

T.C.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**MARKA DAVALARININ İŞLEYİŞİ VE HAK SAHİBİNİN
TALEPLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN

Prof. Dr. Sami KARAHAN

HAZIRLAYAN

Murat KADEROĞLU

KONYA – 2005

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	2
KISALTMALAR.....	4
GİRİŞ.....	5

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKAYI KORUMAYA İLİŞKİN BAŞVURULABİLECEK ÖN YOLLAR

§ 1. İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ.....	11
§ 2. GÜMRÜKLERDE EL KOYMA.....	18
§ 3. DELİLLERİN TESPİTİ.....	24
§ 4. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN MEVCUT OLMADIĞI HAKKINDA DAVA.....	25

İKİNCİ BÖLÜM

MARKAYA İLİŞKİN HUKUK DAVALARI VE HAK SAHİBİNİN TALEPLERİ

§ 5. DAVALAR.....	27
I- TESPİT DAVASI.....	28
II- TECAVÜZ FİİLLERİNİN DURDURULMASI DAVASI.....	30
A- GENEL OLARAK.....	30
B- HAK SAHİBİNİN TECAVÜZÜN DURDURULMASI KAPSAMINDAKİ TALEPLERİ.....	32
III-TECAVÜZÜN GİDERİLMESİ DAVASI.....	32
A- GENEL OLARAK.....	32
B- HAK SAHİBİNİN TECAVÜZÜN GİDERİLMESİ KAPSAMINDAKİ TALEPLERİ.....	34
1- ÜRETİLMESİ VEYA KULLANILMASI CEZAYI GEREKTİREN EŞYA İLE BUNLARI ÜRETMEYE VASİTALARA EL KOYULMASI TALEBİ.....	34
2- EL KONULAN ÜRÜNLER ÜZERİNDE MÜLKİYET HAKKI TANINMASI TALEBİ.....	37
3- TECAVÜZÜN DEVAMININ ÖNLEMESİNE YÖNELİK TEDBİRLERİN ALINMASI, MARKALARIN SİLİNMESİ VE İMHASI TALEBİ.....	38
4- KARARIN İLGİLİLERE TEBLİĞİ VE KAMUYA YAYIN YOLUYLA DUYURULMASI TALEBİ.....	40
IV. TAZMİNAT DAVALARI.....	41
A- MADDİ TAZMİNAT DAVALARI.....	44
1- FİİLİ ZARAR.....	44
2- YOKSUN KALINAN KAZANÇ VE ARTIRIMI.....	44
a- <i>Yoksun Kalınan Kazancın Tespiti Yöntemleri</i>	46
aa- Muhtemel Gelir Yöntemi.....	46
bb- Mütecevizin Markayı Kullanarak Elde Ettiği Kazanca Göre Tespit Yöntemi.....	46
cc- lisans Örnekesmesi Yöntemi.....	47
b- <i>Yoksun Kalınan Kazancın Arttırılması</i>	47
3- İTİBAR TAZMİNATI.....	48
4- TECAVÜZÜ KANITLAYAN BELGELERİN MÜTECAVİZDEN İSTENEĞİLMESİ.....	51
V- MANEVİ TAZMİNAT.....	53
§ 6. DAVANIN TARAFLARI.....	54
I- DAVACILAR.....	54
A- MARKA SAHİBİ.....	55
B- LİSANS ALAN.....	55
C- REHİN VEYA İNTİFA HAKKI SAHİBİ.....	56
II- DAVALILAR.....	56
A- MÜTECAVİZ.....	56
B- TECAVÜZE İŞTİRAK EDEN KİŞİLER.....	56
C- MÜTECAVİZ MÜSTAHDEMİ İSTİHDAM EDEN.....	56
D- DAVA AÇILAMAYACAK KİŞİLER.....	56
§ 7. ZAMANAŞIMI VE SESSİZ KALMA SEBEBİYLE HAK KAYBI.....	57
I- ZAMANAŞIMI.....	57
II- SESSİZ KALMA SEBEBİYLE HAK KAYBI.....	59
§ 8. HUKUK DAVALARINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEMELER.....	62

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA SUÇLARI VE MARKAYA İLİŞKİN CEZA DAVALARI

§ 9. MARKAYA TECAVÜZ SUÇLARININ DÜZENLEMEDEKİ YERİ VE ÖZELLİKLERİ	65
§ 10. SUÇ SAYILAN FİİLLER.....	67
I- DOKUZUNCU MADDENİN İHLALİ İLE OLUŞAN SUÇLAR	69
II- MARKAYI TAKLİT ETMEK SUÇU.....	74
III- TAKLİT MARKAYI TAŞIYAN ÜRÜNLERİ TİCARİ AMAÇLA ELDE BULUNDURMAK SUÇU	76
IV- MARKA HAKKINA TECAVÜZE İŞTİRAK, TEŞVİK VE YAPILMASINI KOLAYLAŞTIRMAK SUÇU	79
V- LİSANS YOLUYLA VERİLMİŞ HAKLARI İZİNSİZ GENİŞLETMEK VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVİR ETMEK SUÇU.....	80
VI- TAKLİT ÜRÜN VE EŞYANIN NEREDEN ALINDIĞINI VEYA NASIL SAĞLANDIĞINI BİLDİRMEKTEN KAÇINMAK SUÇU.....	82
§ 11. MARKA CEZA DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ.....	83
I-MARKAYA TECAVÜZ SUÇLARINDA FAİL.....	83
II- MARKA SUÇLARINDA MANEVİ UNSUR (KASIT VE TAKSİR).....	85
III MARKA SUÇLARININ ŞİKÂYETE VE UZLAŞMAYA TABİ OLMASI.....	86
A- ŞİKÂYET, ŞİKÂYETÇİ VE ŞİKÂYET SÜRESİ	86
B- UZLAŞMA	89
IVMARKA SUÇLARINDA CEZALAR VE MÜEYYİDELER.....	91
A- ASLİ VE FER'İ CEZALAR.....	91
B- DAVA KONUSU ÜRÜN VE ARAÇLARA ELKONULMASI VE MÜSADERE	93
V- MARKA CEZA DAVALARINDA ZAMANAŞIMI.....	95
VI MARKA CEZA DAVALARINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEMELER	96
SONUÇ	98
BİBLİYOGRAFYA.....	100

KISALTMALAR

AT	: Avrupa Topluluğu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
C.D.	: Ceza Dairesi
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
Enstitü	: Türk Patent Enstitüsü
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
H.D.	: Hukuk Dairesi
H.G.K.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Mark.K.	: Markalar Kanunu
md.	: Madde
ÖİK	: Özel İhtisas Komisyonu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
Tasarı	: “Markaların Korunması Hakkında Kanun” adlı kanun tasarısı
TK	: Türk Ticaret Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPs	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
vb.	: Ve benzeri
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
İİK	: İcra İflas Kanunu

GİRİŞ

Fikir ürünlerini kişilerin emek, zaman ve yaratıcılığını harcayarak ortaya koyduğu nazara alınır, bu ürünlerin karşılıksız olarak toplum tarafından tüketilmesinin adalet duygusu ile bağdaşmayacağı kaçınılmaz olarak kabul edilecektir. Öte yandan bu tür ürünlerin sürekli olarak veya çok uzun bir süre için toplumun kullanımına kapalı tutulması da, toplumsal gelişmenin önünde bir engel teşkil edebilecektir. Bu sebeple toplumsal çıkar ile fikir ürünü sahibinin bu ürün üzerindeki hakkı arasında bir denge kurmak gerekir.

Kişilerin fikir ürünleri üzerinde koruma sağlayan hakları temelde, *fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar* ile *sınaî haklar* kategorilerinde incelenebilir. İlk kategoriye oluşturan fikir ve sanat eserleri, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1' nci maddesinde “sahibinin hususiyetini taşıyan ve aşağıdaki hükümler uyarınca ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat veya sinema eserleri sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulü ” şeklinde tanımlanmış ve aynı kanunla koruma altına alınmıştır. İkinci kategoriye oluşturan sınaî haklar ise daha ziyade teknik eser özelliği taşımayıp ticari işletmeleri ve satılan malları ayırt etmek için kullanılan, ticaret unvanını ve markayı kapsamaktadır. Birinci gruptaki eserler, *gerçek anlamda fikir ürünleri (salt fikir ürünleri)* ve bu eserler üzerindeki haklar da *dar anlamda fikri hak* olarak değerlendirilirken, ikinci gruptaki sınaî haklar *geniş anlamda fikri haklar* kapsamında kalır. Yani fikri hak kavramı, “fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar” ve “sınaî haklar” için bir üst kavramdır. Sınaî haklar ise, buluşların korunmasıyla ilgili olarak; patentler, faydalı modeller ve endüstriyel tasarımlar ile ayırt edici nitelikleri itibarıyla korunan; markalar, coğrafi işaretler, ticaret unvanı ve işletme adı şeklinde bir gruptandırmaya tabi tutulabilir. Öte yandan gelişen teknoloji ile birlikte gündeme gelen bilgisayar programları ve bazı ülkelerde özel kanunlarla korunan microchip'ler (yarı iletken ürünlerin topoğrafyaları) de sınaî haklar kavramına dâhil edilebilirler.

Dilimizdeki *fikri mülkiyet* veya *fikri ve sınaî mülkiyet* terimleri, İngilizce' deki *intellectual property* ve Fransızca' daki *propriete intillectuele* terimlerinin karşılığı olarak kullanılmaktadır.

Sınaî haklar kapsamında bulunan markalar, üzerine kondukları eşyanın ya da bir hizmetin belirli bir işletmeye aidiyetini gösteren veya eşyayı ya da hizmeti piyasadaki benzerlerinden ayırt etmek için kullanılan tanıma ve ayırt etme araçlarıdır.

Markaların korunmasına ilişkin Türkiye tarihinde ilk yasal düzenleme olup, Osmanlı döneminde çıkarılan 20 Eylül 1871 tarihinde hazırlanan Alamenti Farika Nizamnamesi adıyla bilinen nizamname ile incelemesiz marka koruma esasına dayalı bir marka koruma sistemi öngörülmüştür. Bu nizamnameye 6 Temmuz 1872 tarihinde bir ek yapılmış, 11 Mayıs 1888 tarihli “Fabrika Mamulatiyle Eşyai Ticariyeye Mahsus Alamenti Farikalara Dair Nizamname” ile yenilenmiştir. Anılan nizamnamelerin kaynağı 1857 tarihli Fransız Kanunudur. Alamenti Farika Nizamnamesi, 20 Mayıs 1955 tarih ve 6591 sayılı Ek Kanun ile yeniden düzenlenerek markaların incelemeli olarak korunması sistemi kabul edilmiştir. Bu nizamname, 1965 tarih ve 551 Sayılı Marka Kanunu ile ilga edilmiş ve nihayet Markalar Kanunu’nun yerini de, 27.06.1995 tarih ve 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname almıştır. 03.11.1995 tarihinde kabul edilen 4128 Sayılı Kanun’ la 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye bazı ilaveler ve değişiklikler yapılmakla birlikte, 551 Sayılı Kanun’dan kalan cezai hükümler kaldırılarak yeni cezai hükümler düzenlenmiştir. 22.06.2004 tarih ve 5194 Sayılı Kanun ile, 4128 Sayılı Kanun’ un 5’ inci maddesiyle 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ ye eklenen ve marka suçlarının cezai müeyyidelerini düzenleyen 61/A maddesinin yeniden düzenlenmesi ile birlikte, esaslı olmayan başka bir takım değişiklikler yapılmıştır. Halen Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sevk edilmiş olan “Markaların Korunması Hakkında Kanun” adı altında bir kanun tasarısı da yasalaşmayı beklemektedir.

Fikri mülkiyetle ilgili uluslar arası düzenlemelerden en önemlilerinden biri, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının fikri mülkiyet ile ilgili bölümünü oluşturup taraf ülkelere Paris Sözleşmesinin markalarla ilgili hükümlerini uygulama zorunluluğu getiren, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasıdır. (Trade Related Aspect of Intellectual Property, TRIPs). 15 Nisan 1994 tarihinde imzalanan TRIPs Anlaşması, şimdiye kadar fikri mülkiyet alanında kabul edilen en kapsamlı uluslar arası metindir.

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de markanın bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, KHK’nin “markanın içereceği işaretler” başlığı altında 5’ inci maddesinde “marka, bir teşebbüsün¹ mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve

¹ Tasarının 5’ inci maddesi ile “markanın içereceği işaretler” başlığı altında aynı tanım yapılmış ancak “teşebbüs” yerine, “işletme” ibaresi kullanılmıştır.

çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir” şeklindeki tanım olarak adlandırılabilir düzenleme göze çarpmaktadır.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin amacı, usulüne uygun olarak tescil edilmiş markaların korunmasıdır. Markanın korunması kavramı ile, markanın sahibinin izni olmaksızın başkası tarafından kullanılmaması, aksine davranışın marka hakkına tecavüz sayılması ifade edilmektedir.

Markanın, sahibinin izni olmaksızın başkaları tarafından kullanılması, marka hakkına tecavüz halini oluşturur. Tecavüz kavramının bir kimsenin maddi ve manevi varlığına hukuka aykırı bir şekilde saldırıda bulunma, saldırma; haksız fiillerin ise hukuka aykırı zarar verici eylemler olarak tanımlandığı nazara alındığında, marka hakkına tecavüzün haksız fiil niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılabılır. Yani marka hakkına tecavüz, markadan kaynaklanan hakka, üçüncü kişilerce yapılan haksız müdahaleler anlamına gelmektedir.

Marka hakkına tecavüz sayılan eylemleri 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61' nci maddesi ile ortaya konmuştur². Bu maddenin (a) bendi 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9 uncu maddenin ihlalini başlı başına bir tecavüz hali olarak belirlemiştir. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 9' uncu maddesi³ ise;

“a. Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması⁴,

b. Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde,

² Tasarıda marka hakkına tecavüz sayılan fiiller 61' inci madde ile yine “Marka Tescilinden Doğan Hakkın Kapsamı” başlıklı 9' uncu maddeye atıf yoluyla belirlenmiş ve 61' inci maddenin ikinci fıkrasındaki “Ayrıca, bireysel kullanım amacı dışında, zilyetliklerinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya benzerini taşıyan eşyanın veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınanların bu fiilleri de birinci fıkrada kapsamına değerlendirilir.” ifadesi ile 556 Sayılı KHK' nin 61' inci maddesinin (f) fıkrası tekrar edilmiştir.

³ 556 Sayılı KHK' ye paralel olarak düzenlenmeye çalışılan tasarinin 9' uncu maddesi ile 556 Sayılı KHK' nin 9' uncu maddesinin (a), (b) ve (c) fıkraları tekrarlandıktan sonra, 556 Sayılı KHK' nin 61' inci maddesinin (c), (d) ve (e) fıkraları paralel düzenleme yoluyla, (d), (e) ve (f) fıkraları olarak belirlenmiştir. Burada dikkati çeken husus 556 Sayılı KHK' nin 61' inci maddesinin (b) fıkrasındaki “marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek” halinin tasarıya dahil edilmemiş olduğudur. Tasarının bütününe yorumundan, kanun koyucunun, tasarı ile markayı taklit etmek kavramını, “markanın aynı veya benzerini kullanmak” şeklinde algıladığı ve bu halin de tasarinin 9' uncu maddesinin (a) fıkrasında bulunduğunu değerlendirdiği şeklinde sonuca varmak gerektiği kanaati doğmaktadır.

⁴ Bu hüküm, tasarinin 9' uncu maddesinin (a) fıkrasında paralel olarak düzenlenmiştir.

işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması⁵,

c. Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.⁶” hallerinin marka hakkına yönelik birer tecavüz hali olduğuna işaret etmiştir.

Marka hakkı sahibi tarafından yapılan markaya tecavüz edildiği iddiasının kabulü, kimi durumlarda, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin sistematığı, hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet düşüncesi ile bağdaşmayabilir. Bu durumlarda, fiil hukuka uygun hale gelmektedir. Bu haller: 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 10' uncu maddesinde⁷ ifade edilen, markanın başvuru eserlerinde – sözlükte, ansiklopedide, yıllıkta, katalogda,..vb. – cins adı olarak yer alması; 12' nci maddesindeki⁸, ticaret ve sanayideki dürüstlük kuralına aykırı olmamak şartıyla üçüncü kişiler tarafından ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları şeklinde kullanılması ve 13' nci maddesi⁹ ile işaret edilen hakkın tükenmesi durumlarıdır.

Genel olarak marka davaları ve talepler denince akla: marka hakkına bir tecavüz halinde hak sahibinin ileri sürebileceği ihtiyati tedbir ve gümrüklerde el koyma talepleri; 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62' nci maddesinde belirtilen tecavüzün durdurulması¹⁰, giderilmesi¹¹ ve tazminat davaları¹²; 74 ' üncü maddesinde ifadesini bulan tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava¹³; 75' inci maddesinde işaret edilen delillerin tespiti¹⁴; 42' inci maddesinde zikredilen hükümsüzlük davası¹⁵ ve 53' üncü maddesinde

⁵ Bu hüküm, tasarının 9' uncu maddesinin (b) fıkrasında paralel olarak düzenlenmiştir.

⁶ Bu hüküm, tasarının 9' uncu maddesinin (c) fıkrasında paralel olarak düzenlenmiştir.

⁷ Bu hüküm, tasarının 10' uncu maddesinde paralel olarak düzenlenmiştir.

⁸ Bu hüküm, tasarının 12' uncu maddesinde daha ayrıntılı ve paralel olarak düzenlenmiştir.

⁹ Bu hüküm, tasarının 13' uncu maddesinde paralel olarak düzenlenmiştir.

¹⁰ Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması, tasarının 64' üncü maddesinin (a) fıkrasında paralel olarak düzenlenmiştir.

¹¹ Marka hakkına tecavüzünün giderilmesi, 556 sayılı KHK' de olduğu gibi ayrıca düzenlenmemiştir. Bu kapsamdaki taleplerin aşağıda da tartışılacağı gibi 556 Sayılı KHK' nin 62' inci maddesinin (e) fıkrası ve paralel olarak düzenlenen tasarının 64' üncü maddesinin (d) fıkrası yolu ile ileri sürülebileceği açıktır.

¹² Tazminat davaları hususu tasarıda genel itibarıyla, 556 Sayılı KHK ile paralel olarak düzenlenmiş, ancak madde numaraları değişmiştir.

¹³ Bu hüküm, tasarının 76' ncı maddesinde paralel olarak düzenlenmiştir.

¹⁴ Bu hüküm, tasarının 77' nci maddesinde paralel olarak düzenlenmiştir.

düzenlenen TPE' nin kararlarına karşı açılacak iptal davası¹⁶ ile aynı Kanun Hükmünde Kararname' de ortaya konan ceza davaları¹⁷ gelir.

Çalışmamızın konusu marka davalarının işleyişi ve hak sahiplerinin talepleri olduğundan, “marka hakkına tecavüz” kavramı esas alınmak suretiyle gündeme gelebilecek hukuki talepler ve davalar ile aynı sebeple açılması mümkün olan ceza davaları incelenmeye çalışılacaktır. Bu bakış açısıyla marka hakkına tecavüz sebebiyle yapılabilecek ön talepler, ikame edilebilecek tecavüzü durdurma, tecavüzü giderme ve tazminat davaları gibi hukuk davaları ile tecavüz sebebiyle mütecaviz aleyhine açılacak ceza davaları çalışmamızın kapsamında kalmaktadır.

Tescilli bir markanın, mutlak ve nispi ret sebeplerinin varlığına rağmen tescil edilmemesi gerektiği halde tescil edilmiş olması veya markanın tescili anında mevcut olmamakla birlikte daha sonra çıkan bir takım durumlar sebebiyle sicilden terkinine yönelik olarak ikame edilen “hükümsüzlük davaları” ile marka tescil prosedüründe “TPE’ nin kararlarına karşı açılacak iptal davaları” ve doktrinde oldukça tartışmalı olsa da “tanınmış markalar” yukarıda açıklamaya çalıştığımız kapsamın dışında kaldığından ele alınmayacaktır.

Çalışmamızın birinci bölümünde; marka hakkının tecavüze uğraması halinde yapılabilecek ve “markayı korumaya ilişkin olarak başvurulabilecek ön yollar” olarak adlandırılabilir; ihtiyati tedbir, gümrüklerde el koyma, delillerin tespiti talepleri ile marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava konu edilecektir. İkinci bölümde, marka hakkına tecavüz sebebiyle ikame edilebilecek hukuk davaları olan; tespit davası, tecavüzün durdurulması davası, tecavüzün giderilmesi davası ve hak sahibinin giderim karakterli talepleri ile tazminat davaları incelenecek; bölümün sonunda, açılacak hukuk davalarına ve taleplere ilişkin olarak davaların tarafları, zamanaşımı ve sessiz kalma sebebiyle hak kaybı ve yetkili ve görevli mahkemeler açıklanmaya çalışılacaktır. Çalışmamızın son bölümü olan üçüncü bölümde ise, marka hakkına tecavüz sebebiyle gündeme gelecek ceza davaları ile bu davalarla ilgili olarak uygulama alanı bulacak usuli hususlardan olan, markaya tecavüz suçlarının şikâyete ve uzlaşmaya tabi olması, markaya tecavüz suçlarının failleri, cezalar ve diğer müeyyideler, zamanaşımı ve yetkili ve görevli mahkemeler ele alınacaktır.

¹⁵ Bu hüküm, tasarının 52' nci maddesinde genel itibarıyla paralel olarak düzenlenmiştir.

¹⁶ Bu hüküm, tasarının 36' ncı maddesinde genel itibarıyla paralel olarak düzenlenmiştir.

¹⁷ Marka ceza davaları tasarının 62' inci maddesi ile düzenlenmiştir.

Çalışmamızın kapsamına dâhil olan ceza hukukuna ilişkin müessese ve kanunların değişim sürecinde bulunması sebebiyle yeni yasalar değerlendirme konusu yapılacak, ancak kimi hallerde eski mevzuat da ele alınacaktır. Bu noktada işaret etmek gerekir ki; 5328 Sayılı Kanun ile 1 Haziran 2005 tarihide yürürlüğe girmesi öngörülen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu' nun yürürlüğünü düzenleyen 5252 Sayılı Kanunla ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' nun yürürlüğünü düzenleyen 5320 Sayılı Kanun ile “yürürlükten kaldırılmış olan kitap, bab ve fasıllara yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan yeni kanun maddelerine yapılmış sayılır” ifadesine yer vermektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKAYI KORUMAYA İLİŞKİN BAŞVURULABİLECEK ÖN YOLLAR

§ 1. İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ

İhtiyati tedbir talepleri, kesin hükme varan yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte, geniş ve sınırlı olabilen hukuki korumalardır¹⁸.

İhtiyati tedbir; birincisi, herhangi bir eylem veya işlemten dolayı telafisi imkânsız veya son derece güç zararların doğmasına engel olmak, ikincisi ise, davaya esas oluşturacak delillerin yok edilmesinin veya bozulmasının önüne geçmek şeklinde ifade edilebilecek iki amaca yönelir¹⁹.

Pek çok şeyin oldukça çabuk tüketilebildiği piyasa koşullarında çoğu zaman davacının açtığı davayı kazanmasının bile – geçen süre zarfında hüküm altına alınan talebin dermeyanı veya oluşan zararın giderilmesi imkânı ortadan kalkacağından - yetersiz kaldığı düşünülürse ihtiyati tedbirin önemi daha iyi anlaşılacaktır²⁰. Nitekim son zamanlarda marka hakkına tecavüzlerin artması, ihtiyati tedbir taleplerinin de artmasına sebep olmuş, ancak mahkemelerin takdir yetkilerini talep sahibi lehine kullanmaktan kaçınmaları sebebiyle talep sahipleri nihai kararlar ile artık kendi açılarından bir anlam ifade etmeyen lehlerine bir ilama sahip olmuşlardır. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerinin yanında aynı konuda ayrı ve özel hükümlerin getirilmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bu yetersizliğinden kaynaklanmaktadır²¹. Ancak bu farklılık sadece markalara ilişkin değildir. Zira Patentlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de ve Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de de aynı düzenlemeler mevcuttur.

¹⁸ SARAÇ, Tahir; Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, 2003, Ankara, s.220.

¹⁹ ATEŞ, Mustafa; Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri, FMR, C.3, S.2003/1, s.32.

²⁰ DEREN YILDIRIM, Nervis: Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler (Doçentlik Tezi), s.7.

²¹ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Kasım 2004 Ankara s.571.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 76/1'nci maddesine göre "Bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen türde dava açan veya açacak olan kişiler, dava konusu markanın kendi marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye'de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, davanın etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir"²². Bu düzenleme ile açıkça "marka hakkına tecavüz dolayısıyla" talep edilebilecek ihtiyati tedbirler kapsama dâhil edildiğinden, hükümsüzlük hallerinde ve TPE kararları aleyhine açılacak davalarda mahkemeden istenecek ihtiyati tedbirler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101 ve devamı maddeleri uygulanmak suretiyle yapılacaktır²³.

Bu hüküm gereğince ihtiyati tedbir talebini, marka hakkına tecavüz nedeniyle dava açmış ya da açacak olan kişiler isteyebilir²⁴. Bu anlamda öncelikle marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi dava açmaya yetkili olduğundan ihtiyati tedbir talebinde bulunmaya da yetkilidir. Tazminat davası açabilecek kişiler belirlenirken, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9/3' üncü maddesi ile, marka tescili için yapılan başvurunun yayınlanmasından sonra başvuru sahibinin de tazminat davası açabileceği hüküm altına alındığından, bu başvuru sahiplerinin ihtiyati tedbir talep etmeye de yetkili olduğu sonucuna ulaşılır²⁵.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 21/4 ve 73/1'nci maddelerine göre, lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça, inhisari lisans sahibinin de tedbir talebinde bulunma yetkisi mevcuttur²⁶. Ancak inhisari olmayan lisans sahibi olanların, dava açma hakları yoktur. Marka hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı olmayan bir lisans alan, noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle, gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 73/2) . Marka sahibinin bu talebi kabul etmemesi veya bildirim alıldığı tarihten itibaren üç ay içinde gerekli davanın açılmaması halinde, lisans alan yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına dava açabilir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 73/3). Bu durumda dava açan lisans alanın, dava açtığını marka sahibine bildirmesi gerekir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 73/5). Ancak lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ve söz konusu sürenin

²² İhtiyati tedbir hususu tasarının 78' inci maddesiyle düzenlenmiştir.

²³ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.571: tasarıda bu husus aynen muhafaza edilmiştir.

²⁴ ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, C.II, 1998, Ankara, (C.II.): KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.571.

²⁵ ARKAN, Sabih; C.II, s.226: Tasarının 9/3' üncü maddesi de paralel olarak düzenlenmiştir.

²⁶ DEREN YILDIRIM, Nervis; Doçentlik Tezi, s.29.

geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 73/4).²⁷

Tedbir talebinde bulunacak kişilerin ya dava konusu markanın Türkiye’de haksız olarak kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmesi gerekir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 76/2). İhtiyati tedbir kararının verilebilmesi için gerekli olan şartlardan olan “dava konusu markanın Türkiye’ de kullanılmakta olduğunun ya da kullanılması için ciddi çalışmalar yapılmasının ispatı” şartının, markaya tecavüz halinin doğabilmesi için iç pazara sürülmesi söz konusu edilmeksizin, ihracatının da yeterli olduğu değerlendirildiğinde anılan düzenlemenin “Türkiye’ de kullanmakta olma” koşulunun yerinde olmadığı ifade edilmiştir²⁸. Yargıtay 11.H.D. 23.09.1999, E.4928/K.7026 sayılı²⁹ Bahman Kararı³⁰ olarak bilinen kararında “... bir markanın Türkiye’ de tescil edilmiş bir markadan doğan haklara tecavüz edecek şekilde Türkiye’de kullanıldığına veya kullanılmak üzere ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının ispatlanması koşuluyla 556 Sayılı KHK’ nin 76 ve 77’ nci maddelerinde yer alan ihtiyati tedbirler uygulanabilir. Diğer bir anlatımla, serbest bölgeye sokulan ve Türkiye’ de tescilli olan bir marka ile benzerlik gösteren bir markayı taşıyan ürünlerin Türkiye sınırları içerisinde de piyasaya sunulduğunun veya bu konuda ciddi çalışmalar yapıldığının ispatı halinde ancak tecavüzün oluştuğu kabul edilebilir...” şeklinde değerlendirme yapmıştır. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre; yukarıda da zikredildiği gibi, malların ihracı da marka hakkına tecavüz teşkil edeceğinden, kanun koyucunun izinsiz kullanılan markayı taşıyan malların nerede piyasaya sürüleceği ile ilgilenmediğinin ve bu türden malların serbest bölgede bulunmaları halinde de ihtiyati tedbire konu olabileceğinin kabulü gerekir. Bu tarz bir yorum Türkiye Cumhuriyeti’ nin “üretimi yahut pazarlanması marka hakkına tecavüz teşkil eden malların ticaret kanalına girmesinin önlenmesini” öngören TRIPs’ den kaynaklanan

²⁷ Tasarının “Lisans Alanın Dava Açması ve Şartları” başlıklı 75’ inci maddesinde “Üçüncü bir kişi tarafından lisans verenin markadan doğan haklarına tecavüz edilmesi durumunda lisans alan, sözleşmedeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, sadece marka sahibinin izniyle, marka sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları kendi adına açabilir. Ancak inhisari lisansa sahip olan kişi, durumun, lisans verene bildirilmesinden sonra, lisans veren tarafından makul bir süre içinde harekete geçilmemesi halinde yaptığı bildirim de ekleyerek kendi adına dava açabilir ve açılan dava marka sahibine ihbar olunur. Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ve makul sürenin geçmesinden önce ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Ayrıca lisans alan, tecavüz nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi amacıyla, lisans veren tarafından açılan davaya katılmaya yetkilidir.” hükmü mevcuttur.

²⁸ ARKAN, Sabih; C.II, s.227: Tasarıda aynı hususun düzenlendiği 78’ inci madde ile bu koşulun kaldırıldığı göze çarpmaktadır.

²⁹ FMR, C.1, S.2001/2, s.202-205.

³⁰ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Ekim 2004, İstanbul, C.II, (Marka Hukuku Şerhi II), s.1209.

yükümlülüklerine de uygun düşer³¹. Nitekim Yargıtay da bu görüşünden daha sonra dönmüştür³².

Burada ifade edilen ciddi ve etkin çalışma ile düşünce açıklaması aşamasını geçmiş ve girişim aşamasına ulaşmış çalışmalara işaret edilmiştir³³. Ayrıca buradaki ispatı, HUMK anlamında tam bir ispat olarak algılamamak³⁴, mahkemenin her türlü hukuki araçla ikna edilmesi³⁵ şeklinde kabul etmek gerekir. Mahkemenin ikna edilmesi gereken husus, bir markanın 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9' uncu maddesinin ikinci fıkrası anlamında Türkiye' de halen kullanılmakta olduğu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığıdır. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9' uncu maddesinin ikinci fıkrası ile yasaklanabilecek kullanım şekilleri tahdidi olarak sayılmadığından Türkiye' de bir markanın haksız kullanılmış sayılması sonucunu doğuracak her durum, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 76' ncı maddesi kapsamında ihtiyati tedbir talep edebilme olanağı yaratır³⁶. TRIPs' in 50/3 maddesi ile de "hak sahibinin markaya tecavüzün gerçekleşmesinin muhtemel olduğunu makul olarak kendisinden beklenebilecek deliller ile göstermesi yeterli" kabul edilmiştir³⁷.

Türkiye' deki uygulamalarda genel olarak, esasa yönelik bir inceleme yapılmadığı, menfaat değerlendirmesi ile yetinildiği, esas hakkındaki davanın da sonuçlanmamış olması sebebiyle hasmın menfaatlerinin tek tarafı olarak öne çıkarıldığı ve istenen ihtiyati tedbir talebinin reddedildiği gözlenmekte ise de; 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 76' ncı maddesindeki açık hüküm de nazara alınarak şartları oluşmuşsa, ihtiyati tedbire karar verilmeli³⁸, menfaat değerlendirmesi ihtiyati tedbirin türünü belirlerken göz önüne alınmalıdır³⁹.

³¹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1210.

³² 11.H.D. 13.02.2004, E.2003/13968- K.2004/1201: 11.H.D. 17.02.2004, E.2003/5128- K.2004/11432: KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.575-576.

