat talep edilmesi durumunda hakların yarışması söz konusu olduğundan bu gibi hallerde her iki hak konusunun birbirinden ayrı şekilde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve her iki hak açısından ayrı ayrı zararın söz konusu olup olmamasına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Tecavüz iddiasına konu ürün ve eylem tek ise tek bir tazminata hükmolunmalıdır. Yarışan haklardan hangisine göre tazminat hesaplaması yapılacağı ise davacının tercihine ve yapacağı seçime göre belirlenecektir.⁵¹

Eğer marka hakkına tecavüz teşkil eden eylem marka tescil başvurusu ile TÜRK PATENT siciline kaydedildiği tarih arasında gerçekleşmiş ise SMK'nın 7/4 maddesi gereğince tescilin ihlalden sonra gerçekleşmiş olması, marka sahibinin tazminat talep etmesine engel değildir.

Maddi tazminat davalarında mahkemece yaptırılacak hesaplama-ya esas alınacak tarih karar tarihi değil, talep edilmiş ise somut olayın özelliğine göre haksız eylemin meydana geldiği tarih aksi takdirde dava tarihidir.⁵²

A.g.e., s.401.

⁴⁸ Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.248 (akt. Çolak, A.g.e., s.776). Ayrıca "SMK'nın 151/2 maddesinde öngörülen farklı hesaplama yöntemleri, aynı zararın farklı yollarla araştırılmasını sağlamaktadır" BGH, 17.06.1992-Tchibo/Rolax II, GRUR 1993, s.58 (akt. Uzunallı, A.g.e., 168.)

⁴⁹ Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.245; Uzunallı, A.g.e., s. 167. Aksi yönde Kılıçoğlu, A.g.e., s.403.

⁵⁰ Yargıtay 11. HD 27.02.2012 T., 2010/10672 E., 2012/2762 K. (akt. Çolak, A.g.e., s.779).

⁵¹ Çolak, A.g.e., s.773.

⁵² Çolak, A.g.e., s.774, 781.

a) Yoksun Kalınan Kazanç Seçeneklerine Göre Hesaplama

Yoksun kalınan kazanç seçenekleri, birbirinden farklı hesaplama biçimlerini gerektirmektedir. Ancak hangi hesaplama yöntemi seçilirse seçilsin SMK'nın 151/3'üncü maddesi uyarınca yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur. Madde metninde geçen "gibi etkenler" ifadesi bu hallerin sınırlı olmadığını belirtmekte olup markanın tanınmışlık derecesi, markayı taşıyan malların ve/veya hizmetlerin piyasadaki pazar payı gibi hususlar dikkate alınmalıdır.⁵³

Yoksun kalınan kazanç seçeneklerinden ilki SMK'nın 151/2-a maddesinde yer alan sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir seçeneğidir. Her ne kadar burada Mülga 556 sayılı KHK'de yer alan "marka sahibinin markanın kullanılması ile elde edeceği muhtemel gelir" ibaresi yer almasa da araştırılması gereken konu, bilanço döneminde, davacının geçmiş yıllardaki gelirin göre bu dönem ne kadar gelir elde edebileceği değil, davaya konu markanın kullanılması yolu ile ne kadar gelir elde edebileceğidir. Hesaplama yapılırken spesifik olarak dava konusu mallarla ilgili olmayan gelir kalemlerinin ayıklanması gereklidir.⁵⁴ Yargıtay, davacının yoksun kaldığı kazancın hesaplanmasında sadece davalının elde ettiği kazancı elde etmek için yapmak zorunda olduğu işletme giderlerinin indirilmesi gerektiğini, ilgili dönem itibarı ile davacının elde etmesi mümkün vergi öncesi net kârın esas alınması gerektiğini içtihat etmektedir.⁵⁵

SMK'nın 151/2-a maddesinde ihtimale dayalı varsayımsal bir gelir hesabı olarak marka sahibinin muhtemel gelirinden bahsedilirken, SMK'nın 151/2-b maddesinde ise elde edilmiş (gerçekleşmiş) bulunan

⁵³ Diğer dikkat çeken bir ifade ise "ihlalin nitelik ve boyutu" ifadesidir. Madde gerekçesinde "örneğin bir markanın birebir taklit edilmesinde ihlal ağır olacağı için bu durum tazminatta artırım sebebi olabilecekken, sadece karıştırma tehlikesi olan bir işaretin kullanılması sebebiyle ihlal oluşması halinde ise bu durum bir indirim sebebi olabilecektir" biçiminde bir açıklamaya yer verilmiştir.

⁵⁴ Çolak, A.g.e., s.788.

⁵⁵ Yargıtay 11 HD, 19.07.2011 T., 2009/10238 E, 2011/9042 K. (akt. Çolak, A.g.e, s.789.); Yargıtay 11 HD, 07.03.2018 T., 2016/7903 E, 2018/1775 K. (akt. Güneş, Uygulamalı Marka Hukuku, s.342.).

bir gelirin yani marka hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç söz konusudur. Burada da açıkça “markanın kullanımı yoluyla” elde edilen gelir ibaresine yer verilmemesine karşın borçlar hukukunun ve evrensel hukukun temel ilkeleri gereği, tecavüz eylemine bağlı olmayan ve nedensellik bağı taşımayan sair faaliyetlerden elde edilen gelirlerin marka sahibine aktarılması söz konusu olamayacağından, SMK’nın 151/2-b maddesine göre yapılacak hesaplamada, marka dışı gelir kalemleri bu kez davalı yönünden ayıklanarak mütecavizin marka sahibinin markasını kullanması yoluyla elde ettiği gelirin dikkate alınması gerekir.⁵⁶ Mütecavizin gelirinin hesaplanmasında da ödenecek vergilerin düşülmesi mümkün olmayıp, davacının elde etmesi muhtemel gelir hesabında olduğu gibi, mütecavizin markayı kullanarak elde ettiği gelirden yatırım ve finansman giderleri, faaliyet gideri gibi satış giderleri düşüldükten sonra elde edilen vergi öncesi net kar rakamı esas alınacaktır.⁵⁷

Son seçenek ise SMK’nın 151/2-c maddesinde yer alan sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedelidir. Burada varsayımsal bir lisans bedelinin belirlenmesi gerekmektedir.⁵⁸ Bu hesaplama yapılırken emsal lisans bedellerinin araştırılıp, kıyaslanması ve birçok kritere göre objektif bir bedelin tespiti icap eder.⁵⁹ Marka hakkı sahibi, hakkını lisans verme yoluyla da kullanabileceğinden yoksun kalınan kazancının bu yöntemle hesaplanmasını her durumda talep edebilmelidir. Dolayısıyla marka hakkına tecavüz edenin tasarruf ettiği lisans bedeli, hak sahibinin kazanç kaybını oluşturur.⁶⁰

TBK’nın 99’uncu maddesine göre kural olarak konusu para olan borç ülke parasıyla ödenir. Ancak taraflarca başka bir ülke parası ile ödeme yapılması kararlaştırılmış ise tazminatın yabancı para cinsinden belirlenmesi mümkündür. Bu çerçevede eğer taraflar arasında bir

⁵⁶ Uzunallı, A.g.e., 174; Çolak, A.g.e., s.791.

⁵⁷ Yargıtay 11. HD., 19.07.2011 T., 2009/10238 E., 2011/9042 K. (akt. Çolak, A.g.e., s.795.).

⁵⁸ “Bu hesaplama yöntemi, -fikri mülkiyet hakkından yararlanan bir bedel ödeme- lidir- fikrine dayanır” BGH, 12.01.1966- Messmer-Tee II, GRUR 1966, s.376 (akt. Uzunallı, A.g.e., s. 175.).

