



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Melek DOĞAN

MARKA HUKUKUNDA MUTLAK RED NEDENLERİ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı  
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Melek DOĞAN

MARKA HUKUKUNDA MUTLAK RED NEDENLERİ

Danışman

Doç Dr. Esra CENKÇİ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019

T.C.  
Akdeniz Üniversitesi  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Melek DOĞAN'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. M. Fahrettin İKİDİR  
Üye (Danışmanı) : Doç. Dr. Esra CENKÇİ  
Üye : Dr. Öğr. Üyesi Murat TEKE

Tez Başlığı: Morka Hukukunda Mutlak Red Nedenleri

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 17/6/2019

Mezuniyet Tarihi : ..../..../2019

Prof. Dr. İhsan BULUT  
Müdür

## **AKADEMİK BEYAN**

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Marka Hukukunda Mutlak Red Nedenleri ” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

**Melek DOĞAN**



T.C.  
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU  
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-SOYADI	Melek DOĞAN
Öğrenci Numarası	20155225001
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	( X ) Tezli Yüksek Lisans ( ) Doktora
Danışmanın Unvanı, Adı-SOYADI	Doç. Dr. Esra CENKÇİ
Tez Başlığı	Marka Hukukunda Mutlak Red Nedenleri
Turnitin Ödev Numarası	1134424281

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 185 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 22/05/2019 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 13

alıntılar dahil % 18'dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir

( x ) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

( ) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelerle sınırların aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

23.05.2019

Doç. Dr. Esra CENKÇİ

## İÇİNDEKİLER

<b>KISALTMALAR LİSTESİ</b> .....	<b>vi</b>
<b>ÖZET</b> .....	<b>viii</b>
<b>SUMMARY</b> .....	<b>ix</b>
<b>TEŞEKKÜR</b> .....	<b>x</b>
<b>ÖNSÖZ</b> .....	<b>xi</b>
<b>GİRİŞ</b> .....	<b>1</b>

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### MARKA İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

1.1. Tanımı .....	2
1.2. Markanın Unsurları .....	3
1.2.1. İşaret .....	4
1.2.2. Mal veya Hizmet.....	5
1.2.3. Ayırt Edicilik.....	6
1.3. Markanın Fonksiyonları .....	7
1.3.1. Ayırt Etme Fonksiyonu .....	7
1.3.2. Kaynak Gösterme Fonksiyonu .....	8
1.3.3. Garanti ve Kalite Fonksiyonu .....	8
1.3.4. Reklam ve İtibar Fonksiyonu.....	9
1.4 Marka Türleri.....	10
1.4.1. Tescilli Markalar .....	10
1.4.2. Tescilli Olmayan Markalar .....	11
1.4.3. Ticaret Markaları .....	11
1.4.4. Hizmet Markaları.....	11
1.4.5. Ferdi Markalar .....	12
1.4.6. Ortak Markalar.....	12
1.4.7. Garanti Markası .....	14
1.4.8. Ulusal Marka .....	15
1.4.9. Uluslararası Marka.....	16
1.4.10. Avrupa Birliği Markası .....	17
1.4.11. Tanınmış Markalar .....	17
1.4.12. Vekil Markası .....	19

1.4.13. Seri Marka .....	20
1.4.14. Pozisyon Markaları .....	22
1.5. Markanın Özellikleri.....	22
1.5.1. Soyut Olma .....	22
1.5.2. Mutlak Olma.....	22
1.5.3. Sahibine Tekel Hakkı Tanıma .....	23
1.5.4. Süreye Bağlılık ve Yenilenebilirlik.....	24
1.5.5. Hukuki İşlemlere Konu Olma.....	24
1.5.5.1. Tescilli Markanın ve Marka Başvurusunun Devri .....	25
1.5.5.2. Markanın Lisanslanması .....	29
1.5.5.2.1. Genel Olarak .....	29
1.5.5.2.2. İhisarlı Lisans .....	31
1.5.5.2.3. İhisarlı Olmayan Lisans .....	32
1.5.5.3. Markanın Miras Yoluyla İntikali.....	33
1.5.5.4. Markanın Teminat Gösterilmesi.....	34
1.5.5.5. Markanın Haczi.....	34
1.5.5.6. Markanın Rehni .....	35
1.5.5.7. Markanın Bölünmezliği .....	37
1.6. Markanın Sona Ermesi .....	37
1.6.1. Hükümsüzlük ve İptal.....	37
1.6.2. Yenilenmeme .....	38
1.6.3. Marka Sahibinin Marka Hakkından Vazgeçmesi.....	40

## İKİNCİ BÖLÜM

### MARKA TESCİLİNDE MUTLAK RED NEDENLERİ

2.1. Markanın Tescil Edilmesinin Önemi .....	42
2.2. Mutlak Red Nedenlerinin Özellikleri .....	46
2.3. Mutlak ve Nispi Red Nedenlerinin Temel Farklılıkları .....	49
2.4. Mutlak Red Nedenleri .....	50
2.4.1. SMK m. 4 Kapsamında Marka Olamayacak İşaretler .....	50
2.4.1.1. Marka Olabilecek İşaretler.....	50
2.4.1.1.1 Kişi Adlarının Marka Olarak Tescili .....	50
2.4.1.1.2. Sözcüklerin ve Sloganların Marka Olarak Tescili .....	52
2.4.1.1.3. Harfler, Sayılar ve Bunların Kombinasyonunun Marka Olarak Tescili.....	56

2.4.1.1.4. Şekillerin Marka Olarak Tescili .....	57
2.4.1.1.5. Renklerin Marka Olarak Tescili .....	60
2.4.1.1.6. Seslerin Marka Olarak Tescili .....	62
2.4.1.1.7. Kokunun Marka Olarak Tescili .....	63
2.4.1.1.8. Hareketli Markaların Tescili .....	64
2.4.1.1.9. Tatların Marka Olarak Tescili .....	65
2.4.1.1.10. Fotoğraf, Resim ve Diğer Fikri Mülkiyet Hakları .....	65
2.4.2. Ayırt Edici Niteliğe Sahip Olmayan İşaretler .....	66
2.4.3. Tanımlayıcı (Tasviri – Serbest ) İşaretler .....	69
2.4.4. Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer Olan Markalar .....	73
2.4.4.1. Genel Olarak .....	73
2.4.4.2. Aynılık ve Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzerlik Kavramları .....	74
2.4.4.3. Mutlak ve Nispi Red Nedenleri Bakımından Değerlendirme .....	76
2.4.4.4. Mal veya Hizmet Sınıfları Bakımından Değerlendirme .....	77
2.4.4.5. Benzerlik Bakımından Değerlendirme .....	79
2.4.4.5.1. Görsel Benzerlik .....	80
2.4.4.5.2. İşitsel Benzerlik .....	81
2.4.4.5.3. Anlamsal Benzerlik .....	81
2.4.4.5.4. SMK 5/3. Maddesi Bakımından Değerlendirme .....	82
2.4.5. Ticaret Alanında Herkes Tarafından Kullanılan veya Meslek, Sanat Ticaret Mensuplarını Ayırt Eden İşaretler .....	82
2.4.6. Malın Doğası Gereği Ortaya Çıkan veya Mala Asli Değerini Veren İşaretler .....	84
2.4.6.1. Genel Olarak .....	84
2.4.6.2. Malın Doğal Yapısı .....	85
2.4.6.3. Malın Teknik Sonucu .....	86
2.4.6.4. Malın Asli Değerini Veren Şekli .....	87
2.4.7. Yanıltıcı İşaretler .....	88
2.4.8. Paris Sözleşmesinin 2 nci Mükerrer 6 ncı Maddesine Göre Reddedilecek İşaretler ...	91
2.4.9. Kamuya veya Halka Mal Olmuş Tescil İzin Verilmeyen İşaretler .....	93
2.4.10. Dini Değerleri veya Sembolleri İçeren İşaretler .....	94
2.4.11. Kamu Düzenine veya Genel Ahlaka Aykırı İşaretler .....	95
2.4.12. Tescilli Coğrafi İşaretten Oluşan ya da Tescilli Coğrafi İşaret İçeren İşaretler .....	97
2.5. Mutlak Red Nedenlerinin İstisnaları .....	99
2.5.1. Genel Olarak .....	99



2.5.2. Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik Kazanma .....	100
2.5.2.1. Genel Olarak .....	100
2.5.2.2. 5/1-b-c-d Maddelerinin Kullanımı .....	101
2.5.2.3. Kullanım Anının Belirlenmesi .....	102
2.5.2.4. Kullanımın Kabul Edilmesi .....	103
2.5.3. Noter Onayı ile Ayırt Edicilik Kazanma .....	105

## **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

### **RED NEDENLERİNİN DENETİMİ**

3.1. Markanın Tescili .....	107
3.1.1. Genel Olarak .....	107
3.1.2. Markayı Tescil Ettirme Hakkına Sahip Olanlar .....	112
3.1.3. Marka Tescil Başvuru İncelenmesi .....	113
3.1.3.1. Başvurunun Şekli ve İçeriği .....	113
3.1.3.2. Başvurunun Rüçhan Hakkı Bakımından İncelenmesi .....	115
3.1.3.3. Başvurunun Kurum Tarafından Mutlak Nedenleri Yönünden İncelenmesi .....	118
3.1.3.4. Marka Başvurusunun İlanı, Üçüncü Kişinin Görüşü, Yayım İtiraz .....	119
3.1.3.4.1. Başvurunun İlanı .....	119
3.1.3.4.2. Üçüncü Kişi Görüşü .....	120
3.1.3.4.3. Yayım İtiraz .....	121
3.1.3.4.3.1. İlgili Kişiler .....	123
3.1.3.4.3.2. Mutlak Red Nedenleri İncelemesi .....	124
3.1.3.4.3.3. Nisbi Red Nedenlerine İlişkin Değerlendirme .....	125
3.1.3.4.3.3.1. Genel Olarak .....	125
3.1.3.4.3.3.2. Nisbi Red Nedenleri .....	126
3.1.3.5. Marka Kararına İtiraz .....	135
3.1.3.6. YİDD Kararının İptali Davası .....	138
3.2. Hükümsüzlük Davası .....	140
3.2.1. Genel Olarak .....	140
3.2.1.1. Hükümsüzlük Davasının Tarafları .....	142
3.2.1.1.1. Davacı .....	142
3.2.1.1.2. Davalı .....	143
3.2.1.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme .....	144
3.2.1.3. Hükümsüzlük Davası Açma Süresi .....	145

3.2.1.4. Hükümsüzlük Sebepleri .....	146
3.2.1.4.1. Mutlak Tescil Engelleri .....	146
3.2.1.4.2. Nispi Tescil Engelleri .....	147
3.2.1.4.3. Sessiz Kalma Nedeniyle Hükümsüzlük .....	149
3.2.1.5. Hükümsüzlük Kararının Etkileri .....	151
3.2.2. İptal Davası .....	153
3.2.2.1. İptal Davasının Tarafları .....	154
3.2.2.1.1. Davacı .....	154
3.2.2.1.2. Davalı .....	154
3.2.2.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme .....	155
3.2.2.3. İptal Davası Açma Süresi .....	156
3.2.2.4. Sebepleri .....	156
3.2.2.4.1. Markanın Kullanılmaması .....	156
3.2.2.4.2. Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi .....	158
3.2.2.4.3. Markanın Halkı Yanılması .....	159
3.2.2.4.4. Teknik Şartnameye Aykırı Kullanım .....	160
3.2.2.5. İptal Taleplerinin Değerlendirilmesi .....	161
3.2.2.6. İptal Kararlarının Sonuçları .....	161
<b>SONUÇ .....</b>	<b>164</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>169</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>174</b>

## KISALTMALAR LİSTESİ

AB	:Avrupa Birliği
ABAD	:Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AYM	:Anayasa Mahkemesi
A.Ş.	:Anonim Şirket
bk.	:bakınız
BPatGE	:Federal Patent Mahkemesinin Karar Toplanması (Entscheidungssammlung des Bundespatentgerichts)
CJEU	:Avrupa Birliği Adalet Divanı
E.	:Esas
EUIPO	:Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (European Union Intellectual Property Office)
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HMK	:6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	:2004 sayılı İcra İflas Kanunu
K.	:Karar
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
m.	:madde
Nis Anlaşması	:Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmaların İlişkin Nice Anlaşması
ODTÜ	:Ortadoğu Teknik Üniversitesi
OHIM	:Topluluk Marka Tescili
SMK	:6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
SMKY	:Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik
TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	:4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TPE	:Türk Patent Enstitüsü
TPMK	:Türk Patent Ve Marka Kurumu

TRIPS	:Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması
TTK	:6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	:ve benzeri
vd	:ve devamı
Y.	:Yargıtay
YİDD	:Yeniden İnceleme ve Değerlendirilmesi Daire Başkanlığı
YİDK	:Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
WIPO	:Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü

## ÖZET

Tezimizin konusunu "marka hukukunda mutlak red nedenleri" oluşturur. Tezimizin birinci bölümünde "marka ile ilgili genel bilgiler"e yer verilerek mutlak red nedenlerinin konusunu oluşturan marka kavramı; tanımı, unsurları, fonksiyonları, türleri, özellikleri, hukuki işlemlere konu olması ve sona ermesi bakımından ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Tezimizin ikinci bölümünde "marka tescilinde mutlak red nedenleri"; markanın tescil edilmesinin sağladığı hukuki koruma, mutlak red nedenlerinin özellikleri, nisbi red nedenlerinden farklılıkları, bu nedenlerin neler oldukları ve istisnaları başlığı altında konu ile ilgili doktrindeki görüşler ve Yargıtay, OHİM ve ABAD kararları ile açıklanmıştır. Tezimizin son kısmında; "mutlak red nedenlerinin hukuki denetimi" markanın tescili, tescil talebinde bulunabilecekler, marka başvurusunun incelenmesi, hükümsüzlük ve iptal davaları bakımından incelenerek tez çalışması sonuçlandırılmıştır.

Tezimizin amacı, üretilen malları veya sunulan hizmetleri diğerinden ayıran, bunların reklamını yapan, kaynağını gösteren, kalitesini garanti eden markanın, tescil engellerinden biri olan mutlak red nedenlerini, marka başvurusu aşamasından ele alarak hükümsüzlük aşaması da dahil olmak üzere açıklamaya çalışmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Marka, Tescil, Mutlak Red Nedenleri, İtiraz, Hükümsüzlük.

## **SUMMARY**

### **THE REASONS FOR ABSOLUTE REJECTION IN BRAND LAW**

The subject of our thesis constitutes "reasons for absolute rejection in brand law". In the first part of the thesis, the brand concept which constitutes the subject of absolute rejection by giving general information about the brand; definition, elements, functions, types, properties, subject to legal procedures and the expiration of the process is explained in detail. In the second part of our thesis, the reasons of absolute rejection in the trademark registration are explained by the legal protection provided by the registration of the trademark, the characteristics of the reasons of absolute rejection, the differences between the reasons of relative rejection, the reasons of these reasons and the exceptions in the doctrine and the decisions of the Supreme Court, OHIM and ABAD. In the last part of our thesis, the thesis study was finalized by examining in terms of "legal control of the causes of absolute rejection", registration of the trademark, the request for registration, examination of the trademark application, invalidity and cancellation cases.

The aim of our thesis is to try to explain the reasons of absolute rejection which is one of the barriers of registration, which is one of the barriers of trademark which distinguishes the goods produced or services offered from another, and which guarantees the quality, including the stage of invalidity.

**Keywords:** Trademark, Registration, Reasons For Absolute Rejection, Objection, Invalidity.

## TEŞEKKÜR

Uzun ve yorucu olan tez sürecinde yardım ve desteklerini esirgemeyen, hatalarımı düzeltmemde bana yol gösteren sayın danışman hocam Doç. Dr. Esra Cenkci'ye, tezimin İngilizce özet kısmında yardım eden sayın İngilizce öğretmeni Feyza Hanıma ve Ertuğrul Aslan Bey'e, kendisi de tez sürecinde olan ve bu süreçte beni destekleyerek moral veren kıymetli arkadaşım Şirin Koçak Gündüz'e, her zaman yanımda olan kıymetli aileme ve üzerimde emeği olup hukuk okumam konusunda beni yönlendiren öğretmenlerim sayın Azmi Demirel ile rahmetli Zuhale Boztepe Acar'a teşekkür ederim.

**Melek Doğan**

**Antalya, 2019**

## ÖNSÖZ

Ticaret hayatının önemli bir unsurunu oluşturan markalar içtiğimiz suda, yediğimiz ekmekte, kullandığımız çatallarımızda, kaşıklarımızda, porselen takımlarımızda, kişisel bakım ürünlerimizde, giydiğimiz kıyafetlerde, ayakkabılarımızda, takılarımızda, cep telefonlarımızda, kısaca hayatımızın içinde bizleri sarmış ve sarmalamış durumdadır. Markalar işletmelerin ürettikleri malları veya sundukları hizmetleri benzerlerinden ayırt eden işaretlerdir. İşletmeler için markalar parmak izi niteliğindedir<sup>1</sup>. Başlangıçta markalar, piyasaya birlikte sunuldukları ürünleri veya hizmetleri ayırt edici nitelikteyken zamanla sunuldukları malları veya hizmetleri aşarak ayrı bir ekonomik değer kazanmıştır. Bu ekonomik değer nedeniyle markalar hukuki işlemlerin konusu olmuştur. Ulusal ve uluslararası ticaretin gelişmesi ile birlikte marka kullanımının önemi ve markanın ekonomik değeri artmıştır. Markaların öneminin artmasına paralel markasal işaretin nasıl belirleneceği, belirlenirken neye dikkat edilmesi gerektiği, benzerlerinden nasıl ayrılacağı, koruma konusu, zarar verici eylemlerden nasıl korunacağı vb. sorulara cevap verici nitelikte düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu düzenlemeler ile üreticilerin markalarına yönelik ihlal niteliğindeki eylemlerden korunması sağlanmakla birlikte tüketicilerinde almak istedikleri mallar veya hizmetlere yönelik iradelerinin sakatlanması engellenmeye çalışılmıştır.

Ulusal ve uluslararası ticaret hukukunda bu denli önemli, gelişmeye açık ve hayatımızın bir parçası haline gelen markaların tescil edilmelerine ilişkin kısıtlayıcı nitelikte hükümler olan mutlak red nedenlerinin bu çalışma ile nelerden oluştuğu, ne zaman ve nasıl dikkate alınması gerektiği, tescilden sonra bu engellerin fark edilmesi ile hangi yasa yollarına başvurulması gerektiği bu konudaki ulusal ve uluslararası düzenlemeler, yargı kararları, doktrin görüşleri ışığında incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır.

---

<sup>1</sup><http://www.ankarapatent.com/yazi/13/marka-nedir> (erişim tarihi: 22.06.2019).



## GİRİŞ

Hukukumuzda marka hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler kronolojik sıra ile 1872 tarihli Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname, 1888 tarihli Nizamname, 1928 sayılı talimatname, 551 sayılı mülga Markalar Kanunu, 556 sayılı KHK ve son olarak 6769 sayılı SMK'den oluşmaktadır<sup>2</sup>.

İşletmelerin ya da teşebbüslerin ürettikleri ürünler veya sundukları hizmetler bakımından marka kullanmaları zorunlu kabul edilmemektedir. Ancak ürünlerin veya hizmetlerin ferdileşmesi ve benzerlerinden ayırt edilebilmesi için marka kullanımı önemli bir işleve sahiptir. Nitekim tüketiciler de mal veya hizmet alımlarında tercihte bulunurken bunların markalı olup olmadığına azami ölçüde dikkat etmektedir. Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için bir takım aşamalardan ve engellerden geçmesi gerekmektedir. Mutlak red nedenleri bu engellerden birini oluşturmaktadır. Mutlak red nedenleri, kamu düzeni veya menfaatini koruyucu nitelikte, markanın tescilinde resen dikkate alınan, üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilen, sınırlı sayıda olan ve markanın tescil edilmesi halinde hükümsüzlük sebebi olan nedenlerdir. Bu nedenle marka hukukunda önemli bir yere sahiptir.

Bu çalışmamız ile mutlak red nedenlerinin inceleme konusunu oluşturan marka kavramı birinci bölümde tüm yönleri ile el alınmıştır. İkinci bölümde markanın tescil edilmesi ile sağladığı haklar, mutlak red nedenlerinin nispi red nedenlerinden farkı, mutlak tescil engelleri ayrı ayrı açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise ilk iki bölümde yaptığımız açıklamalar ışığında mutlak red nedenlerine ilişkin Kurum, Kurul, mahkeme tarafından yapılacak incelemeler ve bu incelemeler sonucunda verilen kararlar, bunlara karşı kanun yolları ele alınmıştır.

---

<sup>2</sup>Güneş, 2018: 2.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### MARKA İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

#### 1.1. Tanım

Markanın tanımı, 28 Nisan 1304 tarihli Nizamname'nin 1. maddesinde, “*mamulat ve eşyanın imal olunduğu mahallin veya fabrikanın veyahut bunları imal edenlerin veya ticaret zımında satanların isim şöhret ve mevkilerini bildirmek için ol şeylerin üzerine vazolunan isim ve mühür ve resim ve huruf ve erkam ve mahfaza ve saire yani temyiz ve tahsis için ittihaz kılınan her nevi işaret ve damga alametifarika ad ve itibar olunur*” şeklinde; mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 1. maddesinde, “*sanayide, küçük sanatlarda, tarımda, imal, ihzar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalaj üzerine konulan, emtia üzerine konulamadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır.*” biçiminde yapılmıştır.

Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'ndan sonra yürürlüğe giren mülga 556 sayılı KHK m. 5'te ve SMK m. 4'te markanın doğrudan tanımı yapılmamıştır. Her iki düzenlemede de marka olabilecek işaretler, bu işaretlerde bulunması gereken özellikler belirtilerek dolaylı yoldan açıklanmaya çalışılır.

Doktrinde markaya ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır. *Ayhan/Özdamar/Çağlar*, markayı, bir işletmenin ürettiği veya ticaretini yaptığı malları ya da sunduğu hizmetleri diğer işletmelerin ürettiği mal veya sunduğu hizmetlerden ayırt etmeye yarayan işaretler şeklinde tanımlamaktadır<sup>3</sup>. *Camcı*, markayı kendiliğinden bir ticari değeri olan sınai mülkiyet haklarından biri olarak değerlendirmektedir<sup>4</sup>. *Yurtsever*, markayı, bir fikir ürünü olarak, ürünün tanıtımı için konan, tescil edilebilen ve sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilir mutlak haklar olarak ifade etmektedir<sup>5</sup>. *Karasu*, markayı, SMK m. 4'ü de dikkate alınarak, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller,

<sup>3</sup>Ayhan vd., 2010: 170. Benzer tanımlar için bk. Çağlar, 2015: 11; Arkan, 2018: 293; Meran, 2015 :29; Karahan vd., 2009: 137; Dönmez, 1992: 1; Çolak, 2014: 8; Oytacı, 1999: 2; Cengiz, 1995: 1.

<sup>4</sup>Camcı, 1999: 127.

<sup>5</sup>Yurtsever, 1999: 13.

renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajların biçimi olmak üzere her türlü işaret olarak ele almaktadır<sup>6</sup>. *Paslı*, markayı, teşebbüslere/firmalara ait mal veya hizmetleri, birbirinden ayıran her türlü işaret olarak ve bu özelliği ile ayırt edici fikri mülkiyet konusu biçiminde değerlendirmektedir<sup>7</sup>.

Doktrindeki tanımlar ile SMK m. 4'te markanın sahip olduğu özellikler de dikkate alınarak markanın şu şekilde tanımlanması mümkündür: Marka, işletmelerin ürettiği ürünlerin veya sundukları hizmetlerin ayırt edilmesini ile tanıtımını sağlayan, işletme ile ürün veya hizmetler arasında bağlantı kurulmasına yardımcı olan, ayrı bir ticari değere sahip sınai mülkiyet haklarından olan, tescil edilerek ve yayınlanarak sahipleri tarafından herkese karşı ileri sürülebilen işaretlerdir.

## 1.2. Markanın Unsurları

Bir işaretin, marka olarak kabul edilebilmesi için bir takım unsurları ihtiva etmesi gerekmektedir. İşaret, SMK m. 4 kapsamında örnek olarak da gösterilen sözcük, şekil, ad, renk vb. nitelikte olmalı ya da bunların kombinasyonundan oluşmalıdır. Aynı zamanda, tescil edilmek istenildiği mal veya hizmetlerin, benzerlerinden ayırt edilebilmesini sağlayıcı nitelikte olmalıdır. Son olarak da işaretin, koruma konusunu sicilde açık ve net bir şekilde gösterebilmelidir.

Marka esas, tali, yardımcı unsur olmak üzere üç unsurdan meydana gelebilmektedir. Esas unsurlar her markada yer alan ve bu suretle markaların birbirinden ayırt edilmesini sağlayan sözcük, şekil, renk, harf, sayı, ses vb. işaret(ler)den oluşan unsurlardır<sup>8</sup>. Yardımcı unsurlar esas unsurla bağlantılı olan, ayırt edici nitelikte olmayan ve herkesin kullanımına açık olan unsurlardır<sup>9</sup>. Yardımcı unsurların kendi içerisinde tasviri işaretler ve serbest işaretler olarak ayrılması mümkündür<sup>10</sup>. Tali unsurlar ise yardımcı unsurlar gibi markayı tamamlayıcı nitelikte olan ancak yardımcı unsurlardan farklı olarak ikinci derecede bulunan unsurlardır<sup>11</sup>. Ayırt edici niteliğin tespitinde esas unsur dikkate alınmaktadır. Ancak işaretin birden fazla unsurdan meydana gelmesi halinde işaret bir bütün olarak değerlendirilmektedir<sup>12</sup>.

<sup>6</sup>Karasu vd., 2018: 159. Aynı tanım için bk. İmirlioğlu, 2018: 3; Özer, 2017: 33-34.

<sup>7</sup>Paslı, 2018: 15.

<sup>8</sup>İmirlioğlu, 2018: 26; Arkan, 1997: 78, Karahan vd., 2009: 141.

<sup>9</sup>İmirlioğlu, 2018: 27; Karahan vd., 2009:141.

<sup>10</sup>Karahan vd., 2009: 141.

<sup>11</sup>İmirlioğlu, 2018: 27.

<sup>12</sup>Karahan vd., 2009: 141; İmirlioğlu, 2018: 26.

### 1.2.1. İşaret

Marka hukuku bakımından işaret, henüz marka olarak tescil edilmemiş simgeyi ifade eder. Buna göre her marka aynı zamanda bir işaretken, her işaret aynı zamanda marka değildir. Mal veya hizmet ile işletme arasındaki bağlantı işaret ya da işaretler aracılığı ile sağlanmaktadır<sup>13</sup>. İşaretin, marka olarak kabul edilebilmesi için duyu organlarından birisiyle anlaşılabilir olması gerekmektedir<sup>14</sup>. Avrupa Adalet Divanı, işletmenin ürettiği elektrik süpürgelerinin şeffaf kutulu görünümüne ilişkin marka tescil başvurusunu, torbasız ve şeffaf toz biriktirme kutusunun bir “konsept” olması, beş duyuya hitap etmemesi, görsel olarak algılanmaması, başvuruda bulunan işletme adına marka olarak tescil edilmesi halinde haksız bir avantaj sağlaması nedenleriyle reddetmiştir<sup>15</sup>. İşaret ayırt edici nitelikte, açık ve net olmalıdır<sup>16</sup>.

SMK, önceki düzenlemeden farklı olarak marka olabilecek işaretlerin kapsamını genişletmiştir. İşaretler, SMK m. 4 kapsamında marka olabilecek işaretlerden değilse ya da bu nitelikte işaretlerden olup SMK m. 5'te ve 6'da düzenlenen mutlak ve nispi red nedenleri kapsamına giriyorsa bu işaretler marka olarak tescil edilemez<sup>17</sup>. Yargıtay'a göre, işaret başvuru kapsamındaki ürünler için somut ve soyut ayırt edici nitelikte bulunmuyorsa, bu işaretin başka ülkelerde tescil edilmiş olması ülkemizde de tescil edileceği sonucunu doğurmamaktadır<sup>18</sup>.

2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifi<sup>19</sup> ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'ne<sup>20</sup> uygun olarak yapılan değişiklik sonucunda SMK m. 4'te işaretin, marka olabilmesi için “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması*” şartı aranmaktadır. Bu düzenleme ile geleneksel nitelikte olmayan ses, koku, tat markalarının daha kolay şekilde

<sup>13</sup>İmirlioğlu, 2018: 12; Çolak, 2014: 22; Yılmaz, 2008: 7; Oğuz, 2016: 10.

<sup>14</sup>Çağlar, 2015: 12; İmirlioğlu, 2018: 12.

<sup>15</sup>CJEU C-321/03 (Çolak, 2014: 22).

<sup>16</sup>Karasu vd., 2018: 160.

<sup>17</sup>Karahan vd., 2009: 140; Ünal, 2007: 13

<sup>18</sup>Y. 11. HD., 21.06.2008, E. 2009/1348, K. 2010/7101 (Şahinler Baykara vd., 2018: 38).

<sup>19</sup>2015/2436 sayılı Marka Hakları Direktifi, 2015/2424 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü ile 16.12.2015'te kabul edilmiş, 24.12.2015 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanması ile 13.01.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Üye devletlerin bu direktifi üç yıl içerisinde iç hukuklarına aktarması gerekmektedir. <http://blog.lexpera.com.tr/avrupa-marka-sisteminde-yeni-transit-gecis-hukumleri/> (erişim tarihi; 17.03.2019).

<sup>20</sup>16 Aralık 2015 tarih ve 2015/2424 sayılı tüzüğün 23 Mart 2016 tarihinde yürürlüğe girmesiyle 2015/2424 sayılı AB Tüzüğü ile 207/2009 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü değişikliğe uğramış Topluluk Markası (CTM) değişiklikle birlikte Avrupa Birliği Markası (European Union Trademark) olarak adlandırılmış, AB denetiminde marka ve tasarımların tescil işlemlerinin yürütülmesinden sorumlu, OHIM'in adı EUIPO (European Union Intellectual Property Office) olarak değiştirilmiştir. <https://iprgezgini.org/2016/03/23/yeni-ab-marka-tuzugu-yururluge-girdi-ohim-yerine-artik-euipo-var/> (erişim tarihi;17.03.2019) .

tescil edilmesi amaçlanmıştır<sup>21</sup>. Mülga 556 sayılı KHK'de, markanın tescil edilebilmesi için “çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme” şartları aranmaktaydı. Bu şartlar seslerin, melodilerin ya da üç boyutlu şekillerin tesciline engel değildi<sup>22</sup>. Nitekim sesler veya melodiler notaya aktarılarak, üç boyutlu şekiller de iki boyutlu çizilerek ya da benzer biçimde ifade edilerek tescil edilebilmekteydi<sup>23</sup>. Ancak teknolojik gelişmeler ile yeni marka türlerinin ortaya çıkması, bunların çizim ya da benzer biçimde ifade edilmesi sırasında zorluklarla karşılaşılması ve dayanak AB Marka Tüzüğü, AB Marka Yönergesi ve TRIPS ile uyumun sağlanması amacıyla bu şart kaldırılmıştır<sup>24</sup>.

Mülga 556 sayılı KHK ile SMK'de işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için mal ya da ambalaj üzerine herhangi bir şekilde konulması şartı aranmamaktadır.

### 1.2.2. Mal veya Hizmet

Marka, işletmelerin mal veya hizmet unsurları için tescil edilmektedir. Mal veya hizmetler sınıflara, sınıflarda kendi içerisinde gruplara ayrılmaktadır. Bu sınıfların ve grupların belirlenmesi uluslararası sistemde Nis Sınıflandırma Sistemi<sup>25</sup> ile yapılmaktadır. Ulusal mevzuatımızda Nis Sözleşmesi dikkate alınarak düzenlenen, Marka Tescil Başvurularının Mal ve Hizmet Listelerinin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ bulunmaktadır<sup>26</sup>. Bu Tebliğ’de 34 mal, 11 hizmet sınıfı yer almaktadır. Buna göre bir mal, mallarla ilgili sınıfta; hizmetler ise malla ilişkilendirilmek suretiyle sunuldukları konuda hizmet markaları olarak tescil edilmektedir<sup>27</sup>. Örneğin, elbise ürünleri uluslararası sistemin 25. sınıfında; elbise dikim, onarım hizmetleri bu sistemin 40. sınıfında tescil edilmektedir<sup>28</sup>.

Marka hukuku bakımından ürünün yalnızca satılması hizmet olarak kabul edilmemektedir<sup>29</sup>.

<sup>21</sup>İmirlioğlu, 2018:12-13; Aydınalp, 2018:6 ; SMK madde 4. gerekçesi.

<sup>22</sup>Çağlar, 2015: 14; Ayhan vd., 2010: 173; Saral, 2012: 11-12; Yılmaz, 2008: 8; Ünal, 2007: 18.

<sup>23</sup>Gürsoy, 2005: 6; Çağlar, 2015: 21. Uzunallı, 2008: 85-86; Noyan ve Güneş, 2015: 133.

<sup>24</sup>Karasu vd., 2018: 162; Güneş, 2018: 38; Çağlar’a göre, koku markaları ile tat markalarında çizimle ifade edilme şartının aranması durumunda mevcut teknoloji ile bu markaların grafiksel olarak ifadesi mümkün değildir. (Çağlar, 2015:23); Gürsoy, kokunun formülle ifade edilerek tescil ettirilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir (Gürsoy, 2005:7).

<sup>25</sup>Bu anlaşma Ülkemizde 01.01.1996 tarihinden beri yürürlüktedir.

<sup>26</sup><http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/12/20161230-24.htm> (erişim tarihi: 25.06.2019).

<sup>27</sup>İmirlioğlu, 2018: 14; Çağlar, 2015: 13-14; Güneş, 2018: 68; Noyan ve Güneş, 2015: 89; Saral, 2012: 31.

<sup>28</sup>Çağlar, 2015: 13-14.

<sup>29</sup>Çağlar, 2015: 13-14.

Tescil edilmek istenen ürünün, niteliği gereği birden çok mal ya da hizmet sınıflarında düzenlenmiş olması halinde marka birden çok mal veya hizmet sınıfları için tescil edilebilmektedir<sup>30</sup>.

Her mal veya hizmetin marka ile temsil edilmesi söz konusu değildir. Örneğin, kıymetli evraklar, mimari yapılar markaya konu olamazlar<sup>31</sup>. Bunun dışında gayrimenkullerin de marka konusu olması Alman Patent Mahkemesi'nce kabul edilmemektedir<sup>32</sup>. Elektrik enerjileri ise her ne kadar Nis Anlaşması kapsamında hazırlanan sınıflandırmada 4. sınıfta yer almışsa da TPMK tarafından yayınlanan Tebliğ'de mal veya hizmet sınıfları arasında gösterilmemektedir<sup>33</sup>.

Hizmet markaları mülga 551 sayılı kanunda korunmamışken, mülga 556 sayılı KHK'de ve SMK'de korunmuştur<sup>34</sup>.

### 1.2.3. Ayırt Edicilik

Marka olarak kullanılmak istenilen işaret, başlı başına hiçbir mal veya hizmet yönünden ayırt ediciliği olmayabileceği gibi, ilgili mal veya hizmetler yönünden de ayırt ediciliği bulunmayabilir. Bu nedenle markada ayırt edicilik “*soyut ayırt edicilik*” ve “*somut ayırt edicilik*” olarak ikiye ayrılmaktadır.

Soyut ayırt edicilik SMK m. 4 kapsamında bir işaretin marka olarak tescil edilmesine engel olan, markanın bizatihi kendisinin mal veya hizmetle ilişkilendirilmeden ayırt edici niteliğinin bulunmaması anlamına gelmektedir. Örneğin, Çince beş yazı karakterinden meydana gelen işaretin biralar için marka olarak tescil edilmesi talebi bu işaretin bütünü itibariyle tanınamayacağı gerekçesiyle Alman Federal Patent Mahkemesi'nce reddedilmiştir<sup>35</sup>. Bunun dışında ekstra, harika, süper, muhteşem vb. marka terimleri soyut ayırt edici niteliği

<sup>30</sup>İmirlioğlu, 2018: 14; Güneş, 2018: 68.

<sup>31</sup>Ülkemizde ve AB ülkelerinde mimari yapıların ya da formların üç boyutlu şekil olarak marka tesciline konu olması mümkün değilken, ABD de mimari yapıların ticari form adı altında; sıra dışı olması, genel konsept olarak diğer ürünlerden ayırt edilebilmesi, ürünün kaynağını ya da kökenini gösterebilmesi halinde marka olarak tescili mümkündür. Örneğin, Starbucks kafeleri, Hard Rock kafeleri tescilli mimari formlara örnektir (İmirlioğlu, 2018: 63-64). Mal markaları olarak da ifade edilebilen ticaret markalarının konusu büyük çoğunlukla taşınır mallardır (Aydımalp, 2018: 10).

<sup>32</sup>Alman Federal Mahkemesi, isim markası ile birlikte balıkçı dükkanının mimari şeklinin tescili talebini, mimari şeklin sıra dışı ya da kabul edilen şeklin dışında olduğunun kabulü için özel dayanak noktalarının olması gerektiğini belirterek tescil talebini reddetmiştir (İmirlioğlu, 2018: 64). Aynı yönde bk. Çağlar, 2015:13.

<sup>33</sup>Çağlar, 2015: 13-14.

<sup>34</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 89.

<sup>35</sup>Karasu vd., 2018: 161; Yılmaz, 2008: 22.

olmayan sözcüklere örnek olarak gösterilmektedir<sup>36</sup>.

Somut ayırt edicilik ise SMK m. 5/1-b kapsamında işaretin, tek başına soyut ayırt edici niteliğinin bulunmasına rağmen, tescil edilmek istenildiği mal veya hizmetler yönünden ayırt edici nitelikte olmaması olarak ifade edilmektedir. Örneğin “elma” kelimesinin tek başına soyut ayırt edici niteliği bulunmakla birlikte yiyecek veya içecek ürünleri yönünden somut ayırt edici niteliği bulunmamaktadır. Bu kelime, ayakkabılar bakımından somut ayırt edici niteliktedir<sup>37</sup>.

### 1.3. Markanın Fonksiyonları

#### 1.3.1. Ayırt Etme Fonksiyonu

Markaların, ayırt edici nitelik, tanıtım, kalite, garanti, reklam, kaynak gösterme şeklinde fonksiyonları bulunmaktadır<sup>38</sup>. Markaların, tescil edildiği mal veya hizmetleri tanıtıcı nitelikte olmaları sebebiyle en temel fonksiyonları ayırt ediciliktir<sup>39</sup>. Ürün veya hizmet, markasal işaretle kullanılmak suretiyle ayırt edilebilmekte bu suretle ferdileşmektedir<sup>40</sup>. Marka, ayırt edici nitelikteki fonksiyonu ile farklı işletmeleri birbirinden ayırt edebildiği gibi aynı işletmenin farklı kalitede ürettiği mal veya hizmetleri de birbirinden ayırt edebilmektedir<sup>41</sup>. Markanın, daha önce tescil edilen marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olması, karıştırılma ihtimali oluşturacak kadar yakın olması, tescil edilmek istenen mal veya hizmeti tasvir edici nitelikte ya da tanımlayıcı nitelikte olması ve yaygın bir ad şeklinde kullanıma dönüşmesi hallerinde ayırt edici fonksiyonunun bulunmadığı kabul edilir<sup>42</sup>.

Yargıtay, üç boyutlu şekillerin ayırt edici niteliklerinin bulunması halinde marka olarak tescil edilebileceklerini, ayırt ediciliği niteliğinin ise şeklin özgün olarak tasarlanması, sıradan olmaması ve benzeri şekillerden farklı olması halinde kabul edilebileceğini ifade etmiştir<sup>43</sup>. Yargıtay, markanın ayırt edici özeliğini tescille birlikte kazanabileceğini kabul etmiştir<sup>44</sup>.

<sup>36</sup>Çağlar, 2015: 12; İmirlioğlu, 2018: 21.

<sup>37</sup>Karasu vd., 2018: 161; Çağlar, 2015: 14. Yılmaz, 2008: 22-23.

<sup>38</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 84; İmirlioğlu, 2018: 5 vd.; Çağlar, 2015: 33-34.; Karasu vd., 2018: 162-163; Ayhan vd., 2010: 176; Çolak, 2014:13.

<sup>39</sup>Güneş, 2018: 38; Ayhan vd., 2010: 170; İmirlioğlu, 2018: 5; SMK m.4 gerekçesi.

<sup>40</sup>Karasu vd., 2018: 159. Çağlar, 2015: 33; Saral, 2012: 14; Ünal, 2007: 21.

<sup>41</sup>İmirlioğlu, 2018: 6-7; Pashi, 2018: 19-20.

<sup>42</sup>İmirlioğlu, 2018: 19.

<sup>43</sup>Y. 11. HD., 28.03.2006, E.2005/1041, K. 2006/3247 (Şahinler Baykara vd., 2018: 38 ).

<sup>44</sup>Y. 11. HD., 20.11.2000, E. 2000/7674, K. 2000/9346 (Noyan ve Güneş, 2015: 84).

Yargıtay, “Pool”-“Pol” kararında, “Pool” ibareli marka başvurusunun İngilizce olduğunu ve Türkçe de “havuz” anlamına geldiğini, aynı emtialarda tescilli “Pol” markasının ayrı bir marka olduğunu ve her iki markanın birbirine benzediğini, her iki markanın birbirinden ayırt edilmesi için yabancı dil bilinmesi gerektiğini, bununda orta düzeydeki tüketicilerden beklenemeyeceğini, tüketicilere normalin üzerinde bir dikkat sarf etme yükümlülüğünün yüklenemeyeceğini kabul etmiştir.<sup>45</sup>

### 1.3.2. Kaynak Gösterme Fonksiyonu

Markanın kaynak gösterme fonksiyonu ile alıcılar satın aldıkları malları üreten veya hizmetleri sunan işletmelerin hangileri olduğunu tespit edebilmektedir. Bu fonksiyon ticari işletmeleri birbirinden ayıran ticaret unvanları ya da işletmeleri birbirinden ayıran işletme adları gibi doğrudan işletmeyi göstermemektedir. Tanınmış markaların kaynak gösterme fonksiyonunun daha güçlü olduğu kabul edilmektedir<sup>46</sup>. Kaynak gösterme fonksiyonu ürünün üretilmesi, reklamının yapılması ve satın alınması aşamalarında etkili olmaktadır<sup>47</sup>. Günümüzde “Adidas” gibi tanınmış markaların, tescilli oldukları ürünlerin maliyetlerini azaltmak amacıyla kaynak ülke dışında Endonezya gibi başka ülkelerde de üretim yaptıkları bilinmektedir<sup>48</sup>.

### 1.3.3. Garanti ve Kalite Fonksiyonu

Tüketiciler, mal veya hizmeti satın alırken bu mal veya hizmetin, ihtiyaçlarını karşılamasını yeterli görmemekte aynı zamanda belirli bir kalitede olmasını aramaktadır. Bu nedenle markalar sadece mal veya hizmetleri birbirinden ayırmamakta, aynı zamanda kaynak göstermek suretiyle ürünün belirli bir kalitede olduğunu da garanti etmektedir<sup>49</sup>. Tüketiciler ilk defa kullanacakları markalı ürünün, belirli bir kalite de olduğu kanaatine vardıklarında ikinci defa da aynı kaliteyi sağlayacaklarını düşündüklerinden o markalı ürünü tercih etmektedir. Aksi düşüncede ise o ürünle ilgili diğer markalara yönelmektedir. Örneğin süt almak isteyen tüketiciler, alacağı sütün sağlıklı, steril, taze olup olmadıklarını üretim aşamalarında bulunmadıkları için bilememektedir. Ancak süte ilişkin markalı ürünlerde bu

<sup>45</sup>Y. 11. HD., 17.05.2007, E. 25057, K. 7634 (Meran, 2015: 32; Noyan ve Güneş, 2015: 246).

<sup>46</sup>Karasu vd., 2018: 161-162; İmirlioğlu, 2018: 7.

<sup>47</sup>Çağlar, 2015: 33; Ayhan vd., 2010: 176.

<sup>48</sup>İmirlioğlu, 2018: 8; Aydınalp 2018: 8.

<sup>49</sup>Çağlar, 2015: 34; İmirlioğlu, 2018: 8; Karasu vd., 2018: 163; Ayhan vd., 2010: 176; Ünal, 2007: 24.



denetimin yapıldığını düşünerek bir tercihte bulunmaktadır.

Belirli bir kalite standardına sahip olan markanın, ekonomik veya diğer sebeplerle bu kalitesini düşürmesi mümkündür. Bu durumdan haberdar olmayan tüketiciler aynı kalitede ürün alacaklarını düşünerek aynı markalı ürünü almaya devam edeceklerdir. Fakat marka hukukunda, kalitesi düşürülen markayı tercih eden tüketiciyi koruyacak hukuki yaptırımlar düzenlenmemiştir. Ancak marka sahibinin bilgisi veya izni dışında ürettiği ürünlerin kalitesinin üçüncü kişilerce değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi halinde SMK m. 152/2 uyarınca marka sahibinin, bu eylemlere engel olma hakkı bulunmaktadır. Bu düşüncenin lisans sözleşmelerine yansması SMK m. 24/4'de, *“lisans veren, lisans alan tarafından üretilen malın veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alacak önlemleri alır.”* şeklindedir<sup>50</sup>.

Garanti fonksiyonu içerisinde malın bakımı ya da tamir edilmesi de girmektedir. Marka sahibi, markasının sağladığı garantiden yararlanmak amacıyla bu markayı farklı ürünlerde de kullanabilmektedir<sup>51</sup>.

#### 1.3.4. Reklam ve İtibar Fonksiyonu

Markanın reklam ve itibar fonksiyonu ile tescil edilmek istenildiği malların veya hizmetlerin tanıtımı yapılmaktadır. Bu şekilde markaların alıcı çevresi meydana gelmektedir<sup>52</sup>. Örneğin çamaşır deterjanı olarak “ALO” markası ülkemizdeki ortalama tüketiciler nezdinde tanınmış bir markadır. Deterjan almak isteyen tüketiciler, bu markanın reklam fonksiyonu sayesinde ürünlerini tercih edebilmektedir. Tüketicilerin tercih ettikleri deterjanı kullanıp, kullanımından memnun kalmaları halinde bu markanın alıcı çevresi oluşmaktadır. Marka sahipleri, doğrudan kendi reklam fonksiyonundan yararlanabilecekleri gibi ürettiği mallara veya sundukları hizmetlere başka markalar ekleyerek bu markaların da reklam fonksiyonundan yararlanabilmektedir<sup>53</sup>. Örneğin “ALO” marka çamaşır deterjanı piyasaya yeni sürdüğü ürünlerinde “Fairy” marka bulaşık deterjanını kullanarak, “ARIEL” marka çamaşır deterjanı yeni ürünlerinde “Febreze” marka oda kokusunu kullanarak bu markaların da reklam fonksiyonundan faydalanmaktadır. Markanın reklam gücü, markanın özgün veya sıra dışı olması, akılda kalması, kısa olması, telaffuz kolaylığı nedenleri ile

<sup>50</sup>Karasu vd., 2018: 163 İmirlioğlu, 2018: 9-10; Aydınalp 2018: 9.

<sup>51</sup>İmirlioğlu, 2018: 9-10.

<sup>52</sup>İmirlioğlu, 2018: 10. Ayhan vd., 2010: 176; Ünal, 2007: 25.

<sup>53</sup>Çağlar, 2015: 34; İmirlioğlu, 2018:10; Aydınalp 2018: 8.

artabilmektedir. Tanınmış markalarının itibarı SMK m. 6/5'te düzenlenmiştir<sup>54</sup>. Tüketiciler, tanınmış markaların ürünlerini daha çok tercih etmektedir Markanın reklam ve itibar fonksiyon ile tüketici algısının etkilenmesi amaçlanmıştır<sup>55</sup>.

## 1.4. Marka Türleri

### 1.4.1. Tescilli Markalar

Tescil, SMK uyarınca marka sahiplerinin, marka korumasından yararlanabilmeleri için kural olarak yapmaları gereken idari işlemdir. Nitekim SMK m. 7/1'de, *"bu kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Böylelikle marka sahipleri, tescil tarihinden itibaren kanunun sağladığı marka korumasından yararlanabilecektir. Markanın tescil edilmesi, önceden kullanılmayan markalar yönünden kurucu niteliğe sahiptir<sup>56</sup>. Kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanan markalar ile Paris Anlaşmasına göre tanınmış markalar, tescil edilmemesine rağmen bu kanunun marka korumasından faydalanmaktadır. Bu durum tescil ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Bu markaların tescil işleminin yapılması halinde de tescil *"açıklayıcı niteliğe"* sahip olacaktır<sup>57</sup>.

Markanın tescil edilmesinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir (SMK m. 7/2). Marka başvurusunun tescil edilmesi talebi TPMK'ya yapılmaktadır. Tescilli marka, başvuru tarihinden itibaren on yıllık süre ile korunmaktadır. Bu sürenin bitiminde markanın koruma süresinin onar yıllık dönemler halinde yenilenmesi mümkündür<sup>58</sup>. Tescilin yayınlanması ile marka sahibi markasının sağladığı hakları üçüncü kişilere karşı ileri sürmektedir<sup>59</sup>. Hukukumuzda, serbesti sistemi kabul edilmiş olup, işletme sahipleri, ürettiği malları ya da sundukları hizmetleri markalayarak kullanmak zorunda değildirler<sup>60</sup>.

<sup>54</sup>İmirlioğlu, 2018: 10-11; Karasu vd., 2018: 163.

<sup>55</sup>Karasu vd., 2018: 163; Aydınalp 2018: 8.

<sup>56</sup>Meran, 2015: 323; Güneş, 2018: 52; Ünal, 2007: 30; Aydınalp, 2018: 14-15. Kara, 2015: 28.

<sup>57</sup>Güneş, 2018: 55; Çağlar, 2015: 25; Yargıtay 11. HD'nin yerleşmiş uygulamasına göre markayı daha önce kullanıp ayırt edici hale getiren kişiye karşı marka hakkına tecavüz davası açılmaz (Y. 11. HD., 21.01.2013, E. 2012/800, K. 2013/1129) (Meran, 2015: 324).

<sup>58</sup>Çağlar, 2015: 25; Karasu vd., 2018: 173; SMK m. 23/1.

<sup>59</sup>Güneş, 2018: 172; Ayhan vd., 2010: 181; Karahan vd., 2009: 165; Meran, 2015: 324; SMK m.7/4.

<sup>60</sup>Ayhan vd., 2010: 181; Karahan vd., 2009: 138; Güneş, 2018: 6.

### 1.4.2. Tescilli Olmayan Markalar

Tescilsiz markalar kural olarak TKK'da düzenlenen haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadır<sup>61</sup>. Bunun nedeni kural olarak SMK uyarınca marka hakkının korunması için bu hakkın tescil edilmesinin aranmasıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere markaların korunmalarına ilişkin tescil ilkesinin istisnasını kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanan markalar ile Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış markalar oluşturmaktadır. Bu markalar yönünden tescil kurucu nitelikte değil açıklayıcı niteliktedir.

### 1.4.3. Ticaret Markaları

Ticaret Markası ilk marka türüdür. Ticaret markasının konusunu, meydana getirilen veya üretilen menkul mallar oluşturmaktadır<sup>62</sup>. Para ile kıymetli evraklar menkul mal olmalarına rağmen markaya konu olmazlar<sup>63</sup>. Ticaret markası “emtia markasının” bir türünü oluşturmaktadır<sup>64</sup>. Ticaret markası, ürün ya da ambalajların üzerine konulmakla malın üretildiği işletmeyi göstermektedir<sup>65</sup>. Bu suretle ticaret markası, işletmelerin ya da firmaların ürünlerini birbirinden ayırmak amacıyla kullanılmaktadır<sup>66</sup>. Örneğin “FİLİZ” markası, makarna ürünleri üzerinde kullanılan ticaret markasıdır. Ticaret markalarının tescil edilebileceği 34 mal sınıfı bulunmaktadır.

### 1.4.4. Hizmet Markaları

Hizmet markaları, mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nda yer almayan, mülga 556 sayılı KHK ile SMK'de düzenlenen marka türüdür. Hizmet markaları üretilen malların, malların ambalajlarının üzerinde yer alabilecekleri gibi bunlar üzerinde yer almayıp işletmenin evraklarında veya reklamlarında da bulunabilmektedir<sup>67</sup>.

Hizmet markaları, doğrudan bağımsız hizmet ve eşyaya bağlı hizmet olarak

<sup>61</sup>Çolak, 2014: 9; Çağlar, 2015: 25; Karasu vd., 2018: 173; Güneş, 2012: 80; Tescilsiz markanın korunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. Kara, 2015: 22 vd.

<sup>62</sup>Çağlar, 2015: 25; Güneş, 2018: 6; Aydınalp, 2018: 10.

<sup>63</sup>Meran, 2015: 33; Aydınalp, 2018: 10.

<sup>64</sup>Karahan vd., 2009: 138; Meran, 2015: 33.

<sup>65</sup>Karasu vd., 2018: 170. Karahan vd., 2009: 138. Tekinalp'e göre, ticaret markasını kullanmak üreticiye özgü değildir. Çünkü bir satış mağazası, üreticiye verdiği siparişi kendi markası ile üretirip, üreticisi olmadığı malı kendi markası ile satışa sunabilmektedir. ( Tekinalp, 2004: 341).

<sup>66</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 88; Aydınalp: 2018: 10.

<sup>67</sup>Arkan, 1997: 23; Meran, 2015: 34; Aydınalp, 2018: 10; Güneş, 2012: 21 Ünal, 2008: 27.

ayrılmaktadır<sup>68</sup>. Üçüncü kişilerin faydası amacıyla ifa edilen, mali amacı olan ve malların satışı ile imaline ilişkin olmayan hizmete yönelik eylemler hizmet markası kapsamında sayılmaktadır. Ticaret markalarının konusunu firmaların meydana getirdiği ürünler oluşturmaktayken; hizmet mallarının konusunu yapılan servisler veya hizmetler oluşturmaktadır. Ülkemizin de taraf olduğu Paris Sözleşmesinin 1958 tarihli Lizbon değişikliği ile hizmet markaları korunmaktadır<sup>69</sup>. Hizmet markaları da ticaret markaları ile aynı amacı taşımakla birlikte ticaret markalarından farklı olarak hizmetleri sunan işletmelerin birbirinden ayrılmasını sağlamaktadır. Hava yolları hizmeti veren THY, PEGASUS; sigorta hizmetleri veren AXA Sigorta, ALLIANZ Sigorta; bankacılık hizmeti veren VAKIFBANK, HALKBANK hizmet markalarına örnektir<sup>70</sup>. Hizmet markalarının tescil edilebileceği 11 hizmet sınıfı bulunmaktadır.

#### 1.4.5. Ferdi Markalar

Gerçek ya da tüzel kişilerin müstakil, elbirliği<sup>71</sup> ya da paylı mülkiyet halinde kullandıkları markaya “ferdi marka” denilmektedir. Eti, Kanal D, Pegasus markaları ferdi markalara örnektir. Bu marka türünde, marka üzerindeki hak bir ya da birden fazla kişi tarafından hak sahipliği kapsamında kullanılmaktadır. Mülga 556 sayılı KHK ve SMK ferdi markayı esas alarak düzenleme getirmiştir<sup>72</sup>.

#### 1.4.6. Ortak Markalar

Ortak markalar<sup>73</sup>, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işaretlerdir (SMK m. 31/3). Ortak markalar, gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yaramaktadır (SMK m. 31/4). Ortak marka, işletmeler tarafından meydana getirilen, üyeler adına tescil edilen ve gruptaki işletmelerin mal veya hizmetini grup dışındaki işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan marka olarak açıklanabilmektedir. Ortak marka

<sup>68</sup>Çağlar, 2015: 26; Aydınalp, 2018: 10.

<sup>69</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 89; Meran, 2015: 34.

<sup>70</sup>Karasu vd., 2018:170; Karahan vd., 2009: 138; Meran, 2015: 34; Aydınalp, 2018: 10.

<sup>71</sup>Elbirliği Ortaklığı, "yasadan veya sözleşmeden ötürü birbirine bir ortaklık bağı ile bağlı bulunan kimselerin bu ortaklıkları nedeniyle bir şeyin mülkiyetine elbirliği ile sahip olmaları ve herbirinin hakkının o şeyin tamamını kapsadığı mülkiyet biçimidir."(Yılmaz, 2006: 187).

<sup>72</sup>Çağlar, 2015:26; Karasu vd., 2018: 170 ; Karahan vd., 2009: 138-139; Güneş, 2018: 50; Aydınalp, 2018: 11.

<sup>73</sup>Ortak markalara ilişkin Y. 11. HD., 19.09.2008, E. 2007/7547, K. 2008/10251 sayılı ilamı bulunmaktadır (Şahinler Baykara vd., 2018: 107 ).

grubunu oluşturan işletmelerin her biri, markanın tümü üzerinde, birbirlerinin hakları ile sınırlı kalmak üzere birbirlerinden bağımsız şekilde markayı kullanabilmektedir<sup>74</sup>.

Ortak markalar, üyelik markasının üretilen mallarının veya sunulan hizmetlerinin kaynağını göstermek amacıyla kullanılır. Üyelik markalarında bir gruba üye olduğu gösterilmek istenilir. Ortak markalara örnek olarak, ABD de bağımsız otomobil kulüpleri tarafından kullanılan AAA markası, ABD de yeminli hesap uzmanlarının kullandığı CPA markası, ülkemizde TARIŞ<sup>75</sup>, ÇINAR MUTFAK SANATLARI ATÖLYESİ<sup>76</sup> verilebilir. Ortak markalar yalnızca birliğe üye işletmeler tarafından kullanılmalrı nedeniyle garanti markalarından ayrılmaktadır<sup>77</sup>.

Ortak markanın dayanağı olan teknik şartnamenin içeriğinin nelerden oluşacağı SMK m. 32/3'te düzenlenir. Buna göre, “*ortak marka teknik şartnamesi; ortak markayı kullanmaya yetkili işletmeler ile bu işletmelerin oluşturdukları topluluğa üyelik şartlarını, markanın kullanım şartları ve varsa müeyyideleri belirler. Ortak markanın tescili ve ortak marka hakkından vazgeçilmesi için gruba dâhil işletmelerin tümü birlikte hareket eder.*” Ortak marka, grup markası veya Holdingden<sup>78</sup> farklıdır<sup>79</sup>. Ortak marka tüzel kişilik meydana getirmemektedir<sup>80</sup>. Ortak markanın yenilenmesi için gruba dahil işletmelerden birinin talebini yeterli görülmektedir (SMK m. 23/4). Ortak markanın devri ve lisans hakkı verilmesi için sicile kayıt edilmesi gerekmektedir (SMK m. 148/7). Bu şart, geçerlilik şartıdır. Mülga 556 sayılı KHK'de ortak markayı oluşturan işletmelerin dava hakları açık şekilde düzenlenmemişken, SMK m.32/4'te gruba dahil işletmelerin birbirinden bağımsız şekilde dava açma hakları olduğu açıkça ifade edilmiştir<sup>81</sup>.

<sup>74</sup>Meran, 2015: 35; Çolak, 2014: 16; Ayhan vd., 2010: 177-178; Karahan vd., 2009: 139

<sup>75</sup>Karasu vd., 2018: 171; Güneş, 2018: 51.

<sup>76</sup>Çağlar, 2015: 27.

<sup>77</sup>Karahan vd., 2009: 139; Aydınalp, 2018: 11-12.

<sup>78</sup>Holding, “*birçok şirketin paylarını elde bulunduran ve esas faaliyeti bu şirketleri yönetmek olan şirket demektir.*” (Yılmaz, 2006: 272).

<sup>79</sup>Güneş'e göre; ortak marka grup marka ile benzer olup, "Koç", "SA" markaları ile Tarih markası ortak markaya örnektir (Güneş, 2018: 51). Aksi görüşlerde olan Çolak'a göre ise, ortak markalar, grup markalarından farklıdır. Çünkü ortak markalar birden çok işletme adına tescil edilerek birlik oluşturur. "KOÇ" markası grup markasına örnektir (Çolak, 2014: 17). Meran da, ortak markayı grup markası olarak kabul etmez. Çünkü grup markası işletmeler üzerinde hakimiyet kuran grup adına tescil edilmektedir (Meran, 2015: 35). Karasu'ya göre de, "SA" markası holding markasıdır (Karasu vd., 2018: 171).

<sup>80</sup>Çağlar, 2015: 27; Aydınalp, 2018: 11-12.

<sup>81</sup>Çolak, 2014: 17.

### 1.4.7. Garanti Markası

Garanti markası, ortak markanın türüdür<sup>82</sup>. Garanti markası<sup>83</sup> SMK m. 31'in birinci ve ikinci fıkralarında ortak markalarla birlikte düzenlenmiştir. Garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir (SMK m. 31/1). Garanti markalarının bu tanımının işletmelere ilişkin olması doktrinde eleştirilmektedir<sup>84</sup>. Garanti markaları, farklı firma ya da işletmeler tarafından üretilen mallar veya sunulan hizmetlerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti eden işaretlerdir. Garanti markaları, sahibinin onayı ve denetimi dahilinde işletmelerce ya da firmalarca kullanılabilir<sup>85</sup>. Bu marka türü, üretilen mal veya sunulan hizmetlerin belirlenen standartlarda olduğunu ifade etmesi sebebiyle kalite markası olarak da adlandırılmaktadır<sup>86</sup>.

Mal veya hizmetin garanti ettiği özellikleri taşıması halinde garanti markası sahibi, alıcılar ya da tüketiciler ile aralarında sözleşmenin olmaması ve üretilen mallar ile sunulan hizmetler üzerinde sınırlı denetim imkanının olması sebepleriyle tüketicilere karşı bu kanun uyarınca sorumlu tutulamazken, mal veya hizmeti üreten ya da satan firmalar TBK m. 219 maddesi uyarınca ayıptan sorumlu oldukları gibi TBK m. 475'inci gereğince iş sahibi olarak da sorumlu tutulurlar. Ayrıca üreten ya da satan firmalar, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun uyarınca da ayıptan ve zarardan müştereken ve müteselsilen sorumludurlar<sup>87</sup>.

Garanti markasının, diğer markalardan farklı olarak, marka sahibince ya da marka sahibine iktisaden bağlı olan işletmelerce üretilen mallarda veya sunulan hizmetlerde kullanılması yasaklanmıştır (SMK m. 31/2). Burada ifade edilen iktisaden bağlılık, marka

<sup>82</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 92.

<sup>83</sup>Garanti markası olan TSE ye ilişkin Y. 11 HD., 14.03.2011, E. 2009/10022, K. 2011/2698 sayılı, Y. 11.HD., 05.07.2012, E. 2011/4092, K. 2012/11991 sayılı, Y. 11.HD., 04.05.2016, E. 2015/9797, K. 2016/5041 sayılı kararları bulunmaktadır (Şahinler Baykara vd., 2018; 106).

<sup>84</sup>Karasu'ya göre, kanundaki tanım yanıltıcı niteliktedir. Çünkü garanti markası markayı kullanan firmaları garanti etmemektedir (Karasu vd., 2018: 171). Çağlar da, garanti markası ile bu markanın yer aldığı ürünlerin belirlenen kaliteyi ya da özelliği taşıdığını ifade etmekte mülga 556 sayılı KHK'de tanımının isabetli olmadığını belirtmektedir (Çağlar, 2015: 31). Arkan ise, garanti markasının işletmelerin özelliklerinin garanti edildiğinin vurgulanmasını eleştirmektedir.(Arkan, 1997: 30).

<sup>85</sup>Arkan, 1997: 30; Noyan ve Güneş, 2015: 92; Çağlar, 2015: 30; Karasu vd., 2018: 171; Karahan vd. 2009: 139; Çolak, 2014:18.

<sup>86</sup>Karahan vd. 2009: 139-140.

<sup>87</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 92.

sahibinin yönettiği şirketler dışındaki diğer durumlar da gözetilerek geniş yorumlanmalıdır<sup>88</sup>.

Garanti markasında da ortak markada olduğu gibi teknik şartname bulunmaktadır. Garanti markası teknik şartnamesi; markanın garanti ettiği mal veya hizmetlerin ortak özelliklerini, markanın kullanılma usullerini, markayı kullanım hakkının verilmesinden sonra denetimlerin nasıl ve hangi sıklıkta yapılacağı ile teknik şartnameye aykırı kullanma hâlinde uygulanacak müeyyideleri belirlemektedir (SMK m. 32/2).

Garanti markalarının devrinin geçerliliği, sicile kayıt edilmelerine bağlanmıştır (SMK m. 148/7). Benzer yönde düzenleme mülga 556 sayılı KHK m. 60'ta da yer almaktaydı. Lisans hakkına konu edilme ise mülga 556 sayılı KHK'de ve SMK'de ortak markalar için kabul edilmiş, garanti markaları yönünden bu konuda düzenleme yapılmamıştır<sup>89</sup>. "TSE", ülkemizde üretilen ürünlerin bu marka tarafından aranan şartları sağlandığına, "ISO9000" üretilen ürünlerin uluslararası aranan şartları sağlandığına, "CE" AB yönergelerinde aranan şartları<sup>90</sup> sağladığına, "WOOLMARK" üretilen ürünlerin uluslararası yün birliğinin aradığı şartları sağladığına ilişkin garanti markalarına örnektir<sup>91</sup>.

Yargıtay, TSE markasının izinsiz kullanımının veya sözleşme iptal edildikten sonra kullanımına devam edilmesinin toplumu yanıltacağını, toplumun güvenini sarsacağını ve bu markayı izin dahilinde kullananlar bakımından haksız rekabet oluşturacağını kabul etmiştir<sup>92</sup>.

#### 1.4.8. Ulusal Marka

Markanın tescil edilmesi halinde ülkesellik ilkesi dikkate alınarak SMK kapsamında markanın korunması ülkemiz sınırları içerisinde geçerli olacaktır. Markanın diğer ülkelerde korunmasının talep edilmesi halinde ayrıca ilgili ülkelerde tescil edilmesi gerekmektedir<sup>93</sup>.

Yargıtay, 556 sayılı KHK m. 6 uyarınca korumanın ancak tescil ile elde edileceğini ve ülkesellik ilkesi sonucunda tescilin ülke ile sınırlı olarak koruma sağlayacağını kabul etmiştir<sup>94</sup>. Yargıtay, tescil sisteminde "marka tescilinde öncelik ve teklik"<sup>95</sup> ilkesinin geçerli

<sup>88</sup> Arkan, 1997: 47-48; Noyan ve Güneş, 2015: 92.

<sup>89</sup> Arkan'a göre, garanti markalarının, teknik yönetmeliğindeki şartları taşınması halinde herkesin bu markayı kullanma hakkı olacağından garanti markaları lisans sözleşmelerine konu olamayacaktır (Arkan, 1997: 48).

<sup>90</sup> Karasu vd., 2018: 171; Camcı, 1999: 23; Güneş, 2018: 51.

<sup>91</sup> Çağlar, 2015: 30; Karahan vd. 2009: 139-140; Çolak, 2014: 18; Aydınalp, 2018: 12-13.

<sup>92</sup> Y. 11. HD., 18.02.2002, E. 2001/9208, K. 2002/1367 ve Y. 11. HD., 27.04.200, E. 2000/2598, K. 2000/3579 (Noyan ve Güneş, 2015:92).

<sup>93</sup> Çağlar, 2015:29. Karahan vd., 2009: 163; Noyan ve Güneş, 2015:122; Aydınalp, 2018:14.

<sup>94</sup> Y. 11. HD., 14.06.2007, E. 2007/5787, K. 2007/9104 (Şahinler Baykara vd., 2018: 60).

<sup>95</sup> Öncelik ve teklik ilkesinin istisnası SMK 5/3 maddesinde düzenlenen önceki marka hakkı sahibinin muvafakat

olduğunu ve bu ilke uyarınca da aynı veya benzer olan işaretin bir başkası adına da “mükerrer tesciline “izin verilemeyeceğini kabul etmiştir<sup>96</sup>.

#### 1.4.9. Uluslararası Marka

1891 tarihli Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ile ülkemizde 01.01.1999 tarihiyle yürürlüğe giren Madrid anlaşmasına ilişkin Protokol hükümleri uyarınca markaların uluslararası tescili düzenlenmektedir. Bu düzenlemeler ile tek dille tek başvuru yapılmak suretiyle protokole üye ülkelerde markanın uluslararası tescili sağlanır. Ayrıca tescilden sonra meydana gelen farklılıkların ya da değişikliklerin daha sonra kolay şekilde uluslararası sicilde düzeltilmesi de yapılabilir. Bu korumadan yararlanabilmek için Protokole üye ülkelerin herhangi birinde “*gerçek ve etkin sınai veya ticari kuruluş sahibi olmak veya ülkede yerleşik olmak ya da ülkenin vatandaşı olan gerçek veya tüzel kişi olmak*” gerekmektedir. Protokole göre uluslararası tescil talebi, İsviçre'nin Cenevre kentinde bulunan WIPO'nun<sup>97</sup> uluslararası bürosu aracılığı ile yapılmaktadır. Yapılan başvurunun üye ülkede tescilli olan marka ya da başvuruda bulunulan marka örneği ile mal veya hizmet listesi ile uluslararası sınıflandırma ile aynı olması gerekmektedir<sup>98</sup>. Uluslararası marka, AB markasından farklı olarak protokole üye ülkelerin yasal mevzuatı kapsamında korunmakta bu nedenle her üye ülkede aynı korumadan yararlanmamaktadır. Uluslararası tescilli marka, esas markaya uluslararası tescil tarihinden itibaren beş yıl süre boyunca bağlıdır. Bu nedenle bu süre içerisinde esas markanın iptali, hükümsüzlüğü hallerinde uluslararası tescilli marka da iptal edilmiş veya hükümsüz hale gelmiş olacaktır. Beş yıllık süre sonunda uluslararası tescilli marka, esas markadan bağımsızlaşır<sup>99</sup>. Uluslararası marka tescil başvurusunda markanın korunması istenildiği ülkeler açıkça gösterilmelidir. Bu ülkelerin birinde marka başvurusunun reddedilmesi, diğer üye ülkelerde de marka başvurusunun reddedileceği sonucunu doğurmamaktadır<sup>100</sup>. Uluslararası marka tescili SMK m.14'te düzenlenmektedir. Başvurunun

---

ettiğini gösteren noter onaylı belgedir.(Güneş, 2018: 52).

<sup>96</sup>Y. 11. HD., 04.05.2007, E. 2006/3703, K. 2007/6881 (Şahinler Baykara vd., 2018: 60).

<sup>97</sup>WIPO; Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü anlamına gelir.14 Temmuz 1967 yılında Stockholm de imzalanan sözleşme ile bu örgütün merkezi İsviçre'nin Cenevre kentindedir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/Dunya-Fikri-Mulkiyet-Orgutu-WIPOOMPI> (erişim tarihi; 19.04.2019).

<sup>98</sup><https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/2418BE5F-31F1-48BE-A08F-AE068815736F.pdf> (erişim tarihi; 03.04.2019); Karahan vd., 2009: 164; Karasu vd., 2018: 215. Ayrıntılı bilgi için bk. Noyan ve Güneş, 2015:122 vd.

<sup>99</sup>Çağlar, 2015: 30 ; Karahan vd., 2009: 164; Karasu vd., 2018: 215.

<sup>100</sup>Karasu vd., 2018: 215.



nasıl yapılacağına ilişkin hususlar da SMKY'nin 24 vd. maddelerinde düzenlenir. Uluslararası marka tescilinin koruma süresi Marka Kanunu Antlaşmasınının 13/7 maddesine göre on yıldır.

#### 1.4.10. Avrupa Birliği Markası

AB markası, ülkesellik ilkesinin istisnası niteliğindedir. EUIPO (eski adı OHIM) Avrupa Birliğine üye olan ülkelerde bölgesel nitelikte marka tescil sistemini oluşturur. Tescil başvuruları Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi diğer adıyla EUIPO (European Union Intellectual Property Office) aracılığıyla İspanya'nın Alicante şehrinde yapılır ve burada yürütülür. Türk vatandaşları ve firmaları ülkemizin Paris Sözleşmesi ve Dünya Ticaret Örgütü Antlaşması'na kabul etmesi dolayısı ile EUIPO sisteminden faydalanır. Bu sistemde her bir AB üyesi ülkesine ayrı ayrı tescil başvuru yapılmadan tek bir başvuru ile bölgesel korumadan yararlanılır. Madrid Protokolü'nden farklı olarak ülkelerin mevzuatına bağlı farklılık olmadan bölgesel olarak aynı şekilde koruma sağlanılır. 2019 yılı Nisan ayı itibariyle Birliğe 28 ülke üye bulunmaktadır<sup>101</sup>. Başvuruda bulunmak için Birlik üyesi ülke vatandaşı ya da tüzel kişisi olma şartı aranmamaktadır. Başvurular ayrıca AB birliğine üye ülkelerde bulunan yetkili daireler aracılığı ile yapılabilir. Tescil talebi, birliğe üye ülke mevzuatlarında düzenlenen mutlak red engelleri bakımından incelenir. Tescil talebinde karşı nisbi red engelinin bulunması halinde bu yöndeki itirazlar değerlendirilir. Bu engellerin geçilmesi halinde tescil talebi kabul edilerek AB markası on yıl süre ile korunur<sup>102</sup>.