³³ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Eylül 2004, İstanbul, (Fikri Mülkiyet), s.474: Tasarımın buradaki "ciddi ve etkin çalışmanın ispatı" yerine "dava açacak kişilerin, kendilerinden makul olarak temini beklenebilecek nitelikteki, marka hakkına tecavüz olunduğunu ya da tecavüz konusunda ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını gösteren delilleri sunmaları" ibaresine yer verilerek şartların yumuşatıldığı gözlemlenmektedir.

³⁴ ARKAN, Sabih; C.II, s.227.

³⁵ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.474.

³⁶ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.572.

³⁷ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.572.

³⁸ ERDEM, Bahadır, B.; Patent Hakkının Korunmasına ve Patent .hakkına İlişkin Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2002, s.111.

³⁹ DEREN YILDIRIM, Nervis: Marka Hukukunda İhtiyati Tedbire İlişkin Bazı Sorunlar, Ünal Tekinalp' e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, (İhtiyati Tedbir), s.205.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 76/2'nci maddesine göre ihtiyati tedbir talebi, dava açılmadan önce, dava ile birlikte veya dava açıldıktan sonra talep edilebilir ve davadan ayrı olarak incelenir. Ancak ihtiyati tedbir talebinin dava açılmadan yapılmış olması halinde, tedbir kararının verildiği tarihten itibaren 10 gün içinde esasa ilişkin davanın açılması gerekecektir. Aksi halde ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkacaktır⁴⁰.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 77' nci maddesine göre⁴¹; İhtiyati tedbirler, verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olmalı ve özellikle:

a) Davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması,

b) Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi olanlar dâhil, buldukları her yerde el konulması ve bunların saklanması,

c) Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi,

tedbirlerini kapsamalıdır.

İhtiyati tedbirin hükmün etkinliğini sağlayabilmesi için, ifa aşamasında anlam ifade edebilecek vasıfta olması gerekir. Hükmün etkinliğini sağlayamayacak bir tedbirde hukuki yararın varlığından söz edilemez⁴².

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 77' nci maddesi ile sayılan üç hal örnek kabilinden sayıldığından yapılabilecek ihtiyati tedbir talepleri bunlarla sınırlı değildir⁴³ ancak bu maddede sayılan veya sayılmayan bir tedbire karar verilebilmesi için ayrı ayrı talep edilmiş olmaları gerekir⁴⁴. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 77' nci maddesi ile belirtilen tedbirlerden tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması her ne kadar müdahalenin menî davası ile de sağlanabilir nitelikte ise de, dava süresince davacının zararının büyümesini önlemek açısından aynı hususun tedbire konu edilmesi isabetlidir. Bu talebin kabulü halinde

⁴⁰ HUMK. md. 109.

⁴¹ Aynı husus tasarının 79' uncu maddesi ile paralel düzenlenmiş, ancak (b) fıkrasında "üretilen" ibaresinden sonra gelmek ve "Türkiye" ibaresine kadar devam etmek üzere "ithalat, ihracat, transit ve benzeri gümrük rejimleri altında gümrüğe sevk edilen veya bir serbest liman veya bölgeye yerleştirilen eşyalara veya bunların imalinde kullanılan vasıtalara" hükmü eklenmiştir.

⁴² KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.573.

⁴³ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1214.

⁴⁴ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.574.

hâkim yukarıda sayılan tecavüz fiillerinin yapılmasının veya tekrar edilmesinin yasaklanmasına karar verir. Durdurulması istenebilecek faaliyetler; dava konusu işareti taşıyan mal veya hizmetlerin, üretimi, ambalajlanması, stoklanması, satılması, dağıtılması, önerilmesi, sipariş alınması veya başka bir şekilde ticaret mevkiine sokulması, ithali, ihracı, ilanlara ve reklâmlara konu yapılması faaliyetleri ile tüm bu faaliyetlere girişilmesi için hazırlık yapılması şeklinde belirlenebilir⁴⁵.

Öte yandan tecavüz teşkil eden fiillerin yasaklanmasının, tedbir anlamında yeterli görülmediği durumlarda, mütecaviz ürünlere el konulması talebinde de bulunulabilir. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 77/2-b maddesi ile yapılan düzenleme ile getirilen; “tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere gümrük, serbest liman ve bölge” gibi alanlarda da el konulabileceğine ilişkin hüküm, bu bölgelerin “ülkesellik tanımı” kapsamına girmemesi sebebiyle eleştiri konusu olmuştur⁴⁶.

El koyma ve saklama işlemlerinin nasıl yapılacağı, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 78' nci maddesindeki yollama⁴⁷ nedeniyle HUMK' nun 106' ıncı maddesine göre belirlenir⁴⁸.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 77/c maddesi ile ihtiyati tedbirler ile ilgili olarak, “her hangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi” hususunda da ihtiyati tedbir talebinde bulunulabileceği düzenlenmiş ise de, madde metninin özensiz olarak kaleme alınması sebebiyle teminatın kim tarafından verilmesi gerektiği net değildir⁴⁹. Ancak hâkim görüş burada ön görülen teminatın, açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında hükmolunacak tazminatın güvence altına alınmasını sağlayabileceğinden, davalı – mütecaviz - tarafından verilmesi gerektiği yönündedir⁵⁰. Biz de burada belirtilen teminatın amacının 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 77/1 maddesine göre davanın etkinliğini temin etmek⁵¹ olduğu açıkça ifade edildiğinden bu görüşe katılmakla birlikte; ihtiyati tedbiri talep eden kişiden de, “bu tedbir sebebiyle bir takım zararların doğması mümkün olduğundan”

⁴⁵ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.474.

⁴⁶ Anılan eleştir için bkz. SARAÇ, Tahir; s.227: tasarıda yapılması planlanan değişiklik ile bu tartışmanın son bulması kuvvetle muhtemeldir.

⁴⁷ Bu yollama tasarınının 80' inci maddesinde aynen muhafaza edilmiştir.

⁴⁸ ARKAN, Sabih; C.II, s.227.

⁴⁹ Tasarıda bu hususta bir değişiklik yapılmamıştır.

⁵⁰ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.575:anılan tartışma patentler için yapılmış ise de patent ve markalar hakkındaki düzenlemeler paralel olduğundan markalar içinde aynı tartışma geçerlidir. Bu tartışma için bkz. SARAÇ, Tahir; s.229-231: ARKAN, Sabih; C.II, s.228.

⁵¹ Tasarıda etkinliği amaçlanan hususun “dava sonucunda verilen hüküm” olduğu vurgulanmıştır.

teminat istenebileceğini değerlendiriyoruz. Bu durumda ihtiyati tedbiri talep eden kişiden istenecek teminat hakkında HUMK' nun 110' uncu maddesi uygulanır⁵². Mütecevizin mahkemenin teminat kararını yerine getirmemesi halinde HUMK 113/A maddesi uygulanır.

HUMK 111' inci maddesi, aleyhine tedbir kararı verilmiş olan tarafın talebiyle, davaya bakan mahkemenin “icap ve vaziyete göre” ihtiyati tedbiri değiştirebileceğini veya kaldıracabileceğini hüküm altına almıştır. İhtiyati tedbir kararları “sınırlı maddi anlamda kesin hüküm etkisine” haiz olduklarından, ihtiyati tedbir nedeninin değişmesi, marka hakkının koruma süresinin dolması veya yeni delillerin ortaya çıkması hallerinde durumun değiştiği kabul edilip, ihtiyati tedbir değiştirebilir veya kaldırabilir. Ancak, hasmın göstereceği teminat ile verilen ihtiyati tedbirlerin kaldırılması hususunda; ihtiyati tedbirlerin, ihtiyati hacizlerin aksine para dışındaki talepleri temin etmeye yönelik oldukları da nazara alınarak ve hasmın teminat göstermesi karşılığında tedbirin kaldırılmasının ihtiyati tedbir ile güdülen amaca aykırı düşebileceği de değerlendirilerek çok hassas karar verilmelidir⁵³.

İhtiyati tedbirin ifaya yönelik bölümlerini, asıl talebin zamanından önce çözülmesi yasağını esas alarak geçersiz kabul eden bir takım görüşlere rağmen, bizim de katıldığımız görüşe göre bu şekilde bir geçersiz sayma, hasmın menfaatlerinin tek yanlı bir biçimde öne çıkmasına sebep olacağından ve hukuk devleti ilkesinin adaleti gerçekleştirme ilkesi ile çelişeceğinden uygun mütalaa edilemez⁵⁴. Böylece usul hukukuna egemen olan, davanın esasını çözümleyecek biçimde ihtiyati tedbir kararı verilemez ilkesi de yumuşatılmış olmaktadır⁵⁵.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de ihtiyati tedbir talepleri ile ilgili olarak hangi mahkemelerin yetkili olduğunu belirleyen bir düzenleme mevcut değil ise de, 78' inci maddedeki “...ihtiyati tedbirlerle ilgili diğer hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır” hükmü mevcuttur.

İhtiyati tedbirle ilgili olarak görevli ve yetkili mahkeme, talebin esas hakkındaki dava açılmadan önce veya dava ile birlikte yapılması hallerine göre ayrı ayrı belirlenmektedir⁵⁶. HUMK' nun 104/1'inci maddesi gereğince esas hakkında dava açılmadan önce ihtiyati tedbir

⁵² KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.575.

⁵³ DEREN YILDIRIM, Nervis; İhtiyati Tedbir, s.206.

⁵⁴ anılan tartışma için bkz. DEREN YILDIRIM, Nervis; İhtiyati Tedbir, s.200 – 201; DEREN YILDIRIM, Nervis: Doçentlik Tezi, s.9 -11.

⁵⁵ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.473.

⁵⁶ ARKAN, Sabih; C.II, s.228.

talebinde bulunulması halinde, bu tedbirin en az masrafla nerede yerine getirilmesi mümkünse o yer mahkemesinden veya esas hakkında davaya bakmaya yetkili yer mahkemesi yetkili olacaktır. Bu kadar çok yetkili mahkeme olması, bir ihtiyati tedbir kararı elde edilinceye dek birçok mahkemeye başvurmak şeklinde hakkın kötüye kullanımına sebep olacağı ve olumlu ve olumsuz yetki uyuşmazlıklarına zemin hazırlayacağı düşünceleriyle eleştirilmiştir⁵⁷. Ayrıca, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 63/1' inci maddesi⁵⁸ ile öngörülen, davacının ikametgâhının olduğu veya suçun işlendiği ya da tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemeler, aynı zamanda ihtiyati tedbirin en az masrafla ve en çabuk ifa olunacağı yerler olacağından, bu hükmün pratik bir değeri olmadığı da belirtilmektedir⁵⁹. Esas hakkındaki dava açıldıktan sonra ihtiyati tedbir talebi ancak HUMK'nun 104/2'inci maddesine göre esas hakkındaki davaya bakmaya yetkili mahkemeden talep edilebilir.

İhtiyati tedbir taleplerinde görevli mahkemeler, dava açılmadan önce de, sonra da 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 71/1' inci maddesi gereğince, Adalet Bakanlığınca kurulacak ihtisas mahkemeleridir.

§ 2. GÜMRÜKLERDE EL KOYMA

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 79/1' inci maddesi ile “hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturmaya nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabileceği” hüküm altına alınmıştır⁶⁰. Bu yolla, taklit markalı malların uluslararası ticareti ve bu malların iç ve dış piyasaya dağıtımını, daha başlangıç aşamasında durdurulmuş olacaktır⁶¹. Zira fikri ve sınâî hakların etkin bir şekilde korunmasında, taklit olabilecek malların ticaretinde sınır kontrollerine dönük önlemlerin alınması ayrı bir önem taşır⁶². Nitekim insan ve malların bir ülkeye girişinin ilk, çıkışının ise son mekânı olması

⁵⁷ patentler için geçerli olan bu fikir hükümlerindeki paralellik sebebiyle markalarda da aynen uygulanır. Tartışma için bkz.DEREN YILDIRIM, Nervis; Doçentlik Tezi, s.30.

⁵⁸ Tasarıda hüküm aynen muhafaza edilmiş ancak maddenin başlangıcındaki “marka sahibi tarafından” ibaresi yerine “tecavüz sebebiyle dava açmaya yetkili olan kişi tarafından” ibaresi kullanılmıştır.

⁵⁹ ARKAN, Sabih; C.II, s.228.

⁶⁰ Tasarının “Gümrüklerde El Koyma” başlıklı 81' inci maddesi “Hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturan aynı veya benzer markalı eşyaların ithalat, ihracat, transit ve benzeri gümrük rejimleri altında gümrüğe sevki veya bir serbest liman veya bölgeye yerleştirilmesi halinde bu eşyalara gümrüklerde, serbest liman ve bölgelerde el koyma ile ilgili hususlarda Gümrük mevzuatı hükümleri uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁶¹ ARKAN, Sabih; C.II, s.228; MERAN, Necati; Marka Hakları ve Korunması, 2004, Ankara; s.257.

⁶² ERGÜN, Mecvi; Türkiye’deki Marka Hakkına Tecavüz Davaları, “Marka Koruması” Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 1998, İstanbul, (Marka Hakkına Tecavüz), s.170.

sebebiyle gümrük kapılarının kontrolü taklit malların uluslar arası ticaretini büyük oranda etkilemektedir⁶³.

Madde metninde kullanılan “ihtiyati tedbir niteliğinde” ibaresinin, kastedilen işlemin idari işlem niteliğinde olmak üzere taklit markayı taşıyan malların geçici olarak yurda girişinin veya yurttan çıkışının engellenmesi olduğundan; “gümrük idareleri tarafından... el konulacağı” ibaresi ile ifade edilmek istenen hususun, gümrük idareleri tarafından taklit malların yurda giriş veya çıkışlarında yapılması gereken işlemlerin bir süre durdurulması olduğundan, isabetli olmadığı yönündeki görüşe⁶⁴ katılmaktayız. Nitekim konuya ilişkin olarak TRIPs’ in 51/1’ inci maddesi de “malların girişinin ertelenmesi” ibaresini tercih etmiştir⁶⁵. Ayrıca işaret etmek gerekir ki; TRIPs taraflarına, taklit malların ülkeye girişinin ertelenmesi gerektiği yönünde bir düzenleme yapma zorunluluğu getirdiği halde, bu malların ülkeden çıkışı ile ilgili bir tedbir alma yükümlülüğü getirmemiştir⁶⁶. Ancak yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere mevzuatımızda, giriş ve çıkış arasında bir fark gözetilmemiştir.

Bu şekilde gümrük idareleri tarafından yapılacak el koyma, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 79/1’ inci maddesinde ithalat veya ihracat sırasında uygulanabileceğinden, kısmi ihracat ve kısmi ithalat işlemi olan transit geçişlerde de yapılabilecektir⁶⁷. Nitekim aksi yönde yapılacak yorum, Türkiye Cumhuriyeti’ nin TRIPs’ den kaynaklanan “üretilmesi yahut pazarlanması marka hakkına tecavüz teşkil eden malların ticaret kanalına girmesinin önlenmesini” öngören yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olabileceği gibi; kanun koyucunun marka hakkına tecavüz edilenin markaya tecavüz halinde kullanabileceğini öngördüğü enstrümanlardan istifade etme olanağının da elinden alınması sonucunu doğurabilecektir. Nitekim TRIPs’ in 44’ üncü maddesine göre adli mercilere, fikri

⁶³ ATEŞ, Mustafa; s.35.

⁶⁴ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1217: Tasarının aynı hususu düzenleyen 81’ inci maddesinde “ihtiyati tedbir niteliğinde” ibaresi kullanılmamıştır.

⁶⁵ ATEŞ, Mustafa; s.37.

⁶⁶ ATEŞ, Mustafa; s.38.

⁶⁷ “Marka sahibinin izni olmadan bu markayı taşıyan taklit malların transit geçişinin tecavüz oluşturacağına öğretide kabul edilmesine; markayı veya ayırt edilemeyecek benzerini kullanarak markanın taklit edildiğini bilen veya bilmesi gerekenlerin bu ürünleri ticari amaçla elde bulundurmanın da, marka hakkına tecavüz oluşturduğuna; marka taklit edilerek ürünü ticari amaçla bulunduran kişi, ayrıca tazminat ödemekle yükümlü bulunmasına; Türkiye’ nin de taraf olduğu TRIPs anlaşmasının taraf ülkelere, marka hakkı ihlallerine neden olan malların hak sahiplerinin zarar görmesini engelleyecek biçimde ticaret kanalları dışına çıkarılması yükümlülüğünü öngörmesine göre, marka sahibinin izni olmaksızın marka taklit edilerek üretilen sahte ürünleri bulundurmanın ve yurt dışı etme faaliyetlerinin suç ve markaya tecavüz olduğu değerlendirilmelidir.” 11. H.D. 01.04.2004, E.8321-3406K. (Yargıtay Kararları Dergisi, C.30, S.10, Ekim 2004, s.1549-1551)

mülkiyet hakkını ihlal eden tarafı bu ihlalden “men” etme yetkisi verilmelidir. Avrupa Adalet Divanının 06.04.2000 tarihli kararı da, gümrük mevzuatı ve sınır önlemlerinin transit taklit ürünler bakımından da tereddütsüz uygulanması gerektiği yönündedir⁶⁸. Öte yandan, ülkesellik prensibi bakımından serbest bölgelerin de ülke sınırları içinde kabul edilmesi gerektiğinden, burada faaliyet gösteren işletmeler bakımından tescilli markaların kullanılması ve korunması bakımından bir muafiyet tanınmamıştır⁶⁹. Her ne kadar Yargıtay yukarıda açılanan⁷⁰ Bahman kararı ile bu konuda ayırık bir yorum getirmiş ise de, kanaatimizce Yargıtay’ın sonraki aksi kararları daha isabetlidir⁷¹.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 79/1’inci maddesi ile “el koyma ile ilgili uygulama bu konuda çıkarılacak mevzuatta düzenleneceği” belirtilmiştir. Bu kapsamda, 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 57’nci maddesi ile, bu kanuna dayanılarak çıkarılan Gümrük Yönetmeliğinin 105 -111’inci maddeleri, fikri ve sınaî haklara tecavüz halinde gümrük idarelerince uygulanacak önlem ve yaptırımları düzenlemektedir.

Gümrük Kanunu’nun 57’nci maddesi ile tescilli markanın korunması yönünden, iki farklı tedbir öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, marka mevzuatına göre marka sahibinin haklarına tecavüz teşkil eder nitelikteki eşyanın gümrük işlemlerinin, hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine durdurulmasıdır. İkinci tedbir ise, söz konusu eşyanın, sahte eşya tarifine uyduğuna dair açık delillerin bulunması halinde gümrük işlemlerinin idare tarafından re’sen durdurulması halidir⁷².

Gümrük Kanunu’nun 57’nci maddesi ile öngörülen ilk tedbir olan, marka mevzuatına göre marka sahibinin haklarına tecavüz teşkil eder nitelikteki eşyanın gümrük işlemlerinin, hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine durdurulması işleminin yapılabilmesi için, marka hakkı sahibi tarafından henüz gümrüğe gelmemiş sahte eşyanın tanınmasına imkân verecek şekilde yeterli bilginin ilgili gümrük idaresine sunulması gerekir. Bu suretle gümrük idaresi harekete geçirilecektir. Yönetmeliğin 107’inci maddesine göre, hak sahibinin başvuru dilekçesinde 30 günü geçmeyecek şekilde gümrük idaresinin harekete geçeceği süreyi tam olarak belirtmesi gerekecektir. Başvuru dilekçesi ile birlikte, başvuranın imzalaması zorunlu kılınan yönetmelik ekinde bulunan matbu taahhütname ile gümrük

⁶⁸ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.579.

⁶⁹ 11.H.D. 13.02.2004, E.2003-13968/K.1201 (FMR, C.4, S.2004/2, s.113 -116).

⁷⁰ Bkz.s.14.

⁷¹ Tasarıdaki yukarıda değinilen düzenleme ile bu tartışma konusuz kalacaktır.

⁷² YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1218.

görevlilerinin - kasıt ve ağır kusura dayalı fiilleri yönünden hiçbir ayırım gözetilmeksizin - tüm fiil ve işlemlerinden doğan tazminat ve sair ödemeleri başvuranın üstlenmesini öngören sorumsuzluk halinin, BK' nun 100' üncü maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁷³. Ayrıca işaret etmek gerekir ki, TRIPs' in 48/2' inci maddesi “fikri hakların uygulanması ve korunması ile ilgili yasaların uygulanması sırasında, bu uygulamayı yapan kamu mercileri ve görevlilerinden iyi niyet kurallarına uygun eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı, öngörülen tazminata muhatap kılınmayabilecekleri” hükmünü içermektedir. Bu hüküm gereğince, gümrük görevlisinin, iyi niyetli olmaksızın yaptığı bir eylem veya işlemi ile taraflardan birine verdiği zarardan sorumlu olması, iyi niyetle yaptığı eylem ve işlemlerden ise mesul olmaması gerekmektedir⁷⁴.

Gümrük Kanunu'nun 57' nci maddesi ile öngörülen ikinci tedbir olan, söz konusu eşyanın, sahte eşya tarifine uyduğuna dair açık delillerin bulunması halinde gümrük işlemlerinin idare tarafından re'sen durdurulması halinde, gümrük müdürlüğü biliniyorsa hak sahibine geçerli bir başvuruda bulunmasını teminen 3 iş günü boyunca söz konusu eşyanın işlemlerini durdurmaya ve eşyaya el koymaya yetkili kılınmıştır.

Madde metnindeki “açık delil” ibaresi yerine, TRIPs' in 58' inci maddesinde “aksi kanıtlanmadığı sürece doğru kabul edilen deliller” terimi kullanılmıştır⁷⁵. Kanaatimizce, mevzuatımızdaki “açık delil” ibaresi, TRIPs' deki düzenlemeden daha geniştir. Ancak bu genişletici düzenlemenin sınırları kesin olmadığından, gümrük görevlilerinin herhangi bir delili açık delil kabul ederek herhangi bir malın, ihraç veya ithalini en az üç gün süre ile geciktirme yetkisini elinde bulundurmalarına olanak yarattığını değerlendiriyoruz. Her ne kadar, bu şekilde kötü niyetli bir eylem sebebiyle mağdur olan mütecaviz olmayan mal sahibinin dava açma imkânı mevcut ise de; gümrük görevlilerinin kötü niyetli olduklarını ispat yükü davacı üzerlerinde olacağından sonuç alınması güçtür. Öte yandan uluslar arası ticarete, bu kısa sürede, pek çok fırsat kaçırılabilir ve bu durum büyük zararların doğmasına sebep olabilecektir. Bu sebeplerle kanaatimizce, “açık delil” ibaresi yerine, TRIPs' deki “aksi kanıtlanmadığı sürece doğru kabul edilen delil” teriminin kullanılması daha yerinde olurdu.

⁷³ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.580.

⁷⁴ ATEŞ, Mustafa; s.29.

⁷⁵ ATEŞ, Mustafa; s.39.

Marka hakkı sahibinin eşyanın sahteliğini tespit edebilmek için eşyadan numune alabilmesi için öncelikle gümrük idaresi tarafından durdurma kararı verilmesi gerekmekte ise de, uygulamada genellikle numune talepleri gümrük idarelerince ivedilikle karşılanmakta marka hakkı sahibinin sahteliği teyit etmesine müteakip durdurma kararı verilmektedir⁷⁶.

Gümrük Kanunu'nun 57/2' nci maddesi ile "gümrük idarelerinin olayın özelliğine göre ihracatçının veya kamunun hakkını güvenceye almak ve suiistimali önlemek amacıyla başvuru sahibinden eşyanın kıymeti oranında bir teminat isteyebileceği" belirtilmiştir. Bu hüküm, TRIPs' in 53/1 maddesindeki "yetkili mercilerin, eşya sahiplerini ve kendilerini korumak ve suiistimali önlemek üzere başvuru sahibinden teminat yatırmasını isteyebileceği" yönündeki düzenlemenin iktibas niteliğindedir. Gümrük Yönetmeliği'nin 107' nci maddesi ile teminat miktarının eşyanın CIF kıymeti kadar olacağı hükme bağlanmıştır.

Gümrük işlemlerinin durdurulması talebi gümrük idaresince kabul edilirse, Yönetmeliğin 109' uncu maddesi uyarınca, gümrük idaresi gerekli işlemleri yapar. Gümrük idaresi, gümrük işlemlerinin durdurulması için şartların oluşmadığı sonucuna ulaşması halinde talebi reddeder. Bu red kararına itiraz edilebileceği belirtilmiş olmakla birlikte itiraz mercii gösterilmemiştir. Bu karara karşı idari dava yolunun açık olduğu hususunda şüphe yok ise de, itiraz sonuçlanıncaya kadar geçecek zaman da nazara alınır, itirazın lehe sonuçlanması dahi artık amaca hizmet etmeyecektir⁷⁷.

Gümrük idarelerindeki tedbir, el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde esas hakkında ihtisat mahkemesinde dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkar (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 79/3). Burada dikkati çeken husus; tedbirin devamı için mahkemeden yeni bir ihtiyati tedbir kararı alınması kanun ile öngörülmediği halde, Gümrük Yönetmeliğinin 109' uncu maddesi ile tedbirin devam edebilmesi için 10 günlük süre içinde dava açılıp yine aynı sürede ihtiyati tedbir kararının alınması gibi, gerek TRIPs' e, gerek 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye ve gerekse Gümrük Kanunu'na aykırı hüküm getirilmiş olmasıdır. Gümrük Yönetmeliğindeki anılan düzenleme sebebiyle, marka hakkı sahibinin el koyma kararının tebliğinden itibaren 10 gün içinde malların sahteliğini tespiti, mahkemeye müracaatı, mahkemenin duruşma yaparak ve bilirkişi dinleyerek ihtiyati tedbire karar vermesi

⁷⁶ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.580.

⁷⁷ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1221.

olanaklı olmadığından, uygulamada gümrük idarelerince sürekli el koyulan malların ihtiyati tedbir kararı getirilmediğinden bahisle serbest bırakıldığı ifade edilmektedir⁷⁸.

Gümrük Kanunu'nun 57' inci maddesi ile, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 79' uncu maddeleri aynı anda değerlendirildiğinde, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9' uncu maddesindeki tüm tecavüz durumları gümrüklerde el koyma işlemine konu olabilir. Ancak dikkat edilmelidir ki; marka taklidi hususunda yasa koyucu, gümrük idarelerine re'sen müdahale hakkı tanımıştır.

Gümrük Yönetmeliğinin 105' inci maddesinde “sahte eşyanın tamamlayıcıları”, “sahte veya telif hakkına tabi taklit eşyanın kalıp ve matrisleri” terimlerinin tanımlanmış olduğu ve 106' ıncı maddesinde ise bu tanımların kapsamında kalan eşyanın da gümrük işlemlerinin talep üzerine veya re'sen durdurulacağı hüküm altına alındığından, yalnız taklit markayı taşıyan mallar değil, bunların etiket ve ambalajı gibi tamamlayıcılarına da gümrüklerde el koyma işlemi uygulanabilir⁷⁹.

Gümrük Kanunu'nun 57/5' inci maddesi uyarınca, gümrük işlemleri durdurulan eşya hakkında mahkemenin vereceği karara uygun olarak, taklit markalı ürünler Gümrük Yönetmeliğinin 111' inci maddesine göre tasfiyeye tabi tutulacaktır⁸⁰. Gümrük Yönetmeliğinin 111' inci maddesi uyarınca, yetkili mahkemenin ya imhaya ya da asli nitelikleri değiştirildikten sonra eşyanın eşya sahibine veya Devlete terk edilmesine karar verilmesi öngörülmüştür⁸¹. Bu hususta, TRIPS' in 46' ıncı maddesindeki kusur veya zarar şartı öngörülmeleyen “tecavüze konu ürünlerin üretiminde kullanılan materyal teçhizat ile birlikte hak sahibine maddi külfet getirilmeksizin ve zarar görmelerini engelleyecek şekilde ticaret kanallarının dışına çıkartılması gerektiği” ve “marka ve etiketlerin sökülmesinin markanın niteliklerinin değiştirilmesi için yeterli kabul edilemeyeceği” yönündeki hükümler, yetkili mahkemece nazara alınarak tasfiye tür ve usulünün açıkça hükme bağlanması gerekmektedir⁸².

⁷⁸ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.580.

⁷⁹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1220; KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.581.

⁸⁰ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1221.

⁸¹ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.581.

⁸² KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.582.

Bu şekilde gümrüklerde el konulacak eşyaların, mülkiyetinin veya zilyetliğinin tecavüzcüde veya üçüncü bir kişide bulunması el koyma işlemi engellemez⁸³ ise de, kendi tüketimi için elinde bulunduran nihai tüketicide bulunan veya seyahat eden kişilerin beraberinde getirdiği zati ve ticari niteliği bulunmayan hediyelik eşyalar⁸⁴ el koyma işlemine tabi tutulamazlar⁸⁵.

§ 3. DELİLLERİN TESPİTİ

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin sistematüğinde, marka hakkına tecavüz halinde açılacak hukuk davaları ve yapılabilecek talepler 62' nci madde ile belirlenmiş iken, aynı KHK' nin 75' inci maddesinde bu madde kapsamında yer verilmeyen “delillerin tespiti “ adı altında bir talep türü daha öngörölmüştür⁸⁶.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 75' inci maddesi, “marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir.” hükmünü içermektedir. Delillerin tespiti, ileride açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin, belirli koşullar altında, zamanından önce toplanıp güvence altına alınması için öngörölen bir kurumdur⁸⁷.

5194 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 75' inci maddesinin başlığı “delillerin tespiti davası” iken, bu değişiklik ile “dava” ibaresi başlıktan çıkartılmıştır. Bu değişiklikten önce, bu hükümde esasen bir davadan bahsedilmek istenmediği, yanlış bir ifade kullanılması sonucunda bu şekilde kaleme alındığı yönündeki görüşlere⁸⁸ karşılık; bu hüküm ile HUMK' nun 368 – 374' ncü maddelerinde ifade edilen delillerinden tespitinden farklı olarak, başka bir mahkemece sonradan inceleme konusu yapılamayan, temyiz edilebilir, “delillerin tespiti davası ” adı altında tamamen yeni bir tespit davası Türk Hukuku'na girdiği⁸⁹ yönünde görüşlerin varlığı sebebiyle doktrinde bir fikir birliği mevcut değildi. Nitekim Yargıtay da yeni bir davanın Türk Hukuku'na girdiği

⁸³ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.475.

⁸⁴ ATLI, Mithat Serdar; Marka Türleri ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, İzmir, s.140.

⁸⁵ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.476.

⁸⁶ Tasarının 77' inci maddesi ile hüküm aynen muhafaza edilmiştir.

⁸⁷ ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz s.168.

⁸⁸ ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz, s.168; patentlerle ilgili olarak, ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal; s.176: YURTSEVER, Şaziye; Patent Hukuku Koruması ve İlgili Mevzuat, 1999, s.63.

⁸⁹ ARKAN, Sabih; C.II, s.232: TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.456.

düşüncesindeydi⁹⁰. Yapılan bu düzenleme ile, hüküm altına alınan deliller kararın kesinleşmesi ile tartışma konusu yapılamayacağından, ileride açılacak eda davasının daha çabuk sonuçlanmasını sağlayacak kesin hükme ulaşması imkânı, hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin elinden alınmış olmaktadır⁹¹. Bu sebeple düzenlemenin yerinde olmadığı yönündeki görüşe⁹² iştirak etmekteyiz. Ayrıca yapılan değişiklik ile bu hüküm, HUMK’ nun 368 – 374’ ncü maddelerinin bir tekrarı niteliğinde kalmıştır.

Bu yolla tespiti istenebilecek deliller yukarıda sayılan tecavüz fiillerinin varlığını ortaya koyan her türlü delil olabilecektir.

Delillerin tespitini, bu hususun tespitinde menfaati olan marka sahibi ile 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 73’ inci maddesindeki koşulların oluşması halinde lisans alan talep edebilir⁹³. Ancak talepte bulunulurken mahkemeye delil tespiti koşullarının varlığı hakkında, bu istemin haklılığını ortaya koyan nedenlerin açıklanması gerekir⁹⁴.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 78’ inci maddesine⁹⁵ göre “tespit talepleri ile ilgili diğer hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacağı” hükmolunduğundan, hukukumuzdaki delillerin tespitine ilişkin genel hükümlerden yararlanılacaktır.