⁵⁹ Çolak, A.g.e., s. 798, 799.

⁶⁰ Uzunallı, A.g.e., s.176.

sözleşme yoksa ve borç sözleşmeden değil haksız fiilden söz gelimi marka hakkına tecavüzden kaynaklanıyorsa tazminat miktarının yabancı para üzerinden belirlenemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte marka sahibi SMK'nın 151/2-c maddesindeki lisans tercihini seçmiş ve eğer davacı yabancı olup mutata şekilde lisans sözleşmesini yabancı para cinsinden yapmakta ise maddi tazminatın yabancı para cinsinden belirlenebileceği kabul edilmelidir.⁶¹

SMK'nın 151/2-c maddesinde yer alan varsayımsal bir sözleşme esası çerçevesinde tazminat talep edilebilmesine yönelik benzer bir düzenleme, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da (FSEK) yer almaktadır. FSEK'in 66'ncı maddesinde, manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimsenin tecavüz edene karşı tecavüzün ref'i yani saldırının durdurulması davası açabileceği hüküm altına alınmış, 67'nci maddesinde manevi haklara, 68'inci maddesinde ise mali haklara tecavüz halinde hak sahibinin talep edebileceği hususlar belirtilmiştir.

Mali haklar eser sahibinin eser ile olan ekonomik ve mali ilişkilerinden kaynaklanan haklar olduğundan, yasa koyucu tarafından bu hakların ihlal edilmesi halinde saldırı ya da etkileri devam etmekte ise açılacak olan durdurma davasının da mali sonuçlar doğurması düşünülmüş, FSEK'in 68'inci maddesiyle eser sahibi ile mali hakları ihlal eden arasında bir sözleşme yapılmış olsaydı ödenmesi gereken telif ücreti ne ise caydırıcı olması maksadıyla bu ücretin üç katına kadarının mali hakkı ihlal edenden talep edilebileceği kabul edilmiştir.⁶² Görüldüğü üzere FSEK'in 68'inci maddesi ile farazi sözleşme ilkesi neticesinde bulunan bedelin üç katına kadar tazminata karar verilebileceği kabul edilmiş iken SMK'nın 151/2-c maddesinde böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ayrıca SMK'nın 151/2-c maddesinden farklı olarak, FSEK'in 66/2 ve 68'inci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, mali haklara tecavüz halinde farazi lisans bedelinin üç katına kadarının talep edilebilmesi için davalının kusuru aranmadığı gibi hak sahibinin zarara uğraması da gerekmemektedir.⁶³

⁶¹ Çolak, A.g.e., s.805.

⁶² Kılıçoğlu, A.g.e., s.416.

⁶³ Kılıçoğlu, A.g.e., s.419.

b) Zarar Miktarının Hâkim Tarafından Takdiri

Bazı hallerde gerek fiili zararın gerekse de yoksun kalınan kazancın hesaplanması, davalının ticaret sicil kaydının olmaması, defter ve faturaların bulunmaması gibi çeşitli sebeplerle mümkün olmayabilir. Eğer zarar miktarının dosyadaki somut verilere göre belirlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılıyor ise bu gibi hallerde hâkimin TBK'nın genel hükümlerine göre bir değerlendirme yaparak, tazminatı oluşa ve hakkaniyete uygun olarak belirlemesi gerekir.⁶⁴ Tazminat miktarının TBK 50-51'inci maddeleri hükümlerine göre hâkim tarafından takdir edilebilmesi için, marka hakkına tecavüz nedeniyle uğranılan zararın tüm araştırmalara rağmen hesaplanamaması, belirlenememesi gerekir.

c) Yoksun Kalınan Kazancın Artırılması

SMK 151/4'üncü maddesine göre, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, ikinci fıkranın (a) veya (b) bentlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birinin seçilmiş olması hâlinde, mahkeme ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olduğu kanaatine varırsa, kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verir.

SMK 151/3'üncü maddesi gereğince markanın ekonomik önemi dikkate alınacak, örneğin markanın pazar değeri düşük ise bu dahi dikkate alınacak, SMK 151/4'üncü maddesine göre ise tanınmış marka gibi ekonomik değerinin yüksek olması, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılması halinde bu hususun da dikkate alınması ve yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında makul bir payın eklenmesi gerekecektir.

Ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olabilmesi için markanın sektörde talep gören, kalitesine güvenilen ve olumlu imaja sahip, tanınmış bir marka olması gerekir.⁶⁵ Bu madde hükmüne göre artırım genellikle, belirlenen maddi zarar rakamı baz alınmak suretiyle, bu rakamın %10'u, %20'si gibi bir orana göre yapılmaktadır.⁶⁶

⁶⁴ Yargıtay 11 HD., 30.06.2014 T., 2014/6714 E., 2014/12541 K.

⁶⁵ Arkan, Marka Hukuku, C.II, s.246. (akt. Çolak, A.g.e., s.808).

⁶⁶ Çolak, A.g.e., s.809.

2. Manevi Tazminat Davası

Marka hakkına tecavüz nedeniyle manevi tazminat hakkı SMK'nın 149/1-ç ve 150'nci maddelerinde düzenlenmektedir. Bu hükümler çerçevesinde marka sahibi maddi zararının yanında manevi zararının da tazminini talep edebilecektir.

Manevi tazminat talebi ile markanın haksız kullanılması veya markanın itibarının zedelenmesi sonucu marka hakkı sahibinin ticari hayattaki imajının ve kendisine duyulan güvenin sarsılması nedeniyle, marka hakkı sahibinin ticari ve kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması amaçlanır.⁶⁷

Marka hakkına tecavüz aynı zamanda bir haksız rekabet hali oluşturduğuna göre, TTK'nın 56/1-e maddesi de manevi tazminat talebinin yasal dayanaklarından birisi olacaktır. Kuşkusuz manevi tazminatın takdir ve tayininde TBK'nın 58'nci maddesi de kıyasen dikkate alınacaktır.⁶⁸

3. İtibar Tazminatı

SMK'nın itibar tazminatını düzenleyen 150/2'nci maddesine göre marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarı zarara uğrarsa, yoksun kalınan kazanç ve fiili zarardan ayrı bir kalem olarak ayrıca bir tazminat istenebilir.⁶⁹

Yargıtay'a göre anılan tazminat işletmeden ziyade, doğrudan markanın itibarına yönelik meydana gelen zararın giderilmesi amacını gütmektedir. Bu tazminatın gündeme gelmesinde önemli olan husus markanın itibarının zarar görmesidir.⁷⁰

⁶⁷ Yasaman, Marka Hukuku, C.2, s.1133, (Akt. Uzunallı, A.g.e., s.182).

⁶⁸ Yargıtay 11 HD., 11.06.2013 T., 2011/9323 E., 2013/12117 K.; Çolak, A.g.e., s.814.

⁶⁹ "Yasa koyucunun itibar tazminatını aslında maddi tazminat kalemleri içinde ele alması mümkün iken, bunu ayrı bir tazminat türü olarak düzenleyerek sınai hakkı daha etkin bir şekilde koruma ihtiyacı hissetmiştir." Bknz. Kılıçoğlu, A.g.e., s.403.

⁷⁰ Yargıtay 11 HD., 11.05.2009 T., 2008/1536 E., 2009/5629 K.; aynı yönde Uzunallı, A.g.e., s.179.