#### 1.4.11. Tanınmış Markalar

Tanınmış markanın tanımı bulunmamakla birlikte; bu markaların, ürünle özdeşleşen ancak jenerik haline gelmeyen, ulusal ve uluslararası tanınmışlığı bulunan ve tescil edilmiş olduğu mal veya hizmetler dışında da koruma sağlayan marka olarak ifade edilmesi mümkündür<sup>103</sup>. Örneğin; BMW, MERCEDES, KFC, COCO-COLA tanınmış markalardır. Marka hukukunda kural olarak tescil edilen bir marka, tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları kapsamında ve tescil edildiği ülkede korunmaktadır. Ancak tanınmış markalar bu kuralın istisnasını oluşturur<sup>104</sup>. Bunun nedeni tanınmış markaların, popüleritesi nedeniyle üçüncü kişilerin haksız olarak yararlanmalarına ve de suistimallerine açık olmasıdır. Tanınmış

<sup>101</sup><http://www.mtppatent.com.tr/topluluk-marka-tescili-euipo> (erişim tarihi 03.04.2019); Karahan vd., 2009: 164.

<sup>102</sup>Çağlar, 2015: 29.

<sup>103</sup>Karasu vd., 2018: 172; Çolak, 2014: 165.

<sup>104</sup>Çolak, 2014: 164.

markalar bir diğ er adıyla herkesçe bilinen markalar Paris Sözleşmesi ile uluslararası mevzuata dahil edilmiştir<sup>105</sup>. Bu Sözleşme ile tanınmış nitelikteki bir markanın, sözleşmeye taraf diğ er ülkelerde tescil edilmesi şartı aranmaksızın bu markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvurularının aynı veya benzer mallar bakımından tescil edilmesi itiraz üzerine engellenir. Bu markalar aynı cins mallar bakımından sonraki tarihli başvurunun tesciline mani olur. Tanınmış markanın tescil edilmesi halinde ise hükümsüzlük davası açılarak markanın kullanılması yasaklanabilmektedir. Bu markaların aynı ve farklı mal veya hizmetler yönünden korunmasına ilişkin Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın (TRIPS) 2. ve 3. maddelerinde düzenleme bulunmaktadır<sup>106</sup>. Her iki düzenleme de incelendiğinde Paris Sözleşmesi ile tanınmış markalara getirilen koruma "mallar" ile sınırlıyken, TRIPS ile tanınmış markalar "mal veya hizmetler" yönünden daha geniş kapsamda korunmaktadır<sup>107</sup>.

Tanınmış markaların tespitine ilişkin kriterler Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO)'nun A/34/13 sayılı tavsiye kararında belirlenmiştir. Bu kriterler Yargıtay kararları<sup>108</sup> ile benimsendiği gibi TPE tarafından 17 madde ile "Markaların Tanınmışlık Düzeyi ile İlgili Uygulama Esasları" olarak internet sitesinde yayımlanmıştır<sup>109</sup>. Tanınmış markanın varlığının tespiti için aranan kriterlerden ilki ve en önemlisi markanın tanınmış olması unsurudur. Tanınmışlık için markanın tüm dünya da bilinmesi aranmamaktadır. Tanınmışlığın, tescil edilen ülkede ve tescil edilmeden korunma talep edilen ülkede olması yeterli görülmektedir. Bu ülkelerdeki tanınmışlık veya bilinmişlik seviyesinin ise yüzde yüz olması gerekmemektedir<sup>110</sup>. Ülkenin belirli kesimince markanın bilinmesi yeterli kabul edilir.

<sup>105</sup>Çolak, 2014: 165; Aydınalp, 2018: 13.;Yılmaz, 2008: 63 vd.

<sup>106</sup>TRIPS, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması olup ülkemizde 26/03/1995 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere bu anlaşmayı kabul etmiştir. Bu anlaşma, uluslararası ticaretin önündeki engellerin kaldırılması, deformasyonların azaltılması, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin temel kuralların içerilmesi ve koruma için asgari düzeyde standartların belirlenmesi yönünden önemlidir. (Çağlar, 2015: 8-9).

<sup>107</sup>Çolak, 2014: 169.

<sup>108</sup>Hukuk Genel Kurulu kararında tanınmış markalar; " bir kişi veya teşebbüse sıkı sıkıya bağlı, garanti, kalite, kuvvetli reklam ve yaygın dağıtım içeren, müşteri, akraba, dost ve düşman ayrımı yapılmaksızın, coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışım" olarak ifade edilmiştir (Y. HGK'nin 21.09.2005 tarihli E. 2005/11-476, K. 2005/483) <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/yerel-ve-dunyaca-taninmis-markalarin-korunmasi/> (erişim tarihi 20.04.2019); Y. 11.HD., 25.10.2007, E. 2006/10222, K. 2007/13328 sayılı "BLACK AND DECKER" kararında da aynı kriterlere değ inilmiştir.(Çolak, 2014: 165).

<sup>109</sup><http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/yerel-ve-dunyaca-taninmis-markalarin-korunmasi/> (erişim tarihi 20.04.2019); Çolak, 2014: 174; WIPO 34. Yönetim Birliği toplantısında, tanınmış markalara ilişkin karar vermeye yetkili otoriterleri, markaların korunmasını sağlayan yetkili kurum ve mahkemeler olarak kabul etmiş bu suretle TPMK ile mahkemeler tanınmış markaları tespit konusunda yetki hale gelmiştir (Ayhan vd., 2010: 180).

<sup>110</sup>Çolak' a göre, bir markanın tanınmış marka olarak kabulü için ülkemizde tanınması ya da kullanılmasına gerek

Örneğin tarımla uğraşan kişilerce tanınan ve bilinen “A” marka traktörün ülkemizde aynı işaret ya da benzer işaretler kullanılmak suretiyle aynı sınıftaki ürün için tescil edilmesi talebi itiraz halinde kabul edilmeyecektir. Bunun dışında BMW, KFC markalarının ülkemizde giyim hizmetlerinde tescil edilmesi talebi de, bu markaların itirazı üzerine reddedilir. Ayrıca tanınmış markaların tescil edilmeden korunması için söz konusu ülkede kullanılması gerekmemektedir<sup>111</sup>.

Mülga 556 sayılı KHK'de, Paris sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi uyarınca aynı veya benzer nitelikli marka başvurularının reddi mutlak red nedenleri arasında düzenlenmişken; SMK'de, tanınmış markaların gerek Paris Sözleşmesi kapsamında aynı veya benzer mal veya hizmetler için gerek TRIPS kapsamında farklı mal veya hizmetler için korunması talebi nisbi red nedenleri içerisinde düzenlenmektedir. Bu düzenleme ile AB mevzuatı ve uluslararası uygulamalarla uyum sağlanmaya çalışılır<sup>112</sup>. Çünkü Paris Sözleşmesinde tanınmış markalar nispi hak olarak kabul edilir<sup>113</sup> ve tanınmış markaların aynısı veya benzeri yönünde marka başvurularının itiraz üzerine reddedileceği düzenlenir<sup>114</sup>. SMK m.149 vd. uyarınca tanınmış markalara karşı yapılan tecavüzler önlenmeye çalışılmaktadır.

#### 1.4.12. Vekil Markası

Marka tescilinden doğan kullanım hakkı münhasıran marka sahibine aittir. Ancak marka sahipleri, markalarının tescil edildiği ülke dışında, ülkemizde dahil olmak üzere diğer ülkelerde markalarının kullanılması ve tecavüz eylemlerine karşı korunması için markalarının ticari vekilleri ve temsilcileri adına tescil edilmesine, vekiller tarafından kullanılmasına ve korunmasına izin vermektedir. Buna vekil markası denilir. Gerek mülga 556 sayılı KHK'de gerek SMK'de ticari vekil ya da temsilci adına marka tesciline yer verilmiştir. Ticari vekilin veya temsilcilerin, marka sahibinin izni olmaksızın ve haklı bir sebebe dayanmaksızın markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kendi adlarına tescil etmemeleri ve

---

bulunmamaktadır. Bu nedenle de yurt dışında tanınmış markanın ülkemizde tanınmaması ya da kullanılmaması tanınmış marka olarak kabul edilmesine engel değildir. (Çolak, 2014: 167).

<sup>111</sup>Çağlar, 2015: 27 vd.

<sup>112</sup>SMK'nin 6. maddesinin 4. ve 5. fıkralarındaki gerekçelerde bu husus ifade edilmektedir.

<sup>113</sup>Paris Sözleşmesi, Fikri Mülkiye Hukukunda ilk ve çok taraflı sözleşme olması nedeniyle önemli yere sahiptir. Tanınmış markaların uluslararası sistemde korunması Paris Sözleşmesi'ne 1925 yılında yapılan eklemeye ile sağlanmıştır <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/341752>, (erişim tarihi: 17.03.2019). Ülkemizde bu sözleşmenin farklı tarihlerdeki metinlerini kabul etmiştir. (Çağlar; 2015: 8)

<sup>114</sup>SMK 6. Maddenin 4.fikrasının gerekçesi.

aralarındaki ilişki sona erdiğinde markayı marka hakkı sahibine devretmekten kaçınmalarını gerekmektedir<sup>115</sup>. Ticari vekilin veya temsilcinin haklı neden olmadan ve izin almadan tescil talebinde bulunması halinde marka sahibinin itiraz yolu ile marka başvurusunun reddini sağlaması mümkündür (SMK m. 6/2). Ticari vekilin veya temsilcinin haklı neden olmadan ve izin almadan markayı kendi adına tescil ettirmesi halinde, marka sahibinin talebi halinde markanın kullanımını mahkemece yasaklanabileceği gibi, markanın sahibine devredilmesine de karar verilebilir (SMK m. 10). Ayrıca nispi red sebeplerinin de hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmesi nedeniyle bu markanın vekil adına kaydedilmesinin hükümsüzlüğüne karar verilmesi de mahkemeden talep edilebilmektedir<sup>116</sup>.

#### 1.4.13. Seri Marka

Seri marka, firmaların daha önce tescil ederek kullandıkları markaların ana unsurunu koruyarak ve tali unsurlar ekleyerek tüketiciye yenilenmiş şekilde sundukları markalara denilir. Bu markalar ana markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerde kullanılır ve tüketiciler tarafından da bu markanın ana marka ile ilişkili olduğu ve aynı işletmeye ait olduğu anlaşılır<sup>117</sup>. Seri markalara ilişkin ulusal hukukumuzda ve AB hukukunda düzenleme bulunmamaktadır. Bu markalar ilişkin düzenleme İngiliz hukukunda yer almaktadır<sup>118</sup>. Seri markalar ile ilgili temel hukuk kaynağını Yargıtay kararları oluşturur<sup>119</sup>. Buna göre seri markalar bağımsız niteliğe sahiptir. Bu nedenle kök markanın tanınmış olması seri markanın da tanınmış olacağı anlamına gelmez<sup>120</sup>.

Henüz kullanılmaya başlanmayan ve bu nedenle seri marka olduğu algısı oluşturmayan markaların varlığı ileri sürülerek seri markalarla karışıklığa sebebiyet vereceği

<sup>115</sup>Çağlar, 2015: 31; Karasu vd., 2018: 172.

<sup>116</sup>Karasu vd., 2018: 172-173.

<sup>117</sup>Karasu vd., 2018:173; Yıldız, 2018: 94.

<sup>118</sup>Dipnota bk. Yıldız, 2018: 95

<sup>119</sup>Yargıtay, seri markalarda bulunması gereken şartları ortaya koymuştur. Bu şartlar; ana markanın kullanımının hukuken korunmasının gerektiği, oluşturulan yeni markanın ana markanın asli unsurunu taşımasının gerektiği, yeni markanın tüketici nezdinde aynı işletmeyi akla getirmesinin gerektiği, tescilin aynı mal veya hizmetlere ilişkin olması gerektiği ve yeni bir imajla tüketiciye ana markanın içerdiği ürünlerin ya da bu ürünlerden birinin sunulması gerektiği şeklinde belirtilmiştir (Y. 11. HD., 13.02.2007, E. 2005/11480, K. 2007/2321) (Çağlar, 2015: 32).

<sup>120</sup>Nitekim Yargıtay'ın "Bizim Gurme" kararında, davacının markasını tescil ettirdiğini, tescilli markanın tanınmış marka olduğunu, bu tescilden sonra dava konusu markanın tescil ettirilmek istenildiğini, tescil ettirilmek istenen dava konusu markanın daha önceki tarihte tescil edilen markanın tanınmışlığından ve ayırt edici niteliğinden faydalanamayacağını kabul etmiştir (Y. 11. HD., 14.10.2010, E. 2008/14122, K. 2010/249) (Yıldız, 2018: 96).

iddiasıyla sonraki tarihli markanın tesciline engel olunamayacaktır. Seri markalar, ortak markalara benzemekle birlikte tek işletme tarafından kullanılması, grup kavramının olmaması, teknik şartnamenin bulunmaması, bağımsız nitelikte olması, birden çok sayıda olması nedeniyle ortak markalardan ayrılmaktadır<sup>121</sup>.

Her ne kadar kural olarak marka sahibinin tekliği ilkesi kabul edilerek, bu ilke mutlak ve nispi red nedenleri ile korunuyor ise de bu ilkenin istisnaları da bulunmaktadır. Nitekim sessiz kalma yoluyla hak kaybı da bu istisnalardan biri olarak kabul edilmektedir (SMK m. 25/6). Yargıtay kararlarında, marka sahibinin mükerrer markaya ses çıkarmaması bir diğer ifade ile göz yumması durumunda mükerrer markanın seri markasına karşı mutlak red nedeni (SMK m. 5/1-ç) ile nispi red nedenini (SMK m. 6/1) ileri süremeyeceği kabul edilir<sup>122</sup>. Bunun için bir takım şartların varlığı gerekir. Bu şartlardan ilki; kök markanın seri marka başvurusundan uzun süre önce tescil edilmesi ve varlığını sürdürmesi gerektiğidir. İkincisi; seri markanın, kök markanın koruma sağladığı sınıflara ilişkin olması gerektiğidir. Üçüncüsü; seri markanın SMK m. 5/1.ç de düzenlenen mutlak red nedeni, SMK m.6/1 de düzenlenen nispi red nedeni dışında diğer mutlak ve nispi red nedenlerine aykırılık teşkil etmemesi ve bu nedenle tescil edilme şartlarını sağlamasıdır. Dördüncüsü; kök markanın aynısının ya da benzerinin, başka bir marka sahibi adına tescil edilmiş olması gerektiğidir. Beşincisi; kök markanın tescil ve kullanımıyla ilgili mükerrer marka sahibinin tesciline itiraz edilmeden sessiz kalınması ya da mükerrer marka hakkında hükümsüzlük davasının açılmaması gerektiğidir. Altıncısı; seri markanın, kök markanın asli unsurunu içermesi ve seri marka oluşturma gayesiyle tercih edilmiş olmasıdır. Yedincisi; seri markanın, mükerrer markaya yakınlaşarak karıştırılma tehlikesine yol açmaması ve bu yolla haksız yararlanma sonucunu doğurmamasıdır<sup>123</sup>. Yargıtay'ın seri markalara ilişkin "ECE", "ÜLKER DONUT", "POLOFASHION", "NESCAFE", "TAC", "INNOVIA", "BIOMEK", "PIAZZA", "POLOTEEN", "BROWNİE", "İPEKYOL" vb, kararları bulunmaktadır<sup>124</sup>. Seri markalara

<sup>121</sup>Yıldız, 2018: 96. Konuyla ilgili Yargıtay kararında, seri markaların nitelikleri itibariyle ortak markalara benzedikleri, bununla birlikte ortak markalarda aranan fonksiyonun ve teknik şartnamenin seri markalarda bulunmasının gerekmediği, seri markaların kök markanın asli unsurlarını taşımakla birlikte her birinin birbirinden bağımsız nitelikte ticaret ve hizmet markaları olduğu ifade edilmiştir (Y. 11. HD., 19.09.2008, E. 2007/7547, K. 2008/10251) (Şahinler Baykara vd., 2018: 107).

<sup>122</sup>Yıldız, 2018: 102.

<sup>123</sup>Yıldız, 2018: 103 vd.

<sup>124</sup>Yıldız, 2018: 97 vd.; Çolak, 2014: 147-148.

ilişkin OHİM'in Bainbridge Kararı (C-234/06) bulunmaktadır<sup>125</sup>.

#### 1.4.14. Pozisyon Markaları

Pozisyon markaları, üreticilerin ürettiği ürünlerin aynı yerine, aynı şekilde, aynı büyüklükte işaret koyarak malın kendisine ait olduğunu göstermelerini sağlayan işaretlerdir. Konulan şekil ile tüketicilerin zihninde kaynak firma ile ürün arasında bağlantı kurulur. Firmalar, ürünlerine koymuş oldukları bu şekli üç boyutlu marka ya da şekil markası olarak da tescil ettirebilmektedir. Bu marka türü gerek mülga 556 sayılı KHK'de gerekse SMK'de açıkça düzenlenmemiştir<sup>126</sup>.

### 1.5. Markanın Özellikleri

#### 1.5.1. Soyut Olma

Marka, sınai mülkiyet haklarından biridir. Bu haklar gayri maddi nitelikte olup maddi bir varlığa sahip değildir. Buna markanın soyut olma özelliği denilmektedir. Her ne kadar maddi varlığa sahip olmasalar da markaların somutlaştıkları üründen ayrı varlığı ve hukuki niteliği bulunmaktadır. Markalar, işletmelerden de bağımsız olarak ayrı ekonomik değer ifade etmektedir<sup>127</sup>. Bu husus SMK m. 148/2 'de, "*birinci fıkrada belirtilen hukuki işlemler işletmeden bağımsız olarak gerçekleştirilebilir.*" şeklinde düzenlenmektedir.

#### 1.5.2. Mutlak Olma

Hukukumuzda hak ayırımlarından birisi de mutlak haklar ve nispi haklardır. Mutlak haklar: hak sahibine maddi ya da gayri maddi mallar üzerinde geniş yetkiler tanıyan ve hak sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Nispi haklar ise hak sahibine geniş

<sup>125</sup>OHİM'in Bainbridge Kararı (C-234/06) ; "*dava konusu uyuşmazlık esasen, Topluluk Marka Ofisine (OHİM) "Bainbridge" markasının tescil edilmesi için başvuran "F.M.G. TEXTILES SRL" ile bu başvurunun tescil edilmemesi için "bridge" ibaresini içeren 11 adet markasıyla (bridge, old bridge, the bridge basket, the bridge, footbridge, the bridge wayfarer, over the bridge) karıştırılma olasılığı gerekçesini öne süren "IL PONTE FINANZIARA SPA" arasında yaşanmaktadır. "Bainbridge" başvurusuna karşı yukarıda belirtilen markalar gerekçe gösterilerek yapılan itiraz OHİM itiraz birimi ve ardından OHİM Temyiz Kurulu tarafından reddedilir. OHİM Temyiz Kurulunun itirazı reddetme gerekçesi, markalardan 5'inin kullanılmaması (Topluluk Marka Tüzüğüne göre, itiraz gerekçesi markaların tescilinden sonra 5 yıl geçmişse, bunlara dayalı itirazlarda, kullanımlarının ispatlanması gerektiği belirtilebilir), kalan 6 adet markanın ise bir marka serisi oluşturmaya yetecek derecede kullanılmamış olmalarıdır. Temyiz Kurul sonuç olarak markalar arasında karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkmayacağını belirtmiştir." ayrıntılı bilgi için bakınız. <https://iprgezgini.org/2013/12/19/avrupa-birligi-adalet-divani-bainbridge-karari-c-23406-bir-marka-serisine-veya-marka-ailesine-dahil-olma-gerekcesiyle-karistirilma-veya-cagristirma-ihimali/> (erişim tarihi: 03.04.2019).*

<sup>126</sup> Çağlar, 2015: 32.

<sup>127</sup> Çağlar, 2015: 34; Güneş, 2018: 148-149.

yetkiler tanımayan sadece karşı taraf dan belli bir davranış biçiminde bulunmasını isteme yetkisi veren, herkese karşı ileri sürülemeyip sadece belli bir kişi ya da kişilere karşı ileri sürülebilen haklardır<sup>128</sup>. İşaretler, tescil edildikten sonra SMK'nin marka korumasına ilişkin hükümlerinden yararlanmaktadır. Bu koruma ile marka sahibi, markası üzerinde tekel hakkına sahip olmaktadır. Marka tescilinin yayımı ile birlikte marka sahibi, markasının sağladığı hakları üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmektedir. Markanın tescili ve yayımı ile birlikte marka hakkı sahibi; üçüncü kişilerin markasını kullanılmasını yasaklayarak, mutlak ve nisbi red nedenlerini bu kişilere karşı ileri sürebilmekte, bu kişilere karşı hükümsüzlük davası açabilmekte, markasına yapılan tecavüzlerin tespitini, men edilmesini, ref'ini isteyebilmektedir. Kısacası kanunun kendisine markası üzerinde tanıdığı tüm hakları üçüncü kişilere karşı kullanabilmektedir. Marka hakkı mutlak hak olması nedeniyle, üçüncü kişilere karşı olumsuz yani yasaklama yetkisi içerirken, sahibine ilişkin ise olumlu yani kullanma yetkisini içermektedir<sup>129</sup>.

### 1.5.3. Sahibine Tekel Hakkı Tanıma

Kural olarak her markanın tek sahibi bulunmaktadır. Buna marka sahipliğinin tekliği ilkesi denilmektedir. Bu ilkenin tamamlayıcısı “öncelik” ilkesidir<sup>130</sup>. Marka sahibi, SMK m. 7/2 uyarınca markası üzerinde tekel hakkına sahip olmaktadır. Diğer bir ifade ile marka hakkı ticari amaçla yalnızca marka sahibi ve onun izin verdiği yahut rıza gösterdiği kişiler tarafından kullanılabilir<sup>131</sup>. Markanın sağladığı tekel hakkı sonucunda hak sahibi, marka üzerindeki hakkını yasal düzenlemeler çerçevesinde dilediği gibi kullanabilmektedir. Ayrıca markasının hukuka aykırı olan kullanımlarını engelleyebilmektedir<sup>132</sup>. Tekel hakkı piyasanın serbest rekabetini de etkilemektedir.

Bu hakka yönelik olarak SMK m. 5/3'te düzenleme yapılarak “*markanın tekliği*” ilkesine istisna getirilmiştir. Buna göre; sonraki tarihli tescil başvurularının önceki tarihli marka ya da marka başvurusuyla aynı veya benzer türdeki mal veya hizmetler ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler için noter onaylı muvafakatname ile yapılması halinde marka başvurusu kabul edilmektedir. Tekel hakkında getirilen bir diğer istisna ise

<sup>128</sup><http://mahmutsert.com/mutlak-ve-nispi-hak/> (erişim tarihi: 03.04.2019)

<sup>129</sup><https://www.startupnedir.com/marka-nedir/> (erişim tarihi 03.04.2019).; Çağlar, 2015: 34.

<sup>130</sup>Yıldız, 2018: 97.

<sup>131</sup>Karahan vd., 2009: 6.

<sup>132</sup>Çağlar, 2015: 35; Karahan vd., 2009: 164.

marka hakkı sahibinin, sonraki tarihli aynı veya benzer mükerrer marka tesciline uzun süre sessiz kalmasıdır<sup>133</sup>. Marka üzerindeki tekel hakkından inhisari lisans sözleşmeleri ile lisans hakkı sahipleri de yararlanabilmektedir.

#### 1.5.4. Süreye Bağlılık ve Yenilenebilirlik

SMK m. 23/1 ile tescili markanın, başvuru tarihinden itibaren on yıllık süre ile korunacağı, koruma süresinin son altı ay içerisinde talep edilmesi ve yenileme ücretinin ödenmesi halinde markanın onar yıllık dönemler halinde yenilenebileceği düzenlenmektedir. Ancak bu sürenin geçirilmesi halinde, koruma süresinin sona erdiği tarihten itibaren altı aylık süre içerisinde ek ücretin ödenmesi şartıyla yenilemenin yapılabileceği kabul edilmiştir (SMK m.23/2). Marka, mal veya hizmetlerin bir kısmı için ya da tamamı için yenilenebilmektedir. Süresi içerisinde markanın yenilenmemesi halinde marka kendiliğinden sona ermektedir. Yenileme talebinde marka sahibi bulunabileceği gibi, markanın yetkili vekili de bulunabilmektedir. Birden fazla marka sahibinin varlığı halinde ortak temsilci yenilenme talebinde bulunmaktadır. Ortak temsilcinin belirli olmaması halinde ilk hak sahibi ortak temsilci olarak kabul edilmektedir (SMK 147/1). Ortak markaların da, gruba dahil işletmelerden birinin talebi üzerine yenilenmesi mümkündür (SMK m. 23/4). Kanunda markaların yenilenme suretiyle süresinin uzatılarak kullanılmasına ilişkin sayısal sınırlama getirilmemiştir. Bu halde marka tescil edildikten sonra süresi uzatılmak suretiyle sonsuza kadar kullanılabilir. Bu özelliği ile marka; patent, endüstriyel tasarım, faydalı model vb. fikri mülkiyet haklarından farklılaşmaktadır<sup>134</sup>.

#### 1.5.5. Hukuki İşlemlere Konu Olma

Marka veya tescil talebinde bulunulan işaret üzerindeki hak, gayri maddi hak olarak mülkiyet hakkına konu olur. Bu hak yukarıda da izah ettiğimiz gibi işletmeden ayrı olarak ekonomik değer ihtiva eden ve işletmeden ayrı olan bağımsız nitelikte bir haktır. Bu hak devre konu olabileceği gibi, miras yoluyla intikale, hacze, rehine, teminata da konu edilebilmektedir. Hukuki işlemler, SMK m. 148/1'de "*sınai mülkiyet hakkı devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Coğrafi işaret ve*

<sup>133</sup>Yıldız, 2018: 98; Karasu vd, 2018: 9.

<sup>134</sup>Çağlar, 2015: 35;Karahana vd., 2009: 166-167; Karasu vd, 2018: 228.



*geleneksel ürün adı hakkı; lisans, devir, intikal, haciz ve benzeri hukuki işlemlere konu olamaz ve teminat olarak gösterilemez.”* şeklinde, SMK m.148/8'de “ *bu maddede yer alan hükümler, sınai mülkiyet hakkı başvurularında da uygulanır.”* şeklinde düzenlenmektedir. Burada belirtilen hukuki işlemler örnek niteliğindedir. Hukuki işlemler yazılı şekle tabidir. Ancak devir sözleşmelerinin geçerliliği bu sözleşmenin noter tarafından onaylanmış şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (SMK m. 148/4). Bu şekilde yapılmayan sözleşmeler geçersizdir. Garanti ve ortak markaların devri, ortak markaların lisans verilmesi sicile kayıt edilmeleri şartına bağlanmıştır (SMK m. 148/7). Hukuki işlemler ölüme bağlı tasarruf şeklinde de yapılabilir. Bu halde hukuki işlemler ölüme bağlı tasarrufun şekline uygun olarak yapılmalıdır<sup>135</sup>.

SMK m.148/3'te önalım hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, sınai mülkiyet hakkının birden fazla sahibi olması halinde sahiplerden birinin kendisine düşen payı tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması ile diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilmektedir. Birden fazla hak sahipliğinin varlığı halinde asıl olan paylı mülkiyet hakkıdır. Elbirliği mülkiyeti istisnai nitelikte olup kanundan ya da kanundan doğan sözleşmeden kaynaklanmaktadır<sup>136</sup>.

Hukuki işlemler, hukuki işlemin taraflarından birinin talebi üzerine, ücretin ödenmesi ve yönetmelikte belirlenen diğer şartların yerine getirilmesi ile sicile kaydedilerek Bültende yayımlanmaktadır. SMK m. 115 hükümleri saklı kalmak şartıyla da sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (SMK m. 148/5).

#### **1.5.5.1. Tescilli Markanın ve Marka Başvurusunun Devri**

Sınai mülkiyet hakkı bir bütün olup bölünemezken, sınai mülkiyet hakkı olan markanın tescil edildiği mal veya hizmet yönünden devri mümkündür. Mülga 556 sayılı KHK'de devrin yazılı şekilde yapılacağı kabul edilmişti (556 sayılı KHK m.16/3'te). SMK'de markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tamamı ya da bir kısmı için devrinin geçerliliği diğer hukuki işlemlerden farklı olarak resmi yazılı şekilde bir diğer ifade ile noter tarafından onaylı şekilde yapılmış olmasına bağlanmıştır (SMK m. 148). Bunun nedeni, madde gerekçesinde kötüniyetli devrin önlenmesi olarak belirtilmiştir. Mahkeme kararları, devir işleminin yazılı şekilde yapılmasının istisnasını oluşturmaktadır<sup>137</sup> Ortak ve garanti

<sup>135</sup>Güneş, 2018: 148-149; Karahan vd., 2009: 317; Çağlar, 2015: 99.

<sup>136</sup>Karahan vd., 2009: 318.

<sup>137</sup>Çağlar, 2015: 100; Karahan vd., 2009: 317; Karasu vd., 2018: 396; Güneş, 2018: 150.

markasında ilave olarak markanın devrinin geçerliliği için sicilde kayıt edilmesi de aranmaktadır. Ferdi markalar için markanın noter onaylı şekilde devri yapıldıktan sonra tescil edilmesi ihtiyari nitelikte bir işlem olup devrin aleniyetini göstermektedir. Bu nedenle sınai hak sicillerine güvenle hak kazanımı söz konusu olmaz<sup>138</sup>. Marka hakkı sahibi sicile kaydettirmediği hukuki işlemleri sonucunda doğan hakkını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürememektedir<sup>139</sup>. Marka hakkının devri halinde, markanın koruma süresi kaldığı yerden devam etmekte yeni bir süre başlamamaktadır<sup>140</sup>.

Marka hakkını devir yetkisi, marka hakkı sahibine aittir. Bu kişinin tespiti kural olarak sicildeki kayda bakılarak yapılmaktadır. Ancak marka, noter tarafından onaylanan sözleşme ile devredilmiş olmasına rağmen tescil edilmemiş ise hak sahibi, usule uygun yapılan sözleşmede ismi geçen kişidir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere marka üzerinde birden fazla hak sahipliğinin varlığı halinde asıl olan paylı mülkiyettir. Marka hakkı üzerinde paylı mülkiyete ilişkin mülga 556 sayılı KHK da düzenleme yapılmamışken<sup>141</sup> SMK'de paylı mülkiyetten bahsedilmektedir (SMK m. 148/3). Cebri satışlar haricinde paylı hak sahiplerinden her birinin kendisine düşen payı tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkı gündeme gelmektedir. Paylı mülkiyete ilişkin bu düzenleme TMK m. 732'de yer alan düzenleme ile uyumludur. Marka hakkı üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunması halinde markanın devri için oy birliği ile karar alınması gerekmektedir<sup>142</sup>.

Hak sahipliği ile ilgili olarak marka sahibinden izin alınmadan ve haklı sebep olmadan ticari vekil veya temsilci adına markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin tescil edilmesi halinde marka sahibi tescilin kendisi adına devrini talep edebilmektedir (SMK m. 10). Buna ilaveten marka üzerinde haciz bulunması halinde devrilmesi için haciz alacaklısının rızası alınmamakta bu marka hacizli olarak devredilmektedir<sup>143</sup>.

Devir sözleşmesinin içeriği sözleşmenin serbestliği ilkesi uyarınca taraflarca serbestçe belirlenebilmektedir<sup>144</sup>. SMK'de “*markanın, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebileceği*” kabul edilmektedir (SMK m. 148/ 6). Benzer yöndeki düzenlemeye mülga 556 sayılı KHK'de de yer verilmiştir (556 sayılı KHK m.16/1). Ancak,

<sup>138</sup>Karahan vd., 2009: 319-320; Karasu vd., 2018: 397.

<sup>139</sup>Özer, 2017: 20; Karasu vd., 2018: 396.

<sup>140</sup>Karasu vd., 2018: 397.

<sup>141</sup>Karahan vd., 2009: 318.

<sup>142</sup>Özer, 2017: 20.

<sup>143</sup>Karahan vd., 2009: 320; Karasu vd., 2018: 397.

<sup>144</sup>Karahan vd., 2009: 319.

mülga 556 sayılı KHK m. 16/2 'de “aksi kararlaştırılmadıkça işletmeye ait markalarında işletme ile birlikte devri” şeklindeki ifade doktrinde eleştiri konusu olduğundan SMK m. 148 'de bu düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>145</sup>. Ticari işletmenin devri, “ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.” şeklinde düzenlenmiştir (TTK m. 11/3). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere ticari işletmelerin devri markaların devredilmesinden farklı olarak adi yazılı şekle bağlı olup, bu işletmelerin bütünüyle devredilmesi durumunda devir sözleşmesinde markalar için açıkça aksi yönde düzenleme bulunmadıkça markalar da devralana geçmektedir<sup>146</sup>.

Mülga 556 sayılı KHK m. 16/4'te<sup>147</sup> markanın devredilmesine ilişkin tescil işleminden Kurumun kaçınabilmesine yönelik düzenlemeye SMK m. 148'de yer verilmemiştir. Marka devri içeriğinin SMK m. 5/1-f ve m. 6/1 bakımından yanıltıcı nitelikte olması halinde hükümsüzlük sebeplerinin düzenlendiği SMK m. 25/1 uyarınca markanın hükümsüzlüğü istenilebilmektedir<sup>148</sup>.

Marka sahibinin aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer nitelikte birden fazla markasının bulunması ve bunlardan birinin devredilmesi durumunda diğer markanın da devredilmesinin gerekip gerekmediğine yönelik düzenlemeye SMK de yer verilmemiştir. Ancak bu halde tüketiciler nezdinde meydana gelecek karıştırma hususuna yönelik nispi red nedenleri kapsamında değerlendirme yapmak mümkündür. Markaların devrinin ne şekilde yapılacağı SMKY m. 125' te düzenlenmiştir<sup>149</sup>. Marka sahibi, marka hakkını teminat amacıyla

<sup>145</sup>Çağlar, markanın işletmeye bağlı olarak ya da işletme ile birlikte devri yaklaşımının terk edilmesine mülga 556 sayılı KHK m. 16/2 'sinin izah edilmeye muhtaç olduğunu, Türk Hukuku'nda işletmelerin tüzel kişiliklerinin olmaması nedeniyle de “işletmeye ait marka” ifadesinin doğru olmadığını bu ifadenin “bir işletmeye sürekli olarak tahsis olunmuş marka” biçiminde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir (Çağlar, 2015: 100).

<sup>146</sup> Karahan vd., 2018: 396.

<sup>147</sup>Mülga 556 sayılı KHK 16/4 maddesi; “markanın devri, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanıltıcıya düşürebilecek nitelikte ise, yeni marka sahibi halkı yanıltıcıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde marka tescilinin sınırlı bir hale getirilmesini kabul etmediği takdirde devir işlemi Enstitü tarafından yapılmaz.” şeklinde düzenlenmektedir.

<sup>148</sup>Güneş, 2018: 150.

<sup>149</sup>Güneş,2018: 150-151;Arkan, 1998: 178.

inançlı işlem olarak devredilebilmektedir<sup>150</sup>.

Markanın devrinin gerçekte bağış amacıyla şeklen satış suretiyle gerçekleştirilmesi halinde muvazaa meydana gelmektedir. Bu durumda hakkı etkilenen kişiler marka devrin muvazaa nedeniyle iptalini ve sicilin eski hale getirilmesi talep edebilmektedir. Aynı şekilde kötüniyetli devirlerde de bu talepte bulunulabilmektedir. Bunun dışında şirket yetkililerinin markayı devretmeleri için devir yetkilerinin olması gerekmekte olup bu yetki olmadan, markanın yetkisiz kişilerce devredilmesi halinde marka hakkının devrin iptali mümkün olmaktadır. Devir kararlarının iptali halinde eski sahiplerine iadesi yönünde karar verilmesi yeterli olmaktadır. Devir işleminin tescili ise talep üzerine yapılabilen idari bir işlem olmakla bu işlem TPMK tarafından yapılmaktadır. Devrin hukuka uygun olup olmadığı muvazaalı olup olmadığına incelenirken dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de devredilen markanın devir edildiği zamanki bedeli ile gerçek bedeli arasında fahiş bir fark olup olmadığıdır<sup>151</sup>.

Markanın yer bakımından sınırlı biçimde lisans sözleşmesine konu edilmesi mümkün ise de yer bakımından sınırlı devri mümkün değildir<sup>152</sup>. Çünkü devir tasarruf işlemidir.

Marka hakkının devrine ilişkin Yargıtay'ın "TOY" kararı<sup>153</sup>, muvazaa ve marka devrinin değerlendirilmesine ilişkin kararı<sup>154</sup>, muvazaa tespitinde ödenen bedel ile gerçek bedelin karşılaştırılması kararı<sup>155</sup>, yetkisiz şirket temsilcisinin markayı devretmesi kararı<sup>156</sup>, şirket temsilcisinin yetkisinin olağan işlerine ilişkin olması halinde markanın devrine ilişkin kararı<sup>157</sup>, tescil yönünden düzeltme kararı bulunmaktadır<sup>158</sup>.

<sup>150</sup> Arkan, 1998: 179.

<sup>151</sup> Güneş, 2018: 154 vd.; Karasu vd., 2018: 402.

<sup>152</sup> Çağlar, 2015: 101; Arkan, 1998: 178.

<sup>153</sup> Y. 11. HD., 18.11.2005, E. 2005/12551, K. 2005/11235 (Güneş, 2018: 151 vd.).

<sup>154</sup> Y. 11. HD., 20.04.2016 E. 2015/9675, K. 2016/4394 (Güneş, 2018: 154).

<sup>155</sup> Y. 11. HD., 25.04.2016, E. 2015/9501, K. 2016/4633 (Güneş, 2018: 159-260).

<sup>156</sup> Y. 11. HD., 14.10.2010, E. 2010/9098, K. 2010/255 (Güneş, 2018: 155).

<sup>157</sup> Y. 11. HD., 16.01.2015, E. 2014/10156, K. 2015/458 (Güneş, 2018: 159-160).

<sup>158</sup> Y. 11. HD., 07.07.2009, E. 2007/13519, K. 2009/8407 (Güneş, 2018: 156).

### 1.5.5.2. Markanın Lisanslanması

#### 1.5.5.2.1. Genel Olarak

Lisans sözleşmeleri markanın, marka sahibi dışındaki kişilerce kullanılmasını sağlayan sözleşmelerdendir. Marka sahibi, lisans sözleşmesi ile markasını mal varlığı içerisinde çıkarılmadan kullanımı sağlamaktadır<sup>159</sup>. Markanın birden çok hak sahibi bulunması halinde lisans hakkı verilmesi için bu kişilerin tamamının kabul etmesi gerekir. Marka sahiplerinin birlikte rıza göstermemeleri ve hakkaniyetin gerektiği durumlarda, mahkeme kararıyla hak sahiplerinden biri yetkili kılınabilir<sup>160</sup>.

Lisans sözleşmeleri haricinde franchise<sup>161</sup> sözleşmeleri ile de markanın kullanımı sağlanabilmektedir<sup>162</sup>. Lisans Sözleşmeleri SMK 24. maddede düzenlenir. Bu düzenlemeye göre; marka sahibi, markasını tescil ettirmiş olduğu mal veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu yapabilmektedir. Bu nedenle lisans sözleşmesi mal veya hizmetlerin verilmesi yönünden kısmen lisans ve tamamen lisans olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı hakları ise lisans sözleşmesine konu olmamaktadır (SMK 148/1 )<sup>163</sup>.

Borçlar hukukundaki sözleşme serbestliği ilkesi, lisans sözleşmelerinde de geçerli olduğundan sözleşme tarafları; lisans sözleşmesinin niteliğini, süresini, coğrafi bölgesini ve hangi mal veya hizmetler için lisans verileceğini belirleyebilir<sup>164</sup>. Gerek mülga 556 KHK'de

<sup>159</sup>Karahan vd., 2009:322; Karasu vd., 2018:397; Arkan,1998:190.

<sup>160</sup>Karasu vd., 2018:400.

<sup>161</sup>"**Franchise Sözleşmesi ve Lisans Sözleşmesi Farkları**; Franchise sözleşmesi ve lisans sözleşmesi, gayri maddi mallar üzerindeki haklardan yararlanmanın sağlanmasını içerdikleri için birbirlerine benzemektedirler. Ancak, saf bir lisans sözleşmesinde lisans alanın, lisans verenin dağıtım sistemine entegre olması gibi bir amaç güdülmektedir. Ayrıca, lisans alanın franchise sözleşmesindeki gibi sürümü destekleme gibi bir asli edim yükümlülüğü de yoktur. Lisans verenin talimat ve denetim yetkileri franchise vereninkilere göre çok daha sınırlıdır. Zira franchise veren sadece mal ve/veya hizmetlerin kalitesini denetleme hakkına sahip olmayıp ayrıca franchise alanın işletmesinin iç ve dış görünümünü, işletme idaresini, personelinin giydiği kıyafetleri de kontrol hakkına sahiptir. Franchise verenin, mutlaka franchise alanın işletmesine gelip kontrol yapması gerekmez; franchise alan bu hususlarda franchise verene bilgi vermekle yükümlüdür. Oysa lisans sözleşmesinde, lisans alanın, lisans verene bu şekilde sürekli olarak bilgi verme yükümlülüğü yoktur. Franchise sözleşmesinde, franchise alanın franchise konusu mal ve/veya hizmetlerin reklamını yapma konusunda asli bir edim yükümlülüğü varken; lisans sözleşmesinde bu yükümlülük lisans konusunu mümkün olduğunca koruma amacından kaynaklanan bir yan yükümlülüktür ve taraflarca her zaman kararlaştırılmaz. Örnek olarak, lisans alan için kullanım yükümlülüğünün öngörülmediği bir lisans sözleşmesinde, lisans alanın reklam yükümlülüğü yoktur. Franchise sözleşmeleri, lisans unsurunu da içinde barındıran daha geniş bir haklar ve yükümlülükler demeti olarak karşımıza çıkmaktadır." <http://www.franchisedestek.com/konu-franchise-sozlesmesi-ve-lisans-sozlesmesi-farklari-6121.html> (erişim tarihi 03.04.2019).

<sup>162</sup>Güneş,2018: 161; Karahan vd., 2009: 323; Karasu vd., 2018: 397.

<sup>163</sup>Çağlar, 2015: 102.

<sup>164</sup>SMK 24/1. maddenin madde gerekçesi.

gerekse SMK'de lisans sözleşmelerinin coğrafi olarak sınırlandırılmasına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda sözleşmelerin serbestliği ilkesi uyarınca taraflar lisans sözleşmesine koyacakları hüküm ile bu hususu belirleyebilmektedir. Lisans sözleşmesinin şekli yazılı şekil olarak düzenlenir (SMK m.148/4). Lisans sözleşmesi, ölüme bağlı tasarruf sözleşmelerinden olan miras ya da vasiyetnamede düzenlenirse ölüme bağlı tasarrufun şekil şartına uygun olarak yapılmalıdır. Ferdi markalarda olduğu gibi ortak markalar da lisans sözleşmesine konu edilmektedir. Ortak markaların lisans sözleşmelerinin geçerliliğini sicile kayıt edilmesine bağlamıştır (SMK m. 148/7). Garanti markalarının lisansa konu edilmesi hususu gerek mülga 556 KHK m. 60 gerekse SMK m. 148/7 benzer nitelikte düzenlenmekte mülga KHK döneminde yapılan lisansın ortak markaya inhisar edildiği değerlendirilmesine<sup>165</sup> SMK döneminde de aynen devam edildiğinden, garanti markasının lisans sözleşmelerine konu yapılamayacağı kanatımızca değerlendirilmektedir.

Lisans sözleşmeleri kendi içerisinde inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Lisans sözleşmelerinin kural olarak inhisari nitelikte olmadıkları kabul edilir. İnhisari lisans sözleşmelerde bu hususun açıkça sözleşmede gösterilir. İnhisari olmayan lisans sözleşmeleri ile marka sahibi kullanım hakkını sınırlamadan markasını kullanmaya devam eder ve üçüncü kişilere lisans hakkı verebilir. İnhisari lisans sözleşmelerinde ise marka sahibi, kullanım hakkını sınırlayarak sözleşmede açıkça belirtmezse markasını kullanamaz. Bununla birlikte marka sahibi, markasını üçüncü kişilere lisans veremez. SMK'de kural olarak lisans sahipleri diğer bir ifade ile lisans alanlar, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredememekte, alt lisans kuramamaktadır. Ancak düzenlenen sözleşmede bu durumun aksi yönde hüküm konulabilir<sup>166</sup>. Markanın, tescil edildiği mal veya hizmetin kalitesini sağlama fonksiyonu dikkate alınarak, lisans veren marka sahibinin, lisans alan tarafından üretilecek malın veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alacak önlemleri alması gerekir. Aksi halde tüketici aldığı ürünün daha önceki kalitesi ile aynı olduğu konusunda yanılgıya düşebilir. Alınan önlemlere, sözleşmede düzenlenen şartlara, lisans alan uymak zorundadır. Lisans alanın bu şartlar uymaması halinde lisans veren, tescilli markasından doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürerek ihlal davası açabilir. Lisansa ilişkin bilgiler SMKY m.20 de düzenlenir<sup>167</sup>.

<sup>165</sup>Karahan vd., 2009: 322-323; Arkan, 1998: 191; Noyan ve Güneş, 2015: 93.

<sup>166</sup>Güneş, 2018: 161; Karasu vd., 2018: 399.

<sup>167</sup>Güneş, 2018: 162; Karasu vd., 2018: 401; Arkan, 1998: 195.

Lisans sözleşmesi sözleşme taraflarına karşılıklı haklar ve yükümlülükler getiren synallagmatik<sup>168</sup> sözleşmedir. Marka sahibi bu sözleşme ile maddi menfaat temin ederken lisans alan, marka hakkından yararlanacaktır<sup>169</sup>. Kural olarak lisans sözleşmesi, coğrafi bakımından sınırlandırma yapılmadıkça ülkemizin tamamını kapsamaktadır<sup>170</sup>. Lisans sözleşmeleri, taraflardan birinin talebiyle ücretin ödenmesi ve yönetmelikte belirtilen diğer şartların yerine getirilmesi halinde sicile kaydedilir ve bültende yayımlanır. Sınai mülkiyet haklarının, iyiniyetli kişilerce sicile güvenerek kazanımı korunmamaktadır (SMK m.148/5). Lisans sözleşmeleri sözleşmede belirlenen şartların gerçekleşmesi veya borçlar hukukunda düzenlenen sona erme sebeplerinin gerçekleşmesiyle sona ermektedir<sup>171</sup>. Lisans sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinde görülmektedir.<sup>172</sup> Lisans sözleşmeleri bölgesel- ulusal lisans, normal- alt lisans, iradi- zorunlu lisans, ivazlı- ivazsız lisans, tam-kısmi lisans<sup>173</sup> şeklinde ayrımlar tabi tutulmuş ise de çalışmamızda önemine binaen inhisari olan ve inhisari olmayan lisans sözleşmeleri açıklanacaktır.

#### 1.5.5.2.2. İnhisari Lisans

Lisans sözleşmesinin bir diğer adı da tek satıcılık sözleşmesidir. İnhisari lisans sözleşmesinin varlığının kabulü için açıkça sözleşmede belirtilmesi gerekir<sup>174</sup>. Bunun nedeni SMK'nin, lisans sözleşmelerini kural olarak inhisari (tekelci nitelikte) olmadığını kabul etmesidir (SMK m. 24). Marka sahibi bu sözleşmeyle markada doğan haklarını sınırlayarak, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça markasını kendisi kullanamayı, markası hakkında üçüncü kişilere lisans verme hakkını da engellenmiş olmaktadır. Böylelikle inhisari lisans sözleşmesi ile lisans alan ve marka sahibi benzer yetkilere sahip olmaktadır. İnhisari lisans sözleşmelerine, üçüncü kişilere lisans verilebileceği şeklinde konulacak kayıt kanuni

<sup>168</sup>Synallagma “iki tarafı birden borç altına sokan hukuki ilişkileri gösteren deyim anlamına” gelmektedir. Synallagmatik akit “iki taraflı akit” anlamına gelmektedir (Yılmaz, 2006: 381).

<sup>169</sup>Karahan vd., 2009: 322; Güneş, 2018: 162; Arkan, 1998: 191.

<sup>170</sup>Karasu vd., 2018: 398.

<sup>171</sup>Karahan vd., 2009: 323; Karasu vd., 2018: 400-401.

<sup>172</sup>Ayrıca mahkemenin görevine ilişkin olarak Y. 11. HD., 13.01.2016, E. 2015/14430, K. 2016/174 ile Y. 11HD., 23.03.2015, E. 2015/2666, K. 2015/4021 sayılı kararları bulunmaktadır (Güneş, 2018: 162-163).

<sup>173</sup>Ayrıntılı bilgi için bk. Karahan vd., 2009: 324 vd.

<sup>174</sup>Y. 11. HD., 14.06.1999, E. 1999/3243, K. 1999//5170 sayılı kararı ile Y. 11. HD., 09.11.2000, E. 2000/7381, K. 2000/8746 sayılı kararında münhasır lisans sözleşmelerini tanımlamaktadır (Güneş, 2018: 164).

düzenlemeye açıkça aykırı olduğu için geçersiz olacaktır<sup>175</sup>.

Marka sahibi, inhisari lisans hakkı sözleşmesi kapsamında hak ve yetkilerinin ihlal edilmesi ya da kullanımının aşılması halinde dava açabilir (SMK m.158/1). Nitekim SMK'de marka sahibinin bu hakkı, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiil olarak düzenlenir (SMK m. 29/1-ç). Bu düzenleme uyarınca marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş haklar izinsiz olarak genişletilemeyerek, bu haklar üçüncü kişilere devredilemeyecektir<sup>176</sup>.

Münhasır lisans sözleşmesi ile markayı kullanan kişi diğer bir ifade ile lisans alan kişi, *“üçüncü bir kişi tarafından sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hak sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları”* kendi adına açabilir (SMK m.158/1). Bunun dışında marka başvurusuna itiraz ya da marka aleyhine hükümsüzlük davasını açma yetkisi bulunmaz<sup>177</sup>. Marka hakkında üçüncü kişiler tarafından tecavüz edilmesi halinde lisans alan ve lisans veren kişilere tecavüzün defii davası açabilir. Sözleşmeye bu konuda aksi düzenleme yapılması mümkün değildir<sup>178</sup>.

### 1.5.5.2.3. İnhisari Olmayan Lisans

SMK'de lisans sözleşmelerinin kural olarak inhisari nitelikte olmadıkları kabul edilmektedir (SMK m. 24/2). İnhisari nitelikte olmayan lisans sözleşmelerine basit (adi) lisans sözleşmeleri de denilmektedir. Bu sözleşmelerde marka sahibi markasını kendisi kullanabildiği gibi üçüncü bir kişiye de markası üzerinde lisans hakkı verebilmektedir. İnhisari olmayan lisans sözleşmesinde bu nitelikte lisans hakkına sahip olacak kişiler sınırlandırılabilen basit lisans sahibine en çok müsaadeye mazhar lisans alan ayrıcalığı tanınabilmektedir<sup>179</sup>.

SMK'de inhisari olmayan lisans hakkı sahiplerinin dava açma hakları düzenlenmekte bu düzenlemeye göre basit lisans hakkı sahibinin marka hakkına tecavüz eylemlerine karşı doğrudan dava açma hakkı bulunmamaktadır (SMK m. 158/2). Ancak basit (adi) lisans sözleşmesine dava açma konusunda hüküm konularak bu hakkın lisans alana da verilmesine

<sup>175</sup>Karahan vd., 2009: 325; Karasu vd., 2018: 401; Güneş, 2018: 164.

<sup>176</sup>Güneş, 2018:164; Arkan, 1998:195.

<sup>177</sup>Çağlar, 2015: 104; Karasu vd., 2018: 401; Arkan'a göre basit lisans ile inhisari lisans sözleşmeleri, lisans hakkı sahibine kendi adına dava açma hakkı vermesi nedeniyle, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikte hak niteliğindedir (Arkan, 1998: 193).

<sup>178</sup>Bu konuyu açıklayıcı nitelikte Y. 11. HD., 19.01.2015, E. 2014/15585, K. 2015/598 sayılı kararı bulunmaktadır (Güneş, 2018 :165).

<sup>179</sup>Karahan vd., 2009: 325; Karasu vd., 2018:399.



engel bulunmamaktadır. Bu şekilde sözleşmede yetki verilmemiş ve sınai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa, basit lisans hakkı sahibi, bildirim yapmak suretiyle hak sahibinden davanın açmasını isteyebilmektedir. Hak sahibi, bu talebi kabul etmez ya da bildirim tarihinden itibaren üç aylık süre içerisinde talep edilen davayı açmaz ise basit lisans hakkı sahibi, yaptığı bildirimini de ekleyerek kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilmektedir. Basit lisans sahibi açtığı davayı hak sahibine bildirmelidir. Basit lisans sahibi ciddi bir zarar tehlikesinin varlığı hâlinde ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilmektedir. Mahkemece ihtiyati tedbir kararı verildiği takdirde basit lisans sahibi, dava açmaya da yetkili hale gelmektedir (SMK 158/3). Mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alan basit lisans sahibi, bu durumu marka hakkı sahibine bildirmelidir<sup>180</sup>.

### 1.5.5.3. Markanın Miras Yoluyla İntikali

Gerçek kişinin ölümü ya da gaipliğine karar verilmesi halinde hak ve borçlarının tamamı tereke olarak adlandırılır. Bu kişilere ait para ile değerlendirilen hak ve borçlarının kimlere, ne şekilde, hangi oranlarda geçeceği miras hukukunun konusunu oluşturur<sup>181</sup>.

TMK' de ölen kişinin birden çok mirasçının bulunması halinde mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan elbirliği mülkiyetinin meydana geleceği düzenlenir (TMK m. 640). Markalar, parasal değer ifade etmeleri nedeniyle kişilerin malvarlıkları içerisinde gayri maddi mallar olarak değerlendirilir<sup>182</sup>.

Markalar, marka başvuruları, ortak ve garanti markalar, sınai mülkiyet hakkı olarak miras yolu ile intikal edebilmektedir. Nitekim bu husus hukuki işlemler başlığı altında ilişkin SMK'de düzenlenmektedir (SMK m. 148/1). Marka sahibinin ölümü halinde markanın, tereke içerisinde değerlendirilerek, mirasçıların marka sicil kütüğüne işlenmesi için yapılması gereken işlemler SMKY yer almaktadır. Mirasçılar, marka siciline kayıtlarının yapılıp ilan edilmesinden sonra üçüncü kişilere karşı markadan doğan haklarını ileri sürebilmektedir<sup>183</sup>.

<sup>180</sup>Bu konuya ilişkin emsal Y. 11. HD., 18.04.2011, E. 2009/10764, K. 2011/4584 sayılı kararı bulunmaktadır. Yargıtay kararına ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. Güneş, 2018: 166; Karasu vd., 2018: 401; Karahan vd., 2009: 325; Arkan, 1998: 195-196.

<sup>181</sup>Zabata, 2011: 304.

<sup>182</sup>Zabata, 2011: 391; Karasu vd., 2018: 404; Karahan vd., 2009: 333

<sup>183</sup>Karahan vd., 2009: 333; Güneş, 2018: 167; Karasu vd., 2018: 404.

#### 1.5.5.4. Markanın Teminat Gösterilmesi

Marka, maddi değer ifade etmesi nedeniyle teminat olarak gösterilebilmektedir<sup>184</sup>. Markanın veya marka başvurusunun teminat olarak gösterilmesi hususu gerek mülga 556 KHK m.18'de gerekse SMK m.148'de düzenlenmiştir. SMK m. 148/5 uyarınca teminat olarak gösterilen marka, talep halinde sicile kaydedilebilir<sup>185</sup>. Daha önce ifade ettiğimiz üzere marka devirleri teminat amacıyla da yapılabilmektedir. Markanın teminat olarak gösterilmesinden sonra yapılacak marka devirleri ya da iptal işlemleri için teminatı kabul edenin rızasının bulunması gerekir. Marka teminatının marka sicilinden kaldırılabilmesi için teminat sözleşmeleri karşılıklı olarak fesih edilmelidir. Bu hususlar yönetmelikte düzenlenmektedir<sup>186</sup>.

#### 1.5.5.5. Markanın Haczi

Markaların veya marka tescil başvurularının, maddi değeri olması nedeniyle haczi ve iflas masasına kaydı mümkündür. Ferdi markalar ile ortak ve garanti markaları içinde bu durum geçerlidir<sup>187</sup>. Nitekim bu husus SMK m.148/8 delaletiyle SMK m. 148/1'de düzenlenmektedir. Tescilli markaların haciz edilmeleri sicile kaydedilmekle birlikte yayınlanmaktadır. Markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı üzerinde haczinin kısmen yapılıp yapılamayacağı tartışma konusudur. Markanın kısmen haczi halinde telafisi imkansız zararlar doğabileceği belirtilerek markanın kısmen haczinin yapılmaması gerektiği doktrinde bir kısım görüşe göre ifade edilmektedir<sup>188</sup>.

İİK m. 87'de belirtildiği üzere haciz için markanın kıymet takdirinin yapılması gerekmektedir. Kıymet takdiri yapılmasında görevli mahkeme İcra Mahkemeleridir<sup>189</sup>.

İİK m. 86'de menkul malların haczi, *“borçlu, alacaklının muvafakati ve icra memurunun müsaadesi alınmaksızın mahcuz taşınır mallarda tasarruf edemez.”* şeklinde düzenlenmiştir. Gayri maddi nitelikte menkul mallardan olan markaların, haczi markalar siciline kayıt olarak yapılmakta ve diğer menkul mallardan farklı olarak markanın haczi,

<sup>184</sup> Arkan'a göre, marka üzerinde rehin hakkı tesisi dışında başkaca teminat sağlanması yolunun bulunmaması na rağmen mülga 556 sayılı KHK'deki düzenlemede kullanılan "teminat" ifadesi yerinde değildir (Arkan, 1998: 204) Çağlar da benzer düşünceden hareketle, tescilli bir markanın rehin edilebileceğine ilişkin 15. madde hükmüne rağmen, bu markanın teminat olarak gösterilmesini ifade eden 18. madde hükmünün terminolojik hatadan kaynaklandığını ifade etmiştir (Çağlar, 2015: 104-105).

<sup>185</sup> Güneş, 2018: 167.

<sup>186</sup> Karahan vd., 2009: 335.

<sup>187</sup> Karahan vd., 2009: 334; Arkan, 1998: 207.

<sup>188</sup> Çağlar, 2015: 106.

<sup>189</sup> Karahan vd., 2009: 335; Arkan, 1998: 207.

markanın devrine ve kullanımına engel olmamaktadır<sup>190</sup>.

Lisans alanın bu hakkını devri aksi kararlaştırılmadıkça kabul edilmediğinden (SMK m. 24/3) bu hakkın haczi de mümkün değildir<sup>191</sup>. Marka hakkı sahibinin, markasını devretmesi ya da markası üzerinde lisans hakkı sağlaması halinde bu hukuki işlemlerden doğan alacaklar İİK 89. maddesi uyarınca haczedilir. Haciz alacaklısı marka üzerinde kullanma hakkına sahip olmaz. Haciz hakkı ile markanın satılarak paraya çevrilmesini isteyebilir. Ayrıca marka üzerinde haciz alacaklısının zararına yapılan işlemler için haciz hakkı sahibinin onayı ya da izni gerekir<sup>192</sup>. Markanın devri için haciz hakkı sahibinin rızası aranmaz. Bu nedenle markayı devralan hacizli olarak devri kabul eder ve marka üzerinden haciz işlemleri kaldığı yerden devam eder. Marka sahibinin hacizli marka üzerindeki hakkı ve yükümlülükleri devam eder bu nedenle marka sahibinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde marka hakkı hacizli de olsa sona erer<sup>193</sup>.

#### 1.5.5.6. Markanın Rehni

*“Rehin hakkı; rehin hakkı sahibinin alacağına alamaması halinde taşınır, taşınmaz veya bir hakkı paraya çevirterek elde edilen bu miktardan alacağını karşılama yetkisi veren bir haktır.”* şeklinde tanımlanabilir<sup>194</sup>. Rehni hakkı ile mülkiyet hakkının içeriklerinden birini oluşturan tasarruf hakkını sınırlandırılır. Rehni hakkı TMK da taşınır rehni, taşınmaz rehni olarak iki başlık halinde düzenlenir.

Marka ve marka başvurusu, maddi bir değer içermesi nedeniyle de SMK 148. madde uyarınca rehni konusu da olabilir. Markanın rehni, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Talep halinde rehni sicile kayıt edilip yayınlanır. Marka üzerinde rehni hakkı verilmesi, marka sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmesine ve haklarını kullanmasına engel olmaz. Örneğin markanın rehni verilmesi halinde üzerinde yeniden rehni hakkı kurulabilir ya da marka devredilebilir<sup>195</sup>. Hacze ilişkin düzenlemeden farklı olarak TMK'nin rehne ilişkin

<sup>190</sup>Güneş, 2018: 167; Çağlar, 2015: 105; Yargıtay, menkul mallarla sınırlı İİK 86. maddesinin, markalar üzerinde zilyetlik kurulmasının mümkün olmaması nedeniyle markalar hakkında uygulanmayacağını kabul eder (Y. 11. HD., 09.03.2000, E. 1999/8623, K. 2000/223) (Güneş, 2018: 167-168).

<sup>191</sup>Arkan, 1998: 207.

<sup>192</sup>Karahan vd., 2009: 335; Karasu, vd., 2018: 403.

<sup>193</sup>Güneş, 2018: 167.

<sup>194</sup>Zabata, 2011: 304; Arkan, 1998: 206.

<sup>195</sup>Arkan, 1998: 206; Karasu, vd., 2018: 403.

hükümleri, markanın rehni halinde de uygulanır<sup>196</sup>. Ancak markanın ve ticari işletmenin birlikte rehine konu edilmesi halinde Ticari İşletme Rehni Kanununun uygulanması ve bu sözleşmenin noter tarafından onaylanması gerekir<sup>197</sup>.

Rehin hakkı sahibi marka hakkına tecavüz halinde dava açabilir<sup>198</sup>. Markanın rehnine konu edimlerin ifa edilmemesi halinde, marka paraya çevrilmek suretiyle rehin hakkı sahibinin, alacağı öncelikle karşılanır. Marka hakkı sahibinin, rehin sözleşmesinde yerine getirmeyi taahhüt ettiği edimleri gerçekleştirilmesi veya rehin alacaklının rehin alacağından vazgeçmesi ya da rehini sona erdiren bir durumun meydana gelmesi halinde marka hakkı sahibi, rehin hakkı sahibinden rehinin terkin edilmesi talebinde bulunabilir. Rehinin sicilden terkinini, rehin alacaklısının noter onaylı beyanı ile mümkün olur. Bu işlemlerin nasıl yapılacağı SMKY'de düzenlenmektedir<sup>199</sup>. Markanın kısmen ya da tamamen rehine konu edilmesi mümkün olmaktadır<sup>200</sup>.

Garanti ve ortak markanın rehin edilmesi hususu SMK m.148'de ve mülga 556 sayılı KHK m. 60'da düzenlenmemiştir. *Arkan*'a göre, devredilebilen garanti ve ortak markaların teknik şartnamelerinde yasaklayıcı bir hüküm bulunmadıkça, hacedilmesine de engel bulunmamaktadır.<sup>201</sup> *Karahan*'da benzer düşünceden hareketle, garanti ve ortak markaların, parasal değer ifade ettikleri için devre konu olabildiklerini, rehin edilmelerini yasaklayıcı bir düzenlemeye mülga 556 sayılı KHK'de yer verilmediğinden bu tür markalar üzerinde rehin hakkı kurulmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir<sup>202</sup>.

Gayrimaddi mal niteliğinde olan markanın, rehin edilmesi için marka üzerinde rehin hakkı veren kişinin, tasarruf hakkına sahip olması gerekir. Bu nedenle TMK m. 939/2' de düzenlenen rehin hakkının iyi niyetle kazanılması, sınai mülkiyet hukukunda uygulanmamaktadır. Marka hakkı üzerinde diğer sınai mülkiyet haklarında olduğu gibi birden fazla rehin hakkı kurulması ya da rehin edilen markanın devre konu edilmesi mümkün olmaktadır. Rehin veren marka sahibi rehin alan kişiye zarar verebilecek yahut durumunu kötüleştirecek işlemlerde ya da fiillerde bulunmamalıdır. Rehin hakkı sahibinin durumu güçleştirecek işlemlerin geçerliliği için rızasının bulunması gerekmektedir. Örneğin üzerinde

<sup>196</sup>Güneş, 2018: 167; Arkan, 1998: 202; Karahan vd., 2009: 333.

<sup>197</sup>Çağlar, 2015: 105; Karasu vd., 2018: 402-403.

<sup>198</sup>Arkan, 1998: 206; Karasu, vd., 2018: 403.

<sup>199</sup>Güneş, 2018: 167.

<sup>200</sup>Çağlar, 2015: 105.

<sup>201</sup>Arkan, 1998: 203.

<sup>202</sup>Karahan vd., 2009: 333.

rehin hakkı kurulan marka hakkından, marka hakkı sahibi tek başına vazgeçemez. Rehin hakkı sahibi, markaya tecavüz halinde dava açmak suretiyle zararının tazmini isteyebilir. Zarar tazmin edilmiş ise tazminat miktarı üzerinden rehin hakkını devam ettirebilir<sup>203</sup>.

#### **1.5.5.7. Markanın Bölünmezliği**

Sınai hakların ve bu haklardan biri olan markaların özelliklerinden bir tanesi de markaların bir bütün olmaları ve bölünememeleridir. Buradaki bölünme ile markayı oluşturan unsurların hak sahipleri arasında bölünüp paylaşılması kast edilir. Örneğin sözcük + şekilden oluşan bir markanın sözcük kısmı ve şekil kısmı ayrı ayrı paydaşlar ya da marka hakkı sahipleri arasında bölünememekte bu suretle ayrı devirlere konu olmamaktadır. Marka, bir bütün olarak korumadan yararlanır. Markanın tescil edilmiş olduğu mal veya hizmetlerin bir kısmının ya da tamamının devri mümkündür<sup>204</sup>. Markanın bölünmezliği bir diğer ifadeyle bütünlüğü ilkesi, markaların hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda (SMK m. 25/5) ve markanın iptal edilmesine ilişkin davalarda (SMK m. 26/5) ayrıca gözetilmektedir. Bu düzenlemelere göre, bir kısım mal veya hizmetlerin iptali sırasında marka örneğini değiştirebilecek nitelikte karar verilemez.

### **1.6. Markanın Sona Ermesi**

#### **1.6.1. Hükümsüzlük ve İptal**

Her hak gibi marka hakları da hukuki işlemlere konu olup yasal şartları gerçekleştiğinde sona ermektedir. Markanın sona erme hallerinden biri de hükümsüzlük ve iptal davalarıdır. Bu davalar mülga 556 KHK'de aynı maddede düzenlenmiştir. SMK'de ise mülga 556 sayılı KHK'den farklı olarak, hükümsüzlük davası (SMK m. 25) ile iptal davası (SMK m. 26) ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Markanın hükümsüzlük sebeplerini mutlak ve nispi red nedenleri oluştururken, markanın iptal sebeplerini markanın tescil edilmesinden sonra gelişen durumlar oluşturmaktadır. Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde bu karar geçmişe etkili sonuç doğururken, markanın iptal edilmesine karar verilmesi halinde bu karar ileri etkili sonuç doğurmaktadır<sup>205</sup>. Bu çalışmamızın üçüncü kısmında hükümsüzlük ve iptal davası ayrıntılı açıklanacağından burada kısaca değindik.

<sup>203</sup>Karahan vd., 2009: 334; Arkan, 1998: 202; Karasu vd., 2018: 403.

<sup>204</sup>Karahan vd., 2009: 321.

<sup>205</sup>Karasu vd., 2018: 221-222.

### 1.6.2. Yenilenmeme

Marka hakkının sonra erme sebeplerinden bir diğeri markanın koruma süresinin dolması ve markanın süresi içinde yenilenmemesi oluşturmaktadır (SMK m. 28/1- a).

Tescilli marka haklarının koruma süresini başvuru tarihinden itibaren on yıldır (SMK m. 23/1). Bu süre boyunca marka üzerinde tekel hakkı marka sahibine aittir<sup>206</sup>. On yıllık sürenin talep halinde “*onar yıllık dönemler halinde*” yenilenmesi mümkündür. Maddede yer verilen “*marka başvuru tarihinin*” marka başvurusunun kesinleştiği tarih olarak değerlendirilmesi daha uygundur<sup>207</sup>. Daha önceden ifade ettiğimiz üzere markanın yenilenmek suretiyle süresiz olarak kullanılabilmesi markayı, patent, endüstriyel tasarım, faydalı model vb. fikri mülkiyet haklarından ayırmaktadır<sup>208</sup>.

Marka hakkının yenilemesi için bu talebinin marka sahibi tarafından, koruma süresinin sona ereceği tarihten önceki altı ay içinde yapılması ve aynı süre içinde yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilginin Kuruma sunulması gerekmektedir. Marka sahibi, markasını tescil kapsamında bulunan mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için yenileyebilmektedir. Ferdi markalar dışında ortak markanın yenilenmesi için SMK m.23/4 uyarınca, gruba dâhil işletmelerden birinin talebi yeterlidir. SMK'de, mülga 556 sayılı KHK'de yer verilmeyen kısmi yenilemeye yer verilmiştir (SMK m. 23). Yenileme talebi hak sahibi, hak sahipleri tarafından belirlenen temsilci, ortak temsilci ya da işletmelerden biri tarafından yapılabilmektedir. Ortak temsilci SMK m.147 de düzenlenir<sup>209</sup>.

Bu süre içinde talebin yapılmaması veya yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilginin Kuruma sunulmaması hâlinde de belirli şartların sağlanması ile birlikte marka yenilenebilecektir. Bunun için marka sahibin, koruma süresinin sona erdiği tarihten itibaren altı aylık süre içinde yenileme talebinde bulunması ve ek ücreti ödenmesi gerekmektedir. Markanın bu ek altı aylık süre içerisinde yenilenmesi koruma süresini on yıl altı aya çıkarmamaktadır. Bu husus SMK'de yenileme süresinin önceki koruma süresinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren hüküm ifade edeceği şeklinde düzenlemiştir (SMK m.23/5)<sup>210</sup>.

Yenileme talebinde bulunulan markanın, tescil edilen mal veya hizmetler için jenerik ya da yaygın ad haline gelmesi halinde TPMK yenileme talebini kabul etmemelidir. Marka

<sup>206</sup>Ayhan vd., 2010: 193.

<sup>207</sup>Arkan, 1998: 171; Çolak, 2014: 733.

<sup>208</sup>Çağlar, 2015: 35; Karahan vd., 2009: 166-167; Karasu vd, 2018: 228.

<sup>209</sup>Karasu vd., 2018: 228; Çolak, 2014: 735

<sup>210</sup>Arkan, 1998: 171-172; Ayhan vd., 2010: 193; Çolak, 2014: 733-734.

sahibi, bu karara karşı itiraz edebilmektedir (SMK m.20). Bunun dışında marka sahibi, yenileme talebiyle marka sicil kaydında ismi ve adresi dışında değişiklik yapamamaktadır<sup>211</sup>.

SMK m. 23/5 gereğince yenilenme, sicile kaydedilip Bültende yayımlanır. Yenileme, önceki koruma süresinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren hüküm ifade etmektedir. Yenilenmeyen markalar mülga 556 sayılı KHK'de m. 45/1-a ile kendiliğinden hükümsüz sayıldığı gibi SMK m. 28/1-a uyarınca da kendiliğinden sona ermiş sayılmaktadır. Sona eren marka tescilsiz marka haline gelir ve sona ermenin etkisi geçmişe doğru değil ileri doğru sonuç gösterir. Daha önce açılan tecavüz davalarına devam edilir<sup>212</sup>. Markanın yenilenmemesi halinde markaya ilişkin önceden yapılan lisans, rehin sözleşmeleri de kendiliğinden sona ermektedir<sup>213</sup>. Süresinde yenilenmeyen ve bu tarihten sonra sahibi tarafından kullanılmayan marka anonim hale gelerek başkaları tarafından kullanılabilmesi gibi yeniden marka tescile konu edilebilir.

SMK m. 6/7'de nispi red nedenleri arasında, ortak markanın veya garanti markasının yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde yapılan, ortak marka veya garanti markasıyla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusunun, önceki hak sahibinin itirazı üzerine reddedileceği düzenlenmiştir. Doktrinde bir kısım görüşe göre, marka sahibi tarafından yenilenmeyen ve kullanılmayan markanın başka kişiler tarafından marka başvurusu konusu yapılması durumunda eski marka sahibinin, belirli bir sürede bu marka başvurusuna itiraz hakkının tanınması eleştirilmiştir<sup>214</sup>. Bu süreler sonunda markanın başka kişilerce tescil edilmesi talebine önceki hak sahibi itiraz edememektedir.

Markanın, marka sahibi tarafından yenilenmeden tescilsiz olarak kullanmasından sonra yeniden tescilinin talep edilmesine ilişkin Yargıtay'ın "KOSKA" kararında, davalının markasını yenilememesi nedeniyle markanın hükümsüz hale geldiği, buna rağmen davalının markayı kullanmaya devam ettiği, markanın yenilememesi ve bu tarihten itibaren 2 yıllık süre içerisinde davalının markayı kullanması nedeniyle davalının bu markanın başkaları adına tescil edilmesini engelleme hakkının bulunduğu, bu markanın davacı adına tescil edilmesi ile

<sup>211</sup>Arkan, 1998:172-173; Çolak, 2014: 735.