§ 4. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN MEVCUT OLMADIĞI HAKKINDA DAVA

Kimi zaman yatırımcılar, markanın – kime ait olduğu, üçüncü bir kişinin marka üzerinde bir hakka sahip olup olmadığı, markanın mirasla geçip geçmediği gibi⁹⁶ - bir ihtilafa konu olması sebebiyle yapacakları ticari veya sınaî faaliyetin bir marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığı hususunda tereddütte kalabilirler. Bu tür bir belirsizlikten kurtulabilmek için ve söz konusu marka ile ilgili bir alanda bir işlem yapacak veya girişimde bulunacak kimselerin ileride bir dava ile karşılaşmasını önlemek amacıyla 556 Sayılı Kanun

⁹⁰ 11. H.D.’ nin 30.01.1997 tarih ve 1996/8836 E. 1997/424 K. sayılı kararı, (ARKAN, Sabih; C.II, s.233’ den)

⁹¹ SARAÇ, Tahir: s.241.

⁹² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.457; KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.568.

⁹³ ARKAN, Sabih; C.II, s.232: Tasarıda lisans alanın dava açma hakkı 75’ inci madde ile düzenlenmiştir.

⁹⁴ ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz, s.169.

⁹⁵ Tasarıda 80’ inci madde ile düzenlenmiştir.

⁹⁶ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.472.

Hükmünde Kararname'nin 74'üncü maddesi ile bu kişilere “tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava” adıyla ifade edilen davayı açma hakkı tanınmıştır⁹⁷.

Bu dava bir menfi tespit davası niteliğinde olduğundan, hukuki ilişki niteliğinde bulunan marka hakkına tecavüzün var olmadığının kesin olarak tespitini amaçlar⁹⁸.

Menfaati olan herkes, marka sahibine karşı dava açarak, fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini talep edebilir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 74/1). Bu davanın açılmasından önce, kendisinin Türkiye'de giriştiği veya girişeceği sınaî faaliyeti sonucu üretilen ürünlerde kullanacağı markanın, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hakkında, marka sahibinden görüşlerini bildirmesini noter aracılığı ile talep eder(556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 74/2). Bu talebin marka sahibine tebliğinden itibaren bir ay içinde marka sahibinin cevap vermemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi kişi tarafından kabul edilmemesi halinde, menfaat sahibi birinci fıkraya göre dava açar (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 74/3). Bu dava, marka hakkına tecavüzden dolayı kendisine karşı dava açılmış bir kişi tarafından açılmaz (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 74/4). Dava, marka üzerinde hak sahibi bulunan ve Marka Siciline kayıt edilmiş olan bütün hak sahiplerine tebliğ edilir(556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 74/5) ve markanın hükümsüzlüğü davasıyla birlikte de açılabilir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname son md.).

Diğer menfi tespit davalarından farklı olarak, bu davanın açılması için davalı tarafından daha önce bir hakkın varlığının iddia edilmesine gerek yoktur⁹⁹ ve bir eda davasının açılabileceği hallerde de ikame edilebilir¹⁰⁰. Ayrıca marka hakkı sahibine görüşlerinin sorulması, bir dava şartı niteliğindedir¹⁰¹.

⁹⁷ ARKAN, Sabih; C.II, s.231: Bu düzenleme tasarının 762 inci maddesi ile aynen muhafaza edilmiş, ancak davanın kişilerin “Türkiye'de giriştiği veya girişeceği sınaî faaliyeti sonucu üretilen eşyalarda veya sağlanan hizmetlerde kullanacağı marka” ile ilgili olarak açılabileceği hüküm altına alınmıştır.

⁹⁸ ERGÜN, Mevci; Patentten Doğan Haklara Tecavüz Olmadığının Tespiti, FMR, C. 2004/3, S.4, s.36.

⁹⁹ ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal; Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s.179 – 180.

¹⁰⁰ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.472.

¹⁰¹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.472.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKAYA İLİŞKİN HUKUK DAVALARI VE HAK SAHİBİNİN TALEPLERİ

§ 5. DAVALAR

Marka hakkının tecavüze uğraması halinde, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62' inci maddesi¹⁰² hak sahibinin mahkemedен:

- a) Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması,
- b) Tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazmini,
- c) Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması,
- d) El konulan bu ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması,
- e) Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası,
- f) Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması,

¹⁰² Tasarının bu hususu düzenleyen 64' üncü maddesi

“Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi mahkemedен, aşağıdaki taleplerde bulunabilir;

a) Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması,

b) Kusur varsa maddi ve manevi zararın tazmini,

c) Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulması,

d) Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması; özellikle (c) bendi uyarınca el konulan eşya ile araç, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması veya masrafları sahibinden tahsil edilmek üzere bunlar üzerindeki markaların silinmesi ya da imhası,

(c) bendi uyarınca el konulan eşya ile araç, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması talebinin tazminat talebi ile birlikte yapılması halinde bunların değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir.

e) Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak ilgililere tebliğ edilmesi veya kamuya yayım yoluyla duyurulması” şeklinde düzenlenmiştir.

taleplerinde bulunabileceğini belirtmiştir.

Ayrıca bu özel düzenlemeler dışında, marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, marka hukuku bakımından genel hüküm niteliğindeki TK' nun haksız rekabetle ilgili hükümlerine dayanabilecektir. Bu kapsamda, marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, TK' nun 58' inci maddesine dayanarak, tecavüzün tespitini talep edebilir.

I- TESPİT DAVASI

Tespit davası, bir hukuki ilişkinin müspet ya da menfi surette mevcut olup olmadığının belirlenmesi için açılan davalardır¹⁰³.

Tespit davaları, Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu' nda açıkça bir düzenleme konusu yapılmamıştır¹⁰⁴. Öte yandan, MK' nun 25, İİK' nun 69, HUMK 519, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu' nun 15, TK' nun 58/a maddeleri gibi özel kanun hükümlerinde tespit davaları göze çarpmaktadır. Türk doktrini ise, tespit davasının caiz olduğu hususunda tam bir fikir birliği içindedir¹⁰⁵.

Yargıtay da, tespit davalarının caiz olduğunu kabul etmenin ötesinde, verdiği kararlarla uygulamanın Türk doktrininde hâkim görüşe uygun olarak yön bulmasını sağlamıştır. Bu anlamda uygulama, sanki tespit davalarını düzenleyen genel bir kanun hükmü varmış gibi gelişmiş ve istikrar kazanmıştır¹⁰⁶.

Eda davalarında davacı lehine verilen hüküm, cebri icraya konu olabilmekte iken, tespit davalarında icra kabiliyetinden bahsedilemez. Tespit davası neticesinde verilen hüküm, yalnızca davacının bir hakkı olup olmadığı, varsa bu hakkın içeriği ve kapsamı hususunda bir kesin hüküm içermektedir¹⁰⁷. Esasen eda davası, tespiti ve edayı içine alan iki bölümlü bir dava olarak nitelenebilir. Tespit davasındaki tespit hükmünün, aynı zamanda eda davasının ilk bölümünü oluşturması sebebiyle, tespit davası için “eda davasının öncüsü” adlandırması yapılmaktadır¹⁰⁸.

¹⁰³ KURU, Baki; Tespit Davaları, (Tespit Davaları) Ankara 1963, s.21-22. KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 2001 İstanbul, (Usul), s.1409.

¹⁰⁴ KURU, Baki; Usul s.1410.

¹⁰⁵ KURU, Baki; Usul s.1411.

¹⁰⁶ KURU, Baki; Usul s.1411.

¹⁰⁷ KURU, Baki; Tespit Davaları, s.103-105; KURU, Baki; Usul, s.1412.

¹⁰⁸ KURU, Baki; Usul, s.1412.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile özel bir tespit davası öngörülmemiş; buna karşılık, yukarıda açıklandığı gibi 74' üncü maddesinde menfi tespit davası niteliğinde olmak üzere "tecavüzün mevcut olmadığı hakkında davadan" ve 75' inci maddesinde "delillerin tespiti" başlığı altında HUMK' nun 368 ve devamı maddelerinde yer alan, delillerin yok olması tehlikesine karşı güvence alınması amacıyla yönelik bir müesseseden bahsedilmiştir¹⁰⁹. Ancak her iki düzenleme de, Türk Ticaret Kanunu' nun 58/1 maddesinde ifadesini bulduğu şekilde, bir haksız rekabetin mevcut olduğunun tespiti amacıyla hizmet edemez.

Marka hakkına tecavüzün de bir haksız rekabet hali olduğu nazara alınır, marka hakkı sahibinin, marka hakkına bir tecavüzün mevcudiyeti halinde, marka hukuku açısından genel hüküm niteliği taşıyan Türk Ticaret Kanunu' nun 58' inci maddesine dayanarak, tecavüzün tespitini talep edebileceğinin kabulü gerekir¹¹⁰.

Tespit davası açılabilmesinin ilk şartı, hukuki ilişkilerin tespit davasına konu olabilmesidir. Hukuki ilişki, bir kişi ile diğer kişi veya bir mal arasında somut bir olaydan doğan hukuki ilişki olarak tanımlanabilir. Her türlü hukuki ilişki tespit davasının konusunu oluşturabilmekle birlikte, bir hukuki ilişki için önemli olsalar bile maddi vakıalar tek başına tespit davasına konu yapılamazlar¹¹¹. Ancak maddi vakıalar, hukuki ilişki ile birlikte tespit davasına konu edilebilirler¹¹².

Tespit davasının açılabilmesinin ikinci şartı, davacının tespit davasına konu edilen ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukuki yararının bulunmasıdır. Davacının hakkı bir tehlike sebebiyle tehdit edilmiş, bu tehdit sebebiyle davacının hukuki durumuna zarar gelebileceği yönünde bir tereddüt hâsıl olmuş ve tespit hükmü ile bu tehdidin kaldırılması veya ileride doğabilecek muhtemel zararların ikamesi olanaklı kılınacak ise, hukuki yararın varlığından bahsedilebilecektir¹¹³.

Tespit davasının açılabilmesi için normal şartlarda, yukarıda kısaca zikredilen hukuki ilişki ve hukuki yarar şartlarının aranması gerekmekte iken, bu kuralın istisnalarından biri, tespit davasının açıkça kanunda zikredilmiş olması halidir¹¹⁴. Yani bir kanun hükmü ile

¹⁰⁹ DİRİKKAN, Hanife; Tanınmış Markaların Korunması, Ankara 2003, s.302.

¹¹⁰ DİRİKKAN, Hanife; Tanınmış Markaların Korunması, Ankara 2003 (Tanınmış Markalar), s.302.

¹¹¹ KURU, Baki; Usul, s.1418.

¹¹² KURU, Baki; Usul, s.1418.

¹¹³ KURU, Baki; Usul, s.1424 - 1425.

¹¹⁴ KURU, Baki; Usul, s.1454.

açıkça düzenlenen tespit davalarında, hukuki yarar ve hukuki ilişki şartları var sayılır ve mahkemece davanın esasının incelenmesine geçilir¹¹⁵.

Marka hakkına tecavüz eylemlerine karşı, tecavüzün durdurulması, tecavüzün giderilmesi ve tazminat davaları açma olanağının bulunması halinde dahi öncelikle tespit davası açılmasında hukuki yarar olduğu; tecavüzün durdurulması, tecavüzün giderilmesi ve tazminat davalarının fazla masraf ve zaman gerektirmesi sebebiyle ileride açılacak bu tür davalara dayanak teşkil etmek üzere tespit davası açılabileceği gibi, zamanaşımının kesilmesi amacıyla da tespit davası ikame edilebileceği¹¹⁶ ifade edilmiştir. Biz bu durumda hukuki yararın varlığının tartışılmasına gerek olmadığını, marka hakkına tecavüz halinde, yasal dayanağın Türk Ticaret Kanunu' nun 58' inci maddesindeki açık düzenleme olduğunu, düşünüyoruz. Öte yandan marka hakkına tecavüz fiilinin, bir hukuki ilişki niteliğinde olduğu da nazara alınır, hukuki ilişki şartının da mevcut olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Gerçekleşmesi olasılığı olan tecavüz fiillerinin tespiti için, tespit davası açılmasının da mümkün olduğu, bu yolla davalıyı uyarmak ve kendisinin gelecekteki hareket tarzı üzerinde etkili olmak sonucuna ulaşılabilirliği düşünülebilir de; ihtar ve uyarı için başka yol ve yöntemlerin de mevcut olduğunu ve davanın amacının uyarı gibi dar bir yoruma sıkıştırılmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

Tespit davalarında ispat yükü davacıdadır ve davanın açılması ile zamanaşımı kesilir¹¹⁷.

II- TECAVÜZ FİİLLERİNİN DURDURULMASI DAVASI

A- GENEL OLARAK

Tecavüzün durdurulması davası, devam etmekte olan¹¹⁸ bir tecavüze ve bu tecavüz fiilinin yol açtığı – zarar dışındaki - tüm sonuçlara son vermek amacıyla açılan bir eda¹¹⁹

¹¹⁵ KURU, Baki; Usul, s.1454.

¹¹⁶ CENGİZ, Dilek; Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, 1995, İstanbul, s.155.

¹¹⁷ KURU, Baki; Usul, s.1465.

¹¹⁸ ARKAN, Sabih; C.II, s.234; ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz, s.159; ÖZEL, Çağlar; Marka Lisansı Sözleşmesi, 2002, Ankara, s.185.

¹¹⁹ ARKAN, Sabih; C.II, s.234.

davasıdır. Eda davalarında davacı, davalının bir işi yapmaya, bir şeyi vermeye veya bir işi yapmamaya mahkûm edilmesini talep eder¹²⁰.

Tecavüz başlamadan önce, böyle bir tecavüz tehlikesinin mevcudiyeti halinde ikame edilmek üzere TK' nun 58, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 49 ve Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 25' inci maddelerinden farklı olarak, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "önleme davası" adı altında bir davayı düzenlememiş olmasının, TK' nun fikri mülkiyet alanında yaptığı düzenlemeleri yeterli görmeyen kanun koyuncunun, böyle bir davanın açılmasının önüne geçmek gibi bilinçli bir tercihte bulunduğu şeklinde yorumlanması, olağan olmadığından ve niteliği gereği, tecavüz fiillerini durdurmaya yönelik davanın önleme davasını da kapsadığı değerlendirilmelidir¹²¹.

Marka hakkına tecavüzün durdurulması davası tehlikenin veya tecavüz tehlikesinin önlenmesini kapsamakla birlikte, kural olarak, tecavüzün sona ermiş olması halinde açılmaz ise de; tecavüzün etkileri, tecavüzün durmasından sonra da devam ediyorsa ve etkilerin bertaraf edilmesi mütecavizin elinde ise durdurma davası açılabilir¹²².

Marka hakkına tecavüzün durdurulması davası için, tecavüz devam ettiği sürece zaman aşımı işlemeye başlamayacağından¹²³ ve tecavüzün durmuş ve tekrarlanması tehlikesinin bulunmadığı hallerde tecavüzün durdurulması davası açılmayacağından¹²⁴, zaman aşımı söz konusu olmaz.

Bu davanın açılabilmesi için mütecavizin kusuru veya zararın doğmuş olması gerekmeyip, saldırının haksız olması yeterlidir¹²⁵. Taklit markalı mal veya hizmeti satan, dağıtan veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulduran kişiler için, bu davranışının tecavüz teşkil ettiğini bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda dava açılabileceği ifade edilmiş¹²⁶ ise de, aksi durum zaten bir

¹²⁰ KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 1997, Ankara, s.262.

¹²¹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.457: KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.582: YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1221.

¹²² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.457.

¹²³ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.457: ARKAN, Sabih; C.II, s.258.

¹²⁴ ARKAN, Sabih; C.II., s.258.

¹²⁵ ARKAN, Sabih; C.II, s.234: ÖZEL, Çağlar; s.186.

¹²⁶ ARKAN, Sabih; C.II, s.234.

tecavüz hali oluşturmayacağından böyle bir ayırım yapmaya gerek olmadığı kanaatini taşımaktayız.

B- HAK SAHİBİNİN TECAVÜZÜN DURDURULMASI KAPSAMINDAKİ TALEPLERİ

Durdurulması istenebilecek başlıca fiiller: dava konusu işareti taşıyan mal veya hizmetlerin, üretimi, ambalajlanması, stoklanması, satılması, dağıtılması, önerilmesi, sipariş alınması veya başka şekilde ticaret alanına sokulması, ithali, ihracı, ilanlara ve reklâmlara konu edilmesi ile tüm bunlara girişilmesi ve bunlar için hazırlıklar yapılması halleridir ve davanın açılabilmesi için, bu fiillerin başlamış olması şart olmayıp hazırlıklara başlanmış olması - tecavüz tehlikesinin varlığı¹²⁷ - yeterlidir¹²⁸.

Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, markasının tecavüz teşkil edecek nitelikte kazıma, kabartma, baskı, işleme ve buna benzer yöntemlerle¹²⁹ haksız olarak mal veya ambalaj üzerine konulmasının durdurulmasını talep edebilecektir.

Bir malın piyasaya sürülmesi ile tahdidi olmaksızın, herhangi bir yerde satılması, dağıtıcı veya dağıtıcılara verilmesi, posta aracılığı ile alıcılara gönderilmesi, kapıdan satış yapılması, bir fuarda satışa sunulması, bir kampanyanın konusu yapılması gibi fillere işaret edildiğinden hak sahibinin bu fiillerin de durdurulmasını talep etme hakkı vardır.

III-TECAVÜZÜN GİDERİLMESİ DAVASI

A- GENEL OLARAK

Tecavüzün giderilmesi davasının, farklı nitelikte olmaları sebebiyle tazminat davalarının düzenlendiği 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62/b maddesinde düzenlenmiş olması bir isabetsizlik olarak değerlendirilmektedir¹³⁰. Zira tecavüzün giderilmesi davasının konusu, tazminat talebi olmayıp¹³¹, tecavüz nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırı maddi sonuçların ortadan kaldırılmasıdır¹³².

¹²⁷ MERAN, Necati; s.239.

¹²⁸ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.457.

¹²⁹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.458.

¹³⁰ ARKAN, Sabih; C.II, s.240: Tasarıda bu şekilde bir düzenleme mevcut değildir.

¹³¹ ARKAN, Sabih; C.II, s.240.

¹³² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.458:ÖZEL, Çağlar; s.187.

Tecavüzün giderilmesi davası ile tecavüz sebebiyle doğmuş olan haksız sonuçların ortadan kaldırılması amaçlandığından¹³³, tecavüzün önlenmesi ve durdurulması davalarından farklı olarak, tecavüzün tehlike veya başlangıç aşamalarını geçmesi ve haksız işareti kullanan malların üretilmiş olması, ticaret alanına sokulmuş olması, bir sergide teşhir edilmiş olması gibi bir takım sonuçlarını doğurması gerekir¹³⁴. Kimi yazarlar tecavüzün giderilmesini ve önlenmesini aynı kapsamda ele almış¹³⁵ ise de, biz tecavüzün önlenmesi, durdurulması ve giderilmesi davalarının farklı nitelikte olduğu yönündeki görüşlere¹³⁶ iştirak etmekteyiz. Zira farklı aşamalardaki tecavüze müdahale talep edilmektedir. Örneğin, bir fuarda marka ile aynı işareti taşıyan malın teşhirinin önlenmesi *tecavüzün önlenmesi*, teşhir edilen bu malların sergiden çıkartılması *tecavüzün durdurulması*, bu işareti taşıyan malın fuar katoloğundan isminin kapatılması ise *tecavüzün giderilmesi* niteliğindedir¹³⁷. Öte yandan, tecavüzün durdurulması davası ile tecavüzün giderilmesi davalarının aynı anda açılmalarında bir sakınca olmadığı¹³⁸ gibi, genel uygulama da bu yöndedir¹³⁹.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62' inci maddesinin (c), (d) ve (e) bentleri, tecavüzün gerçekleştirilmesi için araç olarak kullanılmış veya markaya tecavüz teşkil edecek şekilde üretilmiş eşyanın, mütecevizin elinden çıkartılması sonucunu doğuracak yaptırımlar belirlemişken, aynı maddenin (b) fıkrası ile "giderme" ibaresi kullanılmasının gereksiz olduğu ileri sürülmüş¹⁴⁰ ise de; burada ifade edilen "giderme" terimi ile 62'nci maddenin (c)-(f) fıkralarında yazılı yaptırımlardan daha geniş bir etkiye sahiptir¹⁴¹. Zira kimi durumlarda, tecavüz fiili, marka sahibini, haksız olan markayı taşıyan ve bu nedenle imha edilmesi gereken ürünlerle karşı karşıya bırakmaz. Örneğin tescilli bir markanın üçüncü kişi tarafından, tecavüz niteliğinde olmak üzere, sahibine inhisari hak tanıyan ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması halinde, işaretin markasal olarak kullanımı gerçekleşmese de bir karıştırma ihtimalinin mevcudiyeti durumunda, bu ticaret unvanının veya işletme adının terkinin gerekecektir¹⁴². Ancak Yargıtay ticaret unvanının başka eklerle kullanılması halinde

¹³³ ÖZEL, Çağlar; s.187.

¹³⁴ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.458.

¹³⁵ ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz, s.173.

¹³⁶ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.458; ÖZEL, Çağlar; s.187.

¹³⁷ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.458.

¹³⁸ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.458; ÖZEL, Çağlar; s.187.

¹³⁹ CAMCI, Ömer; Marka Davaları, 1999, İstanbul, s.136; KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet; s.593.

¹⁴⁰ ARKAN, Sabih; C.II, s.240: Tasarı ileri sürülen bu görüşe uygun olarak kaleme alınmıştır. Bu sebeple artık tecavüzün giderilmesi davası ile amaçlanan neticenin tasarının (c) - (e) fıkraları yoluyla alınması gerekmektedir.

¹⁴¹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1223.

¹⁴² YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1224.

terkine engel olacağı¹⁴³ ve bir ticaret ünvanının terkin edilmeksizin kullanımına engel olunamayacağı¹⁴⁴ görüşündedir.

Davanın açılabilmesi için tecavüzün durdurulması davasında olduğu gibi kusur aranmaz¹⁴⁵. Ancak tecavüzün sonuçlarını doğurmasıyla birlikte zaman aşımı işlemeye başlar¹⁴⁶.

B- HAK SAHİBİNİN TECAVÜZÜN GİDERİLMESİ KAPSAMINDAKİ TALEPLERİ

1- ÜRETİLMESİ VEYA KULLANILMASI CEZAYI GEREKTİREN EŞYA İLE BUNLARI ÜRETMEYE VASITALARA EL KOYULMASI TALEBİ

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62/c maddesi gereğince, marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması talep edilebilir¹⁴⁷.

El koyma, durdurulan tecavüzün maddi sonuçlarını ve etkilerini gidermeyi¹⁴⁸ ve tecavüzün tekrarı tehlikesini kaldırmayı amaçlar. Böylece sadece tecavüzün durdurulması davasının marka sahibini korumaya yetmeyeceği değerlendirmesi yapan kanun koyucu, tecavüzün tekrarlanması tehlikesinin tam olarak bertaraf edilebilmesi için, haksız olarak kullanılan markayı taşıyan mallara ve bu malları üretmeye yarayan araçlara el konulmasının yolunu açmıştır¹⁴⁹.

El koyma, zilyedin rızası olmamasına rağmen, eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır¹⁵⁰.

¹⁴³ GAP Kararı; “markanın, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış olması halinde dahi, ticaret ünvanın çekirdek kelimesini oluşturması, ancak farklı eklerle birlikte kullanılması ticaret ünvanının terkinini engeller” 11.H.D. 24.09.2001, E.5479/K.7121 (YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1152.)

¹⁴⁴ TÖMER Kararı; “Ticaret ünvanının terkinini talep edilmedikçe, hak sahibi tarafından kullanımı engellenemez.” 11.H.D. 03.07.2000, E.5334/K.6307 (YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1151.)

¹⁴⁵ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.458; ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz, s.159.

¹⁴⁶ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.458.

¹⁴⁷ Hüküm tasarinın 64' üncü maddesinin (c) fıkrası ile aynen muhafaza edilmiştir.

¹⁴⁸ ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz, s.166.

¹⁴⁹ ARKAN, Sabih; C.II, s.234.

¹⁵⁰ ALBAYRAK, Mustafa; Markaların Korunması Hakkında KHK'ye Göre Müsadere, FMR, C.2, S.2003/2, (Müsadere)s.15.

Tekinalp, el koyma talebinde bulunulabilmesi için, eşyanın – marka hakkıyla ilgili olarak cezaların belirlendiği- 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ nin 61/A kapsamına giren bir şekilde üretilmesinin veya kullanılması gerekeceğini¹⁵¹, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ nin 61/A maddesinin (c) bendi ile 61’ inci maddedeki fiiller de suç sayıldığından, el koyma işleminin yapılabilmesi için bir tecavüzün varlığı şart olmayıp, suça konu eşyaya ilişkin fiilin cezayı gerektirmesinin yeterli kabul edilmesi sebebiyle, kimlik bildiriminin doğru olmaması, koruma işaretinin kaldırılması, tasarruf yetkisi bulunmadan bazı işlemler yapılması hallerinde de uygulanabileceğini¹⁵² ifade etmiştir. Yasaman ise, madde metninde açıkça “marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi ya da kullanılması cezayı gerektiren eşya ya da bu eşyayı üretmeye yarayan araçlardan” söz ettiğinden ve 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ nin 61/A maddesinin (a) ve (b) bentlerinde marka hakkına bir tecavüz söz konusu olmadığından bu maddeler ile ilgili olarak el koyma talebinde bulunulamayacağını, hükmün sadece 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ nin 61/A-c maddesi çerçevesinde “marka hakkına tecavüz suçu” nedeniyle cezai yaptırıma konu eşya ya da araç gereç hakkında uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁵³. Biz Yasaman’ ın görüşünün kanundaki açık hükmün sınırlayıcılığı karşısında, geniş yorum yapma olanağı olmadığını değerlendirdiğimizden, tercih edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Marka hakkına tecavüz belirli bir emtia üzerine konulma yoluyla değil de, malın ambalajı ya da işletmenin iş evrakı üzerine konulması yoluyla işlenmiş olsa dahi, söz konusu eylem marka sahibinin tekel hakkının ihlali ve 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ nin 9’ uncu maddesi anlamda bir tecavüz teşkil ediyorsa, bu tür markanın basıldığı ambalaj, etiket ve diğer reklâm vasıtalarına ve iş evraklarına da el konulabilir¹⁵⁴. Bu kapsamda, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ nin 61/A maddesinin (a) ve (b) bentleri uyarınca, marka koruması olan bir eşya üzerine konulmuş marka koruması olduğunu gösteren işaretin kaldırılması ve marka hakkının sona ermesine rağmen üretilen eşyaya, ambalajına hukuken korunan bir marka olduğu kanaatini uyandıracak işaretlerin konması hallerinde anılan fiillere konu eşyalar kullanılması cezayı gerektiren eşya kapsamına dâhil olur¹⁵⁵.

¹⁵¹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.468.

¹⁵² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.469.

¹⁵³ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1137.

¹⁵⁴ ARKAN, Sabih; C.II, s.235; YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan;; Marka Hukuku Şerhi II, s.1137.

¹⁵⁵ ARKAN, Sabih; C.II, s.235.

Taklit markayı taşıyan mallar, tecavüzü bilen veya bilmesi gereken – satıcı, dağıtıcı gibi – kişilerin zilyetliğinde ise bu mallara da el koyulması istenebilir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 61/c¹⁵⁶). Fakat nihai tüketici hakkında bu hüküm uygulanmaz. Aynı şekilde, kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınan kişilerin elindeki mallara da el koyulması talep edilebilir(556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 61/f¹⁵⁷).

Ayrıca el koymaya ilişkin hükmün uygulanabilmesi için – hükümde “cezalandırılması halinde” şeklinde bir ibare bulunmayıp, aksine “ceza gerektiren” ifadesi kullanıldığından – bir ceza mahkûmiyeti kararı aramaya gerek yoktur¹⁵⁸. Yani hukuk mahkemesi bu konuda bekletici mesele değerlendirmesi yapmadan karar verebilir.

Üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşyayı üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtaların, münhasıran tecavüzü oluşturan üretimde kullanılan araçları ifade ettiği, taklit olunan marka dışında başka eşyayı da üreten cihaz makinelerin el koyma kapsamında mütalaa edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁹. Biz de bu görüşe katılmaktayız, zira aksine bir yorumla tüm üretim araçlarına el konması şeklinde ortaya çıkacak sonuç ile mülkiyet hakkının özüne zarar verilebileceği gibi, mütecavizi ticaret hayatından tamamen çekilmek zorunda bırakabilecek bir hal dahi zuhur edebilir.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 61/A maddesinin son fıkrası gereğince, marka korumasından doğan haklara tecavüz dolayısıyla üretilmesi cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun müsadereye ilişkin olan 54 ve 55’ inci maddeleri ile 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ilgili hükümleri uygulanır¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Tasarının 9/d maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁵⁷ Tasarının 61/2 maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁵⁸ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.469.

¹⁵⁹ ARKAN, Sabih; C.II, s.235. bu görüş patentler hakkında Anayasa Mahkemesince verilen ve 07.08.1984 tarihli resmi gazetede yayınlanan 08.12.1983 tarih ve 1981/10 E. – 1983/16 K. sayılı kararına dayanmaktadır. Ancak 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK’ nin 137/1-c maddesi “doğrudan doğruya kullanılan araç” ibaresini taşımaktadır.

¹⁶⁰ Tasarıda halen 567 Sayılı TCK’ nun ilgili hükümleri zikredilmiştir.

2- EL KONULAN ÜRÜNLER ÜZERİNDE MÜLKİYET HAKKI TANINMASI TALEBİ

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62/d maddesi¹⁶¹ gereğince, hak sahibi el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınmasını talep edebilir. Bu durumda, söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir.

Talep üzerine mahkemece verilecek mülkiyetin nakli kararı ile, marka sahibi mal üzerindeki mülkiye hakkını her türlü sınırlamadan uzak olarak, aslen iktisap eder¹⁶².

Maddede el konulan ürünlerin bedellerinin tazminat miktarından düşürüleceği belirtildiği halde, araçlar ve makinelerle ilgili bir hüküm getirilmemiş olduğundan araç ve makineler için bu hüküm uygulanamaz¹⁶³.

Öte yandan, tecavüze konu işaretin, malların değil de ambalajın üzerine konulması veya teşebbüsün iş evrakı ile ilan ve reklâmlarda kullanılması halinde de – kusurun var olması şartıyla – mülkiyetin devri talebinde bulunulabilir¹⁶⁴.

Hükümün düzenleniş tarzından, el koyma talebinin, mülkiyetin devri talebi için bir ön şart niteliği taşıdığı gibi bir anlam çıkarılabilir ise de, her iki talebin aynı anda yapılmasına bir engel yoktur¹⁶⁵.

El konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması halinde eşyanın değerinin, tazminat miktarından düşüleceği şeklindeki düzenleme sebebiyle mülkiyet hakkı tanınması yolundaki talebin ancak tazminat talebi ile birlikte yapılması gerektiği yönündeki görüşe¹⁶⁶ karşılık; 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' deki taleplerin birbirinden bağımsız olması sebebiyle bunun bir zorunluluk olmadığı¹⁶⁷, açılan bir eda davasında, ürünler üzerinde

¹⁶¹ Hüküm tasarınının 64/d maddesinde genişletilerek aynen muhafaza edilmiştir.

¹⁶² KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.496.

¹⁶³ ARKAN, Sabih; C.II, s.236. Tasarınının 64/d maddesi "(c) bendi uyarınca el konulan eşya ile araç, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması" şeklinde kaleme alındığından, mülkiyet hakkı tanınması kapsamına araç ve makineler de girer.

¹⁶⁴ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.469.

¹⁶⁵ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.469.

¹⁶⁶ ARKAN, Sabih; C.II, s.237.

¹⁶⁷ ARKAN, Sabih; C.II, s.237.

mülkiyet hakkının devrinin istenebileceği, bu durumda mahkemenin, marka sahibinin ürün bedelini ödemesi halinde, mülkiyetin devri kararı verebileceği ifade edilmiştir¹⁶⁸.

Bu maddede konu edilen tazminattan mahsup işlemi, manevi tazminattan değil - her ikisi de maddi mal varlığına dâhil olduğundan¹⁶⁹ - maddi tazminattan yapılması gerekir¹⁷⁰. Tazminattan yapılan bu indirim, denkleştirme ilkesinin bir görünümüdür¹⁷¹.