Öğretide aksi görüşler mevcut ise de itibar tazminatının her marka için söz konusu olması mümkün değildir. Maddede markanın “kötü üretim-kullanım”ından bahsedildiğine ve burada markanın kalite ve güven imajı korunmaya çalışıldığına göre, itibar tazminatının tanınması ve bir kalite sembolü olmuş markalar için söz konusu olabileceği kabul edilmelidir.⁷¹

D. Marka Hakkına Tecavüz Halinde Yapılabilecek Diğer Talepler

1. Delillerin Tespiti

SMK’da delillerin tespitine yönelik özel bir hüküm bulunmasa da delillerin tespiti HMK’nın 400 vd. maddelerinde düzenlenmektedir.

Marka hakkı sahibi, SMK’nın 150/3’üncü maddesine göre marka hakkına tecavüz edenden belgelerin verilmesini mahkeme aracılığı ile talep edebilirse de belgelerin verilmesi talebinin tazminat davası açılmadan önce ileri sürülmesi, HMK’nın 400 vd. hükümleri gereğince delil tespiti çerçevesinde mümkün olabilir.⁷² Ancak bunun için marka hakkı sahibi, bu talebinde hukuki yararının olduğunu yani delillerin ileride kaybolması veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşma tehlikesini somut bir şekilde belirtmelidir. Bu nedenle sadece yoksun kalınan kazancın en elverişli hesaplama yöntemine göre belirlenmesi amacıyla delil tespitine gidilemez.⁷³

2. İhtiyati Tedbir Talebi

İhtiyati tedbirler genel olarak HMK’da düzenlenmekle birlikte tescilli markalar bakımından SMK’nın 159’uncu maddesinde özel hüküm mevcuttur. Bu maddede hüküm bulunmayan hallerde ise HMK’nın 389 ve devamındaki maddelerde düzenlenen genel hükümler uygulanacaktır.

SMK’nın 159’uncu maddesine göre, bu Kanun uyarınca dava açma hakkı olan kişiler, dava konusu kullanımın, ülke içinde kendi

⁷¹ Çolak, A.g.e, s.820; Kılıçoğlu, A.g.e., s.402 Aksi görüşler için Uzunallı, A.g.e., s.179; Güneş, Uygulamalı Marka Hukuku, s.353.

⁷² Arkan, Marka Hukuku. C.II, s.248. (akt. Uzunallı, A.g.e., s.164).

⁷³ Uzunallı, A.g.e., s.164; Kılıçoğlu, A.g.e., s.398.

sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.

Genel olarak hukuk yargılamasında ihtiyati tedbir kararı istisnadır ve davanın esasını çözecek şekilde tedbire karar verilemez. Buna karşılık fikri mülkiyet hukukunda durum oldukça farklıdır. Markanın tecavüze uğradığı ya da uğrayacağına dair ciddi ve etkin çalışmaların yapıldığı konusunda yeterli delil mevcut ise verilecek hükmün etkinliğini sağlayabilmek için mahkemece tedbire hükmedilecektir.

SMK'nın 159/2'nci maddesinde yazılı haller tahdidi olmayıp, örnekseme yoluyla bir takım tedbir halleri sıralanmaktadır. Maddede belirtilen tedbirlere ilave olarak internet üzerinden yapılan ürün satışları yoluyla marka hakkı ihlali halinde ihtiyati tedbir yolu ile ilgili internet sayfasından bu gibi ihlal konusu ürün tanıtımının, satışının engellenmesine, site içeriğinden bu gibi ürünlerin çıkarılmasına, site içeriğinin tamamına ya da ilgili bölümüne erişimin engellenmesine karar verilebilmektedir. Satıcıya belirli bir süre verilerek bu süre içerisinde ürünün internet sayfasındaki satışının durdurulması, tanıtımın siteden kaldırılması istenebilecektir.⁷⁴ SMK'nın 159/2-c maddesindeki teminat verilmesi ihtimalinde ise HMK'daki klasik tedbir teminatından farklı olarak teminat davacı tarafından değil, davalı bakımından yatırılmaktadır.

Yargıtay'a göre HMK'nın 389'uncu maddesindeki sadece "uyuşmazlık konusu hakkında tedbir kararı verilebileceği" koşulu göz önünde bulundurulduğunda dava konusu ile ilgisi bulunmayan ve alacak, tazminat vb. talepler nedeniyle bir miktar alacağı teminat altına alma amacına yönelik bulunan ihtiyacı haciz niteliğinde ihtiyati tedbir taleplerinin reddi gereklidir.⁷⁵

Marka hakkına tecavüz aynı zamanda TTK anlamında bir haksız rekabet oluşturacağından TTK'nın 56/4 maddesinde yer alan "bir kimse aleyhine birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri gereğince verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir

⁷⁴ Çolak, A.g.e., s.838.

⁷⁵ Yargıtay 11. HD, 24.4.2012 T., 2011/15388 E., 2012/6651 K.

şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur” hükmüne dayanılarak üçüncü kişilerin ticari amaçla elinde bulundurdukları taklit konusu ve tecavüz teşkil eden mallara da el konulabileceği söylenebilmektedir.⁷⁶

3. El Koyma Talebi

SMK'nın 149/1-d maddesine göre, marka hakkı sahibi tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulmasını talep edebilir.

Somut olayda, ele geçen ya da tespit edilen üretim araçlarının sadece tecavüze konu malların üretimi için tahsis edilip edilmediği, bu gibi araç ve makinelerin münhasıran tecavüz konusu ürünlerin üretiminde kullanılıp kullanılmadığı tespit edilmelidir. El konulması istenilen makineler, üretim araçları, tecavüz konusu mallar dışında başka malların üretiminde de kullanılıyor ise el koyma mümkün değildir. El konulmayan bir malın imhası da söz konusu olmayacağından, üretim aracı tespit edilmemiş ise imha talebinin de aynı gerekçe ile reddi gerekecektir.⁷⁷

Tecavüz oluşturan kullanım eğer malın üzerinde değil, ambalajında ise malın kendisi üzerinde marka kullanılmamış ise üzerinde marka bulunan ambalaja el konularak tecavüz giderilebilir. Bu durumda tecavüze konu mal ürünün kendisi değil ambalajıdır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.⁷⁸

Marka hakkına tecavüz davaları genellikle ceza davası ile paralel yürütülmektedir. Aynı ürün için hem ceza mahkemesinde hem de hukuk mahkemesinde el koyma talepleri yapılmakta dava sonunda ise ceza mahkemesi tarafından ürünün müsaderesine, hukuk mahkemesi tarafından ise ürünün imhasına karar verilebilmektedir. Ceza davası sonucunda beraat kararı halinde beraat gerekçesine göre ürünün ia-

⁷⁶ Çolak, A.g.e., s.840.

⁷⁷ Çolak, A.g.e., s.844.

⁷⁸ Çolak, A.g.e., s.845.

desine de karar verilebilmektedir. Böylece hukuk mahkemesindeki dava sonucunda el konulan ürünün imhasına karar verilirken ceza mahkemesi tarafından aynı ürünlerin iadesine karar verilmesi ihtimal dahilindedir. Bu nedenle ceza mahkemesi tarafından el koyma kararı verilmiş olsa bile ilerideki olası iade kararı düşünülerek hukuk mahkemesince de ayrıca SMK'nın 149/1-d maddesi gereğince el koyma kararı verilmelidir.⁷⁹

El koyma kararı davanın davalısı hakkında hüküm ifade eder ve onun hakkında uygulanır. Ancak ihtiyati tedbir talebinde de anlatıldığı üzere TTK'nın 56/4'üncü maddesi çerçevesinde marka hakkına tecavüz oluşturan malların, kişisel amaç dışında, ticari amaçla bulundurulmaları koşulu ile, hükmün icrası sırasında dava dışı ticari işletmelerin elinde bulunan tecavüz konusu mallara da el konulması mümkündür.⁸⁰

4. Belge İsteme Hakkı

SMK'nın 150/3'üncü maddesine göre hak sahibi, sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.⁸¹

Madde metnine göre istenebilecek belgeler sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerdir. Hak sahibi tarafından açılacak tazminat davası ile birlikte öncelikle davalının tecavüze konu ürün satış rakamlarını, bu ürün ile ilgili kar marjlarını, maliyet ve fiyat bilgilerini öğrenerek SMK'nın 151/2'nci maddesine göre yoksun kalan kazanç tercihini buna göre yapmak istemesi mümkündür.⁸²

⁷⁹ Çolak, A.g.e., s.846.

