

MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE MARKA HAKKININ SONA ERMESİ

Mutlu Aydın GÜNEŞLİ
102615038

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(EKONOMİ HUKUKU)

Danışman: Prof. Dr. Ali Necip ORTAN

İstanbul, 2006

MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE MARKA HAKKININ SONA ERMESİ

INVALIDITY OF TRADE MARKS AND DISSOLUTION OF TRADE MARKS RIGHTS

**Mutlu Aydın GÜNEŞLİ
102615038**

Prof. Dr Ali Necip ORTAN	:	
Doç. Dr. Tekin MEMİŞ	:	
Dr. Mete Özgür FALCIOĞLU	:	
Tezin Onaylandığı Tarih	:	
Toplam Sayfa Sayısı	:	95

Anahtar Kelimeler (Türkçe)	Anahtar Kelimeler(İngilizce)
1) Marka	1) Trade Mark
2) Markanın Hükümsüzlüğü	2) Invadility Of Trade Marks
3) Markanın Hükümsüzlüğü Davası	3) The case of Invadility Of Trade Mark
4) Marka Hakkının Sona Ermesi	4) Dissolution Of Trade Marks Rights
5) Marka Olabilecek İşaretler	5) The Signs that may become Trade Mark

MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE MARKA HAKKININ SONA ERMESİ

INVALIDITY OF TRADE MARKS AND DISSOLUTION OF TRADE MARKS RIGHTS

Mutlu Aydın GÜNEŞLİ
102615038

Prof. Dr Ali Necip ORTAN

:



Doç. Dr. Tekin MEMİŞ

:



Dr. Mete Özgür FALCIOĞLU

:



Tezin Onaylandığı Tarih

:

19.09.2006

Toplam Sayfa Sayısı

:

95

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler(İngilizce)

1) Marka

1) Trade Mark

2) Markanın Hükümsüzlüğü

2) Invalidity Of Trade Marks

3) Markanın Hükümsüzlüğü Davası

3) The case of Invalidity Of Trade Mark

4) Marka Hakkının Sona Ermesi

4) Dissolution Of Trade Marks Rights

5) Marka Olabilecek İşaretler

5) The Signs that may become Trade mark

ÖZET

Günümüzde, hızla gelişen ekonomik hayatın sonucu olarak markaların insan yaşamı içinde ki önemi de artmıştır. Bu çerçevede marka hukukunun uygulama alanı da genişlemiştir. Marka davaları içinde ise markanın hükümsüzlüğü ve marka hakkının sona ermesi büyük bir pay sahibi olmuştur. Bu nedenle bu tez çalışması markanın hükümsüzlüğü ve marka hakkının sona ermesi üzerine yapılmıştır.

Tez çalışmamızın esasını teşkil eden markanın hükümsüzlüğü ve marka hakkının sona ermesi öncelikle kanuni düzenlemeler , doktrin, yargıtay kararları çerçevesinde ele alınarak değerlendirilmiştir. Ayrıca Türk marka hukukunun dayanağı olan 40/94 sayılı tüzük ile 89/104 sayılı yönerge'nin ilgili hükümlerinden de istifade edilmiştir. Bu kapsam da tez çalışmamız giriş , iki bölüm ve sonuç kısımlarından oluşmaktadır.

Birinci bölümde; markanın tanımı , unsurları, marka hakkının hukuki niteliği ve Türk marka hukukunda marka hakkının kazanılmasına ilişkin sistemler incelenmiştir.

İkinci bölümde ise markanın hükümsüzlüğü ve marka hakkının sona ermesi ayrıntılı olarak incelenmiştir. Markanın hükümsüzlüğü konusunda özellikle marka olabilecek işaretler ile mutlak ve nisbi red nedenleri ile markanın tescilinden sonra ortaya çıkan hükümsüzlük sebepleri örnekler verilerek açıklanmıştır. Marka hakkının sona ermesi konusunda da markanın yenilenmemesi ve marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi konuları irdelenmiştir.

Sonuç kısmında ise tez çalışmamız içerisinde tespit ettiğimiz konulara özet olarak değinilerek , çözüm önerileri sunulmuştur.

ABSTRACT

Nowadays, due to the rapid developments in economic life the role of trade marks within human life gained importance. In this context it is true to say that the practice of trade mark law expanded. Therefore it is true to say that in trade mark cases Invalidity of Trade Marks and Dissolution of Trade Marks Rights have a significant part in trade mark law. Consequently, this master thesis was written on the subject of Invalidity Of Trade Marks and Dissolution Of Trade Marks Rights.

The essential part of the study namely Invalidity Of Trade Marks and Dissolution Of Trade Marks Rights, it has been examined primarily within the scope of legal arrangements, opinions of scholars and judgements of Supreme Court of Appeal . In addition, the thesis based on relevant articles of the regulation number 40/94 and Direction number 89/104 which is the origin of Turkish Trade Marks Law. It is important to note that the present thesis is consisted of three main parts which are; introduction, two basic parts and conclusion

After these statements, in the first part; the definition of trade mark, the legal base of the right of trade mark and lastly the systems related to the gaining of the trade marks right in the Turkish trade mark regulation were examined.

In the second part, both the invalidity and the dissolution of trademark right were explained in detail. Furthermore in the subject of invalidity of trademark, especially the signs that may become trademark, the causes of absolute and relative rejection and the invalidity reasons which occurred after the registration of the trademark were explained with examples. To this end, it must be noted that the renewal of the trademark and the relinquishment of the right of the trademark by the trademark owner were analyzed within the subject of the dissolution of the right of trademark.

Finally, in the conclusion part some solutions suggested on the subjects which were ascertained shortly in the thesis.

İÇİNDEKİLER

Giriş.....	1
------------	---

Birinci Bölüm

MARKANIN TANIMI, UNSURLARI , ÇEŞİTLERİ, TESCİLİ ve MARKANIN TESÇİLİNİN HÜKÜM ile SONUÇLARI

I. MARKANIN TANIMI.....	3
II. MARKANIN UNSURLARI.....	5
A. İşaret.....	5
B. Ayırt Edicilik.....	7
III. MARKA ÇEŞİTLERİ.....	10
A. Ticaret Markası.....	10
B. Hizmet Markası.....	11
C. Ferdi (Bireysel) Marka.....	11
D. Ortak Marka.....	10
E. Garanti Markası.....	12
F. Tanınmış Marka.....	13
IV.MARKANIN TESÇİLİ.....	14
V. TÜRK HUKUKUNDAKİ TESÇİL SİSTEM.....	16
VI. TESÇİLİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	18

İkinci Bölüm
MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE SONA ERMESİ

I.MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ.....	19
A. Genel Olarak.....	20
B. Hükümsüzlük.....	21
C. Hükümsüzlük Halleri.....	22
1. Mutlak Red Nedenlerinin Varlığı Halinde Hükümsüzlük.....	23
1.1. KHK 5. Madde Kapsamına Girmeyen İşaretler.....	26
a. Ad.....	28
b. Sözcükler.....	31
c. Şekiller.....	32
c.a. Resimler.....	33
c.b. Fotoğraflar.....	33
c.c. Logo.....	34
c.d. Armalar.....	34
c.e. Çizgiler ve Geometrik Şekiller.....	35
d. Harfler ve Sayılar.....	35
e. Markaların ve ambalajların biçimi gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen işaretler.....	36
e.a. Üç Boyutlu Cisim.....	37
e.b. Renkler.....	38
e.c. Ses ve Melodi.....	40
e.d. Koku.....	42
1.2. Aynı veya ayırt edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler.....	43
1.3. Tasviri İşaretler.....	46
1.4. Belirli Bir Meslek Ticaret Grubuna Ait İşaretler.....	50
1.5. Malın Özgün Doğal Yapısından veya Teknik Zorunluluktan Doğan İşaretler	51

1.6. Halkı Yanıltacak Markaların Tescili.....	51
1.7. Devlet Veya Uluslararası Organizasyonlara Ait İşaretler.....	53
1.8. Kamuya Mal Olmuş Diğer İşaretler.....	54
1.9. Tanınmış Markalar.....	54
1.10. Dini Değerleri ve Sembolleri İçeren Markaların Tescili.....	55
1.11. Kamu Düzenine Ahlaka Aykırı Markalar.....	55
2. Nisbi Red Nedenlerinin Varlığı Halinde Hükümsüzlük.....	56
2.1. Aynı Markanın Tescili.....	56
2.2. Benzer Markanın Tescili.....	57
a. Bütünsel Benzerlik.....	58
b. İltibas İhtimali.....	59
2.3. Markanın Ticari Vekil Veya Temsilci Tarafından Tescili.....	60
2.4. Tescilsiz Marka Veya Ticaret Sırasında Kullanılan Diğer İşaretlerin Tescili.....	62
2.5. Tanınmış Markanın Başka Mal ve Hizmetlerde Kullanılması.....	62
2.6. Başkasına Ait İsim, Fotoğraf, Telif Hakkı, veya Sınai Mülkiyet Hakkı Kapsamına Giren İşaretler.....	64
2.7. Sona Ermiş Ortak Ve Garanti Markalarının Tescili.....	65
2.8. Yenilenmemiş Markaların Tescili.....	66
3. Markanın Kullanılmaması.....	67
4. Markanın İlgili Mal Ve Hizmetler İçin Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi.....	71
5. Kullanımın Halkı Yanıltıcı Olması.....	73
6. Markanın Teknik Yönetmeliğe Aykırı Kullanımı.....	74

II. MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVASI

A. Davacılar (Dava Açma Yetkisi).....	76
B. Davalı.....	79
C. Dava Açma Süresi.....	79
D. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	81

E. Hükümsüzlük Kararının Etkileri.....	81
---	-----------

III. MARKA HAKKININ SONA ERMESİ

A.Genel Olarak.....	83
B. Markanın Koruma Süresi.....	83
C.Markanın Yenilenmemesi.....	85
1.Genel Olarak.....	85
2.Yenileme Usulü ve Şekli.....	86
3. Markanın Tescilinin Yenilenmesinin Hüküm ve Sonuçları.....	88
4. Markanın Tescilinin Yenilenmemesinin Hüküm ve Sonuçları.....	89
D.Marka Sahibinin Marka Hakkından Vazgeçmesi.....	91
Sonuç.....	93
KAYNAKÇA.....	95

Kısaltmalar

AB	: Avrupa Birliği
A.g.e.	: Adı geçen eser
Alm. Mark.	: Alman Markalar Kanunu
AT	: Avrupa Topluluğu
ATM	:Avrupa Topluluğu Mahkemeleri
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Dergisi
Bkz.	: Bakınız
B.K.	: Borçlar Kanunu
C	: Cilt
CTM	: Topluluk Markası
E.	: Esas No
H.D.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
m.	: Madde
Mark	: Markalar Kanunu
Mark KHK	: Markalar Korunması Hakkındaki Kanun Hükümünde Kararname
M.K.	: Medeni Kanun
Mük.	: Mükerrer
N.	: Numara
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
OHIM	: Avrupa Patent Ofisi
S.	:Sayı
s.	: Sayfa
T.P.E.	: Türk Patent Enstitüsü
T.T.K.	: Türk Ticaret Kanunu
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
vb	: Ve benzeri
vd	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

Giriş

Çeşitli haberleşme araçlarının, özellikle internet gibi yaygın bir şekilde kullanılmaya başlaması son çeyrek yüzyılda yol alınan gelişmelerin kat ve kat hızlanmasına sebep olmuştur. Dünya’da bu gelişmelere ayak uydurmak ve geri kalmamak için ülkeler arasında ki rekabet’te gözle görülür bir şekilde artmıştır. Bu çerçevede baktığımızda ise genel de fikri mülkiyet haklarının, özelde ise markaların değeri inanılmaz derecede yükselmiştir. Artık gelişmişlik seviyesi bir ülkede ne kadar fabrika olmasına göre değil de , o ülkede ki fikri mülkiyet haklarının ne kadar gelişmiş olduğuna bakılarak değerlendirilmektedir. “Her ülke markaları kadar zengindir” sözü de gerçekten günümüze çok uygun düşmekte ve markaların önemini bir defa daha göstermektedir.

Ülkemizde ki en büyük sorunlardan biri ise kendi markalarımızı yaratamamış olmamız, yabancı markalara üretim yapmamızdır. Fakat bugün işçilik ucuz diye bizi tercih eden bu markaların gelecekte de bizi tercih edip üretimlerini ülkemizde yaptıracaklarının garantisi olmadığı gibi günümüzde üretim bilgisinin, üretimden daha çok kazandırdığı ve daha değerli olduğu da bir başka gerçektir. Bu çerçevede ülkemizde markalaşma ve markaların korunması konularına daha fazla önem vermek bir zorunluluktur. Konumuz olan markanın hükümsüzlüğü ve marka hakkının sona ermesi de marka korumasının ayrılmaz birer parçası olarak karşımıza çıkan kurumlardır.

Marka davaları içinde büyük bir yer tutan konumuza ilk başta markanın tanımı ve markanın bazı temel özelliklerinin açıklaması ile girilmiştir. Ardından Markanın Hükümsüzlüğü sonra ise Marka Hakkının Sona Ermesi konuları ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu arada tescil edilemeyecek işaretler mutlak ve nisbi red nedenleri hükümsüzlük halleri içersinde değinilerek tekrardan kaçınılmaya çalışılmıştır. İlgili maddeler açıklanırken Türk ve yabancı yargı kararlarına da atıfta bulunulmuş özellikle örnekler yargı kararları arasından seçilmeye çalışılmıştır.

Konular açıklanırken 556 Sayılı KHK dışında, 551 sayılı Markalar Kanununa , AB Marka Yönergesi ve Tüzüğü ile TRIPS anlaşmasının ilgili bölümlerine de değinilmiştir. Ayrıca Türk Patent Enstitüsü tarafından hazırlanmış olan Markalar kanunu taslağına da eldeki örnek oranında değinilip eleştiri ve öneriler de yapılmıştır.

Birinci Bölüm

MARKANIN TANIMI, UNSURLARI , ÇEŞİTLERİ, TESCİLİ ve MARKANIN TESÇİLİNİN HÜKÜM ile SONUÇLARI

I. MARKANIN TANIMI

551 sayılı Markalar Kanununun 1.maddesinde “Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda, imal, ihzar ve istihsal olunan veya ticarete satışı çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia veya ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır” denerek markanın tanımı yapılmışken 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararnamede ise doğrudan bir marka tanımı yapılmamıştır.

Ancak 556 sayılı KHK’nin 5/1. maddesinde “Markanın içereceği işaretler” başlığı altında doğrudan olmasa bile markanın tanımının da yapılmış olduğu görülmektedir.

İlgili maddeye göre “Marka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler sayılar malların biçimi veya ambalajlarının gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işareti içerir.”

TRİPS Madde 15’e göre ise marka “Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu bir marka oluşturabilecektir. Bu tür işaretleri, özellikle kişisel adlar, harfler, sayılar, mecazi unsurları içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür işaret kombinasyonları, marka olarak tescil edilmek için uygun addedilecektir” denerek tanımlanmıştır.

Türk Patent Enstitüsü tarafından üzerinde çalışmalar devam eden Markaların Korunması Hakkında Kanun Tasarısının ikinci maddesinde ise ; Marka, bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya sunduğu hizmetleri, başka işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ticaret ve/veya hizmet markası olarak da nitelendirilebilen işaret olarak ifade edilmiştir.

Markanın tanımı konusunda ise doktrinde farklı tanımlar yapılmıştır. Bunlardan bazıları aşağıdaki gibidir.

Bir işletmenin mal veya hizmetlerini, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir.¹

Marka, bir fabrika veya ticarethane tarafından piyasaya arz edilen mallar üzerine konulan tanıtma işaretleridir.²

Marka, karakteristik işaretlerden oluşturulan bir dış tanıtma aracıdır.³

Marka, bir teşebbüsün piyasaya sürdüğü mallar üzerine konan tanıtma işaretidir.⁴

İktisadi teşebbüs sahiplerinin müesseselerinden çıkan malın emsallerinden ayırt edilmesine yarayan işaretleridir.⁵

Marka, bir mala veya onun mahfazasına bağlı veyahut da bir hizmete ilişkin olup, bu mal veya hizmeti yabancı menşeli bir başka mal ve hizmetten ayırt edilmesini sağlayan işarettir.⁶

¹ TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İkinci bası, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 309 ; ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku; Beşinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999, s. 258-259 ; TEKİL, Fahiman , Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 251.

² EREM , Turgut S. , Ticaret Hukuku Prensipleri, C 1 , Ticari İşletme , İstanbul 1962, s.191.

³ HİRSCH, Ernest , Ticaret Hukuku , İstanbul 1948, s. 153.

⁴ OMAĞ, Merih Kemal, Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması, 1991, C.XI, s.1-3, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.

⁵ ARSEVEN, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alamet-i Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 1.

⁶ ÖÇAL, Akar , Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Sevinç Matbaası, Ankara 1967, S.7.

Kanaatimizce bu tanımlamalar arasında en uygunu ise Markayı, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmek amacı ile kullanılan her türlü işaretler olarak ifade eden tanımdır.⁷ Buradaki işaret ibaresi ise sadece şekli ifade etmez. Geniş anlamlıdır.⁸

Mark KHK,'nin 5.maddesinde yapılan tanımdan çıkarılan iki unsur bulunmaktadır. Poroy ve Yasaman'a göre bu iki unsurdan ilki işaret, ikincisi ise ayırt edici niteliklidir. Hükümde işaret genel ve geniş anlamda kullanılmıştır. Diğer bir ifade ile işaret simgeyi yani şekli ifade etmez. Her türlü şeklin yanında, kişi adları, sözcükler, harfler, logolar, sayılar, malların ve ambalajların biçimi, renkler, renk kombinezonları, üç boyutlu biçimler de, işaret kavramı içinde mütalaa edilir. İşaretin çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yolu ile yayımlanabilen ve çoğaltılabilen nitelikte olması işareti sadece çizimin ürünü olmaktan çıkarmış, bir taraftan üç boyutlu şekilleri, diğer taraftan çizim dışındaki ifade biçimlerini, yani resmi, müziği, sesi, rengi ve kokuyu da işaret kavramı içine almıştır.⁹ Bu iki unsur ise aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

II. MARKANIN UNSURLARI

A. İşaret

Yukarda da değinildiği üzere dolaylı bir şekilde markayı tanımlayan Mark. KHK 5. maddesine göre marka iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki işaret olurken. İkincisi ise işaretin ayırt edici nitelik taşımasıdır.¹⁰ Poroy ve Yasaman'la benzer düşünen Tekinalp'e göre de grafikler, tasarımlar, kişi adları, sözcükler, harfler, logolar, sayılar, malların ve ambalajların biçimi, birkaç sözcükten oluşan sloganlar, sözcük ve şekil birleşimleri, üç boyutlu biçimler, jenerikteki veya programı takdim sırasındaki kısa melodiler, renkler, renk kombinezonları, ve

⁷ TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 20 ; ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, s. 258-259 ; TEKİL, s. 251.

⁸ TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 20.

⁹ POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku , Beta Basım Yayım, İstanbul 2001.

¹⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.309.

kompozisyonları da işaret tanımının içersine girmektedir.¹¹ Yukarda ki tanımlarda da görüldüğü üzere işaret genel ve geniş anlamda kullanılmış olup sadece bir simgeyi yani şekli ifade etmemektedir. Ayrıca Mark KHK madde 5'te geçen "gibi", "benzer biçimde", "her türlü" kelimeleri işaretlerin sınırlı sayıda olmadığına birer kanıttır.

İşaret kavramı henüz tescil edilmemiş olan simgeleri karşılarken, bu kavramın içinde yer alan adlar, sözcükler, harfler ve diğerleri tescilden sonra marka olarak adlandırılacaklardır. Bir işaretin marka olabilmesi için ise bu işaretin ayırt edici niteliğe sahip olması gerekir. Yine bir işaretin marka olabilmesi için Mark KHK madde 7 ve 8 belirtilen mutlak ve nispi ret nedenleri altında sayılmış olan işaretlere de girmemesi gerekir. Tescil edilmesi istenen işaret madde 7 ve 8 de gösterilen işaretlerin arasına girmekte ise tescil edilemeyecektir. Her nasılsa tescil edilmiş ise de hükümsüzlüğü istenebilecektir. Marka ise yukarda sayılan işaretlerin tek bir tanesi ile oluşabileceği gibi birkaç işaretin bir araya gelmesiyle de oluşabilecektir.

İşaretin marka olabilmesi için gereken en önemli şart olan ayırt edicilik dışında Mark KHK'de işaretin çizimle görüntülenebiliyor olması veya benzer bir biçimde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanabilmesi ve çoğaltılabilmesi de aranmaktadır. Çizimle ifade edilebilme kavramı Topluluk Marka Yönergesinin 2. maddesinde ve Topluluk Tüzüğü'nün 4. maddesinde de bulunmaktadır. Yönerge ve Tüzük, ile Mark KHK'nın farkı ise Yönerge ve Tüzükte marka olabilecek işaretleri sayarken sadece çizimle ifade edilebilme yeterliliğini aranırken, Mark KHK 'de, çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilmenin yanı sıra baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilmesinin aranmasıdır. Bu tanım ilk bakışta marka olabilecek işaretlerin sınırlandırıldığı izlenimi vermektedir. Arkan ise bu ifadenin sicil hukuku ile ilgili olduğunu ve marka örneklerinin sicil dairesine verilmesini sağlamak amacı ile düzenlendiğini ifade etmiştir.¹²

Bu nedenle işaretin çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilmesi koşulu sadece iki

¹¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.309.

¹² ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, s. 37.

boyutlu işaretlerin marka olabileceği anlamına gelmemektedir. Ses ve melodinin notaya dönüşmüş şekli ile üç boyutlu işaretin iki boyutlu resmi “çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilmesi” kapsamında yer almaktadır.¹³

B. Ayırt Edicilik

Ayırt edilebilir olma, markanın tescilinde aranan belirleyici unsurdur.¹⁴ Mark KHK, marka olabilecek işaretleri geniş şekilde düzenlenmiş fakat sınırlayıcı bir sayım da yapılmamıştır. Sınırlayıcı bir sayım yapılmadığı için belirleyici unsur işaretin kendisi değil, ayırt edilebilir olmasıdır. KHK, 5.maddesinde, ayırt edilebilirliğin tanımı yapılmamış sadece nasıl bir ayırt edicilik arandığına işaret edilmiştir. Buna göre ayırt edicilik, bir teşebbüsün mal yada hizmetinin bir başka teşebbüsün mal yada hizmetine olan farkının ortaya konulmasıdır.¹⁵

Ayırt edicilik unsurunda işaretin, özgün ve karakteristik olması yeterlidir. Bir başka deyişle ayırt ediciliğin sağlanması için işaretin yaratıcı olması, yepyeni değerlerden oluşması yada ticaret hayatında ilk kez kullanılıyor olması gerekmez. Endüstriyel tasarımlarda aranan anlamda yenilik ve orijinalite, markalar da aranmaz.¹⁶ Yani işaretin, benzer mal yada hizmeti temsil eden işaretlerden farklı olması ayırt edicilik için yeterlidir. Ayırt edicilik unsuru, markanın diğer markalardan ve tanıtma işaretlerinden ayrılmasını sağlayan özelliktir. Markanın ayırt ediciliği, tescili istenilen markanın ait olduğu mal ve hizmetler kapsamında değerlendirilmelidir.

Ayırt ediciliği olmayan işaretler, marka olarak tescil edilemezler. Mark KHK'nin, 7 ve 8'inci maddesinde mutlak ve nispi ret nedenlerini saymıştır. Dolayısıyla marka olarak seçilen işaretin bu hükümlere aykırı olmaması da

¹³ ARKAN, Marka Hukuku,C.1, s.37.

¹⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.314.

¹⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.314 ; ARKAN, Marka Hukuku, , C 1 , s.36 ; GÜRZUMAR, Osman Berat, Yeni Markalar Kanunu Işığı Altında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler , Yargıtay Dergisi, 1994, C.XX, s.503.

¹⁶ YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi , Vedat Kitapçılık , İstanbul 2004, C. I , s.62.

gereklidir. Bununla birlikte ayırt edicilik, mutlak ret nedenlerini ve bir kısım hükümsüzlük nedenlerinin etkisini ortadan kaldırır.¹⁷

Mal ve hizmetin kapsamının yanı sıra malın üreticisi, satıcısı ve malın tüketicisi, ayırt ediciliğin belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Bu çevrenin kayda değer kısmı tarafından ayırt ediciliğin kabul görmüş olması gerekir. Fakat bu çevrenin sayısal olarak ifade edilmesi mümkün değildir, kesin bir değeri yoktur.¹⁸ Her mal yada hizmetin hitap ettiği çevre ve bu çevrenin değerleri ayrı ayrı göz önünde bulundurulur. Mesela günlük hayatta sıklıkla kullanılan bir mal yada hizmet söz konusu ise (Örnek olarak ekmek) tüm alıcı grupları ilgili çevre olarak kabul edilir. Mal yada hizmet özel yada lüks bir tüketime hitap ediyorsa bu mal yada hizmetin hitap ettiği kitle ilgili çevredir. (Örnek olarak havyar) İşaret, işletmenin mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırt edilmesini sağlamalıdır. Marka, ilk kez kullanılıyor olsa da esas olan alıcının markayı tanımasıdır.¹⁹

Ayırt edicilik, işaretin tescil edilmesiyle kazanılabileceği gibi ayırt edici niteliği bulunmayan işaretin kullanımla ayırt edilebilir olmasıyla da kazanılabilir. Bununla birlikte mal yada hizmetin niteliğine yakın işaretler ile mal yada hizmetin içinde barındırdığı kavram ya da kavramların işaret olarak seçilmesi durumunda da ayırt edicilikten uzaklaşılır. Yargıtay'ın verdiği bir kararda "Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar amaç, değer, coğrafi kaynak belirten, üretim hizmetlerinin yapıldığı zamanı gösteren, malların ve diğer karakteristik özelliklerini ifade eden sözcükleri münhasıran veya esas unsur olarak içeren işaretler marka olamaz denerek (Multi Canal) isminin marka olmasını uygun görmemiştir.²⁰

Ayırt edici niteliği bulunmayan işaretin kullanımla ayırt edilebilir olması durumu Mark KHK'de 7. maddesinin II. Fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre "Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mal ve hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa a, c, d bentlerine göre tescili

¹⁷ TEKİNALP, Ünal, Ayırt Edici Nitelik Kazanma , Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 179.

¹⁸ EROĞLU, Sevilay , Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S.1, s.99.

¹⁹ YASAMAN, Hamdi, Tanınmış Marka, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan , İstanbul 1978,s.694.

²⁰ 11. HD, 9.11.2000, 6135/8767 ; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.344-345.

reddedilemez". Bu hüküm Topluluk Yönergesinin 3. maddesinin 3. fıkrası ile Topluluk Tüzüğü 16.maddesinde de yer almaktadır.

Ayırt ediciliği olmayan işaretler tescil talepleri mutlak olarak reddedilecek işaretlerdir. Yani bu işaretler herkesin kullanımına açık olan işaretlerdir. Kullanımla ayırt edici olan işaretler, sahip olduğu anlamla birlikte ikinci bir anlam daha kazanarak bir işletme ile bağlantılı hale gelmektedirler. Bu anlam, işaretin sahip olduğu anlamdan soyutlanarak yeni anlam kazanmasıyla oluşur. İşaret artık eskisi gibi bir mal yada hizmetin cinsini, vasfını, niteliğini, miktarını, üretildiği zamanı, yeri gibi özelliklerini göstermenin de ilerisine giderek, bir işletmeye ve onun sunduğu mal yada hizmetle bağlı yeni bir kavram olmaktadır.

Buna en güzel örneklerden biri Almanca'da "çocuklar" anlamına gelen "kinder" kelimesinin marka olarak tescilidir. Bu işaretin, çocuklara yönelik çikolatalarda uzun seneler boyunca kullanılması sonucu artık "kinder"²¹ işareti malı tanımlayıcı bir işaret olmaktan çıkarak ticari bir marka olarak algılanmaya başlanmış ve tescilden önce ayırt edicilik kazanmıştır.

Ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaret ya da işaretlerin, ne kadar süre kullanılması sonucu, ayırt ediciliğe sahip olabileceği ile ilgili olarak herhangi bir süre sınırı bulunmamaktadır. Her somut olay kendi şartları çerçevesinde değerlendirilmelidir.²² Burada ki kıstas bir işaret uzun bir süre ve yoğun bir şekilde kullanılması ve rakiplerin de bu işaretin kullanılmasına razı olması aynı zamanda alıcının gözünde fiili bir ayırt ediciliğe ulaşması ve bunun sabit olması gerekir. Sonuç olarak ise bu değerlendirmeler ışında işaretin ayırt edici olup olmadığına da TPE ve mahkeme karar verecektir.

III. MARKA ÇEŞİTLERİ

²¹ "Kinder" markası İtalyan Firması Ferrero SPA adına tescillidir. (www.tpe.gov.tr).

²² EROĞLU, Sevilay , Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternet'te İşaretten Yararlanma, Kemal Oğuzman'a Armağan, GSÜHFD, s.471.

Markaların çeşitleri konusunda farklı ayrımlara gidilmiştir. Bunlara aşağıda değinilmiştir.