3- TECAVÜZÜN DEVAMININ ÖNLEMESİNE YÖNELİK TEDBİRLERİN ALINMASI, MARKALARIN SİLİNMESİ VE İMHASI TALEBİ

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62/e maddesi¹⁷² uyarınca, marka sahibi, mahkemeden, marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebinde bulunabilir.

Bu hükümde, “gerekli tedbirler” kavramı “mülkiyetin devrini” de kapsadığından, mülkiyetin devrine ilişkin (d) bendinin hiç düzenlenmeyip, mülkiyetin devrinin de, gerekli tedbirlerle birlikte hükme bağlanmasının daha isabetli olacağı ifade edilmiştir¹⁷³.

Bu hükmün kaynağını teşkil eden TRIPs 46' daki “mahkemelerin tecavüzü etkin bir şekilde önleyebilmek için tecavüze neden olduğu tespit edilen malların herhangi bir karşılık ödenmeden, hak sahibinin zarar görmesini önleyecek şekilde ticaret kanalları dışına çıkartılmasına veya mevcut anayasal koşullara aykırı olmadığı takdirde imha edilmesine karar verebilecekleri” yönündeki hüküm de nazara alınarak yorumlandığında; alınacak tedbirin, tecavüzü önlemeye ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olması yanında tecavüzün ağırlığı ile de uygunluk taşıması gerektiği ifade edilmiş¹⁷⁴ ve Alman hukukunda da – imha hususunda karar verirken tecavüzün ağırlığını değerlendirmek açısından - uygulamanın bu

¹⁶⁸ ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz, s.167: Bu tartışma tasarıda mevcut “(c) bendi uyarınca el konulan eşya ile araç, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması talebinin tazminat talebi ile birlikte yapılması halinde bunların değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir” şeklindeki açık düzenleme ile konusuz kalmıştır.

¹⁶⁹ SARAÇ, Tahir; s.255.

¹⁷⁰ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.470.

¹⁷¹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1136.

¹⁷² Bu husus tasarının 64/d maddesi ile düzenlenmiştir.

¹⁷³ ARKAN, Sabih; C.II, s.237.

¹⁷⁴ ATEŞ, Mustafa; s.31.

yönde olduğuna işaret edilmiştir¹⁷⁵. Ancak Türk hukukunda maddenin özellikle “...kaçınılmaz ise imhası...” lafzından, tecavüz ne kadar ağır olursa olsun, tecavüzün önlenmesi için başka bir yöntem bulunması durumunda – tecavüzün ağırlığına bakılmadan – o tedbirlerin uygulanacağı, yani imhaya karar verilemeyeceği sonucu çıktığı, bunun ise TRIPs ile uyumsuzluk yarattığı belirtilmiştir¹⁷⁶. Gerçekten Türk hukukunda, imha talebi yapılmış olmasına rağmen mahkeme, tecavüzün diğer bir şekilde önlenmesi mümkün ise veya imha – tecavüzün önlenmesi için – amacı aşan bir ağırlık taşıyorsa, markanın silinmesi, şekil değiştirmesi, ambalajın farklılaştırılması, başka bir işaret kullanılması, iş evraklarının kullanılmaması veya mallardan, araçlardan veya iş evrakından sadece bir veya bir kaçının imhasına karar vermek gibi tedbirler alır¹⁷⁷. Yani eğer ürünlerin sadece şekil değiştirmeleri mümkün ve tecavüzün önlenmesi açısından yeterli ise, ölçülülük ilkesi gereği imha kararı verilemez. Ancak Yargıtay’ ın görüşü uygulamaya, ölçülülük ilkesinin nazara alınması gerektiği şeklinde, yön vermektedir¹⁷⁸.

Silme, kazıma veya imha kararı verilmesi halinde bu sebeple ortaya çıkan masraflar Gümrük Yönetmeliğinin 111/a maddesi gereğince, mütecaviz tarafından karşılanır¹⁷⁹.

İngiliz hukukunda, silme, kazıma veya imha için, davacı marka hakkı tecavüze uğrayana malların teslim edilip edilmemesi hususunda mahkemelerin takdir hakkına sahip oldukları halde, Türk hukukunda böyle bir hüküm bulunmamaktadır¹⁸⁰.

Hükümdeki şekil değiştirmekten amaç, bu ürün ve araçların, hukuken ve teknik olarak hakka tecavüz etmeyecek başka bir hale sokulmasıdır¹⁸¹. Davacının şekil değiştirme ve/veya imha talebini açık olarak ifade etmesi gerekir. Zira sadece tecavüzün önlenmesi

¹⁷⁵ ARKAN, Sabih; C.II, s.237 - 238.

¹⁷⁶ ARKAN, Sabih; C.II, s.238.

¹⁷⁷ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.470.

¹⁷⁸ “... haksız rekabet ve tecavüzün, ürünün ambalaj, kapak ve etiketinin değiştirilmesi ile giderilebileceği düşünülmeden, ürünün dahi imhasını gerektirecek şekilde hüküm tesisi isabetsiz olmuştur.” 11.H.D. 20.09.2001, E.4623/K.6954 (NOYAN, Erdal: Marka Hukuku, 2003, Ankara, s.291-293): Tasarı “Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması; özellikle (c) bendi uyarınca el konulan eşya ile araç, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması veya masrafları sahibinden tahsil edilmek üzere bunlar üzerindeki markaların silinmesi ya da imhası” şeklindeki düzenleme ile uygulamada olanı tasdik eder ve tartışmaları sonlandırır niteliktedir.

¹⁷⁹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1136: Silme ve kazıma masraflarına mal sahibi mütecavizin katlanması gerektiği hususu tasarı metnine dahil edildiğinden, artık yönetmeliğe dayanmaya gerek kalmayacaktır.

¹⁸⁰ CAMCI, Ömer; s.150.

¹⁸¹ aynı nitelikteki patentler için, ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal; s.157.

istenmiş fakat şekil değiştirme ve imha talep edilmemişse, mahkeme kendiliğinden şekil değiştirmeye veya imhaya karar veremez¹⁸².

4- KARARIN İLGİLİLERE TEBLİĞİ VE KAMUYA YAYIN YOLUYLA DUYURULMASI TALEBİ

Kimi durumlarda tecavüzün durdurulması ve/veya giderilmesi kararlarına ve el koyma, kazıma ve/veya imha tedbirlerine rağmen, korunan marka ile doğan hakkı tecavüze uğrayan kişinin piyasada kaybettiği itibar ve manevi zarar giderilemeyebilir. Zira üçüncü kişiler hakkı tecavüze uğrayan kişinin tecavüz nedeniyle dava açıp açmadığını yahut davanın sonucunun ne olduğunu bilemezler. Bu sebeple 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62/f maddesi¹⁸³ ile hakkı tecavüze uğrayan marka hakkı sahibine “marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesini ve kamuya yayın yoluyla duyurulmasını” talep etme imkânı getirilmiştir. Bu düzenleme ile esasen, ilki “kararın ilgililere tebliği” ve ikincisi “kararın kamuya yayın yoluyla duyurulması” olmak üzere iki ayrı seçenek düzenlendiğinden, ifadedeki “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacının kullanılmasının daha uygun olacağı değerlendirilmektedir¹⁸⁴. Zira mahkeme kararının ilgililere¹⁸⁵ - bayilere, servislere,..¹⁸⁶ – tebliği, tecavüzün etkilerinin, özellikle dağıtım işleminin yapılmamış olması sebebiyle, sınırlı kaldığı hallerde tercih edileceği halde; kararın kamuya yayın yoluyla duyurulması, taklit markayı taşıyan malın piyasaya sürülmüş veya dağıtımının yapılmış olması sebebiyle, tecavüzün etkilerinin daha yaygın bir görünüm sergilemesi hallerinde kullanılır¹⁸⁷.

Hükmün nasıl ilan edileceği haklı çıkan davalıya da ilan talep etme imkânı veren 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 72' inci maddesinde¹⁸⁸ düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası “Dava sonucunda haklı çıkan taraf, haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep etmek hakkına sahiptir” hükmünü içermektedir. Bu düzenleme ile mütecaviz olmadığı mahkeme

¹⁸² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.470.

¹⁸³ Bu husus tasarının 64/e maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁸⁴ ARKAN, Sabih; C.II, s.249: Tasarı bu görüşe uygun olarak düzenlenerek “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacı kullanılmıştır.

¹⁸⁵ TEKİL, “İlgililer” ibaresine, sahte ve taklit mallardan etkilenenleri ve bu mallara inananları kapsayacak genişlikte bir anlam yüklemektedir (TEKİL, Fahiman; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s.262).

¹⁸⁶ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.470.

¹⁸⁷ ARKAN, Sabih; C.II, s.249.

¹⁸⁸ Bu husus tasarının 74/1 maddesi ile aynen muhafaza edilmiştir.

kararı ile kesinleşen davalıya da hükmün ilanını talep etme imkânı tanınmıştır¹⁸⁹. Ancak bu durumdaki davalı, kararın ilgililere tebliğini talep edemeyecektir. Zira madde açıkça hükmün ilanı ile sınırlı bir düzenleme getirmiştir.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 62/f maddesinde düzenlenen ilan ile, 72' inci maddesinde düzenlenen ilanın farklı nitelikte oldukları, 72' inci maddedeki ilanın, davanın marka sahibi lehine sonuçlanmasından ve kesinleşmesinden sonra talep edilebilirken; 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 62/f maddesinde düzenlenen ilanın, davacının dava dilekçesinde yer alacak taleplerden biri olduğu belirtilmiştir¹⁹⁰. Kanaatimizce eğer marka hakkı sahibi dava dilekçesinde, 62/f maddeye göre yapması gereken ilgililere tebliğ ve ilan talebini yapmamışsa, davanın sonunda, yukarıda açıklandığı gibi sadece 72' inci madde gereğince ilgililere tebliğ talebinde bulunabilecek, artık ilan talebi kabul edilemeyecektir¹⁹¹.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 72' inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, “ilanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer.” İlan talebi davanın açılmasıyla veya karşı dava ile başlangıçta yapılabilir. Bu üç aylık süre hak düşürücü niteliktedir¹⁹².

IV. TAZMİNAT DAVALARI

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, maddi tazminat, manevi tazminat (md.62/1-b¹⁹³) ve itibar tazminatı¹⁹⁴ (md. 68) olmak üzere üç çeşit tazminat öngörmüştür. Genel kural olarak tazminat davası için, zarar, kusur, hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarının mevcudiyeti gerekir¹⁹⁵. Marka hakkına tecavüzün, bir haksız fiil niteliği taşıdığı da¹⁹⁶ değerlendirildiğinde aynı unsurların varlığını aramanın gerekliliği ortaya çıkar. Ancak marka hakkına bir tecavüzün yani haksız fiilin varlığı kabul edildikten sonra, ayrıca hukuka aykırılık ve illiyet bağı aramaya gerek kalmaz.

¹⁸⁹ ARKAN, Sabih; C.II, s.250.

¹⁹⁰ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1138.

¹⁹¹ Tasarının 74/2' nci maddesi ile açıkça “Mahkeme kararının ilan edilmesine ilişkin talep başlangıçta ileri sürülebileceği gibi kararın kesinleşmesinden sonraki üç ay içinde de yapılabilir.” şeklinde düzenleme yapıldığından artık hükmün ilanı talebinin ne zaman yapılması gerektiği yönündeki tartışma konusuz kalacaktır.

¹⁹² ARKAN, Sabih; C.II, s.250.

¹⁹³ Bu hususlar tasarının 64/1-b maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁹⁴ İtibar tazminatı tasarının 70' inci maddesi ile aynen muhafaza edilmiştir.

¹⁹⁵ BAŞTUĞ, İrfan; ERDEM, H.Ercüment: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1993, s.123.

¹⁹⁶ ARKAN, Sabih; C.II, s.240: ÖZEL, Çağlar; s.188.

Tazminat talebinin kabul görmesi, marka hakkına tecavüz sebebiyle bir zararın doğması ve failin kusurlu olmasına bağlıdır¹⁹⁷.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "tazminat" başlıklı 64' üncü maddesi ile;

"Marka sahibinin izni olmaksızın, marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişi, hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzdən kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür."

hükmü getirilmiştir.

Bu hükmün ikinci fıkrasında açıkça kusurdan söz edildiği halde, birinci fıkrasında kusura yer verilmemiş olması sebebiyle, marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişilerin kusursuz olarak tazminle sorumlu tutulabilecekleri ifade edilmiş¹⁹⁸ ise de, bizim de katıldığımız görüşe göre: hukukumuzda kusur sorumluluğunun esas olduğu; kusursuz sorumluluğun istisnai olarak hakkaniyet sorumluluğu, nezaret ve ihtimam gösterme yükümünden doğan sorumluluk ve tehlike sorumluluğu şekillerinde, kanunda özellikle kusurun aranmadığını ifade edilmesi ile belirlendiği¹⁹⁹; kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulü halinde, hiç de uygun olmayan bir şekilde, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlıklı 64/1' inci maddesinde ifade edilen kişilerin, ortada bir tecavüz – haksız fiil – bulunmasa bile tazminat ödemeye mahkûm edilebileceği²⁰⁰; 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK' nin 50, 555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK' nin 26' ncı maddelerinde olduğu gibi diğer bazı

¹⁹⁷ ÖZEL, Çağlar; s.188: YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku Şerhi II, s.1126: Tasarıda 556 Sayılı KHK' den farklı olarak açıkça "kusur varsa" ibaresi kullanılmış ise de, kanaatimizce "kusurun mevcudiyeti" tazminat davaları için genel kural olduğundan, tasarıdaki ifade gereksiz bir tekrardan ibarettir.

¹⁹⁸ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.460: Tasarının aynı hususu düzenleyen 66' ncı maddesinin her iki fıkrada da "kusur" ibaresine yer verilmiştir.

¹⁹⁹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar, Prof.Dr. Ömer Teoman' a 55' nci Yaş Günü Armağanı, 2002, İstanbul, (Fikri Haklarda Tazminat)s.813: KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.494.

²⁰⁰ ARKAN, Sabih; C.II, s.242.

sınaî haklara ilişkin mevzuat ile haksız fiiller alanında kusur sorumluluğu ilkesine bağlı kalınmış olduğu²⁰¹ gibi hususlar nazara alınarak, maddenin birinci fıkrasında kusurdan söz edilmemesinin sebebinin, bu fıkra da anılan - marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran - kişilerin bu markanın taklit olup olmadığını araştırması gerektiği halde araştırma yapmaksızın kullanması sebebiyle kusurlu olarak hareket etmiş olmalarını asıl olduğudur²⁰².

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 64/1' inci maddesinde ifade edilen "taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi" kavramıyla, nihai tüketici değil, bakımıcı, tamirci, boyacı gibi taklit markayı taşıyan malları, meslekleri gereğince kullanan kişiler ifade edilmektedir²⁰³. Bu kişiler hakkında tazminat davası açılabilmesi için, marka sahibinin, markanın varlığından ve tecavüzden bu kişileri – şekil şartına bağlı olmaksızın – haberdar ve tecavüzün durdurulmasını talep etmiş olması gerekir²⁰⁴. İhtar ile bu kişiler kullanmayı durdurmuş ise, tazminat davası ikame olunamaz. Bu sebeple, burada ihtar bir dava şartı niteliğindedir.

Bu tazminat talepleri, aynı temele dayanmadıklarından, aralarında bir yarışma değil yığılma söz konusu olur. Yani bir tür tazminatın istenmesi diğer türlerin istenmesini engellemez²⁰⁵.

Markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Markanın tescili için yapılacak başvurunun yayınlanmasından sonra doğabilecek durumlarla ilgili olarak tazminat talebi yapılabilir. Ancak başvurunun yayını ile doğan haklar, tescilin yayınıyla birlikte tescilli markadan doğan hakların kapsamı içinde değerlendirilir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 9/3²⁰⁶).

²⁰¹ ARKAN, Sabih; C.II, s.243.

²⁰² ARKAN, Sabih; C.II, s.243; YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1130; "... ticaretle uğraşan davalı basiretli bir tacir gibi davranmalı ve orijinaleri bayiler tarafından piyasaya sunulan davacı ürünlerinin taklitlerini alıp satmak üzere işyerinde bulundurmamalıdır..." H.G.K. 17.12.1997, E.11-836/K.1075 (FMR, C.1, S.2001/2, s.199-201).

²⁰³ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.460.

²⁰⁴ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.460.

²⁰⁵ SARAÇ, Tahir; s.302

²⁰⁶ Bu hüküm tasarının 9/3' üncü maddesi ile aynen muhafaza edilmiştir.

A- MADDİ TAZMİNAT DAVALARI

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 66/1' inci maddesinde maddi zararın, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsayacağı faraziyesi mevcuttur²⁰⁷.

1- FİİLİ ZARAR

Fiili zarar, zarar görenin mevcut (net) durumunda zarar görenin iradesi dışında meydana gelen maddi azalmadır²⁰⁸. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 66/1' inci maddesi fiili zarardan söz etmekle birlikte, bu zararın nasıl hesaplanacağı hususunda ayrıca bir tespit yapmadığından²⁰⁹, zararın hesabı hakkında, BK' nun 42' nci maddesi uygulama alanı bulacaktır²¹⁰. Fiili zarar, mal varlığının aktifindeki azalma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, pasifindeki çoğalma olarak da husule gelebilir²¹¹. Fiili zarara, klasik kayıplar ile her türlü giderlerin yanında, müşterilerin şaşırtılmasından ve tereddüde düşürülmesinden kaynaklanan, başka bir deyişle pazarın karıştırılmasından doğan zararlar²¹² ile kaybedilen pazarın yeniden kazanılması için yapılan masraflar²¹³ da dâhildir. Zararın gerçek miktarını tespit etmek mümkün olmasa bile, hâkim, olayın normal akışını ve zarar gören tarafın aldığı tedbirleri dikkate alarak adil bir şekilde fiili zarar miktarını tespit eder²¹⁴. Bu tespit yapılırken denkleştirme ilkesi de nazara alınmalıdır²¹⁵.

2- YOKSUN KALINAN KAZANÇ VE ARTIRIMI

Yoksun kalınan kar ise, olayların beklenen şekilde gelişmesi ve genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek olan artışların, tecavüz nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu ortaya çıkan azalmadır²¹⁶.

²⁰⁷ Aynı faraziye tasarının "yoksun kalınan kazanç" başlıklı 68' inci maddesinde aynen mevcuttur.

²⁰⁸ ÖZEL, Çağlar; s.189: SARAÇ, Tahir: s.271.

²⁰⁹ Tasarıda da böyle bir belirleme mevcut değildir.

²¹⁰ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.461.

²¹¹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.461: ÖZEL, Çağlar; s.189.

²¹² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.461: YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku Şerhi II, s.1131.

²¹³ SARAÇ, Tahir; s.272: ARKAN, Sabih; C.II, s.244: YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku Şerhi II, s.1131.

²¹⁴ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.520.

²¹⁵ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1131.

²¹⁶ ÖZEL, Çağlar; s.190: ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz, s.161: KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.520.

Her ne kadar gerek fiili zararı gerekse yoksun kalınan karı hesaplamak, unsurlarını, illiyet bağı ve zararın miktarını belirlemek açısından sıkıntılar doğursa da, özellikle yoksun kalınan karın hesabı, tamamen farazi bir nitelik taşıdığından oldukça zordur²¹⁷. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 66/2' nci maddesine göre davacı yoksun kalınan karı hesaplanması için aşağıdaki üç yöntemden birini seçmek zorundadır²¹⁸. Her ne kadar Yargıtay' ın bu hususta aksine kararı²¹⁹ da mevcut ise de; hükümdeki açıklık sebebiyle biz, bu seçimin mutlaka davacı tarafından yapılması gerektiği, gerekirse belirsizliği gidermek üzere mahkeme tarafından davacıya seçiminin açıklattırılması gerektiği yönündeki kararının²²⁰ daha isabetli olduğu yolundaki görüşe²²¹ iştirak etmekteyiz. Marka sahibi bu yöntemler dışında bir yöntem tercih edemez²²². Bu yöntemler;

1. Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre,

2. Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre,

3. Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre,

tespit olarak belirlenmiştir.

Davacı sayılan yöntemlerden hangisini seçerse seçsin, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 66/3²²³). Özellikle markanın ekonomik önemi belirlenirken, söz konusu malların işlem gördüğü piyasanın türü

²¹⁷ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.520.

²¹⁸ Tarsı ile aynı esaslar kabul edilmektedir.

²¹⁹ 11.H.D. 04.10.2001, E.5462/K.7409 (YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1151.)

²²⁰ 11.H.D. 07.03.2002, E.2001-10185/K.2002-2000 (YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1151.)

²²¹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1173.

²²² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.461.

²²³ Bu hüküm tasarınının 68/3 maddesi ile "Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik bakımdan önemi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur." şeklinde düzenlenmiştir.

(tam rekabet, monopolistik veya oligapolistik), yerel mi genel mi olduğu, coğrafi şartlara bağımlılığı ve zamanın tesiri altında olup olmadığı hususları özellikle değerlendirilmelidir²²⁴.

a- Yoksun Kalınan Kazancın Tespiti Yöntemleri

aa- Muhtemel Gelir Yöntemi

Yoksun kalınan kazancı hesaplanmasında kullanılan ilk yöntem olan marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelirin belirlenmesi, özellikle tecavüz ile yoksun kalınan kar arasındaki illiyet bağının ispatı açısından güçlük taşır²²⁵. Zira işletmenin kar veya zarar etmesi, marka dışında, yönetim becerisi, kullanılan pazarlama yöntemleri, reklâm faaliyetleri ve ulaşım gibi pek çok etkene bağlıdır²²⁶. Öte yandan, markanın ekonomik önemi arttıkça, hesaplamının daha kolay olacağı ve ayrıştırmanın önemini yitireceği ifade edilmektedir²²⁷. Nitekim özellikle markanın tanınmış olması, ekonomik önemini de arttıracak ve tanınmışlığın ortaya çıkardığı teşvik unsuru, markanın cirosunun artması yönünde etki gösterecektir²²⁸.

bb- Mütecavizin Markayı Kullanarak Elde Ettiği Kazanca Göre Tespit Yöntemi

Yoksun kalınan kazancı hesaplanmasında kullanılan ikinci yöntem olarak ifade edilen *marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazancın hesaplanması* da gelirin oluşabilmesi için marka dışındaki tüm faktörlerin ayıklanmasını gerektirmesi gibi çok zor bir faaliyete muhtaç olduğundan uygulanması çok güçtür²²⁹. Ancak uygulamada Yargıtay bu hükmü “markanın kullanılması yoluyla elde edilen muhtemel gelir” şeklinde değil, “davalının davacı markası ile ürettiği ürünlerden elde ettiği net kar” olarak algılamakta²³⁰, bu sebeple de davalının elde ettiği kazanç sebebiyle ödenen vergileri indirip bir tespit yapmaktadır²³¹. Bu yöntemin zorluğu karşısında, söz konusu gelirin tespiti için

²²⁴ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.461.

²²⁵ SARAÇ, Tahir; s.276.

²²⁶ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.462.

²²⁷ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1173.

²²⁸ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1173.

²²⁹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.462.

²³⁰ 11. H.D.’ nin 04.10.2001 tarih ve 5462-7409 sayılı kararı, (TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.424’ den)

²³¹ 11. H.D.’ nin 07.03.1991 tarih ve 771-1570 sayılı kararı, (ARKAN, Sabih; C.II, s.247’ den): 11.H.D. 08.10.2001, E.4876/K.7527 (NOYAN, Erdal; s.289-290)

mahkemece bilirkişi görevlendirilerek ayrıntılı bir tespit yaptırılması soruna bir çözüm getirecektir²³².

cc- lisans Örneksemesi Yöntemi

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında kullanılan üçüncü yöntem, *lisans örneksemesi*²³³ adıyla da ifade edilen marka *hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli*²³⁴, detaylı bir emsal araştırması yapılmasını gerektirmesinin yanında, markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenlerin de değerlendirme konusu yapılarak (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 66/3), objektif bir lisans bedeli belirlenmesine ihtiyaç gösterir²³⁵.

b- Yoksun Kalınan Kazancın Arttırılması

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 67/1' nci maddesi²³⁶ hükmüne göre mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir.

Markanın ilgili ürüne ekonomik bakımdan önemli bir katkısının olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılması gerekir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 67/2). Mahkeme

²³² YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1174.

²³³ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.462.

²³⁴ “Markaya tecavüz edilmesi halinde marka sahibi uğramış olduğu zarara mukabil markasının kullanılmasında bir lisans sözleşmesi altında izin vermiş olsaydı elde edebileceği lisans ücreti tutarını tazminat olarak talep etme hakkını haizdir.” 11.H.D. 31.05.1999, E.2716/K.5482 (FMR, C.1, S.2001/1, s.155-157).

²³⁵ “Davacı, davalının markasını kullandığını ve bundan dolayı menfaat elde ettiğini ileri sürerek, markaya tecavüzün önlenmesini ve dava konusu markanın kullanım hakkını kendi izini ile vermiş olsaydı, elde edebileceği gelirin tazminat olarak tahsilini talep etmiştir. Yerel mahkeme davalının eyleminin markaya tecavüz olduğunu kabul ederek, eylemin önlenmesine karar vermiştir. Bu durumda davacının söz konusu tecavüzden dolayı zarara uğradığının kabulü gerekir. Bu durumda yerel mahkemece, davacının markasını kendi izni ile kullandırması halinde talep edebileceği ücretin onun zararını oluşturacağı göz önünde tutulup ve gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılarak uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekirken, tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır...” 11.H.D. 31.05.1999, E.2716/K.4582 (Yargı Dünyası, S.47, s.29-31).

²³⁶ Bu hüküm bütünüyle tasarının 69' uncu maddesi ile aynen muhafaza edilmiştir.

ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunup bulunmadığını tespit için özel bir bilirkişi incelemesi yaptırarak belirleyebilir²³⁷.

3- İTİBAR TAZMİNATI

Kural olarak tazminat hukukunda maddi ve manevi tazminat dışında bir tür düzenlenmemiş olmasına rağmen, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 68' inci maddesi²³⁸ ile markanın itibarı madde başlığı altında, itibar tazminatı adında bir tazminat türü daha hukukumuza girmiştir. Zira anılan maddeye göre; marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle ayrıca tazminat isteyebilir. Esasen bu hüküm İspanya' nın 20.03.1986 tarihli ve 11 Sayılı Patent Kanunu'nun 68' inci maddesinden alınmış ve 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyi hazırlayanların, "fikri mülkiyet hakkı ile ilgili konuların ortak özellikler ve nitelikler taşıdığı, bu sebeple biri için uygun olanın diğeri için de uygun olacağı " yönündeki düşünceleri sebebiyle aynen markalar ve tasarımlar için de ülkemiz mevzuatına aktarılmıştır²³⁹.

Markanın itibarı, marka ile tüketici ve mal veya hizmetleri tüketenlerin dışındaki üçüncü kişiler üzerinde inşa edilen imaj²⁴⁰; itibar zararı ise, bu imajın zedelenmesi ve istisnaen çökmesi şeklinde tanımlanabilir²⁴¹.

İtibar tazminatı her ne kadar manevi tazminat gibi manevi bir niteliğe haiz olan itibar kavramına bağlı ise de, manevi tazminat şahsiyet hakkına bağlanmışken itibar tazminatı markanın korunmasına bağlanmıştır²⁴². İtibar tazminatı, ne maddi tazminatta olduğu gibi maddi bir zararın karşılığı, ne de manevi tazminatta olduğu gibi bir ıstırabın bedeli olmayıp, zedelenen veya çöken imajın yeniden inşası için öngörülen maliyettir²⁴³. Tazminat hukuku, mütecavizin sadece hukuka aykırı davranışı ile sebep olduğu zararların tazminini değil, bu zararın büyümesini önlemek için gerekli tedbirleri almamasından dolayı zararların da tazminini öngörmektedir²⁴⁴. Buradaki itibar zararı da, haksız kullanımdan kaynaklanan doğan

²³⁷ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.463.

²³⁸ Bu hüküm tasarınının 71' inci maddesi ile aynen muhafaza edilmiştir.

²³⁹ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar, Prof.Dr. Selahattin Sulhi Tekinay' ın Hatırasına Armağan, 1999, İstanbul, (İtibar Tazminatı)s.590.

²⁴⁰ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı s.592.

²⁴¹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.466.

²⁴² bu konuda aynı niteliğe haiz patentler için SARAÇ, Tahir; s.299.

²⁴³ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.466.

²⁴⁴ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.533.

maddi zarara ek bir zarar olup²⁴⁵, talebi ilk zararın varlığına veya talep edilmiş olmasına bağlı değildir²⁴⁶.

Öte yandan, maddi ve manevi tazminat talebi için hukuka aykırılık – marka hakkına tecavüz - yeterli iken, itibar tazminatının talep edilebilmesi için buna ek olarak “kötü üretim” veya “uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürme” unsurları da gereklidir²⁴⁷. Burada hukuka aykırılık, marka hakkına tecavüz²⁴⁸; zararı doğuran eylem ise, “kötü üretim” veya “uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürme”dir.

Zararı doğuran eylemler olan, “kötü üretim” veya “uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürme” olguları tahdidi olarak sayılmıştır. Bu sebepler dışında kalan kötüleme, mübalaalı ilanlarla ezme, karartma ve küçük düşürme gibi eylemler sebebiyle doğan zararlar sebebiyle itibar tazminatı talep edilemez²⁴⁹.

Uygun olmayan tarzda piyasaya sürme kavramına, markanın itibarını zedeleyecek düzeyde düşük fiyatla satılmasının da dâhil olduğu ifade edilmiştir²⁵⁰. Nitekim kaliteye erişmek için ileri teknoloji ve malzeme kullanılarak ve özenle üretilen, dünyanın en büyük kentlerinde en gözde caddelerde teşhir edilen ve özel dekorlara sahip dükkânlarda vasıflı elemanlarca satılan; televizyonlarda, yazılı basında ve diğer yerlerde yıllarca reklamları yapılan, büyük bir promosyon gideri sonucunda toplumda bir yer ve pazarda pay edinen, bir malın taklitlerinin veya benzerlerinin işportada bağırılarak satılması suretiyle, yıllar süren çabalarla oluşturulan imaj zedelenmektedir²⁵¹. İtibar tazminatının bu zedelenen imaj sebebiyle doğan zararın tazminine yönelik olduğu nazara alındığında, maddi tazminatın bir türü olduğu neticesine ulaşılabilir²⁵².

Kötü üretim, kalitesiz hammadde veya geri teknoloji yahut vasıfsız personel kullanmak suretleriyle ortaya çıkabileceği gibi başka şekillerde de meydana gelebilir. Ancak önemli olan netice olduğundan, üretim şartları kötü ve fakat üretilen mal kaliteli ise itibar

²⁴⁵ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.533.

²⁴⁶ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.593.

²⁴⁷ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.591.

²⁴⁸ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.591.

²⁴⁹ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.595.

²⁵⁰ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1183.

²⁵¹ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.592.

²⁵² TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.592.

tazminatı söz konusu olmaz²⁵³. Yine tecavüz mevcut ancak mal kalitesiz değil ise itibar tazminatı istenemez²⁵⁴.

İlliyyet bağı, yukarıda değinilen hukuka aykırılık ve zarar arasında aranmalıdır. Ayrıca itibar tazminatına hükmedilebilmesi için kusur aramak gereklidir²⁵⁵. Burada dikkat edilmesi gereken husus, “hakka tecavüz” eyleminde mevcut kusur dışında, “kötü üretim” veya “uygun olmayan tarzda piyasaya sürme” olgularında ayrıca ek kusur unsuru aramaya gerek olmadığıdır²⁵⁶. Burada hukuka aykırılık unsuru kapsamındaki kusur yeterlidir.

Öte yandan, itibar tazminatı bakımından kullanılan terminolojinin, manevi tazminatı çağrıştırmasının itibar tazminatı ile manevi tazminatın ortak özelliklerinin bulunduğu izlemine sebep olmaktadır²⁵⁷. Bu sebeple ve itibara verilen zararın ispatının zorluğu karşısında, itibar tazminatına hükmedilirken manevi tazminat ilkelerine başvurmanın gerekebileceği, yani hâkimin bir yandan yitirilen imajın inşası için bir tespit yapmanın yanında, diğer yandan sarsılan itibarın manevi cephesini de nazara alması gerektiği ifade edilmiştir²⁵⁸. Kanaatimizce, zikredilen yöntem ayrıca manevi tazminatın talep edilmediği durumlarda hakkaniyete uygun neticeler doğurabilecek nitelikte olmakla birlikte, bir de manevi tazminat talep edilmiş olması halinde mükerrer olarak manevi tazminata ilişkin hususların gözetilmesi sonucunu doğurabileceğinden uygun mütalaa edilemeyecektir.

