



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

MARKA HUKUKUNDA KULLANIM İSPATI

Elanur TAMER

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2021

MARKA HUKUKUNDA KULLANIM İSPATI

Elanur TAMER

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2021

ÖZET

TAMER, Elanur. *Marka Hukukunda Kullanım İspatı*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021.

Tescil edilmiş bir marka, sahibinin tekelindedir ve tescilden doğan hakların devam etmesi için markanın kullanımı gerekmektedir. Hukuki nitelik bakımından külfet olarak nitelendirilebilecek marka kullanımı başta TRIPS ve Paris Konvansiyonu olmak üzere pek çok uluslararası düzenlemeye konu olmuştur. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu da AB Marka Tüzük ve Direktiflerine bağlı olarak markanın kullanılmasını düzenlemiş ve kullanılmamasına çeşitli sonuçlar bağlamıştır. Buna göre, markanın ciddi olarak, Türkiye’de, tescil edildiği mallar ve/veya hizmetlerde ve tescil edildikten sonra beş yıl içinde kullanılması gerekmektedir. Markanın kullanımı olarak kabul edilen hükümler ve kullanılmama için haklı sebebin bulunması istisnâ niteliktedir. Markanın öngörülen şekilde kullanılmaması üç aşamada ileri sürülebilmektedir. Bunların birincisi, başvurunun yayımlanmasından sonraki itiraz sürecinde, ikincisi markanın hükümsüzlüğü davasında ve sonuncusu marka hakkına tecavüz davasıdır. Her üç aşamada da kullanmama savunmasının ileri sürülebilmesi için; en az beş yıldır tescilli bir markanın bulunması, bir talebin varlığı ve bu talebinin SMK 6’ncı maddenin 1’inci fıkrası uyarınca karıştırılma ihtimaline dayanması gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler

Markanın Kullanılması, Kullanılmamasının Sonuçları, Def’i, Kullanım İspatı

ABSTRACT

TAMER, Elanur. *Proof of Use in Trademark Law*, Master's Thesis, Ankara, 2021.

A registered trademark is monopolized by its owner and the use of the trademark is required for the rights arising from the registration to continue. The use of trademarks, can be considered as a burden in terms of legal characteristic, has been subject to many international regulations, especially the TRIPS and the Paris Convention. The Industrial Property Law No. 6769 (SMK), has regulated the use of the trademark in accordance with the EU Trademark Regulations and Directives and several consequences due to non-use. Accordingly, a trademark must be used within the five years after registration, genuinely, for the registered goods and services in Turkey. The provisions regarded as use of trademark and an existence of justification of non-use are exceptional. That the trademark has not been used as intended, can be alleged in three stages. The first of these is in the objection process after the publication of the application, the second is in the case of invalidation of the trademark and the last one is in the case of trademark infringement. In order to allege the defense of non-use in all three stages it is required that having a registered trademark for at least five years, an existence of a request based on the likelihood of confusion in accordance with paragraph 1 of article 6 of the IPL (SMK).

Keywords

Use of Trademark, Consequences of Non-Use, Defense, Proof of Use

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY.....	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	ii
ETİK BEYAN.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR DİZİNİ.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKANIN KULLANILMASI OLGUSU

1.1. MARKA KULLANIMININ VE BU KULLANIMIN İSPATLANMASININ AMAÇ VE FONKSİYONLARI.....	3
1.2. HUKUKÎ NİTELİK BAKIMINDAN MARKA KULLANIMI.....	13
1.3. MARKA KULLANIMININ TÜRK HUKUKUNDA VE ULUSLARARASI HUKUKTA DÜZENLENMESİ.....	16
1.3.1. Uluslararası Antlaşmalarda Düzenlenme Şekli.....	16
1.3.2. Avrupa Birliği Tüzük ve Direktiflerinde Düzenlenme Şekli.....	21
1.3.3. Türk Hukukunda Düzenlenme Şekli.....	25

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA KULLANIMINA İLİŞKİN İSPATI GEREKEN HUSUSLAR

2.1. GENEL OLARAK.....	33
2.2. NİTELİK BAKIMINDAN KULLANIM: MARKANIN CİDDİ KULLANIMI.....	34
2.2.1. Genel Olarak Markanın Ciddi Kullanımı.....	34
2.2.2. Markanın Temel İşlevlerine Uygun Kullanımı.....	42

2.2.2.1. İşleve Uygun Kullanımın Marka Çeşitleri Açısından Farklı Görünümleri	50
2.2.2.2. Ticari Adlar ve Markasal Kullanım	54
2.2.3. Markanın Tescil Edildiği Mallar ve/veya Hizmetler Kapsamında Kullanımı ..	59
2.2.4. Ciddi Kullanım İçin Hukuka Uygun Bir Kullanım Şart mıdır?.....	66
2.3. MARKANIN KİŞİ BAKIMINDAN KULLANIMI	67
2.4. MARKANIN ZAMAN BAKIMINDAN KULLANIMI.....	68
2.5. MARKANIN YER BAKIMINDAN KULLANIMI	72
2.6. MARKANIN KULLANIMI KABUL EDİLEN DURUMLAR	74
2.6.1. Markanın Ayırt Edici Karakteri Değiştirilmeksizin Farklı Unsurlarla Kullanılması	75
2.6.2. Sadece İhracat Amacıyla Mal veya Ambalajlarda Kullanım	84
2.6.3. Marka Sahibinin İzniyle Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım	85
2.7. KULLANIM İSPATINDA SUNULABİLECEK DELİLLER.....	88
2.8. MARKA KULLANIMINDA HAKLI SEBEP İSTİSNASI.....	94

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İTİRAZ VE DAVA AŞAMASINDA MARKA KULLANIMININ İSPATI

3.1. “KULLANIM İSPATI” “KULLANMAMA SAVUNMASI” VE “KULLANMAMA DEF’İ”-TERMİNOLOJİK İNCELEME	100
3.2. YAYIMA İTİRAZ AŞAMASINDA KULLANIM İSPATI.....	104
3.2.1. Yayım İtirazın Benzer Müesseselerden Farkı	105
3.2.1.1. Üçüncü Kişilerin Görüşü (<i>Observation by Third Parties</i>) ile Farkı ..	105
3.2.1.2. Kurum Kararlarına İtirazdan Farkı	108
3.2.2. Kullanım İspatı Talebinin İleri Sürülmesi.....	110
3.2.2.1. Kullanım İspatı Talebinin Şartları	110
3.2.2.1.1. Önceki Markanın Başvuru veya Rüçhan Tarihinde En Az Beş Yıldır Tescilli Olması.....	111
3.2.2.1.2. İtirazın Konusunun SMK m. 6/1 Kapsamında Karıştırılma İhtimali Olması.....	111

3.2.2.1.3. Talep Şartı	123
3.2.2.2. Kullanımın İspatlanması Usulü	125
3.2.2.3. Uzlaşma	130
3.2.4. Mükerrer Marka Başvuruları (Yineleme Başvuruları) (<i>Repeat Applications/ Re-Filings</i>).....	131
3.2.4.1. Genel Olarak	131
3.2.4.2. AB Marka Hukukunda Ele Alınışı	134
3.2.4.3. Değerlendirme	139
3.2.5. Kullanım İspatının Süre Bakımından Sınırı (<i>Belated Evidence</i>).....	141
3.3. DAVA AŞAMALARINDA	145
3.3.1. Markanın Hükümsüzlüğü Davalarında	147
3.3.1.1. Genel Olarak Markanın Hükümsüzlüğü Davaları	147
3.3.1.2. Markanın Hükümsüzlüğü Davalarında Kullanmama Def'i.....	155
3.3.1.3. Çift Kullanım Gerekliliği (<i>Double Use Requirement</i>).....	158
3.3.2. Marka Hakkına Tecavüz Davalarında	160
3.3.2.1. Genel Olarak Marka Hakkına Tecavüz Davaları.....	160
3.3.2.2. Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Kullanmama Def'inin İleri Sürülmesi	163
3.3.2.3. Önceki Tarihli Hakların Etkisi (SMK m. 155) Bağlamında Kullanmama Def'i	168
3.3.2.4. İhtiyati Tedbirlerde Kullanmama Def'i	171
3.3.3. Mahkemenin Kullanmama Def'ini Değerlendirmesi	172
SONUÇ.....	179
KAYNAKÇA	187
EK 1. ORJİNALLİK RAPORU	208
EK 2. ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU	210

KISALTMALAR DİZİNİ

AB/Birlik	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AIPPI	: International Association for the Protection of Intellectual Property
aşa.	: aşağıda
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bis	: mükerrer
Bthae	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
Bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
CJEU	: Court of Justice of the European Union
E.	: Esas
ed.	: editör/edited by
E.T.	: Erişim Tarihi
EU	: European Union
EUIPO/Ofis	: European Intellectual Property Office
EUTMD/Direktif	: 2015/2436 of European Union Trademark Directive
EUTMR/Tüzük	: 2017/1001 of European Union Trademark Regulation

EUTMDR	: 2018/625 of European Union Trademark Commission Delegated Regulation
EUTMIR	: 2018/626 of European Union Trademark Implementing Regulation
EUIPO	: European Union Intellectual Property Office
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
INTA	: International Trademark Association
IP	: Intellectual Property
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JIPLP	: Journal of Intellectual Property Law & Practice
K.	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
MarKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RG	: Resmî Gazete
No.	: Numara
OHIM	: Office for Harmonization in the Internal Market
para.	: paragraf
PK	: Sınai Mülkiyetin Korunmasına Yönelik Paris Konvansiyonu (Paris Convention for the Protection of Industrial Property)
s.	: sayfa

S.	: Sayı
SMK	: Sınaî Mülkiyet Kanunu
SMKY	: Sınaî Mülkiyet Kanunu Yönetmeliği
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TFM	: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TPMK	: Türk Patent ve Marka Kurumu
TRIPS	: The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
USPTO	: United States Patent and Trademark Office
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vol.	: volume
Yarg.	: Yargıtay
YİDK	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
yuk.	: yukarıda
yy	: yüzyıl
WIPO	: World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
WTO	: World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)

GİRİŞ

Tarihsel gelişim çizgisinde konumu son derece eskiye dayanan marka, bugünkü anlamını, 18. yy Sanayi Devrimi sonrasında kazanmıştır. Ticari işletmelerin, sundukları mallar ve/veya hizmetler bağlamında diğer teşebbüslerden ayırt edilerek piyasada var olma gerekliliği, marka korumasının da temelde çıkış noktasıdır. Bir diğer yanıyla da işletmelerin maddi varlıklarının yanı sıra, gayri maddi varlığı olarak da yer almaktadır. Markaların özellikle son yüzyılda artarak kazandığı önem, beraberinde hukuki koruma mekanizmasını da gerektirmiştir. Uluslararası ticaretin de yaygınlaşması sonucunda, sınai mülkiyet hakkı olan markaların küresel çapta da korunması zarureti doğmuş ve buna uygun uluslararası düzenlemeler de vücut bulmaya başlamıştır. Bu kapsamda Avrupa Birliği sınırları içinde malların ve hizmetlerin olabildiğince hızlı dolaşımını öngören düzenlemeler, markaları da kapsayacak şekilde, düzenlenmeye başlanmıştır. Türkiye de tüm bunlara uygun olarak iç hukukunu revize etmiş ve 10.01.2017 tarihli Sınai Mülkiyet Kanunu¹ ile AB işleyişine uyum sağlama yolunda adım atmıştır.

Marka, her ne kadar Sınai Mülkiyet Kanunu'nda tam olarak tanımlanmasa da SMK m. 4/1 hükmünde *“bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ...”* ibaresiyle dolaylı bir şekilde ifade edilmiştir. Markanın SMK'dan doğan haklara nail olabilmek içinse öncelikle tescil edilmesi gerekmektedir. Türk Patent ve Marka Kurumu'nun yayımlamış olduğu istatistiksel verilere göre², 2019 yılında toplam marka başvuru sayısı, bir önceki yıla nazaran %11,95 artmış ve 120008'den 134353'e çıkmış, ancak tescil edilen marka sayısı ise -%21,31 azalarak 105996'dan 83409'a inmiştir. Görüldüğü üzere marka başvurularının ret sayısı artmaktadır. Bu şekilde marka başvuru sayısı artış gösterirken, tescil edilebilen marka sayısının azalmasının sebebi; marka sahiplerinin tescilden sonra markayı kullanma külfeti altında olmaları ve kullanmamaya bağlı hukukî sonuçlara duçar olmalarında aranmalıdır.

¹ Resmî Gazete, Tarih: 10.01.2017, Sayı: 29944.

² <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/statistics/>

Tescil edilmiş bir markanın, sahibine sağladığı en önemli haklardan biri, markayı kullanma hakkıdır. Ne var ki marka sahipleri tescil aşamasında markalarını kullanma niyetinde olmadıkları mal ve/veya hizmet sınıflarında da tescil ettirmekte ve tescilin bahsettiği haklardan haksız yere yararlanmaktadır. Bu durumu önlemek amacıyla SMK'da çeşitli hükümler ihdas edilmiştir. Bunlardan birisi de, aynı zamanda çalışma konumuzun esasını teşkil eden, marka kullanımının ispatı olgusudur. Buna göre marka sahipleri, talep halinde üç farklı aşamada markasını kullandığını ispat etmek; aksi durumda sonuçlarına katlanma mecburiyetinde kalabilmektedir.

Çalışmamız üç bölümden müteşekkildir. Birinci bölümde, marka hukukunda kullanım kavramı açıklanmaya çalışılmış ve bu kullanımın ispatlanması gerekliliğinin amaç ve işlerliğinden söz edilmiştir. Bu kapsamda marka tescilinin ifade ettiği anlam ve esaslarla marka kullanımı arasında ilişki kurularak açıklanmıştır. Ayrıca, markayı kullanmamaktan doğan yaptırımların gerekçesi ile birlikte 10.01.2017 tarihinde ihdas edilmiş 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile öngörülen yeni düzenlemelerin, Türk marka hukukuna sağlayabileceği katkılara değinilmiştir.

İkinci bölümde, markanın kullanılması hususu maddî hukuk yönünden ele alınmıştır. Bu çerçevede konunun detaylandırılmasında, gerek SMK'nın kullanım esaslarının düzenlendiği 9'uncu maddesi, gerekse SMK'ye mehz teşkil eden AB Tüzük ve Direktifleri ve yerleşik içtihatları ışık tutmuştur. Ayrıca "markasal kullanım" kavramının kapsam ve sınırları, markayı haklı sebeple kullanmama kavramları ve diğer istisnaî hâller mukayeseli olarak ele alınmıştır.

Üçüncü ve nihayet son bölümde ise, kullanım ispatı usul hukuku yönünden incelenmiştir. Bu bölümde, öncelikle SMK m. 19/2 uyarınca, TPMK nezdinde kullanım ispatı talebinde bulunmanın koşul ve muhteviyatı ele alınmıştır. Ardından kanun koyucunun SMK m. 19/2 hükmüne gönderme yapmak suretiyle marka hakkına tecavüz ve markanın hükümsüzlüğü davalarında da kullanılmamanın bir def'i olarak ileri sürülebilmesi açıklanmıştır. Bu minval üzere, çalışmamızın konusuna esas teşkil eden AB marka hukuku düzenlemeleri, yeri geldikçe Türk marka hukukunda uygulanabilirliğiyle de mukayese edilerek incelenmeye gayret gösterilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKANIN KULLANILMASI OLGUSU

1.1. MARKA KULLANIMININ VE BU KULLANIMIN İSPATLANMASININ AMAÇ VE FONKSİYONLARI

Markalar, piyasa ekonomisinde ve modern toplum yapısında son derece önemli bir rol oynamaktadır³. Markalar, sunmuş oldukları malın veya hizmetin kaynağını gösterme ve bu suretle diğer mallar veya hizmetlerden ayrıştırılabilme niteliklerinden ötürü⁴, rekabete açık olup⁵, marka sahipleri için teşkil ettikleri ekonomik değer bir yana; işleyen, bozulmamış bir rekabet sistemi için de koruma altına alınması gerekli, bir işletmenin en önemli gayri maddi malvarlığı unsurları arasında yer almaktadır. CJEU/ABAD (*O tarihte “ATAD” olarak isimlendirilmişti.*) tarafından verilen ve Avrupa marka hukukunda son derece önemli bir karar olarak anılan⁶ “HAG” kararında da belirtildiği gibi, markalar bozulmamış bir rekabet sisteminde esaslı unsur teşkil etmektedir ve bu sistem, işletmelerin mallarının veya hizmetlerinin kalitesiyle müşterilerini kendilerine bağlayacak konumda olmasını gerektirmektedir⁷. Bunun için tescilli marka sahibine bazı münhasır haklar tanınmaktadır ve bu sayede marka sahibi, markasının başkaları

³ Tritton, Guy (Davis, Richard/ Longstaff, Ben/ Roughton, Ashley/ Quintin, Thomas, Tritton on Intellectual Property in Europe, London, 2014, s. 355, N. 3-001; Aplin, Tanya/ Davis, Jennifer, Intellectual Property, Text, Cases and Materials, Oxford 2017, s. 353; Marka hukukunun ekonomik yönden incelenmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Landes, William M./ Posner, Richard A., Trademark Law: An Economic Perspective, Journal of Law and Economics, vol. 30, No. 2, October 1987, (s. 265-309), s. 268 vd.; Cornish, William/ Llewelyn, David/ Aplin, Tanya, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights, London 2013, s. 37, N. 1-40; Dinwoodie, Graeme B./Janis, Mark D., Trademarks and Unfair Competition-Law and Policy, New York 2014, s. 15.

⁴ Marka hukuku, fikrî mülkiyet hukukuna şeklini veren alan olarak görülse de markaların işleyişinin altında yatan koruma mekanizması diğer fikrî mülkiyet haklarından farklılık arz etmektedir. Zira marka, müteşebbislere, kendi teşebbüslerinden doğan malları veya hizmetleri tanımlamak ve diğerlerinden ayrıştırılabilmek ve müşterilerine ulaşabilmek için bir iletişim kanalı sağlamaktadır. (Kur, Annette/ Sentleben, Martin) European Trademark Law, A Commentary, Oxford 2017, s. 3, N. 1.01.

⁵ Pila, Justine/ Torremans, Paul, European Intellectual Property Law, Oxford 2019, s. 346.

⁶ Uzunallı, Sevilay, Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, İzmir 2008, s. 68.

⁷ ABAD, C-10/89, “HAG”, T. 17.01.1990, para. 13; Benzer yönde kararlar için bkz.; C-206/01, “Arsenal Football Club PLC v. Matthew Reed”, T. 12.11.2002, para. 47; C-517/99, T. 04.01.2001, para. 21.

tarafından kullanılmayacağını bilerek, piyasa içerisinde kullanımını gerçekleştirebilmektedir⁸.

Gerek SMK’da gerekse çalışmamızın ilerleyen safhalarında bahsi geçecek olan diğer uluslararası düzenlemelerde markanın korunması için öngörülen esaslar markanın “tescilinden” geçmektedir, bu yönüyle tescil görünüşte hak sahipliğini ve buna bağlı olarak da söz konusu işareti kullananlara ya da kullanmak isteyenlere karşı üstünlüğü doğurmaktadır⁹. Tescil edilmiş bir markanın, biri diğerini tamamlayan, tıpkı bir madeni paranın iki farklı yüzü olarak düşünülebilecek, iki rolünden söz edilmektedir: Birincisi, malın veya hizmetin, diğerlerinden ayırt ediciliğini sağlamak, ikincisi, markanın bu rolünü yerine getirebilmesi için marka sahibinin, marka kapsamında korunan mal veya hizmetleri pazarlayabilmesini sağlayan, tescil sonucunda doğan mülkiyet hakkını yansıtan, üstün bir hakkın tanınması¹⁰.

Markanın tescili ile hedeflenen ve markanın başat işlevleri arasında yer alan “*mal ve hizmetleri birbirlerinden ayırt etme işlevinin*” gereği gibi yerine getirilmesi markanın kullanımını gerektirmektedir¹¹. Marka, bir teşebbüsün mallarını veya hizmetlerini diğer teşebbüslerinkinden ayırt etmeye yarayan ayırt edicilik işlevini yerine getirdiği müddetçe, diğer işlevlerini de yerine getirebilecektir¹². Bu yüzden markanın esaslı işlevlerinden biri olarak ayırt edicilik fonksiyonu öne çıkarılmaktadır. Nitekim, bir markanın tescil edilmesinin *ratio legis*’i, markayı, tescil edilmiş bulunduğu mal veya hizmetlerden ayırt

⁸ **Tritton**, s. 355, N. 3-001; **Pila/ Torremans**, s. 345; **Bainbridge**, David, Intellectual Property, London 2012, s. 688.

⁹ **Jehoram**, Tobias Cohen/**van Nispen**, Constant/ **Huydecoper**, Tony, European Trademark Law, The Netherlands 2010, s. 6; **Pahl**, Ali, Marka Hukukunda Tescil-Kullanım İlişkisi, Fikrî ve Sinai Haklar Sempozyumu, (ed. Ayşe Kübra Altıparmak), Ankara 2020, (s. 105-116), s. 110; **Prime Terence/Bootton**, David, European Intellectual Property Law, London 2017, s. 137.

¹⁰ **Tritton**, s. 356, N. 3-001; ABAD, C-317/91, “Deutsche Renault AG v. Audi AG”, T. 30.11.1993, para. 21.; Bu iki rolün tüketicilerin korunması yönünden değerlendirmesi için bkz. **Bainbridge**, s. 689.

¹¹ **Bektaş**, İbrahim, Sinai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali- AB Adalet Divanı’nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 17, S. 2, 2018, (s. 219-258), s. 223; **Jehoram/van Nispen/ Huydecoper**, s. 125.

¹² **Jehoram/van Nispen/ Huydecoper**, s. 68.

edecek şekilde piyasada yer edinmektir¹³. Bu itibarla kullanımın, tescilin hem amacı hem de sonucu olduğunu vurgulamak gerekir¹⁴.

SMK m. 7/1'in "*Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*" ifadesiyle de SMK bağlamında, kural olarak, marka hakkı ile markanın tescilinden doğan hakların eş anlamı içerdiği ifade edilebilir¹⁵. Bu bağlamda, mutlak bir hak olan marka hakkı¹⁶ sayesinde sahibinin tekelinde olan marka, markadan doğan en önemli hak olan kullanım hakkını da başkalarının kullanımına kapatmış olmaktadır¹⁷. Ayrıca uygulamada tescilin tüm mal ve hizmet sınıfları için yapıldığı, ancak bunların sadece bir kısmında gerçek anlamda kullanıldığı görülmektedir¹⁸.

Marka tescilinden doğan en temel hak, aynı zamanda bu mutlak hakkın müspet yönüne denk gelir şekilde, markanın kullanım hakkıdır¹⁹. Tescil edilmiş markanın sahibine sağladığı inhisar hakkı ve bu hakka dâhil olan yasaklama gibi olağanüstü yetkiler

¹³ **Pila/Torremans**, s. 348; **Bilge**, Mehmet Emin, Mehmet Emin, Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2014, s. 66.

¹⁴ **Isaac**, Belinda, Use For the Purpose of Resisting an Application for Revocation for Non-Use, in J. Philips and I. Simon (editors), Trademark Use, Oxford 2005, s. 223; **Bozgeyik**, Hayri, Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanılmamaya Bağlı Sonuçlar, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.1, Ankara 2010, (s. 457-479), s. 463.

¹⁵ **Bozgeyik**, Hayri, Marka Hakkının Korunması, Ankara, 2019. s. 6; MarKHK döneminde de benzer yorum için bkz. **Tekinalp**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 381-382; Birleşik Krallık marka sisteminde de benzer işleyiş için bkz. **Cornish/Llewelyn/Aplin**, s. 9, N. 1.07.

¹⁶ **Arkan**, Sabih, Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997, s. 126; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 381; **Kaya**, Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 34.

¹⁷ **Bilgili**, Fatih, Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu, TBB Dergisi, S. 74, 2008, (s. 29-42), s. 30; **Norman**, Helen E., Intellectual Property Law, Oxford 2014, s. 333-334; **Prime/Booton**, s.137; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal, Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, (s. 333-345), s. 336; Hamdi/**Ayoğlu**, Tolga, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.I, s. 489; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılmaması, s. 465.

¹⁸ **Akın**, Elif Betül, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Marka Tescil Süreçlerine İlişkin Düzenlemeler ve Yenilikler, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), (ed: Feyzan Hayal Şehirali Çelik), Bthae, Ankara 2017, (s. 175-206), s. 187; **Karasu**, Rauf (Suluk, Cahit/Nal, Temel), Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2019, s. 207; **Johnson**, Phillip, "So Precisely What Will You Use Your Trade Mark For?" Bad Faith and Clarity in Trade Mark Specifications, IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law 49.8, 2018, (s. 940-970), s. 941.

¹⁹ **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 19; Marka üzerindeki hakkın müspet yönü, markayla ilgili borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerin yapılabilmesi iken; menfi yönü marka hakkı sahibinin üçüncü kişilerin izinsiz kullanımlarına engel olabilme şeklinde görülmektedir. (**Kaya**, Marka Hukuku, s. 236); **Paslı** kullanma hakkını marka hakkının aktif yönü; izinsiz kullanımlara engel olma hakkını ise pasif yönü olarak nitelendirmektedir. (**Paslı**, Marka Hukukunda Tescil-Kullanım İlişkisi, s. 110).

yüzünden markanın korunması için sadece tescil edilmiş olması yeterli olmamalıdır²⁰. Ne var ki markanın tescil ya da başvuru anında, ticarete kullanılmış olması şartı aranmamaktadır²¹. Markanın kullanımının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde tescilden sonraki süreç esastır. Tescil, sadece markanın geçerli olduğuna yönelik aksi ispat edilebilir bir husustur, yoksa markanın kullanıldığı anlamına gelmemektedir²².

Nitekim marka koruması, markanın kullanımından bağımsız bir olgudur. Kural olarak kullanım olgusu, marka hakkının tesis edilmesinde değil, hakkın devam ettirilmesinde gereklidir²³. İşte, marka hakkının tescil yoluyla elde edilmesi, yani tescilin kurucu olmasının menfi bir yönü olarak da nitelendirilen bu durum²⁴, kullanma niyeti bulunmasa veya kullanılsa bile marka hukukuna özgü kullanımı sağlamayacak markaların tescil edilmesine sebebiyet vermektedir. Bu noktada tescil amacı farklı olan markalardan özellikle koruyucu ve yedek markalara değinilmelidir. Yedek markalar (ihtiyat markaları/tehdit markaları) için, gelecekte kullanma veya iktisaden değerlendirilebilme olasılığına dayanılarak, henüz kullanıma başlanmadan önce markanın tescili söz konusudur²⁵. Koruyucu marka ise, asıl markanın çekirdek unsuruna değişik tamamlayıcı unsurlar eklenmek suretiyle oluşturulan²⁶, asıl markayla karıştırılabilecek derecede benzerinin aynı ya da farklı mal veya hizmetler bakımından

²⁰ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 459; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 124; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 37; Yarg. HGK. E. 2010/695 K. 2011/47 T. 09.02.2011, "... Marka sahibine, markasını tescil ettirmesi nedeni ile tanınan koruma ve mutlak inhisarı hak, markanın işlevini yerine getirecek şekilde kullanılması koşuluna bağlanmıştır." (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

²¹ **Kur/Senftleben**, s. 213, N. 4.313.

²² **Norman**, s. 334; **Phillips, Jeremy/Firth Alison**, Introduction to Intellectual Property Law, London 1995, s. 288.

²³ **Dirikkan**, Hanife, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, (s. 219-280), s. 243; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 464; Bir markanın kullanımının gerçekleşmesi o markanın SMK hükümlerine göre tescil edilebilir niteliği haiz olduğu anlamına gelmeyeceği gibi, kullanım sonucu ayırt edicilik kazanma hâli durumunda marka tescil edilmemiş olsa bile mutlak ret sebebi ile reddedilmeden tescili mümkün olabilir. (**Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 8; **Doğan**, Beşir Fatih, Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR C. 6, S. 3, 2006, (s. 17-42), s. 20).

²⁴ **Jehoram/van Nispen/ Huydecoper**, s. 15; **Cornish/Llewelyn/Aplin**, N. 16-08.

²⁵ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 231; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 458; **Arseven**, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 113-114; **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku 1. Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 415-416; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 53; Bu markalarda tedbir markasının tescili marka sahibinin ileride iş alanını genişletme ihtimaline dayanabileceği gibi, üçüncü kişiler tarafından da tescil edilebilecek bir işaretin güvence altına alınması isteği olabilir. (**Bilgili**, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, s. 144).

²⁶ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 230.

oluşturulan ve başkalarının markayla aynı ya da benzer işaretlerin kullanılmasına engel olunmak amacıyla tescil ettirilen, aslında kullanılma amacı taşımayan markalardır²⁷. Koruyucu markanın oluşturulmasının asıl sebebi karıştırılmaya sebep olabilecek kadar benzer işaretlerin üçüncü kişilerce tescilinin veya fiilen kullanımının engellenmesidir. Bu kapsamda, asıl markanın kapsadığı mal ve/veya hizmet sınıfları dışındaki sınıflar için tescilli asıl markanın benzerleri tescil edilmektedir²⁸. Koruyucu ve yedek markalar için, SMK'nın öngördüğü sistemde tescil esnasında değil sonrasında kullanım esas olduğu için, tescil başvurusu yapıldığı sırada ne amaçla kullanılmak istendiğinin ya da kullanılmak istenip istenmediğinin anlaşılması uygulamada güçlük oluşturmaktadır²⁹.

Tescil edilmiş ve fakat hiç kullanılmamış yahut sonradan kullanımına son verilmiş bu tip markaların birikimi sonucunda işlevsiz, âtil ve yalnızca kâğıt üzerinde mevcudiyeti bulunan markalarla dolu bir marka sicilinin oluşması söz konusu olabilecektir³⁰. Tescilli markaların sayısının artmasıyla birlikte, ayırt ediciliği ve aynı zamanda da çekiciliği yüksek, teşebbüsle bağlantı tesis edebilen bir işaret bulmanın zorluğu da göz önüne alındığında, tescil edilmiş ancak kullanılmayan markalar, diğer işaretlerin piyasaya sürülmesinin önünde engel oluşturarak rekabet serbestisini haksız yere sınırlandırmaktadır³¹.

²⁷ **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 642; **Kaya**, Marka Hukuku, s.52-53; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 59; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 370; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s.460; **Çolak**, Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul 2018, s. 22; **Öçal**, Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi-İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak, Ankara 1967, s. 83.

²⁸ **Yasaman**, Hamdi/**Yüksel**, Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.I, s. 642; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 460.

²⁹ **Yasaman/Yüksel**, C.I, s.643; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 230; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 461.

³⁰ **Kur/Sentleben**, s. 455, N. 6.138; **Isaac**, s. 223; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 222; **Karan**, Hakan/**Kılıç**, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 315.; **Bilgili**, Markanın Kullanılması Zorunluluğu, s. 30. **Sert**, Selin, Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2007, s. 80; **Öçal**, s. 83.

³¹ **Kaya**, Arslan, Kullanılmama Sebebi ile Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, 2017, (s. 374-391), s. 375; **Özkök**, Başak, Marka Başvurusunun Yayımla İtiraz Aşamasında Kullanımın İspatı Talebi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 128, (s. 43-62), s. 45; **Yardimci**, E. Kerim/ **Sever**, Sarper, Genuine Use of Trademarks in Turkey, Genuine of Trademarks, AIPPI Law Series, Vol. 4, (ed.: Eléonore Gaspar), The Netherlands, 2018, (s. 418-435), s. 420.

Marka korumasının mezkûr teorik boyutu bir yana, pratikte markalar, teşebbüsler için son derece önemli bir ekonomik değeri temsil etmektedirler³². Gayri maddi malvarlığı oluşundan ötürü marka, diğer işletmelerden farklılığını ortaya koyarak, kendini mal veya hizmetlerde tanıtmak üzere öne çıkmaktadır³³. Bu yüzden kullanılmayan markaların, markanın monopolistik karakterinden³⁴ göreceği zarar sonucunda diğer işletmelerin ve en nihayetinde piyasanın önünü haksız yere tıkayabilecek bir durum oluşabilmesi olasıdır³⁵. Bu şekilde sicilde yer alan fakat kullanılmayan markalardan ötürü, diğer teşebbüsler söz konusu marka ile aynı veya benzer işareti kullanamamakta ve kendilerine uygun işaret bulmakta zorluk çekebilmektedir³⁶. İşte SMK m. 9'da düzenlenmiş bulunan kullanım külfetinin amaçlarından biri de markadan doğan tekel hakkının olumsuz sonuçlarını önleyebilmek ve marka sicilini bu âtıl ve işlevsiz konumundan kurtarmaktır³⁷.

Bununla birlikte kullanılmayan markalara yönelik re'sen (*ex officio*) önlemler alınmadığından, bu markalar sicilde kayıtlı kalmaktadır³⁸. Bu şekilde, kâğıt üstünde kalan marka tescilleri üzerinde kurumsal bir kontrol mekanizması oluşturulmadıkça da

³² **Cornish/Llewelyn/Aplin**, N. 16.22; Bu yönüyle marka hakkının iktisadî bir hak olarak nitelendirilmesine ilişkin bkz. **Jehoram/van Nispen/ Huydecoper**, s. 7; **McClelland**, Paul, Partial Non-Use Cancellation of Trademark Registrations, Singapore Academy of Law Journal 28(1), (s. 286-302) s. 287.

³³ **Turner**, Jonathan D.C., Intellectual Property and EU Competition Law, Oxford 2015, s. 373, N. 7.01; **Arseven**, s. 847; **Pashı**, Ali, Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul 2014, s. 537; Markanın gayri maddî niteliğinin aynı zamanda marka hakkını tecavüze de elverişli kıldığı belirtilmiştir. Bkz. **Uzunallı**, Sevilay, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012, s. 13.

³⁴ **Norman**, s. 334; **McCelland**, s. 286.

³⁵ **Güneş**, İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Ankara 2018, s. 245; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 223; **McClelland**, s. 287.

³⁶ **Turner**, s. 379, N. 7.07; **Oğuz**, Arzu, Markanın Kullanılmama Nedeniyle İptali Konusunun Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 128, Nisan 2017, (s. 21-31), s. 23.

³⁷ **Karan/Kılıç**, s. 316; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 457; Yarg. HGK E. 2010/695 K. 2011/47 T. 09.02.2011, "... Bu düzenleme ile, tescil işleminin KHK bakımından tüm sonuçları ile yarattığı tekel hakkının, markalar sicilini kullanılmayan, gözlerden uzak, bir köşeye atılmış ve kimselerin dokunamadığı markalar deposuna dönüştürmesi olgusu, markayı kullanma zorunluluğu ile, engellenmeye çalışılmıştır." (www.lexpera.com, E.T.:04.12.2019).

³⁸ **Kur**, Annette Convergence After All? - A Comparative View on the U.S. and EU Trademark Systems in the Light of the Trade Mark Study, Journal of Intellectual Property Law 19, No. 2, (Spring 2012), (s. 305-324), s.310; **Aaron**, Tara M /**Nordemann**, Axel, The Concepts of Use of a Trademark Under European Union and United States Trademark Law, Trademark Review, Vol. 104, 2014, (s. 1186-1240), s. 1196; **Johnson**, s. 944.

bu durum artarak devam edebilecektir³⁹. Bu noktada, sicili, kullanılmayan markalar sicili yığınınına dönüşmekten kurtaracak hukukî çare, *markanın kullanılması külfeti* olarak karşımıza çıkmaktadır. Markanın öngörülen şekilde kullanılmaması durumunda, marka hakkının kaybedilebilmesi anlamına gelen “kullan ya da kaybet” (*use it or lose it*) ilkesi⁴⁰ kapsamında marka sahibi, markasını öngörülen şekilde kullanmazsa bunun sonuçlarına katlanmaya hazır olmalıdır.

Kullanım külfetinin sonucu olarak markanın iptali söz konusu olursa marka yeniden “*res nullius*” (mülksüzlük/kimsenin aidiyetinde olmama) niteliğinde olur⁴¹ ve tekrar piyasada başkaları tarafından tescil edilebilir hâle gelir⁴². Kullanılmayan bir markanın sicilden terkinin sonucunda diğer teşebbüslerin bu işareti marka olarak tescil ettirmek ve kullanmak hakları doğacaktır. Kullanılmayan markalar için öngörülen bu yaptırımlar sonucunda markanın sicilden silinebilmesinde kamu yararı olduğunu da belirtmek gerekir⁴³. Ayrıca, marka sicili de resmî bir sicildir ve biçimsel olarak hakkın varlığına delâlettir⁴⁴. Bu şekilde sadece sicilde görünüşte var olan ancak kullanılmayan markanın iptalinde kamu yararı söz konusudur⁴⁵.

Ne var ki MarKHK döneminde markanın kullanılmamasına bağlanmış olan tek hukukî sonuç markanın iptali idi⁴⁶. Kullanılmayan markanın, sonraki tarihli başvurularda

³⁹ **Kur/ Senftleben**, s. 213, N. 4.314; **Yusufoğlu Bilgin**, Fülürya, Kullanma Niyeti Olmaksızın Markanın Kötüniyetli Olarak Tescili ve Hükümsüzlüğü, Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2019, Ankara 2020, (s. 345-377), s. 348.

⁴⁰ **Norman**, s. 334; **Trimmer**, Bonita/ **Parsons**, Giles, How Genuine Use Is Treated across the EU, Managing Intellectual Property, 261, 2016, (s. 38-41), s. 38; Annual Review of EU Trademark Law, 2018 in Review, Vol. 109, No. 2, March-April 2019, (s. 442-617), s. 513, https://www.inta.org/wp-content/uploads/public-files/resources/the-trademark-reporter-european-union-trademark-law/vol109_no2_a1_scourfield.pdf

⁴¹ **Cojanu**, Toma-Cosmin, Revocation of Registration-European Means of Protecting Trademarks, International Conference: Law Between Modernization and Tradition, (12-21 April, 2015-Bucharest, (s. 357-364) s. 362.

⁴² **Kaya**, Arslan (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Nomer Ertan, Füsün), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019, s. 503.

⁴³ **Sert**, s.81; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 223; **Sönmez**, Numan Sabit, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar, İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 76/1, 2018, (277-308), s. 285.

⁴⁴ **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 465.

⁴⁵ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 224.

⁴⁶ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 459; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 327; **Merdivan**, Fethi, Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def'i, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Bthae, (ed.: Feyzan Hayal Şehirli Çelik), Ankara 2017, (s. 483-522), s. 484; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 685.

savunma olarak ileri sürülebilmesi veya sonraki tarihli tecavüz ya da hükümsüzlük davalarında def'i olarak ileri sürülmesinin de önü açık değildir⁴⁷. Bu yüzden marka sahipleri markalarını kullanmasa dahi, tescil başvurularına itirazda bulunup bunların reddine sebebiyet verebilmekteydi. Benzer şekilde kullanım gerçekleşme dahi, sırf marka korumasının kullanımdan bağımsız oluşundan ötürü, hükümsüzlük ve tecavüz davalarını da açabiliyorlardı. Netice olarak markalar henüz başvuru aşamasındayken, sicilde görünüşteki hak sahipliğine dayalı olarak itiraz edilebilmesi, kullanılmayan markalar için MarKHK döneminde sorun teşkil etmekte idi⁴⁸. Salt marka sicilindeki hak sahipliğine dayalı olarak ve markanın korunması için kullanılmasının gerekmediğinden hareketle hükümsüzlük ve tecavüz davalarının da davaya mesnet markalar kullanılmıyor olsa dahi açılabilmesinin önünde bir engel yoktu⁴⁹. İlâveten, önceki tarihli müseccel marka ile karıştırılma ihtimali bulunan bir markanın her nasılsa itiraza uğramadan ya da itiraz reddedilerek tescil edilmiş olması hâlinde, sonraki tarihli kullanım “tescile” dayandığı için hukuka uygun bulunması gerektiği yönünde bir eğilim söz konusuydu⁵⁰. Bu durumda salt tescilin varlığı, markanın kullanımı için de hukuka uygunluk sebebi olarak addediliyordu. Öyle ki Yargıtay uygulamasında sonraki tarihli izinsiz kullanım hâlinde bu kullanımı gerçekleştiren kişinin marka tescil başvurusu yapmış olması hâlinde, tescil gerçekleşirse, bu izinsiz kullanımın tescilli markaya dayalı bir kullanım hâline geleceğine binaen, tescil başvurusunun neticelenmesi gerektiğine yönelik karara rastlanmaktadır⁵¹.

⁴⁷ Merdivan, s. 484.

⁴⁸ SMK m. 19/2 Gerekçesinde de bu durum “*Bu düzenleme ile tescilli markaların piyasada etkin şekilde kullanılmasının sağlanması ve yayıma itiraz müessesesinin afaki veya kötüniyetli bir şekilde kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁹ Merdivan, s. 484.

⁵⁰ Yarg. 11. HD., E. 2013/3383 K. 2014/10009 T. 29.5.2014, “*Markaların tescilli oldukları süre içindeki kullanımları, gerek dava tarihinde yürürlükte olan 556 sayılı KHK, gerekse daha önceki mevzuat ile sağlanan koruma kapsamında olup, tescilli bir markanın haksız kullanımından söz edilemez. Markaların hükümsüzlüğü yolunda kararlar ile sicilden terkinleri sağlandıktan sonra korumaları kalkacak ve bu tarihten itibaren kullanımlarının haksız rekabet oluşturduğu ileri sürülebilecektir.*”; Benzer yönde bkz. Yarg. 11 HD. E. 2001/9120 K. 2002/896 T. 05.02.2002; 11. HD., E. 2004/123 K. 2004/9287 T. 04.10.2004 (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020)

⁵¹ Yarg. 11 HD. E. 2012/90 K. 2013/1110 T. 21.01.2013, “*Mahkemece söz konusu başvurunun henüz sonuçlanmadığı, sonuçlansa dahi davacının tescilli marka hakkının ihlaline sebebiyet verdiğiinden bahisle davalı yararına bir hukuki sonuç doğurmayacağı görüşü ile bu başvurunun kapsadığı emtia bakımından da marka hakkına tecavüzün önlenmesine karar verilmiş ise de, 556 Sayılı KHK'nın 40. maddesi uyarınca söz konusu başvurunun tescil ile sonuçlanması halinde koruma süresi başvuru tarihinden itibaren başlayacağından, tescil kesinleştiğinde davalının söz konusu kullanımının dava tarihi itibarıyla tescilli bir marka hakkından doğan kullanım olacağı kabulü gerekir. Bu nedenle anılan marka tescil*

İşte SMK m. 19/2 ve bu hükme dayalı olarak dava aşamalarında düzenlenmiş bulunan kullanmama savunması ile öngörölmüş bulunan işbu ispat külfeti müessesesinin, başlıca amacı⁵², markayı kullanma külfetini bir adım öteye götürmek ve külfetin sonucu olarak da markasını kullanmadığı zaman, itiraz sahibi veya davacının, markasını kullandığını ispatlamaya zorlamaktır. Kısaca, kullanım ispatının amaçlarından birisi, kullanılmadığı için iptal edilebilecek bir markanın, itiraz işlemlerine konu edilmesini önlemektir⁵³. Bu şekilde marka sahibi, deyim yerindeyse ya kanıt sunmaya ya susmaya (*put up or shut up*) yöneltilmektedir⁵⁴.

Kullanım ispatının ekonomik yönden fonksiyonu ise, uygulamada kullanılmayan markalara dayanılarak yapılan itirazlar sonucunda, yeni müteşebbislerin suni bir piyasaya giriş engeline maruz kalmalarını önlemek ve bu suretle piyasanın canlanmasına katkıda bulunmaktır⁵⁵. Kullanımın ispatının amacı piyasayı canlandırabilmek ve âdil bir rekabet ortamının gelişmesine hizmet etmek olarak ele alınabilirse de ekonomik açıdan bununla sınırlı olduğunu ifade etmek gerekir. Şöyle ki, ABAD kararlarında da belirtildiği gibi, kullanım ispatının amacı, teşebbüslerin ticari başarısını ya da ekonomik stratejisini değerlendirmek olmadığı gibi markaların sadece büyük ölçekli ticari kullanımıyla sınırlı da değildir⁵⁶.

Markanın kullanım zorunluluğunun bir başka amacı da daha az sayıda tescilli markayı piyasada bulundurarak, sicildeki kayıtlı marka sayısını azaltmak suretiyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları sayıca azaltmaktır⁵⁷. Aslında, bu yönüyle SMK m. 19/2 ve

başvurusunun sonucu beklenmeksizin yazılı gerekçeyle bu başvurunun kapsadığı 11. sınıf emtia bakımından da davanın kabulü doğru görülmemiş, kararın bu gerekçe itibarıyla bozulması gerekmektedir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

⁵² Kullanımın ispatlanması külfetinin temel amacı bu olsa da aslında bu düzenlemenin de 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun esas gayesine paralel şekilde, AB mevzuat ve uygulamasına uyum sağlamak üzerine düzenlendiğini ifade etmek gerekir. (Bkz. Kullanım İspatı Kılavuzu, <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/B4609CED-66A9-4096-A33A-DA99A1A0DE04.pdf>, s. 3)

⁵³ Tritton, s. 731; Güneş, Marka Hukuku, s. 19.

⁵⁴ Bainbridge, s. 753.

⁵⁵ ABAD, C-149/11 “Leno Marken BV v Hagelkruis Beheer BV (*ONEL/OMEL*)T. 19.12.2012, para. 32; Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 3.

⁵⁶ ABAD, T-334/01, “MFE Marienfelde GmbH v OHIM” (Hipoviton), T. 08.07.2004, para. 32; t-203/02, “Vitafruit” T. 08.07.2004, para. 38.

⁵⁷ AB Genel Mahkemesi, T-174/01, “Goulbourn v. OHIM” (*Silk Cocoon*), T. 12.03.2003, para. 38; Aaron/Nordemann, s. 1196; Seville, Catherine, EU Intellectual Property Law and Policy, United Kingdom, 2016, s. 397.

SMK m. 9 hükümleri birbirini tamamlayıcı niteliktedir⁵⁸. ABAD “*Silk Cocoon*” kararında da belirtildiği gibi, markanın ciddi biçimde kullanıldığının ispat edilmesi gerekliliğinin sebebi öncelikle tescil edilen ve marka koruması kapsamına alınan markaların sayısını azaltmaktır⁵⁹. Bu suretle uyuşmazlıkların da sayısı azalabilecektir. Bu yönüyle, kullanım ispatı müessesesinin *usul ekonomisine* katkı sağlayabileceği de öngörüsünde bulunulabilir⁶⁰. Şöyle ki başvurunun yayımına itiraz aşamasında, başvuru sahibi itiraz sahibinden markanın kullanıldığını ispat etmesini talep edince marka sahibi kullandığını ispat ederse başvuru reddedilecek ve ilerleyen safhalarda böyle bir markanın iptali ya da hükümsüzlüğü için dava açılmasına gerek kalmayacak; bu sayede muhtemel uyuşmazlıkların sayısında azalma yaşanabilecektir. Nitekim hukuk yargılamasında usul ekonomisi, yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını önleme yönüyle de değerlendirilmektedir⁶¹. Dava aşamalarında ise, davalı tarafından markanın kullanılmadığının def’i olarak ileri sürülmesiyle birlikte, davacı markasını kullandığını ispat edemezse dava reddedilecektir. Keza 556 sayılı MarKHK döneminde marka hakkının ihlâli davalarında; kullanmama def’i ileri sürülemediği için karşı dava olarak markanın kullanmamaya dayalı hükümsüzlüğü ya da ayrı bir davada açıp birleştirme talep edilmesi; marka öngörülen biçimde kullanılmıyorsa davaların birleştirilip markanın iptal edilmesi yolu izlenmekteydi⁶². SMK’nın yeni düzenlemesi ile, ayrıca bir dava daha açma külfeti ortadan kalkmıştır. Bu suretle yargılamanın daha hızlı çözümlenmesi suretiyle de usul ekonomisine katkı sağlanacağı ifade edilebilir⁶³.

⁵⁸ Güneş, s. 252.

⁵⁹ ABAD, T-174/01, “Goulbourn v. OHIM - Redcats (Silk Cocoon)”, T. 12.03.2003, para. 3.

⁶⁰ ABAD C-610/11, “Centrotherm Systemtechnik GmbH v. OHIM” T. 26.09.2013, (para. 61) kararında önceki marka sahibinin markasını kullandığını ispatlama külfetinin prosedürel etkililiği de sağlayacağını ifade etmiştir.

⁶¹ Yılmaz, Ejder, Usul Ekonomisi, AÜHFD, Ankara 2008, (s. 243-274), s. 252.

⁶² Yasaman, Hamdi, Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Bthae, (ed.: Feyzan Hayal Şehirali Çelik), Ankara 2017, (s. 125-172), s. 168; Çolak, Marka Hukuku, s. 685; Çağlar, Hayrettin, Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara 2015, s. 183; Akın, s. 188; Bilir, Döndü Deniz, Marka Kullanmama Def’i, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı, (Bildiriler Kitabı), (16-22 Aralık 2019), (s. 221-245), s. 230.

⁶³ Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 379; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 70; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 156.

1.2. HUKUKÎ NİTELİK BAKIMINDAN MARKA KULLANIMI

Markayı kullanma ve kullanımını ispatlama külfeti açısından incelenmesi gereken bir diğer husus hukukî nitelik noktasındadır. Markanın kullanılmasının hukuki niteliği konusunda Türk marka hukuku öğretisinde, bu hakkı kullanmamaya bağlanmış olan sonuçlar üzerinden hareket etmek suretiyle farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler, yükümlülük (mükellefiyet), külfet ve zorunluluk olarak üç kısımda derlenebilir.

Markanın kullanılmasının, marka sahibi için bir yükümlülük olduğunu kabul eden görüşe göre⁶⁴, tescil edilmiş bir markanın korunabilmesi için marka sahibi markasını tescil edildiği biçimde ve tescil amacına uygun biçimde kullanmakla yükümlüdür. Yükümlülük kavramında, taraflar arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklı olarak beraberinde bir borç meydana gelmektedir⁶⁵. Bu borçtan ötürü kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirmeyen taraf yaptırıma tâbi tutularak (ifa veya tazminat davası) edimini ifaya zorlanabilir⁶⁶. Hâlbuki markasını kullanmayan marka sahibi, markasını kullanmaya herhangi bir şekilde zorlanamayacağı gibi bundan ötürü tazminata da mahkûm edilemez; TPMK'nın re'sen veya üçüncü kişilerin talebiyle, marka sahibini markasını kullanmaya zorlaması gibi bir durum da söz konusu değildir⁶⁷. Bu sebeplerden dolayı, markanın kullanımının hukukî nitelik olarak bir yükümlülük olmadığı ifade edilebilir.

⁶⁴ **Arkan**, Sabih, Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998, s. 145; **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 426; **Karan/Kılıç**, s.314; **Güneş**, s. 244.; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 463 vd.; **Sert**, s. 78.; **Özdamar Doğan**, Emine, Markanın Kullanılmaması Sebebiyle Hükümsüzlüğü, TBB Dergisi, S. 114, (s. 202-217), s. 204.

⁶⁵ **Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 45; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 29

⁶⁶ **Kılıçoğlu**, s. 45; **Eren**, s. 29; **Fauvarque-Cosson**, Bénédicte/**Mazeaud**, Denis, European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Walter de Gruyter, 2009, s. 39.

⁶⁷ **Özarmağan**, Müge, Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2008, s. 25.

Bir diğ er görü ş ise marka kullanımının sahibi için külfet teşkil ettiğ i yönündedir⁶⁸. Külfet (*Obligeinheit*⁶⁹/*Incombance*⁷⁰), hukuk düzeninin kişiye yüklemiş olduğu, kişinin bu davranış ı yerine getirmeye zorlanamayacağı bir davranış biçimidir⁷¹. Ancak külfet sahibi, bu davranış ın yerine getirilmemesi hâlinde haklarını kısmen veya tamamen kaybedeceğ ini, kendi yararına sonuç doğurabilecek bir hukuki durumdan mahrum kalabileceğ ini bilmektedir⁷². Başka deyiş le, külfet, haktan yararlanmak için belli gereklilikleri yerine getirmekle yükümlü tarafın, bu gereklilikleri yerine getirmemesi durumunda, söz konusu haktan yoksun kalabilmesini ifade eder⁷³. Külfette de belli bir davranış edimi konu edinilmekle birlikte, bu davranış ın yerine getirilmemesi ifa ya da tazminat davası gibi diğ er tarafa karşı bir sorumluluğ a yol açmamaktadır⁷⁴. Buradaki tek yaptırım, külfeti yerine getirmekle yükümlü olan kişinin kendi yararına olan hukukî durumu kaybedebilecek olmasıdır. Külfet yükümlüsü, söz konusu davranış ı yerine getirdiğ i takdirde, kendi yararına sonuç doğuracak hakkın kaybını önlemektedir⁷⁵.

Öğretide *Kaya*, markayı kullanma külfetini muhatabın yerine getirmeye zorlanamayacağı ancak yerine getirmemesi hâlinde hak kaybına uğramayı göze alması yönüyle ele almıştır⁷⁶. Bu görüş e, *Yasaman/Yüksel*, markanın kullanılmaması sonucunda doğrudan bir hak kaybı gerçekleşmediğ i gerekçesiyle katılmamaktadır⁷⁷. Bu üçüncü görüş e göre, marka kullanımı, marka sahibi için bir zorunluluk olarak ele alınmalıdır⁷⁸.

⁶⁸ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 234; **Kaya**, Kullanılmama Sebebi ile Markanın İptali, s. 376.; **Pahlı**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 541; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 115; **Sönmez**, s. 279; **Çoşğ un**, Gizem, Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılmaması, Ankara 2018, s. 35.; **Merdivan**, s. 485.

⁶⁹ Kavram, “yükümlenti” olarak da anılmaktadır. (Bkz. **Aday**, Nejat, Özel Hukukta Yükümlenti Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 2000, s. 7; **Bozkurt**, Tamer, Sigorta Hukuku, İstanbul 2018, s. 105); “Külfet” kavramı, esasında borçlar hukukuna sigorta hukukundan aktarılmış bir kavramdır.; **Aday**, s. 9 vd. **Kocayusufpaşaoğ lu**, Necip (Kocayusufpaşaoğ lu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, İstanbul 2009, s. 32; Detaylı bilgi için bkz. **Kayhan**, Şaban/**Bağcı**, Ömer, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, Kocaeli 2016, s. 179.

⁷⁰ Külfet kavramı, İsviçre, Belçika ve Fransız hukuk sistemlerinde “*incombance*” olarak anılmaktadır. (**Fauvarque-Cosson/ Mazeaud**, s. 562).

⁷¹ **Eren**, s. 29; **Kılıçoğ lu**, s. 45.

⁷² **Kocayusufpaşaoğ lu vd.**, s. 32-33; **Eren**, s. 29; **Kılıçoğ lu**, s. 45.

⁷³ **Fauvarque-Cosson/ Mazeaud**, s. 562.

⁷⁴ **Kılıçoğ lu**, s. 45.

⁷⁵ **Eren**, s. 29.

⁷⁶ **Kaya**, Kullanılmama Sebebi ile İptal, s. 376.

⁷⁷ **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 628.

⁷⁸ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.459; **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 628; **Uzunalli**, Marka Hukuku, s. 121; **Bilgili**, Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğ u, s. 30; **Karaca**, Osman Umut, Markayı Kullanma Zorunluluğ u ve Kullanılmamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2017, s. 31; **Özarmağ an**, s. 28; SMK Gerekçesinde de marka kullanımının bir zorunluluk olarak ele alındığ ı görülmektedir; SMK m. 9 Gerekçesi: “... *Madde hükmünde*,

Buna göre, markasal koruma için markanın kullanılması şart değildir, yeter ki marka tescil edilmiş olsun. Yargıtay içtihatlarında ise her üç terimin de kullanıldığı görülmektedir⁷⁹.

Marka kullanımının külfet ya da zorunluluk olarak nitelendirilmesine şu yönden yaklaşılabılır: Külfette hakkı elde edememek veya kaybetmek sadece risk olarak mı taşınmaktadır, yoksa bu haktan mahrumiyet muhakkak gerçekleşecek midir? Külfeti oluşturan davranışı yerine getirmek, hak kaybını önlemek suretiyle sahibi yararına olumlu sonuçlar doğurur; fakat bu davranışı yerine getirmemek, sahibini bu davranışı yerine getirmeye zorlayamaz⁸⁰. Oysa külfette, “zorunluluk” görüşünde ifade edilenin aksine, marka sahibi markasını kullanmayabilir ve tescilini yenilediği müddetçe markasını kullanmasa dahi markadan doğan hakları devam edecektir; sadece marka sahibi, hak kaybına uğrama riskini taşımaktadır ve bunu göze almıştır⁸¹. Bir başka açıdan da markayı kullanmanın bir zorunluluk olarak kabulü, bu zorunluluğun yerine getirilmemesinin karşılığında hukuka aykırılık teşkil edilmesinin de kabulü anlamına geleceği için terminolojik olarak sakıncalı görülebilir⁸².

SMK m. 19/2’de itiraz sahibinin, itiraza mesnet markanın kullanıldığını ispat edememesinin sonucunda, itirazın reddedilmesi yaptırımı doğmaktadır. Bu durumda itiraz sahibine, markasını kullanmaya yönelik herhangi bir zorlamada bulunulmamaktadır, sadece markasını kullansa idi elde edeceği başvurunun reddedilmesini sağlayabilme hakkından mahrum kalmıştır. Bu itibarla kullanım ispatı,

kullanma zorunluluğu bakımından, markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıl kesintisiz ara verilmesi şeklinde iki ayrı durum düzenlenmiştir.”

⁷⁹ Yarg. 11. HD. E. 2018/1904 K. 2019/3384 T. 6.5.2019, “...dolayısıyla mahkememizin iptal edilen kararname hükmüne dayalı olarak davalıya **markasını kullanma külfetini** yükleyemeyeceği...”, Yarg. 11. HD. E. 2019/1765 K. 2019/4421 T. 14.6.2019, “Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verileceği, söz konusu madde hükmünün, hem geçmişte tescil edilen markalar için hem de gelecekte tescil edilecek **markalar için kullanma külfeti getirdiği, ...**”; İstanbul BAM, 16. HD. E. 2018/3360 K. 2019/1500 T. 08.07.2019 “... **markanın kullanılması zorunluluğunun** getirildiği, öngörülen 5 yıllık kesintisiz kullanmama hali söz konusu olduğunda, markanın iptaline mahkeme tarafından karar verilebileceği”; 11. HD. E. 2018/2336 K. 2019/6820 T. 05.11. 2019, “Davacı vekili, davalı firmanın dava konusu 2002/18957 sayılı markasının 42. sınıfta tescilli olduğunu, ancak bir kısım hizmetler bakımından tescil ettirdiği **markayı kullanma yükümlülüğünü** yerine getirmediğini ileri sürerek...” (www.lexpera.com.tr, E.T:15.02.2020)

⁸⁰ Eren, s. 45; Fauvarque-Cosson/ Mazeaud, s. 562.

⁸¹ Kaya, Kullanılmayan Markanın İptali, s. 376.

⁸² Kaya, Kullanılmayan Markanın İptali, s. 376.

markayı kullanma külfetinin, olumsuz sonucunu doğurmaktadır; yani markasını kullanım esaslarına göre kullanmayan marka sahibinin, bu davranışı ile taşıdığı riziko meydana gelmekte ve bunun sonucu olarak hak kaybına uğramaktadır. Bu yüzden, tekrara düşmemek maksadıyla külfet nitelendirmesine yönelik açıklamalarımıza dayanarak, marka başvurusunun yayımına itiraz aşamasında da markanın kullanılmasının ispatlanması olgusunun, itiraz sahibi açısından külfet teşkil ettiği ifade edilebilir⁸³.

1.3. MARKA KULLANIMININ TÜRK HUKUKUNDA VE ULUSLARARASI HUKUKTA DÜZENLENMESİ

1.3.1. Uluslararası Antlaşmalarda Düzenlenme Şekli

Sanayileşme ile modern bir hâl almaya başlayan marka hukukunda; bu sürecin etkisiyle, her ülkedeki fikrî ve sınaî hakların kendi yasaları kapsamında korunması gerektiği yönündeki kabul değişime uğramıştır. Başka bir deyişle, marka koruması diğer coğrafi bölgeleri de kapsayacak şekilde genişlemedikçe durumun sorunlu bir hâl alabileceği olması, markanın uluslararası düzeyde de korunması ihtiyacını beraberinde getirmiştir⁸⁴. Markanın yurt içinde ve yurt dışında korunması pazar payının sürdürülebilirliği açısından ulusal ve uluslararası boyutta önemi haizdir⁸⁵. İşletmelerin en önemli gayri maddi malvarlığı unsurları arasında olan marka⁸⁶, temel işlevlerinden olan, işletmelerin mal ve/veya hizmetlerini diğerlerinden ayırt edici kılabilme özelliğini⁸⁷,

⁸³ Güneş, s. 252; Özkök, s. 46; Coşğun, s. 127; SMK m. 19/2'nin def'i olarak ileri sürülebilmesindeki inceleme için bkz. aşa. 3.3.3. "Mahkemenin Kullanmama Def'ini Değerlendirmesi".

⁸⁴ Kur/ Senftleben, s. 28, N. 2.02; Aynı zamanda hızla değişen ve sanayileşen toplumda resmî bir sistem gerekmekeydi ve bunun devlet otoritesinin merkezinde gerçekleşmesi gerektiğinin anlaşılması da tescile dayanan AB marka sisteminin doğmasına neden olmuştur. (Pila/ Torremans, s. 345).

⁸⁵ Yardımcı/ Sever, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 418.

⁸⁶ Yarg. 11 HD. E. 2001/844 K. 2001/3429 T. 9.4.2001, "Marka hakkının hukuki işlemlere konu olup olamayacağına gelince; gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir." (www.lexpera.com, E.T. 10.09.2019); Marka hakkı, maddi varlığı olmamasından ötürü soyut, gayri maddi bir mal üzerindeki hakkı ifade eden, para ile ölçülebilir olmasından ötürü malvarlığı hakkı olup ve mutlak hak olma niteliğini haizdir; bu itibarla herkese karşı ileri sürülebilmektedir. (Karayalçın, Ticarî İşletme, s. 467; Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, s. 9; Kaya, Marka Hukuku, s. 39; Uzunallı, Sevilay, Marka Hukuku, Ankara 2019, s. 22-23; Arkan, Marka Hukuku, C.I, s. 1; Kara, Elif, Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi, İstanbul 2018, s. 11; Ayhan, Rıza/ Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2019, s. 107.

⁸⁷ Marka, ayırt edici işaretler arasında bir "prototip" oluşturmaktadır. (Pahlı, Uluslararası Antlaşmalar, İstanbul 2014, s. 21).

küresel düzeyde de sağlayabilmek için birçok uluslararası antlaşmaya konu olmuş ve bu antlaşmalara uygun olarak iç hukukumuz da şekillenmiştir. Bu yüzden, Türk marka hukukunun bir diğer kaynağının da AY m. 90 uyarınca uluslararası antlaşmalar olduğunu ifade etmek gerekir⁸⁸. Markaların konu edilmiş olduğu birçok uluslararası antlaşma bulunmaktadır⁸⁹, ancak çalışma konumuz itibarı ve sınırı kapsamında, marka kullanımının usul ve esaslarının düzenlendiği antlaşmaların; Sınai Mülkiyetin Korunmasına Yönelik Paris Konvansiyonu (“*Paris Convention for the Protection of Industrial Property*”)⁹⁰ ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (“*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*”)⁹¹ olarak ifade edilebilir. Marka hukukunun maddî hukuk boyutuyla minimal düzeyde uyumlaştırılması PK ve TRIPS’in

⁸⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90/5: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”; Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 4’üncü maddesi de, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin KHK hükümlerinden daha elverişli olması halinde, marka korumasından yararlanma hakkı olan kişilerin, milletlerarası anlaşmaların elverişli hükümlerinin uygulanmasını talep etme hakkına sahip olduğunu düzenlemekteydi; Detaylı bilgi için bkz. **Karan/Kılıç**, s. 23-28; Ne var ki AY m. 90/5 hükmü, MarKHK’daki mülga hüküm yer almasa da yeterliydi. Bu yüzden mezkûr hükmün 6769 sayılı SMK’da yer almamasının yerindeliğine ilişkin bkz. **Yasaman**, Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler, s. 128.

⁸⁹ Markalara ilişkin olarak Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaları ismen zikretmek gerekirse; Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması (Nicé Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks), Marka Kanunu Anlaşması (Trademark Law Treaty), Markalar Kanunu Hakkında Singapur Anlaşması (Singapore Treaty on the Law of Trademarks), Marka Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması, Markalarla İlgili Madrid Protokolü (Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks), Markaların Figüratif Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması olarak sayılabilir.

⁹⁰ Çalışmanın ilerleyen kısımlarında “PK” olarak anılacaktır.; Konvansiyon, 14 Aralık 1900’de Brüksel’de, 2 Haziran 1911’de Washington’da, 6 Kasım 1925’te La Haye’de, 2 Haziran 1934’te Londra’da, 31 Ekim 1958 Lizbon’da ve 14 Temmuz 1967’de Stockholm’de revize edilmiştir; son olarak Stockholm metni de 02.10.1979’da tekrar değiştirilmiştir. 15 Ocak 2020 tarihi itibarıyla 177 ülke Konvansiyona taraftır. https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2 (E.T.: 02.03.2020); PK’ya AB üyesi bütün ülkeler hâlihazırda taraftır, ancak devletler üstü organizasyonlar taraf olmadığı için AB’nin kendisi taraf değildir. Ne var ki WTO (World Trade Organization/Dünya Ticaret Örgütü) üyeliğinin sonucu olarak yine AB, TRIPS m. 2/1’in PK’ya uyulması zorunluluğuna yaptığı gönderme sonucunda, PK’ya uymakla mükelleftir. (**Kur/Senftleben**), s. 33, N. 2.10; PK gelişimi ve tarihçesi için bkz. **Ricketson**, Sam, The Paris Convention for The Protection of Industrial Property, A Commentary, Oxford 2015, s. 3 N. 1.01 vd.

⁹¹ RG T. 25.02.1995, S. 22213; 2005 yılında “Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokol” de anlaşmaya ilâve edilmiştir ve bu değişiklikler, 15.03.2014 T. ve 28942 sayılı Resmî Gazete ile yürürlüğe girmiştir. (**Pekdiñer**, Tamer/ **Giray**, Eda/ **Baş**, Kadir, Gereççeli- Notlu- İctihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Ulusal-Uluslararası Mevzuat, Ankara, 2019, s. 675); TRIPS’in tarihçesi ve gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Gervais**, Daniel, The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis, Sweet & Maxwell, London 2012, s.3 N.1.01 vd.

kombinasyonu ile sağlanmıştır⁹². Çalışmamızın bu bölümünde, bu antlaşmalarda marka kullanımının nasıl düzenlenmiş olduğu ile ilgili genel bilgiler verilecek, sunulan bu bilgiler ilerleyen bölümlerde detaylandırılacaktır. Markanın kullanılması külfeti, PK ve TRIPS'te birbiriyle örtüşecek şekilde düzenlenmiştir. TRIPS'te, PK'daki genel ifadeler daha geliştirilmiş ve yoğunlaştırılmış hâliyle sunulmaktadır. Bu yüzden, markanın kullanılması külfetinin uluslararası marka hukuku kapsamında oluşturmuş olduğu sistematik, her iki antlaşmadaki hükümlerin bir arada incelenmesini gerekli kılmaktadır⁹³.

Sınaî mülkiyet haklarının korunmasına dair ilk uluslararası düzenleme niteliğindeki ve öğretide sınaî mülkiyet hukukunun anayasası/mihenk taşı olarak da addedilen⁹⁴ Paris Konvansiyonu m. 5/C-1 hükmü ile birlikte uluslararası marka hukukunda kullanma zorunluluğu da ilk kez düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu hüküm şu şekildedir⁹⁵: “*Tescil edilen markanın kullanılması bir memlekette mecburî ise, bu tescil ancak makul bir müddetten sonra ve ilgilinin faaliyete geçmemesi sebeplerinin haklı olduğunu ispat edememesi halinde iptal edilebilir.*” Buna göre, Paris Birliği üyesi ülkelerde tescilli bir markanın kullanılması da zorunlu kılınmışsa, makul bir süre içerisinde kullanım gerçekleşmez ve bu husus haklı nedenlere dayandırılmazsa, markanın iptali söz konusu olabilecektir⁹⁶. PK'nın bu hükmüyle amaçlanan husus, markanın kullanımını bir zorunluluk olarak düzenlemek değildir; eğer ki markanın tescil sonrasında kullanılmasına yönelik ilgili üye ülkede bir zorunluluk varsa buna ilişkin kuralları düzenlemektir⁹⁷. Önemle vurgulamak gerekir ki burada söz konusu olan kullanım,

⁹² **Pila/ Torremans**, s. 345.

⁹³ **Ricketson**, s. 116, N. 5.22; **Kur/ Senftleben**, s. 56, N. 2.74; Öğretide *Pashı* bu yönüyle, TRIPS'in PK ile çelişmediğini, aksine onun genel ifadelerini tamamlayıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. (**Pashı**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 540); Benzer yönde **Uzunalli**, Marka Hukuku, s. 35; TRIPS'in tüm fikrî mülkiyet hakları için asgari düzeyde bir zemin oluşturduğuna ilişkin bkz. **Norman**, s. 21.

⁹⁴ **Norman**, s. 19; **Tritton**, s. 359, N. 3-005; **Kur/ Senftleben**, s. 28, N. 2.03; **Pashı**, Ali, Marka Hukukunda Tescil-Kullanım İlişkisi, s. 107.

⁹⁵ PK m. 5/C-1: “*If, in any country, use of the registered mark is compulsory, the registration may be cancelled only after a reasonable period, and then only if the person concerned does not justify his inaction.*”

⁹⁶ Bu hüküm sayesinde, Konvansiyona üye ülkelerde genel itibarıyla, markanın kullanılmaması bir iptal sebebi teşkil etmektedir. Tescil edilmiş ancak kullanılmayan markalar, gereksiz yere üçüncü kişilerin haklarını sınırlayabilmektedir. Ayrıca, markayı ciddi kullanmak hususunda yaşanan noksanlıklar, marka sahibinin sorumlu tutulamayacağı çeşitli sonuçlara da sebebiyet verebilir. Bu yüzden Konvansiyonda anılan hükümle, eğer taraf ülkede tescilli markanın kullanımı zorunlu kılınmışsa, tescil ancak “makul bir süreden” sonra ve marka sahibinin bu eylemsizliğini gerekçelendirilememesi hâlinde iptal edilebileceği öngörülmüştür. (**Jehoram/ Nispen/ Huydecoper**, s. 45).

⁹⁷ **Pashı**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 542; **Cornish/Llewelyn/Aplin**, N. 16-05; **Ricketson**, s. 534, N. 12.08

markanın tescilinden *sonraki* dönemi kapsamaktadır⁹⁸. Madde hükmünde, tescil sonrası marka kullanımına, iki hususta istisna tanınmıştır: Birincisi, tescilli marka sahibine kullanım için “makul” bir süre tanınması ve ikincisi kullanmamaya dair haklı sebeplerin varlığı. İşte bu noktada, PK’daki bu genel ifadeleri somuta indirgeme işlevini TRIPS üstlenmektedir⁹⁹. “Markayı Kullanma Koşulu” başlıklı, TRIPS m. 19/1¹⁰⁰ “*Tescilin idame etmesi için markanın kullanımı gerekli ise, tescil sahibi tarafından markanın kullanılmasını önleyen engellerin varlığına dayalı olarak geçerli nedenler ileri sürülmedikçe, tescil ancak markanın kullanılmadığı kesintisiz en az üç yıllık bir süre geçtikten sonra iptal edilebilir.*” ifadesini içermektedir. Buradan mezkûr hükmün, tescilin devamı için kullanımın gerekli olunması hâlinde uygulanabileceği anlaşılmaktadır; benzer şekilde TRIPS’te de kullanım için esas olan periyodun “tescil sonrası” dönem olduğu anlaşılmaktadır; bu suretle PK ile uyumlu olduğu görülmektedir¹⁰¹. Farklı olarak, TRIPS m. 19/1’de, PK’daki “makul” olarak nitelenen süre, “en az üç yıl” olarak somuta indirgenmiş ve bu asgari sınır belirtilmek suretiyle sürenin tayini, üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır¹⁰². Bu süre, Avrupa Birliği marka mevzuatında ve ülkemizde SMK’da (m. 9) buna uyumlu olacak şekilde beş yıl olarak belirlenmiştir.

PK’da genel bir ifadeyle, TRIPS’te ise daha detaylı ele alınmış bir diğer marka kullanımı sınırlandırılması ise “*ilgilinin faaliyete geçmemesi sebeplerinin haklı olduğunu ispat etmesi*” hususudur. Buna göre, söz konusu makul süre marka kullanılmaksızın geçmiş ve tescilli marka sahibi de bu durumun haklı bir sebepten kaynaklandığını ispat edebiliyorsa, markanın iptali yaptırımı uygulanmayacaktır. TRIPS m. 19/1’de ise “*tescil sahibi tarafından ... geçerli nedenler ileri sürülmedikçe*” ifadesiyle haklı sebebin tescilli marka sahibi tarafından ispatlanması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Maddenin devamında, “*Marka ile korunan mal veya hizmetlere uygulanan ithalat kısıtlamaları veya hükümetçe uygulanan başka koşullar gibi, markanın kullanılmasına engel oluşturan ve*

⁹⁸ Pash, Uluslararası Antlaşmalar, s. 542; Ricketson, s. 593, N. 12.08.