A. Ticaret Markası

Mal markası diye de anılan ticaret markası, bir menkul mal ile ilgili olan, onun üstüne ve/veya ambalajına konan markadır.²³ Para, kıymetli evrak, adi senet gibi istisnalar dışında menkul malların çoğunluğu, ticaret markasına konu olabilir. Ticaret markası, malın dağıtımını yapan işletmenin, malın üzerine koyduğu işaretin yanısıra sanayici ve üreticiler tarafından malların üzerine konan fabrika markasını da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.²⁴ Ticaret markasında önemli olan nokta, bir işletmenin ticaretini yaptığı malların, diğer işletmelerin mallarından ayırt edilmesinin sağlamış olmasıdır.²⁵ Bir işletme, hem kendi markasını taşıyan mallar üretebilirken, aynı zamanda imalatçısı olmadığı malları fason olarak da üreticisine yaptırıp (Örnek olarak Migros gibi) mala da markasını koyarak satışa sunabilir.

B. Hizmet Markası

Hizmet Markalarına , Markalar kanunundan farklı olarak 556 sayılı KHK’da değinilmiştir. Fakat kararnamede hizmet markalarının tanımı yapılmamıştır. 556 Sayılı KHK’nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmeliğin 9 maddesinde ise hizmet markaları, “Ticari işletmenin hizmetlerini, diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir” şeklinde tanımlanmıştır.

Hizmet markalarında, ticaret markalarından farklı olarak söz konusu olan mallar değil, hizmetlerdir. Hizmet sektöründe faaliyet gösteren işletmeler, piyasaya ürün olarak mallarını değil hizmetlerini sürerler. Yani bankacılık, sigortacılık, turizm, sağlık, taşıma, danışmanlık, otelcilik, eğitim gibi alanlarda çalışan işletmelerin malları yoktur.²⁶ Bunlar hizmet verirler. Bu çerçevede hizmet sunan

²³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.317.

²⁴ TPE 2002/3 Sayılı Tebliğ, 2.maddesinde, sanayide, tarımda ve küçük sanatlarda bir malın üretimi veya piyasaya sürülmesi ile ilgili başvuruların ticaret markası olarak değerlendirileceği düzenlenmiştir.

²⁵ PEKDİNÇER, Remzi Tamer, Marka Hakkı ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2001, s. 60.

²⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.317.

işletmelerin hizmetlerini tanıtmak için kullandıkları markalara da hizmet markası denecektir. Bunlara örnek olarak İŞ Bankası verilebilir.

C. Ferdi (Bireysel) Marka

Markalar Kanunu madde (2/a)'da, gerçek ve tüzel kişiler tarafından, münferiden ve müstakilen kullanılan markaların ferdi markalar olduğu düzenlenmişken Mark KHK'de ferdi markalara yönelik herhangi bir düzenleme yapılamamıştır. Ferdi marka kavramının düzenlenmediği Mark KHK'de sistem bu marka üzerine kurulmuştur.²⁷ Arkan'a göre de ferdi markalar, gerçek ya da tüzel kişilerin tek başlarına kullandıkları markalar olarak ifade edilmiştir.²⁸

Ferdi markalarda, marka üzerindeki mutlak hak bir yada birden fazla kişiye aittir. Birden fazla kişiye ait olması halinde bu kişiler, iştirak ve müşterek mülkiyet hükümleri dahilinde marka üzerinde mutlak hakka sahiptir ve bu hakların tamamını kullanırlar. Ferdi hizmet markasına örnek olarak Türk Hava Yollarının "THY" harfleri ile bir daire içindeki tek uçak kanadı simgesi verilebilirken, ferdi mal markasına ise "Arçelik" örnek olarak verilebilir.²⁹

D. Ortak Marka

556 sayılı kanun hükmünde kararnamenin düzenlediği marka çeşitlerinden biri olan ortak marka, üretim veya ticaret veya hizmet işlemlerinden oluşan, bir grubun mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir.³⁰ Burada ki grup sözcüğü, üretim, ticaret yada hizmet işletmelerinden oluşan topluluğun tüzel kişiliğe sahip olmasına gerek olmadığını vurgulamaktadır.³¹

Ortak markanın sahibi, gruba dahil olan kişilerdir. Bu kişiler yani markanın sahipleri markanın tamamı üzerinde bağımsız olarak hak sahibidirler. Bu hakkın

²⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.318.

²⁸ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.45.

²⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.318.

³⁰ NOYAN, Erdal; Marka Hukuku, Adil Yayınevi, Ankara 2003 s.67.

³¹ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.45.

sınırı ise diğer marka sahiplerinin hakkının başladığı noktadır. İncir, üzüm, pamuk, zeytin ve zeytinyağı tarım satış kooperatiflerini tek çatı altında toplayan ‘TARİŞ’ ortak markaya örnek olarak verilebilir.³²

Koç ve Sabancı gibi holding markaları da, Karaahmet ve Yalçiner tarafından ortak marka olarak kabul edilmekte ve böylelikle holdinge dahil olan şirketlerin mal veya hizmetleri diğer şirketlerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmiş olacağı savunulmaktayken³³, Tekinalp ve Arkan bu görüşe karşı çıkmakta ve holding markalarını ferdi marka olarak kabul etmektedirler.³⁴ Arkan’a göre holding markalarının “ortak marka” olmama sebebi; marka sahibinin bir grup değil de holding şirketinin kendisi olmasıdır.³⁵ Kanaatimizce de holding bünyesinde birden çok şirketin bu üst markayı kullanması onu ortak marka yapmayacaktır. Çünkü holding markası sadece holding şirketinin üzerine tescilli olacaktır. Ortak markada ise tescil için ortak marka sahiplerinin hepsinin birlikte hareket etmesi gerekecektir.

E. Garanti Markası

Garanti markaları, malın belli bazı özelliklere sahip olduğunu gösteren markalardır. Bu özelliklerin ne olacağını garanti markası sahibi belirler. Bunlar malın niteliğine ve özelliklerine ilişkin olabilir. Garanti markası, garanti markası sahibinin belirlediği şartları yerine getirmek suretiyle her işletme tarafından kullanılabilir. Garanti markasının sahibi, markasını kullanmak isteyen marka sahibi ile sözleşme yapar. Garanti markasının sahibi, garanti markasını kullanan marka sahibinin, yaptığı üretimin yada sunduğu hizmetin standartlara uygun olup olmadığı kontrol etmelidir.³⁶ Çünkü garanti markaları, malın kalitesini garanti niteliğine sahiptir. Garanti markalarından Türkiye’de en bilinenleri ise Türk Standartlar Enstitüsü yani TSE ve yünlü kumaşlarda kaliteyi ifade eden Woolmark’tır.

³² ÖZDAL, Şule, 556 Sayılı KHK’nin 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2005, s.55.

³³ KARAAHMET, Erdoğan / YALÇINER, Uğur, Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, Ankara 1999, s.53.

³⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.319 ; ARKAN, Marka Hukuku, C.1 , s.46.

³⁵ ARKAN, Marka Hukuku, C.1 , s.46.

³⁶ KARAAHMET/ YALÇINER, s.51.

Bu arada Mark KHK, garanti markasını, “Marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımlama ise Tekinalp ve Arkan tarafından yanlış bulunmaktadır.³⁷ Yazarların bizimde katıldığımız görüşlerine göre garanti markası, işletmelerin özelliklerini, üretim usulleri gibi niteliklerini garanti etmemektedir. Markanın garanti ettiği unsur, garanti markasını kullanma hakkına sahip olan işletmeler tarafından üretilen mal ya da hizmetlerin ortak nitelikleri, özellikleri ve coğrafi kaynağıdır.

F. Tanınmış Marka

551 sayılı Markalar Kanununda bulunan “maruf marka” kavramı 556 sayılı KHK’de, yer almamıştır. Yerine getirilen tanınmış marka kavramı ise tanımlanmamıştır. Bunun nedeni ise, devamlı gelişen teknoloji ve ticaret hayatında mesafelerin etkisinin azalmasından dolayı tanınmış marka kavramının sınırlarının kesin olarak çizilmesi durumunda yetersiz ya da yanlış sonuçlara neden olacağıdır.³⁸ Bir marka dünyada veya bir ülkede tanınmış olabilir. Marka, bir ülkede, halkın çoğunluğu veya ürünün hitap ettiği kitle tarafından biliniyor ise tanınmışlık derecesine erişmiş kabul edilir.³⁹ Tanınmış marka, maruf markadan daha geniş ve kapsamlı bir tanımlamadır. Maruf marka, markanın tanınmışlığının belli bir çevre ile sınırlı olduğu hallerde, bu mal ile ilgili alıcı kitlesi tarafından tanındığı takdirde bir markanın marufluğundan bahsedilir. Tanınmış marka, maruf markanın tanındığı çevrenin de dışına çıkarak, sadece bu malın alıcıları, ilgisi olanlar değil, bu mal ile ilgisi olmayanlar tarafından da tanındığı bilinmesi halinde, söz konusu olur.

556 sayılı KHK çerçevesinde bir markanın korunabilmesi için kural olarak tescil edilmiş olması gerekir. Ancak tanınmış markalar tescilli markanın, marka mevzuatına göre sadece tescil kapsamına giren mal ve hizmetler için korunması ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir. Böylece tanınmış marka tescilli olduğu mal ve

³⁷ ARKAN, Marka Hukuku, C.1 , s.47 ; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.318.

³⁸ Aynı yönde: DİRİKKAN, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayıncılık, İzmir 2003, s.87-88 ; DURAL, Ali , Yargıtay 11. H.D. ‘sinin Tanınmış Markalara İlişkin 8.6.2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2002, S.1, s.857.

³⁹ YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Birlikleri Raporları, Beta Basım A.Ş , İstanbul 2003, C.1, s.156.

hizmetler için diğer tescilli markalar gibi özdeş veya benzer mal yada hizmetler yönünden karıştırma tehlikesi temelinde korunmasının yanında benzer olmayan mal ve hizmetler açısından da korunmaktadır.

IV. MARKANIN TESCİLİ

Bir markanın Mark KHK'de öngörülen korumadan yararlanabilmesi için tescil edilmiş olması gerekir. Marka tescili için; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı olan veya sınai veya ticari faaliyette bulunanlar, ile Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması (TRIPS) hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kimseler ve Mark KHK kapsamına girmemekle beraber, Türkiye Cumhuriyeti uyuşundaki şahıslara kanunen veya fiilen koruma tanımış yabancı devletlerin gerçek veya tüzel kişileri başvuru hakkını haizdir

Usulüne uygun şekilde yapılmış marka tescil başvurusu, mutlak ret nedenleri ile karşılaşmaz ya da ileri sürülen itiraz üzerine somut başvuru bakımından mutlak ve nispi ret nedenlerinin söz konusu olmadığına karar verilirse, marka siciline kaydedilir.⁴⁰ Marka siciline kayıt ile mal ve hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesi sağlanmakta olup ayrıca tescil yaptırana lehine mülkiyet karinesi de oluşacaktır.

Marka hakkının doğması konusunda üç sistem mevcuttur. Bunlar kullanma sistemi, tescil sistemi ve karma sistemdir.

Bu sistemlerden kullanma sisteminde, marka hakkı markanın Markalar Hukukuna uygun olarak seçilmesi ve ilk defa kullanılması ile oluşur. Bu sistemde marka tescil ettirilirse, tescil açıklayıcı nitelik taşır ve hakkın markayı tescil ettirmiş olan kişiye ait olduğunu gösteren bir karine oluşturur. Ancak tescil ettirilmiş olan markanın daha önce başkası tarafından tescilsiz olarak ilk defa kullanılmış olduğu

⁴⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku,s. 358.

kanıtlanırsa, tescil ile doğmuş olan karinenin aksi kanıtlanmış olur ve ilk defa kullanmış olan kimsenin hakkı korunur.⁴¹

İlk defa kullanma ile marka hakkının oluştuğu bu sistemde devamlı bir kullanmanın varlığı gereklidir. Bununla birlikte kullanmaya kısa süreli ara vermeler hak kaybına neden olmaz.

Kullanma ilkesinde marka üzerindeki hak markanın yaratılması işaretin seçilmesi ve kullanılmaya başlaması ile doğar ve markayı önce tescil ettirene karşı haklarını korur. 551 sayılı Markalar Kanunu “kullanma sistemini” kabul etmişti. Ve kanuna göre bir markayı ilk defa kullanan ve maruf hale getiren kişi tescilli markayı sicilden terkinini talep edebiliyordu.

Diğer sistemlerden tescil sisteminde ise marka hakkı markanın markalar hukukuna uygun olarak seçilmesi ve sadece marka siciline tescil ettirilmesi ile oluşur. Bu sistemde kullanma sisteminden farklı olarak tescil kurucu nitelik taşır. Tescil edilmiş bir marka daha önce başkaları tarafından kullanılmış olsa dahi, ilk defa tescil ettirmiş olan kişi hakkını herkese karşı ileri sürebilir ve ilk defa kullanmış olan kişi, ne markalar hukukuna ne de haksız rekabet hukukuna göre koruma talep edemez.⁴²

Tescil ile marka hakkı doğmuş olup, tescilden sonra marka hakkının korunabilmesi markanın kullanılması şartına bağlı olabileceği, gibi marka kullanılması koşuluna bağlı olmaksızın da korunabilmektedir.⁴³

Tescil sistemi marka hakkının açıklık ve kesinlik kazanmasını sağlarken, marka hakkının sadece tescil ile kazanıldığı bu sistemin katı olarak benimsenmesi durumunda ise bir markayı tescilsiz olarak ilk defa kullanıp tanıtmış ve ekonomik bir değer kazandırmış olan kişinin hakkının sadece tescile dayanan kişinin hakkına feda edilmesi gibi adalete uygun olmayan sonuçlarda ortaya çıkacaktır.Bu çerçevede

⁴¹ KARAYALÇIN, Yaşar, Yaşayan Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, 3.Baskı, Ankara 1968, 423-424; CENGİZ, Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, Beta Basım Yayım, İstanbul 1995.s.39.

⁴² CENGİZ, s.38.

⁴³ ÖÇAL, s.82.

Karma Sistem ise tescil sistemi ile ilk kullanma sistemi arasında yer alan ve taraflar arasındaki dengeleri sağlayıcı nitelik taşıyan bir sistemdir olarak karşımıza çıkmaktadır.

V. TÜRK HUKUKUNDAKİ TESCİL SİSTEMİ

Markalar Kanunu döneminde kullanma sisteminin geçerli olduğu Türk hukukunda 556 sayılı KHK'den sonra ise tescil ilkesi kabul edilmiştir. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka korunması tescil yoluyla elde edilebilecektir. Bu kurala ise bazı istisnalar getirilmiştir. Bunlar ise tanınmış markalar, rüçhan hakkından yararlanan markalar ile 556 sayılı KHK'nın m.8/III-a-b bentlerinde öngörülen haller ile (m.7/son fıkra)'ya göre ayırt edici nitelik kazanan işaretlerdir.

Bu istisnalardan sonuncusu ise kullanma ilkesinin kabulüne yol açacak niteliktedir.⁴⁴ 556 sayılı KHK'nin m.7/son fıkrasına 5194 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe göre; “bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış veya tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise a.c.d bentlerine göre tescili reddedilemez.” Bu hüküm ile 551 sayılı Markalar Kanunu'ndaki imkândan daha geniş imkân sağlanmıştır. 551 sayılı Markalar Kanunu'nda, markanın maruf olması aranır iken 556 sayılı KHK'de işaretin ayırt edici nitelik kazanması yeterli sayılmaktadır.⁴⁵

Arkan, 556 sayılı KHK ile getirilen sistemin, 551 sayılı Markalar Kanunu'ndan farklı olmadığı ve sonuç itibari ile Kanun Hükmünde Kararnamede de, ilk kullanma sistemi ile yumuşatılmış tescil sisteminden oluşan karma bir sistemi benimsediği görüşündedir.⁴⁶ Yargıtay 11. HD'sinin konuyla ilgili aldığı karar ise aşağıdadır;

“Türk ve İsviçre markalar hukuku, marka üzerinde ki hakkın iktisabı ve korunması ile ilgili olarak üç önemli ilkedden biri olan marka üzerindeki öncelik hakkı, o

⁴⁴ YASAMAN; Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, C.1 s.34

⁴⁵ POROY / YASAMAN, s.337.

⁴⁶ ARKAN; Marka Hukuku, C.1, s.129

markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir ki buna” gerçek hak sahibi” denir ve bu gibi durumlarda markanın tescili sadece açıklayıcı etkiye sahiptir. Diğer bir deyişle marka üzerindeki hak tescilden önce doğmuş bulunmaktadır. Buna karşı bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin, sadece seçip tescil ettiren bir kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Bu tür tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp , bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etki sahipliği devam eder. Çünkü marka üzerindeki gerçek hak sahipliği, ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak tanımaz. Markanın gerçek hak sahibi, markasının aynısını ve ayırt edilemeyecek benzeri, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin bu eylemi gerçek marka sahibinin hakkına tecavüz sayılır ve bu tecavüzü TTK’nun 56 ve izleyen maddelerde yer alan haksız rekabet hükümlerine ve özellikle bu konudaki özel düzenlemeyi teşkil eden 556 sayılı Markalar Hakkında ki KHK ‘nin 8/III ve 42/I-b ve önceki 551 sayılı Markalar Kanununun 47. maddesine göre önlenbilir ve sonradan tescil edilmiş markanın terkinin istenebilir.”⁴⁷

Yukarda ki kararın da gösterdiği gibi Yargıtay söz konusu kararında kullanma ilkesini kabul etmektedir. Yargıtay markanın, markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye ait olduğunu ve gerçek hak sahibinin o markayı ilk defa kullananın olduğunu belirtmiştir. Ayrıca 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 varmıştır. Kanaatimizce de 556 sayılı KHK ile getirilen Tescil sistemi, yapılan değişikliklerle birlikte Arkan’ın da ifade ettiği üzere ilk kullanma sistemi ile yumuşatılmış tescil sisteminden oluşan karma bir sisteme dönüşmüştür.

⁴⁷ Yargıtay 11. HD, 19.04.2002, (E.2001/9903,K.2002/3699) YASAMAN, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, C.1 , s.32.

VI. TESCİLİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

556 sayılı KHK'de sağlanan korumadan yararlanabilmek için öncelikle markanın tescil edilmesi gerekir. Bir başka deyişle bir markayı tescil ettiren kişi o markanın sahibi sayılır ve 556 sayılı KHK ile sağlanan özel korumadan yararlanır. Dolayısı ile tescil kurucu etkiye sahiptir.

Markanın tescil edilmiş olması marka sahibine birtakım haklar sağlayacaktır. Öncelikle marka üzerindeki hak sahipliği bakımından tescil sahibi lehine bir karine oluşacaktır. Ayrıca marka üzerindeki hakkın kazanılma anını kesin olarak belirlenmesi sayesinde bir ispat aracı olarak kullanılabilir. Marka üzerindeki hak, mutlak nitelikteki bir haktır. Bu yönüyle marka hakkı, hak sahibinin marka üzerindeki inhisari iktidar ve yetkilerini ifade eder. Bu nedenle, hak sahibi sahip olduğu bu yetkiyi, kendi hakkına müdahale eden herkese karşı ileri sürebilir. Herkes de hak sahibinin bu mutlak hakkına saygı göstermek zorundadır. Marka hakkının devri, miras yoluyla intikali, üzerinde lisans hakkı tanınması ve haczedilmesi de mümkündür

Markasını tescil ettirmemiş olan kişi kural olarak 556 sayılı KHK'den yararlanamaz. Ancak genel hükümlere yani TTK haksız rekabet hükümlerine göre haklarını koruyabilir.

Markasını tescil ettiren kişi markasını özgürce kullanabilir. Bu markanın herhangi bir sebeple ilerde hükümsüzlüğü ileri sürülürse ve mahkemece tescilin iptaline karar verilse, bu iptal tarihine kadar geçerli bir markadır. İptal tarihine kadar marka hakkı sahibi markasını kullanabilir.

İkinci Bölüm

MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE SONA ERMESİ

Konumuz olan Markanın Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi, Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükümündeki Kararnamenin beşinci kısmında iki bölüm halinde düzenlenmiştir. İlk bölümde markanın hükümsüzlüğü yer alırken, ikinci bölümde ise marka hakkının sona ermesi yer almaktadır.

Mark. KHK'nın beşinci kısmının birinci bölümünde yer alan markanın hükümsüzlüğü, tescil edilmiş bir markanın gerekli koşullara sahip olmaması nedeniyle dava yoluyla iptali ve böylelikle daha önceden elde edilmiş marka hakkının son bulması demek iken, aynı kısım içerisinde düzenlenen marka hakkının sona ermesi ise, marka sahibinin isteği ile marka hakkının ortadan kalkması demektir. yani Mark. KHK'de düzenlenen marka hakkının, markanın koruma süresinin dolması ve süresi içinde yenileme işlemlerinin tamamlanmaması (m.45/A-a, 40-41) ya da marka sahibinin hakkından vazgeçmesi (m.45/I-b, 46) yoluyla sona ermesi mümkün olduğu gibi üçüncü kişiler tarafından açılacak bir dava sonucunda hükümsüz sayılarak sona erdirilmesi de (m.42 vd.) mümkündür.⁴⁸ Bir başka deyişle markanın hükümsüzlüğü Mark. KHK'de öngörülen sebeplerin varlığı halinde, mahkeme kararıyla markanın marka sicilinden silinmesi; markanın sona ermesi ise, marka sahibinin isteği ile yani herhangi bir şekilde mahkeme kararı olmaksızın, marka hakkının ortadan kalkmasıdır.⁴⁹

Bu iki kurum arasında çeşitli farklar bulunmaktadır, başlıcaları ise şunlardır. Öncelikli olarak yukarıda da değindiğimiz gibi markanın hükümsüzlüğüne yetkili mahkeme karar verirken marka hakkı ise sahibinin iradesiyle sona ermektedir. Bir başka fark ise markanın hükümsüzlük kararının Mark. KHK (44/2 a ve b) bentlerindeki haller dışında geçmişe etkili olmasıdır. Marka hakkının sona ermesinde

⁴⁸ ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s.155.

⁴⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.400.

ise, geçmişe etkili olma durumu yoktur, sona erme; sona erme sebebinin gerçekleşmesi anında hüküm ifade edecektir.

Markanın hükümsüzlüğünün ve markanın sona ermesinin ortak sonucu ise markanın marka sicilinden silinmesidir. Bu arada iki kurumda da, sebepler yani hükümsüzlük ve sona erme sebepleri sınırlı sayıdadır. Ayrıca hem kısmi hükümsüzlük hem kısmi sona erme mümkün olabilmektedir.

İki kurumun farklarına ve ortak yönlerine değindikten sonra ilk başta markanın hükümsüzlüğü konusu ile markanın hükümsüzlüğü davasına, daha sonra ise marka hakkının sona ermesi konusuna değinilecektir.

I. MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. Genel Olarak

Markanın hükümsüzlüğü, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararnamede sayılan sebeplerin varlığı halinde, Türk Patent Enstitüsü'ndeki marka siciline kayıtlı olan markanın, marka sicilinden silinmesi, yani marka hakkının ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Markanın hükümsüzlüğüne ancak yetkili mahkeme karar verebilmektedir.

Markanın hükümsüzlüğü davasında, Türk Patent Enstitüsü tarafından incelenmiş ve kendisine geçerli bir tescil belgesi verilmiş olan markanın; belge verilmesiyle ilgili şartlara uyulmadığı ve belgenin haksız bir şekilde verildiği gerekçesiyle, hükümsüzlüğüne karar verilmesi istenmektedir. Uygulamada bu talebi görüşen mahkeme özellikle bilirkişi raporlarının⁵⁰ ışığında tescil belgesi verilmesi ile

⁵⁰ Son dönemde ise hakimler özellikle marka ile ilgili davalarda dosyayı bilirkişiye göndermek yerine kendileri karar vermektedirler. Buna gerekçe olarak da Fikri ve Sınai Hukuk Mahkemelerinde görev yapan hakimlerin bu konularla ilgili yeteri kadar eğitim görmesi gösterilmektedir. Fakat ihtisas mahkemelerinin sadece 3 ilimizde bulunması ve bunun dışında ki illerde görev yapan hakimlerin ise Marka hukuku ile ilgili yeteri kadar eğitim almasının ya da Fikri ve Sınai Hukuk mahkemelerinin

ilgili şartların varlığını araştırmakta ve sonunda belge sahibi tarafından doğru beyanda bulunulup bulunulmadığını veya belge verilebilir ve korumaya değer bir hak olup olmadığının kararını vermektedir. Eğer karar haksız bir tescil yapıldığı şeklinde ise, o zaman T.P.E. tarafından verilmiş marka tescil belgesi iptal edilmekte yani marka üzerindeki Mark. K.H.K.'den kaynaklanan hak ve koruma sona ermektedir

B. Hükümsüzlük

Hükümsüzlüğün kelime anlamına baktığımızda geçersizliği ve iptal etmeyi ifade ettiğini görmekteyiz.⁵¹ Bu noktadan hareketle markanın hükümsüzlüğüne baktığımız zaman ise, 556 sayılı kararnamede “markanın hükümsüzlüğünün” yanı sıra, “iptal” kelimesinin kullanıldığını görmekteyiz. Tekinalp'e göre hükümsüzlük ve iptal terimleri 556 sayılı kararnamede eşanlamlı kullanılmıştır. 556 sayılı kararnamenin 41, 43 ve 44'üncü maddelerine baktığımızda markanın hükümsüzlüğü kullanılmışken yine aynı kararnamenin 14(1), 42(1)a, 42f ile 59'uncu maddelerinde ise “iptal” ve “iptal davası” sözcüklerinin kullanıldığını görmekteyiz. Yine Tekinalp'e göre “iptal” ve “iptal davası” sözcüklerinin kullanılmasının sebebi, bu terimin Paris sözleşmesinin 6. maddesinin 2.mükerrer maddesinde geçmesidir.

Kararnamemizde eşanlamlı kullanılan bu sözcükler (89/104) sayılı AT Marka Yönergesi'nde ise farklı anlamlarda kullanılmıştır.⁵² Buna göre markanın mutlak ya da nisbi sebeplerinin varlığına rağmen tescil edilmiş olması halinde “markanın hükümsüzlüğü” (m.3 ve m.4), daha sonra ortaya çıkan sebepler dolayısıyla sicilden terkinde ise markanın “iptali” (md.12)⁵³ kavramı kullanılmıştır. Yine aynı şekilde (40-94) sayılı AB Marka Tüzüğünde ve Alman Markalar Kanunu'nda aynı ayırım yapılmıştır. Topluluk markasıyla (CTM) ilgili tüzükte bu durum 50, 51, 52'nci maddelerde görülmektedir. Alm. Mark.'da ise 49, 52, 53, ve 55'inci maddelerde

kararlarını devamlı takip etmelerinin zor olması nedeniyle bu konularla ilgili dosyalarında birlikişiyi gönderilmesinin daha doğru olacağı görüşündeyiz. Örnek olarak Van'da veya Kars'ta görev yapan bir hakimin baktığı konular içinde çok küçük bir yer tutan Marka Hukuku ile ilgili gelişmeleri takip etmesi ve uzmanlık gerektiren bu konuda karar vermesi zor olacaktır.

⁵¹ Aynı yönde: MUTLU, Latif; Hukuk Sözlüğü, Akademi İstanbul Yayıncılık, İstanbul 2004, s.145; TÜRK DİL KURUMU; Türkçe Sözlük, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1998, Cilt 1, s.658.

⁵² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku., s.401.

⁵³ KARAHAN, S. , Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları; Mimoza Yayınları, Konya, s.5.

iptal halleri sayılırken 50, 51, 52, 54 ve 55'inci maddelerde ise hükümsüzlük halleri düzenlenmiştir.⁵⁴

Yine AB marka yönergesi, AB Marka Tüzüğü ve Alm. Mark. İptal ve hükümsüzlük hallerini ayrı ayrı düzenlemiş iken, 556 sayılı kararnamede ise bu sözcükler eşanlamli kullanılmıştır. Ülkemizdeki düzenlemenin de uyum sağlamamız gereken AB'ndeki gibi olması daha sağlıklı olacaktır ve ileride AB'ne girdiğimizde sorun yaşanmasını engelleyecektir. Doktrindeki genel görüş de bu yöndedir.⁵⁵

C. Hükümsüzlük Halleri

Hükümsüzlük halleri Mark. KHK'nin 42/1.maddesinde 6 bent olarak düzenlenmiştir. Bu hallerden m.42/1'in a ve b bentlerinde bulunan mutlak ve nisbi red nedenleri; markanın tescilinden önce mevcut olan hükümsüzlük halleridir. Bunların varlığı nedeniyle marka tescili yapılmaması gerekirken her nasılsa tescil gerçekleşmiştir. Bu nedenle de haksız tescilin sicilden terkinin gerekmektedir. Diğer dört bentteki durum ise farklıdır. Madde 42/1 c, d, e, f bentlerinde düzenlenen hükümsüzlük halleri; markanın, marka siciline tescil anında bulunmayıp da daha sonra ortaya çıkan sebepler nedeniyle hükümsüz olması gereken durumları kapsamaktadır.