⁸⁰ Çolak, A.g.e., s.847.

⁸¹ "Marka hakkına tecavüz edenin markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermektен kaçınması halinde HMK'nın 220'nci maddesi uygulanmalıdır." Kaya, Marka Hukuku, s. 296. (akt. Uzunallı, A.g.e., s.164).

⁸² Çolak, A.g.e., s.853.

5. El Konulan Ürünler Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebi

SMK'nın 149/1-e maddesine göre marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, aynı maddenin (d) bendi uyarınca el konulmuş bulunan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. SMK'nın 149/2 maddesi uyarınca, talebin kabulü durumunda, söz konusu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değerın kabul edilen tazminat miktarını aşması hâlinde, aşan kısım hak sahibince karşı tarafa ödenir.

Talebin kabulü durumunda, söz konusu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşürüleceği öngörüldüğünden, tazminat talep edilmediği takdirde el konulmuş ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması da mümkün olmayacaktır.⁸³ Mahsup yapılacak olan şey fiziki bir ürün, maddi bir değer olduğundan maddede kastedilen tazminat maddi tazminattır.⁸⁴

6. El Konulan Ürünlerin İmhası Talebi

SMK'nın 149/1-f maddesine göre marka hakkı sahibi, tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebinde bulunabilir.

Tecavüze konu taklit malların imhası ancak tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise söz konusu olmalı, öncelikle bu mallar ve araçlar üzerindeki markanın silinip silinmeyeceği, mala zarar vermeden sökülüp sökülemeyeceği, markanın yer aldığı tabelanın boya ile kapatılıp kapatılamayacağı gibi hususlar araştırılmalı mümkün değilse son çare olarak tecavüze konu bu ürünlerin imhasına karar verilmelidir.⁸⁵

5911 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57'nci maddesi ile Gümrük Yönetmeliğinin 105'inci maddesi gereğince fikri mülkiyet haklarını ihlal ettiğine dair açık deliller

⁸³ Kılıçoğlu, A.g.e., s.448.

⁸⁴ Çolak, A.g.e., s.855.

⁸⁵ Yargıtay 11. HD, 04.10.2010 T., 2009/3528 E., 2010/9576 K.

olması halinde gümrükte el konulan eşyanın “kolaylaştırılmış imha” adı altında idare tarafından imhasına karar verilebilmesi ve hak sahibinin belirleyeceği teminat ile beyan sahibine iadesi mümkün hale gelmiştir. Kolaylaştırılmış imha işleminin yapılabilmesi için el konulan eşyanın sahibinin imhaya karşı itiraz etmemesi veya kendisinin imha edilmek üzere bu eşyayı gümrüğe terk etmesi gerekir. Eşya sahibinin karşı çıkması durumunda ise yazılı normal prosedür uygulanır.

SMK’nın 149/1-f maddesinde “tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması ibaresi” ve devamında gelen “özellikle” teriminden dolayı maddede yer alan tedbirlerin örnek kabilinden olduğu ve alınacak tedbirlerin markanın silinmesi ve imhası gibi sayılanlarla sınırlı olmadığı ve tecavüzün devamının önlenmesi için alınacak tedbirlerin, yasa koyucu tarafından, somut olayın özelliğine göre mahkemece belirlenmesinin arzu edildiği görülmektedir.⁸⁶ Markanın gerçek hak sahibi dışında kötü niyetli olarak ve meşru bir hakkı olmaksızın bir kimse tarafından internet alan adı biçiminde tescil ettirilmesi ve bu tescil nedeniyle marka ile bu internet alan adı sayfası arasında bir karıştırma ihtimali meydana gelmesi durumunda mahkemelerce marka hakkına tecavüzün önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için internet alan adı terkin edilebilecektir.⁸⁷

7. Hükümün İlgililere Tebliği ve İlanı Talebi

SMK’nın 149/1-g maddesi ile marka sahibine haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi talebinde bulunma hakkı verilmiştir. Bu madde hükmü gereğince yapılacak yayın ile tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılması ve dava konusu olayla ilgili gerçeklerin ilgililere, müşterilere, toptancı ve satıcılara bir şekilde duyurularak potansiyel tüm alıcı ve kullanıcıların aydınlatılması ve bilgilendirilmesi amaçlanmaktadır.⁸⁸

⁸⁶ Çolak, A.g.e., s.861.

⁸⁷ Savaş Bozbel, İnternet Alan Adlarının Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.62 vd. (akt. Çolak, A.g.e., s.862.).

⁸⁸ Çolak, A.g.e, s.859.

SMK'nın 149/3 maddesi gereğince SMK'nın 149/1-g bendinde belirtilen talebin kabulü durumunda ilanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer.

E. Marka Hakkına Tecavüz Davasının Tarafları

Marka hakkına tecavüz nedeniyle açılacak davalarda dava açabilecek kimselerin başında markası SMK hükümlerine göre tescilli marka sahibi gelmektedir. Koruma, SMK'nın 7/1 maddesi gereğince tescil ile elde edildiğinden tescilin varlığı, sahibi lehine hak karinesi yaratmaktadır.⁸⁹ Marka tesciline dayanarak SMK'nın 149'uncu maddesinde ön görülen taleplerin ileri sürülebilmesi için marka sahibinin tacir olması, ticari faaliyetinin bulunması da şart değildir. Buna göre marka sahibi bir öğrenci, bir memur da tescilli markasının başkası tarafından marka hakkına tecavüz edecek biçimde kullanılması durumunda tecavüzün ref'ini, zararının tazminini talep edebilir.⁹⁰

SMK'nın 7/4'üncü maddesine göre marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi tazminat davası açmaya yetkilidir. Ancak mahkeme, başvuru, TÜRK PATENT tarafından sonuçlandırılarak tescil yayınlanmadan karar veremez.

Markayı tescil ettirmeksizin kullanarak bu işaret üzerinde SMK'nın 6/3 maddesin anlamında öncelik hakkı elde eden kişi tazminat davası açamaz. Buna karşılık Paris Anlaşması anlamında tanınmış marka sahibi Türkiye'de tescilli olmamasına rağmen marka hakkına tecavüz halinde SMK ile tanınan hakları ileri sürebilir.⁹¹

SMK'nın 158'inci madde hükümlerinde belirtilen usul çerçevesinde lisans sahipleri de marka hakkına tecavüz nedeniyle dava açabilir.

Öğretide, marka üzerinde rehin hakkı bulunan kimselerin de markanın teminat değerinin korunması gerektiğinden SMK'nın 149'uncu

⁸⁹ Feyzan Hayal Şehirli Çelik, "Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine-SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme-", *BATİDER*, S.2018/2, s.33 vd. (akt. Uzunallı, A.g.e., s.189.).

⁹⁰ Çolak, A.g.e., s.810.