⁹⁹ Pash, Uluslararası Antlaşmalar, s. 543; Tritton, s. 378, N. 3-019; Ricketson, s. 660, N.12.159; Seville, s. 318.

¹⁰⁰ TRIPS m. 19/1: “*If use is required to maintain a registration, the registration may be cancelled only after an uninterrupted period of at least three years of non-use, unless valid reasons based on the existence of obstacles to such use are shown by the trademark owner.*”

¹⁰¹ Pash, Uluslararası Antlaşmalar, s. 543.

¹⁰² “Makul süre” kavramının her ülkenin kendi uygulamasına ve ihtiyaçlarına göre uygun süreyi belirlemesi gerektiği ifade edilmektedir. (Yardimci/Sever, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 419).

marka sahibinin iradesinden bağımsız olarak doğan koşullar, markanın kullanılmaması için geçerli nedenler olarak kabul edilecektir.” ifadesiyle PK’daki haklı sebep tanımlanmış ve örneklendirilmiştir¹⁰³.

PK m. 5/C-2 “*Bir fabrika veya ticaret markasının birlik memleketlerinden birinde tescil edildiği şekilde taşıdığı ayırt edici vasfını bozmayacak unsurlarla farklı bir şekilde, sahibi tarafından kullanılması tescilin hükümsüzlüğüne yol açmayacak ve sağlanan himayeyi azaltmayacaktır.*” hükmü ile markanın kabul edilebilir şekilde farklı varyasyonlarda kullanımının marka tescilinden doğan hakkın ve korumanın devam ettiğine işaret edilmiştir¹⁰⁴; bunun bir benzeri hüküm de SMK m. 9/2’de markanın kullanımı olarak kabul edilen hâllerde görülmektedir.

Bir başka marka kullanım esasının düzenlenmiş olduğu TRIPS m. 19/2’de¹⁰⁵ “Bir markanın, *sahibinin kontrolüne tabi olarak* bir başka şahıs tarafından kullanılması, markanın tescili idame ettirmek amacıyla kullanımı olarak kabul edilecektir.” ifadesiyle, -SMK m. 9/2’de de karşılığını bulmuş olan- marka sahibinin izni veya onayıyla, marka sahibi olmayan üçüncü kişilerin kullanımı da hukuka uygun bir kullanım olarak kabul edilmiştir¹⁰⁶.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer hüküm de “Korunabilir Marka Konusu” başlıklı TRIPS m. 15’in üçüncü fıkrasıdır¹⁰⁷. Söz konusu hüküm, “*Üyeler, tescil edilebilme özelliğini kullanıma bağlı kılabilirler. Ancak, bir markanın fiili kullanımı tescil için başvuruda bulunmanın bir şartı olmayacaktır. Başvurular yalnızca, başvuru tarihinden itibaren üç yıllık bir sürenin bitiminden önce amaçlanan kullanım şeklinin gerçekleşmemiş olduğu gerekçesiyle reddedilmeyecektir.*” şeklinde düzenlenmiştir. TRIPS m. 15/3 hükmünde tescil koşulu olarak markayı kullanma¹⁰⁸; m. 19’da ise hakkı

¹⁰³ Pash, Uluslararası Antlaşmalar, s. 546.

¹⁰⁴ Kur/Senftleben, s. 56, N. 2.73.

¹⁰⁵ TRIPS m. 19/2: “*When subject to the control of its owner, use of a trademark by another person shall be recognized as use of the trademark for the purpose of maintaining the registration.*”

¹⁰⁶ Pash, Uluslararası Antlaşmalar, s. 553.

¹⁰⁷ TRIPS m. 19/3: “*Members may make registrability depend on use. However, actual use of a trademark shall not be a condition for filing an application for registration. An application shall not be refused solely on the ground that intended use has not taken place before the expiry of a period of three years from the date of application.*”

¹⁰⁸ AB marka hukukunda ve Türk marka hukukunda tescil için öncesinde kullanım gerekmemektedir, fakat ABD Lanham Act 1051/a-1 uyarınca marka hakkı sahipliği tescil ile değil kullanım ile kazanılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Halpern, Sheldon W./Nard, Craig Allen/Port, Kenneth L., Fundamentals of United

devam ettirici nitelikte kullanmanın özellikleri düzenlenmiştir. Bu iki hususun birbirinden farklı olduğunu vurgulamak gerekir¹⁰⁹.

Son olarak, TRIPS'in "Diğer Koşullar" başlıklı m. 20 hükmü¹¹⁰, markanın ticaret esnasında kullanımına ("*use in the course of trade*"), özellikle yurtdışındaki kullanımlara¹¹¹, markanın temel özelliklerinden biri olan ayırt edicilik işlevini yerine getirmesini önleyecek veya zorlaştıracak özel kullanım şekillerinin getirilmesini diğer ülkelere yasaklayan ve bu suretle markanın, kullanıldığı her coğrafyada aynı şekilde tanınmasını temin eden bir düzenlemedir¹¹².

1.3.2. Avrupa Birliği Tüzük ve Direktiflerinde Düzenlenme Şekli

Avrupa Birliğinin oluşumu ve gelişimi süreci içerisinde, malların serbest dolaşımının (*free movement*) sağlanabileceği bir ortak pazar (*single market*) ortaya çıkması¹¹³ ve bunun sonucu olarak Birliğe mensup olan ülkelerin ulusal marka sistemlerini, bu ortak pazara uyumlaştırma ihtiyacı önemli bir problem hâline gelmiş ve tüm AB için yeknesak bir marka sistemi oluşturulmasının zarureti sonucunda, ortak bir AB marka sisteminin temelleri atılmaya başlanmıştır¹¹⁴.

States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark, The Netherlands 2011, s. 337 vd; **Dinwoodie/Janis**, s. 341 vd; Her iki sistemin kendine göre avantajları ve dezavantajları hakkında değerlendirme için bkz. ve karşı. **Jehoram/van Nispen/Huydecoper**, s. 217-218.

¹⁰⁹ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 235; **Tritton**, s. 372, N. 3-011.

¹¹⁰ TRIPS m. 20: "*The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements, such as use with another trademark, use in a special form or use in a manner detrimental to its capability to distinguish the goods or services of one undertaking from those of other undertakings. This will not preclude a requirement prescribing the use of the trademark identifying the undertaking producing the goods or services along with, but without linking it to, the trademark distinguishing the specific goods or services in question of that undertaking.*"

¹¹¹ **Paslı**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 537.

¹¹² Ancak bunun için bir arada bulunması gerekli iki şart söz konusudur: Kullanım ticarî olmalı ve söz konusu şartın özel olarak belli bir mal veya hizmete yönelik olması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Paslı**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 556-563.

¹¹³ **Norman**, s. 342; **Aplin/ Davis**, s. 354; **Bainbridge**, s. 935 vd; **Turner**, s. 38, N. 1.37; **Prime/Bootton**, s. 110; **Bolton**, Emily "Defining Genuine Use Requirements of Community Trade Marks in Light of an Expanding European Union," Connecticut Journal of International Law 27, No.2 2012, (s. 371-390), s. 375.

¹¹⁴ **Norman**, s. 23; **Turner**, s. 39, N. 1.38; **Bastian**, Eva Marina, Avrupa Hukukunda Topluluk Markası: Ulusal Hukuk ve Mevcut Sorunlarla İlişkiler, Ankara Barosu Uluslararası Hukuku Kurultayı, 2002, (s. 438-483), s. 463; AB Marka sistemi hukuk reformu çalışmalarının 2011 yılı değerlendirmesi için bkz. Max Planck Institute for Innovation and Competition, "Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System" https://www.ipara.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf

AB'nin, marka hukukuna etkisi birbiriyle bağlantılı iki aşamalı olarak ele alınabilir¹¹⁵. İlk aşamada, Birlik üyesi ülkelerin markalara ilişkin yerel hukuk sistemlerini harmonize etmek ve bu suretle ticaretin daha serbest bir hâl alabilmesi için ilk olarak 1988 tarihli 89/104 sayılı Direktif ihdas edilmiş¹¹⁶, bu Direktif daha sonra 2008/95 sayılı Direktif olarak kodifiye edilmiştir¹¹⁷. İkinci aşamada, 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü ihdas edilmiş¹¹⁸ ve bununla yeknesak bir marka sisteminde en önemli adım olan, tarafların kendi ülkelerinde tescil edilmiş markalardan bağımsız, üniter bir “*Birlik (önceden Topluluk) Markası*” (“*Community Trademark*”) oluşumu ve İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisi'nin kuruluşu (“*Office for Harmonization in the Internal Market*”) kabul edilmiştir¹¹⁹. Tüzük daha sonra 207/2009 sayılı Tüzükle kodifiye edilmiştir¹²⁰.

Nihayetinde Avrupa Birliği marka hukukunun özünde birbirlerini tamamlayan, AB Marka Tüzük ve Direktifleri olmak üzere ikili bir yapıya dayandığı ifade edilebilir¹²¹. AB marka sisteminde, marka hukukunun esaslarını standardizasyon ve harmonizasyon amacıyla¹²², mezkûr Tüzük ve Direktifler, Avrupa Parlamentosu'nun 15.12.2015 tarihli kararıyla değiştirilerek 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü¹²³ ve 2015/2436 sayılı AB

¹¹⁵ **Pila/Torremans**, s. 345; **Norman**, s. 343.

¹¹⁶ First Council Directive of 21 December 1988, (89 /104 /EEC).

¹¹⁷ Directive 2008/95/EC of 22 October 2008, (Codified version).

¹¹⁸ No 40/94 on the Community Trademark, 15.12.1995.

¹¹⁹ **Pila/Torremans**, s. 345; **Jehoram/van Nispen/Huydecoper**, s. 25; **Bainbridge**, s. 839; AB marka sistemi, kendine özgü amaç ve kuralları olan özerk bir sistemdir; kendi kendine yeterlidir ve herhangi bir ulusal sistemden bağımsız olarak uygulanır. (ABAD, T-32/00, “Messe Munchen v. OHIM” T. 05.12.2000, para. 47).

¹²⁰ Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark (codified version).

¹²¹ **Kur**, s. 307; **Tritton**, s. 392, N. 3-035.

¹²² **Norman**, s. 343; Marka hukukunun, maddî hukuk bakımından büyük oranda uyumlaştırıldığı ifade edilebilirse de usul hukuku bakımından çok düşük bir oranda uyumlaşmıştır. (**von Kapff**, Philipp, *Fundamental Rights in the Practice of the European Trade Mark and the Designs Office (OHIM)*, Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, (ed.: Christophe Geiger), Massachussets, 2015, s. 294.

¹²³ Metnin İngilizce ve diğer Avrupa dillerindeki versiyonları için, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2424>; Bu yeni Tüzük ile birlikte (m. 2) Topluluk Marka ofisinin adı “Office for Harmonisation in the Internal Market” (OHIM-Avrupa Birliği İç Pazar Uyumlaştırma Ofisi) iken; “*European Union Intellectual Property Office*” (EUIPO-Avrupa Birliği Fikri Haklar Ofisi) olarak değiştirilmiştir. Bir diğer isim değişikliği de “*Community*” (Topluluk) ibaresinin yerine, “*Union*” (Birlik) ibaresinin ve buna bağlı olarak da “Topluluk Markası” olarak da anılan “*Community Trademark*” (CTM) yerine, artık “*Avrupa Birliği Markası*” yani “*European Union Trademark*” (EUTM) ifadelerinin kullanılacak olmasıdır.

Marka Direktifine¹²⁴ dönüşmüştür. Direktif, AB mensubu ülkelerin, ulusal marka hukuklarını uyumlaştırmak için düzenlenmiştir, Tüzük ise AB Birlik markası oluşturmaya ve bu yeknesaklaştırmaya uygun bir biçimde hazırlanmıştır¹²⁵. Belirtmek gerekir ki bu hükümler AB üyesi ülkelerde doğrudan uygulanabilir nitelikteyken¹²⁶, Türk hukukunda böyle bir etkisi yoktur. Bununla birlikte, hem AB üyelik müzakereleri göz önünde bulundurularak hem de SMK'nın mehzazını bu Tüzük ve Direktifin oluşturması sebebiyle Türk marka hukukunda önemli etkisi olduğu aşikârdır¹²⁷. SMK'nın kabul edildiği (22.12.2016) ve akabinde yürürlüğe girdiği (10.01.2017) tarihte, AB marka hukukunda yürürlükte bulunan 2015/2424 sayılı Tüzük ve 2015/2436 sayılı Direktif olduğu için, SMK hükümleri buna uygun hazırlanmıştır; ancak Tüzük, 14.07.2017 tarihinde ilga edilerek 2017/1001 sayılı Tüzük ihdas edilmiştir¹²⁸. Ancak 2017/1001 sayılı Tüzüğün yürürlüğünden iki ay önce, 18.05.2017 tarihinde mülga 207/2009 sayılı Tüzüğü tamamlamak için 2017/1430 sayılı Yetki Devrine Dayanan Komisyon Tüzüğü¹²⁹ AB Markası ve 2017/1431 sayılı (2017/1001 sayılı Tüzüğün) Uygulama Tüzüğü¹³⁰ ihdas edilmişti. Bu yüzden, yeni Tüzüğe uyumlu ve onu tamamlar nitelikte olması amacıyla, 05.03.2018 tarihinde az önce bahsi geçmiş bulunan 2017/1430 ve 2017/1431 sayılı Tüzükleri ilga etmek ve 2017/1001 sayılı Tüzüğü tamamlamak üzere 2018/625 sayılı Yetki Devrine Dayanan Komisyon Tüzüğü ("*Commission Delegated Regulation*")¹³¹ ve

¹²⁴ Direktif, sadece kısmi bir uyum ölçütü olarak düzenlenmiştir. (Norman, s. 343); Metnin İngilizce ve diğer Avrupa dillerindeki versiyonları için, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436>

¹²⁵ Kur, Convergence After All?, s. 308; Bastian, s. 465.; Bu yüzden Direktifin aksine Tüzükte tek başına "marka" değil, "AB Markası" ifadesi kullanılmıştır.

¹²⁶ Kur, Convergence After All?, s. 308; Bolton, s.374; AB marka sisteminde, EUIPO'ya markasını AB markası olarak tescil ettirmek, Birlik üyesi ülkelerdeki kişiler için bir alternatiftir; zira Birlik markası ve ulusal düzeyde tescilli marka birbirinden bağımsız olup koruma sistemleri de farklıdır. (Aaron/Nordemann, s. 1187-1188; AB markası üniter bir marka hakkı verir, eş deyişle bu hak bütün AB sınırları içerisinde geçerlidir. Bu sistem, AB markaları açısından bir anlamda "*hep ya da hiç*" (*all or nothing system*) gibi bir sonuç doğurmaktadır. (Norman, s. 343).

¹²⁷ Çolak, Uğur, Marka Hukuku Alanında, Avrupa Birliği Yeni Marka Tüzüğü ile Yapılan Başlıca Düzenlemeler, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017 (s. 215-224), s. 216.

¹²⁸ Metnin İngilizce ve diğer Avrupa dillerindeki versiyonları için, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001>

¹²⁹ Commission Delegated Regulation (EU) 2017/1430, T. 18.05.2017.

¹³⁰ Commission Implementing Regulation (EU) 2017/1431, T. 18.05.2017.

¹³¹ 2018/625 sayılı Tüzük, hukuki belirlilik kapsamında daha esnek, şeffaf ve hakkaniyete uygun bir modern AB marka sistemi inşa etmek üzere; EUIPO nezdinde başvuruların yapılması ve itirazların incelenmesine ilişkin usul kurallarının yanı sıra iptal ve hükümsüzlük kararları ve bilhassa taraflarca delillerin sunumuna ilişkin hükümler içermektedir. Bunun yanı sıra EUIPO İtiraz Kurulu'nun (*Boards of Appeal*) 2017/1001 sayılı Tüzük kapsamındaki fonksiyonları, sözlü yargılama ve dil rejimine ilişkin hususlar da düzenlenmiştir.

2018/626 sayılı Uygulama Tüzüğü (“*Commission Implementing Regulation*”) ¹³² (2017/1430 sayılı Tüzüğü tamamlamak üzere) yürürlüğe girmiştir ¹³³.

Kronolojik sıralamayı sunduktan sonra, marka kullanımının, AB mevzuatında nasıl bir sistematik içerisinde ele alındığına gelince, “Markanın Kullanılması” kenar başlıklı Direktif m. 16 ve “AB Markasının Kullanımı” başlıklı 2017/1001 sayılı Tüzük m. 18 benzer anlamı içermekle “*Tescilli bir marka, tescilden itibaren beş yıl içinde* ¹³⁴, *marka sahibi markasını tescil olunan mal veya hizmetler bakımından ciddi biçimde kullanmazsa* ¹³⁵ *veya kesintisiz olarak beş yıl içinde bu şekilde kullanmazsa, kullanmamaya dair makul sebepler bulunmadığı takdirde bunun için öngörülmuş bulunan yaptırımlar uygulanacaktır.*” hükmünü amir olup, kullanıma dair genel ilkeleri içermektedir. İstisnaî olarak markanın kullanımını olarak kabul edilen durumlar, Direktif m. 16/5 ve Tüzük m. 18/1’de aynı şekilde “ayrıt edicilik özelliğini değiştirmeyen unsurlarda farklılık taşıyacak şekilde kullanım, sadece ihracat amacıyla ambalajlarda kullanım, marka sahibinin izniyle kullanım” olarak sayılmıştır; bu hükümler PK m. 5/C.2 ve TRIPS m. 19/2 ile de benzerlik göstermektedir.

Markanın kullanılmamasının doğurduğu hukukî sonuçların düzenlenmiş olduğu ve aynı zamanda çalışma konumuzun da mehzazını oluşturan hükümler ise; markanın

¹³² 2018/626 sayılı Tüzükle de EUIPO nezdinde yapılacak marka tescil başvurularının idari yükü azaltmayı ve işlemleri kolaylaştırmayı hedef tutar şekilde; kapsamı ve detayı, marka başvurusunun yayımlanmasına ilişkin hususlar, tescil belgesinin şekli ve içeriği, uluslararası marka başvurularına ilişkin gerekli belgeler gibi tescil ve başvuru işlemlerine ilişkin bilhassa belgeler ve bu belgelerin muhteviyatı düzenlenmiştir. Ayrıca 2017/1001 sayılı Tüzükte marka başvurularının grafiksel gösterimi şartı kalktığı için markanın temsiline ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **von Mühlendahl**, Alexander, *Genuine Use of Trademarks in European Union, Genuine of Trademarks, AIPPI Law Series, Vol. 4*, (ed.: Eléonore Gaspar), The Netherlands, 2018, (s. 159-178), s. 159-160.

¹³³ Bu değişikliklerin AB marka hukukundaki etkisi için bkz. ve karşı. **Kur**, Annette/ **Dreier**, Thomas/ **Luginbuehl**, Stefan, *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing, USA 2019., s. 233-234.

¹³⁴ Tüzükte “*within a period of five years following registration*” ifadesi kullanılarak sürenin başlangıcı için doğrudan “tescil” öngörülmüşken; Direktifte “*within a period of five years following the date of the completion of the registration procedure*” ifadesiyle tescil işlemlerinin tamamlandığı tarih ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeler özünde anlam olarak aynı, sadece lafzî bakımından farklı olduğu için, çalışmamızda kısaca, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun lafzına da uygun düşecek şekilde, “tescil” olarak ele alınmıştır.

¹³⁵ Tüzükte “*put the EU trade mark to genuine use in the Union*” ifadesiyle AB markasını Avrupa Birliği içinde ciddi kullanım, Direktifte “*put the trade mark to genuine use in the Member State*” ifadesiyle, markayı üye devlet nezdinde kullanımdan söz edilmiştir. Ayrıca Direktifte yaptırımların öngörüldüğü maddeler olarak 17, 19/1, 44/1 ve (2), 46/3,4 ve hükümlerine gönderme yapılmışken; Tüzükte bu şekilde doğrudan bir gönderme yapılmamıştır.

kullanılmadığının tecavüz davalarında bir def'i olarak ileri sürülebilmesinin düzenlediği Direktif m. 17, markanın hükümsüzlüğü davalarında kullanmama def'inin düzenlediği Direktif m. 45-46¹³⁶, marka başvurusuna itiraz hâllerinde kullanımın ispatı talebinin düzenlediği Direktif m. 44-45 ve Tüzük m. 47 ve son olarak markanın kullanmamaya dayalı iptali davasının düzenlediği Direktif m. 19 ilâ 21, Tüzük m. 58/1-a ve 63 ilâ 65. maddeleri ve bu maddelere dayalı olarak EUIPO AB Markası İnceleme Kılavuzu'nun sadece kullanım ispatına özgülenmiş bulunan Bölüm C, 6.kısımına ait hükümleri olarak sayılabilir¹³⁷.

1.3.3. Türk Hukukunda Düzenlenme Şekli

Türk marka hukukunun tarihsel gelişim çizgisi içerisinde yasal düzenlemelerin ilkini, Osmanlı Devleti'ne dayanan 1872 tarihinde yürürlüğe girmiş Nizamname¹³⁸ oluşturmaktadır. Daha sonra 1888 yılında bu Nizamname “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname” olarak değiştirilmiştir¹³⁹. Bu dönemde marka kullanımına ilişkin hükümler, ağırlıklı olarak, hukuka aykırı kullanımlar sonucunda uygulanacak yaptırımlar üzerine kurulmuş vaziyetteydi ve marka kullanımının özelliklerine yönelik düzenleme bulunmamaktaydı¹⁴⁰. Bu Nizamname 1965 yılına kadar, çeşitli değişikliklerle yürürlükte kalmıştır. Akabinde, ekonomik gereksinimler doğrultusunda 1965 yılında ihdas edilen

¹³⁶ 2017/1001 sayılı Tüzükte, kullanmama def'inin dava aşamalarında ileri sürülebilmesine ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir, bu hususlar Tüzük yerine Direktifte düzenlenmiştir.

¹³⁷ Guidelines For Examination Of European Union Trade Marks, Part C “Opposition, Section 6 “Proof of Use” (https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/_trade_marks/Draft_Guidelines_Legal_Reform/Part-C/06_part_c_opposition_section_6_proof_of_use/part_c_opposition_section_6_proof_of_use_en.pdf).

¹³⁸ Düstur 1. Tertib, 1. Cild, s. 282 vd. (**Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 1'den *naklen*); Osmanlı Devleti'nin Sanayi Devrimi sonrası, kapitalist sisteme uyum sağlayabilmek güdüsüyle, kendi esnafını hem seri üretime geçmiş hem de yerel üretim sahasından ayrılıp dünyaya açılmış ve yeni pazarlar arayışı içinde olan Avrupalı tacirlere karşı koruma ihtiyacı, 19. yüzyılda sınai hakların korunmasının ve buna uygun yasal düzenlemelerin oluşturulmasının temelini oluşturur. bkz. **Akay**, Tolga, Osmanlı Devleti'nde Marka Hukukunun Gelişimi, TBB Dergisi, 2016, S.126, (s. 363-392), s. 367-369.

¹³⁹ Düstur 1. Tertib, 6. Cild, s. 76 vd. (**Bozgeyik**, Marka Hakkının s.1'den *naklen*); Ayrıca her iki nizamnamenin mehzamını 1857 tarihli Fransız “Fabrika ve Ticaret Markaları Kanunu” oluşturmaktadır. **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 3; **Arseven**, s. 825.

¹⁴⁰ Nizamname m. 2 “*Fakat hin-i hacette bunlardan bazıları için alâmet-i farika ittihazı tarafı devletten sadır olan emir üzerine mecburi olur.*” hükmünü içermektedir. (**Akay**, s. 375); Nizamname döneminde marka kullanımından yana, devlet mecbur kılmadıkça herhangi bir zorunluluk yoktu. Bunun üzerine ihdas edilen kararnamele markanın çeşitli mallar üzerinde kullanımı zorunlu kılınmıştır. Bu yüzden bu dönemde, kullanım açısından karma bir sistem benimsendiği ifade edilmiştir. Bkz. **Öçal**, s. 36; Ayrıca Nizamnamede markanın tescil edilmesi mecburiyeti yoktur. (**Arseven**, s. 880-881).

551 Sayılı Markalar Kanunu ile Türk hukukunda markalar ilk kez kanunî düzenlemeye kavuşmuş ve Alâmet-i Farika Nizamnamesi yürürlükten kalkmıştır¹⁴¹.

Çalışmamızın konu başlığının özünde marka kullanımının incelenmesi ile sınırlı olduğunu gözeterek, Markalar Kanunu dönemi *öncesinde*, marka kullanımının prensipleri hakkında temel bir düzenleme bulunmadığı ifade edilebilir¹⁴². 551 Sayılı Markalar Kanunu’nda ise, marka kullanımı hakkında öngörülmüş ve o dönem için “yeni” kabul edilen hususlar; “Aynen ve aralıksız kullanmak ve değişiklik” kenar başlıklı 18’inci maddesinde, markanın tescil edildiği hâliyle kullanılması ve markanın aralıksız üç yıl süreyle kullanımı ile sınırlıdır¹⁴³.

Ancak ticari hayatın dinamizminden en çok etkilenen alanlardan birisi olan marka hukuku, ticari ve sınai alanlardaki gelişmeler sonrasında yeni düzenlemelere ihtiyaç duymuştur. Avrupa Birliğine uyum sürecinde, Avrupa Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyinin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı kararı¹⁴⁴ ile fikrî ve sınaî hakların AB düzeyinde korunması için gerekli düzenlemelerin yapılacağı yükümlülüğü altına girmiştir (*acquis communautaire*)¹⁴⁵. Ardından, Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasında

¹⁴¹ **Arkan**, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2019, s. 295; RG T. 12.03.1965, S. 1195; Markalar Kanunu’na dayanarak oluşturulan Markalar Kanunu’nun Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik için, RG T. 11.06.1965, S. 12020.

¹⁴² **Öçal**, s. 85.

¹⁴³ 551 Sayılı Markalar Kanunu m. 18 hükmünün ilgili bölümleri: “Markanın tescil edildiği gibi kullanılması şarttır.”, “Markanın kullanılmasına haklı bir sebep bulunmaksızın devamlı olarak üç seneden fazla ara verilemez.” Hükmün değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Karayalçın**, Yaşar, Markaların Aynen ve Aralıksız Kullanılmasıyla İlgili Hükümler, Ankara Barosu Dergisi, 1976, (s. 997-1001), s. 1000; **Öçal**, s. 87 vd.

¹⁴⁴ “Council Decision of Relating to a Common Position by the Community in EC-Turkey Association Council on Implementation of the Final Phase of Custom Union, File No: 95/0101”; Söz konusu karar devletler hukuku anlamında bir antlaşma ya da ya da bir nihaî metin niteliğinde değildir; yalnızca Ortaklık Konseyinin kararlarını içermektedir ve Konseyin kararlarına göre değişebilir niteliktedir. bkz. **Tekinalp**, Ünal, Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerindeki Etkileri, İHFM, 1996, C. LV, S. 1-2, (s. 27-88), s. 28.

¹⁴⁵ Türkiye, Kararın 31. maddesiyle "fikrî, sınaî ve ticarî mülkiyetin" korunmasında, Avrupa Topluluğu hukuku ile aynı düzeyde ve verimli bir koruma sağlamanın, Gümrük Birliğinin düzgün işleyişinin şartı olduğunu kabul etmiştir. (**Tekinalp**, Gümrük Birliği, s. 56); Bu karar ile Türkiye’nin yerine getirmeyi taahhüt ettiği düzenlemeler arasında, marka hukukuna yönelik diğer hususlar;

- *Markaların tescili amacıyla mal ve hizmetlerin uluslararası tasnifi hakkında Nice Anlaşması (m.3)*,
- *89/104/EEC sayılı Konsey Yönergesine (OJ L 40, 11.02.1989) uygun olarak ticaret ve hizmet markaları mevzuatını yürürlüğe koymayı (m.4/3)*
- *(EEC) 3842/86 sayılı Konsey Yönetmeliğine (OJ L 357, 18.12.1986) uygun olarak (en azından markalar, telif hakları ve komşu haklar ile tasarım hakları dahil) fikri mülkiyet hakları ihlallerine karşı sınırda koruma mevzuatını yürürlüğe koymayı (m.4/6)*
- *Markaların uluslararası tescili ile ilgili Madrid Anlaşmasına ek Protokol’e katılmayı (m.7)*

imzalanan 1995 tarihli “Gümrük Birliği Anlaşması” ile uyumlu olacak şekilde 1995 yılında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kararname (MarKHK) ihdas edilmiştir¹⁴⁶. MarKHK 14’üncü maddesinde¹⁴⁷ “Markanın Kullanılması” başlığı altında; marka kullanım esasları düzenlenmiştir. MarKHK ile Markalar Kanunu’ndan farklı olarak, marka kullanımındaki aralıksız süre beş yıla çıkarılmış ve hükmün ikinci fıkrasında markanın kullanımı olarak kabul edilen istisnâ durumlar düzenlenmiştir. MarKHK, 1995 ilâ 2017 yılları arasında uygulanmıştır; bu yirmi iki yıllık süre zarfında birçok değişikliğe uğramış, ayrıca marka kullanımı esaslarında bugünkü mevzuat ve uygulamaya da öncülük eden önemli ölçütler öğreti ve yargı içtihatlarında yer edinmeye başlamıştır¹⁴⁸. Nihayetinde Anayasa Mahkemesi’nin MarKHK’nin ilgili hükümleri hakkında verdiği iptal kararları neticesinde artık markaların kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesine son verilmiştir¹⁴⁹. Bu suretle, mutlak hak niteliğinde bir sınai hak olan

• Bu Karar’ın amaçları bakımından fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarını, özellikle bilgisayar programlarının telif hakları dahil telif haklarını, komşu hakları, patentleri, sınai tasarımları, menşe adları dahil coğrafi işaretleri, ticaret ve hizmet markalarını, entegre devrelerin topografilerini olduğu kadar Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına ilişkin Paris Sözleşmesi’nin mükerrer 10. Maddesinde belirtilen haksız rekabete karşı korunmayı ve know-how konusunda kamuya mal olmamış bilgilerin korunmasını içerdiğini kabul etmişlerdir. Kararın tamamı için bkz. <http://www.mfa.gov.tr/1-95-sayili-ortaklik-konseyi-karari-gumruk-birliigi-karari.tr.mfa>.

¹⁴⁶ RG T. 27/6/1995, S. 22326; 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kararname, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde “MarKHK” olarak anılacaktır.

¹⁴⁷ Anılan hükmün mehzasını; Paris Konvansiyonu m. 5/C, TRIPS m. 19, Avrupa Ekonomi Topluluğu 89/104 sayılı Yönerge m. 10 vd.; 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü 15,43,50 ve 56’ncı maddeleri oluşturmaktadır. (Bkz. **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 626).

¹⁴⁸ **Tekinalp**, Ünal, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikleri, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Bthae, (ed.: Feyzan Hayal Şehirli Çelik), (s. 5-83), s. 6.

¹⁴⁹ SMK Genel Gerekeç para. 4, “Sınai mülkiyet hakları alanında söz konusu olabilecek muhtemel iptaller nedeniyle ortaya konulabilecek sorunların ve hak kayıplarının ortadan kaldırılması ihtiyacı, kanun hükmünde kararnemelerin bir an önce kanunlaşmasını gerekli kılmıştır.” ifadesini içermektedir. Ayrıca 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, öğretide *Tekinalp*’in de belirttiği üzere, MarKHK’den bazı değişiklikler içermekle birlikte yeni bir düzenleme değil, çağdaş sisteme ve AB mevzuatına uyum sağlamak amaçlı, mevcut düzenlemeleri “revize” eden bir kanundur. (**Tekinalp**, Öne Çıkan Yenilikler, s. 8); Her ne kadar SMK m. 191 ile MarKHK yürürlükten kalkmış olsa da SMK geçici 1. maddesi uyarınca, kanunun yayın tarihi olan 10.01.2017 tarihinden önceki marka tescil başvuruları MarKHK hükümlerine göre, bu tarihten sonraki başvurular ise SMK hükümlerine göre değerlendirilecektir. MarKHK döneminde ise 6/11/2003 tarihli ve 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile “Türkiye’nin teknolojik ilerlemesine katkıda bulunmak, ülke içinde serbest rekabet ortamını oluşturmak ve araştırma geliştirme faaliyetlerinin gelişmesini sağlamak üzere, çeşitli kanunlarla düzenlenmiş olan patent ve markalar ile diğer kanunlarla düzenlenen sınai mülkiyet haklarının tesisi, bu konudaki korumanın sağlanması ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin yurt içi ve yurt dışında varolan bilgi ve dokümantasyonun kamunun istifadesine sunulabilmesi amacıyla tüzel kişiliğe sahip, bu Kanunda belirtilmeyen hallerde özel hukuk hükümlerine tabi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bağlı, özel bütçeli “**Türk Patent Enstitüsü**” kurulmuştur.” MarKHK döneminde marka tescil başvurularını Türk Patent Enstitüsü değerlendiriyor iken, SMK 188’inci maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi ile adı “**Türk Patent ve Marka Kurumu**” olarak değiştirilmiş ve artık marka tescil başvuruları kurum tarafından değerlendirilecektir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde Türk Patent ve Marka Kurumu, “TPMK” veya “Kurum” olarak anılacaktır.

markalar 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile kanunî düzenlemeye kavuşmuştur¹⁵⁰.

Öncelikle belirtelim ki SMK sistematüğinde benimsenmiş olan tescil sistemi sonucunda, markadan doğan hakların kullanımı için, sicile kayıt gerekli ve yeterlidir¹⁵¹. SMK’da markanın tescil edilmesi aşamasında kullanma niyeti veya şartı aranmamaktadır. Ancak, markadan doğan hakların devamı, hakkı devam ettirici nitelikte bir kullanım gerektirmektedir, ki bu anlamda kullanımın varlığını incelemek için kanun koyucunun esas aldığı süreç tescil sonrasındaki süreçtir. Bunun için SMK, tescilli markanın kullanımına özel bir önem atfetmiş ve markanın kullanımına ve kullanılmamasına bazı sonuçlar bağlamıştır. Markanın kullanımı, SMK sistematüğü kapsamında; marka hakkını kazandıran kullanım (m. 5/2), marka hakkını devam ettirici nitelikte kullanım (m. 9) ve marka hakkını ihlâl eden kullanım (m. 7, 29) olarak sınıflandırılabilir¹⁵². Kanun koyucu, markanın kullanılmamasına ise; marka hakkına tecavüz davalarında (m. 29/2), markanın hükümsüzlüğü davalarında (m. 25/7), markanın tescil başvurusuna karşı itiraz aşamasında (m. 19/2) ve kullanmama nedeniyle iptal davalarında (m. 26/1-a) olmak üzere dört farklı aşamada hukukî sonuç bağlanmıştır. Bu safhalardan “iptal davası” hariç olmak üzere ismi zikredilen diğer üç safhada¹⁵³, kanun koyucu markanın kullanılmamasına “kullanımın ispatlanması” yönünde bir hukukî sonuç bağlamıştır. Sınai Mülkiyet Kanunu ile ihdas edilmiş bu müessesenin Türk marka hukukunu da önemli ölçüde etkileyeceği

¹⁵⁰ RG T. 10.01.2017, S. 29944.; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde “SMK” veya “Kanun” olarak anılacaktır.; Aslında 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’ndan önce de Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından “Markalar Kanunu Tasarısı” hazırlanmış ve TBMM’ye sunulmuştu; ancak aradan geçen süre zarfına rağmen yasallaşmaması bu taslağı hükümsüz kılmıştır. Taslak metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0756.pdf>

¹⁵¹ Markanın kazanılması ve markadan doğan hakların kullanılabilmesi için *kullanım ile kazanım sistemi* ve *ilk tescil sistemi* olmak üzere iki tür sistem mevcuttur. İlk kullanım sistemine göre, marka, iş hayatında *ilk defa* kullanılmaya başlandığı anda doğar, bu yüzden tescil de kurucu değil açıklayıcı niteliktedir. Markanın gerçek hak sahibi, ilk kullanan kişi olduğu için, bu hususu ispat ederek tescil ettirenin hak sahipliği karinesi çürütebilecektir. 551 Sayılı Markalar Kanunu m.15/1’de ilk kullanım sistemine yakın bir sistem yer almakta idi. (**Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 424.; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 129; **Tekinalp**, Ünal, Tescil İlkesi, Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Kenan Tunçomağ’a Armağan, (s. 467-480), İstanbul, 1997, s. 467; **Gürzumar**, Osman Berat, Yeni Markalar Kanunu Işığı Altında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler, Yargıtay Dergisi, C. 20, S. 4, (s. 501-524), s. 510-511); Bu sistemler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Cengiz**, Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1994, s. 41 vd.; Marka hukukunda gerçek hak sahipliği hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Kara**, s. 15 vd.

¹⁵² **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 117.

¹⁵³ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi hükümlerine uygun olarak, sadece itiraz aşamalarında, hükümsüzlük (m. 25/7) ve tecavüz davalarında (m. 29/2) kullanmama savunmasının ileri sürülebileceği düzenlenmiş ve markanın iptalinde böyle bir husus mehzaz düzenlemeye uygun olarak öngörülmemiştir.

öngörülmektedir¹⁵⁴. Buna göre, kullanımın ispatlanması yönünde bir talebin varlığı hâlinde markanın kullanımının ispatı külfeti gündeme gelmektedir ve bunun neticelenme şekline bağlı olarak itiraz aşamasında veya dava aşamalarında farklı sonuçlar doğabilmektedir. Kullanım ispatının öngörüldüğü SMK m. 19/2 hükmünün usul ve esaslarını düzenlemek üzere, TPMK tarafından yasal ve bağlayıcı olmayan “Kullanım İspatı Kılavuzu” ihdas edilmiştir¹⁵⁵.

SMK m. 19/2'nin mehzarını oluşturan AB Tüzük ve Direktif hükümleri bir önceki başlıkta incelendiği için burada tekrar edilmemiştir. Pek az yukarıda bahsi geçmiş olan mezkûr hükümlerden farklı olarak belirtilebilir ki AB hukukunda kullanım ispatının başlangıç noktası 26.02.2009 tarihli ve 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 42 hükmüdür¹⁵⁶. Türk marka hukukunda 10.01.2017 tarihinden itibaren yer edinen bu düzenlemenin AB marka hukuku uygulamasında yaklaşık sekiz yıllık evveliyatı bulunmaktadır. Dolayısıyla AB mevzuatı kadar uygulamasının da, özellikle ABAD kararlarının Türk marka hukukunu etkilediği ve şekillendirdiği ve bu etkinin devam edeceği şüphesizdir¹⁵⁷. Bu durum hem marka hukuku sistemlerinin uyumlaştırılmasının bir sonucu olarak hem de 1/95 sayılı Gümrük Birliği kararının 66'ncı maddesinde yer alan “*yorum kuralının*” da sonucu olarak ele alınabilir¹⁵⁸.

¹⁵⁴ **Karasu** (Suluk/Nal), s. 206; **Çağlar**, Hayrettin, Sınâi Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler, BÜHFD, C. 3, Sayı 1, 2017, (s. 139-154), s. 141; **Sönmez**, s. 291; **Merdivan**, s. 483; **Suluk**, Cahit, 6769 Sayılı Sınâi Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler, TFM, 2018(1), s. (91-109), s. 95; **Özkök**, s. 44; **Akın**, s. 187.

¹⁵⁵ <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/B4609CED-66A9-4096-A33A-DA99A1A0DE04.pdf>

¹⁵⁶ Mezkûr hüküm şu şekildedir: “*If the applicant so requests, the proprietor of an earlier Community trade mark who has given notice of opposition shall furnish proof that, during the period of five years preceding the date of publication of the Community trade mark application, the earlier Community trade mark has been put to genuine use in the Community in connection with the goods or services in respect of which it is registered and which he cites as justification for his opposition, or that there are proper reasons for non-use, provided the earlier Community trade mark has at that date been registered for not less than five years. In the absence of proof to this effect, the opposition shall be rejected. If the earlier Community trade mark has been used in relation to part only of the goods or services for which it is registered it shall, for the purposes of the examination of the opposition, be deemed to be registered in respect only of that part of the goods or services.*”

¹⁵⁷ **Çolak**, s. 4; **Tekinalp**, Gümrük Birliği, s. 36.

¹⁵⁸ **Tekinalp**, Gümrük Birliği, s. 35; Gümrük Birliği Kararı m. 66: “*Bu Kararda yer alan hükümlerden Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşmanın mukabil hükümleriyle esas itibariyle aynı olanları, Gümrük Birliği kapsamına giren ürünlere uygulanmaları bakımından Avrupa Toplulukları Adalet Divanının ilgili kararlarına göre yorumlanır.*”

SMK m. 7/1’de SMK kapsamında sağlanan marka korumasının tescil ile doğduğu ifade edilmiştir. Anılan hükmün mehzazını 2017/1001 Sayılı AB Marka Tüzüğü’nün 6. maddesi teşkil etmektedir¹⁵⁹. Bu itibarla, Türk marka hukukunda tescilin kurucu nitelikte olduğu ve SMK kapsamında markaya koruma sağlanması için kural olarak tescilin şart olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁰. Marka, tescil edilmekle birlikte, markanın sahibi belirlenmiş olur ve SMK m. 7/2’de de belirtildiği üzere marka hakkı mutlak bir hak olup, bu sayede herkese karşı ileri sürülebilir¹⁶¹.

SMK’nın koruma kapsamına aldığı ve kullanım zorunluluğuna ilişkin düzenlemeleri, Kanunun öngördüğü şekilde tescil edilen markaların kullanımıyla ilişkilidir. Bu yüzden marka hukukunda kullanımın neyi ifade ettiği, kapsamına aldığı olgular doğru belirlenmelidir. Genel bir bakış açısıyla, marka hukukunda kullanımın, markanın hedef aldığı kitle nezdinde, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin bir diğer teşebbüsün¹⁶² mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayacak şekilde,

¹⁵⁹ “An EU trademark shall be obtained by registration.”; Birleşik Krallık Trademark Act için de benzer yöndedir. Bkz. **Norman**, s. 372; MarKHK m. 6’da da aynı durumun değerlendirmesi için bkz. ve karşı. **Karan/Kılıç**, s. 62-76.

¹⁶⁰ **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 6; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 382; **Kaya**, (Ülgen vd.), s. 498; **Kara**, s. 31; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 124; Bununla birlikte tescilli markaların SMK’ye göre korunacağı hususu, tescilsiz markaların hiçbir türlü korunmayacağı anlamını içermemektedir. Usulüne uygun olarak tescil edilmeyen markalar öncelikle genel hükümlere göre, yani 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin hükümleri olan TTK m. 54 vd. hükümleri kapsamında korunurlar. (**Yasaman**, Hamdi/**Ayoğlu**, Tolga, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, s. 838; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 230); Ayrıca, SMK m. 6/3’ün “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.” ifadesine göre, başvuru/rüçhan tarihinden önce söz konusu işaret için hak elde edilmişse, marka tescilli olmasa dahi SMK kapsamında korunarak marka başvurularına itiraz mümkündür. (**Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 350); Kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmanın şartları öğretide, söz konusu işaretin başvuru veya rüçhan tarihinden önce markasal olarak kullanılmış olması ve tescille konu olan mallar veya hizmetler bakımından ticari hayatta kabul edilmiş ve tanınmış olması olarak ifade edilmektedir. **Doğan**, Beşir Fatih, Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma, Batider, C. 24, Sayı 1, 2007, (s. 219-238), s. 220; Ayrıca tanınmış markanın korunmasına yönelik “SMK m. 5/1 (g) ve (ğ) bentleri, m. 5/2 ve m. 7/2-c, m. 6/3,4,5,6 ve 9. fıkraları ve m. 12” hükümleri de müseccel olmasa daha markaya koruma sağlamaktadır. Bu itibarla öğretide SMK’da karma bir sistemin benimsendiği görüşü de değerlendirmeye açık tutulmuştur. Bkz. **Kaya** (Ülgen vd.), s. 462.

¹⁶¹ **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 8; **Uzunalli**, Marka Hukuku, s. 23; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 37; **Poroy/Tekinalp**, s. 336.

¹⁶² Önemle belirtmek gerekir ki bu noktada “teşebbüs” (undertaking/enterprise) sözcüğü kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir.; SMK’da da MarKHK ’ya benzer şekilde, “teşebbüs” sözcüğü tercih edilmiştir. Teşebbüs sözcüğü, ekonomik veya ekonomik olmayan amaçları gerçekleştirmek için kurulan ve müteşebbis (girişimci), sermaye ve emek öğelerinden oluşan birlik; girişim, işletme; kalkışma olarak tanımlanmaktadır. (**Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2013, s. 757); Teşebbüs, marka tanımının zorunlu unsuru değildir, ancak öğretide tanımda etkili olduğu ifade edilmektedir. Bu itibarla bir gerçek veya tüzel kişi de bir teşebbüse bağlı olmaksızın marka hakkı sahibi olabilir. (**Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 360, s. 369; **Kaya** (Ülgen vd.) s. 452); Teşebbüs yerine “işletme” ifadesinin tercih edilmesi gerektiğine

tescil edilmiş olduğu mallar ve/veya hizmetlerde, tescil amacına uygun olarak sürekli biçimde ciddi olarak ticari faaliyetlerde uygulamaya sunulması olduğu ifade edilebilir¹⁶³.

Markanın kullanılması kenar başlıklı SMK m. 9'da kullanımın ilkelerinden bahsedilmiştir. Bu ilkelere göre marka, kural olarak, sahibi tarafından, Türkiye sınırları içerisinde, tescil edildiği tarihten itibaren beş yıl içinde kesintisiz ve ciddi biçimde kullanılmalıdır¹⁶⁴. Madde hükmünde, tescil sisteminin bir sonucu olarak, markayı kullanma niyetine işaret eden sübjektif unsurlar değil, "markanın kullanılması" şeklinde objektif kriter öngörülmüştür¹⁶⁵. Bu genel esasların ardından m. 9/2'de kullanım sayılan istisnaî hâller düzenlenmiştir. Buna göre; ayırt edici unsur değiştirilmeksizin farklı unsurlarla kullanım, sadece ihracat için mal veya ambalajlarda kullanım ve marka sahibinin izniyle kullanım da m. 9/1 kapsamında kabul edilir. Öğretide, haklı olarak, bu sayılan hâllerin tahdidi olduğu ve çoğaltılamayacağı belirtilmiştir¹⁶⁶.

Belirtmek gerekir ki markanın koruması ve kullanımı, esasında birbirini tamamlayan olgular değildir; nitekim marka kullanılsa dahi belirli şartlar dâhilinde korunmaktadır¹⁶⁷. Bunun ilk sebebi, kanun koyucunun belirlemiş olduğu beş yıllık süre içerisinde marka kullanılsa dahi SMK kapsamında korunmaya devam etmesidir. Bir diğer gerekçe ise, markayı kullanmamaktan doğan ve markayı kaybetmeye kadar varan yaptırımların kendiliğinden meydana gelmemesidir. Şöyle ki markanın kullanılmadığını

ilişkin aksi görüş için **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 36; "İşletme" ve "teşebbüs" kavramlarının arasındaki farkın incelenmesinin Türk ticaret hukukunda gereksiz olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2018, s. 32.

¹⁶³ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 459; **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 122; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 146; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 220; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 93-95; **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 628 vd.; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 198-199.

¹⁶⁴ 556 Sayılı MarKHK 'da kullanımın düzenlendiği m. 14 hükmü "*Markanın Kullanılması*" başlığı altında, birinci fıkrası (Anayasa Mahkemesinin 14/12/2016 tarihli ve E. 2016/148, K. 2016/189 sayılı Kararı ile iptal edilmeden önce) "*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.*" ifadesini içermekte idi. SMK m. 9 da aynı başlıkta olup, takip eden hükmü içermektedir: "*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 verilir.*" Mülga ve mevcut hükmü kıyasladığımızda, SMK ile markanın kullanımına ilişkin "tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından kullanım", "marka sahibi tarafından kullanım" ve "markanın ciddi kullanımı", markanın Türkiye'de kullanımı" ilkelerinin kullanım bakımından normatif olarak yer aldığı görülmektedir.

¹⁶⁵ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 235.

¹⁶⁶ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 460; Aksi yönde görüş için bkz. **Karaca**, s. 25.

¹⁶⁷ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 459.

ortaya çıkararak bir durum dava ya da itiraz aşamasında cereyan etmedikçe, yani talep olmadıkça, marka sanki kullanılıyormuş gibi korunmaya devam etmesinin mümkün olduğu göz ardı edilmemelidir¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Bu yüzden SMK'daki markayı kullanmamaya bağlanan yaptırımların ağırlaştırılması, kullanımı da zorunlu kılmaktadır şeklindeki tespitin yerinde liği tartışılabilir. Zira gerek hkmszlik ve tecavüz davalarında gerekse yayıma itiraz aşamasında, kullanmamadan doğan sonuçlar sadece talep üzerine doğabilmektedir. Aksi görüş için bkz. **Karaca**, s. 28.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA KULLANIMINA İLİŞKİN İSPATI GEREKEN HUSUSLAR

2.1. GENEL OLARAK

Kullanım ispatı, markanın tescil edildiği mallar ve/veya hizmetlerde, yer, zaman ve kapsam bakımından ciddi olarak kullanıldığının ispatını ifade eder¹⁶⁹. Markanın kullanılması esaslarının düzenlenmiş olduğu SMK m. 9/1'e göre ise, *içerik* bakımından markanın tescil edilmiş olduğu mallar ve/veya hizmetler kapsamında kullanıldığı, *nitelik* bakımından kullanımın ciddi olduğu, *kişi* bakımından markanın sahibi veya sahibinin izni kapsamında üçüncü kişiler tarafından kullanıldığı, *yer* bakımından Türkiye'de kullanıldığı ve *zaman* bakımından kullanımın tescilden itibaren beş yıl içerisinde gerçekleştiği ya da bu süre içerisinde kullanılmamaya dair haklı sebeplerin bulunduğu ispatı gerekmektedir. Kullanım ispatının düzenlendiği SMK m. 19/2 hükmünde de bu hususların ispatlanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. 2018/625 sayılı "AB Yetki Devrine Dayanan Ek Marka Tüzüğü" m. 10.3 uyarınca, marka kullanımına yönelik sunulan deliller, "yer", "zaman", "kapsam" ve "nitelik" bakımından bilgilendirici olmalıdır. Ancak ABAD içtihatlarına göre muhakkak her delil yukarıda sayılan unsurların hepsini birden belirtir yönde bilgi vermek zorunda değildir, önemli olan delillerin kümülatif olarak değerlendirildiğinde bu koşulu sağlamalarıdır¹⁷⁰.

¹⁶⁹ **Humphreys**, Gordon, Proof of Use, Continuity of Functions in Inter Partes Proceedings, and Three Dimensional Marks: Europe in Review, JIPLP, Vol. 2, No.4, 2007, (s. 240-250), s. 240; **Kur/Senftleben**, s. 593, N. 11.80; **Michaels**, Amanda, A Practical Approach to Trade Mark Law, Oxford 2010, s. 111, N. 5.31; **Jehoram/van Nispen/Huydecoper**, s. 402, N. 10.6.1; ABAD, C-416/04, "Sunrider Corpara v. OHIM", T. 11.08.2006, para. 74.; T- 215/13, "Deutsche Rockwool Mineralwooll GmbH & Co. OHG v. OHIM" (*Deutsche Rockwool*), T. 15.07.2015, para. 21.

¹⁷⁰ ABAD, T-40/09, "Advance Magazine Publishers, Inc. v. OHIM", T. 01.03.2016, para. 56; T-308/06, "Buffalo Milke Automotive Polishing Products v. OHIM", T. 16.11.2011. para. 61; T-92/09, "Strategi Group Ltd v. OHIM" T. 05.11.2010, para. 43.

2.2. NİTELİK BAKIMINDAN KULLANIM: MARKANIN CİDDİ KULLANIMI

2.2.1. Genel Olarak Markanın Ciddi Kullanımı

Ciddi kullanım hususu MarKHK döneminde, markanın kullanımının düzenlendiği m. 14'te yer almamakla birlikte, kullanılmamanın hükümsüzlük olarak düzenlendiği m. 42/1-c bendinde düzenlenmişti¹⁷¹. SMK'da ise kullanım esaslarının yer aldığı m. 9, yayıma itirazın düzenlendiği m. 19/2 ve markanın iptali hâllerinin düzenlendiği m. 26/4 hükümlerinde normatif olarak yerini almış, anılan hükümlerde marka kullanımının ciddi nitelikte olması gerektiği düzenlenmiştir. Ciddi kullanımın, kullanım esası olarak yer aldığı SMK m. 9 hükmünün mehzarını da 2017/1001 Sayılı AB Marka Tüzüğü 18'inci maddesi ve AB Marka Direktifi 16'ncı maddesi oluşturmaktadır.

“Ciddi” kullanım kavramı, marka kullanımı esasları içerisinde kullanıma sıfat yükleyen, kullanım için “*Nasıl?*” sorusunun cevabını oluşturan, niteliksel bir husustur. Eş deyişle ciddi kullanım, kullanmanın niteliğidir¹⁷². Kavramı terminolojik olarak incelemek gerekirse, bazı farklılıklar görülmektedir¹⁷³; öncelikle AB mevzuatında ve İngiliz hukukunda Trademark Act m. 6A/3 hükmünde “*genuine use*”¹⁷⁴, Alman Markalar Kanununda § 106/b'de “*ernsthafte Benutzung*” yani “ciddi kullanım” şeklinde yer

¹⁷¹ MarKHK m. 42/1-c'de, markanın KHK m. 14'te düzenlenen kullanım hâllerine aykırılık teşkil eden durumları markanın hükümsüzlük nedeni olarak kabul etmiş, ancak “*5 yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hükümsüzlük nedeni sayılmaz.*” ifadesiyle ciddi biçimde kullanıma yer vermiştir. m. 42/1-c ise AYM 09.04.2014 T. ve E. 2013/147 K. 2014/75 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.; Ciddi kullanım, MarKHK'da sadece hükümsüzlük sebebi olarak yer almakla birlikte 89/104 sayılı AB Direktifi m. 10/1'de “*use in genuine manner*” ifadesi yer aldığı için sadece hükümsüzlük davalarıyla sınırlı değil, kullanımın düzenlendiği MarKHK m. 14 anlamında marka kullanımının niteliği olarak ciddi kullanım kabul edilmekteydi. Bkz. **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 469; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 147; **Yasaman/Yüksel**, C.I, s.629; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 243.

¹⁷² **Bektaş**, s. 228; **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 629 vd.; **Kaya** (Ülgen vd.), s. 501.

¹⁷³ Bu farklılıkların nedeni kısmen Direktifin ilgili maddesinin farklı dillerdeki versiyonlarında tercih edilen kelime farklılığındandır. Farklı dillerdeki çeşitli versiyonları için bkz. **Tritton**, s. 664, N. 3-271.

¹⁷⁴ 2017/1001 sayılı Tüzük 18/1: “*If, within a period of five years following registration, the proprietor has not put the EU trade mark to genuine use in the Union in connection with the goods or services in respect of which it is registered, or if such use has been suspended during an uninterrupted period of five years, the EU trade mark shall be subject to the sanctions provided for in this Regulation, unless there are proper reasons for non-use.*” Trademark Act, m.6A/3: “*... within the [F3]relevant period] the earlier trade mark has been put to genuine use in the United Kingdom by the proprietor or with his consent in relation to the goods or services for which it is registered*”

almaktadır¹⁷⁵. Kavramın Türk hukukunda ciddi kullanım haricinde, “gerçek¹⁷⁶ ya da gerçek anlamda kullanım¹⁷⁷” olarak ele alındığı da görülmektedir. Ancak çalışmamızda SMK lafzına, içtihatlarla ve uygulamaya uyumlu şekilde “ciddi kullanım” ifadesi tercih edilmiştir.

Markanın ciddi olarak kullanımının öngörülmesinin ve bu şekilde kullanılmamanın sonucunun yaptırıma bağlanmış olmasının amacı, marka sahibinin salt markadan doğan tekel haklarını kullanmak amacıyla, aslında kullanım amacı olmaksızın gerçekleştirdiği göstermelik/sembolik kullanımların (*token use*) önüne geçebilmektir¹⁷⁸. Bu tür kullanımlar, markayı kullanmamadan doğan sonuçlardan kaçınmak için gerçekleştirilen düzensiz, geçici kullanımlardır¹⁷⁹. Bunlara örnek olarak, kullanımı sadece kırtasiye temeliyle sınırlandırılan durumlar¹⁸⁰ örneğin; üretim ve satış sayısı az takvimler, broşürler, katalog gibi ticari etki yaratmayan araçlar ya da piyasasına göre oldukça az olarak değerlendirilebilecek yılda birkaç kez gerçekleştirilen düzensiz kullanımlar verilebilir¹⁸¹.

¹⁷⁵ “*Die ernsthafte Benutzung einer Gewährleistungsmarke durch mindestens eine hierzu befugte Person gilt als Benutzung im Sinne des § 26.*”; Aslında İngilizce ’deki kullanımında “genuine” ifadesi “bona fide” yani iyiniyete karşılık gelmektedir. (Tritton, s. 664, N. 3-271); ABD hukukunda ise Lanham Act bu konuda açık bir hüküm içermemektedir ancak “actual use” ifadesi öğretilerde tercih edilmektedir. Bkz. **Dinwoodie/Janis**, s. 250; Fransızca metninde “usage sérieux” (ciddi kullanım), İtalyanca ve İspanyolca metninde “uso effettivo” (fiili kullanım), Hollanda’da “normal”, Portekiz hukukunda “uso sério” ifadeleriyle kullanılmakla birlikte, ABAD Ansul v. Ajax (C-40/01) kararında 02.07.2002 tarihinde, görüş bildiren Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Raportörü Ruiz-Jarabo bunların hepsinin aynı anlamı içerdiğini ifade etmiştir. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47488&pageIndex=0&doclang=en&mo de=1st&dir=&occ=first&part=1&cid=1855959>

¹⁷⁶ **Cam**, Esen, Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın “Gerçek Kullanım” Problemi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 2, S. 2, (s. 27-41), s. 27 vd.

¹⁷⁷ AB Tüzük ve Direktiflerindeki “genuine use” kavramının “gerçek anlamda kullanım” şeklinde çevirisi için bkz. **Pekdiğer/Giray/Baş**, s.750, s. 772

¹⁷⁸ **Seville**, s. 398; **Michaels**, s. 106, N. 5.11; Bu kavram ciddi kullanımın karşıtını teşkil etmektedir. (Yasaman/Yüksel, C.I, s. 632); Ciddi kullanımın markanın taklit edilmesinden ya da sahtesinin kullanılmasından farklı olduğuna ilişkin bkz. **Bainbridge**, s. 756.

¹⁷⁹ **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 632; **Özarmağan**, s. 40; Yarg. 11. HD., E. 2014/14250 K. 2015/65 T. 12.1.2015, “Ancak, davacı vekilince alınan bilirkişi raporuna karşı; bahsi geçen faturaların, muhtemel bir hükümsüzlük davasına delil oluşturma saikiyle beş yıllık süreç zarfında yedi farklı günde ve altı farklı işletme adına düzenlendiğine, adlarına fatura tanzim edilen işletmelerin davalı şirkete bağlı, kardeş veya bağlantılı şirketler olduğuna, toplam fatura tutarının ciddi ve pazar payı yaratır biçimde kullanıma delil teşkil etmeyeceğine dair ciddi itirazlar ileri sürülmüş, bu itirazlar doğrultusunda mahkemece ek rapor alınması yoluna gidilmiştir... markanın ciddi ve pazar payı yaratmaya elverişli kullanımına delil teşkil edip etmediği hususu değerlendirilmeden, gerektiğinde bu hususta oluşturulacak yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınmadan eksik inceleme ve yazılı gerekçeyle tescil kapsamında yer alan bir kısım emtialar yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

¹⁸⁰ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 460.

¹⁸¹ **Çolak**, Marka Hukuku, s. 972; **Özarmağan**, s. 40; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 483; Anadolu 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2018/242 K. 2018/217 T. 19.6.2018, “... davalının kullanımın ispatı

Bunların sayısını mümkün mertebe azaltarak markaların haksız yere kullanımını önlemek ve markalar sicilini efektif ve canlı tutmak, kullanım ispatı külfetinin ve ciddi kullanımın müşterek gayeleri arasında yer almaktadır. Bu yüzden, ciddi kullanımın, tüm markaların yerine getirmesi gereken asgari bir şart olduğunu belirtmek gerekir¹⁸².

Kullanım için “ciddi” nitelemesi, soyut bir kavram olup tanımlanabilmesi ve belirli bir kurallar dizgisi hâlinde sunabilmek oldukça güçtür¹⁸³. Bunun için ciddi kullanım incelemesi iki temel eksen etrafında olmalıdır: Her somut durumun kendi özelliklerine göre gerçekleştirilecek bir değerlendirme (*case by case assessment*) ve bu değerlendirmenin *objektif* ölçütlere göre yapılması¹⁸⁴. Bu objektifliğin uzantısı olarak da ciddi kullanımın saptanmasında sahibinin kullanma yönündeki iyi niyetine (*bona fide intention*) rağmen, marka piyasada söz konusu işaretin dayandığı diğer mallardan veya hizmetlerden ayırt edici hâle gelememişse, marka ticarî anlamda var olma amacını (*raison d'être*) yitirdiği için ciddi kullanım olarak nitelendirilemez¹⁸⁵.

yönünden dosya kapsamına sunduğu, 31/10/2001 tarihli "Yabancı Tıbbi Müstahzarlar Ruhsatnamesi " , ithalat belgeleri,..... markalı kremlere ait broşür ve tanıtım belgeleri, çeşitli matbaa ve promosyon şirketlerince..... markalı ürün etiketi , broşür ve promosyonlar için davacı şirkete düzenlenen faturaların, 29. Sınıfta.....arkasının kullanıldığını ispat etmekten uzak olduğu tespit edilmekle..."; İstanbul Yarg. 11. HD., E. 2015/10056 K. 2016/4884 T. 2.5.2016, “davalı tarafından markanın kullanımına yönelik Ticaret Odası Kayıtları, markanın kullanıldığı iddia edilen scooterlara ilişkin hizmet yeterlilik belgesi, garanti belgesi ve kullanma kılavuzu, tip onay belgesi bir takım firmalar ile yapılan anlaşmalar, satış faturaları ve sözleşmeler ibraz edildiği, ancak ibraz edilen delillerin ciddi kullanımı kanıtlamaya yarar nitelikte olmadığı...” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

¹⁸² ABAD, “Leno Marken. Hagelkruis Beheer BV (*ONEL/OMEL*)” C-149/11 T. 19.12.2012, para. 52.

¹⁸³ **Bainbridge**, s. 1022; **Cam** s. 29; Ciddi kullanıma yönelik gerekliliklerin daha daraltılmasına ve bu sayede markalar sicilinin daha etkili bir şekilde temizlenebileceğine ilişkin bkz. **Kur**, Convergence After All? s. 317; **Tekinalp**, markanın en temel işlevi olan ayırt edicilik işlevine uygun şekilde yarar elde edecek biçimde ve yoğunlukta, piyasada bir pazar payı oluşturmak ya da mevcut payı korumak üzere, gerçek ve etkili kullanım olarak ele almaktadır. (**Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 460)

¹⁸⁴ ABAD, “La Mer Technology Inc. v. Laboratoires Goemar SA”, C-259/02, T. 27.01.2004.; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 147; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 244; **Cam**, s. 28; **Bektaş**, s. 229; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 470.; **Michaels**, s. 106, N. 5.11; **Bently/Sherman** ciddi kullanım değerlendirmesini, objektif ciddiyet (ticari standartlara göre değerlendirme) ve subjektif ciddiyet (dürüst bir niyetin olup olmadığına yönelik değerlendirme) olarak ikiye ayırmakta ve “Ansul BV. v. Ajax Brandbeveiliging BV.” kararında söz konusu değerlendirmenin subjektif ciddiyetten yöne kaydığını belirtmiştir. (**Bently**, Lionel/ **Sherman**, Brad, Intellectual Property Law, Oxford 2014, s. 1022).

¹⁸⁵ **Cornish/Llewelyn/Aplin**, N. 18-69, s. 747; **Aaron/Nordemann**, s. 1197; Ansul v. Ajax, para. 37; ABAD, “Intesa Sanpaolo SpA v. EUIPO”, T-143/16, 04.10.2017, (para. 20, 66-67.) kararında marka sahibinin markayı gerçekten kullanmak niyetinde olmasına rağmen, objektif bir şekilde piyasaya sunulmamışsa, zamanla kalıcılığı sağlayacak, etkili bir niteliği yoksa tüketiciler için bir mal veya hizmetin kaynağını da göstermediği için ciddi kullanımdan söz edilemeyeceğine karar vermiştir.

Ciddi kullanıma yönelik söz konusu objektif ölçütlerin belirlenmesinde ABAD'ın markanın ciddi kullanımına ilişkin ölçütlerin belirlendiği *ilk* karar olan 11.03.2003 tarihli C-40/01 sayılı “*Ansul BV v. Ajax Brandbeveiliging BV*” kararı ciddi kullanımın değerlendirilmesinde göz önüne alınacak ölçütler ile ilgili objektif esasları belirlediği için önem arz etmektedir¹⁸⁶.

Buna göre ilk olarak, ciddi kullanım; markanın fiili, eylemsel bir kullanımı olmalıdır¹⁸⁷. Bu yüzden, sadece marka hakkı ile sağlanan haklardan yararlanmak amacıyla simgesel/göstermelik kullanımlar (*token use*) ciddi bir kullanım sayılmamaktadır¹⁸⁸. Ayrıca, markanın kullanımı; aynı zamanda markanın fonksiyonu olan, herhangi bir karıştırma ihtimali olmaksızın tüketici ya da son kullanıcıya malların veya hizmetlerin ayırt ediciliğini sağlamak ve mal veya hizmetin kaynağını gösterme amacı ile uyumlu olmalıdır¹⁸⁹. Bu yüzden, sadece teşebbüsün kendi bünyesinde değil (*internal use*)¹⁹⁰, markanın tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından *piyasaya sunulmuş* ya da *sunulmak üzere* olan mal ve hizmetler bakımından gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca, markanın ticari kullanımı hususunda bütün olaylar ve koşullar için değerlendirilmesi gereken bir husus, marka korumasındaki mal ve hizmetler bakımından

¹⁸⁶ **Bently/Sherman**, s. 1022; Uyuşmazlığın arka planında, *Ansul*, Hollanda’da yangın söndürücüler için sözcük markası olarak 1971 tarihinde tescil edilmiştir, ancak 1989 yılından itibaren, hakkı da sona erdiği için, bu markayı kullanmamaktadır. Bununla birlikte, *Ansul* 1989 ve 1994 tarihleri arasında yangın söndürücülere ait tamamlayıcı parçaları ve yangın söndürücü maddeleri; yine *Minimax* markasını kullanarak satmaya ve tamir işlemlerini yapmaya devam etmiştir. Bu süreçte, hizmetle bağlantılı olarak faturalarda “*Gebruikskaar Minimax*” etiketiyle yangın söndürücü satışları da devam etmiştir. *Ajax* ise 1992’de *Minimax* markasını tescil ettirmiş ve Almanya’da yangın söndürücü satmaktadır. 1994’te *Ansul*, *Ajax*’ın bu kullanımına itiraz etmiş ancak *Ajax* ise öncelikle markanın kullanılmamaya dayalı iptalini talep etmiştir. *Ansul* ise karşı dava yoluyla, *Ajax*’ın Benelux ülkelerinde *Minimax* markasını kullanmasının yasaklanmasını istemiştir. 1996 yılında gerçekleştirilen yargılama sonucunda, yerel mahkeme (Hollanda) *Ajax*’ın *Minimax* markasını Benelux ülkelerinde kullanamayacağına karar verilmiştir. *Ajax*’ın bölge mahkemesine başvurusu sonucunda *Ansul*’un 1989 yılından itibaren markayı *normal kullanıma* sokmadığı ve piyasaya yeni hiçbir ürün sokmaksızın sadece ürünlerin kontrolü ve onarımı faaliyetlerini yerine getirdiğini belirtmiştir. Bu kararın da *Ajax* tarafından bir üst mahkemeye (The Hoge Raad der Nederlanden) götürülmesi üzerine üst mahkemenin de belli hususlarda ABAD’a başvurması ile neticelenmiştir.

¹⁸⁷ “*Ansul v. Ajax*”, para. 35.

¹⁸⁸ **Pila/Torremans**, s. 430; **Bainbridge**, s. 849; Markasal kullanım amacı olmaksızın sembolik kullanımların (*token use*) kullanım olarak kabul edilmeyeceği SMK 9’uncu maddesinin gerekçesinde de sırf üçüncü kişilerin markayı iptal ettirmesini önlemek amacıyla, markanın evraklar veya ilanlar aracılığıyla kullanılması ve benzeri durumlar da kullanılma olarak kabul edilmeyeceği ifadesiyle vurgulanmıştır.

¹⁸⁹ “*Ansul v. Ajax*”, para. 36; **Seville**, s. 271.

¹⁹⁰ “*Ansul v. Ajax*”, para. 37; ABAD, C-442/07, *Verein Radetzky-Orden v Bundesvereingigung Kameradschaft*, T. 11.03.2003, para. 22; **Bozgeyik**, *Tescilli Markanın Kullanılması*, s. 464; **Kur/Senftleben**, s. 463, N. 6.160; **Michaels**, s. 106, N. 5.11

piyasadaki konumunu sürdürmek ya da yer elde edebilmek (ticari etki oluşturmak) amaçlı olmasıdır¹⁹¹.

ABAD, “*La Mer*” kararıyla, ciddi kullanımın kapsamını biraz daha detaylandırmıştır¹⁹². Buna göre, söz konusu malların veya hizmetlerin karakteristiği, marka kullanımının sıklığı ya da düzeni, markanın, marka sahibinin tüm mal veya hizmetler ya da bunların bir kısmı için pazarlama amacıyla kullanılıp kullanılmadığı ya da marka sahibinin bunu gerçekleştirebileceğine dair kanıt sunulması, göz önünde bulundurulacak faktörler arasında olmalıdır¹⁹³. Bununla bağlantılı olarak göz önüne alınması gerekli bir diğer husus, somut olaya konu olan mal veya hizmetin yapısı ve bu meyanda ilgili piyasanın büyüklüğü, karakteristiği, markanın buna bağlı olarak kullanımının sıklığı ve derecesidir¹⁹⁴. Kullanımın yapısı, sıklığı ve markanın kapsamındaki mallar ve/veya hizmetlerin niteliği, söz konusu piyasanın yapısı da bir arada değerlendirilmelidir¹⁹⁵.

Ciddi kullanımın belirlenmesinde yüksek bir eşişe gerek yoktur ve hatta niteliksel ya da niceliksel bir eşik öngörmek mümkün değildir¹⁹⁶. Niceliksel olarak kullanım, mutlak suretle ciddi kullanıma işaret etmez; ilgili mal veya hizmetin sunulduğu piyasanın özellikleri de değerlendirilmelidir¹⁹⁷. Gerçekten, ABAD kararlarında da önemli bir ölçüt olan satış miktarı, kullanılan piyasanın yapısına göre kullanımın sıklığı, malın veya hizmetin niteliği gibi ölçütlerle birlikte değerlendirilmektedir. Örneğin ABAD 32. sınıftaki malların genel halkı hedefleyen toplu tüketim malları olduğunu gözeterek söz konusu mallardan 15552 adet satımını kullanımın ispatı için yetersiz görmüştür¹⁹⁸.

¹⁹¹ “*Ansul v. Ajax*”, para. 38; ABAD, T-203/02, “*The Sunrider Corpara. v. OHIM*”, para. 21.; **Kur/Senftleben**, s. 462, N. 6.157; Öğretide bu ölçüte “rekabete uygun, en azından pazar ilişkilerini etkileyebilecek ölçüde” şeklinde yaklaşım için **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 244.

¹⁹² ABAD, C-259/02 “*La Mer Technology Inc. v. Laboratoires Goemar SA (La Mer)*”, T. 27.07.2004.

¹⁹³ “*La Mer*”, para. 22.

¹⁹⁴ “*Ansul v. Ajax*”, para. 39.; **Cam**, s. 30; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 74; **Pila/Torremans**, s. 430; **Kur/Senftleben**, s. 462, N. 6.158; **Tritton**, s. 673, N. 3-278.

¹⁹⁵ **Kur/Senftleben**, s. 462, N. 6.158; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 470.

¹⁹⁶ **Bainbridge**, s. 757; **Tritton**, s. 673, N. 3-278; Her ne kadar bir eşik öngörülemez de ciddi kullanımın ispatının mümkün olabildiği kadar detaylı ve açıklayıcı yapılması tavsiye edilmektedir. (**Aaron/Nordemann**, s. 1236).

¹⁹⁷ “*Ansul v. Ajax*”, para. 39.

¹⁹⁸ ABAD, T-250/13 “*Naazneen Investments Ltd v. OHIM*”, T. 18.03.2015, para. 35.