Yukarıda sayılan bentlerdeki hükümsüzlük hallerinin bazıları markanın tescilinden önce var iken, bazıları ise daha sonra ortaya çıkmıştır. Bu duruma rağmen KHK'de hükümsüzlük halleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. AB marka mevzuatında ise, markanın mutlak ya da nisbi red nedenlerinin varlığına rağmen tescil edilmiş olması halinde markanın hükümsüzlüğü daha sonra ortaya çıkan sebepler dolayısıyla sicilden terkinde ise markanın iptali kavramı kullanılmıştır.⁵⁶ Mevzuatımızda AB marka mevzuatından farklı olarak hükümsüzlük ve iptal kavramlarının kullanılması, yukarıda da değinildiği üzere, özellikle uyumlaştırma sürecinde sorun yaratabilecektir. Bu nedenle T.P.E.'nün yeni hazırladığı Marka Kanunu'nda bu kavramlar AB mevzuatına uygun olarak kullanması da doğru

⁵⁴ KARAHAN, s.5-6.

⁵⁵ Aynıyönde: ARKAN, Marka Hukuku, C. 1,s.155; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku s.401; KARAHAN, s.5-6.

⁵⁶ KARAHAN, s.5.

olacaktır. T.P.E.'nin web sitesinde açıkladığı taslakta da bu yönde adım attığı ve taslağın 50 ve devamında maddelerinde iptal ve hükümsüzlük kurumlarını, AB mevzuatına uyumlu olarak ayırdığı da görülmektedir. Eğer kanunlaşma sırasında herhangi bir değişme olmaz ise, bu kavramlar hukukumuzda da AB mevzuatına uygun olarak kullanılmaya başlanacaktır.

556 sayılı Mark. KHK'de kullanılan bu iki kavramın sonuçları arasında ise herhangi bir fark bulunmamaktadır.⁵⁷ Bu nedenle çalışmamızın geri kalan kısmında KHK'nin beşinci kısım ile 42. madde başlıklarına uygun olarak markanın hükümsüzlüğü terimi hem markanın hükümsüzlüğü hem de markanın iptali kavramı için kullanılacaktır. Ayrıca m.42'de tahdidi olarak sayılan⁵⁸, markanın hükümsüzlük halleri de yine bu maddelerdeki sıraya göre irdelenecektir.

1) Mutlak Red Nedenlerinin Varlığı Halinde Hükümsüzlük

Mark. KHK'nin m.42/1a bendine göre KHK'nin 7. maddesine giren hallerde markanın hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir. Bu maddenin başlığı ise marka tescilinde red için mutlak nedenlerdir. 11 bentten oluşan mutlak red nedenleriyle ilgili düzenleme Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile 89/104/AET 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 7. maddesi esas alınarak düzenlenmiştir.⁵⁹

Mark. KHK m.7'deki düzenlemeye göre mutlak red nedenleri işaretin marka oluşturma özelliği ile sıkı sıkıya bağlı olup, esas itibarıyla herhangi bir ayırt etme gücü bulunmayan veya ticaret alanında herkesin kullanımına açık tutulması gereken işaretlerin (örnek olarak; tür, çeşit, nitelik, değer belirten işaretlerin) ya da halkı yanıltıcı, kamu düzenine, dini değerlere ve genel ahlâka aykırı düşen markaların tescil edilmesini önlemeye yönelik olarak hazırlanmış bir maddedir.⁶⁰ Bu özellikleri nedeniyle mutlak red nedenleri kamu düzeniyle, yani toplumun genel menfaatleri ile

⁵⁷ KARAN, Hakan; KILIÇ, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.379.

⁵⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.400.

⁵⁹ KARAN/KILIÇ, s.79.

⁶⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C.1 , s.71.

ilgilidir ve bu nedenle de işaretin niteliğinden kaynaklanan bu itirazlardan feragat da edilemeyecektir.⁶¹

Mutlak red nedenlerinin kamu düzeniyle ilgili olmasının bir başka sonucu da T.P.E.'nin KHK 7. maddesinde belirtilen mutlak red nedenlerini re'sen nazara almasıdır, yani herhangi bir marka tescili başvurusunda T.P.E., tescil başvurusuna konu markanın bu madde kapsamına girip girmediğini re'sen kontrol etmek zorundadır. Eğer marka, madde kapsamına giriyorsa da bu başvurunun red edilmesi gerekecektir. T.P.E.'nin incelemesi sırasında olduğu gibi herhangi bir hükümsüzlük iddiası ile ilgili bir davada da mahkeme mutlak red nedenleriyle ilgili incelemeyi re'sen yapacaktır. Çünkü mutlak red nedenleri bir def-i olmayıp birer itiraz sebebidir.⁶²

Yargıtay 11. H.D.'nin konuyla ilgili 21.11.1999 tarihinde verdiği kararda şu görüşler ifade edilmiştir:

“Doktrinde de benimsendiği gibi mutlak red sebepleri, işaretin marka oluşturma niteliği ile sıkı sıkıya bağlı olup, genel hatları ile herhangi bir ayırtım gücü olmayan ve ticaret alanında kullanıma açık tutulması gereken işaretlerin veyahut halkı yanıltıcı, kamu düzenine, toplumun dini değerlerine ve nihayet genel ahlâka aykırı düşen işaretlerin marka olarak tescil edilmesini önlemeye yönelik amaçla konulmuşlardır. Bu nitelikleri sebebiyle, toplumun genel çıkarları ile sıkı sıkıya bağlı olup, işaretin niteliğinden kaynaklanan bu itirazlardan feragat edilmesi de mümkün değildir. Bir başka anlatımla, mutlak red nedenlerini oluşturan işaretler, üzerlerinde bir başkasının hakkı olduğu gerekçesiyle değil, nitelik ve özellikleri itibari ile herkese kapalı olan işaretlerdir. Bu nedenle KHK'nin 32. maddesinin emredici hükmü uyarınca mutlak red sebepleri, incelenmesi gerektiği gibi, uyuşmazlığın

⁶¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.406.

⁶² Yargıtay HGK'nun 2003/11-578 E. 2003/703 K. sayılı ve 19.11.2003 tarihli kararında şu sonuca varılmıştır: “Mutlak red sebeplerinin Enstitüce re'sen dikkate alınarak incelenmesi gerektiği gibi, uyuşmazlığın yargıya intikal etmesi halinde mahkemelerde de re'sen incelenmesi gerekir. Çünkü, mutlak red nedenleri bir def-i olmayıp birer itiraz sebebidir.”, YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku, s.218.

yargıya intikal etmesi halinde mahkemelerce de bu sebeplerin bir def'i değil, hususun kendiliğinden dikkate alınarak incelenmesi gerekir.”⁶³

Mutlak red nedenlerinin tanımını yapan, mahkeme ve Enstitü tarafından re'sen incelenmesi gerektiğini belirten bu Yargıtay kararında ayrıca “mutlak red nedenlerini oluşturan işaretler üzerinde bir başkasının hakkı olduğu gerekçesiyle değil, nitelik ve özellikleri itibariyle herkese kapalı olan işaretler” diyerek de mutlak red nedenleri ile nisbî red nedenleri arasındaki farka da değinilmiş bulunmaktadır. Gerçekten de mutlak red nedenleri toplumun çıkarları ile yakından ilgili olurken, KHK'nin 8. maddesinde sayılan nisbî red nedenleri marka olarak tescil ettirilmek istenen işaret üzerinde tescil başvurusundan önce hak kazanmış kişilerin hukukunu korumaya yöneliktir. Başka bir deyişle nisbi red nedenleri etkisini, eski hak sahibi ile sonradan aynı veya benzeri işareti marka olarak tescil ettirmek isteyen kişi arasında gösterir.⁶⁴

Mutlak red nedenleri ile nisbî red nedenleri arasındaki bu fark kendisini mahkemeye veya enstitüye yapılan başvuru sırasında gösterecektir. Çünkü nisbî red nedenlerinin mevcut olduğu iddiasıyla Enstitüye itirazda bulunmak veya hükümsüzlük davasında taraf olabilmek için, KHK m.8'e göre “ilgili kişi”, yani esas itibariyle daha önceki bir tarihte tescil edilmiş ya da tescil konusunda başvuruda bulunmuş bir markanın sahibi veyahut tescilsiz markayı kullanarak bu işaret üzerinde daha eski bir tarihte hak kazanmış olan kişi olması gerekecektir.⁶⁵ Mutlak red nedenleriyle ilgili başvuruda ise “ilgili kişi” kavramı KHK m.7'de düzenlenmiş konularda, tescil dolayısıyla hakkı ihlal edilecek herkesi kapsayacaktır.⁶⁶

Mutlak red nedenlerine dayalı bir hükümsüzlük durumu olabilmesi için her şeyden önce tescilli bir marka bulunması ve tescili yapılmış bu markanın KHK madde 7'deki 11 bentte bulunan sebeplere aykırı olarak tescil edilmiş olması gerekir. Bu sebepler ise tahdidi olarak sayılmıştır ve örneksime yoluyla çoğaltılamazlar.

⁶³ Yargıtay 11. H.D. E.1999/5790, K.1999/9590, T. 26.11.1999, YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s.119-120.

⁶⁴ ARKAN, Marka Hukuku, Cilt 1, s.72.

⁶⁵ KARAHAN, s.9.

⁶⁶ KARAHAN, s.10.

KHK madde 7’de belirtilen; KHK madde 42’ye göre de hükümsüzlük sebebi olan mutlak red nedenleri de şunlardır.

1.1. KHK 5. Madde Kapsamına Girmeyen İşaretler (KHK m. 7/1a)

KHK 7. maddenin 1. fıkrasının “a” bendine göre 5’inci madde kapsamına girmeyen işaretler marka olarak tescil edilemeyecektir. Bu işaretler eğer herhangi bir şekilde marka olarak tescil edildi ise de, KHK m.42’ye göre hükümsüzlük davası açılabilir.

KHK 5. maddenin başlığı “markanın içereceği işaretler”dir. Bu başlık altında marka içerisinde yer alabilecek işaretler düzenlenmiş, aynı zamanda açık olmasa da, marka da bu maddeyle genel olarak tanımlanmıştır. Bu tanım uyarınca bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla her türlü işaret markadır.⁶⁷ Bu madde ile uluslararası uygulamalara paralel olarak, marka kavramına sınırlama getirilmiş ve marka kavramının doğrudan tanımlanmasından kaçınılmıştır⁶⁸; markanın kapsayacağı işaretler ele alınarak yeni marka kullanım şekillerinin kapsam dışı kalması da önlenmiştir.⁶⁹

KHK m.5’e göre, marka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi ve ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir. Marka, mal veya ambalajın tescilli marka sahibine mal veya ambalaj için inhisari bir hak sağlamaz.

Bu çerçevede bu maddede sayılan işaretler marka olarak tescil edilebilecektir. Ama bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için sadece 5. maddede sayılması da yeterli olmayacaktır. Bunun yanı sıra yine 5. madde de belirtildiği üzere, işaretin ayırt edici nitelikte de olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, bir markanın tescil

⁶⁷ Aynı yönde: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.209, KARAN./KILIÇ, s.28-29.

⁶⁸ KARAHAN, s.14.

⁶⁹ Genel Gerekçe.

edilebilmesi için bir işaretin bulunması, bu işaretin madde 5'teki sayılan işaretlerden biri olması ve yine işaretin ayırt edici nitelikte bulunması gerekmektedir.

Ayırt edici unsur ise, markayı başka marka ve tanıtma işaretlerinden ayırt etmeyi sağlayan en önemi tescil şartıdır.⁷⁰ Ayırt edici niteliği bulunmayan bir işaretin tescil kabiliyeti de olmayacaktır.

KHK'de bulunmamasına rağmen, doktrinde ve yargı kararları çerçevesinde markayı oluşturan unsurların ikiye ayrılması gerektiği kabul edilmekte ve bazı yazarlar bu ayrımı (çekirdek-ek)⁷¹ – (aslî unsur-talî unsur)⁷² ve (esas unsur-yardımcı unsur)⁷³ olarak yapmaktadır. Adı yukarıdakiler arasında hangisi olursa olsun markanın ayırt edici niteliğinin bu iki unsurdan birinde yer alması gerekmektedir. Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 6. maddesinde, 556 sayılı KHK'den farklı olarak bu husus düzenlenmiş ve esas unsur markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur olarak tanımlanmıştır. Yine aynı madde esas unsura bağlı ve onunla ilişki halinde bulunan, esas unsurla birlikte tescil ettirilen unsurları da tamamlayıcı unsur olarak isimlendirmiştir. 556 sayılı KHK'de ise esas unsur sadece madde 7/ c ve d bentlerinde mevcut olup buralarda da yukarıda da değinildiği üzere esas unsur hakkında herhangi açıklama bulunmamakta ayrıca ikili bir ayırmadan da bahsedilmemektedir.

551 sayılı kanundan beri süregelen ilmî ve kazaî içtihat müktesebatından yararlanabilmek için, kanaatimizce bu kanunla kabul edilmiş olan esas unsur-yardımcı unsur kriterlerinden yararlanılmaya devam edilmesi doğru olacaktır.

Bu çerçevede esas unsur markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsurdur.⁷⁴ Bu nedenle de esas unsurun ayırt edici nitelikte, özgün ve karakteristik olması gerekir.⁷⁵ Karahan'a göre esas unsur, münferit yazı, resim, renk şeklinde olabileceği gibi, bunların oluşturduğu bir kompozisyondan da oluşabilir. Buradaki

⁷⁰ KARAHAN, s.16.

⁷¹ KARAYALÇIN, s.413.

⁷² ÖÇAL, s.115.

⁷³ SAĞLAM, Mehmet Ali, Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara 1973, s.28.

⁷⁴ (Danıştay 12. D., 13.2.1971, E. 70/5653, K. 71/356) SAĞLAM, s.41.

⁷⁵ Aynı yönde KARAYALÇIN, s.413 ; SAĞLAM, s.55-57; ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi, Ankara 1999.

önemli konu esas unsurun, yardımcı unsurlara nazaran daha belirgin olması gerektiğidir.

Tabii bir markada esas unsurun yanında muhakkak yardımcı unsur kullanma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bir başka deyişle bir marka sadece esas unsurdan da oluşabilecektir. Zaten markanın ayırt edici unsuru esas unsurdur. Yardımcı unsurlar ise kamuya aittirler ve ayırt edici özellikleri bulunmamaktadır. Yardımcı unsurların herkes tarafından serbestçe kullanılabilmesi gerekir, bu yüzden de esas unsur olarak tescil edilmemeleri gerekir.⁷⁶

KHK'nin 5. maddesinde “gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen” ve “her türlü işaret” ibareleri kullanılarak, marka olarak kullanılacak işaretlerin sayı itibariyle sınırlı olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Bu nedenle maddede yazılı olan işaretler örnek olarak sayılmış olup, marka olarak kabul olunacak işaretler sadece bunlardan ibaret değildir. Bu yorum şekli TRİPS'in 15(1) maddesine de uygundur.⁷⁷ Tahdidi olmayan bu sayım sayesinde tescili mümkün olan işaretlerin sınırları geniş çizilmiştir. Dolayısıyla bu kapsama dahil edilebilen her işaret marka olarak tescil edilebilecektir.

KHK 5. maddeye göre ayırt edici nitelik taşımak şartıyla tescili mümkün olan işaretlere ise, aşağıda örnekler verilerek değinilecektir.

a. Ad

Mark KHK'nin 5. maddesinde; marka olabilecek işaretler sayılırken “kişi adları” da denilerek, adların da marka olabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme yapılırken sadece “kişi adları” ifadesi kullanılmış, bundan ne anlaşılması gerektiği ise açıklanmamıştır. Bir başka deyişle “kişi adları” ifadesini içine neler gireceği konusunda KHK'da bir düzenlemede bulunulmamıştır. Bununla birlikte bir sınırlamaya da gidilmemiştir. Bu çerçevede medeni ad tanımının içine giren ad ve

⁷⁶ (Bazı harf ya da sayı grupları belirli tür eşyayı ifade ettiğinden, bu işaretlerin de marka olarak alınamaması, herkesin kullanımına açık tutulması gerekir. Örneğin otomobiller için 220, 280 rakamı ya da SEL, CLX harfleri) ARKAN, Marka Hukuku, Cilt 1, s.73.

⁷⁷KARAN / KILIÇ, s.30.

soyad dışında, takma ad ve lakâp ile tüzel kişilerin ad ve ünvanının da marka olabilecek işaretlerin içine girebileceğini kabul etmek gerekir.

Medeni ad olarak tanımlanan ad ve soyadı ise, kişileri birbirinden ayıran ve toplumsal ilişkilerde kişiyi belirleyen bir “tanıtım aracı”⁷⁸ olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada soyad ile kişinin ait olduğu aile belirlenirken, öz ad ile de bu aile içindeki fertlerin birbirinden ayrılması sağlanmaktadır.

Ad üzerindeki hak bir kişilik hakkıdır. Bir başka deyişle ad kişiliğin ayrılmaz parçasıdır.⁷⁹ Bir kişinin adından kaynaklanan hakkını ve bu haktan sağladığı ayrıcalıkların kullanımı, hiç kimse tarafından önlenemez. Bu çerçevede kişiler öz adlarını marka olarak tescil ettirebileceklerdir. Tescil edilmiş ad markalarına örnek olarak ise ayakkabı için “İnci”, plaj giysileri için “Zeki” verilebilir.

Adın en önemli özelliği ayırt edici niteliğinin bulunmasıdır. Ancak kişilerin övadlarının ayırt edici niteliği daha azdır. Zira övadlar sınırlı olup birçok kişi tarafından kullanılır.⁸⁰ Övadın ayırt ediciliğe soyadla kavuşması daha kolay bir yoldur. “Kemal” adı tek başına düşük bir ayırt ediciliğe sahipken “Tanca” soyadıyla birlikte kullanılarak “Kemal Tanca” şeklinde tam bir ayırt edicilik kazanarak, övadla soyadın bir arada kullanıldığı bir marka olmuştur.⁸¹ Övad ile soyadın birlikte kullanıldığı diğer markalara örnek olarak da Fahri Kuz, Eyüp Sabri Tuncer, Kamil Koç, Cemil İpekçi verilebilir.

Soyadı, övad ile birlikte kullanılabilirdiği gibi tek başına da kullanılabilir. Örneğin; Koç, Sabancı, Boyner, Komili, Toprak, Eczacıbaşı gibi. Önemli olan bu soyadlarının ayırt ediciliği sağlayabilmesidir.⁸²

⁷⁸ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal, Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.342.

⁷⁹ HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s.74; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY Saibe, Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2002, s.82.

⁸⁰ YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s.119-120.

⁸¹ ÖZDAL, s.70.

⁸² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.311.

Marka olarak tescili yapılan ad veya soyadında mutlaka Türkçe olması da gerekmemektedir. Yabancı bir ad da marka olabilir. Örnek olarak Pierre Cardin, Benetton, Disney verilebilir.

Aynı ada sahip iki ayrı kişi, adlarını aynı mal ya da hizmet için olmamak şartıyla ve tanınmış markalar ile ilgili istisna durumlar dışında ayrı ayrı tescil ettirebilirler. Bunun tersi bir durumda ise itibas oluşması ihtimali bulunmaktadır. Başkası tarafından kullanılan marka ile aynı adı paylaşan kişinin itibasa neden olacak hareketlerden kaçınması gerekir. Bu çerçevede kötü niyetle kullanılan adlar tescil edilmemelidir.⁸³ Tescil edilmesi halinde ise hükümsüzlük davası açılabilir.

Müstear ad yani takma ad, bir kimsenin yaptığı iş ya da faaliyeti sırasında gerçek adı yerine kullandığı addır. Takma ad daha çok sanatçılar tarafından tercih edilen ve kullanılan adlardır.⁸⁴

Medeni Kanunda düzenlenmiş olan takma (müstear) ad, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 11.maddesinde hukuksal bir kavram olarak kabul edilmiştir.

Genel olarak doktrinde takma ad, adın diğer çeşitlerinden biri olarak görülmektedir⁸⁵ ve marka olabileceği kabul edilmektedir. Tekinalp'e göre de seçimde genişlik ilkesi⁸⁶ uyarınca takma adların marka olabileceği belirtilmektedir.⁸⁷

Ad çeşitlerinden bir diğeri olan lakap ise üçüncü kişiler tarafından keyfi olarak bir kişinin adının yanına eklenen veya adının yerine kullanılan, kişiyi niteleyen addır.⁸⁸ Lakap ile takma adın farkı ise, takma adın kişinin kendisi tarafından seçilmesine karşılık lakabın ise kişiye başkaları tarafından yakıştırılan bir

⁸³ İsmi Hülya Avşar olan bir organizasyon şirketi sahibi Avusturya'da konser düzenlemeye kalkınca, adını çeşitli sınıflarda marka olarak tescil ettiren Sanatçı Hülya Avşar'ın bunu engellemesi konuya örnek olarak verilebilir.

⁸⁴ Takma ada (müstear ad) örnek olarak şunlar verilebilir: (Cüneyt Arkın: Fahrettin Cüreklibatür, Seda Sayan: Aysel Gülaçar, Sezen Aksu: Fatma Sezen Yıldırım).

⁸⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2002, s.83.

⁸⁶ Tekinalp'e göre genişlik ilkesi "işaret" kelimesinin sadece simgeyi yani bir "şekli" ifade etmemesi, daha geniş anlamda kullanılmasıdır. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.309.

⁸⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.311.

⁸⁸ OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY, s.83.

ad olmasıdır. Lakaplara; Müslüm Gürses ve Süleyman Demirel; Baba, İbrahim Tatlıses; imparator örnek verilebilir.

Ad kavramına dahil olarak marka olarak kullanılacak takma adların ve lakapların aldatıcı veya yanıltıcı olmaması gerektiği gibi, başkasına ait olan lakap veya takma ad, marka olarak kullanılacaksa da, sahibinden izin almak gerekecektir.

KHK madde 5'te belirtilen kişi adlarının içine girecek bir diğer kavram ise, ticaret unvanıdır. Ticaret unvanı da yukarıda saydığımız diğer adlar gibi marka olabilir.⁸⁹

Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaparken kullanacağı addır. Başka bir ifadeyle ticaret unvanı bir tacirin diğer bir tacirden ayırt etme amacıyla kullanılan ve tacirin tescil ettirmekle yükümlü olduğu addır.⁹⁰ Marka olarak tescil edilecek olan ticaret unvanının TTK'nın belirlediği şartlara uygun olması gerektiği gibi, marka olabilmenin şartlarını da yerine getirmesi gerekir.

Ticaret unvanından farklı olarak taciri değil de, doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzeri işletmelerden ayırt etmek için kullanılan ve yine ticaret unvanından farklı olarak sadece tacirler tarafından değil, esnaf tarafından da kullanılabilen işletme adı da marka olarak tescil edilebilecek adlardandır.

b. Sözcükler

Mark.KHK'nin 5. maddesinde sayılan marka olabilecek işaretlerden bir tanesi de sözcüklerdir. Sözcükler marka tescilinde en fazla kullanılan işaretlerdir. Marka olarak seçilecek sözcükleri eskiden beri kullanılan sözcüklerden olabileceği gibi, yeni ortaya çıkan sözcüklerden de oluşabilir. Bunların yanında türetilmiş, fantezi sözcükler de marka olarak seçilebilecektir. Yani en geniş anlamı ile bütün sözcükler marka olarak kullanılabilir. Buradaki sınır ise seçilen sözcüklerin, markanın kullanılacağı mal veya hizmeti belirlememesi, tasviri, zorunlu ve jenerik

⁸⁹ ÖÇAL, s.15.

⁹⁰ ÖÇAL, s.15.

kelimelerden oluşmamasıdır. Çünkü bu hallerde işaretin ayırt edici özelliği ortadan kalkacaktır.

Marka bir veya birden çok sözcükten oluşabilecektir. Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'ndan farklı olarak 556 sayılı KHK'de marka olarak seçilecek sözcüklerden herhangi bir sayı sınırlaması getirilmemiştir. Bu nedenle sözcük grupları da marka olabilir.⁹¹ Özellikle uygulamada sözcük grupları olarak reklam sloganlarının tescil ettirildiği görülmektedir. Bunlara örnek olarak ise bir gıda firmasının kullandığı “Seni yerim Sosis” ve bir finans kuruluşunun kullandığı “ikinci adresiniz” verilebilir.

Marka olarak seçilecek sözcükler Türkçe olabileceği gibi yabancı sözcükler de marka olarak kullanılabilir. Yabancı sözcüklerden oluşmuş markalara örnek olarak ise Moonlight, Homeworks verilebilir. Yabancı sözcüklerin tescilinde dikkat edilecek husus ise, bu işaretlerin aldatıcı olmaması ve bu işaretlerin kullanılacağı mal veya hizmeti belirlememesidir. Yargıtay'ın bu konuyla ilgili bir kararında Türkçe'ye “Neysen o ol” olarak çevrilebilecek olan “Become What You Are” ibaresinin Türkiye'de marka olabileceği kabul edilmiştir.⁹² Bu kararda yabancı sözcüklerin, bir anlam taşımakla birlikte, bu anlamın markanın kullanılacağı mal ve hizmet için yabancı olması durumunda, bir başka deyişle mal ve hizmeti belirlememesi halinde ayırt edicilik niteliğine sahip olabilecekleri belirtilmiştir.

c. Şekiller

Şekil markaları eski çağlardan beri yaygın olarak kullanılan markalar olmuşlardır. “Şeklin” sözcük anlamı bir nesnenin dış çizgileri bakımından niteliği ve dıştan görünüşüdür.⁹³ Şekil markaları kavramının içine neler gireceği Mark KHK'de belirtilmemiştir. Doktrindeki genel görüşe göre ise şekil markalarının içine, resimler, fotoğraflar, armalar, grafikler, mühürler, etiketler, rölyefler, amblemler, logolar,

⁹¹ Yargıtay 11.HD., 20.11.2000, E.2000/7674, K.2000/9346; YKD, c.28, s.2, Şubat 2002, s.229.

⁹² Yargıtay 11.HD., 20.11.2000, 7674/9346; MERAN, Necati, Marka Hakları ve Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.37-38.

⁹³ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Cilt 2, s.1378.

hologramlar ile sentez görüntüleri girer.⁹⁴ Bu sayılan işaretlerin ayırt edici niteliği bulunması halinde marka olarak tescilleri yapılabilecektir.

Şekil markaları tek başlarına kullanılabilecekleri gibi, sözcüklerle birlikte de kullanılabilirler. Camcı'ya göre şekilden oluşan markaların ifadesi sözcüklere göre daha açık olmakta , bu sayede de farklı lisan konuşanlara da hitap edilmesi olanağı sağlanmaktadır.⁹⁵ Şekil markalarının içine giren bazı kavramlara ise aşağıda örnekler verilerek değinilecektir.

c.a. Resimler

Resimler de şekil markaları içerisinde değerlendirilip marka olarak tescil edilebilecek işaretlerdendir. Ayırt edicilik niteliği taşıyan herhangi bir insan resmi marka olabileceği gibi hayvan, bitki ya da herhangi bir cismin resminin de marka olabilmesi mümkündür. İnsan resminin markada kullanılmasına örnek olarak “KFC” (Kentucky Fried Chicken) markası verilebilir. Hayvan resimlerinin marka olarak kullanılmasında ise en bilinen timsah resminin kullanıldığı “Lacoste” markasıdır. Bitki resimlerine ise Osmanlı Bankası'nın çınar ağacı ve Garanti Bankası'nın yonca yaprağı örnek olarak verilebilir.

Sanat eseri niteliğindeki resimler ile kişilerin resimleri de marka olarak kullanılabilir. Fakat bu durumda eser sahibinin ve resmi yapılan kişinin de izni alınması gerekecektir.

Bazı hayali veya yaratılmış kişilerin resimleri marka olarak kullanılabilir. Bu kişiler roman ve hikâye kahramanları da olabilir.⁹⁶ Bunlara örnek olarak ise “Zoro” ve “Asterix” verilebilir.

c.b. Fotoğraflar

⁹⁴ YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, s.71; KARAHAN, s.24, Özdil, s.138 ; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.41.

⁹⁵ CAMCI, Ömer , Marka Davaları, İstanbul 1999, s.10.

⁹⁶ YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.1, s.72.

Ayırt edici olan her fotoğraf marka olabilir.⁹⁷ Bir başka deyişle bir insanın fotoğrafı marka olabileceği gibi, herhangi bir cismin fotoğrafı da marka olarak tescil edilebilecektir. Yeter ki ayırt edici niteliği bulunsun. İnsan fotoğrafının marka olarak kullanılmasında dikkat edilecek husus ise kişinin fotoğrafı üzerinde şahsiyet hakkının bulunmasıdır. Bu nedenle izin alınmadan herhangi bir kişiye ait fotoğraf marka olarak kullanılamaz. Kullanılması halinde ise hükümsüzlük davası açılabilir.

FSEK anlamında sayılan fotoğrafın mali hakları devralınmışsa marka olarak tescil ettirilebilir.⁹⁸ Bunun gibi her türlü karikatür ve tipler de (Avanak Avni tiplmesi gibi) bu kapsam içinde mütalaa edilirler.⁹⁹

c.c. Logo

Logo grafik çizgilerin birliğinden meydana gelen bir semboldür.¹⁰⁰ Bir logonun marka olarak tescil edilebilmesi için ayırt edici nitelikte olması gerekir. Suluk'a göre de logonun görünüm olarak özelliği varsa tasarım olarak, ayırt edici niteliği varsa marka olarak tescili ve korunması mümkündür.¹⁰¹

Logolar fantezi bir şekilde tasarlanabileceği gibi doğada varolan herhangi bir cisim de esas alınarak tasarlanabilir. Örneğin; Türk Hava Yolları'nın logosu uçan bir kuştan, Kale Kilitleri'nin logosu ise kale surlarından esinlenerek yapılmıştır.

c.d. Armalar

Yaratılmış veya daha önce mevcut olan armaların da marka olarak alınması mümkündür.¹⁰² Bu armalar eğer yaratılmış ise bunları yaratan kişilerin telif hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle telif hakkı sahibinden izin alınması gerekir. Yine tarihi armaların kullanılması için de izin alınmalıdır. Armaların marka olarak kullanılmasına örnek olarak, Stuttgart armasını kullanan Porsche markası ile Milan armasını kullanan Alfa Romeo gösterilebilir.