⁹¹ Arkan, *Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması*, s.7.

maddesinde ön görülen talepleri ileri sürebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁹²

Husumet, SMK'nın 29'uncu maddesinde ön görülen marka hakkının ihlali sayılan eylemleri gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişiye yöneltilmelidir. Lisans veren marka sahibi SMK'nın 24/4'üncü ve SMK'nın 29/1-ç maddelerine aykırı davranışları⁹³ neticesinde lisans alana karşı da SMK'nın 149'uncu maddesinde öngörülen talepleri ileri sürebilir.

SMK'da marka hakkına tecavüz hali olarak düzenlenmese de markayı hukuka aykırı olarak taşıyan ürünleri üretmek, satmak gibi eylemlere iştirak, yardım veya bunları teşvik eden kişilerin fiilleri de TBK'nın 61'inci maddesi gereğince tecavüz teşkil eder ve bunlara karşı marka hakkına tecavüz davaları açılabilir.⁹⁴ Ancak bu kişilerin de tazminat sorumluluğu kusurlu olmaları halinde söz konusu olur.

SMK'nın 153'üncü maddesinde ise dava açılmayacak kişiler belirtilmiş; kişisel amaçlı her türlü kullanım ya da elde bulundurma ile sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, sınai mülkiyet hakkı sahibinin el koymaması nedeniyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanım tecavüz kapsamı dışına çıkarılmıştır.

F. Marka Uyuşmazlıklarına ve Haksız Rekabete İlişkin Davalarda Görevli ve Yetkili Mahkeme

SMK'nın 156/1 maddesine göre tecavüz nedeniyle tescilli bir markaya dayanılarak açılacak davada görevli mahkeme Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi ile Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesidir. Hâlihazırda Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri sadece İstanbul

⁹² Arkan, Marka Hukuku, C.2, s.253. (akt. Çolak, A.g.e., s.748.); Uzunallı, A.g.e., s.193.

⁹³ SMK'nın 24/4'üncü maddesine göre lisans veren, lisans alan tarafından üretilecek malın veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alacak önlemleri alır. Lisans alan, lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uymak zorundadır. Aksi takdirde marka sahibi, tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilir. Ayrıca SMK'nın 29/1-ç maddesinde marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek bir tecavüz hali olarak düzenlenmiştir.

⁹⁴ Arkan, "5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'da Yapılan Değişiklikler" *BATIDER*, S.2009/1, s.10. (akt. Uzunallı, A.g.e., s.194.).

(Merkez-Çağlayan), İstanbul-Bakırköy, İstanbul-Anadolu Adliyesi ile Ankara ve İzmir’de kuruludur. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinin (FSHHM) bulunmadığı yerlerde ise TTK’nın ticari davalarla ilgili 4 ve 5’nci maddeleriyle SMK’nın 156/1 maddesi bir arada değerlendirildiğinde, marka hukukundan doğan davalar asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir.⁹⁵

Bu mahkemelerin yargı çevresi hakkında Hâkimler ve Savcılar Kurulu 30 Mayıs 2018 tarih ve 839 sayılı kararı ile FSHHM kurulduğu İstanbul, Ankara ve İzmir’de bu illerin ilçeleri dâhil olmak üzere ilin mülki sınırlarındaki tüm davalara FSHHM’lerinin bakacağı, ancak ihtisas mahkemesi kurulmamış olan yerlerde (İstanbul, Ankara ve İzmir dışındaki yerlerde) ilçelerdeki mahkemelerin de yetkili olacağı yönünde düzenleme yapmıştır.⁹⁶

Aynı eylemin hem haksız rekabet hem de marka hakkına tecavüz teşkil etmesi nedeniyle terditli dava açılması halinde de davanın ihtisas mahkemesinde açılması gerekir.

SMK 156/3 maddesine göre sınai mülkiyet hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir. Eğer internet veya televizyon yayını üzerinden gerçekleşen bir tecavüz hali söz konusu ise internete erişilebilen her yerde tecavüzün etkileri görülebileğinden marka hakkı sahibinin hakkın kötüye kullanılmaması kaydıyla dilediği yerde dava açması mümkündür. SMK 156/4 maddesince de davacının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulundu-

⁹⁵ “TTK’da fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta düzenlenen davalardan nele-
rin kastedildiği açık değil ise de bu kanunda ön görülen davalar yönünden fikri
mülkiyet davaları ticari dava sayılsa da SMK, TTK’ya göre özel yasa olduğundan
SMK’nın 156/1 maddesi gereğince marka hukukundan doğan davaların ticaret
mahkemesinde değil, asliye hukuk mahkemelerinde görüleceğinin kabulü yasa
koyucunun iradesine daha uygun düşer.” Çolak, A.g.e., s.755.

⁹⁶ “Buna göre HSK kararındaki örnekle belirtmek gerekirse, Ankara ili mülki sınırları
içindeki SMK’dan kaynaklanan tüm davalara (Ankara batı adliyesi yargı alanı
dâhil) Ankara FSHHM bakacak, buna karşılık Antalya’nın söz gelimi Elmalı ya da
Finike ilçesindeki SMK’dan doğan davalara, bu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi
sayısına göre Asliye Hukuk Mahkemelerinden 1 ya da 3 no’lu olan mahkeme (1
veya 2 Asliye Hukuk Mahkemesi varsa 1 no’lu mahkeme, 3 veya daha çok Asliye
Hukuk Mahkemesi varsa 3 no’lu mahkeme) bakacaktır.” Çolak, A.g.e., s.756.

ğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

Eğer dava münhasır lisans sahibi tarafından açılıyor ise aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı takdirde münhasır lisans sahibi SMK gereğince marka sahibinin açabileceği davaları kendi adına açabileceği için tıpkı marka hakkı sahibi gibi kendi ikametgâhının bulunduğu yerde dava açabilecektir.⁹⁷

FSHHM ile diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup⁹⁸ eğer davacı açıkça tescilli bir markaya dayanmıyor, SMK hükümlerine göre bir talepte bulunmuyor ise uyuşmazlığın çözümünde SMK hükümleri uygulanmayacağından görevli ve yetkili mahkeme TTK ve HMK'na göre tespit olunacaktır.

TTK'nın 4'üncü maddesinde, 28 Şubat 2018 tarihinde yürürlüğe giren 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile TTK'nın 4'üncü maddesi ile marka hakkına yönelik uyuşmazlıkların ticari dava sayılması neticesinde ref, men, durdurma talepli açılan marka ihlal davaları ve iptal ve hükümsüzlük davaları yazılı yargılama usulüne tabi iken sadece tazminat talepli marka ihlalleri yönünden değeri 100.000 TL'nin altında kalan tazminat davalarında basit yargılama usulünün uygulanması gerekmektedir.⁹⁹

G. Marka Hakkına Tecavüz Nedeniyle Açılabilir Davalarda Zamanaşımı

SMK'nın 157'nci maddesine göre zanaşımı aynı zamanda bir haksız fiil olan marka hakkına tecavüz halinde TBK'nın 72'nci maddesi hükümlerine göre belirlenecektir. SMK'nın 30'uncu maddesi ve TCK'nın 66/1-e maddesi bir arada değerlendirildiğinde marka hakkına tecavüz suçları sekiz yıllık dava zanaşımına tabidir. Bu süre aynı zamanda marka hakkına tecavüz halinde yapılacak taleplerin zanaşımı süresi olup iki yıllık süreden uzun, fakat on yıllık süreden kısa olduğundan sadece iki yıllık süre yerine uygulanacaktır.¹⁰⁰ Bu takdirde de zanaşımı süresi zararın öğrenildiği tarihten itibaren değil, zarar verici fiilin gerçekleştirildiği tarihten itibaren hesaplanacaktır.

⁹⁷ Çolak, A.g.e., s.759.

⁹⁸ Yargıtay 11. HD., 27.02.2013 T., 2012/4026 E., 2013/3565 K.