Esasında böyle bir değerlendirmenin *a priori* bir öngörüsü¹⁹⁹, aşılması gereken bir eşiği yoktur. Ciddi kullanımın ispatı için “belirli bir asgari düzey”²⁰⁰ (*de minimis rule*) tesis edilemez²⁰¹. İlgili ekonomik sektörde markanın kapsamında mallar veya hizmetler için pazar payı oluşturmak ya da mevcudu korumak amacı olduğu gerekçelendirilebilirse, önemli miktarda olmayan minimal bir kullanım bile ciddi olarak değerlendirilebilir²⁰². Örneğin, sadece belirli mevsimsel dönemlerde ya da yılbaşı gibi yılın belli günlerinde satılabilen mal ve hizmetlerde kullanım süresinin ve miktarının daha kısa olacağı göz önüne alınmalıdır²⁰³. Ancak, günlük hayatta sıklıkla tüketilen mallarda satış miktarının buna uygun olarak sık ve fazla olması beklenebilir. Az sayıda tüketiciye yönelmiş lüks tüketim mallarının, örneğin bir bilgisayarın satış miktarının daha az olması makul iken²⁰⁴; günlük hayatta olağan bir şekilde sıklıkla satışı gerçekleştirilen bir ürünün örneğin sigaranın satış miktarlarının aynı şekilde değerlendirilmesi beklenemez. Kısaca, söz konusu belirli asgari düzey, her vakıanın kendi şartlarına bağlı olarak gelişebilmektedir. Örneğin, EUIPO Temyiz Kurulu, itiraz edene ait markayı taşıyan derginin makul fiyatına rağmen düşük satış gerçekleştirmesini kullanım ispatı için yetersiz saymıştır²⁰⁵. Ancak kararda, bu düşük miktarda satışın piyasa koşulları, sınırlı çevre gibi sebeplerle gerekçelendirilmediği ve pazar payı yaratma çabasına yönelik herhangi bir gösterge de belirtilmediğine vurgu yapılmıştır²⁰⁶. Öğretide, söz konusu malı veya hizmeti piyasaya süren işletmenin büyüklüğünün de göz önüne alınabileceği, büyük işletmeler için satış

¹⁹⁹ **Kur/Senftleben**, s. 462, N. 6.158; **Bently/Sherman**, s. 1023; ABAD, C-416/04 “Sunrider v. OHIM” T. 11.08.2006, para. 72; ABAD, T. 409/07, “Helge B. Cohausz v. OHIM” T. 23.09.2009, para. 35.

²⁰⁰ **Bektaş**, s. 231.

²⁰¹ **Pila/Torremans**, s. 430; **von Mühlendahl**, Genuine Use of Trademarks in European Union, s. 166; ABAD, “*La Mer*”, para. 25; T- 215/13, “Deutsche Rockwool Mineralwoll GmbH & Co. OHG v. OHIM”, T. 15.07.2015, para. 32-33.

²⁰² “*La Mer*”, para. 21-27; ABAD, T. 409/07, “Helge B. Cohausz v. OHIM” T. 23.09.2009, para. 35; T-250/13, “Naazneen Investments Ltd. OHIM”, T. 18.03.2015, para. 49; **Kur/Senftleben**, s. 462, N. 6.158; **Cojanu**, s. 358; **Tritton**, s. 672, N. 3-277; Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/88 K. 2018/400 T. 11.12.2018, “*Somut olayda, davalı tarafın iptal talep edilen markaya yönelik sadece 8. Sınıfta kayıtlı bıçaklar yönünden kullanımın olduğu, 2015 yılında yapılan 40405 adetlik toptan satışın piyasa koşullarında tüketilmesinin zaman alacağı, bu nedenle bıçaklar yönünden kullanımının söz konusu olup diğer emtialar yönünden herhangi bir kullanımda bulunduğu ispat edilemediğinden markanın bıçaklar, kesici ve dürtücü silahlar dışındaki tüm emtialar yönünden iptaline ve sicilden terkinine karar vermek gerekmiştir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

²⁰³ **Arkan**, Marka Hukuku, C. II, s. 147-148; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 471; **Tritton**, s. 401, N. 3-210; **Seville**, s. 348.

²⁰⁴ **Özarmağan**, s. 43.

²⁰⁵ EUIPO Temyiz Kurulu, R 0239/2011-1, T. 09.02.2012, para. 24. (https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/0239%2F2011-1).

²⁰⁶ EUIPO Temyiz Kurulu, R 0239/2011-1, T. 09.02.2012., para. 22; Ayrıca bkz. ABAD, T-28/09, “Mo-Hwa Park v. OHIM” T. 13.01.2011, para. 95.

rakamlarının daha fazla olmasının beklenebileceği ifade edilmektedir²⁰⁷. Bununla birlikte, ABAD kararlarında da ifade edildiği üzere, ticari hacim küçüldükçe, marka sahibi tarafından kullanımın ciddiyetine yönelik şüpheleri yok etmek için ihtiyaç duyulan ilâve deliller artacaktır²⁰⁸.

Kural olarak, markanın kullanılmamakla birlikte hazırlık faaliyetleri içerisinde bulunması, örneğin henüz üretimine başlanmamış malların işletme evraklarının üzerinde kullanımı, ciddi kullanım olarak kabul edilmemektedir²⁰⁹. Ancak hazırlık faaliyetlerinin geniş çaplı olması ve oluşturabileceği muhtemel pazar payı da göz önüne alınarak büyüme rakamları, satış potansiyeli, reklamların etkisi gibi birçok etken göz önünde bulundurularak da değerlendirme yapılabilir²¹⁰.

Bazı durumlarda, belirli bir zamanda satılmış, artık mevcut olmayan mallar için de ciddi kullanım söz konusu olabilir²¹¹. Aynı şekilde, önceden satışı gerçekleşmiş malların yapısında ya da temelinde var olan parçaların satışında da bu durum geçerlidir. Malların bütünlüyci parçası olduğu için, aynı marka altında satılan parçalar önceki mallarla ilişki içerisinde kabul edilmeli ve ciddi kullanımdan söz edilmelidir²¹². Muhakkak bütünlüyci parçası olması zorunlu değildir, bütünlüyci parçası olmasa dahi; o malla doğrudan ilgili olan ve tüketicilerin bu mallara yönelik ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik malların satışı da ciddi kullanımdır. Bu durum, aksesuarların ya da ilişkili parçaların satımı gibi ya da bakım ve onarım hizmetleri gibi satış sonrası hizmet şeklinde de gerçekleşebilir²¹³.

Son olarak, ciddi kullanımdan söz edebilmek kullanımın için kamuya yönelik, dışa dönük (“*publicly and outwardly*”) ve bu suretle temsil ettiği mallar veya hizmetler için

²⁰⁷ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 147; **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 633; **Bainbridge**, s. 758; **Yardımcı/Sever**, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 421.

²⁰⁸ ABAD, T-382/08, “Advance Magazine Publishers v OHIM — Capela & Irmãos (*VOGUE*)”, 18.01.2011, para. 31; T- 215/13, “Deutsche Rockwool Mineralwooll GmbH & Co. OHG v. OHIM” (*Deutsche Rockwool*), T. 15.07.2015, para. 33.

²⁰⁹ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 147; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 444; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 240; **Özarmağan**, s. 42-43.

²¹⁰ **Bolton**, s. 386; **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 634; **Öztürk Akkartal**, Hanife, 6769 sayılı Sınâî Mülkiyet Kanunu’na Göre Tescilli Markanın Kullanılmaması ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, İKÜHFD, Ocak 2019, C. 18, S. 1, (s. 13-31), s. 19.

²¹¹ “*Ansul v. Ajax*”, para. 40; **Bently/Sherman**, s. 1022; **Kur/Senftleben**, s. 462, N. 6.159.

²¹² “*Ansul v. Ajax*”, para. 41.

²¹³ “*Ansul v. Ajax*”, para. 42.

pazar oluşturabilecek şekilde ticari hayatta gerçekleşmesi gerekmektedir²¹⁴. Özel alanlarda ya da işletme içi kullanımlar ciddi kullanım teşkil etmeyecektir²¹⁵. Dışa dönük kullanım muhakkak son tüketiciye yönelik olmak zorunda değildir, distribütörler gibi belirli bir gruptan oluşan işletmelere yönelik de olabilir²¹⁶.

Markanın gerçek ve fiili kullanımını sayesinde, diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilebilme fonksiyonu ortaya çıkar²¹⁷. Ciddi kullanımın amaçlarından biri de markanın ayırt ediciliğinin sağlanmasına katkıda bulunmaktır, bu yönüyle birbirlerini tamamladıkları ifade edilebilir. Nitekim, “*Ansul v. Ajax*” kararında da ciddi kullanım ile kastedilenin, markanın tescil edilmiş olduğu mallar veya hizmetler için pazar payı yaratmak veya mevcudu muhafaza etmek amacıyla ve temel işlevine uygun bir biçimde piyasada kullanılması olduğu belirtilmiştir. Ciddi kullanım kavramının kapsamında, markanın işlevine uygun ve tescil edildiği haliyle kullanımı da yer almaktadır²¹⁸. EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzu’nda ise, kullanımın yapısı (*nature of use*); üç koşul hâlinde, “marka olarak ticaret esnasında kullanım, markanın tescil edilmiş olduğu mal ve hizmetlerde kullanım, markanın tescil edildiği gibi ya da AB Marka Tüzüğü m. 15/1.a’ya uygun olarak tescil edildiğinden farklı şekilde kullanımı” olarak öngörülmüştür²¹⁹. Bu yüzden çalışmamızda markanın temel işlevine uygun kullanılması ve tescil edildiği mallar veya hizmetlerle doğrudan ilişkili olarak kullanılması da ciddi kullanım içerisinde incelenmiştir. Çalışmamızda, Türk marka hukuku öğretisinde sadece *Yasaman/Yüksel*²²⁰ ve *Tekinalp*²²¹ tarafından ele alındığı şekliyle, ancak AB marka hukuk öğretisi ve içtihatlarında bu şekilde düzenlendiği gözetilmek suretiyle²²², markanın temel

²¹⁴ **Seville**, s. 399; ABAD, T-174/01, “Jean M. Goulbourn v. OHIM”, T. 12.03.2003, para. 39.; Bu gerekliliğin sadece işletme içi kullanımın zıddı olarak algılanabileceğine ilişkin bkz. **Tritton**, s. 677, N. 3-280.

²¹⁵ ABAD, C-442/07, “Verein Radetzky-Orden v Bundesvereinigigung Kameradschaft”, T. 11.03.2003, para. 22.; “*Ansul v Ajax*”, para. 37.

²¹⁶ ABAD, T-324/09, “J&F Participações SA v. OHIM”, T. 17.02.2011, para. 32.

²¹⁷ **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 463; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 327; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 238.; **Bilgili**, Kullanma Zorunluluğu, s. 30.

²¹⁸ **Yasaman/Yüksel**, s. 632; **Kur/Senftleben**, s. 458, N. 6.145; **Cojanu**, s. 358; **McClelland**, s. 288.

²¹⁹ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.3.1, s. 11.

²²⁰ **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 632.

²²¹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 460.

²²² **Kur/Senftleben**, s. 458, N. 6.146-147.

işlevine uygun kullanımı ve tescil edildiği mallar veya hizmetler kapsamında kullanımı unsurları da ciddi kullanım başlığı içerisinde incelenmiştir.

2.2.2. Markanın Temel İşlevlerine Uygun Kullanımı

Markanın ciddi kullanımı bünyesinde yer alan, temel işlevini yerine getirecek tarzda kullanımı, MarKHK döneminde açıkça düzenlenmemiş, öğreti ve yargı içtihatlarıyla yerleşmiş bir unsurdur²²³. SMK m. 9 hükmünde ise açıkça bir ilke olarak ifade edilmemekle birlikte, madde gerekçesinde kullanımın, “*markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi*” için kullanılması gerektiği ifade edilmiştir. Gerçekten de bu ilke açıkça ve ayrıca düzenlenmeyi gerektirmemektedir; zira markanın ciddi kullanımının bir gereği ve sonucu olarak zaten içinde barınmaktadır²²⁴.

Markanın klasik, temel, aslı işlevleri; ayırt edicilik ve kaynak (menşe/köken/orijin) gösterme işlevleridir²²⁵. Malın ve/veya hizmetin kaynağını gösterme fonksiyonu, markayı taşıyan ürünlerin üretildiği veya piyasaya sürüldüğü yahut hizmetin sunulduğu teşebbüsün işaret olunması anlamına gelmektedir²²⁶. Bu işlev, markanın hâlen klasik ve temel işlevi olmakla birlikte²²⁷ öğretilde, bilhassa Sanayi Devrimi sonrasında teşebbüslerden ziyade malın ya da hizmetin ayrılmasının önem kazanmasından ve

²²³ Ancak 551 Sayılı Markalar Kanunu m. 18/1’de “*Markanın tescil edildiği gibi kullanılması şarttır.*” ifadesiyle açık hükümle buna yer verilmiştir. MarKHK döneminde bu yöndeki öğreti görüşleri için bkz. **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 633; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 146; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 60; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 237; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 116 vd. **Özarmağan**, s. 29 vd.

²²⁴ Ayrıca bu unsur marka hukukunun “temel eksenini” olarak görülmektedir. (**von Mühlendahl**, Genuine Use of Trademarks in European Union, s. 164).

²²⁵ **Memişoğlu**, Sami Özgür, Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, Ankara 2019, s. 58; **Gürzumar**, s. 503; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 162; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 33; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 60; **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 18-19; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 38; **İmirlioğlu**, Dilek, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Ankara 2018, s. 5 vd; **Tritton**, s. 397, N. 3-938; **Jehoram/van Nispen/Huydecoper**, s. 9 vd; **Kur/Senftleben**, s. 6, N. 1.06.

²²⁶ **Doğan**, Beşir Fatih, Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, FMR, C. 5, S. 4, 2005, (s. 37-64), s. 51; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 162; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 33; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 59; **Yılmaz**, Marka Olabilecek İşaretler, s. 88; **Dirikkan**, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 13.

²²⁷ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 378; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 59; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 309; Bununla birlikte tanınmış markalar için, menşe gösterme fonksiyonu önemini korumaktadır. (**Karasu** (Suluk/Nal), s. 163); **Memişoğlu**, s. 15; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 16; Aslında bir malın üreticisinin veya hizmeti sağlayanın doğrudan gösterilmesi, ticaret unvanına ait bir fonksiyon olup, öğretilde bunun markalar için dolaylı bir işlevi haiz olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Karasu** (Suluk/Nal), s. 162.

pazarlama ve üretim stratejilerinin de buna bağlı olarak değişmesinden ötürü, yerini artık ayırt edicilik fonksiyonuna bırakıp önemini büyük ölçüde yitirdiği ifade edilmektedir²²⁸. Markanın ayırt edicilik fonksiyonu ise, bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt edilebilmesini sağlaması anlamındadır²²⁹.

Bir başka görüşe göre ise, köken ayırt etme işlevi, işareti marka hâline getiren unsurdur; öğretilerdeki değişik yorumlamalar ise köken ayırt etme işlevinin olduğundan farklı ele alınmasından doğmaktadır²³⁰. Buna göre, köken ayırt etme işlevi, tüm malların aynı işletmeden doğduğunu ifade etmek değil, “*marka ile işaret olunan malın veya hizmetin kökeninin ayırt edilebilirliğini garanti etmek*” olarak algılanmalıdır²³¹. Nitekim, markanın işletme ile bağlılığının ortadan kaldırılması da tüm malların aynı teşebbüsten doğduğunun garanti edilemeyeceği olgusunu desteklemektedir²³². Bu görüşün, hareket noktasını bir yandan da AB marka hukukunun kökleşmiş içtihatlarından aldığı görülmektedir. Markanın esas fonksiyonuna (*essential function*) AB hukuku perspektifinden bakmak gerekirse, 2015/2436 sayılı EUTMD 16. Gerekçesinde, tescilli marka ile sağlanan korumanın, özellikle kaynak göstergesi olarak markanın garanti altına alınması yönünde olduğu belirtilmiştir²³³. Buna bağlı olarak ABAD içtihatlarında markanın temel işlevi, “*Marka ile işaretlenen malı veya hizmeti, farklı kökene sahip olan mallar veya hizmetlerden hiçbir karışıklık ihtimali bulunmaksızın tüketiciye veya nihai kullanıcıya sağlayarak işaretli ürünün kaynağını garanti etmek*” şeklinde ifade edilmektedir²³⁴. Yine mezkûr içtihatlar göre, markanın bu fonksiyonunu sağlamasının

²²⁸ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 178; **Pahlı**, Ali, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul 2018, s. 15; Tarihsel gelişim içerisinde markanın ilk fonksiyonu kaynak göstermedir. (**Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 38).

²²⁹ **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 6; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 162; **İmirlioğlu**, s. 5-6; **Memişoğlu**, 60; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 38; **Yasaman/Yusufoğlu**, C.I, s. 18; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 33; **Pahlı**, Ürün Benzerliği, s. 15.

²³⁰ **Uzunalli**, Köken Ayırt Etme İşlevi, s. 75; **Gülüm**, Dilara Naz, Marka Sahibinin Markanın Başkası Adına Tesciline Muvafakati, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 19.

²³¹ **Uzunalli**, Köken Ayırt Etme İşlevi, s. 75; **Öztürk Akkartal**, s. 19.

²³² *Uzunalli*'ya göre, işletme ile bağlılığın kaldırılması, köken ayırt etme işlevinden vazgeçme şeklinde değil, marka hukukunun rekabet hukukuna katılabilmesi için öngörülmüştür. (**Uzunalli**, Köken Ayırt Etme İşlevi, s. 77)

²³³ “*The protection afforded by the registered trade mark, the function of which is in particular to guarantee the trade mark as an indication of origin, should be absolute in the event of there being identity between the mark and the corresponding sign and the goods or services.*”

²³⁴ ABAD, C-299/99, “Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd”, T. 18.06.2002, para. 30; C-487/07, “L'Oréal SA v. Bellure NV”, T. 18.07.2009, para. 58; C-39/97, “Canon

yolu “tescile konu tüm malların veya hizmetlerin kalitesinden sorumlu olabilen tek bir işletmenin kontrolü altında bulunduğu” garanti edilmesinden geçmektedir²³⁵. Bu bağlamda, AB hukukunda öğretilerde de markanın temel fonksiyonu olarak, kaynak göstermenin vurgulandığını belirtmek gerekir²³⁶.

Markanın öncelikli ve temel işlevlerinin hâlen malları ve/veya hizmetlerin ayırt ediciliğinin sağlanması ve malın ve/veya hizmetin kökeninin ayırt ediciliğini garanti etmek olduğu sonucuna varılabilir. Öğretilerde, köken gösterme işlevinin tamamen etkisizleşerek yerini ayırt ediciliğine bıraktığı düşüncesi, haklı olarak, yanlış bir değerlendirme şeklinde görülmektedir²³⁷. Nitekim bir teşebbüsün faaliyetleri sonucunda tanınırlığının artması; tüketici haklarının öneminin de artması karşısında, menşe gösterme fonksiyonu önemini yitirmek bir yana; bilâkis arttırmaktadır²³⁸. Netice olarak, markanın ciddî kullanımı olgusunun mihenk taşlarından biri olan, temel işlevlerine uygun kullanımı, her iki fonksiyonun da sıkı bir şekilde bağlantılı bulunduğu varsayımında, birlikte gözetilerek değerlendirilmelidir²³⁹.

Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer”, T. 29.09.1998, para. 28; C-10/89, “HAG”, T. 17.10.1990, para. 14; C-206/01, “Arsenal Football Club PLC v. Matthew Reed”, T. 12.11.2002, para. 48.

²³⁵ Örneğin ABAD, malın üzerinde kullanılan kaliteyi gösteren etiketlerin, tüketiciye malın veya hizmetin kalitesinden sorumlu tek bir işletmenin kontrolü altında üretildiğini göstermesi şartıyla ciddi kullanım teşkil edebileceği kararını vermiştir. ABAD, C-689/15, “W. F. Gözze Frottierweberei GmbH and Wolfgang Gözze v Verein Bremer Baumwollbörse” T. 08.06.2017, para. 51; Öğretilerde de kaynak gösterme fonksiyonunun garanti fonksiyonuyla yakından ilişkili olduğu belirtilmektedir. **Kervankıran**, Emrullah, Markanın Müşterek (Paylı) Mülkiyete Konu Olması ve Bu Bağlamda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, (s. 394-407), s. 402.

²³⁶ **Kur/Senftleben**, s. 6, N. 1.06; **von Bomhard**, Verena/ **von Mühlendahl**, Alexander, Concise European Trade Mark Law, The Netherlands, 2018, s. 193; **Jehoram/van Nispen/Huydecoper**, s. 9-11; **Pila/Torremans**, s. 380; **Tritton**, s. 394, N. 3-035; **Seville**, s. 376; **von Mühlendahl**, Genuine Use of Trademarks in European Union, s. 164.

²³⁷ Benzer yönde **Kaya**, Marka Hukuku, s. 59; **Uzunallı**, s. Köken Ayırt Etme İşlevi, s. 75; **Gülüm**, s. 18; **Kervankıran**, s. 403.

²³⁸ **Kaya**, Marka Hukuku, s. 59-60; **Kervankıran**, s. 403; **Pila/Torremans**, s. 380; ABAD marka tescilinin koruması kapsamında marka sahipleri kadar tüketicileri de bu kapsama dâhil etmektedir. (**Aplin/Davis**, s. 355).

²³⁹ Markanın temel işlevlerinin ayırt edicilik ve kaynak gösterme olduğuna ilişkin bkz. **Yusufoğlu/Bilgin**, s. 352; Markanın köken belirtme işlevi ve ayırt edicilik işlevlerinin asli işlevler olarak sıkı bağlantılı olduğu ve birlikte korunması gerektiği yönünde bkz. ve karşı. **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s. 12, dn. 34’te yer alan yazarlar; **Yılmaz**, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, s. 53; Yarg. 11. HD. E. 2017/4911 K. 2019/1371 T. 20.2.2019, “... bir marka başvurusunun kötüniyetli bir başvuru olabilmesi için, marka için başvuruda bulunan kişinin, **markanın temel işlevleri olan ürünün işletmeye aidiyetini sağlama ve diğer ürünler karşısında ayırt edicilik sağlama fonksiyonu dışında bir amaçla veya marka üzerindeki gerçek hak sahibinin markadan yararlanmasını engellemek...**”; Yarg. 11. HD., E. 2017/544 K. 2018/6648 T. 24.10.2018, “... şekil ve harflerden oluşan iki unsurun birbirini tamamlar

Markanın bu klasik işlevleri haricinde ekonomik işlevleri de bulunmaktadır; bunlar garanti ve kalite fonksiyonunun yanı sıra ABAD kararlarında da özellikle iletişim, yatırım ve reklam fonksiyonları olarak ifade edilmektedir²⁴⁰. Markanın asli işlevleri dışındaki bahsi geçen diğer fonksiyonlarının yerine getirilip getirilmediği hususu her somut olaya göre değerlendirilmeyi gerektirmektedir²⁴¹. Garanti ve kalite fonksiyonu, tüketicilerin malın ve/veya hizmetin niteliğine, kalitesine güvendiği teşebbüsü onun markasıyla tanıdığını ifade eder ve tüketiciye söz konusu malın ve/veya hizmetin belirli bir kalitede sunulacağını garanti edilmesini ifade etmektedir²⁴². Belirtmek gerekir ki bu fonksiyonla belli bir eşğin üzerindeki kaliteyi değil, marka sunulduğu zamanki kalitenin korunduğunu garanti edilmektedir²⁴³. Bununla birlikte bu fonksiyonun, marka hukuku ile korunan bir işlev olmadığı kabul edilmektedir, dolayısıyla zedelenmesi hâlinde de herhangi bir yaptırım bulunmamaktadır²⁴⁴. Reklam, yatırım ve iletişim fonksiyonu, markanın ayırt ediciliği ve tanınırlığı ile piyasayı etkileyebilmesi olarak ele alınabilir²⁴⁵. Bu diğer fonksiyonların (*additional functions*) tipik olarak tanınmış markalar ile yerine

nitelikte bulunduğu, şekil içinde bulunan markayı oluşturan harflerin esas unsur olduğu, anılan bisküvi yahut kraker şeklinin işletmesel kökene hitap edecek bir ayırt ediciliğinin bulunmadığı, dolayısıyla davacının anılan işaret üzerinde önceye dayalı hak sahipliğinden bahsedilmesinin de mümkün olmadığı...”; (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

²⁴⁰ Turner, s. 376, N. 7.04; Seville, s. 412; ABAD, C-487/07, “L’Oréal SA v. Bellure NV”, T. 18.07.2009, para. 58; C-206/01, “Arsenal Football Club plc v Matthew Reed”, T. 12.11.2002, para. 48; C-371/02, “Björnekulla Fruktindustrier AB v Procordia Food AB.” T. 29.04.2004, para. 23; Yasaman/Yusufoğlu, C.I, s. 19-20; Ekonomik alanda en önemli işlevinin “reklam işlevi” olduğuna ilişkin bkz. Kaya, Marka Hukuku, s. 60; Markanın reklâm işlevinin sadece tanınmış markalar için korunduğuna ve garanti işlevininse hukuken korunmadığına ilişkin bkz. Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s. 40; Reklam fonksiyonunun köken gösterme fonksiyonundan bağımsızlığına ilişkin bkz. Arkan, Sabih, Marka Hakkına Tecavüz-Markasal Olarak Kullanılma Zorunluluğu, Batider, C. 20, S. 3, 2000, (s. 5-13), s. 9.

²⁴¹ Memişoğlu, s. 59.

²⁴² Bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 378; Karasu (Suluk/Nal), s. 163.; Poroy/Yasaman, s. 458; Bu işlevin “garantiyi kalite” olarak nitelendirilmesi için bkz. Çağlar, Marka Hukuku, s. 34.

²⁴³ Çağlar, Marka Hukuku, s. 34; Karasu (Suluk/Nal), s. 163; Norman, s. 339; Garanti işlevinin markanın tescil edildiği mal veya hizmetin niteliklerine ilişkin olduğu yönünde bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 348; Arkan, Marka Hukuku, C. I, s. 38.

²⁴⁴ Karasu (Suluk/Nal), s. 163; Ancak SMK m. 152/2’ de ifadesini bulmuş olan “kötüleştirmeye engel olma hakkı” bu kapsamda bir yaptırım olarak düşünülebilir, zira bu düzenlemenin gerekçesi markanın garanti ve kalite fonksiyonudur. (Kaya, Marka Hukuku, s. 63; Arkan, Marka Hukuku, C.I, s. 39).

²⁴⁵ Markanın özgünlüğü ve tanınırlığı ile reklam fonksiyonu doğru orantılıdır. (Karasu (Suluk/Nal), s. 163; Arkan, Marka Hukuku, C.I, s. 39); Cornish/Llewelyn/Aplin, s. 644.

getirilebildiği ifade edilmektedir²⁴⁶. Gerçekten de bir malın ve/veya hizmetin tanıtılması ve pazarlanması, marka vasıtasıyla gerçekleşmektedir²⁴⁷.

Markanın temel işlevlerine uygun kullanım incelenirken beraberinde “*markanın yöneldiği kitlenin algısı*”, “*ticarete kullanım*” hususları da kümülatif olarak birlikte değerlendirilmelidir²⁴⁸. Öncelikle belirtmek gerekir ki, marka kullanımının ticarete (*use in commerce/commercial activity*) gerçekleşmesi gerekmektedir²⁴⁹. Bu yüzden, markadan elde edilmesi beklenen ekonomik amaca hizmet etmeyen kullanımlar, işleve uygun kullanım olarak değerlendirilmemelidir²⁵⁰. Ticarî hayatta kullanımın ölçütü için de bir eşik belirlenmesinden söz edilmesi pek mümkün görülme de ABAD kararlarında ticarete kullanım için “ticari faaliyet bağlamında, özel bir durum olarak değil, ekonomik avantaj amacıyla” kullanmanın göz önüne alınabileceği belirtilmiştir²⁵¹ ve öğretilerde de bunun düşük bir eşik olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir²⁵². Bu anlamda markanın örneğin özel çalışmalar, politik tartışmalar, öğrenim ya da akademik araştırmalarda kullanımı markasal kullanım teşkil etmeyecektir²⁵³.

Bu noktada işleve uygun kullanım konusunda değinilmesi gerekli bir diğer nokta, markanın başvuru eserlerinde kullanımı konusudur²⁵⁴. Markanın başvuru eserlerinde yer almasının düzenlenmiş olduğu SMK m. 8 uyarınca; tescil edilmiş bir markanın basılı şekilde veya elektronik ortamda sunulan “sözlük, ansiklopedi ya da başkaca başvuru eserinde” tescilli olduğu belirtilmeksizin, hedef kitle nezdinde jenerik ad kanaati oluşturacak şekilde kullanılırsa, marka sahibi yayımcıdan markanın tescilli olduğunun belirtilmesi suretiyle yanlışlığın giderilmesini veya söz konusu markanın eserden

²⁴⁶ **Senftleben**, Martin, Function Theory and International Exhaustion—Why it is Wise to Confine the Double Identity Rule to Cases Affecting the Origin Function. *European Intellectual Property Review*, 36(8), 2014, (s. 518-524), s. 519.

²⁴⁷ **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 34; **Yasaman/Yusufoğlu**, C.I, s. 20.

²⁴⁸ **Dinwoodie/Janis**, s. 230; **Seville**, s. 356.

²⁴⁹ **Turner**, s. 381, N. 7.09; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 147; **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 638; **Bektaş**, s. 226; **Yusufoğlu Bilgin**, Kullanma Niyeti, s. 353.

²⁵⁰ **Kaya**, Marka Hukuku, s. 198.

²⁵¹ ABAD, C-236/08-238/08, “Google France and Google” T. 23.03.2010, para. 50; ABAD, C-206/01, “Arsenal Football Club PLC v. Matthew Reed”, T. 12.11.2002, para. 40; ABAD, C-17/06, “Céline SARL v. Céline SA.” T.11.09.2007, para. 17.

²⁵² **Kur/ Senftleben**, s. 458, N. 6.146.

²⁵³ **Kur/ Senftleben**, s. 458, N. 6.146; **Turner**, s. 382, N. 7.09.

²⁵⁴ Markanın başvuru eserlerinde kullanımı hususunda detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Kırca**, İsmail, Tescilli Markanın Tescilli Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması, *Batider*, C. 22, S. 5, Aralık 2003, (s. 5-14).

kaldırılmasını talep edebilmektedir²⁵⁵. Ciddi kullanım için, markanın ticari etki oluşturacak şekilde piyasada kullanılması gerekmektedir, halbuki başvuru eserlerinin kullanımında ticari amaçtan ziyade okuyucusunu bilgilendirme maksadı ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda ABAD, her yıl ülkedeki farmakolojik ürünlerin liste hâlinde yayımlandığı ansiklopedide itiraza konu ilaç markasının yer almasını ciddi kullanım olarak kabul etmemiştir²⁵⁶. Benzer şekilde, malı veya hizmeti tanıtım amacı gütmeksizin, markanın sadece resmi başvurularda kullanılması da markasal kullanım olarak kabul edilmemektedir²⁵⁷.

Marka, yöneldiği çevre tarafından, bu mal veya hizmeti tanıttığı anlaşılacak şekilde, *ticari hayatın içerisinde* kullanılmalıdır²⁵⁸. Ancak, bu husus kâr elde etme amacıyla gerçekleştirilen bir kullanım olarak değerlendirilmemelidir²⁵⁹. ABAD, kâr amacı gütmeyen kuruluşun kamuyla ilişkilerinde, gerçekleşecek etkinlikleri iş evraklarında ve reklam materyallerinde duyurmasını ve derneğin üyelerinin bağış toplarken ve dağıtırken söz konusu markanın rozetini takmalarını ciddi kullanım olarak kabul etmiştir²⁶⁰. ABAD, “*Radetzky*” kararında, yardım kuruluşunun kâr amacı gütmüyor olmasının, bu kuruluşun böyle bir amacının olmayacağı ve ileride malları veya hizmetleri için pazar oluşturamayacağı anlamına gelmediğini yorumlamış²⁶¹ ve kâr amacını, ciddi kullanımdan soyut kılmıştır. Ücretsiz olarak sunulan mallar veya hizmetler de sunum amaçları ticari olduğunda, eş deyişle, söz konusu mallar veya hizmetler için pazar oluşturmak amacıyla veya mevcut pazarı sürdürmek, diğer teşebbüslerin malları veya hizmetlerinden ayırt

²⁵⁵ Hükümün mehzasını teşkil eden 2017/1001 sayılı Tüzük m. 12 ve 2015/2436 sayılı Direktif m. 12 “Markanın Sözlüklerde Yer Alması” başlığı altında düzenlenmiş ancak yine de SMK’da olduğu gibi sadece sözlükle sınırlı olmaksızın “basılı/elektronik ortamdaki sözlük, ansiklopedi ya da benzeri başvuru eseri” olarak ifade edilmiştir. SMK’da yayımcının, marka sahibinin taleplerini “elektronik ortamda sunulan eserlerde derhâl, basılı eserlerde ise yayımın talebi takip eden ilk baskısında” yerine getirmesi öngörülmüşken, AB mevzuatında elektronik ya da basılı ortam ayırımına gidilmeksizin “yayımların en geç gelecek baskısında” olarak düzenlenmiştir. Bir diğer farklılık ise, AB markasında marka sahibinin sadece markanın tescilli olduğunu belirten bir işarete yer verilmesini talep etme hakkı var iken, SMK’da marka sahibine söz konusu markayı kaldırma hakkının da seçimlik olarak tanınmış olmasıdır.

²⁵⁶ ABAD, T-258/08, “Matthias Rath, residing in Cape Town v. EUIPO” T. 24.07.2017, para. 40.

²⁵⁷ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 240; **Sert**, s. 44.

²⁵⁸ **Kaya**, Marka Hukuku, s. 198-199.

²⁵⁹ **Pila/Torremans**, s. 431; **Çağlar**, Hayrettin, 6769 Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 sayılı KHK m.14 Hükümünü İptal Eden Kararının Etkileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 21, S. 1, 2017, (s. 3-19), s. 6.

²⁶⁰ ABAD, C-442/07, “Verein Radetzky Orden v. Bundesvereinigung Kameradschaft”, T. 09.12.2008, para. 24.

²⁶¹ ABAD “*Radetzky*”, para. 27.

edilmek ve onlarla rekabet etmek amacıyla kullanıldıklarında, ciddi kullanım olarak kabul edilebilmektedir²⁶².

Ticari hayatta kullanımın bir diğer uzantısı olarak markanın sadece söz konusu teşebbüsün kendi bünyesinde kullanımı, ciddi ve işleve uygun kullanım sayılmamaktadır. Örneğin, sadece teşebbüsün kendi bünyesinde gerçekleştirilen, piyasaya sürülmeyen kullanımlar işlevsel kullanım olarak değerlendirilemez. Bu minval üzere, satılmadan veya hizmete sunulmadan, sadece reklam ve yazışmalarda yahut kartvizitlerde kullanılması ticari hayatta bir kullanım arz etmediği için marka hukukunda kullanım kapsamına girmez²⁶³.

Markanın, sadece promosyon ürünleri üzerinde kullanılması (*promotional activity*) ciddi kullanım teşkil etmemektedir. Zira bu gibi durumlarda, ürünler aynı sınıftaki mallar için pazara girme amacıyla hiçbir şekilde dağıtılmamıştır²⁶⁴. ABAD, “*WELLNESS-DRINK*” kararında işaretin sadece promosyon ürünlerinde kullanılmasını işleve uygun bir kullanım olarak değerlendirmemiştir²⁶⁵. Fakat, öğretilerde bunun doğurabileceği bir sakınca olarak; halkın söz konusu promosyon ürünleri ile ilgili kullanıma çok aşına olmuş olabileceği ve buna rağmen kullanımın ciddi sayılmamasının paradoksal bir sonuç doğurabileceği ileri sürülmüştür²⁶⁶. Ayrıca, gerçekten bir ticarî amaca hizmet ettiği takdirde, marka sahibinin kendi organizasyonu içinde kullanımın da işleve uygun kullanım olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir²⁶⁷. *Bozgeyik*, markanın ticarete sunulduğu anda kullanılmasının gerekli ve yeterli olup, bu aşamadan sonra mal üzerindeki kalıcı kullanımın herhangi bir etkisi olmadığı belirtmiştir²⁶⁸. Yazara göre,

²⁶² ABAD, T-289/09, “*Omnicare Clinical Research v. OHIM*, T. 09.09.2011, para. 67-68.; EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.3.3.2, s. 14.

²⁶³ **Kaya**, (Ülgen, vd.), s. 483.

²⁶⁴ **Kur/Senftleben**, s. 463, N. 6.161; **Yardimci/Sever**, *Genuine Use of Trademarks in Turkey*, s. 420-421.

²⁶⁵ ABAD *Silberquelle GmbH v Maselli-Strickmode GmbH C-495/07*, T. 15.01.2009, para.20; ABAD bu kararında, “32’nci sınıfta alkolsüz içecekler ve diğer emtialar için tescilli” *WELLNESS* markasının sahibi ve aynı zamanda kıyafet üreticisi olan “Maselli” isimli şirketin bir yıllık süre zarfında, bu markayı taşıyan 800 adet “Wellness- Drink” içeceğini, 600 Euro tutarında kıyafet alışverişi yapan müşterilerine ücretsiz promosyon ürünü olarak verilmesini, markayı ticari amacından uzaklaştırdığı ve ayırt ediciliğe katkısı bulunmadığı için, ciddi kullanım kapsamında değerlendirmemiştir.

²⁶⁶ **Tritton**, s. 675-676, N. 3-279.

²⁶⁷ **Bozgeyik**, *Tescilli Markanın Kullanılması*, s. 463-464.

²⁶⁸ **Bozgeyik**, *Tescilli Markanın Kullanılması*, s. 466.

markanın kullanılma yeri, şekli gibi etkenler markadan beklenen ekonomik menfaatlerle ilgili olup, kullanım külfetinden farklı değerlendirilmelidir²⁶⁹.

Markanın işlevine uygun kullanımının değerlendirilmesine yönelik olarak ilâve etmek gerekir ki markanın yenilenmesi veya sadece lisans sözleşmesinin yapılması ya da lisans bedelinin ödenmesi²⁷⁰ marka hakkının devredilmesi, markanın işlevine uygun kullanımını karşılamaz²⁷¹. Benzer şekilde, Yargıtay, salt Ticaret Odası'na sicil kaydının veya Vergi Dairesi kaydına dayalı olarak markanın kullanılmış sayılmayacağına karar vermiştir²⁷². Ayrıca, marka sahibinin, markasına dayanarak bir başkasına "ihtarname göndermesi"²⁷³ veya "dava açması" da markanın işlevine uygun kullanımı manasına gelmeyecektir²⁷⁴.

²⁶⁹ Yazar, markanın yer aldığı emtianın kullanım şeklinin, markayı taşıyan ürünün başka bir ürünle birlikte ya da ayrı olarak kullanılmasının önemli olmadığını vurgulamaktadır. Benzer şekilde, markanın sipariş üzerine üretilmiş üründe kullanılması ile satışa hazır bulundurulan ürün üzerinde kullanılmasının da kullanımı etkilemediğini vurgulamaktadır. (**Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 466.)

²⁷⁰ "Ansul v. Ajax", para. 36; **Kur/Senfleben**, s. 463, N. 6.160; Yarg. 11. HD. E. 2015/10056 K. 2016/4884 T. 2.5.2016, "...markaya ilişkin lisans sözleşmesi yapılmasının da başlı başına ciddi kullanımı kanıtlamayacağı, lisans alan tarafından da markanın ciddi kullanımının ispat edilemediği markanın yenilenmesinin de ciddi kullanım niteliğinde olmadığı, gerekçesiyle davalı adına TPE nezdinde ... numarada kayıtlı "... ibareli markanın 12. sınıf kapsamında kalan mallar yönünden kullanılmana nedeniyle hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmiştir."; 11. HD. E. 2009/7782 K.2011/7040 T. 9.6.2011, "...Ciddi kullanımın ispatı için salt lisans faturalarının ibrazı yeterli olmayıp ayrıca lisans verilen dava dışı şirketlerinde söz konusu ürünler üzerinde markasal kullanımları bulunduğunun ispatı gerekir." (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

²⁷¹ **Kaya**, Marka Hukuku, s. 198.; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 464.

²⁷² Yarg. 11. HD. E. 2014/15701 K. 2015/3990 T. 23.3.2015, "... Davalı tarafça, iptali istenilen markanın 556 sayılı KHK'nın 14. maddesi anlamında markasal kullanımının kanıtlanması gerekir. Mahkeme kabulü itibarıyla, "... ibaresini taşıyan **ticaret odası ve vergi kaydı anılan madde kapsamında markasal kullanım olarak kabul edilemez**. Davalı tarafça söz konusu belgeler dışında dava konusu markanın kullanımına yönelik başkaca delil de sunulmadığına göre, davalı adına tescilli 2002/03943 sayılı "... ibareli markanın 35. sınıf hizmetler bakımından da hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerekirken, ... " (www.lexpera.com.tr, E.T.:06.12.2019)

²⁷³ **Çolak**, Marka Hukuku, s. 978.

²⁷⁴ Yarg. 11 HD. E. 2007/4588 K. 2008/13024 T. 18.11.2008, "*Mahkemece, muhtelif ürün etiket örnekleri, basılı evrak, poşet vs belgelerden davalının markasını kullanmaya devam ettiği, KHK'nın 14. maddesi çerçevesinde markanın kullanılmadığının ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, davalının davacı aleyhine 134007 nolu markanın izinsiz olarak kullanımı nedeniyle haksız rekabetin tespiti, men'i ve sonuçlarının ortadan kaldırılması istemiyle dava açmış olması yukarıda ifade edilmeye çalışılan markanın kullanımı anlamına gelmeyeceği gibi, davalı tarafından kullanımın varlığına dair sunulan kanıtlar soyut olup, hangi tarihteki kullanımı kanıtladığı anlaşılamamaktadır.*" (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020)

Son olarak, işleve uygun kullanım için gözetilmesi gerekli bir diğer unsur ise malın ya da hizmetin yöneldiği markanın yöneldiği *hedef kitlenin algısıdır*²⁷⁵. Öğretide markanın işleve uygun kullanımının tespitinde en önemli ölçüt olarak da değerlendirilen²⁷⁶ bu ölçüte göre, markayı oluşturan işaret, hitap ettiği çevre nezdinde marka olarak ve diğer benzer mal ve hizmetlerden ayırt edilecek şekilde bir algı oluşturmalıdır. Markanın, ortalama düzeyde dikkate sahip kişiler tarafından, belli bir teşebbüsü tanıttığı ve diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt ediciliği sağlayabildiği *objektif* bir şekilde anlaşılmalıdır²⁷⁷. Bu noktada, mal veya hizmetin sunulduğu piyasanın, markanın tescil olduğu malı veya hizmeti, diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırabilecek nitelikte olması önem taşımaktadır²⁷⁸.

2.2.2.1. İşleve Uygun Kullanımın Marka Çeşitleri Açısından Farklı Görünümleri

Markanın ayırt ediciliği içerir şekilde ticari hayatta kullanımı marka çeşitlerine göre farklı koşullar ve unsurlar dâhilinde gerçekleşebilmektedir. Kural olarak, markanın malın kendisinin veya ambalajının üzerine konulması halinde, işleve uygun kullanımın gerçekleştiği kabul edilir. Mal markaları açısından kullanım, ekseriyetle malın kendisinin veya ambalajının üzerinde gerçekleşmektedir²⁷⁹. Ancak bu bağlantı şartının dar yorumlanmaması gerekir²⁸⁰. Nitekim bazı hâllerde (örneğin malın sıvı bir ürün olması) bu fiziksel bağlantı gerek malın doğası itibarıyla gerekse başka sebeplerden ötürü sağlanamayabilir. Bu durumda mal markalarında fiziksel bağlantının aranmaması

²⁷⁵ **Karasu**, Rauf, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, Batider, C. 24, Sayı 3, 2008, (s. 331-354), s. 340; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 237.

²⁷⁶ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 237; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 977; **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 648; **Bozgeyik**, s. 464; **Oğuz**, Kullanmama Nedeniyle İptal, s. 24.

²⁷⁷ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s.237.

²⁷⁸ **Özarmağan**, s. 37.

²⁷⁹ **Gürzumar**, s. 513; **Doğan**, Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma, s.226; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 371; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s.467.

²⁸⁰ **Yasaman**, Hamdi, Hizmet Markaları, Batider, Haziran 1975, C.8, S.1 (73-93), s. 79.

gerekmektedir²⁸¹, marka ile mal arasında zorunlu bir bağıın varlığı şart değildir²⁸². Malın kendisi veya ambalajı arasında bağlantının kurulamaması hâlinde, marka ile tescil kapsamındaki mal veya hizmet arasında *bağlılık tesis etmeye* yönelik kullanımlar SMK m. 9 hükmü kapsamında kullanım olarak kabul edilebilecektir²⁸³. Bu gibi hâllerde, bu tescil edilen mal ile bağlantıyı tesis edebilecek şekilde katalog, evraklar, fatura ve sipariş formlarında kullanımın hakkın devamı için yeterli olduğu kabul edilmiştir²⁸⁴. Ancak bu hâllerde de yine ticari hayatın içinde, piyasaya sürülmüş olma koşulu gerçekleşmelidir²⁸⁵.

Fiziksel bağlantının sağlanamadığı bu hâller bir yana; bazı durumlarda mal ile marka arasında fiziksel bağlantı sağlansa dahi, o işaretin markanın yöneldiği çevre nezdinde ayırt ediciliği gerçekleşmeyebilir. Bu yüzden somut olayın özelliklerine göre toplumun algısı bakımından değerlendirme yapılmalıdır²⁸⁶, fiziksel bağlantının varlığı tek başına markanın işlevine uygun kullanımı anlamına gelmemektedir. Netice itibarıyla, markanın malın veya ambalajın üzerinde yer alması, markanın ticari (ekonomik) kullanımına karine teşkil etmediğini ifade etmek gerekir.

Bir teşebbüsün hizmetlerini diğer teşebbüsün hizmetlerinden ayırt etmeye ve onu bulunduğu piyasa içerisinde tanıtmaya yarayan hizmet markalarında (*service marks*) ise, markanın yapısı gereği kullanım bir mal veya ambalaj üzerinde somutlaşamaz²⁸⁷. Hizmet markaları, mal markalarından farklı olarak, bir üretim ve bunların satışına ilişkin değil; taşımacılık, eğitim, turizm, sağlık, danışmanlık, temizlik, sigorta, bankacılık hizmetleri

²⁸¹ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 146; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 236; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 467; *Arseven* ise ticaret markalarında markanın mal veya ambalajı haricinde başka bir yerde kullanılmasını markanın kullanımı için yeterli görmemektedir (**Arseven**, s. 106.); ABAD, markanın doğrudan mal ile ilişkili olmak zorunda olmadığını; markanın ambalaj üzerinde, katalog, reklam veya faturalarda kullanımının da yeterli olduğunu belirtmiştir (ABAD, T-105/13, “Ludwig Schokolade v OHIM - Immergut (TrinkFix)” T. 12.12.2014, para. 28-38).

²⁸² **Yasaman**, Hizmet Markaları, s. 79.

²⁸³ Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 12; EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m.2.3.2., s. 13; ABAD, C-17/06, “Céline SARL v. Céline SA.” T.11.09.2007, para. 21-23; **Prime/Booton**, s. 137.

²⁸⁴ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 236; **Sert**, s. 35; *Sert*'e göre, evrak üzerinde kullanımın yeterli kabul edilebilmesi için, işletme evrakının önemsiz bir bölümünde kullanım, hakkı devam ettirici kullanım değildir, evrak muhakkak piyasaya sürülmüş olmalıdır.

²⁸⁵ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 240.

²⁸⁶ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 238-239.

²⁸⁷ **Pashı**, Ürün Benzerliği, s. 16; EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.3.4.2.; Hizmet markaları ilk kez 556 sayılı MarKHK ile yürürlüğe girmiştir. **Yasaman/Yusufoğlu**, C.I, s. 22; **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s. 301, dn. 1; **Halpern/Nard/Port**, s. 314; **Bozgeyik**, Hayri, Görüşler ve Kararlar, C.1, Marka Hukuku, Ankara 2015, s. 54.

gibi alanlarda sunulan hizmetleri, tescilli olduğu hizmet grubundaki diğer hizmetlerden ayırmaya yöneliktir²⁸⁸. Soyut bir kavram olan hizmet için, kullanımın sağlanması bakımından başka ölçütler kabul edilebilir²⁸⁹. Hizmet ile doğrudan ya da dolaylı bağlantısı olan şey üzerine konulan işaretler, işletme evrakları, markanın fiyat listeleri, etiketlerde, reklam afişleri, prospektüslerde, broşür, kataloglar, ilânlar ve servis araçlarında kullanım, yetkili personelin kıyafetlerinde kullanım da hizmet markaları açısından kullanım kapsamında kabul edilmektedir²⁹⁰. Benzer şekilde hizmeti hedef kitleye iletebilecek her türlü aracın; bu anlamda radyo, reklam ve diğer kitle iletişim araçlarının da dâhil edileceği düşünülebilir²⁹¹. Nitekim bu kabuller de piyasada algıyı çekmeye yöneliktir ve ticari hayatın içerisinde yer almaktadır²⁹². Ancak bu kapsamda yer almayan, örneğin şirket içi yazışmalarda markanın yer alması, bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

²⁸⁸ **Seville**, s. 331; Hizmet edimlerinin konusun imalat ile herhangi bir ilgisi yoktur. Ürünün her türlü fabrikasyonu ve imalatı hizmet markası dışında değerlendirilmelidir. Bu kapsamda üretimin bir bölümü olan boyama, temizleme, imalatla iç içe olduğu için bu ürünlere hizmet markası değil, fabrika markası veya ticaret markası konulmalıdır. (**Yasaman**, Hizmet Markaları, s.74-75).

²⁸⁹ Burada piyasaya sunulan hizmetin, işletmelerin “ürünü” olarak kabul edildiğine ilişkin bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 371.

²⁹⁰ **Gürzumar**, s.514; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 240; **Yasaman**, Hizmet Markaları, s. 74; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 51; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 467; **von Mühlendahl**, s. 164; Yarg. HGK E. 2014/106 K. 2016/67 T. 22.1.2016, “*Marketler Zinciri broşürlerinin arkasında davalının ... adlı site ve alışveriş merkezinin yapım işini gerçekleştirmek üzere ilan verdiği, yine bu siteye ait davetiye bastırıldığı, söz konusu broşür ve belgelerde ...'nın davalı şirkete ait projesi olduğunun belirtildiği, bu broşürlerde yer alan alışveriş merkezinin üzerinde de "... ibaresinin inşaat hizmetinin tanıtıcı işareti olarak özellikle belirtildiği, ...'nin yapımı için internet sitesi oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Dava konusu markanın tescilli olduğu 37/01. sınıfın "inşaat hizmetleri" olduğu dikkate alındığında bu hizmetin ifası sırasında oluşturulan tanıtım amaçlı broşür ve resimlerde markanın kullanılması yeterli olup, ayrıca markanın ticaret markalarında olduğu gibi inşa edilen gayrimenkul üzerinde kullanılması zorunluluğunun bulunmayacağı tabiidir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

²⁹¹ **Bozgeyik**, Hayri, Görüşler ve Kararlar, C.1, s. 54; **von Mühlendahl**, Genuine Use of Trademarks in European Union, s. 164.

²⁹² Yarg. 11. HD. E. 2012/9680 K. 2013/9098 T. 06.05.2013, “*Davalı tarafça, dava konusu markanın 35. sınıf "Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi" hizmetlerine ilişkin olarak delil listesi ve ekinde müşteri portföyü, broşür ve bir kısım resim ve belgeler dosyaya ibraz edilmiştir. Sunulan belge içeriklerinden, davalının imalatçısı olduğu bir kısım ürünleri aynı zamanda iş yerine oluşturduğu teşhir bölümünde müşterilerinin elverişli bir şekilde görmeleri için perakende satış hizmetine de konu ettiği ve bu yolla ürün siparişlerini "muhtelif müşterilere pazarlama" başlıklı sevk irsaliyeleri ile de teslim ettiği, bu ürünleri tanıtım dokümanlarda ve kartvizitlerde satış hizmetinin bulunduğu anlaşıldığı halde mahkemece, dava konusu markanın 35. sınıf "Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri" yönünden de kullanılmadığından bahisle 556 sayılı KHK'nun 14 ve 42. maddeleri uyarınca hükümsüz kılınmaları doğru görülmemiştir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

Sahipleri açısından markalarda, ortak markalar ve garanti markaları ise ayrıca incelenmeyi gerektirmektedir. Garanti markalarında marka, sahibi tarafından kullanılmamaktadır; onun belirlediği, malın kalitesine yönelik şartları sağlayan, teşebbüsler tarafından kullanılmaktadır²⁹³. Bu markalarda, malın bir ya da birkaç özelliği (niteliği, üretim şekli, coğrafi menşei, vb.) garanti edilmektedir²⁹⁴. Ne var ki bu markalar doğrudan ayırt ediciliği haiz değildir; farklı mal ve/veya hizmetlerle birlikte kullanılmaktadır²⁹⁵. Ortak markalardaysa, marka sahibi olan bir grubun üyelerinin malları veya hizmetleri, diğer işletmelerinkinden ayrılmakta ve üyeler markanın tümü üzerinde, tek başına kullanım hakkına sahip olmaktadır²⁹⁶. Bu noktada belirtmek gerekir ki grup markalarında, dâhil olunan bir “grup” (aynı hâkimiyet altında bulunan işletmeler) kapsamında söz konusu işletmelerin kendi markalarının yanı sıra bünyesinde bulunduğu grubun da markasını kullanması söz konusudur²⁹⁷. Grup markalarında, sicile kayıtlı olan (ferdî) markanın sahibi gruba dâhil işletmeler üzerinde hâkimiyete sahip “holding/konzern” olmaktadır²⁹⁸. Ortak markalarda ise, müseccel marka belirli bir gruba dâhil olmaksızın birbirinden bağımsız işletmeler adına tescil edilmiştir ve markanın sahibini gruba dâhil olanlar oluşturmaktadır²⁹⁹.

Ortak markalar ve garanti markaları için, SMK m. 31 ve m. 32 hükümlerinde düzenlenmiş bulunan teknik şartnameye uygun bir şekilde kullanım da gerekmektedir³⁰⁰.

²⁹³ **Bozgeyik**, Hayri, Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi, İÜHFİM, C. 71, Sayı 2, 2013, (s. 91-102), s. 92; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 371; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 173; **Yılmaz**, s. 99.

²⁹⁴ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 46; **Yasaman/Yüksel**, C.II, s. 985; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 53; **Kur/Dreier/Luginbuehl**, s. 271.

²⁹⁵ **Bozgeyik**, Garanti Markaları, s. 92; **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 32.

²⁹⁶ **Karasu** (Suluk/Nal), s. 171; **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 31; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 20; **Karan/Kılıç**, s. 450; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 55; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 317.; **Arkan**, Sabih, Grup Markaları, Fırat Öztan’a Armağan, C.I, Ankara 2010, s. 275-279.

²⁹⁷ **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 31; Bu itibarla, holding veya konsern markaları dar anlamda grup markaları olarak da anılmaktadır. (**Arkan**, Grup Markaları, s. 275; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 372).

²⁹⁸ Markanın işletmeden bağımsızlığı prensibi uyarınca markanın tescil edilebilmesi için bir işletmenin mevcudiyeti aranmamaktadır. (**Arkan**, Grup Markaları, s. 275); Grup markalarının holding çatısı altındaki işletmelere kullanılan marka türü olarak ele alınmasına ilişkin karşı. **Çolak**, Marka Hukuku, s. 20.

²⁹⁹ **Arkan**, Grup Markaları, s. 275; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 372; Burada “grup” sözcüğü ile vurgulanmak istenen husus, “üretim, ticaret veya hizmet” işletmelerinden oluşan topluluğun tüzel kişiliğinin bulunmadığıdır. (**Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s. 301).

³⁰⁰ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 373; **Dirikkan**, Kullanma Kulfeti, s. 241; **Bozgeyik**, Marka Hakkı, s. 37; Teknik yönetmeliğin de hazırlanması gerekliliğinden ötürü ortak markanın grup markasına nazaran daha zahmetli olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Arkan**, Grup Markaları, s. 275.

Bu markalar, teknik şartnamelerinde yer almayan bir işlev için kullanılamazlar³⁰¹. Ortak markalarda marka sahiplerinden biri veya birkaçı markayı kullanmaz ancak diğerlerinden biri ya da birkaçı kullanırsa, markanın kullanıldığı kabul edilmektedir³⁰². Kullanımın ispatlanması hususunda, AB hukuku açısından, 2017/1001 sayılı Tüzük m. 78’de, ortak markalar için, kullanma yetkisi olan herhangi bir kişi tarafından kullanılmasının, diğer şartlar da yerine getirilmek kaydıyla, kullanım şartını karşıladığı ifade edilmiştir³⁰³.

EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzunda ise, ortak markalar ve garanti markaları için, bu markaların kullanımı ispat edilirken bu maddeye (Kılavuz’da belirtilen 207/2009 sayılı Tüzük m. 70) uygun olarak, bu markaların belirli bir malın ya da hizmetin kaynağını göstermekten ziyade belirli bir bölgeden kaynaklandıklarını ve/veya belirli özelliklere veya niteliklere uyduklarını ("coğrafi ve tamamlayıcı menşe veya kalite göstergeleri") göz önüne alınarak değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir³⁰⁴. EUIPO, sadece ortak markayı kullanmaya yetkili kişilerin listesini ya da garanti markası altında sertifikalı ürünlerin listesinin sunulmasını kullanım ispatı için, haklı olarak, yeterli görmemektedir³⁰⁵.

2.2.2.2. Ticari Adlar ve Markasal Kullanım

Ticarî ad, ticarî işlem ve faaliyetlerde kullanılan, malı veya hizmeti sunan teşebbüsü ayırt etmeye yarayan ticarî unsurları ifade eden kavram olup, öğretide “*ticaret unvanı*”, “*işletme adı*” ve “*internet alan adı*” olarak ele alınmaktadır³⁰⁶.

³⁰¹ **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 37.

³⁰² **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 241.

³⁰³ “*Use of an EU collective mark by any person who has authority to use it shall satisfy the requirements of this Regulation, provided that the other conditions which this Regulation imposes with regard to the use of EU trade marks are fulfilled.*”

³⁰⁴ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, Proof of Use, m. 2.9.3.

³⁰⁵ EUIPO Temyiz Kurulu, T. 24/02/2009, R 0970/2008-2.

(https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/0970%2F2008-2).

³⁰⁶ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 19 vd.; İnternet alan adının da bir teşebbüsün sunmuş olduğu mal veya hizmetle, ayırt ediciliği içerir şekilde bağlantı kurduğu ve bu suretle ticarî ad olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 25; **Nomer**, Füsün, İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, (s. 395-408), s. 401; **Güneş**, İlhami, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara 2020, s. 290.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 39 vd. hükümlerinde düzenlenmiş ve nitelik itibarıyla bir sınaî hak olan ticaret unvanı³⁰⁷, taciri tanıtmaya ve diğer tacirlerden ayırmaya hizmet etmektedir³⁰⁸; bu bağlamda marka ile ayırt edicilik bakımından ortak işlevi karşılamaktadır³⁰⁹. Ne var ki ticaret unvanları, markalar gibi malı ya da hizmeti tanıtıcı ve ayırt edici işlevi haiz değildir; bir tüzel kişiliğin tanıtımını üstlenir³¹⁰. Ticaret unvanı kullanılmasındaki amaç, ticari işletmenin kimliğini ortaya koyarak doğrudan işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt edilmesini sağlamak iken, marka kullanımındaki amaç işletmenin kendisinin değil, sunmuş olduğu mal veya hizmetlerin ayırt edilmesini sağlamaktır. Bu yüzden, marka ve ticaret unvanı birlikte ve birbirlerinden bağımsız bir şekilde var olabilirler; ancak ticaret unvanının unvansal kullanımı, markanın markasal kullanımı yerine geçmez³¹¹.

Bununla birlikte markayı oluşturan işaretin, ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması uygulamada sorunlara sebebiyet vermektedir. İşletmelerin çoğu, ticaret unvanının ayırt edici bölümünü, marka olarak da kullanmakta ya da markasına ticaret

³⁰⁷ **Suluk** (Karasu/Nal), s. 373; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 26.

³⁰⁸ İşletme adı ise, işletme sahibi ile ilgili olmaksızın, ticari faaliyetlerin, özellikle üretim faaliyetlerinin üretiminin gerçekleştirildiği işletmeyi diğerlerinden ayırmak ve tanıtmak üzere kullanılan isimdir. **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 31; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 307; **Kaya** (Ülgen vd.), s. 437; **Suluk** (Karasu/Nal), s. 373; **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s. 271; **Poroy/Yasaman**, s. 474 vd.; **Yongalık**, Aynur, Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler -Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme, 2009, Batider, S. 21 C. 3, s. 5; TTK m. 53 hükmünde, ticaret unvanı için öngörülen bazı hükümlerin işletme adı için de uygulanacağı öngörülmüştür, bu yüzden çalışmamızda markasal kullanım kapsamında ticaret unvanı için bahsedilenler işletme adında da geçerlidir.

³⁰⁹ Ticaret unvanının mal veya hizmetin kökenini gösterme işlevinin incelenmesine ilişkin bkz. **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 22-23; **Uzunallı**, Köken Ayırt Etme İşlevi, s. 211 vd.

³¹⁰ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi s. 114; **Bektaş**, s. 227; **Grahammer**, Juan, Trademarks, Trade Names and Company Names: Addressing the Issue of Overlapping and Conflicting Rights, Convergence, 2009, 5(1), (s. 53-62), s. 54; **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 148; Ticaret unvanının yapısının Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta incelemesi hakkında bilgi için bkz. **Bilge**, Mehmet Emin/ **Karasu**, Rauf/ **Altıntaş**, Abdullah/ **Koçak**, Hakan, Ticaret Unvanlarının Tescili Aşamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri -Karşılaştırmalı Bir İnceleme-, İÜHFM, 2019, S. 77(2), (s. 773-812), s. 786-789.

³¹¹ **von Mühlendahl**, Genuine Use of Trademarks in European Union, s. 164; **Oğuz**, Kullanmama Nedeniyle İptal, s. 24; **Uzunallı**, Markanın Korunması, s. 138; Yarg. 11. HD. E. 2007/3165 K. 2008/4652 T. 08.04.2008, “Somut olayda, davacı adına tescilli İ. markasının davalı tarafından internet adresinde, faturada, tabelada ve kartvizitte kullanıldığı iddiası ile işbu dava açılmış olup, mahkemece, davalının tescilli olan ticaret unvanını kullanmasında hukuka aykırı bir durumun olmadığı kabul edilmiş ise de, davacı iddiaları nazara alındığında davalının İ. ibaresini ticaret unvanından ayrı olarak marka şeklinde kullanıp kullanmadığı araştırılmamıştır.”; Yarg. 11. HD., E. 2018/5767 K. 2019/798 T. 4.2.2019, “Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; “ALTINOK” ibaresinin 1976 yılından bu yana davacı şirketin ortakları tarafından, 1986 yılından sonra ise davacı şirket tarafından ticaret unvanı olarak kullanıldığı, bu durumun markasal kullanım teşkil etmediği, dava konusu ibarenin davacı tarafından ticaret unvanı olarak kullanıldığını, bu anlamda 556 sayılı KHK 8/... maddesinin uygulanma imkanının bulunmadığı...” (www.lexpera.com.tr, E.T:25.08.2020).

unvanında da yer vermektedir³¹². Özellikle, emtia üzerinde kullanımın söz konusu olamadığı hizmet markalarındaki tercih edilen kullanım usulleri ile ticaret unvanı veya işletme adının çakışması, mal markalarına görece daha yüksek olasılıklıdır³¹³. Ticaret unvanının markalaşması olasılığı; marka ile ticaret unvanı arasında karıştırılma ihtimaline, haksız rekabete ve marka hakkının ihlâlüne sebebiyet verebilecektir³¹⁴.

Bu noktada markasal kullanım ve unvansal kullanımın tespitinde göz önünde bulundurulabilecek hususlar önem taşımaktadır. Ticaret unvanı, sicilde kaydedildiği şekilde kullanılıyor ve ortalama tüketici nezdinde de bir tacirin ticari hayatta kullandığı isme işaret ediyorsa, unvansal kullanım söz konusudur³¹⁵. Bununla birlikte, kullanılan ticaret unvanı; söz konusu malı veya hizmeti ayırt etmeye yarıyor ve piyasada da bu işaret altında kullanılıyorsa bu durumda markasal kullanımdan bahsedilmektedir³¹⁶. Bir başka deyişle ifade etmek gerekirse, işletmeleri birbirinden ayırmaları hususuna değil, *işletmeyle ilişkilendirilerek tüketici nezdinde algıyı oluşturan mal ve hizmetlerin birbirinden ayırt ediciliği* değerlendirilmelidir. Buna göre, söz konusu ticaret unvanının; ürünler üzerinde, tabela olarak, katalog ve reklamlarda kullanımı gibi hususlar ortalama tüketici perspektifinden somut olaya göre incelenmelidir³¹⁷. Buna ek olarak; konaklama, eğitim, taşımacılık, bankacılık, mağazacılık, sağlık hizmetleri, turizm gibi hizmet markalarının yoğunlaştığı bazı alanlarda unvansal kullanımın kendiliğinden markasal kullanımı da beraberinde getirdiği görülmektedir³¹⁸. Nitekim bu alanda hizmet alan

³¹² **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi s. 113; **Güneş**, Haksız Rekabet, s. 265; Ticaret unvanının markasal etkisinin TTK m. 46 uyarınca ticaret unvanına alınan ekler kapsamında gerçekleştiğine ilişkin bkz. **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 99.

³¹³ **Uzunalli**, Markanın Korunması, s. 138; **Aydoğan**, Fatih, Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukuki Durum-Değişiklik (madde) Önerisi-İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi, İÜHFİM, C. 21, S. 2, 2013, (s. 27-50), s. 28; **Suluk** (Karasu/Nal), s.373-374.; **Bilge**, Mehmet Emin, Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas, TFM, 2015/2, (s. 7-22), s. 13; Ticaret unvanı, işletme adı veya alan gibi ayırt edici işaretleri de bu yönde etkilemektedir ancak uygulamada ticaret unvanıyla iltibas konusunda en sık uyuşmazlığın doğduğu alan markadır. (**Bilge/Karasu/Altıntaş/Koçak**, s. 804-805)

³¹⁴ **Arkan**, Markasal Kullanılma Zorunluluğu, s. 11; Marka hakkının ihlâl edildiğinden söz edebilmek için, unvanın markasal kullanımı şarttır. (**Bilge/Karasu/Altıntaş/Koçak**, s. 805); **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 99; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 116; **Güneş**, Haksız Rekabet, s. 274; **Berzek**, Ayşe Nur, Ticaret Unvanı-Marka Benzerliği ve Terkin Sonucu, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, (s. 131-135), s. 133.

³¹⁵ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 115-116.

³¹⁶ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 115-116; ABAD, T-209/09, Alder Capital Ltd v. OHİM, T. 13.04.2011, para. 55-56; **Seville**, s. 399.

³¹⁷ **Bilge**, İltibas, s. 15 vd.; **Bozgeyik**, Marka Hakkının Kullanımı, s. 115.

³¹⁸ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 150; **Suluk** (Karasu/Nal), s. 374; Yarg. HGK. E. 2007/965 K. 2007/961 T. 12.12.2007, "Zira, TTK'nın 41. maddesi gereğince davalı tüm ticari iş ve evraklarında ticari unvanı

tüketiciler, hizmetin kökeni olarak taciri görmekte ve ticaret unvanı ile markayı ilişkilendirmektedir. Bu yüzden öğretilde, haklı olarak, ticaret unvanının *hizmetin* kökenini gösterme işlevini haiz olduğu; ancak *mallarda*, tüketicinin algısı markaya göre şekillendiği için, kural olarak böyle bir işlevin bulunmadığı belirtilmiştir³¹⁹. Unvansal kullanım ile markasal kullanımın mündemiç olduğu bu gibi durumlarda, unvansal kullanımının markasal kullanım etkisini doğurmak için yeterli görülmesi gerektiği ifade edilebilir³²⁰.

ABAD kararlarında; işaretin markasal yahut unvansal kullanımına ilişkin olarak kullanımın biçimi ve ürünler üzerindeki pozisyonunu da değerlendirmektedir. Örneklendirmek gerekirse, konserve kutularının arka tarafında ya da altında yer alan “NATURE’S VARIETY” ibaresinin tüketici için çok küçük bir şekilde basılmasının amacının markasal kullanım değil, ürünü üreten şirketi tanımlamak şeklinde unvansal kullanım olarak değerlendirilmiştir³²¹. Yine aynı kararda, faturalarda ticaret unvanlarının yanına ® ibaresinin kullanılması ticaret unvanının markasal olarak kullanımı olarak kabul edilmemiştir³²².

Son olarak, teknolojinin kazandığı hızlı ivme sonucunda artık işletmelerin en önemli reklam ve pazarlama araçları arasında yer “alan adlarının” (*domain names*) kullanımını da bu başlık altında değerlendirilmelidir³²³. Türk marka hukuku öğretisinde alan adının ayırt edici bir işaret ve bu bağlamda ticarî bir ad olduğuna dair görüş

kullanmak ve tescil olunan ticaret unvanını ticari işletmenin giriş cephesine herkes tarafından kolayca görülebilecek bir yere yazılması zorunluluğu vardır. Böylece davacı hizmet markası, davalı ise ticari unvan olarak aynı ayırt edici işareti işyerinin giriş cephesine yerleştireceklerinden tüketicinin üniversite veya okulların orijinini karıştırması kaçınılmaz olacaktır. Tarafların okullarının tamamı eğitim-öğretim kapsamında kaldığından, bunlar yasal açıdan aynı faaliyet kabul edilir. Davalının ticari faaliyet alanında "üniversite açmak" ibaresinin varlığı da gözardı edilmemeli, "G." ibaresi salt ticari unvanda yer alan bir unsur olarak sınırlı biçimde değerlendirilmemelidir.”

³¹⁹ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 22; **Suluk** (Karasu/Nal), s. 374.

³²⁰ Marka ve ticaret unvanı arasında karıştırılma tehlikesinde markasal etkinin doğumunda ayrıca bkz. **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 151.

³²¹ ABAD, T-30/16, M. I. Industries, Inc. v. EUIPO, T. 15.02.2017, para. 69.

³²² ABAD, T-30/16, M. I. Industries, Inc. v. EUIPO, T. 15.02.2017, para. 67.

³²³ **Nomer**, s. 395; **Kırca**, İsmail, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, (s. 527- 544), s. 530 vd.

birliğinden söz edilebilir³²⁴. Hatta ticarî işletmeler için gayri maddi malvarlığı unsuru olduğu da ifade edilebilir³²⁵.

İnternet ağında, ağa bağlı bir bilgisayarın, ağdaki diğer bilgisayarlar arasında veri transferi yapabilmesini sağlayan ve diğerlerinden ayırt edicilik niteliği bulunan IP (Internet Protocol) numaraları mevcuttur. Alan adları ise, internet hizmetlerinden biri olan world wide web'e "www" dâhil olan web sitelerini tanımlamaktadır; bu sistemdeki IP numaralarını isimlendirmek işlevini üstlenmektedir³²⁶. Bu suretle alan adları, erişilmek istenen internet sitesinin adresini belirlemek için IP (Internet Protocol) numarasını tanımlayan, bunların sayısal olarak ifadesi yerine sözel olarak ifade edildiği, belirli adlardır³²⁷.

Alan adları, günlük hayattaki tabiriyle internet adresleri, bugün artık teşebbüslerin ticarî faaliyetlerini önemli ölçüde internet vasıtasıyla gerçekleştirdikleri göz önüne alındığında, önemli bir reklam ve pazarlama aracı olarak rol oynamaktadır³²⁸. Tabii olarak, internet alan adları ile markaların aynı olması da tüketici nezdinde bağlantının kurulabilmesi hususunda elzemdir³²⁹. Ancak alan adının kendisine özgü sicile kaydedilmesi ve bu şekilde kullanımı, alan adı ve markayı oluşturan sözcüğün aynı olması varsayımında, markasal kullanım anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda markayı oluşturan isimle örtüşür bir internet sitesinin varlığı tek başına markasal kullanımın ispatı için yeterli değildir. Nitekim alan adları herhangi bir *teşebbüsü değil*, internet ağına bağlı bir bilgisayarı tanıtmaktadır³³⁰ ki bu da markanın fonksiyonuna işaret eder anlamına da gelmemektedir³³¹. Kullanımı ispatla mükellef tarafın, ilgili mal veya hizmetlerin alan adında yer alan marka altında sunulduğunu kanıtlaması gerekir. Bu durumda, EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzunda da belirtilmiş olduğu üzere, markanın ciddi kullanımından

³²⁴ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 25; **Nomer**, s. 401; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 19.

³²⁵ **Kaya** (Ülgen vd.), s. 171.

³²⁶ **Nomer**, s. 396; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 33; **Güneş**, s. 9; **Poroy/Yasaman**, s. 462.

³²⁷ Türk hukukunda ilk kez 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile düzenlenen internet alan adı, mezkûr Kanun m. 3/v hükmünde "*İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adları*" olarak tanımlanmaktadır.

³²⁸ **Nomer**, s. 400; **Güneş**, Haksız Rekabet, s. 290.

³²⁹ **Nomer**, s. 400.

³³⁰ **Dinwoodie/Janis**, s. 25

³³¹ **Çolak**, Marka Hukuku, s. 97.

söz edebilmek için; ürün ve marka arasında hedef kitle nezdinde bağlantı kurulabilmelidir³³². Ayrıca internet sitesinin markanın kapsamında bulunduğu mal ve/veya hizmet sınıfına özgülenmesi gerektiği de ifade olunmaktadır³³³.

Sadece markayı içeren alan adının tescilli olması kullanımın ispatı için yeterli değildir. EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzu'nda malların veya hizmetlerin de bu markayı içeren alan adı kapsamında sunulduğunun ispat edilmesi gerektiği belirtilmiştir³³⁴. Bu bağlamda söz konusu malın veya hizmetin tanıtılması da yeterli değildir; markasal bir kullanım için markanın işlevini yerine getirir biçimde kökenini ve diğer mal ve hizmetlerden ayırt ediciliği sağlaması gerekir³³⁵.