⁹⁷ KARAYALÇIN, s.412.

⁹⁸ POROY, YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s.368.

⁹⁹ YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.1, s.72, 73.

¹⁰⁰ YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.1, s.73.

¹⁰¹ SULUK, Cahit, Tasarım Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s.572.

¹⁰² YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, s.73.

c.e. Çizgiler ve Geometrik Şekiller

Ayırt ediciliğe sahip olan çizgilerin oluşturduğu şekiller de marka olabilir. Bu çeşit çizgilere örnek olarak “adidas”ın kullandığı üç çizgi ile Şişecam’ın kullandığı birbirine geçmiş çizgiler örnek olarak verilebilir. Geometrik şekiller de tek ya da farklı işaretlerle birlikte kullanılarak marka olabilirler. Geometrik şekillerin marka olarak kullanılmasına örnek olarak Renault’un kullandığı bir karenin yandan görünen hali ile Audi’nin kullandığı birbirine geçmiş halkalar gösterilebilir.

d. Harfler ve Sayılar

Mark KHK’nin 5. maddesinde sayılan marka olabilecek işaretlerden ikisi de harfler ve sayılardır. Harfler ve sayıların marka olarak tescil edilmesi hakkındaki 556 sayılı KHK’deki düzenleme ile Mülga Marka Kanunu’ndaki düzenlemenin arasında farklar bulunmaktadır. 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 5. maddesine göre; münferit bir harf ya da sayı veya sayılardan oluşan işaretlerin marka olması mümkün değildi. 556 sayılı KHK’da ise bu sınırlama kaldırılmış ve tek bir sayının veya harfin bile marka olarak tescilinin yolu açılmıştır. Tekinalp’e göre bu sınırlamanın kaldırılması nedeniyle tek bir harf (mesela A) veya tek bir rakam (mesela 5) dahi marka olarak seçilebilecektir.¹⁰³

Doktrinin genelinde ise Tekinalp’ten farklı olarak tek bir harf veya sayının ayırt edicilik niteliği bulunmaması halinde marka olarak tescil edilmemesi görüşü hakimdir. Bu konuda Arkan, ayırt ediciliği olmayan münferit harf ya da sayının ancak özel dizayn içinde tek başına kullanılarak marka olabileceğini belirtmiş, ancak kullanımla ayırt edicilik nitelik kazanmış münferit harf yada sayının da marka olarak kabul edilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁰⁴ Karahan’a göre de münferit harf ve rakamların tescil edilmesi ve bir kişinin inhisarına bırakılması mümkün değildir, tescil ancak ayırt ediciliği sağlayacak şekilde kombinasyonların oluşturulması ile sağlanabilecektir.¹⁰⁵ Aynı şekilde Karan ve Kılıç da harfler ve sayıların kullanım

¹⁰³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.312.

¹⁰⁴ ARKAN, Marka Hukuku, Cilt 1, s.72-73.

¹⁰⁵ KARAHAN, s.27, 28.

sonucu, ayırt edicilik kazanmamış olmaları halinde tek başlarına tescil olunarak bir kişinin inhisarına bırakılmaması gerektiğini savunmaktadırlar.¹⁰⁶

Kanaatimizce de münferit harf yada sayının marka olabilmesi için ya kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış olması yada ayırt edici nitelik kazanması için özel bir dizayn kullanılması gerekir. Buna güzel bir örnek ise bir daire içinde özel bir dizayn ile ayırt edicilik kazanan Hundai'in "H" sidir.

Marka olarak kullanılan harfler bazen kısaltmalardan da oluşabilirler. Bunlara örnek olarak ise Petrol Ofisi'nin "PO"su, Yeni Karamürsel'in "YKM"si, Fenerbahçe'nin "FB"si verilebilir. Sayılardan oluşan markalara örnek olarak ise, "404" markalı uhu ile "501" markalı kot pantolon gösterilebilir.

Harfler ve sayılar bir arada kullanılarak da marka oluşturulabilir. Buna örnek olarak ise "3m" verilebilir.¹⁰⁷

Kullanılan harf ya da sayının mutlaka Latin alfabesinden seçilmesi de gerekmez. Kiril, Arap, Japon, Çin, Yunan alfabesinden de harfler alınabilir "Omega" ve "Alfa" gibi.¹⁰⁸

e. Markaların ve ambalajların biçimi gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen işaretler

556 Sayılı KHK'nin 5. maddesinde belirtilen "malların ve ambalajların biçimi" terimi malların ve ambalajların biçiminin marka olarak kullanılabileceğini göstermektedir. Bu ifadenin hemen devamında yer alan "gibi" ibaresi ile de bunların tahdidi olmadığı belirtilmiştir. Bir başka deyişle mal ve ambalajların çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen ifadesi ile de bunların çerçevesi oldukça genişletilmiştir. Yasaman'a göre bu hükümden renklerin,

¹⁰⁶ KARAN / KILIÇ, Marka Hukuku, s.36.

¹⁰⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.312.

¹⁰⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.312.

kokuların ve seslerin de marka olarak tescil edilecekleri sonucu çıkmaktadır.¹⁰⁹ Karşı görüşte olan Şanal'a göre ise 556 sayılı KHK düzenlemesine göre ses, müzik, koku ve üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescili mümkün değildir.¹¹⁰ Aynı yönde düşünen Noyan'a göre de üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescil edilebilmesi için işaretin iki boyutlu çiziminin hazırlanması gerekir. Bu sayede markanın çizimle görüntülenebilmesi şartı gerçekleşmiş olacaktır.¹¹¹ Doktrinde tartışmalı olan bu konular aşağıda üç boyutlu cisim, renk, ses, koku başlıkları altında ayrı ayrı incelenecektir.

e.a) Üç Boyutlu Cisim

Yukarıda da değinildiği üzere 556 sayılı KHK madde 5'te "malların biçimi veya ambalajlarının"¹¹² diyerek üç boyutlu cisimlerin de marka olabileceğine dair bir düzenleme yapılmıştır.

Bu nedenle 551 sayılı Markalar Kanunu zamanında tescili mümkün olmayan bu tip şekillerin de marka olarak tescilinin önü açılmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus üç boyutlu cismin ayırt edici niteliğe sahip olması gereğidir. Malın normal şekli ve bilinen şekli marka olarak kabul edilmeyecektir.¹¹³

TPE tarafından çıkarılan 556 sayılı KHK'nin uygulama şeklini gösteren yönetmelikte ise 5. maddede yapılan düzenlemeye aykırı olarak, "iki boyutlu şekiller veya marka niteliği göstermeyen fakat malın ambalajlı olarak kullanılma niteliği taşıyan ve KHK'nin diğer hükümlerine uygun üç boyutlu şekiller" denerek üç boyutlu cisimlerin kapsamı sınırlandırılmıştır. Tescil edilecek, üç boyutlu cisimlerin kapsamını sınırlandıran bu yönetmelik hükmünün hatalı olduğu ifade edilebilir.¹¹⁴ Karahan'a göre TPE malın ambalajı dışındaki üç boyutlu şekillerin , hacimli

¹⁰⁹ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, s.74.

¹¹⁰ ŞANAL, Osman, Markanın Hükümsüzlüğü, s.33.

¹¹¹ NOYAN, Erdal, Marka Hukuku, s.99, 100.

¹¹² Tekinalp'e göre "Malların biçimi veya ambalajlarının gibi" ibaresi ile kastedilen "malların veya ambalajlarının biçimi"dir. Tekinalp'e göre 5. maddedeki bu ibare yukarıdaki şekilde düzeltilmelidir. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.312.

¹¹³ YASAMAN, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, s.74.

¹¹⁴ Aynı yönde; ARKAN, Marka Hukuku, Cilt 1, s.42; POROY / YASAMAN, 276 N 454, KARAHAN, s.25.

cisimlerin endüstriyel tasarım olarak tescil edilerek KHK/554 doğrultusunda korunabileceğini varsayarak böyle bir düzenleme getirmiştir.¹¹⁵

Endüstriyel tasarım mevzuatı tarafından sağlanan koruma ile marka mevzuatı tarafından sağlanan koruma arasında bulunan fark ise yönetmelikteki ilgili maddenin hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmasına sebep olabilecektir. Karahan bu konuya Jaguar markasını örnek göstermiş ve Jaguar otomobillerinin üzerindeki Jaguar ambleminin marka olarak değil de, sadece endüstriyel tasarım olarak tescil edilmesi halinde en fazla 25 yıllık dönem sonunda bu amblemle ilgili korumanın biteceğini ve korumanın bitmesiyle de artık bu amblemin başkaları tarafından da kullanılması söz konusu olacak, bu da hakkaniyete aykırı bir sonuç yaratacaktır.¹¹⁶ Kanaatimizce de endüstriyel tasarım olarak korumada üst sınır olması nedeniyle marka olarak korunabilecek bir işaretin marka olarak korunmasına izin vermeyip sadece endüstriyel tasarım olarak korumasına izin verilmesi hali hakkaniyete aykırıdır.

Sonuç olarak sadece malın ambalajı olarak kullanılabilen şekillerin değil, bunun dışında kalan üç boyutlu, hacimli cisimlerin de tescil edilebileceğini kabul etmek gerekir.¹¹⁷ Yargıtay uygulaması da bu yönde olup, üç boyutlu şekillerin marka olarak kullanılabilmesi kabul edilmektedir.¹¹⁸ Üç boyutlu marka olabilecek işaretlere örnek olarak ise Mercedes'in yıldızı, Jaguar'ın jaguar arması, Coca-Cola'nın şişesi gösterilebilir.

e.b) Renkler

Renk, gözün belirli dalga boyundaki ışığın ya da ışın enerjisi tarafından uyarılmasıyla ortaya çıkan duyumdur. Birbirinden farklı renklerin olması, ışığın ya da görülebilen ışınların dalga boylarında algılanmasıdır.¹¹⁹ Renkler resim ve sözcüklerden daha önce fark edilen ve malın ayırt edilmesi ile akılda kalmasını

¹¹⁵ KARAHAN, s.26.

¹¹⁶ KARAHAN, s. 26.

¹¹⁷ POROY /YASAMAN 270 N, 454 , ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.42; KARAHAN, s.26.

¹¹⁸ 11.HD., 28.01.2002, E. 2001/8261, K.2002/510; KARAN / KILIÇ, s.54.

¹¹⁹ ŞENOCAK, Kemal, Soyut Renk Markaları, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e armağan, Ankara 2003, s.90.

sağlayan önemli bir görsel öğedir. Özellikle okuma-yazma oranının düşük olduğu kesimlerde renk marka için önemli bir unsurdur.¹²⁰

Renklerin de marka olarak kullanılabilmesi 556 sayılı KHK'da açıkça belirtilmemiştir. Ancak renkler çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılan her türlü işaret ibaresi içine girmektedir.¹²¹

Renklerin birleşiminden meydana gelen markaların tescili mümkündür. Ancak tek bir rengin (soyut bir rengin) marka olarak alınıp alınmayacağı, renklerin sınırlı sayıda olmaları sebebiyle tartışmalıdır. Yasaman'a göre Türk Hukuku'nda bir tek rengin marka olarak alınması kabul edilmemektedir.¹²²

Aynı görüşte olan Arkan'a göre de muayyen renk ayırt edici niteliğe sahip olmadığı için marka olamaz. Ancak özel bir şekil içinde kullanılan renk ayırt etme gücüne sahiptir ve bu şekilde marka olabilir.¹²³ Çamlıbel - Taylan da; tek bir renk dışında basit bir renk kombinasyonunun da tescil edilmemesi gerektiğini söylemektedirler.¹²⁴

Okutan – Nilsson ise; münferit renklerin değil, renk kombinasyonların ya da renklerin diğer işaretlerle birlikte tesciline izin verilmesinin daha uygun olacağını söylemekte ve “kırmızı, mavi, yeşil, sarı, turuncu, mor gibi temel renklerin tesciline izin verilmesi durumunda, tescilin sonucu olarak bu renklerin, diğer işletmeler tarafından kullanılmayacağını, bunun da işletme sahiplerinin aşırı derecede kısıtlanmasına ve sonucunda da haksız rekabete neden olacağını söylemektedir.¹²⁵

¹²⁰ OYTAÇ, Kutlu, Marka Hukuku, İstanbul 2002, s.77.

¹²¹ Aynı yönde; ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.73; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.313; POROY / YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s.319.

¹²² YASAMAN, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt 1 s.80.

¹²³ ARKAN, Marka Hukuku, Cilt 1, s.73.

¹²⁴ ÇAMLİBEL-TAYLAN, Esin; Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s.33.

¹²⁵ OKUTAN-NİLSSON, Gül, “Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?” Avrupa Topluluğu Mahkemesinin Üç Kararı, Prof. Dr. Güleren Tekinalp'e armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.23, S.1-2, 2003, s.594, 595.

Yargıtay'ın bu konudaki uygulaması ise Markalar Kanunu'ndan beri bir değişikliğe uğramamıştır. Yargıtay'a göre bir şekilde somutlaşmaya, bir form içinde kullanılmayan renklerin, marka olarak kabulü bu renklerin bir kişinin inhisarına verilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenlerden dolayı Yargıtay soyut renklerin marka olmasını kabul etmemektedir. Yargıtay'ın Aygaz ve İpragaz ile ilgili verdiği kararlarda süregelen uygulamasına örnek olarak verilebilir. Yargıtay, Aygaz markasının gümüş gri rengi¹²⁶ ile İpragaz markasının mavi rengini¹²⁷ marka olarak kabul etmemiştir. Konuyla ilgili olarak Avrupa Toplulukları Mahkemesinin aldığı "Libertil" kararında da kural olarak yalnız başına rengin , ürün veya hizmetin kaynağını belirtemeyeceği yani ayırt edici olamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte ayırt ediciliğin kullanım yoluyla kazanabileceğini belirten mahkeme, bu nedenle her olayın ilgili tüm olgular dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹²⁸ Kanaatimizce de münferit renkler marka olarak tescili özel bir kompozisyon oluşturmaları veya diğer işaretlerden herhangi biriyle birlikte bulunmaları halinde kabul edilmelidir. Çünkü münferit renkler ancak bu şekilde ayırt edici nitelik kazanabileceklerdir.

e.c) Ses ve Melodi

Seslerin ve melodilerin marka olarak tescil edilip edilmeyeceği konusunda 556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde bir açıklık yoktur. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere "benzer biçimde ifade edilen" ibaresinin içine ses ve melodilerde girecektir.¹²⁹ Doktrinin genelinde de ses ve melodilerin marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmektedir.¹³⁰

Ses ve melodilerin tescil edilmesi için ise bunların notaya dökülmesi veya sesin anlaşılabilmesi ve tekrarı için kaydın yapılması gerekir. (mesela cd'ye kayıt).

¹²⁶ "Bir rengin tek başına ve bağımsız olarak marka olarak tescili mümkün değildir. Renklerin ancak özel bir şekil verilmek, kombinasyon yaratmak, çizgi yahut resimle birleştirilmek kaydıyla tescili söz konusu olabilir." (11. HD. E.1996/8650, K.1997/1586, T.10.3.1997) YASAMAN, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, s.91.

¹²⁷ 11 HD. E.1998/6550, K.1999/1716, T.04.03.1996; YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, s.123.

¹²⁸ OKUTAN-NİLSSON, s.585-588.

¹²⁹ POROY / YASAMAN , s.319.

¹³⁰ ARKAN; Marka Hukuku, C.1 s.42-43; KARAHAN, s.29-30; KARAN / KILIÇ; Marka Hukuku , s.38 ; YASAMAN, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C. 1, s.38; TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku ; ASLAN, Yılmaz/ ŞENYÜZ, Doğan/ ERGÜN, Mevci; İşletme Hukuku, Bursa 2005, s.274.

Bir başka deyişle ise bir işletmenin mal veya hizmetlerini, bir diğer işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırmaya yarayan ve grafik olarak ifade edilebilen sesler ve melodiler, marka olarak tescil edilebilirler. NBC çanları ile MGM aslanının kükreyişi ABD’de marka olarak tescil edilmiş bazı seslerdir.¹³¹

Aksi görüşü savunanlara göre ise ses ve melodiler marka olarak tescil edilmeyecektir.¹³² Bu görüşteki yazarlar melodi ve seslerin ancak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile haksız rekabete ilişkin hükümlerle korunabileceğini belirtmektedir.

Avrupa Topluluğu Mahkemesinin ”Shield Mark” kararına göre ise seslerden de marka olabilmektedir. Mahkeme görsel olarak algılanamayan işaretlerin de grafik olarak tasvir edilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bu grafik tasvirin ise açık, kesin, bütünlüğe sahip kolaylıkla ulaşılabilir, anlaşılabilir dayanıklı (zamanla bozulmayan) ve nesnel (objektif) olması gerektiği belirtilmiştir.¹³³

Bir ses veya melodinin marka olarak tescil edilmesi için gerekli olan bu şartlar ise ses ve melodilerin notaya dönüşmüş halleriyle, bu ses ve melodiye kolayca ulaşılmasını ve yine bunların kolayca anlaşılmasını sağlayacak olanaklar yaratılmasıdır; mesela bu ses ve melodilerin compact diske saklanması veya Internet’ten bir adresten rahatlıkla dinlenmesi imkanlarının sağlanması.

Okutan-Nilsson ise KHK’de “baskı yoluyla yayınlanabilme” şeklinde yapılmış olan düzenlemenin , Yönergenin grafik temsil konusunda getirdiği şartlara ilave bir koşul getirdiğini ve bu nedenle ses ve melodilerin compact diske kaydedilerek ifade ve depo edilme imkanının ortadan kalktığını ileri sürmektedir.¹³⁴

Arkan ise ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla her türlü işaretin marka olabileceğini belirttikten sonra bu konuda izlenecek sınırlayıcı bir yaklaşımın ise

¹³¹ KEYDER – BROWN, Virginia; Fikri Mülkiyet Hukuku ve Gümrük Birliği, İntermedia yayımları, İstanbul 1996, s.25.

¹³² OCAK, Nazmi, Markaya Tecavüz ve Markanın Korunması, Ankara 1997; KARAYALÇIN, s.412.; ARSEVEN, s.79.

¹³³ OKUTAN-NİLSSON, s.588-593.

¹³⁴ OKUTAN-NİLSSON, s.598.

KHK madde 4 karşısında pek anlam taşımayacağını savunmaktadır.¹³⁵ Örnek olarak da Almanya’da tescil olunan bir ses markasının sahibinin Paris Konvansiyonun 6(4. mükerrer) maddesine dayanarak bu markanın Türkiye’de isteyebileceğini, bundan sonrada KHK madde 3 kapsamında bir kişinin de , KHK madde 4’e dayanarak kendi ses markasının Türkiye’de tescil edilmesini isteyebileceğini belirtmiştir.¹³⁶

e.d) Koku

Koku işareti görsel olarak algılanmayan markalardandır. Kokunun da aynen ses ve renkler gibi 556 sayılı KHK’de marka olarak kullanıp kullanılamayacağı açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde ise genel olarak kokuların marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmektedir.¹³⁷

Yasaman’a göre koku marka olarak tescil edilebilecektir. Ancak bunun için kokunun ayırt edici niteliğinin bulunması ve tescil başvurusuna, kokunun açıklık ve kesinlikle teşhisine imkan verecek vasıtaların eklenmesi gerekir.¹³⁸

Karahan’a göre de kokular, kimyasal bir formül ile ifade edilmek şartıyla marka olarak kullanılabilir.¹³⁹

Arkan’da parfümler dışında kokunun marka olabileceğini savunurken, parfümlerde ise kokunun mala asli değerini verdiği için marka olamayacağını belirtmiştir.

Kokunun marka olabileceğini savunan bir başka yazar olan Camcı ise bu görüşünün yanı sıra kamu tarafından kokunun henüz bir kaynak veya menşe

¹³⁵ (KHK madde 4’e göre, TC kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin KHK hükümlerinden daha elverişli olması halinde markanın tescili hususunda başvuruda bulunmaya yetkili kişiler (md. 31, 3) elverişli hükümlerin uygulanmasını talep hakkına sahiptirler) ARKAN; Marka Hukuku, C. 1, s.42.

¹³⁶ ARKAN; Marka Hukuku, C.1, s.42-43.

¹³⁷ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.41-43 ; ÇAMLİBEL-TAYLAN, s.34 ; CAMCI , s.13. ; KARAHAN, s.29-31.

¹³⁸ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C. 1, s.88.

¹³⁹ KARAHAN , s.29-31

gösterdiğine inanılmadığını da belirtmiştir.¹⁴⁰ Karahan'a göre de TPE kokuların marka olarak tescil edilmesini kabul etmemektedir.¹⁴¹

Avrupa Toplulukları Mahkemesi ise koku markaları ile ilgili "Sieckmann" kararında görsel olmayan işaretlerinde marka olarak alınabileceğini, ancak bunun için işaretin grafik olarak, özellikle görüntüler, çizgiler veya harflerle temsil edilmesi gerektiğini ve bu grafik temsilin açık, kesin, kendi içinde bütün oluşturan, kolay ulaşılabilir, anlaşılabilir, zamanla bozulmaz ve nesnel nitelik taşıması gerektiği kuralını koymuştur.¹⁴² Mahkemenin bu kararında belirtilen şartlar daha sonra önüne gelen ses, koku ve renk markalarının hepsinde de aranmıştır

Okutan-Nilsson ise Avrupa Toplulukları Mahkemesinin "Sieckmann" kararı ile ilgili olarak yaptığı yorumda; mahkemenin kokuların ayırt edici nitelik taşıyabileceğini söylemesine rağmen , ne kokuların kimyasal formüllerle anlatımının, nede koku örneklerinin depo edilmesinin grafik temsil şartını yerine getirebileceğini de kabul etmediğini söyleyerek, kokuların marka olarak tescil edilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.¹⁴³ Kanaatimizce de kokuların açıklık ve kesinlikle teşhisine imkan verecek vasıtaların zorluğu nedeniyle tescili mümkün değildir.¹⁴⁴

1.2. Aynı veya ayırt edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler(KHK m.7/1-b)

556 sayılı KHK'nin 7.maddesinin 1.fıkrasının b bendine göre; Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markalar tescil edilemez. Bu şartların varlığı halinde, sonraki başvuruların, TPE tarafından resen tescillerinin reddedilmesi veya her nasılsa tescil edilmiş olsalar bile açılan dava üzerine hükümsüzlüklerine karar verilmesi gerekir.

¹⁴⁰ CAMCI, s.13.

¹⁴¹ KARAHAN, s.31.

¹⁴² OKUTAN-NİLSSON, s.584.

¹⁴³ OKUTAN-NİLSSON, s.594.

¹⁴⁴ Kanaatimizce kokuların, sadece kimyasal bir formül ile ifade edilmek şartıyla marka olarak kullanılabileceğinin kabul edilmesi durumu; formülü okuyan herkesin kokunun ne olduğunu çıkaramayacak olması (bu nedenle açıklık ve kesinlik sağlanamaması) ile başka bir formül ile aynı kokuya ulaşılması, halleri açısından sorun yaratacaktır.

Bu bent'te 5194 sayılı Kanunla yapılan değişlikle aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı markalar hükmü, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar şeklini almıştır. Yasaman'a göre ise yapılan bu değişlik yerinde olmuştur.¹⁴⁵

Bu hükmün uygulanabilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gereklidir. Bunlar; markalar arasında başvuru aşaması ya da tescil aşaması açısından tarihsel öncelik sonralık ilişkisinin varlığı, söz konusu markaların aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetler için kullanılıyor olmaları ve markalar arasında ayniyet veya ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunmasıdır.¹⁴⁶

Üç şarttan ilki olan "aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusu yapılmış bir marka"nın varlığına baktığımızda bu durumun gerçekleşmesi için yukarıda belirtilen hallerde bir başkası tarafından daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir marka bulunmalıdır. Bu durumda tescil veya başvurudaki tarihsel önceliğin korunması nedeniyle sonraki başvuru kabul edilmeyecek veya herhangi bir şekilde tescil edilmiş ise hükümsüzlüğü istenebilecektir. 5194 sayılı Kanunla yapılan değişlikten önce 7 . maddenin son bendi ; "bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış veya tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise b.c.d bentlerine göre tescili reddedilemez." şeklinde idi. Bu ise Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer bir markanın tescili istenmesi halinde , başvuru sahibinin markayı tescil tarihinden önce kullandığını ve kullanım sonucunda işaretin ayırt edicilik kazandığını ispat etmesi halinde, ikinci tescil talebinin red olunamayacağı durumunu ortaya çıkarmaktaydı. Buradan ise aynı markanın iki ayrı kişi adına tescil edilebileceği gibi bir sonuç çıkmaktaydı.¹⁴⁷ Markanın kural olarak sadece bir sahibi olabileceği gerçeği karşısında kabul edilemeyecek olan bu durum ise 5194 sayılı Kanunla yapılan değişlikle 7 . maddenin son bendinden 7/b bendi ibaresi çıkarılarak düzeltilmiştir.

¹⁴⁵ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, C. 1, s.226-227.

¹⁴⁶ KARAHAN , s.32.

¹⁴⁷ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.76-77.

İkinci şart ise mal veya hizmetin sınıfsal ayniyeti yani aynı veya aynı türe ilişkin olma durumudur. 556 sayılı KHK'da mal veya hizmete ilişkin korumanın sınırları konusunda "sınıf sistemi" benimsenmiştir.

Bu nedenle bir marka tescil ettirilirken, bu markanın hangi mal veya hizmet sınıfı içerisinde kullanılacağı talebi marka başvurusunda belirtilmektedir. Bu sayede tescil de sadece bu sınıfı ilişkin olarak yapılmaktadır. Ve buradaki koruma, tanınmış markalar dışındaki markaların bir başkası tarafından başka bir sınıfta tescil ettirilmesine ve kullanılmasına engel olmayacaktır.

Üçüncü şart ise ayniyet veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markalar. Bir başka deyişle markanın bir başkası tarafından aynen kullanılması veya benzerinin kullanılmasıdır.

Uygulamada ise bir markanın biçim ve/veya söyleyiş itibariyle eşinin kullanılması durumu o markanın aynen kullanıldığının kabulü anlamına gelmektedir.

Bu çerçevede mahkeme kararlarında konu olan birkaç örnek vermek gerekirse şu örnekler verilebilir. Ör: Viyola / Viala¹⁴⁸, Bik/Bic¹⁴⁹, Tursil/Pursil¹⁵⁰, Perlin/Perlon¹⁵¹, İmaj / Imagine¹⁵², Moshino/ Michonos¹⁵³, Balsen /Bahlsen¹⁵⁴

Bir markanın aynen kullanıldığının kabul edilmesini sağlayan bir başka neden ise, bir markanın mânâ (anlam) itibariyle eşinin kullanılması durumudur. Buna örnek olarak ise "Kirpi şekli" markasıyla "kirpi" markası arasında biçim ve söyleyiş itibariyle ayniyet bulunmamasına rağmen, anlam itibariyle ayniyet bulunması durumudur.¹⁵⁵

¹⁴⁸ Da. 12. D. 12.1.1970 , E.68/739, K.70/29 ; SAĞLAM, 37.

¹⁴⁹ Da. 12. D. 18.1.1971 , E.68/2944, K.71/71; SAĞLAM, 40.

¹⁵⁰ Da. 12. D. 14.3.1972 , E.70/3129, K.72/793; DKD, s.527.

¹⁵¹ Da. 12. D. 29.9.1973 , E.71/2905, K.73/2297. ; DKD, s.530.

¹⁵² Y. 11. HD. T. 08.05.2000, E. 2000/2917, K. 2000/3975 ; YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C. II, s.970.

¹⁵³ Y. 11. HD. T. 27.9.1999, E. 1999/5162, K. 1999/7136 ; YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C. II s.950.

¹⁵⁴ Y 11. HD. T. 27.2.1989, E. 1989/4249 K. 1989/1126 ; DÖNMEZ, İrfan; Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Baskı, Ankara 1992, s.102.

¹⁵⁵ KARAHAN, s.49.