<sup>212</sup>Arkan, 1998: 173; Çolak, 2014: 734; Yargıtay'ın "Yaşar Usta" kararında, *"marka hakkının yenilenmeme sebebiyle sona ermesinin etkisini ileri etkili doğuracağını koruma süresinde meydana gelen tecavüz nedeniyle marka hakkının son bulmasından sonra davaya devam edilerek tazminata hükümlenabileceğine"* karar vermiştir (Y. 11. HD., 26.02.2008, E. 2006/10659, K. 2008/2206) (Çolak, 2014:734-735).

<sup>213</sup>Çolak, 2014: 734.

<sup>214</sup>Çağlar, 2015: 171.

davalının bu markayı kullanması halinde markaya ilişkin hükümsüzlük davası da açabileceği, davacıların, davalının tescilli kullanımına 22 yıl boyunca itiraz etmemesi ile davalının ihmal sonucu markasını yenilememesi sonrasında tescilsiz kullanımı sonucunda hak sahibi olduğu, tescilsiz kullanım kabul edilmese dahi davacıların uzun süre sessiz kalmaları nedeniyle hak kaybına uğradıkları kabul etmiştir<sup>215</sup>.

Yargıtay kararında; “TPE tarafından 556 sayılı KHK 7/1-(b) bendi uyarınca davacı başvurusunun reddine dayanak alınan dava dışı 3. kişi adına tescilli 2002/11509 sayılı markanın, YİDK kararının verildiği 24.07.2012 tarihte, koruma süresinin sona erdiği ve aynı KHK 41/son fıkrası uyarınca da 6 aylık ek süre içinde yenilenmediği anlaşıldığından, dava konusu TPE YİDK kararının verildiği tarihten önceki bir tarih olan 14.05.2012 tarihi itibarıyla markanın hükümsüz hale gelmesiyle mahkemece 556 sayılı 7/1-(b) kapsamında dikkat alınmamasında bir isabetsizlik görülmemesi nedeniyle, davalı vekilin tüm temyiz itirazları yerinde değildir<sup>216</sup>.”

Yargıtay’ın kararında, davalı şirketin, devralmak suretiyle 18.03.1992 tarih ve 133635 sayılı markasını koruma süresi boyunca kullandığı, koruma süresinin dolması üzerine yenilenmeme suretiyle “Hürmet Dole Şekil” ibaresi üzerindeki marka hakkının sona ermesine karşın tescilsiz kullanımına devam ettiği savunması karşısında 556 sayılı KHK’nin 8/son fıkrası uyarınca aynı veya benzer markanın başkası adına yapılacak tescil başvurusunun itiraz yoluyla engellenmesi ve gerektiğinde de hükümsüz kıldırılması hakkı bulunduğundan önceki markanın asli unsurlarının muhafaza ettirilerek tescil ettirmiş olduğu dava konusu 2003/11042 sayılı “Hürmet Dole şekil” markası bakımından somut uyuşmazlığın Dairenin daha önce açıklanan ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>217</sup>

### **1.6.3. Marka Sahibinin Marka Hakkından Vazgeçmesi**

Markanın sona erme hallerinden sonuncusu SMK 28. maddede düzenlenen vazgeçmedir. Buna göre; marka sahibi, marka koruma süresinin sona ermesini beklemeden, markasının tescil edildiği mal veya hizmetlerin tamamından veya bir kısmından vazgeçebilir<sup>218</sup>. Vazgeçmenin, yazılı olarak Kuruma bildirilmesi ve vazgeçme nedeniyle marka hakkının sona erdiğinin bültende yayımlanması gerekmektedir. Vazgeçme, sicile kayıt

<sup>215</sup>Y. 11 HD., 24.11.2008, E.2007/10000, K.2008/13251 (Çolak,2014:737).

<sup>216</sup>Y. 11. HD., 12.12.2014, E. 2014/12726, K. 2014/19621 ( Şahinler Baykara vd., 2018:85).

<sup>217</sup>Y. 11. HD., 01.10.2009, E. 2008/4689, K 2009/9904 (Çolak, 2014:736).

<sup>218</sup>Çolak, 2014:737; Arkan,1998:174; Karasu vd., 2018: 228.



tarihi itibarıyla hüküm doğurmaktadır. Bu nedenle sicile yapılan kayıt kurucu niteliktedir. Sicile kayıtlı bulunan lisans hakkı sahiplerinin ve diğer hak sahiplerinin izni olmadıkça marka sahibi marka hakkından vazgeçemez. Marka üzerinde, üçüncü kişi tarafından hak sahipliği iddia edilmiş ve bu hususta tedbir kararı sicile kaydedilmişse, üçüncü kişilerin izni olmadıkça, marka sahibinin markadan vazgeçilmesi mümkün değildir. Markadan vazgeçilmesi halinde, marka hakkı sona ereceğinden bu halde markanın haczi, rehini, devri, iflas masasına girmesi mümkün değildir<sup>219</sup>.

Marka başvurusu, markanın tescil edilmesinden önce, başvuru sahibi tarafından geri çekilebilmektedir. Marka hakkından vazgeçmeye ilişkin hükümler marka başvurusunun geri çekilmesi hakkında da uygulanır<sup>220</sup>.

Vazgeçme bozucu yenilik doğuran haklardandır. Bozucu yenilik doğuran haklar, kural olarak muhatabına ulaşması ile sonuç doğurmaktadır. Ancak bu haklardan biri olan “vazgeçme”, yazılı olarak Kuruma yapılarak ve sicile kayıt edilerek kurucu sonuç doğurur. Ayrıca “vazgeçme” nedeniyle marka hakkının sona ermesi halinde, hak sahibinin belirli süre içerisinde başka kişilerce yapılacak aynı markanın başvurusuna ilişkin itiraz hakkı düzenlenmemiştir<sup>221</sup>. Görülmekte olan hükümsüzlük davasına konu markadan, marka sahibin vazgeçmesi halinde her ne kadar vazgeçmenin sicile kayıt edilmesi ile sonuç doğurması gerekir ise de doktrinde bir kısım görüşe göre davacının açtığı davada hukuki yararı bulunuyorsa davaya devam edilip markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerekmektedir. Bunun nedeni olarak; hükümsüzlük davası sonucunda verilen kararın geçmişe etkili sonuç doğurması, markadan vazgeçilmesinin ise ileri etkili sonuç doğurması gösterilmektedir<sup>222</sup>.

SMK m. 10 uyarınca ticari vekil veya temsilci tarafından marka sahibinin izni olmadan markanın adlarına tescili halinde, marka sahibi, markanın kendisine devri talep etmişse ticari vekil ya da temsilci marka hakkından vazgeçemeyecektir<sup>223</sup>.

<sup>219</sup>Çolak, 2014: 737-738; Arkan, 1998: 174; Karasu vd., 2018: 229.

<sup>220</sup>Karasu vd., 2018: 228.

<sup>221</sup>Çolak, 2014: 737; Karasu vd., 2018: 229.

<sup>222</sup>Çağlar, 2015: 173; Çolak, 2014:738.

<sup>223</sup>Arkan, 1998: 173.

## İKİNCİ BÖLÜM

### MARKA TESCİLİNDE MUTLAK RED NEDENLERİ

#### 2.1. Markanın Tescil Edilmesinin Önemi

Bir işletmenin marka olarak seçtiği işareti tescil ettirmeden kullanması mümkündür. Tescilli marka, SMK ile haksız rekabet hükümleri uyarınca korunurken, tescilsiz marka haksız rekabet hükümleri ve SMK m. 6/3 hükmü uyarınca korunmaktadır<sup>224</sup>. Haksız rekabet ile tüketicilerin aldatılmalarının önlenmesi ve ticari rakiplerin birbirlerine karşı korunmaları sağlanmaktadır<sup>225</sup>. Haksız rekabet, haksız fiilin bir türü olmakla birlikte ekonomik rekabetin hukuka uygun olmayan şekilde ifa edilmesi olarak özetlenmektedir<sup>226</sup>. Ticari işlerde haksız rekabete ilişkin uyuşmazlıklarında TTK (m. 54-63) uygulanırken, TBK (m. 57) ticari olmayan işlere ilişkin haksız rekabet eylemlerinde uygulanmaktadır. TTK'deki haksız rekabete ilişkin hükümler ile bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amaçlanmaktadır. Bu nedenle TTK'de rakipler veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı kabul edilmiştir. Haksız rekabet hükümlerine dayanılarak TTK m. 56 uyarınca haksız rekabete ilişkin tespit, men, haksız rekabet sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması ve tazminat davaları açılabilir<sup>227</sup>. Bununla birlikte zarar tayini, tazminat miktarının belirlenmesi, manevi tazminat konularında TTK hükümleri uygulanırken TBK hükümlerinden faydalanılmaktadır<sup>228</sup>.

SMK m.7'de *"bu kanunda sağlanan marka korumasının tescil ile elde edileceği"* belirtilmektedir. Markanın tescil edilmesi marka sahibine çeşitli haklar vermektedir. Markanın tescil edilmesi ile marka sahibi, markasının izinsiz kullanılmasının önlenmesini, markasının ticaret alanında kullanılmasının yasaklanmasını, markasının izin alınmadan ticari vekil ya da temsil tarafından kullanılmasının yasaklanmasını, başvuru eserlerinde jenerik ad izlenimi

<sup>224</sup>Yargıtay "365 DAYS+ şekil" kararında, tescilsiz markanın marka hakkına tecavüz edildiği iddiasının değerlendirilmesinde, tescilsiz marka sahibinin, tescilli marka sahibinden daha önce markasını kullanarak ayırt edici hale getirmesi halinde, tescilli marka sahibinin, markasına tecavüz edildiği iddiası kabul etmemektedir (Y. 11. HD., 21.01.2013, E. 2012/800, K. 2013/1129 ) (Meran, 2015: 324).

<sup>225</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 716.

<sup>226</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 720.

<sup>227</sup>Arkan, 2018: 360- 361.

<sup>228</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 717-718.

verecek şekilde yer almasını engelleyebilmektedir. Markanın tescili ile marka sahibi ihlal niteliğindeki fiillere karşı hukuki ve cezai yönden korunmaktadır<sup>229</sup>. Marka, tescil edilmekle birlikte ülkemiz sınırları içerisinde korunmaktadır. Marka sahibi, markasının tescil edilip yayınlanması ile birlikte haklarını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmektedir.

Marka tescilinden doğan haklar münhasıran hak sahibine aittir (SMK m.7/2). Marka, tescil edilmekle birlikte, "marka sahibinde teklik" ilkesi uyarınca marka sahibinin tekeline geçmektedir<sup>230</sup>. Bu nedenle marka sahibi, izni olmadan tescilli markası ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılmasını, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasını, aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılmasını önleyebilmektedir. Bu suretle marka sahibinin markasının tescil edilmesinden doğan hakkının kapsamı açıklanarak, markasının itibarına zarar verilmesi ya da bu sayede yarar elde edilmesi engellenmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere tanınmış marka sahiplerine geniş içerikte koruma sağlanmaktadır<sup>231</sup>. SMK m. 7/2'de belirtilen hususlar aynı zamanda SMK m. 5/1-ç'de düzenlenen mutlak red ile SMK m. 6/1 ve m. 6/5. maddelerinde düzenlenen nispi red nedenleridir<sup>232</sup>.

İşaretin mal veya ambalaj üzerine konulması, işareti taşıyan malların piyasaya

<sup>229</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 653.

<sup>230</sup>Ayhan vd., 2010: 193; Karahan vd., 2009: 164.

<sup>231</sup>Arkan, 2018: 316.

<sup>232</sup>Yargıtay'ın "(Adidas) Üç Şerit V (Kinertix) İki Şerit Ve Dört Şerit" kararında, "davalı ürünler üzerinde kullanılan şeritlerin spor ayakkabısı olan ürünün özelliğinden kaynaklanan süsleme niteliğinde olması nedeniyle, ürünün nihai tüketiciler nezdinde karışıklık yaratacak şekilde markasal kullanım sayılması mümkün bulunmamaktadır" (Y. 11. HD., 16.05.2006, E. 2005/3422, K. 2006/5739). Yargıtay'ın "VOGUE, VOK ve WOG v WOG" kararında, "uyuşmazlıkta taraf markaları arasında iltibas tehlikesi bulunup bulunmadığı hususunun çözümü teknik ve özel bilgiyi gerektirmeyip hakim'in hukuki bilgisi dahilindedir." (Y. 11. HD., 02.10.2009, E. 2009/8225, K. 2009/9968). Yargıtay'ın "BALKAYMAK DONDURMA" kararında, "tescilli marka sahibi daha sonra, öncelik hakkı bulunan kişiye karşı dava açarak onu bu işareti kullanmaktan men edemez"(Y. 11. HD., 04.12.2007, E. 2006/7613, K. 2007/15343) (Şahinler Baykara vd., 2018: 60-61). Yargıtay'ın kararında, "QTAHYA" ibaresi ile "KÜTAHYA" ibaresinin arasında iltibas bulunduğu, iki ibare arasındaki farklılık, görsel, anlamsal ve sesçil olarak genel izlenimden doğan benzerliğin etkilerini geri plana atmaya elverişli değildir." (Y. 11. HD., 30.06.2014 E. 6160, K. 12512 sayılı) (Arkan, 2018: 316).

sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi, işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi, işaretin teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması suretiyle ticaret alanında kullanılması halinde SMK m. 7/2 uyarınca yasaklanabilmesi mümkündür (SMK m. 7/3). SMK m. 7/3'ün gerekçesinde de ifade edildiği üzere, marka sahibinin izni olmadan markanın üçüncü kişiler tarafından ticaret alanında kullanımı yasaklanmaktadır. Bu düzenleme yapılırken 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 9. maddesi ile Alman Marka Kanununun 14. maddesi dikkate alınmıştır. İşaretin ticaret alanında kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin SMK m. 7/3'ün "d bendi" incelendiğinde bentte belirtilen "markanın internet ortamında kullanımına" yönelik olarak dayanak alınan uluslararası düzenlemelerde bir hüküm yer almamaktadır. Ancak bu kullanımın, marka hakkı kapsamına girdiği konusunda ulusal ve uluslararası doktrinde ve mahkeme içtihatlarında görüş birliği mevcuttur. Fiilen karşımıza yeni çıkan bir olgunun, markalar ile ilgili düzenleme yapılırken açıkça vazedilmesinin faydalı olacağı düşüncesi ile bu hüküm konulmuştur. Bu hüküm konulurken de aralarında Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı tahkim ve arabuluculuk merkezinin de bulunduğu internet alan adı ile marka arasındaki uyumsuzlukları çözen merkezlerin kuralları esas alınmıştır. Bu bağlamda işareti kullanan kişinin, işareti kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması şartıyla, işaretin aynı veya benzerinin internette ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimde kullanılması yasaklanmaktadır<sup>233</sup>. İşaretin ticaret alanında kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin SMK m. 7/3'ün "e ve f bentleri" incelendiğinde bu bentlerin yeni eklenen bentler olduğu anlaşılmaktadır. Bu şekilde 2015/2436 sayılı AB Direktifine ve uluslararası uygulamalara uyum sağlandığı ifade edilmektedir. SMK m.7/3-e uyarınca yasaklamanın yapılabilmesi için marka tescil tarihinin, ticaret unvanının tescilinden daha eski tarihli olması gerekmektedir. Ayrıca SMK m.7/3-e'de düzenlenen karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun

<sup>233</sup>Türkçe'ye yönlendirici kod olarak çevrilen kelimenin, internetteki kullanımı "metetag"dır. (SMK m.7/3 gerekçesi). Bozgeyik, bilirkişi olarak mütalasında "*davacının, davalılardan ODTÜ tarafından tahsis edilen "www.uzaktaneğitim.com.tr" alan adına, diğer davalı tarafından itiraz ve akabinde söz konusu alan adının bu kişiye tahsis edilmesi nedeniyle açtığı davada, davacının ileri sürdüğü iddia ve taleplerin hukuki dayanaktan yoksun olduğu, somut olayda davalı Z.'in davacıya yapılan alan adı tahsisine, ilgili süreçte öngörülen usule uygun itiraz ettiği, "uzaktan eğitim" ibaresi için marka başvurusu yapılması ve talebi üzerine www.uzaktaneğitim.com.tr alan adının davalıya tahsisinin dürüslük kurallarına aykırı olmadığı ve haksız rekabet taşımadığı*" yönünde görüş sunmuştur (Bozgeyik, 2018: 249 vd.).

şekilde kullanımı yasaklanmamaktadır<sup>234</sup>. Mülga 556 sayılı KHK m. 9/2-c'de da bu hüküm gümrük bölgelerine girilmesi, gümrükçe onaylanması şeklinde düzenlenirken; SMK m.7/3-c'de bu hüküm malın ithal ya da ihraç edilmesi şeklinde düzenlenmiştir<sup>235</sup>.

Markanın sahibine sağladığı haklar, marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmektedir. Ancak marka başvurusunun Bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Bu halde mahkeme öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremeyecektir (SMK m. 7/4).

Tescilli markalara ilişkin SMK m.7 haricinde, SMK m.8' de markanın başvuru eserlerinde yer alması, SMK m.10' da ticari temsilci ve ticari vekil adına izinsiz tescil edilmesi, SMK m. 148'de hukuki işlemlere konu edilmesi, SMK 152 de markanın tükenmesi düzenlenmektedir. Marka hakkının tüketilmesi, markalı ürününü piyasaya süren marka sahibinin, satılan ürünlere müdahale edememesi anlamına gelmektedir. Mülga 556 sayılı KHK döneminde hukukumuzda “ulusal tükenme” kabul edilmiştir. Ancak SMK m. 152'de, mülga 556 sayılı KHK m.13/1'den farklı olarak “ülkemizle” ilgili coğrafi sınırlandırma yapılmadan “ulusal” tükenmeden, “uluslararası” tükenme sistemine geçilmiştir. Bu düzenleme, hükmün ekonomik bakımdan doğabileceği sonuçların neler olacağı, Türk vatandaşlarının uluslararası piyasada zorlanıp zorlanmayacağı hususları dikkate alınmadan yapıldığından doktrinde eleştirilmektedir<sup>236</sup>. Mülga 556 sayılı KHK m.5/2'de, “*mal veya ambalajın tescili, marka sahibine mal veya ambalaj için inhisari hak sağlamaz*” şeklindeki düzenlemeye SMK m.4'te açıkça yer verilmemiştir. Ancak bu halde de mal ya da ambalajın tescil edilmesi ile marka sahibinin mal ya da ambalaj üzerinde inhisari hak sahibi olmadığı, tescil ile markanın korunduğu kabul edilmektedir. Tescilli markaların kullanım süresi başvuru tarihinden itibaren on yıl olup bu süre onar yıllık dönemler halinde uzatılabilmektedir<sup>237</sup>.

<sup>234</sup>Arkan, 2018: 317-318

<sup>235</sup>Yargıtay'ın “LOMON R 996” kararında, “*davalının ithal ettiği ürünler Çin'de mukim dava dışı firmanın aynı markayı taşıyan orijinal emtiyasıdır. Her ne kadar, anılan ibarenin Türkiye 'de davacı adına tescilli olduğu dikkate alındığında hükümsüz kılıncaya kadar korunması gerekmekte ise de davacının anılan firmanın daha önce Türkiye distribütörlüğünü yapması ve aynı markayı taşıyan ürünleri de ithal ettiğinin anlaşılması karşısında , dava dışı firmanın yabancı ülkede tescilli markasıyla ürettiği emtiayı Türkiye de ithal eden davalıya karşı tescilli markanın varlığını ileri sürmesi TMK 2. maddesinde düzenlenen iyiniyetle bağdaşmaz.*” (Y. 11. HD., 6.11.2012, E. 2010/12167, K. 2012/17493) (Şahinler Baykara vd., 2018: 60).

<sup>236</sup>Arkan, 2018: 319-320.

<sup>237</sup>Arkan, 2018: 318.

## 2.2. Mutlak Red Nedenlerinin Özellikleri

Kural olarak marka başvurusunda bulunacak kişi marka olarak seçeceği işareti serbestçe belirleyebilir. Ancak bu serbestinin sınırları bulunmaktadır. Bu sınırlardan biri de mutlak red sebepleridir. Mutlak red nedenlerinin, gerek mülga 556 sayılı KHK m.7’de gerekse SMK m. 5’de tanımı yapılmamıştır. Bu nedenlerin sahip oldukları özellikler de dikkate alınarak marka başvurusu incelemesi sırasında Kurum tarafından resen dikkate alınan, sınırlı sayıda olan, kamunun genel menfaatini koruyan, herkes tarafından ileri sürülebilen, marka işaretlerinin serbest şekilde seçimini sınırlandıran, varlığının tespiti halinde başvuru kapsamında bulunan mal veya hizmetler yönünden kısmen ya da tamamen red sebebi oluşturan nedenler olarak tanımlanması mümkündür<sup>238</sup>.

SMK m.5 de mutlak red nedenleri;

*“a) 4 üncü madde kapsamında marka olamayacak işaretler.*

*b) Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler.*

*c) Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler.*

*ç) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler.*

*d) Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler.*

*e) Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir*

<sup>238</sup>Yargıtay kararında, “doktrinde de benimsendiği gibi mutlak red sebepleri, işaretin marka oluşturma niteliği ile sıkı sıkıya bağlı olup, genel hatları ile herhangi bir ayırtım gücü olmayan ve ticaret alanında kullanıma açık tutulması gereken işaretlerin veyahut halkı yanıltıcı, kamu düzenine, toplumun dini değerlerine ve nihayet genel ahlaka aykırı düşen işaretlerin marka olarak tescil edilmesini önlemeye yönelik amaçla konulmuşlardır. Bu nitelikleri sebebiyle yasada belirlenen mutlak red sebepleri, toplumun genel çıkarları ile sıkı sıkıya bağlı olup, işaretin niteliğinden kaynaklanan bu itirazlardan feragat edilmesi de mümkün değildir. Bir başka anlatımla, mutlak red nedenlerini oluşturan işaretler; üzerinde bir başkasının hakkı olduğu gerekçesi ile değil, nitelik ve özellikleri itibarı ile herkese kapalı olan işaretlerdir. Bu nedenle KHK 32.maddesinin emredici hükmü uyarınca mutlak red sebepleri, Enstitü’ce re’sen dikkate alınarak incelenmesi gerektiği gibi uyumsuzluğun yargıya intikal etmesi halinde mahkemelerce de bu sebeplerin bir defa değil, itiraz niteliğinde olduklarından bu hususun kendiliğinden dikkate alınarak incelenmesi gerekir” şeklindedir (Y. 11. HD., 26.11.1999, E. 1999/5790, K. 1999/9590) (Işık, 2017: 40).

sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler.

f) Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretler.

g) Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesine göre reddedilecek işaretler.

ğ) Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş diğer işaretler ile yetkili mercilerce tescil izni verilmemiş olan armaları, nişanları veya adlandırmaları içeren işaretler.

h) Dinî değerleri veya sembolleri içeren işaretler.

ı) Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı işaretler.

i) Tescilli coğrafi işaretten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretler.” olarak sınırlı sayıda düzenlenmiştir.

Mutlak red nedenlerinin zamanla değişmesi ve bu nedenlere yeni nedenlerin eklenmesi mümkündür. Nitekim Paris Sözleşmesi'ne göre tanınmış markalar mülga 556 sayılı KHK'de mutlak red nedenleri içerisinde düzenlenmişken SMK ile AB ve uluslararası düzenlemelere uyumlu olacak şekilde tanınmış markalara nispi red nedenleri arasında yer verilmiştir<sup>239</sup>. Böylelikle ülkemizde, Paris Sözleşmesinden yararlanacağı kabul olunan şahsa ait, aynı veya benzer ürünlerde kullanıldığı herkes tarafından bilinen markaların, karışıklığa sebebiyet verecek şekilde örneğini, tercümesini, taklidini yapan marka başvurusunun tescili itiraz halinde reddedilecektir<sup>240</sup>.

Marka başvurusu, SMK m. 11'de belirtilen şekli şartları taşıması halinde, alındığı tarih, saat, dakika itibarıyla kesinleşir. Şekli incelemeyen sonra markanın esas bakımından mutlak red nedenleri yönünden incelemesine geçilir. Mutlak red nedenlerinin tespiti halinde de başkaca bir inceleme yapılmadan başvurunun, kapsamındaki mal veya hizmetler yönünden kısmen ya da tamamen reddine karar verilir. Başvurunun kabulü halinde SMK m.16/2 uyarınca başvuru Bülteninde<sup>241</sup> yayımlanır ve üçüncü kişiler yayımdan sonra 5. maddenin ç

<sup>239</sup>Paris Sözleşmesi; Fikri Mülkiyet Hukukunda ilk ve çok taraflı sözleşme olması nedeniyle önemli yere sahip olmakla birlikte tanınmış markaların uluslararası sistemde korunması Paris Sözleşmesi'ne 1925 yılında yapılan ekleme ile sağlanmıştır. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/341752>, (erişim tarihi: 17/03/2019): Ülkemiz de bu sözleşmenin farklı tarihlerdeki metinlerini kabul etmiştir (Çağlar, 2015: 8).

<sup>240</sup>Gerekçe SMK m. 6/4.

<sup>241</sup>SMK m. 2' de Bülten, "yayın ortamının türüne bakılmaksızın bu Kanunda belirtilen hususların yayımlandığı

bendi dışında diğer bentler nedeniyle tescil edilemeyeceğine ilişkin görüşlerini, ilgili kişiler de marka başvurusunun yayımından itibaren iki ay içerisinde SMK m. 5 veya 6 kapsamında itirazlarını Kuruma sunabilir<sup>242</sup>. Bu şekilde, mutlak red nedeni bulunmasına rağmen kabul edilen başvuruların tescil edilmesi engellenir. İlgililerin mutlak red nedenleri yönünden yaptıkları itiraz bakımından feragat hak ve yetkileri bulunmamaktadır<sup>243</sup>. TPMK'nın mutlak red nedenleri yönünden inceleme sırasında gerekli dikkat ve özen göstermeyi ihmal etmesi halinde hizmet kusuru oluşmaktadır<sup>244</sup>. Mutlak red nedeni olmasına rağmen marka başvurusunun kabul edilmesi halinde SMK m. 25/1 gereğince markanın hükümsüzlüğü talebinde bulunulabilir. Bu davalarda, mutlak red nedenleri yargılama sırasında mahkemede resen dikkate alınacaktır<sup>245</sup>.

Mutlak red nedenlerinin istisnaları da bulunmaktadır. Bunlardan ilki kullanım yoluyla ayırt ediciliktir. Buna göre; bir işaretin başlangıçta somut ayırt edici niteliği bulunmuyorsa, bu işaret tasviri veya tanımlayıcı nitelikteyse ya da ticaret alanında herkes tarafından kullanılıyorsa SMK m. 5/1-b,c,d bentlerin uyarınca reddi gerekmektedir. Ancak bu nitelikteki işaretin kullanım sonucunda ayırt edici özellik kazanması halinde artık SMK m. 5/1-b,c,d bentleri nedeniyle reddi mümkün değildir. İkinci istisna ise, mülga 556 sayılı KHK'de düzenlenmeyen, SMK ile getirilen yeni bir düzenleme olan başvurunun tesciline onay vermedir. SMK m. 5/3'ün gerekçesinde, bu düzenlemenin getirilmesi ile, birbirleriyle ekonomik veya diğer yönlerden bağlı olanlar başta olmak üzere, başvuru sahiplerinin piyasada birlikte var olma yönünde ortaya koydukları iradenin korunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Böylelikle bir marka başvurusunun, önceki marka sahibinin, başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Kuruma sunulması halinde SMK m. 5/1-ç bendine göre reddedilemeyecektir.

---

ilgili yayını" olarak tanımlanır.

<sup>242</sup>556 sayılı KHK'nin itiraza ilişkin 35. maddesinde ilgili kişilerin itirazları üç ay olarak düzenlenmekteyken SMK ile bu süre iki aya indirilmiştir. Ayrıca 556 sayılı KHK'den farklı olarak itiraz yönünden yayıma itiraz ve karara itiraz şeklinde ikili ayrıma gidilerek 556 sayılı KHK'de hükümler arasında olan çelişki giderilmeye çalışılmıştır.

<sup>243</sup>Meran, 2015: 38; Tekinalp, 2004: 372.

<sup>244</sup>Gürsoy, 2005: 10.

<sup>245</sup>Hukuk Genel Kurul'u kararında da belirtildiği üzere mutlak red nedenleri, marka hakkının doğumuna engel olan ya da markanın tescil edilmesinden sonra tespiti halinde o hakkı sona erdirdiğinden itiraz niteliğindedir (Y. HGK., 19.11.2003, E. 2003/11-578, K. 2003/703) (Gürsoy, 2005: 4).



### 2.3. Mutlak ve Nispi Red Nedenlerinin Temel Farklılıkları

Nispi red nedenleri de bir işaretin marka olarak tescil edilmesine sınırlama getiren tescil engellerinden biridir. Bu engeller kişilerin menfaati ile ilgili olup, kamu menfaatiyle ilgili değildir. Kurum tarafından marka başvurusunun şekli olarak incelenmesinden sonra esasıyla ilgili incelemesinde nispi red nedenleri resen dikkate alınmaz. Bu nedenler, defî niteliğinde olup, marka başvurusunun bültende yayımlanmasından sonra sadece ilgili kişiler tarafından iki aylık hak düşürücü sürede, itiraz ücretinin ödenmesi, buna ilişkin bilginin Kuruma sunulması ile yazılı ve gerekçeli olarak yapılmalıdır (SMK m.18/1-2). Bu süre içerisinde itirazın gerekçelerinin sunulmaması halinde itiraz yapılmamış sayılmaktadır (SMK m.18/2). Yayıma yapılan itirazın reddedilmesi halinde karara karşı da itiraz edilebilmektedir (SMK m. 20). Karara yapılan itirazın reddedilmesi halinde karar kesinleşir ancak bu karara karşı nispi red nedenlerine dayanarak dava açma hakkı bulunmaktadır. Bir markanın nispi red nedenlerine rağmen tescil edilmesi halinde mutlak red nedenlerinde olduğu gibi hükümsüzlüğü istenilebilir (SMK m. 25/1). Nispi red nedenlerine dayanılarak yapılan itirazdan feragat edilebilir. TPMK tarafından resen incelenmesi gerekmediğinden hizmet kusuru da oluşmamaktadır. Nispi red nedenleri bu özellikleri nedeniyle mutlak red nedenlerinden farklılaşmaktadır. Bu nedenler, mutlak red nedenleri gibi sınırlı sayıdadır.

Nispi red nedenlerinden SMK m. 6/1 hükmü ile mutlak red nedenlerinden SMK m. 5/1-ç hükmü benzer mahiyettedir. Bu nedene dayanılarak marka başvurusu TPMK tarafından resen incelenebileceği gibi, ilgililerin itirazı üzerine de inceleme yapılabilecektir. Mülga 556 sayılı KHK m. 7-ı'da mutlak red nedenleri arasında yer alan “*sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesi 1'inci mükerrer 6'ıncı maddesine göre tanınmış markalar*” Anayasa Mahkemesi'nin ilamıyla iptal edilmiş, AB ve uluslararası düzenleme ile uyumlu olacak şekilde SMK m. 6/4'te nispi red nedenleri arasında; “*Paris Sözleşmesi 1'inci mükerrer 6'ıncı maddesine göre tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikli marka başvuruları ile aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir.*” şeklinde düzenlenmiştir<sup>246</sup>. SMK m. 6/9 ile “kötüniyet” nispi red nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak kötüniyetin, defî niteliğinde olmaması, itiraz niteliğinde olması, bu nedenle nispi red nedenleri ile uyuşmaması, ayrıca 2015/2436 sayılı AB Marka Yönetmeliği'nde de mutlak red nedenleri arasında yer verilen bir sebep olması nedeniyle mutlak red nedenleri arasında

<sup>246</sup>Anayasa Mahkemesi'nin 27/05/2015 tarihli E. 2015/33, K. 2015/50 sayılı ilamı. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/06/20150602.htm> (erişim tarihi: 25.06.2019).

düzenlenmesi daha isabetli olacaktır<sup>247</sup>. Kötüniyet, SMK m. 25/1 delaleti SMK m. 6/9 uyarınca hükümsüzlük sebebidir<sup>248</sup>.

## 2.4. Mutlak Red Nedenleri

### 2.4.1. SMK m. 4 Kapsamında Marka Olamayacak İşaretler

#### 2.4.1.1. Marka Olabilecek İşaretler

##### 2.4.1.1.1. Kişi Adlarının Marka Olarak Tescili

Kişiler, kullandıkları adları ile birbirlerinden ayrılır ve bu adlar ile toplum içerisinde tanınmaktadır. Hukukumuzda kişiler gerçek ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek kişilerin ad ve soyadı kullanması Nüfus Kanunu ile Soyadı Kanunu'nca gereklidir. Tüzel kişilere ilişkin ad kullanımı ise TMK, Dernekler Kanunu ve TTK ile getirilmiştir. Ad kavramı geniş anlamda lakap, takma ad, ticaret unvanı, işletme adını da içerir. Kişilerin adları üzerindeki hakları kişilik hakları niteliğinde devredilmeyen, feragat edilmeyen haklardır. Ancak ticaret unvanlarının ve işletme adlarının devredilebilmesi, mirasçılara geçmesi mümkündür<sup>249</sup>.

SMK m. 4'te, kişi adlarının marka olarak tescil edilebileceği örnek olarak belirtilmektedir. "Kişi adları" kavramı gerçek kişi, tüzel kişi, işletme adlarını da içerir. Bu nedenle başvuruda bulunmak isteyen kişi gerçek kişi ise, marka olarak yalnızca ad "Peri", soyad "Dinç", ad ve soyad "Peri Dinç", lakap "Pıtırıcık" veya tüzel kişi adı ise ticaret unvanı<sup>250</sup> "Koç turizm A.Ş." işletme adı "Hakimin Yeri" olarak seçeceği bir işareti, ayırt edicilik kazanması halinde tescil ettirebilir. Kişi adları varlıkları yönünden "gerçek", "hayali" olabileceği gibi kullanılan dil yönünden yerli, yabancı dilde olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus seçilmiş olan adın başkasına ait olması ve bu adın tanınmış veya toplumun

<sup>247</sup>Karasu vd., 2018:203.

<sup>248</sup>Yargıtay 11. HD, HGK verdikleri kararlarla "*markanın temsilci veya vekil tarafından izinsiz tescilini, önceki markanın fiilen bilinmesi halinde tescilini, basiretli tacir davranışının dışına çıkılarak başkasının markasının tescilini, salt başkasının bloke edilmesi amacıyla markanın tescilini, eser adlarının bir takım eklerle birlikte düzenlenerek tescilini, başkasına ait yurtdışında tanınan markanın tescilini*" kötüniyeti tescil olarak kabul etmektedir.(Güneş, 2018: 406-407).

<sup>249</sup>İmirlioğlu, 2018: 28-29.

<sup>250</sup>Ticaret unvanı; "*tacirin, ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaparken kullandığı ad*" olarak kabul edilmekle birlikte marka olarak tescil edilmesi halinde hem TTK de haksız rekabet hükümleri hem de SMK kapsamında da marka olarak korunmuş olmaktadır. Ayrıca Yargıtay bir işaretin hem ticaret sicilinde hemde marka sicilinde aynı veya benzerinin kayıtlı olması halinde tescildeki önceliği dikkate alarak ticaret sicilindeki önceki tarihli hak sahibinin haklarını koruyarak ticaret sicil kaydını esas almıştır (Y. 11. HD., 13.09.1999, E. 1999/4662, K. 1999/6691) (İmirlioğlu, 2018: 33-35).

genelinde meşhur olması halinde, bu kişilerden izin alınması gerektiğidir<sup>251</sup>. Aksi halde marka olarak başvuru halinde SMK m.6/6 uyarınca itiraz edilme hakkı, tescili halinde ise m. 25/1 uyarınca markanın hükümsüzlüğünü talep hakkı bulunmaktadır. Bu halde ayrıca “*adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini, adının haksız olarak kullanılmasına son verilmesini; maddî zararının giderilmesini, manevî tazminat ödenmesini isteyebilmektedir*” (TMK m. 26). Kişilerin aynı ad veya soyada sahip olmaları halinde daha önce tescil edilen aynı ad veya soyadına ilişkin markayı, aynı mal veya hizmetler yönünden kendi adlarına tekrardan tescil ettirmeleri yönündeki taleplerinin kabulü SMK m. 5/1-ç ve 6/1 uyarınca mümkün değildir. Ancak SMK m. 7/5 uyarınca marka sahibi, üçüncü kişilerin dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde gerçek kişilerin kendi ad veya adreslerini kullanmasını engelleyemeyeceğinden üçüncü kişilerin dürüstlük ilkesine uymaları ve gerekli ayırt ediciliği sağlamaları suretiyle marka olarak tesciline olanak sağlanmaktadır<sup>252</sup>.

Evli bir kadının ticari işletmesinde ürettiği mal veya sunduğu hizmetler için evlendikten sonraki aldığı soyadını tescil ettirmesinden sonra boşanması halinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetler yönünden aynı soyadını kullanmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>253</sup>.

Fransız marka hukukuna göre, bir marka ile ad arasında halk nazarında gerçek ve kaçınılmaz bir karışıklığın oluşması, bu karışıklığın adın dokunulmazlığını ve şerefini olumsuz yönde etkilemesi halinde ada tecavüz edildiği kabul edilmektedir<sup>254</sup>. ABD marka hukukuna göre, soyadlarının marka olarak tescili için bu soyadlarının kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanılması veya sözlükte bir anlamının olmasını gerekmektedir. Bu sayede, soyadı ile iş hayatına katılabilir<sup>255</sup>. ABAD’ a göre ise, bir soyadının marka olarak tescil edilmesi talebi, o soyadının çok yaygın kullanılması gerekçe gösterilerek reddedilmemelidir. Nitekim ABAD 16.04.2004 tarihli kararıyla, “Nichols” soyadını taşıyan kimsenin bu markasını tescil talebinin, İngiltere de bu ismin yaygın olması ve ayırt edici gücü bulunmaması nedeniyle reddini doğru görmemiştir<sup>256</sup>. ABAD “Elizabeth Emanuel” kararında, kişinin kendi ad ve soyadını marka olarak tescil edip daha sonra markasını devretmesi halinde markayı devralanın

<sup>251</sup>Çağlar, 2015: 15; Karasu vd., 2018: 164; Gürsoy, 2005: 11; Çolak, 2014: 59.

<sup>252</sup>İmirlioğlu, 2018: 31 vd.; Gürsoy, 2005: 11; Uzunallı, 2008: 131.

<sup>253</sup>Karahan vd., 2009: 142; Gürsoy, 2005: 11.

<sup>254</sup>İmirlioğlu, 2018: 32.

<sup>255</sup>İmirlioğlu, 2018: 32.

<sup>256</sup>İmirlioğlu, 2018: 33; Çolak, 2014: 65.

bu markayı aynen kullanımının halk üzerinde yanlış anlaşılmaya neden olmadığına karar vermiştir<sup>257</sup>.

#### 2.4.1.1.2. Sözcüklerin ve Sloganların Marka Olarak Tescili

Sözcükler “anamlı ses birliği, söz, kelime” anlamlarına gelmektedir<sup>258</sup>. SMK'de ayırt edici nitelikte olması koşulu ile sözcüklerin de marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmektedir<sup>259</sup>. İstatistiksel veriler dikkate alındığında en çok kullanılan markalar sözcüklerden meydana gelen markalardır ve bu markaları oluşturan sözcük sayısında herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır<sup>260</sup>. Ancak uygulamada telaffuzdaki kolaylık, akılda kolayca kalma, etkin olma bakımından marka olarak genellikle tek bir sözcük seçilmektedir<sup>261</sup>. Örneğin; Alo, Cif, Persil, Ariel vd. gibi.

Markaları oluşturan sözcük veya sözcükler anlamlı, anlamsız, hayali, türetilmiş, teknik, bilimsel sözcüklerden oluşabilir<sup>262</sup>. Anlam ifade etmeyen markalara Beko, Kodak, Kaco, Xerox örnek olarak gösterilebilir<sup>263</sup>. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sözcüğün orijinal olması ayırt edici olması için şart değilse de orijinal sözcük veya sözcüklerden oluşan markaların ayırt ediciliği daha yüksektir<sup>264</sup>.

Alan adları da sözcük markası olarak tescil edilebilmektedir. Örneğin

<sup>257</sup>Uzunallı,2008:133.

<sup>258</sup>[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&kelime=KEL%C4%B0ME](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=KEL%C4%B0ME)(erişim tarihi: 16.05.2019).

<sup>259</sup>İmirlioğlu, 2018: 44.

<sup>260</sup>Karahan vd., 2009:142.

<sup>261</sup>Karasu vd., 2018: 164.

<sup>262</sup>Yargıtay "INTERACTIVE" kararında, tek başına marka olarak tescili mümkün olmayan bir sözcüğün yanına (tek başına tescili mümkün olmayan sözcük " kök" sözcük olsa bile) ayırt edici nitelikte ek ve ibareler getirilmesi durumunda bu haliyle tescil edilebilmesinin mülga KHK 5. maddesindeki markanın tanımı ile birlikte değerlendirmesi sonucunda mümkün olmasını yasal düzenlemenin amacına daha uygun bulmaktadır (Y. 11. HD., 13.04.200, E. 1995/9575, K. 2000/2998). Yargıtay "EVKUR" kararında, mülga 556 sayılı KHK'nin, 1,9,14. maddeleri uyarınca davacıya ait 1994/155755 sayılı markanın koruma kapsamının belirlenmesinde ayrı ayrı " EV" ve "KUR" kelimelerinin değil her ikisinden türetilen ve farklı bir anlam yüklenen "EVKUR" ibaresinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir (Y. 11. HD., 17.02.2006, E. 2004/14154, K. 2006/1555). Yargıtay "İÇİKAYMAK" kararında, mülga 556 sayılı KHK'nın 7/1-(a) ve 7/1-(c) maddelerinin birbiriyle yakın ilişkide olduğunu 7/1-(c) maddesi anlamında tasviri nitelikte olan sözcüklerin aynı zamanda (a) bendi kapsamında ayırt edici olmadıklarını kabul etmektedir (Y. 11. HD., 25.09.2007, E. 2006/3469, K. 2007/11796). Yargıtay "SÜRPRİZ OYUNCAKLI DONDURMA " kararında, " sürpriz" kelimesinin dondurma veya oyuncak emtiası için cins, çeşit, miktar, amaç, kalite... vb karakteristik özellik belirten tasviri işaret olmadığını, oyuncak emtiasının şaşırtıcı (sürpriz) özelliği sayesinde 30. sınıf 16. alt gurptaki ürünlerin çekiciliğini ve satışı artırma amacına ilişkin bulunduğundan mülga 556 sayılı KHK'nın7/1-(c) bendinde yer alan ve herkesin kullanımına açık yardımcı unsur olarak nitelendirilemeyeceğini kabul etmektedir (Y. 11. HD., 26.09.2008, E. 2007/2374, K. 2008/10577) (Şahinler Baykara vd., 2018: 38-39) .

<sup>263</sup>Güneş, 2018: 44.

<sup>264</sup>Çağlar, 2015: 16; Çolak, 2014: 59.

“www.uzaktaneğitim.com.tr” alan adı olarak tescil edilmiştir. Alan adında yer alan, “www”, “com”, “org”, “gov” gibi ifadeler jenerik niteliğinde olduğundan marka korumasının dışındadır<sup>265</sup>.

Marka olarak sözcükler seçilirken bu sözcüklerin tescil edileceği mal veya hizmet sınıfını belirtmemesi, malın cinsini, çeşidini, kalitesini, miktarını, amacını, değerini, coğrafi kaynağını veya diğer karakterlerini belirtmemesi yani tasviri nitelikte olmaması, ayrıca jenerik sözcüklerden oluşmaması, kamu düzenine veya genel ahlaka ya da dini değerler ile bu değerleri içeren sembollere aykırı olmaması gerekmektedir. Aksi halde sözcüğün ayırt edici nitelik taşıyaması nedeniyle marka olarak tescili kabul edilmeyecektir. Örneğin fotoğrafçılık ve fotoğraf kamerası yönünden “Film Kamerası” “Yüksek Çözünürlük”, “Aydınlık Resim” ibareleri tanımlayıcı nitelikte olduğundan marka olarak tescil talebi kabul edilmeyecektir. Sözcükler, anlamlarından uzaklaştıka ayırt edici nitelik kazanır<sup>266</sup>.

Coğrafi yer adı olan sözcükler malın üretildiği veya hizmetin sunulduğu yere ilişkin halkı yanılacak nitelikte olmaması şartıyla yan unsur ya da tamamlayıcı unsur olarak tescil edilebilir. Örneğin Burdur ili zeytinyağı bakımından meşhur bir yer olmadığından “Burdur Zeytinyağı” markasının tescili mümkündür. Ancak Konya ilinin etli ekmek ile meşhur olması nedeniyle “Konya Etli ekmek” ibaresinin marka olarak tescili mümkün değildir.

Yargıtay'ın içtihatlarında tescil edilmek istenen coğrafi yer adının, tescili talep edilen mal veya hizmetler bakımından meşhur, bilinen ya da tanınan bir yer olup olmadığı incelenmektedir<sup>267</sup>. Burada amaç, tescil edilmek istenen mal veya hizmetle meşhur olan coğrafi yer adı üzerinde tek bir kişinin inhisari nitelikte hak elde etmesini engellemek ve bu suretle, haksız rekabeti önlemektir. Coğrafi yer adının tescil edilmek istenen mal veya hizmetler yönünden meşhur olması halinde coğrafi işaret olarak tescil edilebilmesi de mümkündür. Coğrafi işaretin<sup>268</sup>, tescil edilmesinden sonra esas unsur, yan unsur ya da tamamlayıcı unsur şeklinde marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir. Aksi halde tescil edilen marka SMK m. 48/1 uyarınca dava yoluyla hükümsüz kılınacaktır. *İmirlioğlu'na göre*, mal veya hizmetler yönünden, meşhur olmayan coğrafi yer adlarının tescilinin mümkün

<sup>265</sup>Çolak, 2014: 59.

<sup>266</sup>İmirlioğlu, 2018: 44-45; Çolak, 2014: 59.

<sup>267</sup>Konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın Bursagaz (Y. 11. HD., 03.05.2010, E. 2008/13431, K. 2010/4860) ile Bodrum Rakısı (Y. 11. HD., 17.04.2008, E. 2006/12860, K. 2008/5125) kararları bulunmaktadır (İmirlioğlu, 2018: 46).

<sup>268</sup>SMK m. 34/1 hükmünde "*coğrafi işaret; belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından kökenin bulunduğu yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş ürünü gösteren işarettir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

olması gerekir ancak tescil edilmesi gereken coğrafi işaretler sayısının fazla olması da dikkate alınarak, tescil edilmek istenen mallar ve hizmetler yönünden meşhur olan coğrafi yer adlarının, “coğrafi işaret olarak” tescil edilmesi şartı aranmadan, marka başvurusunun reddedilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, coğrafi işaret özelliğine sahip olmasına rağmen tescil edilmeyen işaretlerin, marka olarak tescil edilmesinin rekabet düzenini bozacağı ve ileri de ortaya çıkaracağı sorunların önlenmesi gerekçemizi de ekleyerek bu görüşe katılıyoruz. Mal veya hizmetin coğrafi yer ile tanınmışlığı sadece ülkemiz sınırları kapsamında değerlendirilmemelidir. Örneğin kozmetik ürünlerinde Fransa meşhur bir ülkedir. Ülkemizde üretilen kozmetik ürününde “Paris” sözcüğünün marka olarak tescil edilmesi talebi halinde, tescil edilmek istenen malın üretildiği yerin Fransa olacağı izlenimi yaratması ve yanıltıcı olması nedeniyle marka tescil talebi reddedilmelidir<sup>269</sup>. Coğrafi kaynak ifade eden sözcükler, mutlak tescil engeline ilişkin SMK m. 5/1-c , SMK m. 5/1-f ve m. 5/1-i’de düzenlenmektedir.

Sözcük ve şekil öğelerinin birlikte kombinasyonun yapılarak tescili de istenilebilir. Bu halde öncelikle ayırt ediciliğin tespiti için esas unsura bakılmalıdır. Esas unsur sözcük ise, sözcüğün ayırt edici nitelikte olup olmadığı incelenmelidir. Esas unsur şekil ise şeklin bütününe inceleme yapılmalıdır. Kombinasyona ayırt edici nitelik kazandırması halinde sözcük ve şeklin marka olarak tescil edilerek kombinasyonun bir bütün olarak korunması sağlanmalıdır. Sözcüğün ve şeklin ayrı ayrı ya da birlikte ayırt edici nitelikte olması da mümkündür<sup>270</sup>.

Sloganlar, mal veya hizmetin konusunu veya kalitesini vurgulaması, tüketiciyi cezbetmesi, zeka ve yaratıcılık içermesi, alışılmışın dışında olması, klişe ve tanımlayıcı nitelikte olmaması mal veya hizmetle ilişki kurabilmesi nedeniyle tüketicileri etkilemektedir<sup>271</sup>. Sloganların marka olarak tescil edilebilmesi mülga 551 sayılı Marka Kanunu döneminde markanın, beş sözcükten fazla olmaması düzenlemesi ile beş sözcükten az olması halinde mümkündür. Ancak gerek mülga 556 sayılı KHK’de gerek SMK’de bu sınırlama kaldırıldığından beş sözcükten fazla sözcüklerde marka olarak tescil

<sup>269</sup>İmirlioğlu, 2018: 44-48.

<sup>270</sup>İmirlioğlu, 2018: 44-48; Çolak, 2014: 60.

<sup>271</sup>Yargıtay, birden fazla kelimenin bir araya getirilmesiyle oluşturulan "WE SEE THE OPPORTUNITY TO CHANGE THE WORLD" (Dünyayı Değiştirmek İçin Fırsatı Görüyoruz) işaretinin orijinallik ve yaratıcılık taşıyan özgün bir slogan olduğunu kabul etmekle mülga 556 KHK de markaların meydana getirilmesinde sözcük adedi olarak bir sınırlamanın bulunmadığını belirtmektedir (Y. 11. HD., 30.10.2006, E. 2005/9854, K. 2006/10748) (Şahinler Baykara vd., 2018: 39).

edilebilmektedir. Sloganların tescilinde ayırt edicilik kazanmaları önemlidir<sup>272</sup>.

Tescilli markalar SMK ve haksız rekabet hükümleri uyarınca korunabilirken, tescilsiz markalar koruma koşullarını sağlamaları halinde taklit ve iltibasa karşı haksız rekabete ilişkin TTK m. 55/(1).a.4 uyarınca korunmaktadır. Sloganlar TTK m. 18/2'deki basiretli davranma ilkesi uyarınca dürüstlük kuralına uygun şekilde belirlenip kullanılmalıdır<sup>273</sup>. “Gerçek Göz Yakmayan Şampuan”, “Hizmette Sınır Yoktur” gibi yanıltıcı mesajlar içermemelidir<sup>274</sup>. Sloganların yerli ya da yabancı dilde olması, tescil edilmesine engel değildir<sup>275</sup>. Sloganlar, mal veya hizmetlerin tanıtımı için reklam aracı olarak kullanılmaktadır. Tescilli sloganlara örnek olarak “Become What You Are” (neysen o ol)<sup>276</sup>, “Yerim Seni Sosis”<sup>277</sup>, “Yaşanacak Çok Şey Var”<sup>278</sup>, “Aromadan Başkasını Arama”<sup>279</sup>, “Nicht immer, aber immer öfter” (her zaman değil ancak giderek daha sık)<sup>280</sup>, “Durchsprung durch Technik” (teknoloji ile bir adım önde)<sup>281</sup> verilebilir. Yargıtay, “Technology Changes, Hummanity is Essence” (teknoloji değişir, aslolan insandır), sloganının teknoloji ürünleri için tanımlayıcı olması, ayırt edici nitelikte olmaması nedeniyle tescil edilmesini kabul etmemiştir<sup>282</sup>. Yargıtay ilamında yiyecek ve içecek malları için “Dünya da Doğal Kalmış Bir Şeyler Hala Var” sloganını ayırt edici olarak değerlendirmekle tescilini kabul etmiştir<sup>283</sup>. Alman Federal Mahkemesi de verdiği kararlarda sloganların doğrudan mal veya hizmetleri tasvir etmesi halinde marka olarak tescilini kabul etmemekte, sloganların somut ayırt edici niteliğinin bulunması halinde tescilini kabul etmektedir<sup>284</sup>.

<sup>272</sup>İmirlioğlu, 2018: 101; Çolak, 2014: 59.

<sup>273</sup>Yargıtay, “boya da birinci” sloganı ile reklam yapan kişinin eylemini haksız rekabet kapsamında değerlendirmiştir (Y. 11. HD., 22.12.1992, E. 1991/4492, K. 1992/11613) (Güneş, 2018: 44)

<sup>274</sup>İmirlioğlu, 2018: 103.

<sup>275</sup>Karahan vd., 2009:143

<sup>276</sup>Çolak, 2014: 70.

<sup>277</sup>Karasu vd., 2018: 164.

<sup>278</sup>Karasu vd., 2018: 164.

<sup>279</sup>Güneş, 2018: 44.

<sup>280</sup>Çağlar, 2015: 24.

<sup>281</sup>Çağlar, 2015: 24.

<sup>282</sup>Y. 11. HD., 18.01.2010, E. 2008/9071, K. 2010/ 407 (Karasu vd., 2018: 164; Noyan ve Güneş, 2015: 134; Meran, 2015: 43-44).

<sup>283</sup>Y. 11. HD., 07.06.2012, E. 2011/3102, K. 2012/9963 (İmirlioğlu, 2018:104).

<sup>284</sup>İmirlioğlu, 2018: 104; Çolak, 2014: 69-70.

### 2.4.1.1.3. Harfler, Sayılar ve Bunların Kombinasyonunun Marka Olarak Tescili

Harflerin ve sayıların münferit olarak veya gruplar halinde tescili mümkündür<sup>285</sup>. Ayrıca harf – sayı kombinasyonlarının tescili de mümkündür. Ancak tescilin kabul edilebilmesi için harf, sayı ve bunların kombinasyonunun ayırt edici niteliğe sahip olacak şekilde tasarlanması gerekmektedir. Örneğin, “H” harfi; Honda, Hundai marka araçlarda ve Halk Bankasında, “A” harfi; Acuri Marka araçta, “M” harfi; Migros markette, BMW, bu marka araçta, 404, yapıştırıcı markası olarak ayırt edici şekilde tasarımları ile marka olarak tescil edilmiştir. Kiril, Arap, Çin, Kore harfleri kullanılarak oluşturulan işaretle de ayırt edici nitelik taşıması halinde marka olarak tescil edilmesine engel bulunmamaktadır<sup>286</sup>. YİDK, “harfin, standart yazımından uzaklaşmasını, stilize bir tasarım içermesini, standart daktilo veya bilgisayar karakterinden farklı görünümüne sahip olmasını ayırt edici olarak” değerlendirmektedir. Birden fazla harften meydana gelen markanın ayırt ediciliği daha kolay sağlanmaktadır. Harf kombinasyonlarına ait sözcüklerin birden fazla manayı ifade etmeleri halinde tescili mümkün değildir<sup>287</sup>. Tek bir harfin ya da rakamın, ayırt edici nitelik ve tasarım içermeden tescil edilmesi halinde bu işaret üzerinde marka sahibinin tekel hakkı olacağından, rekabet düzeni bozulacaktır. İşaretin marka olarak tescil edilmesi halinde de SMK m. 25/1 uyarınca işaretin hükümsüzlüğü istenilebilecektir. Tescil talebinde bulunan harf veya sayı işaretinin somut ayırt edici niteliğinin bulunması ve bu işaretin markasal amaçla kullanılarak tescil edilmesinin istenilmesi durumunda SMK m. 5/2 uyarınca 5/1-b bendine göre tescil talebinin kural olarak reddedilmesi ve SMK m.25/4'e göre hükümsüz kılınması mümkün değildir<sup>288</sup>.

Harf ve rakamların tescil konusu oldukları mal veya hizmetlerin kaynağını gösterecek örneğin “42”nin etli ekmek için, “TR”nin baklava için seçilmesi halinde, kamu düzenine

<sup>285</sup>ABAD, "a" harfine ilişkin verdiği kararında bu harfin biralara için ayırt edici nitelikte olduğuna, diğer alkollü içecekler yönünden ayırt edici olmadığına, ayrıca bu harfin yunanca konuşan tüketiciler tarafından da ticari orjin olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin OHİM kararını iptal ederek tek bir harften oluşan işaretlerinde ayırt edici olup olmadığı yönünde araştırma yapılarak bu araştırmanın sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir (Çolak, 2014: 60); İngiliz hukukunda "AD2000" markasının tescil başvurusu, bu işaretin 2000 yılından beri kullanıldığı şeklinde algı oluşturması ve işletmenin malları ile hizmetleri gösteren nitelikte olmaması nedeniyle reddedilmiştir (Çolak, 2014: 61); TPMK, "Y2", "T1", "2e" ve "KL5" harf sayı kombinasyonlarından oluşan markasal işaretleri ayırt edici kabul ederken, "350 gr" ifadesini gıda maddeleri yönünden, "20" sayısını sigara ürünleri yönünden, "%8" oranını alkollü içecekler yönünden, "1885" sayısını alkollü içeceklerden şarap ürünleri yönünden, "XL" harflerini giyim eşyaları yönünden, "122 HP" sayı ve harf kombinasyonunu kara taşıtları yönünden ayırt edici kabul etmemiştir." (Çolak, 2014: 61).

<sup>286</sup>Karahan vd., 2009: 143; Çağlar, 2015: 16-17; Çolak, 2014: 63.

<sup>287</sup>İmirlioğlu, 2018: 49; Çolak, 2014: 62.

<sup>288</sup>Güneş; 2018: 45; Noyan ve Güneş, 2015: 33; Arkan, 1997: 74.



aykırılık, yanıltıcılık ve tanımlayıcılık olması nedeniyle tescil başvurusunun reddi gerekir<sup>289</sup>.

#### 2.4.1.1.4. Şekillerin Marka Olarak Tescili

SMK de ve mülga 556 sayılı KHK de her türlü şekil, tasarım, çizim, resim, desen, geometrik şekil, arma, logo, hologramlar, etiket, damga, rölyef, grafikler, fotoğraf, renk karışımlar, çizgi ya da renk anlatımlarının ayırt edici nitelik taşımaları halinde marka olarak tescili mümkündür<sup>290</sup>. Örneğin, Shell markasının logosu, Renault marka araçların logosu, Apple markasının logosu, Koç markasının logosu, Ziraat Bankası logosu, twitter logosu tescilli şekil markalarıdır. Bir nesnenin ya da cismin, hiçbir özellik eklenmeden bizatihi kendisinin (örneğin kiraz ürünleri için kiraz şekli), ürünün işlevinin sonucu aldığı şeklin, herkes veya çoğu kişi tarafından kullanılan “@” “%” “+” “&” şeklin markada münhasıran ya da esas unsur olarak tescil edilmek istenmesi halinde her somut olayın şartları saklı kalmak kaydıyla ayırt edici özelliği bulunmadığından başvurunun reddedilmesi gerekmektedir<sup>291</sup>. Ayrıca şeklin SMK m.5/1-ğ bendi kapsamında kamuyu ilgilendiren, tarihi, kültürel değerler yönünden kamuya mal olmuş ve ilgili mercin izni gereken armalardan, amblemlerden, nişanlardan olması mutlak red nedenidir<sup>292</sup>.

Mevzuatımızda malların biçimi ile ambalajlarının biçiminin marka olarak tescil edilebileceği düzenlenmektedir. Örneğin; Mercedes’in yıldızı, Jaguar amblemi. Markaların mal ya da ambalaj ile birlikte tescili halinde marka sahibi mal ya da ambalaj üzerinde inhisari hak sahibi olmamakta, tescil ile koruma markaya sağlanmaktadır. Bu nedenle mal ya da ambalajlara karşı yapılacak tecavüzlerde marka kanunundan faydalanılamayacaktır<sup>293</sup>. Mülga 556 sayılı KHK'nin m. 5/2'de yer alan bu düzenlemeye SMK m. 4'de yer verilmemiştir. İmirlioğlu'na göre, önceki düzenleme ile markaya tanınan korumanın mal veya ambalaja intikal etmeyeceği hususuna her ne kadar SMK de yer verilirse de bu durumun aksi

<sup>289</sup>Çolak, 2014: 61-62.

<sup>290</sup>Yargıtay kararında "dava konusu sekizgen pramit şeklindeki sigara paketi şeklinin farklı tasarımı itibariyle işlevinin teknik gerekliliğini zorunlu kılan ve doğal biçimini aşan özgünlükte olduğu, çok bilinen bir sigara paketi olmayıp fikri emek ve çaba sonucu ortaya çıkarıldığını bu şekliyle ayırt edicilik vasfına sahip olduğunu" kabul etmektedir (Y. 11. HD., 06.04.2006, E. 2005/4000, K. 2006/3604). Yargıtay kararında, üç boyutlu şekillerin ayırt edici özelliklerinin olması halinde marka olarak tescilinin mümkün olacağını, ayırt ediciliğin değerlendirilmesinde şeklin özgün şekilde tasarlanıp tasarlanmadığının, sıradan veya benzeri şekillerden farklı olup olmadığını, şekle belirli bir nitelikte özellik eklenmiş olup olmadığını eklenmiş ise aynı türdeki benzerlerinden ayırt edilebilecek hale gelip gelmediğini dikkate almaktadır (Y. 11. HD., 28.03.2006, E. 2005/1041, K. 2006/3247) (Şahinler Baykara vd., 2018: 38)

<sup>291</sup>Karasu vd., 2018: 165.

<sup>292</sup>İmirlioğlu, 2018: 53.

<sup>293</sup>Karahan vd., 2009: 143-144; Çolak, 2014: 82.

düşünceye sebebiyet vermemesi gerekmektedir<sup>294</sup>. Bu görüşe bu konuya ilişkin yasaklayıcı hüküm bulunmadığından katılmaktayız.

Marka başvurusunun desen ve dekoratif unsurlardan oluşması halinde, bu unsurların ürünün kaynağını gösterme yönünün zayıf olması nedeniyle TPE marka inceleme kılavuzuna göre başvuruya konu şeklin özgün olması ve ayırt edici niteliğinin belirgin bulunması aranmaktadır<sup>295</sup>. Üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilmesine her ne kadar SMK m. 4 de açıkça yer verilmemiş ise de SMKY m. 7/3'te üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilmesinin talep edilmesi halinde Kuruma hangi belgelerin sunulması gerektiği düzenlenmiştir. Üç boyutlu şekil markalarına örnek olarak “COLA-COLA” şişesi, “TOBLERON” çikolata şekli, “NUTELLE” markalı ürünler için kullanılan kavanoz şekli, “MALİBU” içki şişesi, parfüm şişesi, kemer tokası<sup>296</sup> verilmektedir. Üç boyutlu şekiller sadece marka olarak değil ayrıca tasarım olarak da tescil edilebilir. Buna göre şeklin köken belirtme bakımından ayırt edici olması yeterli olmakla birlikte ayrıca orijinal olmasına gerek yoktur. Ayrıca *“malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler”* üç boyutlu şekil markaları olarak tescil edilemez (SMK m. 5/1- e). Üç boyutlu şeklin, marka olarak tescil edilmesi halinde marka sahibi daha avantajlı konumda olmakla ve markasını on yılda bir yenilemek suretiyle sürekli olarak kullanabilmektedir. Üç boyutlu şeklin tasarım olarak tescil edilmesi halinde ise şekil en fazla yirmi beş yıl korunmaktadır<sup>297</sup>.

Yargıtay ilamıyla, ünlü bir yabancı sigara ürününün ambalajında kullanılan dikdörtgen biçiminde kızıl kahverengi karışıklı renkli sigara kutusu şeklinin, ülkemizin de taraf olduğu, Paris Sözleşmesinin dördüncü mükerrer 6. maddesinin ilk fıkrasında davacıya bu şeklin tescil hakkının tanınması ve şeklin ayırt edici olması gerekçesiyle marka başvurusu kabul edilmiştir<sup>298</sup>. Yargıtay “NİVEA” kararında, renk kombinasyonlarının gerek WIPO kararlarıyla gerekse ülkemizin taraf olduğu DTO-TRIPS Anlaşmasının 15. maddesiyle tescil edilmesinin kabul edildiğini, tescili talep edilen şeklin, renk kombinasyonu özelliğini taşıdığını, işaretlerin

<sup>294</sup>İmirlioğlu, 2018: 53.

<sup>295</sup>Çolak, 2014: 64.

<sup>296</sup>Malibu içki şişesine ilişkin Y. 11. HD., 01.06.2000, E. 2000/3866, K. 2000/4995 sayılı kararı, parfüm şişesine ilişkin Y. 11 HD., 03.06.2002, E. 2002/1759, K. 2002/5684 sayılı kararı, kemer tokasına ilişkin Y. 11. HD., 31.05.2010, E. 2009/179, K. 2010/6085 sayılı kararı bulunmaktadır (Çolak, 2014: 81).

<sup>297</sup>Karasu vd., 2018: 165; Çolak, 204: 79.

<sup>298</sup>Y. 11. HD., 12.01.1999, E. 1999/6866, K. 1999/9075 ( Güneş, 2018:46).

marka olarak tescili için mülga 556 sayılı KHK m. 5'te düzenlenen marka tanımı kapsamında olmasının yeterli olduğunu, tescil talebinde bulunulan dikdörtgen biçim ile gri, beyaz, lacivert renklerden oluşan işaretin ayırt edici nitelikte şekil markası oluşturduğunu kabul ederek Kurum kararını iptal eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır<sup>299</sup>. ABAD' ın “*kırmızı renkli Lego parçası*” kararında, tescil ettirilmek istenilen ürün ile üç boyutlu şeklin aynı olduğunu, bunun da teknik sonucu elde etmek için kaçınılmaz olduğunu gerekçe göstererek tescil talebini uygun görmemiştir<sup>300</sup>. ABAD' ın “seven” kararında, İngilizce yedi anlamına gelen “seven” sözcüğünün yazılış şeklini, şekil markası olarak kabul edilmiştir<sup>301</sup>. OHİM, tescil ettirilmek istenen kırmızı renkli sıfır rakamı içerisinde kırmızı renk kullanılarak oluşturulan “%” işaretinin, başvuruda bulunulan sınıflar yönünden en makul fiyat, kar olarak değerlendirileceğini, kırmızı renk ile tasarlanmasının özel teklif, indirim çağrıştırarak tüketicinin algısında malı indirimli fiyattan alacağı yönünde etki doğuracağını dikkate alarak başvurunun reddi yönünde karar verilmiştir. OHİM, üç boyutlu şekiller yönünden ise ayırt edicilik incelemesinde ürünün şeklinin, standart şekillerden farklı olup olmadığına, ürünün şeklinin teknik zorunluluk ve doğal yapıdan kaynaklanıp kaynaklanmadığına ve şeklin ürünün kaynağını gösterip göstermediğine dikkat etmektedir<sup>302</sup>. OHİM, “NESTLE KAHVE KUPASI” kararında içi beyaz, dışı kırmızı renkli olan kahve bardağı şeklindeki üç boyutlu şeklin, ayırt edici niteliğinin olmadığı, kullanım yoluyla da ayırt edici hale gelmediğini dikkate alarak üç boyutlu şekil markası başvurusunu kabul etmemiştir<sup>303</sup>.

Şeklin sözcük ile birlikte kullanılması halinde; sözcük unsurunun esas unsur olarak ayırt edici olmaması, şekil unsurunun tali unsuru oluşturması halinde bütün olarak ayırt edici nitelik bulunmadığından marka başvurusunun tescili mümkün değildir. Ancak sözcük unsurunun tali unsur unsur olması, şekil unsurunun asli unsur olarak ayırt edici nitelikte olması ya da sözcük ve şekil unsurlarının ayırt edici biçimde birleşmesi hallerinde marka olarak tescilleri mümkündür. Ülkemizde ve AB ülkelerinde mimari yapıların üç boyutlu şeklinin, marka olarak tescili mümkün değildir. Ancak ABD de mimari yapıların” ticari form” başlığı altında marka olarak tescili mümkündür<sup>304</sup>.

<sup>299</sup>Y. 11. HD., 13.12.2001, E. 2001/75832, K. 2001/9840 (Meran, 2015: 42-43).

<sup>300</sup>Çağlar, 2015: 19.

<sup>301</sup>Çolak, 2014: 63.

<sup>302</sup>İmirlioğlu, 2018: 54.

<sup>303</sup>Çolak, 2014: 83.

<sup>304</sup>İmirlioğlu, 2018: 54-55-63.

#### 2.4.1.1.5. Renklerin Marka Olarak Tescili

Mal veya hizmet sunumlarının tüketiciler ya da alıcılar üzerinde oluşturdukları etki nedeniyle renkler önemlidir. Şöyle ki; renkler, resim ve sözcüklerden daha etkileyici nitelikte, ambalaj tasarımlarını oluşturan unsur olarak, kişilerin lezzet, kalite, tazelik, boyut, hissiyat, temizlik vb. konularda ilgilerini etkileyip değiştirebildiğinden, mal veya hizmetleri benzerlerinden ayırması nedenleriyle de önemlidir<sup>305</sup>. Renklerin, tüketicilerin satın alma davranışları üzerine etkisine yönelik bilimsel çalışmalar yapılmıştır<sup>306</sup>. İşletmeler, renklerin tüketiciler üzerindeki etkilerinden faydalanmak için renkleri marka olarak kullanılmaktadır<sup>307</sup>. Mülga 556 sayılı KHK m. 5'te açıkça belirtilmemiş ise de renklerin ayırt edilebilmeleri ile birlikte çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme şartlarını taşıması halinde marka olarak tescili mümkündür. SMK m. 4'te ise renklerin, ayırt edici nitelikte olması ile birlikte marka sahibine sağlanan koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilme şartlarını taşıması halinde marka olarak tescil edilmesi mümkündür<sup>308</sup>. Renkler, tescil bakımından soyut ve somut renk olarak ayrılmaktadır. Somut renk, bir şekille somutlaşan, biçime bağlanan, özel bir kompozisyon oluşturan, rengin bizatihi kendisinden oluşmayan renk olarak ifade edilebilir. Soyut renk ise, renk kombinasyonları ya da herhangi bir şekil, çizimle somutlaşmamış, belirli bir dış hat çizgisini göstermeyen, rengin bizatihi kendisinden oluşan renklere denir. Somut renklerin belirli şartları taşıması halinde tescil edilmesine ilişkin tartışma bulunmamaktadır. Ancak soyut renklere ilişkin tescil hususunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bu nedenle doktrinde; renklerin kombinasyon, şekil, sözcük ile birlikte tescil edilebileceğine ilişkin, münferit renklerin tescil edilemeyeceğine ilişkin, standart renklerin mal veya hizmetle özdeşleşerek ayırt edicilik kazanması şartıyla tescil edilebileceğine ilişkin, soyutlaşmamış renklerin mal veya hizmetle özdeşleşme veya çağrışım halinde ayırt edicilik kazanması ile tesciline ilişkin, soyut renklerin özgürce tescilinin yapılabilmesine ilişkin, kullanım sonucunda ayırt edicilik kazanması halinde

<sup>305</sup>İmirlioğlu, 2018: 66.

<sup>306</sup>Konu ile ilgili "rengin tüketici satın alma davranışlarına etkisi"ne ilişkin Rana Nuhoglu' nun 2006 tarihli, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim dalında yazmış olduğu yüksek lisans tezi bulunmaktadır.

<sup>307</sup>Karasu vd., 2018: 166.

<sup>308</sup>Güneş, 2018: 47; Karahan vd., 2009: 144; Çağlar, 2015: 19.

tescilinin mümkün olduğuna ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır<sup>309</sup>. Kanaatimizce bu görüşler arasındaki farklılık, soyut renklerin tescil edilmesi sonucunda, markadan sağlanan koruma ile marka sahibinin inhisari nitelikte hakkının olacağı ve bu nedenle rekabet düzeninin korunması dengesi ile rengi marka olarak kullanmak isteyen kişinin bunun için göstermiş olduğu emek, uğraş, çaba, yatırım, reklam, sonucunda tüketici nezdinde rengin mal veya hizmetle ayırt edicilik kazanması halinde bu yatırımcının korunması dengesi arasındaki çatışmadan kaynaklanmaktadır<sup>310</sup>. Doktrinde çoğunluk görüşüne göre; soyut renklerin tescili için kullanım sonucu ayırt ediciliği nitelik kazanması gerekmektedir<sup>311</sup>.