İtibar tazminatına hükmedilebilmesi için ilk şart bir tecavüzün mevcudiyeti olduğundan, gerçek markayı taşıyan malların uygun olmayan tarzda piyasaya sürülmesi halinde şartlar gerçekleşmemiş olacaktır²⁵⁹.

Öte yandan itibar tazminatı herhangi bir tecavüz haline inhisar edilmediğinden, her ne surette olursa olsun tecavüzün varlığı, diğer koşullar da varsa bu tazminata hükmedilebilecektir²⁶⁰.

Hukuka aykırılık ile zarar doğuran eylem birbirinden ayrılamayacağından, marka hakkına tecavüz eden kişi ile malın kötü üretimini yapan veya uygun olmayan tarzda piyasaya

²⁵³ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.595.

²⁵⁴ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.596.

²⁵⁵ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.467; TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.593.

²⁵⁶ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.593.

²⁵⁷ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1184.

²⁵⁸ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.593-594.

²⁵⁹ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.595..

²⁶⁰ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.595.

süren kişi farklı kişiler ise, eylemler bir bütün olarak değerlendirilip, bu şahıslar müteselsilen sorumlu tutulurlar²⁶¹.

İtibar tazminatının hesaplanmasında, itibarın kazanılması için yapılan masraflar değil, zarar uğrayan itibarın yeniden kazanılması için yapılacak harcamalar esas alınmalıdır²⁶².

İtibar tazminatında ispat yükü, itibar tazminatını talep eden üzerindedir²⁶³.

4 - TECAVÜZÜ KANITLAYAN BELGELERİN MÜTECAVİZDEN İSTENEBİLMESİ

Marka sahibi ve dava açma hakkı bulunan lisans alan²⁶⁴, markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilir(556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 65²⁶⁵).

Düzenlemenin yapıldığı madde başlığında “tecevüzün” metinde ise “zarar miktarının” ispatından bahsedilmesi, açık bir çelişki yaratmaktadır²⁶⁶. Ancak içeriğe ve düzenlemenin sistematığına uygun bir yorumla, marka sahibince ibrazı istenecek belgelerin, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 66’ ıncı maddesince talep edilecek tazminatın miktarını belirlemeye yarayacak belgeler olduğunun kabulü gerekir²⁶⁷.

Kanun koyucu, çoğu zaman zarar miktarının belirlenebilmesi için gereken belgelerin zarar gören marka sahibinde değil, mütecevizde bulunacağını nazara alarak, genel kural olan “kimse kendi aleyhine olan belgeleri teslim etmekle mükellef tutulamaz” prensibinden bu

²⁶¹ TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.591.

²⁶² SARAÇ, Tahir; s.301.

²⁶³ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.468; TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı, s.597.

²⁶⁴ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1169.

²⁶⁵ Bu hüküm tasarınının 67’ inci maddesi ile

“Marka sahibi, izni olmaksızın markanın aynının veya benzerinin kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için markanın kullanılması yoluyla elde edilen kazancı gösteren belgelerin verilmesini, tazminat davasının açılabilmesi için gerekli şartların oluştuğu hallerde, tecavüz nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü olan kişiden talep edebilir.

Birinci fıkraya uyarınca talep edilen belgelerin verilmemesi halinde marka sahibi, 76 ncı madde uyarınca mahkemeden delillerin tespitini talep edebilir” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

²⁶⁶ Tasarınının 67’ inci maddesinin başlığı “zararı kanıtlayan belgeler” şeklinde ifade edilerek bu çelişki giderilmiştir.

²⁶⁷ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1168.

noktada ayrılmıştır²⁶⁸. Bu – ciroyu gösteren, ticari defterleri de kapsayan²⁶⁹ - belgelerin nasıl ve ne zaman isteneceği hususunda bir hüküm mevcut olmamakla birlikte, zarar miktarının belirlenmesinin, açılacak bir tazminat davasına hazırlık yönünden taşıdığı önem nazara alınarak, dava açılmadan önce bu talebin yapılabileceğinin kabulü gerekir²⁷⁰.

Düzenlemede yer alan “ilgili belgelerin verilmesi” ibaresinden, anılan belgelerin “ibrazını” anlamak gerekir²⁷¹. İbrazı gereken belgeler, ticari defterlerin yanında, geniş anlamda muhasebede yer alan kayıtların evrakları, gümrük kâğıtları, makine parkı listesi, ambar kayıtları; müşteriler, dağıtıcılar, lisans alanlar başta olmak üzere ilgili kişilerce yapılan yazışmalar, özette, tecavüzün kaynağı, gelişimi ve etkilediği yerler; üreticilerin dağıtıcıların, taşıyıcıların, depolayanların ünvanlarını, adreslerini, siparişlerini içeren belgeler olarak belirlenebilir²⁷².

Düzenlemede açıklıkla “zarar miktarının belirlenmesi için belgelerin ibrazı” ibaresine yer verilmiş olduğundan, hak sahibinin sadece zararla ilgili belgeleri isteyebileceği, ancak yoksun kalınan kazanç ile 62’ inci maddenin (a), (c), (d), (e) ve (f) bentlerinde yazılı taleplerin uygulanmasına yönelik olarak belgelerin talep edilemeyeceği, örneğin araçların imhasını gerçekleştirmek üzere buldukları yerlerin bildirilmesinin talep edilemeyeceği ifade edilmiştir²⁷³.

Öte yandan bu belgelerin verilmemesinin müeyyidesi hususunda da bir düzenleme mevcut değil ise de²⁷⁴, bu hususun da dava yoluyla talep edilebileceği²⁷⁵ ve Hukuk Muhakemeleri usulü Kanunu’ nun 368’ inci maddesi gereğince delil tespiti istenebileceği²⁷⁶ ileri sürülmüştür.

²⁶⁸ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.518.

²⁶⁹ ARKAN, Sabih; C.II, s.248.

²⁷⁰ ARKAN, Sabih; C.II, s.247; YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1169.

²⁷¹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.463.

²⁷² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.464: Kanaatimizce tasarıdaki “markanın aynının veya benzerinin kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için markanın kullanılması yoluyla elde edilen kazancı gösteren belgeler” ifadesi hükmü genişletici bir içeriğe sahiptir.

²⁷³ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.464: YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1169.

²⁷⁴ Tasarının 67/2’ inci maddesi ile “talep edilen belgelerin verilmemesi halinde marka sahibi, 76 ncı madde uyarınca mahkemeden delillerin tespitini talep edebileceği” hüküm altına alınmaktadır.

²⁷⁵ ARKAN, Sabih; C.II, s.247.

²⁷⁶ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1174.

Ticari sır niteliğinde gizli bilgilerin mahremiyeti kanaatimizce TRIPS' in 42 ve 43' üncü maddelerine dayanılarak korunmalıdır. Nitekim TRIPS' in delillerin sunulması ile ilgili 43' üncü maddesine göre, taraflardan birisi kendi iddiasını destekleyen delilin karşı tarafta bulunduğunu ileri sürdüğü takdirde, adli merciler bu delilleri karşı tarafa da sunarken, gizliliğin korunması ile ilgili tüm tedbirleri almaya yetkili olacaklardır²⁷⁷.

V- MANEVİ TAZMİNAT

Bir kimsenin kişilik haklarına yapılan haksız bir saldırı sebebiyle o kişinin maruz kaldığı acı ve elem, şahıs varlıklarındaki bir eksilmeyi ifade eder ve bu eksilmenin de müteceviz tarafından manevi tazminat yolu ile tazmin edilmesi gerekir. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62/b maddesi²⁷⁸ hükmüne göre, marka sahibi, marka hakkına yapılan tecavüz sebebiyle, uğradığı manevi zararın da tazminini talep edebilir.

Marka hukukunda manevi zararın tazmininden amaç, tecavüz dolayısıyla hak sahibinin ticari işletmesinin de içinde bulunduğu piyasada sahip olduğu imge ve güvenin zedelenmesi ile duyduğu acı yolu ile ticari- kişisel - manevi varlığında meydana gelen kaybın ikamesidir²⁷⁹. Fikri mülkiyet hukukunda manevi tazminatın diğer amaçları da, mütecevizi cezalandırmak²⁸⁰ ve potansiyel mütecevizi tecavüzden caydırmaktır²⁸¹.

Hak sahibinin manevi tazminat talep edebileceği yukarıda anılan madde ile hükme bağlanmış olup, bu hususta başkaca bir düzenleme mevcut olmadığından manevi tazminata ilişkin genel hüküm niteliği taşıyan BK' nun 49 'uncu maddesi uygulanacak²⁸² ve bu suretle marka sahibinin bu hakkına kusurlu olarak, manevi zarar doğurabilecek nitelikte ve zararlar tecavüz arasında illiyet bağı kurulabilir mahiyette bir tecavüzün varlığı halinde manevi tazminata hükmedilebilecektir²⁸³.

İşaret etmek gerekir ki; 132 Sayılı Türk Standartları Enstitüsü Kanunu'na dayanılarak çıkartılan 18.10.1996 tarihli Yönetmeliğin 29' uncu maddesi "kamu kuruluşunun manevi itibarını haksız rekabet ortamı yaratarak kamu yararını zedeleyecek şekilde kullanılması ve

²⁷⁷ ATEŞ, Mustafa; s.27.

²⁷⁸ Manevi tazminat tasarınının 64/b maddesinde ifade edilmektedir.

²⁷⁹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.464.

²⁸⁰ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1133.

²⁸¹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.464.

²⁸² YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1134.

²⁸³ markalarla bu anlamda aynı nitelikte olan patentler için, YURTSEVER, Şaziye: s.59.

kamuoyunu yanıltarak Türk Standartları Enstitüsüne olan güveni sarsması nedeniyle firmanın büyüklüğü göz önüne alınarak dava tarihindeki marka ve belge kullandırma ücreti taban fiyatlarından az olmamak üzere tavan miktarın on katına kadar manevi tazminat davası açılır” şeklinde bir hüküm içerdiğinden, bir manevi tazminat dayanağı daha ortaya çıkmaktadır²⁸⁴. Her ne kadar, yönetmelik ile böyle bir hususun düzenlenmesi kanunda öngörülmezen cezai bir nitelik taşıdığından kanuni dayanaktan yoksun ve hukuk tekniği ile çelişmekte ise de, zikredilen yönetmelik yürürlükte bulunduğundan sonuç doğurmaya devam edecektir²⁸⁵. Burada, manevi tazminatın 556 Sayılı Kanun Hükmündeki Kararname'nin 62 ve BK' nun 49' uncu maddelerine nazaran şartların oluşup oluşmadığını mahkeme takdir edecek ve manevi tazminatın şartlarının varlığına karar verirse miktarını anılan hükümlere göre belirleyecektir²⁸⁶.

Yargıtay'ın, marka hakkına tecavüzün sabit olduğu her halde uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde bir kararı²⁸⁷ mevcut ise de, bizimde aynı gerekçelerle iştirak ettiğimiz görüşe göre, BK' nun 49' uncu maddesindeki şartlara bakılmaksızın, salt tecavüz fiilinin sabit oluşu başlı başına manevi tazminata hak kazandırmayacağından bu karar isabetli değildir²⁸⁸.

Marka sahibinin tüzel kişi olması, manevi tazminat talebi için bir engel teşkil etmez²⁸⁹.

§ 6. DAVANIN TARAFLARI

I- DAVACILAR

İştirak halinde mülkiyette, davanın tüm maliklerce açılması gerekirken, ortak markalarda her bir malik müstakilen dava açabilir. Garanti markalarında ise dava açma hakkı,

²⁸⁴ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1134.

²⁸⁵ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1134.

²⁸⁶ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1134.

²⁸⁷ “... davalının eylemi sabit olduğuna göre, 556 Sayılı KHK' nin 62' inci maddesi uyarınca, davacı yararına münasip bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, bu talebin de reddi yolunda hüküm tesisi doğru olmamış...” 11.H.D. 07.03.2002, E.2001-10185/K.2002-2000 (YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1178-1179).

²⁸⁸ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1135.

²⁸⁹ ARKAN, Sabih; C.II, s.249.

marka sahibi olan kuruluşa aittir²⁹⁰. Marka sahibinin iflası halinde, dava açma hakkı, iflas dairesine geçer.

A- MARKA SAHİBİ

Marka hakkına tecavüz halinde, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62' nci maddesinde²⁹¹ yazılı davaları açmaya marka sahibi yetkilidir. Marka sahibinin bu sıfatı devren veya aslen kazanmış olması bir fark yaratmaz²⁹². Marka sahibi, markanın adına tescil edildiği kişidir²⁹³ ve markanın kendisine sağladığı haklar üçüncü kişilere karşı, marka tescilinin Resmi Marka Gazetesi ile yayımı tarihi itibarıyla hüküm ifade eder²⁹⁴. Kural olarak, markanın tescili yayımlanmadıkça başvuru sahibinin, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62' nci maddesinde yazılı davaları açmaya yetkisi yok ise de, markanın tescili için yapılacak başvurunun yayınlanmasından sonra doğabilecek durumlarla ilgili olarak tazminat talebi yapılabileceği hüküm altına alınmıştır (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 9/3²⁹⁵).

B- LİSANS ALAN

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/1'nci maddelerine göre, lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça, inhisari lisans sahibi de 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62' nci maddesinde yazılı davaları açmaya yetkilidir²⁹⁶. Ancak inhisari olmayan lisans sahibi olanların, dava açma hakları yoktur. Marka hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı olmayan bir lisans alan, noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle, gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 73/2) . Marka sahibinin bu talebi kabul etmemesi veya bildirim alınıldığı tarihten itibaren üç ay içinde gerekli davanın açılmaması halinde, lisans alan yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına dava açabilir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 73/3).

²⁹⁰ ARKAN, Sabih; C.II, s.252.

²⁹¹ Bu davalar tasarının 64' üncü maddesinde düzenlenmektedir.

²⁹² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.471.

²⁹³ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.471.

²⁹⁴ ARKAN, Sabih; C.II, s.251.

²⁹⁵ Bu husus tasarının 9/3' üncü maddesinde aynen muhafaza edilmiştir.

²⁹⁶ DEREN YILDIRIM, Nervis; Doçentlik Tezi, s.29: Tasarının bu konuyu düzenleyen 75' inci maddesinde bulunan "lisans alan, sözleşmedeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, sadece marka sahibinin izniyle, marka sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları kendi adına açabilir" şeklindeki ifade sebebiyle artık kural olarak dava açma hakkına sahip olamayacak, lisans alanın dava açma hakkı bir istisna görünümüne bürünecektir. Lisans alanın bu istisnaya nasıl kavuşacağı ise 556 sayılı KHK' ye paralel olarak madenini devamında düzenlenmiş, ancak daha önce noter vasıtasıyla yapılacak bildirimden itibaren beklenmesi gerekli olan "üç aylık süre", "makul süre" olarak değiştirilmiştir. Diğer hususlarda yapılan düzenleme 556 Sayılı KHK' ye paralellik arz etmektedir. Yapılan değişiklik ile esasen süre dışında, bir fark olmadığı, sadece lisans alanın dava açma hakkının istisna hali olduğunun vurgulandığı ifade edilirse, kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

Bu durumda dava açan lisans alanın, dava açtığını marka sahibine bildirmesi gerekir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 73/5). Ancak lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 73/4).

C- REHİN VEYA İNTİFA HAKKI SAHİBİ

Markayı rehnalan veya marka üzerinde intifa hakkı sahibi olan kişi, aynı hakkını koruyucu davaları açabilir²⁹⁷.

II- DAVALILAR

A- MÜTECAVİZ

Marka hakkına tecavüz halinde, davalar mütecevize karşı açılır ve bu kişiler 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61' nci maddesi²⁹⁸ kapsamında belirlenir.

B- TECAVÜZE İŞTİRAK EDEN KİŞİLER

Markayı taklit fiiline iştirak veya yardım eden, bu fiilin yapılmasını teşvik eden, kolaylaştıran kişiler, verilen zarardan dolayı müteselsilen sorumlu olacaklardır²⁹⁹. Buradaki iştirak ibaresi ile ceza hukuku anlamında iştirak anlaşılmalıdır.

C- MÜTECAVİZ MÜSTAHEDEMİ İSTİHDAM EDEN

Markaya tecavüz fiili işlerini görürken müstahdem tarafından işlenmişse, istihdam eden aleyhine de, tazminat davası açılabilir ancak, istihdam eden BK' nun 55' inci maddesindeki kurtuluş beyinesinden istifade edebilecektir³⁰⁰.

D- DAVA AÇILAMAYACAK KİŞİLER

Marka hakkına tecavüz halinde, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 69' nci maddesi³⁰¹ ile marka sahibinin, sebep olduğu zarardan dolayı marka sahibine tazminat

²⁹⁷ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.471.

²⁹⁸ Tasarının da 61' inci maddesi nazara alınmalıdır.

²⁹⁹ ARKAN, Sabih; C.II, s.255.

³⁰⁰ ARKAN, Sabih; C.II, s.255.

³⁰¹ Bu husus tasarının 71' inci maddesi ile "Marka sahibi, marka hakkına tecavüz eden kişi tarafından piyasaya sürülmüş eşyaları kullanan tüketicilere karşı, tecavüz hali için öngörülen davaları açamaz" şeklinde tadil edilmiştir.

ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, tecavüz hali için öngörülen tazminat davalarının açılmayacağı belirtilmiştir.

Hükmün özensiz kaleme alınması sebebiyle dava açılmayacak kişiler net olarak anlaşılamamaktadır. TEKİNALP sebep olduğu zarardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişileri, tecavüzü ika eden, malı dağıtan, satan, ithal eden ya da başka bir şekilde ticaret mevkiine sokan³⁰² kişiler olarak belirlemiş olduğundan, hakkında dava açılmayacak kişiler nihai kullanıcılar olabilecektir³⁰³.

ARKAN ise, burada ifade edilen kişilerin, nihai kullanıcılar olduğu, ancak nihai kullanıcılar aleyhine dava açılmamasının sebebinin, “zarardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanılması” şartına bağlanmış olmasının isabetli bir düzenleme olmadığı ifade edilmiştir³⁰⁴.

YASAMAN, mükerrer tazminat talebinde bulunulamayacak kişinin, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 64/2' inci maddesinde ifadesini bulan, mesleği gereği malı elinde bulunduran kişiler olduğu görüşündedir³⁰⁵.

Kanaatimizce madde ile nihai kullanıcılara işaret edildiğini değerlendirmek düzenlemeyi anlamsız kılacağından YASAMAN' ın görüşüne katılmak daha isabetli olacaktır.

§ 7. ZAMANAŞIMI VE SESSİZ KALMA SEBEBİYLE HAK KAYBI

I- ZAMANAŞIMI

Marka hakkına tecavüz halinde, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 70' inci maddesi³⁰⁶ gereğince “marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, zamanaşımı süresi için, Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır.”

³⁰² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.472.

³⁰³ Tasarıdaki düzenleme ile bu görüş kabul edilmiş olmaktadır.

³⁰⁴ ARKAN, Sabih; C.II, s.256.

³⁰⁵ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1185: Tasarı bu görüşü red etmiş görünmektedir.

³⁰⁶ Zamanaşımı hususu tasarının 72' inci maddesinde “Marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki; ceza kanunları gereğince daha uzun bir müruruzaman müddetine tabi olan, cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş bulunursa, bu müddet hukuk davaları hakkında da caridir” şeklinde düzenlenmiştir.

Marka hakkına tecavüzün haksız fiil niteliği taşıdığı nazara alındığında, haksız fiillerde zamanaşımını düzenleyen BK' nun 60' inci maddesini esas alınmak suretiyle, marka hakkına tecavüz sebebiyle açılacak tüm davalarda, zararın ve failin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde tecavüz fiilinin vukuundan itibaren on yıl içinde zamanaşımının dolduğu tespit edilir³⁰⁷.

Marka hakkına tecavüzün durdurulması davası için, tecavüz devam ettiği sürece zaman aşımı işlemeye başlamayacağından³⁰⁸ ve tecavüzün durmuş ve tekrarlanması tehlikesinin bulunmadığı hallerde de tecavüzün durdurulması davası açılmayacağından³⁰⁹, zaman aşımı söz konusu olmaz.

Ayrıca hukuka aykırı eylem, ceza kanunlarıyla daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi kılınmışsa, hukuk davalarında da bu sürenin uygulanacağına dair BK' nun 60/2' nci maddesi hükmü uyarınca, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinde sayılan ve suç teşkil eden tecavüz fiilleri nedeniyle, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 66' ncı maddesindeki süreler nazara alınacaktır.

Yargıtay' ın, daha uzun olması halinde uygulama alanı bulacak ceza zamanaşımının tüzel kişiler hakkında uygulanmayacağına dair bir kararı³¹⁰ mevcut ise de, bu hususta herhangi bir istisna düzenlenmemiş olduğundan, istikrar kazanmış aksi yöndeki kararlarının doğru olduğu, hükmün tüzelkişiler hakkında da uygulanması gerektiği yönündeki³¹¹ görüşe iştirak ediyoruz.

³⁰⁷ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.477: ARKAN, Sabih; C.II, s.257: Tasarı ile BK değil TK' nun zamanaşımına ilişkin hükümlerinin kabul edildiği görülmektedir. Marka hakkına tecavüzün bir haksız rekabet hali olduğu nazara alındığında tasarı ile yapılan tercihin isabetli olduğu söylenebilir.

³⁰⁸ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.477: ARKAN, Sabih; C.II, s.258.

³⁰⁹ ARKAN, Sabih; C.II., s.258.

³¹⁰ "... TK' nun 64 ve 65' inci maddeleri içeriğine göre tüzel kişiler hakkında ceza zamanaşımı uygulanamayacağına göre..." 11.H.D. 23.06.1998, E.1997-10356/K.1998-4776 (YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1192-1193).

³¹¹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1187.

II- SESSİZ KALMA SEBEBİYLE HAK KAYBI

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybı, markaya tecavüzün önlenmesine yönelik tespit ve durdurma davaları için, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanmasının bir neticesidir³¹².

MK' un 2' inci maddesine göre, herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada iyi niyet kurallarına uygun davranmak zorundadır ve bir hakkın salt başkalarına zarar verecek şekilde kullanılmasını kanun himaye etmez. Hüküm, emredici nitelikte görünmekle birlikte, ilkesel bir nitelik taşır ve hâkim tarafından res'en nazara alınması gereken bir üst kural niteliğindedir³¹³. Hükümün uygulanması ile kanunlardaki özel emredici hükümlerin, açık bir adaletsizlik yaratması hallerinde bertaraf edilmesi yoluyla adaleti sağlamak ve korumak mümkün olabilecektir³¹⁴.

Nitekim tespit ve durdurma davalarında zamanaşımının işlemeyeceği, genel olarak kabul görmekte ise de, tecavüz konusu fiil meydana gelip, hak sahibinin bu olaya muttali olmasından sonra uzun bir süre sessiz kalmasını müteakip dava açması, yukarıda açıklandığı gibi MK' un objektif iyi niyet ölçütleri karşısında kabul edilemez³¹⁵.

Gerçekten tecavüzün başladığı tarih ile davanın açıldığı tarih arasında geçen sürede, tecavüz fiilini gerçekleştiren kişi, söz konusu marka ile ilgili olarak emek, zaman ve para harcayıp, reklâm ve ilan faaliyetlerine girişmek suretiyle markayı tanıtmış, piyasada tanınmış ve korunmaya değer bir ekonomik konum oluşturmuş olabilmektedir³¹⁶. Böyle bir halde, söz konusu marka sahibinin uzun bir süre bekledikten sonra dava açıp, diğer şahsın büyük çabalarla oluşturmuş olduğu ekonomik değeri yok etmeye çalışması ve hatta bu değerden bütünüyle faydalanması hakkaniyete uygun adledilemez³¹⁷. Öte yandan sessiz kalma

³¹² 556 sayılı KHK ile sessiz kalma nedeniyle hak kaybı açıkça düzenlenmemişken, tasarının 9/son maddesi ile "Marka sahibi markasının, herhangi bir biçimde kullanıldığını bilmesine rağmen arka arkaya beş yıl boyunca bu kullanıma ses çıkarmadığı takdirde ve sonraki marka sahibi kötü niyetli olmadıkça, marka hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunamaz. Aynı şekilde sonraki markanın sahibi de, önceki markanın kullanımına karşı çıkamaz." şeklinde bu hususun kaleme alındığı görülmektedir.

³¹³ BATTAL, Ahmet; Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar, XVIII, 22.06.2001, s.30.

³¹⁴ BATTAL, Ahmet; s.30.

³¹⁵ KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi, Prof.Dr. Hayri DOMANIÇ' e 80. Yaş Armağanı, (Haksız Rekabet), s.298:

³¹⁶ KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet, s.298.

³¹⁷ KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet, s.298.

nedeniyle hak kaybı kuralının mutlak olarak kabulü ve her türlü sessiz kalma eylemlerinin hak kaybı neticesine bağlanması da doğru olmayacaktır³¹⁸.

Sessiz kalma nedeniyle hak kaybından söz edebilmek için dava hakkı sahibinin, hak ihlaline ve tecavüze muttali olması gerekir³¹⁹. Buradaki muttali olma unsuru, objektif ölçütlerle belirlenmelidir. Zira dava hakkı sahibinin, tecavüz veya ihlalden kötü niyetten kaynaklanmayan habersizliğinin, kanunda yazılı zamanaşımını geçirmek gibi bir neticeye bağlanması doğru değildir³²⁰.

Sessiz kalmanın hak kaybı ile sonuçlanması için, sessiz kalmanın bilinçli olması gerekir. Dava hakkı sahibinin hareketsiz kalması, bir mücbir sebepten veya objektif bir imkânsızlıktan kaynaklanıyorsa, bu ilkenin savunma olarak kabulü mümkün olmamalıdır³²¹.

Dava açma hakkı sahibinin, bilgisi dâhilinde husule gelen tecavüz veya ihlale uzun süre iradi olarak sessiz kalması suretiyle zımni bir rıza ile dava açılmayacağı yönünde karşı tarafta bir algı oluşturduğunun hakkaniyet gereği kabulü gerekir³²². Burada önemli olanın, karşı tarafta yaratılan algı olduğu, yoksa davalı tarafından davacının büyük emek ve masraflarla ortaya koyduğu bir yatırım ve kazanımın bulunması gerekmediği gibi, davacının bu kazanıma el atmak niyetinin varlığına da lüzum olmadığı yönündeki görüş³²³ kanaatimizce isabetlidir.

Sessiz kalmanın hak kaybına sebep olabilmesi için, kural olarak, başkasının marka hakkına el atan kişinin başlangıçtan itibaren iyi niyetli olması gerekmektedir³²⁴. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, davalı başlangıçta kötü niyetli olmasına rağmen, haksız

³¹⁸ KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet, s.300.

³¹⁹ KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet, s.301; BATTAL, Ahmet; s.47: "... aynı mal ve hizmetler alanında faaliyette bulunan taraf unvanlarında yer alan "Telsim" ibaresinin aynı olup, yine davacının bu sözcüğü marka olarak da tescil ettirmiş olması karşısında diğer savunma ve itirazlara itibar edilemeyecek ise de, davanın hallinin dava açılmasının Medeni Kanun' un 2' nci maddesine aykırı olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasına bağlı olduğu, davacının davalı tarafın ticaret unvanından haberdar olduğu halde uzun süre sessiz kalmasının zımnen icazet anlamında olduğu, davalının dava dışı PTT Genel Müdürlüğü ile sözleşmeler yaptığı tüm kamuoyunca bilindiği, şayet kurulda karşı çıkılsa idi davalının belki de başka bir hareket tarzı seçmesinin mümkün olduğu, dava konusu olay bakımından uzunca bir süre sonra böyle bir dava açılmasının hakkın kötüye kullanımı olduğu.." 11.H.D. 02.03.2000, E.8169/K.1726 (YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku Şerhi II, s.1026): Tasarıda ihlale muttali olma olgusunu "marka sahibi markasının, herhangi bir biçimde kullanıldığını bilmesi" ibaresi ile ifade edilmektedir.

³²⁰ BATTAL, Ahmet; s.47.

³²¹ KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet, s.303.

³²² KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet, s.303.

³²³ BATTAL, Ahmet; s.49.

³²⁴ KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet, s.304; BATTAL, Ahmet; s.48: Tasarı ile marka hakkına el atanın "kötü niyetli olmaması" gerektiği ifade edilmiştir. Sonradan iyi niyete dönüşen kötü niyet ele alınmamıştır.

rekabete uğrayan kimse uzun süre sessiz kalarak, davalı taraf için değerli bir ekonomik durum oluşmasına sebep olmuşsa, haksız rekabette bulunan kimse öbürünün davranışından onun buna razı olduğu, böylece eyleminin caiz olduğu sonucunu çıkartmakta haklıysa, sessiz kalma sebebiyle hak kaybı ilkesinin uygulama alanı bulacağına işaret etmiştir³²⁵. Her ne kadar, kanun kötü niyeti himaye etmez ise de, başlangıçta kötü niyetli olan davalının, özellikle davacının sessiz kalması sebebiyle eyleminin hukuka aykırı olmadığını düşünmeye başladığı haller gibi durumlarda, bilhassa sonradan iyi niyet kazanmış davacının yoğun çabalar ile oluşturduğu büyük bir ekonomik kazanımın bulunması halinde sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesi uygulanabilmelidir³²⁶. Zira bu halde, marka hakkı sahibinin, açtığı davada karşı tarafın ortaya çıkardığı mal varlığına el atmak yönünde bir kötü niyetin varlığı gündeme gelebilecektir.

Dava hakkı sahibinin bir ihlal veya tecavüze uzun süre sessiz kalması ile o mütecevize karşı dava hakkının kaybı, aynı markayla ilgili daha sonra ortaya çıkacak diğer tecavüzlere sirayet etmez. Aksi halde, MK' nun 2' inci maddesinin amacına aykırı olarak, bir kere uzun süre sessiz kalmak, marka hakkı sahibinin bu hakkını ilelebet ve herkese karşı yitirmesi sonucunu doğurur³²⁷.

Sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesinin uygulama alanı bulabilmesi için ne kadar süre geçmesi gerektiği hususu tartışmalıdır³²⁸. AT' ın 89/104 sayılı Yönergesi' nin 9' uncu maddesi, kesintisiz beş yıl süre ile bir marka sahibinin kendi markasının başkası tarafından, bilgisi dâhilinde kullanmasına ses çıkarmaması halinde marka sahibinin artık hükümsüzlük davası açamayacağını ve söz konusu kullanmayı önleyemeyeceğini öngörmekte ise de, Türk marka mevzuatında benzer bir düzenleme mevcut değildir³²⁹. Ancak uygulamada, bu beş yıllık süre değil, somut olayın şartları nazara alınarak daha uzun veya daha kısa bir sürede, bu şekilde sessiz kalmanın hak kaybına sebep olacağı hususunda fikir birliği vardır³³⁰. Biz bu sürenin, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8/son maddesindeki “bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içerisinde aynı veya

³²⁵ KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet, s.305.

³²⁶ BATTAL, Ahmet; s.48.

³²⁷ BATTAL, Ahmet; s.51: Tasarıda bu hususa bir düzenleme mevcut değildir.

³²⁸ TEOMAN, bir dava sebebiyle bildirdiği mütalaasında dört yılı aşkın bir süre sessiz kalınmasının, kötü niyetin varlığını kabul için yeterli olduğunu ifade etmiştir (TEOMAN, Ömer; Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I: Hukuki Mütalaalar, Kitap. 8, 1997): tasarı bu süreyi “beş yıl” olarak belirlemek yoluyla bu tartışmaları bitirir niteliktedir.

³²⁹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.421: KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet, s. 303.

³³⁰ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.421: KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet, s. 303: CENGİZ, Dilek; s. 181 – 182: YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1026.

benzer markanın, aynı veya benzer mal veya hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine red edilir” hükmü ile kararname koyucunun, artık kullanılmayan markaların başkası tarafından tescilini önleme hakkının sona ermesi için markayı kullanmamanın en az iki yıl sürmesi gerektiği yolundaki iradesi de nazara alınarak, en az iki yıl olması gerektiği yönündeki görüşe³³¹ aynı gerekçelerle iştirak ediyoruz.