KHK madde 7’de “aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer” şeklinde yapılan düzenlemenin yanı sıra 8. madde de “aynı veya benzer” markaların başvuru yapılması halinde tescil edilmeyeceği belirtilmiştir. Bu durum ise aynı ve benzer markaların kararnamede hem mutlak hem de nispi red nedeni olarak düzenlenmesini sağlamıştır. Bu iki madde de ki hükümlerde ki fark ise; 7. madde de “ayırt edilemeyecek kadar benzer” olma ifadesi kullanılırken, 8. madde de ise “marka ile benzer” olma ifadesi kullanılmıştır. Yine 8. madde de “markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali” ek olarak aranmaktadır. Tekinalp’e göre ise bu iki madde arasında bulunan farkın pratik bir yararı yoktur. Bu farkın uygulamayı zorlaştırdığını belirterek, “karıştırılma ihtimali” gibi değerlendirme ve yargı gerektiren konularda kanun koyucunun TPE’ne re’sen yetki tanımak istemediği düşünülebileceği fakat bunun doğru olmadığını halkın karıştıracağı bir işaretin marka olarak tescili istenmesi durumunda TPE’nün bu başvuruyu re’sen reddebileceğini belirtmiştir.¹⁵⁶

Arkan ise aynı durumun hem mutlak hem nisbi red nedeni olarak gösterilmesini doğru bulmamakta, ve 7. madde de markanın halk tarafından karıştırılma ihtimalinden söz edilmemesinden dolayı bu maddenin markalar arasındaki benzerliğin iltibasa yol açıp açmayacağını ayrıca inceleme yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olduğu halleri kapsamına neden olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁷

Yasaman ise iki madde arasındaki farkın kanun koyucunun TPE’ne araştırma külfeti vermemek ve takdir yetkisini genişletmemek amacıyla bilinçli olarak yaratıldığını savunarak, TPE’nün 7/b’ye dayanarak herhangi bir takdir yetkisine ve şüpheye yer vermeyen birbiri ile aynı ve ayırt edilemeyecek derecede benzer olan markaların tescilini reddedebileceğini belirtmektedir.¹⁵⁸ Kanaatimizce de kanun koyucu bu farkı bilinçli olarak yaratmıştır. Burada ki amaç ise TPE’nün takdir yetkisinin sınırlanmasıdır.

1.3. Tasviri İşaretler (KHK m. 7/1-c)

¹⁵⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.342-343.

¹⁵⁷ ARKAN; Marka Hukuku, C.1, s.74-75.

¹⁵⁸ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s.227.

556 sayılı KHK'nin 7.maddesinin 1.fıkrasının c bendine göre; Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer¹⁵⁹, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar, tescil edilemez. Her nasılsa tescil edilmiş olsalar bile açılan dava üzerine hükümsüzlüklerine karar verilmesi gerekir. (42/1a)

Bu işaretler tekel altına alınamayacaklarından herkesin kullanımına açık tutulması gereken¹⁶⁰ işaretlerdir. Bu işaretler genel anlam ifade eder ve ayırt edici nitelikleri de bulunmaz. Örneğin Yargıtay muhasebeci ve mali müşavirlere hitap etmek üzere yayınlanacak bir dergiye "Mükellefin" adının verilmesini, cins, çeşit ve amaç göstermesi nedeniyle; otomatik çay demleme makinelerine "Çayset" markasının verilmesini cins göstermesi nedeniyle uygun görmemiştir.¹⁶¹

Bu tür işaretlerin markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur olan esas unsurda bulunmaması gerekir. Yani, bunlar bir markada yardımcı unsur olarak bulunabilirler. Yasaman konuyla ilgili olarak "Aksa Sabunları" örneğini vermiştir. Adı geçen markada ayırt edici unsur "Aksa" olup, "sabunları" malın cinsini belirlemektedir. Yazar markanın bu şekilde tescil edilmesiyle, marka sahibinin örnekte ki "sabun" kelimesi üzerinde herhangi bir inhisari hakkı olmayacağını ve yine marka sahibinin bu kelimenin başkaları tarafından kullanımına engel olamayacağını da savunmaktadır.¹⁶²

Tescil edilmek istenen bir işaretle, ticaret alanında cins ve çeşit gösteren işaretlerin bulunup bulunmadığını değerlendirilirken, bu işaretin tescilin talep edildiği mal grubu açısından bir cinsi veya çeşidi ifade edip etmediği araştırılmalıdır.

¹⁵⁹ Mahkemece bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre HESAPLI kelimesinin, malın kendisine ait bir vasıf olmamakla birlikte ürünün fiyatına ait ölçüt ve değer olduğu, 556 sayılı KHK'nin 7/c maddesinde "ticaret alanında ... değer ... gösteren markaların" tescil edilemeyeceğinin hükme bağlandığı, herkes tarafından serbestçe kullanılabilir olan bir kelimenin bir kişinin inhisarına bırakılmayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Y.11. HD. E. 10890 K 6705 www.yargitay.gov.tr.

¹⁶⁰ Arkan'a göre bu tür genel işaretler üzerinde bir kişiye marka hakkı tanınması, tasviri işaretin tek bir kişinin tekeline bırakılmasına ve rekabet imkanının haksız biçimde sınırlandırılmasına yol açardı. ARKAN; Marka Hukuku, C.1, s.77.

¹⁶¹ KARAHAN, s.54.

¹⁶² YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, C.1, s.230.

Eğer tescilin talep edildiği mal sınıfı içerisinde böyle bir cins veya çeşit bulunursa, talep reddedilmelidir. Böyle bir cins ve çeşidin bulunmaması halinde ise, ilgili işaret, bir başka mal sınıfı açısından bir cins veya çeşidi ifade etse bile, bu işaret tescil edilmek istendiği mal sınıfı açısından cins veya çeşit gösteren bir ibare ve dolayısıyla tasviri işaret olarak değerlendirilmemelidir. Ve bu işaret tescil edilmelidir. Yargıtay bu konuda kumaşlar açısından cins isim olan “Saten”¹⁶³ kelimesinin boya markası olarak tescil edilmesini uygun bulmuştur. Yine Yargıtay basılı yayınlar, gazete, dergi ve broşürlerde marka olarak kullanılmak üzere tescili istenen “Autocar” sözcüğünün, marka olarak kullanılmak istendiği emtianın cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar gibi unsurları gösteren, özellik, işaret ve adlandırmaları içeren unsur olmadığına, halkın bu nedenle yanıltılmasının mümkün bulunmamasına, bu kelimenin tescilinin KHK/556 m.7/I-c hükmüne aykırılık oluşturmayacağına hükmetmiştir.¹⁶⁴

Tasviri işaretlerle ilgili yasak, sadece Türkçe tasviri işaretleri kapsamamakta bunun yanı sıra, yabancı bir dilde tasviri anlam taşıyan işaretlerde bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir. Burada ki püf noktası ise Türk insanının tescili talep edilen bu işareti nasıl algıladığıdır. Yani yabancı bir dilde tasviri anlam taşıyan işaretin Türkiye’de ayırt edici nitelikte mi, yoksa tasviri nitelikte mi algılandığına bakılmalıdır. Yasaman yabancı dilde tasviri anlam taşıyan bir kelimenin alınıp alınmamasının bu kelimenin Türkiye’de yaygın olarak bilinip bilinmemesine bağlı olduğunu söylerken.¹⁶⁵ Arkan’da “lux”, “extra”, “pretty” gibi eşyanın özelliklerine ilişkin olan ve Türkiye’de de yaygın şekilde bilinen yabancı sözcüklerin marka olarak alınmaması gerektiğini belirtmiştir. Karahan ise Ülkemizle yakın irtibat halinde bulunan bir yabancı ülkede ve ülkemizde yaygın bilinen bir yabancı dilde tasviri işaret olarak kabul edilen bir işaret bizde de marka olarak tescil edilmemeli ve yasak kapsamında mütalaa edilmelidir¹⁶⁶ demektedir ve diğer yazarlardan farklı olarak ülkemizle yakın irtibat halinde bulunan yabancı ülkeleri de kapsayacak bir yorumda bulunmaktadır. Karahan konuya örnek olarak ise; Ortadoğu ülkelerinde çok bilinen iştah açıcı aperatif olarak tüketilen yoğurtlu bir peynir cinsi olan ve hızlı büyümeyi sağlayan yoğurt cinsi anlamına gelen “Labne” sözcüğünü içermesi nedeniyle “Pınar Labne”nin (cins ve çeşit belirttiği için)

¹⁶³Y. 11. HD. T. 28.6.2001, 4176/5874; MERAN; A.g.e. , s.56-.57.

¹⁶⁴Y. 11. HD. T. 24.4.2001, 1400/3499 ; KARAHAN , s.57.

¹⁶⁵ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s.232.

¹⁶⁶ KARAHAN , 62-63

Yargıtay tarafından tescile uygun görülmediğini belirtmiştir.¹⁶⁷ Karahan bu görüşünün devamında, ülkemizle yakın irtibat halinde olmayan bir yabancı ülkede veya ülkemiz insanına yaygın bilinmeyen bir yabancı dilde tasviri işaret kabul edilen bir işaretin Türkiye’de marka olarak tescil edilmesi gerektiğini de belirtmiştir.¹⁶⁸ Bu görüş ise kanaatimizce yanlıştır, çünkü şunda ülkemizle yakın irtibat halinde bulunmayan bir ülkenin ilerde de ülkemizle yakın irtibatta bulunmayacağını garantisiz olmayacağı gibi ülkemizde yaygın olarak bilinmeyen bir yabancı dilde tasviri işaret kabul edilen işaretin de ülkemizde yaygın bir şekilde bilinmeyeceğinin garantisiz de bulunmamaktadır. Yani genelleme yapmaktansa söz konusu işaretin ülkemizde yaygın olarak bilinip bilinmediği araştırılmalıdır.

Ticaret alanında coğrafi kaynak belirten işaretler de tasviri işaretlerdendir. Bu işaretler yani coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren sözcük ve işaretlerde marka olarak alınamaz. Örneğin kayısı için Malatya, çay için Rize marka olarak kullanılamayacaktır. Yargıtay’ın “Pendik”¹⁶⁹ ismi ile ilgili aldığı kararda doktrinde yer, bölge veya şehir adlarının marka olarak tesciline ilke olarak bir engel bulunmadığı, benimsenip savunulduğu belirtildikten sonra, bununla birlikte, şehir, bölge veya maruf mahal isimlerinin tek bir sözcük olarak bir kişi lehine marka olarak tesciline olanak tanımak, bu isimlerin artık başkaları tarafından markalarında kullanılmayacağı sonucunu ortaya çıkaracaktır. Örnek verilmek gerekirse İstanbul, Ankara, İzmir, Konya, Karaman veya İstanbul’un maruf bir ilçesinin adı olan sadece “Pendik” sözcüğünün bir kişi adına marka olarak tescil edilmesi halinde, bu sözcük bir kişinin tekeline girecek ve bu şekilde bir kamu adı olan işaret başkaları tarafından markalarında kullanılamayacaktır denerek böyle bir imtiyazın kimseye tanınmaması ve bu işaretlerin bir markada esas unsur olarak bulunmaması gerektiği savunulmuştur. Bununla birlikte ayırt edicilik sağlayarak böyle bir markayı kullanmak isteyenlerin menfaat dengelerini korumak için coğrafi işaretlerinde , karışmaya meydan vermeyecek şekilde tescil edilebilecekleri de Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Bu bakımdan coğrafi işaretler, örneğin İstanbul, Ankara; “İstanbul Şarabı”, “Restaurant İstanbul” ve “Ankara Pazarları” gibi üzerinde

¹⁶⁷ KARAHAN, 63-64.

¹⁶⁸ KARAHAN, 64.

¹⁶⁹ Y 11. HD. , T. 26.11.1999, 5790/9590 ; MERAN, s.61-62.

kullanılabileceği mamul veya ilgilendirdiği hizmetin nevi ile birlikte ancak işaret olarak kullanılabilecek ve marka olarak tescil edilebilecektir.

1.4. Belirli Bir Meslek Ticaret Grubuna Ait İşaretler (KHK m. 7/1-d)

556 sayılı KHK'nin 7.maddesinin 1.fıkrasının d bendine göre Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar, tescil edilemezler. Her nasılsa tescil edilmiş olsalar bile açılan dava üzerine hükümsüzlüklerine karar verilmesi gerekir. (42/1a)

Ticaret hayatında herkes tarafından kullanılan veya belirli meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup bulunan kimseleri ayırt etmeye yarayan adlar veya işaretler doğrudan doğruya markayı ya da markanın esas unsurunu oluşturamazlar. Bu tip işaretleri kullanmak hakkına herkes sahip olduğundan belli bir kişinin tekeline verilemezler. Mesela döviz, kambiyo, borsa, market, bakkal, kasap gibi sözcükler marka olarak kullanılamaz. Bu kelimeler ve simgelerin, söz konusu alanda herkesin kullanımına açık olması gerekir. Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararı şöyledir; "Pet Hospital" ismiyle ilgili açılmış olan davada, bu markanın "Hospital" ve "Pet" sözcüklerinden oluştuğunu ve bu ibarenin İngilizce süs hayvanları hastanesi anlamına geldiğini; bu haliyle bir meslek, sanat ve ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan deyimlerden olduğunu; ve bunların herhangi bir kişinin inhisarına bırakılamayacağını ve herkes tarafından kullanılabileceğini hükme bağlamıştır.¹⁷⁰

Yasaman'a göre Ticaret Odaları , Sanayi Odaları, Ziraat Odaları, Barolar ve diğer meslek kuruluşlarının adları da marka olarak alınamayacaktır.¹⁷¹

Bu arada hem 556 sayılı KHK madde 7/2'ye hem de 42/2'ye göre bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar ve hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayıt edici bir nitelik kazanmış ise, meslek ve sanat adlarından olduğu gerekçesiyle tescili reddedilemez.

¹⁷⁰ 11.HD:07.02.2000, E.1999/9814, K.2000/829 ,(KARAHAN , s. 68).

¹⁷¹ YASAMAN, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s.239.

1.5. Malın Özgün Doğal Yapısından veya Teknik Zorunluluktan Doğan İşaretler (KHK/556 m.7/1-e)

Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler KHK madde 7'ye göre marka olarak tescil edilemeyecekleri gibi, tescil edilmeleri halinde ise madde 42'ye göre hükümsüzlükleri istenebilecektir.

Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini içeren işaretlere örnek olarak elmayı alırsak; Elma, elma olarak veya elma şeklinde bir ambalaj ve paketleme tarzı olarak tescil edilemeyecektir. Bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretlere örnek olarak ise futbol topu, kağıt atacısı, çamaşır mandalı, traş bıçağını verebiliriz. Örnekteki malların şekilleri ya işlevlerinin (fonksiyonlarının) ya da teknik zorunlulukların kaçınılmaz sonucu olarak oluşmuştur. Bu nedenle bunlar da marka olarak tescil edilemeyecektir. Tescil edilmeleri halinde ise hükümsüzlükleri istenebilecektir.

Bununla beraber, malın şekli; işlevini, teknik gerekliliğini zorunlu ve doğal olan biçimini aşan özgünlükteyse şekil, tasarım hukukuna göre korunduğu gibi marka olarak tescil edilebilecektir. Bu konuda örnek olarak coca cola şişesi gösterilebilir.¹⁷² Bu hüküm üç boyutlu şekillerle ilgili olup iki boyutlulara ise uygulanmaz.¹⁷³

1.6. Halkı Yanıltacak Markaların Tescili (KHK/556 m.7/I-f)

Mal veya hizmeti niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar, tescil edilemeyeceği gibi tescil edilmeleri halinde de hükümsüzlükleri de istenebileceklerdir.

¹⁷² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.348.

¹⁷³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.348 ; YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s.239.

Mal veya hizmeti niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar mutlak red nedeni sayılırken, burada ölçüt ise orta seviyedeki halkın yanıltılması kabul edilmektedir.¹⁷⁴ Başka bir deyişle önemli olan malın veya hizmetin satıcıları, pazarlayıcıları veya bunlar üzerinde uzman olan kişiler değil , malın hitap ettiği halk kitlesinin yanıltılmasıdır.¹⁷⁵

İşaretin yanıltıcı nitelikte olması red için yeterlidir. Tescil başvurusunda bulunanın aldatma kastının bulunup bulunmadığına bakılmayacaktır.

Kararnamenin 7/I-f maddesindeki “gibi” ibaresinden açıkça anlaşıldığı gibi sayılan yanıltma yolları örnek kabilinden sayılmışlardır. Bu çerçevede mal veya hizmetin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı dışında kalan diğer tasviri hususlarda halkı yanıltan işaretler de bu bendin kapsamına girecektir.

Markanın malın niteliği hakkında halkı yanıltıcı nitelik taşıması değişik şekillerde görünebilir. Bunlardan en sık rastlanana ise malın kökeni ile ilgilidir.¹⁷⁶ Yasaman’a göre bazı yöre veya bölgelerden elde edilen ürünler daha lezzetli veya kalitelidir.¹⁷⁷ Bu nedenle bu yöre ve bölge isimleri halkı yanıltıcı olarak kullanılabilir. Örneğin Ayvalık zeytinyağları, Ezine beyaz peyniri, Kars Kaşarı gibi.

Ülkemizde sık kullanılan bir başka işaret ise yabancı sözcüklerdir. Bunun nedeni ise toplumda yabancı malların daha kaliteli olduğu düşüncesidir. Bu nedenle de üreticiler yabancı sözcükleri marka olarak kullanmayı tercih etmektedirler. Arkan, yabancı sözcüklerin Türkiye’de marka olarak tescil edilip edilemeyeceği konusunda genel bir hükme varmak yerine, her somut olayda; yabancı sözcüklerin o tür mal ya da hizmetler için yaygın biçimde marka olarak kullanılıp kullanılmadığına, böylece o sahada yabancı kaynak gösterme özelliğini yitirip yitirmediğine bakarak karar vermek gerektiğini ifade etmiştir.¹⁷⁸ Karahan ise 551 sayılı Markalar Kanununun 5/b maddesinin tümüyle Kararnameye aktarılmayıp, çerçeve bir hükümlerle yetinilmesin

¹⁷⁴ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s.240.

¹⁷⁵ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s.240 ; ARKAN; Marka Hukuku, C.1, s.86.

¹⁷⁶ YASAMAN, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s. 241.

¹⁷⁷ YASAMAN, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s. 241.

¹⁷⁸ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.89-90.

yanısına, Türkiye’de yabancı unvan, marka ve işletme adı kullanımının yaygın olması ve bilhassa Türkiye’nin artan dış ticaret hacmi dolayısıyla, yabancı sözcükler kullanılma zorunluluğunun doğması nedeniyle, yabancı sözcüklerin marka olarak kullanılmasının mümkün olduğu, artık bu şekildeki tescillerin halkı, malın coğrafi kaynağı hususunda yanıltıcı olmayacağı sonucuna varılması gerektiğini düşünmektedir.¹⁷⁹ Özsunay’da Karahan gibi düşünmekte ve yabancı sözcük kullanımının Türk Dışsatımı ve rekabet için yapıldığını belirtmektedir.¹⁸⁰ Yasaman ise Özsunay ve Karahan’dan farklı olarak yabancı dilde bir kelime seçilmek suretiyle bir malın Türkiye’nin dışında üretildiği veya yabancı ürün intibai verilmesi, bunun da halkı yanıltması halinde, bu işaretin mutlak red nedenleri kapsamında sayılacağını belirtmiştir.¹⁸¹ Kanaatimizce dış piyasalarda daha kolay rekabet edebilmek için bazı durumlarda marka olarak yabancı dilde bir kelime seçilmesi daha doğru olmaktadır, özellikle bazı Türkçe karakterlerin yabancı ülkelerde kullanılmaması nedeniyle karşılaşılan sorunlarda bu sayede aşılabilecektir. Fakat bu markanın Türkiye’de halkı yanıltıcı bir konumda da olmaması da gerekir.

1.7. Devlet Veya Uluslararası Organizasyonlara Ait İşaretler (KHK/556 m.7/1-g)

Paris sözleşmesinde belirtilen birlik ülkelerine ve bunların üyesi oldukları milletlerarası kuruluşlara ait bayrak, flama, arma, fors, damga, mühür, işaret ve benzeri simgeler –yetkili mercilerden izin alınmaksızın – marka olarak tescil edilemeyeceklerdir. Birlik ülkelerine ait arma, bayrak ve diğer hükümlerlik belirtilerinin tescili, birlik ülkeleri tarafından kabul edilmiş resmi kontrol ve teminat, işaret ve damgalarının tescili ve diğer armacılık sanatı açısından her çeşit taklitlerin tescilli ancak ilgili ülke veya birliğin yetkili kurumlarından izin alınarak yapılabilecektir. Paris sözleşmesinin uygulanabilmesi için üye devletler, korunmasını istedikleri işaretlerin bir listesini diğer devletlere duyurulması için Uluslar arası

¹⁷⁹ KARAHAN , s. 75.

¹⁸⁰ ÖZSUNAY, Ergun; 551 Sayılı “Markalar Kanunu” Döneminde Markalara İlişkin Sorunlar ve Markaların Korunması Hakkında KHK/556 ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler, Marka Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum Sorunları, İTO Yayın No: 1995/39, s.13.

¹⁸¹ YASAMAN, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s. 242.

Büroya bildireceklerdir. Örnek olarak verilecek birkaç kurum şöyledir. NATO, TSE, UEFA, UNO

1.8. Kamuya Mal Olmuş Diğer İşaretlerin Tescili(KHK/556 m.7/1-h)

Bazı armalar, flamalar, bayraklar, forslar, damgalar, nişanlar, mühür ve işaretler, Paris Sözleşmesinin 2.mükerrer 6.maddesi kapsamına girmemekle beraber kamuyu ilgilendirirler. Bunlar tarihi ve kültürel değerler oldukları için ortak mirasa dahildirler. Bu tür işaretler de yetkili merciden izin almadan marka olarak seçilemezler. Ör: Osmanlı Padişahlarına Ait Tuğralar, Çanakkale Şehitleri Anıtının Resmi, Atatürk Orman Çiftliği

1.9.Tanınmış Markalar (KHK/556 m.7/1-ı)

Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1'inci mükerrer 6'ncı maddesine göre tanınmış markalar, başkası adına marka olarak tescil edilemez. Paris sözleşmesinin amacı, üye bir ülkede tanınmış olan markanın, bir başka ülkede tescil olması ve bu nedenle hukuki koruma altında olmadığı için hak sahibi kişiler dışında haksız şekilde kullanılarak gasp edilmesini önlemektir.¹⁸² Anlaşmanın 1. mükerrer 6. maddesi, tanınmış markanın korunması için gereken asgari koruma sınırlarını çizmiştir. Tüm üye ülkeler bu sınırlara uymakla yükümlüdür.¹⁸³

Yukarda da değinildiği üzere tanınmış markaların tam bir tanımı bulunmamaktadır.¹⁸⁴ Bunun nedeni ise, devamlı gelişen teknoloji ve ticaret hayatında mesafelerin etkisinin azalmasından dolayı tanınmış marka kavramının sınırlarının kesin olarak çizilmesi durumunda yetersiz yada yanlış sonuçlara neden olacağıdır.¹⁸⁵ Bir marka dünyada veya bir ülkede tanınmış olabilir. Marka, bir ülkede, halkın

¹⁸² YASAMAN, Hamdi , Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar, Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2002, s.308 ; DİRİKKAN, Hanife,Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayıncılık, İzmir 2003, s.51

¹⁸³ DİRİKKAN, s.52.

¹⁸⁴ Yargıtay'ın konuyla ilgili karara göre; Tanınmış marka, bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri, akraba, dost, düşman ayırımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışımdır. Y. 11 HD. 24.6.2003 E 13167 K. 7103. www.yargitay.gov.tr

¹⁸⁵ Aynı yönde: DİRİKKAN, s.87-88 ; DURAL, s.857.

çoğunluğu veya ürünün hitap ettiği kitle tarafından biliniyor ise tanınmışlık derecesine erişmiş kabul edilir.¹⁸⁶ Bununla birlikte çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre; tanınmış markayla bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde tutunmuş markalar değil, dünya çapında olmasa bile, yurt içi ve yurt dışında ilgili çevrelerce bilinen veya başka bir tanıma göre de herkesçe bilindiği mütalaa edilen markalar kastedilmiştir. Tanınmış bir marka, aynı veya benzeri mallar için sahibinin izni olmaksızın üçüncü bir kişi adına tescil edilemez. Tescil edilmesi halinde hükümsüzlüğü istenebilecektir. Tanınmış markalara en iyi örnek, Coca Cola markası gösterilebilir.

1.10. Dini Değerleri ve Sembolleri İçeren Markaların Tescili (KHK/556 m.7/1-j)

Dini değerleri ve sembolleri içeren markaların tescil edilmeleri KHK madde 7/1-j 'ye göre yasaktır. Toplumdaki inançlarla ve sembollerle gerçeğe aykırı olarak ilişkisi olduğu izlenimi uyandıran markalar ile toplumun bu inançlara ve sembollere saygısını zedeleyecek özellikteki markalar tescil olunamazlar. Bu çerçevede dini yapılar ile bunların cemaatlerine ait amblem ve logoların marka olarak seçilmesi yasaktır. Bu hükmün sağladığı koruma sadece İslam dinine ait değerleri ve sembolleri içermez diğer dinlere ait değer ve sembollerde bu hüküm çerçevesinde değerlendirilecektir.¹⁸⁷ Ör: Kabe, Tanrı, İncil gibi.

1.11. Kamu Düzenine Ahlaka Aykırı Markalar (KHK/556 m.7/1-k)

Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markaların tescili yasaktır. Böyle bir markanın tescili halinde hükümsüzlük davası açılabilecektir. Bir markanın kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılığı, o markanın unsurlarını teşkil eden sözcükler şekiller, harfler, sayılar ve işaretlerle bunların yarattıkları imaj ve verdikleri mesajlarda ortaya çıkar ve aykırılık bunlarda aranır.¹⁸⁸ Genel ahlâka ve kamu düzenine aykırılık markanın kendinden olmalıdır. Halkın bir kısmı için bile iftira ve kırıcılık içeren markalar tescil edilemez. Kamu düzenine ve genel ahlâka aykırılık

¹⁸⁶ YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaaalar Bilirkişi Raporları, C.1, s.156.

¹⁸⁷ YASAMAN Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, C.1, s. 275.

¹⁸⁸ KARAHAN, s. 82.

markanın kendisinden değil de kullanılacağı ticaret faaliyetten doğuyorsa tescil başvurusu yine reddedilmelidir.¹⁸⁹

2. Nisbi Red Nedenlerinin Varlığı Halinde Hükümsüzlük

556 sayılı Mar.KHK 8. maddesinde marka tescilinin reddini gerektiren nedenler sayılmıştır. Bunlar nisbi red nedenleridir. Yine bunun yanında 42. maddenin 1. fıkrasının b bendine göre de sayılan bu hallerde marka hükümsüz sayılacaktır. Nispi red nedenlerinin varlığı itiraz şeklinde ileri sürülebilir. Bir başka deyişle nisbi red nedenleri mahkeme ve Enstitü tarafından re'sen incelenemez. İtirazda bulunabilme hakkı ise ilgili kişilere tanınmıştır. 556 sayılı Mar.KHK 8. maddesine göre itirazda bulunmak ve hükümsüzlük isteyebilmek için daha önceki bir tarihte tescil edilmiş ya da tescil konusunda başvuruda bulunulmuş bir markanın sahibi ile tescilsiz markayı kullanarak bu işaret üzerinde daha eski bir tarihte hak kazanmış olan bir kişi olmaları gerekir. 556 sayılı Mar.KHK madde 8'de sayılan nisbi red nedenleri aşağıdaki gibidir;

2.1. Aynı Markanın Tescili (KHK/556 m.8/I-a)

Tescil için başvuru yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa, tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış markanın sahibi bu başvuruya itiraz edebilecektir.¹⁹⁰ Tescil için başvuru yapılan marka, daha önceden tescil edilmiş veya tescil için başvurulmuş marka ile aynı mal veya hizmetleri kapsamaması durumunda markalar arasında karışıklığın varlığı kabul edildiğinden itirazda bulunanın iddiasını ayrıca ispatlaması gerekmeyecektir.¹⁹¹ 556 sayılı KHK'nin 7/1-b maddesi ile 8/1-a maddesi birbirine çok benzemektedir. Bu hükmün tekrar edilmiş olmasının sebebi ise TPE tarafından mutlak red nedenlerine dayanan re'sen tetkik yükümlülüğünde bir aksama olması ihtimalidir. Bir markanın tescili KHK/556 m.8 hükmünün ihlaline rağmen, marka veya marka başvurusu sahibinin ihmaliyle itirazda bulunulmaması

¹⁸⁹ CAMCI , s.41.

¹⁹⁰ ARKAN; Marka Hukuku, C.1, s. 97.

¹⁹¹ KARAHAN , s.90.

yahut yapılan itirazın haklı görülmeyle reddi nedeniyle gerçekleşmiş ise öncelik hakkı sahibi olduğunu iddia eden marka veya marka başvurusu sahibi KHK/556 m.42/I-b hükmüne istinaden hükümsüzlük davası açarak, tescil edilen markanın terkinini de talep edebilecektir.¹⁹²

2.2. Benzer Markanın Tescili (KHK/556 m.8/I-b)

556 Sayılı KHK 8/1-b hükmüne göre; “Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa” bu durum nisbi red nedeni ve dolayısıyla hükümsüzlük sebeplerinden biridir.

Oldukça karışık bir şekilde düzenlenmiş bu hüküm uyarınca iltibas tehlikesi eski ve yeni markaların¹⁹³ aynı veya benzer olup olmadıkları ve aynı yada benzer mal hizmetleri kapsayıp kapsamadıkları dikkate alınarak saptanır. Böylelikle markaların kapsadığı mal ve hizmetler ne kadar yakın olursa iltibas ihtimalinin önlenmesi için yeni markanın eskisinden o kadar farklı olması gerekir.¹⁹⁴ Mal ve hizmetin farklı olması durumunda ise iltibas tehlikesi azalmakta yeni ve eski markalar arasında çok büyük farklar aramaya da gerek kalmamaktadır. KHK’de ne olduğu açıklanmayan benzerini kullanma ise iltibas fiilinin ikinci görünüm şeklidir. başkasının hak sahibi olduğu bir markanın benzerinin kullanılması unsurunun yanında bu benzerliğin alıcıların markaları karıştırmalarına neden olacak surette olması da aranmaktadır. Bu nedenle benzerini kullanma her olay açısından ayrı ayrı değerlendirileceği için ,bir markanın ne zaman benzerinin kullanıldığını belirlemek işi ilmi ve kazai içtihatlarla bırakılmıştır. Karahan’a göre; Bu nedenledir ki, 30 yıllık ilmi ve kazai içtihat müktesebatından yararlanabilmek için, 551 sayılı Kanun m.47 ile kabul edilen

¹⁹² KARAHAAN , s.91.