2.2.3. Markanın Tescil Edildiği Mallar ve/veya Hizmetler Kapsamında Kullanımı

Marka tescil edildikten sonra, markadan doğan hakları devam ettirici nitelikte bir kullanımdan söz edebilmek için markanın tescil edilmiş olduğu mallar veya hizmetler kapsamında kullanılması gerekmektedir³³⁶. Eş deyişle, hakkı devam ettirici nitelikte kullanım, sadece marka sahibi markasını sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için ciddi şekilde kullanması hâlinde söz konusudur³³⁷. SMK m. 9'da açıkça yer alan bu ilkeye³³⁸ göre marka, hangi mal ve hizmet sınıfı için tescil edilmişse, kural olarak kullanımı da o sınıfla sınırlı olmalıdır. Markanın, ciddi kullanım kapsamında, tescil edildiği mallar veya

³³² EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 13.

³³³ **Kale**, Serdar, Marka Davalarında Yargılama Usulü, Ankara 2020, s. 191.

³³⁴ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 13.

³³⁵ **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 464.

³³⁶ **Kur/Senftleben**, s. 459, N. 6. 148; **Bainbridge**, s. 688; **Johnson**, s. 943; **Kur/Dreier/Luginbuehl**, s. 241; Markanın kullanılacağı mal ve/veya hizmetlerin belirlenmiş olması "markanın belirliliği ilkesi" olarak da adlandırılmaktadır. bkz. **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 772; **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 21; Kavramın "sicilin belirliliği" olarak değerlendirilmesi için bkz. ve karşı. **Doğan**, Beşir Fatih, Perakende Satış Hizmeti (35.08) İçin Marka Tescilinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 9, Sayı 1, 2009, (s. 11-31), s. 25.

³³⁷ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 242; Bu durum aynı zamanda markanın monopolistik karakterini sınırlandıran vasıtalarından biridir. (**McCellan**, s. 287; **Bainbridge**), s. 688; Yarg. 11 HD. E. 2012/9599 K. 2013/9029 T. 03.05.2013, "Öte yandan, markanın tescilli olmadığı emtialarda kullanılmış olması, diğer koşulların varlığı halinde tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından hükümsüz kılınmasına engel oluşturmaz." (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

³³⁸ SMK m. 9 Gereğesi: "Maddede markanın, tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılması gereğine açıkça işaret olunmuştur."; 551 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun m. 50'de ise markanın "gereği gibi" kullanılması gerektiği ifadesi "tescil olunan mal" için kullanım şeklinde yorumlanmakta idi. Bkz. **Öçal**, s. 88.

hizmetler kapsamında kullanımının ispatlanmasında sunulan deliller, marka ile tescil olunan mal veya hizmet arasında bağlantı tesis edecek şekilde olmalıdır³³⁹.

Marka başvurularına konu olan malların veya hizmetlerin sınıflandırılması SMK m. 11/3 uyarınca, “Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması (*Nicé Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks*)”³⁴⁰ çerçevesinde gerçekleştirilir. Nice Sınıflandırması, tüm malları ve hizmet endüstrilerini kapsayacak şekilde kapsamlı olarak tasarlanmış, sınıflandırmayı kolaylaştıran idarî bir ölçüdür³⁴¹. Nice Anlaşmasının, 2’nci maddesi söz konusu bu anlaşma kapsamında gerçekleştirilecek sınıflandırmanın hukukî etkisini ve kullanımını düzenlemektedir ve bu maddenin birinci fıkrası uyarınca üye ülkeler, sınıflandırmayı esas veya yardımcı sistem olarak benimsemekte serbestiye sahiptir. Bu sistem Türkiye’de TPMK tarafından 2016/2 numaralı ve 01.01.2017 tarihinde güncellenen “Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ” çerçevesinde hazırlanan sınıf listeleri doğrultusunda gerçekleştirilmektedir³⁴². TPMK’ya yapılan marka başvuruları, hâlihazırda 2016/2 sayılı işbu Tebliğ kapsamında incelenmektedir. Malların veya hizmetlerin tescil edilmiş olduğu sınıflarda kullanılıp kullanılmadığı, Türk hukukunda bu Tebliğe göre değerlendirilmektedir³⁴³.

Aslında Nice Sınıflandırması, sadece “sınıf başlıkları/sınıfların listesi” (*class headings*), açıklayıcı notlar (*explanatory notes*) ve “listede yer alan her mal ve hizmetin ait olduğu sınıfın belirtildiği malların ve hizmetlerin alfabetik listesinden “(*alphabetical*

³³⁹ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 14-15; **Prime/Booton**, s. 142.

³⁴⁰ 12/7/1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılmıştır. Nice Sınıflandırması, 45 sınıftan müteşekkil olup bunların 34’ü mal, 11’i hizmet sınıfıdır. ; Sınıflandırmanın 11. baskı 2020 yılı değişiklikleri için; <https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/en/fr/pdf/download.pdf?lang=en&tab=&viewMode=flat&dateInForce=20200101&classNumber=35>

³⁴¹ **Pila/Torremans**, s. 366; **Cornish/Llewelyn/Aplin**, N. 18.05, s. 701.

³⁴² **Pashı, Ali/Soykan**, İsmail Cem, Marka Tescilinde 35.08 Sınıfın Anlamı ve Kapsamı, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010, (ed.: Tekin Memiş), (s. 441-474), s. 443; Tebliğ m. 3/1 uyarınca sınıf başlıkları da Nice Sınıflandırmasında olduğu gibi, 34 mal ve 11 hizmet sınıfından oluşmaktadır. <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/86D9FC05-00FC-445B-BAE9-38BBB38AD845.pdf;jsessionid=2F2899F02AF632445738CF96C921BD74>.

³⁴³ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 20.

list)” olmaktadır³⁴⁴. TPMK’nın tebliğindeki sınıflandırma sistemi ise Nice Sınıflandırmasına uygun olarak hazırlanmış, ancak alt grup sistemi Tebliğ uyarınca gerçekleştirilmektedir³⁴⁵. Sınıflandırma sisteminin önemli bir işlevi, markalar arasında karıştırılma ihtimali gündeme geldiğinde “aynı tür/benzer” mal veya hizmet sınıfının belirlenmesi suretiyle, işaretin korunmasında da kendini göstermektedir³⁴⁶. Bununla birlikte, bu sınıflandırmanın karıştırılma tehlikesinde tek başına belirleyici olmadığını da belirtmek gerekir³⁴⁷. Nitekim SMK m. 11/4 hükmünde de “*mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmeyeceği*” ifade edilmiştir³⁴⁸.

Ayrıca, SMK m. 19/2 hükmünün son cümlesinde yer alan “*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.*” ifadesinin anlamı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu noktada önemle vurgulanması gerekir ki hükümde, itirazın kullanımı ispatlanan mal veya hizmetler *esas alınarak* gerçekleşeceğini belirtilmektedir; itirazın sadece kullanımı ispatlanan mal veya hizmetlerle *sınırlı tutularak* inceleneceği şeklinde yorumlanmamalıdır³⁴⁹. Belli bir grubun esas alınması, sadece ona bağlı kalınacağı olarak anlaşılmamalıdır, aynı türde

³⁴⁴ **Kur/Senftleben**, N. 11.41, s. 582; Nice Sınıflandırılmasının hukuki etki ve sonuçları hakkında bkz. **Paslı/Soykan**, s. 446.

³⁴⁵ **Yardımcı/Sever**, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 426; **Ünsal**, Önder Erol, Nicé Sınıflandırmasının Sınıf Başlıklarının Kapsamı Hakkında A.B.D. ve Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerin Uygulamaları ve Türkiye Bakımından Kısa Değerlendirme. <https://ipgezgini.org/tag/c-30710/>, E.T. 20.12.2019); **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 39.; Diğer sistem türleri hakkında bilgi için bkz. **Paslı/Soykan**, s. 444-445; **Cengiz**, s. 444.

³⁴⁶ **Paslı/Soykan**, s. 445; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 114; **Karasu**, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, s. 339; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 379.

³⁴⁷ **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 31; Esasen bu sistemin sadece mal veya hizmet sınıflarını belirgin kılmaya yönelik olduğu ifade edilmiştir. (**Pila/Torremans**, s. 346); Sınıflandırmanın markanın hükümsüzlüğünü veya korumasının kapsamını doğrudan etkilemediği belirtilmiştir. (**Cornish/Llewelyn/Aplin**, s. 701, N. 18.05); İstanbul BAM, 16. HD. E. 2019/1478 K. 2019/1771 T. 18.9.2019, “*Yine marka kapsamındaki ürün ve hizmetlerin benzerlik değerlendirilmesi de TPE'nin NİCE anlaşması kriterlerine göre benimsediği sınıflama idari nitelikte olup, ürünlerin benzerliği bakımından bağlayıcı değildir. Avrupa Adalet Divanı ... kararında, " ürün ve hizmetler arasında benzerlik değerlendirilmesi yapılırken ürün ve hizmetler arasındaki ilişkiyi karakterize eden bütün faktörlerin dikkate alınması gerektiği niteliği, kullanım amacını yönelik oldukları kitleyi, rekabetçi veya tamamlayıcı olma gibi unsurları içerdiği kabul edilmiştir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

³⁴⁸ Benzer yorum için bkz. **Kur/Senftleben**, s. 221, N. 4.330.

³⁴⁹ **Ünsal**, Önder Erol, Kullanmama Savunması 2 – Kullanımı İspatlanmış Malları veya Hizmetleri Esas Alarak İnceleme İlkesi, (<https://ipgezgini.org/2017/01/03/kullanmama-savunmasi-2-kullanimi-ispatlanmis-mallari-veya-hizmetleri-esas-alarak-inceleme-ilkesi/>, E.T.:10.01.2020)

yahut benzer mal veya sınıflar için de incelemenin gerçekleşmesine bir engel yoktur. Bir başka anlatımla, davacı ya da itiraz sahibi; markasını tescil edilmiş bulunduğu “tüm” mallar ve/veya hizmetler bakımından değil; itiraz/dava konusu kapsamındaki mallar ve/veya hizmetlerle sınırlı olarak markasını ciddi biçimde kullandığını ispat etmelidir. Ancak, söz konusu mal ve/veya hizmetlerin bizatihi kendisi dışında, “karıştırılma ihtimali” bulunduğu mal ve/veya hizmetlerle de bağlantılı olarak kullanımın ispatlanması gerektiği *de lege ferenda* düşünülebilir³⁵⁰. Ancak, EUIPO Kılavuzuna göre bazı durumlarda, karıştırılma ihtimalinin sadece bazı mallar veya hizmetler bakımından söz konusu olduğu aşikârsa, bu durumda itiraz sahibinin sunmuş olduğu, diğer mallar veya hizmetlere yönelik delillerin incelenmesine gerek olmayabilir³⁵¹.

Markanın kullanımı, tescil edilmiş bulunan mal ve hizmet gruplarının tamamı için gerçekleştirilebileceği gibi, bir kısmı için de gerçekleştirilebilmektedir. Ancak kullanılan mallar ve/veya hizmetler grubundaki koruma, sicilde tescilli bulunan ancak kullanılmayan malları veya hizmetleri kapsamayacaktır³⁵². Bu durumda kullanılmayan mallar ve hizmetler açısından, markanın kullanılmamasına bağlanmış olan tüm sonuçlar doğabilecektir³⁵³. Kullanımın kısmî olarak söz konusu olabildiği bu gibi hâllerde, malların veya hizmetlerin sınıflandırılma şekli yeterli olamamakta ve geniş/dar gruplar veya alt gruplandırmalar uygulamada bazı sorunlara sebebiyet verebilmektedir³⁵⁴. Örneğin, 33. sınıf “Alkollü içecekler (biralar hariç): Şaraplar, rakılar, viskiler, likörler, alkol içeren kokteyller” den oluşmaktadır ve bu kapsamdaki mal veya hizmetlerin neredeyse tamamını kapsamaktadır³⁵⁵. Bu yüzden, sınıflandırmalarda, malların veya hizmetlerin tamamını kapsayıp kapsamadığı yahut kapsadığı kısmın tayin edilmesi,

³⁵⁰ **Merdivan**, s. 503; **Ünsal**, Önder Erol, Kullanmama Savunması 2 – Kullanımı İspatlanmış Malları veya Hizmetleri Esas Alarak İnceleme İlkesi, (<https://iprgezgini.org/2017/01/03/kullanmama-savunmasi-2-kullanimi-ispatlanmis-mallari-veya-hizmetleri-esas-alarak-inceleme-ilkesi/>, E.T.:10.01.2020)

³⁵¹ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.8, s. 46.

³⁵² **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 637; **Özdamar Doğan**, s. 208; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 242; **Öçal**, s. 87-88. **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 148.

³⁵³ **Karaca**, s. 39; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s.468.

³⁵⁴ Sınıflandırma sisteminin kullanmama nedeniyle markanın kısmî iptalinde doğurduğu sorunlar için bkz. **Bektaş**, s. 249-251.

³⁵⁵ Bu durumun bir anomali olarak nitelendirilmesine ilişkin bkz. **Pila/Torremans**, s. 346.

uygulamada hem marka tescil otoritelerinde hem de yargı içtihatlarında sorun teşkil etmektedir³⁵⁶.

Mal veya hizmet sınıfının belirlenmesine yönelik değerlendirme yapılırken, malların veya hizmetlerin sadece benzer olması yeterli görülmemekte, sicilde geniş ve genel göstergelerin daha ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekebilmektedir³⁵⁷. Markanın tescil edilmiş olduğu sınıf içerisinde sadece bazı alt sınıf/sınıflarda kullanılıyorsa, bu durumda, söz konusu sınıftaki farklı türdeki mallar veya hizmetler için koruma tesis edilmemesi gerektiği öğretide hâkim görüş olarak kabul görmektedir³⁵⁸. ABAD, “IP Translator” kararıyla³⁵⁹, ilk tescil prosedüründe malların ve hizmetlerin tanımlanmasında, artık sınıf başlıklarının söz konusu *tüm* malları ve hizmetleri kapsayacak şekilde *anlaşılmaması* gerektiğine karar vermiştir³⁶⁰. EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzuna göre de kullanımın ispatlanmasında itiraza mesnet markanın mal veya hizmet sınıfının kapsamı *genişse*, malların veya hizmetlerin kullanıldığı “alt gruplar” dikkate alınmaktadır. Buna göre, eğer birden fazla alt grubu kapsayacak genişlikteyse sadece kullanımı ispatlanan alt gruplar bakımından itiraz incelenmektedir³⁶¹. Örneğin, önceki marka 25. sınıfta “giysiler, ayakkabı, başlık” için tescilli ve kullanım kanıtı sadece “botlar” ile ilgili ibraz edilirse, marka tescil edildiği sınıfta kullanıldığı ispat edilmemiş olacaktır. Ayrıca, *aynı sınıf içerisinde farklı alt gruplardan* olup yine de bir şekilde bağlantısı bulunan mallar ve/veya hizmetlerde, bu malların ve/veya hizmetlerin benzerlik taşıdığı gerekçesiyle kullanım ispatlanmış sayılmaz³⁶².

³⁵⁶ Ünsal, Nice Sınıflandırılması, <https://iprgezgini.org/tag/c-30710/>.

³⁵⁷ Kur/Senftleben, s. 459, N. 6.149.

³⁵⁸ Kaya, Marka Hukuku, s. 199-200; Bozgeyik, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 468; Yusufoglu, Fülürya, Perakendecilik Hizmeti Sınıfı (35.05. Sınıf) ile Ürün Sınıfı Arasındaki İlişkilerin Marka Hukukundaki Etkisi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, (s. 335-386), s. 340; Uzunalli, Sevilay, Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, (s. 676-699), s. 683.

³⁵⁹ ABAD, C-307/10, “Chartered Institute of Patent Attorneys v. Registrar of Trade Marks-IP TRANSLATOR” T. 19.06.2012.

³⁶⁰ Kur/Dreier/Luginbuehl, s. 241; von Bomhard/von Mühlendahl, s. 57; Benzer şekilde Türk hukukunda karar için bkz.; Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2018/257 K. 2019/289 T. 10.9.2019, “Markanın iptal müeyyidesinden kurtulabilmesi için tescil edildiği her bir emtia için bağımsız olarak ayrı ayrı kullanılması gerekir. Buna göre bir markanın bir ürün için kullanımının diğer bir ürün için kullanım sayılmaz.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

³⁶¹ Özkök, s. 52.

³⁶² EUIPO, Guidelines, m.2.8.4; Kur/Senftleben, s. 459, N. 6.149.

Kural olarak, *farklı* malların veya hizmetlerin, bir şekilde “bağlantılı” olması, doğrudan tescilli mallar veya hizmetler için de kullanım ispatını kabul etmek anlamına gelmemektedir; özellikle malların veya hizmetlerin “benzerliği” bu kapsamda değildir³⁶³. Örneğin ABAD, başvurunun yayımına itiraz aşamasına dair “Vogue” kararında 25. sınıftaki “ayak giysileri” için tescilli “VOGUE” markasının, 35. sınıftaki “ayakkabı emtiaları için perakende hizmetleri” alt kategorisinde kullanılmasını, kullanım ispatı için yetersiz görmüştür³⁶⁴. Bununla birlikte, farklı sınıflardaki mallar ve/veya hizmetlerde bulunan emtialar bakımından da benzerliğin söz konusu olabileceği göz ardı edilmemelidir³⁶⁵. Buna örnek olarak, 10. sınıftaki “ortopedik ayakkabılar” ve 25. sınıftaki “ayak giysileri” arasında yer alan ortopedik nitelikte olmayan ayakkabılar örnek verilebilir. ABAD, bir kararında “temizlik ve hijyen amaçlı her çeşit fırça ve fırça eşyası” için tescil edilmiş olan bir markanın “fırçalar ve süngerler” emtiaları üzerindeki kullanımının ispatını alt grubun ispatı için yeterli görmüştür³⁶⁶. Öğretide de bir malın eşdeğerinin farklı sınıfın farklı alt gruplarında bulunabileceği belirtilmektedir³⁶⁷. Nitekim Yargıtay içtihatları da mal ve/veya hizmetlerin benzerliği değerlendirmesinde, mal ve hizmetlerin tamamen aynı sınıfta veya aynı alt grupta bulunmasının gerekmediğini ifade

³⁶³ **Kur/Senftleben**, s. 459, N. 6.149; Yarg. 11. HD., E. 2019/1765 K. 2019/4421 T. 14.6.2019, “... davalı vekilinin, müvekkilinin markayı süt ve süt ürünleri için kullandığını, bu kullanımın meyve suyu için de kullanım sayılması gerektiğini savunduğu, ancak davalı vekilinin, kesin süreye karşı meyve suyu malları için markanın kullanımına ilişkin bir kanıt sunmadığı, gerekçesiyle davalı TPMK aleyhine açılan davanın reddine, marka iptaline ilişkin davanın kabulüne ve davalı şirket adına tescilli 1995/159816 sayılı markanın 32. sınıftaki meyve suyu ürünleri bakımından kullanmama sebebi ile iptaline ve sicilden terkinine karar verilmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

³⁶⁴ ABAD, T- 382/08, “Advance Magazine Publishers, Inc. v. OHIM”, T. 18.01.2011, para. 47-48.; Yarg. 11. HD., E. 2013/384 K. 2013/1893 T. 05.02.2013, “Ancak, anılan hizmetler yönüyle markanın hükümsüzlük talebinin reddi için, davalının o hizmetler bakımından da markayı fiilen kullandığını kanıtlanması gerekmektedir. Bu kullanım ispat edilmeden, markanın kullanılan hizmetlere benzerliği nedeniyle başka hizmetlerde de kullanılmış sayılacağı kabulü doğru değildir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020); Perakende satış hizmetinde marka tescili hakkında detaylı bilgi için bkz. **Doğan**, Perakende Satış Hizmeti, s. 26 vd.

³⁶⁵ **Karasu**, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, s. 339-340; Yarg. 11. HD. E. 2007/10027 K. 2008/12932 T. 17.11.2008, “... Mahkemece, davalı adına tescilli markanın kapsadığı 25 nci sınıf mallar bakımından yukarıda açıklanan ilkelere uygun bir değerlendirme yapılmaksızın, anılan 25 nci emtia sınıfı ile davacı markasının kapsadığı 24 ve 26 nci emtia sınıflarının farklı olduklarından bahisle benzer olmadıklarına ilişkin görüşü eksik inceleme ve araştırmaya dayalı olduğundan isabetli değildir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

³⁶⁶ ABAD, T-361/13 “Menelaus BV v. OHIM” T. 18.11.2015, para. 56.

³⁶⁷ **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 467-468.

etmektedir³⁶⁸. Yargıtay bir kararında bir sınıfın tamamı ile başka bir sınıfın alt grubunun da karıştırılma ihtimali doğurabileceği yönünde hüküm tesis etmiştir³⁶⁹.

Ancak, bir alt grupta yer alan malların ya da hizmetlerin kapsamına giren, birden fazla mal ve/veya hizmet olduğu takdirde, bunlardan birinin ya da birkaçının kullanımının ispatı, söz konusu alt grup içinde ispatlandığı anlamına gelebilmektedir. Mesela ABAD, sonraki birçok uyuşmazlığında da atıf yapmış olduğu “ALADIN” kararında, eğer markanın tescil edildiği sınıf, birbirinden bağımsız şekilde bir takım alt sınıfta tanımlanabilmeye yetecek kadar geniş ise, markanın söz konusu alt gruba dahil bir kategori için ciddi kullanıldığının ispatlanmasını yeterli görmüştür³⁷⁰. EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzuna göre, “sadece alt sınıf/sınıflar” için marka koruması, kullanılan mallar veya hizmetler için; söz konusu malın veya hizmetin, zorunlu olarak birden fazla alt sınıfı içerecek kadar geniş olması ve bu alt sınıfların birbirinden bağımsız olarak algılanabilmesi, ayrıca markanın sadece bir kısmında ciddi olarak kullanılması şartıyla kabul edilebilir³⁷¹. Kılavuzda ayrıca, markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfı kesin olarak belirliyse ve bunları alt kategorilere bölmek mümkün değilse markanın tescil

³⁶⁸ Yarg. 11. HD. E. 2016/4326 K. 2017/6662 T. 28.11.2017, “Tescil kapsamında kalan mal ve hizmetlerin ilişkilendirilebilecek olup olmadığı hususunda; Türk Marka ve Patent Kurumunca hazırlanan Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına ilişkin Tebliğin hükümlerine ve bunun ekindeki sınıflara ve alt gruplara göre yapılan listenin dikkate alınması gerekmele birlikte, ilişkilendirmenin varlığı için mal ve hizmetlerin tamamen aynı sınıfta veya aynı alt grupta yer alması gerekmez.

Tescil kapsamındaki mal ve hizmetlerin ilişkilendirilebilecek olup olmadıklarının değerlendirilmesinde özellikle her iki grup malların da aynı tüketici kitlesine hitap edip etmediği, birbirine alternatif olup olmadıkları, aynı dağıtım veya dolaşım yollarına sahip olup olmadığı, hammadde-mamül ilişkisinin bulunup bulunmadığı, birbirlerini bütinleyici/tamamlayıcı olup olmadıkları hususlarının, bir bütün olarak ve ortalama tüketici kitlesinin özellikleri ve genel bakış açısı dikkate alınarak belirlenmelidir.

Tüm bu açıklamalardan sonra, davacının itiraz gerekçesi markası kapsamında bulunan özellikle irmik, nişasta, ekmek ve bisküvi gibi ürünlerin, davalı marka başvurusunda bulunan “hububat (tahıl ve mamülleri)” ile benzerlik arz edip etmediği ve ilişkilendirilme ihtimalinin bulunup bulunmadığının yönteminde tartışılıp değerlendirilmemiş olması hükmün davacı yararına bozulmasını gerektirmiştir.”; İşbu karara atıf yapan benzer hususta bir başka Yargıtay içtihadı için bkz. 11. HD., E. 2016/8877 K. 2018/1711 T. 06.03.2018 (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

³⁶⁹ Yarg. 11. HD., E. 2018/2241 K. 2019/3641 T. 13.5.2019, “... “CASARTE” ibareli başvuru ile davacının yayına itiraz aşamasında dayandığı “CASA” ibareli markaların bağlantı kurma ihtimali kapsamında benzer oldukları, mal ve hizmet listelerinin 20. sınıfın tamamı ile 35. sınıfın 06. alt grubu bakımından aynı/aynı tür oldukları, bu mal ve hizmetler yönünden markalar arasında 556 sayılı KHK’nın 8/1-b maddesi anlamında iltibas tehlikesi bulunduğu, 20. sınıfın tamamı ile 35. sınıfın 06. alt grubu bakımından YİDK kararının kısmen iptali koşullarının oluştuğu, hükümsüzlük davası bakımından ise “CASARTE” ibareli başvuru ile dava aşamasında dayanan “CASA DEPO” ibareli davacı markasının bağlantı kurma ihtimali kapsamında benzer olduğu, mal/hizmet listelerinin 20. ve 35. sınıfların tamamı bakımından aynı/aynı tür bulunduğu gerekçesiyle TPMK YİDK kararının iptal talebi yönünden davanın kısmen kabulüne ...” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

³⁷⁰ ABAD, T- 126/03, “Reckitt Benckiser (España), SL v. OHIM” T. 14.07.2005, para. 45.

³⁷¹ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.8.4.2, s. 50.

edilmiş *tüm* mallar veya hizmetler bakımından kullanımının ispatlanması gerektiği ifade edilmiştir³⁷². Bu durum, özellikle belirli bir hastalığı tedavi etmek için sadece bir tür ilaç için kullanılan “farmasötik preparatlar” için tescilli markalar söz konusu olduğunda önemlidir³⁷³.

EUIPO Temyiz Kurulu 35. sınıftaki “reklamcılık, iş yönetimi ve idaresi, büro hizmetleri” için tescil edilmiş olan “AF” şeklindeki markanın “perakendecilik hizmetlerinde” kullanılmasında, 35. sınıftaki bazı hizmetler için gerçekleştirilen kullanımın, sadece belirli mallar kapsamında gerçekleştirildiğini belirterek kullanımın ispatı için yeterli görmemiştir³⁷⁴. Başvurunun yayımına itiraz işlemlerinde, 38. sınıfta “haberleşme hizmetleri” için tescil edilmiş “GEO MADRID” ibareli başvuru, “internet üzerinden alışveriş platformu sağlama hizmeti” için kullanıldığı ispat edilmiştir. EUIPO Temyiz Kurulu, bunun “perakende hizmet sunan bir sanal mağaza” hizmeti olduğu gerekçesiyle, haberleşme hizmeti olarak değerlendirilmeyeceğini ifade etmiş ve kullanımın ispatlanamadığına karar vermiştir³⁷⁵.

2.2.4. Ciddi Kullanım İçin Hukuka Uygun Bir Kullanım Şart mıdır?

EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzu m. 2.10 hükmünde “*Legal Use*” başlığı altında markanın kullanımının hukuka aykırı yollarla gerçekleştirilmesi, bu kullanımın markasal niteliğini zedelemeyeceğini ifade edilmiştir³⁷⁶. Buna göre, bir markanın 2017/1001 sayılı

³⁷² “ALADIN”, para. 45.; Ancak bu kararda “alt kategori” ile neyin ifade edilmek istendiği anlaşılammaktadır. (McCelland, s. 296).

³⁷³ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.8.4.2, s. 53.

³⁷⁴ EUIPO Temyiz Kurulu, R 1330/2011-4 T. 23.08.2012, (https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/1330%2F2011-4).

³⁷⁵ EUIPO Temyiz Kurulu, R 1533/2007-4, T. 03.10.2008. (https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/1533%2F2007-4).

³⁷⁶ Mezkûr hüküm şu şekildedir:

“2.10 Legal use

Whether a mark has been used in a way that satisfies the use requirements of Articles 15 and 42 EUTMR requires a factual finding of genuine use. Use will be ‘genuine’ in this context even if the user violates legal provisions.

Use that is deceptive within the meaning of Article 7(1)(g) or Article 51(1)(c) EUTMR or under provisions of national law remains ‘genuine’ for the purpose of asserting earlier marks in opposition proceedings. The sanctions for deceptive use are invalidation or revocation, as the case may be, or a prohibition of use (provided for pursuant to Article 110(2) EUTMR).

The same principle applies where use is made under an illegal licensing arrangement (for example arrangements violating the competition rules of the Treaty or national rules). Similarly, the fact that use

Tüzük m. 18 ve 47'ye uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığını, ciddi kullanıma dair fiili bulguları gerektirir. Bu kapsamda, markayı kullanan yasal hükümleri ihlâl etse dahi bu kullanım ciddi kullanım olarak değerlendirilebilir. EUIPO Kılavuzunda mezkûr Tüzük, m. 7/1-g ve m. 58/1-c hükümlerine göre (SMK bakımından m. 5/1-f ve m. 26/1-c hükümleri) uyarınca mal veya hizmetin nitelik ve kalitesi, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltıcı nitelikte kullanılmasının, kullanımın ciddi olma niteliğini bozmayacağı belirtilmiştir³⁷⁷. Buna göre halkı yanıltıcı kullanımların, markanın hükümsüzlüğü veya iptaline ilişkin yaptırımları bir yana, bu kullanım yine marka hukuku kapsamında ciddi kullanım olarak nitelendirilecektir. Örneğin marka saldırgan satış yöntemleri kullanılarak veya şok edici reklâmlar aracılığıyla kullanılıyor olabilir³⁷⁸.

Kılavuza göre, aynı ilke hukuka aykırı lisans sözleşmelerinde de (örneğin markanın kullanılması için akdedilen lisans sözleşmeleri rekabete ilişkin kuralları ihlâl etmesi hâlinde) geçerlidir.

2.3. MARKANIN KİŞİ BAKIMINDAN KULLANIMI

556 Sayılı MarKHK'nin aksine SMK'da markanın bizzat sahibi tarafından kullanılması gerektiği açıkça belirtilmiştir³⁷⁹. Buna göre, marka bizzat sahibi/sahipleri tarafından kullanılmalıdır. Markanın sahibi tarafından kullanımı kuralı, bünyesinde birtakım istisnaları barındırmaktadır. Zira marka tescilinin işletmeden bağımsızlığı da göz önüne alındığında³⁸⁰, marka sahibinden markasını bizzat kullanmasını beklememek, ticari hayatın dinamizmi ve markanın kullanım alanının genişliği karşısında makul karşılanmalıdır. Keza marka hakkından doğan “kullanım hakkı”, bünyesinde marka

may infringe third-party rights is also irrelevant.” Bkz. EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.10, s. 55.

³⁷⁷ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.10, s. 55.

³⁷⁸ **Bektaş**, s. 227; EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.10., s. 55.

³⁷⁹ MarKHK'de açıkça yer almasa da öğretilerde markanın sahibi tarafından kullanılması gerektiği hususu belirtilmekteydi. Bkz. **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 148; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 461; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 236; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 473.

³⁸⁰ 556 sayılı MarKHK ile markanın işletmeye bağlı olarak tescil edilebileceği kuralı kaldırıldığı için, markanın bizzat başvuru sahibi tarafından kullanılması gerekliliği de ortadan kalkmıştır. (**Karasu**, Rauf, Spekülasyon ve Engelleme Markaları, FMR, C. 8, Sayı 3, 2008, (s. 11-44), s. 17.

sahibinin bu hakkın başkaları tarafından kullanılmasına izin verme veya yasaklama yetkilerini de barındırmaktadır³⁸¹.

Marka sahibi lisans, alt lisans, merchandising, marka kullanımını da içeren franchising gibi sözleşmelerle markanın kullanımını üçüncü kişilere bırakabilmektedir. Bu kullanımların muhakkak marka sahibinin iznine dayanması gerekir. Herhangi bir hukukî temele dayanmaksızın üçüncü kişilerce kullanım marka hakkına tecavüz teşkil edeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Markanın, marka sahibinin izniyle üçüncü kişiler tarafından kullanımı, SMK m. 9'da da markanın kullanımı olarak kabul edilen istisnai hâller arasında yer almaktadır. Bu nedenle bu konu çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelenmiştir³⁸².

2.4. MARKANIN ZAMAN BAKIMINDAN KULLANIMI

Markanın zaman yönünden kullanımı SMK m. 9/1 hükmünde yer almakta ve buna uygun olarak kullanımın ispatı ise m. 19/2'de öngörülen koşullar dâhilinde gerçekleşmektedir. Öncelikle SMK m. 9/1 hükmünü incelemek gerekirse, hükmün lafzından, kanun koyucunun iki farklı olgu üzerinde durduğu anlaşılmaktadır³⁸³. *Birincisi*, asgari süre şartı olarak, öğretilerde “hoşgörü süresi” (*grace period*) olarak da anılan markanın tescil edilir edilmez piyasaya sürülerek ticari hayatta kullanımının mümkün olamaması, bunun için yatırım, idarî işlemler gibi bir hazırlık sürecinin gerekebilmesi ihtimaline binaen³⁸⁴, bir bakıma menfaat dengesini gözeterek³⁸⁵, markanın piyasada yer edinmek için hazırlık yapabilmesine yönelik tanınan beş yıldır. Bu durumda marka sahibi tescilden itibaren beş yıl içerisinde markasını kullanmak zorunda değildir, kullanmamadan doğan sonuçlara bu hoşgörü süresi sebebiyle katlanmak durumunda da değildir³⁸⁶. *Bir diğer beş yıllık süre ise*, SMK m. 9'un “...kullanımına beş yıl kesintisiz

³⁸¹ Çolak, Marka Hukuku, s. 11.

³⁸² Bkz. aşa. 2.6.3. “Marka Sahibinin İzniyle Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım”.

³⁸³ Benzer görüş için bkz. Bektaş, s. 236; SMK m. 9/1: “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 verilir.”

³⁸⁴ Bilgili, Markanın Kullanılması Zorunluluğu, s. 30; Gürzumar, s. 515; Alhas, Zeynep Seda/ Dernekoğlu, Umut, Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi, FMR, S.1, (s. 19-37), s. 22; Bently/Sherman, s. 1017; von Bomhard/von Mühlendahl, s. 191.

³⁸⁵ Aaron/Nordemann, s. 1196.

³⁸⁶ Kur/Dreier/Lugenbuehl, s. 298; von Bomhard/von Mühlendahl, s. 191.

ara verilen markanın iptaline karar verilir” ifadesinden yapılan çıkarım doğrultusunda, markanın kullanımına aralıksız olarak beş yıl ara verilmemesi gerektirir.

SMK m. 19/2’ye göre ise, markanın kullanımının ispatının talep edilebilmesi için, bu markanın başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de *en az beş yıllık süre boyunca* tescilli olması gerekmektedir. Öyleyse, hükmün mefhum-u muhalifinden beş yıldan kısa süreli olarak tescilli yahut henüz tescil edilmek üzere başvuru safhasındaki bir markaya dayanılarak, markanın kullanılmadığı savunması ileri sürülemeyeceği gibi kullanımın ispatı da istenemeyeceğini belirtmek gerekir³⁸⁷.

SMK m. 19/2’nin lafzına bakıldığında da iki yerde ve farklı anlamlarda beş yıllık sürelerden bahsedildiği görülmektedir³⁸⁸. Birincisi, kullanım ispatı talebinde bulunabilmek için, yukarıda açıklanmış bulunan, itiraza mesnet markanın beş yıldır tescilli olması şartıdır. Bu şartı önceki haklar bağlamında değerlendirmek gerekir³⁸⁹. Bu süre, başvuru veya rüçhan tarihinden geriye doğru beş yıllık bir süre olup, SMK m. 9/2’deki hoşgörü süresini tamamlayıcı niteliktedir. Bu koşullar dâhilinde, tescilden itibaren beş yıllık süre boyunca marka sahibi, markasını kullanmasa bile, kullanıyormuşçasına korunduğu için, hükmün mantığına uygun şekilde kullanıldığının ispatı da talep edilemez. İkinci beş yıllık süre ise, kullanımın ispatının süre bakımından başlangıcını belirleyen süre olup, “*Kullanımın ispatı hangi tarihten itibaren aranmalıdır?*” sorusunun cevabıdır³⁹⁰. Buna göre, başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde markanın kullanımının ispatı talep edilebilir.

Bu iki farklı süreyi örneklendirmek gerekirse; birinci örnek olarak, 2015 yılında markasını tescil ettirmiş bir marka sahibi, 2019 yılında tescil edilmek üzere gerçekleştirilmiş bir marka başvurusuna, itiraz etmek isterse markasını dört yıl önce tescil

³⁸⁷ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 3.1.2, s. 59.; **Bainbridge**, s. 752; **Özkök**, s. 47; **Aaron/Nordemann**, s. 1199.

³⁸⁸ SMK m. 19/2: “*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.*”; AB mevzuatında benzer yorum için bkz. “Use, Non-Use and Proof of Use”, 2018 Trademark Reporter, Vol. 108, (s. 549-575), s. 549. (<https://www.inta.org/resources/the-trademark-reporter/>).

³⁸⁹ “Use, Non-Use and Proof of Use”, 2018 Trademark Reporter, Vol. 108, s. 549.

³⁹⁰ Benzer görüş için bkz. **Çoşğun**, s. 131.

ettirdiği ve beş yıllık hoşgörü süresini doldurmadığı için, başvuru sahibi bu kişiden kullanımın ispatını talep edemez ve muterizin itirazı gerekli şartlar dâhilinde kabul edilir. Bir başka örnekte, yine 2015 yılında markasını tescil ettirmiş bir marka sahibini ele alacak olursak, bu kimse 2021 tarihli marka başvurusuna itiraz etmek isterse, bu sefer hoşgörü süresinin de dolduğu dikkate alınarak, SMK m. 19/2'ye göre başvuru veya rüçhan tarihinden geriye doğru beş yıl, yani 2016 tarihinden itibaren gerçekleştirilen kullanımların delil olarak sunulması beklenir. 2015 yılında tescil edilmiş bu markanın SMK m. 9/1 kapsamındaki markasını kullanmaması için tanınmış olan hoşgörü süresi ise 2020 yılında sona erecektir. Yani bu durumda, marka sahibinin, 2020 yılından sonraki kullanımlarına yönelik deliller sunması zorunlu olup, kullanım külfeti bu süreyle sınırlıdır.

İşaret edilmesi gerekli bir diğer husus ise, markanın beş yıllık süre zarfında *aralıksız* kullanılması *gerekmediğidir*³⁹¹. Zira burada gerekli kullanım beş yıl içerisinde gerçekleşmiş bir kullanımı ifade etmektedir³⁹². Kullanım beş yıl boyunca süreklilik arz etmek zorunda olmadığından kullanıma ara verilmesi mümkündür. Kullanıma ara veren marka sahibi ise verilen aranın beş yılı aşmadığını ispatlamalıdır. Bu durumda markanın en son ciddi olarak kullanımından sonraki beş yıllık süreçte kullanılıp kullanılmadığına bakılır³⁹³.

Zamansal bakımından kullanımın ispatında, değinmek istediğimiz bir diğer durum, markanın iptaline ilişkin olarak SMK m. 26/4'te ifadesini bulmuş olan son üç ay içerisindeki kullanımların dikkate alınmaması noktasındadır³⁹⁴. Buna göre, iptal talebinde

³⁹¹ **Karayalçın**, Yaşar, Markaların Aynen ve 'Aralıksız Kullanılmasıyla İlgili Meseleler, s. 999; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 247; **Çağlar**, Tescilli Markanın Kullanılmaması, 5.

³⁹² EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 22, m. 2.5.

³⁹³ **Yasaman/Yüksel**, s.648; **Sönmez**, s. 302; Yarg. 11. HD., E. 2015/6754 K. 2016/3620 T. 4.4.2016 “ ... inceleme konusu yapılan dava tarihi olan 12.03.2013 tarihi itibari ile davalının dava konusu markayı bu tarihten önce kullandığına dair dosya içeriğinde bir çok yazı, bilgi ve belgelerin bulunduğu, davalının dosyada yer alan 2008 yılına ait faturalarında ... cebinizin ekonomik pazarı şekerleme ve çikolata ibarelerinin markasal bir kullanım yaratacak şekilde yer aldığı, 2008 yılından davanın açılışı tarihine kadar markanın kullanımı konusunda kesinti olduğu görülse bile davanın açıldığı tarihten geriye doğru beş yıl gidildiğinde 12.03.2008 tarihinin elde edildiği, dosya içeriğinde davalının 26.11.2008 tarihinde kesilmiş faturalarının yer aldığı, dolayısı ile davanın açılış tarihi itibari ile davalının beş yıl kesintisiz bir şekilde markayı kullanmadığı hususunun gerçekleşmediğinin görüldüğü...” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

³⁹⁴ Mezkûr hüküm şu şekildedir: “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 düşünülmüşse talebin Kuruma sunulmasından önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanım dikkate alınmaz.”

bulunulacağı düşünülerek gerçekleştirilen kullanımlarda, talebin TPMK'ya sunulmadan önceki üç aylık kullanım dikkate alınmayacaktır. Hükümün amacı, kullanmamaya bağlı iptal yaptırımından kaçınmak amacıyla gerçekleştirilen kullanımların kabul edilmemesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Aslında kullanmama savunmasının ihdas amacına bakıldığında da kullanılmayan markanın korunmaması gerektiği esasına dayandığı görülmektedir. İptal talepleri için öngörülen bu düzenlemenin, kanun koyucunun amacı doğrultusunda, kullanmama savunmasının öngörüldüğü hükümler için de (SMK m. 19/2, m. 25/7, m. 29/2) kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülebilir³⁹⁵. Buna göre, kullanmama savunması (TPMK nezdinde ya da dava aşamalarında) ileri sürüldüğünde, beş yıl içerisinde ciddi bir kullanıma rastlanmamakla birlikte son üç ayda kullanım gerçekleşmekteyse, marka sahibinin sırf yaptırımlardan kaçınmak için kullandığı olgusu ispat edilebilirse, bunlar kullanım ispatına esas alınmayabilir. Bu durumda itiraz sahibi ya da davacı kullanımı ispatlayamamış kabul edilebilecektir.

Kullanmamaya ilişkin haklı sebebin söz konusu olduğu hallerde kullanımın haklı sebep sona erdikten sonraki beş yıl içinde başlaması gerekir³⁹⁶. Markanın yenilenmesiyle ise yeni bir süre başlamaz, kullanım ilk tescilden itibaren hesaplanır. Zira, tescilin yenilenmesi tek başına markanın kullanıldığı anlamına gelmez³⁹⁷. Gerçekten de ciddi kullanım kriterleri göz önüne alındığında markanın yenilenmesi, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetler bakımından bir pazar payı yaratma ya da pazar payını koruma faaliyeti anlamına gelmediğinden, bu işlemi kullanma olarak nitelendirmek mümkün değildir. Benzer şekilde, markanın üçüncü kişiye devredilmesi hâli de kullanım sayılmayacağı gibi, devir tarihine kadar gerçekleşen kullanımlar da devralan için tıpkı devralan kullanmışçasına geçerli olur. Bununla birlikte, marka devir tarihine kadar kullanılmamışsa; devralan için yeni baştan bir beş yıllık süre başlamayacağı için, devir

³⁹⁵ Benzer yönde bkz. **Merdivan**, s. 509.

³⁹⁶ **Yasaman/Yüksel**, s. 648.

³⁹⁷ Yarg. 11. HD. E. 2012/5946 K. 2012/11097 T. 27.06.2012, “Ancak, davacı tarafça davalının adına tescilli markasını haklı bir neden olmaksızın dava tarihinden geriye doğru beş yılı aşkın süredir kullanmadığı ileri sürülerek, 556 sayılı KHK'nın 14, 42/l, c maddelerince markanın hükümsüzlüğü istenildiğine göre, tescil süresinin uzatılmış olmasının tek başına hükümsüzlük istemine engel oluşturmayacağı ve markanın kesintisiz (5) yıl kullanılmadığı iddiasının aksini ispat yükününün davalıda olduğu gözetilerek, davalı tarafın bu yöndeki kanıtları toplandıktan sonra yapılacak değerlendirme sonucunda anılan maddelere dayalı hükümsüzlük istemi hakkında bir karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bozulması gerekmiştir.” (www.lexpera.com, E.T.:10.01.2020)

tarihinde beş yılın tamamlanmasına ne kadar zaman kalmış ise devralan o süre boyunca markayı kullanmak durumundadır³⁹⁸.

Bu beş yıllık süre dışında gerçekleştirilen kullanımlar, ancak beş yıllık süre içindeki kullanımın ispatını güçlendirecek, teyit edebilecek nitelikte dolaylı bir etki gösterebilir. EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzunda da bunun haricindeki kullanımlarla, itiraz sahibi söz konusu dönemde kullanılmayan markanın sahip olduğu itibar veya tüketiciler nezdinde bilinirliği gerekçesiyle ispat külfetinden kurtulamayacağı ifade edilmiştir³⁹⁹.

2.5. MARKANIN YER BAKIMINDAN KULLANIMI

Markanın yer bakımından kullanılmasından, markanın “yurt içinde, iç piyasada (*use on the domestic market*)” kullanılması anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle, ciddi kullanımın Türkiye dışında gerçekleştiğine yönelik deliller, kural olarak, kullanımın ispatında kabul edilemez. Markanın yurt içinde kullanımı ilkesi, MarKHK’da düzenlenmemiş ise de o dönemde öğreti⁴⁰⁰ tarafından benimsenmiş, SMK m. 9’da da açıkça düzenlenmiştir⁴⁰¹.

Markanın Türkiye’de kullanımından, ülkenin tüm coğrafi sınırlarını kapsayacak şekilde kullanım anlaşılmamalıdır, Türkiye’nin belirli bir bölgesi de ciddi kullanım gerçekleştiği müddetçe bu şartı sağlayacaktır⁴⁰². Benzer şekilde, malın veya hizmetin üretiminin Türkiye’de gerçekleşmiş olması şart değildir. Türkiye sınırları dışında üretilse dahi, Türkiye’deki tüketicilere hitap etmesinin kullanım için gerekli ve yeterli olduğu belirtilmiştir⁴⁰³. Burada vurgulanması gerekli olan husus, kullanımın yöneldiği tüketici

³⁹⁸ **Alhas/Dernekoğlu**, s. 23.

³⁹⁹ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 22.

⁴⁰⁰ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 150; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 245; **Sert**, s. 42

⁴⁰¹ Ancak 6769 sayılı SMK m. 9 hükmünden önce, MarKHK m. 14 hükmünde, markanın yalnız ihracat amacıyla mal ve ambalajlarda kullanımının yanı sıra markayı taşıyan malın ithalatı kullanım olarak kabul edilmekteydi. SMK’da ise malın ithalatı artık kullanım olarak kabul edilmemekte, sadece ihracat için mal ve ambalajlarda kullanım belirli koşullar dâhilinde kabul edilmektedir. Bu husus aşağıda markanın kullanımını sayılan hâller için ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

⁴⁰² Bu durum özellikle malın ya da hizmetin yerel olduğu, ürünün o belirli alanda yaygın olduğu durumlarda görülmektedir. (**Yardımcı/Sever**, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 427; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 246; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 960.; **Oğuz**, Kullanmama Nedeniyle İptal, s. 25); AB marka sisteminde, AB markaları için (EUTM) AB sınırları, ulusal markalar bakımından ilgili ülkenin sınırları, Benelüks markaları içinse Benelüks ülkelerinin sınırları ve “uluslararası tesciller için belirlenmiş akit taraf olarak seçilmiş ülkelerin sınırlarının tamamı” olarak belirlenmiştir. (EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 19).

⁴⁰³ **Çolak**, s. 959.

kitlesinin Türkiye’de bulunmasıdır. Türkiye’de yaşayan kitleye, Türk piyasasına yönelik kullanımlar Türkiye’de belirli şartlar dâhilinde Türkiye’de kullanım olarak nitelendirilebilir. Türkiye’de tescilli markanın, Türkiye dışında kullanımı için lisans verilmiş olması ve o ülkede kullanımı ise, Türkiye’de kullanım olarak değerlendirilemez⁴⁰⁴.

Kitle iletişim araç ve ağlarının bu denli geliştiği günümüzde, bir malın veya hizmetin Türkiye dışından da internet, reklâm veya başka bir yayın aracılığıyla kullanımının gerçekleşebileceğinin kabulü gerekmektedir⁴⁰⁵. Örneğin markanın internet üzerinden satışı yapıldığında, marka ile malın ve/veya hizmetin bağlantısı açık olarak kurulabiliyorsa, bunların satışını gösteren hususlar da kanıt olarak sunulabilir⁴⁰⁶. Ancak bunun için hedef kitle Türkiye’de olmalı ve markanın kullanımıyla elde edilmek istenen amaç Türkiye’deki pazarda ticari etki oluşturabilmek olmalıdır⁴⁰⁷.

Öğretide tartışmalı olan bir konu da markanın transit geçişlerde kullanımının markasal kullanım sayılıp sayılmadığıdır. 3218 Sayılı Serbest Bölgeler Kanunu’na dayalı olarak ihdas edilmiş Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği m. 31’e göre transit geçiş, yabancı bir memleketten başka bir yabancı memlekete veya Türkiye’den yabancı bir

⁴⁰⁴ **Bozer, Ali/Göle**, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2018, s. 270; ” Yarg. 11. HD., E. 2007/3234 K. 2008/5432 T. 22.4.2008, “...davalının adına tescilli markasının soyut lisans sözleşmesi ile ülke dışında başka bir şirkete vermesi ve yabancı ülkede kullanılmasının Türkiye’de kullanıldığı sonucunu doğurmayacağı bu nedenle markanın tescil edildiği 16.8.2000 tarihinden dava tarihine kadar olan 5 yıllık süre içinde amacına uygun olarak kullanıldığından davalı tarafından kanıtlanamadığı gerekçesiyle, davanın kabulü ile, davalı adına tescilli markanın hükümsüzlüğüne karar verilmiştir.” (www.lexpera.com, E.T.: 09.12.2019)

⁴⁰⁵ **Alhas/Dernekoğlu**, s. 31-32; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 959; Yayınlarını yurt dışından yapan bir televizyon kanalının uydu veya internet üzerinden Türkiye’de izleniyor olması söz konusu yayınlarda yer alan markanın Türkiye’de kullanıldığı kabulü için yeterli olduğu belirtilmiştir. (**Bozer/Göle**, s. 270); Yarg. 11. HD., E. 2009/3437 K. 2011/2191 T. 3.3.2011, “... tescile konu markanın yer aldığı malların yada marka adı altında verilen hizmetlerin Türkiye’de üretilmesi koşulunun yer almadığı, televizyon yayıncılığı alanında son 20 yılda meydana gelen olağanüstü gelişmeler ile artık dünyanın her yerinden uydu yayını bulunan bütün televizyon kanalları uydu aracılığıyla izlendiği, somut olayda davalıya ait F1NEWS, F1SPORT gibi televizyon kanallarının Türkiye’den kolaylıkla izlenebildiği aynı şekilde davacıya ait televizyon yayınlarının www.F1.co.uk, www.F1.com, www.F1sports.com, www.F1news.co.uk, www.F1one.co.uk, ve www.F1movies.com adresinde ki internet sitelerinde de erişilebilir olduğu F1 markasının ve F1 TV yayınlarının bu internet sitelerinde de kullanıldığı, Türkiye’den günde 646216 ziyaretin gerçekleştirildiği dolayısıyla televizyon yayıncılığının artık sadece ilgili ülkede hizmet binası temin ederek donanım ve personel yardımıyla vericiler ve aktarıcılar oluşturularak, o ülkenin yayınlarını denetleyen kuruluştan lisans alarak yada o ülkenin dijital yayın platformlarında veya kablo TV şebekelerinde yer alarak yapılmasının şart olmadığı, televizyon yayınlarının sadece klasik yöntemlerle gerçekleştirilmediği, bundan böyle yayıncılık kavramının tüm dünyada internet üzerinden yapılan yayınları da içerdiğinin kabul edilmesinin gerektiği...” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁴⁰⁶ **Karasu** (Suluk/Nal), s. 210; TPMK Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 12.

⁴⁰⁷ **Bozer/Göle**, s. 270; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 959.

memlekete gitmek ya da yabancı bir memleketten Türkiye'ye gelmek üzere eşyaların serbest bölgeden geçirilmesidir. Serbest bölgeler “*ülkede geçerli ticari, mali ve iktisadi alanlara ilişkin hukuki ve idari düzenlemelerin uygulanmadığı veya kısmen uygulandığı, sınai ve ticari faaliyetler için daha geniş teşviklerin tanındığı ve fiziki olarak ülkenin diğer kısımlarından ayrılan yerlerdir.*” Bu tanımda da açıkça vurgulandığı gibi, serbest bölgeler fiziki olarak ülke kısımlarından ayrılmaktadır. Öğretide *Dirikkan* transit geçiş durumlarında malın Türkiye’den hem ithalatı hem de ihracatının gerçekleştiğine dayanarak, Türkiye piyasasında kullanım olmasa dahi, markasal kullanımın var olduğunu ileri sürmüştür⁴⁰⁸. Yargıtay ise serbest bölgeye ilişkin kullanımların, markasal kullanım sayılamayacağını açıkça belirtmiştir⁴⁰⁹. Kanaatimizce de markanın transit geçişlerde kullanımında ne markanın piyasada ciddi kullanımı gerçekleşebilir ne de ayırt edicilik işlevi yerine getirilmiş olur⁴¹⁰; nitekim bu durumda hedef piyasa Türkiye değildir⁴¹¹. ABAD birçok kararında, AB markasında, üye ülkelerde üretilip üye olmayan ülkelere ithal edilen ve üye ülkelerde pazara girmeden transit geçen malların marka hakkını ihlal etmediğine karar vermiş ve bu nedenle de transit geçen malların ciddi kullanım oluşturmadığını kabul etmiştir⁴¹².

2.6. MARKANIN KULLANIMI KABUL EDİLEN DURUMLAR

SMK m. 9/1’de markanın kullanımı için kabul edilen temel prensipler açıklandıktan sonra, aynı maddenin 2’nci fıkrasında temel prensiplere uygun olarak kullanım olarak kabul edilen istisnai hâller sayılmıştır. İlgili düzenlemelerin mehzazını, 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü m. 18/1 (a) ve (b) bentleri ve 2’nci fıkrası ile 2015/2436 sayılı Marka Direktifi m. 16/5 ve 6’ncı fıkraları oluşturmaktadır. Buna göre, SMK m. 9/2’de de aynı şekilde olmak üzere, markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı şekilde kullanılması, ihracat amacıyla kullanılması ve marka sahibinin izni ile kullanılması,

⁴⁰⁸ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 259.

⁴⁰⁹ Yarg. 11. HD. E. 2015/6366 K. 2016/851 T. 27.1.2016, “...kullanımın serbest bölgeye ilişkin olup yurt içinde markasal kullanım olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle, davanın kabulüne ... sayılı “... + şekil” markasının iptaline, ... kayıtlarından terkin edilmesine karar verilmiştir.” (www.lexpera.com, E.T.:09.12.2019).

⁴¹⁰ Benzer şekilde bkz. **Özarmağan**, s. 69; **Yasaman/Yüksel**, s. 642.

⁴¹¹ **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 71.

⁴¹² ABAD, C-115/02, “Administration des douanes et droits indirects v Rioglass SA and Transremar SL”, T. 23.10.2003; C-281/05, “Montex Holdings Ltd v Diesel SpA, T. 09.11.2006”; EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 21.

kullanım esaslarına uygun olarak kabul edilmektedir. Belirtilen kullanım hâlleri, SMK 9’uncu madde anlamında bir kullanımdır ve ona eş değerdir⁴¹³. Bu yüzden, aşağıda bahsi geçecek kullanım kabul edilen hâllerin de ispatlanması durumunda, markanın kullanımı ispatının gerçekleşeceğini peşinen belirtmek gerekir.

Öğretide her ne kadar bu hâllerin sınırlı sayı (*numerus clauses*) ilkesine tâbi olmadığı, çoğaltılabileceği ifade edilmişse de⁴¹⁴ anılan hâllerin istisnâî hükümler olduğu göz ardı edilmemelidir⁴¹⁵. Hukukta temel prensip olan istisnaların dar yorumlanması (*singularia non sunt extenda*) ilkesine dayanarak bu sayılan hâllerin tahdidi olduğu ve çoğaltılamayacağı savunulabilir⁴¹⁶. Öyle ise hükmün mefhum-u muhalifinden, markanın bu sayılan hâller dışında kullanımının tescilli marka koruması dâhilinde korunmayacağı sonucuna varılabilir⁴¹⁷.

2.6.1. Markanın Ayırt Edici Karakteri Değiştirilmeksizin Farklı Unsurlarla Kullanılması

SMK m. 9/2’ye göre tescilli markanın, ayırt edici karakterinde değişiklik oluşturmayacak şekilde, farklı şekillerde kullanılması da markanın kullanılması olarak kabul edilmektedir⁴¹⁸. Anılan düzenleme, PK m. 5/C.2 hükmünde de yer almaktadır. 2017/1001 sayılı Tüzük m. 18/1-a ve 2015/2436 sayılı EUTMD m. 16/5’te aynı ifadelerle, “*markanın tescil edildiği şeklinin ayırt edici niteliğini değiştirmeyen unsurlarında*

⁴¹³ Çolak, Marka Hukuku, s. 963.

⁴¹⁴ Çolak, Marka Hukuku, s. 957; Bu durumların sınırlayıcı olmadığını kabul eden görüş, SMK m. 9/2’nin “... aşağıda belirtilen durumlar da kullanma kabul edilir.” ifadesindeki dâhil anlamındaki “da” bağlacından yola çıkmışsa da kanaatimizce hükmün lafzı, sadece bu sayılan hâlleri de m. 9/1 anlamında kullanıma dâhil tutmakta ve bunun dışındaki başkaca olguları hariç tutarak sınırlandırmaktadır. Aksi görüş için bkz. Bektaş, s.240.

⁴¹⁵ Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 150; Işık, Egemen, Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, İstanbul 2017, s. 120.

⁴¹⁶ Benzer görüş için bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s.460; İstisnaların dar yorumlanması ve yorum yoluyla genişletilemeyeceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yongalık, Aynur, “İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi, AÜHFD 2011, C. 60, S. 1, (s. 1-15), s. 3 vd.

⁴¹⁷ Bozgeyik, Görüşler ve Kararlar, C.1, s. 55.

⁴¹⁸ Anılan hüküm 556 sayılı MarKHK’da m.14’te düzenlenmişti, ancak 551 sayılı Markalar Kanunu m.18 hükmü “aynen kullanım” ibaresini içermekteydi; halbuki PK m.5/C.2 ile çatışmakla olan bu hüküm, o dönem eleştirilmişti. Bkz. Karayalçın, Markaların Aynen ve Aralıksız Kullanılmasıyla İlgili Hükümler, s. 999; Yarg. 11 HD. E. 2008/11762 K. 2010/6723 T. 03.06.2010, “Mahkemece iddia, savunma, dosyadaki kanıtlara göre, tescilli markanın ayırt edici niteliği bozularak kullanımın markayı kullanmamakla eşdeğer olduğu...” (Güneş, Marka Hukuku, s. 246).

*farklılık taşıyacak şekilde, markanın bu şeklinin marka sahibi adına ayrıca tescilli olup olmadığına bakılmaksızın, kullanılması*⁴¹⁹, marka hakkını devam ettirici bir kullanım anlamına gelmektedir⁴²⁰.

Kural, markanın tescil edildiği şekliyle kullanılması, piyasada ayırt ediciliğin ve tanınırlığın tescil edilen hâliyle sağlanmasıdır⁴²¹. Ancak SMK m. 9/2-a ile, markanın aslı ve ayırt edici unsuruna/unsurlarına zarar vermeksizin, markanın farklı renkler ya da boyutlarda yahut önemsiz ekleme/çıkarmalarla da kullanılması da mümkün kılınmıştır⁴²². Hükmün başlıca amacı, pazarlama ve tanıtım ihtiyaçlarına daha iyi adapte olabilmek özellikle markanın güncel ihtiyaçlara göre değiştirilmesi gibi gereksinimler sonucunda markanın esas unsurlarına zarar vermeksizin, tescilli işarete değişiklikler yapılabilmesine olanak tanımaktır⁴²³. Örneğin, markaya eklenen yeni unsurlar, markanın kapsamında bulunduğu mal veya hizmetle bağlantısının kuvvetlenmesine katkıda bulunabilir⁴²⁴.

Markanın ayırt edici karakterinin hangi durumlarda değişeceğine ilişkin kesin ve objektif bir ölçüt koyabilmenin oldukça zor olmasından ötürü⁴²⁵, genel ifade ile, hedef tüketici nezdinde markanın halen aynı ürünü ve işletmeyi gösterir olması bir kriter olarak

⁴¹⁹ “Use of the EU trade mark in a form differing in elements which do not alter the distinctive character of the mark in the form in which it was registered, regardless of whether or not the trade mark in the form as used is also registered in the name of the proprietor”

⁴²⁰ Yarg. 11. HD. E. 2011/6823 K. 2013/9240 T. 7.5.2013, “Başka bir deyişle karşı davaya konu ... ibaresinin kullanıldığıının sunulan delillerle kanıtlanamadığı ve KHK'nın /14/2. fıkrası **anlamında markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla kullanılmasının sözkonusu olmadığı da açıktır. Bu durumda, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, davacı-karşı davalının dava konusu markasını 14.01.2003 tarihinden itibaren 556 sayılı KHK'nın 14'üncü maddesi bağlamında 5 yıldır haklı bir neden olmaksızın kullanmakta olduğunu kanıtlayamadığının diğer bir deyişle tek başına ... markasının kullanımının ... markasının 556 sayılı KHK'nın 14'üncü maddesi uyarınca kullanıldığı anlamına gelmeyeceğinin kabulü ile sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken bu yönden eksik incelemeye ve yanlış değerlendirilmeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, karşı davadaki hükmün davalı-karşı davacı yararına bozulması gerekmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).**

⁴²¹ Çağlar, Hayrettin, Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması, FMR, C.1, S. 2, 2007, (s.11-27), s. 11.

⁴²² Bozgeyik, Markanın Kullanılması, s. 469; Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 150.

⁴²³ ABAD, C-553/11, “Rintisch” T. 25.01.2012, para. 21; C-252/12, “Specsavers v. Asda” T. 18.07.2013, para. 29. Dirikkan, Kullanma Külfeti, s.251; Kur/Senfleben, s. 464, N. 6.164; Yardimci/Sever, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 423; Uzunalli, Marka Hukuku, s. 121; İmirlioğlu, s. 236.

⁴²⁴ Çağlar, Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması, s. 21.

⁴²⁵ Çağlar, Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması, s. 13.

düşünülebilir⁴²⁶. Markanın değişen, eklenen ya da çıkarılan unsurunun ayırt ediciliğe etkisine yönelik değerlendirme, *ortalama bir tüketicinin* perspektifinden gerçekleştirilmelidir⁴²⁷. Bunun sonucu olarak, hedef kitle nezdinde yeni marka mevcutmuş gibi bir izlenim oluşmamalıdır⁴²⁸. Önemle belirtmek gerekir ki bu ortalama tüketicinin bulunduğu hedef kitlenin seçiminde markanın kullanıldığı ilgili ticarî sektör de bir arada değerlendirilmelidir⁴²⁹. Örneğin, sigara için tescil edilmiş bir markaya “Long” ibaresinin eklenmesinde, hedef kitle sigara kullanan tüketiciler olduğu için bunun sigaranın uzunluğu ile ilgili olduğunun bilincinde olup, ayırt edicilik zedelenmemektedir⁴³⁰.

Markanın farklı unsurlarla kullanımının değerlendirilmesinde, kademeli olarak cevaplandırılması gereken iki soru vardır: Birincisi tescilli markanın ayırt edici olarak kabul edilen unsuru belirlenmeli ve ikinci olarak söz konusu değişikliğin, bu ayırt edici karakteri değiştirip değiştirmediği belirlenmelidir⁴³¹. Ayırt edici veya baskın unsur değerlendirmesinde, markayı oluşturan unsurların her birinin esas niteliklerine ve bu farklı bileşenlerin markayı oluşturan ilgili konumlarına bakılır⁴³². Bu ayırt edici ve baskın unsurun/unsurların değişkenlik nitelendirilmesi, her somut olayda farklı bir değerlendirmeyi (*case by case assessment*) gerektirmekle birlikte, bazı temel ölçütlere TPMK ve EUIPO Kılavuzlarından, Yargıtay ve ABAD kararlarından yola çıkılarak varılabilir⁴³³.

Buna göre, sözcük markalarında; kelimenin boyutunu büyütme/küçültme, kelimenin ya da kelime grubunun arasında noktalama işareti eklenmesi/çıkartılması⁴³⁴,

⁴²⁶ **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 637; Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 14.

⁴²⁷ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 150; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 251; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 469; **Norman**, s. 370.

⁴²⁸ **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 638; **Sert**, s. 65; **Çağlar**, Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması, s. 14.

⁴²⁹ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 28; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 251.

⁴³⁰ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 151.

⁴³¹ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 28.

⁴³² ABAD, T- 135/04, “GfK AG v. OHIM-Online Bus“ T. 24.11.2005, para. 36.

⁴³³ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.7.3., s. 28; Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 14 vd.


⁴³⁴ **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s. 323; PELASPAN-PAC” olarak tescil edilmiş bir markanın, aradaki “tire imi” olmadan “PLEASPAN PAC” olarak kullanımı, ayırt ediciliği değiştirmeden kullanımdır. Bkz. EUIPO Temyiz Kurulu, T. 22.03.2013, R 1986/2011-4.

(https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/1986%2F2011-4).

sözcüğün farklı dildeki okunuşuyla kullanımı⁴³⁵, bazı harfleri veya sözcükleri ekleme/çıkarma ya da değiştirme⁴³⁶, yazı karakterinin değişimi, sözcüğün daha koyu ya da açık yazılmış versiyonu⁴³⁷, kelimenin tekil veya çoğul yazılışının kullanılması⁴³⁸ kural olarak markanın ayırt ediciliğini bozmamaktadır.

ABAD, “Drinkfit” kararında, markanın kullanıldığı ürün olan şişenin dar olması



sebebiyle markanın,  şeklinde iki satır hâlinde kullanılmasının olağan olduğuna, ikiye bölünen kelimelerin bir daire içine alınmasında kelimenin bütünlüğünün bozulmamış olduğu yönünde bir izlenim doğduğuna dayanarak ayırt ediciliği değiştirmedigine karar vermiştir⁴³⁹. Bununla birlikte, markayı oluşturan sözcüğün iki veya daha fazla parçaya bölünmesi, sözcüğün anlamsal bakımından değişikliğine yol açabilecekse markanın kullanılması olarak kabul edilmemesi de ihtimal dâhilindedir⁴⁴⁰. İngiltere’de, “SECOND SKIN” olarak tescil edilmiş markanın, “2ND SKIN” olarak

⁴³⁵ Bir başka sebep olarak da özellikle sözcük markalarında, markanın yayıldığı geniş coğrafyadaki kişilerin telaffuz ve okumada güçlük yaşayabilecekleri ihtimalinin de göz önünde bulundurulmasıdır. (Yasaman/Yüksel, C.I, s. 637).

⁴³⁶ Ancak kelime eklenip çıkarılmasında anlam bütünlüğü göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin “TONY HAWK” olarak tescil edilmiş markanın “HAWK” şeklinde kullanımı, iki sözcüğün de birbiriyle birlikte algılanıyor olmasından ötürü, ayırt ediciliği bozacaktır. (EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 38.); Yargıtay “ALÇIPAN” markasının “HERFORM ALÇIPAN” veya “ALÇIPAN HERFORM” biçiminde kullanılmasında ayırt edici unsurun değişmediğine karar vermiştir. Karar için bkz. Yarg. 11 HD. E. 2012/3548 K. 2013/5428 T. 20.03.2013 (Çolak, Marka Hukuku, s. 966).

⁴³⁷ Karasu (Suluk/Nal), s. 210-211; EUIPO Temyiz Kurulu, T. 08.09.2009, R 0289/2008-4, para. 13. (https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/0289%2F2008-4).

⁴³⁸ Örneğin İngilizce dilinde, çoğul eki olan “-s” ekinin kaldırılması, “Tentation” olarak tescil edilmiş markanın “Tentations” olarak kullanılması ayırt ediciliği zedelememektedir. (EUIPO Temyiz Kurulu, T. 29.07.2008, R 1939/2007-1, para.17); Bununla birlikte, kanaatimizce sözcüğün çoğul hâlinin farklı dillerdeki karşılıklarının bazı hâllerde, genel gramer kurallarından saparak tamamen kelimenin okunuşunu değiştirebildiği de göz önüne alınmalı ve bu durumlarda ayırt ediciliğin değiştiği kabul edilmelidir. Örneğin, İngilizce dilinde kelimenin tekili “fungus” iken çoğulunun “fungi” olması, “cactus” kelimesinin çoğulu “cacti”; Almanca dilinde kelimenin tekil hâli, “das Datum” iken çoğul versiyonu “die Daten”; “riziko” kelimesinin tekil hâli “das Risiko” iken, çoğul versiyonu “die Risiken”; “küre” kelimesinin tekili “der Globus” iken çoğulu “die Globen” şeklindedir. Bu örnekler pek tabii çoğaltılabilir; ancak somut olayın özelliğine göre değerlendirilmek kaydıyla, bilhassa sözcük unsurunun baskın olduğu markalarda ayırt edici karakterin değişebileceği de düşünülebilir.

⁴³⁹ ABAD, T-105/13 “Ludwig Schkolode” para. 47; Türk hukuk öğretisinde benzer yönde görüş için bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 461.

⁴⁴⁰ Buna ilişkin örnekler için bkz. Çağlar, Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması, s. 17.

kullanılması da sözcüğün okunuşunu ve anlamını değiştirmedeği için ayırt ediciliği değiştirmeden kullanım olarak kabul edilmiřtir⁴⁴¹.

Markaya baskın olmayan tali kelime unsurlarının eklenmesi, markanın ayırt edici karakterini deęiřtirmemektedir⁴⁴². Ancak eklenen bu unsurun da pozisyon ve boyut itibarıyla, markanın baskın unsurunu aşmaması gerekir⁴⁴³. Örneğin sözcük markalarına eklenen ya da çıkarılan unsurlar, söz konusu markayı anlam ve fonetik bakımdan değişikliğe uğratiyorsa bu durumda ayırt edici karakterin zedelendiğinden söz edilebilir⁴⁴⁴. Ses markalarının veya üç boyutlu markaların ayırt ediciliğinin değiştirilmeden kullanımı için, yine ses markası veya üç boyutlu marka olarak kullanımı gerektiği belirtilmiřtir⁴⁴⁵. Öğretide, renk markaları için, markanın başka bir şekille birlikte olmaksızın esas unsurunun rengin kendisi olduğu markalarda, farklı kullanımın mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁴⁴⁶.

Markaya jenerik ya da tanımlayıcı unsurların eklenmesi ya da çıkarılması da ayırt edici karakteri zedelememektedir⁴⁴⁷. Örneğin, söz konusu malın ya da hizmetin çeşit, nitelik, miktar, kullanım amacı, değeri, coğrafi kaynağı ya da malların üretimini ya da hizmetlerin sunumu zamanı gibi durumlar markanın farklı kullanımı anlamına gelmemektedir⁴⁴⁸. ABAD, şarap ürünleri için “CRISTAL” olarak tescil edilmiş markanın,

⁴⁴¹ Bainbridge, s. 759; Michaels, s. 108, N. 5.16.

⁴⁴² Eğer ilave edilen ek ayırt edici değil, zayıf veya baskın değilse, tescilli markanın ayırt edici karakterini deęiřtirmeyecektir⁴⁴². Örneğin ABAD kararına göre, “HALDER” olarak tescil edilmiş markanın “HALDER I, HALDER II, HALDER III” gibi numaralandırılarak kullanılması, eklerin kısalığını, ikincil pozisyonlarını ve ayırt ediciliklerinin zayıflığını göz önüne alarak markanın tescil edildiği hâliyle kullanımı olarak kabul etmiştir. ABAD, T-209/09 “Alder Capital Ltd v. OHIM”, T. 13.04.2011, para. 58.

⁴⁴³ ABAD, T-353/07, “Esber, SA v. OHIM”, T. 30.11.2009, para. 25.

⁴⁴⁴ Çağlar, Tescilli Markanın Farklı şekilde Kullanılması, s. 14-15. Dirikkan, Kullanma Kulfeti, s. 253; İmirlioğlu, s. 237.

⁴⁴⁵ Çağlar, Tescilli Markanın Farklı şekilde Kullanılması s. 23; Üç boyutlu biçim markaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Karasu, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, s. 331-354.; Ses markaları ve bu markaların tescil edilebilirliği hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Karasu, Rauf, Ses Markaları, FMR, 2007, S.2, (s. 29- 57), s. 33 vd.

⁴⁴⁶ Çağlar, Tescilli Markanın Farklı şekilde Kullanımı, s. 20; Renk markaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Şenocak, Kemal, Soyut Renk Markaları, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, (s. 55-125), s. 74 vd.; Doğan, Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, s. 38 vd.

⁴⁴⁷ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 33; Dirikkan, Kullanma Kulfeti, s.252.; ABAD, T-415/09, New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG v. OHIM” T. 29.09.2011, para. 62-63.

⁴⁴⁸ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 33.