Marka Kılavuzu 1.10.1.ii de soyut renk başvurusunun, ayırt edici nitelik kazandığının delillerle ispatlanması gerektiği belirtilmektedir. Ülkemizin de tarafı olduğu TRIPS anlaşmasının 15. maddesinde renk kombinasyonların, marka olarak tescil edilebileceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Uygulamada münferit renklerin ayırt edici niteliklerinin olmaması nedeniyle marka olarak tescil edilmeleri kabul edilmezken; renklerin kendi içerisinde veya diğer işaretlerle birlikte özel kombinasyon oluşturmaları durumunda marka olarak tescil edilmeleri kabul edilmektedir<sup>312</sup>. Yargıtay, renklerin lafzi markaların yanında tescil edilmesi durumunda renklerin üzerinde tekel hakkının bulunmayacağını kabul etmiştir<sup>313</sup>. Bunun nedeni gök kuşağında yedi ana rengin bulunması ve renkler üzerinde tekel hakkının verilmesi halinde haksız rekabetin oluşabileceği fikridir<sup>314</sup>. Soyut renklerin mal veya ambalajlarda kullanılması neticesinde o mal veya ambalaj bakımından ayırt edici hale gelmesi halinde marka olarak tescili mümkündür. ABAD soyut renklerin ayırt ediciliğinin varlığını, uluslararası geçerliliği olan renk sistemine göre belirlenmesini, toplum menfaatleriyle çatışmamasını dikkate alarak marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmektedir<sup>315</sup>. Alman hukukunda soyut rengin marka olarak tescil edilmesi için marka

<sup>309</sup>Doktrindeki görüşlere ilişkin bk. İmirlioğlu, 2018: 70-71; Karasu vd., 2018: 167; Uzunallı, 2008: 116.

<sup>310</sup>İmirlioğlu, 2018: 70.

<sup>311</sup>Karasu vd., 2018: 166; Çolak, 2014:73.

<sup>312</sup>Konuyla ilgili Y. HGK, 20.12.2000, E. 2000/11-1804, K. 2000/1814 sayılı ilamı, Y. 11. HD., 7.7.1997, E. 1997/3559, K. 1997/5453 sayılı ilamı, Y. 11. HD., 29.04.1999, E. 1999/5790, K. 1999/9590 sayılı ilamı ve Yargıtay'ın 11. HD., 12.01.1999, E. 1999/6866, K. 1999/9075 sayılı ilamları bulunmaktadır. (Karahana vd., 2009: 145; Güneş, 2018: 48; Çağlar, 2015: 19; Noyan ve Güneş, 2015: 135).

<sup>313</sup>Y. 11. HD., 03.12.1998, E. 1998/9198, K. 1998/8485 ( İmirlioğlu, 2018: 72).

<sup>314</sup>Güneş, 2018: 48; Çolak, 2014: 71.

<sup>315</sup>"ABAD, "Libertel" kararında, "teknik olarak renk tonlarının çoğunun ayrılabilir olmasına rağmen, doğrudan karşılaştırma olanağının mevcut olmaması nedeniyle işaretin hitap ettiği ortalama tüketicinin sadece bir kaç rengi birbirinden ayırt edebileceğine işaret etmiş ve bu nedenle belirli mal veya hizmetler için renklerin tescili yolu ile sağlanan tekel hakkından ötürü, kullanılabilir renklerin tükenme tehlikesi olduğunu belirtmiştir." ABAD,

olabilmeye yönelik şartları sağlaması gerekmektedir<sup>316</sup>. Alman Federal Mahkemesi Milka çikolatalarına ilişkin kararında ise ‐lila‐ renginin soyut renk olduğunu, bu rengin Milka markasına ait olduğunu ve çikolata paketlerinde kullanım sonucu ayırt edicilik sağladığını kabul etmiştir<sup>317</sup>. Ülkemizde tescilli soyut renk markasının tek örneği ‐lila‐ rengidir. Aygaz markası için ‐gümüş alüminyum boya‐, İpragaz markası için ‐mavi renk‐ renk markası olarak kabul edilmemiştir. Duracell markasına ilişkin pil üzerinde bakır ve siyah renk kombinasyonunun üç boyutlu şekilde tescil talebi kabul edilmiştir. Ülkemizde Almanya’daki gibi ‐renk veri tabanı ve sınıflandırma sistemi‐ bulunmamaktadır<sup>318</sup>.

#### 2.4.1.1.6. Seslerin Marka Olarak Tescili

SMK m. 4' te marka olabilecek işaret için mülga 556 sayılı KHK'den farklı olarak, koruma konusunun açık ve kesin şekilde gösterilebilmesi ve ayırt edici nitelik şartı ile seslerin, reklam spotlarının, jingle olarak tanımlanan tanıtıcı kısa melodilerin, cep telefonu zil seslerinin marka olarak tescil edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. TPE tarafından tescil edilen ilk ses markası 2004/42960 başvuru numaralı Simens’ in notalarla ifade edilen ses markasıdır<sup>319</sup>. Bunun dışında ülkemizde 2006/27497 başvurulu numaralı ALLIANZ SE adına tescilli ses markası bulunmaktadır. Ayrıca Metro Goldwyn Mayer firması ile anılan ‐aslan kükremesi‐, Yahoo, Intel, Microsoft, Audi, Twentieth Century Fox ses markalarıdır<sup>320</sup>.

İtfaiye, ambulans, polis siren sesleri gibi kamunun kullanımında olan seslerin marka olarak tescili mümkün değildir. Seslerin tescili için notaya dökülmesi ya da teknik usullerle yapılan kayıt suretiyle canlandırılabilmesi gerekmektedir. Doğadaki seslerin ayırt edici nitelik kazanarak tüketici tarafından ürünle özdeşleştirilmesi sonucunda marka olarak tescil edilebilmesi mümkündür. Ancak tescil başvurusunda bulunulan sesin, tescili talep edilen mal veya hizmetleri tanımlayıcı nitelikte olmamaları gerekir. Örneğin özel güvenlik hizmetleri için polis siren sesi ayırıcı nitelikte olmayıp, kullanımı serbest olduğundan ses markası olarak

---

*bir diğer kararında, ‐olağanıüstü durumlar dışında, renklerin köken ayırt etme gücüne sahip olmadıklarını, soyut renklerin tescil başvurusuna konu olan mallar veya hizmetlerle bağlantılı olarak yararlanma nedeniyle ayırt etme gücünü elde edebileceklerini belirtmiştir.‐ ABAD ayrıca, ‐soyut ve çerçevesiz olarak tescili istenen renkler veya renk kombinasyonlarının, işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun olabileceklerini kabul edilmiştir.‐ (Uzunallı, 2008: 115-116).*

<sup>316</sup>Çağlar, 2015:19-20.

<sup>317</sup>Güneş, 2018: 47.

<sup>318</sup>İmirlioğlu, 2018: 72-73; Güneş, 2018: 48; Çolak, 2014: 72-73.

<sup>319</sup>Karasu vd., 2018: 167-168.

<sup>320</sup>Çağlar, 2015: 21-22.

tescili mümkün değildir. Ses markalarına itiraz halinde değerlendirme notaların biçimsel ifadesine göre değil, başvuruda bulunulan sessel ifadeye göre yapılmaktadır. Ses markalarının tescili yönünde doktrinde; seslerin çizimle görüntülenebilme, benzer biçimde ifade edilmesi şeklinde; sesin ayırt edici - muayyen tekrarlanabilen - anlaşılır olabilmesi şeklinde; sesin notaya dökülebilmesi veya kaydının yapılabilmesi, sonogramla veya nota ile gösterilen sesin kaydedilmesi şeklinde; grafikte gösterilmesi ile birlikte kaydedilmiş halinin de olması gerektiği şeklinde olmasına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır<sup>321</sup>. Burada sesin nota ile gösterilmesi ile somut ayırt edicilik, sesin kayıt altına alınması ile soyut ayırt edicilik sağlanmış olmaktadır. Ses işaretinin marka olarak TPMK ya ses markası başvurusunda bulunurken; sesin nota ile gösterilerek, sese ait özellikleri gösterir şekilde düzenlenmiş grafik gösterimin ve bu sesi dinlemeye elverişli şekilde kaydının sunulması gerekmektedir. Ancak ses markasına ilişkin tescil taleplerinin online olarak TPMK yapılması da mümkün olduğundan, sesin grafiksel bakımdan gösterilme sorunu teknolojinin ilerlemesi ile birlikte çözülmüştür<sup>322</sup>.

#### 2.4.1.1.7. Kokunun Marka Olarak Tescili

Kokuların marka olarak tescili hususu tüm dünyada doksanlı yıllardan beri tartışma konusudur<sup>323</sup>. ABD gibi bazı ülkelerde kokular marka olarak tescil edilebilmektedir<sup>324</sup>. OHIM, "taze çim kokusunu" tenis topları için koku markası olarak kabul ederken, "olgunlaşmamış çilek kokusunu" grafik ile gösterilmediğinden, "tarçın kokusunu" tanıdık ve ayırt edici bulunduğundan dolayı koku markası olarak kabul etmemiştir. ABAD "*Sieckmann*" kararında, kokuların, marka olarak tescil edilmeleri için grafikte, çizimle resmedilebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme şartlarını taşımasını, bu konudaki başvuruların açık ve kesin olmasını, kendi içerisinde bir bütün oluşturmasını, kolay ulaşılabilir olmasını, anlaşılır olmasını, zamanla bozulmamasını ve nesnel nitelik taşımasını aramaktadır. Bu nedenle ABAD, her ne kadar kokuların marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmiş ise de

<sup>321</sup>Sonogram; ses yazımı, bir sesin farklı frekanslarındaki enerji dağılımını gösteren grafik; bir ultrason incelemesi sırasında yansıtılan ses dalgaları tarafından üretilen görsel sunum anlamına gelmektedir. <https://www.nedirnedemek.com/sonogram-ne-demek> (erişim tarihi; 17/03/2019).

<sup>322</sup>Ayrıntılı bilgi için bk. İmirlioğlu, 2018:82.vd.; Çolak, 2014:75-76

<sup>323</sup>Çağlar, 2015: 22.

<sup>324</sup>ABD' de, "dikişi ipliği ve nakış ipliklerinde", "erik çiçeğini" anımsatan kokunun kullanım nedeniyle ayırt edicilik niteliğe sahip olduğu, marka fonksiyonunu gördüğünü değerlendirerek tescil edilmesine karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bk. İmirlioğlu, 2018: 9.

belirlediği bu kriterler ile kokuların tescilini imkansız hale getirmiştir<sup>325</sup>.

Marka olabilecek işaretler içerisinde SMK m. 4' te kokular, açıkça belirtilmemiş ise de ayırt edici nitelikte olmaları ve sicilde açık ve kesin olarak gösterilebilmesi halinde tescil edilebilmektedir. Kokuların tescili için kimyasal bir formülle ifade edilmesi gerekmektedir. Kokuların, sözcük ve şekil markalarına nazaran açık ve net şekilde gösterimi daha zor olup ayırt edici niteliği daha zayıftır. Bu nedenlerle marka olarak tescili de daha güçtür. Fakat teknolojik gelişmelerin getireceği kolaylıkla birlikte geleneksel nitelikte olmayan koku markalarının tescil talebinin artması mümkündür<sup>326</sup>. Koku markalarının tescilinin kabul edilmesi halinde, bu markalara yönelik itiraz veya ihlal iddialarının nasıl değerlendirileceği hususu belirsizdir. İngiltere de tescil edilen koku markaları azdır. Bunlara örnek olarak otomobil lastikleri için, “gülleri hatırlatan çiçek kokusu” verilebilir<sup>327</sup> Parfümlerin, koku markası olarak tescili AB, İngiltere, ABD, ABAD kararlarında mala asli değerini vermesi nedeniyle mümkün değildir. Nitekim ADAB, “Chanel No5” başvurusunu bu nedenle reddetmiştir. Doktrinde de aynı düşünceyle parfüm kokusunun, bizatihi kendisinin haksız rekabet hükümlerine göre korunması gerektiğini ifade eden görüşler bulunmakla birlikte tanınmış parfümlerin ekonomik değere sahip olmaları ve bu nedenle marka olarak tescil edilmesini kabul eden görüşler de mevcuttur. Parfüm adlarının taklit edilmesi halinde marka hukuku bakımından değerlendirme yapılarak sorunun çözülmesi mümkünse de kokunun taklidi halinde sorunun nasıl çözüleceği hususu tartışma konusudur<sup>328</sup>.

#### 2.4.1.1.8. Hareketli Markaların Tescili

Doğal hareketlerin, seri fotoğraf veya resimlerin grafiksel şekilde uyumlu veya birbirini tamamlayıcı olarak oluşturulmasıyla meydana gelen hareketler, hareket markalarını oluşturmaktadır. Metro Golwyn Mayer şirketinin tescil ettirmiş olduğu “*kükreyen aslan*” markası hem ses markası hem de hareket markasına örnek verilebilir<sup>329</sup>. Ayrıca “*windows*” logosu da hareketli markalara örnek olarak verilebilir. Hareket markalarının tescilinde de soyut ayırt edici özelliğe sahip olması, bütünlük arz etmesi, hatırlanması ya da insan zihninde yer edinmesi aranır. OHIM “*akan kırmızı sıvı*” kararında, hareketin grafik örneğinde temsil

<sup>325</sup>Çağlar, 2015: 22-23; Çolak, 2014: 78.

<sup>326</sup>Güneş, 2018: 48; Çolak, 2014: 77; Ayhan vd., 2010: 174.

<sup>327</sup>Çolak, 2014: 78-79.

<sup>328</sup>İmirlioğlu, 2018: 91-99.

<sup>329</sup>Çağlar, 2015: 23-24; Çolak, 2014: 84.



edildiğini, bu gösterimin açık, net, kesin, somut anlaşılabilirliğini belirterek tescilini kabul etmiştir. OHİM hareket markalarının anlaşılabilirliğine ilişkin fazladan zihinsel çaba harcanması halinde tescil talebini reddetmektedir<sup>330</sup>. Hukukumuzda hareketlerin marka olarak tescil edilmesi mümkün olmakla birlikte tescil başvurusunun nasıl yapılacağı marka inceleme kılavuzunda düzenlenmiştir. Alman Patent ve Marka Dairesinin “*koşan adam (laufende person)*” kararında hareketlerin gösterilmesi yeterli bulunmuş, sözlü olarak açıklanmaması tescil engeli olarak kabul edilmemiştir. OHİM “*ellerin birbirine kavuşması*” kararıyla Nokia Corporation’un (Nokia Şirketi’ nin) tescil talebini kabul etmiştir<sup>331</sup>.

#### 2.4.1.1.9. Tatların Marka Olarak Tescili

Tatların marka olarak tescil edilmesi konusu, kokularda olduğu gibi doktrinde tartışmalıdır. *Karasu*’ya göre tatların, kokular için aranan şartları taşıması halinde tescili mümkün olmaktadır<sup>332</sup>. *Karahan*’a göre ise tatlar kişiye göre değişiklik arz edebileceğinden marka olarak tescili kabul edilmemelidir<sup>333</sup>. *İmirlioğlu*’na göre tatların marka olabilmesi için ayırt edici nitelikte bulunma ve sicilde açık ve kesin şekilde ifade edilme kriterlerini sağlama ve bu şartları sürdürmesi söz konusu olmadığından tescili de mümkün değildir<sup>334</sup>. Uygulamada TPMK, OHİM, ABAD tat markalarının tescilini, tescil başvurusunun grafikte gösterilmesinin mümkün olmaması nedeniyle reddetmiştir. Benelüks ülkelerinde tat markasının tescilini kabul edilmektedir. Nitekim “*meyan kökü tadının*” yazılı şekilde açıklanmasını da dikkate alınarak kağıt ve basılı yayınlar için marka başvurusu talebi kabul edilmiştir<sup>335</sup>.

#### 2.4.1.1.10. Fotoğraf, Resim ve Diğer Fikri Mülkiyet Hakları

Marka olarak kişiler kendi adları ve soyadları dışında da kendilerine ait fotoğrafların telif haklarının, fikri mülkiyet haklarının da tescilini talep edebilmektedir<sup>336</sup>. Yukarıda adım marka olarak tesciline ilişkin yaptığımız açıklamalar bu haklar bakımından da geçerlidir.

<sup>330</sup>İmirlioğlu, 2018: 105-106.

<sup>331</sup>Karasu vd., 2018: 168-169.

<sup>332</sup>Karasu vd., 2018: 169; Aynı yönde görüş için bk. Çolak, 2014: 79; Çağlar, 2015: 23; Ayhan vd., 2010: 174.

<sup>333</sup>Karahan vd., 2009: 146.

<sup>334</sup>İmirlioğlu, 2018: 100.

<sup>335</sup>İmirlioğlu, 2018: 100.

<sup>336</sup>Karahan vd., 2009: 145.

#### 2.4.2. Ayırt Edici Niteliğe Sahip Olmayan İşaretler

Ayırt edicilik, marka olarak tescil edilmek istenen işarete bulunması gereken temel özellik ve belirleyici fonksiyondur<sup>337</sup>. Aynı zamanda da bir işaretin marka olarak tescil edilmesi için aranan en önemli unsur ayırt edici niteliğidir. Bu özellik sayesinde tüketiciler, bir işletmenin mal veya hizmetini diğerinden ayrılabilir.

Ayırt edicilik, kendi içerisinde soyut ayırt edicilik ve somut ayırt edicilik olarak ikiye ayrılmaktadır. SMK ile ilk kez yasada soyut ve somut ayırt edicilik ayrımı yapılarak soyut ayırt edicilik SMK 5. maddenin "a" bendinde, somut ayırt edicilik aynı maddenin "b" bendinde mutlak red nedeni olarak düzenlenmiştir. Soyut ayırt edicilik bir işaretin marka olabilmesi için, herhangi bir mal veya hizmet ile irtibatlandırılmadan bulunması gereken, marka olabilme şartıyken; somut ayırt edicilik işaretin tescil talep edilen mal veya hizmet yönünden ayırt edici niteliğinin bulunup bulunmadığına ilişkin tescil edilebilirlik şartıdır<sup>338</sup>. Marka başvurusunun ayırt edici niteliği yoksa marka olarak tescil edilmemektedir<sup>339</sup>. Mutlak red nedenlerinden biri olarak bu bendi düzenlemenin amacı, somut ayırt ediciliğe sahip olmayan ve marka olarak tescil edilmek istenen işaretlerin tescili halinde ticaretteki rekabetin bozulmasını, tüketicilerin zarar görmesini ve iltibas engellemektir<sup>340</sup>.

Ayırt ediciliğin tespiti her olayın özelliğine göre değişmektedir. Bu tespit yapılırken somut olayın özelliğine göre marka işaretinin bütünlüğü dikkate alındığı gibi, marka işaretinin esas unsuru da dikkate alınmaktadır. Ayırt edici niteliğin tespitinde, marka da kullanılan işaretin malın zorunlu unsuru olup olmadığı, mal veya hizmetler yönünden tanımlayıcı olup olmadığı, çok anlamlı olup olmadığı, grametik veya fonetik eşdeğeri olup olmadığı başlangıçtan beri ayırt edilip edilmediği, kullanım yoluyla sonradan ayırt edici hale gelip

<sup>337</sup>Y. 11. HD., 09.10.2006, E. 2005/9358, K. 2006/9912 sayılı kararında, tescil istenen işaretin üç renkten oluşan renk kompozisyonu olduğunu, bu işaretin bütün olarak bıraktığı izlenimin dikkate alınması gerektiğini, bu izlenim sonucundan da işaretin özel olarak tasarlandığı, sıradan bir düşünce ürünü olmadığı ve ayırt edici niteliğinin bulunduğu açık olduğunu kabul etmiştir (Karahana vd., 2016: 24). Y. 11. HD., 24.04.2008, E. 2007/9459, K. 2008/5488 sayılı kararında, "Arkeoatlas" işaretinin marka olarak tescil talebine ilişkin açılan davada ilk derece mahkemesince verilen kararı, bu işaretin ayırt edici nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkin bilirkişi kurulunda işin teknik yönü konusunda arkeoloji uzmanının yer almaması nedeniyle bozmuştur (Noyan ve Güneş, 2015: 233-234).

<sup>338</sup>Yargıtay "FREE TV kararında", mülga 556 sayılı KHK 'nın 7/(son) fıkrasındaki "kullanımla ayırt edicilik kazanılması" içeriğinin, mülga KHK'nin 5. maddesinde belirtilen bir işaretin marka olarak tescil edilmesi için gereken "ayırt edicilik" içeriğinden farklı olduğunu kabul etmiştir (Y. 11. HD., 28.01.2008, E. 2006/13826, K. 2008/588) (Şahinler Baykara vd., 2018:39 ). Yargıtay, çikolata kaplamalı ürün görünümündeki işaretin soyut ayırt ediciliğinin olmadığını kabul etmiştir (11. HD., 24.06.2013, E. 2012/16083, K. 2013/13074) (Çolak, 2014: 25).

<sup>339</sup>Karasu vd., 2018: 160; İmirlioğlu, 2018: 24; Çağlar, 2015:12; Güneş, 2018: 73; Çolak, 2014: 24.

<sup>340</sup>SMK 5/1-a maddesinin gerekçesi; Çolak, 2014: 111.

gelmediği, anlamsal gücü, karıştırılma ihtimali vb. özellikleri dikkate alınmaktadır<sup>341</sup>. Örneğin “abcd” harflerinin anlamsal bir bütünlüğü ve soyut ayırt edici niteliği bulunmamaktadır. Bu işaretin sürekli kullanılması suretiyle sonradan ayırt edici nitelik kazanması da mümkün değildir. Ayrıca işaretin tescili halinde bu harfler üzerinde tescil talebi kabul edilen marka sahibine tekel hakkı verilmiş olmakta, bu harflerin tali veya yardımcı unsur ile kombinasyonları halinde daha sonraki tescil başvuruları yönünden de karıştırılma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bu işaretlerin tescil talebi SMK m. 5/1-a uyarınca reddedilmelidir<sup>342</sup>. Ayırt ediciliğin tespitinde aranan unsurlar, sözcük, şekil, ses, slogan markaları bakımından farklılık arz etmemektedir<sup>343</sup>. Marka hukuku anlamında bir işaretin ayırt edici olabilmesi için orijinal olması şartı aranmamaktadır. Ancak işaretin orijinal olması halinde ayırt ediciliğinin kuvvetli olduğu kabul edilmektedir<sup>344</sup>. Herkes tarafından günlük hayatta veya ticaret alanında kullanılan kelimelerin, sözcüklerin, görsel işaretlerin, cins, vasıf, değer, kalite, vb. belirten işaretlerin ayırt edici niteliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte marka olarak kullanılan işaretin, o mal veya hizmetin satın alınması aşamasından sonra fark edilmesi halinde (örneğin, şişenin mantarı üzerinde yer alan ve ancak şişenin açılmasından sonra görülebilen bir işaretle olduğu gibi) bu işaretin mal veya hizmete ayırt ediciliği nitelik sağlaması mümkün olmadığından marka olarak tescili mümkün değildir<sup>345</sup>.

Ayırt edici niteliğe ilişkin genel açıklamalardan sonra bu başlık altında değinmek istediğimiz konu markaların somut ayırt edici niteliğidir. Daha öncede ifade ettiğimiz üzere somut ayırt edicilik SMK m. 5/1-b'de düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken, Sanayi

<sup>341</sup> Ayırt ediciliğin tespitindeki örnek olarak belirtilen kriterler yönünden bk. İmirlioğlu, 2018:14 vd.; OHIM, ayırt edici markanın, toplumun ilgili kesiminde ne şekilde algılandığı ve ilgili mal veya hizmete göre değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir (Çolak, 2014: 23). "FISH!", "TAZZE", "FRESHH" sözcüklerinin gıda maddeleri ya da lokantalar yönünden grametik anlamlarından ayrılarak ayırt edici nitelik kazanmadıklarından tescili mümkün değildir (Çolak, 2014: 31); "Elektrix ile Elektriks" elektrik hizmetleri için, "PHİLL THE CAT ile FİLL THE CAT" evcil hayvan gıdaları için görsel ve işitsel olarak benzer olmaları ve aynı zamanda tanımlayıcı nitelikte olmaları nedeniyle tescil edilmemiştir (Çolak, 2014: 31).

<sup>342</sup> Yargıtay, dava konusu üç boyutlu şekil markasının davacıya ait kahve makinesinde kullanılan kahve kapsülü biçimindeki görüntüsünün dört ayrı şekil halindeki çözümünden ibaret olduğunu ve söz konusu biçimlerin ayırt edicilik unsuruna sahip olduğunu kabul etmiştir (Y. 11 HD., 23.02.2006, E.2005/15183, K. 2006/1792) (Şahinler Baykara vd., 2018: 43-44) Güneş'e göre ayırt edicilik işlevi, tüketici ve üreticiler için önemli olduğu gibi, rakabet düzeninin korunması bakımından kamu için de önemlidir (Güneş, 2018:74).

<sup>343</sup> Çolak, 2014: 24.

<sup>344</sup> OHIM "MULTI 2'N I" kararında, çeşitli ev aletleri ve parçaları için marka başvurusunu "espirili yaratıcı" olmadığını belirterek reddetmiştir. Ulusal mevzuatımızda yaratıcı veya orijinal nitelik diğer fikri mülkiyet haklarının değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır. (Noyan ve Güneş 2015:134)

<sup>345</sup> Gürsoy, 2005: 8; Arıkan, 1997: 73, Noyan ve Güneş, 2015: 133; "marka, süper, mükemmel, ekstra, ultra, euro ve kalite" gibi sözcükler soyut ayırt edici özellik taşımadığı için hiçbir mal veya hizmet için marka olarak tescil edilemezler (Çağlar, 2015:12).

Ticaret Enerji Tabii Kaynaklar Bilgi ve Teknoloji Alt Komisyonunda somut ayırt ediciliği vurgulanmak için “*tescil ettirmek istenen mal veya hizmet için*” ifadesinin eklenmesi gerektiği değerlendirilmiş ise de hükmün madde gerekçesinde “*ilgili mal ve hizmetler için uygulanacağı*” şeklindeki düzenleme ile yetinilerek AB Marka Direktif ve Tüzüğüne benzer şekilde ve diğer bentler ile yeknesaklığın sağlanması amacıyla ekleme yapılmadan bendin mevcut hali korunmuştur<sup>346</sup>. Somut ayırt ediciliğin düzenlenmesine ilişkin doktrinde, İmirlioğlu, “madde gerekçesinde yapılan somut ayırt edicilik vurgusunun uygulamada herhangi bir tereddüte yol açmasını önleyebilmek için ilgili bendin “*tescil ettirmek istenen mal veya hizmet için herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler*” ya da “*somut ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler*” şeklinde ifade edilmesinin daha uygun olacağını ifade etmiştir<sup>347</sup>. Karasu da benzer şekilde düşünmektedir<sup>348</sup>.

Soyut ayırt ediciliğe sahip olup somut ayırt ediciliğe sahip olmayan işaretlerin her ne kadar tescil edilmesi mutlak red nedeni olarak düzenlenmiş ise de SMK m.5/2' de bu nedene istisna getirilmiştir. Bunun nedeni, tescil başvurusundan önce harcanan emek, gösterilen çaba, yapılan yatırım ya da lansman ile markanın, tescil edilmek istenen mal veya hizmetler yönünden markasal olarak tanıtımının mümkün olmasıdır. Somut ayırt edicilik bakımından değerlendirme yapılırken, markanın kullanım süresi, bu süre içerisinde ilgili mal veya hizmeti kullanan ya da bundan faydalanan kesimde tescil edilmek istenen işaretin, ilgili mal veya hizmet yönünden çağrışım yapıp yapmaması, bu çağrışımın ayırt edicilik nitelik bakımından yeterli olup olmadığı hususlarına dikkat edilmektedir. Yapılan değerlendirme sonucunda somut ayırt ediciliğin kazanıldığı kabul edilirse marka başvurusu SMK m. 5/2 uyarınca SMK m. 5/1-b gösterilerek reddedilemeyecektir. Örneğin “H” harfinin standart yazımı dışında yazımının, soyut ayırt ediciliğinin olmasına rağmen, somut ayırt edici niteliği yoktur. Ancak bu harfin standart dışı yazım şekli sürekli ve yoğun olarak kullanımı sonucu Honda ve Hyundai marka araçlarda, Halk bankasında marka olarak tescili kabul edilmiştir. SMK m. 5/2' de, SMK m.5/1-b'ye atıf yapılması ile mülga 556 sayılı KHK dönemindeki doktrinsel tartışmalara son verilmiş ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ile 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi ile de uyum sağlanmıştır.

Marka başvurusundan somut ayırt edici niteliğinin bulunmamasına rağmen Kurum

<sup>346</sup>Şahinler Baykara vd., 2018: 39.

<sup>347</sup>İmirlioğlu, 2018: 109.

<sup>348</sup>Karasu vd., 2018: 174.

tarafından tescilinin yapılması durumunda, bu markaya karşı hükümsüzlük davası açılabilir. Ancak, hükümsüzlük talebinden önce markanın somut ayırt edici nitelik kazanması halinde SMK m. 25/4 fıkrası uyarınca hükümsüzlük talebi reddedilecektir.

OHİM, “ORGANIC ESSENTIALS” kararında marka teriminin tanımlayıcı niteliğini, kabul etmekle birlikte tescil konusunu oluşturan tamponlar ve pamuk topları yönünde tanımlayıcı olmadığını kabul ederek tescil başvurusunu onaylamıştır. Marka olabilecek işaretler belirlenirken somut ayırt özellik yönünden tescil ettirmek istenen mal veya hizmeti tanımlayıcı nitelikte olmamasına, bu mal veya hizmetin cins, çeşit, kalite, vasıf, amacını bildirmeyici nitelikte olmasına dikkat edilmelidir. Örneğin “*poison*” ibaresi ilaç markası olarak zehirleme etkisi bakımından tanımlayıcı ise de parfümler bakımından tanımlayıcı olmadığından tescili mümkündür<sup>349</sup>.

#### 2.4.3. Tanımlayıcı (Tasviri – Serbest ) İşaretler

SMK m. 5/1- c bendinde, “ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler” mutlak red nedeni olarak düzenlenmiştir. Benzer içerikli düzenleme mülga 556 sayılı KHK’de de bulunmaktadır. Bu düzenleme ile ticaret alanında faaliyet gösteren kişilerin kullanımına açık işaretleri, münhasır ya da esas unsur olarak içeren markanın tescil edilerek, bu işaretlerin tek bir kişinin tekeline verilmesi engellenerek rekabet ortamının korunması ve kamu yararının sağlanması amaçlanmaktadır<sup>350</sup>. Bununla birlikte marka tesciline konu işaretin, tescil edilmek istenen mal veya hizmetle ilgili

<sup>349</sup>Güneş, 2018: 74; Yargıtay, “*malın cinsi ya da çeşidini gösteren sözcük ve resmin marka olarak tescilini, bu işaretin doğrudan doğruya ve özel bir zihni çabaya gerek duyulmaksızın mal veya hizmetin kendisini ya da türünü ifade ettiği hallerde*” yasaklanması gerektiğini değerlendirmiştir (Y. 11.HD., 02.06.2006, E. 2005/11110, K. 2006/12362) (Şahinler Baykara vd., 2018: 44); Yargıtay, marka olarak tescil ettirmek istenen “*ERDOSTİN*” ibaresinin, aynı zamanda marka başvurusu yapılan ilaç etkin maddesi ile de aynı veya ayırt edilemeyecek derece benzer olması, tanımlayıcı ve vasıf gösteren bu özelliği, ürünlerin piyasada ferdileştirilerek teşhir edilemeyeceğini de değerlendirerek reddetmiştir (Y. 11. HD.,07.12.2010, E. 2009/5699, K. 2010/12631 (Şahinler Baykara vd., 2018: 43); Yargıtay “*TEK*” markasının tescilinden sonra “*TEK BOYA*” isimli sonraki tarihli marka başvurusunun tescil talebini, önceki marka ile kısmen benzerlik gösterdiğini, ancak diğer biçim ve sözcüklerin oluşturduğu genel izlenimin ortalama tüketiciler nezdinde anlaşılabilir hale geldiğini, her ikisinin özel ve özgün yazım şekliyle ayırt edilebileceğini ve teşhir edilebileceğini, sonraki başvuru sahibinin işareti kullandığı işletmesiyle özdeşleştirdiğini değerlendirerek kabul etmiştir (Y. 11. HD., 03.11.2014, E. 2014/9423, K. 2014/16568 (Şahinler Baykara vd., 2018: 43); Yargıtay “*TURKMALL*” kararın da bu ibarenin somut ayırt ediciliğinin bulunmadığını, ilgili sektörde kamunun kullanımına açık olması gerektiğini belirterek TPMK kararını uygun bulmuştur (Y. 11. HD., 29.04.2008, E. 2006/13579, K. 2008/5765) (Güneş, 2018: 78).

<sup>350</sup>Karasu vd., 2018: 175.

özellikleri içermesi suretiyle o mal veya hizmetle özdeşleşerek, ayırt edici niteliğini kaybetmesi ve mal ile markanın aynı olması engellenmektedir<sup>351</sup>. Ancak markanın SMK m. 5/2'de belirtildiği üzere tescil başvurusundan önce kullanılmak suretiyle başvuruya konu mal veya hizmetler yönünden ayırt edicilik kazanması halinde, tescil talebi SMK m. 5/1-c nedeniyle reddedilmektedir. Bu düzenleme ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ve 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi ile uyum sağlanmaktadır.

SMK m. 5/1.c bendindeki mutlak tescil engeli olan tanımlayıcı işaretin, markanın münhasır ya da esas unsuru olması gerektiğinden tanımlayıcı unsurun markanın yan unsuru olması halinde tescil engeli oluşmamaktadır<sup>352</sup>. Yargıtay “SELPK AQUA” kararıyla esas unsur ve tali unsur bakımından değerlendirmede bulunarak esas unsurun “SELPK” olduğunu ve tüketicinin bu unsura bakarak tercihte bulunacağını, “AQUA” ibaresinin su anlamında kullanıldığını tespit etmiş ve iki kelimedenden oluşan marka başvurusunu kabul etmiştir<sup>353</sup>. “COCA COLA” markasında “COLA” teriminin tanımlayıcı olması nedeniyle bu terim başka markalarda da kullanılabilir<sup>354</sup>.

<sup>351</sup>Meran, 2015: 92.

<sup>352</sup>Yargıtay “Pİ” kararında, bu markanın cins, amaç, karakteristik özellikte olmadığı; eğitim hizmetlerini de doğrudan tanımlayıcı nitelikte bulunmadığını değerlendirmek suretiyle tescil edilmesini kabul etmiştir (Y. 11. HD., 17.04.2014, E. 2013/17900, K. 2014/7634) (Şahinler Baykara vd., 2018: 43). Yargıtay “UYKUDAN ÖNCE” kararında, marka olarak tescil edilmek istenen terimin tanımlayıcı nitelikte olmaması dolaylı olarak ima içermesi nedeniyle tescil edilmesini kabul etmiştir (Y. 11. HD., 08.12.2009, E. 2008/3167, K. 2009/12638). Yargıtay “ARMOLA” kararında, bu terimin İzmir İli Torbalı İlçesi yöresine ait peynir çeşidi olarak tanınması nedeniyle süt ve süt ürünleri sınıfına yapılan tescili yönünden açılan hükümsüzlük davasında markanın kısmen terki şeklinde karar vermiştir (Y. 11. HD., 12.12.2013, E. 2013/7287, K. 2013/22774). Yargıtay “VRLA+ şekil” kararında, VRLA teriminin yabancı sözcüklerin baş harflerinden meydana gelen “bakım istemeyen, kuru akü” anlamında olduğunu ve bu anlamın tescil edilen bir kısım malların işlevi yönünden tanımlayıcı nitelikte olduğunu belirterek hükümsüzlük davası kısmen kabul etmiştir (Y. 11. HD., 15.10.2014, E. 2014/8790, K. 2014/15635). Yargıtay “SATEN” kararında, markanın jenerik yani tanımlayıcı hale gelmesini tek başına yeterli görmemekte buna ilave olarak markanın terkinin için marka sahibinin hatalı davranışlarının olması gerektiğini belirtmektedir (Y. 11. HD., 22.06.2015, E. 2015/2049, K. 2015/8616). Yargıtay “CİBALİ” kararında, bu terimin semt adı olması ile müstakil olarak marka olamayacağını kabul etmektedir (Y. 11. HD., 27.05.2010, E. 2009/374, K. 2010/6001). Yargıtay “MENTOR” kararında, bu terimin danışmanlık hizmetleri bakımından tanımlayıcı nitelikte olduğunu kabul edilmektedir (Y. 11. HD., 19.03.2010, E. 2010/1464, K. 2010/3040). Yargıtay “TAX FREE SHOPPING” kararında bu terimin finansal hizmetler bakımından tanımlayıcı nitelikte olduğunu kabul etmektedir (Y. 11. HD., 07.10.2008, E. 2007/2931, K. 2008/10789) Yargıtay “COCA- COLA ZERO” kararında, “ZERO” teriminin tasviri olup tanımlayıcı nitelikte bulunduğunu, ayırt edici niteliğinin zayıf olduğunu, kullanım süresi bakımından hedef tüketici kesimi tarafından ayırt edici niteliğinin oluşmadığını değerlendirerek ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu TPMK kararının iptali kararını onamıştır (Y. 11. HD., 17.09.2013, E.2012/2652, K. 2013/15909). Yargıtay “SKYTURK” kararında, ilk derece mahkemesinin SKYTURK” markasına ilişkin reklam gelirleri, izlenme oranlarının 2004 tarihi ile önceki tarihler bakımından kullanım ile ayırt edici özellik kazanma açısından yeterli düzeyde bulunmadığını, tüketiciler bakımından ayırt ediciliğin oluşmadığı, değerlendirilmesi sonucunda verilen davanın reddi kararını onamıştır (Y. 11. HD., 21.10.2013, E. 2012/5066, K. 2013/18343) (Güneş, 2018: 74 vd.). Benzer yönde kararlar için bk. Çolak, 2014: 123 vd.

<sup>353</sup>İmirlioğlu, 2018: 110.

<sup>354</sup>Çolak, 2014: 126.

Marka başvurusunun, mal veya hizmet sınıflarında tescil edilmek istenen bir kısım alt sınıflar yönünden, tanımlayıcı nitelikte olması halinde ayırt edici niteliği bulunmadığından, marka başvurusu bu kısım mal veya hizmet sınıfı için tescil edilmezken, bunun dışında kalan mal veya hizmet sınıfları yönünden tescil edilebilir<sup>355</sup>. Nitekim Yargıtay “ÇAY KEYFİ” kararında, başvurunun 30. sınıf yönünden tanımlayıcı nitelikte olmadığını, 30. sınıfın 11. alt sınıfı bakımından tanımlayıcı nitelikte olduğunu değerlendirerek kısmen hükümsüzlük kararı vermiştir<sup>356</sup>.

Markanın tanımlayıcı nitelikte olmasına rağmen, tescile konu işareti tanımlamaması, mal veya hizmeti çağrıştırması halinde SMK m. 5/1-c kapsamında tescil engeli oluşmaz. Ayırt edici nitelik belirlenirken, tescil başvurusundan önce harcanan emek, çaba, yapılan yatırım veya lansman, markanın mal veya hizmetle birlikte kullanılması ve kullanım süresi, bu süre içerisinde markanın ilgili mal veya hizmetler yönünden çağrışım yapıp yapmaması, çağrışım yapılması halinde ayırt edici niteliğin elde edildiğinin kabulü için yeterli olup olmaması hususları dikkate alınmaktadır. Ancak tescil engelinden kaçınmak amacıyla bir ürünün işlevini yahut başka özelliğini tanımlayıcı nitelikteki sözcüklerin kısaltılmaları suretiyle tescil talebinde bulunulması, tanımlayıcı nitelikteki sözcüklerin birleşmesi ile oluşan işaretin de tescil edilmek istenen mal veya hizmetler yönünden tanımlayıcı nitelikte olması, toplumun belirli bir kesimince anlamı bilindiği kabul edilen tanımlayıcı özellikteki yabancı sözcükler için tescil talebinde bulunulması, başvuru tarihinde tanımlayıcı özelliği bulunmamakla birlikte ileri tarihte tanımlayıcı şekilde kullanılabilme ihtimalinin bulunması, markanın marka sahibinin davranışları sonucunda jenerikleşerek tescil edilen mal veya hizmetleri tanımlayıcı niteliğe ulaşması, coğrafi kaynak veya köken belirten terimlerin tescil talebinde bulunulan mal veya hizmetler yönünden tüketiciler nezdinde mallar için üretim, hizmetler için sağlanan yer bakımından ilişkilendirmeye neden olması, tanımlayıcılığı engellemek amacıyla harflerin yerinin değiştirilmesi, tescil edilmek istenen mal veya ham maddenin kalitesini gösteren terimlerin marka olarak tescili taleplerinde marka başvurusu reddedilir. Tanımlayıcı nitelikte marka başvurusu mutlak red nedenleri ile reddedilmemiş ise hükümsüzlük davasının

<sup>355</sup>YHGK'nin "KAPI PENCERE" kararında, marka başvurusunun kapı pencere şeklinde olduğu, bu marka başvurusunun tescil edilmek istenildiği 09 ve 16.06 mal sınıflarındaki basılı evrak, basılı yayınlar, gazeteler, dergiler, vb., diskette rehber, manyetik ortamda rehber, internette rehber, cd, vb. emtiası yönünden özel ve zihni çabaya gerektirmeden doğrudan mal ile sıkı ilişki kurmasını, tanımlayıcı olmasını ve mülga 556 sayılı KHK'nin m. 7/1-c uyarınca tescil engelini bulunması birlikte değerlendirilerek ilk derece mahkemesinin direnme kararını onamıştır (Y. HGK., 24.12.2008, E. 2008/11-775, K. 2008/753) (Çolak, 2014: 127).

<sup>356</sup>Y. 11. HD., 29.12.2004, E. 2004/3533, K. 2004/13015 (İmirlioğlu, 2018: 111; Çolak, 2014: 126).

konusunu oluşturur<sup>357</sup>. Ancak hükümsüzlük talebinden önce tescil edildiği mal veya hizmetler yönünden ayırt edici nitelik kazananmışsa SMK m. 25/4 uyarınca hükümsüzlük talebi kabul edilmeyecektir.

“Telefon” ile “dizel” ibareleri her ne kadar tanımlayıcı nitelikte iseler de “telefon” ibaresinin sigara ürünleri için, “dizel” ibaresinin elbise emtiaları için tanımlayıcı nitelikte bulunmadığından bu ibarelerin bu mallar için tescili mümkündür. Coğrafi yerler bakımından bu yerlerin bilinen yer olup olmadığı, tescil edilmek istenen mal veya hizmetin bu yerde üretilen, bu yerlerde bilinen, tanınan nitelikte olup olmadığı, ileride böyle bir bağlantının sağlanıp sağlanmayacağı değerlendirilmek suretiyle, bu nitelikte olmayan mal veya hizmetler bakımından tescil talebi kabulü edilir. Örneğin zeytin ürünü için “Ankara Zeytinyağı” markasında Ankara ilinin zeytinyağı üretimi bakımından tanınmadığından buradaki coğrafi yer kullanımı bakımından tanımlayıcı niteliği bulunmamaktadır<sup>358</sup>.

TPE Marka inceleme kılavuzunda tanımlayıcı işaretin tespiti için üç unsur aranmaktadır. Bunlar genel itibariyle mal veya hizmet ile marka başvurusuna konu işaret arasında özel ve doğrudan bağlantının olabilmesi, işaretin düşünmeye gerek olmadan mal veya hizmetle çağrışım yapabilmesi ve ilgili mal veya hizmetin alıcı ya da tüketici kesiminin de düşünmeye çaba harcamadan bu bağlantıyı derhal kavrayabilmesi gerekmektedir<sup>359</sup>.

ABAD tanımlayıcı nitelikteki işaretlerin, marka olarak tescili için bu işaretlerin tescil edilmek istenen mal veya hizmetler yönünden ticari işaret şeklinde ve ayırt edici biçimde kullanımın varlığı ve önemli miktarda tüketici kesimi tarafından tescil edilmek istenen işaret ile tescil ettirilmek istenen mal veya hizmetlerin özdeşleştirilmesini aramaktadır<sup>360</sup>. Bu tür başvurularda anket sonuçları ayırt edicilik oranının belirlenmesi bakımından delil olarak kullanılabilir. Tescil edilmek istenen işaretin, tescil edilmek istenen ürünün meydana gelmesi için zorunlu unsuru olması halinde tescili mümkün olmamaktadır. ABAD, “TRUSTLINK” kararında, işaretin tanımlayıcılığını somut, doğrudan ve başka bir çağrışım yapmadan olması gerektiğini kabul etmiştir<sup>361</sup>. ABAD, “DOUBLEMINT” kararında, “çift naneli” teriminin tescil edilmek istenen sakız malları için tanımlayıcı olduğu belirtmek

<sup>357</sup>Güneş, 2018: 74 vd.; Çolak, 2014: 123-124.

<sup>358</sup>Meran, 2015: 92; Çolak, 2014: 132.

<sup>359</sup>İmirlioğlu, 2018: 112 vd.

<sup>360</sup>İmirlioğlu, 2018: 113.

<sup>361</sup>Çolak, 2014: 123-124; İmirlioğlu, 2018: 118.



suretiyle ilk derece mahkeme kararını geri çevirmiştir<sup>362</sup>. ABAD “BABY- DRY” kararında, iki heceli terimin tüketiciler bakımından tescil edilmek istenen mallar bakımından tanımlayıcı nitelikte kullanılmadığını değerlendirerek, bu terimin gündelik hayatta tescil edilmek istenen mal veya hizmet bakımından tüketiciler nezdinde farklı bir kullanımının olduğunun ispatlanmasını gerektiğini aramaktadır<sup>363</sup>. ABAD “HAVE A BREAK( bir mola ver)” kararında, bu terimin hitap edilen kesimce mal ve hizmetin hangi işletmeden geldiğine ilişkin teşhis fonksiyonun olduğunu kabul etmektedir<sup>364</sup>. Gerek Yargıtay gerekse ABAD ayırt edici niteliğin belirlenmesinde tescil edilmek istenen mal veya hizmet ile ilgili kesimin görüşünün dikkate alınmaktadır. Bu kesim ortalama tüketici kesiminden oluşabileceği gibi doktor, eczacı gibi kesimlerden de oluşabilir<sup>365</sup>.

Marka başvurusuna konu işaretin tanımlayıcı niteliği ile birlikte benzer olması halinde tanımlayıcı niteliğin mutlak red sebebi, benzerlik niteliğinin nispi red sebebi olması nedeniyle mutlak red sebebinin varlığı halinde marka başvurusunun bu nedenle reddedilebileceğinden ayrıca nispi red sebepleri yönünden incelenmesine gerek bulunmamaktadır<sup>366</sup>.

Renklerin tanımlayıcılığına yönelik, rengin soyut ayırt edici niteliğine ilişkin yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

#### **2.4.4. Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer Olan Markalar**

##### **2.4.4.1. Genel Olarak**

Öncelik ilkesinin ve markanın kaynak gösterme fonksiyonunun bir yansıması olarak “*aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler*”in marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlenmektedir (SMK m. 5/-ç bendi). Bu bendin uygulanabilmesi için öncelikle, daha önceki tarihli marka tescil kararı ya da marka başvurusunun bulunması, benzerliğin hem tescil edilmek istenen mal veya hizmetler hem de sonraki marka işaret yönünden aynı veya ayırt edilemeyecek nitelikte bulunması gerekmektedir<sup>367</sup>. Mülga 556 sayılı KHK'de benzer hüküm yer almaktadır<sup>368</sup>. SMK m. 5/1-ç’

<sup>362</sup>Çolak, 2014: 129; Güneş, 2018: 75; Uzunallı, 2008: 111-112.

<sup>363</sup>Güneş, 2018: 75; İmirlioğlu, 2018:126; Uzunallı, 2008: 110 -111.

<sup>364</sup>Güneş, 2018: 87-88; Çolak, 2014: 123-124; Uzunallı, 2008: 121 vd.

<sup>365</sup>Güneş, 2018: 88.

<sup>366</sup>İmirlioğlu, 2018: 116.

<sup>367</sup>"Aynı veya aynı tür" olarak nitelendirilmeyen fakat birbirleri ile olan ilişkileri ve çeşitli bakımdan ortak özellikleri nedeniyle de farklı olarak da kabul edilmeyen mal veya hizmetlerin benzer oldukları kabul

nin mehzazını oluşturan AB Marka Direktifinde, bu bent nispi red nedenleri arasında düzenlenmektedir. Ayrıca Direktifte “aynılık” ile “benzerlik” kavramlarına yer verilirken “ayırt edilemeyecek kadar benzerlik” kavramına yer verilmemektedir<sup>369</sup>. Aynı sınıfta bulunmanın benzerliğe etkisi, SMK m.11/4'te, “mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmez.” şeklinde düzenlenmektedir.

Aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların, tescil engeli olmasına yönelik sınırlamanın istisnası SMK m.5/3'te düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca da sonraki tarihli marka başvurusunun aynı mal veya hizmetler yönünden tesciline, bu markanın önceki sahibinin noter onaylı muvafakatinin bulunması halinde engel olunamamaktadır.

Seri markaları daha önce açıklamıştık. Bu markaların tescil talebi ana markadan bağımsız olarak incelenmektedir. Seri markaların, önceki marka kapsamında yer alan mal veya hizmet sınıflar dışında kullanılarak markanın kapsamının genişletilmesinin istenmesi durumunda Yargıtay “POOTEEN” kararında belirttiği üzere, gerek mutlak red nedeni olarak SMK m.5/1-ç gerekse nispi red nedeni olarak SMK m. 6/1 kapsamında reddi mümkündür<sup>370</sup>.

#### 2.4.4.2. Aynılık ve Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzerlik Kavramları

“Aynılık” kavramı SMK ile mülga 556 sayılı KHK de açıklanmazken, mülga 551 sayılı Markalar Kanunu m.47/2'de açıklanmıştır. Marka İnceleme Kılavuzun da “karşılaştırılan işaretlerin özdeş, farksız, tıpatıp taklit, aynen veya birebir kopya olmaları” halinde aynı oldukları kabul edilmektedir. Bu nedenle çok küçük değişiklikler dahi “aynılık” olarak kabul edilmeme sonucu doğurmaktadır. Bu halde “ayırt edilemeyecek kadar benzerlik” kavramı açısından değerlendirme yapılması gerekmektedir. Doktrinde “aynılığın” tespitine ilişkin birebir benzerliğin olması, aralarında ufak dahi olsa farklılığın bulunmaması yönünde, görsel biçimdeki farklılıkların, markanın esas unsuru dikkate alındığında aynılığa engel olmayacağı yönünde, esas unsurda değişiklik yapılmadan işarete çok küçükte olsa yapılan

---

edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bk. Paslı, 2018:59 vd.

<sup>368</sup>Meran, 2015: 46.

<sup>369</sup>Güneş, 2018: 94; Yargıtay, "aynılığı", karşılaştırılan işaretlerin özdeş, birbirinden farksız, birebir aynı, taklit, vb. olması şeklinde, "ayırt edilemeyecek kadar benzerliği" ise karşılaştırılan işaretler arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal veya hizmet yönünden orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenimin önemsenmeyecek derecede düşük olması nedeniyle aynı işaretmiş gibi algılanması şeklinde tanımlamış ve kabul etmiştir (Y. 11. HD., 03/11/2011 E. 2011/8901 K. 2011/14835) (Şahinler Baykara vd., 2018: 43 )

<sup>370</sup>Y. 11. HD., 21.04.2010, E. 2008/8753, K. 2010/4383 (Çolak, 2014: 122).

değişikliğin aynılığa engel olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. OHİM de “aynılığın” tespiti konusunda markaların birebir aynı olmasını aramaktadır. ABAD, tüketicilerin markaları her zaman kıyaslama imkanının olmadığını, bu nedenle markanın “birebir aynı olması” ile “ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunmasını” “aynılık” kavramı için de değerlendirmektedir<sup>371</sup>.

Marka hukukumuzda “ayırt edilemeyecek kadar benzerlik” hakkında da SMK ile mülga 556 sayılı KHK'de açıklama bulunmamaktadır. “Benzerlik” ile “ayırt edilemeyecek kadar benzerlik” kavramları arasında farklılığı ortaya koyacak açık bir kriter bulunmamaktadır<sup>372</sup>. Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik kavramı, aynılık yönündeki değerlendirme de dikkate alınarak markada yapılabilecek çok küçük değişiklik olarak ifade etmek gerekir. Öyle ki, bu değişikliğin varlığına rağmen işaretin, ortalama tüketici üzerinde oluşturduğu algının her iki markanın aynı olduğu yönünde olması gerekmektedir. Bu nedenle iki marka yönünden ayrıca iltibas değerlendirmesine veya ek değerlendirme yapılmasına gerek bulunmamalıdır<sup>373</sup>. Ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin tespiti için tek unsurdan oluşan markaların bütününe, birden fazla unsurdan oluşan markaların esas unsuruna bakılmaktadır. Tali ya da yardımcı unsurlar dikkate alınmamaktadır. Sonraki tarihli marka başvurusuna konu işaretin ayırt ediciliği ne kadar yüksek olursa benzerlik de o ölçüde engellenmiş olunur. Bu değerlendirme yapılırken her somut olayın özelliğine bakmak ve benzerlik kavramını dar şekilde yorumlamak gerekmektedir. Nitekim Yargıtay “moschino-mischonos<sup>374</sup>”, “imaj-Imagine<sup>375</sup>”, “lacoste-lacoste<sup>376</sup>”, “flex- flex seramik<sup>377</sup>”, “orchestra-orkestra<sup>378</sup>”, “ep tv- ep<sup>379</sup>” markalarının ayırt edilemeyecek kadar benzer olduklarını kabul etmiştir<sup>380</sup>.

<sup>371</sup>İmirlioğlu, 2018: 143-144.

<sup>372</sup>Güneş, 2018: 93.

<sup>373</sup>Güneş, 2018: 103; Pahlı, 2018: 25.

<sup>374</sup>Y. 11. HD., 27.09.1999, E. 1999/5162, K. 1999/7136(İmirlioğlu, 2018: 145).

<sup>375</sup>Y. 11. HD., 08.05.2000, E. 2000/2917, K. 2000/2975 (İmirlioğlu, 2018: 145).

<sup>376</sup>Y. 11. HD., 15.04.2003, E. 2003/1565, K. 2003/3795 (İmirlioğlu, 2018: 145).

<sup>377</sup>Y. 11. HD., 21.02.2010, E. 2008/9084, K. 2010/617 (İmirlioğlu, 2018: 145; Çolak, 2015: 116 ).

<sup>378</sup>Y. 11. HD., 19.11.2012, E. 2011/12786, K. 2012/1842 (İmirlioğlu, 2018: 145; Çolak, 2015: 117 ).

<sup>379</sup>Y. 11. HD., 27.11.2012, E. 2011/13451, K. 2012/19185 (Çolak, 2014: 117).

<sup>380</sup>İmirlioğlu, 2018: 141 vd.; Çolak, 2014: 120; Yargıtay HGK “PIERRE CARDİN” kararında, yerel mahkemenin bu markanın “PIERRE CASSİ” markası ile görsel, işitsel veya anlamsal olarak benzer olmadığı, ortalama tüketicinin her iki markayı birbirinden ayırabileceği gerekçesiyle davanın reddi yönünde verdiği direnme kararını usul eksiklik nedeniyle yerinde görmemiştir.<sup>380</sup>( Y. HGK., 11.05.2011, E. 2011/11-242, K. 2011/307) (Meran, 2015: 46 vd.); Yargıtay "bir tacirin, salt benzer bir markayı tescil ettirmesinin de kötünuyet oluşturmayaacağına karar" vermiştir (Y. 11. HD., 21.12.2017, E. 2016/5426, K. 2017/7546) (Güneş, 2018: 103).

#### 2.4.4.3. Mutlak ve Nispi Red Nedenleri Bakımından Değerlendirme

SMK m.5/1-ç bendindeki hüküm benzer şekilde aynı zamanda nispi red nedeni olarak SMK m.6/1'de de korunmaktadır. Bu nedenle “aynılık” hem resen hem de itiraz üzerine dikkate alınmaktadır<sup>381</sup>. Bu düzenleme marka hukukunda kabul edilen öncelik ilkesinin yansımasıdır<sup>382</sup>.

Doktrinde “aynı markaların” mutlak ve nispi tescil engeli olarak düzenlenmesine ilişkin olarak bu düzenlemenin mutlak red nedeni olarak herkes tarafından ileri sürülebilmesi nedeniyle, nispi red nedeni olarak da kabul edilmesinin gereksiz olduğunu yönünde<sup>383</sup>, koruma konusu dikkate alınarak sadece nispi red nedenleri arasında yer verilmesi gerektiği yönünde<sup>384</sup>, özel mülkiyete ilişkin olması hasebiyle mutlak red nedeni olarak düzenlenmesinin abartılı olduğu yönünde<sup>385</sup> görüşler olduğu gibi, hak sahibinin menfaatinin korunması bakımından hem mutlak hem de nispi red nedenleri arasında düzenlenmesinin isabetli olduğu yönünde<sup>386</sup>, TPMK'nin takdir yetkisine ve şüpheyi sebebiyet vermemesi sebebiyle her iki tescil engeli arasında düzenlenmesinin yerinde olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır<sup>387</sup>. SMK m.5/1-ç'nin mehz mevzuatta nispi red nedeni olarak kabul edilmesi, SMK m. 17/1'de üçüncü kişilerin bu nedene dayanarak görüş bildirememeleri, markanın ciddi olarak kullanımına ilişkin SMK m. 9, SMK m. 19/2 ve sessiz kalma nedeniyle markanın hükümsüzlüğüne ilişkin SMK m. 25/6 düzenlenmeleri ve bu nedenin kamu düzeninden çok ilgili tarafın menfaatinin korunmasına ilişkin olması nedenleri ile sadece nispi red nedenleri arasında düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz.

TPMK tarafından “aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin” mutlak red nedeni olması nedeniyle talep olmadan resen incelemesi yapılırken, “benzerliğin” nispi red nedeni olması sebebiyle ilgili kişiler tarafından itiraz edilmesi halinde markalar arasında karıştırılma ihtimalinin ya da iltibasın olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmaktadır<sup>388</sup>. Karıştırılma ihtimali, ortalama tüketicinin algısında tescil talebinde bulunan işaretin bir bütün olarak oluşturduğu kanaat, bu mal veya hizmetin özelliği nedeniyle tüketici ya da alıcı kesimin

<sup>381</sup>Karahan vd., 2009: 147.

<sup>382</sup>Çağlar, 2015: 47.

<sup>383</sup>Karan ve Kılıç, 2004: 33.

<sup>384</sup>Arkan, 1997: 75.

<sup>385</sup>Güneş, 2018: 93-94.

<sup>386</sup>İmirlioğlu, 2018: 152-154; Karahmet ve Yalçın, 2011: 43.

<sup>387</sup>Yasaman, 2004: 228; Arkan'a göre, SMK m. 5/1-ç bendi doğrudan nispi red nedenidir (Arkan, 2017: 10).

<sup>388</sup>İltibas fikir, sanat, işletme ürünlerinin önceden meydana getirilen ürünlere benzetilmesi suretiyle ekonomik fayda elde etmek yahut önceki ürün sahibini zarara uğratmak anlamına gelmektedir. (İmirlioğlu, 2018 :161)

göstereceği dikkat yoğunluğu, satın alma işlemi için harcanan alım süresi her somut olayın özelliği ile birlikte değerlendirilerek belirlenmektedir. Karşılaştırılan markalar arasında güçlü ve açık iltibasın bulunması halinde “ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin” varlığı kabul edilirken, bu nitelikte olmayan “benzerlik” halinde nisbi red nedeninin değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>389</sup>.

Benzerlik ya da iltibas, bu maddeler dışında marka hakkına tecavüz davalarına ilişkin SMK m. 29’da ve hükümsüzlük davalarına ilişkin SMK m. 25’te düzenlenmektedir<sup>390</sup>. Bu nedenle TPMK kararına karşı nispi red nedenleri dayalı itiraz edilebileceği gibi, bu ihtimal gerekçe gösterilerek marka hakkına tecavüz nedeniyle tazminat davası, tecavüzün tespiti davası, tecavüzün refi davası, tecavüzün meni davası ve hükümsüzlük davası açılabilir. İtiraz ve hükümsüzlük halinde SMK m.19/2’ye göre başvuru sahibi, itiraz sahibinin markasının başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de en az beş yıldır tescilli olması şartıyla bu markanın kullanımına ilişkin delil sunmasını isteyebilmektedir<sup>391</sup>.

#### 2.4.4.4. Mal veya Hizmet Sınıfları Bakımından Değerlendirme

Önceki tarihli marka ya da marka başvurusunun “aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer” olduğu kabul edildikten sonra tescil edilmek istenen mal veya hizmetlerin incelemesine geçilmektedir. Mal veya hizmetlerin aynı olup olmadıkları yönünde Nis Sınıflandırma Sistemi dikkate alınmaktadır<sup>392</sup>. Bu sistemde her bir sınıf içerisinde bulunan her bir paragraf ayrı grupları, aynı grupta bulunan mal ya da hizmetler ise aynı türü oluşturmaktadır. Ülkemizde marka başvurularının bu yönde değerlendirilmesinde Nis sözleşmesi kapsamında düzenlenen Marka Tescil Başvurularına Ait Mal Ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ dikkate alınmaktadır<sup>393</sup>. Bu Tebliğ de 34 mal, 11 hizmet

<sup>389</sup>Yargıtay HGK’ nin “Boğazlıyan” kararında bu husus ayrıntılı olarak açıklanmaktadır (Y. HGK., 05.10.2012, E. 2012/11-154, K.2012/659). Ayrıntılı bilgi için bk. İmirlioğlu, 2018:153-154; Çolak, 2014: 118,119.

<sup>390</sup>Paslı, 2018: 8 vd.

<sup>391</sup>SMK m. 19/2, "6 ncı maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılan itirazlarda, itiraz gerekçesi markanın itiraza konu başvurusunun başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de en az beş yıldır tescilli olması şartıyla, başvuru sahibinin talebi üzerine, itiraz sahibinden, itiraza konu başvurusunun başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde itiraz gerekçesi markasını itirazına dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunması talep edilir. İtiraz sahibi tarafından bu hususların ispatlanamaması durumunda itiraz reddedilir. İtiraz gerekçesi markanın, tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için kullanıldığına ispatlanması hâlinde itiraz, sadece kullanımı ispatlanan mal veya hizmetler esas alınarak incelenir." şeklindedir.

<sup>392</sup>Bu anlaşma ülkemizde 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>393</sup><http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/12/20161230-24.htm> (erişim tarihi: 25.06.2019)

sınıfı bulunmaktadır. Bu sınıflar da aynı veya benzerlik yönünden alt gruplara ayrılmaktadır<sup>394</sup>.

SMK m.11/4'te, aynı sınıflarda bulunan mal ya da hizmetlerin benzer nitelikte, farklı sınıflarda bulunan mal ya da hizmetlerin farklı nitelikte olduklarını göstermediği belirtilerek, farklı alt gruplarda bulunan mal ya da hizmetlerin benzeyebilecekleri kabul edilmektedir. Bu şekilde sınıflandırma sisteminde belirlenen sınıf ve gruplara tescil işlevini aşan yetkinin verilmesini engellemektedir. Ancak bu durum sınıfların, benzerliğin tespitinde hiçbir öneminin olmadığı sonucunu doğurmamaktadır<sup>395</sup>. Marka Tescil Başvurularına Ait Mal Ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ' in m. 3/4'üncü fıkrasında, aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, bu Tebliğ ekindeki listede yer alan grupların esas alınacağı, ancak, Enstitü' nün marka tescil başvurularını veya itirazlarını incelenmesi aşamalarında bu grupları, aynı tür malın veya hizmetin tespitinde daha dar veya farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebileceği düzenlenmiştir<sup>396</sup>.

Tescil edilmek istenen mal veya hizmet sınıfının tamamen aynı veya kısmen aynı olması mümkündür. Örneğin aynı olduğu kabul edilen sonraki başvurunun tescil edilmek istenildiği mal sınıfı veya hizmet sınıfı, önceki tarihli markanın mal sınıfı veya hizmet sınıfı ile aynı ise tamamen ayniyet bulunmaktadır. Sonraki tarihli başvurusunun tescil kapsamında olduğu mal veya hizmetin, önceki markanın tescil edilmiş olduğu mal veya hizmet sınıfını da kapsayacak şekilde genel nitelikte olması veya çakışması halinde kısmen ayniyet bulunmaktadır. Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik ise aynı tür mal veya hizmetler bakımından mümkündür<sup>397</sup>.

Sınıfsal benzerliğin belirlenmesinde 35. sınıf üzerinde durulması gerekmektedir. Çünkü bu sınıfın 5. alt grubu ilk 34 sınıf emtialarının bir araya getirilmesi suretiyle meydana gelmektedir. Eğer tescil talebinde 35.05. sınıfı ile birlikte herhangi bir mal sınıfı belirtilmeden başvuru yapılmış ise bu başvuru talebi karıştırılma nedeniyle reddedilecektir<sup>398</sup>.

<sup>394</sup>İmirlioğlu, 2018: 148-149; Paslı, 2018: 27 vd.

<sup>395</sup>Paslı, 2018: 31-32.

<sup>396</sup>Paslı, 2018: 45.

<sup>397</sup>İmirlioğlu, 2018: 149-150; Paslı, 2018: 35-36.

<sup>398</sup>Yargıtay “amber” kararında, çeşitli sınıflarda tescilli bu markanın 35.05 sınıfında tescil talebini, karıştırılma ihtimalini gerekçe göstererek reddetmiştir. TPMK'nın da bu konuda mutlak ve nispi red nedenleri yönünden değerlendirmesi bulunmaktadır (Y. 11. HD., 06.05.2013, E. 2012/4538, K. 2013/ 5472) (İmirlioğlu, 2018: 159).

#### 2.4.4.5. Benzerlik Bakımından Değerlendirme

Aynı veya ayırt edilemeyecek şekilde benzerlik terimi Yargıtay'ın bir kısım kararlarında geniş, bir kısım kararlarında dar yorumlanmaktadır. *Karasu*'ya göre, markalardaki mutlak red nedeni olan benzerliğin, iltibas bakımından ayrıca değerlendirme yapılmasına mahal vermeyecek doğrultuda açık ve güçlü olması gerekmektedir. Çünkü "karıştırılma hali" nispi red nedeni olarak da ayrıca SMK'de düzenlenmektedir<sup>399</sup>. *Karahan*'a göre, mutlak red nedeni olan benzerliğin tespitinde iltibas ihtimalinin aranması gerekmemektedir<sup>400</sup>. *Paslı*'ya göre ise, mutlak red nedeni olan benzerliğin varlığı halinde iltibasın varlığı da farazi olarak kabul edileceğinden karıştırılma ihtimalinin değerlendirmesi yapılmayacaktır<sup>401</sup>.

Tescil talebinde bulunulan markanın, önceki tarihli marka ya da marka başvurusu ile birebir aynı olması halinde benzerlik yönünden ayrıntılı araştırma yapmaya gerek kalmamaktadır. Ancak işaretin "ayırt edilemeyecek kadar benzer olması" ile "karıştırılma ihtimali" arasındaki farkın ortaya konulabilmesi için değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yargıtay "SELEX v SSSS+SSSSELEKSSSS ve SELEKS KARGO, SELEKS LOJİSTİK-SELX CARGO SELX LOGİSTİCS" kararında bu hususu açıklamıştır<sup>402</sup>. Bunun için işaret bütün olarak incelenir ve işareti oluşturan görsel, işitsel, anlamsal unsurların ayırt edici niteliğin tespiti bakımından tüketici algısında oluşturduğu etkiler de dikkate alınmaktadır. Örneğin takı ürünlerinde görsellik ön planda olduğundan benzerlik ve ayırt edicilik için görsel unsurlara bakılması gerekmektedir. Yargıtay "TE-TA TEKNİK TARIM" ile "TETA+ Şekil" kararında markalar arasındaki benzerlik değerlendirmesinde, markaların içeriğinin, yazım ile şekillerin, renk unsurlarının, yazım şekilleri sonucunda oluşan genel kanaatin, anlamsal, görsel, işitsel niteliklerinin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>403</sup>. ABAD, karıştırılma ihtimaline ilişkin verdiği bir kararda Yargıtay ile benzer doğrultuda değerlendirme yapmıştır<sup>404</sup>.

<sup>399</sup>Karasu vd., 2018: 177- 178.

<sup>400</sup>Karahan vd., 2009: 147.

<sup>401</sup>Paslı, 2018: 11.

<sup>402</sup>Y. 11. HD., 06.02.2012, E. 2010/10214, K. 2012/1446 (Şahinler Baykara vd., 2018: 46).

<sup>403</sup>Y. 11. HD., 11.12.2017, E. 2016/5539, K. 2017/7211 (Güneş, 2018: 96).

<sup>404</sup>İmirlioğlu, 2018: 163.

#### 2.4.4.5.1.Görsel Benzerlik

Marka olarak tescil edilmek istenen işaretlerin kişi adları, sözcükler, harfler, sayılar, renkler, sloganlar, hareketler, şekillerden oluşması halinde görsel bakımdan aynı veya ayırt edilemeyecek şekilde benzerliğin değerlendirilmesi yapılabilmektedir. Bir markayı oluşturan birden fazla unsurun varlığı halinde kimi zaman işaretle kullanılan şeklin, işaretle kullanılan sözcüğe göre baskın olması, kimi zaman da bunun tam tersi mümkün olabilmektedir. Bu değerlendirme somut olaya göre yapılmaktadır. TPE Marka İnceleme Kılavuzu'nda, tescil edilmek istenen marka ile daha önce tescil edilen markalarda kullanılan sözcük ya da harflerin görsel bakımından benzerliğinin fazla olması, işitsel bakımından benzerliğin az olması durumunda markaların görsel bakımdan benzer oldukları kabul edilmektedir. Görsel bakımından benzerliğin tespitinde, markaların kullandığı sözcüklerin kısa olması halinde karıştırılma ihtimali daha azdır. Kullanılan sözcüklerin uzun olması halinde ise karıştırılma ihtimalleri daha yüksektir. Ayrıca eş sesli sözcüklerin yazılışlarının aynı anlamlarının farklı olması nedeniyle benzer olmadıkları kabul edilmektedir. TPMK, şekillerden oluşan markalar yönünden ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin kabulü için çok yüksek oranda benzerliğin bulunmasını aramaktadır. Sözcüklerin, şekillere nazaran akılda daha kolay kalabilmesi nedeniyle markalarda sözcüklerin esas unsur olarak kullanılması mümkündür. Bu sözcüklerin aynı olması halinde benzerlik bakımından yapılan değerlendirmede markaların ayırt edilemeyecek kadar benzer oldukları kabul edilir. Bunun dışında şekil ve sözcüklerden oluşan markalarda kullanılan şeklin, özgün nitelikte olması ya da tanınmış olması ve ayırt ediciliği olması nedeniyle esas unsur olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu halde esas unsur olan şeklin, aynısının ya da büyük orandan benzerinin alınarak farklı sözcüklerle kullanılması halinde bu markalarda ayırt edilemeyecek kadar benzer sayılmaktadır. “*Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik*” terimi AB yasalarında düzenlenmemektedir. Bu nedenle OHIM, görsel bakımdan benzerliği “aynılık” ile “benzerlik” anlamında değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken de markalarda kullanılan sözcüklerin yaygın olarak kullanılıp kullanılmadığına, ayırt ediciliklerinin güçlü olup olmadıklarına bakmaktadır. Markada kullanılan sözcüklerin ayırt edici yönlerinin zayıf olması ya da yaygın olarak kullanılması halinde bu sözcüklerin aynı sınıf için farklı şekil öğeleri ile beraber kullanılmaları hali benzerlik kapsamında değerlendirilir<sup>405</sup>.

<sup>405</sup>İmirlioğlu, 2018: 170 vd.



#### 2.4.4.5.2. İşitsel Benzerlik

İşitsel benzerlikte, tescil edilmek istenen marka ile önceki markanın kullandıkları sözcüklerin yazılışlarının farklı olmalarına rağmen telaffuzlarının aynı ya da benzer olması mümkündür. Buna işitsel benzerlik denilmektedir. Örneğin, “by”, “buy”, “bay” sözcükleri işitsel bakımından benzerdir. Bu sözcükler İngilizce “tarafından”, “satın almak”, “erkek” anlamlarına gelmektedir. Ses markalarında da işitsel bakımdan benzerlik mümkündür. İşitsel benzerlik de marka olarak kullanılan sözcüklerin uzunluğunun artması ile benzerliği de artmaktadır. Ayrıca yabancı sözcükler arasında benzerlik yerli sözcükler arasındaki benzerliğe göre daha kolay olmaktadır. TPE Marka Kılavuzu'nda benzerliğin kabulü için görsel anlamda benzerliğin varlığının arandığı, işitsel benzerlik ile anlamsal benzerliğin varlığının, benzerliğin tespitinde tek başına kriter olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır<sup>406</sup>.