¹⁹³ Maddenin tanımını yapan Arkan eski marka ibaresini “tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka” ifadesi için kullanırken “tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile karıştırılma ihtimali bulunan markayı ise yeni marka olarak ifade etmiştir. ; ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s. 97.

¹⁹⁴ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s. 97.

benzerini kullanma kriterleri benimsenmeye devam edilmelidir. Buna göre, benzerini kullanma yoluyla iltibas ve marka hakkının ihlalinin unsurları bütünsel benzerlik ile iltibas ihtimali unsurlarıdır.¹⁹⁵

a. Bütünsel Benzerlik

İltibas ihtimalinin araştırılmasına, markalar arasında benzerlik bulunup bulunmadığından başlanması uygun olur. Benzerliğin olup olmadığına benzerliğin bütünü itibariyle bıraktığı etki dikkate alınarak karar verilir.¹⁹⁶

Benzerini kullanmanın ilk unsuru, tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış markaya, toplu olarak bıraktığı intiba itibariyle, ilk bakışta ayırt edilemeyecek derecede benzeyen yeni bir markanın kullanılmasıdır.¹⁹⁷ Benzerini kullanmanın varlığına karar verebilmek için, markanın tescilinde münferit unsurlardan ziyade bir bütün olarak bıraktığı genel itibai nazara alınması kanun hükmü icabıdır.¹⁹⁸

Markalar şekil, sözcük vb. açısından farklı unsurlardan oluşuyor olsalar bile, markaların birbirini çağrıştırmaları halinde, markalar aralarında benzerlik olduğuna hükmedilmelidir. Yani anlam benzerliği sadece sözcük markaları yönünden söz konusu değildir. Örneğin, bir resim, bir sözcüğü ve bir sözcük, bir resmi çağrıştırebilir.¹⁹⁹ Örnek olarak Danıştay sincap kelimesi ve evvelce tescil edilmiş sincap resmi arasında benzerlik bulunduğu kararını vermiştir.²⁰⁰ Eğer iki marka tüketiciler için aynı fikri ya da aynı anlamı veriyorsa burada ayrıca görsel benzerlik ya da ses benzerliği araştırılmaz.

Sözcük markalarında ayırt edicilik, bir hece veya harfte basit bir fark oluşturularak ta sağlanamayacaktır. Örneğin mahkeme, “Asporol” kelimesinin kullanılmasının “Aspirin” ‘e benzetme gayetinden ileri geldiğini belirterek, iki marka arasında lafzi bakımdan da bir iltibas mevcut olduğuna karar vermiştir. Yargıtay bir

¹⁹⁵ KARAHAN, s.92.

¹⁹⁶ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s. 99.

¹⁹⁷ KARAHAN, s.93.

¹⁹⁸ Danıştay 12. D., 29.2.1972, E. 69/1433, K. 72/633; SAĞLAM, s.48.

¹⁹⁹ ARSEVEN, s.143.

²⁰⁰ Danıştay 12. D., 14.10.1968, E. 1972/, K. 1823; SAĞLAM, s.36.

kararında da “PORT” ve “İTERPORT”²⁰¹ kelimeleri arasında benzerlik olduğuna hükmetmiştir. Ses benzerliği çok önemlidir, çünkü markaların bir çoğunu, tüketiciler radyo ve televizyon reklamlarında işitmektedirler. Ses benzerliğinin saptanmasında hece sayılarının karşılaştırılması, vurgu benzerlikleri, harflerin akustik benzerlikleri gibi yöntemlere de başvurulmaktadır.

Zıt anlama sahip olan kelimeler ise benzer sayılmaz ve bu nedenle tescillerinde bir sakınca yoktur.

Birçok yönüyle benzer görsel etkiler, iki markanın birbirine benzemesine yol açabilir. Markanın dış görünümü esas alınır. Şekil markaların da ise markanın sadece şekillerden oluşması halinde, esas şekiller ilk bakışta birbirine ayırt edilebilmelidir. Bunun gibi resim markalarında da, dışta bir benzerlik olmasa dahi renk kompozisyonlarının doğurduğu etki iltibasa neden olabilir. Örnek olarak, bir resmin sadece rengini değiştirmek, renksiz bir markayı renklendirmek suretiyle bütünsel benzerlik ortadan kaldırılamaz. Konuyla ilgili olarak Yargıtay’da markanın, görsel, biçimsel, anlamsal, sescil benzerlik, çağrıştırmaya, gibi genel görünüm ölçütleri bakımından karşılaştırılması yapılarak, markaların aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı ya da benzer olması ve halk tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunması, durumlarının tespit edilmesi gerektiği kararına varmıştır.²⁰²

b. İltibas İhtimali (Karıştırılma İhtimali)

Benzerini kullanmanın ikinci unsuru, bu kullanımın iltibas ihtimali (karıştırılma ihtimali) oluşturmasıdır. iltibas ihtimali, bir markanın aynen veya benzerinin kullanılması suretiyle, alıcı zihninde gerek emtiaların (veya hizmetlerin), gerekse müteşebbisin kaynağı açısından yanlış kanaatler uyandırılması ve bunların aynı

²⁰¹ Davacının markası "PORT" olup tescil edilmiştir. Davalının markası ise "İTERPORT" olup yine tescil edilmiştir. Markalardaki kök kelime "PORT" ibaresi olup, her iki markada da "PORT" ibaresi müşterektir. Bu sözcüğün ise ,davacının önceden tescilli markası ile yazılış, okunuş, görsel ve fonetik yönlerden orta seviyedeki insanlar bakımından iltibasa meydana verecek derecede benzer olduğu, davalının, sırf davacının markasından istifadeye yönelik olarak bu sözcüğü tercih ettiği anlaşılmaktadır.

²⁰² Y.11 HD. 27.12.2002. E. 1717 K.7742 www.yargitay.gov.tr.

yerden piyasaya sürüldüklerinin düşündürülmesi, bu yönde çağrışımlar yaptırılmasıdır.²⁰³

İltibasın varlığına ise, her iki marka aynı anda göz önünde bulundurularak karar verilemez. Çünkü alıcılar fiilen iki markayı yan yana koyarak karşılaştırmazlar. Bu nedenle karıştırma olasılığı saptanırken markaların aynı anda yan yana karşılaştırıldığı varsayımına dayanmak yanlış olur.²⁰⁴ Buradaki ölçü markanın tüketicinin zihninde yarattığı karıştırma değildir. Birbirinin aynı, ayırt edilemeyecek kadar aynı veya benzeri olan şeyleri ayrı an ve yerlerde görmekle, farklı an ve yerlerde görmek arasında, markalar arasındaki farkları tespit açısından ciddi farklılık bulunduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, karıştırılma ihtimali ve benzerliklerin tâyini, markaları aynı anda görebilen ve farklarını seçebilmek için yeterli zamana sahip olabilen müşteriler bakımından değil; markaları aynı anda göz önünde bulunduramayan fakat aradığı markanın aşağı yukarı net anısının tesirinde olan alıcılar bakımından yapılmalıdır.²⁰⁵ Bir başka deyişle karıştırma ihtimalinin belirlenmesinde çok dikkatli olanlar gibi çok dikkatsizler de göz önünde bulundurulmamalı²⁰⁶, sıradan bir hafızaya sahip olan orta kültür düzeyindeki sıradan tüketiciler esas alınmalıdır.

İltibasın tespitinde, ise markaların farklılıkları değil, benzerlikleri önemlidir. Benzeyen kısımların iltibas oluşturmaya yeterli olup olmadığı araştırılmalıdır. İltibas ihtimalinin tespiti marka hakkının ihlalinden söz edebilmek için de gereklidir. Çünkü madde 8'e göre karışıklığın gerçekleşmesi şart değildir, karışıklık ihtimaline bakılmaktadır. Karıştırılma ihtimali, ise gerçekleşebilir nitelikte olmalıdır. Bir başka deyişle karıştırılma ihtimali şüpheye dayanmamalıdır.

2.3. Markanın Ticari Vekil Veya Temsilci Tarafından Tescili (KHK/556 m.8/II)

556 sayılı KHK'NİN 8. maddesine göre; marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisi tarafından markanın kendi adına tescili için, marka sahibinin izni olmadan

²⁰³ KARAHAN, s.100.

²⁰⁴ ARSEVEN, s.144.

²⁰⁵ KARAHAN, s.100 ; ARSEVEN, s.144.

²⁰⁶ ARSEVEN, s.147.

ve geçerli bir gerekçe gösterilmeden yapılan başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine red edilir.

Söz konusu hüküm, Paris Antlaşmasının 6^{mük6} inci maddesinden alınmıştır. Bu maddeye göre, Paris Anlaşmasına dahil bir ülkede bir marka sahibinin acentesi veya mümessili, marka sahibinin izni olmaksızın, bu markanın kendi namına tescilini bu ülkelerden birinde veya bir çoğunda talep ederse, bu acente veya mümessil hareketinin haklı olduğunu ispat etmedikçe, marka sahibi talep edilen tescile itiraz etmek veya bu tescilin kendi lehine devir ve naklini istemek hakkını haizdir. Birlik ülkeleri, bir marka sahibinin yukarıda öngörülen haklarını ileri sürebilmeleri için adil bir süre koyabilir.²⁰⁷

Türkiye ile iş yapan yabancı şirketlerin her zaman ülkemizde kendi markalarını tescil ettirmeleri mümkün olamamaktadır. Bazı durumlarda bu şirketlerin ticari partnerleri bu markaları kendi adlarına tescil ettirmek istemekte ya da tescil ettirmektedirler. Böyle bir durumda marka başvurusu yapılmışsa , marka sahibinin itirazı üzerine red edilir. Marka sahibi, bu maddeden yararlanıp itiraz etmemesi halinde veya yapılan itirazın yerinde görülmemesi nedeniyle tescil yapılmış ise hükümsüzlük davası da açabilir. Bununla birlikte marka sahibi hükümsüzlük davası açmayarak KHK/556 m.17 hükmünce, markanın kendisi üzerine tescilini de isteyebilir.

Burada KHK ,yabancı bir markayı marka sahibine sadık olmayan ticari vekil ya da temsilciye karşı korumuştur. Burada temsilcinin bağlılık yükümüne aykırı hareket etmesi durumu söz konusudur.²⁰⁸

KHK/556 m.8/II hükmünün uygulanabilmesi için, marka sahibi ile markayı kendi adına tescil ettirmek isteyen kişi arasında vekalet veya temsil mahiyetinde bir ilişki bulunmalıdır. Bu ilişki, acentelik, dağıtıcılık, franchise, lisans gibi bir sözleşme ilişkisi bulunan ve bu ilişkiye dayanarak markanın kullanılması, markayı taşıyan mal

²⁰⁷ KARAHAN, s.108.

²⁰⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.358.

veya hizmetin üretilmesi, satışa sunulması veya dağıtılması gibi hususlara ilişkin olabilir.²⁰⁹

2.4. Tescilsiz Marka Veya Ticaret Sırasında Kullanılan Diğer İşaretlerin Tescili (KHK/556 m.8/III)

556 sayılı KHK'nın 8. maddesinin 3. fıkrasına göre; Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bir işaret için hak elde edilmişse ve belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa, tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibi, bir başkası tarafından yapılan marka başvurusunun tesciline itiraz edebilir. Bu hallerde de marka başvurusu tescil edilmez.

8. maddenin 3. fıkrasının yukarıda yazılı "a" ve "b" bentlerindeki iki halin birbirinden bağımsız mı, yoksa birbirlerinin devamı ve parçası mı oldukları tartışmalıdır. Başka bir deyişle, bu sebeplerin her ikisinin de bir arada mı bulunması gerektiği yoksa birbirinden bağımsız mı olduğu hususunda görüş ayrılığı vardır.

Arkan, bu hükme bağlı olarak itiraz edebilmek için, markanın tescili konusunda yapılan başvuru tarihinden veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş olması ve bu hakkın sahibine, daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama imkânı sağlaması gerekir diyerek bu iki hali birbirinin devamı olduğunu kabul etmiştir.²¹⁰

Arkan gibi düşünen Karahan'a göre ise; Bu iki bent tek ihtimalin uygulama şartlarını düzenlemektedir. Dolayısıyla, bu iki bendi birbirine "ve" bağlacı ile bağlamak suretiyle birbirinden farklı iki ihtimali birbirinin devamı gibi algılamak hükmün anlamına uygundur. KHK/556 m. 8/III'de "aşağıdaki hallerde" denilmiş olması ile aynı ibarenin m. 8/1'de ve 9/1'de de kullanılmış olması ise karıştırılmamalıdır. Belirtilen fıkralardaki ibareler birbirinden farklı ihtimallerin

²⁰⁹ KARAHAN , s.108-109 ; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.358.

²¹⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s 109.

varlığını belirtmekte iken; m. 8/III'deki ibare tek bir ihtimalin uygulama şartlarını düzenlemektedir.²¹¹

Karan ve Kılıç'ta bu iki bendin virgül ile birbirine bağlanmalarından dolayı bunların birlikte tek bir itiraz sebebi oluşturduklarını savunmaktadırlar.²¹²

Tekinalp ise diğer yazarlardan farklı olarak bu sebeplerin birbirinden bağımsız olduğunu, belirtilen sebeplerin sınırlı sayı ilkesine tabi olduğunu iddia etmiştir.²¹³ Yasaman'da madde de birbirinden farklı iki hal bulunduğunu belirtmektedir.²¹⁴

KHK madde 8/3 ise 40/94 sayılı Topluluk Tüzüğü'nün 8/4 hükmünden alınmıştır. Kanaatimize bu hükümdeki yazılışta her iki şartın bir arada olması gerektiğini kabul eden görüşü destekler niteliktedir. Bu nedenle madde belirtilen hallerin ikisinin birlikte aranması daha doğru olacaktır.

Yargıtay da tescilsiz marka sahibinin, sonradan hak sahibi olmayan kişinin tescil ettirdiği markanın hükümsüzlüğüne ilişkin bir davayı açabileceğine hükmetmiştir.²¹⁵ Tescilsiz marka sahibinin nisbi red hükümleri çerçevesinde itiraz hakkı vardır. Tescilsiz marka sahibi, tescilli marka sahibinin hak karinesini ortadan kaldırarak tescilli markayı iptal ettirme olanağına sahiptir. Böyle bir marka aleyhine tescil edildikten sonra bile hükümsüzlük davası açılması mümkündür (md. 42/I-b).

2.5. Tanınmış Markanın Başka Mal ve Hizmetlerde Kullanılması (KHK/556 M.8/IV)

Markalar , tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir başka markanın aynı veya benzeri olsalar bile, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilirler. Tanınmış markalar ise bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. 556 sayılı KHK'nin 8/4. maddesinde belirtildiği üzere, tescil edilmiş veya tescil için

²¹¹ KARAHAN. , s.111.

²¹² KARAN / KILIÇ, s.205.

²¹³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.359-361.

²¹⁴ YASAMAN, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s.405.

²¹⁵ Y. 11. HD T:08.03.2002 E2002/1646 K2002/2069; www.yargitay.gov.tr.

başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış 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 red edilir.

Bu hükümlerle, tescilli markanın ulaştığı tanınmışlık düzeyini kullanarak , toplumda yarattığı güven ortamından haksız bir şekilde yararlanılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Yine tanınmış markanın itibarına zarar verecek hareketlerin de önüne geçilmek istenmiştir. Aksi halde tanınmış markaların yozlaştırılmasına sebep olunacaktır. Örneğin “Coca-Cola” bir temizlik malzemesi markası, “Mercedes” bir el arabası markası olarak kullanılmayacaktır.

Markaların yozlaştırılması son yıllarda büyük önem kazanmaya başlamıştır. Mesela ABD’de 1996 yılında yozlaştırma ilgili federal bir kanun çıkartılmıştır.²¹⁶

Karahan’a göre Türkiye’de tescilli olan tanınmış markanın sahibinin, markasının başkaları tarafından farklı mal ve hizmetler üzerinde kullanımını engellemeye hakkı bulunurken, Türkiye’de tescil edilmemiş, bununla birlikte dünyaca tanınmış marka sahibinin ise böyle bir engelleme hakkı bulunmamaktadır. Türkiye’de tescil edilmemiş, dünyaca tanınmış markanın sahibine tanınan tescilsiz tekel hakkı, sadece markanın kullanıldığı aynı veya benzer ürünler için geçerli olacaktır.²¹⁷ Bu görüşe katılmak ise mümkün değildir. Bu tür bir uygulama tanınmış marka korumasından amaçlanan hedefe varılmasını engeller.

Bir markanın tanınmış olup olmadığına ise mahkeme karar verecektir. Karar ise uzman bilirkişiler vasıtasıyla inceleme yaptırarak, alınacaktır.

2.6. Başkasına Ait İsim, Fotoğraf, Telif Hakkı, veya Sınai Mülkiyet Hakkı Kapsamına Giren İşaretler (KHK/556 M.8/V)

²¹⁶ KEYDER – BROWN, s. 31.

²¹⁷ KARAHAN, s. 122-123.

556 sayılı KHK'nın 8.maddesinin 5. fıkrasına göre tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınaî mülkiyet hakkını kapsamaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir. Yasaman'a göre bu hüküm kapsamına , Medeni Kanun'daki şahsiyet haklarından isim hakkı ile fotoğraf üzerindeki hak ve FSEK kapsamındaki telif hakları ile sınaî mülkiyet hakları girer.²¹⁸ Sınaî mülkiyet hakları, markalar dışında patent, faydalı model, endüstriyel tasarımlar ile ticaret unvanı, işletme adı, alan adı (domain name)vb. ayırt edici işaretler üzerindeki haklardır.²¹⁹

Başkasına ait ad, her şahsın tek olması ve yerine başkasının konulamıyor olması nedeniyle korunmaktadır. Başkasına ait kişi ismine takma adlar, lakap, kısaltılmış ve temsili adlar, telgraf adresleri, belirli ad kısaltmaları, e-mail adresleri de girmektedir. İsim üzerindeki bu hak gerçek kişilere olduğu kadar tüzel kişilere de tanınmıştır.²²⁰

Ünlü kişilere ait kişilik haklarına giren bir takım değerler kötü niyetli kişiler tarafından marka olarak kullanılmak istenebilir. Bu arada bir mal veya hizmetle ilgili olarak tanınmış bir kişiye ait adın ve soyadın aynı adı taşıyan başkası tarafından marka olarak tescil ettirilmesi için o isme ayırt edici bir ek konulması gerekir.²²¹ Ünlü kişilere ait kişilik haklarına giren bir takım değerler kötü niyetli kişiler tarafından marka olarak kullanılmak istenebilir Mesela Tarkan'ın fotoğrafı gibi. İşaret ünlü bir kişiye ait olsa bile hak sahibinin itirazı yoksa tescil mümkündür.TPE, bu tür başvuruları kabul edip yayınlamaktadır, Örneğin; Kozmetik için "Ricky Martin" ibareli markayla ilgili hak sahibi olmayan bir kişinin başvurusu kabul edilmiş ve bültende yayınlanmıştır.²²²

2.7. Sona Ermiş Ortak Ve Garanti Markalarının Tescili (KHK/556 M.8/VI)

²¹⁸ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, 418.

²¹⁹ POROY / YASAMAN, s. 281.

²²⁰ HELVACI, s. 74-75.

²²¹ ARKAN, Marka Hukuku, C.1.s. 110.

²²² KARAAHMET/ YALÇINER, s. 47.

556 sayılı KHK'nın 8.maddesinin 6. fıkrasına göre; Ortak ve garanti markalarının sona ermesinden itibaren üç yıl içinde ortak marka veya garanti markası ile aynı veya benzeri olan marka tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilecektir. Eğer tescil yapılmış ise, KHK/556 m.42/I-b'ye göre bu tescil hükümsüz kılınabilecektir.

Bu itiraz ise ortak markalarda ortak markanın eski sahiplerince, garanti markasında ise markanın eski sahibi tarafından yapılabilecektir.²²³ Karan / Kılıç 'a göre ise itiraz hakkı markasını yenilemediği halde kullanmaya devam eden kişi veya kişilere aittir. Yani itiraz edilebilmesi için markanın kullanılmaya devam edilmesini zorunluluk olduğunu belirtmişlerdir.²²⁴

Ortak marka veya garanti markasının teknik yönetmeliğe aykırı kullanılması sebebiyle iptali halinde ise yeni tescil için 3 yıllık zamanın geçmesinin aranıp , aranmayacağı konusunda ise KHK'de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu zamanında ise birlik markaların teknik yönetmeliğe aykırı kullanılması sebebiyle iptali halinde ise yeni tescil için 3 yıllık zamanın geçmesi aranmaktaydı.

2.8. Yenilenmemiş Markaların Tescili (KHK/556 M.8/VII)

556 sayılı KHK'nın 8.maddesinin 7. fıkrasına göre; Bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir. Yine böyle bir tescil yapılması halinde KHK/556 m.42/I-b'ye göre bu tescil hükümsüz kılınabilecektir.

Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır ve bu süre onar yıllık süreler halinde yenilenebilir (md. 40). Teorik olarak sonsuza kadar yenilenin mümkün olduğu koruma süresinin yenilenmesinde herhangi bir üst bulunmamaktadır. Bununla birlikte marka sahibi süreyi yenilemeyebilir.

²²³ ARKAN; Marka Hukuku, C.1, s.115.

²²⁴ KARAN / KILIÇ., s. 208.

Hükümden açıkça anlaşılmamakla birlikte itiraz hakkı markanın eski sahibine aittir.²²⁵ Koruma süresinin bitiminden itibaren işleyen iki yıllık süre içerisinde, yenilenmemiş marka sahibi markasının bir başkası adına tesciline, m.8/son ve m.35/II uyarınca itiraz ederek, engel olabilecektir. 35.maddenin 2.fıkrasına göre, önceki marka sahibinin bu itirazı ancak, itiraz eden kişinin markasını bu süre içinde kullanmaması halinde reddedilecektir. İki yıllık süre içindeki kullanmanın aralıksız olması şart değildir.²²⁶

İki yıllık süre içerisinde yapılacak yeni tescil taleplerinin Enstitü tarafından resen reddedilmesi söz konusu olamaz. Zira, bu husus, resen gözetilecek mutlak red nedenleri arasında değil, itiraz üzerine gözetilecek nispi red nedenleri arasında düzenlenmiştir.²²⁷

Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, önceki hak sahibi koruma süresinin bitiminden itibaren 2 yıl içerisinde markasını kullanmamışsa, artık haklı bir itiraz hali mevcut değildir. Bu nedendir ki, yenilenmemiş markanın aynı veya benzerinin aynı ya da benzer mal veya hizmetler için, 2 yıllık bu sürenin dolmasından sonra, bir başkası adına marka olarak tescil ettirilmesi halinde, artık bu markanın hükümsüzlüğüne karar verilemeyecektir.²²⁸

3. Markanın Kullanılmaması (KHK m.42/I-c)

556 sayılı KHK'nın 42.maddesinin 1. fıkrası c bendinde, 14 üncü maddeye aykırılık hallerinde markanın hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir. 14 maddeye göre ise, markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmaksızın kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka hükümsüz kılınacaktır.

²²⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s 363.

²²⁶ ARKAN, Marka Hukuku, Cilt I , s.115.

²²⁷ KARAHAN, s.126.

²²⁸ KARAHAN, s.127.

14.madde ile markanın kullanılması zorunluluğu getirilmiştir. Böyle bir kuralın getirilmesinin sebebi yasaklama gibi olağanüstü bir yetkinin sebepsiz yere tanınarak bazı işaretlerin topluma kapatılmamasıdır.²²⁹ Bir diğer sebep ise marka sicilinin kullanılmayan markalar tarafından doldurularak bu sicilin bir mezarlıklar sicili durumuna gelmesi tehlikesini engellemektir.²³⁰

KHK madde 14/1’de “Markanın, kullanılmaması durumunun markanın iptal edilmesine sebep olacağı belirtilirken, devamındaki fıkrada (m.14/2) ise markayı kullanma kabul edilecek haller düzenlenmiştir. Markayı kullanma kabul edilecek haller ise; tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması, markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması, markanın marka sahibinin izni ile kullanılması ve markayı taşıyan malın ithalatıdır.

Markayı kullanma kabul edilecek hallerden ilki olan tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması durumudur. Bu markanın tescil edildiği şekil veya şekillerde kullanılmasının bir istisnasıdır. Kanun koyucu 14/1a ile markanın farklı unsurlarla kullanılmasına hoşgörü göstermiş fakat bunun sınırını da ayırt edici karakterin değiştirilmemesi olarak saptamıştır. Örneğin bir daire, kare veya üçgen içerisinde bulunan markanın bu çerçeveler bulunmadan, kırmızı olarak tescil edilmiş markanın başka bir renkte, iki kelimededen oluşan ve birbirinden tire veya kesme çizgisi ile ayrılan markanın tiresiz veya çizgisiz kullanılması durumlarında ayırt edici karakterin değiştirilmeden farklı unsurlarla markanın kullanılması söz konusudur.²³¹

Markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması durumunda ise ; sadece ihracatta kullanılan markanın Türkiye’de mallara ya da ambalajlara iliştirilmesi ve Türkiye’yi bu vaziyette terk etmesi gerekir.²³²

²²⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s 388.

²³⁰ DİRİKKAN,Hanife, Tescilli Markayı Kullanma Kulfeti , Prof Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s.223.

²³¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s 389.

²³² DİRİKKAN, Tescilli Markayı Kullanma Kulfeti, s.256.

Markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması durumunda ise markanın bizzat sahibi tarafından kullanılmıyor olması , markanın kullanılmadığı anlamına gelmeyecektir. Örneğin lisans verilmesi gibi bir yolla kullanım sağlanmış olur.

Markayı taşıyan malın ithalatı hali ise Türkiye de tescilli bir markanın çeşitli sebeplerle Türkiye’de üretilmemesi ve yurt dışında getirilmesi durumunu kapsayıp ; yurt dışından getirilen mallar markayı taşıyorsa marka kullanılmış kabul edilecektir

Tescilden itibaren beş yıl içerisinde kullanma ve tescilden sonra kullanıma beş yıl kesintisiz ara verilmemesi olmak üzere iki tür beş yıllık süre öngörülmüştür. Her iki türde de, kullanmamaya dayalı hükümsüzlük davası beş yılın dolmasından sonra açılmalıdır. Beş yıllık süre dolmadan dava açılması halinde, dava şartı yerine gelmediği için kural olarak dava reddedilmelidir. Fakat beş yıllık sürenin dolmasından önce dava açılmış ise ve dava sırasında da beş yıllık süre dolmuşsa usul ekonomisi bakımından dava reddedilmemeli ve esastan karara bağlanılmalıdır.²³³ Usul ekonomisi uyarınca, süresinden önce açılmış davanın reddedilmemesi kısa sürede (mesela son üç ay) beş yıllık sürenin dolacak olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Durum böyle olmadığı ve davanın çok önce açılmış olduğu takdirde davanın reddedilecek olması muhakkaktır.²³⁴

Beş yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hali gerçekleşirse, önceki döneme ilişkin kullanmama artık hükümsüzlük nedeni sayılamaz. Ciddi kullanmanın ne kadar devam etmesi gerektiği ise belli değildir. Şu kadar ki, dava açılacağı düşünülerek kullanma gerçekleşmiş ise, mahkeme, davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almayacaktır (KHK/556 m.42/I-c).

Markanın kullanılmadığını veya beş yıllık süre için ara verilmiş olduğunu, hükümsüzlük davasını açan ispatlamalıdır. Davacı bu iddiasını gazete ilanları, televizyon reklamları, fotoğraflar, kataloglar, fiyat listeleri, etiketler, ambalajlar ile ortaya koyabilir.²³⁵ Bununla birlikte olumsuz ispatlamak güç ve hatta bazen

²³³ DİRİKKAN, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.265.

²³⁴ KARAHAN, s.128.

²³⁵ DİRİKKAN, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.271.

imkânsız olduğundan, bu konuda esnek davranılmalı ve markanın kullanılmadığı hususunda hakimde ciddi kuşkular uyandırılması yeterli sayılmalıdır. Bu durumda, delil gösterme yükümü karşı tarafa geçeceğinden, marka sahibi markasını ciddi anlamda kullandığını gösteren delilleri ibraz etmelidir.²³⁶

Markası hakkında hükümsüzlük davası açılan marka sahibi, son 5 yıl içinde markanın kendisi tarafından ciddi anlamda kullanıldığını veya kullanılmama halinin varlığına rağmen bunun haklı nedenlerden kaynaklandığını ispat etmek durumundadır. Haklı sebeplerin neler olduğu ise kararnamede düzenlenmemiştir.

TRIPs m.19/I 'de ise , marka ile korunan mal veya hizmetlere uygulanan ithalat kısıtlamaları veya hükümetçe uygulanan başka koşullar gibi, markanın kullanılmasına engel oluşturan ve marka sahibinin iradesinden bağımsız olarak doğan koşullar, markanın kullanılmaması için haklı neden olarak kabul edilmektedir.