şekillerinde olduğu gibi farklı kullanılmasında, şekilde görüldüğü gibi “CRISTAL” ibaresinin yanı sıra “Louis Roederer”, “lr”, “Champagne” ibareleriyle beraber kullanımını değerlendirmiştir. Buna göre etikette yer alan “Louis Roederer” ibaresi ürün ve işletme arasında doğrudan bağ kurmak suretiyle firmanın adına işaret ettiği için, “lr” davaya müdahil olan bu kişinin adının kısaltması olduğu için, “Champagne” ise bir coğrafi işaret olduğu ve şarap sektöründe tüketicilerin özellikle ürünün coğrafi kaynağı ve şarap üreticisinin kimliğiyle ilgilendiği için ayırt edici karakteri değiştirmedigine karar vermiştir⁴⁴⁹.

Markanın, bazı ufak değişikliklerle farklı dillerdeki telaffuzunun kullanılması da ayırt ediciliği değiştirmemektedir⁴⁵⁰. Şekil ya da sözcük markalarında, arka fonda yer alan rengin değiştirilmesi markanın ayırt edici karakterini değiştirmedigi kabul

edilmektedir⁴⁵¹. ABAD,



şeklinde tescil edilmiş markanın



şeklinde kullanımını sözcük markasının ayırt ediciliğini değiştirmedigini, bilâkis markanın “RON” ve “DE CUBA” tanımlayıcı unsurlarından ayırmaya yardımcı olduğunu belirtmiştir⁴⁵².

Markanın ayırt edici karakterinin gücü ile değişikliklerin etkisi arasında karşılıklı bir ilişki vardır; ayırt ediciliği güçlü olan markalar, zayıf olanlara göre, değişikliklerden daha az etkilenmektedirler⁴⁵³. Örneğin, **VIETA** ABAD şeklinde tescil


⁴⁴⁹ ABAD, T-29/04 “Castellblanch, SA v. OHIM” T. 08.12.2005, para. 35-38.; Yine şarap sektöründe benzer yönde karar için ABAD T-546/08, “Villa Almè Azienda vitivinicola di Vizzotto Giuseppe v. OHIM” T. 21.09.2010, para. 19-20.

⁴⁵⁰ Yasaman/Yüksel, C.I, s. 637.

⁴⁵¹ Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 151.; Çolak, Marka Hukuku, s. 964; İmirlioğlu, s. 237.

⁴⁵² ABAD, T-381/12, “Ana Borrajo Canelo, Carlos Borrajo Canelo, Luis Borrajo Canelo v. OHIM” T. 12.03.2014, para. 34.

⁴⁵³ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 28; Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 251.

edilmiş markanın,  şekliyle kullanımını, markanın ayırt ediciliği yüksek olduğu için değişmediğine karar vermiştir⁴⁵⁴.

Sözcük ve şeklin bir arada bulunduğu markalarda ortalama tüketicinin algısının şekil yerine sözcük unsuruna daha fazla odaklanabileceği gerekçesiyle, sözcük unsurunun daha baskın olduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁵. Sözcük ve şeklin bir arada bulunduğu markalarda, baskın unsura göre, diğer unsurun değiştirilmesi olanaklıdır; örneğin şekil unsuru ön planda ve baskın ise sözcük unsurunun değiştirilmesi ya da sözcük ön planda ise şeklin değiştirilmesi ayırt ediciliği zedelememekte ve farklı unsurlarda kullanım olarak kabul edilmektedir.

Şekil unsurunun esas unsur değil, sadece dekoratif amaçla yer aldığı markalarda şekil unsurunun değiştirilmesi de ayırt ediciliği zedelememektedir. Örneğin,





olarak tescil edilmiş markanın



olarak

kullanılmasında olduğu gibi, baskın unsurun sözcük olduğu hâllerde, dekoratif amaçlı ve hatta önemsiz şekiller ayırt edici karakteri değiştirmemektedir⁴⁵⁶. Benzer şekilde markayı oluşturan her iki unsurun da şekil olduğu markada, baskın olmayan şekil unsurunun,

kaldırılması da ayırt ediciliği zedelememektedir⁴⁵⁷. Örneğin,  Şeklinde tescil

edilmiş markanın  olarak çerçevesiz kullanımının ayırt ediciliği değiştirmediğine karar verilmiştir⁴⁵⁸. Markanın boyutunun değiştirilmesi, renksiz ise renklendirilerek, ya da renginin değiştirilerek kullanılması gibi hususlar ayırt ediciliği kural olarak etkilememektedir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ ABAD, T-690/14, “Sony Computer Entertainment Europe Limited v. OHIM” T. 10.12.2015, para. 47.

⁴⁵⁵ ABAD, T-437/09, “Oyster Cosmetics SpA v. OHIM” T. 02.02.2011, para. 36, 49; Türk hukukunda bu yönde görüş için bkz. **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 252.

⁴⁵⁶ ABAD, T-551/12, “Coppenrath-Verlag GmbH & Co. KG v. OHIM” T. 23.01.2014, para. 43.

⁴⁵⁷ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 461; **İmirlioğlu**, s. 236.


⁴⁵⁸ ABAD, T-146/15, “hyphen GmbH v. EUIPO” 13.09.2018, para. 52-54.


⁴⁵⁹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 461.

Markanın bu şekilde değişiminin muhakkak bir unsurun eklenmesi şeklinde olması değil, bazı unsurların çıkarılması şeklinde de olabilir. Eğer çıkarılan unsur ikincil pozisyondaysa ve ayırt edici değilse, bu çıkarma markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyecektir⁴⁶⁰. Öte yandan, başka bir işaretle birlikte kullanıldığında, kayıtlı işaret sadece dekoratif bir unsur olarak algılanırsa, kullanımın gerçekliğine karşı şüphe duyulabilir⁴⁶¹.

Marka sahibi, bir marka ailesinin veya serisinin içinde kullanımı ispat ederken söz konusu serinin kök/ortak unsuru temelinde tüketiciler tarafından tanınmak için yeterli sayıda kullanımın gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir⁴⁶². Markanın bu gibi farklı şekillerde kullanılabilmesine ilişkin kuralların esnekliği, marka sahibine yalnızca belirli bir marka ailesi/serisi üyesinin kullanımının ispatlanması, tüm serinin kullanımının ispatlanması şansını verdiği şekilde yorumlanmamalıdır⁴⁶³. Bütün bir ailenin veya serinin varlığına dayanan bir marka talebi için, öngörülen ailenin veya serinin parçası olan markaların da aslında piyasada bulunması gerekir⁴⁶⁴.

Marka sahibinin markasının farklı varyasyonlarının ayrı ayrı tescil edilmesi de mümkündür. Örneğin, bir markanın sözcük içermeden sadece şekil olarak (*wordless*

logomark)  tescilinin yanı sıra; şekil içerisine sözcük yerleştirilmiş

 hâlini (*shaded logomark*) ise ayrı olarak tescil edilebilmesi durumunda ABAD, marka sahibinin sadece içerisinde sözcük bulunan versiyonunun kullanımını, şekil markasının ayırt edici karakteri değiştirilmeksizin farklı şekilde kullanımı olarak kabul etmektedir⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ ABAD T-135/04, T. 24.11.2005, t.135/04, “Online Bus”, para.37.; 08.12.2005, T-29/04, “Cristal Castellblach” para.34.

⁴⁶¹ EUIPO, Guidelines, Part C, Seciton 6, m. 2.7.3.1, s. 32.

⁴⁶² ABAD, C-234/06P, “II Ponte Finanziaria v. OHIM (*Bainbridge*)” T. 13.09.2007, para. 86.

⁴⁶³ **Kur/Senftleben**, s. 465, N. 6.167; ABAD, T-518/13 para. 56-61.

⁴⁶⁴ **Kur/Senftleben**, s. 465, N. 6.167.; Rintisch, para. 25-29.

⁴⁶⁵ ABAD, C-252/12, “Specsavers International Healthcare Ltd and Others v Asda Stores Ltd” T. 18.07.2013 para. 31; Kararın incelemesi için bkz. **Burke**, Sarah/**Smith**, Joel Court of Appeal Finds Genuine

Bir başka durumda, sözcük markalarında, sözcüğün kendisi yerine eş anlamlısının ya da sözcüğü temsil eden şeklin kullanılması, markanın tescil edilmiş hâliyle oldukça fazla farklılıklar içerebilir, bu yüzden bunların tescili de ayırt ediciliği zedelediği yönünde değerlendirilmektedir⁴⁶⁶.

Marka sahibine ait birden fazla markanın aynı anda kullanımını bazı piyasalarda sıklıkla rastlanan bir durumdur. Bu durum çatı markanın ve alt markanın bir arada kullanımını şeklinde de olabilir; ancak burada tescilli bir marka aslında farklı bir şekilde kullanılmamaktadır, *iki bağımsız marka aynı anda* kullanılmaktadır⁴⁶⁷. Bunun sonucu olarak da ayırt ediciliğin zedelenmediği kabul edilmektedir⁴⁶⁸. Örneğin bir ilaç üreticisi olan “XYZ Laboratories Corp.”, “FORMULA M” markası altında öksürük şurubu için özel bir farmasötik preparat satabilir ve ayrıca malların ambalajında “XYZ LABS” işaretini de taşıyabilir. “XYZ”, bu tür tüm malların ortak bir kaynaktan geldiğini belirtmek için diğer farmasötik preparatlarının ambalajında da aynı çatı işaretini kullanabilir ve bu durum ayırt ediciliği zedelemesizdir⁴⁶⁹.

Bir başka durum ise, ABAD ön yorum kararına (*preliminary ruling*) konu olan “LEVI’S” kararında, kompozit markalar hakkında ayırt ediciliğin değişmesine yönelik önemli bir karar vermiştir⁴⁷⁰. Buna göre, aşağıda görülen iki marka da “Levi Strauss” firmasına ait olup, birinci marka da ikinci marka (ikinci marka kullanım sonucu ayırt edicilik kazanarak pozisyon markası şeklinde tescil edilmiştir⁴⁷¹) gibi, her zaman “LEVI’S” ibaresiyle birlikte kullanılmıştır. Ayrıca firma “LEVI’S” sözcük markasının da sahibidir. Olayda, ikinci marka, sadece birinci marka ile birlikte kullanılmış, tek başına kullanılmamıştır. ABAD, kompozit markanın bir bileşenini oluşturan bu işaretin tescil

Use of the Specsavers Logo, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Volume 10, Issue 2, February 2015, s. 79–80.

⁴⁶⁶ Çağlar, Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanımı, s. 18.

⁴⁶⁷ ABAD, T.77/10, “L.114” olarak tescil edilmiş bir markanın “Lehning L 114” olarak kullanımı, “Lehning” çatı marka olduğu için, ayırt ediciliği değiştirmedikçe karar vermiştir.

⁴⁶⁸ Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 15.

⁴⁶⁹ <http://mepara.uspto.gov/RDMS/TMEP/current#/current/TMEP-1400d1e2208.html>; 1402.03(b); Bir başka örnek için bkz. Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 15.

⁴⁷⁰ ABAD, C-12/12 “Colloseum Holding AG v. Levi Strauss & Co.” T. 18.04.2013.

⁴⁷¹ ABAD, C-12/12 “Colloseum Holding AG v. Levi Strauss & Co.” T. 18.04.2013, para. 13. , para. 31.

edilmesine izin vererek gerçekleştirilen kullanımı ayırt edici karakterin değiştirilmeden kullanımı olarak kabul etmiştir⁴⁷².



Son olarak belirtmek gerekir ki, farklı şekilde kullanılan markanın tescilli olup olmaması önemi haiz değildir. Bu husus açık olarak 2017/1001 sayılı mehz AB Tüzüğünde ve SMK m. 9/2'nin gerekçesinde belirtilmektedir⁴⁷³.

2.6.2. Sadece İhracat Amacıyla Mal veya Ambalajlarda Kullanım

SMK m. 9/1 uyarınca kural, markanın Türkiye sınırları içerisinde kullanılmasıdır. Ancak, bazı durumlarda markanın kullanılacağı malın piyasası ülke dışında olabilir ya da başka bir ülkenin dili, alfabetik özellikleri sebebiyle sadece o ülkede kullanılabilecek olması gibi sebepler markanın sadece mal veya ambalajlarda ihracatta⁴⁷⁴ kullanılmasının ciddi kullanım sayılmasına gerekçe olabilir⁴⁷⁵. Öğretide, bazı ülkelerdeki marka tescili için “menşe ülkede halâ tescilli olmasının” şart koşulabildiği de bu hükme dayanak olarak gösterilmektedir⁴⁷⁶. Hükümün mehzını oluşturan 2015/2436 sayılı Direktif m.16/5-b ve

⁴⁷² Buna göre, bir markanın, bileşeni olan bir kompozit markanın kullanım sonucu ayırt edici hale gelmesi ve yalnızca o bileşeni oluşturan marka ile kullanılması durumunda veya tescilli bir markanın, sadece başka bir marka ile birlikte kullanılması hâlinde, bu iki markanın bir araya gelmesi sonucunda tek başına tescilli bir marka olması durumunda ciddi kullanımın yerine getirilmiş sayılabileceği ifade edilebilir. **Ünsal**, Önder Erol, Avrupa Birliği Adalet Divanı “Colloseum v. Levi Strauss” Ön Yorum Kararı – Bileşke Markalarda Gerçek Kullanım Sorunu, <https://iprgezgini.org/2013/10/30/avrupa-birligi-adalet-divani-colloseum-v-levi-strauss-on-yorum-karari-bileske-markalarda-gercek-kullanim-sorunu/> (E.T.:09.10.2019)

⁴⁷³ 2017/1001 EUTMR m. 18/1-a: “Use of the EU trade mark in a form differing in elements which do not alter the distinctive character of the mark in the form in which it was registered, regardless of whether or not the trade mark in the form as used is also registered in the name of the proprietor”; SMK m. 9/2, Gereke: “... Ayrıca ikinci fıkranın (a) bendinde düzenlenen markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması halinde markanın farklı unsurlarla kullanılan halinin de tescil edilmediğine bakılmayacaktır.”

⁴⁷⁴ 556 sayılı MarKHK’da markayı taşıyan malın “ithalatı” da bu yönde kullanım olarak kabul edilmekteydi. Ancak o dönemde öğretilde hükmün amacına bir anlam verilememekteydi. (Bkz. **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 153; **Yasaman/Yüksel**, C.II, s. 641).

⁴⁷⁵ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 461; **Yasaman/Yüksel**, C.II, s. 639; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 968; **Sert**, s. 67.

⁴⁷⁶ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 151.

2017/1001 sayılı Tüzük m. 18/1-b benzer şekilde “Markanın sadece ihracat amacıyla üye devlet/Birlik içerisinde mallara veya onların ambalajlarını konulması” ifadesini içermektedir⁴⁷⁷. SMK m. 9/2-b uyarınca, sadece ihracat amacıyla markanın mal veya ambalaj üzerinde yurtdışında kullanılabileceği hükmünün amacı, kanımızca, markanın diğer ülkelerde de kullanımının ve tanıtımının sağlanabilmesidir. Bu durumda markanın sunulduğu piyasa Türkiye olmasa dahi, SMK m. 9 anlamında kullanım sayılmaktadır.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, malın Türkiye’den markasız olarak gönderilmesi ve yurt dışında ambalajlanması hâlinde bu durum ciddi kullanım olarak kabul edilmelidir⁴⁷⁸. Bir diğer görüş ise, malın Türkiye’den markalı olarak ayrılması ile yurtdışında markalanmasının farklı hususlar olduğuna dikkat çekerek, Direktif m. 16 hükmündeki “*affixing of the trademark to goods or to the packaging thereof in the Member State...*” ibaresinde yer alan mala ya da ambalaja iliştilmesi gerektiğini gerekçe göstererek bu malın Türkiye’den markalanmış şekilde gönderilmesi gerektiğini, aksi hâlde ciddi kullanım sayılamayacağını ifade etmiştir⁴⁷⁹. Bu görüşe bir diğer gerekçe olarak da TPMK Kullanım İspatı Kılavuzundaki “*Dolayısıyla bu kılavuzda belirtilen kullanıma ilişkin diğer şartlar ile birlikte, markanın mal veya ambalaj üzerine Türkiye’de konulduğu ispatlandığı durumlarda ihraç ürünler üzerinde kullanılan marka için kullanımın varlığı kabul edilecektir.*” şeklindeki ibare gösterilmektedir⁴⁸⁰. Ancak, hükmün konuluş amacı, markanın piyasasının yurtdışında oluştuğu esasına dayanmaktadır. Bu suretle Türkiye’de piyasası bulunmayan bir malın Türkiye’de markalanması zorunluluğu hükmün ihdas amacına uygun düşmediği düşünülebilir⁴⁸¹.

2.6.3. Marka Sahibinin İzniyle Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım

Marka, kural olarak, marka sahibi tarafından bizzat kullanılmalıdır; ancak SMK m. 9/3 uyarınca markanın, marka sahibinin izniyle üçüncü kişiler tarafından kullanımı da SMK m. 9/1 anlamında markanın kullanımı olarak kabul edilecektir. Hüküm uluslararası

⁴⁷⁷ 2015/2436 sayılı Direktif m.16’da bahsi geçen ifade “*affixing of the trade mark to goods or to the packaging thereof in the Member State concerned solely for export purposes.*” şeklindedir.

⁴⁷⁸ Çolak, Marka Hukuku, s. 968; Yasaman/Yüksel, C.II, s. 639; Sert, s. 70; Özarmağan, s. 58; Sönmez, s. 300.

⁴⁷⁹ Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 237; Çağlar, Marka Hukuku, s. 96; Özdamar Doğan, s. 213.

⁴⁸⁰ Öztürk Akkartal, s. 20.

⁴⁸¹ Benzer yönde bkz. Yasaman/Yüksel, C.II, s. 639; Sert, s. 70.

antlaşmalardan TRIPS m. 19/2’de⁴⁸², 2015/2436 sayılı EUTMD m. 16/6’da ve 2017/1001 sayılı Tüzük m. 18/2’de aynı ifadelerle, markanın, sahibinin izniyle kullanımının, marka sahibi tarafından kullanım gereksinimi bağlamında kullanım teşkil ettiği kabul edilmektedir. Marka sahibi, kullanımı ispatlamaya çalışırken, lisans alanın ya da üçüncü bir kişinin kullanımına dayanabilir⁴⁸³.

Markanın kullanımının arttırılması suretiyle tanınırlığını arttırmak gibi amaçlarla başka kişilerin kullanımına izin verilebilir. İzinden kasıt, marka sahibinin bilgisi ve kontrolü çerçevesinde markanın üçüncü kişi tarafından kullanılmasıdır. Marka sahibinin, markanın kendi izniyle üçüncü kişi tarafından kullanıldığını ispat etmesi de kullanım ispatı gibi işlev görür. Markanın üçüncü kişilerce kullanımından söz edebilmek için üçüncü kişi ile marka sahibi arasında geçerli bir *hukukî ilişkinin* bulunması zorunludur⁴⁸⁴. Ancak bu ilişkinin muhakkak sözleşmesel ilişki şeklinde tezahür etmesi gerekmez⁴⁸⁵; taraflar arasındaki ilişki lisans, alt lisans, merchandising, franchising, intifa hakkı tanınması şeklinde de olabilir⁴⁸⁶. Ayrıca marka sahibinin üçüncü kişi üzerindeki kontrol yetkisi de bu ilişkiyi doğurabilir⁴⁸⁷. Grup şirketlerden birinin kullanımı da izin verilmiş kullanım olarak kabul edilmektedir⁴⁸⁸. Marka sahibi ile ekonomik ilişki içindeki şirketler, örneğin bağlı şirketler de bu kapsamdadır⁴⁸⁹. ABAD’a göre, ürünler marka sahibi tarafından (ya da onun izniyle) üretiliyor, ancak sonra toptancı ya da perakendeci aşamasında piyasada yer ediniyorsa, bu da markanın kullanımı olarak

⁴⁸² TRIPS’in anılan hükmünde marka sahibinin izni yerine “kontrolü altında” ibaresi kullanılmıştır. TRIPS’teki ifadenin hükmün amacına daha uygun düştüğüne ilişkin görüş için bkz. **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 258; Bir başka değerlendirme de “izin” kelimesinin şekil şartına bağlı olmayışından hareketle, bu kavramı marka sahibinin “izni, bilgisi veya kontrolü altında olan hâller” olarak ele alınması önündedir. (**Alhas/Dernekoğlu**, s. 28).

⁴⁸³ **Kur/Senftleben**, s. 469, N. 6.183; **Michaels**, s. 106, N. 5.11; **Prime/Booton**, s. 143; Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2018/99 K. 2019/246, T. 25.06.2019, “... Karşı dava yönünden ise, bilirkişi raporunda belirtildiği üzere, markanın bizzat sahibi tarafından kullanılması mümkün olduğu gibi, marka sahibinin yetkilendireceği üçüncü kişiler tarafından da kullanılması mümkün olduğundan ve davasının yasal dayanağı bulunmadığından, karşı davanın reddine karar vermek gerekmiştir.” Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/57, K. 2018/367, T. 29.11.2018 “...davacıdan lisans alan şirketinin 2014 yılında ciddi anlamda markalı çanta satışının dolayısıyla markasal kullanımın tespit edildiği dikkate alındığında davalının kullanmama defî yerinde görülmeyle somut olayda davaya konu avacının , , , markaları ile davalı adına sonraki tarihte tescilli markası ibareli markalar arasında benzerlik olduğu...” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁴⁸⁴ **Yasaman/Yüksel**, C.I, s.640.

⁴⁸⁵ Aksi görüş için bkz. **Sert**, s. 73.

⁴⁸⁶ **Alhas/Dernekoğlu**, s. 28-29.

⁴⁸⁷ **Bektaş**, s. 247.

⁴⁸⁸ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 59; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 971; **Yardımcı/Sever**, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 421.

⁴⁸⁹ **Yasaman/Yüksel**, C.I, s.641.

değerlendirilmelidir⁴⁹⁰. Ortak markalar ve garanti markaları için, öğretide, teknik yönetmeliğe uygun kullanım gerçekleştirilmediği takdirde marka sahibinin izninin bulunmadığı ileri sürülmektedir⁴⁹¹. Ortak markalar özelinde, markayı kullanan kişilerin liste halinde sunulması, markanın kullanıldığını ispata yetmemekle birlikte, bu kişilerden birinin kullanımı ispat etmesi ortak markanın kullanıldığını ispatlamaya yeterlidir⁴⁹².

Marka sahibi, markasını hiç kullanmadan başkasına devredebilir ya da üçüncü kişi tarafından kullanılmasına izin verebilir. Marka kullanım izninin tipik örneği lisans sözleşmeleridir. Marka lisans sözleşmesi, sicile kaydedilmemiş olsa dahi lisans alanın kullanımı, SMK m. 9/1 anlamında kullanma sayılır⁴⁹³.

Markanın lisans sözleşmesine konu olmasında, inhisari (münhasır) ve inhisari olmayan (adi/basit) lisans sözleşmeleri olmak üzere ikili bir ayırım söz konusudur⁴⁹⁴. Basit lisansta, lisans veren markayı hem kendisi kullanabilir hem de üçüncü kişilere lisans verebilir; sözleşmede açıkça belirtilmediği müddetçe lisans, basit lisans olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁵. İnhisari lisans sözleşmelerinde, kullanım hakkı sadece lisans alan kişiye ait olduğu için, bu kişinin markayı usulüne uygun kullanmaması sonucunda, marka sahibinin markayı kullanmaması haklı sebep teşkil etmez⁴⁹⁶. Marka sahibi, markayı kullanma iznini en geç, üçüncü kişi markayı kullanmadan önce vermelidir⁴⁹⁷. Üçüncü kişi markayı kullanmaya başladıktan sonra artık izin verilmesi mümkün değildir⁴⁹⁸.

Markanın üçüncü kişi tarafından kullanılmasında da önemli olan, bu kişinin de SMK m. 9'daki kullanım ilkelerine uygun olarak kullanmasıdır. Bu yüzden lisans alanın lisans sözleşmesine aykırı olarak markayı tescil kapsamında yer almayan mallar veya hizmetlerde kullanması, markanın usulüne uygun kullanılmadığı anlamına gelecektir. Sadece lisans verilmiş olunması, kullanımın ispatı için yeterli görülmemelidir. Mahkemenin ayrıca, kendisine lisans verilen kişinin kullanımının niteliğinin ciddi olup

⁴⁹⁰ ABAD, T-324/09, "J & F Participações SA v. OHIM" T. 17.02.2011, para.3 2; T-308/06, "Buffalo Milke Automotive Polishing Products, Inc. v. OHIM" T. 16.11.2011, para. 73.

⁴⁹¹ **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 258.

⁴⁹² EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 60.

⁴⁹³ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 152; **Yardımcı/Sever**, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 421.

⁴⁹⁴ **Suluk** (Karasu/Nal), s. 399; **Özel**, Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2015, s. 50-52; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 194 vd.;

⁴⁹⁵ **Suluk** (Karasu/Nal), s. 399; **Özel**, s. 50

⁴⁹⁶ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 149; **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 650; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 261.

⁴⁹⁷ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 152; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 258; **Sert**, s. 72;

⁴⁹⁸ **Çolak**, Marka, s. 971.; EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m.2.9.2., s. 59.

olmadığını incelemesi gerekmektedir⁴⁹⁹. ABAD, marka sahibinin, markasının isteğine aykırı olarak kullanıldığını ispat edebilmesinin son derece güç olduğunu belirtmiştir⁵⁰⁰.

SMK ile birlikte öğretilerde tartışılmalı olan bir diğer husus da uluslararası tükenme ilkesi ve marka sahibinin izniyle kullanımın kesişimidir. SMK'da, MarKHK'nın aksine uluslararası tükenme ilkesi benimsenmiştir⁵⁰¹. Bu ilke kapsamında, markalı mal uluslararası pazarda herhangi bir yerde pazara sürüldükten sonra, marka hakkı artık uluslararası düzeyde tükenmiş olacaktır⁵⁰². Bunun sonucu olarak da marka sahibi, paralel ithalatı önleyemeyecektir⁵⁰³. Marka sahibinin yurtdışında piyasaya sürdüğü markalı ürünün, onun izni ve bilgisi dışında tekrar Türkiye'de piyasaya sunulması yine de marka sahibinin izni ile kullanım olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bir görüş, haklı olarak, uluslararası tükenmenin sonucu olarak bunun marka sahibinin izniyle kullanım yerine geçeceğini ifade ederken⁵⁰⁴; bir diğer görüş ise kullanım ve hakkın tükenmesi olgularının farklılığına işaret ederek onun yerine sayılmayacağını ileri sürmektedir⁵⁰⁵.

2.7. KULLANIM İSPATINDA SUNULABİLECEK DELİLLER

Kullanımın ispatlanması hususunda öncelikle belirtmek gerekir ki olasılıklara ve varsayımlara dayalı bir şekilde kullanım ispat edilemez; markanın söz konusu piyasada

⁴⁹⁹ **Çolak**, Marka Hukuku, s. 972; Yarg. 11. HD., E. 2009/7782 K. 2011/7040 T. 09.06.2011, "Ciddi kullanımın ispatı için salt lisans faturalarının ibrazı yeterli olmayıp ayrıca *lisans verilen dava dışı şirketlerinde söz konusu ürünler üzerinde markasal kullanımları bulunduğu ispatı gerekir*. Lisans sözleşmesi sicile kaydedilmemiş olsa bile, dava konusu markaların sahibi olan davalının lisans alanlarca yapılan kullanımdan 556 sayılı KHK'nın 14. ve 42. maddeleri uyarınca yararlanması, *ancak lisans alanlarında ciddi kullanımı olduğu takdirde mümkün olabilecektir.*" (www.lexpera.com.tr, E.T.: 25.08.2020).

⁵⁰⁰ ABAD, T-203/02, "The Sunrider Corporation v. OHIM-Vitafruit" T. 08.07.2004, para. 25.

⁵⁰¹ SMK m. 152 Gereği: "Önceki düzenlemelerde ulusal tükenme ilkesi benimsenmiş iken, söz konusu metinlerde yer alan "Türkiye'de" ibaresine Kanunda yer verilmeyerek uluslararası tükenme tercih edilmiştir."

⁵⁰² **Çamlıbel Taylan**, Esin, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s. 94; **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 16; **Senftleben**, International Exhaustion, s. 8; Öğretilerde *Arkan* ulusal tükenmeden uluslararası tükenmeye geçişin hukukî nedenlerden değil tamamen ekonomik-ticarî amaçlardan kaynaklandığını vurgulamış ve Türk girişimcilerin uluslararası piyasada zorluk yaşayabileceğini ifade etmiştir. (**Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s. 322-323).

⁵⁰³ **Çamlıbel Taylan**, s. 94.

⁵⁰⁴ **Çağlar**, Tescilli Markanın Kullanılmaması, s. 6-7; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 221.

⁵⁰⁵ **Bektaş**, s. 248.

etkili ve yeterli bir kullanımının gerçekleştiği, somut ve objektif kanıtlarla ispatlanmalıdır⁵⁰⁶.

Kullanım ispatının bu koşulları *kümülatiftir*⁵⁰⁷, bu yüzden TPMK (ya da EUIPO) ibraz edilen bu delilleri bütüncül bir şekilde (*overall assessment*) değerlendirir. Bunun sonucu olarak, söz konusu olaya ilişkin bütün koşullar dikkate alınır ve sunulan tüm deliller birbiriyle bağlantılı olarak değerlendirilir. Bu durumda tek başına ciddi kullanımı ispata yeterli olmayan (örneğin dolaylı ya da ikinci derecede ilişkili) deliller, diğer bilgi ve dokümanlarla bir araya geldiğinde kullanımın ispatlanmasına katkıda bulunabilecektir⁵⁰⁸. Örneğin katalog, kullanma kılavuzu, fotoğraflar, söz konusu mal veya hizmete ilişkin alınmış belgeler veya ödüller, arama motorları sonuçları, ekran görüntüsü gibi bizatihi ciddi kullanımı ispata yetmeyen deliller aslında sadece yol gösterici nitelikte, destekleyici delillerdendir⁵⁰⁹. EUIPO, “BIG MAC” kararında kullanımın ispatına yönelik firmanın kendi internet sitesinde markanın yer almış olduğu ekran resimlerinin, zaman yer ve kapsamın bakımından kullanımı göstermediği müddetçe ispat değerinin olmadığını ifade etmiştir⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ ABAD, T-39/01, “Kabushiki Kaisha Fernandes v. OHIM” T. 12.12.2002, para. 47; T-356/02 “Vitakraft-Werke Wührmann v. OHIM — Krafft (VITAKRAFT)” T. 06.01.2004, para. 28.

⁵⁰⁷ ABAD, T-92/09, “Strategi Group Ltd v. OHIM”, T. 05.10.2010, para. 43.

⁵⁰⁸ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 10; Örneğin ABAD, T-30/09 “Engelhorn KGaA v. OHIM” 08.07.2010 T., “PETER STORM” kararında, marka kapsamında satışa sunulan mallarla ilgili fiyatları ve telefon, faks, internet adresi, posta yoluyla ya da belli mağazalardan satın alınabileceğine ilişkin özel bilgiler içermekte olan *katalogların* nihai tüketiciye hitap ettiğini belirterek ve bütüncül değerlendirme sonucunda delil gücü olduğu kanısına varmıştır. (para. 42-43) ; Ancak ABAD, kataloglarda, reklamlarda ya da faturalarda malın kendisinin değil, “satıcısının/perakendecisinin” tanıtılmasını, malın kaynağını değil, satıcının ticaret unvanı ya da işletme adının tanıtımı olarak değerlendirmiş ve marka ile mal arasında ilişki kurmakta yetersiz görerek, markasal kullanım olmadığına karar vermiştir. (ABAD, T-183/08, Schuhpark Fascies GmbH v. OHIM, T. 13.05.2009, para. 31-32).

⁵⁰⁹ **Bektaş**, s.230; Yarg. 11. HD. E. 2015/10056 K. 2016/4884 T. 2.5.2016, “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalı adına tescilli ... nolu ibareli markanın 7, 11, 12, ve 21. sınıfta yer alan mallara ilişkin 23.6.2005 tarihinde tescil edildiğini, davalı tarafından markanın kullanımına yönelik Ticaret Odası Kayıtları, markanın kullanıldığı iddia edilen scooterlara ilişkin hizmet yeterlilik belgesi, garanti belgesi ve kullanma kılavuzu, tip onay belgesi bir takım firmalar ile yapılan anlaşmalar, satış faturaları ve sözleşmeler ibraz edildiği, ancak ibraz edilen delillerin ciddi kullanımı kanıtlamaya yarar nitelikte olmadığı, markaya ilişkin lisans sözleşmesi yapılmasının da başlı başına ciddi kullanımı kanıtlamayacağı, lisans alan tarafından da markanın ciddi kullanımının ispat edilemediği markanın yenilenmesinin de ciddi kullanım niteliğinde olmadığı, gerekçesiyle davalı adına TPE nezdinde ... numarada kayıtlı “...” ibareli markanın 12. sınıf kapsamında kalan mallar yönünden kullanılmama nedeniyle hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmiştir. (www.lexpera.com.tr., E.T.:15.02.2020)

⁵¹⁰ EUIPO, No 14 788 C, 11.01.2019, (https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/name/big%20mac).

Ancak söz konusu bütüncül değerlendirme kapsamında, diğer delillerle bir araya geldiğinde ispat güçleri artarak kullanımın ispatına yol gösterebilirler. Hatta, kullanım tarihlerine yönelik herhangi bir işaret içermeyen materyaller, bütüncül değerlendirme kapsamında, tarih içeren diğer delillerle birlikte değerlendirilebilir göz önüne alınabilir⁵¹¹. Öğretide, delillerin “sonradan oluşturulabilme ihtimaline” dikkat çekilmek suretiyle, tarih içermeyen/tarihi belirsiz delillerin tam ispat için yeterli olmayacağı belirtilmektedir⁵¹². Ancak sunulan belgelerde tarihin bulunmaması kullanımı ispat için yeterli olmadığı anlamına da gelmemelidir; malın veya hizmetin bulunduğu ilgili sektörün uygulamasında tarihlerin yer almaması olağan bir durum da olabilir⁵¹³. Bu durumlarda, sunulan *diğer kanıtlarda* bu yönde göstergeler bulunabiliyorsa, bu tür kullanım kanıtlarını göz ardı etmek doğru bir yaklaşım olarak değerlendirilmemektedir⁵¹⁴. Yargıtay da “kırtasiye malzemesi, katalog ve broşür gibi belgelerin” üzerinde tarih bulunmamasının tek başına delil olma niteliğini etkilemeyeceğini, ancak bunların basım tarihleriyle ilgili ayrıntılı inceleme yapılması gerektiğini belirtmektedir⁵¹⁵.

Uygulamada kullanımın ispatlanmasında en sık başvuru delil olarak, ticarî faaliyete işaret eden resmî belge niteliğinde olan “fatura” sunulmaktadır⁵¹⁶. Bununla

⁵¹¹ ABAD, T-171/13, “Benelli Q. J. S. I. v. OHIM”, T. 02.02.2016, para. 82. (https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/0608%2F2000-4).

⁵¹² Kale, s. 199-200.

⁵¹³ Bozgeyik, Görüşler ve Kararlar, Marka Hukuku, C.2, s. 940; Özellikle, belirli bir pazar sektöründe mal ve hizmet numunelerinin kendileri için zaman göstergeleri taşımaması yaygınsa durum böyledir. (EUIPO, R 0608/2000-4, T. 05/09/2001, para. 16).

⁵¹⁴ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, Proof of Use, s. 10.

⁵¹⁵ Yarg. 11. HD. E. 2009/14768 K. 2010/148 T. 11.1.2010, “Dava, 556 sayılı KHK'nin 14. ve 42. maddelerine dayalı hükümsüzlük davası olup, ispat külfeti kendisinde bulunan davalı taraf dava konusu markayı hükümsüz kılınan sınıf bakımından kullandığını savunarak bu hususta deliller ibraz etmiştir. Her ne kadar hükme dayanak yapılan raporda kırtasiye malzemesi, katalog ve broşür gibi belgelerin kullanmaya delil olmayacakları belirtilmiş ise de bu belgeler üzerinde tarih olmaması tek başına delil olma vasıflarını etkilemez. Mahkemece davalıdan bu belgeleri nerede bastırıldığı hususunda ayrıntılı beyanı alındıktan sonra gerektiğinde belgelerin basımını yapan firmalardan hangi tarihte imal edildikleri sorularak tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi sonucu bir hüküm kurmak gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.04.2020).

⁵¹⁶ Fatura, 213 sayılı VUK m. 229'da “Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır.” şeklinde tanımlanmıştır.; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E. 2001/1 K. 2003/1 T. 27.6.2003, “Fatura; “ticari satışlarda satıcı tarafından alıcıya verilen ve satılan malın miktarını, vasıflarını ölçüsünü fiyatını ve sair hususları veya ifa edilmiş hizmetleri gösteren hesap pusulası olup, ticari bir belge niteliğindedir.” şeklinde tanımlanabilir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.04.2020).

birlikte, faturanın varlığı tek başına markasal kullanım için yeterli değildir⁵¹⁷. Nitekim faturada yer alan ticaret unvanı ya da işletme adı, tek başına markasal kullanıma işaret etmemektedir. Bu yüzden kullanımın ispatı için sunulacak olan faturalar öncelikle marka ile ilişkilendirilebilir olmalıdır⁵¹⁸. Faturanın delil olarak sunulması hâlinde sadece mala ve/veya hizmete ilişkin bilgi içermesi ancak markanın belirtilmediği faturalar kullanımın ispatına elverişli değildir⁵¹⁹. Zira markanın faturalarda ciddi kullanımından söz edebilmek için mal ve/veya hizmetlerin temininde kullanılması gerekmektedir⁵²⁰. Bu amaçla TPMK Kullanım İspatı Kılavuzunda da faturada tarih bilgilerinin okunur olması gerektiği ve “*ilgili zaman aralığını kapsayacak, düzenli ve kesintisiz ticari etki doğuracak şekilde olması ve mal/hizmet niteliğine uygun tutarları kapsaması*” ifadeleriyle bu husus güçlendirilmiştir. Öğretide de markanın kullanımına ara verilmesi durumunda üretim tutanakları ile diğer üretim bilgilerinin yanı sıra belirli tarihlerde yapılmış tanıtım ve satışlar önem arz edebileceği ifade edilmiştir⁵²¹. Markanın kullanımında faturanın yanı sıra varsa, başkaca delillerin de sunulması önerilmektedir⁵²². Bu hususta ticari defter kayıtlarının da delil olarak sunulabileceği düşünülse de bunlar da tek başına yeterli olmayabilir⁵²³. Kayıtların dayanağı olan diğer mali belgelerin de ibraz edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵²⁴.

⁵¹⁷ İstanbul Anadolu Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi E. 2017/73 K. 2018/189 T. 24.05.2018, “... Davalı tarafça sunulan ilk üç faturanın, davalı tarafça dava dışı şirketten alınan hizmete ilişkin olduğu ve davalı yönünden kullanımı ispatlayamadığı, diğer 1.000,00 TL’lik faturanın ise tek başına markanın tescil edildiği iptali istenen sınıflar yönünden kullanımı ispatı yönünden yeterli olmadığı kanaatine varılarak davanın kabulüne...” (www.kanunum.com, E.T.: 25.08.2020).

⁵¹⁸ EUIPO Guidelines, Part C, Section 6, s. 11; Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 9.

⁵¹⁹ Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 9; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 476.

⁵²⁰ **Oğuz**, Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, s. 208.

⁵²¹ **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 476.

⁵²² **Kale**, s. 200.

⁵²³ Yarg. 11. HD. E. 2014/14250 K. 2015/65 T. 12.1.2015, “Davanın niteliği itibariyle ispat yükü davalı tarafta olup davalı tarafça ticari defterleri ile iki adet tarihsiz broşür dışında delil sunulmamıştır... markanın ciddi ve pazar payı yaratmaya elverişli kullanımına delil teşkil edip etmediği hususu değerlendirilmeden, gerektiğinde bu hususta oluşturulacak yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınmadan eksik inceleme ve yazılı gerekçeyle tescil kapsamında yer alan bir kısım emtialar yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”; Yarg. 11. HD. E. 2019/2634 K. 2020/551 T. 20.1.2020, “...davacının başvuru kapsamından çıkarılan mallar yönünden markasını uzun süredir ciddi biçimde kullandığını ispat edemediği, davacı şirketin ticaret sicilindeki faaliyet konularının, iş bu uyumsuzluğa etkisinin bulunmadığı ve somut olayda uzun süreli, ciddi markasal kullanımın ispatının gerektiği, bunun ise davacı yanca düzenlenen ticari defterlerle yapılamayacağı, kurum kararının yerinde olduğu gerekçesiyle kabulüne, ilk derece mahkemesince verilen kararın kaldırılarak davanın reddine karar verilmiştir...” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁵²⁴ **Kale**, s. 200.

Kataloglar, fiyat listeleri ve ürün kodları ise tek başına markasal kullanımı ispatlamaya yeterli olmasalar da sunulan diğer delilleri kuvvetlendirici niteliktedir⁵²⁵. Bu yardımcı delillerin özellikle tarih bilgisi içermeleri; ilişkili oldukları emtiayı açıklar nitelikte olması son derece önemlidir⁵²⁶. Ürün, ambalaj, tabela gibi görseller de kullanım ispatlanmasında önemi haiz delillerden olup bunların da güncel ve marka ile ilişkilendirilebilir görsellerinin sunulması gerekmektedir⁵²⁷.

Belirtelim ki hem Yargıtay uygulamasında hem de ABAD uygulamasında tek başına sözleşmelerin varlığı da ciddî kullanımın ispatı için yeterli görülmemektedir⁵²⁸. ABAD'ın içtihadında da, ciddî kullanımın ispatı için yalnızca sekiz sözleşme sunulmuş olmasını ve söz konusu hizmetlerle ilgili olarak imzalanan tüm sözleşmelerin bir listesi veya üretilen ciroya ilişkin bir belge gibi ek belgeler olmamasını yetersiz olarak değerlendirmiştir⁵²⁹. Benzer şekilde Yargıtay da malın niteliğine göre az miktarda sunulan faturayı ciddî kullanımı ispatlamaya yeterli görmemektedir⁵³⁰.

İşletmeler, mallarında ve/veya hizmetlerinde kullandıkları markalar için yatırım yapmakta ve müşteri kitlesi ile bu suretle iletişim bağı kurmaktadır⁵³¹. Buna göre, markaya yapılan yatırımı ve markanın piyasadaki tanınırlığını da göstermek üzere;

⁵²⁵ Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 10; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 209.

⁵²⁶ Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 10.

⁵²⁷ Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 10; **Seville**, s. 399.

⁵²⁸ Yarg. 11. HD. E. 2015/2583 K. 2015/8172 T. 11.6.2015, “*Bu hususta ispat yükü kendisinde olan davalı taraf 1 adet fatura, marka lisans sözleşmesi, bayilik sözleşmesi ve protokollere dayanmış ise de sunulan deliller dava konusu markanın ayran ve meyve suyu emtiası üstünde ciddi bir kullanımı bulunduğuna ilişkin yeterli delil olarak kabul edilemeyeceği gibi, marka lisans sözleşmeleri bakımından da lisans alan tarafından markanın ciddi biçimde kullanıldığının kanıtlanması zorunlu olup bu hususlarda yeterli delil sunulmadığına göre, ayran ve meyve suyu emtiası bakımından da 556 Sayılı KHK'nın 14. maddesi uyarınca iptal kararı verilmesi gerekirken bu ürünlere ilişkin talebin reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁵²⁹ ABAD T-143/16, “*Intesa Sanpaolo SpA v. EUIPO*”, T. 04.11.2017, para. 66.

⁵³⁰ Yarg. 11. HD., E. 2014/2295 K. 2014/8122 T. 30.4.2014, “*Mahkemece, dosya kapsamına ve kısmen benimsenen bilirkişi raporuna ve uyulan Dairemiz bozma ilamına göre, 2 adet faturanın pazar payı yaratacak biçimde ve ciddi kullanım sayılmayacağı...*” ; 11. HD., E. 2014/12757 K. 2015/3303 T. 11.3.2015, “*Ancak, marka sahibi markasını tescilden itibaren 5 yıl süre ile ciddi biçimde kullandığını ispatlamakla mükelleftir. Dosyaya sunulan faturaların 2006 yılına ait 8 adet faturadan oluştuğu ve sınırlı sayıda ayakkabı emtiası için düzenlendiği anlaşılmaktadır. Dosyaya sunulan ve bilirkişilerce kullanılmama nedeniyle hükümsüzlüğü istenen markaya ait olduğu belirtilen bu faturaların 556 sayılı KHK'nın 14'üncü maddesi kapsamında ciddi bir kullanımı ispatladığından söz edilemeyeceğinden anılan madde hükmüne dayalı olarak da hükümsüzlük talebinin reddine dair karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁵³¹ **Çolak**, Marka Hukuku, s. 17.

reklam, tanıtım ve promosyonlara ilişkin görseller, belgeler ve bunların faturalarının yanı sıra fuar katılımları, pazar ve kamuoyu araştırması da kullanımın ispatlanmasında göz önünde bulundurulacak kanıtlardandır⁵³². Keza yaygın uygulamaya göre marka sahipleri, kullanımda olmayan ya da kullanma niyeti olmayan markalar için reklam yatırımı yapmamaktadır; yine de bu promosyon ve reklama dayalı bu tip kanıtların da faturalarıyla birlikte sunulması tavsiye olunmaktadır⁵³³. EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzu'na göre; reklamın yoğunluğu markanın ciddi kamusal kullanımını oluşturmaya yeterliyse ve işaret markayı oluşturan işaret ile mallar ve/veya hizmetler arasında ilişki kurulabiliyorsa, markanın reklamlarda kullanımı ciddi kullanım teşkil edebilecektir⁵³⁴. Bu noktada özellikle, reklam ve iletişim fonksiyonu kapsamında, geleneksel ispat araçlarından sıyrılarak, “internet arama sonuçlarının” da markanın kullanıldığını ispata yarayacak delil olabileceği düşünülebilir⁵³⁵.

Markanın ticarî faaliyeti gösterir ciro, kâr, yurt içi ve dışındaki dağıtım kanalları gibi hususlara ilişkin içerikler de son derece önemlidir⁵³⁶. Bunların dışında uzmanlar, müşteriler gibi bağımsız kaynaklardan alınan beyanlar (anket, araştırma, gözlem vb.) yalnızca delilleri açıklar nitelikte olmalıdır; TPMK Kullanım İspatı Kılavuzunda bunların somut ve detaylı olmasının tercih edildiği görülmektedir⁵³⁷. Ayrıca uygulamada da bunların noter tasdikiyle sunulması tavsiye edilmektedir⁵³⁸.

⁵³² Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 10-11; Yarg. 11. HD. E. 2012/4565 K. 2013/6444 T. 01.04.2013, “... *West Marine ibareli markanın tanıtımı için ciddi çaba gösterildiği, birçok reklam ve tanıtım faaliyeti ürünlerini ve faaliyetini Türkiye’den de ulaşılabilen 11.01.1996 tarihinde tescil ettirdiği www.westmarine.com alan adını taşıyan web sayfasından tanıttığı, ayrıca anılan site aracılığıyla birçok ülkeye ürün satışı yaptığı, [...] bu şekilde 556 sayılı KHK kapsamında koruma elde ettiği...*” (Alhas/ Dernekoğlu, s. 32).

⁵³³ **Yardimci/Sever**, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 430.

⁵³⁴ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, Proof of Use, s. 16; Ayrıca bkz. ABAD, C-40/01, “Ansul v. Ajax”, T. 11.03.2003, para. 37.

⁵³⁵ Uygulamada, internet sayfalarının içeriğinin bilişim uzmanı bilirkişiden rapor alınarak dosyaya eklendiği belirtilmektedir. (**Kale**, s. 188).

⁵³⁶ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 75; Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 11; Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/449 K. 2018/321 T. 1.11.2018, “*Somut olayda, Yukarıdaki ilkeler ışığında kullanımın ispatı davalı tarafa ait olup toplanan deliller ve alınan rapora göre de dava konusu markanın tescilli olduğu 33. Sınıfta şarap emtiasında yoğun ve ciddi biçimde kullanıldığı, dava konusu markaya yönelik ürün satışlarının yıllık ciro üzerinde önemli bir paya sahip olduğu...*” (www.lexpera.com.tr, E.T: 25.08.2020).

⁵³⁷ Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 12.

⁵³⁸ **Yardimci/Sever**, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 432.

2.8. MARKA KULLANIMINDA HAKLI SEBEP İSTİSNASI

Marka sahibinin, markasını kullanması kural olmakla birlikte, kullanma külfetinin önemli bir istisnası olarak, kanun koyucu markanın haklı nedenlerle kullanılmamasını, belirli şartlar dâhilinde kabul etmiş ve buna sonuç bağlamıştır. Ciddi kullanım kavramında olduğu gibi, “marka kullanımında haklı sebep istisnası” kavramı da marka hukukunun özerk bir olgusudur⁵³⁹. Bu istisnaî durum hem MarKHK m. 14/1 hükmünde; hem de SMK’da m. 9 ve m. 19/2’de ifadesini bulmuştur. Haklı sebep istisnasına kaynaklık eden düzenlemeler ise; PK m. 5/C-1, TRIPS m. 19/1 ve 2017/1001 sayılı Tüzük m. 18/1, m. 47/2, m. 64/2, m. 58/1-a, 2015/2426 sayılı Direktif m. 16/1, m. 17, m. 19/1, m. 44/1, m. 46 olarak ifade edilebilir.

Haklı nedenlerin sübjektif değil, bilâkis objektif oluşu⁵⁴⁰ bunların geniş yorumlanmamasını gerektirir. Ayrıca, haklı sebeplerin varlığı, kullanma külfetinin istisnası olduğu için, bu istisnaî niteliği de dar yorumlanmayı gerektirmektedir⁵⁴¹. Buna göre, yalnızca, markanın kullanımını imkânsız ya da makul olmayan bir vaziyete sokacak şekilde markayla doğrudan bağlantısı bulunan ve marka sahibinin isteğinden bağımsız şekilde gerçekleşen sebepler haklı sebep teşkil edebilir⁵⁴². Marka kullanımında haklı sebep istisnası, genel bir bakış açısıyla; marka sahibinin iradesi dışında cereyan eden ve bu bağlamda markanın kullanılmasına engel teşkil eden hâller olarak ele alınabilir⁵⁴³. Markanın kullanımını makul kılmama ölçütü, nispî bir olgu oluşundan ötürü, hâkimin her somut olayın özelliğine münhasıran (*case by case assesment*) değerlendirme yapmasını gerektirmektedir⁵⁴⁴. Gerçekten de haklı sebebin takdiri, somut olayın özellikleri kapsamında mahkemenin değerlendirmesine ait bir husustur⁵⁴⁵.

⁵³⁹ **Kur/Senftleben**, s. 470, N. 6.184; ABAD, C-246/05, “Armin Häupl v. Lidl Stiftung & Co. KG.” T. 14.06.2007, para. 44-45.

⁵⁴⁰ **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılmaması, s. 473.

⁵⁴¹ EUIPO Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.11, s. 56.

⁵⁴² **Kur/Senftleben**, s. 471, N. 6.186.; para. 54; **Aaron/Nordemann**, s. 1236-1237; **Bently/Sherman**, s. 1027; **Seville**, s. 402.

⁵⁴³ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 148; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 260; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 202; **Bozer/Göle**, s. 270; **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 478; **Karan/Kılıç**, s. 315; EUIPO Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.11, s. 55-56.

⁵⁴⁴ **Kur/Senftleben**, s. 471, N. 6.186; **Tritton**, s. 683, N. 3-284; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 202.

⁵⁴⁵ **Kaya** (Ülgen Vd.), S. 502; ABAD da benzer şekildedir. Bkz. C-246/05, “Armin Häupl v. Lidl Stiftung & Co. KG.” T. 14.06.2007, para. 54. Somut olayda haklı sebebin takdirinin her ülkenin iç mevzuatına ve somut olaya bırakıldığı belirtilmektedir.

Öncelikle belirtelim ki haklı sebep teşkil eden hususlar, TRIPS m. 19/1’de de belirtildiği gibi, markanın kullanılmasına engel teşkil eden ve marka sahibinin iradesinden bağımsız bir şekilde, onun kontrol ve etki alanı dışında gerçekleşmelidir⁵⁴⁶. Söz konusu durum tescil anından itibaren var olabileceği gibi, sonradan da ortaya çıkabilmesi de mümkündür⁵⁴⁷. Örneklendirmek gerekirse; olağanüstü hâl⁵⁴⁸, marka sahibinin teşebbüsünün normal işleyişini engelleyen mücbir sebepler (*force majeure*)⁵⁴⁹, doğal afetler, savaş, gümrük mevzuatı değişiklikleri, ithalat kısıtlamaları, ambargolar gibi uzun süreli ekonomik krizler şeklinde geniş çaplı olabilir. Bunun yanı sıra, malın niteliğinden kaynaklı, örneğin malın piyasaya çıkmaya henüz hazır olmaması gibi haklı nedenler de gerçekleşebilir. Bununla birlikte haklı sebebi, mücbir sebep hâllerinin de ötesinde, markanın usulüne uygun kullanılmasını engelleyen hukuki ve fiili engel olarak ele almak gerekir. Bu anlamda, engel teşkil eden husus da ciddi olmalı ve marka sahibi markayı ciddi biçimde kullansa dahi kişisel çabası ile önüne geçemeyeceği nitelikte “objektif” olmalıdır⁵⁵⁰. Bu yüzden her tip ekonomik kriz veya güçlük markayı kullanmamakta haklı sebep oluşturmaz. Söz konusu ekonomik güçlüklerin etkisi ve marka sahibince önlenebilirliği her somut olayda ayrı ayrı incelenmelidir⁵⁵¹. Marka sahibinin ticari hayatta yaşadığı zorluklar bu kapsamda değildir, zira bunlar bir teşebbüsü işletmenin doğasında var olan hususlardır⁵⁵². ABAD “Nazneen Investments” kararında da belirtildiği gibi, haklı sebep teşkil eden durum ile markanın kullanılmamasının imkânsız ya da anlamsız olması arasında doğrudan bir bağlantı bulunmalıdır⁵⁵³.

⁵⁴⁶ Michaels, s. 109, N. 5.20; Oğuz, Kullanmama Nedeniyle İptal, s. 25; Özarmağan, s.52; Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 148; Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 259, Öçal; s. 87; Yasaman/Yüksel, C.I, s. 649; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 460.

⁵⁴⁷ Alhas /Dernekoğlu, s. 25.

⁵⁴⁸ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 460; Bilgili, Kullanma Zorunluluğu, s. 33.

⁵⁴⁹ Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 148; Bozgeyik, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 473; EUIPO Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.11.4.

⁵⁵⁰ Kullanım İspatı Kılavuzu, s.30.

⁵⁵¹ Oğuz, Kullanmama Nedeniyle İptal, s. 25; Yazar örnek olarak sadece marka sahibine atfedilebilir sebeple iflasın ortaya çıkması halinde tasfiye süresinin beş yılı geçmesi ve bu yüzden markanın kullanılmamadan ötürü iptal edilmesi hâlinde alacaklılar bakımından doğabilecek olumsuz sonuçlara işaret etmektedir.

⁵⁵² Michaels, s. 109, N. 5.20; Seville, s. 402; EUIPO Temyiz Kurulu, T. 14.05.2008, R 0855/2007-4, para. 27; ABAD, T-162/01, “Laboratorios RTB S.L. v. OHIM” T. 09.07.2003, para. 41; EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.11.1.

⁵⁵³ ABAD, C-252/15, “Nazneen Investments Ltd v. OHIM” T. 17.03.2016, para. 78.

Örneğin marka sahibinin iflâsının kullanmama için haklı neden oluşturamayacağı hem öğretide hem de yargı içtihatlarında kabul edilmiştir⁵⁵⁴. Bununla birlikte iflâsın her durumda haklı sebep olarak kabul edilmeyeceğine yönelik mutlak bir yaklaşıma gidilmemelidir⁵⁵⁵.

Markanın haczi⁵⁵⁶, işletmenin malı ürettiği alanlarda yangın çıkması⁵⁵⁷ veya kamulaştırma⁵⁵⁸ da öğreti ve yargı içtihatlarınca haklı sebep kapsamında görülmemektedir. Yargıtay devir ve birleşme işlemlerinin uzunluğunu ve bu sebeple markanın kullanılmamasını haklı sebep olarak değerlendirmemiştir⁵⁵⁹. Uzun süreli müzakerelerde markanın kullanılmamasının haklı neden teşkil etmediğini ifade etmek gerekir⁵⁶⁰. Yargıtay, ilaç markalarında isim değişikliği için Sağlık Bakanlığı'na başvuru

⁵⁵⁴ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 149; Yarg. 11. HD. E. 2001/844 K. 2001/3429 T. 9.4.2001, "...müflis şirketin yönetim kurulu, genel kurulu veya iflas idaresi şirket mal varlığına dahil olan markayı yukarıda açıklanan biçimlerde kullanması mümkün iken, bu yollara başvurmadan şirketin iflas ettiğinden bahisle iflasın KHK'nin 14 üncü maddesinde yazılı kullanmama haklı sebebi olarak ileri sürmesi kabul edilemez." (www.lexpera.com.tr, E.T.:22.12.2019); Söz konusu Yargıtay kararı "Arkan, Marka Hukuku, C.II" de ifade olunan görüşe atıf yapılmak suretiyle verilmiştir.

⁵⁵⁵ **Kaya** (Ülgen vd.) s. 502; Öğretide *Tekinalp* iflâs eden bir şirketin markayı kullanabilme imkânının çok kısıtlı olduğuna dikkat çekmektedir. (**Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 460, dn. 3).

⁵⁵⁶ Yarg. 11 HD. E. 2007/10093 K. 2008/13302 T. 24.11.2008, "... davalının ekonomik sıkıntı nedeni konkordato ilan edip üretime ara vermesinin ve markasının haczedilmesinin 556 sayılı KHK'nin 14 ncü maddesi gereğince haklı bir neden olarak kabul edilemeyeceği, davanın açıldığı tarihten geriye doğru beş yıl süre ile markanın kullanıldığının kanıtlanamadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir." (www.lexpera.com, E.T., 15.02.2020).

⁵⁵⁷ Yargıtay 11 HD. E. 2009/5669 K. 2010/12171 T. 29.11.2010, "*Mahkemece, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının ticari defter ve kayıtlarında "S." markalı ürün üretim ya da satışına dair kayıt olmadığı, delil olarak sunulan 2 adet ürünün markanın ciddi biçimde kullanıldığını kanıtlanamadığı, fabrikada 2000 yılında çıkan yangının davalının parfüm üretimini engellemeyeceği, diğer marka parfüm imalatına devam eden davalının "S." markasını da kullanabileceği, kaldı ki başka bir firmaya imalat yaptırılıp kendi markasını kullanabileceği yada lisans verebileceği, dava konusu markanın dava tarihinden önceki 5 yıl içerisinde ciddi ve pazar payı yaratacak biçimde kullanılmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.*" (www.lexpera.com, E.T., 15.02.2020).

⁵⁵⁸ **Kaya** (Ülgen vd.) s. 405; Yarg. 11 HD. E. 2002/1719 K. 2002/2064 T. 08.03.2002, "*Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere ve davacının koruma süresi 14.6.1988 tarihinde biten ve yenilenmeyerek hükümsüz hale gelen markasını 3.11.1992 tarihinde ticareti terk etmek suretiyle fiilen de kullanmadığı anlaşılmakta olup, artık fabrikasının 1986 yılında istisna edilmiş olması nedeniyle markayı kullanamamasının haklı sebebe dayandığı yolundaki iddiasının değerlendirilmediğinin dinlenemeyecek olmasına ve somut olayda varılan sonuç itibarıyla, Paris Sözleşmesi ve TRIPS Sözleşmesi hükümlerinin 556 sayılı KHK hükümlerine göre, davacının daha lehine olmadığına anlaşılmamasına göre, davacı vekilinin HUMK'nun 440.maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.*" (www.legalbank.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁵⁵⁹ Yarg. 11. HD., E. 2015/10055 K. 2016/4386 T. 20.4.2016, "...bu markaların ve ... arasında düzenlenen protokol gereğince ...'ye devredildiği, dava konusu markaların davalı tarafından KHK'nin 14. maddesi kapsamında ciddi şekilde kullanıldığına ilişkin delillerin dosyaya sunulmadığı, devir ve birleşme işlemlerinin uzunluğunun KHK'nin 14. maddesi kapsamında haklı bir sebep teşkil etmediği..." (www.lexpera.com.tr, E.T.:22.12.2019)

⁵⁶⁰ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 149; **Yasaman/Yüksel**, C.I, s. 650

yapılmış olması sebebiyle ilacın piyasaya sürülememesini haklı neden olarak kabul etmemiştir⁵⁶¹.

Ayrıca, markayı kullanma hakkının saklı tutulmadığı inhisari lisans sözleşmelerinde, lisans alan tarafın markayı kullanmaması haklı neden olarak kabul edilmemektedir⁵⁶². Zira bu durumda lisans verenin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunduğu gibi markayı bizzat ya da üçüncü kişi aracılığıyla kullanması da mümkündür⁵⁶³.

İşletme sahibinin iş göremez duruma düşmesi de ticari vekil ya da temsilci tayin edilebildiği müddetçe haklı neden kapsamında değildir. Benzer şekilde, modanın değişmesi sebebiyle üretilen malların dağıtımının güçleşmesi de haklı neden değildir, zira üretilen mallarda değişiklik yapılarak aşılabilecek bir güçlük olarak değerlendirilmektedir⁵⁶⁴.

Marka sahibinin uzun bir süre sağlık sorunlarının olması nedeni ile markayı kullanmaması haklı sebep olarak prensip itibariyle kabul edilemez. Zira, söz konusu markayı üçüncü kişi aracılığı ile kullanılmasını sağlayabilir. Diğer yandan, marka sahibinin sağlığının, kişisel emeği ve üretimi üzerinde özel bir önemi mevcut ise uzun süreli sağlık sorunlarının haklı neden teşkil edip etmeyeceği somut olayın nitelikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir⁵⁶⁵.

Marka sahibinin yetkili makamlarca alınacak önlemler sonucu üretim yapamaması veya ilgili malın satışa çıkarılabilmesi için gerekli izin, ruhsat, kayıt gibi prosedürel işlemler veya lisans görüşmelerinin uzaması gibi marka sahibinin kontrolü dışında gelişen olaylar da haklı neden olarak değerlendirilebilir⁵⁶⁶. Örneğin, klinik deneyler ve yeni ilaçlar için izin gerekmesi⁵⁶⁷, ilgili malın veya hizmetlerin piyasaya sunulmadan önce

⁵⁶¹ İlgili karar için bkz. Yarg. 11 HD. E. 2009/3572, K. 2011/2186, T. 03.03.2011 (Çolak, Marka Hukuku, s. 974-975)

⁵⁶² Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 149; Yasaman/Yüksel, C.I, s. 650; Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 261; Özarmağan, s. 54.

⁵⁶³ Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 149; Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 260; Öğretide, inhisari lisans sözleşmesinde, lisans verenin markayı kullanma yetkisi olmadığı hâlde kullanmasının markanın hükümsüz kılınmasını önleyen bir davranış olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. (Bozgeyik, Tescilli Markanın Kullanılması, s. 473).

⁵⁶⁴ Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 30.

⁵⁶⁵ Yardimci/Sever, Genuine Use of the Trademarks in Turkey, s. 432; Benzer yönde bkz. Özarmağan, s. 52.

⁵⁶⁶ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 460.

⁵⁶⁷ EUIPO Temyiz Kurulu T. 18.04.2007, R 0155/2006-1, "LEVENIA".

(https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/0155%2F2006-1).

marka sahibinin bir gıda güvenliği otoritesinden (*örneğin Avrupa Gıda Güvenliği Otoritesi/European Food Safe Authority-EFSA*) izin alınması gerekmesi⁵⁶⁸ örnek verilebilir.

ABAD, haklı sebebin yorumlanmasında önemi haiz “Le Chef DE CUISINE” kararında, bürokratik engeller için önemli değerlendirmeler yapmıştır. Buna göre, bürokratik bir engelin haklı sebep teşkil edebilmesi için iki şart kümülatif olarak bir arada bulunmalıdır: Söz konusu bürokratik engel marka sahibinin kontrolü dışında gelişmeli ve işbu engel marka ile doğrudan ilişkili olmalıdır⁵⁶⁹. “Doğrudan ilişki” ile kastedilen, markanın kullanımının, ilgili idari işlemin başarıyla tamamlanmasına bağlı olmasıdır⁵⁷⁰. Bu bağlamda, genel bürokratik engeller, mesela yeni mağazalar için işletme ruhsatındaki gecikmeler gibi marka sahibinin kontrolü dışında olmasına rağmen kullanılmamaya haklı sebep teşkil etmez⁵⁷¹. Bu engelin imkânsızlık düzeyinde olması da gerekmez; rakiplerin satış noktalarında markayı taşıyan malların satılması zorunluluğu gibi, markanın uygun kullanımını ciddi şekilde tehlikeye sokan hâllerde, söz konusu engelin markanın kullanımını makul kılmaması yeterlidir⁵⁷². Marka sahibinden markayı kullanımı mümkün kılmak için kurumsal stratejisini değiştirmesi beklenmemelidir⁵⁷³.

Hükümet ya da mahkeme müdahalesi TRIPS m.19/1 ikinci cümlesinde de açıkça ifade edildiği gibi haklı sebepler arasında yer almaktadır. İthalat kısıtlamaları, markanın her türlü kullanımını engelleyen devlet tekeli veya sağlık ya da ulusal savunma gibi sebeplerle malların satışının yasaklanması şeklinde de olabilir⁵⁷⁴.

İhtiyati tedbir kararları ya da mahkeme kısıtlamaları ile markanın kullanılmaması haklı sebep teşkil edebilir. Zira bu durumda itiraz eden marka sahibi markasını ticarete

⁵⁶⁸ EUIPO Temyiz Kurulu, “HEMICELL” kararında (R 0155/2010-2) itiraz eden tarafından sunulan kanıtların, bir gıda katkı maddesi, yani 'zooteknik sindirilebilirlik arttırıcı (yem enzimi)' için markanın kullanılmasının, daha önce yapılan bir başvurunun ardından Avrupa Gıda Güvenliği Otoritesi tarafından verilecek olan ön izne bağlı olduğunu ve bu gerekliliğin TRIPS m. 19/1 anlamında bir hükümet gerekliliği olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁵⁶⁹ ABAD, C-246/05, Armin Häupl v. Lidl Stiftung & Co. KG., T. 14.06.2007, para. 52.

⁵⁷⁰ **Kur/Senftleben**, s. 470-471, N. 6.185.

⁵⁷¹ **Kur/Senftleben**, s. 470, N. 6.185.

⁵⁷² EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 2.11, s. 56; C-246/05, para. 52; **Kur/Senftleben**, s. 471, N. 6.185.

⁵⁷³ **Kur/Senftleben**, s. 471, N. 6.186.

⁵⁷⁴ EUIPO, Guidelines, s. 56. m. 2.11.2.

kullanmaktan kaçınmak yükümlülüğü altındadır. Markanın böyle bir mahkeme emrine aykırı kullanılması, marka sahibini tazminatla yükümlü kılacaktır⁵⁷⁵.

Kullanmamanın haklı sebebe dayanması, söz konusu süre boyunca kullanmamanın ciddi kullanımla eş değer olduğunu göstermez; kullanmama süresinin sona erdiği tarihten itibaren, yeni bir hoşgörü süresinin başlamasıyla sonuçlanmaz⁵⁷⁶. Daha ziyade haklı sebep, sadece söz konusu beş yıllık sürenin işlemlerini durdurur. Bu da beş yıllık hoşgörü süresinin hesaplanmasında kullanmama süresinin dikkate alınmaması anlamına gelir⁵⁷⁷.

İlâveten, kullanmamaya sebep olan nedenlerin ne kadar süre ile devam ettiği de önemli olabilmektedir. Beş yıllık hoşgörü süresinin sadece bir kısmında cereyan etmiş kullanmamanın, kullanım ispatı gerekliliği açısından her zaman haklı sebep teşkil etmeyebilir. Bu bağlamda, haklı nedenlerin geçerli olduğu süre ve artık uygulanmadığından bu yana geçen süre özellikle önem arz etmektedir⁵⁷⁸.

Markanın kullanılmamasına dair haklı sebeplerin bulunması hâlinde ve bu durumun ispatlanması hâlinde markanın kullanımının ispatına gerek kalmayacaktır. Haklı sebebin varlığı hâlinde, beş yıllık kullanım süresinin içinde, haklı nedenin devam ettiği süre dikkate alınmaz⁵⁷⁹. Haklı sebep süresince kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır, ancak haklı sebep ne zaman ortadan kalkarsa, kullanma zorunluluğu da tekrar doğmakta ve beş yıllık süre kaldığı yerden devam etmektedir⁵⁸⁰. Haklı sebebin, itiraz edilen başvurunun, başvuru tarihinden itibaren geriye doğru beş yıl süresince devam ediyor olması gerekmektedir. Bu bağlamda haklı sebebin sona erme anı, bu beş yıllık süreç içerisinde kalıyorsa, bu sebebin sona ermesinden sonra arta kalan süre içinde markanın kullanımına başlanılmış olması gerekmektedir⁵⁸¹.

⁵⁷⁵ EUIPO Temyiz Kurulu T. 11.12.2007, R 0077/2006-1, para. 51 (https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/0077%2F2006-1).

⁵⁷⁶ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s.58. m.2.11.5.

⁵⁷⁷ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 58. m. 2.11.5.

⁵⁷⁸ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 58. m. 2.11.5.

⁵⁷⁹ **Alhas/Dernekoğlu**, s. 23; **Pila/Torremans**, s. 410.

⁵⁸⁰ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 153; Haklı sebebin sona ermesinden itibaren beş yıllık sürenin tekrar başlayacağına ilişkin görüş için bkz. **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 262.; Bu görüşü menfaat dengesine aykırı nitelendiren yorum için bkz. **Bektaş**, s. 237.

⁵⁸¹ **Özkök**, s. 56; EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 60.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İTİRAZ VE DAVA AŞAMASINDA MARKA KULLANIMININ İSPATI

3.1. “KULLANIM İSPATI” “KULLANMAMA SAVUNMASI” VE “KULLANMAMA DEF’İ”-TERMİNOLOJİK İNCELEME

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile ihdas edilen “kullanım ispatı” müessesesi AB Tüzük ve Direktiflerinden tercüme edilmek suretiyle düzenlendiği için çalışmamızda öncelikle mehz mevzuattaki kavramların anlam ve esasların incelenmesi, Türk marka hukukundaki kavram kargaşasında da aydınlatıcı olacaktır. Zira Türk hukukunda “kullanım ispatı, kullanmama savunması, kullanmama def’i” kavramlarının birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanıldığı görülmektedir⁵⁸². Bu inceleme yapılırken, dava aşamaları ve itiraz incelemelerinin ayrı incelenmesi kanaatimizce daha uygun düşecektir; zira bir tarafta idarî mercii olan TPMK; diğer tarafta mahkemeler nezdinde gerçekleştirilen bir hukuk yargılaması söz konusudur⁵⁸³.

İlk olarak başvurunun yayımına itiraz aşamasında kullanım ispatının düzenlenmiş olduğu hüküm olan SMK m. 19/2 düzenlemesinin dayanağı 2017/1001 (bir önceki 2015/2424 sayılı Tüzük için de m. 47/2) sayılı Tüzük 47/2’nci hükmüdür ve madde başlığı “*Examination of Opposition*” yani “*İtirazın İncelenmesi*” şeklinde olup, mezkûr hüküm sadece “...shall furnish proof that” ibaresini içermekte ve itiraz sahibinin delil

⁵⁸² **Karaca**, s. 97; **Kaya** (Ülgen vd.), s. 502-503; **Çağlar**, Tescilli Markanın Kullanılmaması, s. 11; **Büyükkılıç**, Gül, Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, İstanbul 2019, s. 516; **Gün**, Buket, Marka Hukukunda Birlikte Var Olma, İstanbul 2019, s. 147 vd.; **Kaplan**, Mikail Bora, Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2018, s. 77; **Akarsu**, Mine, Marka Hukukunda İdari İptal, Ankara 2019, s. 26 vd. Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2018/54 K. 2019/80 T. 12.3.2019, “*davalı markasının davacı markasının tanınmışlığından yararlanmaya yönelik olarak ayırt edicilik sağlamayan, ortalama tüketici nezdinde seri marka imajı yaratan bir kullanım olduğu, davacı markasının tanınmış marka olduğu, bu nedenle SMK’nın 6/5 maddesi uyarınca, sahibine aynı veya benzer sınıflar dışında, farklı mal veya hizmetler bakımından da koruma sağladığından, davalının sınıfsal ayniyet ve kullanmama savunmasına itibar edilemeyeceği anlaşılmalı, davacının davasının kabulü ile, davalı adına ... sayı ile tescilli "...” ibareli markanın hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.*” ; Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/57 K. 2018/367 T. 29.11.2018, “*davalının kullanmama def’i yerinde görülmemekle somut olayda davaya konu davacının ...*” (www.lexpera.com, E.T.: 15.02.2020).