#### 2.4.4.5.3. Anlamsal Benzerlik

Anlamsal benzerlik; anlamdaş sözcüklerin marka olarak kullanılması halinde oluşmaktadır. Farklı dildeki sözcüklerin aynı ya da benzer anlamda kullanılması veya marka olarak kullanılan şekillerin aynı anlamı ifade etmesi hallerinde de anlamsal benzerliğin varlığı kabul edilmektedir. Yargıtay ilamında “*hethier*“ ile “*hitit*” terimlerinin farklı dillerde olmasına rağmen anlam bakımından aynı olmaları nedeniyle anlamsal bakımdan benzer olduklarını kabul etmiştir<sup>407</sup>. “*Chain master*” ile “*master cadena*” markaları İngilizce ve İspanyolca da “*zincir ustası*” anlamına geldiğinden anlamsal olarak benzer kabul edilmişlerdir<sup>408</sup>. Yargıtay “*lacoste timsah*” ile “*crocodile+ şekil*” markalarına ilişkin kararında, İngilizce “*crocodile*” kelimesinin ülkemizde bilindiği ve dilimize “*timsah*” olarak çevrildiğini,

<sup>406</sup>İmirlioğlu, 2018: 175-176: Yargıtay'ın markalar arasında aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerlik olduğuna ilişkin “cdoss ve cross jean ile by bross ve bross” (Y. 11. HD., 26.07.1998, E. 1998/3336, K. 1998/5067), “çift çıplak ayak logosu ile tek çıplak ayak logosu” (Y. 11. HD., 08.06.2000, E. 2000/4615, K. 2000/5298), “afra ile afral” (Y. 11. HD., 02.10.2000, E. 2000/6447, K. 2000/7287), “internetwre ve internet ile İnternet -world” (Y. 11. HD., 13.12.1999, E. 1999/8352, K. 1999/10225), “data teknik exper ile eksper” (Y. 11. HD., 24.01.2000, E. 1999/9336, K. 2000/202) kararları bulunmaktadır (Karahana vd., 2009: 147); Yargıtay HGK'nin markalar arasında aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunduğuna ilişkin “Pierre Cardin ile Pierre Cassi+ şekil”(Y. HGK., 11.05.2011, E. 2011/11-242, K. 2011/307) kararı, markaların asıl unsurlarının iltibas oluşturacak kadar benzer olduğuna ilişkin “ICE ile şekil + ICE BOYS” (Y. HGK., 29.11.2011, E. 2011/11-9, K. 2011/249) kararı, markalar arasında iltibas olup olmadığına ilişkin bilirkişi raporu alınmasına yönelik “Ultra Wiper ile şekil + Viper” (Y. HGK., 07.03.2007, E. 2007/11-94, K. 2007/113) kararı bulunmaktadır. Yargıtay'ın markalar arasında aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunmadığına ilişkin “ÖZCAN ile ÖZCAN ÖÇS + Şekil” (Y. 11. HD., 06.03.2013, E. 2011/6613, 2011/4181) kararı bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. Meran, 2015: 46 vd.

<sup>407</sup>Y. 11. HD., 30.12.1982, E. 1982/5229, K. 1982/5746 ( İmirlioğlu, 2018: 178).

<sup>408</sup>Tekinalp, 2004: 415.

ikinci markadaki şekil ile sözcüğün aynı anlamı ifade ettiğini ve bu markalar arasında şekil olarak anlamsal benzerliğin bulunduğunu kabul etmiştir<sup>409</sup>. Farklı anlamlı kelimelerin aynı duyguyu oluşturması mümkündür. OHİM, “*sunset*” ile “*sunrise*” markalarının günbatımı ile gündeğümü anlamlarına geldiklerini aynı duyguyu çağrıştırdığını kabul ederek bu markaların benzer olduklarını değerlendirmiştir<sup>410</sup>. Anlamsal benzerliğin tespiti, markasal benzerliğin kabulü için tek başına yeterli değildir. Markalar arasında benzerliğin kabulü için anlamsal benzerlikle birlikte, işitsel ve görsel benzerliğin de bulunması gerekmektedir<sup>411</sup>.

#### 2.4.4.5.4. SMK 5/3. Maddesi Bakımından Değerlendirme

Marka hukukumuzda “tek olma” prensibi, bir diğer anlamıyla “teklik” ilkesi hakimdir<sup>412</sup>. Bu ilkenin istisnasını SMK m. 5/3 oluşturmaktadır. TPMK tarafından yapılan incelemede önceki marka sahibinin, sonraki marka başvurusunun tesciline yönelik açıkça muvafakatini noter onaylı belge ile sunması halinde SMK m. 5/3 uyarınca başvurusunun 5/1-ç bendi dikkate alınarak reddi mümkün olmamaktadır. SMK m. 5/3 mutlak red nedenlerine ilişkin istisna hükmü niteliğindedir. Bu madde ile ticaret hayatında karşılaşılan güçlüklerle karşı başvuru sahiplerinin birlikte var olma yönündeki iradelerini korunmaktadır. Bu düzenleme mülga 556 sayılı KHK de yer almayan SMK ile getirilen bir düzenlemedir.

#### 2.4.5. Ticaret Alanında Herkes Tarafından Kullanılan veya Meslek, Sanat Ticaret Mensuplarını Ayırt Eden İşaretler

*“Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler”* mutlak red nedeni olarak düzenlenmiştir (SMK m. 5/1-d bendi). Bu düzenlemenin kaynağı olan AB Marka Tüzüğü'nde ve AB Marka Direktifi'nde bu madde” *günlük dilde veya iyi niyet kuralları ve yerleşik ticari uygulamalar çerçevesinde, yaygın biçimde kullanılır hale gelen şekil veya işaretleri münhasıran içeren markalar*” şeklinde düzenlenmiştir<sup>413</sup>. Bu düzenlemenin amacı, ticaret alanında işin doğası gereği herkes tarafından kullanılan sözcük, işaret ve adlandırmanın ortak alanda kalmasını

<sup>409</sup>Y. 11. HD., 24.06.2004, E. 2003/11144, K. 2004/7063 (İmirlioğlu, 2018: 178).

<sup>410</sup>İmirlioğlu, 2018: 179.

<sup>411</sup>İmirlioğlu, 2018: 178.

<sup>412</sup>Güneş, 2018: 98.

<sup>413</sup>İmirlioğlu, 2018: 181.

sağlayarak, bunların tescil edilmek suretiyle bir kişinin tekelinde bırakılmasını ve bu suretle rekabetin bozulmasını engellemeye çalışmaktır. Mülga 556 sayılı KHK'de de bu hükme yer verilmiştir. Yargıtay “[www.naklenfutbol.com](http://www.naklenfutbol.com)+ şekil” kararında, “*naklen futbol*” teriminin mülga 556 sayılı KHK m. 7/1-d bendi kapsamında başvurudan çıkarılan hizmetler bakımından ticaret alanında herkesçe kullanılan terimlerden meydana geldiğini kabul etmiştir<sup>414</sup>. Yargıtay “MENGEN+ şekil” kararında, bu şeklin yemek sunumunda bulunan aşçıyı betimlediğini, markada bulunulan işaretin asıl unsurunun “Mengen” olduğunu, bu sözcüğün Bolu ilinin ilçesi olduğunu, işaretin marka olarak tescil edilmesi halinde rekabet düzenini bozulacağını değerlendirerek markanın hükümsüzlüğüne karar vermiştir<sup>415</sup>. Yargıtay ARGE” kararında, bu ibarenin ticaret hayatında herkesin kullanımına açık olduğu, tüm işletmelerin kullanılmasının zorunlu olduğunu, ayırt edici olmadığı değerlendirerek 556 sayılı KHK'nin m. 7/1-c ve d bentleri uyarınca reddine karar vermiştir<sup>416</sup>. Bunun dışında kokular için “parfüm” teriminin, bankalar için “banka” teriminin, aracı kurumlar için “borsa” teriminin<sup>417</sup>, tacirler için “bakkal”, “kasap” terimlerinin markanın esas unsuru olarak tescil edilmesi talebi bu mutlak red sebebi dikkate alınarak reddedilecektir<sup>418</sup>. Yargıtay “*BAKKAL*<sup>419</sup>” kararında bu terimin anlamı ile “*FLORİST*<sup>420</sup>” kararında bu terimin yabancı dilimizdeki anlamını dikkate alarak mülga 556 sayılı KHK'nin m. 7/1-d bendi uyarınca marka başvurusunun tescil edilemeyeceğini kabul etmiştir. Bu terimleri, münhasıran veya esas unsur olarak içeren marka başvuruları mutlak red sebebi ile reddedilirken, bu terimleri tali ya da yan unsur şeklinde kullanan marka başvuruları mutlak red sebebi gerekçe gösterilerek reddedilmemektedir<sup>421</sup>. Örneğin “*Akbank*” markasında “*banka*” terimi tali nitelikte kullanılır bu nedenle tescile engel değildir<sup>422</sup>. Mutlak tescil engeline takılan bu terimlerin, marka olarak tescil talebinde bulunulmasından evvel ilgili mal veya hizmetlerde kullanımı sonucunda ayırt edici hale gelmesi durumunda marka başvurusu SMK 5/1-d bendi gerekçe gösterilerek

<sup>414</sup>Y. 11. HD., 15.11.2011, E. 2010/4332, K. 2011/15143 (Güneş, 2018: 108-109; Çolak, 2014: 150 ).

<sup>415</sup>Y. 11. HD., 17.12.2014, E. 2014/13252, K. 2014/19918 (Güneş, 2018: 109; Şahinler Baykara vd., 2018: 43).

<sup>416</sup>Y. 11. HD., E. 2008/10668, K. 2009/1149 (Şahinler Baykara vd., 2018: 46).

<sup>417</sup>Çağlar, 2015: 49.

<sup>418</sup>Arkan., 2018: 302.

<sup>419</sup>Y. 11. HD., 15.04.2004, E. 2003/9022, K. 2004/4042 (İmirlioğlu, 2018: 182; Karahan vd., 2016: 29; Meran, 2015: 120).

<sup>420</sup>Y. 11. HD., 22.11.2002, E. 2002/5352, K. 2002/10729 (Noyan ve Güneş, 2015: 142).

<sup>421</sup>Noyan ve Güneş, 2015: 142; Karahan vd., 2016: 29; Meran, 2015: 120; Çolak, 2014: 150.

<sup>422</sup>Karasu vd., 2018: 178

reddedilemeyecektir<sup>423</sup>. SMK m. 5/1-d bendi ile m. 5/1- c bendi arasında bağlantı bulunması nedeniyle tek başına SMK m. 5/1-d bendinin uygulanmasıyla karşılaşmak genellikle pek mümkün değildir<sup>424</sup>.

## 2.4.6. Malın Doğası Gereği Ortaya Çıkan veya Mala Asli Değerini Veren İşaretler

### 2.4.6.1. Genel Olarak

“*Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler*” mutlak tescil engeli olarak düzenlenmiştir (SMK m. 5/1-e bendi). Mülga 556 sayılı KHK’de bu bent “*malın özgün yapısından ortaya çıkan veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler*” şeklindeki düzenlenmişti. Her ne kadar mülga düzenlemede bu işaretlerin esas veya münhasır unsur olması gerektiğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiş ise de doktrinde bu işaretlerin esas ya da münhasır olması gerektiği kabul edilmekteydi<sup>425</sup>.

SMK m. 5/1-e bendinin kapsamının anlaşılması için “*malın doğal yapısının*”, “*teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan biçiminin*”, “*mala asli değerini veren şeklin*” unsurlarının incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenler müstakilen marka başvurusunun reddi sonucu meydana getirmektedir<sup>426</sup>. Dolayısı ile malın veya emtianın niteliği, fonksiyonu, kullanım nedeni ile başka türlü meydana getirilmesi veya oluşturulması mümkün değilse bu üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir. Bu düzenleme ile bu nitelikteki üç boyutlu şekil markaların tescil edilmesi ile marka sahibine tekel hakkı verilmesi ve rekabet düzeninin bozulması önlenmektedir.<sup>427</sup>

Malın şeklinin, marka olarak tescil edilmesi dışında endüstriyel tasarım olarak tescil edilebilmesi de mümkündür<sup>428</sup>.

<sup>423</sup>Arkan, 2018: 303.

<sup>424</sup>İmirlioğlu, 2018: 183; Meran, 2015: 119; Arkan, 1997: 82.

<sup>425</sup>İmirlioğlu, 2018: 183.

<sup>426</sup>Güneş, 2018: 110.

<sup>427</sup>Arkan, 2018: 303; Çolak, 2014: 150; Güneş, 2018: 108; Karasu vd., 2018: 179; Meran, 2015: 122-123.

<sup>428</sup>Meran, 2015: 123.

#### 2.4.6.2. Malın Doğal Yapısı

Malın doğal yapısı ile malın cins ya da çeşidine ilişkin nitelikleri ifade eden kitap, defter, bardak, ayakkabı, çanta otomobil, elma, armut gibi doğal ve tanınan şekiller ifade edilmektedir. Bu şekillerin markanın esas ya da münhasır unsuru olarak bu tür mallar bakımından tescil edilmesi mümkün değildir. Dolayısı ile markanın yan unsuru olarak kullanılmasına engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte cins ya da çeşit bildiren işaretlerin özgün, orijinal, sıra dışı biçimde ayırt edici şekilde oluşturulmaları halinde farklı mal veya hizmetler yönünden marka olarak tescil edilebilmeleri mümkündür. Örneğin Apple markasında bulunan “*ısırılmış elma*” şeklinin özgün nitelikte bir tasarım olması ve tescil edildiği malların yiyecek içecek ürünlerinden oluşmayıp bilgisayar, telefon gibi teknolojik ürünlerden olması sebepleriyle marka olarak tescili kabul edilmiştir<sup>429</sup>. Kamuya mal olmamış özgün, sıra dışı, orijinal bir ayakkabı modelinin üç boyutlu şekil markası olarak tescil edilmesi mümkündür. Burada tescil ile elde edilen koruma ayakkabının orijinal, özgün, sıra dışı modeline yöneliktir<sup>430</sup>. Yargıtay “AYGAZ” kararında, bu ibare ile birlikte üç boyutlu tombul tüp şeklinin tescil edilmesini, üç boyutlu tombul tüp şeklinin ürünün teknik özelliğinden kaynaklandığını, ayırt edici nitelikte olmayıp standart şekilde olduğunu belirterek kabul etmemiştir<sup>431</sup>. Yargıtay “GUCCI” kararında, tescil edilmek istenen üç boyutlu zincir şeklini tescil edilmek istenen mallar yönünden, malın doğal yapısının sonucundan kaynaklanmadığını, teknik sonucun elde edilmesi için zorunlu olmadığını, mala asli değerini vermediğini değerlendirerek marka olarak tescilini kabul etmiştir<sup>432</sup>. Yargıtay, gofret emtiası için markada bulunan süt, fındık, çikolata resimlerinin emtianın vasfını içerdiğini kabul etmekle birlikte, markanın şeklinin özgün olduğunu, markadaki çikolata resminin yanında başka unsurların da bulunduğunu, markanın tescil tarihinden önce kullanılarak ayırt edici hale geldiğini tespit ederek şekil markası olarak tescil edilmesini kabul etmiştir<sup>433</sup>. Yargıtay “SARAY” kararında, bisküvi ve benzer gıda emtiaları için dalgalı kırmızı fon üzerine yerleştirilmiş bir adet vişne şeklinin, tescil edilmek istenen malı akla getirmediğini, ürünün özelliklerini ön plana çıkarmadığını, ayırt edici nitelik taşıdığını, mala asli değerini veren

<sup>429</sup>Karasu vd., 2018: 179; Karahan vd., 2009: 151; Çağlar, 2015: 50.

<sup>430</sup>Karahan vd., 2009: 151.

<sup>431</sup>Y. 11. HD., 24.03.1998, E.1997/9672, K. 1998/2127 (İmirlioğlu, 2018: 60; Çağlar, 2015: 50; Çolak, 2014: 151).

<sup>432</sup>Y. 11. HD., 31.05.2010, E.2009/179, K. 2010/6085 (Çolak, 2014: 151; İmirlioğlu, 2018: 184).

<sup>433</sup>Y. 11. HD., 09.2.2012, E. 2010/9517, K. 2012/1550 (Çolak, 2014: 152).

zorunlu işaret olmadığını, malın teknik sonucu ortaya çıkmadığını, malın doğal yapısından kaynaklanmadığını, diğer red sebepleri kapsamında aykırılık içermediği ifade ederek şekil markası olarak tescil edilmesini kabul etmiştir<sup>434</sup>.

### 2.4.6.3. Malın Teknik Sonucu

Malın “*teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan biçimi*” ile üç boyutlu şekillerden bahsedilir. Üç boyutlu şekil markası olarak tescil edilmek istenen işaretin, teknik yarar sağlaması, teknik amaca hizmet etmesi ve bu suretle markanın esas unsuru olması halinde tescil talebi mutlak red nedeni ile reddedilecektir. Bu madde hükmü dar yorumlanmamalıdır. Üç boyutlu şeklin teknik yarar sağlaması halinde, bu şeklin teknik sonuca ulaşmaya yarayan tek şekil olmaması halinde de marka olarak tescil edilmesi talebi reddedilmelidir. Bu şekillerin kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanarak tescil engelleri dışına çıkması SMK m. 5/2 hükmünün SMK m. 5/1-e bendine atıf yapmaması sebebiyle söz konusu değildir<sup>435</sup>. Yargıtay “*bakır ve siyah renk*” ilamında, davacının üç boyutlu şekil markası ile pil eşyasının şekline koruma sağlanmadığı, pil üzerinde bulunan renk kombinasyonunun korunmak istenildiğini, renk kombinasyonunun tescil ettirilmek istenen emtialara ilişkin piyasada genel kullanım şeklini içermediğini, kullanılan renklerin özgün olduğunu ve tescil edilmek istenen mallar bakımından tasviri nitelikte olmadığını dikkate alarak tescil talebini kabul etmiştir<sup>436</sup>. ABAD, “PHILIPS” tıraş makinesi şeklinin alışılmışın dışında olduğunu değerlendirerek üç boyutlu şekil markası tescil talebini kabul etmiştir. ABAD, “LEGO” kararında kırmızı renkli lego parçasının esaslı özelliklerini dikkate alarak, tescile konu şeklin, tescil edilmek istenen emtianın şekliyle aynı olduğunu ve teknik sonucun elde edilmesi için ürünün şekline gereksinim duyulacağını kabul etmiş ve şekil markasının tescil talebini reddetmiştir<sup>437</sup>. OHIM “Bang and Olufsen” kararında, tescil edilmek istenen şeklin, tescil edilmek istenen hoparlörler ve müzik mobilyaları için ayırt edici olmadığını, malın şeklini içerdiğini kabul ederek üç boyutlu şekil markasının tescil talebini reddetmiştir<sup>438</sup>.

<sup>434</sup>Y. 11. HD., 16.01.2012, E. 2010/7676, K. 2012/147 (Güneş, 2018: 110-111; Çolak, 2014: 152).

<sup>435</sup>Karasu vd., 2018: 179; Çolak, 2014: 153.

<sup>436</sup>Y. 11. HD., 30.04.2009, E. 2008/654, K. 2009/5085 (Güneş, 2018: 111-112.; Çolak, 2014: 155).

<sup>437</sup>İmirlioğlu, 2018: 60-61; Çağlar, 2015: 51; Çolak, 2014: 154.

<sup>438</sup>İmirlioğlu, 2018: 62.

#### 2.4.6.4. Malın Asli Değerini Veren Şekli

Mala asli değerini veren şekil ile malın özgün ve doğal biçimden kaynaklanmayan, sonradan tasarlanan, malın parasal değerinin fazladan etkilenmesi sonucunu doğuran, teknik nitelikteki biçimleri ifade edilmektedir. Bu işaretlerin, tescil edilmek istenen mal veya hizmetin asli değerini oluşturması ve münhasıran marka olarak tescil edilmesi talepleri kabul edilmemektedir. Emtianın teknik nitelikteki biçim veya biçimleri ile malın kullanımı kolaylaşmaktadır. Bu nedenle emtiaların garanti süresi artmaktadır. Ayrıca malın maddi değeri de artmaktadır. Bu nedenlerle de bu şekillerin marka olarak tescil edilmeleri kabul edilmemektedir. Örneğin kendi kendini temizleyen bulaşık makinelerinin bu özelliğini sağlayan şekli, malın asli unsurunu oluşturup teknik yarar sağladığından marka olarak tescili kabul edilemez. Ancak teknik nitelikte olmayan, mala asli değerini vermeyen, emtianın yüzeysel biçimlerini oluşturan şekillerin tescil edilmeleri mümkündür. Malın ambalajlarının da SMK m. 5/1-e bendi kapsamında marka olarak tescili mümkündür. Ambalajlar, emtiaların diğer ifadeyle malların ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Ambalajların sıradan, nesnel, işlevsel, malın parçası niteliğinde olması hallerinde kullanımı herkese açıktır. Bu nedenle de şekil markası olarak tescili mümkün değildir. Örneğin ruj kutusu, kalem eyeliner, far paletleri, fondöten kutuları malın ayrılmaz parçalarıdır. Ancak ambalajların orijinal, özgün, sıra dışı biçimde olmaları, sıradan biçimlerinden farklı olmaları hallerinde marka olarak tescil edilmeleri mümkündür. Nitekim “*Toilet Duck*” markası kendine has ördek başı biçimindeki üç boyutlu şekliyle ambalaj markasına örnek olarak gösterilmektedir<sup>439</sup>. Yargıtay “*Davidoff Classic*” kararında, bu ürünlerin ambalaj şeklinin standartları aşan, özgün, ayırt edici nitelikte olduğunu ve diğer işletmelerden ayırt edilebildiğini değerlendirmiş ve bu ambalajın şeklinde yer alan rengiyle birlikte tescilini kabul etmiştir<sup>440</sup>. ABAD, Henkel firmasının tescil talebine konu “tablet çamaşır deterjanları” şeklinin, ortalama tüketici algısında diğer çamaşır tabletlerinden farklı olmadığı ve bu nedenle ayırt edici niteliğinin bulunmadığı değerlendirerek tescil talebini reddetmiştir<sup>441</sup>.

<sup>439</sup>Karasu vd., 2018: 178; İmirlioğlu, 2018: 59 ve 63.

<sup>440</sup>Y. 11. HD., 12.11.1999, E. 1999/6866, K. 1999/9075 (İmirlioğlu, 2018: 59).

<sup>441</sup>İmirlioğlu, 2018: 59.

#### 2.4.7. Yanıltıcı İşaretler

SMK'nin m. 5/1- f bendinde, “mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretler” mutlak red nedeni olarak düzenlenmiştir. Mülga 556 sayılı KHK'nin m.7/1-f'de de benzer düzenleme bulunmaktadır. Madde metninde belirtilen özellikler sınırlı sayıda olmayıp örnek niteliğindedir<sup>442</sup>. Yanıltıcı işaretlerin, markanın asli ya da tali unsurunda bulunması mutlak red nedenidir. Bilindiği üzere markanın temel amacı ürünün veya hizmetin tanıtımını yapmaktır. Tüketici mal veya hizmeti satın alırken bu mal veya hizmetin nerede üretildiğini, kaliteli olup olmadığını, niteliğini ve diğer özelliklerini dikkat ederek tercih hakkını kullanmaktadır<sup>443</sup>. Marka olarak tescil edilmek istenen işaret ile ortalama algılama düzeyine sahip tüketicinin mal veya hizmetin bu niteliklerine ilişkin iradesinin yanıltılması halinde piyasanın rekabet düzeni de bozulmaktadır<sup>444</sup>. Örneğin, “DİAMALT” markasının tescil edilen ürün sınıfında “malt” maddesi yer almadığında bu ürünü alan tüketicinin algısı yanıltılmış olmaktadır<sup>445</sup>. OHİM, “WINE OH!” kararında bu ibarenin tescil edilmek istenen bir kısım mal sınıflarında yanıltıcı olduğunu kabul etmiştir. ABAD, “ELİZABETH EMANUEL” kararında, yanıltıcılığın varlığının, marka ile tescil edilen mal veya hizmet arasında “nitelik”, kalite”, “coğrafi kaynak” bakımından “belirgin” veya “güncel ve ciddi” olup olmadığını değerlendirmiştir<sup>446</sup>. Alman Patent Mahkemesi, “Schöninger seit 1895” (1895'ten beri Schöninger) kararında, başvuruya konu malın markada geçen tarihten beri kullanılmaması sebebiyle ortalama tüketiciler üzerinde bu markanın, markada geçen tarihten beri kullanıldığı izlenimini yaratacağından yanıltıcı olacağını değerlendirmiş ve marka tescil talebini kabul etmemiştir. Yargıtay, “Besttest” teriminin ortalama tüketici algısında tescil edilmek istenen mal veya hizmetlerin benzerlerine nazaran daha üstün olduğu izlenimini oluşturduğu değerlendirerek markanın yanıltıcı olması sebebiyle tescil edilmesini kabul etmemiştir<sup>447</sup>. Bu düzenleme ile tüketicilerin yanıltılmalarının önlenmesi suretiyle korunmalarının sağlanması ile diğer

<sup>442</sup>Karahan vd., 2009: 151; Çolak, 2014: 156.

<sup>443</sup>Fabrikada üretilen halı ürünlerinin markalarında "el yapımı" yazısının bulunması halinde bu ürünün kalitesi hakkında ortalama tüketici yanıltılmış olmaktadır (Çağlar, 2015: 52).

<sup>444</sup>TPMK yanıltıcılığı incelenirken vasat alıcı veya tüketicileri baz almakta, bu kişiler bakımından yanıltıcılığın açıkça belli olup olmadığını değerlendirmektedir (Meran, 2015: 123); SMK m.5/1-f bendinin gerekçesinde de "işaretin ortalama algılama seviyesine sahip tüketiciyi yanıltıcı nitelikte olup olmadığını" dikkate alındığı ifade edilmiştir.

<sup>445</sup>Arkan, 2018: 303; Güneş, 2018: 112; Çolak, 2014: 156.

<sup>446</sup>Çolak, 2014: 156-157; Uzunalli, 2008: 133.

<sup>447</sup>Y. 11. HD., 09.06.1997, E.1997/3967, K. 1997/4367 (Karasu vd., 2018: 180).



üreticilerin bu yanıma nedeniyle maddi kazanç kayıplarının önlenmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

SMK m. 5/1-f bendi incelenirken, marka olarak tescil edilmek istenen işaretin yanıltıcı bilgi verip vermediği, bu yanıltıcı bilginin bariz olup olmadığı, yanıltıcılığın somut olup olmadığı birlikte değerlendirilmektedir<sup>448</sup>. Örneğin, Bursa Gemlik'te üretilmemesine rağmen markada Gemlik Zeytini ibaresi bulunan işaretlerin kullanılması halinde marka coğrafi olarak yanıltıcı olacaktır. Markanın halkı yanıltığının kabulü için fiili ispat ve marka sahibinin aldatma kastının varlığı aranmamaktadır<sup>449</sup>. SMK m. 5/1-f bendi, aynı maddede düzenlenen “c ile i” bentleriyle de bağlantılıdır. Marka, bu mutlak red nedeninin varlığına rağmen tescil edilmişse markanın SMK m. 25/1 hükmü uyarınca hükümsüzlüğü talep edilebilmektedir. SMK m. 5/2 maddesinde SMK m.5/1-f bendine atıf yapılmadığından bu mutlak red sebebinin kullanım yoluyla ayırt edicilik suretiyle tescil engeli dışına çıkarılması mümkün değildir.

Yabancı sözcüklerin de marka olarak kullanılabilceğini daha önce belirtmiştik. Bu sözcüklerin, mal veya hizmetin niteliği, kalitesi, coğrafi kaynağı konusunda yanıltıcı olmamaları gerekmektedir. Örneğin kozmetik ürünlerde Paris tanınan bir yerdir. Bu ibarenin kozmetik ürünler bakımından malın coğrafi kaynağını ve kalitesini etkilemesi nedeniyle yanıltıcı şekilde kullanılmaması gerekir. Aksi halde kozmetik ürünlerinin bu ülkede üretilmemesine rağmen “Paris” terimi kullanılarak marka tescil başvurusunda bulunulması halinde başvuru halkı yanıltması nedeniyle reddedilecektir<sup>450</sup>. Prof., Doç., Dr., şeklindeki akademik unvanların sağlık, gıda, temizlik sınıflarında marka olarak tescil edilmek istenilmesi halinde, bu ürünlerin nitelik ya da kalite bakımından aynı sınıftaki benzer ürünlerden daha üstün olduğu izlenimini oluşturacağından tescili mümkün değildir<sup>451</sup>. Marka olarak tescil edilmek istenen işaretin yanıltıcı nitelikte olup olmadığı başvuru sürecinde anlaşılabilir. Örneğin kaynak su ürünleri için “ULUDAĞ” teriminin kullanılması halinde söz konusu ürünün kaynağının burası olmaması marka tescilinden sonra anlaşılırsa marka hakkında hükümsüzlük davası açılabilir<sup>452</sup>. Yargıtay “GRANİT CENTER” kararında, bu ifadenin tescil edilmek istenildiği sınıflara ilişkin alıcı kesiminin, söz konusu markanın tüm ürünlerinin granit özelliğini taşıdığı algısı ile hareket edeceğini, ancak

<sup>448</sup>Çağlar, 2015: 53; Çolak, 2014: 157; Karasu vd., 2018: 180.

<sup>449</sup>Güneş, 2018: 112; Karasu vd., 2018: 180.

<sup>450</sup>Güneş, 2018: 112; Arkan, 1997: 86.

<sup>451</sup>Çağlar, 2015: 53.

<sup>452</sup>Karasu vd., 2018:181.

yapımında granit kullanılmayan ürünler bakımından bu ibarenin alıcılar için yanıltıcı olabileceğini değerlendirmiş ve marka tescil başvurusunu 556 sayılı KHK'nin m.7/a-f bentlerine uygun olmadığından reddetmiştir<sup>453</sup>. Yargıtay “*FOOD SERVICE*” kararında, tescil edilmek istenen işaretin, tescil edilmek istenen hizmet sınıfları yönünden, hizmetin niteliğinin farklı şekilde algılanmasına neden olabileceğinden tescil talebini 556 sayılı KHK'nin m.7/1-f bendi uyarınca reddetmiştir<sup>454</sup>. Yargıtay “*ARARAT*” kararında, bu ifadenin ülkemizdeki tüketicilere “Ağrı Dağı”nı hatırlattığını, ortalama tüketiciler üzerinde tescil edilmek istenen malın Ağrı ili ve çevresinde üretildiği izlenimi yarattığı, ancak ürünün Ermenistan'da üretildiğini, bu ürünün kaynağı ve üretim yeri bakımından yanıltıcı olması nedeniyle mülga 556 sayılı KHK'nin m.7/1-f bendi uyarınca tescil talebini reddetmiştir<sup>455</sup>. Yargıtay “*İSTANBUL DEVLET SENFONİ ORKESTRASI+şekil*” kararında, davalının markasının Devlete ait orkestra algısı oluşturduğunu, bunun yanıltıcı olduğunu kabul ederek ilk derece mahkemesince verilen hükümsüzlük ve sicilden terkin kararını onamıştır<sup>456</sup>. Yargıtay “*MOSKONİSİ*”<sup>457</sup> kararında, bu ibarenin Cunda adasının eski tarihlerdeki ismi olduğunu, bugün itibariyle halk arasında bilinmediğini, Yargıtay “*TOSCANA*”<sup>458</sup> kararında, bu yerlerin İtalya da coğrafi yer adı olduğunu, bu bölgede marka ile tescil edilmek istenen ürünlerin bulunmadığını değerlendirerek marka tescil taleplerini kabul etmiştir.

<sup>453</sup>Y. 11. HD., 01.07.2004, E. 2003/11400, K. 2004/7346(Güneş, 2018: 113).

<sup>454</sup>Y. 11. HD., 13.04.2004, E. 2003/9028, K. 2004/4020 (Güneş, 2018: 113).

<sup>455</sup>Y. 11. HD., 22.03.2005, E. 2005/4734, K. 2005/2590 (Güneş, 2018: 113; Şahinler Baykara vd., 2018: 47).

<sup>456</sup>Y. 11. HD., 05.11.2015, E. 2015/4291, K. 2015/11645 (Karahana vd., 2016: 30).

<sup>457</sup>Y. 11. HD., 19.01.2010, E.2008/4393, K.2010/534 (Çolak, 2014:158).

<sup>458</sup>Y. 11. HD., 31.05.2012, E.2010/7589, K.2012/9425 (Çolak, 2014:158).

#### 2.4.8. Paris Sözleşmesinin 2 nci Mükerrer 6 ncı Maddesine Göre Reddedilecek İşaretler

“Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesine göre reddedilecek işaretler” mutlak red nedeni olarak düzenlenmiştir (SMK m. 5/1- g bendi)<sup>459</sup>. Aynı düzenleme mülga 556 sayılı KHK'nin 7/1-g bendinde de yer almaktadır. Paris Sözleşmesi fikri mülkiyet hukukunda önemli yere sahip olan ilk sözleşmedir. Bu sözleşme ile fikri mülkiyet hukukunun kapsamının genişletilmesi, ortak koruma politikasının oluşturulması, uluslararası korumanın sağlanması amaçlanmaktadır. Ülkemiz de bu sözleşmenin farklı tarihlerdeki metinlerini kabul

<sup>459</sup>Paris sözleşmesinin 2. mükerrer 6. maddesi ; Devlet Amblemleri, Resmi Ayar Damgaları ve Devletlerarası Teşkilatların Amblemleri ile ilgili Yasaklar 1.(a) Birlik ülkelerine ait armaların, bayrakların ve diğer Devlet amblemlerinin, ve bu ülkelere kabul edilmiş olan resmi kontrol ve teminatı belirten resmi işaretler ve ayar damgalarının ve hanedan armacılığı bakımından taklitlerinin ticari markalar veya markaların bir unsuru olarak yetkili makamlardan izin almaksızın kullanılması uygun önlemlerle yasaklamak ve tescili reddetmek ya da geçersiz kılmak hususlarında, Birlik ülkeleri mutabık kalmışlardır. (b) Yukarıdaki (a) bendinde belirtilen hükümler, korunmaları için tesis edilmiş olan yürürlükteki uluslararası sözleşmelere konu olan armalar, bayraklar, diğer amblemler, kısaltılmış kelimeler vs. dışında, Birlik ülkelerinden birinin veya daha fazlasının üye olduğu Devletlerarası Uluslararası Teşkilatların armaları, bayrakları, diğer amblemleri ve isimleri vs. için de aynı derecede geçerli olacaktır. (c) Hiç bir Birlik ülkesi, bu Sözleşmenin o ülkede yürürlüğe girmesinden önce iyi niyetle elde edilmiş hakların sahiplerinin aleyhine olacak bir şekilde yukarıdaki (b) bendinin hükümlerini uygulamaya zorunlu olmayacaktır. Birlik ülkeleri, yukarıdaki (a) bendinde sözü edilen kullanmanın veya tescilin kamuda ilgili teşkilatlarla arma, bayrak, amblem, kısaltma ve isimler arasında bir bağlantı olduğu fikrini uyandıracak veya bu kullanma veya tescilin kamuda kullanıcı ile teşkilat arasında bir bağ olduğu şeklinde yanlış bir düşünce uyandıracak mahiyette olmaması durumunda söz konusu hükümleri uygulamak zorunda olmayacaktır. 2. Resmi kontrol ve teminat işaretlerinin ve ayar damgalarının kullanımının yasaklanması yalnız bu işaret ve damgaların dahil edildiği markaların aynı veya benzer cinsteki mallar üzerinde kullanılması istendiğinde uygulanacaktır. 3.(a) Bu hükümlerin uygulanması için Birlik ülkeleri, bu Maddenin korunması altına tümüyle veya belli sınırlar içinde almak istedikleri veya bundan sonra isteyebilecekleri Devlet amblemlerinin ve resmi işaret veya ayar damgalarının bir listesini ve bu listenin müteakip tadillerinin tümünü, Uluslararası Büro aracılığıyla birbirlerine iletmeyi kararlaştırmışlardır. Bu arada bütün Birlik ülkeleri, bu şekilde iletilen listeleri kamuya açık tutacaklardır. Ancak bu iletişime Devletlerin bayraklarının dahil edilmesi zorunlu değildir. (b) Bu Maddenin 1. paragrafının (b) bendindeki hükümler yalnız uluslararası hükümetlerarası teşkilat tarafından, Birlik ülkelerine Uluslararası Büro aracılığıyla bildirilen devletlerarası teşkilata ait armalar, bayraklar, diğer amblemler, kısaltmalar ve isimler için geçerli olacaktır. 4. Bir Birlik ülkesi itirazlarını, eğer varsa, Uluslararası Büro aracılığıyla ilgili ülkeye veya uluslararası hükümetlerarası teşkilata, bildirim alındığı tarihten itibaren on iki aylık bir süre içinde yapabilir. 5. Yukarıdaki 1. paragrafta Devlet bayrakları için öngörülen önlemler, yalnız 6 Kasım 1925'ten sonra tescil edilen markalar için geçerlidir. 6. Bayraklar dışındaki diğer Devlet amblemleri, Birlik ülkelerinin resmi işaret ve ayar damgaları ve uluslararası hükümetlerarası teşkilatın armaları, bayrakları, diğer amblemleri, kısaltmaları ve isimleri için bu hükümler ancak yukarıdaki (3), paragrafta öngörülen bildirim alınmasından itibaren iki aydan fazla bir zaman geçtikten sonra tescil edilmiş olan markalar için geçerli olacaktır. 7. Kötüniyetin söz konusu olduğu durumlarda, Birlik ülkeleri, 6.11.1925 tarihinden önce bile tescil edilmiş olan devlet amblemlerini, işaret ve ayar damgalarını içeren markaları da iptal etme hakkına sahip olacaklardır. 8. Kendi ülkesinin Devlet amblemini, işaret ve ayar damgalarını kullanma yetkisine sahip olan bir Birlik ülkesi vatandaşı, bunları başka bir ülkeninkine benzese bile, kullanabilirler. 9. Birlik ülkeleri, ticaret alanında, Birliğin diğer ülkelerine ait Devlet armalarının izinsiz olarak kullanılmasını, malların menşei hakkında yanıltıcı bir şekilde kullanıldığında yasaklamayı taahhüt ederler. 10. Yukarıda yazılı olan hükümler, bir Birlik ülkesi tarafından kabul edilmiş armaların, bayrakların, diğer Devlet amblemlerinin veya resmi işaretlerle ayar damgalarının ve yukarıda (1) paragrafta bahsi geçen uluslararası hükümetlerarası teşkilatın ayırt edici işaretlerinin izinsiz olarak dahil edildiği markaları, 6. Madde 4. Mükerrerinin B bölümü, a) bendinde tanınan hakların uygulanması suretiyle ülkelerin red veya iptal etmesini engellemeyecektir. <https://basalanpatent.com.tr/addons/uluslararası%20C4%B1 mevzuatlar/Paris%20S%C3%B6zleşmesi.pdf> ( erişim tarihi; 01.04.2019)

etmiştir<sup>460</sup>. Bu düzenleme ile sözleşmeye taraf devletlere ait olan arma, flama ve diğer resmi işaretlerin taklitlerinin markaların asli veya tali bir unsuru olarak kullanılması yetkili makamların iznine bağlanmıştır. Dolayısı ile bu işaretlerin yer aldığı markanın tescili için izin alınması gerekmektedir. Aksi halde marka başvurusu reddedileceği gibi, işaretin marka olarak tescil edilmesi halinde de hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır. Örneğin sözleşmeye taraf ülkelerden bir olan Almanya'nın flama biçimin ülkemizde marka olarak tescil edilmesi talebi, bu ülkenin izninin olmaması halinde mümkün değildir<sup>461</sup>. Bunun dışında sözleşmeye taraf ülkelerden birinin üyesi olduğu hükümetlerarası organizasyon işaretlerinin, bu işaretlerin kısaltmalarının, logolarının, flamalarının, alametlerinin marka olarak tescili edilmesi talebi halinde de yetkili merciden izin alınması gerekmektedir<sup>462</sup>. Yargıtay “*UNO*” kararında, bu işaretin dava konusu “*PIZZERA UNO CHICAGO BARXGRILL + Şekil*” markasının esas unsuru olduğunu, bu ibarenin Birleşmiş Milletler Örgütü'nün İngilizce yazılışının baş harflerinden oluşan kısaltma olduğunu, bu kısaltmanın da WIPO' nun koruması altında olduğunu değerlendirerek marka tescil talebini reddetmiştir<sup>463</sup>. Yargıtay “*şekil+UNO*” kararında da benzer gerekçeyle TPE kararının iptalini reddetmiştir<sup>464</sup>. Yargıtay “*TURCO*” kararında, bu sözcüğün İspanyolca da “*Türk*” anlamına geldiğini, kimsenin kullanımına veya tekeline bırakılmayacağını, yetkili merciden de izin alınmadığını, 556 sayılı KHK'nin m. 7/g ve h bentlerine girdiğini gözeterek tescil başvurusunun reddine karar vermiştir<sup>465</sup>. Yargıtay “*KIZILAY İNŞAAT*” kararında, bu markanın tescil edildiği mal veya hizmetinin “*KIZILAY*” içecek markasına tecavüzlü olmadığını ancak, “*KIZILAY*” markasının ülkemiz ve dünya da kullanılan uluslararası nitelikte marka olduğuna değinerek 556 sayılı KHK m. 7/1-g bendi uyarınca markanın hükümsüzlüğüne karar vermiştir<sup>466</sup>. Bunun dışında TSE, CE, OECD, WIPO, UN, EU, FAO, İLO, NATO, KIZILAY, vb. kısaltmalar yetkili mercilerden izin verilmedikçe marka olarak tescil edilemez<sup>467</sup>.

<sup>460</sup>Çağlar, 2015: 7.

<sup>461</sup>Karasu vd., 2018: 181.

<sup>462</sup>Meran, 2015: 128-129; Çağlar, 2015: 53; Karasu vd., 2018: 181; Güneş, 2018: 114; Karahan vd., 2009: 152.

<sup>463</sup>Y. 11. HD., 14.11.2000, E. 2000/6555, K. 2000/8946 (Güneş, 2018: 114).

<sup>464</sup>Y. 11. HD., 27.11.2008, E. 2007/9802, K. 2008/12509 (Çolak, 2014: 163).

<sup>465</sup>Y. 11. HD., 24.03.2008, E. 2007/2314, K. 2008/3815 (Çolak, 2014: 163).

<sup>466</sup>Y. 11. HD., 11.07.2011, E. 2010/314, K. 2011/8638 (Çolak, 2014: 163-164; Şahinler Baykara vd., 2018: 47).

<sup>467</sup>Çolak, 2014: 163; Çağlar, 2015: 54; Karahan vd., 2009: 152.

#### 2.4.9. Kamuya veya Halka Mal Olmuş Tescil İzin Verilmeyen İşaretler

“Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş diğer işaretler ile yetkili mercilerce tescil izni verilmemiş olan armaları, nişanları veya adlandırmaları içeren işaretler” mutlak tescil engeli olarak düzenlenmiştir (SMK m. 5/1-g bendi). Mülga 556 sayılı KHK'nin 7/-h bendinde benzer düzenleme bulunmaktadır.

Bu madde kapsamına giren işaretler, kamunun ortak mirası niteliğinde kabul edilirler. Dolayısı ile kamunun bu işaretler üzerinde kullanma hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle de, bu işaretlerin marka olarak tescil edilmeleri kabul edilmemektedir. Örneğin Sultan Ahmet Cami, Çanakkale Şehitleri Anıtı, Efes Harabeleri, Boğaziçi Köprüsü, Tuğralar<sup>468</sup>, Atatürk Orman Çiftliği ismi veya amblemi, Fatih Sultan Mehmet, Yavuz Sultan Selim, Atatürk, Nasrettin Hoca, Anıt Kabir, Taksim Anıtı, Anıtkabir ve Gap'ın resmi<sup>469</sup>, Ömer Halisdemir<sup>470</sup>, Mehmet Selim Kiraz, Fethi Sekin resimleri, Anzac, Royal<sup>471</sup> sözcükleri bu nitelikte kabul edilmektedir.

Dünya klasiklerinden oluşan yabancı romanların isimlerinin, herkesçe bilinen yabancı aktörlerin isim veya soy isimlerinin ya da yabancı sporcuların isim ve soy isimlerinin tescil edilmesi talebi bu madde içeriğine girmemektedir<sup>472</sup>.

Konuyla ilgili Yargıtay'ın “HERŞEY AŞKTAN+Şekil” kararında, markada yer alan sözlerin kültürel değer niteliğinde olup olmadığının, toplumsal, tasavvufi ve dini açıdan kamuya ait olup olmadığının, bir öğreti ile ilişkilendirip ilişkilendirilmeyeceğinin, kullanılması ile kültürel değerlerin ihmal edilip edilmediğinin, kişilerin tekeline verilip verilmeyeceğinin değerlendirilmesi sonucunda bu sözlerden oluşan işaretin marka olarak tescil edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>473</sup>. Yargıtay “CEP ÖZEL TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ” kararında, 556 sayılı KHK m.7/1-h bendine göre toplumun menfaatleriyle sıkı ilişki içerisinde bulunan işaretlerin marka olarak kullanılamayacağını, bu işaretin markanın asli veya tali unsuru olması halinde yetkili mercilerden izin alınmasının gerektiğini, Türk Silahlı Kuvvetlerinin Türk halkı ile özdeşleştiğinden bu ibarenin Türk halkından ayrı düşünülmemeyeceğini, kamuya mal olmuş bir ibarenin de mülga 556 sayılı KHK

<sup>468</sup>Karahan vd., 2009: 153.

<sup>469</sup>Gürsoy, 2005: 57.

<sup>470</sup>Karasu vd., 2018: 181.

<sup>471</sup>Güneş, 2018: 114.

<sup>472</sup>Çolak, 2014: 164.

<sup>473</sup>Y. 11. HD., 05.10.2015, E. 2014/18537, K. 2015/9891 (Karahan vd., 2016: 32; Şahinler Baykara vd., 2018: 48).

m. 7/1-k hükmü uyarınca tescil edilemeyeceğini kabul etmiştir<sup>474</sup>. Yargıtay “TEMA” kararında, davalı vakfın kullandığı logonun kendisi ile özdeşleştiğini, bu logonun toplumun her kesimince bilindiğini, kullanma yoluyla ayırt edici hale geldiğini, kamuyu ilgilendirdiğini, halka mal olduğunu kabul ederek davalı markanın 1996 yılından itibaren tescilli olmasının uyuşmazlık konusu yönünden 556 sayılı KHK'nin uygulanmasını engellemeyeceğini kabul etmiştir<sup>475</sup>. Yargıtay “Türkiye Basketbol Federasyonu 12 Dev Adam Basketbol Okulu Garanti+ Dört Yapraklı Yonca” kararında, “Türkiye Basketbol Federasyonu” ibaresinin marka olarak kullanılması için yetkili mercilerden izin alınması gerektiği, aksi halde bu ibarenin yan unsur da dahil olarak kullanılamayacağını belirterek mutlak red nedeni olarak 556 sayılı KHK 7/-h maddesine atıf yapmıştır<sup>476</sup>.

#### 2.4.10. Dini Değerleri veya Sembolleri İçeren İşaretler

“Dini değerleri veya sembolleri içeren işaretler” mutlak red nedeni olarak düzenlenmiştir (SMK m. 5/1- h bendi). Bu düzenleme ile dini değerler ile ilişkisi olmamasına rağmen gerçeğe aykırı olarak ilişkisi olduğu algısını oluşturan, bu değerlere zarar verecek nitelikteki markaların tescili engellenmeye çalışılmaktadır<sup>477</sup>. Bununla birlikte ürünlerin veya hizmetlerin dini değer ya da sembollerle ilişkilendirilmesi ile tüketicilerin o ürünü benzerlerine nazaran tercih etmesi sonucunda diğer üreticilerin aleyhine rekabet düzenin bozulmasının engellenmesi için de bu düzenleme getirilmiştir. Benzer düzenlemeye mülga 556 sayılı KHK'nin m.7/-j bendinde de yer verilmişti. Burada “din” sözcüğü tüm dinleri kapsamaktadır<sup>478</sup>. Bu kapsama kutsal kitap adları, peygamber adları, kutsal kişi adları, dini ritüellerin adları, ritüellerin yapılaş biçimleri, kutsal yerlerin adları ya da resimleri, dini terimler girmektedir. Yargıtay “TEKBİR” kararında, bu terimin mülga 556 sayılı KHK'nin m.7/1-j bendi kapsamında kaldığını kabul etmiştir<sup>479</sup>. Yargıtay “NAKŞİLER” kararında, bu terimin TDK'deki karşılığının “*nakşibendilik*” olduğunu, bu tarikatının üyelerini ifade ettiğini, başvurunun mülga 556 sayılı KHK 7/1-j bendi kapsamında kaldığı değerlendirerek temyiz

<sup>474</sup>Y. 11. HD., 04.12.2006, E. 2006/12360, K. 2006/12653 (Güneş, 2018: 114-115; Şahinler Baykara vd., 2018: 48).

<sup>475</sup>Y. 11. HD., 20.12.2005, E. 2004/13588, K. 2005/12574 (Şahinler Baykara vd., 2018: 47).

<sup>476</sup>Y. 11. HD., 13.11.2006, E. 2005/10763, K. 2006/11632 (Şahinler Baykara vd., 2018: 47).

<sup>477</sup>Noyan ve Güneş, 2015:151.

<sup>478</sup>Çağlar'a göre, dinler semavi dinleri ifade etmektedir. Bu dinler içerisinde bulunmayan inançlar yönünden ise kural olarak engel bulunmamaktadır (Çağlar, 2015: 59).

<sup>479</sup>Y. 11. HD., 12.12.2012, E. 2011/14095, K. 2012/20549 (Güneş, 2018: 115).

talebi kabul etmiştir<sup>480</sup>. Yargıtay “*TSE HELAL*” kararında, bu işaretin 556 sayılı KHK’nin m.7/-g bendi uyarınca kurumca sicile kaydedildiğini, KHK’nin m.5 kapsamına girmediğini, marka hakkına tecavüz niteliğinde olmadığını, davalının eyleminin haksız rekabete neden olduğu kabul edilmiştir<sup>481</sup>. Yargıtay “*A’LA*” kararında, dini değerlerin rencide edilmesinin ve bir çıkar uğruna kullanılmasının önlenmesi amacıyla 556 sayılı KHK’nin 7/-j bendinin mutlak red nedeni olarak düzenlendiğini, bu markanın bu madde kapsamına girdiğini kabul etmiştir<sup>482</sup>. Yargıtay “*Risale-i Nur*” kararında, bu terimin kitap ismi olduğunu, FSEK’e göre eser adı olarak kabul edildiğinde eser adını olacağını, bu halde eser sahibi dışında başka kişilerin bu terimi marka olarak tescil ettirme taleplerinin mutlak red nedenleri içerisinde değerlendirilemeyeceğini ancak 556 sayılı KHK’nin m. 8/5’de düzenlenen nispi red nedenleri kapsamında itiraz üzerine incelenmesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir<sup>483</sup>. Yargıtay “*TRUE RELIGION*” kararında, bu terimin Türkçe de “gerçek din” anlamına geldiğini, işaretin tescil edilmek istenildiği giyim malları yönünden kullanılmasının kamu düzeni ile genel ahlaka aykırılık oluşturmayacağından bahisle TPE YİDK kararının iptaline karar vermiştir<sup>484</sup>. Bu işaretin bir kısım mal ve hizmetler için marka olarak tescil edilmesi doktrinde eleştirilmiştir<sup>485</sup>. Alman Patent Mahkemesi “*DALAILAMA*” kararında, bu terimin marka olarak tescil edilmesi talebini, bu kişinin Budizm inanışının önemli kişilerinden olması nedeniyle reddetmiştir<sup>486</sup>.

#### 2.4.11. Kamu Düzenine veya Genel Ahlaka Aykırı İşaretler

“*Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı işaretler*” mutlak red nedeni olarak düzenlenmiştir (SMK'nin m.5/1-ı bendi). Kamu düzeni kısaca “*toplumun her bakımdan genel çıkarlarını koruyucu hükümlerin tamamı*”<sup>487</sup>, genel ahlak ise “*belirli bir zamanda, bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan değer yargıları*”<sup>488</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

Her ne kadar kamu düzeni veya genel ahlak kavramları subjektif nitelikte olup kişiye

<sup>480</sup>Y. 11. HD., 10.11.2014, E. 2014/9432, K. 2014/17264 (Karahana vd., 2016: 33-34).

<sup>481</sup>Y. 11. HD., 29.11.2016, E. 2015/11741, K. 2016/9189 (Şahinler Baykara vd., 2018: 47).

<sup>482</sup>Y. 11. HD., 07.02.2006, E. 2005/889, K. 2006/1071 (Şahinler Baykara vd., 2018: 48).

<sup>483</sup>Y. 11. HD., 08.02.2010, E. 2008/10666, K. 2010/1410 (Şahinler Baykara vd., 2018: 48).

<sup>484</sup>Y. 11. HD., 26.10.2010, E. 2009/3454, K. 2010/10833 (Çolak, 2015:189).

<sup>485</sup>Çağlar, 2015:59

<sup>486</sup>BpatGE 24 W 140/01- Dalailama( Çağlar, 2015: 59).

<sup>487</sup>Yılmaz, 2006: 348.

<sup>488</sup>Yılmaz, 2006: 236.

veya yöreye göre değişebilmekte ise de, bu düzenleme değerlendirilirken subjektif ölçütler değil genel geçer, ortalama vatandaşın kabul ettiği objektif değer yargıları dikkate alınmaktadır. Bu nedenle başvuru sahibinin bu yönde bir kastının olup olmadığı irdelenmemektedir. Kamu düzeni zaman içerisinde değişebilmektedir. Şöyle ki, marka olarak tescil edilen isimlerin daha sonra suç ile özdeşleşmesi mümkündür. Bu halde suç ile özdeşleşen ismi içeren markanın kamu düzenine aykırılık sebebiyle tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilecektir. Bunun dışında, marka olarak tescil edilmek istenen işaretin, toplum bir kısmı için iftira atma, aşağılama, tahrik etme, kırıncı olma niteliğinde bulunması halinde marka tescil talebi reddedilebileceği gibi kamu düzenine aykırılığın markanın kendisinden veya kullanılacağı ticari faaliyetten kaynaklanması hallerinde de marka başvurusu reddedilecektir<sup>489</sup>.

Yargıtay “*SETUR+ Şekil*” kararında, kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin değerlendirmenin, markayı meydana getiren sözcük, şekil, harf, sayı öğeleri ile bu öğelerin oluşturdukları şeklin ve ifade ettiği anlamların incelenmesi ile anlaşılacağını, suçu özendirici, insan haklarına, örf adetlere, aile düzenine ve demokratik düzene aykırı, bölücü nitelikte unsurları ihtiva eden markaların kamu düzenine aykırı olacağını, bu nedenle bu tür markaların tescil edilmeyeceğini, markalar arasındaki benzerliğin ya da markanın tescil edilmesi ile ortaya çıkan hak ihlalinin kamu düzeni olarak kabul edilemeyeceğini, bu nedenle de telif haklarına aykırılığın kamu düzenine aykırılık olmayacağını kabul etmiştir.<sup>490</sup> Yargıtay “*KAMASUTRA*” kararında, bu terimin prezervatif ürünler için tescilini kabul etmiştir<sup>491</sup>. Yargıtay “*Görüp Ahkam-i Mehakimi Münharif Hukuktan ve Adaletten Çekiliyoruz İzzet-ü İkbal ile İcra-ı vekaletten “Avukat M.T. S.+ şekil*” kararında, mutlak red nedenlerinin resen dikkate alınması gerektiğini, marka olarak tescil talebinde bulunulan işaretin mülga 556 sayılı KHK'nin m. 7/1-k bendi kapsamında kamu düzenine aykırılık bakımından da değerlendirilmesinin gerekeceğini belirtilerek temyiz talebini kabul edilmiştir<sup>492</sup>. Danıştay kararında, temizlik ürünlerinde kullanılmak üzere “millet” terimi, şarap ürünleri için “mebusan” terimi kamu düzenine aykırı bulunmuştur<sup>493</sup>. OHİM “*ATATÜRK*” kararında, Arap asıllı iki İngiliz vatandaşının marka olarak tescil etmek istediği “*ATATÜRK*” kelimesinin

<sup>489</sup>Güneş, 2018: 115.

<sup>490</sup>Y. 11. HD., 08.02.2000, E. 2000/7314, K. 2000/1195 (Meran, 2015: 168).

<sup>491</sup>Y. 11. HD., 13.05.2002, E. 2002/868, K. 2002/4651 (Çağlar, 2015: 60; Çolak, 2014: 188).

<sup>492</sup>Y. 11. HD., 18.02.2014, E. 2013/12931, K. 2014/2791 (Karahan vd., 2016: 34).

<sup>493</sup>Danıştay'ın 12. D.'nin 21.04.1969, 1919/730 sayılı kararı (Karahan vd., 2009: 156).



Türk asıllı AB vatandaşları bakımından rencide edici etki oluşturacağını değerlendirerek markanın hükümsüzlüğünü kabul etmiştir<sup>494</sup>.

#### 2.4.12. Tescilli Coğrafi İşaretten Oluşan ya da Tescilli Coğrafi İşaret İçeren İşaretler

Coğrafi işaretler SMK'nin ikinci kitap birinci kısım 33. maddesinde yer almaktadır<sup>495</sup>. Bu işaretler SMK m. 34/1'de tanımlanmaktadır. Coğrafi işaretler ile kökeninin bulunduğu yer ile özdeşleşen ürünlerin neler oldukları gösterilir. Örneğin Şile bezinde bezin, Çorum leblebisinde leblebinin, Bozcaada şarabında şarabın, Antep fıstığında fıstığın nerede üretildiği ya da nereden elde edildiği anlaşılmaktadır<sup>496</sup>. Coğrafi işaretler kendi içerisinde üretilen ürünün, üretildiği yerin özelliklerini tamamen ya da bir kısmen almasına göre menşe ve mahreç olarak ayrılmaktadır. SMK m. 34'te menşe, mahreç, geleneksel ürün adı açıklanmaktadır<sup>497</sup>.

Coğrafi işaret ayırt edici nitelikte olan ve ürünün coğrafi kaynağını gösteren işaretlerdir. Markalar hukuki işleme konu edilebilirken SMK m. 148 düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere coğrafi işaretler hukuki işlemlere konu edilemez, teminat olarak gösterilemez, irade ile değiştirilemez, üzerinde ferdi mülkiyet kurulamaz. Bu işaretler bireysel menfaatleri korumamakta coğrafi işarete konu ürünü üreten üreticileri korumaktadır. Coğrafi işaretlerin uluslararası hukuktaki koruma kapsamı TRIPS m. 22'de düzenlenmektedir<sup>498</sup>.

<sup>494</sup>Yasaman. 2016: 11 vd.

<sup>495</sup>SMK m. 33/1, "doğal ve beşerî unsurların bir araya gelmesi sonucu gıda, tarım, maden, el sanatları ürünleri ve sanayi ürünlerinden bu Kitapta yer alan şartlara uygun olanlar, tescil edilmesi şartıyla, coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı korumasından yararlanır." şeklinde düzenlenmektedir.

<sup>496</sup>Arkan, 2018: 304.

<sup>497</sup>SMK 34: "(1)Coğrafi işaret; belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından kökenin bulunduğu yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş ürünü gösteren işarettir. Coğrafi işaretler; aşağıda belirtilen özelliklerine göre menşe adı ya da mahreç işareti olarak tescil edilir:

a)Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya istisnai durumlarda ülkeden kaynaklanan, tüm veya esas özelliklerini bu coğrafi alana özgü doğal ve beşerî unsurlardan alan, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerin tümü bu coğrafi alanın sınırları içinde gerçekleşen ürünleri tanımlayan adlar menşe adıdır.

b)Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya ülkeden kaynaklanan, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından bu coğrafi alan ile özdeşleşen, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az biri belirlenmiş coğrafi alanın sınırları içinde yapılan ürünleri tanımlayan adlar mahreç işaretidir.

(2)Coğrafi bir yer adı içermese dahi birinci fıkrada yer alan şartları taşıyan bir ürünü belirtmek için geleneksel olarak kullanılan, günlük dilde yerleşmiş ve coğrafi bir yer adı içermeyen adlar da menşe adı veya mahreç işareti olabilir.

(3)Menşe adı veya mahreç işareti kapsamına girmeyen ve ilgili piyasada bir ürünü tarif etmek için geleneksel olarak en az otuz yıl süreyle kullanıldığı kanıtlanan adlar, aşağıdaki şartlardan en az birini sağlaması hâlinde geleneksel ürün adı olarak tanımlanır:

a)Geleneksel üretim veya işleme yöntemi yahut geleneksel bileşimden kaynaklanması.

b)Geleneksel hammadde veya malzemeden üretilmiş olması." şeklinde düzenlenmektedir.

<sup>498</sup>Uzunallı, 2008:137-138.

“Tescilli coğrafi işaretten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretler” mutlak ret nedeni olarak düzenlenmiştir (SMK'nin m. 5/1-i bendi). Bu bendin mülga 556 sayılı KHK'de karşılığı bulunmamaktadır. SMK ile getirilen bu bent ile müstakil bir sınai mülkiyet hakkı olan coğrafi işaretlerin korunması amaçlanmaktadır. Koruma kapsamı belirlenirken tescilli işaretle ilgili olan mal ve hizmetler gözetilmektedir. Her ne kadar mülga 556 sayılı KHK de bu yönde düzenleme bulunmasa da esas unsur olarak coğrafi kaynak belirten sözcüklerin tescili KHK m.7/1-c bendiyle engellenmektedir<sup>499</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus coğrafi işaretin esas, tali ve yardımcı unsur olarak markada yer alamayacağıdır<sup>500</sup>

Doktrinde bu düzenlemeye ilişkin *Çağlar*, bu mutlak ret nedeninin diğer sınai mülkiyet hakları gibi nispi ret nedenleri arasında düzenlenmesinin daha uygun olacağı görüşündedir. *Karasu*, mutlak red nedenlerine ilişkin getirilen bu düzenlemeyi yerinde bulmaktadır. Bunun nedenini de coğrafi işaretler üzerindeki hakların kolektif nitelik taşıdığına ve bu işaretlerin niteliği gereği kamu menfaatini daha fazla ilgilendirdiğine dayandırmaktadır<sup>501</sup>. *Güneş*, toplumun kolektif değerinin korunması ve sulandırılmaması için bu hükmün mutlak red nedenlerinde düzenlendiğini ifade etmektedir<sup>502</sup>. Kanatımızca, coğrafi işaretin tüketicilerin algısında yapacağı etki sonucunda, alım tercihlerini etkileyeceği ve bu nedenle de rekabet düzenini bozacağından ve coğrafi işaretin toplumun menfaatini korumasından dolayı bu hükme mutlak red nedenleri arasında yer verilmesinin isabetli olduğu kanısındayız.

Coğrafi işaretlerin markalarla ilişkisi SMK m. 48'de düzenlenmektedir<sup>503</sup>. Bu maddede coğrafi işaretle ilgili mal veya hizmetlerin marka olarak tescil edilmesi talebinin reddedileceğini, işaretin marka olarak tescil edilmesi halinde hükümsüz kılınacağını, coğrafi işaretin korunmasından önce bu işaretle aynı veya benzer markanın iyi niyetle tescilinin veya

<sup>499</sup>Güneş, 2018: 117.

<sup>500</sup>Karasu vd., 2018: 182.

<sup>501</sup>Karasu vd., 2018: 182.

<sup>502</sup>Güneş, 2018:117.

<sup>503</sup>SMK m. 48: "(1)Coğrafi işaretin tescilinden sonra 44 üncü maddede belirtilen biçimlerde veya tescile konu coğrafi işaretle ilgili mal veya hizmetler için kullanılmak üzere yapılan marka başvurusu reddedilir, tescil edilmiş ise dava yoluyla hükümsüz kılınabilir.

(2)Coğrafi işaretle aynı veya benzer bir marka, coğrafi işaretin korunmasından önce iyiniyetle tescil edilmiş veya bu markanın kullanım hakkı iyiniyetle kazanılmışsa, coğrafi işaretin hak sahibine verdiği yetkiler, marka başvurusunun tesciline ve iyiniyetli kullanımına zarar vermez.

(3)Tescilli bir markanın sahip olduğu itibar, ün ve kullanım süresi de göz önünde bulundurularak bu marka ile aynı veya benzer olması sebebiyle markanın varlığına zarar verici veya gerçek kaynağı konusunda yanıltıcı olacak nitelikteki adların coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı olarak tesciline, önceki tarihli hak sahibinin itirazı üzerine izin verilmez." şeklinde düzenlenir.

iyi niyetle kullanımının kazanılmasının korunacağını, markanın varlığına zarar verici veya gerçek kaynağını yanıltıcı nitelikteki adların coğrafi işaret ya da geleneksel ürün adı olarak tesciline önceki hak sahibinin itirazının olması halinde izin verilmeyeceğini ifade etmektedir. Daha öncede ifade ettiğimiz üzere *İmirlioğlu*; SMK m. 48/1'in uygulanarak markanın tescil edilmemesi, tescil edilmişse hükümsüz kılınması için coğrafi işaretin tescil edilmesi şartının aranmamasının daha uygun olacağını ifade etmektedir<sup>504</sup>.

Yargıtay "HEREKE YÜN HALISI" kararında, markanın yurt dışında üretilen ve ithal edilen halılara ait desen ve motiflerinin aynı zamanda coğrafi işaretin konusu olan ürünlerin esas özelliklerinden olduğunu bu nedenle coğrafi işaretin tescilinden doğan haklara tecavüz ederek haksız rekabet teşkil ettiğini kabul etmiştir<sup>505</sup>. Yargıtay "GENEVE" kararında, Cenevre şehrinin saat ve bu nitelikteki mallar için dünyaca tanınmış olması nedeniyle mülga 556 sayılı KHK'nin m. 7/1-f bendinin şartlarının gerçekleştiğini belirterek bu yöndeki itirazları yerinde görmüştür<sup>506</sup>.

Sonuç olarak, mutlak red nedenlerine ilişkin olarak coğrafi kaynak belirten işaretlerin, SMK m. 5/1-c bendinde tanımlayıcı işaret olarak münhasıran ya da esas unsur şeklinde, SMK m. 5/1-f bendinde halkı yanıltıcı işaret şekilde, SMK m. 5/1-i bendinde coğrafi işaret şeklinde tescil edilmesine izin verilmemektedir. Aksi halde SMK m. 25/1 uyarınca markanın tescilinin hükümsüzlüğü talep edilebilmektedir. Bu bentlerden sadece SMK m. 5/1-c'de markanın kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmasına imkan tanınmıştır.

## 2.5. Mutlak Red Nedenlerinin İstisnaları

### 2.5.1. Genel Olarak

Kanun koyucu mutlak red nedenlerinin neler olduğunu düzenlerken bu nedenlere bazı istisna da tanımıştır. Bu istisnalar SMK m. 5/ 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir.

Bu istisnaların ilki SMK m. 5/2 hükmüdür. SMK m. 5/2, SMK m.5/1-b-c-d bentlerine atıf yaparak bu nedenleri içeren işaretlerin, bir takım şartların varlığı halinde mutlak tescil engeline takılmadan tescil edilebileceğini düzenlemektedir.

Mutlak red nedenlerinin istisnalarının ikincisi SMK m. 5/3 fıkrasıdır. Bu düzenleme ile ilk marka sahibinin muvafakati ile aynı markanın ikinci bir kişi adına da tescil

<sup>504</sup>İmirlioğlu, 2018: 47.

<sup>505</sup>Y. 11. HD., 20.12.2013, E. 2012/11169, K. 2013/23367 (Güneş, 2018: 117-118; Şahinler Baykara vd., 2018: 48).

<sup>506</sup>Y. 11. HD., 09.06.2008, E. 2008/6483, K. 2008/7643 (Güneş, 2018: 118).

edilebileceği kabul edilmektedir.

## 2.5.2. Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik Kazanma

### 2.5.2.1. Genel Olarak

SMK m. 5/2'de kullanım yoluyla ayırt edicilik düzenlenmektedir. Bu düzenleme uyarınca marka başvurusuna konu işaretlerin, mutlak red nedeni olarak kabul edilen SMK m. 5/1-b-c-d bentleri uyarınca reddedilmesi gerekirken bu işaretlerin başvuru tarihinden önce kullanılması sonucunda tescil edilmek istenen mal veya hizmetler yönünden, ortalama tüketiciler nezdinde ayırt edici nitelik kazanması nedeniyle marka olarak tescil edilebilmeleri sağlanmaktadır. Bu istisna hükmü ile başlangıçta ayırt edici özelliği bulunmayan işareti, marka haline getiren girişimci korunmaktadır<sup>507</sup>.

Yargıtay ilamında açıklandığı üzere, kullanım yolu ile ayırt edicilik ile mal veya hizmetin işletmeye aidiyeti ispat edilmekte, marka unsuru olarak ayırt edicilik ile de marka olabilmek için aranan şart ifade edilmektedir. Bu nedenle ayırt edicilik kavramı farklı anlamlara gelebilmektedir<sup>508</sup>.

Kural olarak marka tescil işlemi kurucu nitelikte kabul edilse de kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma durumunda marka tescil işlemi açıklayıcı niteliktedir. Kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma hali tescilde "öncelik" prensibinin istisnası niteliğindedir<sup>509</sup>. Ayırt edicilik kazanan markanın daha önce aynısının veya benzerinin tescil edilmiş olması bu markanın tesciline engel değildir. Çünkü kazanılan ayırt edici nitelik ile markaların karıştırılma ihtimalinin ortadan kaldırdığı değerlendirilmektedir. Ticaret unvanlarında yer alan ibarenin, mal veya hizmetleri için ayırt edici olması halinde her ne kadar daha önce bu ibare marka olarak başka kişiler adına tescili yapılmış ise de, ticaret unvanı sahibince de marka olarak tescil edilebilmelidir. Kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanan marka sahibi sadece markanın kendi adına tescili talebinde bulunabilmektedir. Daha önce tescil edilmiş olan markanın sicilden terkinini talep edememektedir<sup>510</sup>. Yargıtay içtihatları ile markalar yönünden

<sup>507</sup>SMK m. 5/2 gerekçesi.

<sup>508</sup>Y. 11. HD., 28.01.2008, E. 2006/12826, K. 2008/588 (İmirlioğlu, 2018: 187).

<sup>509</sup>Yargıtay "GÜRALLAR- GÜRALLAR" kararında, müşterek markasal kullanım bulunmayan mal veya hizmetler bakımından taraflarca üstün hak iddiasının ileri sürülebileceğini, böylelikle dava konusu ibareleri ilk kez kullanan tarafın öncelik hakkı korunacağını kabul etmiştir (Y. 11. HD., 25.06.2015, E. 2014/18374, K. 2015/8689) (Şahinler Baykara vd., 2018: 55).

<sup>510</sup>Meran, 2015: 168-169; İmirlioğlu, 2018: 191; Karasu'ya göre, ticaret unvanları ile işletme adları olarak kullanılan işaretler kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanamaz (Karasu vd., 2018: 183-184); Yargıtay

kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma durumu, talep halinde her somut olaya göre ayrı biçimde değerlendirilmektedir. Alan adlarından oluşan bir işaretinde kullanım yoluyla ayırt edicilikten yararlanması mümkündür<sup>511</sup>.

### 2.5.2.2. 5/1-b-c-d Maddelerinin Kullanımı

İstisna hükmünün kapsamı içerisine aldığı SMK m. 5/1-b bendinde somut ayırt edici işaretleri, m. 5/1-c bendinde tasviri ya da tanımlayıcı işaretleri, m. 5/1-d bendinde ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayıran işaretleri düzenlemektedir. Diğer mutlak red nedenleri bu madde kapsamına girmemektedir. SMK m. 5/2 fıkrasının benzeri niteliğindeki düzenlemeye mülga 556 sayılı KHK'nin m. 7/2 fıkrasında da yer verilmektedir.

SMK m. 5/1-b bendi bakımından daha önce de ifade ettiğimiz üzere somut ayırt edicilik hükmü ilk defa bu Kanunla getirilmiştir. Mülga 556 sayılı KHK'de sadece soyut ayırt ediciliğe ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Mülga 556 sayılı KHK'nin m. 7/2 fıkrasındaki atıf, KHK'nin m. 7/a bendinde yer alan soyut ayırt ediciliğe yapılmaktadır. Soyut ayırt edici niteliğe sahip olamayan işaretin, kullanım sonucunda bu niteliği kazanması söz konusu olmadığından yapılan bu atıf eleştirilmiştir. SMK ile kullanım sonucu ayırt ediciliğe ilişkin atıf, somut ayırt edici niteliği bulunmayan işarete yapıldığından bu konudaki eleştiriler ortadan kaldırılmıştır. Yargıtay, Milka çikolataların “mor renginin”, “Ayakkabı Dünyası” teriminin, “Browni” ibaresinin<sup>512</sup>, “Labne” sözcüğünün, “Kaymaklım” ibaresinin<sup>513</sup> kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazandığına karar vermiştir.

SMK m. 5/1-c ve d bentleri, mülga 556 sayılı KHK m.7/1-c- d bentlerine karşılık gelmektedir. SMK m. 5/1-c' de tanımlayıcı olan işaretlere yer verilmiştir<sup>514</sup>. Bu işaretler herkesin kullanımına açık olan, hiç kimsenin tekeline verilmeyen işaretlerdir. Bu nedenle de

---

"MEDICANA" kararında, hizmet sektöründe işletme adının TTK hükümleri gereğince ticaret siciline tescil ettirmek suretiyle kullanılabileceğini, işletme adının marka olarak tescil edilmeden de hizmet verilen işletme binasında ve bu hizmetlerin sunulduğu ticari belgelerde tanıtma işareti olarak yer alabileceğini, bu takdirde , bu kullanımın aynı zamanda tescilsiz hizmet markası kullanımı olduğunu kabul etmiştir (Y. 11. HD., 24.03.2016, E. 2016/596, K. 2016/3361) (Şahinler Baykara vd., 2018:55).

<sup>511</sup>Çolak, 2014: 43.

<sup>512</sup>Karasu vd., 2018: 183; Çolak, 2014: 43.

<sup>513</sup>İmirlioğlu, 2018: 194; Çolak, 2014: 43.