Bu çerçevede mücbir sebep halleri kullanmama için haklı sebep sayılacaktır. Mücbir sebep hallerine ise markanın kullanıldığı mal ve hizmetlerle ilgili yasal düzenlemeler, hükümetler tarafından getirilecek ithalat ve ihracat kısıtlamaları hammadde kıtlığı, talep yokluğu, iflas, savaş, yangın, dönemsel finansal zorluklar, üretimin ya da makinelerin yenilenmesi örnek olarak verilebilir. Yargıtay ise belirli şekillerde kullanma imkânı mevcutken markanın sırf iflas sebebiyle kullanılmamasını yani sadece iflas halini haklı sebep olarak kabul etmemektedir.²³⁷ Bunlar dışında hangi hallerin haklı nedenle kullanmama olduğunu hakim takdir edecektir.

5 yıllık sürenin işlemeye başlayacağı tescil tarihinden hangi tarihin kast edildiği hususu tartışmalıdır. Karahan, burada kastedilen başvurunun sicile kaydedilerek başvuru sahibine marka tescil belgesinin verildiği tarihin tescil tarihi olduğunu, tescil ile hangi işlemin kastedildiğinin 556/KHK m.39'da, çok açık düzenlendiğini buna göre, başvurusu eksiksiz yapılmış veya eksiklikte giderilmiş ve

²³⁶ DİRİKKAN, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.269.

²³⁷ Y. 11 HD. 9.4.2001, E. 844 K. 3429 KARAHAN, s.130.

süresi içerisinde hakkında itiraz yapılmamış veya yapılan itiraz kesin olarak reddedilmiş ise başvuru tescil edilerek sicile kaydedileceği ve başvuru sahibine marka tescil belgesi verileceği, dolayısıyla bu aşamalardan geçerek kendisine tescil belgesinin verildiği tarihin, tescil tarihi olduğu ve kullanma yükümlülüğünün de bu tarihten itibaren başlayacağını, aksi düşüncenin hakkaniyete aykırı olduğunu belirtmiştir.²³⁸

Hükümsüzlük davasını açan kişinin, hükümsüzlüğüne karar verilmesi talep edilen markayı kullanma amacı taşıması gerekmez. Marka dışında ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanmak isteyen kişi de bu davayı açabilir.²³⁹

Kullanmama sebebiyle markanın terkinin için mutlaka hükümsüzlük davası açılması gerekir. Aksi halde biçimsel bir hak olarak marka sicilinde kalmaya devam eder. Kullanmama nedeniyle markanın sicilden terkin edilmesi TPE'nin insiyatifine bırakılmamıştır. TPE kendiliğinden ya da başvuru üzerine markanın terkinine karar veremez.²⁴⁰

4. Markanın İlgili Mal ve Hizmetler için Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi (KHK m.42/I-d)

Mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelme işaretin, jenerik işaret haline gelmesi ile olur. Jenerik işaret ise bir markanın kazandığı yaygınlık ve ulaştığı tanınırlık düzeyi dolayısıyla, üzerine konulduğu malla veya ilişkili olduğu hizmetle özdeşleşmesi, o mal veya hizmetin adı olarak bilinir hale gelmesi, yani markanın bir cins ismine, fiile, sıfata, zarfa dönüşmesidir.²⁴¹

Markanın jenerik işaret haline gelmesi marka sahibinin olumlu ya da olumsuz bazı davranışlarıyla söz konusu olabilir. Marka sahibinin yoğun bir reklam kampanyası yürütmesi ya da markasını çok fazla sayıda lisans sözleşmesine konu

²³⁸ KARAHAN, s.131.

²³⁹ DİRİKKAN, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.267.

²⁴⁰ DİRİKKAN, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.263.

²⁴¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s 408.

yapması marka sahibinin olumlu davranışı ile markanın jenerik işarete dönüşmesine örnektir.²⁴² Mesela “Gilette” bir marka olmasına rağmen traş bıçağın adı haline gelmiştir.²⁴³ Bunun yanı sıra, başka kişi veya işletmeler tarafından markasının kullanılmasına sessiz kalan kişi, hareketsizliği ile markasının yaygın bir ad haline gelmesine de neden olabilir , bu durumda marka sahibinin olumsuz davranışlarıyla markanın jenerik işaret haline dönüşmesine örnektir. Örneğin, Sony firmasına ait “Walkman” markası bu şekilde eşya adı haline gelmiş²⁴⁴ ve taşınabilir tüm kaset çaraları nitelemeye başlamıştır. Bir başka örnek ise termos olarak bildiğimiz “Thermos” markası da sıcak ve soğuk içecekleri kendi ısılarında uzun süre muhafaza edebilen yalıtımlı kaplar için marka olma niteliğini yitirerek jenerik işaret statüsüne girmiştir. Yargıtay, ise fırın ve ızgarayı bir araya getirerek tek bir mutfak gereci haline getiren “Fırızga” markasının, sonradan eşya adı haline geldiğini kabul etmiştir.²⁴⁵

Markasının jenerik işaret haline gelmesini arzu etmeyen kişi gereken tedbirleri almalıdır. Marka sahipleri uygun olmayan kullanımlardan kaçınmak için reklamlarında ya da diğer kamuya takdimlerde bazı noktalara dikkat etmelidirler. Öncelikle marka bir üretimin ya da üretim kategorisinin adı olarak kullanılmamalıdır. Yine marka üzerine “®” işaretinin konulması, muhtemel tecavüzlere karşı ihtar çekilmesi veya dava açılması başvurulabilecek tedbirlerin en önemlileridir.²⁴⁶

Bir markanın jenerik işarete dönüşüp dönüşmediğine karar verebilmek için ise çeşitli ölçülerden faydalanılabilir; Bunlardan tüketicilerin çoğunluğunun markayı ne şekilde anladıkları ve ne şekilde değerlendirdikleri önemlidir. Mesela , markanın tüketiciye, üreticiyi anımsatması hali jenerik işaret haline gelmemiş olduğu hakkında bir kanaat oluşturabilecekken , markanın tüketiciye eğer üreticiyi değil üretimi ya da üretim kategorisini anımsatması halinde ise markanın jenerik işaret haline gelmiş olabileceği düşünülebilir.Tüketicilerin yanı sıra üretici ve pazarlamacıların oluşturduğu ilgili piyasaların görüşünün alınması da önemli bir faktördür. Ayrıca, markanın eşya adı olarak ansiklopedi, broşür, katalog, ilan, reklam gibi yerlerde

²⁴² ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II , s. 163-164.

²⁴³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s 408-409.

²⁴⁴ ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II , s.163.

²⁴⁵ Y. 11 HD., 8.3.1990 T. , E.1989/443, K. 1990/1935; DÖNMEZ, s. 67.

²⁴⁶ KARAHAN, s.132.

yaygın kullanılıyor olup olmaması da bakılması gereken başka bir husustur. Bunların birlikte değerlendirilip bir sonuca ulaşılması daha doğru olacaktır.

Madde 42/I-d'ye göre tescilli markanın jenerik işaret haline gelmesinin hükümsüzlük hali olarak düzenlemesi madde 7/1-c'de ki düzenlemeden farklıdır. Bu, hal markanın tescili anında mevcut olmayan, süreç içerisinde marka sahibinin duyarsızlığı nedeniyle ortaya çıkan bir hükümsüzlük hali iken madde 7/1-c'de yapılan düzenleme ise baştan beri jenerik olan işaretleri kapsamaktadır.

5.Kullanımın Halkı Yanıltıcı Olması (KHK m.42/I-e)

556 sayılı KHK madde 42/1-e 'ye göre; "Hak sahibi veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanım sonucunda tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlama ihtimali var ise" bu durumda marka hükümsüz kılınabilecektir.

Bu madde ile düzenlenen hükümsüzlük hali , markanın tescili anında mevcut olmayıp , daha sonra ortaya çıkan hükümsüzlük sebeplerindedir. Marka hukuken gerekli bütün standartları taşısa bile sonradan, hak sahibi veya yetkili kıldığı kişinin davranışları nedeniyle halkı yanıltıcı bir hal alabilir. Mesela çini panolar, vazolar, tabaklar için tescil edilmiş bulunan "Öznilçini" markası İznik'te üretilmediği halde kullanım tarzı nedeniyle zamanla İznik'le özdeşleştirilir ve halkta İznik'te üretildiği ve İznik çinisi olduğu izlenimi doğarsa yani halk yanıltılırsa madde 7/I-e'ye dayanarak hükümsüzlük davası açılabilir.²⁴⁷

Madde 42/I-e uyarınca söz konusu olan hükümsüzlük hali, tescil anında halkı yanıltıcı olmayan bir işaretin, daha sonra kullanım şekli itibarıyla halkı yanıltıcı şekle gelmesi durumunu kapsarken, madde 42/I-a ve madde 7/I-f uyarınca söz konusu olan halkı yanıltıcı markalar ise tescil anında halkı yanıltıcı niteliği bulunan markaları kapsamaktadır. Bu nedenle söz konusu maddeler birbirinden farklıdır.

²⁴⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s 409.

Bu madde de sayılan hususlar tahdidi nitelikte değildir.²⁴⁸ Karahan'a göre madde 7/I-e'de önemli olan, marka kullanımının halkı yanıltıcı olmasıdır. Bu nedenle, halkı yanıltıcı olmak şartıyla, maddede belirtilmeyen hususlara ilişkin kullanım halleri de hükümsüzlük sebebi oluşturmaktadır.²⁴⁹

6. Markanın Teknik Yönetmeliğe Aykırı Kullanımı (KHK

m.42/I-f)

556 sayılı KHK madde 42/1-e 'ye göre 59'uncu maddeye aykırı kullanım bir hükümsüzlük hali oluşturacaktır. 59'uncu madde ise Marka sahibi, garanti markası veya ortak markanın, belirli bir süre teknik yönetmeliğe aykırı kullanılmasına göz yumar ve taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece tanınacak süre içinde, söz konusu aykırı kullanım düzeltilmediği takdirde, marka, tanınan süre sonunda mahkeme tarafından iptal edilir, denmektedir.

Bu çerçevede Garanti markası veya ortak markanın teknik yönetmeliğe aykırı kullanımı , söz konusu markalar için hükümsüzlük nedenidir. Bu hükümsüzlük hali de tescil anında bulunmayan, daha sonra markanın mevzuata uygun kullanılmaması nedeniyle sonradan ortaya çıkan bir hükümsüzlük sebebidir.²⁵⁰ Arkan göre madde 59'da yer alan "Marka sahibi, garanti markası veya ortak markanın, belirli bir süre teknik yönetmeliğe aykırı kullanılmasına göz yumar" ifadesi açık değildir. Hükümsüzlük davasının açılabilmesi için teknik yönetmeliğe aykırı kullanımın devamlı bir nitelik arz edip etmemesi konusunda kararnamede herhangi bir hüküm yoktur. Arkan'a göre bu aykırılık devamlı olmalıdır.²⁵¹ Karahan'a göre de hükümsüzlük davası açılabilmesi için teknik yönetmeliğe aykırı kullanım süreklilik arz etmelidir. Bu husus, "teknik yönetmeliğe aykırı kullanım halinin düzeltilmesi için süre verilir ve buna rağmen durum düzeltilmezse, markanın hükümsüzlüğüne karar verilir" ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır.²⁵²

²⁴⁸ ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s.164.

²⁴⁹ KARAHAN, s.132.

²⁵⁰ KARAHAN, s.136.

²⁵¹ ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s.164.

²⁵² KARAHAN, s.136.

Ortak markalar ve garanti markaları yönünden teknik yönetmelik oluşturulması zorunludur. Bu teknik yönetmelik 56/1 gereğince başvuru sırasında Enstitüye verilir. Madde 52/2göre ise garanti markası garanti edilen mal ya da hizmetlerin ortak özelliklerini ortaya koyar. Markanın kullanılmasıyla ilgili kontrollerin yapılma şekilleri gösterilir. Ayrıca aykırı kullanma halinde verilecek cezalar teknik yönetmelikte yer almalıdır. İşte teknik yönetmelik yönünden garanti markalarının ve ortak markaların aykırı bir kullanım göstermemesi gerekir. Arkan' göre teknik yönetmeliğin önemli sayılmayan koşullarına aykırılık, iptale yol açmamalıdır.²⁵³

Madde de geçen “tarafardan birinin başvurusu” ibaresinden ise madde 43 belirtilen zarar gören kişiler, Cumhuriyet savcıları veya ilgili resmi makamların anlaşılması gerekir²⁵⁴

²⁵³ ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s.164.

²⁵⁴ ARKAN, Marka Hukuku , Cilt II, s.164.

II. MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVASI

Markanın hükümsüzlüğü davası hem kamunun hem de özel menfaatlerin korunmasını sağlamaktadır. 556 sayılı KHK.'nin 7.maddesinde yer alan sebepler kamunun, 8.maddesinde yer alan sebepler ise bir işaret üzerinde herhangi bir hakkı bulunan veya bir marka sahibi olan kişilerin menfaatlerinin korunmasına yöneliktir.

Bu davanın bir başka özelliği ise “hükümsüzlük” teriminin terkin-i de kapsamasıdır. Bu nedenle markanın hükümsüzlüğü davası sırf tespit davası değildir, aynı zamanda bir eda davasıdır. Çünkü davanın talebi ve kararda somutlaşan sonuç söz konusu markanın sicilden silinmesi, yani terkinidir. Aşağıda ise markanın hükümsüzlüğü davası ; davacılar, davalı, dava açma süresi, görevli ve yetkili mahkeme ile hükümsüzlük kararının etkileri başlıkları altında incelenicektir.

A. Davacılar (Dava Açma Yetkisi)

Markaların Koruması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararnamenin 43.maddesine göre markanın hükümsüzlüğünü zarar gören kişiler, cumhuriyet savcılarını veya ilgili resmi makamlar isteyebilecektir. Davacıların kim olduğunu gösteren bu hüküm ise tahdidi değildir.²⁵⁵

Davacılar teker teker değindiğimizde ise, maddede belirtilen zarar gören kişiler ibaresinde belirsizlik bulunduğunu görmekteyiz. Öncelikle bu maddede kastedilen “zarar”, haksız fiil ve sözleşme hukuku anlamında “zarar” olarak anlaşılmalıdır.²⁵⁶ Burada geçen zarar kelimesini daha geniş anlamak gerekmektedir. Maddede kastedilen, bir gerçek ya da tüzel kişinin menfaatlerinin 556 sayılı kararnamenin 7. ve 8. Maddelerine göre tescili mümkün olmayan bir işaretin

²⁵⁵ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku., s.401.

²⁵⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.402.

kısmen veya tamamen bir şahıs tarafından kendi adına tescil ettirilmesi suretiyle zedelenmesi, bir markanın beş yılı aşkın bir zamandan beri kullanılmaması yoluyla o işaretin serbest kullanımının kısıtlanması veya serbest bir sözcüğün bir kişinin inhisarına verilmesidir.²⁵⁷ Yani kısacası bir gerçek veya tüzel kişinin menfaatlerinin zedelenmesi veya özgürlüklerinin haksız biçimde kısıtlanmasıdır.²⁵⁸

Örnek olarak dekoratif boya veya oto boyası sözcükleri bir kimse tarafından marka olarak tescil ettirilirse, bir cins ismi, herkes tarafından kullanılacak serbest bir kelime bir boya üreticisinin yada satıcısının inhisarına geçmiş olacaktır. Bu da diğer boya üreticilerinin ve satıcılarının zararına olacaktır.²⁵⁹ Esasında bu olaya Borçlar Hukuku anlamında baktığımızda bir zarar doğmamıştır. Fakat onların özgürlüklerinin kısıtlanması, onları zarar gören konumuna sokacaktır. Bu sayede de markanın hükümsüzlüğü davasını açarak ileride zarara uğramalarını engellemiş olacaklardır.

Bilindiği gibi markanın TPE’de bulunan marka siciline kayıt edilme zorunluluğu yoktur. Yani tescilsiz marka ve işaret sahibi de bu marka ve işaretin kendisine rağmen, bir başka kişi tarafından marka olarak tescil edilmesi halinde zarar gören sıfatıyla hükümsüzlük davası açabilecektir. (KHK 42/I-b ve 8/III)²⁶⁰

İlgili resmi makamlara geldiğimizde ise bu ibareden tescili yapılan marka ile ilgili olan herhangi bir resmi makam anlaşılacaktır. Yani seçilen coğrafi bir ad dolayısıyla, arması, bayrağı, amblemi, damgası, hükümlerlik işareti veya adı kullanılan her kamu kurumu dava açabilecektir.²⁶¹ İlgili resmi makamların içine kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu sayılan ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları ile bunların üst kuruluşları olan birliklerin girip girmediği ise tartışılmalıdır. Bunlar Danıştay tarafından resmi kurum sayılmamaktadır.²⁶² Fakat bu kurumların resmi kurum sayılıp sayılmaması durumu, markanın hükümsüzlüğü davasında davacı olmalarını etkilemeyecektir. Çünkü bu kurumların görevleri arasına üyelerin menfaatlerini korumakta olduğu için zarar gören sıfatıyla dava açabilirler. Kamu

²⁵⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.402.

²⁵⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.138.

²⁵⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.402.

²⁶⁰ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.99.

²⁶¹ KARAHAN, s.138.

²⁶² KARAHAN, s.140.

korumu niteliğinde olmayan fakat yine üyelerinin menfaatlerini korumak için kurulmuş olan diğer dernek ve birliklerde kamu kurumu niteliğinde sayılan meslek kuruluşları gibi zarar gören sıfatıyla dava açabileceklerdir.

Bunlara ek olarak tüketicilerin de zarar görmeleri durumunda, tüketiciler de marka hükümsüzlüğü isteyebileceklerdir.²⁶³

Ayrıca 556 sayılı kararnamenin 42/I d, e ve f bentlerindeki durumlarda herkesin zarar gören sayılabileceği kabul edilmektedir. Yani bu durumlarda herkes hükümsüzlük davası açabilecektir.²⁶⁴

Şirketlerde ise eğer şirket dava açabiliyorsa ortaklar bu davayı açamayacaklardır.

Cumhuriyet savcılarının markanın hükümsüzlüğü davasındaki durumlarına gelirse; cumhuriyet savcıları kamu yararının söz konusu olduğu tüm durumlarda dava yetkisine sahiptirler.²⁶⁵ Bu konuda herhangi bir tartışma yokken, 556 sayılı kanunun 42.maddesi ise düzenleniş biçimi nedeniyle eleştiri almaktadır. Eleştiri sebebi ise bu maddede sayılan hükümsüzlük sebeplerini hepsinin aynı nitelikte olmamasına rağmen kararnamede aynı nitelikte kabul edilmeleridir. 556 sayılı kararnamenin 7.maddesi ile 42.maddenin 1.fıkrasının c ile f arasında kalan bentlerinde düzenlenen sebeplerle toplumun genel menfaati ön planda iken 8.maddede ise münferit kişilerin hak ve çıkarlarının korunması ön plandadır. Yani kararnamenin 7.maddesinde ve 42/I c ile f bentleri arasındaki durumlarda kamu yararının ağır basması nedeniyle herkesin bu durumlarda dava açması gerekirken 8.maddede ise, yani nisbi red sebeplerinde ise, hükümsüzlük davasının sadece hak sahipleri tarafından açılacağı kabulü daha uygun olacaktır.²⁶⁶ Kararnamemize kaynaklık eden ve uymak zorunda olduğumuz Topluluk Tüzüğü de bu tür bir ayrımı yaptığı gibi Alman ve İsviçre markalar kanunlarında da bu ayrım bulunmaktadır.²⁶⁷

²⁶³ TEKİNEL, s.402.

²⁶⁴ KARAHAN, s.141.

²⁶⁵ KARAHAN, s.141.

²⁶⁶ Aynı yönde: ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.165-166; KARAHAN, s.142.

²⁶⁷ KARAHAN, s.142.

B. Davalı

Öncelikle markanın hükümsüzlük davası Türk Patent Enstitüsüne karşı açılmaz.²⁶⁸ Hükümsüzlük davası tescilli markanın sahibine veya onun hukuki haleflerine karşı açılabilir. Eğer marka birden fazla kişi adına kayıtlı ise dava bu kişilerin hepsine karşı açılacaktır.

Lisans alanlara veya rehin alacaklılarına karşı dava açılmaz. Ayrıca marka başvurusu sahibine karşı da dava açılmaz. Çünkü markanın tescili işlemleri bitmeden itiraz edebilme ve dava açmadan idari yoldan sonuç alabilme imkanı bulunmaktadır. Fakat itirazı kabul edilmeyip tescil işlemleri bitmeden kendisine KHK/556 m.9/son'a dayanarak açılan tecavüzün men'ni davasına karşı olarak markanın hükümsüzlüğü davasının da açılacağı kabul edilmektedir. Fakat bu davada tescil işlemi bekletici sorun yapılacak ve tescil oluncaya kadar yine markanın hükümsüzlüğü davası görülemeyecektir.²⁶⁹

C. Dava Açma Süresi

556 sayılı kararnamenin 42.maddesinin 1.fıkrasının a bendi dışındaki diğer hükümsüzlük hallerinde dava açılmasıyla ilgili herhangi bir süre kanunda bulunmamaktadır. Yine hükümsüzlük davası açılması için esas itibariyle ne bir hak düşürücü süre ne de bir zamanaşımı süresi istisnai bent dışında bulunmamaktadır. 42/I a ise tanınmış markalar ile ilgili bir maddedir. Bu maddeye göre tanınmış marka sahibinin izni alınmadan tescil gerçekleşmişse, tanınmış marka sahibinin tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde markanın hükümsüzlüğü davası açması gerekecektir. Aynı bend'e göre 5 yıllık bu süre sadece haksız tescil sahibinin iyi niyetli olması ihtimali için geçerlidir. Yani kötü niyetin bulunması halinde bu davanın açılması herhangi bir süreye tabi olmayacaktır.²⁷⁰

²⁶⁸ TEOMAN, Ö, Markanın Terkini İçin Açılacak Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsüne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu; Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.651-652.

²⁶⁹ KARAHAN, s.144.

²⁷⁰ KARAHAN, s.144-145.

Tanınmış markalar ile ilgili durum dışındaki durumlar da ise hukuka aykırılık oluşturan durumun nedeni olan tescil süreklilik arz ettiği için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu durum ise rahatsızlığa sebep olmakta ve burada kanun boşluğu olduğu düşüncesine sebep olmaktadır. Doktrinde konuyla alakalı farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Tekinalp'e göre bu duruma KHK/556 m.70'de belirtilen yani Borçlar Kanunu'ndaki süreler uygulanmalıdır.²⁷¹ Buna göre Tekinalp hükümsüzlük sebeplerinin öğrenilmesinden sonra 1, her halde on yıllık sürenin uygulanmasını doğru bulmaktadır. Özsunay ise TTK 62'e bulunan süreler olan öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl, her halde 3 yıllık zaman aşımı süresinin hükümsüzlük davasında uygulanması görüşünü savunmaktadır.²⁷²

AB Marka Yönergesinde ve Alman Hukukunda ise 556 sayılı kararnamede tanınmış markalar için kabul edilmiş olan 5 yıllık süre diğer hükümsüzlük halleri için de kabul edilmiştir.²⁷³

Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir. Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'ne göre hükümsüzlük davalarında dava açma süresi öngörülmemiş olması kanun boşluğu yaratmıştır. Yine aynı daireye göre marka sahibinin, markasının bir başkası tarafından uzun süre kullanılmasına sessiz kaldıktan sonra, dava açması M.K.2'ye göre hakkın kötüye kullanılmasıdır. Ve dava açma süresinin de sınırsız olması yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle tanınmış markalar için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü sürenin aynı şekilde markalar yönünde açılacak diğer hükümsüzlük davalarında da uygulanmasını kabul etmiştir.²⁷⁴ Yasaman da bu görüşü paylaşmakta ve MK 2 uyarınca 5 yıl boyunca sessiz kalınması nedeniyle hükümsüzlük davası açabilme hakkının kaybedileceğini belirtmektedir.²⁷⁵ Kanaatimizce de dava açma süresinin, hem KHK'da tanınmış markalar için düzenlenmiş olan hem de Yargıtay tarafından kabul edilen 5 yıllık süre olması gerekmektedir. Zaten mehzaz kanun olan AB Marka Yönergesinde de bu süre tanınmış markalar dışında diğer hükümsüzlük halleri içinde kabul edilmiştir.

²⁷¹ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku , s.403-404.

²⁷² ÖZSUNAY, s.39.

²⁷³ KARAHAN, s.148.

²⁷⁴ KARAHAN, s.148.

²⁷⁵ YASAMAN, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.1, s.856.

IV. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Yetkili mahkeme 556 sayılı kararnamenin 63. maddesine göre tespit edilecektir. Buna göre davada yetkili mahkeme davalının ikametgahının bulunduğu mahkemedir. Davalının Türkiye’de ikamet etmediği durumlarda ise yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin işyerinin olduğu yerdir. Eğer bu da yoksa o zaman yetkili mahkeme Türk Patent Enstitüsünün merkezinin bulunduğu yerdeki, yani Ankara Mahkemeleri olacaktır.

Görevli olan mahkeme 556 sayılı kararnamenin 71. maddesine göre Adalet Bakanlığı’na kurulacak olan ihtisas mahkemeleridir. Şimdilik sadece İstanbul Ankara ve İzmir’de Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi ile Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Ve bunların da yetki çevresi buldukları il sınırlarıdır.

V. Hükümsüzlük Kararının Etkileri

Markanın hükümsüzlüğüne ilişkin olan mahkeme kararının sonuçları geçmişe etkili olup, tescille kazanılan hak tescilin yapıldığı tarihten itibaren geçersiz sayılacak yani ortadan kalkacaktır. (KHK m.44) Hükümsüzlük kararının etkileri bakımından Topluluk Tüzüğü ile Alman Markalar Kanunu KHK/556-dan farklı bir çözüm benimsenmişlerdir. Şöyle ki markanın iptali ve markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi hali için ayrı ayrı çözümler öngörmüşlerdir. Buna göre markanın iptaline karar verilmesi halinde, bu karar OHIM’e yöneltilen iptal başvurusu tarihinden itibaren geçerli olacak iken, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde ise hükümsüzlük kararı tescil tarihinden başlayarak geçerli olacaktır. (40/94 sayılı AB Tüzüğü m.54, Alm.Mark.m.52)²⁷⁶

KHK 556’da ise yukarıda belirtildiği gibi böyle bir ayırım yoktur. Bu durum ise Arkan ve Dirikkan’a göre hakkaniyete aykırıdır.²⁷⁷ Kararnamemizde bu durumla

²⁷⁶ KARAHAN, s.150..

²⁷⁷ Aynı yönde: ARKAN, Marka Hukuku, C.II, S.15; DİRİKKAN; Tescilli Markayı Kullanma ,s.247.

ilgili istisnai haller KHK'nın 44. maddesinde belirtilmiş ve bu haller dışında kalan diğer hükümsüzlük durumlarında hükümsüzlüğün geriye etkili olduğu kabul edilmiştir.

İstisnai hallerden birincisi Mark KHK m.44(2)a uyarınca, markanın hükümsüzlük sayılmasından önce, hükümsüzlük sayılan markaya tecavüz sebebiyle hukuken kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar, hükümsüzlük kararından etkilenmeyeceklerdir. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus kararın kesinleşmesinin yanı sıra uygulanmasının da gerekliliğidir. Eğer kesinleşmiş ama uygulanmamış bir karar var ise, o zaman bu karar hükümsüzlükten etkilenecektir.

İkinci istisnai hal ise; markanın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde hükümsüzlük kararından etkilenmeyecektir. Bu sözleşmelerin başlıcaları ise devir, lisans, franchising, teminat gibi sözleşmeler olmaktadır.²⁷⁸ Yine yukarıda değindiğimiz gibi burada da dikkat edilmesi gereken husus bu sözleşmelerin uygulanmış sözleşmeler olmasıdır. Yani yapılmış fakat uygulanmamış bir sözleşme hükümsüzlükten etkilenecektir. Yalnız bazen bu hüküm mutlak olarak uygulanmayacaktır. Örneğin lisans'a dayanılarak üretilen malların üzerine lisans konusu marka konulmuş ve mallar satışa sunulmuş yahut satılmak için depolanmış ise, hükümsüzlük kararına rağmen bu malların satımına engel olunamayacaktır.²⁷⁹ Bu duruma sözleşmeye güvenerek masraf yapmış olan lisans sahibini korumak için göz yumulması gerekmektedir. Esasında lisans veya franchise alanın marka sahibine karşı, marka sahibinin kötü niyetli hareket etmesinden kaynaklanan tazminat talepleri KHK 556 44/2'ye göre saklı tutulmuştur. Fakat bu tür önlemlerde bazen lisans veya franchise alanı tatmin edememektedir. Bu nedenle uygulamada lisans veya franchise alanın durumlarına bakıp hakkaniyete göre karar verilmesi ve bu tür durumlarda hükümsüzlüğün mutlak olarak etkili olmasının engellenmesi gerekir. Son olarak markanın hükümsüzlük kararı sadece taraflar arasında değil herkese karşı hüküm doğurmaktadır.

²⁷⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.411.

²⁷⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.412.