⁵⁸³ **Tanrıver**, s. 77; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavaz**, s. 66.

sunmak zorunda olduğunu ifade etmektedir⁵⁸⁴. SMK m. 19/2 hükmünde de benzer ifadelerle delil sunmanın talep edileceği ve itiraz sahibi tarafından kullanımın ispatlanabileceği belirtilmekle yetinilmiştir. 2015/2436 sayılı Direktifte ise hem yayıma itirazın düzenlendiği m. 44, hükümsüzlük işlemlerinin düzenlendiği m. 46 ve tecavüz yargılamasına ilişkin olan m. 17’de “*Non-use as defence in opposition proceedings*” (*plea of non-use*)⁵⁸⁵ ifadesiyle “*kullanmama savunması*” kavramı kullanılmıştır. Görüldüğü üzere, Direktifte hem idarî merci nezdinde gerçekleştirilen itiraz aşamasında hem de yargılama aşamaları için bir üst kavram olarak “savunma” ibaresi tercih edilmiştir. Gerçekten de “savunma” olgusu, bünyesinde hem hukuk yargılamasında davalarda ileri sürülebilen “def’i” kavramını, hem de idarî bir merci nezdinde dermeyan edilebilen “itiraz” kavramını barındıran üst bir kavramdır. SMK m. 19/2’de yani başvurunun yayımlanmasına itirazda, mehaz Tüzük ve Direktife benzer şekilde, bir yargılama merciinin kararı söz konusu değildir. Bu yüzden bu aşama için “savunma” kelimesinin tercih edilmesi ve “kullanmama savunması” ibaresinin kullanılabilmesi *de lege ferenda* düşünülebilir. Hemen belirtelim ki “kullanmama savunması” bir üst kavram olarak dava aşamaları için de kullanılabilir. Nitekim “def’i” maddi hukuka ilişkin savunma aracı olduğu için bu kavramın bünyesinde barınmaktadır.

Sınai Mülkiyet Kanunu’nda, m. 19/2’ye, markanın hükümsüzlüğü (m. 25/7) ve marka hakkına tecavüz davaları (m. 29/2) olmak üzere iki hükümde daha gönderme yapılmıştır. Ancak m. 19/2’ye yapılmış olan atıf, dava aşamalarındaki markayı kullanmama olgusunun bir *def’i* olarak ileri sürülmesi yönündedir⁵⁸⁶. Buna göre, belirli koşullar dâhilinde davacıdan, markasını uyuşmazlığa dayanak mal veya hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullandığına ya da kullanmamakta haklı sebeplerinin bulunduğuna dair delil sunması beklenir. Ancak buradaki “def’i”, maddi hukuka ilişkin bir savunma vasıtası olarak, hukuk yargılamasına mahsus olarak

⁵⁸⁴ 2017/1001 sayılı Tüzük m. 47/2: “*If the applicant so requests, the proprietor of an earlier EU trade mark who has given notice of opposition shall furnish proof that, during the five-year period preceding the date of filing or the date of priority of the EU trade mark application, the earlier EU trade mark has been put to genuine use in the Union in connection with the goods or services in respect of which it is registered and which he cites as justification for his opposition, or that there are proper reasons for non-use, provided that the earlier EU trade mark has at that date been registered for not less than five years.*”

⁵⁸⁵ Aaron/Nordemann, s. 1198.

⁵⁸⁶ Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, s. 217.

kullanılabilir⁵⁸⁷. Bu itibarla markanın hükümsüzlüğü ve marka hakkına tecavüz davalarına münhasıran “kullanmama def’i” kelimesinin tercihi yerinde görülebilir.

Bununla birlikte, her ne kadar SMK’nın kullanmama savunmasının dava aşamalarında düzenlendiği m. 25/7 ve m. 29/2 hükümlerinde “def’i” ibaresi yer alsada bu kavramın yerindeliği hakkında değerlendirme yapılabilir. Maddî hukuka ilişkin savunma araçlarından biri olarak değerlendirilen def’i⁵⁸⁸, “*davalıya tanınmış özel bir sebeple borcu yerine getirmekten kaçınma hakkı olup; irade açıklaması yoluyla bu hakkın kullanılması*” olarak ele alınmaktadır⁵⁸⁹. Maddî hukuka ilişkin bir diğer savunma vasıtası olarak “itiraz” ise, “*hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren bir vakıanın ileri sürülmesi*” olarak ifade edilmektedir⁵⁹⁰. Görüldüğü üzere; def’i bir hakkın ileri sürülmesi iken; itiraz bir vakıanın ileri sürülmesidir. Markanın kullanılmadığı def’inde ise, davalı taraf markanın kullanılmadığı *vakıasını* ileri sürmek suretiyle davacının, markasını korumaya yönelik Kanunun kendisine bahşetmiş olduğu yetkileri *kullanma hakkını sona erdirmektedir*. Netice itibarıyla; aslında SMK’nın kullanmama def’ine ilişkin düzenlemelerinde (m. 25/7 ve m. 29/2) ifade olunmak istenenin *de lege ferenda* “hakkı sona erdiren bir itiraz” olduğu düşünülebilir⁵⁹¹. Ancak burada kanun koyucunun def’i ibaresini kullanmasının yanlış bir tercih olmadığını belirtmek gerekir⁵⁹². Şöyle ki, def’i kavramının dar (teknik/maddî) anlamının yanı sıra, hem dar anlamda def’iyi hem de

⁵⁸⁷ Pekcanitez, Hakan, Pekcanitez Usûl, Medenî Usul Hukuku, C.II, s. 1208 vd; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz, s. 334; Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 173; Tanrıver, s. 662.

⁵⁸⁸ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, C.II, s. 1209; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz, s. 334; Tanrıver, s. 662.

⁵⁸⁹ von Tuhr, Andreas; Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, çev. Cevat Edege, C. I-II, Ankara, 1983, s. 27-28; Eren, s. 72; Varol/Karaaslan, s. 173; Kılıçoğlu, s. 35; Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 52; Canbolat, Ferhat, Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukukî Sonuçları, EÜHFD, C. 3, S. 1 (s. 255- 270), s. 256; Çukadar, Neslihan, Borç İlişkilerinde Def’i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014, s. 20; Tanrıver, s. 662; Antalya, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/I, Ankara 2019, s. 92.

⁵⁹⁰ Çukadar, s. 20-21; Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 40; Tunçomağ, s. 55; Eren, s. 75; Canbolat, s. 260; Kılıçoğlu, s. 34; Antalya, s. 92; Çukadar, s. 21; Tanrıver, s. 661; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, C.II, s. 1208; Varol/Karaaslan, s. 173;

⁵⁹¹ İtiraz; “hakkın doğumuna engel olan” ve “hakkı sona erdiren” itiraz olarak iki başlıkta incelenmektedir. Hakkın doğumuna engel olan itirazda (örneğin sözleşmenin geçerlilik şekline uygun yapılmaması) hakkın hiç doğmadığı ileri sürülürken; hakkı sona erdiren itirazda hak geçerli olarak doğmakla birlikte davalının ileri sürdüğü vakıaya dayalı olarak sona ermiştir. (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz, s. 335; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, C.II, s. 1208).

⁵⁹² Dava aşamalarındaki kullanmama savunmasının aslında ne bir def’i ne de bir itiraz olduğu; yalnızca “savunma” ibaresinin tercih edilmesinin terminolojiye daha uygun düşeceği ileri sürülmüştür. Bkz. ve karşı Karaca, s. 97.

itirazı kapsayacak şekilde “geniş anlamda def’iler” şeklinde kullanıldığı ve bu suretle terminolojik bakımdan geniş anlamda def’inin aslında itirazı da bünyesinde barındırdığı öğretide ifade edilmektedir⁵⁹³. Gerçekten de yargılama hukukundaki def’i olgusunun, maddî hukuka nazaran daha geniş kapsamlı olduğu ve bünyesinde “dava dosyasının içeriğinden anlaşılamayan itirazları” da barındırdığı ve bu suretle bunların def’ilerin tâbi olduğu hukukî rejime tâbi oldukları vurgulanmaktadır⁵⁹⁴. Öyle ise, SMK’nın mezkûr hükümlerinde de tercih edilen *de lege lata* “def’i” ibaresinin geniş anlamda def’inin içerisinde yer alan bir “hakkı sona erdiren itiraz” olduğu *de lege ferenda* belirtilebilir. Çalışmamızda da kanun koyucunun lafzına uygun biçimde “def’i” ibaresi kullanılmıştır. Bu kapsamda, her ne kadar içerik olarak itiraz olduğunu belirtsek de, geniş anlamda def’inin içerisinde yer almasına bağlı olarak, kullanmama vakiasının davalı tarafından ileri sürülebilmesine ilişkin hüküm ve sonuçları HMK’nun def’ilere ilişkin hüküm ve sonuçları kapsamında gerçekleşecektir.

“Kullanım ispatı” olgusu ise kavramsal olarak; TPMK ya da mahkemeler nezdinde kullanmama savunmasının ileri sürülmesi hâlinde, itiraz sahibinin veya davacının gerçekleştirebileceği ispat faaliyetinin karşılığı olarak düşünülebilir. Gerçekten de başvuru sahibi veya davalı, markanın kullanılmasının ispatlanmasını talep ettiğinde, itiraz edenden ya da davacıdan markanın “kullanımını ispatlaması” beklenmektedir. 2015/2424 sayılı Tüzük ve 2015/2436 sayılı Direktif’in marka başvurusunun yayımına itiraz aşamaları için öngörülmüş maddelerine dayanılarak ihdas edilmiş Kılavuzu “Proof of Use” ibaresiyle “kullanım ispatı” olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde, 2017/1001 sayılı Tüzüğün ardından ihdas edilmiş olan 2017/1430 sayılı Yetki Devrine Dayanan Komisyon Tüzüğü m. 2 hükmü “*Procedure For Opposition And Proof Of Use*” ifadesiyle “kullanım ispatı” ifadesini kullanmıştır. Nitekim TPMK’nın yayımlanmış olduğu “Kullanım İspatı Kılavuzu” da aynı ibareyi ihtiva etmektedir.

⁵⁹³ Canbolat, s. 258; Kılıçoğlu, s. 25-26; Çukadar, s. 45; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I, İstanbul 1997, s. 343.

⁵⁹⁴ Tanrıver, s. 662.

3.2. YAYIMA İTİRAZ AŞAMASINDA KULLANIM İSPATI

Marka tescil başvurusunun yayımlanmasının gayesi; ilgililerin söz konusu başvuruya yönelik olarak (varsa) itirazlarını ileri sürme, üçüncü kişilerin de (varsa) görüşlerini sunma hakkını kullanabilmesidir⁵⁹⁵. Nitekim tescil başvurusu Bülte de yayımlandıktan sonraki aşamada artık başvurunun hukuki sonuçları ortaya çıkacak, bu kapsamda marka tescil başvurusuna karşı ilgililerin itiraz etme ve üçüncü kişilerin görüş bildirme hakkı doğacaktır⁵⁹⁶. Marka tescil başvurusunun yayımına yapılan itirazın düzenlendiği SMK 18'inci maddesine göre, “*ilgili kişiler* marka tescil başvurusunun Bülten’de yayımlanmasının ardından *iki ay* içinde mutlak veya nispi ret nedenlerine dayanarak bu başvuruya itiraz etme” hakkını kullanabilirler⁵⁹⁷. İtirazda bulunabilecek kişiler bakımından kanun koyucu “*ilgili kişiler*” ifadesini kullanmış; ancak bu ilginin neye göre belirleneceği hususunda herhangi bir ölçüt öngörmemiştir. İlgili kişi, marka tescil başvurusunun yayımına itiraz etmekte menfaati bulunan, itiraza mesnet marka tescil edildiği takdirde zarar görme tehlikesine maruz kalabilecek veya haksız yere işareti kullanma yetkisi kısıtlanabilecek/kısıtlanma tehlikesiyle karşılaşabilecek kişi olarak geniş bir şekilde ele alınmalıdır⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ **Pila/Torremans**, s. 394; **Yasaman/Ayoğlu**, C.II, s. 823; **Prime/Booston**, s. 154; Marka başvurusunda bulunulduktan sonra başvurunun reddi hâlinde, önceye dayalı hak sahibinin ret kararına kadar olan marka kullanımları için dava açabilmesine dikkat çekilmekte ve bu yüzden markayı kullanmak için tescil sürecinin sonlanması tavsiye edilmektedir. (**Savaş**, **Taner/Saygın**, Murat), Türk Patent ve Marka Kurumu Uygulamaları ve Yargıtay Kararları Işığında Marka Tescil Süreci, Ankara 2020, s. 55.

⁵⁹⁶ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 391; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 66; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 129.; **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 60; Burada “Bülten”; kamu güvenliğini içeren bir yayın aracı olmayıp, sadece bilgilendirme yaparak hedef kitleye yardımcı olma amacını gütmektedir. (**Tekinalp**, Öne Çıkan Yenilikler, s. 9); Bülte de yayımlanacak başvurunun muhtevası için ayrıca bkz. SMK Uygulama Yönetmeliği m. 11.

⁵⁹⁷ Marka tescil başvurusunun yayımına itiraz edilebilmesi Türk marka hukukunda yeni bir kurum değildir; MarKHK m. 35 hükmünde de “*Tescil başvurusu yapılmış markanın 7’nci ve 8’inci madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere SMK ve MarKHK’nın anılan hükümleri arasındaki farklılık süreye ilişkindir; SMK’da süre bir ay daha kısadır.; Bu değişiklik marka tescil süresini kısalttığı için olumlu olarak değerlendirilmektedir. (**Çağlar**, Yenilikler, s. 141); Bunun yanı sıra, bu değişiklik, bir marka başvurusunun dört ay içerisinde neticelendirilmesinin hedeflendiği şekilde de yorumlanmaktadır. (**Güneş**, Marka Hukuku, s. 33).

⁵⁹⁸ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 393; **Yasaman/Ayoğlu**, C.II, s. 830. **Çolak**, Marka Hukuku, s. 123; **Kale**, s. 74; “İlgili kişi” kapsamında olmak için arada rekabet ilişkisinin bulunması gerekmemektedir. bkz. **Bilgili**, **Fatih**, Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescil Başvurusuna İtiraz, TBB Dergisi, S. 70, 2007, (s. 27-40), s. 29; **Arkan** “ilgili kişi” kavramından önceki tarihte tescil edilmiş ya da başvuruda bulunulmuş markanın sahibinin, tescilsiz markayı kullanmak suretiyle işaret üzerinde daha eski tarihli bir hak kazanması olarak ifade etmiştir. (**Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 96); **Kara** ise menfaatleri zedelenen

3.2.1. Yayına İtirazın Benzer Müesseselerden Farkı

Marka başvurusuna şekil unsurları ve mutlak ret nedenleri yönünden yapılan değerlendirme sonucunda⁵⁹⁹, bu açılardan tescile engel bir hâl görülmeyen marka için bir sonraki safhada devreye TPMK dışında, üçüncü kişiler ve ilgililer de girmekte ve söz sahibi olabilmektedir. Çalışmanın bu kısmında marka başvurusunun yayımına itiraz ile üçüncü kişilerin görüş bildirmesi müessesesi ve TPMK'nın SMK kapsamında verdiği kararlara karşı itiraz aşamaları karşılaştırılarak incelenmiştir⁶⁰⁰.

3.2.1.1. Üçüncü Kişilerin Görüşü (*Observation by Third Parties*) ile Farkı

SMK m. 17'de düzenlenmiş bu hukuki kuruma göre “*Marka başvurusunun yayımlanmasından sonra herkes⁶⁰¹, marka başvurusunun 5'inci maddenin birinci fıkrasının (ç) bendi hariç diğer bentleri kapsamında tescil edilemeyeceğini belirten yazılı ve gerekçeli görüşlerini markanın tesciline kadar Kuruma sunabilir. Ancak bu kişiler, Kurum nezdinde işlemlere taraf olamaz.*” Maddenin ikinci fıkrasına göre ise TPMK

kişilerin, başvurunun yayımlanmasının ardından mutlak veya nispi ret nedenlerine dayalı olarak başvurabilecek kişiler olarak değerlendirmektedir. (**Kara**, s. 182).

⁵⁹⁹ TPMK, marka tescil başvurusunu öncelikle SMK m. 15'teki unsurların yerine getirilip getirilmediği bakımından şekli olarak inceler. Eksikliğin tespit edilmesi durumunda, bu eksiklik başvuru sahibi tarafından iki aylık müddet içerisinde giderilmezse başvuru işlemde kaldırırlı; eksik tespit edilmez veya verilen süre içerisinde giderilirse başvuru kesinleşir. Şekli inceleme aşamasından bir sonraki aşamada TPMK m.5'te yer alan mutlak tescil engelleri yönünden inceleyecektir. Bu sebepler, tescil olunmak istenen her bir mal veya hizmet sınıfı için ayrı ayrı değerlendirilir. (**Uzunallı**, Marka Hukuku, s.43; **Çağlar**, Hayrettin/**Yıldız**, Burçak/**İmirlioğlu**, Dilek, Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık, Ankara 2018, s. 67); MarKHK'da şekli eksikliğin giderilmesi süresine ilişkin hüküm bulunmamaktaydı, SMK ile getirilen bu yenilik hukukî güvenlik açısından da olumlu olarak değerlendirilmektedir. (**Tekinalp**, Öne Çıkan Yenilikler, s. 27).

⁶⁰⁰ Bu arada bir parantez açmak gerekirse, mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, “yayıma itiraz” ve “karara itiraz” olarak ikili ayırım SMK'daki gibi ifade edilmemiş; her iki müessese için de “itiraz” ibaresi (MarKHK m. 35, 47) kullanılmış olduğu için kavram kargaşasından söz edilmekte idi. Bkz. ve karşı. **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 87.

⁶⁰¹ Mevaz 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 45/1 hükmünde bu kişiler “gerçek ya da tüzel kişiler ile üreticiler, imalatçılar, hizmet sağlayıcılar, tacirler veya tüzel kişileri temsil eden grup ya da organlar” olarak ifade edilmiştir. Mezkûr hüküm: “*Any natural or legal person and any group or body representing manufacturers, producers, suppliers of services, traders or consumers may submit to the Office written observations, explaining on which grounds, under Articles 5 and 7, the trade mark should not be registered ex officio.*” şeklindedir.

görüşleri değerlendirecek ve görüşlerin yerinde olduğunu tespit ederse söz konusu başvuruyu kısmen veya tamamen reddedecektir.

Buna göre, üçüncü kişilerin görüş bildirmesi ile marka başvurusunun yayımına itiraz aşamaları birbirinden farklıdır⁶⁰². Her şeyden önce, üçüncü kişilerin, tescil edilmiş bir markaya yönelik görüş bildirebilme hakları kanun hükmünün lafzının da açıklığından anlaşıldığı üzere, SMK m. 5'te tahdidi olarak sayılmış mutlak ret nedenleri ile sınırlıdır⁶⁰³. Mutlak ret nedenleri, kamu düzenindedir⁶⁰⁴, bu kamusal niteliğinden ötürü, ret nedenlerinden birinin ya da birkaçının varlığı durumunda, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkesin TPMK'ya görüş bildirme hakkı vardır⁶⁰⁵. Üçüncü kişilerin, görüş bildirmede menfaati aranmaz⁶⁰⁶. Bu kişiler, yazılı ve gerekçeli görüşlerini, tescil işlemi gerçekleşene kadar TPMK'ya sunabilir⁶⁰⁷. Kural bu şekilde olmakla birlikte, herkesin görüş bildirebilmesi kuralının istisnası, “*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 işaretlerden*” olması durumunun düzenlendiği SMK m. 5/1-ç bendidir. Bu tescil engelinin hariç tutulmasının sebebi, sadece önceki hak sahiplerini ilgilendirmekte olmasında aranmalıdır⁶⁰⁸. Marka başvurusunun yayım

⁶⁰² Nitekim burada üçüncü kişiler tescile itiraz etmemekte; mutlak ret nedenlerinin bulunduğuna ilişkin yalnızca görüş sunmaktadır. (Yasaman/Ayoğlu, C. II, s. 826); Bunun “kamu menfaati adına yapılan bir ikaz” olarak düşünülebileceği yönünde bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 392.

⁶⁰³ İmirlioğlu, s. 108; Yasaman/Ayoğlu, C.II, s. 826; Pila/Torremans, s. 394.

⁶⁰⁴ Mutlak ret nedenleri SMK m. 5 hükmünde düzenlenmiş olup, marka olarak seçilmiş bulunan işaretin bizatihi kendi niteliğinden kaynaklanan itiraz sebepleridir. Karasu (Suluk/Nal), s. 173; Poroy/Yasaman, s. 457; İmirlioğlu, s. 107; Üçüncü kişilerin mutlak ret nedenlerine dayalı görüş bildirebilmesi bu hâliyle “kamu menfaati adına yapılmış bir müdahale” olarak değerlendirilmektedir. (Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 392)

⁶⁰⁵ SMK m. 17'nin MarKHK dönemindeki karşılığı olan 34'üncü maddede “*Marka başvurusunun yayımından sonra, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi veya herhangi bir grup veya hizmetleri temin edenler, üreticiler veya imalatçıları temsil eden bir organ, tacir veya tüketiciler, 7'nci maddeye göre, markanın tescil için yeterli nitelikleri taşımadığını belirten yazılı görüşlerini Enstitüye sunabilir.*” ifadesiyle görüş bildirecek kişiler sınırlı sayı (numerus clausus) yoluyla belirlenmişti. SMK m.17 ise bu sınırı kaldırmış ve “herkes”in görüş bildirebileceğini ifade etmiştir. Karasu (Suluk/Nal), s. 206.

⁶⁰⁶ Yasaman/Ayoğlu, C.II, s. 826; Phillips/Firth, s. 301; “Üçüncü kişi” kavramı, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, tüzel kişiliği haiz olmayan bir grup gibi geniş kapsamlıdır. (Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 392); Söz konusu hükümdeki “herkes” ifadesinin tescil talebine konu edilen mal veya hizmetler bakımından bilgi ya da tecrübe sahibi kişiler olarak değerlendiren görüş için bkz. Bahadır, Zeynep, Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Ankara 2018, s. 122.

⁶⁰⁷ Çolak, Marka Hukuku, s. 122.

⁶⁰⁸ Üçüncü kişiler, m. 5/1-ç bendi konusunda görüş bildiremezler, çünkü bu m.5/1 (ç) bendinde durum, önceki hak sahiplerini ilgilendirmektedir ve bu kişiler için zaten yayıma itiraz süreci mevcuttur. Dolayısıyla üçüncü kişilerin bu konuda bir hukuki menfaati de bulunmamaktadır. Bkz. SMK m.17 Gereğesi; Benzer yönde bkz. Bahadır, s. 120.

aşamasında itirazda bulunabilecek kişilerde ise menfaatinin bulunması şartı aranmaktadır⁶⁰⁹; bu kapsamda sadece ilgisi bulunan kişiler söz konusudur ve itiraz sebepleri de hem mutlak ret nedenlerini hem de nispi ret nedenlerini ihtiva etmektedir.

Bu durumda, marka başvurusuna bir mutlak ret sebebine (m.5/1-ç dışında) dayanarak yayıma itiraz eden kişinin, aynı zamanda üçüncü kişi gibi görüş bildirebileceği düşünülebilir. Zira kanunda geçen ifade, “herkes” şeklindedir ve “üçüncü kişi” sıfatı ve “ilgili kişi” sıfatının örtüşmesine engel bir hâl gözükmemektedir. Ancak zaten yayıma itiraz gerekçeli olarak yapılmaktadır ve yayıma itiraz eden kişiye de TPMK görüş bildirme süresi tanınmaktadır; bu kişinin bir de SMK m. 17 kapsamında görüş bildirmesinde menfaatinin bulunmadığı da düşünülebilir.

Son olarak, üçüncü kişilerin hakkı görüş bildirmekten ibarettir, SMK m. 17/1 uyarınca TPMK nezdindeki işlemlerde taraf sıfatını haiz olmadıkları için herhangi bir talep veya husumet söz konusu değildir⁶¹⁰; üçüncü kişi sadece düşüncesini beyan etmektedir⁶¹¹. Bunun sonucu olarak da görüşleri dikkate alınmasa dahi dava açma hakkı yoktur⁶¹². Bununla birlikte sonucun üçüncü kişiye bildirilmesi zorunlu olmasa da üçüncü kişinin bilgi alma hakkının olduğunu belirtmek gerekir⁶¹³. Yayıma aşamasındaki itirazda ise, hukuki bir talep söz konusudur⁶¹⁴; TPMK’nın değerlendirmesi sonucu verdiği karardan memnun olmayan itiraz sahibi kişi için hukukî hak arama yolları henüz tükenmemiştir; bu durumda itirazın reddi hâlinde SMK m. 20 uyarınca YİDK nezdinde karara itiraz hakkı mevcuttur.

⁶⁰⁹ **Tekinalp**, Öne Çıkan Yenilikler, s. 28.

⁶¹⁰ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 67; **Yasaman/Ayoğlu**, C.II, s. 826; **Kaya**, Marka, s. 130; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 205; **Norman**, s. 373; **Bainbridge**, s. 767.

⁶¹¹ **Bilgili**, Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescil Başvurusuna İtiraz, s. 28.

⁶¹² **Karasu** (Suluk/Nal), s. 206; 11. HD., E. 1999/9025 K. 2000/2479 T. 30.03.2000, “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 34.maddesine göre, üçüncü kişi olarak marka tescil başvurusu hakkında görüş bildirmiş olup, marka üzerinde bir hak iddia etmediğine nazaran Enstitü nezdinde işlemlere taraf olamayacağı gibi, böyle bir davanın da tarafı olamaz.” (www.lexpera.com.tr, E.T.: 08.05.2020).

⁶¹³ **Yasaman/Ayoğlu**, C.II, s. 826; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 393; **Kaya** (Ülgen vd.), s. 482.

⁶¹⁴ **Yasaman/Ayoğlu**, C.II, s. 829; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 393; **Bilgili**, İtiraz, s. 28.

3.2.1.2. Kurum Kararlarına İtirazdan Farkı

SMK'nın 20'nci maddesine göre, TPMK'nın 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında aldığı kararlardan “zarar gören” kişiler, bu kararın kendilerine bildirildiği tarihten itibaren iki aylık hak düşürücü süre içinde yazılı ve gerekçeli olarak TPMK nezdinde itiraz edebileceklerdir⁶¹⁵. İtiraz ilk olarak Markalar Dairesi tarafından incelenir; Daire itirazı uygun bulursa gerekli düzeltmeleri yapar, bulmaz ise itirazı, görüş bildiriminde bulunmaksızın, “Yeniden İnceleme Değerlendirme Kurulu (YİDK)”na gönderir⁶¹⁶.

İlk olarak, yayıma itirazda itiraz edenlerin zarar görmüş olması şart değildir, başvuruya mesnet markanın TPMK'nın vereceği tescil kararı sonucunda itiraz edenin zarara uğrayacak olması ihtimali yeterlidir; karara itirazda ise TPMK kararını öncesinde vermiştir. Nitekim TPMK'nın vermiş olduğu bir karar mevcut olmazsa, kural olarak itiraz hakkı da söz konusu olamayacaktır⁶¹⁷. Ayrıca, SMK m. 20'de bu karar sonucunda bir zarar doğmuş olması şartı aranmaktadır. Bu zarar tescil başvurusunun kısmen veya tamamen reddi şeklinde olabileceği gibi başvurunun kabulünden de doğabilir⁶¹⁸. Ancak öğretide, zarar gören kavramının geniş yorumlanması gerektiği, “menfaati veya hakkı zedelenen kişi(ler)” olarak algılanması gerektiği ifade edilmektedir⁶¹⁹.

İtiraz sebepleri bakımından, başvurunun yayımına itiraz sadece mutlak ve/veya nispî ret sebepleri için söz konusu olabilir. Karara itirazda ise böyle bir sınırlama yoktur;

⁶¹⁵ **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 85; SMK m. 20/2: “... İtiraz gerekçelerinin bu süre içinde sunulmaması hâlinde itiraz yapılmamış sayılır. İtirazın incelenmesi için itiraz süresi içinde ücretin ödenmesi ve aynı süre içinde ücretin ödendiğine ilişkin bilginin Kuruma sunulması zorunludur. İtiraz süresinden sonra itiraz gerekçeleri değiştirilemez ve yeni gerekçeler eklenemez.” ; SMK m. 21 uyarınca, şekli bakımdan eksiklik barındırmayan itirazlar “Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Başkanlığı” bünyesinde kurulan “Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından incelenmektedir. SMK m. 21/2 hükmü ise “**Kurul**, taraflardan itirazlara ilişkin görüşlerini süresi içinde bildirmelerini ister. **Kurum** gerekli gördüğü takdirde taraflardan ek bilgi ve belge sunmalarını isteyebilir. İstenilen ek bilgi ve belgelerin veya görüşlerin süresinde Kuruma sunulmaması hâlinde itiraz, mevcut bilgi ve belgeler kapsamında değerlendirilir.” ifadesini barındırmaktadır. Hükümde yer alan “Kurul” ve “Kurum” ibarelerinin farklı olduğunu ve birbiri yerine ikame edilerek kullanılmayacağını belirtmekte fayda görülmektedir. Kanun hükmünde yer alan bu çelişkiye dikkat çeken diğer görüş için bkz. ve karşı. **Bozer/Göle**, s. 266, dn. 71.

⁶¹⁶ **Büyükkılıç**, s. 516; **Kaya** (Ülgen vd.), s. 495.

⁶¹⁷ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 395.

⁶¹⁸ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s. 68; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 173.

⁶¹⁹ **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 97; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 126.; Ayrıca, kavramın borçlar hukuku anlamında yorumlanmaması gerektiğine ilişkin Bkz. **Tekinalp**, Öne Çıkan Yenilikler, s. 29.

yeter ki kararı veren mercii TPMK olsun ve bu kararı 6769 sayılı SMK kapsamında vermiş olsun. Ayrıca, başvuru sahibi YİDK nezdinde kullanım ispatı talep edemeyecektir⁶²⁰. Ancak marka tescil başvurusunun yayımına itiraz hâlinde kararı veren mercii de TPMK olduğuna göre; karara itiraz ve başvuruya itiraz aşamaları birbirinden kopuk değildir. Bilâkis yayıma itiraz sonucu aldığı karardan memnun olmayan itiraz sahibinin ya da başvuru sahibinin başvuracağı bir sonraki yol, TPMK nezdinde karara itirazdır. YİDK'nin TPMK adına vermiş olduğu nihai kararlara karşı ise⁶²¹, kararın bildirim tarihinden itibaren mahkemece re'sen gözetilecek iki aylık hak düşürücü süre içerisinde SMK m. 156/1 uyarınca Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nde iptal davası açılabilir⁶²².

Yayıma itiraz aşamasında alınan karara karşı iptal davasını açan başvuru sahibi ise, davalı olarak hem TPMK'yı hem de itiraz sahibini göstermelidir; itiraz sahibi tarafından açılıyorsa bu durumda davalının TPMK ve başvuru sahibi olması gerektiği öğretide belirtilmiştir⁶²³. Bir diğer görüşe göre ise, mutlak ve nispi ret sebeplerine göre bir ayırım yapılmalı ve mutlak ret nedenlerine dayalı itirazlarda husumet TPMK'ya yöneltilmeli; nispi ret sebeplerine dayanılarak açılmışsa başvuru/itiraz sahibi de davalı

⁶²⁰ **Karasu** (Suluk/Nal), s. 208; TPMK'nın nihai kararlarını SMK m. 21/4 uyarınca Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı bünyesinde (SMK m.2/1-f) yer alan Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) vermektedir; Bkz. Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi Kurulları Yönetmeliği, m. 4 (RG T. 12.05.2017, S. 30064).

⁶²¹ Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi Kurulları Yönetmeliği m. 8: “Kurul kararları Kurumun nihai kararı olup, bu kararlara karşı Kurum nezdinde tekrar itiraz edilemez. Ancak, Kurul kararının tarafı olan kişiler, gerekçelerini yazılı olarak belirtmek suretiyle karardaki maddi hataların düzeltilmesini isteyebilir. Kurul, herhangi bir talep olmaksızın maddi hata tespit etmesi halinde, maddi hataları resen düzeltir.” YİDK nezdinde itiraz edilmesi, TPMK kararının iptali davası açılabilmesi için tüketilmesi gerekli bir aşamadır. Bkz. **Kaya** (Ülgen vd.), s. 496.

⁶²² Görevli ve yetkili mahkeme, SMK m. 156/2; 5000 sayılı Patent ve Marka Vekilliği ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun m.15/C (RG Tarih: 19.11.2003, Sayı: 25294) olmak üzere iki Kanunda düzenlenmiştir.; Yarg. 11. HD., E. 2019/2086 K. 2020/221 T. 9.1.2020 “... İlk derece mahkemesince, Bölge Adliye Mahkemesinin bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonucunda; SMK'nın 20. maddesi uyarınca bir marka başvurusu ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai karar olan YİDK kararlarının iptali istemiyle bu kararın tebliğinden itibaren iki ay içinde dava açılabilmesi, iki aylık sürenin hak düşürücü bulunduğu, bu nedenle dava şartı niteliğinde olup resen dikkate alınacağı, somut olayda iptali istenen YİDK kararının davacı vekiline 10.06.2014 tarihinde tebliğ edildiği, iki aylık hak düşürücü sürenin 10.08.2014 pazar gününe geldiğinden 11.08.2014 tarihinde dolduğu, davanın iki aylık hak düşürücü süre dolduktan sonra 04.09.2014 tarihinde açıldığı gerekçesiyle HMK'nın 115, 138 ve 556 sayılı KHK'nin 53. maddesi uyarınca dava şartı yokluğundan asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁶²³ **Uzunalli**, Marka Hukuku, s. 98; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 127.

olmalıdır⁶²⁴. Ancak başvuru aşamasında herhangi bir itiraz ileri sürülmemişse, bu durumda dava açmakta hukuki bir menfaat de bulunmadığından, husumet yalnızca TPMK'ya yöneltilmelidir⁶²⁵.

3.2.2. Kullanım İspatı Talebinin İleri Sürülmesi

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun son derece önemli ve bir o kadar da aydınlatılmaya muhtaç yeniliklerinden biri, m. 19/2'de öngörülmüş bulunan marka başvurusunun yayıma itiraz safhasındaki kullanımın ispatlanması sürecinin nasıl işleyeceğidir. Bu bağlamda çalışmanın bu kısmında; kullanım ispatı talebinin şartları, usulü ve sonuçları incelenmiştir.

3.2.2.1. Kullanım İspatı Talebinin Şartları

SMK m. 19/2'nin kaleme alınmış tarzından anlaşılabilen ve bu bölümde incelenecek olan şartlar; süreye bağlı olarak tescilli olma şartı, kullanımın ispatlanması yönünde bir talebin varlığı ve itirazın dayanak noktasının SMK m. 6/1'de ifadesini bulmuş olan karıştırılma ihtimaline dayalı olarak gerçekleştirilmesi olarak ifade edilebilir. Ancak SMK m. 19/2 hükmünün def'i olarak ileri sürülebildiği hükümsüzlük ve tecavüz davalarında da kanun koyucunun 19/2 hükmüne yapmış olduğu atıftan ötürü birebir aynı şartların uygulanabileceğini ifade etmek, bu uyuşmazlıkların usul hukuku açısından birer dava olmalarından ve bu davaların bünyelerinde barındırdıkları münhasır özelliklerinden ötürü, doğru sonuçlara ulaştırmayacak bir kabul olacaktır. Bu yüzden çalışmamızın bu bölümünde, TPMK nezdinde gerçekleştirilen bir başvurunun yayımına karşı itiraz safhasında kullanımın ispatlanması talebinin şartları açıklanmıştır. Nitekim idarî bir mercii olan TPMK'nın vereceği idari karar ile mahkemelerin yapacağı değerlendirmenin ve sonucunda vereceği adli kararın aynı usul ve esaslar dâhilinde olması beklenmemelidir⁶²⁶. Bununla birlikte dava aşamalarında kullanmama def'inin şartları,

⁶²⁴ Öğretide savunulan bir görüşe göre nispi ret sebeplerine dayalı olarak açılan bu hâllerde davalılar arasında şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır ve bu yüzden dava sadece TPMK'ya açılırsa mahkeme, başvuru sahibinin de dâhil edilmesi için davacıya süre vermeli, eğer dâhil edilmezse taraf eksikliğinden ötürü usulden reddetmelidir. (Kale, s. 88).

⁶²⁵ Arkan, Marka Hukuku, C.II, s.161-163; Kale, s. 88; Bozer/Göle, s. 261.

⁶²⁶ Kale, s.190; Büyükkılıç, s. 520.

benzerlik gösterdiği ölçüde, tekrara düşmemek amacıyla bir önceki bölümdeki şartlara gönderme yapmak suretiyle incelenmiştir.

3.2.2.1.1. Önceki Markanın Başvuru veya Rüçhan Tarihinde En Az Beş Yıldır Tescilli Olması

Markanın kullanımının ispatının talep edilebilmesi için, SMK m. 19/2 uyarınca en az beş yıldır tescilli bulunması gerekmektedir⁶²⁷. Burada, markanın zaman bakımından kullanımında ve bunun ispatı hususunda yaptığımız açıklamalara dayanarak tekrara düşmemek amacıyla yeniden yer verilmemiştir⁶²⁸.

3.2.2.1.2. İtirazın Konusunun SMK m. 6/1 Kapsamında Karıştırılma İhtimali Olması

Kullanım ispatı talebinde bulunabilmek için itirazın SMK 6/1 uyarınca karıştırılma ihtimaline dayanması gerekmektedir⁶²⁹. Marka tescil başvurularında nispi ret sebepleri arasında yer alan SMK m. 6/1 hükmü, markanın halk tarafından karıştırılma ihtimalini (*likelihood of confusiuon*)⁶³⁰ düzenlemektedir. Genel bir bakış açısıyla karıştırılma ihtimali, “*tescilsiz işaret yahut müseccel markanın, tescil edilmiş veya tescil için başvuruda bulunulmuş başka bir marka ile, sunmuş olduğu mal veya hizmetlerin aynı*

⁶²⁷ EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzunda benzer ifade için bkz. EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 3.1.2.

⁶²⁸ Bkz. yuk. 2.4. “Markanın Zaman Bakımından Kullanımı”.

⁶²⁹ YİDK K. 2019-M-8518, T. 17.10.2019, “... Bu çerçevede yapılan değerlendirme sonucunda, işbu başvuru ile itiraza gerekçe olarak gösterilen markaların benzerlik düzeyi, başvuru kapsamındaki itiraza konu mallar/hizmetler ve bunların nitelikleri dikkate alındığında, başvuru ile itiraza gerekçe olarak gösterilen markalar arasında iltibas ihtimalinin bulunmadığı kanaatine varılmıştır. 6769 s. SMK 6/1 maddesi gerekçeli itiraz yerinde bulunmadığından kullanım ispatı talebinin değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.” (Savaş/Saygın, s. 58, dn. 12).

⁶³⁰ Nispi ret sebepleri, marka olarak tescil ettirilmek istenen işaret üzerinde, ilgili işareti daha önceden marka olarak tescil ettirmiş ya da tescili için başvuruda bulunmuş kişilerin hakkı bulunması nedeniyle, bu kişilerin itiraz etmesi sonucu tescile engel teşkil eden nedenlerdir. Dolayısıyla nispi ret nedenleri için “önceki haklar” kapsamında söz konusu olur. Nispi ret nedenleri kamu menfaatini içermez, temelde sübjektif bir hak iddiasına dayanmaktadırlar. Dolayısıyla TPMK ya da mahkemeler tarafından re’sen değerlendirilemez; değerlendirilebilmeleri için talebin varlığı şarttır. **Karasu** (Suluk/Nal), s. 185; **Çolak**, Marka Hukuku, s.197; **Karan/Kılıç**, s. 196; **Kaya** (Ülgen vd.), s. 482; **Tritton**, s. 516, N. 3-133; **Norman**, s. 390; **Cornish/Llewelyn/Aplin**, s. 735, N. 18-52; **Kur/Senftleben**, s. 211, N. 4.308; **Aplin/Davis**, s. 467; **Fhima**, **Ilanah/Denvir**, **Catrina**, An Empirical Analysis of the Likelihood of Confusion Factors in European Trade Mark Law, IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, 46(3), (s. 310-339), s. 311 vd.

teşebbüs tarafından veya ekonomik olarak bağlantılı teşebbüslerden doğabileceğinin hedef kitledeki tüketici tarafından ilişkilendirilmesi ihtimali” olarak ele alınabilir⁶³¹.

Karıştırılma ihtimali, hem uygulama içerisinde hem de öğretideki tartışmalarda en göze çarpan hususlardan biri olup; marka hukukunun temel mihenk taşlarından birini teşkil etmektedir⁶³². SMK m. 6/1’in “*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...*” ibaresinden karıştırılma ihtimalinde, bir arada bulunması gerekli iki unsurun bulunduğu sonucuna varılmaktadır⁶³³. Birinci unsur; markanın, tescil edilmiş ya da daha önceden başvurusu yapılmış olan markayı oluşturan işaretlerin aynı veya benzer olmasıdır. İkinci unsur ise, çatışma hâlindeki bu markaların kapsamındaki mal veya hizmetlerin de aynı veya benzer olmasıdır. Bu unsurlar farklı varyasyonlar oluşturup çeşitli karıştırılma ihtimalleri doğurabilirler⁶³⁴. Esasında her ne kadar m. 6/1’de açıkça belirtilmemiş olsa da karıştırılma ihtimalinin incelenmesinde üçüncü bir unsur olarak “önceki markanın ayırt etme gücü” de zikredilmelidir⁶³⁵.

⁶³¹ **Karasu** (Suluk/Nal), s. 185 vd.; **Uzunalli**, Marka Hukuku, s. 62 vd.; **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 42 vd.; **İmirlioğlu**, s. 156 vd.; ABAD, C-39/97, “Canon Kabushiki Kaisha v. Metro Goldwyn Mayer Inc” T. 29.09.1998, para. 30; **Cornish/Llewelyn/Aplin**, s. 764, N. 18-94; **Bently/Sherman**, s. 979.; **Fhima/Denvir**, s. 311; Yarg. HGK. E. 2013/52 K. 2013/1416 T. 2.10.2013, “... *Karıştırma ihtimali, markanın aynısının veya benzerinin kullanılması dolayısıyla alıcı zihninde gerek emtiaların(veya hizmetlerin), gerekse bu mal veya hizmetlerin kaynağı açısından yanlış kanaatler uyandırması hali, işletmeler arasında ekonomik ve idari bağlantı bulunduğu yönde çağrışımlar yapması olarak ifade edilebilir.... Buradaki "ihtimal" kelimesi özenle ve özellikle kullanılmış bir kelime olup, şekil, ses, anlam, genel görünüm, çağrışım ve bir seri içinde bulunma izlenimi bu kapsamda değerlendirilmektedir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

⁶³² **Güneş**, Marka Hukuku, s. 250; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 185; **Uzunalli**, Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliği, s. 676; Karıştırılma ihtimalinin marka hukukunun “omurgasını” olduğuna yönelik değerlendirme için bkz. **Çolak**, Marka Hukuku, s. 198.

⁶³³ **Uzunalli**, Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliği, s. 677; Yarg. HGK., E. 2014/842 K. 2016/288 T. 9.3.2016, “*Bu düzenleme uyarınca getirilen yaptırımın iki koşulun bir arada bulunması halinde uygulanacağı görülmekte olup, bu iki koşuldan birincisi tescili istenen markanın, daha önce tescilli bulunan markanın aynısı veya benzeri olması, ikincisi ise; her iki markanın da aynı veya benzer tür mal ve hizmetlerde kullanılmasının gerekmesidir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.: 25.08.2020).

⁶³⁴ **Uzunalli**, Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliği, s. 677; Hem markalar hem de mal veya hizmetler aynı ise (*double identity*), bu hâlde ayrıca karıştırma ihtimalinin aranması gereksizdir, bu ihtimal farazi olarak zaten vardır. **Cornish/Llewelyn/Aplin**, N. 18-53.; **von Vomhard/von Mühlendahl**, s. 118; **Kur/Dreier/Luginbuehl**, s. 279; **Seville**, s. 364; **Prime/Booton**, s. 130; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 200.; Ancak yine de ABAD, Marka hakkının ihlali durumlarında bu tür kullanımın önceki markanın fonksiyonlarını zedelediğinin gösterilmesini öngörmüştür. (**Tritton**, s. 521, N. 3-139).

⁶³⁵ **Uzunalli**, Köken Ayırt Etme İşlevi, s. 154; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 189.

Öyle ise sırasıyla; ilk önce, *mallar veya hizmetler* arasındaki, sonra da markayı oluşturan *işaretler* arasındaki benzerlik incelenmeli ve nihayetinde önceki markanın ayırt ediciliği de göz önüne alınıp bu iki benzerlik arasındaki ilişki değerlendirilerek iltibasın var olup olmadığına karar verilmelidir⁶³⁶. Gerçekten de malın veya hizmetin farklılaşma oranı arttıkça, işaretin farklılaşma oranı da o derece azalacaktır⁶³⁷. Mal veya hizmetlerin karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde, Nice Sınıflandırması ölçütlerden birini teşkil etmektedir, burada “markanın tescil edildiği mallar veya hizmetler kapsamında kullanılması” başlığındaki ifadelerimize, tekrara düşmemek amacıyla, göndermekle yapmakla yetiniyoruz⁶³⁸. Malların ve hizmetlerin benzerliği konusunda Yargıtay’ın ve ABAD’ın emsal teşkil eden içtihatlarında ve öğretide⁶³⁹ malın veya hizmetin yapısını, nihai tüketiciyi, malın veya hizmetin kullanılma metot ve amaçları, dağıtım kanallarının ortak olup olmadığı, birbirleriyle rekabet hâlinde olmaları veya tamamlayıcı olmaları, gibi bazı unsurların da göz önüne alınması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁴⁰. Örnek olarak aynı tür ihtiyacı gideren malların, markette yan yana satışa sunulması verilebilir⁶⁴¹. Nihai

⁶³⁶ **Karasu** (Suluk/Nal), s. 185; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 210; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 100; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 148; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 420; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 58; **Uzunallı**, Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliği, s. 678.

⁶³⁷ **Pashı**, Ürün Benzerliği, s. 23; *Yazar* hem malları hem de hizmetleri ihtiva edecek şekilde “ürün” kavramını kullanmaktadır. Bkz. **Pashı**, Ürün Benzerliği, s. 17 vd.

⁶³⁸ Bkz. yuk. 2.2.3. “Markanın Tescil Edildiği Mallar ve/veya Hizmetler Kapsamında Kullanımı”.

⁶³⁹ **Karasu** (Suluk/Nal), s. 186; **Kur/Senftleben**, s. 221, N. 4.330; **Pashı**, Ürün Benzerliği, s. 87 vd.; **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 59-60; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 75.

⁶⁴⁰ C-39/97, “Canon v. MGM (CANNON)”, para. 17; C-342/97 “Meyer v. Klijsen (Lloyd/Loints)”, para. 19; Yarg. 11. HD. E. 2007/10027 K. 2008/12932 T. 17.11.2008, “*Marka Başvurularında Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ’e göre farklı sınıflardaki ya da aynı sınıfın farklı alt gruplarında yer alan mal veya hizmetlerin benzerlik araştırmasında genel olarak göz önüne alınması gereken kriterler piyasanın anlayış, benzer alıcı çevresine hitap edilip edilmediği benzer ihtiyaçların giderilip giderilmediği, birbirleri yerine ikame edilebilme ve rekabet etme olanağı olup olmadığı, dağıtım kanallarının ortak olup olmadığı ve mal veya hizmetlerin kullanım yöntemleri, amaçları hedeflenen halk kitlesi vb.’dir.*”; Yarg. 11. HD. E. 2017/3595 K. 2019/599 T. 22.1.2019, “... başvuru kapsamındaki 43/1.sınıftaki Yiyecek ve içecek sağlanması hizmetlerinin de davacı markalarının kapsamında olan 29, 30 ve 32.sınıf ürünlerle aynı türden olduğu, ürün ve hizmetlerin birbirini tamamladığı, aynı dağıtım kanallarından geçtikleri, aynı iş yerlerine sunuldukları, birbirleri yerine ikamet edilme ve rekabet etme olanaklarının bulunduğu, marka ve işaretin birbirleriyle idarî ve ekonomik olarak bağlantılı firmalara ait olduğu yönünde algılamada bulunulmalarının kaçınılmaz olduğu, bu hâlin öteden beri kullanılan davacı markalarının tüketiciler nazarında tesis ettiği imajın transferi sonucunu doğuracağı”; Yarg. 11. HD. E. 2018/948 K. 2019/2604 T. 3.4.2019, “...Mal ve hizmetlerin benzerliği yönünden öncelikle dikkate alınması gereken husus aynı amaç veya aynı ihtiyacı karşılayabilecek nitelikte, diğer anlatımla alternatif olup olmadıkları, birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olup olmadıkları, aynı rafta satışa sunulup sunulmadıkları aynı dolaşım ağıyla piyasaya sunulup sunulmadıkları, malların fiziki görünümleri, hammadde ve mamul ilişkisinin bulunup bulunmadığı hususları hep birlikte değerlendirilmelidir..” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020);

⁶⁴¹ Yarg. 11 HD. E. 2007/11414 K. 2009/50 T. 12.01.2009, “... Aynı tür ihtiyacı gideren, marketlerde yan yana raflarda satışa sunulan, ambalajları, satış şekilleri pazarlama yöntemleri, reklam biçimleri aynı ya da benzer olup iltibas olasılığının bulunduğu kuşkusuzdur.” (**Güneş**, Haksız Rekabet, s. 153).

tüketiciye göre karıştırılma ihtimaline örnek olarak da ABAD, “kadın ayakkabısı” ve “kadın çantası”nı, nihai tüketicilerin aynı olması ve söz konusu malların deri olarak aynı maddeden üretildiğine ancak bu faktörlerin genişliği göz önüne alındığında belirleyici olmadıklarına karar vermiştir. Mahkeme, ürünlerin kullanım amaçlarının birinin ayak giyimi diğerinin taşıma objesi olarak farklı olduğunu vurgulamıştır⁶⁴².

Mal veya hizmetler arasında benzerlik saptanamamış ise, işaretler aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olsa dahi karıştırılma hâli söz konusu değildir⁶⁴³. Ancak şunu da göz önüne almak gerekir ki bazen mallar veya hizmetler benzer olsa da farklı piyasalara sunulmuşlarsa karıştırılma ihtimalinden söz edilmeyebilir⁶⁴⁴. Örneğin ABAD “Commercy AG v. OHIM” kararında, önceki marka “EASYHOTEL” iken; “easyHOTEL” markasının başvurusuna yapılan itirazda; önceki markanın bilgisayar yazılımı rezervasyon sistemlerinde, ancak ikinci markanın insanlar tarafından çevrimiçi otel rezervasyonu yapılmasında kullanıldığı için, hedef kitlenin farklı mecralarda olmasından ötürü itirazı reddetmiştir⁶⁴⁵.

Markayı oluşturan *işaretler* arasında benzerlik değerlendirmesinde ise, birçok unsur ve kriter bir arada bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, somut olayın koşullarıyla ilgili tüm faktörler dikkate alınarak bütüncül bir değerlendirme (*global assessment*), markanın bırakmış olduğu genel izlenim çerçevesinde yapılmalıdır⁶⁴⁶. Bütüncül değerlendirmeden

⁶⁴² ABAD, T-169/03, “Sergio Rossi SpA v. OHIM” T. 18.07.2006.

⁶⁴³ **Uzunallı**, Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliği, s. 677-678; Yarg. 11. HD. E. 2018/1719 K. 2019/3613 T. 9.5.2019, “*Bölge Adliye Mahkemesince 2010/32094 sayılı davalı markasının hükümsüzlüğüne karar verilmiş ise de 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi uyarınca karıştırılma ihtimalinin tespitinde, markaların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu anlamda markada yer alan "TÜM HASARLARI GİDERİYORUZ WE MANAGE ALL DAMAGES" slogan ibaresinin markayı farklılaştırmaya yeterli olduğu ve davacıyla tamamen farklı bir sektörde faaliyet gösterdiğinin anlaşılması gerektiği ayrıca davacının "BİMTES" ibaresini tescil başvurusundan önce uzun bir dönem markasal olarak da kullandığı anlaşıldığından davanın tamamen reddi gerekirken Bölge Adliye Mahkemesi'nce hatalı bu gerekçe ile davanın kısmen reddine karar verilmesi doğru olmamış ve hükmün bu nedenle de temyiz eden davacı yararına bozulmasını gerektirmiştir.*”

⁶⁴⁴ **Bainbridge**, s. 846.

⁶⁴⁵ ABAD, T-316/07, “Commercy AG v OHIM”, T. 22.01.2009, para. 57.

⁶⁴⁶ ABAD, C-251/95, “Sabel v. Puma” T. 11.11.1997, para. 22; **Kur/Senftleben**, s. 220, N. 428; **von Bomhard/von Mühlendahl**, s. 158; **Uzunallı**, Markanın Korunması, s. 63; **Seville**, s. 365; **Kaya**, Marka Hukuku, s. 137; **Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 66; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 74; **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 48; **Cornish/Llewlyn/Aplin**, s. 735, N. 18.53; Yarg., 11. HD., E. 2017/3673 K. 2019/544 T. 21.1.2019, “... davacı vekilinin istinaf başvurusunun, başvuru konusu “ÖNDER KOLEJİ” ve “ÖNDER” ibareli işaretlerin, görsel, işitsel ve anlamsal olarak bıraktığı **umumi izlenim itibarıyla** davacının “YÖNDER” ibareli markaları ile benzer olmadığı gibi, tarafların markalarında yer alan şekil

ne anlaşılması gerektiği noktasında kavramın çıkış noktasına binaen, ABAD kararları yol gösterici olarak düşünülebilir. ABAD tarafından “*Sabel v. Puma*” kararında belirtilen temel ölçütlere ve Yargıtay uygulamasına göre; görsel, işitsel, kavramsal benzerlik de dâhil tüm faktörler dikkate alınmalı ve ilgili toplum nezdinde bırakılan genel izlenim esas alınmalıdır⁶⁴⁷. Markalarda ortak olan “baskın” unsurlar ve ayırt edici unsurlar birlikte, bütüncül bakış açısıyla, bir bütün olarak bırakmış olduğu izlenime göre değerlendirilmelidir⁶⁴⁸.

Bütüncül değerlendirme, orta derecede iyi bilgilendirilmiş, makul derecede gözlemleyen ve tedbirli olduğu düşünülen ortalama tüketici perspektifinden gerçekleştirilmelidir⁶⁴⁹. İşarete dair genel izlenime özellikle ayırt edici ve baskın bileşenlerin akılda tutularak oluşturulduğu genel izlenime bakılmalıdır⁶⁵⁰. Bu bağlamda,

unsurları ve yazım biçimleri dikkate alındığında, tarafların markalarının benzer kabul edilmelerinin mümkün bulunmadığı, İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve esas yönünden kanuna uygun olduğu gerekçesiyle esasın reddine karar verilmiştir”; Yarg. 11. HD. E. 2019/2122 K. 2020/446 T. 15.1.2020, “*tescilli bir marka ile başvuru konusu işaret arasında itibasa sebebiyet verebilecek derecede görsel, sescil ve anlamsal benzerlik olup olmadığının, her ikisinin ayırt edici ve baskın unsurları nazara alınarak münferit unsurlardan ziyade bütünü itibariyle bıraktığı izlenimin nazara alınarak belirlenmesinin gerektiği, davalının “Bianna” ibareli başvurusu ile davacının “Benna” asıl unsurlu markaları arasında görsel ve sescil olarak ortalama tüketicileri itibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunduğu...”* (www.lexpera.com, E.T.:25.08.2020).

⁶⁴⁷ ABAD, C-234/06, “Il Ponte Finanziaria SpA v. OHIM” T. 13.09.2007, para.48; Söz konusu karar, “global appreciation” olarak geçen bütüncül değerlendirmenin ilk olarak incelendiği ABAD kararıdır. (Norman, s. 394; Bently/Sherman, s. 979); Öğretide Kaya bu kavramı “bütünsellik” ilkesi olarak ifade etmektedir. (Kaya, Marka Hukuku, s. 138); Yarg. 11. HD. E. 2019/1759 K. 2020/156 T. 8.1.2020, “... taraf markalarını oluşturan şekillerin “L” harfinin farklı şekillerde birleştirilmesi ile elde edilen geometrik şekiller olduğu, davaya konu marka başvurusunda yer alan şekil unsurunun davacı markalarında yer alan şekil unsurundan farklı olarak bir baklava dilim görüntüsünü anımsattığı, davacı markalarında yer alan şekil unsurunun ise iki ters yönlü ok şekli izlenimini verdiği, ayrıca kullanılan renklerin de farklı olduğu, bu durumda davaya konu marka başvurusunun davacı markaları karşısında yeterli düzeyde farklılaştığı, davalı markasında yer alan şekil unsurunun tek başına markaların benzerliğine yol açmayacağı, taraf markaları arasında itibasa sebebiyet verebilecek derecede görsel, sescil, anlamsal olarak ortalama tüketicileri itibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunmadığı, 556 sayılı KHK’nın 8/1-b maddesi anlamında benzerlik ve itibas tehlikesi bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁶⁴⁸ Yarg. 11 HD. Y. 11. HD. E. 2015/6266, K. 2016/81, T. 11.01.2016 “...markalarda ayırt edici ve baskın unsurlar dikkate alınmak suretiyle markanın bütünü itibariyle bıraktığı izlenimin değerlendirilmesi gerekmektedir.”; “Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, taraf markaların asıl ve ayırt edici unsurunun “SERA” sözcüğü olduğu, iki işaret arasında anlamsal, görsel ve sescil olarak önemli derecede benzerlik bulunduğu, farklılıkların anlamsal, görsel ve sescil olarak iki işaret arasında var olan genel izleminden doğan benzerliğin etkilerini geri plana atmaya elverişli olmadığı...” (www.lexpera.com, E.T.:19.02.2020).

⁶⁴⁹ Cornish/Llewelyn/Aplin, N. 18.53, s. 737; Seville, s. 376; Kaya, Marka Hukuku, s. 138.

⁶⁵⁰ “*Sabel v. Puma*” para. 23; ; Bently/Sherman, s. 979; Yarg. 11 HD. E. 2002/12018 K. 2003/4432 T. 05.05.2003, “*Bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı vs.den oluşan şekil olup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanın bütünü İtibariyle bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırtıcılığını vurgulayan*

ortalama tüketicinin normalde bir işareti bir bütün olarak algıladığı ve çeşitli ayrıntılarını analiz etmediği göz önüne alınmalıdır⁶⁵¹. Bu tüketicinin farklı işaretler arasında doğrudan karşılaştırma yapabileme şansının nadiren olduğunu, ayrıntılı bir inceleme yapmadığını⁶⁵² ve zihninde kalan imgeye göre hareket ettiği göz önünde bulunmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bu hususu markanın “her şeyden önce ifade ettiği anlamın ön planda tutulması gerektiğini ve ilk bakışta intiba göz önüne alınarak işletmeler arasında bağlantı kurulup kurulmadığının göz önüne alınması gerektiğini” ifade etmiştir⁶⁵³. Benzer şekilde, “daha önce görüp yararlandığı markanın aşağı yukarı net anısının tesirinde olan ortalama düzeydeki alıcı kitlesinin” göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir⁶⁵⁴. Ayrıca,

imajda aramak lazımdır... Markalardaki kök kelime “PORT” ibaresi olup, her iki markada da “PORT” ibaresi müşterektir. Bu sözcüğün ise ,davacının önceden tescilli markası ile yazılış, okunuş, görsel ve fonetik yönlerden orta seviyedeki insanlar bakımından iltibasa meydana verecek derecede benzer olduğu, davalının, sırf davacının markasından istifadeye yönelik olarak bu sözcüğü tercih ettiği anlaşılmaktadır. Davalının markasındaki mevcut eklentinin başlı başına ayırdedicilik vasfının da olmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla , yukarıda anlatılanlar karşısında mahkemece davanın kabulüne karar verilmek gerekirken, reddi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.” (Güneş, Haksız Rekabet, s. 164-165), (www.lexpera.com.tr, E.T.25.08.2020).

⁶⁵¹ Sabel v. Puma” para. 23; Bently/Sherman, s. 979; von Bomhard/von Mühlendahl, s. 160; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 135; (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁶⁵² Karasu (Suluk/Nal), s. 188; İmirlioğlu, s. 159; Bainbridge, s. 845; Cornish/Llewelyn/Aplin, N. 18.53; ABAD, T-99/01 “Mystery Drinks GmbH v. OHIM” T. 15.07.2003, 28; Yarg. 11. HD. E. 2003/4003, K. 2003/10839, T. 13.11.2003, “... Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise, bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halkın olduğu gözönünde tutulacaktır.” (Güneş, Haksız Rekabet, s. 152); Yarg. 11. HD. E. 2018/962 K. 2019/2860 T. 10.4.2019, “... Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesince; mahkemenin vakta ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı, taraf markaları arasında biçim, düzenleme ve tertip tarzı itibarıyla görsel, sescil ve anlamsal olarak ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunmadığı, ortalama düzeydeki alıcı kitlesinin, yargılama konusu ürünler için ayırdığı satın alım süresi içinde, başvuru konusu işareti gördüğünde derhal ve hiç düşünmeden bunun davacının markalarından farklı bir marka olduğunu algılayabileceği gibi markalar arasında işletmesel bağlantı olduğunu da düşünmeyeceği, 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesinin uygulanma koşullarının somut olayda gerçekleşmediği gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esas yönünden reddine karar verilmiştir...” Yarg. 11. HD., E. 2018/272 K. 2019/2258 T. 25.3.2019, “... her iki markanın da 35. sınıfta yer aldığı, ortalama tüketicinin hiçbir ayrıntılı araştırma ve inceleme yapmaksızın, başvuru konusu işaret ile redde mesnet markayı karıştırılacak derecede benzer olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...” (www.lexpera.com.tr, E.T.: 25.08.2020).

⁶⁵³ Yarg. 11. HD. E. 2015/6244 K. 2015/12509 T. 25.11.2015, “... söz konusu değerlendirme yapılırken hedef tüketici kitlesinin niteliği (çocuklar / kadınlar / erkekler / hastalar / yaşlılar / meslek erbabı / sıradan tüketici vs.) dikkate alınmalı ve markalar bütüncül bir şekilde, yani bölmelere, hecelere ve harflere ayrılmadan değerlendirme yapılmalıdır. Bütüncül değerlendirme yapılırken, her bir markanın tüketicinin zihninde bırakacağı intiba çok önemlidir. Bu anlamda her şeyden önce markaların anlamları ön plana çıkacaktır. Tüketicilerin her iki markayı da yan yana koyarak markaları karşılaştıracakları düşünülmemeli, önceki markanın zihinlerinde bıraktığı iz ve intibanın etkisi ile, sonradan itiraz gerekçesi markayı gördüklerinde, ilk bakıştaki intibaları itibarıyla markalar arasında işletmesel bir bağlantı bulunduğunu düşünmeleri halinde karıştırılma ihtimalinin varlığından söz edilmelidir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.: 25.08.2020).

⁶⁵⁴ Yarg. 11 HD. E. 2016/1183 K. 2017/3705 T. 14.06.2017, “... işin uzmanı yahut dikkatli kişilerden oluşmayan, makûl düzeyde bilgilendirilmiş, marka ve başvuru konusu işareti aynı anda görüp detaylarını karşılaştırma olanağı bulunmayan, daha önce görüp yararlandığı markanın aşağı yukarı net anısının tesirinde olan ortalama düzeydeki alıcı kitlesinin, yargılama konusu ürün ve hizmetler için ayırdığı satın alım süresi içinde, davalının “... ” ibare ve biçimli işareti gördüğünde derhâl ve hiç düşünmeden bunun

ortalama tüketicinin dikkat düzeyinin söz konu malın veya hizmetin kategorisine göre değişiklik gösterme olasılığı da değerlendirmeye alınmalıdır⁶⁵⁵. Gerçekten de ortalama tüketicinin dikkat düzeyi, malın veya hizmetin çeşidine göre değişkenlik göstermektedir⁶⁵⁶. İlgili hedef tüketicinin; söz konusu malı elde etme veya hizmetten yararlanma anındaki dikkat düzeyi esas alınmalıdır⁶⁵⁷.

Bütüncül değerlendirme, özellikle bir yandan işaretlerin diğer taraftan da malların ve hizmetlerin benzerliği konusunda, ilgili faktörler arasında bağımlılık olduğunu ifade etmektedir; malların ve/veya hizmetlerin benzerliği markaların benzerliğinden bağımsız olarak değerlendirilemez⁶⁵⁸. Diğer bir deyişle, mallar ve hizmetler arasında daha az benzerlik derecesi, markayı oluşturan işaretler arasında daha büyük bir benzerlik derecesiyle dengelenebilir⁶⁵⁹. İşaretlerin benzerliği arttıkça, karışıklık ve yardımcı olma olasılığını bulmak için gereken mal ve hizmetlerin benzerliği de azalır⁶⁶⁰. ABAD, “GIORGIO BEVERLY HILLS” markasının önceki markalar olan “J GIORGI”, “Miss GIORGI” ve “GIORGIO LINE” sözcükleriyle, mal sınıfları aynı olsa dahi işaretler benzer

davacının markasından farklı bir marka olduğunu algılayabileceği, bunun sonucunda davacının "... markalı ürünleri satın almak isterken davalının "... ibareli başvuru konusu işareti taşıyan ürünleri satın alma biçiminde bir yanılgıya düşmeyeceği..." (www.lexpera.com.tr, E.T.: 25.08.2020).

⁶⁵⁵ Bu değerlendirmeyi yapan ABAD kökleşmiş içtihatları için; C- 342/97 “Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v Klijsen Handel BV.” T. 22.07.1999, para. 26; C-210/96 “Gut Springenheide GmbH and Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung.”, T. 16.07.1998, para. 31.

⁶⁵⁶ **Bainbridge**, s. 845; **Uzunallı**, Mal ve Hizmet Benzerliği, s. 684; Burada bahsi geçen “tüketici” kavramı 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değil, söz konusu maldan veya hizmetten ekonomik anlamda faydalanan tüm kitleyi ifade etmektedir. (**Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 15, dn. 24).

⁶⁵⁷ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 96; Yarg. 11. HD., E. 2017/3626 K. 2019/1107 T. 13.2.2019, “... taraf markalarının müştereken kapsadığı gıda emtiyasının tüketicilerinin toplumun her kesiminden kişiler olduğu, bu nedenle de söz konusu markaları taşıyan mal/hizmetlerin ortalama tüketicisinin, (gıda emtiası yönünden) markayı detaylı şekilde incelemeyen hareket edebileceği ve davacının **mallarını tercih ederken** redde mesnet olan markalardan edindiği olumlu imajı, davacı markasına kolaylıkla aktarabileceği gerekçesi ile davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.: 25.08.2020).

⁶⁵⁸ **Kur/Senfleben**, s. 220, dn. 685; **Uzunallı**, Markanın Korunması, s. 82.

⁶⁵⁹ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 76; Bu husus öğretilerde bir miktatsız iki ayrı kutunun belirli uzaklıktayken çekim etkisi yaratmayıp, birbirine yaklaştıkça çekim eğilimine girmesine benzer olarak açıklanmaktadır. Bkz. **Karasu** (Suluk/Nal), s. 193; C-39/97, “Canon v. MGM (CANNON)” T. 29.09.1998, para. 17; Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2018/54 K. 2019/80, T. 12.3.2019, “*Karıştırma ihtimali hem marka, hemde sınıf bakımından benzerlik gerektirdiğinden iki markanın tescil edildikleri, tescil başvurusunda bulunduğu ya da kullanıldığı mal ve sınıfların ne kadar birbirine benzer ise karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkmaması için markaların da o oranda birbirinden farklı olması gerekecektir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020); **Paslı** ürünün (mal/hizmet) benzerliği arttıkça işaretin farklılaşması gerektiği, bu suretle ayırt edicilik fonksiyonunun gerçekleşeceğini belirtmektedir. (**Paslı**, Ürün Benzerliği, s. 19).

⁶⁶⁰ **Bainbridge**, s. 845;

olmadığı için karıştırılma ihtimalinin bulunmadığına karar vermiştir⁶⁶¹. Ayrıca, önceki markanın ayırt ediciliği arttıkça, karıştırılma tehlikesi de o denli artmaktadır⁶⁶². Bu yüzden ayırt ediciliği (kendiliğinden ya da piyasada tanınır hâle gelmekle) yüksek markalar, bu niteliği daha düşük markalara oranla daha geniş bir korunmaktadır⁶⁶³.

Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde göz önünde bulundurulacak ölçütlerden birisi de “*görsel, işitsel ve anlamsal*” benzerliktir. Peşinen belirtelim ki uygulamada tek ölçüt olarak görsel, işitsel ve anlamsal benzerliğe odaklanılması hatalı olarak değerlendirilmekte ve bunun karıştırılma ihtimalindeki ölçütlerden yalnızca biri olduğuna, haklı olarak, işaret edilmektedir⁶⁶⁴. Bu ölçütler irdelendiğinde; prensip olarak, iki işaret arasındaki benzerliğin sadece üç duyuşsal algılama kategorisinden birine, yani görsel, işitsel ya da kavramsal izlenime dayanması yeterlidir⁶⁶⁵. Markanın sözcük ve/veya şekil unsurları arasında ortaya çıkabilen *görsel* benzerlik, karıştırma ihtimalinin tespitinde uygulamada en sık tespit edilen durumlardandır⁶⁶⁶. İşaretlerin hem görsel hem de işitsel

⁶⁶¹ ABAD, T-162/01, “Laboratorios RTB, SL v. OHIM” T. 09.07.2003, para. 54.

⁶⁶² C-251/95, “Sabel v. Puma”, para. 24; **von Bomhard/von Mühlendahl**, s. 160; Yarg. 11. HD., E. 2018/1264 K. 2019/3106 T. 17.4.2019, “*Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, başvuru markasının kapsamında yer alan emtiaların itiraza mesnet markalar kapsamında aynen yer aldığı, “BOND” ibaresinin ayırt edici niteliğinin zayıf olduğu, buna karşılık taraf markalarında yer alan “MITRE” ve “MAXI” ibarelerinin, markaların genel izlenimi üzerindeki etkisinin büyük ve markalar arasındaki benzerliği ortadan kaldıracak güçte olduğu, yeterince bilgilendirilmiş ve özenli ortalama tüketiciler yönünden bağlantı kurulması dahil karıştırma ihtimalinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiştir...*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

⁶⁶³ “CANNON” para. 18.

⁶⁶⁴ **Karasu** (Suluk/Nal), s. 187; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 58; Y. 11. HD., E. 2016/13289, K. 2018/4766, 25.06.2018, “*markalar arasında görsel, işitsel ve kavramsal yönden bütünüyle bıraktıkları izlenim itibariyle iltibasa yol açabilecek düzeyde benzer olmadığı...*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁶⁶⁵ ABAD, C-234/06 P, “Il Ponte Finanziaria SpA v. OHIM” T. 13.09.2007, para. 32; C-206/04 P, “Mühlens GmbH & Co. KG v. OHIM” T. 23.03.2006, para. 21; T-434/07, “Volvo Trademark Holding AB v. OHIM” T. 02.12.2009, para. 50. ; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 64; **Uzunalli**, Markanın Korunması, s. 67; Yarg. 11. HD., E. 2015/11557 K. 2016/9501 T. 12.12.2016, “*... Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, markalarda kelime unsurlarının işitsel ve anlamsal bakımdan aynı olduğu, görsel farklılıkların benzerliği bertaraf eder nitelikte bulunmadığı...*”; Yarg. 11. HD., E. 2018/2746 K. 2019/4179 T. 10.6.2019, “*Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre; başvuru markası ile itiraza dayanak markaların mal ve hizmetlerin aynı veya aynı tür olduğu, ancak dava konusu başvurunun “FEST” ibaresin, itiraza dayanak markaların ise standart karakterle yazılı “TEST” ibaresinden oluşan markalarla sadece ilk harfleri olan “T” ve “F” harfleri açısından farklılığın bulunduğu, her ne kadar taraf markalarındaki ortak harfler çoğunlukta olsa da işitsel olarak kulakta bıraktıkları etki ve vurgunun farklı olduğu, ibareler arasında ayırt edilemeyecek ölçüde bir işitsel benzerlik olmadığı, kavramsal benzerlik açısından bakıldığında ise ibarelerin farklı anlamlara sahip sözcükler olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir ...*” (www.lexpera.com.tr, E.T. :25.08.2020).

⁶⁶⁶ 2015 yılında yapılan bir araştırmaya göre ABAD içtihatlarından karıştırılma ihtimalinin bulunduğu yönelik verilen kararların %90’lık oranını görsel benzerlik oluşturmaktadır. Diğer karşılaştırmalı veriler için bkz. ve karşı. **Fhima/Denvir**, s. 328.

açından benzer olması karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkma olasılığını arttırmaktadır. Bununla birlikte, işaretler arasında açık bir kavramsal farklılık varsa durum farklı olabilir⁶⁶⁷. Örneğin, ABAD “Picasso” ve “Picaro” sözcükleri arasında, ilkinin açık ve spesifik olmasından ötürü, halk tarafından çok hızlı bir şekilde kavranabileceği ve bunun sonucu olarak da bu kavramsal farklılığın işaretler arasındaki görsel ve fonetik benzerlikleri bertaraf edecek yeterlilikte olduğuna karar vermiştir⁶⁶⁸.

Dikkate alınacak bir diğer ölçüt ise *önceki markanın (earlier trademark) ayırt edici gücüdür*⁶⁶⁹. Buna göre; ayırt edici gücü yüksek marka güçlü kabul edilir ve koruması da buna bağlı olarak genişler, düşük olansa zayıf marka olarak kabul edilir ve koruma kapsamı zayıflığına bağlı olarak sınırlanır⁶⁷⁰. Önceki markanın ayırt ediciliği ile karıştırılma ihtimali doğru orantılıdır, ayırt ediciliği ne kadar fazlaysa karıştırılması da o derece yüksek bir ihtimaldir⁶⁷¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önceki markanın “Slim

⁶⁶⁷ Kur/Senftleben, s. 224, N. 4.340; Yarg. 11 HD. E. 2007/11417, K. 2009/378, T. 19.01.2009, “... tescil edilmek istenen esas unsurun “DOYUM” ibaresi olduğu, davalı şirketin tescil ettirmek istediği “DOYDUM” kelimesi ile “DOYUM” kelimesinin bir harf fazlalığı ile fonetik, görünüş ve anlam olarak 556 sayılı KHK’nın 8/1-b maddesi anlamında benzer ve iltibas yaratmaya müsait olduğu...” (Güneş, Haksız Rekabet, s. 152-153).