⁹⁹ Çolak, A.g.e., s.596.

¹⁰⁰ Yargıtay 4. HD, 23.09.2003, 9715/1058 (akt. Uzunallı, A.g.e., s.197.).

Marka hakkına tecavüz eylemi devam etmekte ise, bu tecavüz ve haksız eylem devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemeyecek ve tecavüzün ve haksız eylemin tespiti, durdurulması, giderilmesi talepleri tecavüz ve haksız eylem sürdükçe yapılabilecektir. Buna karşılık tazminat davası, zararın ve zarara sebebiyet verenin öğrenilmesi tarihinden itibaren hesaplanacak genel zamanaşımı süreleri içerisinde açılabilir.

H. Marka Hakkına Tecavüz Nedeniyle Açılan Davalarda Beklenmesi Gereken Haller

SMK'nın 7/4'üncü maddesine göre, marka tescil başvurusunun yayınlanmasından itibaren marka tescil başvuru sahibinin dava açması, tedbir talebinde bulunması, tazminat talep etmesi mümkündür. Ancak madde metninde de belirtildiği üzere mahkemenin bu gibi durumlarda karar verebilmesi için tescilin gerçekleşmesi ve bunun bültende yayınlanması gerekmektedir. Dolayısıyla tescil başvurusuna dayanılarak başvuru sahibi tarafından açılan davalarda mahkeme başvurusunun sonuçlanmasını ve tescilin gerçekleşmesini bekleyecektir.

SMK'nın 27/1 maddesine göre 25'inci madde gereğince markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi hâlinde bu karar marka başvuru tarihinden itibaren etkili olup, markaya bu Kanunla sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır. SMK'nın 27/5 maddesine göre de markanın hükümsüzlüğüne veya iptaline ilişkin kesinleşmiş kararlar, herkese karşı hüküm doğurur. Bu nedenle eğer bir marka hakkına tecavüz davasında dayanılan markanın hükümsüzlüğü talep edilmiş ise tecavüz davasına bakan mahkemenin, hükümsüzlük davasını bekletici mesele yapması ve bu davada verilecek kararın kesinleşmesini bekleyerek ortaya çıkacak duruma göre karar vermesi gereklidir.

Marka sahipleri bir yandan FSHHM'de tazminat, tespit, ref, men gibi taleplerle hukuk davası açarken, bir yandan da ceza hukuku alanında Cumhuriyet Savcılıklarına başvurarak Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemelerinde (ya da İstanbul, Ankara, İzmir dışındaki illerde Asliye Ceza Mahkemelerinde) ceza davası açılmasını sağlamaktadırlar. TBK'nın 74'üncü maddesine göre ceza mahkemesince verilen beraat kararının, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı belirtilmiş ise de hukuk

hakiminin bağımsızlığı sınırsız değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2012 tarihli kararında¹⁰¹ hukuk hâkiminin, hükme dayanak alınan maddi olgularla ve özellikle fiilin hukuka aykırılığı konusunda ceza mahkemesi kararıyla bağlı olacağı, maddi olayları ve yasak eylemlerin varlığını saptayan ceza mahkemesi kararının taraflar yönünden kesin delil taşıyacağı kabul edilmesi gerektiği, ceza mahkemesi kararında, olayın varlığının tespitine, sanık tarafından işlendiğine dair maddi olgulara ilişkin kesinleşmiş saptamasının, aynı konudaki hukuk mahkemesinde de kesin hüküm oluşturacağı belirtilmiştir. Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, ceza mahkemesinin "taraf markalarının benzeyip benzemediği" hususundaki değerlendirmesini maddi vakıa tespiti yapan türden bir karar olduğu gerekçesiyle böyle bir durumda hukuk mahkemesinin ceza mahkemesi kararının kesinleşmesini bekleyerek buna göre karar vermesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁰²

Mülga 556 sayılı KHK döneminde Yargıtay tescilli markayı tescil formuna sadık kalarak kullanan kişilere karşı, bu markanın hükümsüzlük şartları bulunsa bile, tecavüzün men, ref ve tazminat taleplerinin kabulüne karar verilemeyeceği yönünde içtihatlar vermiştir.¹⁰³ Ancak SMK'nın 155'inci maddesi ile marka hakkı sahibinin, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremeyeceği öngörüldüğünden sonraki tescil sahibinin tecavüz davasında tescili, bir savunma gerekçesi yapma olanağı kalmamıştır.¹⁰⁴

III. MARKA HAKKININ CEZAİ KORUMASI

Markaya tecavüz eylemi haksız eylem olduğu gibi suç olarak da SMK'nın 30'uncu maddesinde¹⁰⁵ düzenlenmiştir. Maddede düzenle-

¹⁰¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.11.2012 T., 2012/11-413 E., 2012/901 K.

¹⁰² Yargıtay 11. HD. 06.06.2011 T., 2009/13672 E., 2011/6844 K.

¹⁰³ Yargıtay 11. HD., 10.01.2017 T., 2016/2358 E., 2017/139 K., ve 13.04.2009 T., 2008/517 E., 2009/4553 K.

¹⁰⁴ Çolak, A.g.e., s.744.; Güneş, Uygulamalı Marka Hukuku, s.304, 325.

¹⁰⁵ "SMK'nın 1/2'nci fıkrasına göre, sınai mülkiyet haklarına tecavüz halinde cezai yaptırımlar bu Kanuna tabi olduğuna ve Kanunda marka hariç, sınai mülkiyet haklarına tecavüz halinde herhangi bir suç ve ceza düzenlemesi bulunmadığından, özel kanun mahiyetindeki bu Kanunun yürürlüğe girmesi ile artık TTK'nın 62'nci maddesi uyarınca sınai mülkiyet haklarına tecavüz edildiği gerekçesi ile

nen suç ile korunan hukuki yarar markaya bağlı bireysel, toplumsal ve uluslararası ekonomik menfaattir.

SMK'nın 30/5'inci maddesine göre marka hakkına tecavüz suçunun oluşması için aranan ön şart markanın Türkiye'de tescilli olmasıdır.

Marka hakkına tecavüz suçuna vücut veren eylemler özgü nitelikte olmadığından fail herhangi bir kişi olabilir.¹⁰⁶ TCK'nın 20 ve 60'ıncı maddeleri uyarınca tüzel kişiler suç faili olamazlar. Tüzel kişiyi ilgilendiren bir suçun vücut bulması halinde sorumlular, tüzel kişinin organı niteliğindeki gerçek kişiler olacaklardır. Ancak SMK'nın 30/4'üncü maddesi çerçevesinde bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunabilecektir.

Marka hakkına tecavüz suçunun mağduru markanın adına tescil edildiği gerçek ve tüzel kişilerdir. SMK'nın 158'inci maddesinde her ne kadar yalnızca "dava açma" ifadesi kullanılmış olsa da bu ifadenin ceza davasının öncülü olan şikâyet hakkının lisans sahiplerince kullanılması açısından da (evleviyetle) geçerli olduğu kabul edilmeli, SMK'nın 158'inci maddesinde lisans sahipleri hakkında düzenlenen usul, şikâyet için de uygulanmalıdır.¹⁰⁷

SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen suçlarda, kanun koyucunun, ayrıca bir netice doğurmasını aramaması nedeniyle sırf hareket suçu olarak düzenlenen marka hakkına tecavüz fiillerinde suçun oluşması için hareketin gerçekleşmesi yeterlidir.¹⁰⁸

TCK ve özel kanunlarında yer alan suçlar gibi marka suçları bakımından da suçun incelenmesinde hukuka aykırılık hususu ele alınacaktır. Genel olarak hukuka uygunluk nedenleri TCK'da 24, 25 ve 26'ncı maddelerinde düzenlenmiş olup SMK'da hüküm altına alınan

haksız rekabet sebebiyle ceza yargılaması ve ceza verilmesi mümkün görülmediği" görüşü için bkz. Hanife Öztürk Akkartal, Çağla Kandıralıoğlu Cuyulan, Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Işığında Haksız Rekabet Suçuna İlişkin Değerlendirme, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 100, 2018, s.104.