<sup>514</sup>Yargıtay "Hatay Sofrası+ şekil" kararında, marka olarak tescil ettirilmek istenen işaretin, coğrafi kaynak belirten tanımlayıcı nitelikte bir işaret olduğunu, bu işaretin "Akdeniz Hatay Sofrası" ibareli daha önceden tescil edilmiş markanın serisi olarak da kabul edilemeyeceği ifade etmiştir (Y. 11. HD., 12.12.2014, E. 2014/12678, K. 2014/19659) (Karahana vd., 2016: 35).

marka başvurusunda esas ya da münhasır unsur olarak yer almaları halinde tescil talepleri kabul edilmemektedir<sup>515</sup>. Ancak bu işaretlerin kullanım sonucunda tescil edilmek istenen mal veya hizmet bakımından ayırt edici hale gelmesi mümkündür. Kanun koyucu, bu durumda marka sahibinin verdiği emeği koruyup üstünlük tanıyarak, marka tescilinin bu sebeplere dayalı olarak engellenmesine izin vermemektedir. Ayrıca SMK m. 5/2'ye paralel olarak, başvurudan sonra ve hükümsüzlük talebinden önce markanın ayırt edici nitelik kazanması halinde SMK m. 25/4 fıkrasına göre hükümsüzlüğüne karar verilemeyecektir.

SMK m. 5/1- d bendi SMK m. 5/1-c ile bağlantılıdır. Bu bendin madde gerekçesinde de belirtildiği üzere ortak kullanıma ait, ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaların esas unsur ya da münhasır unsur olarak içeren işaretlerin tescil edilemeyeceğini kabul edilmektedir. Bunun nedeni üreticilerin veya tüketicilerin zarar görmesini önlemektir. Kanun koyucu yukarı da ifade ettiğimiz üzere; bu işaretleri, emek ve çaba göstererek kullanım sonucu ayırt edici hale getiren işaret sahibini koruyarak, markanın tescil edilmesini şartların varlığı halinde kabul etmekle birlikte, bu markaların tescil edilmesinden sonra hükümsüz kılınması talebini de SMK m. 25/4 fıkrasına göre reddetmektedir.

### 2.5.2.3. Kullanım Anının Belirlenmesi

SMK'nin m. 5/2 fıkrasıyla getirilen bir diğer yenilik kullanım sonucu ayırt edici özelliğin kazanılma zamanının tespitidir. Mülga 556 sayılı KHK'de ayırt ediciliğin, markanın “tescilinden” önce kazanılması aranılırdı. Buna göre, markanın, başvuru tarihinde sonra ve fakat tescil tarihinden önce ayırt edici nitelik kazanması halinde tescil talebi kabul edilirdi. Bu durumun kötüye kullanılmaya açık olması doktrinde eleştirilmişti<sup>516</sup>. SMK m.5/2'de ayırt ediciliğin kazanılma anının “başvuru tarihinden önce” gerçekleşmesi açıkça kabul edilerek doktrindeki eleştiriye konu belirsizliklerin ve kötüniyetli kullanımların engellenmesi amaçlanmıştır<sup>517</sup>.

<sup>515</sup>SMK m. 5/1-c gerekçesi.

<sup>516</sup>Karasu vd., 2018: 183; İmirlioğlu, 2018: 204.

<sup>517</sup>Karasu vd., 2018: 183; İmirlioğlu, 2018: 204.

#### 2.5.2.4. Kullanımın Kabul Edilmesi

Kullanım sonucu ayırt edici niteliğin kazanılabilmesi için öncelikle, marka olarak tescil edilmek istenen işaretin somut ayırt edici niteliğinin olmaması gerekmektedir<sup>518</sup>. Daha sonra bu işaretin mal veya hizmet ile markasal şekilde kullanılması gerekmektedir<sup>519</sup>. Böylelikle kullanım sonucunda işaretin, mal veya hizmetlerin üreticisi olan firmayla ilişkilendirilmesi, bu suretle piyasada tanınması ve ortalama tüketicilerin işaret ile mal veya hizmetler arasında bağlantıyı sağlayabilmesi gerekmektedir.

Yargıtay “ZERO<sup>520</sup>” işaretini, tanımlayıcılığa yakın ve ayırt edici nitelik bakımından zayıf olarak değerlendirmiş, “SKYTURK<sup>521</sup>” işaretini kullanım süresini, kullanma yoluyla ayırt edici niteliğin kazanılması bakımından yeterli görmemiş, “PET HOSPITAL<sup>522</sup>” işaretini veterinerlik hizmetleri yönünden tanımlayıcı bir sözcük olarak kabul etmiş, “TURKMALL<sup>523</sup>” işaretin, mal veya hizmetler bakımından ayırt edici olmadığını ve herkesin kullanımına açık kalması gerektiğini kabul etmiştir. Yargıtay “FLORİST<sup>524</sup>” kararında, ABAD kararlarındaki benzer ölçütlerle, bu işaretin ayırt edici nitelik kazandığının kabul edilmesi için işaretin tescil edilmek istenildiği mal veya hizmetlere ilişkin çevre yönünden değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>525</sup>.

İşletmenin ilanlarında, kataloglarında ya da faturalarında tescil edilmek istenen işaretin bulunması, tek başına ayırt edici kullanım sayılmamaktadır. Bu nedenle de tescil talebi kabul edilememektedir. Kullanım yoluyla ayırt ediciliğin kazanılması için işaretin, mal veya hizmetler ile birlikte piyasada kullanılması gerekmektedir<sup>526</sup>.

Markasal kullanımın kabulü için nesnel ölçütler bulunmaktadır. Bu ölçütlere, tescil talebinde bulunulan işaretin ne kadar zamandan beri kullanıldığı, kullanımın ülke genelinde

<sup>518</sup>Yargıtay'a göre, işaretin kullanım sonucu ayırt edicilik kazandığının kabulü için, ticaret hayatında bu işaretin kendisini kabul ettirmiş, mal veya hizmeti kendisine bağlamış, tescil ettirilmek istenilen mal veya hizmetle kendisini tanıtmış olması gerekir (Y. 11. HD., E. 2005/9681, K. 2006/1092) (Karasu vd., 2018:183); İmirlioğlu, 2018: 189; Çolak, 2014: 34.

<sup>519</sup>Adalet Divanı markasal kullanımda markaların, mallar için adeta kimlik şeklinde kullanılmasını, ayrıca tüketicilerin büyük çoğunluğunun markanın tescil talebinde bulunan kişiye ait olduğunu bilmesi gerektiğini aramaktadır (Güneş, 2018: 87); Markasal kullanım için emek, tanıtım ve kullanım gerekir (İmirlioğlu, 2018: 192).

<sup>520</sup>Y. 11. HD., 17.09.2013, E. 2012/2652, K. 2013/15909 (Güneş, 2018: 89).

<sup>521</sup>Y. 11. HD., 21.10.2013, E. 2012/5066, K. 2013/18343 (Güneş, 2018: 90).

<sup>522</sup>Y. 11. HD., 07.02.2000, E. 1999/9814, K. 2000/829 (Güneş, 2018: 91).

<sup>523</sup>Y. 11. HD., 29.04.2008, E. 2006/13579, K. 2008/5765 (Güneş, 2018: 91-92).

<sup>524</sup>Y. 11. HD., 22.11.2002, E. 2002/5352, K. 2002/10729 (Noyan ve Güneş, 2015: 142).

<sup>525</sup>Güneş, 2018: 87 vd.

<sup>526</sup>İmirlioğlu, 2018: 190.

ya da belirli bir coğrafi alanla sınırlı olup olduğu, kullanım sırasında yoğun olarak reklam, lansman veya tanıtımın yapılıp yapılmadığı, yapıldı ise bunun için ne kadar ödenek harcadığı, markasal kullanım sonucunda ne kadar gelir elde edildiği, bu ürün piyasasında marka sahibinin kazandığı pazar payının miktar ve oranı, markanın tüketiciler tarafından ne ölçüde bilindiğinde ilişkin anket çalışmaları örnek olarak verilebilmektedir. Her somut olaya göre de markasal kullanımın kabulü değişmektedir. Örneğin masa, sandalye gibi somut ayırt edici olmayan sözcüklerin ayırt edici nitelik kazanması, bu nitelikte olmayan sözcüklere göre daha güç olacaktır. Bunun dışında, afiş ya da reklam panolarında yapılan tanıtım ile markanın ayırt edici nitelik kazanması için geçmesi gereken süre radyo, televizyon, sosyal medya aracılığı ile sürekli tanıtımı yapılan markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanması için geçmesi gereken süreden daha uzun olacaktır<sup>527</sup>.

Yargıtay “neobant” kararında, bu ibarenin anlamının yeni bant olduğunu, tescil edilmek istenildiği bir kısmın mal sınıfları için tanımlayıcı nitelikte olmadığını değerlendirerek bu markanın tanımlayıcı olmadığı mal sınıfları için tescil edilmesine karar vermiştir<sup>528</sup>. Alman Patent Mahkemesi verdiği bir kararda Audi markasının ”Quattro” adını tescil etmemiştir. Gerekçe olarak bu sözcüğün anlamının İtalyanca “4” anlamına geldiğini, bu sayının ayırt edici nitelikte olmadığını göstermiştir<sup>529</sup>. Yargıtay, kullanım yoluyla ayırt ediciliğin, ülkemizin tamamını kapsayacak biçimde gerçekleşmesini aramaktadır<sup>530</sup>. Yargıtay HGK “ICEBERG” kararında, SMK m. 5/2 fıkrasına dayanarak defî niteliğinde talepte bulunulabileceğini, ilgili tarafça bu iddiaya dayanılmadıkça mahkemece resen inceleme yapılamayacağını, bu iddiaya dayanan kişinin iddiasını ispat etmesi gerektiğini değerlendirmiştir<sup>531</sup>. Alman Federal Mahkemesi, “TEST” kararında % 43 oranı, markanın kullanım yoluyla ayırt ediciliğin kazandığının kabulü için yeterli görmemiştir<sup>532</sup>. İngiltere ise “SİGNAL” kararında, bu dış macunu tüpünden çıkan kırmızı beyaz şerit renkli görünümünden oluşan şekil markasının % 50 oranında bilinmesini ayırt ediciliğin sağlanması için yeterli görmüştür<sup>533</sup>.

<sup>527</sup>Karasu vd., 2018: 184; İmirlioğlu. 2018: 188-189; Çolak, 2014: 34.

<sup>528</sup>Y. 11. HD., (tarih yok), E. 2007/10904, K. 2008/14049 (İmirlioğlu, 2018: 191).

<sup>529</sup>İmirlioğlu, 2018: 193.

<sup>530</sup>Y. 11. HD., 28.01.2008, E. 2006/13826, K. 2008/588 (İmirlioğlu, 2018: 201).

<sup>531</sup>Y. HGK., 29.04.2011, E. 2011/11-9, K. 2011/249 (Çolak, 2014: 32; Şahinler Baykara, 2018: 49).

<sup>532</sup>Çolak, 2014: 34.

<sup>533</sup>Çolak, 2014: 39.



### 2.5.3. Noter Onayı ile Ayırt Edicilik Kazanma

Mutlak tescil engellerinin bir diğer istisnasını SMK m.5/3 fıkrası oluşturmaktadır. Bu hüküm ile marka hukukunda kabul edilen “teklik ve öncelik” ilkesinden vazgeçilmektedir<sup>534</sup>. Bir marka başvurusu, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Kuruma sunulması hâlinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemez. Muvafakatnameye ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir (SMK m. 5/3. fıkrası). Yeni getirilen bu hükümlerle, ticari alanda birlikte var olmak isteyen işletmelerin bu iradeleri korunmaktadır. Bu hükmün dayanağını Paris Konvansiyonu 5.C.3 maddesi ile 2015/2436 sayılı Yönergenin 5.5 maddesi oluşturmaktadır<sup>535</sup>. Muvafakatnamenin nasıl yapılacağı SMKY'nin 10. maddesinde düzenlenmektedir<sup>536</sup>. Buna göre, muvafakatname kayıtsız ve şartsız değildir. Ayrıca marka üzerinde inhisari lisans bulunuyorsa bu lisans hakkı sahiplerinin yazılı izinlerinin de sunulması gerekmektedir. Muvafakatnamenin TPMK'ye ibrazından sonra geri alınması mümkün değildir<sup>537</sup>. Önceki marka sahibi muvafakatname sunduktan sonra SMK m. 25/1 uyarınca hükümsüzlük davası açamamalıdır<sup>538</sup>

Bu düzenleme ile marka sahibinin öncelik hakkından vazgeçmesiyle, sonraki tarihli

<sup>534</sup>Karasu vd., 2018: 404; Markada teklik ilkesinin diğer istisnalarına örnek olarak, ortak marka, sessiz kalma suretiyle hak kaybı, topluluğa dahil şirketlerin hakim şirketin sahip olduğu ferdi markayı kullanması verilebilir (Arkan, 2017: 5 vd.)

<sup>535</sup>Arkan, 2017: 8.

<sup>536</sup>SMKY 10. madde: "(1) Kanunun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında sunulacak muvafakatnamenin, aşağıdaki unsurları içerecek şekilde, Kurum tarafından geçerli kabul edilen imzalı form şeklinde düzenlenmesi ve noter tarafından onaylanması zorunludur;

a) Muvafakat verilen başvuru sahibi veya sahiplerinin kimlik ve iletişim bilgileri.

b) Muvafakat formunun başvuru aşamasında sunulması halinde muvafakata konu marka örneği; karara itiraz aşamasında sunulması halinde muvafakata konu başvuru numarası.

c) Muvafakat veren başvuru veya marka sahibi veya sahiplerinin kimlik ve iletişim bilgileri ile muvafakata konu önceki tarihli başvuru veya markalara ait başvuru veya tescil numaraları.

ç Muvafakat verilen mal veya hizmetler ile bunların sınıf numaraları.

d) Muvafakat formu başvuru veya marka sahibi adına vekil tarafından imzalanmış ise muvafakat yetkisini içeren noter onaylı vekaletname veya söz konusu vekaletnamenin noter onaylı örneği.

(2) Muvafakat formunun birinci fıkrada belirtilen unsurları içermemesi halinde başvuru sahibine söz konusu eksiklikleri gidermesi için iki aylık süre verilir. Söz konusu eksikliklerin süresi içinde giderilmemesi halinde talep yapılmamış sayılır.

(3) Muvafakat formu, başvuru formu ile birlikte veya karara itiraz halinde itiraz hakkında karar verilene kadar Kuruma sunulabilir. Muvafakat talebi olmasına rağmen muvafakat formunun Kuruma sunulmaması halinde herhangi bir eksiklik bildiriminde bulunulmaz ve talep yapılmamış sayılır.

(4) Sicile kaydedilmiş inhisari lisans sahiplerinin bulunması halinde bunların yazılı izinlerinin de sunulması gerekir.

(5) Muvafakat, kayıtsız ve şartsız olmalıdır. Muvafakatname Kuruma sunulduktan sonra, verilen muvafakat geri alınamaz.

(6) Her marka başvurusu için ayrı bir muvafakat formu sunulması zorunludur." şeklinde düzenlenmektedir.

<sup>537</sup>Karasu vd., 2018: 184-185; Arkan, 2017: 9 vd.

<sup>538</sup>Arkan, 2017: 9.

başvuru sahibi markanın sahip olduğu tanınmışlık ve itibardan faydalanmaktadır. SMK m. 5/3 fıkrası, markanın kullanılmasına ilişkin lisans hakkına benziyor olsa da, lisans hakkından farklı olarak bu durumda aynı markanın iki sahibi olmaktadır. SMK m. 5/3'ye konu işlemin, hukuki işlem olarak SMK m. 148/5 uyarınca sicilde gösterilip yayınlanması mümkündür. Bu hükümden öncesinde Yargıtay içtihatları ile uzun süre birbirinin varlığına ses çıkarmayan marka sahiplerinin, karıştırılma ihtimalinin bulunmasına rağmen birlikte varlıklarını sürdürmelerine imkan tanınmıştır. *Güneş'e* göre, SMK m. 5/1-ç'de yer alan düzenlemeye aynı zamanda nispi red nedeni olarak SMK m. 6/1'de yer verilmesi nedeniyle SMK m. 5/3 fıkrasının “çoğun içinde azı da vardır” ilkesi uyarınca SMK m. 6/1. maddesi içinde uygulanmasının mümkün olmalıdır<sup>539</sup>. *Arkan'a* göre, mutlak red nedenleri kamu menfaatiyle ilgilidir. SMK m.5/1-ç'nin özünde nispi red nedeni olması sebebiyle önceki marka sahibinin verdiği muvafakatname ile mutlak red engeli aşılabilmektedir. Nitekim dayanak düzenlemede de bu hüküm nispi red sebepleri arasında yer almaktadır. Bu muvafakatname hakim şirketçe, topluluk içinde yer alan şirkete verilebilir<sup>540</sup>. *Tekinalp'e* göre de, aile fertlerinin bir kısmı tarafından kullanılan tanınmış nitelikteki markanın kullanımı için bu fertlerce, diğer aile fertlerine de muvafakat verilebilir<sup>541</sup>.

---

<sup>539</sup>Güneş, 2018: 65 vd.; *Arkan'a* göre, SMK m. 5/3 hükmü dar şekilde yorumlanarak muvafakat verilmesi yoluyla tüketicilerin mal veya hizmet kaynağını, kalitesinde sorumlu işletmeyi belirlemede yanılgıya düşmeleri engellenmelidir (Arkan, 2017: 10).

<sup>540</sup>Arkan, 2017: 10.

<sup>541</sup>Tekinalp ve Çamoğlu, 2017: 20.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### RED NEDENLERİNİN DENETİMİ

#### 3.1. Markanın Tescili

##### 3.1.1. Genel Olarak

Marka hukukumuzda serbesti ilkesi kabul edilmiştir. Bu nedenle markanın kullanılabilmesi için tescil edilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Tescil, markanın kullanılması için değil korunması için gerekmektedir. Marka hakkı gerek tanıtım aracı gerekse maddi değer ifade etmesi nedeniyle hak ihlallerine konu olmaktadır. Tescilsiz markalar haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunmaktadır. Ancak SMK'nin sağladığı marka korumasından istifade edebilmek için markanın tescil edilmesi gerekmektedir. Marka tescil talebi TPMK'ye yapılmaktadır<sup>542</sup>. Ayrıca Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile ilgili Protokol kapsamında yapılan bir uluslararası başvuru, Kuruma doğrudan yapılan başvuruyla aynı sonuçları doğurmaktadır<sup>543</sup>.

Markaya, SMK'de sağlanan hukuki korumadan istisnai olarak tescil edilmeden de yararlanılması mümkündür<sup>544</sup>. Örneğin rüçhan hakkından yararlanan işaretler tescil edilmeden de hukuki korumadan yararlanır. Tescilin etkisi, tescil edildikten sonra kullanılacak işaretler yönünden kurucu niteliğe sahipken, tescil edilmeden önce kullanılan işaretler yönünden açıklayıcı niteliğe sahiptir<sup>545</sup>. Yargıtay TATBAK kararında, İsviçre ve Türk Hukuku'nda prensip olarak markayı kuran, istimal eden, piyasada tanıtan kişinin öncelik hakkına sahip olduğunu, bu kişinin “gerçek hak sahibi” olduğunu, bu halde tescilin açıklayıcı bir fonksiyonu olduğunu, çünkü hakkın tescilden önce doğduğunu, bu şekilde kullanım olmadan markanın tescil ettirilmesi durumunda tescilin kurucu bir etkiye sahip olduğunu, tescilin şarta bağlı hak sağladığını, gerçek hak sahibinin dava açmak suretiyle markasını adına tescil ettirebileceğini ifade etmiştir<sup>546</sup>.

<sup>542</sup> Çağlar, 2015: 37; Güneş, 2018: 173.

<sup>543</sup> SMK m. 14/1 hükmü.

<sup>544</sup> Markaların tescil edilmeden korunmasına ilişkin istisnalara, tanınmış markalar, ayırt edici nitelik kazanan işaretler, rüçhan hakkından yararlanan işaretler, tescilsiz markalar ve ticaret sırasında kullanılan işaretler, yenilenmemiş markalar, başvurusu yapılmış işaretin içerdiği başkalarına ait kişi isimleri, kişi fotoğrafları, telif hakları örnek olarak verilmiştir (Meran, 2015: 168).

<sup>545</sup> Güneş, 2018: 172; Meran, 2015: 168; Çolak, 2014: 329.

<sup>546</sup> Bu karar ile birlikte Y. HGK., 09.02.2011, E. 2010/11-689, K. 2011/46 sayılı ilamında tescilin etkisinin bildirici nitelikte olduğu ifade edilmiştir (Çolak, 2014: 330).

Tescilin hangi aşamaların tamamlanmasından sonra yapılacağı SMK m. 22/1'de, ” *başvurusu eksiksiz yapılmış veya eksiklikleri giderilmiş, 16 ncı madde uyarınca incelenmiş, yayımlanmış, hakkında itiraz yapılmamış veya yapılan itirazların tümü nihai olarak reddedilmiş ve tescil ücretinin ödendiğine ilişkin bilgi de dâhil olmak üzere eksik evrakı, süresi içinde Kuruma sunularak bütün aşamaları tamamlanmış bir başvuru tescil edilerek sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır. Markanın tescil edilmesine ilişkin ücretin ödenmemesi ve ödendiğine ilişkin bilginin süresi içinde Kuruma sunulmaması hâlinde başvuru işlemden kaldırılır*<sup>547</sup>.” şeklinde düzenlenmiştir. Belirtilen aşamaların herhangi birinin tamamlanmasından önce tescilin yapılması halinde bu markanın, tescilli marka olduğu kabul edilmeyerek başvuru işlemleri de tamamlanmayan aşamadan devam ettirilip bu durum Bültende yayımlanacaktır. Ayrıca bu başvuruların tekrar tesciline karar verilmesi halinde daha önce ödenen tescil ücreti tekrardan talep edilmeyecektir. Tescil tarihinin üzerinden iki yılın geçmesi halinde de artık, markanın tescil durumu tamamlanmayan aşamadan etkilenmeyecektir (SMK m. 22/2).

Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak marka başvurusunun Bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez (SMK m.7/4). Böylelikle markanın sicilde yayımlanması ile marka hakkı üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme ve bu suretle marka hakkının mutlak hak olduğu kabul edilmektedir<sup>548</sup>. Ayrıca SMK m. 7/4 fıkrası uyarınca, SMK'de markanın Bültende yayımlanmasından sonraki ve tescilinden önceki haksız fiillere karşı koruması sağlanmaktadır. Mülga 556 sayılı KHK m. 9/3'te de benzer yönde düzenleme bulunmaktadır.

Fikri mülkiyet haklarının korunmasında ülkesellik ilkesi kabul edildiğinden ülkemizde tescil edilen markalar ülkemiz sınırları içerisinde korunmaktadır. Markasını diğer ülkelerde de kullanmak isteyen kişilerin bu ülkelerde de tescil talebinde bulunmaları gerekmektedir.

<sup>547</sup>SMKY 'nin tescile ilişkin 12. maddesinde, "Bir marka başvurusu, Kanunun 22 nci maddesinde belirtilen aşamaların tamamlanması ve tescil ücretinin ödendiğine ilişkin bilginin Kurum tarafından verilen iki aylık süre içinde Kuruma sunulması ile tescil edilir. Tescil ücretinin eksik ödenmesi durumunda söz konusu eksikliğin giderilmesi için başvuru sahibine bir aylık ek süre verilir. Belirtilen süreler içinde ödemeye ilişkin bilginin sunulmaması veya ücret eksikliğinin giderilmemesi durumunda başvuru işlemden kaldırılır ve talep halinde alınan ücret iade edilir." şeklinde düzenlenerek kurum tarafından verilecek süre düzenlenmektedir.

<sup>548</sup>Meran, 2015: 356; Güneş, 2018: 172-173.

Uluslararası sistemde başvuru işlemlerini kolay hale getirmek için sözleşmeler yapılmıştır. Türk vatandaşları ve firmaları, ülkemizin Paris Sözleşmesi ve Dünya Ticaret Örgütü Antlaşması'nı kabul etmesi dolayısı ile EUIPO sisteminden faydalanabilmektedir. Bu sistem bölgesel bir sistemdir. Dolayısı ile tescil başvurunun kabulü halinde marka, Birliği oluşturan tüm ülkelerde geçerli olduğu gibi, başvurunun reddi halinde de Birliği oluşturan tüm ülkelerde reddedilmiş olmaktadır. Bunun haricinde SMK m. 14'de Madrid Protokolü kapsamında uluslararası marka başvurusu düzenlenmiştir. Madrid protokolünde başvuru sahibi, WIPO nezdinde yapacağı başvuru ile markasının korunmasını istediği ülkeleri belirterek markasının bu ülkelerde de tescili için başvuruda bulunur. Madrid Protokolü kapsamında yapılan başvuru ile kaynak ülkedeki başvuru beş yıllık süre boyunca birbirlerine bağımlı kalmaktadır. Bir diğer ifade ile, bu süre içerisinde kaynak ülkede markanın iptal edilmesi veya hükümsüz hale gelmesi durumunda uluslararası marka başvuru da iptal edilmiş hükümsüz kalmış olmaktadır<sup>549</sup>. Uluslararası Marka, AB Markasından farklı olarak her üye ülkede aynı korumadan yararlanmamaktadır. Bu markalar Protokole üye ülkelerin yasal mevzuatı kapsamında korunmaktadır<sup>550</sup>. Paris Sözleşmesine üye ülkelerin birinde tescil edilmiş bir marka, koruma talep edilen sözleşmenin tarafı olan diğer ülkelerde; üçüncü kişilerin haklarını zedeliyorsa, ayırt edici değilse, ahlaka kamu düzenine aykırı, halkı yanıltıcı nitelikteyse bu ülkelerde marka olarak tescil edilmemelidir<sup>551</sup>.

Markanın tescil edilmesi ile koruma süresi başvuru tarihinden başlamaktadır. Bu koruma on yıllık süre boyunca devam etmektedir. Bu sürelerin on yıllık dönemler halinde uzatılması mümkündür. Markanın tescilinden doğan hakların kapsamı ve sınırları SMK m. 7'de düzenlenmektedir. Marka sahibinin markasını tescil ettirmekle birlikte, ülkemiz sınırları içinde ciddi biçimde kullanması gerekmektedir. Mülga 556 sayılı KHK m. 14'te, "*markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir*" şeklindeki düzenleme mülga 556 sayılı KHK'nın 42/1-c maddesinde, "*14. maddeye aykırılık*" hükümsüzlük nedeni olarak kabul edilmişti. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesinin kararı ile iptal edilmiştir<sup>552</sup>. Bunun sonucunda bu tarihten itibaren markanın kullanılmaması

<sup>549</sup>Karasu vd., 2018: 215.

<sup>550</sup>Çağlar, 2015: 30; Karahan vd., 2009: 164; Karasu vd., 2018: 215.

<sup>551</sup>Çolak, 2014: 100.

<sup>552</sup>Bu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 09.04.2014 tarihli ve E. 2013/147, K. 2014/75 sayılı kararı ile, "556 sayılı KHK'nin 42/1-c maddesi gereğince, kullanılmayan marka geçmişe etkili olacak biçimde hükümsüz kabul

nedeniyle hükümsüzlük kararı verilememekteydi. Bu nedenle 14. maddeye aykırı davranışlar kanuni düzenleme ile yapılmamaları nedeniyle yaptırımsız bırakılmaktaydı. SMK'de markaların kullanılması yükümlülüğünü, 2015/2424 sayılı AB Marka tüzüğü ile 2015/2436 sayılı AB Marka direktifine uygun olarak SMK m. 9'da, “*tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verileceği*” şeklinde düzenlenmektedir. Bu düzenleme ile markanın tescil etmiş olduğu mal veya hizmet ile bağlantılı şekilde kullanılması, bu kullanımın markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarını yerine getirecek şekilde ülkemizde olması aranmaktadır. Doktrin ve içtihatla bu husus “*ciddi şekilde kullanım*” olarak ifade edilmektedir<sup>553</sup>. Markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla birlikte kullanılması veya markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması hallerinde markanın ciddi şekilde kullanıldığı kabul edilmektedir. Markanın kural olarak sahibi tarafından kullanılması gerekmektedir. Ancak markanın, marka sahibinin izni ile başkası tarafından kullanılması da marka sahibinin kullanımı olarak kabul edilmektedir. Marka sahibinin kusurlu davranışından kaynaklanmayan ve markanın kullanımını imkansız kılacak nitelikte engelleyici olan sebepler haklı sebepler olarak değerlendirilmektedir<sup>554</sup>.

Tescilli bir markanın, basılı olarak veya elektronik ortamda sunulan sözlük, ansiklopedi ya da başka bir başvuru eserinde, tescilli olduğu belirtilmeden jenerik ad izlenimi verecek şekilde yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebine bağlı olarak yayımcı, elektronik ortamda sunulan eserlerde derhâl, basılı eserlerde ise yayımın talebi takip eden ilk baskısında markanın tescilli olduğunu belirtmek suretiyle yanlışlığı düzeltir ya da markayı eserden kaldırır (SMK m. 8). SMK de, mülga 556 sayılı KHK'den farklı olarak tescilli marka sahibine “yanlışlığın düzeltilmesini” ya da “markanın eserden kaldırılmasını” isteme şeklinde tercihli hak tanınmaktadır. Marka sahibi, markanın jenerik haline dönüşmesini, ayırt edici niteliğini kaybetmesini ve bu suretle hükümsüzlük davasına konu edilmesini önlemelidir.

---

*edildiğinden, marka sahibinin mülkiyet hakkına sınırlama getirilmekte olup, özünde bir “mülkiyet” hakkı olan “marka hakkı” ancak yasa ile sınırlandırılabilir iken, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 91. maddesine aykırı şekilde KHK ile marka hakkının sınırlandırılması Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na aykırı olup bu nedenle dahi anılan KHK’nin 42/1-c maddesinin iptali gereklidir” kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararının ayrıntısı için bk. Meran, 2015: 379 vd.*

<sup>553</sup>SMK m. 9 gerekçesi

<sup>554</sup>Bu kısımda SMK m. 9 ile gerekçelerinden yararlanılmıştır.

Benzer nitelikte düzenleme mülga 556 sayılı KHK'nin 10. maddesinde yer aldığı gibi, 2015/2424 sayılı AB Tüzüğü'nün 10. maddesinde de yer almaktadır.

Marka sicilleri alenidir<sup>555</sup>. Talep edilmesi ve ücretinin ödenmesi şartıyla sicil örneği verilebilir. Sicile kaydın, yayım ve tescil işlemlerinin nasıl yapılacağı da yönetmelikle belirlenir<sup>556</sup>. Marka siciline, talep halinde hukuki işlemler de kaydedilir. Bununla birlikte bazı hukuki işlemlerin geçerliliği için bu işlemin sicile kaydedilmesi gerekmektedir. Örneğin, garanti ve ortak markaların devir sözleşmelerinin ya da ortak marka için lisans sözleşmesinin geçerliliği, sicile kayıt edilmesi halinde bulunmaktadır. Sınai hak sicillerine, genel olarak talep halinde kayıt yapıldığından bu sicillere iyi niyetle dayanarak hak kazanımı mümkün değildir.

Yukarıda açıkladığımız tescil işlemi, kendiliğinden sona erme, hükümsüzlük ve iptal davaları ile geçersiz hale gelmektedir. Ayrıca SMK m. 10'da açıklandığı üzere tescilin devri dava yoluyla da mümkündür.

Yargıtay kararında, hükümsüzlük davasına ilişkin 5 yıllık dava süresinin başlangıcı tescil ve sicile kayıt tarihidir<sup>557</sup>. Yargıtay, başvurudan hakları zarar gören ilgililerin yasal süre içerisinde yaptıkları itirazların karara bağlanmadığı sürece, başvurunun tescil edilmeyeceğini, tescilin yapılması halinde de hukuka aykırı idari işlemin geri alınabileceğini kabul etmiştir<sup>558</sup>. Yargıtay "Telsim" kararında, sessiz kalma nedeniyle hak kaybını kabul etmiştir<sup>559</sup>. Yargıtay kararında, "*markanın kullanılıp kullanılmadığı araştırılıp sonucunda göre karar verilmesi gerekirken yenileme tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresinin dolmadığı gerekçesiyle red kararı verilmesini*" yerinde bulmamıştır<sup>560</sup>. Yargıtay "COMPUTER BILD" kararında, "*davacının markasının Paris Sözleşmesi 6. mükerrer A/i maddesi gereğince menşe memlekette ve birçok ülkede tescilli bulunduğuna göre marka tescil isteminin ülkemizde de tescil zorunluluğu olduğunu kabul etmiştir*"<sup>561</sup>.

<sup>555</sup>SMK 2/1-i maddesinde sicil, "*sınai mülkiyet hakları ile geleneksel ürün adlarına ilişkin bilgilerin yer aldığı kayıt ortamıdır.*" şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>556</sup>SMKY 14. maddesinde sicil kaydında bulunması gereken bilgiler düzenlenmektedir. Bu bilgiler, marka tescil numarası, başvuru ve tescil tarihi, marka örneği, marka sahibinin uyruğu ile kimlik ve iletişim bilgileri, tescile konu mal veya hizmetler, tescile konu mal veya hizmetlerin sınıf numaraları varsa vekil bilgileri, sicile kayıta bulunması gereken bilgilerdir.

<sup>557</sup>Y. 11. HD., 16.02.2010, E. 2008/11010, K. 2010/1748 (Şahinler Baykara vd., 2018: 84).

<sup>558</sup>Y. 11. HD., 10.09.2012, E. 2011/6299, K. 2012/12896 (Şahinler Baykara vd., 2018: 84).

<sup>559</sup>Y. 11. HD., 02.03.2000, E. 1999/8169, K. 2000/1726 (Çağlar, 2015: 159).

<sup>560</sup>Y. 11. HD., 19.09.2011, E. 2010/945, K. 2011/10250 (Karahana vd., 2016: 52).

<sup>561</sup>Y. 11. HD., 01.12.2000, E. 2000/7590, K. 2000/9528 (Çolak, 2014: 100).

### 3.1.2. Markayı Tescil Ettirme Hakkına Sahip Olanlar

Tescil hakkına sahip olanlar, SMK m. 3'de korumadan yararlanacak kişiler başlığı altında düzenlenmektedir. Bu düzenleme ile mülga 556 sayılı KHK'nin 3.maddesi benzerdir. SMK m. 3. uyarınca başvuruda bulunabilecek kişiler Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler, Paris Sözleşmesi veya 15/4/1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kurulu Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler, karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyuğundaki kişilerdir.

Ortak markanın tescili ve ortak marka hakkından vazgeçilmesi için gruba dâhil işletmelerin tümünün birlikte hareket etmesi gerekmektedir (SMK m. 32/3). Gerçek veya tüzel kişiler ile bu kişiler tarafından yetkilendirilmiş, sicile kayıtlı marka veya patent vekillerinin Kurum nezdinde işlem yapabilecekleri, yerleşim yeri yurt dışında bulunan kişilerin ancak marka veya patent vekilleri tarafından temsil edilebilecekleri, vekille temsil edilmeksizin asil tarafından gerçekleştirilen işlemlerin yapılmamış sayılacağı, marka veya patent vekilinin tayin edilmesi hâlinde, tüm işlemlerin vekil tarafından yapılabileceği, vekile yapılan tebligatın asile yapılmış sayılacağı ile tüzel kişilerin, yetkili organları tarafından tayin edilen gerçek kişi veya kişilerce temsil edileceği düzenlenmiştir (SMK m. 160).

Yargıtay HGK kararında, menşee devlette usule uygun şekilde tescil edilmiş markanın, tescil edilmek istenen diğer ülkelerdeki kişilerin haklarına zarar verici nitelikte olması, ahlaka ve adaba aykırı olması, halkı aldatıcı nitelikte olması hallerinde reddedileceğini ifade edilmiştir<sup>562</sup>. Yargıtay, uluslararası anlaşmaların uygulanmasını ve davacının bu anlaşmalar uyarınca teminat yatırması yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>563</sup>. Yargıtay, ABD'nin, Paris Sözleşmesini imzalamış olması nedeniyle bu ülke vatandaşının teminat yatırmaya gerek olmadığını değerlendirmiştir<sup>564</sup>. Yargıtay, marka korunmasında ülkesellik ilkesinin kabul edildiğini belirterek tescilli markanın ülke sınırları içerisinde izinsiz kullanımlarına engel olunabileceğini, izinsiz kullanılan markaların yurtdışında başka bir ülkede tescilli olmasının da bu sonucu değiştirmeyeceğini

<sup>562</sup>Y. HGK., 27.02.2002, E. 2002/11-62, K. 2002/115 (Şahinler Baykara vd., 2018: 35).

<sup>563</sup>Y. 11. HD., 30.06.2006, E. 2005/10004, K. 2006/10777 (Şahinler Baykara vd., 2018: 35).

<sup>564</sup>Y. 11. HD., 26.06.2008, E. 2007/6321, K. 2008/8591 (Şahinler Baykara vd., 2018: 35).



kabul etmiştir<sup>565</sup>.

### 3.1.3. Marka Tescil Başvuru İncelenmesi

#### 3.1.3.1. Başvurunun Şekli ve İçeriği

Marka tescili talebi, eski adı ile TPE'ye yeni adıyla TPMK'ye yapılmaktadır. Tescil başvurusunu, SMK m. 3'e göre belirlenen hak sahibi ya da bu kişilerin SMK m. 160'a göre işlem yapma yetkisi verdiği kişiler yapabilmektedir. Başvuru elektronik olarak yapılabileceği gibi bizatihi olarak Kuruma da yapılabilir.

Marka başvurusu, başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri içeren başvuru formunu, marka örneğini, başvuruya konu mal veya hizmetlerin listesini, başvuru ücretinin ödendiğini gösterir bilgiyi, başvuru, ortak marka veya garanti markası için yapılmışsa 32 nci madde kapsamında garanti veya ortak markalar için düzenlenmiş teknik şartnameyi, rüçhan hakkı talebi varsa rüçhan hakkı talep ücretinin ödendiğini gösterir bilgiyi, marka örneğinde Latin alfabesi dışında harf veya harfler kullanılmışsa bunların Latin alfabesindeki karşılığını kapsamaktadır (SMK m. 11/1). SMK m. 11/1'de mülga 556 sayılı KHK'den farklı olarak, başvuru sahibinden ticaretle iştiğal ettiğini ispat eden belgeyi sunması istenilmez<sup>566</sup>. Bu belgelerle birlikte TPMK'ya başvuru yapılır. Ayrıca, 5/8/1997 tarihli ve 97/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile İlgili Protokol kapsamında da başvuru yapılabilir. Yapılan bir uluslararası başvuru, Kuruma doğrudan yapılan bir başvuruyla aynı sonuçları doğurur. Bu başvuru, uluslararası başvuru tarihinin ilk saat ve dakikasında yapılmış sayılır. Aynı tarihli birden çok uluslararası başvurunun bulunması hâlinde uluslararası tescil numarası küçük olan başvuru önce yapılmış sayılır (SMK m. 14/1).

Kurum, başvurunun 3'üncü madde düzenlen başvuru hakkı sahipleri ve 11'inci maddede düzenlenen başvuru şartları bakımından uygunluğunu şekli olarak inceleyerek bir eksikliğin bulunmadığına karar verirse başvuru, alındığı tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir<sup>567</sup>. Şekli eksiklik bulunması hâlinde başvuru sahibine eksikliği gidermesi için iki aylık süre verilir (SMK m. 15/1). Başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri içeren başvuru

<sup>565</sup>Y. 11. HD., 26.10.2000, E. 2000/5199, K 2000/8216 (Karahana vd., 2016: 18).

<sup>566</sup>Karasu vd., 2018: 183; Çağlar, 2015: 41; Güneş, 2018: 59; Arkan, 2018: 312.

<sup>567</sup>Yargıtay markaların başvuru tarihindeki önceliğe ilişkin kararında, "YGD.COM. TR" da yer alan "alan adının" davalı tarafça daha önce tescil edilmesini dikkate alarak davacının talebini kabul etmemiştir (Y. 11. HD., (tarih yok), E. 2014/6959, K. 2014/13704)( Güneş, 2018: 60).

formunun, marka örneğinin, başvuruya konu mal veya hizmetlerin listesinin, başvuru ücretinin ödendiğini gösterir bilginin ya da belgenin, eksiklik olması ya da eksiklik bulunması hâlinde başvuru tarihi eksikliğin giderildiği tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir. Başvuru, ortak marka veya garanti markası için yapılmışsa 32 nci madde kapsamında garanti veya ortak markalar için düzenlenmiş teknik şartnamede, rüçhan hakkı talebi varsa rüçhan hakkı talep ücretinin ödendiğini gösterir bilgide, marka örneğinde Latin alfabesi dışında harf veya harfler kullanılmışsa bunların Latin alfabesindeki karşılığında eksiklik bulunması halinde bu eksiklikler başvuru tarihinin kesinleşmesini etkilemez (SMK m. 15/2). İki aylık süre içinde eksiklikleri giderilmeyen başvuru işleminden kaldırılır. Başvurunun birden fazla sınıfa kapsayan mal veya hizmetler için yapılmış olması halinde, sınıflara ilişkin ücret eksikliğinin süresinde giderilmemesi durumunda başvuru, ödenen ücretin kapsadığı sınıf veya sınıflar açısından incelenir. 11'inci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca rüçhan hakkına ilişkin eksikliklerin giderilmemesi, rüçhan hakkının kaybı sonucunu doğurur (SMK m. 15/3). SMK m. 3'de gösterilen tescil başvurusunda bulunma hakkına sahip olan kişilerden sayılmayan kişilerce, yapılan marka başvurusu reddedilir (SMK m. 15/4).

Uluslararası başvuru, başvuru veya varsa rüçhan tarihinden sonraki tarihte yapılmış olan ancak kendisinden daha önceki tarihte Kuruma sunulmuş marka başvurusu veya tescilli marka nedeniyle reddedilemez. Sonraki tarihli marka başvurusu, önceki tarihli uluslararası marka başvurusu dikkate alınarak 16 ncı maddenin birinci fıkrası hükmüne göre yeniden değerlendirilir (SMK m. 14/2).

Her başvuru ile yalnızca bir markanın tescili talep edilebilir (SMK m. 11/2). Başvuruya konu taleplerin Nis Anlaşmasına göre sınıflandırılması istenir. Kurum, başvuruda yer alan mal veya hizmetlerin ait olduğu sınıflarda ve sınıf numaraları üzerinde gerekli düzeltmeleri yapabilir (SMK m. 11/3). Mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmez (SMK m.11/4). Marka başvurusunun, başvuru sahibinin talebi üzerine, tescil edilene kadar, başvuru kapsamındaki mal veya hizmetler bakımından iki ya da daha fazla başvuruya bölünebilir (SMK m. 11/5). Marka başvurusunda yer alan içerikte, marka örneğinde veya mal ya da hizmet listesinde değişiklikleri kapsamayan imla hatalarının ve açık maddi hataların başvuru sahibinin talebi üzerine düzeltilebilmesi sağlanır (SMK m. 11/6). Başvuru, sınıflandırma ve bölünmeye ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir (SMK m. 11/7).

SMKY yönetmeliğin 8. maddesinde bu hususlar ayrıntılı düzenlenir. Şekli eksikliğin bulunmaması halinde başvuru mutlak red sebepleri kapsamında incelenir. Şekil ve esas bakımından incelemeyen geçen başvuru Bülteinde yayımlanır (SMK m. 16/1-2).

Yargıtay, birden fazla kişinin adına tescilli veya tescil başvurusunda bulunulan markalardaki mal veya hizmetlerin benzerliğinin tespiti için TPE’ce yayınlanan sınıflandırmaya ilişkin tebliğe uyulacağını, bunun birlik ve istikrarın şartı olduğunu, yayınlanan tebliğe göre farklı sınıflarda yer almasına rağmen halk tarafından karıştırılabilecek nitelikteki ticaret ve hizmet markalarının kapsadıklarını mal veya hizmetler yönünden “benzer” olabileceklerini kabul etmiştir<sup>568</sup>. Yargıtay, aynı tür emtia ve hizmetlerde iltibasın mevcut olduğu, bunun için ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı değerlendirilmiştir<sup>569</sup>. Yargıtay, davacıya ait markanın 35. sınıfı kapsadığını 1, 10, 11 sınıf mallarının 35. sınıftaki hizmetler ile benzer olmadıkları kabul etmiştir<sup>570</sup>. Yargıtay, Nice Anlaşması’nda, sınıflandırmanın esas sistem olduğuna ilişkin zorunluluğun yer almadığını, bu nedenle TPE’nin de yönetmelik ile böyle bir bağlayıcılığı getiremeyeceğini, sınıflandırma sisteminin yardım fonksiyonlu olduğunu kabul etmiştir<sup>571</sup>.

### 3.1.3.2. Başvurunun Rüçhan Hakkı Bakımından İncelenmesi

Marka hakkı sahipleri markalarını birden fazla ülkede aynı mal veya hizmet kapsamında tescil etmek isteyebilir. Rüçhan hakkı, marka sahiplerinin usulüne uygun olarak yaptıkları ilk tescil başvurusundan ya da ilk defa sergisinde kullandığı tarihten itibaren altı aylık süre içerisinde yapacakları aynı konudaki marka başvurularında, bu sürede talepte bulunan diğer kişiler yönünden öncelik haklarının olması şeklinde tanımlanabilir. Marka başvurusunda rüçhan hakkı talep edilmiş ise bu hak SMK m. 11 kapsamında değerlendirmeye tabi tutulur. Başvuruda rüçhan hakkı talebinin olması halinde, Kurum bu haktan yararlanma şartlarının varlığını incelemektedir. Rüçhan hakkı, altı aylık süresi içerisinde kullanılması halinde aynı konuda yapılan diğer marka başvurularının kabulünü engellemesi nedeniyle önemlidir. Bu hakkın kullanılması için kanunda kabul edilen altı aylık süre, hak düşürücü süredir<sup>572</sup>. Rüçhan hakları milletlerarası sözleşmelerden ve sergilerde teşhir hakkından

<sup>568</sup>Y. 11. HD., 19.02.2007, E. 2005/14872, K. 2007/3034 (Şahinler Baykara vd., 2018: 70).

<sup>569</sup>Y. 11. HD., 02.10.2007, E. 2007/5235, K. 2007/12263 (Şahinler Baykara vd., 2018: 70).

<sup>570</sup>Y. 11. HD., 28.03.2013, E. 2012/6538, K. 2013/6137 (Şahinler Baykara vd., 2018: 71).

<sup>571</sup>Y. 11. HD., 04.10.2005, E. 2005/9108, K. 2005/9203 (Karahan vd., 2016: 61).

<sup>572</sup>Çağlar, 2015: 41-42; Meran, 2015: 316; Güneş, 2018: 61-62; Karasu vd., 2018: 10-11; Çolak, 2014: 93vd.

doğmaktadır.

Rüçhan hakkının milletlerarası sözleşmeden doğmasına ilişkin SMK m. 12/1'de düzenleme yapılmıştır. Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf devletlerden birinin uyuğunda olan ya da bu devletlerden birinin uyuğunda olmamakla birlikte bunlardan birinde yerleşim yeri veya işler durumunda ticari müessesesi bulunan gerçek ya da tüzel kişiler veya bunların halefleri, bu devletlerin herhangi birinde yetkili mercilere markanın tescili için usulüne uygun olarak yaptıkları başvuru tarihinden itibaren altı aylık süre içinde, Paris Sözleşmesi hükümleri kapsamında aynı marka ve aynı mal veya hizmetler için Türkiye'de başvuru yapma konusunda rüçhan hakkından yararlanabilir. Bu süre içinde kullanılmayan rüçhan hakları düşer. Rüçhan hakkından yararlanabilmesi için ilk başvuru yapılan devletin yetkili makamından rüçhan hakkı belgesi alınması şarttır (SMK m. 12/1). Birinci fıkrada belirtilen gerçek veya tüzel kişiler ya da bunların haleflerinin, Paris Sözleşmesi ve Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf olmayan herhangi bir devlette yaptıkları usulüne uygun marka başvurusuna dayanarak birinci fıkrada belirtilen esaslar çerçevesinde rüçhan hakkından yararlanır (SMK m. 12/2). Başvuruya konu markanın kullanılacağı mal veya hizmetleri Türkiye'de açılan ulusal ya da uluslararası sergilerde ya da Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf devletlerde açılan resmî ya da resmî olarak tanınan uluslararası sergilerde markayla birlikte teşhir eden ve markanın tasdikli örneğini ibraz eden 3 üncü maddede belirtilen gerçek veya tüzel kişiler, teşhir tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye'de aynı markanın tescili için başvuru yapma konusunda rüçhan hakkından yararlanır (SMK m.12/3). Böylelikle sergilerde teşhir hakkı SMK m. 12/3'te düzenlenmiştir. Bu hüküm, 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü dikkate alınarak oluşturulmuştur. Başvuruda belirtilen markanın kullanılacağı mal veya hizmetlerin, sergilerde görünür şekilde, resmî açılış tarihinden önce markayla birlikte teşhir edilmesi halinde rüçhan hakkı süresi, malların sergiye konulduğu veya hizmetin teşhir edildiği tarihten itibaren başlayacaktır (SMK m.12/4). Herhangi bir sergide teşhir edilmiş mal veya hizmetler bakımından birden çok başvuru yapılmışsa, bu mal veya hizmetleri ilk teşhir eden kişi, aynı zamanda teşhir edilmesi hâlinde ise ilk başvuruda bulunan kişi rüçhan hakkından yararlanır (SMK m.12/5). Mülga 556 sayılı KHK'nin m. 26/3-4-5 fıkralarına SMK m. 12'de yer verilmemiştir.

TPMK'ye yapılan marka başvurusunda; gerek uluslararası sözleşmelere dayanan

gerekse sergilerde mal veya hizmetlerini markasıyla birlikte teşhir eden rüçhan hakkı sahibinin yararlanmak istediği rüçhan hakkını başvurusuyla birlikte talep ücretini ödeyerek belirtmesi gerekir. Başvuru sahibi, rüçhan hakkı belgesini başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde vermezse rüçhan hakkı talebi yapılmamış sayılır (SMK m. 13/1). Rüçhan hakkının hüküm ve sonuçları, SMK m. 12’de belirtilen tarihler itibarıyla doğar (SMK m. 13/2). Marka başvurusu için birden fazla rüçhan hakkı talep edilmesi durumunda rüçhan hakkı, geçerli olan ilk rüçhan tarihi itibarıyla başlar (SMK m. 13/3). Rüçhan hakkı talebine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir (SMK m. 13/4). Rüçhan hakkına dayanılarak başvuru yapıldığı takdirde, rüçhan hakkının doğduğu tarihten sonra üçüncü kişiler tarafından yapılan ve rüçhan hakkına konu olan marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan ve aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetleri kapsayan başvurular reddedilir (SMK m. 12/6). Bu nedenle de rüçhan hakkına dayanarak marka başvurusu yaparken bu hakkın talep ücretinin ödendiğini gösterir bilginin diğer evraklarla birlikte sunulması gerekir (SMK m. 11/1-e). Bu bilgi ya da belgenin eksikliği başvuru tarihinin kesinleşmesini etkilemez (SMK m. 15/2). Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilecektir (SMK m. 6/3).

Yargıtay “AXORN” kararında, bu markanın Madrid Protokolünde dayanılarak yapılan başvurusunun rüçhan hakkından kaynaklanan öncelik hakkı bulunduğunu kabul etmiştir<sup>573</sup>. Yargıtay, davacının KHK m. 3 kapsamında koruma altında olduğunu, tescilsiz işaretlerin veya markanın kullanılması sonucunda sonraki markanın tescil edilmesi ile hükümsüzlüğünün talep edilmesi hakkının bulunduğunu, doktrinde de bu görüşün hakim olduğunu, davacının rüçhan hakkı süresinin geçtiğini, bu nedenle Türkiye’de markasının tescil edilmesini isteme hakkını kaybettiğini ancak koşulları oluşan bu düzenleme yönünden haklarını ileri sürebileceğini ifade etmiştir<sup>574</sup>. ADAB “*Think Pad*” kararıyla, bu ibare ile “*Thinkpad*” ibaresi arasında çok küçük farklılığın olduğu, bu nedenle de “*Thinkpad*” markası için rüçhan hakkının kullanılabilmesi değerlendirilmiştir<sup>575</sup>.

<sup>573</sup>Y. 11. HD., 06.02.2006, E. 2005/887, K. 2006/972 (Şahinler Baykara vd., 2018: 73).

<sup>574</sup>Y. 11. HD., 29.01.1999, E. 1998/5372, K. 1999/256 (Karahan vd., 2016: 17-18).

<sup>575</sup>Çolak, 2014: 95.

### 3.1.3.3. Başvurunun Kurum Tarafından Mutlak Nedenleri Yönünden İncelenmesi

Marka tescil başvurusunun Kurum tarafından yapılan incelemesinde başvuruda bulunabilecek kişiler ile başvurunun şekli bakımından uygun bulunması halinde ya da eksik hususların iki aylık süre içerisinde giderilmesi durumunda başvuru kabul edilerek, alındığı tarih, saat, dakika itibarıyla kesinleşir. Şekil eksikliğinin iki aylık sürede giderilmemesi halinde başvuru işleminden kaldırılır (SMK m. 15/3).

Şekli denetim tamamlandıktan sonra başvurunun esas bakımından incelemesine geçilerek SMK m. 5 kapsamında mutlak red nedenleri yönünden resen incelemesi yapılır. Mutlak red nedenleri daha öncede ifade ettiğimiz üzere; kamu düzenini ilgilendiren, rekabet düzenini ve toplum değerlerini koruyan, tüketicilerin yanıltılmasını engelleyen, tekelleşmeyi önleyen, sınırlı sayıda (numerus clausus) olan koruyucu hükümlerdir. Mutlak red nedenleri, kamu düzeniyle ilgili olması hasebiyle talep aranmadan Kurum tarafından resen incelenir (SMK m.16/1). Bu inceleme mutlak red nedenlerinin tamamı bakımından ayrı ayrı yapılmaktadır. Mutlak red nedenlerinin incelemesi sonucunda başvurunun, başvuru kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için tescil edilemeyeceği sonucuna varılırsa başvuru bu mal veya hizmetler bakımından kısmen ya da tamamen reddedilir. Başvurunun kısmen ya da tamamen reddi halinde başvuru sahibinin, kararın bildirilmesinden itibaren reddedilen yönlerden iki aylık süre içerisinde karara karşı itiraz hakkı vardır. Kabul edilen başvuru SMK m. 16/2 gereğince markalar Bülteninde yayımlanır<sup>576</sup>.

Marka tescil başvurusunun esas bakımından incelenmesinde mutlak red nedenlerinin istisnasını oluşturan hükümlere dikkat etmek gerekir. Bu düzenlemeler daha önce de bahsettiğimiz SMK m. 5/2 ve 3 fıkralarıdır. Başvurunun, SMK m. 5/1-b,c,d bentlerinde düzenlenen mutlak red nedenlerini taşıması halinde reddedilmesi gerekirse de, başvuru tarihinden önce işaretin ve başvuruya konu mal veya hizmetler yönünden kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazandığı iddiası ispatlanırsa bu halde başvuru SMK m. 5/2 uyarınca SMK m. 5/1-b-c-d bentlerinden reddedilmeyecektir. Bunun dışında başvuru, SMK m. 5/1-ç bendinde yer alan aykırılık halini taşıyorsa her ne kadar mutlak red nedenlerine aykırılık sebebiyle reddedilmesi gerekirse de SMK m. 5/3 uyarınca, bir marka başvurusu, önceki marka

<sup>576</sup>Karasu vd., 2018: 214; Çolak, 2014: 99; Çağlar, 2015: 42-43; Yargıtay "ARARAT" ilamında, resen incelemenin gerek TPE tarafından gerekse mahkemeler tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir (Y. 11. HD., 22.03.2005, E. 2004/4734 , K. 2005/2590) (Çolak, 2014: 99).

sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Kuruma sunulması hâlinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilmeyecektir.

Esas bakımdan incelemeye ilişkin "garanti ve ortak markaların" teknik şartnamelerinin üzerinde durulması gerekir. Bu şartnamelerin ne şekilde düzenlenmesi gerektiği, eksiklik halinde ne kadar sürede bu eksikliğin giderileceği, eksikliğin giderilmemesinin sonucu SMK m. 32'de düzenlenmiştir. Teknik şartnamenin kanunda belirtilen şartları içermemesi, kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olması halinde, teknik şartnamede gerekli değişikliklerin yapılması, Kurum tarafından marka sahibine bildirilir. Marka sahibinin bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde gerekli değişiklikleri yapmaması ve teknik şartnameyi düzeltmemesi hâlinde garanti markası veya ortak markanın tescil talebi reddedilir (SMK m. 32/6).

Şekli bakımdan tam olan marka başvurusu, mutlak red nedenleri yönünden denetimden geçip kısmen ya da tamamen uygun bulunursa Bülten de yayınlanır (SMK m. 16/1-2). Yayınla birlikte marka başvurusu, üçüncü kişilerin ve ilgili kişilerin görüş ve itirazlarına açılmış olur.

### **3.1.3.4. Marka Başvurusunun İlanı, Üçüncü Kişinin Görüşü, Yayına İtiraz**

#### **3.1.3.4.1. Başvurunun İlanı**

Kurum tarafından, marka başvurusunun şeklen ve esas olarak mutlak red nedenleri bakımından incelemesi sonucunda eksikliğin giderilmesi ya da eksiklik bulunmaması halinde başvurunun yayımlanmasına bir diğer ifade ile ilanına karar verilir. İlan, mutlak red nedenlerinin yeniden inceleme konusu olmayacağı ya da marka başvuru sürecinin tamamlandığı anlamına gelmemektedir. İlan ile birlikte üçüncü kişilerin görüşüne ve ilgili kişilerin itirazına ilişkin süreler başlamaktadır. Başvuru sahiplerinin itiraz süreleri ise, marka başvurularının tescil edilmek istenildiği mal veya hizmetler yönünden kısmen ya da tamamen reddedilmesi halinde bu Kurum kararın kendilerine bildirilmesinden itibaren başlamaktadır<sup>577</sup>. Başvurunun kabul edilip yayınlanması ile bu tarihten sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi tazminat davası açabilir (SMK m. 7/4). Ancak mahkeme yargılama sırasında, tescil işleminin yapılmasını bekletici mesele yapacaktır<sup>578</sup>. Başvurunun, 15 inci madde ile bu maddenin birinci fıkrası hükümlerine göre reddedilmesine yayımdan sonra karar verilmesi

<sup>577</sup> Çağlar, 2015: 43-44.

<sup>578</sup> Çolak, 2014: 103; Çağlar, 2015: 44.

hâlinde bu kararda Bültende ayrıca yayımlanır (SMK m. 16/3). Başvuru tarihi korumanın başlangıcının, ayırt edicilik ve tanınmışlık talebinin, rüçhan hakkının başladığı zamanın tespiti bakımından önemlidir<sup>579</sup>.

Yargıtay, davacı şirket davalı markanın hükümsüzlüğünü istemiş ise de, dava edilen ibarenin marka olarak tescil edilmesinin talep edildiğini, bu talebin markalar bülteninde yayınlandığını ancak dava tarihi itibarıyla marka olarak davalı adına tescil edilmediğini, işbu davanın tescil süreci tamamlanmadan açıldığını bu nedenle işin esasına girilerek karar verilmemesi gerektiğini belirtmiştir<sup>580</sup>.

### 3.1.3.4.2. Üçüncü Kişi Görüşü

Başvurunun yayımlanmasından sonra üçüncü kişilerin kısaca herkesin marka başvurusunun 5 inci maddenin birinci fıkrasının (ç) bendi hariç diğer bentleri kapsamında tescil edilemeyeceğini belirten yazılı ve gerekçeli görüşlerini markanın tesciline kadar Kuruma sunabilme hakları vardır (SMK m. 17/1. cümle). Marka tescil başvurusunun yayımına karşı üçüncü kişilerin görüş bildirmeleri hususu 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 40. maddesiyle uyumlu bir şekilde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, kimlerin, ne zaman, üçüncü kişi görüşü sunarak başvurunun yayımının 5'inci maddeye aykırılığı iddiasında bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Ancak, Kanunun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının ç bendi, esas olarak önceki hak sahiplerini ilgilendirdiğinden ve bu kişiler içinde itiraz müessesesi düzenlendiğinden üçüncü kişilerin görüşlerine konu olmayacağı açık olarak düzenlenmiştir (SMK m. 17/1-2 gerekçesi). Üçüncü kişilerin görüşlerini sunabilme hakkı; bu kişilere Kurum nezdinde yapılan işlemlere taraf olma hakkı vermez. Bu nedenle TPMK tarafından görüşlerin yerinde bulunmaması ya da kabul edilmemesi halinde bu kişilerin, dava açma hakkı bulunmamaktadır<sup>581</sup>. Yargıtay, davalının marka tescil başvurusu hakkında görüşünü bildirdiğini, marka üzerinde hak iddia etmediğini, bu nedenle Kurum nezdinde ki işlemlere taraf olamayacağını ve davanın da tarafı olamayacağını ifade etmiştir<sup>582</sup>. Üçüncü kişilerin belirtilen sürede görüşlerini sunmalarından sonra Kurum, bu görüşlerin yerinde olduğuna kanaat getirirse marka başvurusunu kısmen veya tamamen reddeder. Başvurunun reddedilen kısımları yönünden marka başvuru sahibinin, bu karara karşı iki aylık

<sup>579</sup>Karahan vd., 2009: 159.

<sup>580</sup>Y. 11. HD., 17.06.2010, E. 2008/12262, K. 2010/7009 (Karahan vd., 2016: 64).

<sup>581</sup>Karasu vd., 2018: 206; Karahan vd., 2009: 159; SMK m.17/1-son cümle.

<sup>582</sup>Y. 11. HD., 30.03.2000, E.1999/9025, K. 2000/2479 (Karahan vd., 2016: 66).



süre içerisinde itiraz hakkı vardır. Marka başvurusu, kabul edilen mal veya hizmetler yönünden tescil edilir<sup>583</sup>. SMK'de, mülga 556 sayılı KHK'den farklı olarak “herkesin” görüş bildirecekleri düzenlenmekle birlikte ayrıca bu kişilerin “SMK m. 5/1-ç” bendi konusunda görüş bildiremeyecekleri düzenlenmiştir. İtiraz hakkı, üçüncü kişilere değil ilgili kişilere tanınan bir haktır<sup>584</sup>.

### 3.1.3.4.3. Yayına İtiraz

Mülga 556 sayılı KHK'de itiraz müessesinin tek başlık altında düzenlenmesi, yayına itiraz ile TPMK kararına itirazın farklı sonuçlar doğurması nedeniyle eleştirilmekteydi<sup>585</sup>. SMK'de, bu eleştiriler ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü dikkate alınarak yayına itiraz ile karara itiraz ayrı maddelerde düzenlenmiştir. TPMK'ce incelenen marka başvurularının şekli şartları taşıması ve esasa ilişkin mutlak red nedeni içmemesi halinde başvurunun kısmen ya da tamamen kabulüne karar verilerek Bültende yayımlanır (SMK m. 16/1-2). Başvurunun reddine karar verilmesi halinde kural olarak yayımlanması söz konusu değildir. Ancak, marka başvurusunun SMK m. 16 kapsamında incelenmesi ve kabul edilip yayımlanmasından sonra reddine karar verilmesi halinde bu kararın Bültende yayımlanması gerekir (SMK m. 16/3). Başvuru sahibi, başvurunun kısmen ya da tamamen reddi kararının kendisine bildirilmesinden itibaren 2 aylık hak düşürücü sürede TPMK kararına itiraz edebilir. Marka başvurusunun yayımı ile birlikte Kuruma iki aylık süre içerisinde ilgili kişiler itirazlarını yapabilir. Üçüncü kişiler görüşlerde markanın tesciline kadar görüşlerini sunabilir. İtirazlar, süresi içerisinde, gerekçeleri belirtilmek suretiyle ücretleri de ödenerek Kuruma yapılmaktadır. Hak düşürücü sürede gerekçeleri sunulmayan itirazlar yapılmamış kabul edilir<sup>586</sup>. İki aylık süre bitimden sonra sunulan görüşlerin değiştirilmesi, genişletilmesi, yapılan itirazını değiştirilmesi ve de genişletilmesi mümkün değildir. Ancak taraflar, itiraz hakkında karar verilene kadar ileri sürdükleri görüş, iddia ve gerekçeleri desteklemek amacıyla ek bilgi ve belge sunabilirler (SMKY m. 28/5). Başvurunun yayımlanmasından sonra yayına itirazın incelenmesi müessesesi SMK m. 19'da düzenlenir. Buna göre, Kurum, başvuru sahibinden itirazlara ilişkin görüşlerini

<sup>583</sup>Çağlar, 2015: 83.

<sup>584</sup>Karasu vd., 2018: 205-206; Karahan vd., 2009:159; Çolak, 2014: 104

<sup>585</sup>Çağlar'a göre, TPE kararına karşı iki ayrı itiraz müessesesinin aynı adla anılması, konuyu ilk kez duyanlar için karışıklık doğurabileceğinden itiraz müessesesi ile ilgili düzenlemenin çok başarılı olmadığını ifade etmiştir (Çağlar, 2015: 87); Karasu'ya göre, bu düzenleme ile ortaya çıkabilecek muhtemel karışıklıklar önlenilmeye çalışılmıştır (Karasu vd., 2018: 206).

<sup>586</sup>Çağlar, 2015: 88; Karahan vd., 2009: 161; Karasu vd., 2018: 206; SMK m.18/2'inci fıkrası.

süresi içinde bildirmesini ister. Kurum gerekli gördüğü takdirde taraflardan ek bilgi ve belge sunmalarını isteyebilir. Görüşlerin veya istenilen ek bilgi ve belgelerin süresinde Kuruma sunulmaması hâlinde itiraz, mevcut bilgi ve belgeler kapsamında değerlendirilir (SMK m. 19/1). Sürelere ilişkin olarak, Kurum, itirazlara ilişkin görüşlerini bildirmesi için başvuru sahibine bir aylık süre verir. Kurum, gerekli gördüğü takdirde, ek bilgi, belge ve gerekçelerle ilgili açıklamada bulunulması için taraflara bir aylık süre verebilir (SMKY m. 28/4). Belirlenen süreler içinde istenilen ek bilgi, belge, açıklama ve görüşlerin sunulmaması halinde itiraz, mevcut bilgi ve belgeler kapsamında değerlendirilir (SMK m. 19/1-son cümlesi). Yayına itiraz incelemesi yapılırken nispi red nedenlerinden olan SMK m. 6/1 kapsamındaki itirazlarda, başvuru sahibinin talebi üzerine itiraz sahibinden, bazı şartların gerçekleşmesi halinde delil sunması istenilebilir. Bu talep mülga 556 sayılı KHK'de yer almayan yeni bir düzenlemedir. Yayına itirazın incelemesi sırasında Kurum gerekli görürse tarafları uzlaşmaya teşvik edebilir. Uzlaşma ile ilgili hususlarda 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanır (SMK m. 19/4). Yayına itirazın değerlendirilmesi sonucunda markanın, başvuru kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için tescil edilemeyeceği sonucuna varılırsa, başvuru bu mal veya hizmetler bakımından reddedilir. Aksi hâlde itirazın reddine karar verilir (SMK m. 19/3). TPMK yayına itirazları kısmen ya da tamamen yerinde görmezse başvuruya konu işaretin bu mal veya hizmetler yönünden marka olarak tesciline karar verir<sup>587</sup>.

Konuyla ilgili Yargıtay kararında, sürelerin hak düşürücü etkisinin sürenin sonuna göre belirlenmesi gerektiği, bu nedenle başvurunun yayınlanmasından önce davacının yaptığı itirazın reddine ilişkin kararın 3 aylık sürenin dolmasından sonra verilmesinin itiraz sahibi yönünden ağırlaştırıcı olacağı ifade edilmiştir<sup>588</sup>. Yargıtay, marka başvurusunun kabulü ile reddine yönelik inceleme mercinin TPE'nin yetkili organı olduğunu, KHK'nin 53. maddesine uygun olarak açılan bir dava olmadan davalı marka tescil başvurusunun reddine karar verilmesini isabetsiz görmüştür<sup>589</sup>. Yargıtay, mülga 556 sayılı KHK'nin m. 35/3 ve 4'üncü fıkralarının uygulanması sırasında davacının itiraz dilekçesinde dayandığı delillerin ibrazının Kurum tarafından istenmesinin gerektiği gibi, mahkemelerin de bu delil listesindeki delilleri

<sup>587</sup>Çağlar, 2015: 83.

<sup>588</sup>Y. 11. HD., 18.04.2011, E. 2009/12227, K. 2011/4549 (Şahinler Baykara vd., 2018: 78).

<sup>589</sup>Y. 11. HD., 13.12.2005, E. 2004/13135, K. 2005/12251 (Şahinler Baykara vd., 2018: 78).

ibraz ettirerek karar vermesi gerektiğini belirtmiştir<sup>590</sup>.

### 3.1.3.4.3.1. İlgili Kişiler

Başvurunun Bültende yayımından diğer bir ifade ile ilanından sonra ilgili kişiler de, marka başvurusunun mutlak veya nispi red nedenleri ile tescil edilmemesi gerektiğini ileri sürerek başvurunun yayımına itiraz edebilirler (SMK m. 18/1). Üçüncü kişiler ile mal veya hizmeti alan, temin eden, üretici, imalatçı, tacir veya tüketiciler ifade edilir<sup>591</sup>. İlgili kişilerin ise kim olacağı açık şekilde düzenlenmemiştir. *Çağlar*, ilgili kişileri, “*marka başvurusu nedeniyle hakkı zarara uğrayabilecek gerçek veya tüzel kişiler*” olarak ifade etmiştir<sup>592</sup>. *Arkan* ise ilgili kişileri, nispi red nedenleri ile sınırlı şekilde, başvuruya konu işareti daha önceki bir tarihte kullanan ve bu nedenle bu işaret üzerinde hak sahibi olan kişiler olarak tanımlamaktadır<sup>593</sup>. *Karahan*, Arkan'ın tanımına nispi red nedenlerine karşı yapılacak itirazlar yönünden kısmen katılmakla birlikte mutlak red nedenlerinin düzenlendiği 556 sayılı KHK m.7 uyarınca tescil dolayısı ile hakkı ihlal edilecek kişilerin de ilgili kişi kavramına dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>594</sup>. Bu tanımlarda dikkate alınarak ilgili kişileri, marka tescil talebinin kabulü halinde zarar gören veya zarar görme ihtimali olan, TPMK kararlarına karşı taraf olabilen ve bu kararlara karşı dava açabilen kişiler olarak açıklamak mümkündür.

İlgili kişilerin, itiraz iddiasının değerlendirilmesi için itirazın iki aylık hak düşürücü sürede yapılması gerekir. SMK, mülga 556 KHK'den farklı olarak 2015/2424 sayılı AB tüzüğüne uygun şekilde daha önce üç aylık olan yayıma itiraz süresini iki aylık süre ile kısıtlamış ayrıca yayıma ve karara itirazı ayrı hükümlerde düzenleyerek ikili ayrıma gitmiştir. İlgili kişilerin itirazlarını yazılı ve gerekçeli olarak Kuruma yapmaları, itiraz gerekçelerini de iki aylık hak düşürücü sürede sunulmaları gerekir. Aksi halde itiraz yapılmamış sayılacaktır. İtirazın incelenmesi için itiraz süresi içinde ücretin ödenmesi ve aynı süre içinde ücretin ödendiğine ilişkin bilginin de Kuruma sunulması gerekmektedir (SMK m. 18/2). Yayıma yapılan itirazların kurum tarafından incelenme usulü yukarıda açıklandığından tekrara düşmemek için burada açıklama yapılmamıştır.

Yargıtay "*SÜTOVA*" kararında, itirazların yazılı ve gerekçeli olarak yapılması

<sup>590</sup>Y. 11. HD., 11.12.2007, E. 2006/13168, K. 2007/15556 (Şahinler Baykara vd., 2018: 78).

<sup>591</sup>Çağlar, 2015: 84; Çolak, 2014: 104.

<sup>592</sup>Çağlar, 2015: 85.

<sup>593</sup>Arkan, 1997: 96.

<sup>594</sup>Karahan vd., 2009: 160.

gerektiğini, istenen ek belge, kanıt, gerekçenin verilmemesi halinde itirazın yapılmamış sayılacağını, gerek TPE tarafından gerekse Mahkeme tarafından, davacının dava dilekçesinde bildirdiği delillerin ibraz ettirilmeden yapılan değerlendirmeyi doğru bulmamıştır<sup>595</sup>. Yargıtay "*BANE*" kararında, davacının kötüniyetli başvuru iddiasını, davacıların marka sahibinden izin almadan markayı taklit eden durumunda olmaları, dava konusu markanın Paris sözleşmesinden yararlanan yabancı firmaya ait olması, markanın Türkiye 'deki ilgili yabancı tüketici çevresince bilinmesi, davacıların markayı ilk tanıtan taraf olmaması nedenlerine dayanarak davayı reddeden mahkeme kararını onamıştır<sup>596</sup>. Yargıtay "*SUTEN*" kararında, davalının 14.06.1996 tarihinde tescil talebinde bulunduğunu, başvurusunda bu tarihten itibaren geçerli olduğunu, TPE tarafından yapılan ilana 3 aylık sürede itiraz edilmediğinden itirazın reddedildiğini, bu durumda davalı tarafın markalarının kesinleştiğini, davacının, davalının markalarını daha önce kendisinin kullanıp tanıttığını kanıtlar delil getirmediğini davanın bu nedenle reddedilmesi gerekirken haksız rekabete dayanarak davanın reddini doğru görmemiştir<sup>597</sup>.