⁶⁶⁸ ABAD, C-361/04 P, “Claude Ruiz-Picasso and Others v. OHIM” (Picasso) T. 12.07.2006, para. 20; Benzer yönde karar için bkz. C-16/06P, “Les Éditions Albert René SARL v. OHIM” T. 18.12.2008, (OBELIX/MOBILIX) para. 38; C-558/12, “Riha WeserGold Getränke GmbH & Co. KG v. OHIM” T. 23.01.2014, para. 47-48; Yarg. 11. HD. E. 2014/10121 K. 2014/19381 T. 10.12.2014, “Uyuşmazlığa konu işaretlerin kapsadığı 9. sınıflardaki emtialar yönünden işaretler arasında 556 sayılı KHK’nın 8/1-b maddesi anlamında ilişkilendirme ihtimalini de içerecek şekilde iltibas tehlikesinin bulunduğu kabulü gerekirken, www.ditcard.com markası ile davacı markası arasında işitsel ve kavramsal açıdan benzerlik olmasına rağmen tarafların iştigal alanlarının farklı olması ve hitap ettikleri tüketici kitlesinin farklı olması nedeniyle söz konusu kullanımların iltibas teşkil etmediği gerekçesine yer verilmesi doğru olmamıştır.”; Yarg. 11. HD., E. 2019/2464 K. 2020/378 T. 15.1.2020, “... davacının “RED BULL+şekil” ibareli markaları ile davalının “MAKBUL+şekil” ibareli başvurusu arasında biçim, düzenleme ve tertip tarzı itibarıyla görsel, sescil ve anlamsal olarak ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunmadığı, davacının markasının görselindeki iki kızgın boğanın tokuşmasına dair şekil ile davalının başvuru markasındaki görseldeki iki filin birbirine bakması şeklinin farklı olduğu gibi taraf markalarındaki ibarelerin de birbirlerine benzemedikleri, davacı tarafın markalarının tanınmışlığı ileri sürülmüş ise de taraf marka işaretleri benzemediğinden 556 sayılı KHK’nın 8/4 maddesindeki koşulların oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁶⁶⁹ 2017/1001 sayılı mehzaz Tüzük m. 8/2 “earlier mark” ibaresiyle önceki markaya işaret ederek bu kavramı açıklamıştır. Buna göre; önceki marka ile anlaşılması gereken “Topluluk nezdinde tescilli markalar; Üye devletlerden birinde tescilli markalar, Birlikte yürürlükte bulunan uluslararası anlaşmalara göre tescil edilmiş markaları” kapsamaktadır.

⁶⁷⁰ Kur/Senftleben, s. 229, N. 4.348; Pash, Ürün Benzerliği, s. 61; Aplin/Davis, s. 412; Memiş, Tekin, Örneklerle Zayıf Marka Kavramı, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, (ed.:Tekin Memiş), 2013, (s. 385-422), s. 387; TPMK tarafından çıkarılan Marka İnceleme Kılavuzu’nda (2019) yer alan zayıf marka örnekleri için bkz. <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/getFile?fileId=F6DF6A57-5157-4F78-965D-3FE0065055A2>

⁶⁷¹ Seville, s. 367; “PUMA v. SABEL” paragraf 24; YİDK K. 2019-M-8725, T. 15.10.2019, “Önceki tarihli markanın ayırt edici gücü arttıkça, karıştırılmanın ortaya çıkması ihtimali de artar. Bu nedenle ayırt edici

Plus” ibaresinin ayırt ediciliğinin zayıf olmasından ötürü “Slim X PLUS Citrus” markası ile bütüncül değerlendirme kapsamında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı kanaatine varmıştır⁶⁷². Ancak karıştırılma konusu tanınmış bir markaysa; her iki markanın da ayırt ediciliği yüksek olduğu içindir ki karıştırılma ihtimali de önlenmiş olur⁶⁷³.

Açıklanmasında fayda görülen bir diğer kavram da “ilişkilendirilme ihtimali” (*likelihood of association*) kavramıdır. Nitekim SMK m. 6/1’de karıştırılma ihtimali, “*ilişkilendirilme ihtimali dâhil karıştırılma ihtimali*” olarak ifade edilmiştir. Bu kavram ABAD içtihatlarında “*halkın söz konusu mal veya hizmetin aynı ya da bağlantılı işletmelerden geldiğini/kaynaklandığını düşünme tehlikesi*” biçiminde ele alınmaktadır⁶⁷⁴. Bununla birlikte ABAD “*Sabel v. Puma*” kararında da belirtildiği gibi ilişkilendirilme ihtimalinin tek başına karıştırılma ihtimali için yeterli olduğu söylenemez; keza ilişkilendirilme karıştırılmaya alternatif de değildir, fakat kapsamını belirlemeye yardımcı olabilir⁶⁷⁵. Daha çok tanınmış markaların korunması hususundaki zorunluluktan doğan ilişkilendirme sonucu ilişkilendirilme ihtimali kavramı hem markaların hem de işletmelerin tüketiciler tarafından karıştırılmamasına rağmen, iki

gücü düşük olan markalara kıyasla daha geniş korumadan yararlanırlar. Bu nedenle, karıştırılma ihtimalinin varlığı araştırılırken önceki markanın ayırt edici gücü ve özellikle sahip olduğu bilinirlik (ün) dikkate alınmalıdır. Buna paralel olarak, önceki tarihli markanın bir bütün olarak ayırt edici niteliği ne kadar düşüğe karıştırılma ihtimali de o kadar azalacaktır.” (Savaş/Saygın, s. 111, dn. 65).

⁶⁷² Yarg. HGK., E. 2017/114 K. 2018/1995 T. 20.12.2018, “Bununla birlikte, “Slim Plus” ibaresinin davaya konu marka tescilinde ön plana çıktığı, İngilizce’de “slim” ibaresinin “zayıf, ince, narin” anlamına geldiği, “plus” ibaresinin ise “artı, daha çok” anlamına geldiği, ayrıca bu sözcüklerin tescil kapsamındaki mallar yönünden doğrudan tanımlayıcı olmamakla birlikte ayırt edicilikleri zayıf ibareler olduğu, dolayısıyla tük.....cinin markasal algısının “Slim X PLUS Citrus/Narenciye +şekil” kombinasyonunun bütününe kapsayacağı anlaşılmaktadır. Bu nedenledir ki, davacı markasını okuyan veya gören ortalama dikkate sahip tük.....ci nezdindeki intiba, davalıya ait markanın bıraktığı intiba ile aynı olmayacaktır. Zira bu aşamada vurgulanmalıdır ki; her iki markanın da emtia listesi dikkate alındığında ve “slim” ibaresinin sektörde yaygın kullanımı bulunan ayırt ediciliği zayıf bir ibare olduğu da göz.....ldiğinde, bu yönüyle benzer olmayan markalar arasında iltibas tehlikesi bulunmadığı gibi ortalama tük.....ci nezdinde markaların birbiriyle ilişkili olduğu yönünde bir kanaat oluşma ihtimali de bulunmamaktadır.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁶⁷³ Karasu, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, s. 340.

⁶⁷⁴ ABAD, C-39/97 “Canon Kabushiki Kaisha v Metro-Goldwyn-Mayer Inc” T. 29.09.1998, para. 29.

⁶⁷⁵ Bainbridge, s. 741; Seville, s. 376; “SABEL v. PUMA”, p. 18; ABAD ilişkilendirilme ihtimalini bağımsız bir konsept olarak değil, karıştırılmanın bir çeşidi olarak ele almaktadır. (Jehoram/van Nispen/Huydecoper, s. 269); ABAD’ın bu yaklaşımının doğru bir yaklaşım olduğuna ilişkin Cornish/Llewelyn/Aplin, N. 18.96, s. 766.

marka arasında idari veya ekonomik bir bağlantı kurulması durumunda ortaya çıkmaktadır⁶⁷⁶.

Öğretide karıştırma ihtimalinin incelenmesinde, doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmektedir⁶⁷⁷. Aynı ya da benzer markanın, mal veya hizmetin *aynı işletmeden* doğduğu şeklinde bir algı uyanıyor ve satın alma tercihi bu bir işletmeden kaynaklanması hususuna dayanıyorsa doğrudan (dar anlamda⁶⁷⁸/klasik anlamda⁶⁷⁹) karıştırılma ihtimali söz konusudur⁶⁸⁰. Doğrudan karıştırılma ihtimalinde, markanın köken belirtme fonksiyonu ile ilgili olup, bu durumda hedef tüketici kitlesi nezdinde, ilgili işaretlerin aynı teşebbüsten doğduğu zannı doğmakta ve mal/hizmet ayrımı gerçekleştirilememektedir⁶⁸¹. Dolaylı/geniş anlamda karıştırılma ihtimalinde ise, mal/hizmet ayrımı mevcut olmakla birlikte, ekonomik bir bağlantının varlığından söz edilir⁶⁸². Ortalama tüketici farklı işaretleri algılamakla birlikte, benzerlikten ötürü üretici

⁶⁷⁶ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s. 166.

⁶⁷⁷ **Çolak**, Marka Hukuku, s. 199;

⁶⁷⁸ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 59.

⁶⁷⁹ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s. 164.

⁶⁸⁰ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 60; **Norman**, s. 394; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 199.

⁶⁸¹ Klasik anlamda karıştırılma tehlikesinde doğrudan karıştırılma ihtimalini ifade etmektedir. Karş. **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 59; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 164; Yarg. 11. HD., E. 2016/8534 K. 2018/2402 T. 4.4.2018, “Mahkemece, markalar arasında benzerlik bulunduğundan bahisle davalı markasının hükümsüzlüğüne karar verilmiş ise de, markaların asli unsurları, yazı karakterleri, kullanılan renkler bir bütün olarak incelendiğinde, tüketici kitlesinde firmalar arasında bir irtibat olduğu zanni doğurmayacak kadar markaların birbirinden farklılaştığı anlaşılmaktadır.” Yarg. 11. HD., E. 2017/5435 K. 2019/1974 T. 11.3.2019, “... davalı markasındaki ek kelimelerin taraf markalarında bulunan "... ibaresinin baskın görünüşünü ortadan kaldırmadığı, davalı markasının ortalama tüketici nezdinde bir çok yerde şubesi olan davacı markasının sanki bir şubesiymiş izlenimi yarattığını, bu itibarla taraf markaları arasında dava konusu hizmetler yönünden 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi anlamında karıştırılma olasılığı bulunduğunu, ayrıca somut olayda uygulanma yeri bulunmayan 556 sayılı KHK'nın 8/4. maddesinin somut olayda uygulama yeri olmadığı gerekçesiyle, davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kabulüne, TPKM ...'nın 2015-M-11873 sayılı kararının iptaline ve 2013/42992 sayılı "...T..." ibareli markanın hükümsüzlüğü ile sicilden terkinine karar verilmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁶⁸² **Uzunalli**, Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliği, s. 681; **Norman**, s. 394; Yarg. 11. HD., E. 2017/3672 K. 2019/600 T. 22.1.2019, “... ortalama tüketicinin iki markayı karıştırabileceği ve davacının sonraki tarihli markasını, davalının markası olarak algılayabileceği gibi iki farklı marka ile karşı karşıya olduğunu düşünse bile markalar ya da işletmeler arasında idari ya da ekonomik bir bağ olduğunu düşünebileceği veyahut davalının markası zannederek davacının markasına da yönelebileceği somut uyumsuzlukta 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi gereğince iltibas koşullarının gerçekleştiği anlaşılma, davacı vekilinin istinaf başvurusunun esas yönünden reddine karar verilmiştir...” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

teşebbüsler arasında ekonomik bir bağ kuruyorsa dolaylı (geniş anlamda) karıştırılma ihtimali söz konusu olmaktadır⁶⁸³.

Karıştırılma ihtimali, sadece başvurunun yayımlanması aşamasında ileri sürülebilecek bir nispî ret sebebi değildir. Karıştırılma tehlikesinin varlığına rağmen tescil gerçekleşmişse, ilerleyen safhalarda bu durum, sonraki marka için, SMK m. 25/1 uyarınca markanın hükümsüzlüğü sebebi teşkil edecektir.

Kullanım ispatını düzenleyen SMK m. 19/2 ise “6’ncı maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılan itirazlarda...” ifadesiyle m. 19/2 hükmünün sadece m. 6/1 kapsamındaki itirazlarla sınırlandırılmıştır⁶⁸⁴. Buna göre TPMK tarafından, m. 5/1-ç kapsamında yapılacak değerlendirme sonucunda, başvurusu yapılan markayı aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğu için reddetmeden önce kullanım ispatı talep edilebilmesi mümkün değildir⁶⁸⁵. Belirtmek gerekir ki SMK m. 6/1 kapsamında tanınmış markalarda da ciddi kullanımın ispatı için talebe bağlı olarak delil sunulması gerekmektedir⁶⁸⁶. Türk hukukunda da kullanım ispatının düzenlendiği SMK m. 19/2 hükmünde tanınmış markaların kullanımının ispatlanmasını hariç tutan bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ayrıca, öğretilerde belirtildiği gibi tanınmış markaların da kullanılmayan mallar ve/veya hizmetler bakımından iptali söz konusu olabildiğine

⁶⁸³ **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 60; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 199; Yarg. 11. HD., E. 2017/3591 K. 2019/521 T. 21.1.2019, “... davacının “FAVORİNO”; “FAVORİMO”; “FAVORİM’O”; “TORKU FAVORİMO” ibareli markasıyla sunulan anılan ürünleri satın almak veya hizmetlerden yararlanmak isterken davalının “TURKUVAZ FAVORİ” işareti taşıyan ürün ve hizmetleri satın alma veya yararlanma yönünden tercihte bulunabilecekleri, bir kısım alıcıların iki farklı marka karşısında bulunduğunu algılayabilse bile marka ve işareti birbirleriyle idari ve ekonomik olarak bağlantılı şirketlere ait olduğu yönünde algılamada bulunulmalarının kaçınılmaz olduğu, bu hâlin öteden beri kullanılan davacı markalarının tüketiciler nazarında tesis ettiği imajın transferi sonucunu doğuracağı...” Yarg. 11. HD., E. 2018/2284 K. 2019/3981 T. 21.5.2019, “Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, markalar arasında işitsel ve görsel benzerlik bulunduğu, markaları MAKS LİNEN, TAÇ LİNEN, ZORLU LİNEN LİNENS şeklinde telaffuz eden ortalama tüketici kitlesinin çağrıştırma ihtimali de dahil markalar arasında benzerlik kuracağı, karıştırma ihtimali doğacağı, marka sahipleri farklı olsa dahi en azından aralarında idari ekonomik bir bağlantı olduğunu düşüneceği, markalar arasında 556 sayılı KHK 8/1-b anlamında benzerlik ve karıştırma ihtimali bulunduğu gerekçesi ile davanın kabulü ile YİDK’nın 2015-M-2788 sayılı kararının iptaline, 2013/94752 sayılı markanın hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁶⁸⁴ **Çolak**, Marka Hukuku, s. 410; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 207; Kullanım İspatı Kılavuzu s. 3.

⁶⁸⁵ **Karasu** (Suluk/Nal), s. 207-208; **Gün**, s. 150; **Yardımcı/Sever**, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 428; **Akın**, Elif Betül, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Tescil Süreçleri ve Mutlak Ret Nedenleri, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı, (Bildiriler Kitabı), 16-22 Aralık 2019, (s. 141-174), s. 148; Aksi yönde görüş için bkz. ve karşı. **Güneş**, Marka Hukuku, s. 251.

⁶⁸⁶ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 9; Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 26.

göre⁶⁸⁷, kullanmamanın yaptırımına duçar olmak bakımından kullanımın ispatlanmasının talep edilmesinde de bir sakınca bulunmamalıdır⁶⁸⁸.

3.2.2.1.3. Talep Şartı

Yayıma itiraz aşaması için öngörölmüş bulunan SMK m. 19/2’de, “6’ncı maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılan itirazlarda, ... **başvuru sahibinin talebi üzerine**, itiraz sahibinden, ... itiraz gerekçesi markasını ... kullanmakta olduğuna ilişkin delil talep edilir.” ifadesiyle, kullanımın ispatı için başvuru sahibinin talebinin şart olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu yüzden TPMK re’sen itiraz sahibinden, markasını kullandığını ispat etmesini isteyemez. EUIPO AB Markalarını İnceleme Kılavuzu’nda da benzer şekilde, başvuru sahibinin kullanımın ispatı talebinde bulunmadıkça, EUIPO tarafından re’sen (*ex officio*) incelenemeyeceği belirtilmiştir⁶⁸⁹. Bu şartın sonucu olarak TPMK, başvuru sahibini kullanımın ispatlanmasını isteyebileceği konusunda bilgilendiremeyeceği gibi böyle bir talepte bulunmaya da davet edemez⁶⁹⁰. Kurumun itiraz aşamalarındaki tarafsız statüsü de göz önüne alındığında, fiili temeli sağlamak ve kendi konumlarını savunmak taraflara bırakılmıştır⁶⁹¹.

Talep; açık, kesin ve koşulsuz olmalıdır. Nitekim başvuru sahibinin bu talebi, usul bakımından önemli sonuçlara yol açan, resmî bir beyandır⁶⁹². Yeterince açık ve kesin ifadelerle örnek olarak, “*İtiraz sahibinin kullanım ispatı sunmasını talep ediyorum...*”, “*Ofisi (Kurumu), itiraz edenin kullanımı kanıtlaması için bir zaman sınırı koymaya davet ediyorum...*”, “*Önceki markanın kullanımı SMK m. 19/2 uyarınca tartışılmıştır*”, “*Başvuran, kullanılmama itirazını gündeme getirmiştir*”⁶⁹³ gibi ifadeler verilmektedir.

⁶⁸⁷ **Kaya**, Marka Hukuku, s. 23; **Sert**, s. 13 vd.; **Bilgili**, Kullanma Zorunluluğu, s. 42; Yarg. HGK E. 2010/695 K. 2011/47 T. 09.02.2011, “*Anılan maddelerde belirtilen kullanmama nedeniyle hükümsüzlük davasında tanınmış markalar için bir ayrıcalık bulunmamaktadır ... Bu bakımdan TPE nezdinde tescilli ve tanınmışlık düzeyine ulaşmış markalar da; 556 sayılı KHK’nin 14. ve 42.maddeleri uyarınca kullanılmayan mal veya hizmetler bakımından kısmen iptal edilebilir*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

⁶⁸⁸ **Karasu** (Suluk/Nal), s. 208; **Güneş**, Marka Hukuku, s. 470; **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s. 993.

⁶⁸⁹ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 5, 59; **Aaron/Nordemann**, s. 1236; **Akın**, Tescil Süreçleri, s. 148.

⁶⁹⁰ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 3.1, , s. 58.

⁶⁹¹ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 3.1, s. 58.

⁶⁹² EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 3.1.3. 62.

⁶⁹³ EUIPO Temyiz Kurulu, R 1347/2009-1, “Information Factory AG v. ANTENA 3 DE TELEVISION, S.A.” T. 05.08.2010, para. 19. (https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*///number/1347%2F2009-1).

Yeterince açık ve kesin olmayanlar ise; “İtiraz eden markasını sadece ... için kullanmaktadır.”, “İtiraz eden markasını ... için kullanmamıştır.”, “İtiraz sahibinin markayı kullandığına dair bir kanıt bulunmamaktadır.” gibi ifadeler açık ve kesin olarak kabul edilmemektedir⁶⁹⁴.

Bu kuralın istisnası olarak; kesin olmayan, örtülü bir şekilde kullanım ispatı talebi ise ancak itiraz sahibinin kendiliğinden (başvuru sahibinin talep hakkı doğmadan önce) kullanım ispatlayan delilleri ibraz etmesi ve başvuru sahibinin itiraza yönelik ilk cevabında itiraz sahibini kullanımın ispatına yönelik delil sunmaya zorlaması hâlinde kabul edilebilir⁶⁹⁵. Bu durumda, Ofis/Kurum kullanım ispatı talebinin yapıldığını göz önüne almalı ve itiraz sahibine delillerini sunması için nihai bir tarih vermelidir⁶⁹⁶.

Talebin koşulsuz olmasına gelince; talep her hâl ve şartta koşulsuz yapılmalıdır. Talebin niteliği ile ilgili olarak SMKY m. 29/2, talebin “açık, net ve koşulsuz” olması gerektiği ve kullanımın ispatı istenen markaların tescil numaralarının da açık bir şekilde belirtilmesi gerektiği; aksi takdirde talebin yapılmamış sayılacağı ifade edilmektedir⁶⁹⁷. Tercihen kullanım ispatı talebinin olumlu ifadelerle yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁹⁸. Kullanım ispatı talebi koşula bağlı olarak da gerçekleştirilemez; örneğin

⁶⁹⁴ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 3.1.3, s. 63.

⁶⁹⁵ ABAD, T-450/7, “Harwin International LLC v OHIM” T. 12.06.2009, para. 25.

⁶⁹⁶ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 3.1.3, s. 63.

⁶⁹⁷ SMKY m. 29/2 ifadesi şu şekildedir: “Kullanımın ispatı talebi açık, net ve koşulsuz olarak yapılır. Bu talepte, kullanımın ispatı istenilen markaların tescil numaralarının açıkça belirtilmesi zorunludur. Aksi halde talep yapılmamış sayılır.” Ancak yönetmelik hükmünde talebin yapılmamış sayılması yaptırımının hangi eksikliğe yönelik olduğu açıkça anlaşılmamaktadır. Talepte tescil numarasının belirtilmemesinin mi yoksa talebin açık, net ve koşulsuz olmamasının mı yaptırımını oluşturmaktadır? Her iki durumun da arz ettiği önem itibarıyla ikisinden birinin bulunmaması hâlinde, örneğin tescil numarasının bulunması ancak talebin şarta bağlanmış olması hâlinde, talep yapılmamış sayılmalıdır. Bununla birlikte Kullanım İspatı Kılavuzunda kullanım ispatı kapsamına giren itiraz gerekçesi markalar Kurum tarafından açık şekilde tespit edilebiliyorsa, başvuru sahibi tarafından tescil numarası belirtilmeden yapılan talepler de kabul edilebileceği belirtilmiştir. (Kullanım İspatı Kılavuzu, s. 6).

⁶⁹⁸ Kılavuzda buna yönelik ifade örnekleri verilmiştir, bkz. EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m.3.1.3; Bunun için Kullanım İspatı Kılavuzunda, matbu form dışında kullanım ispatı talebinin aşağıdaki ifadelerle uygun şekilde hazırlanması gerektiği belirtilmiştir:

- “ ... itiraz sahibine ait ... tescil numaralı markanın/markaların kapsamında bulunan ... mallar/hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmakta olduğuna ya da kullanılmamasına dair haklı sebeplerin olduğuna ilişkin delillerin sunulmasını talep ediyorum.
- İtiraz sahibinin ... tescil numaralı markasının/markalarının kapsamında bulunan ... mallar/hizmetler bakımından kullanımının ispatlanmasını talep ediyorum.
- ... numaralı markanın kapsamında bulunan ... mallar/hizmetler bakımından kullanımının SMK Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 29 uncu maddesinin 2’nci fıkrasına göre kanıtlanmasını talep ediyorum.”

“İtiraz sahibi, kullanımını “X” ya da “Y” mal veya hizmetlerinde sınırlandırmazsa, kullanımın ispatlanmasını talep ediyoruz.” gibi bir ifade ya da “Eğer Kurum uygun görürse, itiraz sahibinden kullanımın ispatını talep ediyoruz.” ifadesi koşula bağlı olduğu için kabul edilmemelidir⁶⁹⁹. Açıklık, netlik ve koşula bağlı olmama şartlarının yanı sıra, SMKY m. 28/3’e göre itiraz, mutlak suretle gerekçeli yapılmalıdır, gerekçesiz ise ve yayımdan itibaren geçen iki aylık süre içerisinde gerekçeler sunulmazsa itiraz hiç yapılmamış kabul edilecektir.

Hemen belirtelim ki, başvuru sahibi, kullanımın ispatlanması talebini TPMK’ya yönelttikten sonra Kurum artık bu taleple bağlıdır. Kullanım ispatı talebi geçerliyse, Kurum talebi itiraz sahibine yöneltip markasını kullandığını ya da kullanmamaya dair haklı sebeplerinin bulunduğunu ispatlaması için SMKY m. 29/3 uyarınca bir aylık süre verir.

3.2.2.2. Kullanımın İspatlanması Usulü

Marka başvurusu yapıldıktan sonra TPMK tarafından, markanın SMK m. 15 ve SMKY m. 4, 5 ve 6 kapsamında şekli açıdan incelenmesini gerçekleştirilir⁷⁰⁰, bu incelemelerden sonra şekli açıdan bir eksiklik olmadığı kanaatine varılırsa, SMK m. 16/1 uyarınca, m. 5’te yer alan mutlak ret nedenleri kapsamında TPMK tarafından re’sen bir inceleme yapılır; eğer ki Kurum başvurunun başvuru kapsamındaki mallar ve/veya hizmetler bakımından tescil edilemeyeceği sonucuna varırsa başvuruyu, bu mallar ve/veya hizmetler için reddeder. Eksikliği bulunmayan bir marka başvurusu Resmi Marka

⁶⁹⁹ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 63, m. 3.1.3.

⁷⁰⁰ SMK m. 15: “(1) Kurum, başvurunun 3’üncü ve 11’inci maddelere uygunluğunu şekli bakımından inceler. Şekli eksiklik bulunmadığına karar verilmesi hâlinde başvuru, başvurunun alındığı tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir. Şekli eksiklik bulunması hâlinde başvuru sahibine eksikliği gidermesi için iki ay süre verilir.

(2) 11 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (ç) bentlerine ilişkin eksiklik bulunması hâlinde başvuru tarihi eksikliğin giderildiği tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir. 11 inci maddenin birinci fıkrasının (d), (e) ve (f) bentlerine ilişkin eksiklikler başvuru tarihinin kesinleşmesini etkilemez.

(3) Süresi içinde eksiklikleri giderilmeyen başvuru işlemden kaldırılır. Ancak başvurunun birden fazla sınıfa kapsayan mal veya hizmetler için yapılmış olması ve sınıflara ilişkin ücret eksikliğinin süresinde giderilmemesi hâlinde 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.

(4) 3’üncü madde kapsamına girmeyen gerçek veya tüzel kişilerin başvurusu reddedilir.”

Bülteni’nde, görüşlerin sunulması ve varsa itirazların yapılması için ilân edilir⁷⁰¹. Çalışma konumuzu, şekli incelemeden sonraki aşamalar ilgilendirdiği için, mutlak ret nedenleri ve şekli incelemelerde eksikliği olmayan bir marka başvurusu varsayımı altında, bundan sonraki prosedürel aşamalar ele alınacaktır.

Başvurunun yayımına itiraz aşamasındaki kullanım ispatı talebi için yol gösterici olabilecek düzenlemeler; SMK m. 19/2 ve bu hükme uygun olarak SMKY 28 ilâ 34’üncü maddeler, TPMK Kullanım İspatı Kılavuzu, 2017/1430 sayılı AB Marka Yetki Devrine Dayanan Komisyon Tüzüğü II. Başlık (2 ilâ 10.maddeler), 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 47⁷⁰², 2018/625 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 10, 2015/2436 Direktif m. 44, EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzu hükümleri olarak ifade edilebilir.

İlk olarak, SMKY m. 28/1 uyarınca, marka tescil başvurusu yapıp Bültende yayımlanmasından itibaren *iki ay* içerisinde, ilgili kişilerin başvuruya itiraz etme hakkı doğmaktadır⁷⁰³. İki aylık süre, başvurunun Resmi Marka Bülteni’nde veya ek Bülten’de yayımından itibaren başlamaktadır⁷⁰⁴. Bu süre hak düşürücü olmakla birlikte; ilgili kişinin bu süreyi kaçırmamasının ilerleyen safhalarda hükümsüzlük veya iptal davası açmasına engel teşkil etmeyeceğini de ifade etmek gerekir.

Ancak bu tescil başvurusuna yapılan itirazın belirli şekil ve içerikte olması zorunludur. SMKY m. 28/2’nin ifadesi şu şekildedir: “*Yayıma itiraz, itiraza ilişkin*

⁷⁰¹ SMK m. 16/3: “*Başvurunun, 15 inci madde ile bu maddenin birinci fıkrası hükümlerine göre reddedilmesine yayımdan sonra karar verilmesi hâlinde bu karar da Bültende ayrıca yayımlanır.*”

⁷⁰² Aslında yayıma itiraz aşamasında, başvuru sahibinin kullanımı ya da kullanmamaya dair haklı sebeplerin varlığı isteyebilmesi hususu *ilk olarak* 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü’nün m.42/2 hükmünde de yer almaktaydı; ancak çalışmamızda AB mevzuatı güncel hâliyle incelendiği için 2017/1001 sayılı Tüzük esas alınmıştır.

⁷⁰³ SMK m. 146: “*Sınai mülkiyet hakkına ilişkin, itirazlar da dâhil olmak üzere Kurum nezdinde yapılacak tüm işlemlerde uyulması gereken süre, bu Kanun veya ilgili yönetmelikte belirlenmemişse bildirim tarihinden itibaren iki aydır. Bu sürelere uyulmaması hâlinde talep yapılmamış sayılır.*” Bu ilkenin uygulamada yeknesaklık ve uygulama açısından kolaylık sağlayacağı belirtilmiştir. (Güneş, s. 29).

Belirttiğimiz üzere, ilgili kişiler SMK m. 5 ve m. 6’da düzenlenen nedenlere dayalı olarak itiraz edebilirler, ancak ilerleyen aşamada başvuru sahibinin kullanımın ispat edilmesini talep edebilme hakkının doğabilmesi için itirazı m. 6/1 kapsamında gerçekleştirmesi zorunludur.

⁷⁰⁴ Bu noktada belirtelim ki, Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından yayımlanan Bülten, 01.07.2014 tarihinden itibaren sadece dijital ortamda yayımlanmaktadır ve yine bu tarihten itibaren on beş güne bir basılmaktadır.

<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/allAnouncement/anouncementDetail?newsId=132;> 01.07.2014’ten önce Bültenler aylık olarak yayımlanmaktaydı. Bkz. **Suluk**, Yenilikler, s. 96.

gerekçelerin ilgili mevzuattaki madde ve fıkra karşılıkları belirtilmek suretiyle ayrıntılı şekilde yazıldığı imzalı yayıma itiraz formu ile Kuruma yapılır.” Yapılan itiraza, gerekçelerin eklenmesi de zorunludur⁷⁰⁵.

İtirazın ardından TPMK, bunu başvuru sahibine iletir. TPMK, bu aşamalarda, tarafsız bir şekilde, tarafların birbirlerine karşı argümanlarını ileri sürmelerini sağlamak üzere aracılık etmektedir⁷⁰⁶. Akabinde Kurum, itirazlara ilişkin görüşlerini sunmak üzere, SMKY m. 28/4 uyarınca, itirazın başvuru sahibine bildirildiği tarihten itibaren bir aylık süre tanımaktadır. Başvuru sahibinin, eğer kullanımın ispatına yönelik talebi varsa, bu talebini açık ve yazılı bir şekilde, bu bir aylık süre zarfında TPMK’ya, “*İtiraza Karşı Görüş Bildirme Formu*” ile birlikte sunması gerekir. Kullanımın ispatının talep edilebileceği süre de buna bağlı olarak bir aydır, bu süre zarfında talep edilirse gecikmeksizin, talep itiraz sahibine iletilir. Bunun için TPMK tarafından matbu olarak hazırlanmış “*M116 Karşı Görüş Bildirme Formu*” doldurulabileceği gibi başvuru sahibi kendisi bir dilekçe de hazırlayabilir. Formun doldurularak itirazın gerçekleştirilmesi, kanundaki esas ve içeriği karşılayan güvenilir bir yoldur. Ancak bu form doldurulmadan da başvuru sahibinin kendisinin hazırlayabileceği bir dilekçe ile kullanımın ispatı talep edilebilir. Başvuru sahibinin, matbu bir form dışında, kendi hazırlayacağı bir dilekçe de mutlaka açık, net ve koşulsuz olmalıdır⁷⁰⁷. Ancak belirli, matbu bir forma bağlı olmaksızın yapılan taleplerin; açık, net ve gerekçeli olmadığı gibi, başvuru sahiplerinin kullanımın ispatlanmasını talep ettikleri mal ve/veya hizmetleri belirtmeleri gerekirken kendi marka başvurularının kapsadığı mal ve/veya hizmeti listelemeleri ve TPMK’nın da talepleri buna rağmen kabul etmesi uygulamada sorunlar doğurmaktadır⁷⁰⁸. Bu tip sorunlarla sıklıkla karşılaşılmasına çözüm yolu olarak, tüm kullanım ispatı talepleri için sadece M166 Karşı Görüş Bildirme Formu ile yapılan taleplerin kabul edilebilir kılınması değerlendirilebilir.

⁷⁰⁵ Kaya (Ülgen vd.), s. 494.

⁷⁰⁶ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 3.1, s. 58.

⁷⁰⁷ Hükümün EUIPO Kılavuzundaki karşılığı, m.3.1.3’ün başlığı da SMK ile birebir aynı şekilde “*Request must be explicit, unambiguous and unconditional*” şeklindedir.

⁷⁰⁸ <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/turkiye-de-marka-hukuku-alaninda-onemli-gelistmeler-ve-on-goruler-2019>

Kullanım ispatı için kural talebe bağıllık olmakla birlikte, SMKY m. 29/6'e göre itiraz sahibi, en başta yayıma itiraz ederken, başvuru sahibinin talebi olmadan da markasını SMK m. 19/2 kapsamında kullandığına ilişkin delillerini sunabilir. Zira ilgili hükme bakıldığında “*İtiraz sahibi, itiraza dayanak gösterdiği markasını, yayımına itiraz ettiği markanın itiraza konu mal ve hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delilleri yayıma itiraz formu ile birlikte sunabilir.*” ifadesi buna işaret etmektedir. Bununla birlikte, itiraz sahibinin talep olmasını beklemeden kendiliğinden kullanımı ispat edecek delilleri sunması, TPMK’nın da re’sen (ex officio) kullanımın ispatı için incelemeye başlayacağı anlamına gelmez. Kullanımın ispatı, önceki başlıkta da ifade olunduğu üzere, başvuru sahibinin talebine bağlı olan bir müessesedir⁷⁰⁹. Bu durumda itiraz edenin, kullanımını erkenden ispatlamasında kendisi yararına olan husus ise zamandan kazanım noktasındadır. Şöyle ki, hükmün devamına göre, başvuru sahibi kullanımın ispatı talebinde bulunur ve TPMK yayıma itiraz ile sunulan delilleri kullanımın ispatı için yeterli görürse, itiraz sahibine SMKY m. 29/3’teki bir aylık süreyi tanımadan doğrudan itirazın incelenmesi aşamasına geçebilir. Ancak deliller yeterli bulunmazsa kullanımın ispatı için bir aylık süre verilir. Bu düzenleme, itiraz sürecinin gereksiz yere uzamasını önlemek için faydalı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir⁷¹⁰.

Başvuru sahibinin kullanımın ispatlanması talebi geçerli ise, bir sonraki aşama bu durumun itiraz sahibine bildirilmesi ve itiraz sahibine, markasını kullandığını ya da kullanmamaya dair haklı sebeplerinin bulunduğunu ispatlayabilmesi için bildirimden itibaren bir aylık bir bekleme süresi (*cooling off period*) tanınmasıdır⁷¹¹. Bu sürenin amacı, tarafları uyuşmazlığın çözümüne dâhil etmektir⁷¹². Nitekim, SMK m. 19/4’te de TPMK’nın gerekli görmesi hâlinde tarafları uzlaşmaya davet edebileceği düzenlenmiştir. Uzlaşmanın düzenlendiği SMKY m. 32/1 hükmü, yayıma itiraz aşamalarında uzlaşmanın nasıl gerçekleşeceği konusunda yol göstericidir. Buna göre, yayıma itirazlar ile SMK m.

⁷⁰⁹ Bkz. yuk. 3.2.2.1.3. “Talep Şartı”.

⁷¹⁰ **Karaca**, s. 93.

⁷¹¹ AB marka hukukunda bu süre bir değil, iki aydır; EUIPO Guidelines, Part C, Section 6, s. 5, s. 67; **Bainbridge**, s. 767; **Tritton**, s. 731, N. 3-339.

⁷¹² **Tritton**, s. 731, N. 3-339; **Kur/Dreier/Luginbuehl**, s. 242-243.

19/3 hükmüne⁷¹³ göre verilmiş kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesi sırasında TPMK gerekli görmesi hâlinde tarafları uzlaşmaya davet edebilir.

SMKY m. 29/4'e göre, TPMK, *gerekli görmesi durumunda*, başvuru sahibine, itiraz sahibinin kullanımını ispatlamak için sunmuş olduğu delillere yönelik *görüş bildirmesi* için bir aylık süre tanıyabilir. Bu noktada TPMK'nın takdir hakkı, sadece başvuru sahibinden görüş alınıp alınmamasına ilişkindir; görüş alınmasına karar verildiği takdirde, süre SMKY m. 28/4 gereği kendiliğinden bir ay olacaktır⁷¹⁴. Hükmün devamına göre, başvuru sahibine görüş bildirme süresi verilirse ve başvuru sahibi de görüşünü bildirirse, TPMK takdir yetkisi olmaksızın itiraz sahibine de karşı görüş bildirmesi için bir ay süre tanımak durumundadır. Nitekim SMKY m. 29/3'ün lâfzı "*Bu süre içinde başvuru sahibinin görüşünü bildirmesi halinde itiraz sahibine, buna ilişkin görüşlerini sunması için bir aylık süre verilir.*" şeklindedir. Ancak itiraz sahibinin karşı görüş bildirmesi için, başvuru sahibinin görüş bildirmiş olması gerekir. Belirtmek gerekir ki ne başvuru sahibinin ne de itiraz sahibinin görüş bildirme zorunluluğu yoktur, bu sadece kendilerine tanınmış bir haktır. Başvuru sahibinin görüş bildirmemiş olması, mevcut delillerin kullanımını ispatlanması için yeterli kabul ettiği anlamına gelmemektedir⁷¹⁵. Başvuru sahibi, bir ay içerisinde görüş bildirmezse, kullanımın ispatı mevcut deliller kapsamında gerçekleştirilir.

Markanın kullanıldığı veya kullanılmamasının haklı sebebe dayandığı ispat edilemezse, muterizin itirazı reddedilecektir. Ancak muteriz, markasını kullandığını itiraza konu tüm mal ve hizmetler bakımından değil, sadece bazı mal ve hizmetler bakımından ispat edebiliyorsa, kullanılmayan sınıflar bakımından itirazı reddedilir. Başvuru sahibinin markası, kullanımını ispatlanamadığı mal ve/veya hizmet grubu için tescil edilir⁷¹⁶. Bu durumda itiraz sahibi, başka itiraz nedenlerine dayanmışsa söz konusu

⁷¹³ SMK m.19/3: "*İnceleme neticesinde 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*"

⁷¹⁴ Başvuru sahibinin görüşünün alınması için verilecek süre bir aydan daha eksik ya da fazla olamaz. (Karaca, s. 92).

⁷¹⁵ EUIPO Guidelines, Part C, Section 6, s. 73.

⁷¹⁶ Tritton, s. 730, N. 3-338.

diğer itiraz nedenleri bakımından da inceleme yapılır; yoksa yayıma itiraz incelenmeksizin reddedilir⁷¹⁷.

Önceki marka sahibi, markanın öngörülen usul ve esaslara uygun şekilde kullanıldığını ispatlarsa, bu kez karıştırılma ihtimaline dayalı olarak itirazın incelenmesine geçilir. Bu hâlde, kullanımın ispatının, itiraz incelemesine geçebilmek için ön şart olduğunu belirtmek gerekir⁷¹⁸. Başvuru sahibi SMKY m. 29/5 uyarınca kullanım ispatı talebini geri alabilir. Mezkûr hükümde talebin ne zamana kadar geri çekilebileceğine ilişkin bir ifade bulunmamakla birlikte, kullanım ispatının, itirazın incelenmesine geçebilmek için ön şart olduğu da göz önüne alındığında, TPMK kullanmama def'i hakkında karar verene kadar geri çekilebilmenin makul karşılanması, ancak bu aşamadan sonra kabul edilmeyeceği düşünülebilir⁷¹⁹.

3.2.2.3. Uzlaşma

SMK ile ihdas edilen bir diğer yenilik ise SMK m. 19/4 hükmü kapsamında Türk Patent ve Marka Kurumu'nun gerekli görmesi hâlinde tarafları uzlaşmaya teşvik edebilmesidir. SMK m. 21/3'te ise Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun, SMK m. 19/3 uyarınca, başvurunun yayımına itirazın kabulüne veya reddine yönelik verilen karara karşı yapılan itirazlarda, yine gerekli görülmesi kaydıyla, uzlaşmaya teşvik edebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, TPMK'nın uzlaşmaya daveti ihtiyari olarak şekillenmektedir⁷²⁰. Mezkûr hükümlerin amacı, başvuran ve muteriz arasında doğmuş ve doğabilecek ihtilafların mümkün mertebe barışçıl yollarla çözülmesini sağlamak⁷²¹ ve bu suretle yargıya intikal eden uyuşmazlık sayısını da azaltarak usul ekonomisine katkıda bulunmaktır. Uzlaşma, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri kapsamında gerçekleştirilecektir⁷²². Öğretide; sınai mülkiyet hukukunun karma karakterli olduğundan bahisle, esasında ceza hukukuna ait olan iki unsur;

⁷¹⁷ Karasu (Suluk/Nal), s. 212.

⁷¹⁸ Coşğun, s. 136.

⁷¹⁹ Karaca, s. 92.

⁷²⁰ Erdem, Murat, Sınai Mülkiyet Hukukunda Uzlaşma, Journal of Current Researches on Social Sciences, vol. 7, Issue. 4, 2017, (s. 311-322), s. 315.

⁷²¹ Akın, s. 196.

⁷²² RG T. 22.6.2012, S. 2833.

TPMK'nın değerlendirmesi sonucunda gerekli görmesi (manevî unsur); itirazın uzlaşmaya elverişli olması (maddî unsur) olarak ifade edilmektedir⁷²³. Konunun ayrıntılı olarak ele alındığı SMKY m. 32/1 hükmünde de tarafların TPMK tarafından yapılan bildirimden itibaren bir ay içinde uzlaşmaya ilişkin beyanlarını yazılı olarak TPMK'ya iletmeleri gerektiği belirtilmiştir. Taraflardan birinin uzlaşma teklifine bu bir ay içerisinde olumlu cevap vermemesi, uzlaşma daveti reddedilme sayılacak ve TPMK itiraz incelemesini kaldığı yerden devam ettirecektir.

3.2.4. Mükerrer Marka Başvuruları (Yineleme Başvuruları) (*Repeat Applications/ Re-Filings*)

3.2.4.1. Genel Olarak

SMK ile öngörölmüş bulunan kullanımın ispatı külfetine karşı, kullanımın ispatlanamaması sonucunda doğabilecek yaptırımların, uygulamada çeşitli yollarla aşılabilceği öngörülmektedir⁷²⁴. Kanun koyucu tarafından, markasını tescil ettirdiği tarihten itibaren beş yıl boyunca kullanmama hususunda kendisine inisiyatif tanınan marka sahiplerinin, kullanım ispatı talebine karşı savunma ve stratejik amaçlı olarak kendilerine yeni baştan beş yıllık hoşgörü süreleri yaratabilmeleri ve bu suretle kanuna karşı hile oluşturmaları da muhtemeldir⁷²⁵. Örneğin, marka sahibinin tescil için başvurusu yapılmış marka ile karıştırılma ihtimaline dayanarak itiraz edebileceği birden fazla markası var ise, tescil edileli henüz beş yılı dolmamış ve içlerinden en yeni tarihli markasını itiraz sebebi olarak ileri sürmeyi tercih edebilir⁷²⁶. Bir başka şekilde marka

⁷²³ Erdem, s. 315-316.

⁷²⁴ Türk hukukunda bu yönde öngörüler için bkz. ve karşı. Çağlar, Tescilli Markanın Kullanılmaması, s. 12; Merdivan, s. 512; Özkök, s. 54; Yardımcı/Sever, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 420; Ünsal, Önder Erol, Markanın Kullanımı Kavramı, Kullanmama Savunması Müessesesi ve Avrupa Birliği Kurumlarının Bu Hususlardaki Değerlendirmeleri, <https://iprgezgini.org/2017/07/25/markanin-kullanimi-kavrami-kullanmama-savunmasi-muessesesi-ve-avrupa-birligi-kurumlarinin-bu-hususlardaki-degerlendir-meleri/>

⁷²⁵ Merdivan, s. 512; Tritton, s. 512, N. 3-130.

⁷²⁶ von Bomhard /von Mühlendahl, s. 203; Yarg. 11. HD. E. 2018/1273 K. 2019/2926 T. 15.4.2019, "... somut uyuşmazlık bakımından davacı yanın önceki tarihli markaları sebebiyle müktesep hakkı bulunup bulunmadığının tartışılması gerektiği, kazanılmış hakkın var olduğunun kabulü için kazanılmış hak iddiasına dayanak olan eski tarihli markanın en azından hükümsüzlük davası açılması için gerekli olan süre boyunca çekişmesiz olarak kullanılması gerektiği, davacı yanca kazanılmış hak iddiasına gerekçe olarak gösterilen markaların hiç birinin tescil tarihinin üzerinden hükümsüzlük davası açma süresi olan 5 yıllık sürenin geçmediği, en eski tarihli markanın tescil tarihinin 18.02.2013 tarihi olduğu, bu nedenle

sahibi markasını tescilden itibaren beş yıl dolmadan (örneğin dört yılda bir) yeniden çok az değişikliklerle tescil ettirebilir⁷²⁷. Bu suretle kanunun tanıdığı inisiyatiften yararlanarak beş yılı doldurmadığı için kullanımın ispatı külfetinden kurtulmaktadır. Bir diğer seçenek olarak da SMK m. 5/3'e göre muvafakatname verip üçüncü bir kişi adına tescil ettirmek suretiyle de kullanım ispatının amacı aşılabilir⁷²⁸. Bu yüzden öğretilde, 6769 sayılı SMK'da buna yönelik bir önlem alınmaması eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁷²⁹.

Bir başka şekilde, uygulamada sıklıkla rastlandığı üzere⁷³⁰, *yineleme başvuruları/mükerrer marka başvuruları* (tekrarlama markaları⁷³¹) (*repeat applications/re-filing applications*) yoluyla, beş yıldan uzun süredir tescilli markasını birtakım değişikliklere uğratmak suretiyle yeni baştan tescil ettirerek de bir marka başvurusuna itiraz edilmesi ihtimalinde karşılaşılabilecek muhtemel kullanım ispatı talepleri de bu yolla aşılabilecektir⁷³². Bu şekilde önceki markanın kullanılma zorunluluğundan sıyrılarak marka tekrar edilmektedir⁷³³, çünkü marka tescilinden itibaren beş yıl kullanılmamakla sicilden terkin konusunda savunmasız hâle gelir⁷³⁴.

Bu noktada tespit edilmesi gereken husus, marka sahibinin niyeti; tescil anındaki zihni durumu (*state of mind*) olup⁷³⁵, hangi durumlarda kullanma niyetinin bulunup

davacı yanca dayanılan markaların 02.02.2016 başvuru tarihli dava konusu marka yönünden, davacı yararına kazanılmış hak yaratması mümkün olmadığı gerekçesiyle, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne..." (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁷²⁷ Tritton, s. 512, N. 3-130.

⁷²⁸ Çağlar, Tescilli Markanın Kullanılmaması, s. 11; Muvafakatname hakkında bilgi için bkz. Karasu (Suluk/Nal), s. 184-185.

⁷²⁹ Çağlar, Tescilli Markanın Kullanılmaması, s. 11.

⁷³⁰ Merdivan, s. 510 vd.; Ünsal, Önder Erol, Markanın Kullanımı Kavramı, Kullanmama Savunması Müessesesi ve Avrupa Birliği Kurumlarının Bu Hususlardaki Değerlendirmeleri, <https://iprgezgini.org/2017/07/25/markanin-kullanimi-kavrami-kullanmama-savunmasi-muessesesi-ve-avrupa-birligi-kurumlarinin-bu-hususlardaki-degerlendirmeleri/>

⁷³¹ Bilgili, Hakkın Kötüye Kullanılması, s. 149; Kaya (Ülgen vd.), s. 493; Bu tip markalarda "sıralı markalar" ibaresi için bkz. Merdivan, s. 510 vd.

⁷³² von Bomhard/von Mühlendahl, s. 203; Kur/Senftleben, s. 544, N. 9.52; Bilgili, Hakkın Kötüye Kullanılması, s. 149.

⁷³³ Ancak bu durum kullanmama nedeniyle sona eren bir markanın yine aynı marka sahibi tarafından yeniden tescil edilmesindeki gibi, kötüye kullanım olmaksızın yeniden tescil edilmesinden farklıdır. Bu durumun hangi hâllerde marka hakkının kötüye kullanımı sonucunu doğurabileceğine ilişkin karşı. Bilgili, Hakkın Kötüye Kullanılması, s. 149 vd.

⁷³⁴ Yardımcı/Sever, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 419; von Bomhard/von Mühlendahl, s. 191.

⁷³⁵ Tritton, s. 514, N. 3-132.

bulunmadığının tespiti ve bununla bağlantılı olarak *kötüniyetin* varlığından söz edilebileceğidir. Öncelikle belirtelim ki gerek AB mevzuat ve uygulamasında gerekse Türk hukuku öğretisi ve uygulamasında kötüniyetli marka tescilinin bir tanımı yapılmamıştır⁷³⁶, ki her durum için farklı özellikler arz edebilen bu soyut kavramın tanımlanabilmesi de oldukça güçtür⁷³⁷. Bununla birlikte AB hukukunda kötüniyete dair kriterlerin ilk kez değerlendirilmiş olduğu ABAD kararı olan, üç boyutlu topluluk markasının hükümsüzlüğüne ilişkin “*Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v Franz Hauswirth*”⁷³⁸ kararı bu değerlendirme konusunda yol gösterici olabilir. Mahkemeye göre kötüniyet incelemesinde, özellikle değerlendirilebilecek kriter olarak şu üç maddeden söz edilmektedir; “*başvuru sahibinin aynı veya benzer ürünler için üçüncü tarafça en az bir üye ülkede gerçekleşen kullanımını bildiği veya bilmesi gerektiği; başvuru sahibinin üçüncü bir tarafın süregelen kullanımını engelleme niyeti hususu; üçüncü taraf işaretinin ve tescili talep edilen işaretin yararlandığı hukuki koruma derecesi*”.

Yine bu önemli kararda ifadesini bulmuş ve AB uygulamasında da devamını sürdüren bir diğer olgu da kötüniyet değerlendirmesinde esas alınacak tarihin başvuru sahibinin markasını tescil ettirmek üzere “*başvuru yaptığı tarih*” olması ve yapılacak değerlendirmenin somut olayın özelliklerine göre bütüncül bir değerlendirme (*overall impression*) kapsamında gerçekleştirilecek olmasıdır⁷³⁹. Kötü niyet, bu vasıftaki niyetin ispatını ve kötüniyetin, davanın gerçeklerinden kaynaklanan nesnel unsurların temeli ile

⁷³⁶ Bununla birlikte 556 sayılı MarkHK m. 35/1 hükmünde yer alan “*başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılır.*” ifadesi; m. 42/1-a bendinde ifadesini bulmuş olan “*Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir.*” ibaresi kötüniyetli marka tesciline ilişkin hükümlerdedir. Keza 6769 Sayılı SMK m. 6/9’da yer alan “*Kötüniyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir.*” hükmü; ve nihayet m. 25/6 hükmünde ifadesini bulmuş olan sessiz kalma yoluyla hak kaybında kötüniyetli olmama koşulu SMK’deki kötüniyetli tescilin normatif tezahürlerindedir.

⁷³⁷ Kötüniyetli tescil, ilk kez AB 1988 tarihli Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatının Uyumlaştırılması Hakkında 89/104 sayılı Yönergede düzenlenmiştir; ancak ne Yönergede ne de iç hukuklarını buna uygun olarak değiştiren ülkelerin mevzuatlarında somut bir tanımlamaya gidilmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Balık**, İfakat, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötüniyetli Tescili, Batider, S. 24, C.2, (s. 443-478), s. 446-448.

⁷³⁸ ABAD, C-529/07 “*Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH*” T. 11.07.2009.

⁷³⁹ “*Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH*, para. 35.

desteklenmesini gerektirmektedir⁷⁴⁰. Bir başka deyişle, başvuranın ilgili zamanda niyeti, söz konusu davanın nesnel koşullarına atıfla tespit edilmesi gereken öznel bir faktördür.

Genel bir yaklaşımla, “*ticarî hayattaki, kabul edilebilir doğru ve dürüst davranış ilkelerinden sapan, haksız ve dürüstlük kuralına aykırı davranış şekli*”⁷⁴¹ olarak ele alınan kötüniyet, markalar bakımından Yargıtay içtihatlarında “*markayı kullanmaktan ziyade şantaj veya başkasından haksız para elde etmek veya başkalarının ticaretine engel olmak gibi amaçlarla yapılan marka başvuruları*” olarak ifadesini bulmaktadır⁷⁴². Kötüniyetin, marka tescillerinde farklı tezahürleri bulunmakla birlikte⁷⁴³ çalışmamızın konusu itibarıyla sadece “yineleme markaları/ mükerrer marka başvuruları” ele alınmıştır. Markaların yineleme başvurusu uygulamasında teorik olarak, marka tescilinden doğan öncelik hakkını kaybetmek pahasına, belki de süresiz olarak, marka kullanılsa bile markayı sürdürmek mümkün olabilecektir⁷⁴⁴.

3.2.4.2. AB Marka Hukukunda Ele Alınışı

Marka tescil başvurularında, kullanım ispatı külfetinden kurtulmak için yapılan tescillerin kötü niyetli olarak değerlendirilmesine veya bunların nasıl tayin edileceğine ilişkin henüz Türk marka hukuku uygulamasında bir yanıt bulunmamaktadır. Ancak

⁷⁴⁰ “Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH”, para. 42; **Cornish/Llewelyn/Aplin**, N. 18-03, s. 699; **Pila/Torremans**, s. 372.

⁷⁴¹ **Şenocak**, Kemal/**Yarayan**, Ali, *Kötü Niyetli Marka Tescili*, Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S.111, 2015, /s. 99-107), s.100; **Can**, Ozan, *Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler*, TFM, 2015/1, (s. 47-56), s. 49; ayrıca bkz. ve karş. **Yusufoğlu Bilgin**, *Kullanma Niyeti*, s. 348-349; **Işık**, s. 376.

⁷⁴² Yarg. 11. HD. E. 2017/3943 K. 2019/1154 T. 13.2.2019, “*Hangi hallerde kötü niyetli olarak marka başvurusunda bulunmuş sayılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, genel olarak markayı kullanmaktan ziyade şantaj veya başkasından haksız para elde etmek veya başkalarının ticaretine engel olmak gibi amaçlarla yapılan marka başvuruları kötü niyetle yapılmış başvuru olarak kabul edilmektedir.*” Yarg. 11. HD. E. 2018/2285 K. 2019/4361 T. 12.6.2019; “*Marka Hukukunda genel olarak kabul gören anlayışa göre, tescil yoluyla sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması yoluyla başkasının markasından haksız olarak yararlanmak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme, marka ticareti yapmak amacıyla ya da şantaja yönelik başvuru ve tesciller kötü niyetli olarak kabul edilmektedir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁷⁴³ Örneğin uygulamada en sık karşılaşılan iki kötü niyetli tescil edilmiş marka türü, spekülasyon ve engelleme markaları olarak görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Karasu**, *Spekülasyon ve Engelleme Markaları*, s. 13 vd.; **Bilgili**, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 128 vd.; Bu sayılan gruplar tahdidî değildir, ayrıca aralarında keskin bir sınırdan da söz edilemez, birbirleriyle örtüşmeleri mümkündür. (**Şenocak/Yarayan**, s. 103); AB Marka hukukunda kötü niyetin normatif düzenlenmesinin tarihsel gelişimi için bkz. ve karş. **Johnson**, s. 959 vd.

⁷⁴⁴ **von Bomhard/von Mühlendahl**, s. 202.

kullanım ispatı külfetinin, AB uygulamasında SMK'ya nazaran daha eski bir uygulama alanı bulunduğu gözetilerek, ABAD ve EUIPO kararlarının yol gösterici olabileceği düşünülebilir. Keza AB yasa koyucusu da “kötüniyet” kavramının AB Direktifi veya Tüzüğünde tanımlanmadığından, “kötüniyet” in ne olduğuna karar vermesini mahkemeye bırakmıştır⁷⁴⁵. Bu suretle, çalışmamızda kararların kronolojik olarak incelenmesi yaklaşımından hareket edilmiştir.

İlk olarak ABAD 17.04.2008 tarihli ve sonraki içtihatlarında da atıfta bulunulan “Pelikan” kararında⁷⁴⁶, marka sahibinin önce “*olağan ticari uygulamalar içerisinde, işaretin farklı varyasyonlarının ya da güncellenmesinin, örneğin markanın grafik temsili olarak tasarlanan logonun zaman içerisindeki değişimi*” için yapılan yineleme başvurusunun, bir sonraki tescil edilen marka ile önceki marka çok benzer bile olsa kötüniyet teşkil etmeyeceği belirtilmiştir ve bu kapsamda önceki markanın

Pelikan 

şeklinde, sonraki markanın ise

Pelikan 

biçiminde olup şekil

unsurundaki bu ufak değişikliği kötüniyet olarak değil, *ticari hayatın olağan uygulaması* olarak değerlendirmiştir. Benzer şekilde, 26.06.2020 tarihli kararında EUIPO İptal Birimi de markanın “gelişen pazar ihtiyaçlarını” karşılayabilmek için güncellendiğini ve bunun başka markaların pazara girmesini engelleyecek bir kötüniyet olarak değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir⁷⁴⁷.

“Pelikan” kararındaki bir başka tespite göre, önceki tarihli markayla çok benzer olan markanın bazı mal ve hizmetler için iptal edilmiş olması, aynı mal ve hizmetler için başka bir markanın başvurusu anındaki niyete ilişkin sonuca varılması için yeterli olmamalıdır. Yine önem arz eden bir başka tespit ise, hükümsüzlük talebi sahibinin markalarına karşı, marka sahibi tarafından iptal veya hükümsüzlük talebinde bulunulması, marka sahibinin yasal hakkı olup tek başına kötüniyetin varlığını göstermez. Ayrıca, kararda ifade edildiği üzere, *başvurunun yapıldığı tarih* kötüniyet

⁷⁴⁵ http://trademarkblog.kluweriplaw.com/2019/08/07/monopoly-at-the-boards-of-appeal-bad-faith-concerning-re-applications-and-re-filings/?doing_wp_cron=1591960754.4531960487365722656250

⁷⁴⁶ ABAD, T-389/03, “Dainichiseika Colour & Chemicals Mfg. Co. Ltd v. OHIM”, T. 17.04.2008.

⁷⁴⁷ EUIPO Cancellation Division, No 35 382 C, T. 26.06.2020,

(https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/35%20382%20C).

AB marka ofislerinin ve mahkemelerinin hiyerarşik yapılanmasının şeması için bkz. **Bainbridge**, s. 695.

değerlendirmesinde esas alınacaktır. Gerçekten de kötüninietin varlığına ilişkin değerlendirme yapılırken, başvurunun yapıldığı tarihteki durum ve koşullar kapsamında⁷⁴⁸, söz konusu olaya ilişkin bütün faktörler göz önünde bulundurularak, her somut olayın kendi koşullarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır⁷⁴⁹. Kararda belirtilen bir diğer hususa göre ise; başvurunun yapıldığı sıradaki mal ve hizmetler için değil, gelecekte kullanılması amaçlanan mal ve hizmetler için de tescil edilebilmesi yasal bir durum olup, tek başına kötüninieti göstermemelidir. Bu noktada, ABAD kararlarında vurgulandığı üzere aksi ispat edilene kadar iyinietin mevcut olduğu varsayımından hareket edilmelidir⁷⁵⁰.

Bir diğer karar ise, EUIPO Temyiz Kurulunda incelenmiş 15.11.2011 tarihli “PATHFINDER⁷⁵¹” ve 13.02.2014 tarihli “KABELPLUS⁷⁵²” kararlarında, önceki marka sahibinin, markasının çok benzerini yeniden tescil ettirmesini kullanım ispatından kaçınmak amaçlı, kötüninietli bir tekrarlama başvurusu olarak değerlendirmiş; bu tip başvuruların “kanuna karşı hile” niteliğinde olduğunu ifade etmiş ve bunun sonucunda da markanın başvuru veya rüçhan tarihinden itibaren beş yıl dolmamış olsa bile, önceki tescil tarihine dayalı olarak kullanımın ispatlanması gerektiğine karar vermiştir⁷⁵³. Anılan bu kararlardan da görüldüğü üzere, ABAD içtihadı eğilimleri, bu tür tescilleri tehlikeli olarak değerlendirmek⁷⁵⁴ ve “Pelikan” kararından da anlaşıldığı üzere makul bir ticari gerekçenin bulunup bulunmadığını da incelemek yönünde olmuştur.

Bu bahsi geçen iki kararda da kötüniniet teşkil edebilecek durumlara yönelik dikkate değer değerlendirmelerde bulunulduğu ifade edilebilir. Yine ABAD’ın

⁷⁴⁸ “Pelikan” kararı, T-136/11, para. 44; “Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH”, para. 38-41; “Internetportal und Marketing GmbH v. Richard Schlicht”, para. 42.

⁷⁴⁹ von Bomhard/von Mühlendahl, s. 203; Aaron/Nordemann, s. 1233.

⁷⁵⁰ EUIPO İtiraz Bölümü, Cancellation No 16 321 C, “Good faith is presumed and the burden of prove lies on the applicant. Therefore, when there is a repeated application, and if no reasons are provided by the EUTM proprietor, the Cancellation division will look for possible reasons of filing the repeated application in good faith.”; Türk hukukunda benzer yönde bkz. Karasu (Suluk/Nal), s. 204.

⁷⁵¹ OHIM, R 1785/2008-4, T. 15.11. 2011.

(https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/1785%2F2008-4).

⁷⁵² OHIM, R 1260/2013-2, T. 13.02.2014.

(https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/1260%2F2013-2).

⁷⁵³ “Pathfinder”, para. 20-24; “KabelPlus” para. 19-22, 29.

⁷⁵⁴ Kur/Senftleben, s. 544, N. 9.52.

03.07.2010 tarihli “Interportal” kararında⁷⁵⁵, başvurunun tekrarlayan niteliğini kötüniyet değerlendirmesinde dikkate almış ve jenerik terimlerin arasına “&” şeklinde özel bir işaret konulmak suretiyle tam 33 kez yapılan tekrarlayan tescili kötüniyetli kabul etmiştir⁷⁵⁶.

EUIPO Temyiz Kurulu, 22.07.2019 tarihli “Monopoly” kararında⁷⁵⁷; “MONOPOLY” olarak tescil edilmiş markanın kapsadığı mallar ve hizmetler bakımından, kötüniyetli tekrarlama markası olduğuna hükmederek, kısmen hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Kullanmamaya yönelik hoşgörü süresini yapay bir şekilde uzatmaya yönelik bu tür başvurular kötüniyetli olarak değerlendirilmiştir. EUIPO Temyiz Kurulu bu kararında, ticaret uygulamasında mal ve hizmetin kapsamının geniş tutulmasının yaygın olduğunu fakat hoşgörü süresini uzatmak amaçlı bu tutumunun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. İşbu kararda marka uygulamasında yeniden başvurunun bir strateji olarak yaygın olduğunu; ancak bunun kabul edilebilirlik veya yasallık anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır.

Nihayetinde bir diğer karar ise, ABAD’ın “Sky v. Skykick” davasında İngiltere ve Galler Yüksek Adalet Divanı tarafından yöneltilen soruları cevaplamak için vermiş olduğu 29.01.2020 tarihli karardır⁷⁵⁸. Esasında söz konusu kararda; pek az yukarıda bahsi geçen kararlarda olduğu gibi “tekrarlama markası” kavramı incelenmemiştir; kapsamındaki mal ve hizmetler bakımından kullanım niyeti olmaksızın tescil başvurusu yapılmasının kötüniyet olarak kabul edilebilirliği değerlendirilmiştir⁷⁵⁹. Mevzubahis

⁷⁵⁵ ABAD, C-569/08, “Internetportal und Marketing GmbH v. Richard Schlicht” T. 03.07.2010, para. 46.

⁷⁵⁶ ABAD, C-569/08, “Internetportal und Marketing GmbH v. Richard Schlicht” T. 03.07.2010, para. 51.

⁷⁵⁷ EUIPO Temyiz Kurulu, R 1849/2017-2, T. 22.07.2019.

(https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#basic/*/number/1849%2F2017-2).

⁷⁵⁸ ABAD, C- 371/18, “SKY v. SKYKick” T. 29.01.2020.

⁷⁵⁹ Karardan çıkarılan ana çıkarım, marka sahiplerinin "bilgisayar yazılımı" veya "finansal hizmetler" gibi geniş terimler söz konusu olduğunda mevcut kayıtları gözden geçirmeleri veya dosyalama stratejilerini değiştirmeleri gerekmemesidir. Somut olayda, SKY tanınmış bir yayımcı/yayıncı/medya ve telekomünikasyon şirketi, SkyKick isimli ABD bulut transfer yazılımı sağlayıcısına, Birleşik Krallık ve AB’deki öncelikli tesciline dayanarak tecavüz davası açmıştır. SKYKick, SKY’ın tescillerinin geçersiz olduğunu ve çok geniş alanlarda tescil edildiği için kötüniyetli olduğundan ötürü kullanım niyetinin de olmadığına ve kötüniyetli olduğunu iddia ederek karşı dava açmıştır. Gerçekten de kullanım niyeti olmayan malların yanısıra daha ilişkili, ama kapsam olarak çok geniş, örneğin “Bilgisayar yazılımı” gibi mallar da söz konusuydu. SkyKick hükümsüzlük iddiasında her iki tarafın işlerinin farklı alanlarda olduğuna işaret etmiş ve Sky’ın neden diğer endüstrilerdeki kullanımlara ilişkin haklarını uygulamasına izin verilmesi gerektiğini, yalnızca SKY’yi bazı yazılım türleriyle ilişkili olarak kullandıkları için incelemiştir. ABAD, markanın kapsamının, netlik ve kesinlikten yoksun olabilecek terimler içerdiği gerekçesiyle tescilli bir

olayda, tescil olunmak istenen mallar ve hizmetler bakımından başvuru sahibinin kullanım niyetinin olmamasının kötü niyet teşkil “edebileceği” bir ihtimal olarak vurgulanmıştır⁷⁶⁰. Buna göre bu tür bir kötünietin; yalnızca, marka başvurusu yapıldığında başvuru sahibinin, başvuru ile bağdaşmayacak, dürüst uygulamalara aykırı düşecek şekilde zarar verme niyetinde olduğunu gösterme eğiliminde olan objektif ve bunu ispatlamaya elverişli veriler varsa tespit edilebileceği ifade edilmiştir⁷⁶¹. Kararda ayrıca; günlük dildeki genel anlamına da uygun olarak, “kötüniet” kavramının dürüst olmayan bir zihni durum veya niyetin varlığını öngörmesine ek olarak, bu kavramı yorumlarken, marka hukuku bağlamında, “ticarete kullanım”ın (*use in course of trade*) gerekliliğine de dikkat çekilmiştir⁷⁶². Yalnızca marka başvurusunda bulunan kişinin başvurusunu yaptığı tarihte, söz konusu mal ve hizmetlere karşılık gelen hiçbir ekonomik faaliyete sahip olmadığı tespitine dayanılarak kötüniet varsayımında bulunulamayacağı belirtilmiştir⁷⁶³.

Buna göre kötüniet; başvuru sahibinin üçüncü kişilerin menfaatlerini dürüst teamüllere uygun olmayan biçimde ihlâl etmek veya üçüncü bir kişiyi hedef almaksızın markanın işlevlerine uygun olmayan şekilde kullanarak münhasır haklar elde etmek niyeti kapsamında yorumlanmalıdır. Bir markayı esas işlevlerine uygun olarak kullanma niyetinin bulunmaması, tescil başvurusunda yer alan mal ve hizmetlerin sadece bir bölümüne ilişkin ise, tescil başvurusu sadece o mal ve hizmetlere ilişkin olarak kötü niyetli bir başvuru olacaktır. Kararda ayrıca; kötünietin tespit edilmesi halinde, sadece kullanılmayan mallar ve hizmetler bakımından hükümsüzlüğe karar verilebileceği vurgulanmıştır.

markanın geçersizliği için herhangi bir eylem nedeni bulunmadığını tespit etmiştir. (<https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/02/cjeu-decides-in-sky-v-skykick->)

⁷⁶⁰ “SKY v. SKYKick”, para. 68.

⁷⁶¹ “SKY v. SKYKick” para. 77.

⁷⁶² “SKY v. SKYKick” para. 82.

⁷⁶³ “Sky v. SkyKick” para. 78.

3.2.4.3. Değerlendirme

EUIPO kararlarında da belirtildiği üzere, tekrarlayan marka başvuruları, marka tescilinde kötüniet değerlendirilmesinde göz önüne alınıp, incelenebilecek bir gösterge olarak yer alabilir. Zira kullanım niyetinin bulunmaması bizatihi (*per se*) kötü niyetin varlığına delalet edemez. Kötünietli tescil edilen markalarda ise, başvuru sahibinin amacını kötünietli kılan husus; markanın temel fonksiyonuna uygun kullanılma amacının olmaması olarak görülmektedir⁷⁶⁴. Kötü niyet, ancak önceki marka sahibinin, makul ticari uygulamalardan sapar şekilde markasını kullanım amacı olmaksızın, sadece markayı kullanmamadan doğabilecek sonuçlardan kaçmak suretiyle, tescil tekrar ediliyorsa değerlendirmeye alınabilir⁷⁶⁵. “Sky v. SkyKick” kararında Hukuk Sözcüsünün de belirttiği gibi, kasten kullanım niyeti bulunmaksızın, üçüncü kişilerin piyasaya girişini önleyecek şekilde yapılan tesciller kötünietli kabul edilmelidir⁷⁶⁶.

Ayrıca, “önceki marka” (*earlier trademark*) kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Önceki marka, herhangi bir tescil numarasını taşıyan marka değildir; 2017/1001 sayılı Tüzük m. 8/2 uyarınca aynı mallar veya hizmetler için aynı bölgede tescil edilmiş markalar önceki marka olarak kabul edilmelidir. ABAD, “KABELPLUS” kararında “*aynı mal, aynı hizmet ve aynı bölge kapsamında*” tescil, yineleme başvurusu kastıyla kötü niyetli tescil olarak kabul edilmiştir. Ayrıca kararda, yeniden başvurusu yapılan bir markaya yeni mal veya hizmetler eklenmesinin, kullanım ispatını bertaraf etmeye yeterli olmadığı da ifade edilmiştir⁷⁶⁷.

Salt tekrarlayan marka başvurusunun veya başvurularının tek başına kötü niyet teşkil etmeyeceğini, başkaca delillere de ihtiyacın bulunduğunu; aksi yönde kabulün ticari

⁷⁶⁴ Yusufoglu Bilgin, s. 350-351.

⁷⁶⁵ ABAD, C-569/08, “Internetportal und Marketing GmbH v. Richard Schlicht”, T. 03.07.2010, para. 51; T-136/11, “Pelikan”, para. 27.

⁷⁶⁶ Opinion Of Advocate General Tanchev delivered on 16 October 2019(1)C-371/18-<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=219223&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14741289#Footref41>, para. 94.

⁷⁶⁷ <https://iprgezgini.org/2017/02/20/kullanmama-savunmasi-3-ayni-markanin-yeniden-tescili-halinde-kullanim-zorunlulugun-baslangic-tarihi-eski-tarihli-markaya-gore-mi-tespit-edilir-eui-po-temyiz-kurulu-kabelplus-karari/>

hayatın dinamizmiyle de bağdaşmayacağını ifade etmek gerekir⁷⁶⁸. Markayı kullanmak için gerçek bir niyetin olmaması, başvuranın marka için izlediği tek amacın üçüncü şahısların piyasaya girişini engellemek olduğu tespit edildiğinde, başvurunun kötü niyetle yapıldığı sonucunu destekleyebilir. Buna ek olarak, markanın çok sayıda mallar ve/veya hizmetler için başvurusu yapılarak sınıfların genişletilmesini bizatihi (*per se*) kötüniyet için yeterli görülmemektedir⁷⁶⁹. Ayrıca, markanın farklı varyasyonlarının tescil edilmesinin olağan bir uygulama olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bu durum; marka logosunun gelişmesi, marka sahibinin faaliyet alanının genişlemesine bağlı olarak tescil kapsamında bulunan mal ve/veya hizmet sınıfının da genişletilmesi ihtiyacı gibi ticarî hayatın dinamizminden kaynaklı gerekliliklerden doğabilir. Yapılan değişikliklerin değerlendirilmesinde ölçüt olarak, ilgili sektörün bulunduğu ekonomik koşullar özellikle göz önüne alınmalıdır. Bu bağlamda markayı değişen ihtiyaçlara uyumlu kılmak amaçlı yapılan değişikliklerin makul karşılanması gerektiği *de lege ferenda* savunulabilir.