¹⁰⁶ İsa Başbüyük, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2018, s.89.

¹⁰⁷ Aslıhan Kart, Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.225.

¹⁰⁸ Kart, A.g.e., s.109.

özel hukuka uygunluk nedenleri SMK'nın 5/3'üncü maddesinde mevcut muvafakat ile tescile imkân tanıma, 7/5'inci maddesinde bulunan dürüstçe kullanım hali ve 153/1'nci maddesinde düzenlenen kişisel ihtiyaç ölçüsünde kullanım halidir.¹⁰⁹

SMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçlarını, fail bilerek ve isteyerek işleyebilir. Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin, belirtilen suçların unsurlarını bilmeden ve istemeden bir eylemde bulunması halinde TCK'nın hataya ilişkin hükümleri uygulanabilecektir.¹¹⁰

A. Marka Hakkına Tecavüz Suçları

SMK'nın 30/1'inci maddesi gereğince başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

İktibas, "markanın aynen (tıpkı) kullanılması" ve "ayırt edilemeyecek kadar benzer surette kullanılması" biçiminde incelenmelidir. Markanın aynen (tıpkı) kullanılması, markanın birebir kopyalanarak, aynı resim, yazım, işaret, renk, ses, grafik, şekil gibi unsurlarına yer verilerek tescilli marka ile aynı tür ve sınıftaki mal veya hizmetler için kullanılmasıdır.¹¹¹ Ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanımda ise, tescilli markanın aynına yakın biçimde oluşturulan, çok dikkatli ve detaylı bir inceleme yapılmadan anlaşılacak kadar küçük değişiklikler içeren, böyle bir inceleme olmadığında aynı marka olarak anlaşılabilir bir marka kullanımı söz konusudur.¹¹² İktibasta "markanın aynen (tıpkı) kullanılması" ve "ayırt edilemeyecek kadar benzer surette kullanılması" söz konusu iken iltibasta yine markanın benzerinin kullanılarak alıcının yanıltılması sorunu ortaya çıkmaktadır. An-

¹⁰⁹ Kart, A.g.e., s.156.

¹¹⁰ Hüseyin Aydın, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.80 (akt. Kart, A.g.e., s.174,184,197); Başbüyük, A.g.e., s.199.

¹¹¹ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, S.493-494 (akt. Kart, A.g.e., s.114); Başbüyük, A.g.e., s.101.

¹¹² Necati Meran, Marka Hakları ve Koruması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.500 (akt. Kart, A.g.e., s.114).

cağ iltibasta yapılan fiil, aynen bir taklit yaratmamakta, bir karışıklığa sebep olmaktadır.¹¹³

SMK'nın 30/1'inci maddesi uyarınca fiili oluşturan hareketler, ıktibas veya iltibas suretiyle mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiilleridir. İktibas veya iltibas suretiyle gerçekleşen bir haksız kullanım ancak bu hareketler gerçekleştirilmek suretiyle işlendiğinde suç oluşturmaktadır.¹¹⁴

SMK'nın 30/2'nci maddesi gereğince ise, marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Marka koruması olduğunu belirten bir işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma suçunun oluşabilmesi için, marka sahibi, yetkisiz kimse tarafından kaldırılan suça konu işaretin gereğini yerine getirmiş örneğin ® işaretini kullanabilmek için markayı adına tescil ettirmiş olmalıdır.¹¹⁵ Ayrıca işaretin, ürün ve/veya ambalaj üzerinde kullanılması gerekmektedir. İşaretin, evrak üzerinde, fiyat kataloglarında veyahut web sitesinden kaldırılması halinde suç oluşmayacaktır.¹¹⁶

SMK'nın 30/3'üncü maddesine göre ise yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde, devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufla bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için marka TÜRKPATENT nezdinde tescilli olmalı, koruma süresi sona ermemiş olmalı veya hükümsüz olmamalıdır.¹¹⁷ Burada öngörülen suç seçimlik hareketlidir. Yetkisi olmayan kişi, başkasına ait marka hakkı üzerinde devretme, lisans verme veya rehin verme

¹¹³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.493 (akt. Kart, A.g.e., s.117).

¹¹⁴ Seçimlik hareketli suç olduğu yönünde bkz. İzzet Özgenç, "Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk", Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, 2003, s. 831-864, s. 845 (akt. Kart, A.g.e., s.135).

¹¹⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.519 (akt. Kart, A.g.e., s.183) TM (Trade Mark) ve SM (Service Mark) henüz başvuru süreci devam etmekte iken kullanılırken, ® ise (ticaret veya hizmet markası ayırımı olmaksızın) işaret tescil edildikten sonra kullanılmaktadır.

¹¹⁶ Başbüyük, A.g.e., s. 194-197.

¹¹⁷ Erdal Noyan-İlhami Güneş, Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.1090. (Akt. Kart, A.g.e., s.186); Başbüyük, A.g.e., s. 203.

hareketlerinden herhangi birini veya hepsini aynı kasta dayalı olarak aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleştirdiğinde suç oluşmaktadır.¹¹⁸

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme, Şikâyete Bağlı Olma, Uzlaştırma ve Zamanaşımı

SMK'nın 156'ncı maddesine göre, SMK'da öngörülen ceza davalarında görevli mahkeme, Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesidir. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi bulunmayan yerlerde o yerdeki Asliye Ceza Mahkemesi görevli olacaktır. SMK'nın 156'ncı maddesi hukuk davaları için yetkili mahkemeyi de belirlerken, ceza yargılaması için böyle bir belirleme yapmamıştır. Bu nedenle CMK'nın genel ve özel yetki kurallarına başvurulacaktır.

SMK'nın 30/6'ncı maddesinde, bu maddede yer alan suçların şikâyete tabi olduğunun belirtilmesi ile yetinilerek şikâyet konusunda ayrıca bir hüküm öngörülmediğinden şikâyet hususu, TCK'nın genel hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır. Suçtan doğrudan veya dolaylı olarak zarar gören kişiler şikâyet haklarını kullanabileceklerdir.¹¹⁹ Şikâyette bulunma hakkı, filin ve failin öğrenilmesinden itibaren altı aylık süreye tabi kılınmıştır.

Marka suçları, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar olarak düzenlendiklerinden CMK'nın 253/1-a maddesi uyarınca uzlaşma kapsamındadırlar ve genel hükümler uyarınca soruşturma aşamasında veya kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından yapılacak yönlendirme ile uzlaşma sürecine tabi olacaklardır.¹²⁰

SMK'da marka suçları için özel bir zamaşımı hükmü yer almadığından TCK'daki genel hükümler bağlamında zamaşımı süresi belirlenecektir.¹²¹ SMK'da düzenlenen marka suçlarında dava zamaşımı 8, ceza zamaşımı ise 10 yıl olarak hesaplanacaktır.

¹¹⁸ Kart, A.g.e., s.187.

¹¹⁹ Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.165. (akt. Kart, A.g.e., s.222).

¹²⁰ Kart, A.g.e., s.227.

¹²¹ Buna göre, o suçtan dava açılmaması veyahut açılmış davaya devam edilememesi anlamına gelen dava zamaşımı TCK'nın 66/1-e maddesi uyarınca beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda 8 yıl; kesinleşmiş mahkûmiyet kararının infaz edilmemesi nedeniyle cezanın infazını kaldıran neden olan ceza zamaşımı ise 68/1-e maddesi uyarınca beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında 10 yıldır.