§ 8. HUKUK DAVALARINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEMELER

Markaya ilişkin açılacak tüm hukuk davaları için yetkili mahkeme 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 63’ üncü maddesine³³² göre belirlenmelidir.

Marka sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgâhının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir³³³ (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 63/1). Bu madde, marka sahibi ve 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 73’ üncü maddesindeki şartları taşıması halinde lisans alan tarafından, mütecevizler aleyhine açılacak davalarda uygulama alanı bulur³³⁴. Ancak hukuk davaları söz konusu olduğundan, madde metninde “suçun işlendiği yer” ibaresinin hatalı bir tercihin sonucu olduğu, bu ibareden “tecavüzün gerçekleştiği yeri” anlamak gerektiği yönündeki görüş³³⁵ kanaatimizce haklıdır. Biz bunun, düzenlemenin özensiz kaleme alınmış olmasının yanında, ceza hukukuna ilişkin hükümlerle, özel hukuka ilişkin hükümlerin iç içe geçmiş olarak düzenlenmeye çalışılması çabasından kaynaklandığını düşünmekteyiz. HMUK’ un yer itibarı ile yetki hususunu

³³¹ BATTAL, Ahmet; s.53.

³³² Bu madde içerik itibarıyla tasarınn “Yetkili ve Görevli Mahkeme” başlıklı 73’ üncü maddesi ile;

“Bu Kanunda öngörülen davalarda, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hâkimli olarak görev yaparlar. Asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığı’nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler.

Enstitünün bu Kanun hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Enstitü’nün kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Enstitü aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkeme, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen mahkemelerden, Ankara İhtisas Mahkemeleridir.” Şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu yapısı itibarıyla tasarı, 556 Sayılı KHK’ nin 63 ve 71’ inci maddelerini birleştirerek daha derli toplu bir düzenleme getirmektedir.

³³³ “... Marka sahibi tarafından üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgâhının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir. Tercih hakkı davacıya ait olup, davacı da tercih hakkını kendi ikametgâhı yer mahkemesi olarak kullandığına göre, mahkemece davacının bu seçme hakkı doğrultusunda işin esasına girilerek tarafların delilleri toplanıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” 11.H.D. 16.04.2001, E.1084/K.3234 (NOYAN, Erdal; s.279-280); aynı yönde 11.H.D. 05.06.2000, E.4103/K.5050 (NOYAN, Erdal; s.282-283); Bu fıkra tasarıda mevcut değildir.

³³⁴ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1155: TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.478.

³³⁵ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1155.

düzenleyen 9' uncu maddesi ile, kişilerin kendi aleyhlerine açılacak haksız davalar sebebiyle mağdur olmalarının önüne geçmek fikrine dayalı olarak, davaların davalının ikametgahında açılması prensibi benimsenmiş iken; 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile marka sahibine daha fazla güvence sağlayabilmek amacıyla bu kuraldan ayrılmak suretiyle, davaların davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemelerde açılabilmesi kabul edilmiştir³³⁶.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 63' üncü maddesinde yer itibarı ile yetki kuralının kesin yetki kuralı olup olmadığı hususunda doktrinde fikir birliği mevcut değildir. TEKİNALP, madde metnini lâfzî bir yoruma tabi tutmak yoluyla ve metinde kesin bir ifadenin bulunmasına dayanarak, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 63' üncü maddesinin HMUK' un yer itibarı ile yetki hususunu düzenleyen 9' uncu maddesini bertaraf ettiği görüşünü³³⁷ savunmakta iken; ARKAN, amaçsal bir yorumla ve hükmün amacının, davacı lehine yetkili mahkeme sayısını arttırmak olduğu belirterek, HMUK' un 9' uncu maddesinin bertaraf olmayacağını ileri sürmekte³³⁸; YASAMAN ise aynı gerekçelerle Arkan' ın görüşüne iştirak etmektedir³³⁹. Kanaatimizce, dar ve lâfzî bir yorum, düzenlemenin amacına aykırı olarak, marka hakkı sahibinin haklarını talep ederken müracaat edebileceği mahkemeleri azaltıcı bir sonuca götürdüğünden, ARKAN ve YASAMAN' ın görüşüne katılmak daha uygundur.

Davacının Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitünün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 63/2). Bu düzenleme ile Türkiye' de yerleşim yeri bulunmadığından kendi ikametgâhlarında dava açamayacak olan marka sahipleri için dava açma olanağı yaratılmış olmaktadır³⁴⁰.

Üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgâhının bulunduğu yerdeki mahkemedir³⁴¹. Marka başvurusu veya marka sahibinin Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, ikinci fıkra hükmü uygulanır (556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 63/3). Birden fazla

³³⁶ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.508.

³³⁷ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.478.

³³⁸ ARKAN, Sabih; C.II., s.260.

³³⁹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1155.

³⁴⁰ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.509.

³⁴¹ 11.H.D. 10.07.1997, E.4626/K.5635 (Yargı Dünyası, S.24, s.62-63).

mahkemenin yetkili olduğu durumda, yetkili mahkeme, ilk davanın açıldığı mahkemedir (556 Sayılı Kanun Hükümünde Kararname md. 63/4).

556 Sayılı Kanun Hükümünde Kararname'de öngörülen bütün davalarda, görevli mahkeme, ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hâkimli olarak görev yaparlar. Asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinin hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresi Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir (556 Sayılı Kanun Hükümünde Kararname md. 71/1).

Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinde, asliye ceza mahkemesinde görülen işler ile fikri ve sınaî haklar hukuk mahkemesinde görülen işlerde verilecek maktu asgari avukatlık ücretleri ayrı ayrı belirlendiğinden, mahkemece avukatlık ücretine hükmedilirken bu hususta dikkatli olunması gerekir³⁴².

³⁴² KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.539.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA SUÇLARI VE MARKAYA İLİŞKİN CEZA DAVALARI

§ 9. MARKAYA TECAVÜZ SUÇLARININ DÜZENLEMEDEKİ YERİ VE ÖZELLİKLERİ

Marka hukukumuzda marka suçları, 4128 Sayılı Kanun' un 5' inci maddesi ile, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61' inci maddesine eklenen 61/A maddesi ile düzenlenmiş, müteakiben 5194 Sayılı Kanun' un 16 ncı maddesi ile öngörülen para cezaları arttırılmak ve cezaların uygulanması açısından, hapis ve para cezasının aynı anda da uygulanabileceği şeklinde değişiklik yapılarak aynen yeniden kanunlaştırılmıştır³⁴³.

³⁴³ Marka suç ve cezaları tasarının “Cezalar” başlıklı 62' inci maddesi ile; “Bu kanuna aykırı olarak kasten;

a) Marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapanlar, marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıranlar, kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterenler hakkında, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına veya ondörtmilyar liradan yirmiyedimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine,

b) Hak sahibi olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde marka korumasına ilişkin haklardan birini devreden veya rehneden veya bu haklar üzerinde herhangi bir şekilde tasarrufta bulunanlar ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya korunan bir marka sahibi olmasına rağmen koruma süresinin bittiği veya markanın hükümsüzlüğüne karar verildiği ve bu kararın kesinleştiği veya marka hakkından vazgeçildiği durumlarda; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışı çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilânlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyan veya bu amaçla ilân ve reklâmlarda, bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullananlar hakkında, iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine,

c) 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde yazılı fiiller ile 61 inci maddenin ikinci fıkrasında yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına veya on milyar liradan otuz milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine,

d) 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (e) bendinde yazılı fiiller ile ikinci fıkrasında belirtilen fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine,

e) (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan fiillere iştirak edenlerin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 64, 65, 66 ve 67 nci maddeleri gereğince cezalandırılmalarına hükmolunur.

(a), (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan suçlar, hizmetlerini yaptıkları sırada bir işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse çalışanlar ve suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişi de aynı surette cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Düzenlemede dikkati çeken husus, 556 Sayılı KHK' nin ilk iki fıkrasının oldukça paralel bir tarzda kaleme alınmasının ardından, 556 sayılı KHK' nin sistematığına uygun bir şekilde, diğer tecavüz hallerini atf yoluyla belirlenmiş olmasıdır.

Anılan maddenin ilk iki bendi ile marka suçları saymak suretiyle belirlendiği halde, üçüncü bentte, marka hakkına tecavüz hallerinin düzenlendiği 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61' inci maddesine atıf yapmak yoluyla, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61' inci maddesinde yazılı eylemleri aynı zamanda marka suçları olarak nitelendirilmiştir. Bu halde, marka sahibinin, marka hakkına tecavüz nedeniyle, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61' inci maddesi çerçevesinde özel hukuk yönünden tecavüz teşkil eden tüm hallerde, tecavüz teşkil eden fiil aynı zamanda bir suç olarak cezai yaptırıma tabi kılınmaktadır.

Özel hukuka ilişkin olan marka hakkına tecavüz fiilinin aynı zamanda “suç” olarak düzenlenmiş olmasının, kanun koyucunun, cezai normların caydırıcılığından istifade etmek amacıyla kaynaklanmaktadır³⁴⁴.

Doktrinde, bizim de katıldığımız şekilde, kanun ile cezai sorumluluğa ilişkin hükümlerin getirilmesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olduğu kabul edilmekle birlikte; cezai işleme konu eylemin kanun hükmünde kararnameyle tespit edilip kanun tarafından cezai hükümlerin belirlenmesinin, suç teşkil eden fiilin bulunduğu ilgili kanun hükmünde kararnamenin Bakanlar Kurulu'nun yapacağı genişletici bir değişiklik ile genişlemesi ile suçun da genişlemesi olanağı mevcut olduğundan, kabul edilebilir olmadığı ifade edilmektedir³⁴⁵.

Markaya tecavüz suçlarının konusu, mutlak bir hak olması sebebiyle hukuk tarafından korunan, ihlale konu menfaat olarak nitelenebilecek “marka hakkıdır”³⁴⁶.

KESKİN, markanın başvuru eserlerinde yer alması, dürüst ticari kullanım, marka hakkının kötüye kullanılması (sessiz kalma nedeniyle hak kaybı) hallerinin, marka hakkına tecavüz suçları bakımından birer hukuka uygunluk nedenleri olduğunu ifade etmektedir³⁴⁷. AYDIN, genel hukuka uygunluk sebepleri olan, meşru müdafaa, zaruret hali ve kanun hükmünü icranın markaya tecavüz suçuna nitelikleri itibarıyla uygulanmasının mümkün

³⁴⁴ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1061.

³⁴⁵ ÖZGENÇ, İzzet; Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp' e Armağan, C. III, İtanbul 2003, s.843: Aksi yönde görüş için bkz. YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1062: Tasarı yasalaşırsa, bu tartışma da son bulacaktır.

³⁴⁶ AYDIN, Hüseyin; Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003,(Sınai Mülkiyet Suçları) s.68.

³⁴⁷ KESKİN, Serap; Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, 2003, Ankara, s.144 ve devamı.

olmadığını, ancak hak sahibinin rızasının genel nitelikli bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu, ayrıca özel hukuka ilişkin olan marka hakkının tüketilmesinin ve markanın dürüstçe kullanılmasının birer hukuka özel uygunluk sebepleri olduğunu düşünmektedir³⁴⁸. YASAMAN ise, bir hukuka uygunluk sebebinden bahsedebilmek için öncelikle ortada suç tipine uyan bir eylemin mevcudiyetinin zorunlu olduğunu, hâlbuki markanın başvuru eserlerinde yer alması, dürüst ticari kullanım, marka hakkının kötüye kullanılması (sessiz kalma nedeniyle hak kaybı) hallerinin mevcudiyetinin tecavüz halinin ve dolayısıyla suçun tipiklik anlamında oluşumunun önüne geçtiğini, bu sebeplerle bu hallerin hiçbirinde bir hukuka uygunluk sebebi olmadığını belirtmektedir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK' nun ikinci kısım birinci bölümünde bulunan 24, 25 ve 26' ıncı maddeleri “kanun hükmü ve amirin emri”, “meşru savunma ve zorunluluk hali” ve “hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası” başlıkları altında kanun terminolojisiyle *ceza sorumluluğunu kaldıran sebepleri* sıralamıştır. Zikredilen ikinci bölümün başlığında ceza sorumluluğunu kaldıran sebeplerden açıkça bahsedilmesi sebebiyle, YASAMAN' ın ifade ettiği gibi öncelikle ortada suç tipine uyan bir eylemin mevcudiyetinin zorunlu olduğunun, ancak sayılan sebeplerden biri mevcut olduğundan failin ceza sorumluluğu olmadığını kabul etmek gerekmektedir.

Ancak bu noktada dikkat etmek gerekir ki, 5237 Sayılı TCK' nun 26' ıncı maddesinde düzenlenen “hak sahibinin rızası”, markaya tecavüz suçları için de “ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden” olarak değerlendirilebilecektir.

Öte yandan 5237 Sayılı TCK' nun 5' inci maddesi “bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmünü içerdiğinden, bundan böyle “marka sahibinin rızası” dışında bir halin, failin ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olduğu da iddia edilemeyecektir.

§ 10. SUÇ SAYILAN FİLLER

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61/A-1,a maddesiyle belirlenen, marka tescili ile ilgili³⁴⁹ .;

³⁴⁸ AYDIN, Hüseyin; Sınai Mülkiyet Suçları, 70-76.

³⁴⁹ ALBAYRAK, Mustafa; Fikir ve Sanat Eserleri ile Markalar Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003 (Marka Suçları), s. 87.

- a. Marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapanların,
- b. Marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş, marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıranların,
- c. Kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterenlerin,

işledikleri suçlar³⁵⁰ ile,.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61/A-1,b maddesiyle belirlenen, marka tescilinden doğan hukuki işlemler ile ilgili³⁵¹;

a. Mevcut olmadığını veya tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin devir, intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehnedeni, bu haklar üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunanların,

b. korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışı çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticari evrakına veya ilanlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde, işaretler koyan veya bu amaçla ilan ve reklamlarda, bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullananların, işledikleri suçlar³⁵², bir tecavüz halinin mevcudiyeti söz konusu olmadığından, konumuzun dışında kalması sebebiyle incelenmeyecektir.

Doktrinde, suç tiplerini kategorize etmek yönünde faydalı bir şekilde³⁵³, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61/A-1,a ve b maddesindeki suçlar “dar anlamda marka suçları”; 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61/A-1,c maddesindeki suçlar ise, “marka hakkına tecavüz suçları” olarak tasnif edilmektedir³⁵⁴.

³⁵⁰ Bu suçlar tasarının 62/1-a maddesi ile aynen muhafaza edilmektedir.

³⁵¹ ALBAYRAK, Mustafa; Marka Suçları, s. 87.

³⁵² Bu suçlar tasarının 62/1-b maddesi ile genel olarak aynen muhafaza edilmektedir.

³⁵³ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerh II, s.1064.

³⁵⁴ KESKİN, Serap: s.18.

Konumuzu oluşturan, tescilli markanın sağladığı haklara tecavüz suçları, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61/A-1,c maddesinde tek tek sayılmak yerine "61' inci maddede yazılı fiilleri işleyenler" şeklinde, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61' inci maddesine atıf yapmakla yetinilmek suretiyle düzenlenmiştir. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61' inci maddesinde bu suçlar;

a) 9 uncu maddenin ihlali³⁵⁵,

b) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek³⁵⁶,

c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak³⁵⁷,

d) Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek³⁵⁸,

e) (a) ila (c) bendlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak³⁵⁹,

f) Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak,

şeklinde sıralamıştır.

I- DOKUZUNCU MADDENİN İHLALİ İLE OLUŞAN SUÇLAR

Marka hakkına tecavüz sayılan eylemleri 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61' nci maddesinin (a) bendi 9 uncu maddenin ihlalini başlı başına bir tecavüz hali ve suç

³⁵⁵ Tasarıda 9' uncu maddeye genel bir atıf yerine, fıkralarına ayrı ayrı atıflar yapıldığı görülmektedir.

³⁵⁶ Bu hüküm tasarının 9/1-a maddesiyle aynen muhafaza edilmektedir.

³⁵⁷ Bu hüküm tasarının 9/1-d maddesiyle aynen muhafaza edilmektedir.

³⁵⁸ Bu hüküm tasarının 9/1-e maddesiyle detaylandırılarak aynen muhafaza edilmektedir.

³⁵⁹ Bu hüküm tasarının 9/1-f maddesiyle aynen muhafaza edilmektedir.

olarak belirlemiştir. Bu suçlar “markanın izinsiz kullanılması suçları” olarak da adlandırılabilir³⁶⁰. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ nin 9’ uncu maddesi ise;

“a. Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması³⁶¹,

b. Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması³⁶²,

c. Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.³⁶³” hallerini marka hakkına yönelik birer ihlal olarak tespit etmiştir.

Burada “bir işaretin kullanılması” ibaresi ile neyin kastedildiği aynı maddenin ikinci fıkrası³⁶⁴ ile;

a. Haksız işaretin mal veya ambalajı üzerine konulması,

b. Haksız işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi,

c. Haksız işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi amacıyla stoklanması³⁶⁵,

³⁶⁰ KESKİN, Serap; s.128.

³⁶¹ “Davacı, “DOĞADAN” ibaresinin tescil edilmesi için başvuruda bulunmuş; Davalı Enstitü ise önceden tescilli “DOĞADAN” markası ile aynı olan tescil istemini red etmiştir. Aynı mal ve hizmetler için tescilli bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik taşıyan işaret için yapılan marka tescil başvurusunun reddi hukuka uygundur.” 11.H.D. 31.10.2002, E.9729/K.9711 (FMR, C.3, S.2003/3, s.169-1171): bu hüküm tasarının 9/a maddesinde sayılmış, tekrar edildiği düşüncesi taşıdığı kanaati uyandıracak şekilde yeniden 61’ inci maddeye dahil edilmemiştir.

³⁶² Bu hüküm paralel şekilde tasarının 9/1-b maddesi ile düzenlenmektedir.

³⁶³ Bu hüküm paralel şekilde tasarının 9/1-c maddesi ile düzenlenmektedir.

³⁶⁴ Bu fıkra tasarının 9/2’ inci maddesi ile aynen muhafaza edilmektedir.

³⁶⁵ KESKİN, işareti ambalaj üzerine yerleştirmenin tek başına bir tecavüz hali olduğuna işaret ederek, bu malların depolanmasının ayrı bir tecavüz hali ve suç olarak düzenlenmesini eleştirmiş (KESKİN, Serap; s. 128), buna karşılık YASAMAN, haksız işareti mal üzerine yerleştiren kişi ile depolayan kişinin ayrı şahıslar olması olasılığını hatırlatarak, düzenlemenin bu amaca hizmet ettiğine dair görüş bildirmiştir (YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1074). Kanaatimizce YASAMAN’ ın bakış açısı belirttiği gerekçelerin isabetli olması sebebiyle tercih edilmelidir.

- d. Haksız işareti taşıyan malın teslim edilebileceğinin teklif edilmesi³⁶⁶,
- e. Haksız işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması,
- f. Haksız işareti taşıyan malın ithali veya paralel ithalatı,
- g. Haksız işaretin³⁶⁷, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması³⁶⁸,
- h. Haksız işareti taşıyan malın sergilenmesi,

olarak tespit edilmiştir. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 11' inci maddesindeki, ticari markanın temsilci veya ticari vekil adına tescil ettirilip kullanılması halinin de bu kapsamda değerlendirilmesi³⁶⁹ mümkündür.

KESKİN, suçun bu görünümünü, “markanın izinsiz kullanılması suçu” olarak adlandırmıştır³⁷⁰.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9' ncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde³⁷¹ ifade edilen “aynen kullanma”, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın tamamen veya kopya edilerek (iktibas³⁷² suretiyle) kullanılması anlamına gelip³⁷³, hangi mal ve hizmetlerin aynı sayılacağıının belirlenmesinde bazı güçlükler neden olabilecek olmakla birlikte³⁷⁴, açık ve kesin markaya tecavüz hali oluşturduğundan az karşılaşılan bir durumdur³⁷⁵. Bu suçun teşekkülü için kullanımın, yukarıda da sayılan 556 Sayılı Kanun

³⁶⁶ Bu kullanım biçiminde, malın üretiminin tamamlanması veya mal veya ambalaj üzerine haksız işaretin konmuş bulunması gibi hususlar şart koşulmadığından, ceza hukuku anlamında hazırlık hareketi niteliğinde bir eylemin varlığına karşın, tamamlanmış bir suç gibi düzenleme yapılmış olması KESKİN tarafından eleştiri konusu yapılmış(KESKİN, Serap; s. 130-131), bu görüşe YASAMAN da katılmıştır(YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1075). Biz de isabetli bulduğumuz aynı gerekçelerle bu görüşe iştirak ediyoruz.

³⁶⁷ “... davalının, davacıya ait LYCRA markasını, faturalarında nitelik belirtme yönünden göstermesi, markaya tecavüz kastını göstermez...” 11.H.D. 24.03.1997, E.9129/K.1965 (Yargı Dünyası, S.15, s.95-96).

³⁶⁸ “... “YAPI” ve “YAPI FUARI” sözcüklerinin marka olarak davacı adına tescilli olup, iptal edilmedikçe koruma altında olduğu, aynı alanda faaliyet gösteren ve üstelik ortakları daha önce davacı şirkette çalışan davalı şirketin “Ege Yapı Fuarı, Akdeniz Yapı Fuarı” gibi ibareleri tanıtım vasıta ve broşürlerinde kullanmasının iltibas yaratacak nitelikte olduğu, bu itibarla davalı eyleminin davacının marka ve unvan haklarına tecavüz olduğu,... davalının davacıya ait marka ve unvan haklarına tecavüzünün önlenmesine, “YAPI” ve “YAPI FUARI” ibarelerini kullanarak fuar tanıtım, reklam ve benzeri etkinlik düzenlenmesinin önlenmesine... dair karar usul ve yasaya uygundur.” 11.H.D. 15.12.1999 E.5330 /K.1042 (NOYAN, Erdal; s.310-312).

³⁶⁹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.415.

³⁷⁰ KESKİN, Serap; s. 128.

³⁷¹ Bu hal tasarının da 9/1-a maddesinde düzenlenmiştir.

³⁷² CENGİZ, Dilek; s.12.

³⁷³ KARAHAN, Sami; Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, 2002, Konya, (Hükümsüzlük), s.44.

³⁷⁴ CAMCI, Ömer; s.95.

³⁷⁵ KARAHAN, Sami; Hükümsüzlük, s.44: CENGİZ, Dilek; s.12.

Hükmünde Kararnamenin 9/2' inci maddesinde belirlenen şekillerden birinin yapılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9' ncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde³⁷⁶ marka sahibinin, “tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılmasının” yasaklanması hükmü, markaları karıştırılma tehlikesi ve markalar arasında bağlantı bulunması ihtimalleri esas alınarak formüle edilmiştir³⁷⁷. Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek benzerini kullanmak³⁷⁸ ve bu şekilde iltibas (karışıklık) meydana getirmek suretiyle bir başkasının müşteri kitlesinden haksız faydalanmak, iltibas yoluyla markaya tecavüz olarak tanımlanmaktadır³⁷⁹. İltibas; taklit – bir markanın aynen kopya edilmesi – ve tağyir – iki marka arasında alıcıların zihninde karışıklık meydana getirecek derecede benzetme veya değişiklik yapılması - şekillerinde husule gelebileceğinden, taklit ve tağyiri kapsayan bir üst kavram konumundadır³⁸⁰. İltibasın varlığı tespit edilirken, vasat³⁸¹ nihai alıcıların müteceviz olduğu iddia edilen marka ile mağdur olduğu belirtilen markalar arasında bağlantı olduğunu düşünmesi ihtimali veya her iki markanın yine vasat alıcı tarafından

³⁷⁶ Bu hal tasarının da 9/1-b maddesinde düzenlenmiştir.

³⁷⁷ ARKAN, Sabih; İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi, BATİDER, Aralık 1999, C.XX, S.2, (İltibas), s.5.

³⁷⁸ “... davacının markasının “FOTO HAYAT” markası ile aynı sınıfın alt grubunda bulunmadığı, “AL HAYAT” markası ile veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olmadığı “HAYAT” markası ile ürünlerin benzer veya aynı nitelikte olmadığı...” 11.H.D. 04.11.2002, E.5298/K.9908 (FMR, C.3, S.2003/2, s.142-146).

³⁷⁹ KARAHAN, Sami; Ticari İşletme Hukuku, 1998, Konya, (Ticari İşletme), s.166: “Davacı tarafından, 17.01.2000 tarihinde tescil için TPE Başkanlığına, 25. sınıfta yer alan emtia üzerinde kullanılmak üzere başvurusu yapılmış olan İNTERPORT ibareli marka başvurusunun, kendisine ait olan 25. sınıfta yer alan emtialar için 27.05.1994 tarihinde tescil edilmiş olan PORT ibareli marka ile iltibas yaratacağı gerekçesi ile reddi için TPE nezdinde itirazda bulunduğu, itirazın nihai olarak TPE Yeniden İnceleme ve Değerlendirilme Kurulunca reddi kararının ve markanın iptali için açılmış olan davanın reddine dair karar, iki markada PORT kelimesinin müşterek olduğu, bu sözcüğün daha önceden tescilli davacı markası ile iltibasa meydan verecek derecede benzer olduğu, davalının sırf davacının markasından yararlanmak amacıyla bu sözcüğü tercih ettiği, markadaki eklentinin ayırt edicilik yaratmadığı gerekçeleriyle bozulması gerekir.” 11.H.D. 05.05.2003, E.2002-12018/K.2003-4432 (FMR, C.3, S.2003/4, s.119): “Tescilli “Aytuğ” markası ile tescilli talep edilen “üçtuğ” ibarelerinin farklı anlamlar taşıdığı, şekil ve harf dizilişi itibari ile de farklı olduğu, orta düzeyde tüketici açısından yanılgiya neden olmayacağı bu nedenle TPE Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Kararının 556 Sayılı KHK' nin 7 ve 8. maddelerine aykırılık oluşturmadığına dair verilen karar onanmıştır.” 11.H.D. 24.04.2002, E.129/K.3735 (FMR, C.2, S.2002/4, s.149-150).

³⁸⁰ KARAHAN, Sami; Hükümsüzlük, s.39.

³⁸¹ MERAN, Necati; s.225: bu noktada nazara alınacak ortalama alıcıların tespiti hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHAN, Sami; Hükümsüzlük, s.39; “...Dosyadaki delillere ve bilirkişi raporlarına göre, tescilli MAGGİ markaları tanınmış markalardır. MAGİ ibaresi görsel ve sözel açıdan, tescilli MAGGİ markaları ile kolay ayırt edilemeyecek denli benzerlik içindedir ve halk tarafından karıştırılma ihtimali vardır. Bu nedenlerden dolayı MAGİ markasının hükümsüzlüğüne karar vermek gerekmiştir.” 11.H.D. 08.07.2002, E.3187/K.7188 (FMR, C.3, S.2003/2, s.150-156).

karıştırılma tehlikesi³⁸² olup olmadığı araştırılır ve anılan ihtimal veya tehlikenin varlığı tespit edilirse iltibasın doğduğu sonucuna ulaşılır³⁸³. Eğer ürünün hitap ettiği hedef kitle, küçükler gibi, özel bir niteliğe sahip ise, bu özel kesim dikkate alınmalıdır³⁸⁴. Burada alıcıların tamamının aldanmış olmasına gerek olmayıp, bir kısmının dahi aldanmış olması iltibasın varlığı için yeterlidir³⁸⁵. Burada “bağlantı olduğu ihtimali” ibaresi ile iltibastan daha geniş bir koruma alanı sağlandığı sonucuna ulaşılabilir³⁸⁶. KESKİN tarafından bu suç, “markanın karıştırılması suçu” olarak isimlendirilmiştir³⁸⁷. Bu suç; benzer işaretin aynı mal veya hizmetler için kullanılması, aynı işaretin benzer mal veya hizmetler için kullanılması ve benzer işaretin benzer mal veya hizmetler için kullanılması olmak üzere üç şekilde işlenebilir. Tecavüzün oluşumu ve dolayısıyla suçun teşekkülü için mütecaviz işaret ile markanın karıştırılmış olması neticesi aranmadığından, bu suç bir tehlike suçu niteliğindedir³⁸⁸.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9' ncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi³⁸⁹ ile “tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılmasının” önlenebileceği ifade edilmiştir. Burada kullanılan işaretin, tescilli ve tanınmış markaların altında da olabilecek bir düzeyde toplumda itibar edinmiş³⁹⁰ bir marka ile aynı mal veya hizmet grubunda olmamakla birlikte, tescilli markanın temel unsurlarından olan ayırt edici niteliğine zarar verecek vasıfta veya tescilli markanın toplum nazarında kazandığı itibardan makul bir sebep olmaksızın avantaj elde edebilecek nitelikte bir durumda bulunup bulunmadığı tespit edilerek tecavüzün ve suçun varlığı ortaya konacaktır. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 8/4' üncü fıkrasından farklı olarak 9/1-c maddesinde, korunması talep edilen markanın “toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış” olmasının şart

³⁸² “dava konusu ürünler, aslında bilinçli kullanıcı olan doktor ve eczacı gibi eğitilmiş kişilerce kullanılan ilaçlardır. “LIPIDIL” ve “LIPIDROL” kelimelerinin doktor ve eczacılar açısından aynı veya ayırt edemeyecek derecede benzer olmadığı ve bu kelimeler arasında kulak algılaması yönünden de yeterince farklılık bulunduğu bilirkişi kurul raporunda belirtildiğinden, iki markanın benzerliği gerekçesiyle davanın reddine dair kararın bozulması gerekmektedir.” 11.H.D. 13.01.2003, E.2002-7864/K.2003-48 (FMR, C.4, S.2004/3, s.103-105).

³⁸³ Bağlantı ihtimalinin iltibas tehlikesi içinde mi yoksa ayrı bir kavram olarak mı ele alınması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. ARKAN, Sabih; İltibas, s.5 – 11.

³⁸⁴ BERZEK, Ayşe Nur; 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Markaların Düzenlenmesi, Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, 1998 İstanbul, s.85.

³⁸⁵ KARAHAN, Sami; Ticari İşletme, s.166.

³⁸⁶ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.404.

³⁸⁷ KESKİN, Serap; s. 133.

³⁸⁸ KESKİN, Serap; s. 136.

³⁸⁹ Bu hal tasarının da 9/1-c maddesinde düzenlenmiştir.

³⁹⁰ CAMCI, Ömer; s.96.

kılınmamış olmasının, bilinçli bir tercih sonucunda değil, mehzaz 40/94 Sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü' nün tercümesi sırasında gösterilen ihmal ile ortaya çıktığı ifade edilmektedir³⁹¹. Bu suç, doktrinde “markanın tanınmışlığına tecavüz suçu” olarak da adlandırılmıştır³⁹². Maddenin kaleme alınışı itibarıyla, ne haksız yarar sağlama faaliyetinin tamamlanması, ne de markanın ayırt edici niteliğine zarar verilmiş olunması gerektiği neticesi çıkarılmadığından, bir tehlike suçu ile karşı karşıya olduğumuzu kabul etmek gerekir³⁹³. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tecavüzün ve suçun vücut bulması için, markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde etme tehlikesinin veya tescilli markanın ayırt edici niteliğine zarar verme tehlikesinin ayrı ayrı ve birbirinden bağımsız olarak aranması gerektiğidir³⁹⁴. Yani bu suç iki ayrı tehlike halinde, iki ayrı tip olarak teşekkül edebilir. Biz, bu madde ile ilgili olarak KESKİN' in, bu suç tipinin ceza normunun adilliği ve orantılılığı ilkesi ile çeliştiği, tanınmış markanın çekici gücünden yararlanma hali ile Özel Hukuk alanında mücadele edilmesi gerektiği, ayrıca bu suçun ceza hukuku alanına dâhil edilirken, bir zarar suçu değil de bir tehlike suçu olarak düzenlenmesinin de hatalı olduğu yönündeki görüşlere³⁹⁵, aynı gerekçelerle bütünüyle katılmaktayız.