### 3.1.3.4.3.2. Mutlak Red Nedenleri İncelemesi

Mutlak red nedenleri, marka başvurusunun şekli incelemesinden sonra Kurum tarafından esas incelemesinde resen dikkate alınan, tescil engeli oluşturan sebeplerdir. Şekli şartları taşıyan ve mutlak red sebepleri bulunmayan başvurunun kabul edilmesi halinde marka, Bültende yayımlanır. İlgili kişiler markanın bültende yayınlanmasından itibaren iki aylık hak düşürücü itiraz süresi içerisinde markanın mutlak red nedenleri ile tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itiraz nedenlerini ileri sürebilirler. Bu süre içerisinde itirazların, gerekçeleri ile birlikte ve itiraz ücretinin ödendiğine ilişkin belge ile birlikte Kuruma yapılması gerekir. Üçüncü kişilerde SMK m. 5/1-ç bendi haricinde diğer bentler kapsamında başvurunun tescil edilemeyeceği görüşünü yazılı ve gerekçeli olarak markanın tesciline kadar Kuruma sunabilir. Kurumca usule uygun itiraz üzerine SMK m. 19 madde uyarınca itirazın incelemesi yapılır. İtiraz incelemesi sonucunda itiraz yerinde görülürse, markanın başvuru kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı bakımından tescil edilemeyeceği kanaatine varılırsa marka başvurusu bu mal veya hizmetler yönünden reddedilir. İtiraz yerinde görülmezse

<sup>595</sup>Y. 11. HD., 10.12.2007, E. 2006/13168, K. 2007/15556 (Meran, 2015: 319 vd.).

<sup>596</sup>Y. 11. HD., 09.11.2001, E. 2001/4703, K. 2001/8821 (Meran, 2015: 321).

<sup>597</sup>Y. 11. HD., 15.04.1999, E. 1999/652, K. 1999/2853 (Meran, 2015: 321 -322).

itirazın reddine ve başvuruya konu işaretin tescil edilmek istenilen mal veya hizmetler yönünden marka olarak tesciline karar verilir. Bu karara karşı da itiraz yolu açıktır.

Doktrinde bir kısım görüşe göre mutlak red nedenlerinin incelemesinin resen yapılması nedeniyle ilgili kişilere marka başvurusunun yayımı ile birlikte itiraz hakkı verilmesi anlamlı değildir<sup>598</sup>.

### 3.1.3.4.3.3. Nisbi Red Nedenlerine İlişkin Değerlendirme

#### 3.1.3.4.3.3.1. Genel Olarak

Nispi red nedenlerinin, SMK'de ve mülga 556 sayılı KHK'de tanımı yapılmamaktadır. Kanaatimizce, nispi red nedenlerinin özellikleri de dikkate alınarak, marka olarak tescil edilmek istenen işaret hakkında, ilgilisi tarafından belirli süreler içerisinde ileri sürülebilen<sup>599</sup>, kamu düzenine ilişkin olmayan, TPMK ve mahkeme tarafından talep halinde incelenebilen<sup>600</sup>, 6. maddede düzenlenen nedenlerden meydana gelen, tespiti halinde markanın tescilinin yapılmasına engel olan nedenler şeklinde tanımlanması mümkündür. SMK ile nispi red nedenlerine “tanınmış marka” ve “kötüniyet” sebepleri de eklenmiştir<sup>601</sup>. SMK'de nispi red nedenlerinin mehzamı bir diğer ifade ile kaynağını TRIPS, 2015/2424 AB Marka Tüzüğü ve 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi oluşturmaktadır. Kurumca, marka başvurusunun esas bakımından değerlendirmesinde SMK m. 16/1'inci fıkrası hükmü uyarınca nispi red nedenleri dikkate alınmamaktadır. Başvurunun yayımlanmasından itibaren iki aylık hak düşürücü sürede başvuruya karşı, ilgili kişiler tarafından nispi red nedenleri yönünden yazılı olarak ve gerekçeleri ile birlikte itiraz ücreti de ödenerek Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz gerekçelerinin hak düşürücü süre içerisinde sunulmaması halinde itiraz yapılmamış sayılır (SMK m. 18/2. cümle). İtiraz usulüne uygun yapılmış ise SMK m. 19 uyarınca nispi red nedenlerinin başvuru bakımından incelenmesine geçilir. Kurum, itirazı incelemesi sonucunda ilgili kişinin itirazını yerinde görülür ve başvurunun, kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı yönünden tescil edilemeyeceği kanaatine varırsa, marka başvurusunu bu yönden reddeder. İtirazı yerinde görülmezse itirazın reddine ve işaretin başvuruya konu mal veya hizmetler

<sup>598</sup>Çağlar, Arkan ve Uysal bu konuda benzer görüştedir. (Çağlar, 2015 :84).

<sup>599</sup>İlgilisi olarak kast edilen kişi, marka olarak tescil başvurusuna konu işareti daha önce kendi adına tescil ettiren veya işaretin tescili için başvuruda bulunan ya da işaret üzerinde üstün hak elde eden kişidir (Karasu vd., 2018: 185).

<sup>600</sup>Önceki düzenlemede TPE, yeni yasada TPMK olarak düzenlenmiştir.

<sup>601</sup>Güneş, 2018: 119.

yönünden marka olarak tesciline karar verilir. Bu karara karşı da itiraz yolu açıktır.

### 3.1.3.4.3.3.2. Nisbi Red Nedenleri

SMK m. 6'da marka tesciline engel olan ve ilgili kişiler tarafından ileri sürülebilen nispi red nedenleri düzenlenmektedir.

Nispi red nedenlerine ilişkin SMK'nin 6/1 maddesi, *“tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir.”* şeklinde düzenlenir. Bu madde bakımından değerlendirme yapılırken dikkat edilmesi gereken husus, markaların aynı veya benzer olmasının tek başına yeterli olmadığı ayrıca kapsanan mal veya hizmetlerinde aynı ya da benzer olması gerektiği ve bu durumun halk tarafından önceki marka veya marka başvurusu ile ilişkilendirilerek markaların karıştırılması sonucunu doğurmasıdır<sup>602</sup>. Mal veya hizmetlerin aynı sınıfta yer almalarının benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları benzer olmadıklarına karine teşkil etmemektedir (SMK m. 11/4). Bu konuda daha önce 2.4.4.4. başlığı altında ayrıntılı açıklamada bulunmuştuk. Bu nedenle ayrıntılı bilgi için bu kısma atıf yapmakla yetiniyoruz. SMK m. 6/1'de itiraz nedeni markaların ve kapsadıkları mal veya hizmetlerin aynılığı veya benzerliği olduğundan aynı veya benzer markaların farklı mal veya hizmetler yönünden tescil edilmelerine kural olarak engel bulunmamaktadır<sup>603</sup>. Yargıtay HGK benzerliğin tespitinde, işaretin “bütünsel” olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu değerlendirme sonucunda işaretin, müşteri nazarında başka bir marka ile bağlantılı olabilme izlenimi oluşturup oluşturmadığına, çağrışım yapıp yapmadığına ve bunun müşterilerin mal veya hizmet tercihinde etkili olup olmadığına dikkat edilmesi gerektiğini açıklamıştır<sup>604</sup>. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda “CARAMİTA - KARAM”, “HANIMELLER KAKAO KEYFİ - ÇİKOLATA KEYFİ”, “SOLENA - ŞÖLEN”, “T- MONİTON - MONİTON” , “HÜRMET DOLE - DOLE”, “CAPTAIN GRAND - CAPTAN MORGAN” markalarını benzer kabul etmiştir<sup>605</sup>. Benzerliğe ilişkin değerlendirmenin gerek mülga 556 sayılı KHK'de, gerekse SMK'de mutlak ve nispi red nedenleri arasında gösterilmesi doktrinde tartışmalara

<sup>602</sup>Arkan, 2018: 306.

<sup>603</sup>Arkan, 2018: 308.

<sup>604</sup>Y. HGK., 27/05/2015, E. 2013/2286, K. 2015/1449 (Karahan vd., 2016: 36).

<sup>605</sup>Bozgeyik, 2018: 19.

neden olmaktadır. Markalar arasındaki benzerliğin SMK m. 5/1-ç ile m. 6/1'de düzenlenmesi ile ilgili *Karan/Kılıç*, mutlak red nedeni olarak düzenlenen nedenin aynı zamanda nispi red nedeni olarak düzenlenmesini gereksiz olarak değerlendirmiştir<sup>606</sup> *Arkan*, bu sebebin nispi red nedenleri arasında düzenlenmesinin daha uygun olacağını belirterek aynı nedenin mutlak ve nisbi red nedeni olarak düzenlenmesini isabetsiz olarak değerlendirmiştir<sup>607</sup>. *Karahan ve Tekinalp*, mutlak red nedeni olarak benzerliğin, Kurumun dikkatinden kaçması durumunda dahi hak sahibinin, itiraz yolu ile kendini koruyabileceğini değerlendirmiştir<sup>608</sup>. *Karaahmet /Yalçiner*; her iki düzenlemenin aynı manada olduğu ifade ederek, amacın hak sahibini korumak olduğunu değerlendirmiştir<sup>609</sup>. *Yasaman*, benzerliğin her iki red sebeplerinde düzenlenmesi ile TPE'nin araştırma külfetinden kurtarılacağını ve TPE'nin takdir yetkisini sınırlandırılacağını ifade ederek düzenlemeyi isabetli bulmuştur<sup>610</sup>. *İmirlioğlu*, Kurum tarafından yapılan resen incelemede gözden kaçabilme hususuna dikkat çekerek yayından sonra itiraz hakkının tanınmasını isabetli bulmuştur<sup>611</sup>.

SMK m. 6/1'e yayıma itiraz incelemesinde özel bir yer verilmiştir. SMK m. 19/2'ye göre, “6 ncı maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılan itirazlarda, itiraz gerekçesi markanın itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de en az beş yıldır tescilli olması şartıyla, başvuru sahibinin talebi üzerine, itiraz sahibinden, itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde itiraz gerekçesi markasını itirazına dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunması talep edilir. İtiraz sahibi tarafından bu hususların ispatlanamaması durumunda itiraz reddedilir. İtiraz gerekçesi markanın, tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için kullanıldığının ispatlanması hâlinde itiraz, sadece kullanımı ispatlanan mal veya hizmetler esas alınarak incelenir.” şeklinde düzenlenmiştir. Markanın, sahibine getirdiği yükümlülüklerden biri olan markanın ciddi şekilde kullanılmasının yayıma itiraz hükümlerine yansımaları niteliğinde olan bu düzenleme ile başvuru sahibi, başvurusuna bu nedene dayanarak itiraz eden kişiden, kendi markasının beş yıl ve daha fazla süreyle tescilli olması

<sup>606</sup>Karan ve Kılıç, 2004: 33.

<sup>607</sup>Arkan, 1997: 75.

<sup>608</sup>Tekinalp, 2004: 402.

<sup>609</sup>Karaahmet ve Yalçiner, 2011: 43.

<sup>610</sup>Yasaman, 2004: 228.

<sup>611</sup>İmirlioğlu, 2018: 152-154; Arkan, 2017: 10.

halinde, bu markanın ülkemizde ciddi şekilde kullanmakta olduğuna veya kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna dair delillerini sunmasını isteyebilir. Rüçhan hakkı sahibinin itirazı halinde de aynı husus geçerlidir. Yayına itiraz eden taraf, haklı delilini süresinde sunamazsa itirazı reddedilir<sup>612</sup>. Yayına itiraz eden taraf, markasını tescil edildiği bir kısım mal veya hizmet bakımından kullandığını ya da kullanmamasının haklı bir sebebe dayandığını ispat ederse TPMK ispatlanan kısım için itiraz incelemesi yapacaktır. TPMK kullanımın ispatı konusunda kullanım kriterlerinin belirlendiği bir kılavuz hazırlamıştır<sup>613</sup>. Delilin nasıl olması gerektiği SMKY m. 30'da açıklanmıştır. Bu şekilde tescilli markaların piyasada etkin şekilde kullanılması ve yayına itirazların afaki ya da kötüniyetli olarak yapılması önlenilmeye çalışılmaktadır. Mülga 556 sayılı KHK'de yer almayan bu düzenleme SMK ile getirilmiştir<sup>614</sup>. Daha öncede ifade ettiğimiz üzere aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerliğe ilişkin düzenlemeye SMK'nin m. 5/1-ç ve m. 6/1'de yer verilir. Bunun nedeni mutlak red nedeninin resen yapılan incelemesinde bu sebebin Kurumun dikkatinden kaçması durumunda, başvurunun yayımından sonra itiraz yoluyla ilgililerin dikkatine sunularak gözden kaçmasını engellemek ve kendilerini koruyabilmelerini sağlamaktır. SMK m. 19/2'de SMK 6/1. maddesine atıf yapmış, ancak SMK m. 5/1-ç bendine atıf yapmamıştır. Bu halde 5/1-ç bendi kapsamında yapılan inceleme de başvuru sahibinin kullanım kanıtı sunulmasını isteme hakkı bulunmamaktadır. Tanınmış markaya dayanılarak SMK m. 6/1 maddesi kapsamında başvuruya itiraz edilmesi halinde, başvuru sahibi delil bildirilmesi talebinde bulunabilecektir<sup>615</sup>. Yayına itiraz aşamasında talep edilmeyen "kullanma kanıtına" karara itiraz aşamasında dayanılması mümkün değildir. Kullanma kanıtı sadece yayına itiraz halinde düzenlenmemekte ayrıca hükümsüzlük davalarının düzenlendiği SMK m. 25/7'de, tecavüz davalarının düzenlendiği SMK m. 29/2'de de düzenlenmektedir. En az beş yıllık kullanımın nasıl olabileceği hususu ise markanın kullanımını düzenleyen SMK m. 9'da, "markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması., markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması, markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması" şekillerinde açıklanmaktadır. Bu haller markanın sahibi tarafından kullanıldığı durumlar olarak kabul edilir<sup>616</sup>.

<sup>612</sup>SMK m. 19/2 gerekçesi.

<sup>613</sup>Karasu vd., 2018: 207.

<sup>614</sup>SMK m. 19/2 gerekçesi.

<sup>615</sup>Karasu vd., 2018: 208; Kaya, 2006: 23; Bilgili, 2008: 42; Sert, 2007: 13 vd.

<sup>616</sup>Karasu vd., 2018: 208 vd.



Nispi red nedenlerine ilişkin SMK'nin 6/2. maddesi, “*ticari vekil veya temsilcinin, marka sahibinin izni olmaksızın ve haklı bir sebebe dayanmaksızın markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kendi adına tescili için yaptığı başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddeyle bağlantılı olarak SMK m. 10'da, “*marka sahibinin izni olmadan markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin ticari vekil ya da temsilci adına tescilinin yapılması hâlinde, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir sebebi yoksa marka sahibi mahkmeden, markasının kullanımının yasaklanmasını talep edebileceği gibi söz konusu tescilin kendisine devredilmesini*” talep edebileceği kabul edilir. Bu maddenin uygulanabilmesi içinde öncelikle marka sahibi ile markayı kendi adın tescil ettirmek isteyen kişi arasında markanın kullanılmasına yetki tanıyan bir düzenleme veya ilişkinin olması gerekir<sup>617</sup>. SMK m. 6/2 ve m.10'un karşıt anlamından, ticari vekil<sup>618</sup> veya temsilcinin<sup>619</sup>, haklı bir sebep göstermesi halinde marka sahibinin izni olmadan aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markanın, ticari vekil ya da temsilci adına tescil edilebileceği anlaşılmaktadır. Örneğin markanın itibar kazanabilmesi için gereken emeğin ticari vekil veya temsilci tarafından sarf edilmesine rağmen marka sahibinin, markaya karşı yapılan saldırılara veya tecavüz eylemlerine yönelik herhangi bir koruyucu çaba içinde bulunmaması halinde, ticari temsilci veya vekilin verdiği emek, gösterdiği çaba sonucunda markanın, bu kişi adına tescil edilmesi mümkündür. Bu halde haklı sebebin gerçekleştiği kabul edilir.<sup>620</sup> Yargıtay kararında, KHK'nin 17. maddesinde gerçek hak sahibinin, dava açarak markanın kendi adına devredilmesini isteme hakkının olduğunu, bunun için davalının ticari vekil ya da temsilci olması gerektiğini ve davacının da markayı tek başına kullanma hakkının bulunması gerektiğini belirtilmiştir<sup>621</sup>. Yargıtay “ECHO” kararında, bu markanın Japonya dahil olmak üzere pek çok ülkede kullanıldığını, davacı adına marka tescillerinin olduğunu, davalının ise bu markanın Türkiye'deki distribütörü olarak bir süre faaliyet gösterdiğini, bu markanın davalı adına tescil edilmesi için markanın gerçek hak sahibinin

<sup>617</sup>Arkan, 2018: 306-307; Karasu vd., 2018: 197.

<sup>618</sup>6098 sayılı TBK'nin 551/1 maddesinde ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişi şeklinde tanımlanmıştır. <http://www.ticaretkanunu.net/ticari-vekil/> (erişim tarihi: 18.03.2019).

<sup>619</sup>6098 sayılı TBK'nin 547/1 maddesinde ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişi şeklinde tanımlanmıştır. <http://www.ticaretkanunu.net/ticari-temsilci/> (erişim tarihi: 18.03.2019).

<sup>620</sup>Karasu vd., 2018 : 196; Arkan, 2018: 307.

<sup>621</sup>Y. 11. HD., 25.05.2006, E. 2005/3895, K. 2006/6165 (Şahinler Baykara vd., 2018: 68).

izninin alınmasının gerektiği, mülga KHK m. 17 kapsamında haklı bir nedeninin de bulunması gerektiğini ifade etmiştir<sup>622</sup>. Mülga 556 sayılı KHK'de itiraz edilen başvuru ile itiraza konu başvuru arasındaki benzerlik derecesine ilişkin bir belirleme yapılmamışken SMK'de benzerlik derecesini belirlemeyi sağlayacak ifadeler kullanılmıştır<sup>623</sup>.

Nispi red nedenlerine ilişkin SMK'nin 6/3. maddesi, *"başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Marka hukukunda tescil ilkesine getirilen istisnalardan biri olan bu maddede, markayı daha önce kullanan kişiye itiraz hakkı vererek üstünlük tanımıştır. Ayrıca madde lafzında geçen *"ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret"* ile haksız rekabet koruması dışında korunma kapsamında olmayan işaretler ifade edilmektedir<sup>624</sup>. Bu nispi red nedenine dayanarak itiraz etmek için işaretin, ticaret piyasasında ilgili mal veya hizmetler yönünden tanınmışlık seviyesinde olmasa da belli bir seviyede biliyor olması aranmaktadır. Bu nedenle işaretin, kullanımın dar bir çevreyle sınırlı olmaması gerekir<sup>625</sup>. Bu düzenleme ile markanın tescilinden önce uyumsuzluğun giderilmesi sağlanmaya çalışılmıştır<sup>626</sup>. SMK'de aranan kullanım markasal veya markasal etki doğuran kullanımdır<sup>627</sup>.

Nispi red nedenlerine ilişkin SMK'nin 6/4. maddesi, *"Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre ülkemizde, Paris Sözleşmesinden yararlanacak kişiye ait olduğu ve aynı veya benzeri ürünlerde kullanıldığı herkesçe bilinen ve kabul edilen markaların karışıklığa sebebiyet verecek şekilde örneğini, taklidini, tercümesini içeren marka başvurularının tescil edilmesi talebi itiraz üzerine reddedilmektedir. Mülga 556 sayılı KHK'de tanınmış markalar mutlak red nedeni olarak düzenlenmişken bu düzenleme AYM'in E. 2015/33, K. 2015/50 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu hüküm AB ve uluslararası uygulamalar ile uyumlu olacak şekilde ve içerik olarak önceki düzenlemeden farklı şekilde

<sup>622</sup>Y. 11. HD., 24.04.2013, E. 2012/8932, K. 2013/8075 (Şahinler Baykara vd., 2018: 68).

<sup>623</sup>Karasu vd., 2018: 195; Özer., 2017: 37; SMK 6/2. madde gerekçesi .

<sup>624</sup>Kaya, 2006: 156; Arkan, 2018: 307; Karasu vd., 2018: 196.

<sup>625</sup>Karasu vd., 2018: 197; Bilge , 2014: 166.

<sup>626</sup>Arkan, 2018: 307.

<sup>627</sup>SMK m. 6/3'ün gerekçesi; Karasu vd., 2018: 197; Bilge, 2014: 150.

nispi red nedeni olarak düzenlenmiştir<sup>628</sup>.

Nispi red nedenlerine ilişkin SMK'nin 6/5 maddesi, “*tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hâllerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı bir sebebe dayanma hâli saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Tanınmış markanın tanımı bulunmamaktadır<sup>629</sup>. Ancak tanınmış markaların hem tescil edilen mal veya hizmet sınıfları hem de diğer mal veya hizmet sınıfları yönünden ayırt edici özelliği bulunduğundan bu markaların tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları dışında diğer mal veya hizmet sınıfları yönünden de korunmasını gerekmektedir<sup>630</sup>. Bu düzenleme ile “tanınmış markaların” ülkemizin önemli bir kısmında bilinmesi ve tescilli oldukları mal veya hizmeti aşacak niteliğe sahip olmasından dolayı bu markalardan haksız olarak istifade edilmeye çalışılması önlenilmeye çalışılmaktadır. Bu suretle tanınmış markaların itibarının zarar görmesi ile ayırt edici niteliğinin zedelenmesi de önlenilmiş olmaktadır. Bu düzenleme ile tanınmış markaların geniş kapsamda korunması sağlanmıştır. Nitekim tanınmış markalar aynı veya benzer marka başvurusunun, tesciline konu mal veya hizmetlerin tanınmış markadaki mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ya da farklı olması önemszenmeden bu başvuruların itiraz üzerine reddedilmesi mümkün olmaktadır<sup>631</sup>. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere normal markalardan farklı olarak tanınmış markalara farklı mal veya hizmetler yönünden tescil engeli olması nedeniyle bu markalara ayrıcalık sağlanmıştır<sup>632</sup>. *Karasu*’ya göre, bu değerlendirme yapılırken, karıştırıldığı iddia edilen markalar arasındaki benzerliğin derecesi, tanınmış

<sup>628</sup>SMK 6/4 maddesinin gerekçesi. Karasu’ya göre; Tanınmış markalar, Paris sözleşmesinde farklı mal veya hizmetler yönünden ülkemizde korunmadığından bu düzenlemenin TRIPS ve AB Marka Tüzüğü ile uyumlu olduğu söylenemez (Karasu vd., 2018: 198).

<sup>629</sup>Yargıtay “BLACK AND DACKER” kararında tanınmış markaları özelliklerini de dikkate alarak, bir kişiye veya girişime sıkı biçimde bağlı olan, güvence, kalite, reklam gücü, yaygın bir dağıtım ağı içeren, müşteri ile diğer subjektif ilgi ve ilişkiler ayırt edilmeden coğrafi sınırlar, kültür ve yaş farkı gözetilmeden aynı çevrelerce refleks halinde beliren bir çağrışım olarak açıklamıştır (Y. 11. HD., 25.10.2007, E. 2006/10222, K. 2007/13328) (Çolak, 2014: 165).

<sup>630</sup>Paslı, 2018: 19 vd.

<sup>631</sup>Yargıtay’ın “DERBY” kararında, “Derby” markasının traş bıçakları dışında diğer ürünlerde de marka olarak kullanılması nedeniyle el arabalarında da marka olarak tescil edilmesi talebinin bu markanın gücünü zayıflatmayacağını kabul etmiştir (Y. 11. HD., 30.10.2017, E. 2016/4066, K. 2017/5587) (Arkan, 2018: 309).

<sup>632</sup>Yasaman, 1978: 695, 707; Arkan, 2018: 308.

olduğu iddia edilen markanın tanınmışlığın seviyesi, tanınmış markalardaki işaret ya da işaretlerin özgün olma derecesi, markaların kapsamındaki mal veya hizmetlerin farklılık düzeyi dikkate alınmalıdır<sup>633</sup>. Başvuru sahibi yapmış olduğu başvuruya ilişkin haklı sebepleri olduğunu ispatlar ise başvurusu itiraz üzerine reddedilmeyecektir. Haklı sebebe ilişkin ABAD verdiği “KLAREİN - CLAERYN” kararında; sonraki markada rüçhan hakkının olduğunu, bu şekilde tanınmış markanın önüne geçilerek itibarından kazanç sağlanmasının mümkün olmadığını değerlendirmiş ve bu markanın tescil edilmesi için haklı sebebin olduğunu kabul etmiştir. ABAD “DELL-LEXDELL” kararında ise, ikinci başvuru olan “LEXDELL” ibaresinin başvuranın kendi soyadı olduğunu, bu soyadının daha önce tescil edilmesi iddiasını, Hamburg Mahkemelerin verdiği kararda davalının soyadını ayırarak bu şekilde kullanmasının yasaklanması nedeniyle haklı neden olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmiştir<sup>634</sup>. Yargıtay “İSTİKBAL<sup>635</sup>” markalarının tanınmış marka olduğunu kabul ederek yapılan tescil başvurularını reddetmiştir. Yargıtay “ADVANTAGE” ile “GAP AVANTAJ” markalarına ilişkin kararında bu markaları benzer kabul etmekle birlikte “ADVANTAGE” markasının özgün olmadığını, ayrıca tanınmışlık düzeyinin de yüksek olmadığını bu nedenle farklı mal veya hizmetler yönünden korunma şartının oluşmadığını belirtmiştir<sup>636</sup>. Tanınmış markaların tanımının olmaması sebebiyle değerlendirmesi somut olay bazında yapılmakla birlikte WIPO Ortak Tavsiye Metni<sup>637</sup> ile tanınmış markalara ilişkin kriterler getirilmiştir. Bu kriterler sınırlayıcı değildir. Tanınmış markanın varlığının kabulü için de hepsinin birlikte bulunması zorunlu değildir<sup>638</sup>. SMK madde gerekçesinde tanınmışlığın coğrafi sınır bakımından belirlenmesine yönelik açıklamada bulunulmuştur. Buna göre, madde metninde her ne kadar “Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi” ifadesi geçmekteyse de bu ifadeden markanın tüm Türkiye’de tanınmış olması gerektiği anlamı çıkmamakta, mevcut olayın

<sup>633</sup>Karasu, 2018: 200.

<sup>634</sup>İmirlioğlu, 2018: 248-249.

<sup>635</sup>Y. 11. HD., 23.06.2011, E. 2010/352, K. 2011/7625 (Karasu vd., 2018: 200).

<sup>636</sup>Y. 11. HD., 11.04.2017, E. 2015/14462, K. 2017/15088 (Karasu vd., 2018: 200).

<sup>637</sup>WIPO Ortak Tavsiye Metni’nde, "i)toplumun ilgili kesiminde markanın tanınma veya bilinme derecesi, ii) markanın kullanıldığı süre, kapsam ve coğrafi alanı, iii) markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerle ilgili olmak üzere markanın reklam ve tanıtımlarını ya da fuar veya sergilerde sunumlarını içeren promosyon faaliyetlerinin süresi, kapsamı ve coğrafi alanı, iv) markanın kullanımının ve tanınmışlığının göstergesi niteliğinde olacak şekilde tescillerinin veya marka tescil başvurularının süresi ve coğrafi alanı, v) özellikle yetkili mercilerce markanın tanınmışlığına ilişkin verilen kararlar olmak üzere, marka haklarının başarılı bir şekilde uygulandığını gösterir kayıtlar, vi)markaya atfedilen değer." (Karasu vd., 2018: 199); Bu kriterlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bk. Çolak, 2014: 176 vd.

<sup>638</sup>Karasu vd., 2018: 199; Çolak, 2014: 182.

özelliklerine göre markanın ilgili tüketici kesimi tarafından Türkiye'nin önemli bir kesiminde tanınmış olması yeterli görülmektedir.

Nispi red nedenlerine ilişkin SMK'nin 6/6 maddesi, *“tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile AB Marka Tüzüğüne uyumlu olarak, fikri mülkiyet hakları sınai mülkiyet haklarını da kapsamıştır. Burada kast edilen işaret SMK'nin 6/3 maddesinden farklı olarak tescil edilmiş işaretlerdir<sup>639</sup>. Yargıtay, davacı şirketin ticaret unvanında “TOPKAPI” ibaresini kullanmasını, davacının ticaret unvanının davalının markasına göre tarihsel önceliğinin bulunduğu iddiasını değerlendirerek, tescilsiz işaretlerin marka olarak kullanılması ve bu markaların piyasada belirli bir bilinebilirlik kazanması halinde davanın kabul edilebileceğini, bu şartlar gerçekleşmeden açılan davanın reddi kararını onamıştır<sup>640</sup>.

Nispi red nedenlerine ilişkin SMK'nin 6/7. maddesinde, *“ortak markanın veya garanti markasının yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde yapılan, ortak marka veya garanti markasıyla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki hak sahibinin itirazı üzerine reddedilir.”* şeklinde düzenlenmektedir. SMK'nin 6/8. maddesi de, *“tescilli markanın yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde yapılan, bu markayla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki marka sahibinin itirazı üzerine bu iki yıllık süre içinde markanın kullanılmış olması şartıyla reddedilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. SMK 28/1-a maddesinde, *“koruma süresinin dolması ve markanın süresi içinde yenilenmemesi”* halinde marka hakkının sona ereceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeler dikkate alındığında markanın yenilenmemesi ve sahibi tarafından kullanılmaması durumunda kamuya açık hale geldiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle başka kişilerce, markanın yeniden tescil edilmesi talep edilebilecektir. Kanun koyucu bu durumu dikkate alarak ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğüne uygun olarak, yenilenmeyen ortak ve garanti markaları yönünden bunların sona ermesinden itibaren üç yıllık süre içerisinde yapılan marka başvurularını “kullanma şartı” aramadan reddini düzenlemiştir. Diğer markalar yönünden ise bu markaların sona ermesinden sonra iki yıllık süre içerisinde yapılan marka

<sup>639</sup>Karasu vd., 2018: 201; Arkan, 2018: 310.

<sup>640</sup>Y. 11. HD., 15.10.2012, E. 2011/9569, K. 2012/16155 (Karahana vd., 2016: 43).

başvurularına itirazda, itiraz eden tarafça bu markaların “kullanılması” şartını arayarak tescil edilmesine engel olunabileceğini düzenlemiştir. Mülga 556 sayılı KHK den farklı olarak SMK'de sona erme nedeni “markanın yenilenmemesi” olarak açıkça belirtilmiştir. Ortak markalar için sürenin daha uzun olmasının sebebi bu markaların sayısal olarak daha çok işletme tarafından kullanılması ve bu nedenle daha uzun süre akılda kalmasıdır<sup>641</sup>.

Nisbi red nedenlerine ilişkin SMK'nin 6/9 maddesi, “*kötüniyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Mülga 556 sayılı KHK'nin 35. maddesinde itiraz nedenleri olarak mutlak ve nispi nedenlerle birlikte başvurunun kötüniyetli olması da düzenlenmişti. Kötüniyet, mülga 556 sayılı KHK'de “bağımsız bir hükümsüzlük nedeni” olarak kabul edilmiştir. AB yönergesinde “kötüniyet” mutlak red nedenleri arasında düzenlenmiştir<sup>642</sup>. SMK'de, 2015/2424 sayılı AB Tüzüğü m. 41 dikkate alınarak “kötüniyet” hükümsüzlük nedenlerinden çıkarılmış ve SMK m. 6/9 fıkrası uyarınca nisbi red nedenleri arasında düzenlenmiştir. Dolayısı ile bu hüküm SMK ile getirilen yeni bir düzenlemedir. Kötüniyete ilişkin 4721 sayılı TMK'nin 2. maddesinde de düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumamaktadır. Marka başvurularına ilişkin “kötüniyetin” kapsamının belirlenmesinde TMK m. 2'de dikkate alınmalıdır<sup>643</sup>. Doktrinde bu düzenlemeye ilişkin *Arkan*, kötüniyetin mehzaz 2015/2436 sayılı AB yönergesi de dikkate alınarak mutlak red nedenleri arasında düzenlemesinin daha isabetli olacağını ifade etmiştir<sup>644</sup>. *Karasu* da, 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesinin 4/2 maddesinde kötüniyetin mutlak red nedenleri arasında düzenlenmesine değinerek bu nedenin mutlak red nedeni olarak düzenlemesinin daha yerinde olacağını belirtmiştir<sup>645</sup>. *Çağlar*, kötüniyetli başvurunun içeriğinin belirsiz olması nedeniyle bu nedeninin, Alman Hukuku'nda olduğu gibi mutlak tescil engeli şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olacağını ifade etmiştir<sup>646</sup>. Kanaatimizce kötüniyete ilişkin TMK düzenlemesi, mehzaz uluslararası düzenlemeler birlikte değerlendirilerek kötüniyetin itiraz niteliğinde olması nedeniyle bu niteliğe daha uygun olan mutlak red sebepleri arasında düzenlenmesi isabetli olacaktır. Kötüniyete ilişkin Yargıtay'ın 11. HD., ve HGK. uygulamalarına bakıldığında markanın

<sup>641</sup>Arkan, 2018: 310.

<sup>642</sup>Arkan, 2018: 311; Karasu vd., 2018: 203; Güneş, 2018: 384.

<sup>643</sup>Özer, 2017: 38.

<sup>644</sup>Arkan, 2018: 311.

<sup>645</sup>Karasu vd., 2018: 203.

<sup>646</sup>Çağlar, 2015:84.

koruması amacına aykırı şekilde kötüye kullanılması ve bu şekilde markadan hukuka aykırı şekilde yararlanılması, hukuka uygun olmayacak şekilde marka ticaretinin yapılması, şantaja ilişkin başvurular kötüniyetli marka kullanımını olarak kabul edilmiştir<sup>647</sup>. Kötüniyet, buna ilişkin somut olgu ve olayların varlığı ile tespit edilir. Bu nedenle başvuru sahibinin amacının araştırılması yoluna gidilmemelidir. Nitekim TMK m. 3/1'de iyiniyet karinesini kabul etmiştir. Yargıtay 11. HD, HGK ve ABAD'ın vermiş olduğu kararlar dikkate alındığında başvuruya konu işaret ile markalar arasında iltibasın oluşması, başvuru sahibinin önceki markanın varlığından haberdar olması başvuru sahibinin kötüniyetli olduğunun kabulü için tek yeterli değildir<sup>648</sup>.

### 3.1.3.5. Marka Kararına İtiraz

Başvurunun yayımına itiraz dışında, TPMK tarafından verilen kararlardan zarar görülmesi halinde, zarar gören kişilerin hatalı kararların sonuçlarına karşı korunması için karara itiraz aşaması düzenlenmiştir. Buna göre, Kurum tarafından SMK kapsamında alınan kararlardan zarar gören taraflar, kararlara karşı Kurum nezdinde itiraz edebilir (SMK m.20/1). Kurum tarafından verilen, başvurunun tamamen veya kısmen reddi kararlarına karşı başvuru sahibinin, başvurunun kısmen veya tamamen kabulü halinde ise ilgili kişinin ve TPMK tarafından görüşü yerinde bulunmayan üçüncü kişinin Kurum kararlarına karşı kararın bildirim tarihinden itibaren iki aylık süre içerisinde yazılı ve gerekçeli olarak itiraz hakkı bulunmaktadır. İtirazın incelenmesi için itiraz süresi içinde ücretin ödenmesi ve aynı süre içinde ücretin ödendiğine ilişkin bilginin de Kuruma sunulması gerekir. İtiraz gerekçelerinin bu süre içinde sunulmaması hâlinde itirazın yapılmamış sayılacaktır (SMK m. 20/2). Yayına itiraz da olduğu gibi karara itirazda da itiraz süresinden sonra itiraz gerekçelerinin değiştirilmesi ve genişletilmesi mümkün değildir. Ancak madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere itiraz gerekçesi değiştirilmeden yeni bilgi, belge veya delilin sunulması mümkündür.

<sup>647</sup>Karasu vd., 2018: 203; Arkan, 2018: 311; Yargıtay, davacı ve davalı şirketin 2004 yılından başvurunun yapıldığı 2007 yılına kadar yoğun ticari ilişkilerinin bulunmasını, davacının restoran işletmeciliğinde ürün tedarikini yoğun bir şekilde davalı şirketten yapmasını, davalının davacının markalarından haberdar olduğunu, bu nedenle başvurunun kötüniyetli olduğunu, kötüniyetin KHK'nin 35. madde anlamında bir tescil engeli oluşturacağını kabul etmiştir (Y. 11. HD., 18.10.2012, E. 2010/11576, K. 2012/16560). Yargıtay, kötüniyetin KHK'nin 42. maddesinde başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmediğini, kötüniyetin genel hükümler ile temel prensip niteliğindeki TMK m. 2 gereğince korunmayacağını bu nedenle aynı sonuca ulaşılmasının KHK'nin ruhuna uygun olduğunu kabul etmiştir (Y. 11. HD., 16.07.2008, E. 2008/11-501, K. 2008/507) (Şahinler Baykara, 2018: 78).

<sup>648</sup>Karasu vd., 2018: 2014.

Karara itirazın nasıl inceleneceği SMK m. 21'de düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca itirazların öncelikle şekli bakımından tam olup olmadıkları incelenecektir. TPMK kararına karşı itirazlar, itiraza ilişkin gerekçelerin ilgili mevzuattaki madde ve fıkra karşılıkları belirtilmek suretiyle ayrıntılı şekilde yazıldığı imzalı karara itiraz formu ile Kuruma yapılır. Şekli bakımından eksiklik bulunmayan itirazlar Kurul tarafından incelenir (SMKY m. 31/2)<sup>649</sup>. Şekli eksiklik bulunmaması halinde Kurul, taraflardan itirazlara ilişkin görüşlerini süresi içinde bildirmelerini ister. Kurum gerekli görüldüğü takdirde taraflardan ek bilgi ve belge sunmalarını istenebilir. İstenilen ek bilgi ve belgelerin veya görüşlerin süresinde Kuruma sunulmaması hâlinde, itiraz mevcut bilgi ve belgeler kapsamında değerlendirilir (SMK m. 21/2). TPMK itirazı haklı bulunursa kararını düzeltebilir. Ancak bu kararlara ilişkin işlemlerin doğrudan tarafı olmayan kişilerin itirazının haklı bulunması halinde TPMK'nin düzeltme yapma yetkisi bulunmamaktadır. İtiraz yerinde görülmezse, bu konuda karar verilmesi için YİDD'ye gönderilir<sup>650</sup>. Yargıtay ilamında, itirazın Markalar Dairesi yerine doğrudan YİDK'ye yapılması ve bu dairenin de itiraz hakkında karar vermesi durumunda bu kararın sadece bu nedenle iptal edilmeyeceğini belirtmiştir<sup>651</sup>.

İnceleme neticesinde markanın, başvuru kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için tescil edilmemesi kanaatiyle başvurunun bu mal veya hizmetler bakımından reddine ilişkin kararlara karşı yapılan itirazlarda Kurul, gerekli görürse, tarafları SMK m. 19/4'de uyarınca uzlaşmaya teşvik edebilir (SMK m. 21/3). Uzlaşma hükümlerinin uygulanması hem yayıma itiraz aşamasında hem de karara itiraz aşamasında kabul edilmiştir. Uzlaşma kurumu SMKY m. 32'de düzenlenmiştir. Buna göre, Kurum, gerekli görmesi halinde, yayıma itirazlar ile Kanunun 19 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca verilen kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesi sırasında tarafları uzlaşmaya davet edebilir. Bu durumda, taraflar, Kurum tarafından kendilerine yapılan bildirimden itibaren bir ay içinde uzlaşmaya ilişkin beyanlarını yazılı olarak Kuruma iletir. Taraflardan birinin uzlaşma teklifine süresi içinde olumlu cevap vermemesi halinde uzlaşma daveti reddedilmiş sayılır. Kurumun itiraz incelemesini kaldığı yerden devam eder. Tarafların Kurum nezdinde vekille temsil edildikleri durumlarda vekil uzlaşma davetini ve uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme

<sup>649</sup>SMK m. 2/1-f'de Kurul, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı bünyesinde yer alan Kurul şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>650</sup>Karahan vd., 2009: 161; Çağlar, 2015: 87.

<sup>651</sup>Y. 11. HD., 1.6.1998, E. 1998/2513, K. 1998/4021 (Karahan vd., 2009: 161).



elverişli olduğunu asile derhal bildirmekle yükümlüdür. Taraflar uzlaşmak istediklerini ve arabulucuya başvuracaklarını birlikte Kuruma bildirirlerse itiraz incelemesi üç ay süre ile ertelenir. Ayrıca bu süre içinde tarafların birlikte talepte bulunması halinde ertelenen süre en fazla üç ay daha uzatılabilir. Uzlaşma sürecinin 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda düzenlenen sebeplerden biri nedeni ile sona ermesi halinde tarafların anlaşmış, anlaşmamış veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığına ilişkin düzenlenen tutanağın aslı veya noter onaylı örneği uzlaşma faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Kuruma verilmelidir. Tarafların anlaşması halinde, taraflarca düzenlenen ve 6325 sayılı Kanuna göre ilam niteliği kazanan tutanak Kuruma verilir ve başvuruya ilişkin işlemler uzlaşma sonucuna uygun şekilde devam ettirilir. Bu süre içinde tutanağın teslim edilmemesi veya tarafların anlaşmaya varamaması halinde Kurumun itiraz incelemesi kaldığı yerden devam eder. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, hak düşürücü sürenin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Markanın tescil edilmesinden önce başvuru sahibi başvuruyu geri çekebilir. Marka hakkından vazgeçmeye ilişkin hükümler marka başvurusunun geri çekilmesi hakkında da uygulanır (SMK m. 28/5). Yayına ve karara yapılan itirazlar hakkında Kurum tarafından karar verilmeden önce bu itirazların geri çekilebilmesi mümkündür (SMKY m. 33). İtirazın geri çekilebilmesi için; i)bu talebi içeren formun, ii)talep vekil tarafından yapılmış ise geri çekme yetkisini açıkça içeren vekâletnamenin, iii)talep eden itiraz sahibi tüzel kişi ise noter onaylı imza sirküleri veya söz konusu sirkülerin noter onaylı örneğinin, iv)talep gerçek kişi tarafından yapılmışsa noter onaylı imza beyannamesi veya söz konusu beyannamenin noter onaylı örneğinin Kuruma sunulması gerekir.

Kurul tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda itirazlar hakkında verilen karara karşı tekrar itiraz edilmesi mümkün değildir. Kurul tarafından verilen kararlar nihai niteliklidir (SMK m. 21/4). Marka başvurusu kararına karşı yapılan itirazlar reddedilir ve tescil ücretinin ödendiğine ilişkin bilgi de dahil olmak üzere eksik evrak süresi içerisinde Kuruma sunulursa bütün aşamaları tamamlanmış marka başvurusu sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır (SMK m. 22/1-1.cümle). Markanın tescil edilmesine ilişkin ücretin ödenmemesi ve ödendiğine ilişkin bilginin süresi içinde Kuruma sunulmaması hâlinde başvuru işleminden kaldırılır (SMK m. 22/1-2. cümle). YİDD kararına karşı mahkemeler nezdinde dava yolu açıktır. Kurumun bu Kanun hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı

açılacak davalarda ve Kurumun kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Kurum aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkeme Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir (SMK m. 156/2).

Yargıtay “DANDY” kararında, davacının lisans sözleşmesi ile lisans hakkının devam etmesi nedeniyle bu hakka dayalı olarak TPE tarafından alınan kararlardan zarar gören kişi olduğunu bu nedenle itiraz ve dava hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir<sup>652</sup>. Yargıtay, marka başvurusunun kabulü ve reddine ilişkin inceleme yetkisinin Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı’na ait olduğuna karar vermiştir<sup>653</sup>. Yargıtay HGK, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, davacı markanın tescili için yapılan başvuru tarihine göre çözümleneceğini ifade etmiştir<sup>654</sup>. Yargıtay, her davanın açıldığı zamandaki şartlara göre değerlendirilmesinin gerektiğini, açılan davada davalı idarenin öncelik sonralık sırası dikkate alınmadan değerlendirme yapıldığını, bu nedenle hatalı yöntemin uygulandığını, dava açıldıktan sonra bu eksikliğin giderildiğini, sonuç olarak davacının davaya konu tescil başvurusu için tescil engelinin bulunmadığını kabul etmiştir<sup>655</sup>. Yargıtay, TPE kararlarına karşı adli yargı yolunun açılması nedeniyle, tescil işleminin idari bir işlem olduğundan bahisle bu işleme karşı idari yargı yoluna gidilemeyeceğini kabul etmiştir<sup>656</sup>.

### 3.1.3.6. YİDD Kararının İptali Davası

Kurum tarafından bu Kitap kapsamında alınan kararlardan zarar gören taraflar, kararlara karşı Kurum nezdinde itiraz edebilir (SMK m. 20/1). Kurul, itiraz hakkında yapacağı inceleme ve değerlendirme sonucunda Kurumun nihai kararını verir (SMK m. 21/4). Bu düzenlemelerinden de anlaşılacağı üzere Kurum kararlarına karşı YİDD’nin verdiği karar ile kurumun kendi içindeki itiraz prosedür tamamlanmış olunur. Bu halde kesin karara karşı mahkemede dava açma yoluna gidilecektir. Dolayısıyla TMPK ve YİDD tarafından inceleme süreci tamamlanmadan doğrudan dava açılamaz. Davanın hangi mahkemede, ne kadar süre içerisinde açılacağı 5000 sayılı Patent ve Marka Vekilliği ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun’un m. 15/C hükmü, *"Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesinin kararları Kurum'un nihai kararlarıdır. Bu kararlara karşı, kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay*

<sup>652</sup>Y. 11. HD., 22.01.2008, E. 2007/10797, K. 2008/14327 (Şahinler Baykara vd., 2018: 80).

<sup>653</sup>Y. 11. HD., 13.12.2005, E. 2004/13135, K. 2005/12251 (Şahinler Baykara vd., 2018: 78).

<sup>654</sup>Y. HGK., 19.11.2003, E. 2003/11-578, K. 2003/703 (Şahinler Baykara vd., 2018: 81).

<sup>655</sup>Y. 11. HD., 12.07.2011, E. 2009/13315, K. 2011/8698 (Şahinler Baykara vd., 2018: 81).

<sup>656</sup>Y. 11. HD., 05.11.2001, E. 2001/5627, K.2001/ 8669 (Karahan vd., 2016: 83).

*içinde Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde dava açılabilir. Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun kararlarının iptaline ilişkin ilam kesinleşmedikçe icra edilemez. Bu hüküm ilamın ferileri hakkında da uygulanır. Söz konusu ilamlara ilişkin zamanaşımı süresi kararın kesinleşme tarihinden itibaren başlar.” şeklinde düzenlenmiştir<sup>657</sup>.*

YİDD kararına karşı, marka başvuru hakkı sahibi dava açabilir. Başvuru sahibi davasında Kurum ve marka başvurusuna itiraz eden kişiyi davalı olarak göstermelidir. Başvuru sahibi, başvurusuna karşı Kurum tarafından itiraz olmadan resen red kararı verilmesi halinde sadece Kurum’u davalı olarak göstermelidir. YİDD kararına karşı marka başvurusuna itiraz eden kişi de dava açabilir. İtiraz eden kişi de davasında davalı olarak Kurum ve marka başvurusunda bulunan kişiyi davalı olarak göstermelidir<sup>658</sup>. Yargıtay "ÜÇPINAR" kararında, davacının YİDK kararına karşı açtığı iptal davasının kabulü ile davalı markanın sicilden terkinine karar verildiğini bu kararın davalı tarafından temyiz edilmediğinden aleyhine kesinleştiğini, diğer davalı TPE'nin temyiz yoluna başvurmasında hukuki yararının kalmadığını belirterek temyiz isteminin reddine karar vermiştir<sup>659</sup>. Yargıtay "VIVA" kararında, YİDK tarafından verilen marka tescil başvurusunun reddi kararına karşı, "viva" kelimesinin davalı dışında dört farklı tüzel kişi adına da marka olarak tescilli olduğunu, öncelikle davanın bu markanın tescilli olduğu diğer dört şirkete karşı da yöneltilmesi gerektiği bunun için davacıya süre verilerek, açılan davaların birleştirilmek suretiyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek kararı bozmuştur<sup>660</sup>. Üçüncü kişiler, Kurum kararlarına karşı taraf olamadıkları için bu kişilerin dava açma hakkı da bulunmaz (SMK m. 17/1'inci fıkrasının son cümlesi). Bu davanın, hükümsüzlük davasından farklı yönlerinden biri Kurumun davada taraf olarak gösterilebilmesidir. Hükümsüzlük davasında davalı marka sicilinde görünen kişidir. YİDD kararına karşı iptal davası açılabilmesi için öncelikle başvuruya karşı itiraz prosedüründe itiraz hakkının kullanılması gerekmektedir. Dolayısı ile itiraz etmeyen kişilerin YİDD kararının iptali davasında taraf olabilmeleri mümkün değildir. Yargıtay kararında, kararın iptalini dava edebilmek için süresinde ve usule uygun şekilde

<sup>657</sup>09.07.2018 tarihli ve 30473/3 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 703 sayılı KHK ile bu Kanunun adı "Patent ve Marka Vekilliği ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanunun" olarak değiştirilmiştir. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-patent-ve-marka-kurumu-kurulus-ve-gorevleri-hakkinda-kanun-5000> (erişim tarihi: 19.09.2019).

<sup>658</sup>Karasu vd., 2018: 406.; Yargıtay, marka başvurusuna itiraz edilmesi halinde marka başvuru sahibinin hakları etkileneneğinden bu kişinin de Kurum ile birlikte davalı olarak gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir (Y. 11. HD., 18.08.2000, E. 2000/5663, K. 2000/6784) (Arkan, 2018: 315).

<sup>659</sup>Y. 11. HD., 29.09.2003, E. 2003/2514, K. 2003/8366 (Meran, 2015: 449).

<sup>660</sup>Y. 11. HD., 10.06.2003, E. 2003/5446, K. 2003/6144 (Meran, 2015: 450-451).

itiraz edilmiş olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>661</sup>. YİDD kararının iptali davasında iptale konu nedenin dayanaklarına ilişkin delillerinde sunulması gerekir. Daha öncede değindiğimiz Yargıtay "SÜTOVA" kararında, itirazların yazılı ve gerekçeli olarak yapılması gerektiğini, istenen ek belge, kanıt, gerekçenin verilmemesi halinde itirazın yapılmamış sayılacağını, gerek TPE tarafından gerekse Mahkeme tarafından, davacının dava dilekçesinde bildirdiği delillerin ibraz ettirilmeden yapılan değerlendirmenin doğru olmadığını ifade edilmiştir<sup>662</sup>. Mahkemece dava dilekçesinde dayanılan ve getirilen belgelerin yapılan değerlendirmesi sonucunda YİDD' nin kararına karşı ilgili kişinin itirazı uygun görülürse ve Kurul kararı isabetli bulunmazsa iptal davasının kabulüne YİDD kararının iptali ile kaydın terkinine karar verilir. Mahkemenin, tescil konusunda Kurumun yerine geçerek ve Kurumu bağlayıcı karar vermesi mümkün değildir. Mahkemenin, YİDD kararına karşı iptal davası açan başvuru sahibinin talebini yerinde görmesi halinde marka başvurusunun itiraz prosedürü kaldığı yerden devam eder<sup>663</sup>. Mahkemece yargılama sonucunda YİDD kararı isabetli bulunarak bu kararın kısmen ya da tamamen kabulüne de karar verilebilir. İptal davalarına ilişkin mahkeme ilamı kesinleştiğinde bu ilamlar icraya konulur. Bu ilamların kesinleşmesi halinde bu tarihten itibaren ilamlara ilişkin zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

### 3.2. Hükümsüzlük Davası

#### 3.2.1. Genel Olarak

Marka hakkının sona erme sebeplerinden birinci bölümde bahsetmiştik. Her hak gibi marka hakkı da şartların varlığı halinde sona ermektedir. Kullanım süresi içerisinde yenilenmeme, marka hakkından vazgeçme, hükümsüzlük ve iptal davaları marka hakkını sona erdiren hallerdir.

Markanın sona erme sebeplerinden hükümsüzlük ve iptal davası mülga 556 sayılı KHK'de tek madde düzenlenmekteydi. Bu nedenle hükümsüzlük davası, markanın haksız yere tescil edilmesi veya tescil sonrası gerçekleşen olaylar nedeniyle markanın hukuki dayanağın kaybedilmesi olarak değerlendirilmekteydi<sup>664</sup>. SMK'de ise 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ile uyum sağlayacak ve belirsizlikleri ortadan kaldıracak şekilde bu davalar ayrı ayrı maddelerde düzenlenmektedir. Hükümsüzlük

<sup>661</sup>Y. 11. HD., 14.12.2000, E. 2000/8148, K. 2000/10034 (Çağlar, 2015: 91).

<sup>662</sup>Y. 11 HD., 10.12.2007, E. 2006/13168 , K. 2007/15556 (Meran, 2015: 319 vd.).

<sup>663</sup>Çağlar, 2015: 92; Karasu vd., 2018: 407.

<sup>664</sup>Karahan, 2002: 1; Çolak, 2014: 739.

davasının, hangi dava türünde olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım görüşe göre bu dava sonucunda davacının talebi ile marka sicilden terkin edildiğinden hükümsüzlük davası eda davası niteliğindedir<sup>665</sup>. Diğer kısım görüşe göre ise, eda davalarının sonucunda davalıya verme, yapma, yapmama eylemlerinin yüklenmesinin gerektiği, ancak hükümsüzlük davasında davalıya eda davasındaki yükümlülüklerin yüklenmediğini gibi verilen karar sonucunda markanın sicilden terkin edilerek kendiliğinden geçmişe etkili sonuç doğurduğu bu nedenle bu davanın bozucu yenilik doğuran dava niteliğinde olduğu ifade edilmiştir<sup>666</sup>. Hükümsüzlük davası sonucunda davalıya yüklenen bir edimin olmaması ve markanın sicilden terkin edilmesi ile bozucu yenilik doğuran durumun oluşması nedeniyle doktrindeki ikinci görüşe katılıyoruz.

Hükümsüzlük davası nedenleri SMK m. 25/1'de, "5 inci veya 6 ncı maddede sayılan hâllerden birinin mevcut olması hâli" şeklinde sınırlı sayıda düzenlenmiştir<sup>667</sup>. Burada "kötüniyetin" hükümsüzlük nedeni olarak kabul edilmesi hususuna değinmek gerekir<sup>668</sup>. SMK m.6/9 'da kötüniyet nispi red nedenleri arasında düzenlenmiştir. Dolayısı ile bu nispi red nedenine dayanılarak markanın tescilin terkinini istenilebilir. Bu düzenlemeden daha önce mülga 556 sayılı KHK'de bu neden hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmemişti<sup>669</sup>. Hükümsüzlük, mahkemeye açılacak dava ile istenilebilir. Bu dava sonucunda markanın ilgili mal veya hizmetler yönünden kısmen ya da tamamen hükümsüzlüğüne ve bu mal veya

<sup>665</sup>Güneş'e göre, hükümsüzlük davası, yenilik doğuran eda ve tespit karışımı bir davadır (Güneş, 2018: 392); Karahan'a göre, hükümsüzlük davası eda davası niteliğindedir (Karahan vd., 2009: 168); Meran'a göre, hükümsüzlük davasının amacı markanın sicilden terkinini olduğu için bu davalar eda davasının konusu olup tespit davası değildir. *Tekinalp* de benzer görüştedir. İlgili sayfanın dipnotu bk. Meran, 2015: 428; Ayrıca Karan/Kılıç, Sekman'da aynı görüştedir. İlgili sayfanın dipnotuna bk. Işık, 2017: 70.

<sup>666</sup>Ayrıca ilgili sayfanın dipnotunda Yasaman/Yusufoğlu'nun bu görüşte olduğu belirtilir. Ayrıca Işık'ta bu görüştedir (Işık, 2017: 70).

<sup>667</sup>Karahan vd., 2009:169; "Casa" markasının 2006 yılında tescil edildiği, "cassara" markasının ise 2008 yılında tescil edildiği, her iki markanın mobilya ürünleri için kullanıldığı, ayrıca farklı mal veya hizmetleri de içerdiği, "casa" markasının "cassara" markası ile iltibas oluşturduğu ve kendi markasının tanınmış olduğu iddiasıyla hükümsüzlüğünü talep ettiği, markanın temel işlevinin ayırt edicilik olduğu, her iki işaretin soyut ayırt ediciliğinin bulunduğu, iltibasın markanın ayırt edici karakterinin zıddı olduğu, 556 sayılı KHK da hem red hem de hükümsüzlük sebebi olarak düzenlendiği, iltibas nedeniyle tüketicinin istemediği ve kast etmediği bir ürünü almasına ve marka sahibinin bu nedenle menfaat kaybına uğramasına neden olduğu, somut olayda her iki markanın aynı mal veya hizmetler bakımından iltibasa sebebiyet verecek kadar benzer olmadıkları,"casa" markasının tanınmış olduğunun kabulü için yeterli maddi ve hukuki dayanağın bulunmadığı, bu markanın tanınmış olduğu kabul edilse dahi bu durumun uyumsuzluğa konu diğer markanın ilgili emtialar yönünden tesciline engel teşkil etmediği, dolayısı ile "cassara" markasının hükümsüzlüğü gerektiren herhangi bir dayanağının bulunmadığı yönünde görüş bildirilmiştir (Bozgeyik, 2018: 9 vd.).

<sup>668</sup>Kötüniyet'e ilişkin doktrindeki tanımlara bakmak için bk. Işık, 2017: 171 vd.

<sup>669</sup>İstanbul 4. FSHM tarafından verilen direnme kararının Yargıtay HGK'nin 16.07.2008 tarihli E. 2008/ 11-501, K. 2008/507 sayılı kararıyla onanması sonucunda "kötüniyet" 2008 yılından itibaren hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmektedir (Çolak, 2014: 781-782).

hizmetler yönünden markanın sicilden terkinine karar verilir. Hükümsüzlük davası tescilli markalar için bu markaların sicilde kayıtlı sahip veya sahiplerine, bu kişilerin hukuki haleflerine karşı açılabilir. Tescil edilmemiş, henüz başvuru aşamasındaki talepler hakkında ayrıca lisans alana, rehin alacaklısına ve Kuruma karşı bu dava açılmaz<sup>670</sup>. Hükümsüzlük davasının kabulü halinde marka koruması geçmişe etkili olarak sona ermektedir. Hukuka aykırı tescil, hükümsüzlük davası sonucunda hükümsüz kılınmadıkça sicilden terkin edilememektedir<sup>671</sup>.

### 3.2.1.1. Hükümsüzlük Davasının Tarafları

#### 3.2.1.1.1. Davacı

Hükümsüzlük davası marka korumasının sona erme nedeni olup, bu davada kimlerin davacı olarak taraf olabilecekleri bir diğer ifade ile aktif husumete sahip oldukları SMK m. 25/2'de düzenlenir. Bu madde düzenlemesine göre davacılar; menfaati olanlar, Cumhuriyet Savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıdır. Alman Marka hukukunda hükümsüzlük davasını açabilecek kişiler hükümsüzlük nedenine bağlı olarak değişmektedir. Bunun nedeni mutlak red nedenlerinin kamu düzeniyle ilgili olması, resen incelenmesidir. Nispi red nedenleri ise hak sahibin menfaatini ilgilendiren bu nedenle talep halinde değerlendirilen ve markanın tescil edilmesini itiraz üzerine engelleyen nedenlerdir. Mutlak red nedenlerine karşı herkes dava açabilirken, nispi red nedenlerine karşı sadece hak sahipleri dava açabilir. Doktrinde mutlak ve nispi red nedenleri arasında bu fark gözetilmeden bu nedenleri talep edebilecek kişilerin ortak şekilde ve ayırım yapılmadan düzenlenmesi eleştirilmiştir<sup>672</sup>.

Dava açma hakkı olanlardan “menfaati olanlar” SMK ile getirilen yeni bir ifadedir. Bu ifadenin getirilmesinin sebebi, mülga 556 sayılı KHK'de “zarar gören kişiler” ifadesinin, kapsamının açık olmaması ve bu nedenle doktrinde tartışmalı olmasıdır<sup>673</sup>. Menfaati olan kişiler, dava sonucunda verilen karardan hukuki yararı etkilenen kişilerdir<sup>674</sup>. Bir diğer ifade

<sup>670</sup>Güneş, 2018: 390; Karahan vd., 2009: 168-169; Karasu vd., 2018: 223; Meran 2015: 449.

<sup>671</sup>Karasu vd., 2016: 222.

<sup>672</sup>Arkan'a göre, hükümsüzlük nedenlerinden olan mutlak red nedenlerinde kamusal menfaat önemliyken, nispi red nedenlerinde hak sahiplerinin çıkarları önemlidir. Nitekim nispi red nedenlerine karşı KHK m. 8'de de "ilgili kişilerin" itiraz edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu nedenle de bu davalarda davacılar, her iki red nedenin bu özellikleri dikkate alınarak belirlenmeliydi (Arkan, 1998: 165); Kaya'da aynı görüşte olup benzer gerekçeye dayanmaktadır (Kaya, 2006: 334); Karan/Kılıç ile Pekdinçer ve Işık'da aynı fikirdedir (Işık, 2017: 72 -73).

<sup>673</sup>Bu tartışma konusuna ve eleştirilere ilişkin dipnotuna bk. Işık, 2017: 75.

<sup>674</sup>Işık, 2017: 75.

ile bu kişiler markanın tescilinden zarar gören veya zarar görme ihtimali bulunan kişilerdir<sup>675</sup>.

Dava açma hakkına sahip kişilerden biri de Cumhuriyet savcılarıdır. Cumhuriyet savcıları gerek mutlak red nedenlerine gerekse nispi red nedenlerine ilişkin hükümsüzlük davası açabilmektedir<sup>676</sup>. Cumhuriyet savcılarının kamu menfaatinin korunması için mutlak red nedenlerine dayalı dava açabilmesi yerinde bir düzenlemedir. Ancak bu nitelikte olmayan, kişilerin çıkarlarını korumayı amaçlayan nispi red nedenlerine dayanarak dava açmasını kabul eden düzenleme yerinde bir düzenleme değildir. Bu nedenle daha öncede ifade ettiğimiz üzere doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.

İlgili kamu kurum ve kuruluşları da hükümsüzlük davası açma yetkisine sahiptir. Mülga 556 sayılı KHK'de bu ifade yerine “ilgili resmi makamlar” ifadesi kullanılmıştı. Bu kurum ve kuruluşlar, terkine konu marka ile ilgili olmalıdır. Ancak bu davanın açılmasında ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarının menfaatlerinin etkilenmesine gerek bulunmamaktadır<sup>677</sup>. İlgili kamu kurum ve kuruluşları kavramının içeriği geniş tutulmalıdır<sup>678</sup>. Menfaatlerinin etkilenmesi halinde kamu kuruluşları “ilgili kamu kurum ve kuruluşu” olarak değil “menfaati olanlar” olarak dava açabilir. Yargıtay “PİZZA SANİTA” kararında, TPMK’ce yapılan hatalı tescil işlemine karşı Kurumun da hükümsüzlük davası açabileceğini, bu nedenle aktif husumetin var olduğu kabul etmiştir<sup>679</sup>. Nispi nedenlere dayalı dava açma yetkisi yönünden Cumhuriyet savcılarında yapılan eleştiri ilgili kamu kurum ve kuruluşları içinde geçerlidir.

### 3.2.1.1.2. Davalı

SMK m. 25/3’de kimlerin açılan bu davada pasif husumete sahip olabilecekleri bir diğer ifade ile davalı olabilecekler açıkça düzenlenmektedir. Mülga 556 sayılı KHK'de bu yönde açık bir düzenleme bulunmadığından kim ya da kimlerin davalı olacağı tartışmalıydı<sup>680</sup>. SMK m.25/3'e göre, hükümsüzlük davası, dava tarihinde sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişilere veya bunların hukuki haleflerine karşı açılabilir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere tescil edilmemiş, henüz başvuru aşamasındaki talepler ile lisans alan, rehin alacaklısı ve

<sup>675</sup>Karasu vd., 2018: 223; Işık, 2017: 76; Meran, 2015: 448.

<sup>676</sup>Çolak'a göre, Cumhuriyet savcılarının itiraz yetkileri mutlak red nedenleri ile sınırlıdır. Bunun nedeni de savcıların kamunun avukatı olarak kamu menfaatini ilgilendiren hususlarda dava açması gerektiğidir (Çolak, 2014: 805).

<sup>677</sup>Işık, 2017: 77; Meran, 2015: 448-449; Karasu vd., 2018: 223.

<sup>678</sup>Karasu vd., 2018: 223.

<sup>679</sup>Y. 11. HD., 28.01.2008, E. 2006/13752, K. 2008/614 (Çolak, 2014: 805).

<sup>680</sup>Işık, 2017: 77; Karasu vd., 2018: 223; Arkan, 1998: 167; Teoman, 1998: 651 vd.; Konu ile ilgili Y. 11. HD., 20.11.2006, E. 2005/11165, K. 2006/11914 sayılı kararı bulunur. Bu karar için bk. Çolak 2014: 808.

Kurum bu davada davalı olarak gösterilememektedir<sup>681</sup>. "*YİDK kararın iptali ile birlikte açılacak olan davalar hariç olmak üzere TPE'nin hükümsüzlük davasında hasım gösterilmesi mümkün değildir*"<sup>682</sup>. Marka sicilindeki kişinin vefat etmiş olması halinde ölümle birlikte marka üzerinde elbirliği mülkiyeti doğacağından bu kişinin mirasçılara karşı dava açılarak pasif husumet sağlanmalıdır. Ayrıca TPMK'nin, kendisine yapılan marka başvurusu hakkında sehven bu başvurunun başka kişi adına tescil etmesi yönünde kararına karşı hükümsüzlük davasının açılabileceği Yargıtay kararıyla kabul edilmiştir<sup>683</sup>.

### 3.2.1.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

SMK m. 25'de hükümsüzlük davasına mahkemece karar verileceği ifade edilir. Görevli mahkeme Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir (SMK m. 156/1). Bu mahkemeler İstanbul, İzmir ve Ankara illerinde bulunmaktadır. Bu nedenle Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesince bakılacaktır (SMK m. 156/1). İhtisas mahkemelerinin bulunduğu yerde genel yetkili mahkemelere açılan davalarda yetkisizlik kararı verilecektir<sup>684</sup>. Yetkili mahkemenin nasıl belirleneceği hususu da SMK m. 156/4 ve 5'inci fıkralarında özel olarak düzenlenmektedir. Buna göre, üçüncü kişiler tarafından sınai mülkiyet hakkı sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Sınai mülkiyet hakkı başvurusu veya sınai mülkiyet hakkı sahibinin Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. SMK m. 156/ 4 ve 5'teki yetki düzenlemesi ile HMK m. 6'da açıklanan genel yetki kuralları birbiriyle uyumludur. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, tescil nedeniyle açılan hükümsüzlük ve tecavüz davalarında yetkili mahkemenin hükümsüzlük davası dikkate alınarak belirleneceğini ifade edilmiştir<sup>685</sup>.

<sup>681</sup>Güneş, 2018: 390; Karahan vd., 2009: 168-169; Karasu vd., 2018: 223; Meran 2015: 449; Çolak, 2014: 807.

<sup>682</sup>Çolak, 2014: 807.

<sup>683</sup>Y. 11. HD., 10.04.2012, E. 2010/14324, K. 2012/5740 (Çolak, 2014: 808).

<sup>684</sup>Çolak, 2014: 810.

<sup>685</sup>Y. 11. HD., 11.09.2009, E. 2008/7264, K. 2009/11537. Y. 11. HD., 17.05.2010, E. 2008/13887, K. 2010/5471 (Güneş, 2018: 391).



### 3.2.1.3. Hükümsüzlük Davası Açma Süresi

Hükümsüzlük davalarının düzenlendiği m.25 ve 27 de bu davaların ne kadar süre içerisinde açılması gerektiğinde ilişkin genel nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır. SMK m. 25/6'da sadece sessiz kalma nedenine dayanan marka sahibinin, hükümsüzlük davasını iyiniyetli kişilere karşı beş yıllık süre içerisinde açılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, “*marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötünietli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez*”. Bu hükmün karşı anlamından sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olması halinde beş yıllık süreden yararlanabileceği, bu kişinin kötünietli olması halinde hükümsüzlük davasının süreye bağlı olmadan açılabileceği anlaşılmaktadır. Mülga 556 sayılı KHK m. 42/-a' da tanınmış markalar ile ilgili hükümsüzlük davasının, tescilden itibaren beş yıllık süre içerisinde açılması gerektiği düzenlenmiştir. Yargıtay, tanınmış markalar ile diğer markalara karşı hükümsüzlük davası açma süresinin markanın tescilinden itibaren 5 yıllık hak düşürücü süreye tabi olduğunu kabul etmiştir<sup>686</sup>. Doktrinde bu konuda, *Karahan*'a göre, hükümsüzlük davalarının açılması için gerek hak düşürücü gerekse zamanaşımı süresi şeklinde bir süre bulunmamaktadır. Bunun nedeni hukuka aykırı tescil ortadan kaldırılana kadar haksızlığın devam etmesidir<sup>687</sup>. *Yasaman/Yusufoğlu*'na göre, hükümsüzlük davaları süre sınırlaması olmadan her zaman açılabilir. Sınırlama getiren hükümler kıyas yoluyla genişletilemez. Bu nedenle tanınmış markalar için getirilen istisna diğer markalara sirayet ettirilemez<sup>688</sup>. *Arkan*'a göre, tanınmış markalar haricinde mutlak tescil engelleri gerekçe gösterilerek hükümsüzlük davası açılma süresini sınırlayan bir hüküm KHK'de bulunmamaktadır. Bu nedenle mutlak tescil engellerine ilişkin hükümsüzlük davası uzun süre sonra da açılabilir<sup>689</sup>. *Tekinalp*'e göre ise, hükümsüzlük davaları eda davası niteliğinde olup, bu davalar sonucunda marka sicilden terkin edileceği için bu davaların belirli bir süre içerisinde açılması gerekir. Dolayısı ile bu sürelerin mülga 556 sayılı KHK'nin 70. maddesine göre belirlenmesi gerekir<sup>690</sup>. *Güneşe*'e

<sup>686</sup>Y. 11. HD., 25.12.1997, E. 1997/5417, K. 1997/9676. Y. 11. HD., 11.09.2000, E. 2000/5607, K. 2000/6604. Y. 11. HD., 20.04.2016, E. 2015/15395, K. 2016/4387 (Işık, 2017: 79 vd.; Karasu vd., 2018: 223).

<sup>687</sup>Karahan vd., 2009: 169; Arkan, 1998: 167; Çolak, 2014: 814.

<sup>688</sup>Çolak, 2014: 814.

<sup>689</sup>Arkan, 1998: 157.

<sup>690</sup>Tekinalp, 2004: 439.

göre, hükümsüzlük davalarına ilişkin sürenin TMK m. 2 uyarınca değerlendirmesi gerekir<sup>691</sup>. *Karasu*'ya göre, mülga 556 sayılı KHK'de tanınmış markalar için getirilen sürenin diğer markalar içinde geçerli olup olmadığı hususundaki tartışmalar SMK ile sona ermiştir<sup>692</sup>.

### 3.2.1.4. Hükümsüzlük Sebepleri

#### 3.2.1.4.1. Mutlak Tescil Engelleri

Mutlak red sebepleri SMK m. 5'te düzenlenir. Bu nedenler incelendiğinde kural olarak kamu düzeniyle ilgili kullanıma kapalı olan işaretlerin marka olarak tescil edilmesinin engellenmeye çalışıldığı anlaşılır<sup>693</sup>. Bu sebeplerin var olup olmadığını TPMK marka başvurusu talebinin esasa ilişkin incelemesinde resen değerlendirmektedir. Ayrıca yayıma itiraz aşamasında üçüncü kişilerin görüşü veya ilgili kişilerin talebi üzerine de bu sebepler tekrardan incelenir. Karara itiraz halinde bu nedenler YİDD tarafından resen incelenir. Bu inceleme sürecine rağmen markanın mutlak red sebeplerini ihtiva etmesi mümkündür. Bu halde markanın tescil işleminin hukuka aykırı olduğu kabul edilir. Hukuka aykırı tescil işlemi, marka hakkında verilecek hükümsüzlük kararına kadar devam eder. Hükümsüzlük davası ile bu aykırılığı geçmişe etkili olarak gidermek mümkündür. Bunun için daha önce karara itiraz prosedürüne başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Mahkemece, markanın tescil edildiği mal veya hizmetler yönünden kısmen ya da tamamen hükümsüzlüğüne karar verilebilir. Ancak; “marka örneğini değiştirecek biçimde” hükümsüzlük kararı verilmesi mümkün değildir (SMK m. 25/5'in ikinci cümlesi). Bunun nedeni madde gerekçesinde, marka örneğinde yer alan unsurlardan sadece birinin hükümsüzlük kararı verilmesinde etken olması halinde markada yer alan o unsurun hükümsüzlüğüne karar verilemeyeceğini, zira mahkemenin münferit durumu nazara alarak marka örneğinde yer alan unsurların bölünmesi suretiyle markanın kısmi hükümsüzlüğüne karar vermesi halinde, marka mevzuatının diğer hükümleri ile uyumsuzlukların ortaya çıkacağı, bu durumun başka marka sahipleri ile yeni ihtilafların doğmasına sebebiyet vereceği ve yasaklanmış bir tescil fiilinin mahkeme kararıyla gerçekleştirilmesi sonucu doğuracağı ifade edilmiştir. Bu hükümle markanın bütünlüğü ilkesi korunmaya çalışılır.