III. MARKA HAKKININ SONA ERMESİ

A.Genel Olarak

Marka hakkının sona ermesi, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükümündeki Kararnamede sayılan sebeplerin varlığı halinde, Türk Patent Enstitüsü'ndeki marka siciline kayıtlı olan markanın, marka sicilinden silinmesi, yani marka hakkının ortadan kalkması anlamına gelmektedir.

Mark. KHK'nın beşinci kısmının ikinci bölümünde yer alan marka hakkının sona ermesi, kısacası marka sahibinin isteği ile marka hakkının ortadan kalkması demektir. Marka hakkının sona ermesi nedenleri ise Mark. KHK'nin 45. maddesinde açıklanmıştır. Bu maddeye göre, Marka Hakkı; Marka hakkı koruma süresinin dolması ve markanın bu süre içinde yenilenmemesi, ile Marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi, nedenlerinden birinin gerçekleşmesi ile sona erecektir.

Mark. KHK'de tescilli markalar için 10 yıllık bir koruma süresi öngörölmüş ve bunun on yıllık sürelerle uzatılabileceği belirtilmiştir. Koruma süresini düzenleyen 40. maddenin hemen arkasından 41 maddeyle de Koruma süresinin bitiminden itibaren altı aylık süre içerisinde yenilenmeyen markaların hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir.

Aşağıda ise ilk başta markanın koruma süresine değinilecek daha sonra ise marka hakkının sona ermesinin iki çeşidi olan yenilememe ve vazgeçme irdelenecektir.

B. Koruma Süresi

Mark. KHK'nin 40'inci maddesine göre Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Yine aynı maddeye göre bu on yıllık süre onar

yıllık dönemler halinde yenilenebilecektir. Yani sınırsız yenileme yapmanın önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Mark. KHK madde 40'a göre, tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu, koruma süresinin başlangıcı, marka tescil başvurusunun, kararnamenin 29/1 anlamında kesinleştiği tarih olarak değerlendirmek uygun olacaktır.²⁸⁰ 551 Sayılı Markalar Kanununda ise 556 sayılı KHK'dan farklı olarak, on yıllık koruma süresi tescil tarihinden itibaren başlamakta idi. Şuanda hazırlık aşamasında olan Markalar Kanunu tasarısının 38. maddesine göre ise koruma süresinin başlangıcı, başvurunun kesinleştiği tarihten itibaren on yıl olduğu belirtilmiştir.

Bu çerçevede madde 23 anlamında şartlara uygunluğu kabul edilen marka tescil başvurusunun Enstitüye veya onun yetkili kıldığı makama verildiği tarih, saat ve dakika itibariyle kesinleşecek ve dolayısıyla koruma süresi işlemeye başlayacaktır.

Koruma süresi tescil tarihiyle işlemeye başlayacak markanın sağladığı haklar ise üçüncü kişilere karşı ancak marka tescilinin yayımı tarihi itibari ile hüküm ifade edecektir.

556 sayılı KHK'nin 29 maddesinde belirtilen tescilin kesinleşmesi ile başlayan koruma süresi ise aynı kararnamenin 41. maddesinde belirtildiği üzere on yıllık sürenin sona ereceği ayın son günü bitecektir.

Yine madde 41'e göre yenileme, markanın koruma süresinin bitimden önceki altı ay içinde yapılabilecektir. Aynı madde de sürenin kaçırılması durumu için ek bir süre daha verilmiştir. Buna göre koruma süresinin bitiminden itibaren 6 ay içerisinde ek bir ücret verilerek yenileme yapılabilecektir. Bu arada koruma süresinin sona ermesinden itibaren altı aylık süre içinde yenilme talebinde bulunulması, koruma süresini 10 yıl + 6 ay haline getirmeyecektir.²⁸¹ Altı aylık süre içinde markanın korunması, bozucu şarta bağlanmıştır. Altı aylık süre içinde yenileme talebinde

²⁸⁰ ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.171.

²⁸¹ ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.172.

bulunulmaması, altı aylık süre içindeki korumayı da kaldırır.²⁸² Bu sürenin de sona ermesinden itibaren marka hakkı yenilenemez. Artık marka üzerinde hak sahibi olmaya devam etmek isteyen kişi markasını yeniden tescil ettirmesi gerekmektedir. Bundan sonra yapılacak tescil artık markanın yenilemesi olmayacak , markanın yeniden tescili sayılacaktır.²⁸³Yenilenmeyen markaya ise kararname çerçevesinde sağlanan koruma sona erecektir.

C. Markanın Yenilenmemesi

1.Genel Olarak

Koruma süresi sona eren markanın yenilenmesi mümkündür. Yenileme korunma süresi biten bir markanın, sahibinin yaptığı başvuru üzerine, koruma süresinin uzatılmasıdır Yenileme onar yıllık süreler için istenebilir. Daha kısa veya uzun süreli yenileme talep edilmesi yada tek seferde birbirini izleyecek şekilde yenileme istenmesi mümkün değildir.²⁸⁴ Ancak on'ar yıllık süreler halinde uzatılması mümkündür. Mülga Markalar Kanunu m.33/2'inci maddesinde, marka hakkı sahibi, yenileme işlemi için markanın koruma süresinin bitiminden itibaren üç yıl içinde yenileme talebinde bulunabilecektir. Yukarıda da değinildiği üzere bu süre 556 sayılı KHK'de koruma süresinin bitiminden itibaren en fazla 6 ay'dır. Bu düzenleme ise daha doğru olmuş yenilenmeyen bir markanın çok uzun süre atıl bir durumda olması engellemiştir.

Markanın koruma süresinin yenilenmesinin önemi ise ; markanın tanıtılmasının, uzun yıllar süren belirli bir çalışmanın, emeğin ve büyük miktarlarda yapılan harcamaların sonucu elde edilecek değer korunmasının kısa sürelerle olmaması gerektiği gerçeğidir. Yenileme olmaması halinde büyük emek ve para harcanan bir markanın hak etmeyen kişiler tarafından kullanılmasına olanak sağlanmaktadır. Bu nedenlerle koruma süresini dolduran marka sahibine bu süreyi

²⁸² ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.171.

²⁸³ YASAMAN, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi,C.II , 916.

²⁸⁴ ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.171.

yenileme imkanı tanınmıştır. Bu sayede marka sahibi, markasını tescilini yenilemek sureti ile yeniden bir koruma süresi kazanacaktır.

Marka hakkına tecavüz iddiası ile açılmış bir davada tecavüz tarihinde tescilin üzerinden on yıl süre geçmiş ise, marka korumasının yenilenme sureti ile devam edip etmediği birinci derecede önemlidir.²⁸⁵

2.Yenileme Usulü ve Şekli

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 16 ve 17. maddelerinde yenileme başvurusu ve gerekli olan belgeler düzenlenmiştir. Bu belgeler verilmesi zorunlu olan belgelerdir.

TPE'ne yapılacak olan yenileme başvurusunun marka sahibi ya da yetkili kıldığı vekili tarafından yapılması gerekir. Ortak markanın tescili için birlikte hareket etmek zorunda olan ortakların yenileme durumunda ise birlikte hareket etmesine gerek yoktur. 556 sayılı KHK m.56/son fıkrasına göre, ortak markanın yenilenmesi için ortaklardan birinin başvurusu yeterli olacaktır.

Yenileme başvurusu , 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 17. maddesinde sayılmış olan belgeler ile yapılacaktır. Bu maddeye göre yenileme başvurusu için talep dilekçesi ile birlikte yenileme ücretinin ödendiğini gösterir belgenin ibrazı gerekir. Eğer talep vekil aracılığı ile yapılıyor ise vekaletname veya vekilin talep sahibi kişiden önceden alıp, Enstitüye vermiş olduğu vekaletnameye yapılan atıf belgesinin ibrazı da zorunludur. Yenileme talebinde karışıklık olmaması için yine aynı maddeye göre sadece tek bir markanın yenilenmesi talep edilebilecektir.

Yine aynı yönetmelik maddesine göre TPE gerektiğinde dosyada eksik olan diğer belgeleri de isteyebilir.Yenileme başvurusundaki noksanlar iki ay içinde tamamlanmalıdır. Bu süre içinde noksanların tamamlanmaması halinde yenileme işlemi yapılmaz²⁸⁶

²⁸⁵ Y. 7 CD. 16.11.1999 E. 10375 K. 11244 ve 17.2.1995 E. 459 K. 1202 ; NOYAN, s.190.

²⁸⁶ KARAN / KILIÇ, s.377.

Arkan'a göre TPE aldığı yenileme talebini her halükarda kabul etmek zorunda değildir. Yenileme talebini alan TPE, markanın mal/hizmetler için yaygın bir ad haline gelip gelmediğine ya da yanlış anlamalara neden olup olmadığına bakmalıdır. Eğer yenileme talebini alan TPE, markanın mal/hizmetler için yaygın bir ad haline geldiğini 556/KHK m.42/I, ya da yanlış anlamalara neden olduğunu 556/KHK m.42/I göre, saptarsa markanın yenileme talebini reddetmelidir.²⁸⁷ Aksi takdirde yenileme işlemini yapan TPE'nin 556/KHK m.42'ye göre markanın hükümsüzlük davası açma yoluna gitmesi gibi pek pratik olmayan sonuçlar doğuracaktır.²⁸⁸

Tekinalp'e göre ayırt edici niteliğin yitirilmesi de, yenileme isteğinin reddine sebep olabilir. 556/KHK m. 41, yenileme isteminin yapılması ve ücretinin ödenmesi halinde otomatik olarak gerçekleştirileceği izlenimini veriyorsa da; yenilemenin yeniden tescil olduğu da bir gerçek olduğundan, bu sebeple TPE'nin yenileme talebini 556/KHK m.7(I)-a'ya dayanarak reddetmesi mümkündür²⁸⁹

Oytaç ise Tekinalp'ten farklı olarak zamanla ayırt edicilik niteliğinin yitirilmesi nedeni ile marka olma niteliğini yitiren bir işaretin hükümsüzlüğüne karar verilmesi 556/KHK m.42'ye göre açılacak bir hükümsüzlük davası ile istenebileceğini belirterek. Bu konuda TPE'nin kendiliğinden markayı hükümsüz kılması olası olamayacağını savunmaktadır.²⁹⁰

Yasamana göre de yenileme yeni bir tescil değil “yeniden tescil” olarak tanımlanmaktadır. Yasaman'a göre ise, hüküm ve sonuçları ortadan kalkan bir idari işlemin yerine “koruma süresi dolan tescil işlemi” tesis olunan yeni bir idari işlem olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle yenileme talebi halinde Enstitü tarafından kanuni şartların bulunup bulunmadığına bakılmaksızın yeniden tescil yapılacağı şeklinde bir yaklaşım doğru değildir. Çünkü yenileme talebi çerçevesinde yapılacak ikinci tescil işlemi ilk tescil işleminden bağımsız bir idari işlem olduğundan, Enstitünün yenileme talebinin kabulü için mutlak ret nedeni

²⁸⁷ ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.172.

²⁸⁸ ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.173.

²⁸⁹ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s.419.

²⁹⁰ OYTAÇ, s. 257.

(556/KHK m.7) bulunup bulunmadığını inceleme ve gerektiği takdirde reddetme yetkisi bulunmalıdır. Aynı şekilde nispi ret nedenleri yönünden de Enstitü tarafından inceleme yapılabilir.²⁹¹

Yine Arkan'a göre TPE tarafından yenileme talebini reddedilen marka sahibi, TPE'nin bu kararına karşı 556/KHK m.47 vd. maddelerde ki itiraz prosedürünü izleyerek yetkili mahkemede itiraz edebilecektir.²⁹²

556 sayılı KHK'nin 41 maddesinin II. Fıkrasına göre tescil süresinin dolmakta olduğu , sürenin bitiminden önce yönetmelikte öngörülen süre içinde marka sahibine TPE tarafından bildirilecektir. Bununla birlikte bu bildirim yapmaması TPE'ye sorumluluk yüklemeyecektir.²⁹³ Yönetmelikte ise herhangi bir süre belirtilmemiştir.²⁹⁴

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 16. maddesinde kanunun 41. maddesinde de belirtilen koruma süresinin sona erdiği ayın son günü esas alınarak önceki altı ay içerisinde gerçekleştirilir. Altı aylık süre içinde markanın korunması, bozucu şarta bağlanmıştır. Altı aylık süre içinde yenileme talebinde bulunulmaması, altı aylık süre içindeki korumayı da kaldırır.

AB Marka Tüzüğü madde 44 ve madde 47'e göre marka yenilemesinin bağlı olduğu mal veya hizmetlerden bir kısmı için yapılabileceğinden söz edilmekte ise de KHK'de bu tür bir düzenleme bulunmamaktadır.

3. Marka Tescilinin Yenilenmesinin Hüküm ve Sonuçları

Marka sahibi koruma süresinin yenilenmesi ile markanın tescili ile kazanmış olduğu hakların hepsine sahip olmaya devam edecektir. Bu haklar on yıl süre ile yine

²⁹¹ YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s.843.

²⁹² ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.172.

²⁹³ POROY/YASAMAN, s.343.

²⁹⁴ KARAN / KILIÇ, s.377.

kendinde olacaktır. Gerçekten de tescilli marka, marka sahibine üçüncü kişilerin markasına yapacağı her türlü tecavüzü engelleme hakkı verdiği gibi markasını çeşitli hukuki işlemlere de konu yapabilme hakkını da sağlamaktadır. Marka işletmeden bağımsız olarak teminat gösterilebildiği gibi yine işletmeden bağımsız olarak haciz de edilebilir. Marka tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devir de edilebileceği gibi lisans sözleşmesine konuda olabilir.

4. Marka Tescilinin Yenilenmemesinin Hüküm ve Sonuçları

Marka hakkının sona ermesi, sona erme sebebinin gerçekleştiği andan itibaren hüküm ifade eder²⁹⁵ bir başka ifade ile yenilenmemesi nedeniyle marka hakkının sona ermesinin sonuçları ileriye etkilidir²⁹⁶ ve sona erme, ilgili bültende yayınlanır. Dolayısı ile marka hakkı, süresi içinde yenileme talebinde bulunulmaması üzerine kendiliğinden son bulur.²⁹⁷

Tekinalp'e göre bu ilke dolayısı ile, markanın korunduğu dönemde, tecavüz nedeniyle açılmış bulunan davalar taraflarca sürdürülür, tedbirler, devam eder ve alınan mahkeme kararları tenfiz edilir. Ancak yenilememe ile birlikte marka üzerindeki haklar sona erer. Bu haklar, rehin, intifa, haciz, vs'dir. Çünkü sona erme ile birlikte, markanın eski sahibine sağladığı mali menfaatlerin tümü ve tabiki markanın ekonomik değeri de sona ermiştir.²⁹⁸

Marka hakkı sona erdiği için marka sahibi bir hal hariç, inhisarı haklarını kaybeder ve markayı ekonomik olarak değerlendiremez. Şöyle ki, sona erme tarihinden itibaren markanın eski sahibi diyebileceğimiz markayı yenilemeyen kişi, markasını devredemez, lisans veremez. Markayı franchise konusu yapamaz. Böyle bir marka, eski sahibinin borcu için haczedilemez, üzerinde intifa hakkı tanınmaz ve iflas masasına giremez.²⁹⁹

²⁹⁵ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku , s.283.

²⁹⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.413.

²⁹⁷ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku , s.283.

²⁹⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.413.

²⁹⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.412.

Koruma süresi sona eren bir markayı sahibi kullanmakta devam edebilir. Bu durum korumasız bir kullanmadır.³⁰⁰ Bir başka deyişle ,koruma süresi içinde yenilenmeyen marka, koruma süresinin bitiminden itibaren kendiliğinden hükümsüz hale gelir. Bu durumda da marka tescilsiz bir marka durumuna girer.

556 sayılı KHK'nın 8. maddesinin 7. fıkrasına göre; Bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir. Yine böyle bir tescil yapılması halinde KHK/556 m.42/I-b'ye göre bu tescil hükümsüz kılınabilecektir. 556/KHK m.35/II'ye göre; 8.maddenin son fıkrası çerçevesinde yapılacak itiraz, ancak itiraz eden kişinin markasını bu süre içerisinde kullanmaması halinde reddedilir. Bir başka deyişle yenileme yapmayan marka sahibi koruma süresinin bitiminden sonra iki yıl içinde markasının başkası tarafından tescil edilmesini istemiyorsa markasını kullanması gerekir.

Ortak marka ve Garanti markalarının yenilenmemesi halinde ise aynı veya benzeri markanın üç yıl içinde başkası adına tesciline itiraz edilebilecektir. 556/KHK m.8/VI fıkrası ile sürenin üç yıla çıkarılması ortak marka ve garanti markasının diğer tüm markalara oranla daha çok sayıda işletme tarafından yaygın biçimde kullanılacağı ve dolayısıyla daha uzun süre akılda kalacağı gerekçesine dayanmaktadır. Ortak markanın veya Garanti markasının sona ermesinden itibaren üç yıl içinde aynı veya benzer markanın tescili konusundaki başvuruya itiraz ortak markanın eski sahiplerince Garanti markasında ise markanın eski sahiplerince yapılır. Vazgeçme marka siciline kayıt tarihi itibariyle hüküm doğurur. Ortak marka hakkından vazgeçilmesi için bu markanın tescilinde olduğu gibi (556/KHK 56/III) ortak marka sahiplerinin birlikte hareket etmeleri koşulunu aramak uygun olur.

D. Marka Sahibinin Marka Hakkından Vazgeçmesi

³⁰⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.413.

Marka hakkının son bulmasına neden olan olaylardan biri de marka hakkından vazgeçilmesidir. Vazgeçme marka sahibinin kullanma süresi dolmadan marka hakkını, kendi rızası ile terk etmesi, markayı herkesin serbest kullanımına bırakması demektir. Vazgeçtiği markayı, eski sahibinin kullanımına bir engel bulunmamaktadır. Bu yönüyle vazgeçme yenilenmemiş markaya benzer. Ancak farkı 3.bir kişi vazgeçilmiş markayı kendi adına tescil ettirmek isterse, iki yıl beklemesine gerek yoktur. Bu açıdan da vazgeçme yenilenmemiş markadan ayrılır. Vazgeçilmiş markada haczedilemez ve iflas masasına girmez.³⁰¹

556 sayılı KHK madde 46'ya göre; marka sahibi markanın kullanılacağı malların veya hizmetlerin tamamından veya bir kısmından vazgeçebilir. Vazgeçmenin yazılı olarak Enstitüye bildirilmesi gerekir. Vazgeçme marka siciline kayıt tarihi itibarıyla hüküm doğurur. Bu tarihe kadar vazgeçme beyanından cayılabilir.³⁰²

Vazgeçme beyanına dayanılarak markanın sicilden terkinin, ilerisi için hüküm ifade eder.³⁰³

Marka siciline kayıt edilmiş hakların ve lisans sahiplerinin izni olmadıkça marka sahibi, marka hakkından vazgeçemez. Bu çerçevede marka üzerinde bir 3.kişi tarafından hak sahipliği iddia edilmekte ise, onun izni olmadıkça marka hakkından feragat edilemez.³⁰⁴ Arkan'a göre bu anlamda, marka hakkını yazılı bir sözleşmeyle devralan kişi , bu devir işlemi sicile işlenmemiş bile olsa , sicilde hala marka sahibi olarak görünen devreden marka hakkından vazgeçmesine karşı çıkabilecektir.³⁰⁵

AB Marka Tüzüğü m.49/III'e göre; "Vazgeçmenin yane feragatın sicile işlenmesi ancak sicile işlenmiş bir hak sahibinin rızası ile gerçekleşir. Şayet bir lisans

³⁰¹ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s.413.

³⁰² ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.174.

³⁰³ ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.174.

³⁰⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.413.

³⁰⁵ ARKAN, Marka Hukuku; C.II, s.174.

tescil edilmiş ise vazgeçmenin sicile işlenmesi ancak marka hakkı sahibinin bu vazgeçme niyetinin lisans alanı bildirdiğini kanıtlaması halindedir ki mümkündür.³⁰⁶

Lisans alan açısından, marka sahibinin markadan vazgeçmesi önemli bir sonuç doğuracak ise de; vazgeçme açıkça lisans alanın iznine tabi tutulduğundan, taraflar aralarında düzenleyecekleri hükümler önemlidir.

³⁰⁶ OYTAÇ, s. 513.

SONUÇ

1- 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname, markalar ile ilgili uluslar arası anlaşmalar çerçevesinde hazırlanmış ve 551 Sayılı eski Markalar Kanununu yürürlükten kaldırarak, bu kanuna kıyasla günümüze daha uygun düzenlemelerin yapılmış olduğu bir kararnamedir. Kararnamenin hazırlandığı tarihin gümrük birliğine girildiği tarih olması ise kararnamenin aceleyle hazırlanmasına neden olmuştur. Bu nedenle özellikle konumuz olan hükümsüzlük halleri ve hükümsüzlük terimi açısından kavram kargaşası yaratan bir durum ortaya çıkmıştır. Gerçekten de markanın hükümsüzlüğü ve markanın iptali kavramlarının karışık olarak kullanılması yanlış olmuştur. Bu iki kavramın AB Marka Yönergesine uygun olarak yani; markanın mutlak ya da nisbi sebeplerinin varlığına rağmen tescil edilmiş olması halinde “markanın hükümsüzlüğü”, daha sonra ortaya çıkan sebepler dolayısıyla sicilden terkinde ise markanın “iptali” kavramlarının kullanılması daha doğru olacak ve bu konuda ki karışıklığın ortadan kalkmasını sağlayacaktır. Bu sayede tüm hükümsüzlük sebeplerine aynı sonuçun bağlanması durumunun yarattığı sakıncalarda böyle bir ayırım yapıp, iptal ile hükümsüzlüğün hukuki sonuçlarının birbirinden ayrılması sağlanarak ortadan kaldırılabilir. Böylelikle hakkaniyete daha uygun bir düzenleme yapılmış olacaktır. Tasarıda bu yönde bir düzenleme yapıldığı da görülmektedir.

2- Bir başka konu ise dava açma süresinde ki boşluktur. Her ne kadar Yargıtay bu konuda süregelen bir uygulaması olsa da bu boşluğun doldurulması iyi olacaktır. Süre açısından ise hem Yargıtay kabul ettiği hem de yönerge de ki düzenlemede de yer bulan istisna, olarak KHK’da bulunan 5 yıllık sürenin uygulanması uygun olacaktır.

3- Anlaşmazlık konusu olan bir başka konu ise davacının sıfatıdır. Bu konuda ise KHK madde 7 gösterilen nedenler ile madde 42 c, d, e, ve f bentlerindeki durumlarda hükümsüzlük davasını menfaatlerinin zedelenmiş olması nedeniyle herkesin açması, madde 8’e dayanan hükümsüzlük hallerinde ise davanın sadece itiraz hakkı sahipleri tarafından açılması daha doğru olacaktır.

4- 8. maddenin 3. fıkrasının “a” ve “b” bentlerindeki iki halin birbirinden bağımsız mı, yoksa birbirlerinin devamı ve parçası mı oldukları da tartışmalıdır. Başka bir deyişle, bu sebeplerin her ikisinin de bir arada mı bulunması gerektiği yoksa birbirinden bağımsız mı olduğu hususunda görüş ayrılığı vardır. Kanaatimizce bu hükümdeki yazılışa göre her iki şartın bir arada olması gerektiğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle madde belirtilen hallerin ikisinin birlikte aranması daha doğru olacaktır. Bu konuda ki tartışmanın bitmesi için madde de ki bentler arasına ve bağlacı konması doğru olacaktır.

5- TPE tarafından çıkarılan 556 sayılı KHK'nin uygulama şeklini gösteren yönetmelikte ise KHK 5. maddede yapılan düzenlemeye aykırı olarak, “iki boyutlu şekiller veya marka niteliği göstermeyen fakat malın ambalajı olarak kullanılma niteliği taşıyan ve KHK'nin diğer hükümlerine uygun üç boyutlu şekiller” denerek üç boyutlu cisimlerin kapsamı sınırlandırılmıştır. Tescil edilecek, üç boyutlu cisimlerin kapsamını sınırlandıran bu yönetmelik hükmü hatalıdır. Kanaatimizce marka olarak korunabilecek bir işaretin marka olarak korunmasına izin vermeyip sadece endüstriyel tasarım olarak korumasına izin verilmesi endüstriyel tasarım olarak korumada üst sınır olması nedeniyle hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle bu yönetmelik maddesinin de KHK'ya uygun olarak değiştirilmesi gerekir

6- Marka Hakkını Sona ermesinde ise , 556 sayılı KHK madde.41'de, koruma süresinin bitiminden itibaren 6 aylık süre içerisinde yenilenmeyen markaların “hükümsüz” sayılacağı belirtilmiş ise de; bu durum esasen marka hakkının sona ermesi olarak anlamak gerekmektedir. Hükümsüzlük ve sona ermenin neticeleri farklı olduğundan; 556 sayılı KHK madde 45'de sona erme sebebi olarak düzenlenmiş olan hükmün 41. madde de aynı zamanda hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmesi kavram kargaşası yaratmaktadır. Bu nedenle madde 41'de ki düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir

7- Son olarak TPE'nin kararlarına itiraz edilmesi durumunda Kanun Hükmünde Kararname ve Yönetmelikte, TPE'nin inceleme süresinin belirtilmemesi de bir eksikliktir. Bu konuda makul bir sürenin düzenlenmesi uygun olacaktır.

Kaynakça

- ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku; Beşinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999.
- ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, C 1.
- ARSEVEN, Haydar; Nazari ve Tatbiki Alamet-i Farika Hukuku, İstanbul 1951.
- ASLAN, Yılmaz/
ŞENYÜZ, Doğan/
ERGÜN, Mevci; İşletme Hukuku, Bursa 2005.
- CAMCI, Ömer; Marka Davaları, İstanbul 1999.
- CENGİZ, Dilek ; Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, Beta Basım Yayım, İstanbul 1995.
- ÇAMLIBEL-TAYLAN, Esin; Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.
- DİRİKKAN, Hanife; Tescilli Markayı Kullanma Külfeti , Prof Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.
- DİRİKKAN, Hanife; Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayıncılık, İzmir 2003.
- DÖNMEZ, İrfan; Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Baskı, Ankara

1992.

- DURAL, Ali ; Yargıtay 11. H.D. ‘sinin Tanınmış Markalara İlişkin 8.6.2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Oğuzman’a Armağan, 2002.
- EREM , Turgut S. ; Ticaret Hukuku Prensipleri, C 1 , Ticari İşletme , İstanbul 1962.
- EROĞLU, Sevilay ; Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternet’te İşaretten Yararlanma, Kemal Oğuzman’a Armağan, GSÜHFD.
- EROĞLU, Sevilay ; Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S.1.
- GÜRZUMAR, Osman B.; Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler , Yargıtay Dergisi, 1994, C.XX.
- HELVACI, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.
- HİRSCH, Ernest ; Ticaret Hukuku , İstanbul 1948.
- KARAAHMET,Erdoğan/
YALÇINER, Uğur; Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, Ankara 1999.
- KARAHAN, Sami; Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları; Mimoza Yayınları, Konya 2002.

- KARAN, Hakan/
KILIÇ, Mehmet; Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KARAYALÇIN, Yaşar; Yaşayan Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, 3.Baskı, Ankara 1968.
- KEYDER-BROWN,
Virginia; Fikri Mülkiyet Hukuku ve Gümrük Birliği, İntermedia Yayınları, İstanbul 1996.
- MERAN, Necati; Marka Hakları ve Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- NOYAN, Erdal; Marka Hukuku, Adil Yayınevi, Ankara 2003.
- OCAK, Nazmi; Markaya tecavüz ve Markanın Korunması, Ankara 1997, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi).
- OĞUZMAN, Kemal/
SELİÇİ, Özer/
OKTAY Saibe; Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2002.
- OKUTAN-NİLSSON,
Gül; “Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?” Avrupa Topluluğu Mahkemesinin Üç Kararı, Prof. Dr. Güleren Tekinalp’e armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.23, S.1-2, 2003.
- OMAĞ, Merih Kemal; Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1991.

- ÖÇAL, Akar ; Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Sevinç Matbaası
Ankara 1967.
- ÖZDAL, Şule; 556 Sayılı KHK'nin 5. Maddesi Çerçevesinde Marka
Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, Beta Basım A.Ş.,
İstanbul 2005.
- ÖZSUNAY, Ergun; 551 Sayılı "Markalar Kanunu" Döneminde Markalara
İlişkin Sorunlar ve Markaların Korunması Hakkında
KHK/556 ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler, Marka
Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum Sorunları, İTO
Yayın No: 1995/39.
- PEKDİNÇER,R. Tamer; Marka Hakkı ve Korunması,Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora
Tezi) İstanbul 2001.
- POROY, Reha/
TEKİNALP, Ünal; Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Haluk
Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990.
- POROY, Reha /
YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku , Beta Basım Yayım, İstanbul
2001.
- SAĞLAM, Mehmet Ali; Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara
1973.
- SULUK, Cahit; Tasarım Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- TEKİL, Fahiman ; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997.
- TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İkinci bası, Beta Yayınları,

İstanbul 2002.

- TEKİNALP, Ünal; Ayırt Edici Nitelik Kazanma , Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003.
- TEOMAN, Ömer; Markanın Terkini İçin Açılacak Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsüne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu; Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.
- YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, Beta Basım, İstanbul 2003 , C.1.
- YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi , Vedat Kitapçılık , İstanbul 2004.
- YASAMAN, Hamdi; Tanınmış Marka, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan , İstanbul 1978.