Markayı, yukarıda açıklandığı gibi kullanma hallerinde suçun oluşabilmesi için, marka hakkı sahibinin bu kullanıma izin vermemiş olması gerektiği, bu suçlarda, izinin bulunmamasının suçun bir unsuru olduğu ifade edilmiştir³⁹⁶. Bu noktada izin ve rıza kavramları arasında bir fark olduğunu, izin halinde karşılıklı bir irade uyuşması gerektiği halde, rızanın açık bir irade beyanına muhtaç olmadığını, dolayısı ile izin suçun bir unsuru iken, rızanın ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olduğunu düşündüğümüzü ifade etmekte fayda vardır.

II- MARKAYI TAKLİT ETMEK SUÇU

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61' inci maddesinin b fıkrası ile; “marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek” ayrı bir tecavüz hali ve suç olarak düzenlenmiştir. Aynen kullanma, bir markanın karakteristik ve asli elemanlarına tecavüz edilmesidir³⁹⁷. Aynen

³⁹¹ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.260.

³⁹² KESKİN, Serap; s. 129.

³⁹³ KESKİN, Serap; s. 138.

³⁹⁴ KESKİN, Serap; s. 137.

³⁹⁵ KESKİN, Serap; s. 138.

³⁹⁶ KESKİN, Serap; s. 132.

³⁹⁷ KARAHAN, Sami; Hükümsüzlük, s.44.

kullanma tam veya kısmi olabilir³⁹⁸. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de bu husus, “aynen veya ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanma” ibaresi ile ifade edilmiştir³⁹⁹.

ARKAN; 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 61’ nci maddesi ile 9’ uncu maddesinin ihlalinin tecavüz hallerinden birini oluşturduğu açıkça ifade edildiği ve 9’ uncu madde ile sahibinden izin alınmadan markanın aynen veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasının ihlal hallerinden birini oluşturduğu belirtildiği nazara alındığında, 61’ nci maddenin b fıkrasına gerek olmadığını⁴⁰⁰ ileri sürmüş, ÖZGENÇ ise bu görüşü desteklemiştir⁴⁰¹. TEKİNALP, “ayırt edilmeyecek derecede benzer” ile “benzer” işaretin kullanılması yoluyla markaya tecavüzün farklı kavramlar olduğunu, nitekim “benzer” işaretin haksız kullanımının karıştırmaya (iltibasa) sebep olacağı halde “ayırt edilmeyecek derecede benzer” işaretin kullanımının başlı başına taklide vücut vereceğini ifade etmekte⁴⁰² ve 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 64, 65, 66 ve 67’ nci maddelerinde de markanın taklit edilmesinin ayrı olarak düzenlendiği ve diğer tecavüz hallerinden farklı hükümlere bağlandığı nazara alındığında bilinçli bir tercih olduğunu⁴⁰³ düşünmektedir. TEKİNALP’ in bu görüşüne, KESKİN⁴⁰⁴ ve YASAMAN da iştirak etmektedir⁴⁰⁵. TEKİNALP’ in görüşünün kabulü halinde, 9’ ncu maddede marka ve benzerlerinden söz edildiğine göre hem iltibas ve hem de taklit bu kapsamda kabul edilecek; 61’ nci maddenin b bendinde ise marka ve ayırt edilemeyecek kadar benzeri konu edildiği için bu hal sadece taklit olarak değerlendirilecek; öte yandan tanınmış markaya taklit ya da iltibas yoluyla tecavüz bu işaretin kullanıldığı ürünlerle benzer olmayan mal ve hizmetler açısından da gerçekleşmiş kabul edilecektir⁴⁰⁶. Biz, her iki düzenlemenin de yürürlükte olduğunu ve düzenlemenin aynı zamanda suç teşkil eden bir eylem niteliği taşıdığını da gözettiğimizden, lâfzî yorumun zaruri olduğunu düşünerek, ceza hâkiminin eylemin tam olarak hangi madde kapsamına girdiğini tespitinin zorunlu olması sebebiyle TEKİNALP’ in görüşünün tarafı olmak gereği duyuyor ve YASAMAN’ ın gerekçesine⁴⁰⁷ katılmak ihtiyacı hissediyoruz. Sonuç olarak, markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak, markayı taklit suçunu; markanın benzerini

³⁹⁸ ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz, s.148; KARAHAN, Sami; Hükümsüzlük, s.44.

³⁹⁹ KARAHAN, Sami; Hükümsüzlük, s.44.

⁴⁰⁰ ARKAN, Sabih; C.II, s.216.

⁴⁰¹ ÖZGENÇ, İzzet; s. 847.

⁴⁰² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.408.

⁴⁰³ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.408.

⁴⁰⁴ KESKİN, Serap; s. 139.

⁴⁰⁵ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1013.

⁴⁰⁶ ÖZEL, Çağlar; s.180; KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet; s.455.

⁴⁰⁷ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1076.

kullanmak ise markanın karıştırılması suçunu oluşturacaktır⁴⁰⁸. Öte yandan aynı markanın benzer mal veya hizmet grubunda kullanılması, ancak karıştırılmanın da mevcudiyeti halinde markanın karıştırılması suçunu oluştururken, farklı mal veya hizmetlerde kullanılması – tanınmış markalar için - diğer şartları da varsa markanın tanınmışlığına tecavüz suçunu oluşturacaktır⁴⁰⁹.

Her ne kadar 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname benzer/ ayırt edilemeyecek kadar benzer veya aynen kullanma/ ayırt edilemeyecek kadar aynını kullanma terimlerine bir açıklık getirmemiş ise de, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin taklit/tağyir veya iltibas/iltibas kavramlarına değil, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7/1-a, 8/1-b, 9/1-a,b,c maddelerinde de görüleceği şekilde 551 Sayılı Markalar Kanunu'nda olduğu gibi, aynen kullanma ve benzerini kullanma ayrımını yaptığı nazara alındığında, ihlalin ancak iltibas yoluyla gerçekleşebileceği ve iltibasın da aynen veya benzerini kullanma şeklinde iki tarzda gerçekleşebileceğini kabul ettiği söylenebileceğinden⁴¹⁰ ve 551 Sayılı Kanun ile ilgili olarak oluşturulan 30 yıllık ilmi ve kazai içtihat birikiminden yararlanabilme imkânı da değerlendirilerek 551 Sayılı Kanun'un 47' nci maddesi ile getirilen aynen kullanma kriteri benimsenmeye devam edilmelidir⁴¹¹. Sonuç olarak, markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması halinde iltibasın varlığı bir faraziye olarak kabul edilmelidir⁴¹².

III- TAKLİT MARKAYI TAŞIYAN ÜRÜNLERİ TİCARİ AMAÇLA ELDE BULUNDURMAK SUÇU

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/c maddesi⁴¹³ ile “markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak” hali bir tecavüz hali ve suç olarak belirlenmiştir.

⁴⁰⁸ KESKİN, Serap; s. 139.

⁴⁰⁹ KESKİN, Serap; s. 140: Tasarıdaki düzenleme ile artık bu tartışma konusuz kalacaktır. Zira tasarının 9' uncu maddesindeki hal gibi bir durum tecavüz fiillerine işaret edilen 61' inci maddede mevcut değildir. Başka bir deyişle tasarıda ARKAN' ın görüşü esas alınmıştır.

⁴¹⁰ KARAHAN, Sami; Hükümsüzlük, s.41.

⁴¹¹ KARAHAN, Sami; Hükümsüzlük, s.46.

⁴¹² KARAHAN, Sami; Hükümsüzlük, s.102.

⁴¹³ Bu suç tasarının 9/1-d maddesinde mevcuttur.

Bu halde marka hakkına tecavüzün vuku bulması ve suçun oluşması için her şeyden önce iktibas (aktarma) veya benzeri⁴¹⁴ bir yolla gerçekleştirilmiş bir “taklidin” mevcudiyeti gerekir⁴¹⁵. Taklit marka niteliğinde olmayıp, herhangi bir nedenle, başka bir tescilli marka ile iltibas oluşturacak nitelikteki markaları taşıyan malları satan, dağıtan ya da elde bulunduran kişiler için, markanın taklit olup olmadığını araştırma yükümlülüğü getirebileceği halde, taklit olmayan bir markanın bir başka tescilli marka ile iltibas oluşturup oluşturmayacağını araştırma yükümlülüğü getirilemeyeceği için, bu suçun oluşmayacağı ifade edilmiştir⁴¹⁶. Kanaatimizce, burada suçun ilk unsuru olan “taklit” gerçekleşmediğinden, böyle bir tespite de gerek yoktur⁴¹⁷.

Ayrıca bu şekilde marka hakkına tecavüzün oluştuğunun kabulü ve suçun teşekkülü için maddede anılan eylemleri gerçekleştiren kişinin markanın ve şart olmamakla birlikte ürünün taklit olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda bulunması gerekir⁴¹⁸. Bilmek veya bilebilecek durumda olmak, markanın taklit edilmiş olduğu yolunda herhangi bir şekilde bilgi sahibi olmayı, böyle bir bilgiyi edinebilecek durumda bulunmayı, tahmin etmeyi, tahmin edebilecek durumda bulunmayı ifade etmekte olup; taklit edenle herhangi bir şekilde işbirliği içinde olmak anlamına gelmez⁴¹⁹. Taklit marka kullanıldığını bilen veya bilebilecek durumda olan satıcı, dağıtıcı gibi üçüncü kişilerin bu madde kapsamına alınmasının amacı, bu kişilerin gerekli dikkat ve özeni göstermelerini sağlayarak, marka korsanlığının önlenmesinin ve ticari hayatta dürüstlüğün yerleşmesini temin etmeye çalışmaktır⁴²⁰.

Kanun koyucunun, suçun “markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde” işlenebileceğini ifade etmekle, bu suçun taksirle de işlenebileceğini ortaya koymuştur⁴²¹.

⁴¹⁴ ERGÜN, Mevci; Marka Hakkına Tecavüz, s.154.

⁴¹⁵ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.454: YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1014.

⁴¹⁶ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1077.

⁴¹⁷ Tasarıdaki “markanın (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtildiği şekilde kullanıldığı” ibaresi ile “taklit” şartının terk edildiği anlaşılmaktadır.

⁴¹⁸ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.454: YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1013: bu şart tasarıda aynen korunmuştur.

⁴¹⁹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.454.

⁴²⁰ ARKAN, Sabih; C.II., s.218.

⁴²¹ KESKİN, Serap; s. 141: Tasarıda marka suçlarının belirlendiği 62’ inci maddesinin başlangıcındaki “Bu kanuna aykırı olarak kasten” ibaresi ile artık tüm marka suçları gibi bu suçun da ancak kasten işlenebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca taklit markalı malı, yeniden ticaret alanına çıkarma amacı taşımayıp, kendisinin ya da ailesinin kişisel ihtiyaçları için elinde bulunduran tüketici bu kapsamda marka hakkına tecavüz etmiş sayılamaz⁴²². Yani burada suçun oluşabilmesi için “ticari amaç” mevcut olmalıdır⁴²³.

“Taklit markayı ticaret alanına çıkartmak” olarak da adlandırılabilen bu suç, düzenlenirken, yasa koyucunun tahdidi bir terminoloji kullanmamış olması ve örnek kabilinden “satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak” ibarelerine yer verdiği için, serbest hareketli bir suçtur⁴²⁴.

Malın piyasaya sunulması, arz ve talep edileceği ortamda hazır bulundurulması ve özellikle müşterinin bilgi ve beğenisine takdim edilmesidir⁴²⁵. Bir mal fabrikada, toptancıda, perakendecide, fuarda, sergi salonunda veya internet sitesinde piyasaya sunulabilir. Bu anlamda hizmet markaları, bir garsonun marka basılı önlük ile servis yapması ya da marka basılı kamyonlarla taşımacılık yapılması gibi hallerde piyasaya sürülmüş kabul edilmelidir⁴²⁶.

Malın teklifi, o malı arzı, hukuki manada icabı anlamına gelmekte olup, mutlaka mülkiyetin naklini temin amacıyla yapılmaması gerekmektedir. Malın arzından, mal üzerindeki kullanım hakkının devri de amaçlanabilir⁴²⁷.

Markayı taklit etmek suçuna müteakip, taklit markayı ticaret alanına çıkartmak suçu da oluşursa, iki ayrı suç oluşacak⁴²⁸ ise de; kanaatimizce eylemler bir bütün olarak nazara alınmalı ve fikri içtima kuralları uygulanmalıdır. Ancak hâkim, cezanın şahsileştirilmesi ilkesi gereği 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile belirlenen geniş takdir yetkisini kullanarak vicdana ve hakkaniyete uygun bir karar vermelidir.

⁴²² ÖZEL, Çağlar; s.183.

⁴²³ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1014.

⁴²⁴ KESKİN, Serap; s. 141.

⁴²⁵ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.262.

⁴²⁶ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.262.

⁴²⁷ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.262.

⁴²⁸ KESKİN, Serap; s. 141.

IV- MARKA HAKKINA TECAVÜZE İŞTİRAK, TEŞVİK VE YAPILMASINI KOLAYLAŞTIRMAK SUÇU

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/e maddesi⁴²⁹ “ (a) ila (c) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak” fiilini müstakil bir suç olarak düzenlemiştir.

Bu tecavüz halinin doğabilmesi için ceza kanunu anlamında bir “iştirak” eylemi değil; tecavüz teşkil eden fiile bir katılım ifade edilmektedir⁴³⁰. Her ne kadar iştirak, yardım, teşvik ve kolaylaştırma yoluyla marka hakkına tecavüz hallerinde, iştirak edenlerin asıl mütecevazinin fiilinin, tecavüz oluşturduğunu bilmeleri veya bilebilecek durumda olmaları gerekli ise de; işçiler, kendilerine bir iş sözleşmesi ile yüklenen bir edimin ifası borcunu yerine getirdiklerinden, onların eylemi tecavüze vücut vermez⁴³¹.

Burada iştiraki, ceza hukuku anlamında anlamak gerekmediği ifade edilmiş⁴³² ise de; 5237 Sayılı TCK' nun 5' nci maddesi “Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmünü içerdiğinden, artık cezai yönden değerlendirme yapılırken 5237 Sayılı TCK' nun 37 – 41' nci maddeleri gözetilmek zorunluluğu vardır. Böylece, ÖZGENÇ' in, markanın taklit edilmesi, taklit markayı taşıyan malın ticaret alanına sokulması ve izinsiz marka kullanmak suçları genel olarak “markaya tecavüz suçunu” oluşturduğundan suç teşkil ettiği, aslında bu fiillerin ilgili bentlerinde tanımlanan suçlara şerik (fer'i fail) sıfatıyla iştiraktan dolayı sorumluluğu gerektiği, kanun koyucunun bu suçlar bakımından fail ile şerik arasında sorumluluk rejimi açısından fark gözetmediğinden, markanın taklidi suçu açısından genel hükümlerin uygulanması gerektiği yönündeki görüşü⁴³³ karşısında; KESKİN' in, buradaki suç tipinin, tamamen bağımsız bir suç tipi olduğu ve ceza müeyyidesi ile karşılandığı, ancak marka suçlarına iştiraktan söz ettikten sonra, ayrıca teşvik etmekten veya suçun işlenişini kolaylaştırmaktan bahsetmenin eleştiriye açık bir hal yarattığı şeklindeki görüşü⁴³⁴ ile doğan tartışma konusuz kalmaktadır.

⁴²⁹ Tasarının 62/e maddesi ile paralel bir düzenleme yapılmıştır.

⁴³⁰ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.456: KESKİN, Serap; s. 143.

⁴³¹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.456.

⁴³² TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.456.

⁴³³ ÖZGENÇ, İzzet; s. 849.

⁴³⁴ KESKİN, Serap; s. 143.

Kanaatimizce cezai açıdan bu hüküm 5237 Sayılı TCK' nun 5' nci maddesi ile zımnen ilga olacak ve 5237 Sayılı TCK' nun 37 – 41' nci maddeleri uygulama alanı bulacaktır. 5237 Sayılı TCK' nun 39' uncu maddesi, suçu teşvik eden, suç işleme kararını kuvvetlendiren, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştıran kişilerin tamamını, hiçbir ayırım gözetmeksizin, “suçtan dolayı suça yardım eden” kişiler (şerik) olarak tanımlamış ve bu kişilere verilecek cezaların “işlenen suçun cezasının, ... yarısının indirilerek ” verileceğini hükme bağlamıştır.

V- LİSANS YOLUYLA VERİLMİŞ HAKLARI İZİNSİZ GENİŞLETMEK VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVİR ETMEK SUÇU

Bu hüküm Anayasa Mahkemesinin, 14.05.2004 tarihli resmi gazetede yayınlanan 02.03.2004 gün ve 2002/92 E. 2004/ 25 K. sayılı hükmü ile, yayınlanmasından bir yıl sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiş ise de, tartışmalara konu olduğundan açıklama yapmak ihtiyacı duyulmuştur⁴³⁵.

Bir tecavüz hali olarak 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/d maddesi ile düzenlenen, lisansın izinsiz genişletilmesi ve bu hakların üçüncü kişilere devredilmesi hali, 4128 Sayılı Kanun' un 5' inci maddesiyle 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen 61/A maddesindeki atıf nedeniyle ceza müeyyidesiyle karşılaşmış ise de bu hüküm Anayasa Mahkemesinin, 14.05.2004 tarihli resmi gazetede yayınlanan 02.03.2004 gün ve 2002/92 E. 2004/ 25 K. sayılı hükmü ile iptal edilmiştir.

İptal kararında yüksek mahkeme “itiraz konusu 556 Sayılı KHK' nin 61' inci maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38' inci madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.” ibaresine yer vermiş ve hükmü bu sebeple iptal etmiştir. Öte yandan yüksek mahkeme yine itiraz konusu olan ve ceza müeyyidesinin belirlendiği 61/A maddesinin (c) bendinin itiraza konu edildiği şekliyle, yasa koyucunun suç kabul ederek yaptırımı bağladığı

⁴³⁵ Ayrıca bu hüküm tasarının 9/1-e maddesiyle “ Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakların, lisans sözleşmesinin; lisans süresini, markanın şeklini, markanın kullanılacağı malların veya hizmetlerin kapsamını, kullanımın söz konusu olacağı bölgeyi ve lisans alan tarafından üretilecek malların veya sunulacak hizmetlerin kalitesini belirleyen hükümlerine aykırı şekilde kullanılması veya bu hakların üçüncü kişilere devredilmesi” şeklinde daraltıcı bir yöntemle yeniden düzenleme konusu yapılmıştır.

eylem, Anayasa'nın 38' inci maddesinde yazılı "bir kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı"na ilişkin kural kapsamında olmadığına karar vererek, söz konusu hükmün iptali isteminin reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/d maddesiyle ilgili olarak verdiği iptal gerekçesinde de açıkça ifade edildiği; gibi suç ve cezaların, kanun yerine kanun hükmünde kararname ile belirlenememesine Anayasa'nın 91' nci maddesi karşısında olanak bulunmadığından, söz konusu iptal kararı oldukça isabetlidir.

İptal kararı sebebiyle, fiil suç olmaktan çıktığından 5237 Sayılı TCK' nun 7' nci maddesi de birinci fıkrası gereğince, daha önce hakkında iptal edilen madde gereğince kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü mevcut olan kişiler hakkında infaz yapılmayacak, karar verilmemiş dosyalarla ilgili olarak beraet kararı verilecek, infazına başlanılanların ise infazı durdurulacaktır.

Yüksek mahkemenin bu kararının, iptale konu Kanun Hükmünde Kararname maddesinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Bakanlar Kuruluna usulüne uygun olarak verilen yetki ile çıkarıldığından ve yasa koyucunun kendi ihtiyaçları ve usul ekonomisi gibi sebeplerle kanundaki bir yollama ile suç haline getirildiğinden, suç ve cezalarda kanunilik ilkesine uygun olduğundan, anlaşılabilir olduğu yönündeki görüşe⁴³⁶ iştirak etmemiz mümkün değildir. Her şeyden önce, böyle bir yolun açılması ile, yine usulüne uygun olarak verilen yetki kanununa dayanarak yapılacak kanun hükmünde kararnameler ile pek çok suç ihdas edilebilir. Hâlbuki suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, hem suç teşkil eden eylemin, hem de bu eylem için öngörülen cezanın kanunla düzenlenmesi gerekir. Aksi hal, suçta ve cezada değil, cezada kanunilik anlamına gelmektedir. Bu bakış açısıyla yüksek mahkemenin kararı oldukça isabetli ve anlaşılırdır.

Anayasa Mahkemesi 61/A maddesinin (c) bendine ilişkin iptal istemini red ederken kanaatimizce doyurucu olmayan bir şekilde, söz konusu maddenin "bir kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağına ilişkin kural kapsamında olmadığı" ifadesine yer vererek sonuca gitmiştir. Bu ifadeden yüksek mahkemenin, Anayasa'nın 38' inci maddesindeki "sözleşmeden doğan yükümü yerine getirememesi" ifadesini dar yorumlayarak, kişilerin

⁴³⁶ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.458.

ancak sözleşme kapsamında açıkça ortaya konan bir hükmün ihlali halinde özgürlüklerinin alıkonabileceklerini anladığı anlaşılmaktadır. Nitekim “..sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememe” ile “sözleşmede hiç yer almayan bir fiilin işlenmesi” farklı kavramlardır ve bu yönüyle yüksek mahkeme kararı isabetlidir⁴³⁷. Bu şekilde bir yorumla yüksek mahkeme ceza hukuku alanı dışında kalan ve toplumun temel ihtiyaçlarını karşılayan – ticaret hukuku, borçlar hukuku, fikri mülkiyet hukuku gibi - diğer hukuk dallarının da ceza hukuku enstrümanlarından istifade etmesinin yolunu açık tutmuştur.

Bu noktada işaret etmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ nin 61/d maddesi dışındaki 61’ inci maddenin diğer fıkraları da kanun hükmünde kararname ile düzenlenmiştir. Başka bir deyişle talebe konu olması halinde yüksek mahkemece bu hükümler de büyük bir ihtimalle iptal edileceklerdir. Bu sebeple bu konuda en kısa zamanda kanun ile yapılacak bir düzenlemeye gidilmesi gereklidir. Aksi halde marka korumasının ceza müeyyidelerinin kurum ve olanaklarından istifade etme olanağı kalmayabilecektir⁴³⁸.

VI- TAKLİT ÜRÜN VE EŞYANIN NEREDEN ALINDIĞINI VEYA NASIL SAĞLANDIĞINI BİLDİRMEKTEN KAÇINMAK SUÇU

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ nin 61/f maddesine⁴³⁹ göre, kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkartılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak, bir markaya tecavüz suçuna vücut verir.

Bu suç, böyle bir ürün veya malı elinde bulunduran kişiye, kaynağını bildirme yükümlülüğü getirmektedir⁴⁴⁰.

Bu şekilde bir marka hakkına tecavüz halinin doğabilmesi için öncelikle, söz konusu kişi, şekle tabi olmayan bir tarzda markası taklit edilen tarafından veya resmi bir makamca, maddede anılan hususlarda, bildirimde bulunmaya davet edilmiş ve bu davete icabet etmemiş

⁴³⁷ SULUK, Cahit; Anayasa Mahkemesinin Faydalı Model ve Markalara ilişkin Kararlarının Düşündürdükleri, FMR, C.4, S.2004/3, s.63.

⁴³⁸ Tasarının yasalaşması halinde böyle bir tehlike kalmayacaktır.

⁴³⁹ Bu hüküm tasarının 61’ inci maddesinin ikinci fıkrasına 62/c maddesinde yapılan atıf suretiyle suç olarak öngörülmektedir.

⁴⁴⁰ KESKİN, Serap; s. 144.

olmalıdır⁴⁴¹. ÖZGENÇ, uyuşmazlığın bir özel hukuk uyuşmazlığı olması durumunda bildirim görevli mahkemeye yapılması; ceza uyuşmazlığı olması halinde ise, Cumhuriyet Savcılığına veya mahkemeye yapılması gerektiği görüşünü savunmaktadır⁴⁴².

Ayrıca madde metninde açıkça zikredildiği gibi bu hüküm yalnızca, tescilli bir markanın aynen veya ayırt edilemeyecek kadar benzerin kullanılması⁴⁴³ yoluyla ortaya çıkan tecavüz hallerine münhasır olup, markanın benzerlerinin kullanılması haline teşmil edilemez⁴⁴⁴.

Suçun vücut bulması için, failin aktif bir eylemine gerek olmaması ve sadece kendine yapılan bildirimle rağmen, kendisinde bulunan tecavüze konu mal veya ürünü nereden aldığı veya kaynağı hususunda sessiz kalmasının yeterli olması sebebiyle, ihmali bir suçtan bahsedilebilir⁴⁴⁵.

§ 11. MARKA CEZA DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ

I-MARKAYA TECAVÜZ SUÇLARINDA FAİL

Marka suçlarında fail, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A (a) – (c) bentlerinde yazılı eylemleri işleyen şahıstır.

Ancak düzenlemeye göre kimi zaman çalışanlar da bu suçların faili olabilirler. Nitekim 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi⁴⁴⁶ gereğince bu “suçlar hizmetlerini yaptıkları sırada bir işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse çalışanlar ve suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişi de cezalandırılır.” Kanaatimizce düzenlemedeki “doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse” ibaresi hükmün daraltıcı bir yöntemle yorumlanmasını gerektirir. Zira marka hakkına tecavüz edildiği hususunda herhangi bir bilgisi olmayan ve kendine tevdi edilen işi yapmak edimi altındaki işçi hakkında bu hükmün uygulanması doğru

⁴⁴¹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.456: KESKİN, Serap; s.144: YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1080.

⁴⁴² ÖZGENÇ, İzzet; s. 848.

⁴⁴³ Tasarıda aynı esas korunmaktadır.

⁴⁴⁴ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.456.

⁴⁴⁵ KESKİN, Serap; s. 144.

⁴⁴⁶ Bu hüküm tasarının 62' inci maddesinin ikinci fıkrasıyla aynen muhafaza edilmektedir.

değildir⁴⁴⁷. KESKİN, bu hususta “konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceği” ilkesinden yola çıkarak, çalışanlarında ceza müeyyidesi altında oldukları görüşündedir⁴⁴⁸. YASAMAN, bu görüşü “ilkelerin adaletsiz sonuçlara yol açmak için kullanılmaması gerektiği” yolundaki düşüncesi ile eleştirmektedir⁴⁴⁹. Çoğu zaman işletme sahibinin markayı ürünün üzerine koyma yetkisi olup olmadığını, çalışanların bilmesi veya bu konuda bir araştırma yapması mümkün ve mantıklı değil iken, bu şekilde bir tecavüzün doğması halinde, çalışanı ceza müeyyidesi ile karşı karşıya bırakmak son derece anlamsız ve adaletsiz bir sonuçtur⁴⁵⁰. Bu sebeplerle yeni bir çalışma ile vakit geçirmeden, bu düzenlemenin hükümden çıkarılması ve çalışanın marka hakkına tecavüz kastı ile yaptığı hareketlerle sınırlı olarak ceza müeyyidesi ile karşılanması gerektiği yolundaki görüş⁴⁵¹, bizce de son derece isabetlidir.

Kural olarak ceza müeyyidesinin muhatabı gerçek kişiler olmakla birlikte 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri gereğince “bir tüzelkişinin işleri yürütülürken 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinde sayılan suçlardan biri işlenirse, tüzelkişi, masraflar ve para cezasından müteselsilen sorumlu olur.” Bu hüküm esasen 567 Sayılı TCK sisteminde ceza niteliğindeki para cezalarında müteselsil sorumluluğu düzenleyen bir olmadığından, özel nitelikli bir sorumluluk hali getirmekteydi. Ancak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK' nun 5' nci maddesi “Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmünü içermektedir. Ayrıca aynı kanunun 20/2 maddesi “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” ve 60' ıncı maddesi “bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. ... bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır” şeklinde düzenlemeler mevcuttur. Kanaatimizce artık bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Zira 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61/A maddesinin ikinci fıkrasının

⁴⁴⁷ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1090.

⁴⁴⁸ KESKİN, Serap; s.149.

⁴⁴⁹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1090.

⁴⁵⁰ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1090.

⁴⁵¹ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1090: Tasarıdan yasa koyucunun bu görüşe katılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

ikinci ve üçüncü cümleleri, 5237 Sayılı TCK' nun 5' nci maddesi ile zımnen ilga edilmiştir.

II- MARKA SUÇLARINDA MANEVİ UNSUR (KASIT VE TAKSİR)

Genel olarak marka suçları kasten işlenebilen suçlar olmakla birlikte; dolaylı kast, kastın varlığını kabul için yeterli olduğu⁴⁵², yani önemli olan suç teşkil eden eylemin – failin suç konusu eşyanın taklit olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması şartıyla⁴⁵³ - maddi unsurları itibarıyla oluşması yeterli olup, marka hakkına tecavüz etmek özel kastına gerek olmadığı belirtilmiştir. Buna karşılık, marka suçlarında kastın, en azından ağır ihmalin yani taksirin mevcudiyetinin aranması gerektiği, bu suçların hafif ihmal ile işlenebilecek suçlar olmadığı, kasıt veya ağır ihmalin söz konusu olmadığı halde cezai müeyyide ile karşılamanın, düzenlemenin öngördüğü amacın dışına çıkıldığı anlamına geleceği ve adaletsiz sonuçlar doğuracağı da ifade edilmiştir⁴⁵⁴.

Hemen belirtmek gerekir ki; 5237 Sayılı TCK' nun 5' nci maddesi “Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmünü içermekte: aynı kanunun “taksir” başlıklı 22' inci maddesinin birinci fıkrası ise “taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır ” ibaresine yer vermektedir. Burada tartışılması gereken husus, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ifadesi ile “bilmesi veya bilebilecek durumda olması şartıyla” ibaresi ile, 5237 Sayılı TCK' nun 22' inci maddesinin birinci fıkrasındaki “kanunun açıkça belirttiği hallerden” biri kabul edilip edilemeyeceğidir. Kanaatimizce böyle bir kabul, 5237 Sayılı TCK' nun 5 ve 22' inci maddeleri ile kanun koyucunun ulaşmak istediği amaca, kanunu dolanarak ulaşmak anlamına gelmekte ise; hakkaniyet ilkelerine dayanılarak ve hukuki bir boşluğun doğmasına yol açmamak için, aksi yorum da yapılabilir.

⁴⁵² KESKİN, Serap; s.147: Tasarıda marka suçlarının belirlendiği 62' inci maddesinin başlangıcındaki “Bu kanuna aykırı olarak kasten” ibaresi ile artık tüm marka suçları gibi bu suçun da ancak kasten işlenebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

⁴⁵³ “...Sanık mahkemede alınan savunmasında tezgahtar olarak çalıştığı dükkana çanta getiren şahıstan suç konusu çantaları mal sahibin haberi olmadan çeşit olsun diye alıp vitrine koyduğunu, hatta birkaç tane de sattığını öne sürdüğüne göre bu işle işteğal eden sanığın dava konusu malların orijinal LOUIS JUITTON MALLETTIER markasının taklidi olduğunu bilebilecek durumda olduğu...” 7.C.D. 20.10.2000, E.10157/K.13353 (NOYAN, Erdal; s.3351-352).

⁴⁵⁴ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1090.

İzinsiz marka kullanmak suçlarından biri olan, markanın tanınmışlığından istifade yoluyla tecavüz suçunda, markanın itibarını sömürmek ve markanın ayırt edici niteliğine zarar vermek özel kastının aranması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁵⁵.

Karıştırma suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda da aynı şekilde – karıştırma – özel kastı aranması gerekir⁴⁵⁶.

Öte yandan hukuki işlemlerle elde edilen haklarla ilgili hukuka aykırı tasarrufla bulunmak ve taklit markayı ticaret alanına çıkartmak suçları, hem kasten hem de taksirle işlenebilen suçlardır. Zira fail, markanın taklit olduğunu bilerek ve isteyerek ticaret alanına çıkartabileceği gibi; markanın taklit olduğunu bilmesi gerektiği halde gerekli özeni göstermediğinden veya meslekte acemilik sebebiyle de farkına varmayıp tecavüze konu malları ticaret alanına sunabilir. Her iki halde de suçun oluşumu açısından bir fark yoktur. Ancak, Ceza Hukuku bakımından, kasten işlene bir suç ile taksirle işlenen bir suçun aynı cezai müeyyide ile karşılanması haklı olarak eleştiri konusu olmuştur⁴⁵⁷. Yargıtay, marka hakkına tecavüze ilişkin ceza yargılamalarında, bağımsız tacirler hakkında, mesleği gereği markanın taklit olduğunu bilmesi gerekirken taklit markayı taşıyan malları ticaret mevkiine çıkartan kimselerin, faaliyet gösterdikleri sektördeki taklit malları tanınması çok istisnai haller dışında kendilerinden beklenebileceğinden kastın varlığını kabul etmektedir⁴⁵⁸.