Mutlak red nedenlerinin incelemesinde kullanım nedeniyle ayırt edicilik kazanma

<sup>691</sup>Güneş, 2018: 392.

<sup>692</sup>Karasu vd., 2018: 223.

<sup>693</sup>Işık,2017:204;http://gunhukuk.com/wp-content/uploads/Mutlak-Red-Nedenleri.pdf (erişim tarihi: 12.04.2019).

durumuna değinmiştik. SMK m. 5/2’de markanın, başvuru tarihinden önce kullanılması ve bu kullanım sonucunda tescil edilmek istenen mal veya hizmetler yönünden ayırt edici hale gelmesi halinde bu başvurusunun SMK m. 5/1-b-c-d maddeleri yönünden reddedilmeyeceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu, bu düzenlemeye paralel olarak SMK m. 25/4’te, “*bir marka, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (b), (c) ve (d) bentlerine aykırı olarak tescil edilmiş olup da kullanım sonucunda tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından hükümsüzlük talebinden önce ayırt edici nitelik kazanmışsa hükümsüz kılınamaz.*” şeklinde düzenleme yapmıştır. Bu düzenleme ile hükümsüzlük davasına istisnai bir hal getirilerek marka sahibi korunmaktadır.

Mutlak red nedenlerine dayalı olan hükümsüzlük sebepleri kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle resen dikkate alınır. OHİM de bu nedenleri resen dikkate almaktadır. Yargıtay’ın bu konuda farklı kararları bulunmaktadır<sup>694</sup>.

#### **3.2.1.4.2. Nispi Tescil Engelleri**

Nispi tescil engelleri SMK m. 6’da düzenlenmiştir. Bu nedenler ilgililer tarafından markanın bültende yayınlanmasından sonra ileri sürülebilir. İlgililer, bu sebeplerin varlığı haline kurum içi itiraz prosedürüne başvurulur. Bu prosedür sonunda Kurul tarafından nihai karar verildikten sonra bu karara karşı iptal davası açılabileceği gibi hükümsüzlük davası da açılabilir. Ancak hükümsüzlük davasının açılması için marka başvurusu hakkında daha önce Kurum kararına karşı itiraz edilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>695</sup>.

SMK m. 25/2’de, nispi red sebebine dayanarak hükümsüzlük davası açabilecek kişiler düzenlenir. Daha öncede ifade ettiğimiz üzere doktrinde bu sebeplerin mutlak red nedenleri gibi kamu düzenini korumadığı, kişilerin menfaatlerini koruduğu bu nedenle nispi red sebeplerine dayanarak Cumhuriyet savcılarının ve menfaati etkilenmeyen kamu kurum ve kuruluşlarının dava açma hakkının bulunmaması gerektiği ifade edilmektedir.

SMK m. 25/7’de hükümsüzlük sebebi olarak nispi red nedenlerinden SMK m. 6/1’e ilişkin getirilen düzenlemeye göre, “*6 ncı maddenin birinci fıkrası uyarınca açılan hükümsüzlük davalarında 19 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmü def’i olarak ileri sürülebilir. Bu durumda kullanıma ilişkin beş yıllık sürenin belirlenmesinde dava tarihi esas alınır. Hükümsüzlüğü istenen markanın başvuru veya rüçhan tarihinde, davacının markası en az beş yıldır tescilli ise davacı ayrıca, söz konusu başvuru veya rüçhan tarihinde 19 uncu maddenin*

<sup>694</sup>Çolak, 2014: 792; Kaya, 2006: 77.

<sup>695</sup>Çolak, 2014: 740; Karasu vd., 2018: 222; Meran, 2015: 439.

*ikinci fıkrasında belirtilen şartların yerine getirildiğini ispatlar.”* Buna göre davacının açtığı hükümsüzlük davasında davalı defi talebinde bulunabilir. Daha önce de yayıma itirazın incelenmesi kısmında açıkladığımız üzere, SMK m. 6/1 maddesi ile SMK m. 5/1-ç bendi düzenlenmeleri benzer mahiyettedir. Ancak kanunun koyucu SMK m. 19/2'de ve m. 25/7'de açıkça ve yalnızca SMK m.6/1'e atıf yapmaktadır. Bu nedenle SMK m. 5/1-ç yönünden "kullanma kanıtı" defi ileri sürülemez ve bu maddeler uygulanmaz.

SMK m. 6/1'e dayanılarak hükümsüzlük davası açıldığında dava tarihi itibarıyla davacının markası en az beş yıl süre ile tescilli ise, davalı, davacıdan itiraza konu tescilli markasını, tescil ettirdiği mal veya hizmetler yönünden Türkiye’de ciddi biçimde kullandığını ya da bu kullanıma engel olan haklı sebeplerini sunmasını talep edebilir. Ayrıca davacının da bu şartlara sahip olması halinde, hükümsüzlük davasında verilen kararın geriye dönük etkisi nedeniyle markasını ülkemizde “ciddi biçimde kullandığını” ya da kullanmasına engel “hukuki veya fiili haklı sebepleri” ispat etmesi gerekmektedir. Hükümsüzlük davası sonucunda tescil edilen markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerinin tamamı ya da bir kısmı yönünden hükümsüzlüğüne karar verilebilir. Ancak mahkeme marka örneğini değiştirecek biçimde hükümsüzlük kararı veremez (SMK m. 25/5-2. cümle).

Markaların koruma süresinin bitiminden sonra yeniden tescil edilmesine ilişkin itiraz hususları nispi red nedenleri başlığı altından SMK m. 6/7 ve m. 8’de düzenlenmiştir. Ortak ve garanti markaları için koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yıl, ferdi markalar için koruma süresinin sona ermesinden sonra iki yıl bu nispi red sebeplerine dayanılarak itiraz edilemeyecektir. SMK m. 10 ile ticari vekil veya temsilcinin marka sahibinin izni olmadan markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kendi adlarına tescil ettirmeleri halinde marka sahibinin hakları düzenlenmiştir. Marka sahibi ayrıca SMK m. 6/2 fıkrasına dayanarak hükümsüzlük talebinde bulunabilir.

Yargıtay “AKTAŞ” kararında, davacının “PAKTAŞ” markasının koruma süresinin 2004 yılında sona erdiği, iki yıllık koruma süresinin ise devam ettiği, davalının “AKTAŞ” markasının hükümsüzlüğünü talep ettiği, bu markaların çorap ürünlerinde kullanıldığı, markaların esas unsurlarının benzer olduğu mülga 556 sayılı KHK m. 8/1-b uyarınca davanın kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>696</sup>. Yargıtay “KIEHL” kararında, taraflar arasında tek satıcılık sözleşmesinin bulunduğunu, davacının bu markanın kendi adına tescil ettirilmesini

<sup>696</sup>Y. 11. HD., 22.05.2008, E. 2007/4586, K. 2008/6762 (Çolak, 2014: 741-742).

isteyebileceğini, haklı nedenin olmadığını, bu nedenle bu markanın kullanılmasının yasaklanabileceğini, davacı adına devrinin istenebileceğini, hükümsüzlüğünün de talep edilebileceğini, taraflar arasındaki tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesinden sonra davalının bu markanın yer aldığı ürünleri üretmesinin TMK m. 2 ile 6762 sayılı TTK m. 56 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olduğunu kabul etmiştir<sup>697</sup>. Yargıtay “Pine v PİNO+ şekil” kararında, markalar arasındaki benzerlik değerlendirilmesi ile itibasın olup olmadığının anlaşılabilceğini, itibasın ortalama tüketicinin algısı dikkate alınarak belirlenebileceğini, “pine” ve “PİNO” ibarelerinin benzer oldukları gibi, markanın esas unsurlarının da benzer olduğunu kabul etmiştir<sup>698</sup>. Yargıtay “Alvorada” kararında, bu ibarenin çay ürünlerinde marka olarak kullanıldığını, Paris Sözleşmesine taraf 15’ten fazla ülkede ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütünde davalıdan önce tescil edildiğini, davalının bu markayı çay ürünleri için ülkemizde 1992 yılında tescil ettirdiğini, davalının birden çok ülkede kendisinden önce tescil edilmiş olan markayı bilmemesinin mümkün olmadığını bu savunmanın TMK m. 2 ve 6762 sayılı TTK m. 21/2’ye aykırı olduğunu bu nedenle kötünietli markanın terkinin talebinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>699</sup>.

### 3.2.1.4.3. Sessiz Kalma Nedeniyle Hükümsüzlük

Sessiz kalma sebebiyle hükümsüzlük hali, mülga 556 sayılı KHK’de yer almayan, 2015/2424 AB Marka Tüzüğüne uygun olarak SMK ile getirilen yeni bir düzenlemedir. Bu düzenleme SMK m. 25/6’da, “*marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötünietli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.*” şeklinde yer almaktadır<sup>700</sup>. Burada iyiniyetli kişiler, markanın tescil edilmesinden uzun süre sonra önceki marka sahibi tarafından açılacak hükümsüzlük davalarının olumsuz sonuçlarından korunmaktadır<sup>701</sup>. Sessiz kalma nedeniyle ile süresinde hükümsüzlük davasının açılmaması halinde “*dava hakkı*” marka sahibi yönünden kaybedilmektedir. Bu maddenin uygulanabilmesi için önceki tarihli marka sahibi ile sonraki

<sup>697</sup>Y. 11. HD., 25.11.2010, E. 2009/1005, K. 2010/12051 (Şahinler Baykara, 2018: 68).

<sup>698</sup>Y. 11. HD., 3.4.2013, E. 2011/9507, K. 2013/13255 (Şahinler Baykara, 2018: 68).

<sup>699</sup>Y. 11. HD., 19.04.2002, E. 2001/9903, K. 2002/3699 (Meran, 2015: 441-442).

<sup>700</sup>Y. HGK., 12.12.2007 tarihli 11-974 Esas, 962 Karar sayılı ilamıyla beş yıllık sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin tereddütleri giderecek şekilde karar vermiştir. Bu karara göre beş yıllık süre sonraki markanın sicile kaydedildiği tarih itibariyle işlemeye başlayacaktır (Arkan, 2018: 330).

<sup>701</sup>Arkan, 2018:330.

tarihli marka sahibinin olması, sonraki tarihli marka sahibinin tescil ettirdiği markasını iyiniyetli olarak kullanması, bu kullanımın önceki tarihli marka hakkı sahibinin haklarını ihlal etmesi ve önceki tarihli hak sahibinin bu ihlali bilmesi veya bilmesinin gerekmesine rağmen bu tarihten itibaren 5 yıllık süre boyunca hükümsüzlük davasını açmaması gerekmektedir<sup>702</sup>.

Doktrinde bir kısım görüşe göre, mutlak red nedenlerinin kamu düzeni ile ilgili olması nedeniyle bu hükümsüzlük sebebine dayanarak açılan davalarda sessiz kalmak suretiyle marka hakkının kaybedilmeyeceği, nispi red nedenlerinin ise kişilerin menfaatiyle ilgili olması sebebiyle bu nedene dayanılarak açılan hükümsüzlük davalarında sessiz kalma suretiyle marka hakkının kaybedileceği ileri sürülmektedir<sup>703</sup>. Sessiz kalma yolu ile hak kaybında karşılaştırmaya elverişli iki marka olması nedeniyle SMK m. 25/6 hükmü, SMK m. 6/6 fıkrasının şartlarının varlığı halinde bu madde yönünden uygulanmayacaktır<sup>704</sup>. Yargıtay'ın 11. HD. yerleşik içtihatları ile davalı tarafından ileri sürülen sessiz kalma nedeniyle hak kaybı savunması mahkemece resen dikkate alınmalıdır<sup>705</sup>. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, ikinci marka kullanımının kötünietli olması halinde mümkün değildir. Kötüniet her olayın özelliklerine göre değerlendirilir<sup>706</sup>. "Kötüniet" SMK m. 6/9'da nispi red nedeni olarak düzenlenir. Sessiz kalma yolu ile hak kaybının şartlarının gerçekleşmesi halinde önceki tarihli marka sahibi, iyiniyetli sonraki marka sahibine karşı markanın hükümsüzlüğü talebinde bulunamaz. Dava açma hakkına sahip diğer kişilerin hükümsüzlük davası açma hakkı devam etmektedir. Sessiz kalınması nedeniyle markanın, başka kişiler tarafından iyiniyetle kullanılması hukuka uygun hale gelmektedir. Bu nedenle marka sahibinin sessiz kalma yoluyla iyiniyetli kişiye karşı hükümsüzlük davasını açma hakkını kaybetmesinden sonra bu kişiye karşı açacağı marka hakkına tecavüz davaları ile markasının kullanılmasını

<sup>702</sup>Y. HGK., 12.12.2007, E. 2007/11-974, K. 2007/962 sayılı kararında beş yıllık sürenin markanın sicile kaydedildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmiştir (Arkan, 2018: 330).

<sup>703</sup>Işık, 2017: 205; Arkan, 2018: 330; Battal, 2001: 46.

<sup>704</sup>Işık, 2017: 208.

<sup>705</sup>Güneş, 2018: 392; Çağlar'a göre, sessiz kalma halinde hak kaybı ayrı bir dava konusu olduğundan bu neden le açılan davalarda defî olarak ileri sürülemez. Ancak karşı dava açılması ya da açılan davaların birleştirilmesi ile incelenebilir (Çağlar, 2015: 97). Çolak'a göre de, marka hakkına tecavüz davalarında bu talep defî olarak ileri sürülemez. Bu talep ayrı bir davanın konusunu oluşturur (Çolak, 2014: 763).

<sup>706</sup>Kötünietli tescil ve kullanımlara ilişkin Y. 11. HD., E. 2012/13483, K. 2013/10457 sayılı "İSKENDER" kararı, Y. 11. HD., 27.03.2017, E. 2015/13962, K. 2017/1784 sayılı "Asturo Orijinal + şekil" kararı, Y. 11. HD., 06.03.2018, E. 2016/8332, K. 2018/1703 sayılı "SPACESCOOTER" kararı, Y. HGK., 16.07.2008, E. 2008/11-5001, K. 2008/507 sayılı kararı bulunmaktadır. Ayrıntı için bk. Güneş, 2018: 395 vd.

yasaklayabilmesi mümkün değildir<sup>707</sup>. Ancak markanın hükümsüzlüğü davasının açılmasından önce ya da bu dava ile aynı tarihte veya markanın hükümsüzlüğü davası devam ederken önceki marka sahibin, sonraki marka sahibine açacağı marka hakkına tecavüz davasında, sonraki marka sahibinin sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri sürebilmesi mümkün değildir<sup>708</sup>. SMK m. 155/1'de yer verilen bu hükme benzer yöndeki düzenlemeye sınai mülkiyet haklarına ilişkin 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de de yer verilmiştir. Doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında, anılan düzenlemenin markalar ve tasarımlar içinde uygulanması gerektiği sonucuna varılarak, başkasının sınai mülkiyet hakkına tecavüz ettikleri tespit edilen kişilerin o sınai mülkiyet hakkının daha sonraki bir tarihte kendi adlarına yapılan tesciline dayanmalarının önü kapatılmıştır (SMK m.155 gerekçesi). Yargıtay “ZİRVE” kararında, taraflar arasında uzun yıllar ticari ilişkinin olduğunu, markanın davalı tarafından kullanımına da göz yumulduğunu, aradan geçen uzun zamandan sonra davacının hükümsüzlük sebebine dayanarak dava açılmasını hakkın kötüye kullanımını olarak kabul etmiştir<sup>709</sup>.

### 3.2.1.5. Hükümsüzlük Kararının Etkileri

SMK m. 25 uyarınca açılan hükümsüzlük davasının yapılan yargılaması sonucunda davanın kısmen ya da tamamen kabulüne karar verilmesi halinde, tescil ile sağlanan hukuki koruma tescil edilen mal veya hizmetin bir kısmı ya da tamamı bakımından geçmişe etkili olarak sona ermektedir. Bu halde marka hakkı koruması hiç doğmamış kabul edilir<sup>710</sup>. SMK m. 27/1'de, “25 inci madde gereğince markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi hâlinde bu karar marka başvuru tarihinden itibaren etkili olup, markaya bu Kanunla sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır.” şeklinde düzenlenir. Bu davaların iptal davalarından farklı olan yönlerinden biri de mahkemece verilen kararın geçmişe etkili olmasıdır.

SMK m. 27/3 düzenlemesi ile hükümsüzlük kararının her hal ve şartta geriye yürümediği ve davanın etkilerinin geçmişe yürümesi kuralına istisnaların getirildiği kabul edilmektedir. Buna göre, marka sahibinin ağır ihmali veya kötüniyetli olarak hareket etmesi nedeniyle zarar görenlerin tazminat talepleri saklı kalmak üzere, hükümsüzlük kararından önce, markanın sağladığı haklara tecavüz nedeniyle açılan davada verilen kesinleşmiş ve

<sup>707</sup> Battal, 2001:

<sup>708</sup> Işık, 2017: 218.

<sup>709</sup> Y. 11. HD., 11.02.2008, E. 2006/14543, K. 2008/1349 (Meran, 2015: 313-314).

<sup>710</sup> Arkan, 2018: 331; Karasu vd., 2018: 224; Çolak, 2014: 821.

uygulanmış kararlar ile karardan önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmeler bakımından geçmişe yürümediği kabul edilir (SMK m. 27/3). Bu halde karardan önce kurulan ve uygulanan sözleşmeler sonucunda ödenen bedelin hakkaniyet ilkesi uyarınca sözleşmenin karşı tarafına kısmen ya da tamamen iadesi istenebilmektedir (SMK m. 27/4).

Hükümsüzlük kararının istisnaları olduğu gibi bazı şartların varlığı halinde markanın hükümsüz kılınması söz konusu olmamaktadır. Bu hallerden ilki, SMK m. 25/4'te düzenlenen mutlak red nedenlerine ilişkindir. Bu nedenler SMK m. 5/1-b-c-d bendlerinde düzenlenen engeller olup tescil edilen markanın, hükümsüzlük talebinden önce kullanım yoluyla tescil edildiği mal veya hizmetler yönünden ayırt edici hale gelmesi halinde hükümsüz kılınması mümkün değildir. Bu hallerden ikincisi ise SMK m. 25/5'te düzenlenen marka örneğini değiştirecek biçimde hükümsüzlük kararı verilememesidir. Bu konuda daha önce 3.2.1.4.1. başlığı altında açıklama yapmıştık bu nedenle burada bu açıklamalara değinmekle yetiniyoruz. Bu hallerden üçüncü SMK m. 25/6 gereğince, marka hakkı sahibinin, sonraki tarihli markanın iyiniyetli kullanımını bildiği ya da bilmesi gerektiği halde, bu tarihten itibaren kesintisiz 5 yıl boyunca sessiz kalması ve bu süreden sonra önceki tarihli marka hakkına dayanarak hükümsüzlük davası açamaması halidir. Bu hallerden dördüncüsü SMK m. 25/7 sebebiyle davacı marka hakkı sahibinin, hükümsüzlüğünü istediği markanın başvuru ya da rüçhan tarihinde, kendi markasının en az beş yıl tescilli olması halinde hükümsüzlük sebepleri ile bu beş yıllık süre içerisinde kendi markasını ciddi kullandığını veya bu kullanıma engel olan hukuki ya da fiili sebebi ispatlayamamasıdır.

Mahkemenin, hükümsüzlük davasının yargılaması sonucunda verdiği kararın kesinleşmesi<sup>711</sup> ile bu karar herkese karşı sonuç doğuracaktır (SMK m. 27/5). Kararın kesinleşmesinden sonra mahkeme, bu kararı Kuruma resen gönderecektir (SMK m. 27/6). Ayrıca hükümsüzlük kararının kesinleşmeden sonra marka sicilden terkin edilerek bu durum Bültende yayımlanacaktır (SMK m.27/7). Mülga 556 sayılı KHK'den farklı olarak SMK'de hükümsüzlük kararının ilan edilmesi açıkça düzenlenmiştir.

Yargıtay kararında, hükümsüzlük sebebinin tescilli markanın koruma kapsamında olan bir kısım mal veya hizmetler yönünden olduğunu, markayı oluşturan işaretlerin bir kısmının

<sup>711</sup>Yargıtay "PINAR" kararında, mahkemece verilen hükümsüzlük kararından sonra yapılan marka devrinin gerçekleşmesi ile devir işleminden haberdar edilmeyen Yargıtay ve mahkemenin kendiliğinden bu hususu dikkate alamayacağını, bu aşamadan sonra kesinleşen kararın davacı yönünden de bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir (Y. 11. HD., 27.06.2013, E. 2011/10485, K. 2013/13616 ) (Güneş, 2018: 388-389).



tescil engeli oluşturması nedeniyle markadan çıkarılmasının mümkün olmadığından bu halde markanın tamamının hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>712</sup>. Yargıtay kararında, davacının marka hakkının ihlaline uzun süreden beri katlandığını, bu süreden sonra dava açmasının TMK m. 2 uyarınca korunamayacağını, davalının emek ve sermaye koyarak oluşturduğu malvarlığı değerinin korunması gerektiğini kabul etmiştir<sup>713</sup>. Yargıtay kararında, hükümsüzlük davasının hak düşürücü sürede açıldığını, bu nedenle sessiz kalma yoluyla hak kaybının mümkün olmadığını kabul etmiştir<sup>714</sup>. Yargıtay kararında, mahkemece verilen kararlara karşı herkesin uyma zorunluluğu olduğunu, bu kararın değiştirilmeden ve geciktirilmeden uygulanması gerektiğini, markayı devralan davacının da “herkes” kavramı kapsamında karara uyması gerektiğini ifade etmiştir<sup>715</sup>.

### 3.2.2. İptal Davası

İptal davasının sebepleri SMK m. 26’da, “*aşağıdaki hâllerde talep üzerine Kurum tarafından markanın iptaline karar verilir: a) 9 uncu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hâllerin mevcut olması, b) marka sahibinin fiillerinin veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olarak markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad hâline gelmesi, c) marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliğı, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltması, ç)32 nci maddeye aykırı kullanımın olması.*” şeklinde açıklanmaktadır. Bu açıklamalar ışığında iptal davasının, markanın tescil edilmesi sırasında bulunmayan, markanın kullanılmaması, yaygın bir ad hâline gelmesi, halkı yanıltması ve garanti veya ortak marka teknik şartnamesine aykırı kullanım bulunması sebeplerine dayanarak sonradan ortaya çıkan, ilgililer tarafından istenilen ve Kurum tarafından değerlendirilen, kabulü halinde de markanın sicilden terkinini sağlayan ve iptal talebinin Kuruma sunulması tarihinden itibaren sonuç doğuran davalar şeklinde açıklanması mümkündür. İptal davası sonucunda verilen kararlar ileri etkili sonuç doğurur. Kurum iptal kararını verirken, mahkeme hükümsüzlük kararını vermektedir.

SMK m. 26’da düzenlenen “iptal halleri ve iptal talebinin” yürürlük zamanına ilişkin olarak SMK m. 192’de düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre iptal sebeplerinin yer

<sup>712</sup>Y. 11. HD., 13.11.2006, E. 2005/10763, K. 2006/11632 (Şahinler Baykara, 2018: 92).

<sup>713</sup>Y. 11. HD., 15.10.2009, E. 2008/663, K. 2009/10891 (Şahinler Baykara, 2018: 92).

<sup>714</sup>Y. 11. HD., 11.11.2015, E. 2015/4127, K. 2015/11886 (Şahinler Baykara, 2018: 92).

<sup>715</sup>Y. 11. HD., 27.06.2013, E. 2011/10485, K. 2013/13616 (Şahinler Baykara, 2018: 98).

aldığı SMK m. 26 bu Kanun'un yayımı tarihinden itibaren yedi yıl süre sonra yürürlüğe girecektir. SMK geçici 4. maddesine göre, “26 ncı madde hükmü yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisi, anılan maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılır. 26 ncı maddenin yürürlüğe girdiği tarihte mahkemeler tarafından görülmekte olan iptal davaları mahkemeler tarafından sonuçlandırılır. Mahkemelerin bu madde hükmüne göre vermiş olduğu kararlar kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından Kuruma resen gönderilir.”

SMK düzenlemesinde "iptal davası" mülga 556 sayılı KHK düzenlemesinden farklı olarak hükümsüzlük davası ile birlikte düzenlenmeyip ayrı bir maddede düzenlenmiştir. İptal davası, nedenleri, sonuçları, kararı veren merciler hükümsüzlük davasından farklı olarak düzenlenmiştir<sup>716</sup>. İptal davasının dinlenilmesi için Kuruma itiraz prosedürünün işletilmesi ve bunun sonucunda YİDD'nin nihai nitelikte karar vermesi gerekmektedir<sup>717</sup>.

### 3.2.2.1. İptal Davasının Tarafları

#### 3.2.2.1.1. Davacı

Markada iptal edilme sebeplerinin oluşması ile markanın iptal edilmesi ve tescilin terkinin için iptal davasının açılması gerekmektedir. Aksi halde tek başına iptal sebeplerinin gerçekleşmesi markanın iptali sonucunu doğurmamaktadır. Marka iptal talepleri "*ilgili kişiler*" tarafından talep edilebilir (SMK m. 26/2). İlgili kişi ile marka iptal talebinde bulunmasında hukuki yararı olan kişiler ifade edilmektedir. Ancak garanti ve ortak markanın teknik şartnamesine yönelik dava açabilecek kişiler "*ilgili kişiler; Cumhuriyet savcısı veya ilgili kamu kurum ve kuruluşu*" şeklinde ayrıca düzenlenmiştir (SMK m. 32/7). İptal talebinin Kuruma yapılması gerekir. Ancak SMK m. 26 ve geçici m. 4 uyarınca bu kanunun yürürlüğe girmesine kadar iptal davası, mahkemeye açılacaktır.

#### 3.2.2.1.2. Davalı

İptal davalarında davalı, talep tarihinde sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişiler veya bu kişilerin hukuki halefleridir (SMK m. 26/3). Sicilde görünen marka sahibi, markasını devredebilir. Devir işlemi noter onaylı olarak yapılarak, sicile tescil edilerek ilan edilir. Bu

<sup>716</sup>İptal davalarının, açılabilmesi için Kurum içi itiraz sürecinin işletilmesi gerekir. Bu davalar YİDD tarafından kararın ilgili kişilere bildirilmesinden sonra iki aylık hak düşürücü süreye tabidir. Bu davanın davacısı itirazda bulunan, itiraza konu işlemde zarar gören veya karardan etkilenen kişilerdir. Bu davanın davalısı ise TPE ile işlemde menfaati etkilenen kişilerdir. Bu yönleri ile iptal davasının hükümsüzlük davasından farklılık göstermektedir (Karahan vd., 2009: 170-171).

<sup>717</sup>Karahan, 2002: 86; Meran, 2015: 439.

suretle sicildeki hak sahibi değişmiş olmaktadır. Bu halde iptal davası, markayı devralan ve sicilde görünen yeni kişiye karşı devam edecektir. Nitekim SMK m. 26'da, "*sicilde hak sahibi olarak görünen kişiye karşı işlemlere devam edilir.*" denilerek bu kişinin davalı olarak davaya dahil edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. 6100 sayılı HMK m. 125'te de dava sırasında dava konusunun devredilmesi hali ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, davanın açılmasından sonra, davalı tarafın, dava konusunu üçüncü bir kişiye devretmesiyle, davacı aşağıdaki yetkilerden birini kullanabilir: A) isterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde davacı davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur. B) isterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürebilir. Davanın açılmasından sonra, dava konusunun davacı tarafından devredilmesi halinde ise, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder. Burada dikkat edileceği üzere davalının değişmesi halinde HMK'de davacıya tercih hakkı tanınırken, SMK'de davacıya tercih hakkı tanınmamaktadır. Yargıtay kararında, kısmen hükümsüzlüğüne karar verilen markaların yargılama sırasında gerçekleşen icra takibinde satılarak el değiştirilmesi halinde HMK m. 125 gereğince davacıya seçim hakkı verilerek seçim sonucunda göre markayı satın alan kişinin davaya dahil edilmesi gerektiğini, bu hak tanınmadan marka hakkında hükümsüzlük kararının verilmesini doğru bulmamıştır<sup>718</sup>.

### 3.2.2.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

İptal hallerinin ve sebeplerinin düzenlendiği SMK m.26, 2015/2436 sayılı AB Direktifi ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü doğrultusunda yeniden şekillenmiştir. Markanın iptal edilmesine ilişkin karar verme yetkisi "mahkemeden" alınarak "TPMK'ye" verilmiş, böylelikle AB düzenlemesine uygun olarak "İdari İptal" yetkisi getirilmiştir<sup>719</sup>. Yürürlük zamanını gösteren SMK m. 192/1-a'da, SMK m. 26'nın yayımdan itibaren yedi yıl sonra yürürlüğe gireceğini düzenlenmiştir. Bu süre içerisinde uygulamanın nasıl olacağı da SMK geçici m. 4'te açıklanmıştır. Buna göre, "*26 ncı madde hükmü yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisi, anılan maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılır. 26 ncı maddenin yürürlüğe girdiği tarihte mahkemeler tarafından görülmekte olan iptal davaları mahkemeler tarafından sonuçlandırılır. Mahkemelerin bu madde hükmüne göre vermiş olduğu*

<sup>718</sup>Y. 11. HD., 07.06.2017, E. 2016/1058, K. 2017/3489 (Şahinler Baykara, 2018: 96).

<sup>719</sup>Özer, 2017: 12.

*kararlar kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından Kuruma resen gönderilir."* SMK m. 26 10.01.2024 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu tarihten itibaren de itiraz davalarına Kurum tarafından dosya üzerinden bakılacaktır. SMK m. 26 yürürlüğe girene kadar bu madde uyarınca açılan davalara mahkemece bakılacak ve bu yargılamalarda yazılı yargılama usulü uygulanacaktır<sup>720</sup>. Hükümsüzlük davasında mahkemelerin görevinin ve yetkisinin belirlenmesine ilişkin yaptığımız açıklama iptal davalarında da geçerlidir.

### 3.2.2.3. İptal Davası Açma Süresi

İptal sebeplerinin varlığı halinde, iptal davaların ne kadar süre içerisinde açılacağına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Hükümsüzlük davasında belirtildiği üzere burada da süre bakımından TMK m. 2 uyarınca değerlendirme yapılabilmesi mümkündür.

### 3.2.2.4. Sebepleri

#### 3.2.2.4.1. Markanın Kullanılmaması

İptal sebeplerinden ilki SMK m. 26/1-a'da düzenlenen "*9 uncu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hâllerin mevcut olması.*" halidir. Marka taraflara haklar sağladığı gibi yükümlülüklerde yüklemektedir. Bu yükümlülüklerden biri de markanın kullanılması yükümlülüğüdür<sup>721</sup>. Mülga 556 sayılı KHK m. 14 hükmü, markanın kullanımının kanun hükmünde kararname ile sınırlandırılmayacağı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla iptal edilmişti<sup>722</sup>. Anayasa Mahkemesi iptal kararının görülmekte olan davalara etkisi Yargıtay kararında, bu karardan önce açılmış olan iptal davalarının reddedilmesi sonucunu doğuracağı şeklinde açıklanmıştı<sup>723</sup>. Anayasa Mahkemesi iptal kararından sonra marka hakkının kullanılması SMK m. 9'da, "*(1)tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından*

<sup>720</sup>Güneş, 2018 474.

<sup>721</sup>Dirikkan'a göre, markanın kullanılmamasının hukuki niteliği külfet olarak kabul edilmelidir (Dirikkan, 2003: 234); Tekinalp'e göre, markanın kullanılmamasının hukuki niteliği zorunluluk olarak açıklanmalıdır (Tekinalp, 2004: 459).

<sup>722</sup>Bu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 09.04.2014 tarihli ve E. 2013/147, K. 2014/75 sayılı kararı ile, "*556 sayılı KHK'nin 42/1-c maddesi gereğince, kullanılmayan marka geçmişe etkili olacak biçimde hükümsüz kabul edildiğinden, marka sahibinin mülkiyet hakkına sınırlama getirilmekte olup, özünde bir "mülkiyet" hakkı olan "marka hakkı" ancak yasa ile sınırlandırılabilir iken, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 91. maddesine aykırı şekilde KHK ile Marka Hakkının sınırlandırılması Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olup bu nedenle dahi anılan KHK'nin 42/1-c maddesinin iptali gereklidir*" kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararının ayrıntısı için bk. Meran, 2015: 379 vd.

<sup>723</sup>Y. 11. HD., 02.05.2017, E. 2015/15591, K. 201772528 (Karasu vd., 2018: 225; Çağlar, 2017: 3 vd.).

*Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir. (2) Aşağıda belirtilen durumlar da birinci fıkra anlamında markayı kullanma kabul edilir: a) markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması, b) markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması.(3) markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması da marka sahibi tarafından kullanım olarak kabul edilir.” şeklinde düzenlenmiştir. SMK m. 9/1 düzenlemesine dikkat edildiğinde eylem sonucunun “iptaline karar verilme” sonucuna bağlandığı bu nedenle SMK m. 26’ya atıf yaptığı anlaşılmaktadır. SMK m. 9’da ki kullanma, marka hakkına tecavüz davasındaki kullanma ile aynı olmayıp, markasal anlamda kullanmadır. Marka kullanımının genel ekonomik krizler, savaşlar, doğal afetler sebebiyle yapılamaması haklı sebep olarak değerlendirilir<sup>724</sup>. Madde gerekçesinde haklı sebeplerin marka sahibinin kusurundan kaynaklanmayan, markanın belirtilen sürede kullanımına engel olan fiili ve hukuki sebepler oldukları ifade edilmiştir. Marka hakkının kullanımın nasıl değerlendirileceği SMK m. 26/4’de, “markanın, beş yıllık sürenin dolması ile iptal talebinin Kuruma sunulduğu tarih arasında tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından ciddi biçimde kullanılmış olması hâlinde, birinci fıkranın (a) bendine ilişkin iptal talepleri reddedilir. İptal talebinde bulunulacağı düşünülerek kullanım gerçekleşmişse talebin Kuruma sunulmasından önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanım dikkate alınmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, markanın kullanılmaması halinde kendiliğinden iptali söz konusu değildir. İptal edilmesi için Kuruma dava açılması gerekir. Bu düzenleme ile korunmak istenen amaç markaların etkin şekilde ticari hayatta kullanmasını, bunun ekonomiye katkı yapmasını, rekabetin, ticari girişimin ve de yatırımın gelişmesini sağlamak ve markanın kullanılmaması nedeniyle marka sicilinin, marka çöplüğüne dönüşmesini önlemektir. Markanın kullanılmamasına rağmen marka sahibinin, sonraki tescil başvurusuna itiraz etmesi halinde şartların varlığı halinde başvuru sahibinin kullanma kanıtı talebiyle karşılaşması mümkündür. Burada markasını kullandığını ispat yükü itiraz eden önceki marka sahibine düşer. Yine markanın kullanılmaması halinde marka sahibi, tecavüzün tespiti ve menfi davasında bu defa ile karşılaşabilir<sup>725</sup>. SMK m. 155 ve madde gerekçesi gözetilerek markanın kullanımına beş yıl ara verdikten sonra markanın tekrar önceki sahibince kullanılması halinde, bu marka sahibinin markası hakkında iptal kararı verilmeden önce, markasını kullanıp sonraki tarihte*

<sup>724</sup>Güneş, 2018: 467; Karaca, 2017: 31.

<sup>725</sup>Güneş, 2018: 469.

adına tescil ettiren kişiye karşı sonraki tescilden önceki tecavüz teşkil eden kullanım yönünden şartların varlığı halinde tecavüz davası açması mümkündür.

Yargıtay, açılan davada davalının markasını haklı sebep olmaksızın beş yıl süre içerisinde kullanmadığı iddiasının aksini ispat yükünün kendisinde olduğunu kabul etmiştir<sup>726</sup>. Yargıtay, markanın başkası tarafından devralınmış olmasının kullanılmamasına ilişkin haklı sebep olarak kabul edilmeyeceği ifade etmiştir<sup>727</sup>. Yargıtay, markanın kullanılmaması halinde iptaline karar verileceğini, bu kararın sonuçlarının hükümsüzlük kararından farklı olarak ileri etkili olacağını, Bu nedenle uyuşmazlığın dava tarihi dikkate alınarak çözülmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>728</sup>. Yargıtay, markanın ciddi şekilde kullanımına ilişkin incelemede, faturaların parasal değerine, markanın kullanıldığı malın kullanım alanına, yaygınlığına, bu mala olan talebe, malların piyasasına ve yılda bu mallardan ne miktarda satıldığına dikkat edilmesi gerektiğini, buna göre faturalarda yazılı malların miktarlarının değerlendirilerek ciddi kullanımın tayin edileceğine dikkat çekmiştir<sup>729</sup>.

### 3.2.2.4.2. Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi

Markanın en önemli unsuru ve aynı zamanda fonksiyonu, tescil edilmek istenildiği mal veya hizmetleri ayırt edici özelliğe sahip olmasıdır. Markaların ayırt edici özelliği soyut ayırt edicilik ve somut ayırt edicilik olarak ikiye ayrılmaktadır. Her iki ayırt edicilik türünün eksikliği de mutlak tescil engeli olarak düzenlenmektedir. Markaların kullanım yoluyla artık o mal veya hizmet için genel ad haline gelmesi, ayırt ediciliğini kaybetmesi halinde markanın jenerikleştiği kabul edilir. Naylon, walkman<sup>730</sup>, jilet<sup>731</sup>, kot<sup>732</sup> markaları sonradan yaygın hale gelen markalara örnektir.

SMK m. 26/1-b’de, “*marka sahibinin fiillerinin veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olarak markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad hâline gelmesini*” iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile yaygın ad haline gelen markanın, herkesin kullanımına açık olması ve bir kişinin tekeline verilmemesi

<sup>726</sup>Y. 11. HD., 04.05.2006, E. 2005/2901, K. 2006/5144 (Şahinler, Baykara, 2018: 65).

<sup>727</sup>Y. 11. HD., 09.10.2006, E. 2005/9356, K. 2006/9910 (Şahinler, Baykara, 2018: 65).

<sup>728</sup>Y. 11. HD., 09.11.2009, E. 2008/2271, K. 2009/11685 (Şahinler, Baykara, 2018: 65).

<sup>729</sup>Y. 11. HD., 25.11.2010, E. 2009/5496, K. 2010/12030 (Şahinler, Baykara, 2018: 65-66).

<sup>730</sup>Sony firmasının kendisine ait tescilli "walkman" markasını yenileme talebini Avusturya Temyiz Mahkemesi, bu markanın portatif kasetçalarlar için yaygın cins adı haline dönüşmesi nedeniyle reddetmiştir (Karasu vd., 2018: 226).

<sup>731</sup>Güneş, 2018: 479.

<sup>732</sup>Çolak, 2014: 773.

amaçlanmaktadır. Markanın, tescil edildiği mal veya hizmet yönünden yaygın ad haline gelmesine ilişkin yapılan objektif değerlendirme sonucunda marka sahibinin olumlu ya da olumsuz herhangi bir davranışı bulunmuyorsa, marka sahibi markasının korunması için gereken önlemleri alınmışsa marka bu halde iptal edilmeyecektir. Markanın iptal edilebilmesi için marka sahibinin kusurunun bulunup bulunmadığı önemli değildir<sup>733</sup>.

Yargıtay “ABRAHAM” kararında, 556 sayılı KHK’ye dayanarak markanın yaygın ad haline geldiğinden bahisle hükümsüzlük kararı verilebilmesi için bu durumun tescilden sonra ortaya çıkmasının gerektiğini, somut uyuşmazlık konusu olan “ABRAHAM” ibaresinin tescil tarihinden önce kumaş türleri için jenerik olarak kullanılması sebebiyle hükümsüzlük kararı verilmesinin doğru olmadığını, bu sözcüğün mallar için genel ad olması sebebiyle KHK 7/1-c ve 42/1-a bentleri uyarınca hükümsüz kılınması gerekirken verilen kararın sonuç olarak doğru olduğunu kabul etmiştir<sup>734</sup>. Yargıtay HGK “SATEN” kararında, markanın jenerikleşmesinde marka sahibinin davranışlarının etkisinin tespiti için markasını korumak amacıyla alması gereken önlemleri alıp almadığı hususunun mahkemece araştırılması gerektiğine karar vermiştir<sup>735</sup>.

### 3.2.2.4.3. Markanın Halkı Yanılması

Marka, tescil edildiği mal veya hizmetin diğer mal veya hizmetlerden ayrılmasını sağlayan tanıtım aracıdır. Markanın kaynak gösterme fonksiyonu, garanti ve kalite fonksiyonu, reklam ve itibar fonksiyonları bulunmaktadır. Mutlak red nedenlerini düzenleyen SMK m. 5/1-f’de, “*mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretler.*” düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, burada önemli olan husus marka olarak tescil edilmek istenen işaretin ortalama algılama seviyesine sahip tüketiciyi yanıltıcı nitelikte olup olmamasıdır. SMK m. 26/1-c bendinde, “*marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltmasını*” iptal sebebi olarak düzenlemiştir. Maddenin düzenleme şekline dikkate edilecek olursa halkın yanıltılması madde sayılan nedenlerle sınırlı değildir. Bu durum

<sup>733</sup>Karasu vd., 2018: 225; Bilge, 2005: 123; Çolak, 2014: 775.

<sup>734</sup>Y. 11. HD., 16.12.2011, E. 2010/6126, K. 2011/17196 (Çolak, 2014: 774-775).

<sup>735</sup>Y. HGK., 13.10.2010, E. 2010/11-463, K. 2010/486 (Çolak, 2014: 776).

madde metninde “özelikle” ibaresinden kullanılışından anlaşılmaktadır<sup>736</sup>. Yanıltıcılığın iptal sebebi olarak kabul edilmesi için başlangıçta olmaması, markanın tescil edilmesinden sonra “*kullanımı sonucundan*” ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Aksi halde markanın iptaline değil mutlak red nedenine aykırılık sebebiyle hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerekecektir. Yanıltıcı eylemlerin marka sahibince ya da marka sahibinin verdiği lisans hakkı sonucunda lisans hakkı sahibince yapılması gerekir. “*Keçi peyniri*” emtiası için tescil edilmiş bulunan *GOAT CHEESE*+şekil biçimindeki markanın, zaman içinde “*koyun peyniri*” emtiası içinde kullanılması bu iptal sebebine örnek olarak gösterilmektedir<sup>737</sup>.”

#### 3.2.2.4.4. Teknik Şartnameye Aykırı Kullanım

Markaların türlerini açıklarken “ortak marka” ve “garanti markasından” bahsetmiştik. Bu markalar SMK’nin yedinci kısmında düzenlenmektedir. Garanti ve ortak markanın tanımları SMK m 31’de yapılmaktadır. Buna göre, “*garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir.*”, “*ortak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir.*” SMK m. 32’de garanti veya ortak markanın teknik şartnamesinin hangi konuları içerdiği, değişikliklerin nasıl yapılacağı açıklanmıştır. Ayrıca teknik şartnameye aykırı kullanımın sonuçları m. 32/7’de, “*marka sahibinin, garanti markası veya ortak markanın devamlılık arz eder biçimde teknik şartnameye aykırı olarak kullanılmasını engellemek için gerekli önlemleri almaması sebebiyle ilgili kişilerin, Cumhuriyet savcısının veya ilgili kamu kurum ve kuruluşunun başvurusu üzerine tanınan süre içinde söz konusu aykırı kullanımın düzeltilmemesi hâlinde, markanın iptaline karar verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. İptal sebeplerinin açıklandığı SMK m. 26/1-ç bendinde de, “*32 nci maddeye aykırı kullanımın olması*” düzenlemesi ile SMK m. 32/7’ye atıf yapılmıştır. Kurumun aykırılığın düzeltilmesi için verdiği süre içerisinde bu aykırı kullanımın düzeltilmemesi hâlinde, markanın dosya üzerinden yapılan incelemesi sonucunda iptaline karar verilecektir.

<sup>736</sup>Karasu vd., 2018: 226.

<sup>737</sup>Çolak, 2014: 780



### 3.2.2.5. İptal Taleplerinin Değerlendirilmesi

İptal davası, davacı tarafından SMK m. 26 yürürlüğe girdiğinde Kuruma karşı açılacak, bu madde yürürlüğe girene kadar mahkemeler açılan davalara bakacaktır. İptal davası açıldığında, iptal talepleri, iptali istenen markanın sahibine tebliğ edilir. Marka sahibi bir ay içinde talebe ilişkin delillerini ve cevaplarını Kuruma sunar. Söz konusu bir aylık süre içinde talep edilmesi hâlinde Kurum bir aya kadar ek süre verir. Kurum gerekli gördüğü takdirde ek bilgi ve belge sunulmasını isteyebilir. Kurum, iddia ve savunmalar ile sunulan deliller çerçevesinde dosya üzerinden kararını verir (SMK m. 26/7). İptal taleplerinin incelenmesi sonrasında, iptal hâlleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, sadece o mal veya hizmet yönünden kısmi iptale karar verilir. Marka örneğini değiştirecek biçimde iptal kararı verilemez (SMK m. 26/5).

### 3.2.2.6. İptal Kararlarının Sonuçları

İptal davası sonucunda markanın tescil edildiği mal veya hizmetler yönünden kısmen ya da tamamen iptaline karar verilebilir. Ancak marka örneğini değiştirecek şekilde karar verilemez (SMK m. 26/5). SMK m. 26 yürürlüğe girene kadar iptal davası mahkemelerce karara bağlanacaktır. Yargılama sonucunda iptal davasının reddine karar verilirse, tescilli marka mevcut durumunu koruyacaktır. Ancak iptal davasının kabulüne karar verilirse, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tamamı ya da bir kısmı yönünden iptal başvurusu mahkemeye sunulduğu tarihten itibaren ileri etkili sonuç doğurur. Nitekim bu husus SMK m. 27/2'de, "26 ncı madde gereğince markanın iptaline karar verilmesi hâlinde ise bu karar, iptal talebinin Kuruma sunulduğu tarihten itibaren etkilidir." şeklinde açıklanmıştır. Mehz 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi'nde iptal ve hükümsüzlük kararlarının tescil mercilerince verilecek idari kararlarla oluşturulması düzenlenmişken SMK'de idari mercilerce karar verilecek husus iptal davası ile sınırlı tutulmuştur<sup>738</sup>. Bu maddede Kuruma yapılan atıf da maddenin yürürlüğe girmesine kadar mahkemeye yapılmıştır. Kural olarak iptal kararı ileriye etkili sonuç doğurur. Ancak talep üzerine yapılan inceleme sonucunda, iptal hâllerinin daha önceki bir tarihte doğmuş olduğu tespit edilirse iptal kararının bu tarihten itibaren etkili olacağına karar verilebilir (SMK m. 27/2). İptal kararlarının bu suretle geçmişe etkili sonuç doğurması mümkün olduğu gibi iptal kararların

<sup>738</sup>Çağlar, 2017: 8. Karasu vd., 2018: 227.

ileri etkili sonuçlarından etkilenilmemesi de mümkündür. Nitekim, marka sahibinin ağır ihmali veya kötüniyetli olarak hareket etmesi nedeniyle zarar görenlerin tazminat talepleri saklı kalmak üzere, hükümsüzlük ve ikinci fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenmiş olan iptal kararının geriye dönük etkisi: karardan önce, markanın sağladığı haklara tecavüz nedeniyle açılan davada verilen kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar ile karardan önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmelerin durumlarını etkilememektedir (SMK m. 27/3). Ancak bu durumda da, iptal kararından önce kurulan ve uygulanan sözleşmeler uyarınca ödenmiş bedelin, hakkaniyet gereği kısmen ya da tamamen iadesi istenebilmektedir (SMK m. 27/4). Markanın iptaline ilişkin kesinleşmiş kararlar, herkese karşı hüküm doğurmaktadır (SMK m. 27/5). Mahkemelerin bu madde hükmüne göre vermiş olduğu kararlar kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından Kuruma resen gönderilecektir (SMK geçici m. 4/3). İptal kararının kesinleşmesinden sonra marka sicilden terkin edilerek bu durum Bültende yayımlanacaktır (SMK m. 27/7).

Yargıtay "TXM PEOPLE'S" kararında, markanın kullanılmaması halinde iptal kararının davanın açıldığı tarihe kadar geriye gideceğini, ancak iptale sebep olan kullanmama eyleminin daha önceki tarihte bulunduğu tespit edilmesi halinde iptal hükmünün başlangıcının bu tarihten itibaren başlatılmasının mümkün olacağı kabul edilmiştir<sup>739</sup>. Yargıtay "PRESTİJ" kararında, KHK m. 14'e göre iptal kararı verildiğinde kararın dava tarihinden itibaren ileri etkili sonuç doğurduğunu, ancak iptal talebinde bulunan kişinin hukuki yararının olması ve markanın kullanılmamasının dava tarihinden daha önceki tarihte gerçekleştiğinin tespit edilmesi hallerinde markanın bu tarihten itibaren ileri etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir<sup>740</sup>. Yargıtay "ZEKİ" kararında, davalının tescil ettirdiği markasını aynı sınıf ve alt gruptaki bir kısım mallar için kullanmasının markanın tescilli olduğu diğer kısım mallar yönünden ciddi kullanımın anlamına gelmeyeceğini, bu halde markanın kısmen kullanılmadığı mallar için hükümsüzlüğüne karar verilebileceğini belirtmiştir<sup>741</sup>. Yargıtay HGK, "BELLONA" kararında, Kurumda tecilli ve tanınmış markaların kullanılmadığını mal veya hizmetler yönünden kısmen iptalinin mümkün olduğunu, markasal kullanımın sürekli olmasının gerekmediğini, ciddi kullanılmak ve beş yıllık süreyi geçirmemek şartıyla markanın kullanımına ara verilebileceğini, her ciddi kullanım ile birlikte yeni bir beş yıllık sürenin

<sup>739</sup>Y. 11. HD., 01.03.2013, E. 2012/1496, K. 2013/3805 (Güneş, 2018: 472).

<sup>740</sup>Y. 11. HD., 03.03.2015, E. 2014/12971, K. 2015/2877 (Güneş, 2018: 472-473).

<sup>741</sup>Y. 11. HD., 17.02.2011, E. 2009/3224, K. 2011/1805 (Şahinler Baykara, 2018: 94).

işlemeye başlayacağını kabul etmiştir<sup>742</sup> Yargıtay "Meşhur Kasımpaşa Köftesi" kararında, bir markanın tescil edildiği mal veya hizmetler yönünden genel ad veya jenerik ad haline dönüştüğünün kabulü için KHK m. 7/1-c uyarınca kullanılmış olduğu mal veya hizmetlerin karakteristik özelliği haline gelmesi gerektiğini ve ilgili sektör ile tüketiciler nezdinde de bu ad ile özdeşleşmiş bir şekilde algılanması gerektiğini kabul etmiştir<sup>743</sup>. Yargıtay "ANTEO" kararında, hükümsüzlük kararının sonuçlarının geçmişe etkili olacağını, taraflar arasında uzun süre devam eden ticari ilişkinin bozulmasından sonra davalının, davacının ticaret unvanını marka olarak tescil ettirmesi nedeniyle davacının açtığı davada bu markanın hükümsüzlüğüne karar verildiğini, markanın tescilinde kötünietli olduğunun kabul etmiştir<sup>744</sup>.

---

<sup>742</sup>Y. HGK, 09.02.2011, E. 2010/11-695, K. 2011/47 (Şahinler Baykara, 2018: 94-96).

<sup>743</sup>Y. 11. HD., 03.05.2013, E. 2012/1496, K. 2013/3805 (Şahinler Baykara, 2018: 95).

<sup>744</sup>Y. 11. HD., 18.09.2014, E. 2013/17104, K. 2014/14018 (Şahinler Baykara, 2018: 97-98).

## SONUÇ

Sanayi devrimi ile ürünlerin daha kısa sürede, daha çok çeşitte ve daha çok miktarda üretilmesi sağlanmıştır. Ülkelerin kısa süre içerisinde ürettikleri bu ürünleri ihraç edip, karşılığında ihtiyaç duydukları diğer ürünleri ithal etmesi ile uluslararası ticaret hızla gelişmeye başlamıştır. Ulusal ve uluslararası ticaretin gelişmesiyle birlikte benzer nitelikte malların veya hizmetlerin birbirlerinden ne suretle ayırt edilebileceği sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorun, işletmelerin ürünlerinde ya da hizmetlerinde kullandıkları ayırt edici nitelikteki işaretlerle aşılmaya çalışılmıştır. Bir mal veya hizmeti benzerlerinden ayıran, bu suretle ürün ile işletme arasında bağ kuran bu işaretlere marka denilmiştir. Markalaşma sürecine girilmekle bu işaretlerin nasıl belirleneceği, benzerlerinden nasıl ayırt edilebileceği, nereye kaydedileceği, nasıl korunacağı, hak sahibinin haklarının kapsamının düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Her ülke kendi mevzuatına göre bu korumanın kapsamını belirlemiş, uluslararası anlaşmalar ile de markaların uluslararası ticarete başka ülkelerde de kullanması nedeniyle korunması amaçlanmıştır. Markaların ulusal ve uluslararası korunması ile hem o markayı tercih eden tüketici hem de o malı üreten üretici korunmaya çalışılmıştır. Ülkemizde de mülga 28 Nisan 1304 tarihli Fabrika Mamulatiyle Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname ile başlayan marka haklarının korunması, son güncel düzenleme olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile de devam etmektedir. Marka hakkına ilişkin 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü, 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi, TRIPS ve Paris Sözleşmesi ile uyumlu olarak düzenlenen bu kanun 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ile sınai mülkiyet haklarının bir bütün halinde tek kanunda toplanması ve uluslararası düzenlemelere de uygun olarak korunması sağlanmıştır.

Hukukumuzda bir işaretin marka olarak kullanılması için tescil edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu kanunun markalara tanıdığı korumadan kural olarak istifade edebilmek için işaretin marka olarak tescil edilmesi gerekmektedir. Markalar yasal mevzuatımızda tanımlanmamıştır. Ancak hangi işaretlerin marka olabileceği örnek kabilinde gösterilmiştir. Marka hukukumuzda göre bir işaretin marka olarak kabul edilebilmesi için SMK m.4'te düzenlendiği üzere ayırt edici olması, marka sahibine sağlanan koruma konusunu açık ve kesin şekilde anlaşılmasını sağlayacak şekilde sicilde gösterilebilir olması gerekmektedir. SMK m. 3'te belirtilen kişiler bu nitelikteki marka başvurularını TPMK'ye yaparak

markalaşma sürecini başlatırlar. SMK m. 3'te yer verilen kişiler yalnızca bir markanın tescili için SMK m. 11'e göre marka başvurularını oluştururlar. Madrid Protokolü kapsamında uluslararası marka başvurularının nasıl yapılacağı SMK m. 14'te düzenlenmiştir. Bu başvuruların yapılmasından sonra marka başvuruları öncelikle SMK m. 15 kapsamında şekli olarak değerlendirilir. Şekli eksikliğin bulunması halinde bu eksikliğin giderilmesi için iki aylık süre verilir. Bu süreler içerisinde eksiklikleri giderilmeyen başvurular işlemde kaldırılırken, şekli yönden eksikliğin bulunmaması halinde marka başvuruları Kurum tarafından mutlak red nedenleri kapsamında incelenir. Mutlak red nedenleri bakımından inceleme yapılırken her bir nedenin olup olmadığı ayrıca değerlendirilir. Mutlak red nedenleri SMK m. 5'te düzenlenmiştir. SMK düzenlemesinden önce mülga 556 sayılı KHK düzenlemesi bulunmaktadır. Her iki düzenleme incelendiğinde SMK'nin yenilikler getirmekle birlikte büyük oranda mülga 556 sayılı KHK hükümlerini kapsadığı anlaşılmaktadır. Her iki düzenlemede de mutlak red nedenleri sınırlı sayıda bulunan, kamu düzenine ilişkin olan, kamu menfaatini koruyan, haksız rekabeti önleyen, resen dikkate alınan, herkesçe ileri sürülebilen varlığı halinde marka başvurusunun tesciline engel olan, tescil edilmesi halinde de hükümsüzlüğü sonucunu doğuran nedenler olarak kabul edilmektedir. Bu nedenlerin incelemesine geçildiğinde ilk nedenin SMK m. 4 kapsamında marka olamayacak işaretler olduğu görülmektedir. Marka olamayacak işaretler ayırt edici olmayan, marka sahibine sağlanan koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olmayan işaretlerdir. Markaların tescil edilmesi bakımından ayırt edici olmaları çok önemli olduğundan bu madde ile soyut ayırt ediciliği olmayan bir diğer ifadeyle tek başlarına ayırt ediciliği bulunmayan işaretlerin tescil edilmesi engellenmeye çalışılmıştır. İkinci mutlak red nedeni, tescil edilmek istenen mal veya hizmetler yönünden ayırt edici niteliği olmayan ve bu nedenle de tüketiciler tarafından marka olarak algılanmayan işaretlerdir. Bu işaretler tek başlarına ayırt edici nitelikte olan bir diğer ifadeyle soyut ayırt edici olan ancak tescil edilmek istenen mal veya hizmetle birlikte herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretlerdir. Bu bent SMK ile getirilen yeni bir düzenlemedir. Üçüncü mutlak red nedeni mal veya hizmetler bakımından tanımlayıcı olan, herkesi kullanımına açık tutulması gereken ve hiç kimsenin tekeline verilemeyecek işaretlerdir. Bu işaretlerin markada esas unsur veya münhasır unsur olması halinde rekabet düzeni bozulup, diğer üreticiler bundan zarar görecektir. Bu durumun önlenmesi için bu düzenleme getirilmiştir. Markalar

esas unsur, yan unsur ve tali unsurlardan oluşabilir. Markaların karşılaştırmasında esas unsur önemli olduğundan tanımlayıcı nitelikteki işaretlerin markanın yan unsurunda yer almasına engel bulunmamaktadır. Dördüncü mutlak red nedeni, tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusunda bulunulan marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerdir. Bu mutlak red nedeni ile önceki marka sahibi korunmaktadır. Mevzu düzenlemede bu neden nispi red nedenleri arasında düzenlendiği gibi o düzenlemede "ayırt edilemeyecek kadar benzerlik" ifadesi kullanılmamıştır. SMK m. 6/1'de benzer yönde düzenlemeye nispi red nedenleri arasında da yer verilmiştir. Bu durum doktrinde eleştirilmiştir. Beşinci mutlak red nedeni ortak kullanıma ait olan ticaret alanında herkes tarafından kullanılan belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları birbirinden ayırmaya çalışan işaretlerdir. Bu işaretleri münhasır ya da esas unsur olarak içeren marka başvuruları kabul edilmezken, tali unsur olarak içeren marka başvuruları kabul edilebilir. Bu bent ile tüketicilerin ve üreticilerin zarar görmeleri engellenmeye çalışılmıştır. Altıncı mutlak red nedeni, malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli münhasır unsur olarak içeren işaretlerdir. Bu unsurların tali unsur olarak marka başvurusunda bulunmasına engel bulunmamaktadır. Bu mutlak red nedeni üç boyutlu şekillere ilişkin getirilen özel bir mutlak red nedenidir. Burada amaç ürünlerin şekilleri üzerinde tekel hakkının verilmesini engelleyerek bu ürünlerin geliştirilmesini sağlamaktır. Yedinci mutlak red nedeni, mal veya hizmetin niteliğini, kalitesi, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretlerdir. Bu işaretlerin yanıltıcı olup olmadığı ortalama algılama seviyesine sahip tüketiciler dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu nedenler sınırlı sayıda değil örnek niteliğindedir. Yanıltıcı işaretlere markaların asli ve tali unsurlarında yer verilmemektedir. Sekizinci mutlak red nedeni, Paris Sözleşmesinin 2'nci mükerrer 6'ncı maddesine göre reddedilecek işaretlerdir. Bu işaretler yetkili makamlardan izin alınması halinde marka başvurusuna konu işarete kullanılabilir. Aksi halde marka başvuruları reddedilir. Dokuzuncu mutlak red nedeni, Paris Sözleşmesinin 2'nci mükerrer 6'ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren halka mal olmuş işaretlerdir. Bu işaretler toplumun ortak kültür mirasıdır. Marka başvurularının esas ve tali unsurlarında yer almamalıdır. Onuncu neden dini değerleri veya sembolleri içeren işaretlerdir. Bu işaretlere de marka başvurusunda asli veya tali unsur olarak yer verilmemelidir. Bu madde ile dini sembollerin ticari çıkar için kullanılmaları önlenmeye çalışılmıştır. Onbirinci neden kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı işaretlerdir. Burada

işaretin bizzat kedisinin objektif olarak bu nedene aykırı olması halinde tescil edilmesi engellenir. Onikinci neden, SMK ile getirilen yeni bir hükümdür. Bu mutlak red nedeni tescilli coğrafi işareten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretlerdir. Bu düzenleme ile müstakil bir sınai mülkiyet hakkı olan coğrafi işaretlerin korunması amaçlanmıştır. Koruma kapsamı tescilli coğrafi işaretin ilgili olduğu mal veya hizmetlere göre belirlenmektedir. Bu nedenlerin istisnaları SMK m. 5/2 ile SMK m. 5/3'te düzenlenmiştir. Buna göre başvuru tarihinden önce kullanılan ve başvuruya konu olan mal veya hizmetlerin kullanım sonucunda ayırt edicilik kazanması halinde marka başvurusu SMK m. 5/1-b,c,d bentlerine dayanılarak reddedilemeyecektir. Buna ilişkin düzenlemeye mülga 556 sayılı KHK'de de yer verilmiştir. Ancak SMK'de ayırt ediciliğin kazanma anı başvuru tarihi olup ve somut ayırt ediciliğin düzenlendiği SMK m. 5/1-b bendine atıf yapılmıştır. SMK m. 5/3 yeni bir düzenleme olup öncek marka sahibinin vereceği noter onaylı muvafakatname ile marka başvurusu SMK m. 5/1-ç bendine aykırı olarak kabul edilemeyecektir. Bu düzenleme ile markanın tekliği ilkesine istisna getirilmiş ve piyasada var olma bakımından birlikte ortaya konulan irade korunmuştur. Açıklanan bu mutlak red nedenleri dışında SMK m. 6/4'te düzenlenen tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları daha önce mutlak red nedenleri arasında düzenlenmişti. SMK'de mehz düzenleme dikkate alınarak bu nedene nispi red nedenleri içerisinde yer verilmiştir. SMK m. 6/9'da kötüniyet nispi red nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak doktrinde bu nedenin mutlak red nedeni olarak düzenlenmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir. Kurumca mutlak red nedenlerinin marka başvurusunun incelenmesi sonucunda markanın tescil edilmek istenildiği mal veya hizmetlerin bir kısmında ya da tamamında bulunması halinde marka başvurusu bu mal veya hizmetler yönünden reddedilir. Reddedilmeyen başvurular ise Bültende yayımlanır. Bültende yayımlandıktan sonra ilgili kişiler mutlak ve nispi red nedenleri yönünden iki aylık süre içerisinde itirazda bulunabilir. Üçüncü kişilerde SMK m. 5/1-ç bendi dışında yazılı ve gerekçeli görüşlerini markanın tesciline kadar Kuruma sunabilir. Kurum tarafından markanın esas bakımından incelenmesi sonucunda başvuru sahipleri de başvurunun reddi kararına karşı Kurum kararına itiraz edebilir. Yayına itirazlar SMK m. 19 kapsamında değerlendirilerek karar verilir. Bu karara karşı da SMK m. 20 uyarınca kararın bildiriminden itibaren iki aylık süre içerisinde itiraz edilebilir. Karara itiraza ilişkin nihai karar merci YİDD'dir. YİDD marka başvurusuna karşı yapılan itirazları kısmen ya da tamamen reddederse başvuru, reddedilen yönden SMK m. 22/1

uyarınca şartların varlığı halinde tescil edilir. Markanın tescil edilmesinden sonra mutlak red nedenlerine dayanarak markanın hükümsüzlüğü istenebilir. Hükümsüzlük ayrı bir madde olarak SMK m. 25'te düzenlenmektedir. SMK m. 5/2' ye paralel olarak, bir markanın SMK m. 5/1-b,c,d bentlerine aykırı olarak tescil edilmesi halinde hükümsüzlük talebinden önce markanın tescil edildiği mal veya hizmetler yönünden ayırt edicilik kazanması halinde marka başvurusu reddedilemez. Sessiz kalma yoluyla marka sahibinin iyi niyetli kişiye karşı dava hakkını kaybettiği kabul edilse de mutlak red nedenleri bakımından diğer kişilerin dava açma hakkının bulunduğu kabul edilir.

Bu çalışma ile marka hukukunda mutlak red nedenleri, marka başvurusu aşamasından hükümsüzlük davası aşaması da dahil olmak üzere, ulusal ve uluslararası mevzuat, mahkeme kararları ve doktrin görüşlerde ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.



## KAYNAKÇA

- Arkan, S. (1997). *Marka Hukuku Cilt I*, Ankara Üniveristesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Arkan, S. (1998) *Marka Hukuku Cilt II*, Ankara Üniveristesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Arkan, S. (2017). “Sınai Mülkiyet Kanun’un 5.3. maddesiyle ilgili Bazı Düşünceler”, K.Özkorkut (Ed.) *Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Arkan, S. (2018). *Ticari İşletme Hukuku*. Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Ayhan, R., Özdamar, M. ve Çağlar, H. (2010). *Ticari İşletme Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Aydınalp, Y. (2018). *Marka Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun.
- Battal, A. ve Özkorkut. K.(ed). (2001). "Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara.
- Bilge, M. E. ve Özkorkut. K.(ed). (2005). “Markanın Yaygın Ad Haline Gelmesi” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara.
- Bilge, M.E.(2014). “Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi”, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Bilgili, F. (2008). “Yargıtay Kararları uygulamasında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu” *TBB Dergisi*, Ankara.
- Bozgeyik, H. (2018). *Görüşler ve Kararlar Hukuki Mütalalar*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Camcı, Ö. (1999). *Marka Davaları*. Betaş Yayınevi, İstanbul.
- Cengiz, D.(1995). *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*. Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul.
- Çağlar, H. (2015). *Marka Hukuku Temel Esaslar*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Çağlar, H. ve Arıcı K. (ed). (2017). "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahemesinin 556 Sayılı

- KHK m. 14 Hükümünü İptal Eden Kararın Etkileri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara.
- Çolak, U. (2014). *Türk Marka Hukuku*. On İki Levha Yayıncılık. A.Ş. , İstanbul.
- Dirikkan, H. (2003). “*Tanınmış Markanın Kullanılması*” Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Dönmez, İ. (1992). *Markalar ve Haksız Rekabet Davaları*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul.
- Güneş, İ. (2012). *Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Güneş, İ. (2018). *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Gürsoy, S. (2005). *Marka Tescilinde Multak Red Nedenleri*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- Işık, E. (2017). *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı*. Onikilevha, İstanbul.
- İmirlioğlu, D. (2018). *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Ayırt Ediciliğin Zedelenmesi*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Kara, E. (2015). *Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Karahan, S., Pekdiğer, R.T., Giray, R.E. ve Baş, K.(2016). *Marka Hukuku Mevzuatı*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Karahan, S., Suluk, C., Saraç, T. ve Nal, T.(2009). *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Karahan, S. (2002). “*Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları*” Mimoza Yayınları, Konya
- Karaca, O. U. (2017). “*Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Sonuçları*” Lykeion Yayınları, Ankara.
- Karan, H. ve Kılıç, M. (2004). *Markaların Korunması Hakkında 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Turhan Yayınevi, Ankara.
- Karaahmet, E. ve Yalçın, U. (2011). *Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları*, Murat Yayınları, Ankara
- Kaya, A. (2006). “*Marka Hukuku*”, Arıkan Yayınları, İstanbul.
- Meran, N. (2015). *Marka Hakları ve Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Merdivan, F. ve Özkorkut. K. (ed). (2017). “Tescilli Marka Hakkına Tecavüz Davasında

- Kullanmama Defi” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara.
- Noyan, E. ve Güneş, İ. (2015). *Marka Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Paslı, A. (2018). *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Oğuz, R. S. (2016). *Marka Hukukunda Birlikte Var Olma Sözleşmesi*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Oytaç, K. (1999). *Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku*, Betaş Yayınevi, İstanbul.
- Özer, F. (2017). *Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Saral, Y. (2012). *Marka Hukukunda Sınıflandırma İlkesi Ve Bu İlkenin Marka Hükümsüzlüğü Davalarına Etkisi*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Suluk, C., Karsu, R. ve Nal, T. (2018). *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Seçkin Yayınevi Ankara.
- Sert, S. (2007). “*Markaların Kullanılması Yükümlülüğü*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Şahinler Baykara, Y., Yavuz, L. ve Alıca, T. (2018) *Sınai Mülkiyet Kanunu*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Tekinalp, Ü. (2004). *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Beta, İstanbul.
- Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2017). *Sınai Mülkiyet Kanunu*. Vedat Yayınevi, İstanbul.
- Teoman, Ö. (1998). “*Markanın Terkini İçin Açılacak Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsüne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu*” Prof. Dr. Oğuz İmregüne’e Armağan, İstanbul.
- Uzunallı, S. (2008). *Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu*. Çağla Hukuk Vakfı Yayınları.
- Ünal, A. T. (2008). *Marka Hukukunda Tescil Engelleri*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Yasaman, H. (1978). “*Tanınmış Markalar*” Ord. Prof. Dr. Halil Aslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul
- Yasaman, H. (2004). *Marka Hukuku*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Yasaman, H. (2016). *Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları V*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Yılmaz, E. (2006) *Hukuk Sözlüğü*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Yılmaz, A. Ç. (2008). *Türk Marka Hukukundaki Tescil Engelleri Ve AB Hukuku*. Yayınlanmış

Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

- Yıldız, B. (2018). “Mükerrer Markanın Seri Markasının tescili- SMK m.5.1.ç ve m. 6.1 Hükümlerine Yargıtay Kararları İle Getirilen İstisna”, K.Özkorkut (Ed.) *Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara
- Yurtsever, Ş. (1999). *Patentin Hukuki Koruması ve İlgili Mevzuat*, Adalet Yayınevi, Ankara
- Zabata, T. T. (2011). *Medeni Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara

### İnternet Kaynakları

- <http://gunhukuk.com/wp-content/uploads/Mutlak-RedNedenleri.pdf>, (erişim tarihi: 12.04.2019).
- <https://iprgezgini.org/2016/03/23/yeni-ab-marka-tuzugu-yururluge-girdi-ohim-yerine-artik-euipo-var/>, (erişim tarihi: 17.03.2019).
- <http://blog.lexpera.com.tr/avrupa-marka-sisteminde-yeni-transit-gecis-hukumleri/>, (erişim tarihi: 17.03.2019).
- <http://www.franchisedestek.com/konu-franchise-sozlesmesi-ve-lisans-sozlesmesi-farklari-6121.html>, (erişim tarihi: 03.04.2019).
- <http://www.ticaretkanunu.net/ticari-vekil/>, (erişim tarihi: 18.03.2019).
- <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/341752>, (erişim tarihi: 17.03.2019).
- <https://www.nedirnedemek.com/sonogram-ne-demek>, (erişim tarihi: 17.03.2019).
- <https://basalanpatent.com.tr/addons/uluslarar%C4%B1mevzuatlar/Paris%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi.pdf>, (erişim tarihi: 01.04.2019).
- <https://www.mtppatent.com.tr/topluluk-marka-tescili-euipo>, (erişim tarihi: 03.04.2019).
- <https://iprgezgini.org/2013/12/19/avrupa-birligi-adalet-divani-bainbridge-karari-c-23406-bir-marka-serisine-veya-marka-ailesine-dahil-olma-gerekcesiyle-karistirilma-veya-cagristirma-ihhtimali/>, (erişim tarihi:03.04.2019).
- <http://www.telifhaklari.gov.tr/Dunya-Fikri-Mulkiyet-Orgutu-WIPOOMPI>, (erişim tarihi: 19.04.2019).
- <http://mahmutsert.com/mutlak-ve-nispi-hak/>, (erişim tarihi: 03.04.2019).
- <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/yerel-ve-dunyaca-taninmis-markalarin-korunmasi/>, (erişim tarihi: 20.04.2019).
- <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/2418BE5F-31F1-48BE-A08F->

[AE068815736F.pdf](#), (erişim tarihi: 03.04.2019).

<https://www.startupnedir.com/marka-nedir/>, (erişim tarihi: 03.04.2019).

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&kelime=KEL%C4%B0ME](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=KEL%C4%B0ME), (erişim tarihi: 16.05.2019).

<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-patent-ve-marka-kurumu-kurulus-ve-gorevleri-hakkinda-kanun-5000>, (erişim tarihi: 19.09.2019).

<http://www.ankarapatent.com/yazi/13/marka-nedir>, (erişim tarihi: 22.06.2019).

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/12/20161230-24.htm>, (erişim tarihi: 25.06.2019).

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/06/20150602.htm>, (erişim tarihi: 25.06.2019)

**ÖZGEÇMİŞ**

<b>Adı ve SOYADI</b>	Melek DOĞAN
<b>EĞİTİM DURUMU</b>	
<b>Mezun Olduğu Lise</b>	Saime Salih Konca Lisesi, 2008
<b>Lisans Diploması</b>	Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2012
<b>Yabancı Dil</b>	İngilizce
<b>E-Posta</b>	melekdoğan352@gmail.com