SONUÇ

SMK'nın 4'üncü maddesinde tanımını bulan marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamaktadır. Marka hakkı gayrimaddi mallar kapsamında mutlak haklardan olup, sahibine inhisari yetkiler vermekte ve herkese karşı ileri sürülebilmektedir.

Marka hakkından doğan korumanın kapsamını aslında özel düzenlenmiş haksız rekabet halleri oluşturmaktadır. Marka koruması bakımından kural olarak tescil sistemi geçerlidir. Her ne kadar markanın tescil zorunluluğu bulunmamakta ise de markasını tescil ettiren marka sahipleri 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında daha geniş ve daha güçlü bir koruma elde etmektedir.

Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller tespit edilirken SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddeleri birlikte değerlendirmeye alınmalıdır. Marka hakkı ihlal edilen hak sahibi herhangi bir kusur şartı aranmadan SMK'nın 149'uncu maddesinde belirtilen tecavüzün tespiti, men'i, durdurulması ve tecavüzün kaldırılması davalarını açabilir. Ayrıca kusur ve zarar şartına bağlı olarak fiili zararının yanı sıra SMK'nın 151/2 maddesinde belirtilen yoksun kalınan kazanç seçeneklerine göre maddi, SMK'nın 149/1-ç ve 150'nci maddelerine göre manevi ve 150/2'nci maddesine göre de itibar tazminatı talebinde bulunabilir.

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi ayrıca HMK'nın 400 vd. hükümleri çerçevesinde mahkemedeki delillerin tespit edilmesini, SMK'nın 159'uncu maddesinde özel hüküm olarak yer alan ihtiyati tedbirlere karar verilmesini, SMK'nın 149/1-d maddesine göre tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara el konulmasını, SMK'nın 149/1-e maddesine göre aynı maddenin (d) bendi uyarınca el konulmuş bulunan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını, SMK'nın 149/1-f maddesine göre (d) bendine göre el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların imhasını, SMK'nın 149/1-g maddesi ile kesinleşmiş kararın ilan edilmesini veya ilgililere tebliğ edilmesini, SMK'nın 150/3'üncü maddesine göre tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat

yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini talep edebilir.

Türkiye’de tescilli bir markaya tecavüz eylemi haksız eylem olduğu gibi suç olarak da SMK’nın 30’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Sırf hareket suçu olarak düzenlenen marka hakkına tecavüz fiillerinde suçun oluşması için hareketin gerçekleşmesi yeterlidir. TCK’da yer alan genel hukuka uygunluk nedenlerinin yanı sıra SMK’nın 5/3’üncü maddesinde mevcut muvafakat ile tescile imkân tanıma, 7/5’inci maddesinde bulunan dürüstçe kullanım hali ve 153/1’nci maddesinde düzenlenen kişisel ihtiyaç ölçüsünde kullanım özel olarak hüküm altına alınan hukuka uygunluk sebeplerindedir.

Bu kapsamda, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte marka hukuku alanının kanun hükmünde kararname ile düzenlenme dönemi sona erdirilerek hukuki belirsizlik ortadan kaldırılmış, ceza hukuku düzenlemeleri de kanunilik ilkesine uygun olarak bir temele kavuşturulmuş, uluslararası sözleşmeler ile Avrupa Birliği (AB) mevzuatıyla uyum artırılmıştır.

Kaynakça

Kitaplar

- Arkan Sabih, Marka Hukuku, C.1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1997.
- Aydın Hüseyin, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Başbüyük İsa, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk (2. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Bayrak Önder, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Suçları (5. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Bozbel Savaş, İnternet Alan Adlarının Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku (4. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Güneş İlhami, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi (Uygulamalı Marka Hukuku), Ankara 2018.
- Güneş İlhami, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları (5. Baskı), Seçkin Yayıncılık. (Haksız Rekabet Davaları), Ankara 2018.
- Kart Aslıhan, Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Kaya Arslan, Marka Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006.

Kılıçoğlu Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.

Meran Necati, Marka Hakları ve Koruması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Noyan Erdal- Güneş İlhami, Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Uzunallı Sevilay, Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 1999.

Yasaman Hamdi, Marka Hukuku, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005

Makaleler

Arkan Sabih, "İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, Aralık 1999, s. 5-11.

Arkan Sabih, "Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 3, Haziran 2000, s. 5-13. (Markasal Kullanım)

Arkan Sabih, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5.3. Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 33, Sayı: 3, Eylül 2017, s. 5-11.

Arkan Sabih, "Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 20, Sayı:1, Haziran 1999, s. 5-17.

Sabih Arkan, "5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'da Yapılan Değişiklikler" *BATİDER*, Sayı:2009/1.

Özgenç İzzet, "Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk", Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt III, Beta Basım Yayım, 2003.

Öztürk Akkartal Hanife/Kandıralıoğlu Cuydan Çağla, "Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Işığında Haksız Rekabet Suçuna İlişkin Değerlendirme", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s. 101-110.

Şehirli Çelik Feyzan Hayal, "Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine-SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme-" *BATİDER*, S.2018/2.

Yasaman Hamdi, "Kırmızı Rengin Marka Olarak Alınması Konusunda AB Temyiz Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler" *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2012, s. 75-100.

Mahkeme Kararları

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 0710.1999 tarih ve 1999/1724 E., 1999/7608 K.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.02.2011 tarih ve 2010/11-689 E., 2011/46 K.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 02.03.2006 tarih ve 2005/1359 E., 2006/3136 K.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12.04.2010 tarih ve 2008/12864 E., 2010/4025 K.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 01.03.2010, 2008/11643 E. 2010-2268 K.

Yargıtay 11. HD 20.01.2011 T., 2009/12665 E., 2011/4913 K.

Yargıtay 11. HD 20.01.2012 T., 2011/15509 E., 2012/540 K.

Yargıtay 11 HD 09/12/2015 T., 2015/6080 E., 2015/13276 K.

- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 02.03.2016 T., 2014/15-439 E., 2016/207 K.
Yargıtay 11 HD., 02.06.2011 T., 2009/7402 E., 2011/6476 K.
Yargıtay 11. HD 27.02.2012 T., 2010/10672 E., 2012/2762 K.
Yargıtay 11 HD, 19.07.2011 T., 2009/10238 E, 2011/9042 K.
Yargıtay 11 HD, 07.03.2018 T., 2016/7903 E, 2018/1775 K.
Yargıtay 11. HD., 19.07.2011 T., 2009/10238 E., 2011/9042 K.
Yargıtay 11 HD., 30.06.2014 T., 2014/6714 E., 2014/12541 K.
Yargıtay 11 HD. ,11.06.2013 T., 2011/9323 E., 2013/12117 K.
Yargıtay 11 HD., 11.05.2009 T., 2008/1536 E., 2009/5629 K.
Yargıtay 11. HD, 24.4.2012 T., 2011/15388 E., 2012/6651 K.
Yargıtay 11. HD, 04.10.2010 T., 2009/3528 E., 2010/9576 K.
Yargıtay 11. HD., 27.02.2013 T., 2012/4026 E., 2013/3565 K.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.11.2012 T., 2012/11-413 E., 2012/901 K.
Yargıtay 11. HD., 06.06.2011 T., 2009/13672 E., 2011/6844 K.
Yargıtay 11. HD., 10.01.2017 T., 2016/2358 E., 2017/139 K.,
Yargıtay 11. HD., 13.04.2009 T., 2008/517 E., 2009/4553 K.