III MARKA SUÇLARININ ŞİKÂYETE VE UZLAŞMAYA TABİ OLMASI

A- ŞİKÂYET, ŞİKÂYETÇİ VE ŞİKÂYET SÜRESİ

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü cümlesi⁴⁵⁹ gereğince marka “suçlarından dolayı kovuşturma şikâyete bağlıdır”. Yani ceza davası şikâyet üzerine savcı tarafından açılır, şikâyetin geri alınması halinde ise dava düşer⁴⁶⁰. Tüm suçların kamu düzenini bozucu bir nitelik taşıması sebebiyle takip

⁴⁵⁵ KESKİN, Serap; s.148.

⁴⁵⁶ KESKİN, Serap; s.148.

⁴⁵⁷ KESKİN, Serap; s.149.

⁴⁵⁸ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1082.

⁴⁵⁹ Bu hüküm tasarınının 62/2 maddesinde aynen tekrarlanmıştır.

⁴⁶⁰ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.481.

hususundaki genel kural resen takip ilkesi olmakla birlikte, çeşitli sebeplerle bir takım suçların takibi şikâyete tabi kılınmıştır⁴⁶¹.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61/A maddesinin ikinci fıkrasının beşinci cümlesi ile "1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin birinci fıkrasının 8 numaralı bendi uygulanmaz." hükmünü içermektedir. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin birinci fıkrasının 8 numaralı bendi "edebi ve sınaî mülkiyetlere ve güzel sanatlar mülkiyetine müteallik suçların" cumhuriyet savcılarının kamu yararı görmemesi halinde dava açma zorunluluğu bulunmayan ancak suçtan zarar görenin bizzat ceza davası açabileceği şahsi davaların kapsamına almakta iken, bu düzenleme ile marka suçları şahsi davalık olmaktan çıkarılmışlardır.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 344 üncü maddesinin birinci fıkrasının 8 numaralı bendine paralel bir düzenleme mevcut değildir⁴⁶². Daha genel bir ifade ile 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu şahsi davalık suç terimine hiç yer vermemiştir. Sonuç olarak bu atfın 01.06.2005 tarihinden itibaren konusuz kalması sebebiyle yürürlükten kalkacağı ifade edilebilir.

Bu suçlarda şikâyetin yokluğu halinde herhangi bir takibat yapılamayacak, ancak şikâyet üzerine açılan kamu davası, şikâyetin geri alınması ile 765 sayılı TCK' nun 99/1' inci maddesi gereğince düşecektir⁴⁶³. Hüküm kesinleşinceye kadar şikâyetin geri alınması mümkün⁴⁶⁴ olmakla birlikte, şikâyetin geri alınmasının hükmün infazına engel olacağına dair bir kural öngörülmediğinden, genel kural niteliğinde olan 5237 sayılı TCK' nun 73' üncü maddesi uygulama alanı bulacak ve bu durumda hükmün infazı etkilenmeyecektir⁴⁶⁵.

Şikâyet süresi konusunda 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61/A maddesiyle genel kuraldan ayrı olarak, fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren iki yıl⁴⁶⁶ olarak öngörülmüştür. Burada hem şikâyet süresinin uzun tutulduğu, hem de şikâyet süresinin başlangıç tarihi olarak fiil ve failden aynı anda haberdar olma şartlarının getirildiği

⁴⁶¹ AYDIN, Hüseyin; Fikri ve Sınaî Mülkiyet Suçlarında Şikâyet Hakkı, FMR, C.3, S.2003/3, s.46.

⁴⁶² Ancak tasarıda hükmün aynen muhafaza edildiği müşahede edilmektedir.

⁴⁶³ 7.C.D. 09.10.2002, E.14408/K.13601 (NOYAN, Erdal; s.348).

⁴⁶⁴ AYDIN Hüseyin; Şikâyet Hakkı.47: KESKİN, Serap; s.156.

⁴⁶⁵ AYDIN Hüseyin; Şikâyet Hakkı, s.47.

⁴⁶⁶ Tasarının 62/3 maddesi ile şikâyet süresi bir yıl olarak öngörülmektedir.

dikkati çekmektedir⁴⁶⁷. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK' nun 5' nci maddesi “Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmünü içerdiğinden, anılan yasanın yürürlüğe girmesinden sonra bu hüküm ilga olmuş olduğundan, yerine 5237 Sayılı Kanunun 73' üncü maddesindeki genel kural olan altı aylık şikâyet süresi esas alınacak ve süre failin ve fiilin öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır.

Ayrıca düzenlemeye göre bu suçlarla ilgili şikâyetler acele işlerden sayılır. Bu sebeple bu hususta yapılacak tebligatlar adli tatil içinde yapılabileceği gibi yasal süreler de adli tatil sırasında da işler⁴⁶⁸.

Ceza yargılamasında şikâyet hakkı, suçtan zarar gören kişiye aittir. Marka suçlarında suçtan zarar gören, öncelikle marka sahipliği sebebiyle hakkı tecavüze uğrayan olduğundan şikâyet hakkı bu kişiye aittir. Başka bir ifade ile 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61 ve 61/A maddelerindeki eylemlerin gerçekleşmesi halinde marka hakkı sahibi şikâyet hakkını haizdir⁴⁶⁹. Ayrıca, münhasır lisans hakkı sahibinin de şikâyet hakkı mevcuttur⁴⁷⁰. Ancak münhasır olmayan lisans alanın böyle bir hakkı yoktur.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61' inci maddesi dışındaki eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde TPE' nin şikâyet hakkı vardır⁴⁷¹.

08.03.1950 tarihli 5590 Sayılı “Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları Birliği Kanuna ” tabi kuruluşların ve 17.07.1964 tarihli 507 Sayılı “Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanuna” tabi kuruluşlar ve Tüketici derneklerinin ise,

a. marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildiriminin gerçeğe aykırı olarak yapılması ve

b. korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresi bittiği veya herhangi bir sebeple marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan

⁴⁶⁷ 7.C.D. 21.09.2000, E.7686/K.11532 (NOYAN, Erdal; s.353).

⁴⁶⁸ 7.C.D. 26.12.2002, E.18618/K.19722 (NOYAN, Erdal; s.346): 7.C.D. 07.11.2002, E.1581/K.15545 (NOYAN, Erdal; s.348).

⁴⁶⁹ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet, s.481.

⁴⁷⁰ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku Şerhi II, s.1086.

⁴⁷¹ Tasarı ile aynı esaslar benimsenmiştir.

hakkının sona ermesi durumlarında, kendisinin veya başkasının hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde, işaretler koyma veya bu amaçla ilan ve reklamlarda bu tarzda yazı, işaret veya ifadelerin kullanılması

hallerinde şikâyet hakkı vardır.

B- UZLAŞMA

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile, şikâyete tabi suçlarla ilgili olarak daha önce ceza yargılaması usulünde bulunmayan “uzlaşma müessesesi” uygulama alanı bulacaktır.

5237 Sayılı Kanunun 73’ üncü maddesinin 8’ inci fıkrası gereğince “Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir”. Uzlaşmanın nasıl uygulanacağı ise 5271 Sayılı Kanun’ un 253 ve 254’ üncü maddelerinde açıklanmıştır.

Buna göre “Cumhuriyet savcısı, yapılan soruşturmanın durumuna göre, kanunun uzlaşma yapılabilmesi olanağını verdiği hâllerde, faili bu Kanunun öngördüğü usullere göre davet ederek suçtan dolayı sorumluluğunu kabul edip etmediğini sorar.

Fail, suçu ve fiilinden doğmuş olan maddî ve manevî zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde durum, mağdura veya varsa vekiline veya kanunî temsilcisine bildirilir.

Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez.

Cumhuriyet Savcısı, fail ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerini idare etmek, tarafları bir araya getirerek bir sonuca ulaşmalarını sağlamak üzere, fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşamadıkları takdirde, bir veya birden fazla avukatın uzlaştırmacı olarak görevlendirilmesini barodan ister.

Uzlaştırıcı, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaşmayı sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bir defaya mahsus olmak üzere bu süreyi otuz gün daha uzatabilir.

Uzlaştırma süresince zamanaşımı durur. Uzlaşma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma sırasında ileri sürülen bilgi, belge ve açıklamalar taraflarca izin verilmedikçe daha sonra açıklanamaz. Uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması halinde uzlaştırma sırasında failin bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması davada aleyhine delil olarak kullanılmaz.

Uzlaştırıcı, yaptığı işlemleri ve uzlaşmayı sağlayıcı müdahalelerini belirten bir raporu on gün içinde ilgili Cumhuriyet savcısına sunar. Zarar, uzlaşmaya uygun olarak giderildiğinde ve uzlaştırma işleminin giderleri, fail tarafından ödendiğinde, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir.

Kamu davasının açılması halinde, uzlaşmaya tâbi bir suç söz konusu ise, uzlaştırma işlemleri yukarıda belirtilen usule göre, mahkeme tarafından da yapılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde davanın düşmesine karar verilir.”

Uzlaşma kurumu, suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen çekişmeyi, hâkim veya Cumhuriyet savcısının ya da onları atayacakları bir uzlaşmacının girişimleriyle çözmek, bu yolla hem adaleti sağlamak hem de mağduru tatmin etmek amaçlarına hizmet eder.

Markaya tecavüz suçlarında, mağdur genellikle, mütecaviz veya failin ceza müeyyidesiyle karşılaşmasından ziyade tecavüz sebebiyle uğradığı maddi ve manevi zararların layıkıyla tazminini amaçlar. Bu sebeple bu kurumun, markaya tecavüz suçlarında oldukça etkili olacağı düşüncesindeyiz. Zira mütecaviz, ceza tehdidi altında olması sebebiyle çoğu zaman verdiği her türlü zararı ödemeyi kabul edeceğinden, ayrıca hukuk davaları yoluyla hak aramaya gerek kalmayacaktır.

IV MARKA SUÇLARINDA CEZALAR VE MÜEYYİDELER

A- ASLİ VE FER'İ CEZALAR

Markaya tecavüz suçları 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A-1,c maddesi⁴⁷² ile “iki yıldan dört yıla kadar hapis veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca iş yerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men'e” hükmedilmek suretiyle cezalandırılır.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin cezaya ilişkin bölümleri 5194 Sayılı Kanun ile değiştirilinceye kadar hapis veya ağır para cezası yaptırımını öngörmekte iken artık “her iki cezanın aynı anda” hükmedilmesinin yolu da açılmıştır. Bu yolla gerekçedeki tabir ile “marka hakkının ihlali cezalarının terditli düzenlenmesinin” ve “yargıcın cezayı şahsileştirmesine imkân tanınmasının” amaçlandığı ifade edilmektedir. Biz de düzenlemenin bu yönüyle isabetli olduğu yönündeki görüşe⁴⁷³ aynı gerekçelerle iştirak etmekteyiz.

Öte yandan işaret etmek gerekir ki, 5194 Sayılı Kanun' nun yürürlüğe girdiği 25.06.2004 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından 567 Sayılı TCK' nun 2 ve 5237 Sayılı TCK' nun 7' inci maddeleri gereğince sanığın lehine olan kanun maddesi tatbik ve infaz edilecektir.

Burada dikkati çeken bir husus da, hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezasının yanında, işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılma ve aynı süre ticaretten men edilme cezalarının ön görülmüş olmasıdır. Burada anılan cezalar birer feri ceza niteliğindedir⁴⁷⁴.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK' nun 60' inci maddesi ile “bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması

⁴⁷² Markaya tecavüz suçları, tasarının 62' inci maddesinin (c) ve (d) fıkraları ile belirlenmiştir. Buna göre;

“c) 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde yazılı fiiller ile 61 inci maddenin ikinci fıkrasında yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına veya on milyar liradan otuz milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine,

d) 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (e) bendinde yazılı fiiller ile ikinci fıkrasında belirtilen fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine” karar verilecektir.

⁴⁷³ YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s.1063.

⁴⁷⁴ 7.C.D. 12.12.2002, E.18558/K.18461 (NOYAN, Erdal; s.346-347): 7.C.D. 11.11.2002, E.15172/K.15953 (NOYAN, Erdal; s.347).

suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.” şeklindeki hüküm ile 5237 Sayılı TCK’ nun 5’ inci maddesindeki “Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmü aynı anda nazara alındığında, ağır veya hafif ihmal ayırımı yapılmaksızın taksirle işlenen tüm marka suçlarında bu fer’i cezaların uygulanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, taksirle işlenen marka suçları için bu fer’i cezalar 01.06.2005 tarihinden itibaren uygulanamayacağından, 5237 Sayılı TCK’ nun 7’ nci maddesi de birinci fıkrası gereğince, daha önce hakkında taksirle işlenen marka suçlarına ilişkin olarak verilip kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü mevcut olan gerçek ve tüzel kişiler hakkında bu fer’i cezalar yönünden infaz yapılmayacak, karar verilmemiş dosyalarla ilgili olarak “işyerlerinin kapatılma ve ticaretten men edilme cezalarına hükmetmeye yer olmadığına” karar verilecek, bu yöndeki kararların infazına başlanılanların ise infazı durdurulacaktır.

Ayrıca işaret etmek gerekir ki, 5237 Sayılı Kanun’ un uygulamasını düzenleyen 5252 Sayılı Kanun’ un 5/1’ inci maddesi gereğince “özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda öngörülen "ağır para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürülmüştür”. Bu hüküm gereğince para cezaları “ağır para cezası” değil, “adli para cezası” olarak uygulanacaktır. Öte yandan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ nun öngördüğü sisteme göre adli para cezaları, kural olarak hapis cezası ile birlikte değil, bu cezaya seçenek yaptırım olarak belirlenmiştir. Ancak ekonomik kazanç elde etmek amacına hizmet eden, markaya tecavüz suçları gibi bir takım suçlarda, hem hapis hem de para cezaları kabul edilmiştir.

Yeni sisteme göre, adli para cezaları ertelenemeyecektir. Zira erteleme kurumunun düzenlendiği 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ nun 51/1’ inci maddesine göre erteleme artık sadece “iki yıl veya daha az hapis cezaları” için uygulama alanı bulabilecektir.

Öte yandan 5237 Sayılı Kanun’ un “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlıklı 50’ inci maddesinin 2 numaralı fıkrasına göre “suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hâllerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez”. Yani, markaya tecavüz suçunda hâkim bir kere seçenek yaptırımlardan olan hapis cezasını tercih etmiş ise, bu hapis cezasını, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ nun yürürlükte bulunduğu dönemde olduğu gibi, paraya çeviremeyecek, ancak şartları mevcutsa erteleyebilecektir. Seçenek yaptırımlardan adli para cezasını tercih eden hâkim ise, bu cezayı erteleyemeyecektir.

Hem hapis, hem de adli para cezasının aynı anda hükmolunması halinde, her ceza kendi açısından değerlendirilecektir. Yani hapis cezası ertelenebilecek ancak para cezasına çevrilemeyecek; adli para cezası ise ertelenemeyecektir.

B- DAVA KONUSU ÜRÜN VE ARAÇLARA ELKONULMASI VE MÜSADERE

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A-2 maddesinin son cümlesine⁴⁷⁵ göre marka suçuna konu olması sebebiyle “üretimi cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtaların zapt edilmesi veya el koyulması veya yok edilmesinde 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 54 ncü maddesi hükmü ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.”

Müsadereyi düzenleyen 5237 Sayılı TCK' nun 54' ncü maddesi;

“(1) İyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir suretle imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması alım ve satımı suç oluşturan eşya müsadere edilir.

(5) bir şeyin sadece belli kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.

(6) birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur.” hükümlerini içermektedir.

⁴⁷⁵ Tasarının 62/son maddesi ile bu hüküm aynen muhafaza edilmektedir.

Müsadere konusu eşyanın 567 Sayılı TCK' nu 36' ıncı maddesine göre “suça katılmamış kişilere olmaması” şartı, eşyanın “iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması” şeklinde müsadere muhataplarını genişletici şekilde kaleme alınmıştır.

Ayrıca yeni düzenleme ile “suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya” ile “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere kullanılmak üzere hazırlanan eşya” farklı düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın, suçun icrasını başlanmamış ise, bu nedenle müsadere edilemeyeceği” ifadesine yer vermektedir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilebilecektir. Marka suçlarının kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması olanağı mevcut olmadığından icraya başlanmamış olması halinde müsadere kararı verilemeyecektir.

Maddenin dördüncü fıkrasında bulunan “üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması alım ve satımı suç oluşturan eşya müsadere edilir” hükmü ile kanaatimizce ceza kanununda ve özel ceza kanunlarında üretimi, bulundurulması taşınması, alım ve satımı suç olarak belirtilen “uyuşturucu madde, silah, sahte para” gibi maddelere işaret edilmeye çalışılmaktadır. Ancak maddenin lafzi yorumundan, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A-2 maddesinin son cümlesindeki “üretimi cezayı gerektiren eşya”nın da, 5237 Sayılı TCK' nun 54' ncı maddesinin dördüncü fıkrasındaki “üretimi suç oluşturan eşya” kapsamına girdiği sonucuna ulaşılabilir.

Benzer bir yorum yöntemi ile, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A-2 maddesinin son cümlesindeki “üretimi cezayı gerektiren eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtaların”, 5237 Sayılı TCK' nun 54' ncı maddesinin birinci fıkrasındaki “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya” kapsamına girdiği düşünülebilir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 256 – 258' ncu maddeleri gereğince “Müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir. Kamu davası açılmış olup da iade edilmesi gereken eşya veya malvarlığı değerleri ile ilgili olarak esasla birlikte bir karar verilmemiş olması durumunda, mahkemece re'sen veya ilgililerin istemi üzerine bunların iadesine karar verilir. Bu kararlar, duruşmalı

olarak verilir. Müsadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimseler de duruşmaya çağrılır. Bu kişiler, sanığın sahip olduğu hakları kullanabilirler. Çağrıya uymamaları, işlemin ertelenmesine neden olmaz ve hükmün verilmesini engellemez. Bu hükümlere karşı Cumhuriyet savcısı, katılan ve müsadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimseler için istinaf yolu açıktır.”

Burada üzerinde durulması gereken husus, hem ceza davasının hem de hukuk davasının devam ettiği şartlarda, mağdur marka sahibine hukuk mahkemesinden 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması” şeklinde bir yetki verildiği ve bu halde “bunun tazminattan indirilmesi” gerektiği halde, anılan eşyanın müsaderesine karar verilmesi halinde – eşya devletin mülkiyetine geçeceğinden – nasıl bir çözüm yolu bulunması gerektiğidir. Katıldığımız görüşe göre, ceza mahkemesi mağdur marka sahibinin taklit ürün hakkında mülkiyet hakkı tanınması yolunda bir talebi olup olmadığını tespit ettikten sonra – böyle bir talebin olmadığını belirlenmesi halinde – müsadereye karar verebilmelidir⁴⁷⁶. Öte yandan taklit ürünün dışındaki, araç, gereç ve makine hakkında her halde müsadere kararı verilebilecektir⁴⁷⁷.

V- MARKA CEZA DAVALARINDA ZAMANAŞIMI

Suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir sürede, açılması gereken ceza davalarının açılıp sonuçlandırılmaması halinde, artık o suçtan dolayı ceza tesis etmekte kamu yararı kalmayacağı değerlendirilerek ceza ve dava zamanaşimleri kabul edilmiştir.

Marka suçlarının tamamında dava zamanaşımı 5237 Sayılı TCK’ nun 66/1-e maddesi gereğince sekiz yıl, ceza zamanaşımı ise 5237 Sayılı TCK’ nun 68/1-e maddesi gereğince on yıldır.

5237 Sayılı TCK’ nun 68/6 maddesi gereğince, zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği günden ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar.

⁴⁷⁶ ALBAYRAK, Mustafa; Müsadere, s.21.

⁴⁷⁷ ALBAYRAK, Mustafa; Müsadere, s.21.

5237 Sayılı TCK' nun 67' inci maddesi gereğince, dava zamanaşımı -şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi, suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi sebeplerinden biri veya birkaçı sebebiyle -kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar. Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar. Yani marka suçları açısından bu süre en fazla on iki seneye kadar uzayabilecektir.

VI MARKA CEZA DAVALARINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEMELER

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 71' inci maddesi⁴⁷⁸ gereğince “Bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen bütün davalarda, görevli mahkeme Adalet Bakanlığınca kurulacak ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hâkimli olarak görev yaparlar.

Asliye ticaret ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceğini ve bu mahkemelerin yargı çevresini Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler.”

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 13.07.1995 gün ve 503 sayılı kararı ile, ceza davaları için, uzmanlık mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde komisyonların bulunduğu ağır ceza mahkemelerinde olmak üzere asliye ceza mahkemesinin, iki asiye ceza mahkemesi varsa 1 sayılı asliye ceza mahkemesinin, ikiden fazla asliye ceza mahkemesi olan yerlerde 3 sayılı asliye ceza mahkemesinin, uzmanlık mahkemeleri kuruluncaya kadar görevlendirilmelerine, yargı çevrelerinin ise adalet komisyonlarının merkez ve mülhakatlari olan ilçeleri kapsayacak şekilde belirlenmesine karar verildiği; Kurul' un 26.03.2001 gün ve 335 sayılı kararı ile de yargı çevresi İstanbul ili mülki sınırları olmak üzere “ Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinin uzmanlık mahkemesi olarak belirlenmiş olduğu belirtilmiştir⁴⁷⁹ .

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 71' inci maddesi ile belirlenen mahkemelerin görevi, aksine düzenleme olmadığından işbölümüne değil kamu düzenine ilişkin olduğundan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 7' inci maddesinde de ifade

⁴⁷⁸ Tasarının 73' üncü maddesi ile bu hüküm aynen muhafaza edilmiştir.

⁴⁷⁹ KESKİN, Serap; s.158.

edildiği gibi, görev hususu mahkemece yargılamanın tüm aşamalarında re'sen gözetilir ve mahkeme görevli olmadığı kanaatine ulaşırsa görevsizlik kararı verir. Taraflar yapacakları sözleşme ile görevli mahkemeyi deđiştiremezler⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: s.539.

SONUÇ

Üzerine kondukları eşyanın ya da bir hizmetin belirli bir işletmeye aidiyetini gösteren veya eşyayı ya da hizmeti piyasadaki benzerlerinden ayırt etmek için kullanılan tanıtma ve ayırt etme araçları olarak tarif ettiğimiz markanın bir işletmenin sahip olabileceği en değerli varlıklardan biri olduğu inancıyla, bu varlığa tecavüz niteliği taşıyan haller ile bu tecavüz durumunda marka sahibinin başvuracağı hukuksal yollar ile gündeme gelebilecek ceza davalarının neler olduğu genel hatlarıyla anlatılmaya çalışılmıştır.

Sanayinin dünya çapında yayılmış karı bol bir yeraltı dünyasının kuşatması altında olduğu ve New York'ta çalışan sahtekârlık operasyonlarının çok uluslu şirketler gibi çalıştığı⁴⁸¹ düşünüldüğünde tescilli markaların korunması hususunun ne denli önemli olduğu gözler önüne serilecektir. Buna rağmen, çalışmamızın bütününde de zaman zaman vurgulandığı gibi, markaların korunması ile ilgili olan ve konumuz gereği incelediğimiz 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin esasen özensiz bir tercüme niteliği taşıdığı izlenimi edinmekten kaçınmak olanaklı değildir. Bunun ötesinde daha sonra mevzuatla ilgili yapılan değişikliklerde de, aynı özensizliği teyit eder niteliktedir.

Her şeyden önce, düzenleme yapılırken ülkemizde, ceza hukuku ile özel hukuk alanlarının genellikle farklı aşamalardan geçmiş olduğu ve bu sebeple farklı esas ve usullere sahip olduğu tamamen göz ardı edilmiş ve özel hukuka ilişkin kurumlar ile ceza hukukuna ilişkin kurumlar iç içe düzenlenmeye çalışılmıştır. Bunun bir sonucu olarak 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/d maddesi Anayasa Mahkemesinin, 14.05.2004 tarihli resmi gazetede yayınlanan 02.03.2004 gün ve 2002/92 E. 2004/ 25 K. sayılı hükmü ile iptal edilmiştir. Yüksek Mahkemenin gerekçesi ve iptal dayanağı nazara alınırsa 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname' nin 61' inci maddenin diğer fıkraları da talebe konu olması halinde yüksek mahkemece büyük bir ihtimalle iptal edileceklerdir. Bu sebeple bu konuda en kısa zamanda kanun ile yapılacak bir düzenlemeye gidilmesi gereklidir. Aksi halde marka

⁴⁸¹ KEYDER, Virginia Brown; Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği, s.25.

korumasının ceza müeyyidelerinin kurum ve olanaklarından istifade etme olanağı kalmayabilecektir⁴⁸².

Öte yandan 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK ile benimsenen, ceza hukukunda aynı genel hükümlerin uygulanması ilkesi ile, çalışmamızda da yer yer vurgulandığı gibi, bir takım maddeler ceza hukuku açısından ya ilga edilmiş ya da tartışılır hale gelmiştir.

Tüm ülkelerin hedefi sanayide ve ekonomide gelişmiş olmak ve bu gelişmişliğini değişen koşullar karşısında koruyarak daha ileri götürmektir⁴⁸³. Bunu yaparken ülkeler uluslar arası düzenlemelere uymak ihtiyacı hissederler. Ancak bu uluslar arası mevzuat izin verdiği ölçüde, her ülkenin kendi sanayisini ve ekonomisini koruması da olağandır. Nitekim 1975-1985 tarihleri arasında Amerika Birleşik Devletlerinde fikri hak ihlalleri nedeniyle yerli firmaların diğer yerli firmalar aleyhine açtığı davaların % 40 -41' ini kazanmış olmalarına karşın, yabancı firmalar aleyhine açtıkları davaların %65' ini kazandıkları ifade edilmektedir⁴⁸⁴. Bu hususta ülkemizin yasal düzenlemesi açısından dikkat edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Örneğin “gümrüklerde el koyma” hususunda TRIPs taraflarına, taklit malların ülkeye girişinin ertelenmesi gerektiği yönünde bir düzenleme yapma zorunluluğu getirdiği halde, bu malların ülkeden çıkışı ile ilgili bir tedbir alma yükümlülüğü getirmemiştir⁴⁸⁵. Ancak yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere mevzuatımızda, giriş ve çıkış arasında bir fark gözetilmemiştir.

Tüm bu sebeplerle, çalışmamızın bütününde görüldüğü gibi, ilmi ve kazai tartışmalar sürekli yaşanmaktadır. Bu sebeple vakit yitirmeden daha derli toplu, özenli ilmi tartışmaları ve yeni mevzuatı da gözetilen bir düzenleme çalışmasına ihtiyaç olduğunu değerlendirmekteyiz.

⁴⁸² Halen komisyonda bulunan tasarının yasalaşması halinde bu tehlike gündemden çıkacaktır.

⁴⁸³ YALÇINER, Uğur G.; Sınai Mülkiyetin İlkeleri, 2000 Ankara, s.123.

⁴⁸⁴ ATEŞ, Mustafa; s.26.

⁴⁸⁵ ATEŞ, Mustafa; s.38.

BİBLİYOGRAFYA

1. ALBAYRAK, Mustafa; Markaların Korunması Hakkında KHK'ye Göre Müsadere, FMR, C.2, S.2003/2 (Müsadere)
2. ALBAYRAK, Mustafa; Fikir ve Sanat Eserleri ile Markalar Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003 (Marka Suçları)
3. ARKAN, Sabih; İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi, BATİDER, Aralık 1999, C.XX, S.2, (İltibas)
4. ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, C.II, 1998, Ankara, (C.II.)
5. ATEŞ, Mustafa; Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri, FMR, C.3, S.2003/1.
6. ATLI, Mithat Serdar; Marka Türleri ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, İzmir.
7. AYDIN, Hüseyin; Fikri ve Sınaî Mülkiyet Suçlarında Şikayet Hakkı, FMR, C.3, S.2003/3 (Şikayet Hakkı).
8. AYDIN, Hüseyin; Sınaî Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003,(Sınai Mülkiyet Suçları)
9. BAŞTUĞ, İrfan; ERDEM, H.Ercüment: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1993.
10. BATTAL, Ahmet; Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, XVIII, 22.06.2001.
11. BERZEK, Ayşe Nur; 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Markaların Düzenlenmesi, Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, 1998 İstanbul
12. CAMCI, Ömer; Marka Davaları, 1999, İstanbul.
13. CENGİZ, Dilek; Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, 1995, İstanbul.
14. DEREN YILDIRIM, Nervis; Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınaî Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler (Doçentlik Tezi).
15. DEREN YILDIRIM, Nervis; Marka Hukukunda İhtiyati Tedbire İlişkin Bazı Sorunlar, Ünal Tekilalp' e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, (İhtiyati Tedbir)
16. DİRİKKAN, Hanife; Tanınmış Markaların Korunması, Ankara 2003 (Tanınmış Markalar).
17. ERDEM, Bahadır, B.; Patent Hakkının Korunmasına ve Patent .hakkına İlişkin Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2002.

18. ERGÜN, Mevci; Patentten Doğan Haklara Tecavüz Olmadığının Tespiti, FMR, C. 2004/3, S.4.
19. ERGÜN, Mevci; Türkiye’deki Marka Hakkına Tecavüz Davaları, “Marka Koruması” Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 1998, İstanbul, (Marka Hakkına Tecavüz)
20. FMR, C.1, S.2001/1
21. FMR, C.1, S.2001/2
22. FMR, C.2, S.2002/2
23. FMR, C.2, S.2002/4
24. FMR, C.3, S.2003/2
25. FMR, C.3, S.2003/3
26. FMR, C.3, S.2003/4
27. FMR, C.4, S.2004/2
28. FMR, C.4, S.2004/3
29. KARAHAN, Sami; Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi, Prof.Dr. Hayri DOMANIÇ’ e 80. Yaş Armağanı, (Haksız Rekabet)
30. KARAHAN, Sami; Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, 2002, Konya, (Hükümsüzlük)
31. KARAHAN, Sami; Ticari İşletme Hukuku, 1998, Konya, (Ticari İşletme)
32. KARAN Hakan; KILIÇ Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Kasım 2004 Ankara.
33. KESKİN, Serap; Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, 2003, Ankara.
34. KEYDER, Virginia Brown; Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği.
35. KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 1997, Ankara.
36. KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 2001 İstanbul (Usul).
37. KURU, Baki; Tespit Davaları, Ankara 1963 (Tespit Davaları).
38. MERAN, Necati; Marka Hakları ve Korunması, 2004, Ankara
39. NOYAN, Erdal: Marka Hukuku, 2003, Ankara
40. ÖZEL, Çağlar; Marka Lisansı Sözleşmesi, 2002, Ankara.
41. ÖZGENÇ, İzzet; Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp’ e Armağan, C. III, İstanbul 2003.
42. PINAR, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman’ ın Anısına Armağan, 2000, İstanbul.

43. SARAÇ, Tahir; Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, 2003, Ankara.
44. SULUK, Cahit; Anayasa Mahkemesinin Faydalı Model ve Markalara ilişkin Kararlarının Düşündürdükleri, FMR, C.4, S.2004/3
45. ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal; Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.
46. TEKİL, Fahiman; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997.
47. TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Eylül 2004, İstanbul, (Fikri Mülkiyet).
48. TEKİNALP, Ünal; İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar, Prof.Dr. Selahhattin Sulhi Tekinay' ın Hatırasına Armağan, 1999, İstanbul, (İtibar Tazminatı)
49. TEOMAN, Ömer; Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I: Hukuki Mütalaalar, Kitap. 8, 1997.
50. YALÇINER, Uğur G.; Sınai Mülkiyetin İlkeleri, 2000 Ankara.
51. Yargı Dünyası, S.15
52. Yargı Dünyası, S.24
53. Yargı Dünyası, S.47
54. Yargıtay Kararları Dergisi, C.30, S.10, Ekim 2004
55. YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Ekim 2004, İstanbul, C.II.(Marka Hukuku Şerhi II)
56. YASAMAN, Hamdi; Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar, Prof.Dr. Ömer Teoman' a 55' nci Yaş Günü Armağanı, 2002, İstanbul, (Fikri Haklarda Tazminat)
57. YURTSEVER, Şaziye: Patent Hukuku ve İlgili Mevzuat, 1999.