Kötüniyetli tescil, SMK sistematüğinde⁷⁷⁰, m. 6/9 hükmü ile nispî ret sebebi olarak düzenlenmiştir, aynı zamanda m. 25/1'de nispî ret sebeplerinin birer hükümsüzlük sebebi olmasından ötürü hem nispî tescil engeli hem de hükümsüzlük nedenidir⁷⁷¹. Öğretide

⁷⁶⁸ Başka delillerin de gerekli olduğu yönünde benzer yorum için bkz. **Karaca**, s. 104; **Tritton**, s. 513, N. 3-131.

⁷⁶⁹ **Kur/Senftleben**, s. 544, N. 9.52.

⁷⁷⁰ Bu yüzden TPMK'nın re'sen inceleyebileceği bir unsur değildir. 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 59/1-b bendinde başvuru sahibinin, başvurusunu yaptığı anda kötü niyetli hareket etmiş olmasını mutlak hükümsüzlük sebeplerinden biri olarak kabul edilmiştir. Tüzük m.59 ifadesiyle başvuru aşamasında mutlak bir ret nedeni değil, mutlak bir hükümsüzlük nedeni olarak kabul etmiştir. Bu yüzden, AB marka hukukunda kötü niyet, inceleme ya da itiraz aşamalarında gündeme gelmemektedir.

⁷⁷¹ Kötüniyet ilk kez SMK ile açık bir şekilde nispî ret sebebi olarak kabul edilmiştir. (**Yasaman**, Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler, s. 141; Ayrıca MarKHK'da kötü niyetli tescil başvurusuna sonuç bağlandığı tek yer m. 35 hükmü ile kötü niyetli başvurulara yayıma itiraz aşamasında tanınmış olan itiraz hakkı idi.; Bununla birlikte öğretide ve yargı kararlarında kötüniyet bir hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmekteydi. (**Memiş**, Tekin, Türk Hukukunda Kötüniyetli Olarak Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar, Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2009, (ed. Tekin Memiş), (s. 407-421), s. 414; **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 879; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 158; **Kaya**, Arslan, Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz 2007, (s. 238-247 s. 239; Yarg. HGK E. 2008/501, K. 2008/507 sayılı kararı ile "... tescil başvurusu sırasında kötü niyetin başlı başına bir itiraz sebebi olarak öne sürülebilmesi mümkün olduğu gibi, sonradan aynı nedenle hükümsüzlük davasının açılabilmesi de KHK'nin amacına uygundur. Çünkü, KHK'nin 35/1. ve 42/1 -(a) maddelerindeki düzenlemeler de, esasen, MK'nun 2.maddesinin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri gözönüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir. Bu husus 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmemiş olsa dahi, genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki MK'nun 2. maddesi uyarınca kötü niyetin korunması söz konusu olamayacağından dolayı aynı sonuca ulaşılması KHK'nin ruhuna da uygundur." bu hususu değerlendirmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin benzer şekilde buna uygun kararları için; Yarg. 11. HD, T. 05.05.2011, E. 2011/1562, K. 2011/5464; Y. 11. HD, T. 16.01.2013, E. 2012/272, K. 2013/826; Y 11. HD, 12.06.2013, E. 2011/11371, K. 2013/12306; Y. 11. HD, T. 09.06.2014, E. 2014/6997, K. 2014/10890 (www.lexpera.com.tr, E.T. 25.02.2020); Kötüniyetli

kötüniyetin “tescil” anında aranması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁷². Sübjektif bir olgu olan markayı kullanma amacının, objektif verilere dayandırılması önem gerekmektedir⁷⁷³. Kötüniyetli bir tekrarlama markasının söz konusu olup olmadığının tespiti yapılırken, tekrarlayan başvuruyu haklı kılabilcek her ihtimal dâhil olmak üzere, tüm ilişkili faktörlerin, somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesini gerektirir⁷⁷⁴.

3.2.5. Kullanım İspatının Süre Bakımından Sınırı (*Belated Evidence*)

SMKY m. 30/4’e göre, Kurumun şekle ilişkin bazı eksikliklerin tamamlanması için ek süre tanıyabildiği durumlar dışında⁷⁷⁵, kullanımın ispatlanması ancak itiraz sahibine tanınmış olan bir aylık süre içerisinde gerçekleştirilebilmektedir⁷⁷⁶. Hükmün devamında söz konusu bir aylık süreden sonra sunulan delillerin dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Esasen, normal şartlar altında itiraz sahibinden beklenen, kendisine tanınan zaman zarfında tescilli markasını kullandığını ispatlamaya yönelik bütün delillerini, argümanlarını sunmasıdır⁷⁷⁷. Ancak bazen koşullara bağlı olarak (kullanımı ispatlanması gereken önceki marka sayısı⁷⁷⁸, malların veya hizmetlerin çeşitliliği ve fazlalığı, kullanımın kapsadığı alan vb.) kullanımın ispatını gerektiren deliller, bir aylık süre

marka tescilinin mutlak ret sebebi olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Yusufoğlu Bilgin**, s. 365; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 203; Kötüniyetli tescilin mutlak ret sebebi olması gerekliliğinin yanı sıra kötüniyet hâli açıkça anlaşılıyorsa TPMK’nın ret yetkisi olması gerektiği yönünde bkz. ve karş. **Karasu**, Spekülasyon ve Engelleme Markaları, s. 36-37.

⁷⁷² **Yusufoğlu Bilgin**, Kullanma Niyeti, s. 365; **Seville**, s. 394.

⁷⁷³ **Yusufoğlu Bilgin**, Kullanma Niyeti, s. 348; **Işık**, s. 167; ABAD, , C-529/07 “Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH” T. 11.07.2009, para. 42.

⁷⁷⁴ **Yusufoğlu Bilgin**, Kullanma Niyeti, s. 373. **Işık**, s. 167; Yarg. HGK. E. 2008/501 K. 2008/507 T. 16.07.2008, “Öncelikle, davalı eyleminin kötü niyetli marka tescili oluşturup oluşturmadığı hususu irdelenmelidir. Marka Hukukunda genel olarak kabul gören anlayışa göre, tescil yoluyla sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması yoluyla başkasının markasından haksız olarak yararlanmak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme, marka ticareti yapmak amacına ya da şantaja yönelik başvuru ve tesciller kötü niyetli olarak kabul edilmektedir. Kötü niyetin varlığı her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenmelidir.” (www.lexpera.com.tr, E.T. 25.02.2020).

⁷⁷⁵ Bunlar SMKY m. 30/4 hükmü uyarınca, sunulan delillerin yabancı dilde olması durumunda TPMK “söz konusu delillerin tamamının ya da bir kısmının yeminli bir tercüman tarafından onaylanmış Türkçe tercümesinin sunulması için iki aylık süre” verilebilmesi ve SMKY m. 30/5 uyarınca, “niteliği, içeriği ve itiraz konusu marka ile bağlantısı açıkça anlaşılmayan, okunaklı olmayan, düzenli şekilde tasnif edilmeyen, liste halinde sunulmayan ve iddialarla ilişkilendirilmemiş deliller hakkında söz konusu eksikliklerin giderilmesi için Kurum tarafından bir aylık süre” verilebilmesini kapsamaktadır. Ancak bu süre tanınmak suretiyle düzeltilebilecek eksikliklerin şekle ilişkin olduğuna ve bunların yeni delil sunulması, delillerin kapsamının genişletilmesi anlamına gelmediğine de dikkat çekmek gerekir.

⁷⁷⁶ Bu süreyi AB hukukunda, EUIPO belirlemektedir ve EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzu m. 3.3.1 uyarınca bu süre iki aydır.

⁷⁷⁷ **Kur/Senfleben**, N. 11.75, s. 592.

⁷⁷⁸ ABAD, C-122/12 P, “Bernhard Rintisch v. OHIM” T. 03.01.2013, para. 40.

zarfında sunulmayı zorlaştıracak kadar çok fazla sayıda, karışık ve marka sahibi açısından da külfetli olabilir⁷⁷⁹. Bu durumda ilgili Kurumun (EUIPO/TPMK) tarafsızlığı ve taraflara eşit davranma ilkesi kapsamında, Kurumun taraflara ek süre tanınmasına da sebebiyet verebilir⁷⁸⁰. Nitekim AB Hukukunda, EUTMIR (2868/95 sayılı Uygulama Tüzüğü) m. 71 uyarınca itiraz sahibi sürenin uzatılmasını talep edebilmektedir; ki genel uygulamanın talebin kabulü yönünde olduğu görülmektedir⁷⁸¹.

EUIPO Kullanım İspatı Kılavuzu'na göre, kullanımın ispatlanması için öngörülen sürenin dolmasından önce; hatta başvuru sahibi kullanım ispatı talebinde bulunmadan öncesinde bile itiraz sahibi tarafından sunulan, her türlü delil, kendiliğinden kullanım ispatı değerlendirmesinde dikkate alınır⁷⁸². SMKY m. 29/6'te yer alan açıklamalarımıza dayanarak⁷⁸³, itiraz eden kişinin, yayıma itirazı ile birlikte, henüz kullanım ispatı talebinde bulunmasa dahi kullanım ispatına yönelik delillerini sunmasının mümkün olduğu göz önüne alınarak, bu hükmü AB marka hukuku ile uyumlu olarak değerlendirmek mümkündür.

ABAD içtihatlarında sonradan yeni delil ibraz edilebilmesi, daha önce delil sunulmuş olup olmamasına göre farklı değerlendirilmektedir. Buna göre ilk olarak; itiraz eden, kendisine tanınan süre içerisinde hiçbir delil veya itirazla ilişkili delil sunmazsa, süresi geçtikten sonra *ilk kez* sunulan delilleri EUIPO, takdir yetkisi bulunmaksızın talebi reddetmek zorundadır⁷⁸⁴. Bu durumda ABAD, “*Fishbone*” kararında 2868/95 sayılı Uygulama Tüzüğü m. 22/2 hükümlerini dayanarak göstererek, bu hükmün lafzından EUIPO (*O tarihte “OHIM” olarak adlandırılmıştı.*) tarafından belirlenen sürede

⁷⁷⁹ **Marten**, Günther, Belated Evidence of Proof of Use: Court of Justice of The European Union Case Law Reviewed, JIPLP, 2014, vol. 9, No. 4, (s. 287-291), s. 288.

⁷⁸⁰ **von Kapff**, Philipp, Fundamental Rights in the Practice of the European Trade Mark and the Designs Office (OHIM), Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, (ed.: Christophe Geiger), s. 294.

⁷⁸¹ **Weberndörfer**, Jörg, Proof of Use: Commentary on the Practice of the Opposition Division of the OHIM, European Intellectual Property Review, vol. 23, 2001, Issue:3, s. 153; EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 65; Örnek ABAD içtihatları; C-621/11P “New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG v. OHIM- (*Fishbone*)” T. 18.07.2013; C-29/05P, “Kaul GmbH v. OHIM” T. 13.03.2007; T-86/05, “K & L Ruppert Stiftung & Co, Handels-KG v. OHIM” T. 12.12.2007; C-610/11P, “Centrotherm Systemtechnik GmbH v. OHIM- (*Centrotherm*)” T. 26.09.2013.

⁷⁸² EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, m. 3.3.1, s. 65.

⁷⁸³ Bkz. yuk. 3.2.3. “Kullanımın İspatlanması Usulü”.

⁷⁸⁴ **Marten**, s. 289; **Aaron/Nordemann**, s. 1199.

kullanımın ispatına yönelik delil sunulmadığı takdirde itirazın kendiliğinden reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁷⁸⁵. Gerçekten de daha önce hiçbir delil sunulmamışsa, süre geçtikten sonra sunulan delillerin “ek delil” olarak da kabul edilmesi mümkün değildir⁷⁸⁶.

Bir diğer önem arz eden olasılıkta ise itiraz eden, süresi içinde ilişkili bir kısım deliller sunmuş ve delil sunma süresi dolduktan sonra ek delil sunmak isteyebilir. Bu durumda ek delil, süresi içinde ibraz edilmiş bulunan önceki bir kısım delili sadece güçlendiriyor veya açıklığa kavuşturuyor ve itiraz eden tarafın zaman kısıtlamasını kasten erteleyerek suiistimal etmiyor veya açıkça ihmalkâr davranışlar göstermiyorsa, EUIPO süresi dışında sunulan bu delili objektif ve makul bir şekilde takdir yetkisini kullanarak dikkate alabilir⁷⁸⁷. ABAD bu şartları, somut olaya göre uyarlanabilecek şekilde kabul etmiştir⁷⁸⁸. ABAD’ın bu konudaki yerleşik içtihatlarına göre, başvurunun yayımına itiraz aşamalarında takdir yetkisini kullanarak karar verilirken iki hususa dikkat edilmelidir: Birincisi, gecikmiş delilin itirazın sonucuyla ilişkili olması gerektiği ve ikincisi bu gecikmiş delilin ileri sürüldüğü esnada itirazın aşaması ve mevcut koşulların, bu delillerin dikkate alınmasını olanaksız kılmaması gerektiğine işaret etmektedir⁷⁸⁹. Birinci şartla ilgili olarak, sadece sonuca etkili olacak delillerin dikkate alınacağı ifade olunabilir. İkinci şartla ilgili olarak 2018/625 sayılı AB Yetki Tüzüğü m. 8/5 gereği, *sonuca etkili olma* faktörü, EUIPO Kılavuzuna göre EUIPO tarafından dikkate alınacak üç bağımsız faktörden biridir⁷⁹⁰. Diğerleri, geç kanıtın sunulduğu yargılama *aşaması* ve söz konusu kanıtın süre sınırı sona ermeden önce sunulmamasının *gereğesidir*.

⁷⁸⁵ ABAD, C-621/11P “New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG v. OHIM-(Fishbone)” T. 18.07.2013, para. 28.

⁷⁸⁶ Eu Trade Mark Reform Summary of Changes Applying From 1 October 2017, m. 5.5.1, (“EU Trademark Reform”) https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_en.pdf

⁷⁸⁷ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 6, s. 65; ABAD, C-621/11 P “New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG v. OHIM” (Fishbone)T. 18/07/2013, para. 28, 30.

⁷⁸⁸ ABAD, C-610/11P, “Centrotherm” T. 26.09.2013, para. 87.

⁷⁸⁹ ABAD, “Kaul GmbH v. OHIM”, para. 44; “Fishbone”, para. 34; C-122/12 P, “Bernhard Rintisch v. OHIM” T. 03.01.2013, para. 39; Her ne kadar ABAD bu kararları, başvurunun yayımlanmasına itiraz süreçlerine ilişkin olarak vermiş olsa da mahkemenin bu yorumlarının, taraflar arasında gerçekleşebilecek diğer işlemler için de geçerli olabileceği ifade edilmiştir. (von Bomhard/ von Mühlendahl, s. 366).

⁷⁹⁰ EUIPO, Guidelines, Part C, Section 1, m. 4.2.6.2.

2018/625 sayılı Tüzük, kullanım ispatının süre bakımından sınırı ile ilgili önemli hükümler getirmiştir. Tüzük m. 8/5 ve m. 10/7, yukarıda bahsi geçen, aksi belirtilmedikçe EUIPO'ya kullanımın ispatlanmasında sunulan gecikmiş tamamlayıcı delillerin incelenmesinde takdir yetkisi veren, yerleşik ABAD içtihatlarına yasal nitelik kazandırmıştır⁷⁹¹. Mezkûr Tüzük m. 8/5 hükmüne göre, EUTMDR (2017/1430 sayılı Tüzük) m. 7/1'de belirtilen iki aylık sürenin (Türk hukukunda SMKY m. 30/4 uyarınca bir ay) sona ermesinden sonra itiraz eden taraf, süresi içinde sunmuş olduğu delilleri tamamlayıcı ve EUTMDR m. 7/2'de belirtilmiş aynı gerekliliklerle ilgili olarak kanıt ibraz ederse EUIPO, bu tamamlayıcı kanıtları kabul edip etmemekte takdir yetkisini kullanacaktır⁷⁹². Tüzük m. 8/5 ve m. 10/7 hükümlerinde EUIPO takdir yetkisini kullanırken özellikle dikkate alınacak hususlar; yargılamanın bulunduğu aşama, sunulan delillerin ilk bakışta (*prima facie*) olayın sonucu ile ilişkili olması ihtimali ve bu geç ibrazın geçerli nedenlere dayanıp dayanmadığı olarak ifade edilmiştir⁷⁹³. EUIPO'nun takdir yetkisi sadece, geç sunulan delilin, önceki delilleri "tamamlayıcı" olması ve "aynı gerekliliklerle" ilgili olması hâlinde uygulanabilir⁷⁹⁴. "Aynı gereklilik" kavramı, önceki markanın kullanımının kapsamı, niteliği, yeri, zamanı bakımından delillere işaret eder. Buna göre, tamamlayıcı delil, önceki markanın kullanımıyla ilişkili olarak yer, zaman, nitelik ve kapsam bakımından önceki delilleri *tamamlayabilir*; ancak bu münferit gerekliliklerin (yer, zaman, nitelik, kapsam) herhangi biri için zamanında sunulmayan delile tek başına dayanılamayacaktır. Örneğin, süre sınırı içerisinde markanın zaman bakımından kullanımına yönelik herhangi bir delil sunulmamışsa, bu hususta süre sınırından sonra sunulan deliller dikkate alınmayacaktır⁷⁹⁵. Ayrıca, EUIPO geç delillerde

⁷⁹¹ "EU Trademark Reform", m. 5.5; von Bomhard/ von Mühlendahl, s. 367.

⁷⁹² 2018/625 EUTMDR m. 8/5: "Where, after the expiry of the period referred to in Article 7(1), the opposing party submits facts or evidence that supplement relevant facts or evidence provided within that period and that relate to the same requirement laid down in Article 7(2), the Office shall exercise its discretion under Article 76(2) of Regulation (EC) No 207/2009 in deciding whether to accept these supplementing facts or evidence. For that purpose, the Office shall take into account, in particular, the stage of proceedings and whether the facts or evidence are, *prima facie*, likely to be relevant for the outcome of the case and whether there are valid reasons for the late submission of the facts or evidence."

⁷⁹³ "Geç ibrazın geçerli nedenlere dayanması" unsuru hariç olmak üzere, geri kalan iki unsurun 2017/1430 sayılı Tüzükten önce de doktrindeki değerlendirilmesine yönelik bkz. Marten, s. 289.

⁷⁹⁴ "EU Trademark Reform", m. 5.5.2.

⁷⁹⁵ "EU Trademark Reform", m. 5.5.2.

“aynı gereklilik” kavramını, sadece her iki kanıtın da aynı önceki markaya, aynı sebeplerle ilişkili olmasını da ifade etmektedir.

Ayrıca, bu tip olayları ve delilleri dikkate alma konusunda takdir yetkisi kullanılırken, göz önüne alınan hususlar özellikle gerekçelendirilmeli; ilk olarak geç sunulan materyale bakıldığında, itirazın neticelenmesiyle ilgili olmalı ve ikinci olarak bu geç ibrazın meydana geldiği itiraz aşaması ve içinde bulunduğu koşullar, bu tür hususların dikkate alınmasını engellememelidir⁷⁹⁶. Ek delillerin neden dikkate alındığı ya da alınmadığı da bilhassa gerekçelendirilmelidir⁷⁹⁷. “*Delil, ilişkili değildi.*” ya da “*Delilin neden süre dolduktan sonra sunulduğu gerekçelendirilmedi.*” gibi genel ifadelerin bunun için yeterli olmadığı EUIPO Kılavuzunda belirtilmiştir⁷⁹⁸. Türk hukukunda da *de lege lata* kanun koyucu düzenlememiş olsa da, *de lege ferenda* bu hâl ve şartlarda, TPMK’nın gecikmiş delil ibrazını kabul edebileceği savunulabilir. Bununla birlikte tescil başvurusu sonuçlanana kadar bu işlemin gerçekleştirilmesi gerektiğini de belirtmek gerekir⁷⁹⁹.

3.3. DAVA AŞAMALARINDA

Kullanım ispatı müessesesinin Türk hukukunda SMK kapsamında düzenlenmiş olduğu prosedürel aşamaların; başvurunun yayımlanmasına itiraz safhasında (m. 19/2), markanın hükümsüzlüğü (m. 25/7) ve marka hakkına tecavüz davalarında (m. 29/2) olduğu ifade edilmişti. Çalışmamızın bundan önceki kısmında SMK m. 19/2’de yer alan kullanmama savunmasının dayanağını AB marka hukuku teşkil etmiş olması hasebiyle, buna ilişkin olarak uygulamada oluşabilecek durum ve koşulların AB mevzuat ve uygulaması çerçevesinde incelenmesi gereği hasıl olmuştu. Bununla birlikte, markanın hükümsüzlüğü ve marka hakkına tecavüz davalarının Türk marka hukukunda uygulama ve esasları AB marka hukukundan farklılık göstermektedir. Keza öğretilerde de AB marka müktesebatının uyumlaştırılmasında maddî hukuk boyutunun, usul hukuku boyutunun

⁷⁹⁶ ABAD, C-29/05 P, “Kaul GmbH v. OHIM” (*Arcol*) T. 13/03/2007, para. 44; C-418/16 P, “mobile.de GmbH v. EUIPO”, T. 28.02.2018, para. 63; EUIPO’nun bu hususta geniş takdir yetkisi bulunduğu ilişkin bkz. “*Fishbone*”, para. 23; “*Kaul*”, para. 43.

⁷⁹⁷ Case T-334/01 “MFE Marienfelde GmbH v. OHIM” (*Hipoviton*), T. 08.07.2004, para. 48.

⁷⁹⁸ ABAD, C-610/11 P, “Centrotherm Systemtechnik GmbH v. OHIM” T. 26/09/2013, para. 111.

⁷⁹⁹ **Karaca**, s. 92.

önüne geçtiği ifade edilmektedir⁸⁰⁰. Bu yüzden, markanın kullanılmadığının, hükümsüzlük ve tecavüz *davalarında* def'i olarak ileri sürülmesini incelediğimiz bu bölümde, mümkün merteye mehz AB mevzuat ve uygulamasından da yararlanılmaya çalışılmış olmakla birlikte Türk marka hukukunun usul ve esasları ekseninde bir inceleme gerçekleştirilmeye çalışıldığını ifade etmek gerekir.

SMK'nın birinci kitabının beşinci kısmı "Hakkın Sona Ermesi" başlığı altında, birinci bölümde 25 ve 26'ncı maddelerinde hükümsüzlük ve iptal hâlleri düzenlenmiştir. Marka hakkının ihlâli durumunda ise, marka sahibinin başvurabileceği yollar arasında, marka ihlâl davaları (tecavüzün tespiti, önlenmesi (men'i), durdurulması, tazminat davası, tecavüzün olmadığının tespiti davası) dışında, ihtiyati tedbirler de bulunmaktadır. Bu yollar SMK sistematığında, Kanunun birinci kitabının altıncı kısmında "Marka Hakkına Tecavüz" başlığında 29 ve 30'uncu maddelerinde marka hakkına tecavüz sayılan fiiller olarak ele alınmıştır. Kanunun beşinci kitabının birinci kısmı olan "Ortak Hükümler" üst başlığı altında, m.149 vd. maddelerinde konumuz özelinde incelenecek olan marka hakkına tecavüz, görevli ve yetkili mahkeme, ihtiyati tedbir, önceki tarihli hakların etkisi gibi tüm sınai haklar için de ortak olan esaslar incelenmiştir. Peşinen belirtmek gerekir ki aşağıda bahsi geçecek davalar olan markanın hükümsüzlüğü ve marka hakkının ihlâli davalarında kural olarak yazılı yargılama usulü uygulanmaktadır ve bu kapsamda taraflar dilekçeler teatisi aşamasına göre iddia ve savunmalarını sunarak yargılama sürecine dâhil olmaktadır⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ **von Kapff**, s. 294; **Norman**, s. 23; **Kur/Senftleben**, N. 13.89, s. 673; **Seville**, s. 313; **Bastian**, s. 477; **Prime/Booton**, s. 120; **Blakely**, W., Beyond The International Harmonization of Trademark Law: The Community Trade Mark as a Model of Unitary Transnational Trademark Protection University Of Pennsylvania Law Review, vol. 149:309 (s. 309-354), s. 310-311; **Robinson**, W.; **Pratt**, G.; **Kelly**, R. (2013). Trademark Law Harmonization in the European Union: Twenty Years Back and Forth, Fordham Intellectual Property, Media Entertainment Law Journal, 23(2), (s. 731-772), s. 752.

⁸⁰¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 4/1-d bendi kapsamında marka hukukundan doğan davalar mutlak ticari davadır. Bununla birlikte m. 4/2 uyarınca değeri *beş yüz bin* Türk lirası altında kalan ticari davalarda "basit yargılama usulü" uygulanacağını ifade etmek gerekir. Öğretide, basit yargılama usulünün söz konusu olacağı işbu durumun marka ihlâlinden kaynaklı olarak sadece "tazminat" davası açıldığında uygulanabileceği; tazminatın yanı sıra men, ref gibi talepler de mevcutsa yazılı yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmektedir. Bkz. **Kale**, s. 113, dn. 155.

3.3.1. Markanın Hükümsüzlüğü Davalarında

3.3.1.1. Genel Olarak Markanın Hükümsüzlüğü Davaları

Tescilli bir markanın⁸⁰², SMK 5'inci maddede yer alan mutlak ve 6'ncı maddelerinde düzenlenmiş bulunan nispi ret nedenlerinden birini taşıyor olması ve buna rağmen her nasılsa tescil edilmiş olması hâlinde; bu durum sonradan tespit edilmişse yahut söz konusu sebeplerin sonradan ortaya çıkması durumunda hükümsüzlük davası sonucunda markanın sicilden terkinin mümkündür⁸⁰³. Gerçekten de tescile konu markanın ve bu hakkın esasını oluşturan maddi olguların değişebileceği göz önünde bulundurularak, TPMK nezdinde müseccel bir markada hükümsüzlük sebeplerinin sonradan oluşabileceği de değerlendirme dışı bırakılmamalıdır⁸⁰⁴. Hemen belirtelim ki Türk marka hukukunda, hükümsüzlük talebi ancak dava yoluyla ileri

⁸⁰² Markanın hükümsüzlüğü davasının açılabilmesi için, dava şartı olarak, TPMK nezdinde tescilli bir marka bulunması gerekmektedir. (Bahadır, s. 145; Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 159; Yasaman/Yusufoğlu, C.II, s. 851; Güneş, Marka Hukuku, s. 390); Yargıtay da tescil belgesinin aslı veya örneğinin sunulması gerektiğini şart kabul etmektedir. Yarg. 11. HD., E. 2010/3497 K. 2012/3268 T. 06.03.2012, “Gerçekten de henüz sahibine sağladığı haklar oluşmamışken, başvuru aşamasında bulunan bir marka hakkında hükümsüzlük davasının açılması kural olarak mümkün olmayıp, markanın hükümsüzlüğü davasında davalı, markayı adına tescil ettirmiş bulunan kişidir.” (www.lexpera.com, E.T.: 15.02.2020); Yarg. HGK E. 2013/308 K. 2014/61 T. 05.02.2014, “... hükümsüzlüğü istenen marka başvurusunun yargılama devam ederken TPE marka siciline tescil edilmiş olması karşısında yukarıda açıklanan 6100 sayılı HMK'nın 115/3. maddesi hükmü uyarınca eldeki somut olayda artık bu aşamada dava şartının bulunmadığından söz edilemez.” (Pekdiñer/Giray/Baş, s. 134); Yarg. 11. HD. E. 2015/6851 K. 2016/869 T. 27.1.2016, “Hükümsüzlük davası, sadece sicilde kayıtlı bir marka hakkında açılabilir. Oysa dava tarihi itibarıyla davalı adına sicilde kayıtlı bir marka bulunup bulunmadığı dosya kapsamı itibarıyla belli olmayıp, mahkemece hükümsüzlüğü talep edilen markanın dava tarihinde davalı adına tescilli olup olmadığı araştırılarak, davacının hükümsüzlük talep etmekte hukuki yararının bulunup bulunmadığı ve erken açılmış bir dava olup olmadığı değerlendirilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁸⁰³ Karasu (Suluk/Nal), s. 222; Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 155; Bahadır, s. 147; Sekmen, Orhan, Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2016, s. 209; MarKHK döneminde markanın hükümsüzlüğü ve iptali şeklinde bir ayırım söz konusu değildi ve bu durum, haklı olarak, eleştirilmekteydi. Bkz. Çağlar, Marka Hukuku, s. 173; Kaya, Marka Hukuku, s. 322; Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 168; Karasu (Suluk/Nal), s. 221; Yasaman/Yusufoğlu, C.II, s. 850; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 473; Bu kapsamda, SMK'nın yeniliklerinden biri de bunların ayrı hükümler olarak markanın iptalinin m. 26, hükümsüzlüğünün ise m. 25'te olmak üzere, isabetli olarak, ayrı ayrı olacak şekilde düzenlenmesidir. Benzer yönde bkz. Oğuz, Arzu, Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı, (Bildiriler Kitabı), 16-22 Aralık 2019, (s. 197-220), s. 197; Çolak, Marka Hukuku, s. 934.; Yarg. HGK., E. 2017/1733 K. 2019/959 T. 26.9.2019, “Nispi ret nedenlerinden birinin varlığı dolayısıyla tescil olunmaması gerekirken her nasılsa tescil olunan bir markaya karşı 556 sayılı KHK'nın 47 ilâ 53. maddeleri arasındaki prosedür takip edilerek kesinleşmiş YİDK kararı aleyhine iptal davası açılabilceği gibi, 556 sayılı KHK'nın 42/1-b maddesindeki şartlar dairesinde hükümsüzlük davası da ikame edilebilir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁸⁰⁴ Uzunallı, Marka Hukuku, s. 205.

sürülebilmektedir⁸⁰⁵. Hükümsüzlük davasında davacı olabilecek kişiler SMK m. 25/2’de “*menfaati olanlar*”⁸⁰⁶, *Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları*”⁸⁰⁷ şeklinde sayılmıştır. Buradaki menfaat, hükümsüzlüğe konu markanın tescil edilmesinden “*zarar gören, görme tehlikesi içinde bulunan, markasını kullanabilmesi haksız şekilde sınırlandırılan ya da sınırlandırılma tehlikesi altında bulunan*” kişi ölçütüne göre belirlenmelidir⁸⁰⁸. Bununla birlikte hükümsüzlük talebinin hukukî nitelik itibarıyla bir dava olduğu gözetilmeli ve aranan menfaatin “hukukî yarar” olması gerektiği göz ardı edilmemelidir⁸⁰⁹. Bu kapsamda, öğretilde ilk ölçütün yanı sıra hükümsüzlük davasında hukukî bir menfaatin varlığı tespitinde “davacının hukukî

⁸⁰⁵ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 473; Hükümsüzlük nedenlerinden SMK m. 5 kapsamında mutlak ret nedenlerinin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle, markanın hükümsüz kılınabilmesi için mahkeme kararının varlığı yerinde bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir. (**Bahadır**, s. 147); Mehaz 2017/1001 sayılı Tüzük m. 59/1 uyarınca, mutlak hükümsüzlük sebepleri bakımından hükümsüzlük talepleri, EUIPO nezdinde gerçekleştirilmektedir. Nispi hükümsüzlük sebeplerinin düzenlendiği m. 60/1’e göre ise bu talep EUIPO nezdinde gerçekleştirilebileceği gibi, tecavüz yargılaması sırasında karşı talep olarak mahkemeye de sunulabilmektedir. AB marka sisteminde işleyişe ilişkin detaylı bilgi için bkz. ve karşı. **von Bomhard/von Mühlendahl**, s. 295; **Kur/ Dreier/ Luginbuehl**, s. 304-305.

⁸⁰⁶ MarKHK m.43’te hükümsüzlük davasını açabilecek kişiler için “menfaati olanlar” yerine daha dar kapsamlı olan “zarar görenler” ibaresi tercih edilmişti. 6769 sayılı SMK ile bu kapsamın genişletilmesi, hükümsüzlük davasında davacı olabilecek kişilerin sayısının artırılmak istenmesi olarak değerlendirilmektedir. (**Kale**, s. 49); Öğretilde hükümsüzlük nedenleri olan mutlak ve nispi ret sebeplerinin nitelik bakımından farklı olmalarına göre davacılar arasında ayırım yapılması gerektiği; nispi ret nedenlerine dayalı olarak hükümsüzlük davasının sadece “önceki hak sahibi” tarafından açılması gerektiği savunulmuştur. (**Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 165-166; Benzer yorum için bkz. **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 891-893).

⁸⁰⁷ Kamu kurum ve kuruluşu niteliğinde *olmayan* kurum ve kuruluşlar için, “menfaati olanlar” kategorisinde değerlendirme yapılabileceğine ilişkin bkz. **Kale**, s.54.

⁸⁰⁸ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 474; **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 893; **Kaya**, Marka Hukuku, s.332; **Karasu** (Suluk/Nal), s. 223; **Kale**, s. 50-51; **Oğuz**, Markanın Kullanılmaması ve İptali, s. 203-204; Davacının markayı kullanma amacının bulunması zorun değildir. (**Özdamar Doğan**, s. 216.); Menfaati olan kişilerin zarar görmüş kişiler olması gerekmemektedir. (**Işık**, s. 75); Yarg. HGK E. 2011/529 K. 2011/643 T. 19.10.2011, “*Zarar gören kişi*” zarara uğrayan veya uğrama ihtimali bulunan ya da söz konusu işareti kullanabilme olanağı haksız biçimde kısıtlanan yahut kısıtlanma tehlikesi altında olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişidir. Zarardan kastedilen ise haksız fiil ya da sözleşme hukuku anlamında bir zarar olmayıp bir gerçek ya da tüzel kişinin menfaatlerinin 556 Sayılı KHK’nin 7 ve 8. maddelerine göre tescili mümkün olmayan bir işaretin kısmen veya tamamen bir şahıs tarafından kendi adına tescil ettirilmesi suretiyle zedelenmesi, bir markanın beş yılı aşkın bir süreden beri kullanılmaması suretiyle o işaretin serbest kullanımının kısıtlanması veya serbest bir sözcüğün bir kişinin inhisarına verilmesidir.”; Yarg. 11 HD. E. 2010/13687 K. 2012/4651 T. 26.03.2012, tarihli kararında “*Nitekim kavram, madde içeriğine uygun olarak, Dairemizce de geniş yorumlanmakta ve zararın müstakbel bir niteliği haiz olması dahi ilgilinin davacı olabilmesi açısından yeterli kabul edilebilmektedir.*” şeklinde ifade edilmiştir. (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

⁸⁰⁹ Nitekim, HMK m. 114/1-f bendi uyarınca davalarda hukuki yararın bir dava şartı olduğu da gözetilmelidir.; Bu kapsamda sadece ekonomik ya da bilimsel bir menfaate dayanılarak hükümsüzlük davası açılmamalıdır. (**Kale**, s. 49); Yarg. HGK. E. 2017/5 K. 2019/56 T. 31.1.2019, “*Davacı da tescilli markanın kapsamı ile aynı alanda ticari faaliyette bulunmaktadır. Bu nedenle işbu davayı açmakta hukuki yararı vardır.*” Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2018/257 K. 2019/289 T. 10.9.2019; “*Zarar gören kişinin mutlaka tescilli marka sahibi olması gerekmez. Menfaatlerinin zedelenmesi kaydıyla 556 Sayılı KHK’nin kendisine koruma sağladığı herkes dava açabilir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

durumunu iyileştirebilecek, somut bir menfaat” ölçütünün de değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸¹⁰. Gerçekten de markanın sadece kullanılmıyor oluşu, sadece markalar sicilinin arınması durumu bir dava hakkını doğuracak hukukî menfaat olamaz⁸¹¹. Bu arada belirtelim ki, tescil aşamasında sessiz kalmış önceki marka sahibinin hükümsüzlük davası açmasına bir engel olmadığı gibi; başvuru aşamasında yayıma itiraz etmiş ve itirazı reddedilmişse de bu davayı açabilir⁸¹². Diğer davacılarından, Cumhuriyet savcılarının, görevleri kapsamında kamuyu temsil etmelerinden dolayı, hükümsüzlük davası açabilmeleri sadece toplumsal yarar sebebiyle mutlak ret nedenleri ile sınırlı olmalıdır⁸¹³. “İlgili kamu kurum ve kuruluşları” ise dar yorumlanmaması gereken bir kavramdır. Bu kapsamda, bakanlıklar, belediyeler, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve TPMK’nın kendisi de dava açabilmelidir⁸¹⁴.

SMK m. 25/3 uyarınca, davalı taraf, “*dava tarihinde sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişiler veya hukuki halefleri*” olabilir. Hükmün devamında, TPMK’nın hükümsüzlük davalarında hasım gösterilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir⁸¹⁵. Ayrıca, öğretide marka için lisans alanların hükümsüzlük davasında davalı olamayacakları görüşü hâkimdir⁸¹⁶. Hükümsüzlük davalarında görevli mahkeme, SMK m. 156/1 uyarınca, kural

⁸¹⁰ Kale, s. 50.

⁸¹¹ Bozgeyik, Görüşler ve Kararlar, C.2, Marka Hukuku, Ankara 2015, s. 937.

⁸¹² von Bomhard/ von Mühlendahl, s. 296; Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu, s. 69; Oğuz, Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, s. 198; İstanbul BAM 16. HD. E. 2017/1298 K. 2019/54 T. 10.01.2019, “... ancak başvuru aşamasında itiraz edilmeyerek tescil edilmiş olması halinde de hükümsüzlük sebebi olarak ileri sürülebileceği ...” (Pekdiñcer/ Giray/ Baş), s. 141; Güneş, Marka Hukuku, s. 261; Tercih edilebilecek bir diğer yol olarak ise, TPMK’nın itirazın reddi kararına karşı iptal davası açılmak suretiyle hem kararın iptali hem de hükümsüzlük bir arada talep edilebilir Karasu (Suluk/Nal), s. 222; Çolak, Marka Hukuku, s. 935; TPMK’nın verdiği karara itiraz etmiş ve bu itirazı YİDK tarafından reddedilen kişinin de dava açma hakkı vardır. Bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 481.

⁸¹³ Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 166; Kale, s. 52; Çağlar, Marka Hukuku, s. 192; Kaya, Marka Hukuku, s. 334-335; Yasaman/Yusufoğlu, C.II, s. 893-894; Işık, s. 76.

⁸¹⁴ İlgili kamu kuruluşunun sadece nispi ret sebebine dayalı olarak dava açabilmeleri gerektiğine ilişkin bkz. Işık, s. 77; TPMK’nın davacı olduğu bir davada Yargıtay “Mahkemece, toplanan kanıtlar doğrultusunda, davacı kurumun 556 sayılı KHK’nın 43. maddesi uyarınca “... ilgili resmi makamlardan” olduğundan aktif dava ehliyetinin bulunduğu ...” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Bkz. Yarg. 11. HD. E. 2006/13752 K. 2008/614 T. 28.1.2008. (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

⁸¹⁵ MarKHK döneminde Kurumun hükümsüzlük davalarında taraf gösterilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmekteydi. SMK m. 25/3’ün devamında ise “Markanın hükümsüzlüğü davalarında Kurum taraf gösterilmez.” ifadesiyle bu durum normatif hâl almıştır. MarKHK dönemindeki görüşler için bkz. Teoman, Ömer, Marka Terkinini Sağlamak İçin Açılacak Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsü’ne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, (s. 645-654); Yasaman/Yusufoğlu, C.II, s. 898; Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 167; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 475.

⁸¹⁶ Yasaman/Yusufoğlu, C.II, s. 897; Kaya, Marka Hukuku, s. 335; Aksi yönde görüş için bkz. ve karşı Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 483.

olarak fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir; yetkili mahkemesi ise, kural olarak davalının yerleşim yerinin bulunduğu mahkemedir⁸¹⁷.

Hükümsüzlük davası açılabilceği süreye ilişkin SMK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. SMK m. 25/6'da ise sessiz kalma yoluyla hak kayıplarına ilişkin olarak, kötüniyetli tesciller hariç olmak üzere, beş yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmüştür⁸¹⁸. Mevaz AB 2015/2436 sayılı Direktif m. 9/1 hükmünde de benzer şekilde önceki marka sahibinin, sonraki tarihli tescile beş yıl sessiz kalması hâlinde, sonraki tescil kötüniyetli olmadıkça⁸¹⁹, hükümsüzlük davası açılmayacağı belirtilmiştir. Ancak bu maddenin amacının, süre belirlemekten ziyade *önceki marka hakkı sahibinin* hükümsüzlük davası açma hakkının ortadan kalktığı bir duruma işaret etmek olduğunu belirtmek gerekir⁸²⁰. Ögretide, MarKHK döneminde ve SMK'da da (sessiz kalma yoluyla hak kaybı hariç) haklı olarak kanun koyucunun hükümsüzlük davasını bilinçli bir tercihle süreye bağlamadığı belirtilmiştir, nitekim davanın temelinde hukuka aykırı bir şekilde

⁸¹⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Kale**, s. 19-34; **Güneş**, s. 390 vd.; **Bahadır**, s. 153 vd.

⁸¹⁸ SMK m. 25/6: "*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 kötüniyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.*" Paris Konvansiyonu birinci mükerrer 6. maddesi, 3. bendinde "*Kötüniyetli tescil edilen veya kullanılan markaların kullanılmasının yasaklanmasını veya iptalini istemek için süre tespit edilmeyecektir.*" hükmü de buna esas oluşturmaktadır. Yarg. 11 HD. E. 2014/4234 K. 2014/12665 T. 02.07.2014, "*556 sayılı KHK'nın 42/a maddesinde düzenlenen yasal 5 yıllık dava açma süresinin de geçmediği anlaşılmalı, TPE işlem süreci, davalı markanın başvurusuna davacının TPE'ye yaptığı itiraz, davalının davacıya ihtarı nazara alındığında davacının uzun süre sessiz kalması nedeniyle hükümsüzlük davasını açma hakkını kaybettiği söylenemez. Bu suretle; mahkemece, davacı tarafın davalı tesciline uzun süre sessiz kalması nedeniyle TMK'nın 2. maddesi uyarınca dava açma hakkını kullanmada iyi niyetli olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi yerinde olmadığından davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, kararın temyiz eden davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.*" (**Pekdiñer/Giray/Baş**), s. 136.

⁸¹⁹ Yarg. 11. HD. E. 2007/5594 K. 2008/7076 T. 29.05.2008, "*... davalının marka kullanımından haberdar olan davacının aradan 7-8 yıl geçtikten sonra hükümsüzlük talebinde bulunmasının hakkını kötüye kullanılması teşkil edeceği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.*" (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020); Yarg. 11 HD. E. 2017/1833 K. 2018/7779 T. 10.12.2018, "*...davacının aradan 23 yıl geçtikten sonra hükümsüzlük davası açmasının MK'nun 2. maddesi ile bağdaşmadığı, 556 sayılı KHK'nin 42/1 (a) bendinde kötü niyetli tescile karşı hükümsüzlük davası hakkının MK'nun 2. maddesi uyarınca sınırlanacağı, davacının marka tescilinden itibaren 23 yıllık süre zarfında davalının da kendi markasına yatırımlar yapmasına sessiz kaldığı, davalı şirketin markası üzerinde emek sarf edip, masraf ve yatırımlar yaparak ticari çevrelerde tanıtım suretiyle kendisine ait yeni bir değer oluşturduktan sonra söz konusu değer yok edilmesi sonucuna yol açacak şekilde davacının kendi markasına tecavüz edildiğini ileri sürerek hükümsüzlük talep etmesinin Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü dışında kaldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*" (**Pekdiñer/Giray/Baş**), s. 134.

⁸²⁰ **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 856; Nispi ret sebeplerinden sadece SMK 25/6 hükmü ile sınırlı olarak beş yıllık süre öngörüldüğüne ilişkin bkz. **Oğuz**, Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, s. 218.

gerçekleştirilmiş tescil bulunmaktadır ve tescil devam ettiği sürece dava açmanın süre ile sınırlandırılması mümkün olmamalıdır⁸²¹.

SMK m. 25/5 uyarınca hükümsüzlük hâlleri, markanın tescil edilmiş olduğu bütün mal ve hizmet grupları için geçerli olabileceği gibi bir kısmını kapsamaması da mümkündür⁸²². Ancak hükmün devamına göre bu kısmî hükümsüzlük kararı, “*marka örneğini değiştirecek*” şekilde verilemez⁸²³. Bu noktada kısmî hükümsüzlüğün, markanın *unsurlarından* birinin ya da birkaçının hükümsüz kılınması şeklinde değil; tescil belgesinin kapsamındaki *mal ve/veya hizmetlerden* bir kısmının sicildeki koruma kapsamından çıkarılması olduğunu vurgulamakta fayda vardır⁸²⁴. Ayrıca, HMK m. 26’de

⁸²¹ **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 855; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 167; Hükümsüzlük davalarının nitelik itibariyle birer eda davası olmasından ötürü, belli bir süre içinde açılması gerektiğine ilişkin bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 477; *Kaya*, ise benzer şekilde hükümsüzlük davası açılmasının bir hâl dışında süreye bağlanmadığını belirtmiştir fakat hâkimin TMK m. 2 kapsamında somut olayın özelliklerine göre uzun süre sessiz kalınmasının icazet olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. (**Kaya**, Marka Hukuku, s. 342-344); *Karan/Kılıç* da burada bir kanun boşluğunun bulunduğu bahisle hâkimin TMK m. 2 gereği hakkın kötüye kullanımını durumunda davanın reddedilmesi gerektiğini ve MarkHK m.42/1-a bendindeki tanımlı markalara ilişkin beş yıllık sürenin hâkime bu boşluğu doldurmada yol gösterebileceğini ifade etmiştir. (**Karan/Kılıç**), s. 380.; Yarg. 11 HD. E. 2006/9726 K. 2007/12520 T. 08.10.2007, “556 sayılı KHK’nin 14.maddesine dayalı olarak açılan hükümsüzlük davalarında 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanamayacağı, anılan hüküm gereğince markanın kapsadığı emtia bakımından haklı bir neden olmaksızın tescilden itibaren 5 yıl kullanılmaması ya da kullanıma 5 yıl kesintisiz olarak ara verilmesi halinde markanın hükümsüzlüğünün istenebileceği, ...” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020); SMK döneminde bu yönde görüşler için bkz. **Kaya** (Ülgen vd.), s. 535; **Gün**, s. 72; **Büyükkılıç**, s. 525; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 1039; Bu tescilin TMK m. 1024 kapsamında bir çeşit “yolsuz tescil” olarak değerlendirilebileceğine ilişkin görüş için bkz. **Bahadır**, s.159;

⁸²² **Karasu** (Suluk/Nal), s. 222; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 170.; Bu durumda gerçek hak sahipliği sadece kullanılan mal veya hizmet sınıfında söz konusu olur. (**Kara**, s. 97); **Kur/Senftleben**, s. 472-473, N. 6. 192; **Seville**, s. 393; **Bainbridge**, s. 850; İstanbul BAM, 16. HD. E. 2017/1542 K. 2019/508 T. 8.3.2019, “... Ancak bilirkişi raporunda ortaya konulduğu üzere davalıya ait 2007/03812 tescil numaralı markanın yalnızca “Pharmaceutical and veterinary preparations; sanitary preparations for medical purposes; - Eczacılık ve veterinerlikte kullanılan preparatlar, tıbbi amaçlı sağlık preparatları” emtiaları üzerinde kullanımın ispatlandığı, bu nedenle diğer emtialar bakımından kullanmama nedeniyle hükümsüzlük şartlarının dava tarihi itibariyle mevcut olduğu...” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020). Hükümsüzlük davalarında, davacının aslında başka bir hükümsüzlük sebebine dayandığı dosyadan anlaşılıyorsa, HMK m. 33’te yer alan hâkimin hukuku re’sen belirlemesi ilkesi gereği, hâkimin davacının belirttiği sebeplerinden ayrı olarak tespit ettiği başka hükümsüzlük sebeplerine dayanarak yargılama yapabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Büyükkılıç**, s. 378.

⁸²³ Markanın esas unsurlarından, örneğin iki sözcükten müteşekkil ise bunlardan birinin markadan çıkarılması şeklinde bir karar verilemez. **Karasu** (Suluk/Nal), s. 222; **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 207; **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 850.

⁸²⁴ **Çolak**, Marka Hukuku, s. 950; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 183; **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 207; **Güneş**, Marka Hukuku, s. 390; SMK m. 25 Gereğesi: “Marka örneğinde yer alan unsurlardan sadece birinin hükümsüzlük kararının verilmesinde etken olması halinde markada yer alan o unsurun hükümsüzlüğüne karar verilemeyecektir. Zira, mahkemenin münferit durumu nazara alarak marka örneğinde yer alan unsurların bölünmesi suretiyle markanın kısmi hükümsüzlüğüne karar vermesi halinde, marka mevzuatının diğer hükümleri ile uyumsuzluklar ortaya çıkmakta, bu durum başka marka sahipleri ile yeni ihtilaflar doğmasına sebebiyet vermekte ve yasaklanmış bir tescil fiilinin mahkeme kararıyla gerçekleştirilmesi

öngörölmüş olan hâkimin taleple bağıllığı ilkesi kapsamında, hükümsüzlüğü istenen mal veya hizmet sınıfı dışında talebi aşacak şekilde başka sınıflar açısından terkin kararı verilemeyecektir⁸²⁵. Konumuz özelinde, hükümsüzlük davasının konusu SMK m. 6/1 kapsamında karıştırılma ihtimali olduğunda, sınıflandırma tebliğine göre “benzer olduğu kabul edilen alt sınıflardaki tüm emtialar” için hükümsüzlük kararı verilmesi durumunda marka örneğini değiştirmemek üzere, herhangi bir sınıfın alt sınıfında yer alan emtianın bölünemeyeceği ifade olunmuştur⁸²⁶.

Peşinen belirtelim ki, davacı nispî ret sebeplerine dayalı, (çalışma konumuz özelinde SMK m. 6/1’e dayalı karıştırılma ihtimali) hükümsüzlük sebebinin belirttiğinden sonra, mahkeme dava dilekçesinde yer alan sebepten *başka bir sebebe* dayalı olarak karar

sonucu doğmaktadır.”; Yarg. 11 HD. E. 2006/936 K. 2007/8342 T. 31.05.2007, “... markaların tamamen hükümsüzlüğüne ve terkinine karar verilmek gerekirken, şekil ve sözcükten oluşan davalı markalarındaki üç şeritten oluşan şekil kısmının hükümsüzlüğü ile sicilden terkinine karar verilmesi yasaya aykırı olmuş, kararın bu yön bakımından davacı taraf yararına bozulması gerekmiştir...” (Güneş, Haksız Rekabet, s. 236); Bu yönde içtihatlar için bkz. Yarg. 11. HD. E. 2007/11932 K. 2009/7182 T. 12.06.2009; 11. HD., E. 2008/7288 K. 2009/11535 T. 09.11.2009; 11. HD., E. 2014/14296 K. 2015/120 T. 12.1.2015; 11 HD. E. 2018/1845 K. 2019/3424 T. 6.5.2019; E. 2017/3648 K. 2019/535 T. 21.1.2019. (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020)

⁸²⁵ **Kale**, s. 107; Yarg. 11. HD., E. 2018/1625 K. 2019/3254 T. 29.4.2019; “...malları yönünden başvurunun iptalinin istendiği; işbu dava dosyasına sunulan 23.12.2015 tarihli cevaba cevap dilekçesinde de aynı taleplerin, bu kez hükümsüzlük davası yönünden tekrarlandığı dikkate alındığında HMK'nın "Taleple bağıllık ilkesi" başlıklı 26/1. maddesi uyarınca, her ne kadar davalı şirket kötü niyetli de olsa İlk Derece Mahkemesince sadece yukarıda anılan mallar yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulü ile davalı markasının tamamen hükümsüzlüğüne karar verilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle davalılar Türk Patent ve Marka Kurumu vekili ile Kısmet Lüks Hırdavat Ltd. Şti. vekilinin istinaf başvurularının kabulü ile...”; Yarg. 11. HD., E. 2014/17766 K. 2015/2377 T. 23.2.2015, “Dava, kullanmama sebebiyle hükümsüzlük istemine ilişkin olup, davacı dava dilekçesinin netice-i talep kısmında davalı markasının 35. sınıfta yer alan "reklam acentesi hizmetleri, ilan büroları hizmetleri, tv, radyo, posta ile reklam ve ilan hizmetleri, ilan sütunlarının hazırlanması hizmetleri, reklam hizmetlerinin dağıtım hizmetleri, ticari ve reklam amaçlı sergi ve fuarların organizasyon hizmetleri, pazarlama ile ilgili bilgilendirme hizmetleri, satışı artırma (promosyon) hizmetleri, vitrin süsleme ve düzenleme hizmetleri, anket hizmetleri, halkla ilişkiler hizmetleri" yönünden hükümsüz kılınmasını talep etmiş, mahkemece davalı markasının 35. sınıftaki tüm hizmetler yönünden hükümsüzlüğüne karar verilmiş olup, karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6100 sayılı HMK'nın 26. maddesi gereğince hakim tarafından talep sonuçları ile bağıllık ilkesi gözetilmeksizin hüküm kurulması doğru görülmemiş, davalı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁸²⁶ **Çolak**, Marka Hukuku, s. 951; Yarg. 11. HD. E. 2008/4997 K. 2010/1132 T. 2.2.2010, “Mahkemece, dava konusu markaların kapsadığı 43. sınıf 01 alt grupta sayılan bir kısım hizmetlerin davacı adına tescilli markalarda yer alan 30. sınıftaki mallar ile benzer olduğu benimsendiğine göre, 556 sayılı K.H.K.nin 8/1-b bendi ve Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ hükümleri itibarıyla 43. sınıf 01 alt grupta sayılan tüm hizmetleri kapsayacak şekilde hükümsüzlük kararı verilmesi gerekirken; aynı tür olarak kabul edilen 43. sınıf 01 alt gruptaki hizmetlerden bir kısmı yönünden dava konusu markaların hükümsüzlüğüne karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

tesis edemez. Nispî ret nedenleri, tıpkı yayıma itiraz aşamasında olduğu gibi, hükümsüzlük davalarında da re'sen göz önüne alınmazlar.

Mahkeme, markanın hükümsüzlüğüne karar verirse, SMK m. 27/1 uyarınca, “*başvuru tarihinden itibaren etkili olacak şekilde*” geçmişe dönük⁸²⁷ ve tescil işlemi hiç gerçekleşmemiş⁸²⁸, SMK'nın markaya sağlamış olduğu koruma hiç var olmamış gibi sonuç doğuracak şekilde sicilden terkin olunur⁸²⁹. Bu yaptırımın sebebini, markanın hükümsüzlük sebeplerinin, tescil engelleri ile aynı olmasında aramak gerekir. Zira zamanında başvuruya itiraz ile veya TPMK'nın re'sen incelemesiyle, hükümsüzlük sebebi tespit edilmiş olsaydı doğabilecek olan sonuç markanın başvuru aşamasında reddedilmesi olacaktı; bu yüzden başvuru tarihinden itibaren ve herkese karşı sonuç doğurması makul bir yaklaşım olarak görülmelidir⁸³⁰. Bu arada belirtelim ki aynı sebepten ötürü SMK m. 27/5'e göre, markanın hükümsüzlüğü davalarına ilişkin kesinleşmiş kararlar, sadece davanın tarafları arasında değil, *herkes için* hüküm ifade etmektedir⁸³¹. Bunun için marka hakkının ihlâli durumunda açılacak tazminat, men, ref, tespit davalarında, davaya konu markanın hükümsüzlüğü de talep edilmişse, mahkeme, hükümsüzlük davasının sonuçlanmasını bekletici mesele yapmalıdır. Zira eğer ki dava sonucu markanın hükümsüzlüğüne karar verilirse, tecavüze dayalı açılmış dava artık konusuz kalmış olacaktır⁸³².

⁸²⁷ **Pila/Torremans**, s. 432; **von Bomhard/von Mühlendahl**, s. 305; **Norman**, s. 427; **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 206; **Işık**, s. 82; **Güneş**, Marka Hukuku, s. 471; 556 sayılı MarKHK'da hükümsüzlüğün etkisinin başlangıç anı belirtilmemiştir, öğretide “tescil” anından itibaren hükümsüz kılınacağı kabul edilmekteydi. (Bkz. **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 851; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 168; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 486); Geriye dönük etkinin iptal davaları bakımından da uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Kaya**, Kullanılmayan Markanın İptali, s. 386.

⁸²⁸ **Kur/Senftleben**, s. 609; N. 11.145; **Aplin/Davis**, s. 467; Birleşik Krallık marka sisteminde Trademark Act için bkz. ve karşı. **Norman**, s. 427; Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2018/357 K. 2019/305 T. 19.9.2019, “SMK'nun 25.md'sine göre markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde, bu karar marka başvuru tarihinden itibaren etkilidir. Yani hükümsüzlük kararı ile birlikte bu kanunla sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

⁸²⁹ Yarg. 11. HD. E. 2013/3242, K. 2014/73, T. 06.01.2014 (Batider, Mart 2014, C. 30, S.1, ed. Murat Gürel, Ufuk Tekin); **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 908; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 336; **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 205; Bütün hükümsüzlük sebepleri için tescil anından itibaren geçmişe etkili sonuç doğurulmasının haksız sonuçlara sebebiyet verebileceğine dair görüş için bkz. **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 183; Markanın hükümsüzlüğü kararı, bünyesinde “markanın terkinini” de barındırmaktadır. (**Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 471).

⁸³⁰ **von Bomhard/von Mühlendahl**, s. 305.

⁸³¹ **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 206; **Yasaman/Yusufoğlu**, C.II, s. 910; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 183.

⁸³² **Çolak**, Marka Hukuku, s. 598; **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 6.

SMK m. 27/7 uyarınca, marka için verilen hükümsüzlük kararı sonucunda, kararı veren mahkeme, kararı re'sen Kuruma bildirir ve Kurum, bu karar karşısında takdir yetkisi olmaksızın markayı sicilden terkin etmek zorundadır⁸³³. Markanın terkin edildiği kararı re'sen Marka Bülteninde yayımlanır. Marka hakkı ve buna bağlı haklar, mahkemece verilen hükümsüzlük kararının kesinleşmesi ile sona ermektedir⁸³⁴. Dolayısıyla TPMK nezdinde gerçekleştirilen sicilden terkin işlemi *bildirici* niteliktedir⁸³⁵.

Hemen belirtelim ki hükümsüzlük davalarında kural geçmişe etkili olmakla birlikte, hükmün geçmişe etkili sonuç doğurmasından kaynaklanabilecek sakıncaları önlemek ve buna bağlı olarak hukukî güvenliği sağlamak amacıyla⁸³⁶, SMK m. 27/3-a ve (b) bentleri uyarınca marka hükümsüz kılınmadan evvel markanın sağlamış olduğu haklara tecavüz sebebiyle açılmış davada verilen hukuken kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar ve yine hükümsüzlük kararından önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmeler istisna tutulmuştur. Bu istisnalar, o sırada yürürlükte olan mevzuata göre geçerli olarak yapılan işlemlerin, değişen koşulların bir sonucu olarak yeniden gerçekleştirilmemesi gerektiği fikrinden kaynaklanmaktadır⁸³⁷. Bununla birlikte “marka sahibinin ağır ihmali veya kötüniyetli olarak hareket etmesi nedeniyle açılan davada verilen kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar” bu istisnanın dışında olmaktadır. Bir başka deyişle bu durum, istisnanın istisnasını oluşturmakta ve bu suretle asıl kurala dönülerek hükümsüzlük kararının geriye etki etmesi sonucunu doğurmaktadır⁸³⁸.

⁸³³ Hemen belirtelim TPMK, hatalı tescili sonradan kendisi fark etse dahi, re'sen terkin etme yetkisini haiz olmayıp bu durumda yapılan işlem “yok hükmünde” olacaktır. (Çolak, Marka Hukuku, s. 128); Yarg. 11. HD., E. 2000/226, K. 2000/1196, T. 10.2.2000, “*Dairemizin konuya ilişkin 3.6.1999 gün ve 1999/2118-4802 sayılı kararında da değinildiği gibi; bu şekilde kesinleşmiş ve tescil yapılmış bir markanın her ne sebep olursa olsun mevcut yasal düzenlemeye göre, tescili yapan kuruluşça re'sen iptali ve terkinini mümkün olamaz.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020)

⁸³⁴ Hükümsüzlük kararı kesinleşene kadar, marka sicilden terkin olmamakta ve sahibine tanıdığı olduğu haklar aynen devam etmektedir ve bu durumun hükümsüzlük kararını aldıra davalı bakımından zarar doğurabileceği ifade edilmektedir. (Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 488).

⁸³⁵ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK M.155 Vesilesiyle Bir İnceleme, Batider, Haziran 2018 C. 34 S. 2, (s. 33-92), s. 54.

⁸³⁶ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 487; Uzunallı, Marka Hukuku, s. 207.

⁸³⁷ von Bomhard/von Mühlendahl, s. 305.

⁸³⁸ von Bomhard/von Mühlendahl, s. 306; Kaya (Ülgen, vd.), s. 543; Kaya, Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları, s. 241; Hükmün mehzamı AB 2017/1001 sayılı Tüzük m. 61/3-a ve (b) bentleri teşkil etmektedir.

3.3.1.2. Markanın Hükümsüzlüğü Davalarında Kullanmama Def'i

SMK ile önemli bir yenilik olarak kabul edilen ve çalışmamızı hükümsüzlük davaları bakımından ilgilendiren kısım ise, SMK m. 6/1 hükmüne dayalı olarak hükümsüzlük davası açılmış ise SMK m. 25/7 hükmünün, m. 19/2'ye yaptığı gönderme ile, bu hükmün davalı tarafından davacıya karşı bir def'i olarak ileri sürülmesi imkânının tanınmasıdır. Buna göre, tescilli bir markanın, tescil edilmiş bir diğer marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, söz konusu marka ile karıştırılma ihtimaline dayanılarak gerçekleştirilen hükümsüzlük taleplerine karşı, hükümsüzlüğü istenen marka sahibine kullanmama def'inde bulunmak suretiyle, markasını öngörülen şekilde kullandığına veya kullanmamaya dair haklı sebeplerinin bulunduğuna dair delil sunması beklenebilir. Bu sayede, kullanılmayan bir markanın salt sicildeki varlığına dayanılarak, ciddi biçimde kullanılan ve piyasada yer edinen/edinmekte olan markayı hükümsüz kılabilmesi önlenmekte ve tescilli markaların kullanımının etkinleştirilmesinin önü açılmaktadır⁸³⁹.

Kullanmama def'inin, hükümsüzlük davasında ileri sürülebilmesinin şartları ise, m. 19/2'ye yapılan atıftan yola çıkılarak, kanun koyucunun yayıma itiraz hükümlerine yaptığı göndermeden ötürü, davanın kendi yapısından kaynaklanan sebepler hariç oldukça benzerdir. *İlk olarak*, kullanmama def'inin tüm hükümsüzlük sebeplerine ya da tüm nispî ret sebeplerine dayalı olarak açılan hükümsüzlük davalarında ileri sürülemeyeceğini belirtmek gerekir. Zira, kullanmama def'inin hükümsüzlük davaları özelinde düzenlendiği SMK m. 25/7 hükmünde yer alan “6'ncı maddenin birinci fıkrası uyarınca açılan hükümsüzlük davalarında” ifadesiyle, kullanmama def'inin m. 6/1 kapsamında karıştırılma ihtimali ile sınırlı olarak ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Başvurunun yayımlanmasına itiraz aşamasındaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere⁸⁴⁰ hükümsüzlük davalarında da SMK m. 6/1 ile sınırlı kalınmalıdır⁸⁴¹. Keza uygulamanın da buna uygun olarak şekillendiği görülmektedir. Bu yüzden, diğer nispî ret sebeplerine dayalı olarak, örneğin SMK m. 6/5 kapsamında “tanınmış ve ayırt ediciliği yüksek bir markanın farklı sınıflarda kullanılması” sebebine dayalı hükümsüzlük

⁸³⁹ Bkz. SMK m. 19 Gerekçesi; **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s. 333; **Prime**, s. 143.

⁸⁴⁰ Bkz. yuk. 3.2.2.1.2. “İtirazın Konusunun SMK m. 6/1 Kapsamında Karıştırılma İhtimali Olması”.

⁸⁴¹ Hükümsüzlük davalarında 5/1-ç hükmünün uygulanması için **Güneş**, Marka Hukuku, s. 251.

davasında bu def'i ileri sürülemeyecektir⁸⁴². Nitekim SMK m. 6/5 kapsamında tanınmış markaların farklı mal ve hizmetlerde korunabilmesi ve bu markalara kanun koyucunun kullanımdan bağımsız özel bir koruma sağladığı da göz önüne alındığında, kullanmama def'inin ileri sürülememesi yerindedir. Hükmün mehzazını oluşturan 2015/2436 sayılı Direktif m. 46 ve 2017/1001 sayılı Tüzük m. 64'te ise böyle bir sınırlamanın bulunmadığı görülmektedir. Bu yüzden SMK m. 25/7'de öngörülen bu sınırlandırılma isabetsiz olarak değerlendirilmektedir⁸⁴³.

Bir diğer şart ise, tıpkı yayıma itirazda olduğu gibi, def'inin davalı için bir hak olmasından ötürü, davalının bu hakkını kullanarak kullanmama def'ini ileri sürmesidir. Aslında SMK m. 6/1 hükmünün özünde nispi ret sebebi olmasından da kaynaklanan bu husus; yargılama hukuku kapsamında *tasarruf ilkesi* açısından da değerlendirilebilir⁸⁴⁴. Şöyle ki, mezkûr ilkenin ifadesini bulmuş olduğu HMK m. 24 uyarınca “*Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.*” Kullanmama def'ini ileri sürme davalıya tanınmış bir hak olduğuna göre ve SMK'da veya başka bir kanunda aksinin öngörülmediği de göz önüne alındığında davalının tasarrufunda bulunan bu hakkı kullanıp kullanmamak da yine kendi irade serbestisindedir⁸⁴⁵.

⁸⁴² **Çolak**, s. 1018; **Bilir**, s. 238; Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/151 K. 2019/381 T. 14.11.2019, “*Bu durumda giyim sektöründe tanınmış olan davacının "....." esas unsurlu markası ile benzerlik taşıyan davalının "..... .." markasının SMK md 6/5 anlamında hükümsüzlük koşullarının oluştuğu ve SMK md. 25/son hükmünün açık lafzı ve mevhumu muhalifinden kullanılmama def'inin SMK md 6/5'e dayalı hükümsüzlük taleplerinde def'i olarak ileri sürülemeyeceği anlaşıldığından davacının davasının kabulüne karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.*” Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2018/54 K. 2019/80 T. 12.3.2019, “*...davacı markasının tanınmış marka olduğu, bu nedenle SMK'nın 6/5 maddesi uyarınca, sahibine aynı veya benzer sınıflar dışında, farklı mal veya hizmetler bakımından da koruma sağladığından, davalının sınıfsal ayniyet ve kullanmama savunmasına itibar edilemeyeceği anlaşılacakla, davacının davasının kabulü ile, davalı adına ... sayı ile tescilli "...." ibareli markanın hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁸⁴³ **Çolak**, Marka Hukuku, s. 1018.

⁸⁴⁴ **Kale**, s. 92; **Tanrıver**, s. 350; **Varol/Karaaslan**, s. 71; **Meriç**, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 91.

⁸⁴⁵ **Tanrıver**, s. 350; **Varol/Karaaslan**, s. 71; **Erdönmez**, Pekcanitez Usul, C.I, s. 784; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 150

Ayrıca, yine yargılama usulüne hâkim olan “*taleple bağlılık*” ilkesinin de bu noktada ilintili olduğunu ifade etmek gerekir⁸⁴⁶. Buna göre hâkim, markanın kullanılmadığı vakıasını kendiliğinden dikkate alamayacağı gibi bunu hatırlatıcı davranışlarda da bulunamaz⁸⁴⁷. Ancak hâkimin taleple bağlılığı, kullanmama def’inin ileri sürülüp sürülmemesi noktasındadır. Davalı taraf, kullanmama def’ini ileri sürerek markanın kullanıldığının ispatlanmasını talep etmedikçe, hâkim davacının markasının kullanıldığının ispatlaması gerektiği yönünde karar tesis edemez. Keza hâkim, davalı tarafından ileri sürülmedikçe markanın kullanıldığının ispatını davacıdan bekleyemeyeceği gibi; bunu kendiliğinden dikkate alamaz yahut HMK m. 25’in açık ifadesi doğrultusunda davalıya bu hakkını hatırlatabilecek davranışta bulunamaz⁸⁴⁸. Bu arada belirtmek gerekir ki davalının kullanım ispatı talep edip etmediği dava dilekçesinde talep sonucuna bakılarak anlaşılabilir bir husustur⁸⁴⁹. Talep sonucu, HMK m. 119/1-ğ hükmü kapsamında dava dilekçesinde bulunması zorunlu bir unsur olup tıpkı yayıma itiraz aşamasında vurgulamış olduğumuz gibi “açık, net ve belirli” olmalıdır⁸⁵⁰. Keza talep sonucunun ve burada (varsa) kullanım ispatı talebinin belirsizliği, davalının savunma hakkını da tam olarak kullanamamasına sebebiyet verebilecektir⁸⁵¹.

SMK m. 25/7 uyarınca hükümsüzlük davalarında, kullanıma ilişkin beş yıllık sürenin belirlenmesinde dava tarihi esas alınır. Buna göre, hükümsüzlük davasının açıldığı tarihten geriye doğru beş yıllık bir süre zarfında gerçekleştirilecek bir kullanım incelemesi söz konudur. Hükümsüzlüğü istenen bir marka (hoşgörü süresinin de bir sonucu olarak) en az beş yıl müseccel olmalıdır. Ancak kanun koyucu hükümsüzlük

⁸⁴⁶ Tasarruf ilkesinin marka hukuku açısından taleple bağlılık ilkesinde özel bir önemi ihtiva ettiğine ilişkin bkz. **Kale**, s. 93; Taleple bağlılık ilkesi; hâkim tarafların bildirdiği vakıalarla bağlılığını ve tarafların talepleri doğrultusunda hareket zorunluluğunu ifade ederek, tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesini tamamlamaktadır. (**Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz**, s. 155).

⁸⁴⁷ Yarg. 11 HD. E. 2016/2541 K. 2016/3390 T. 28.3.2016, “*HMK'nın 26. maddesi uyarınca Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Tescilli bir marka hükümsüz kılınana değin markaya ilişkin tüm hakları tescil malikine bahşeder. Bu haklardan biri de markanın kullanılması hakkı olup hükümsüz kılınmadığı sürece markanın kullanımı haksız rekabet teşkil etmeyeceği gibi markanın kullanımı da önlenemez. Bu husus gözetilmeksizin birleşen davanın hukuki nitelendirmesindeki hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi de doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.*” (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.08.2020).

⁸⁴⁸ **Varol/Karaaslan**, s. 72; Tasarruf ilkesinin aksi “kendiliğinden harekete geçme” ilkesidir. bkz. **Erdönmez**, Pekcanitez Usul, C.I, s. 784.

⁸⁴⁹ **Meriç**, s. 120; **Erdönmez**, Pekcanitez Usul, C.I, s. 801.

⁸⁵⁰ **Kale**, s. 94; Talep sonucunun açık ve belirli olması talepte bulunan tarafın sorumluluğundadır. (**Budak/Karaaslan**, s. 119).

⁸⁵¹ **Kale**, s. 120.

davalarında buna ilişkin bir başlangıç süresi öngörmemiştir. Bir başka ifadeyle, (SMK m. 19/2'deki başvuru ya da rüçhan tarihinde en az beş yıldır tescilli olma ifadesinin aksine) hükümsüzlük davalarında beş yıldır tescilli olma zorunluluğunun bir başlangıç noktası bulunmamaktadır.

3.3.1.3. Çift Kullanım Gerekliliği (*Double Use Requirement*)

Marka başvurusuna itiraz aşamasında, başvuru sahibinin muterize karşı kullanmama savunmasını ileri sürerek bu itirazı bertaraf edebilme imkânını açıklamıştık. Bu durumda, itiraz reddedilecek ve muteriz, markasını ciddi biçimde kullanmamanın sonuçlarına katlanacaktır. Bunun sonucunda, başvuru konusu marka tescil edilebilecek ve muterizin markası ile *birlikte varlığını sürdürecektir*⁸⁵². Ancak bu noktada, muterizin, itirazın reddinden *sonra* tekrardan, fakat bu defa markasını ciddi biçimde kullanmaya başlaması ve akabinde SMK m. 6/1 hükmüne dayanarak, sonraki müseccel markanın hükümsüzlüğünü talep etmesi durumunda ne olacağının da irdelenmesi gereklidir. Zira muterizin markasını ciddi biçimde kullanmaya başlaması ile birlikte, hâlihazırda hem tescil bakımından geçerli hem de ciddi biçimde kullanılan iki marka söz konusu olacaktır⁸⁵³.

Bu hususta, SMK m. 25/7'nin ikinci cümlesinde kanun koyucu "*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 ikinci fıkrasında belirtilen şartların yerine getirildiğini ispatlar.*" düzenlemesini ihdas etmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte kullanmama def'inin, hükümsüzlük davalarında ileri sürülmesinde, iki kademeli bir kullanım zorunluluğu (*double use requirement*)⁸⁵⁴ getirilmiştir⁸⁵⁵. Davacı, hükümsüzlük davasının açıldığı tarihten geriye doğru beş yıl

⁸⁵² Gün, Birlikte Var Olma, s. 148 vd.

⁸⁵³ Sönmez, s. 293; Gün, s. 151.

⁸⁵⁴ Kur/Senftleben, s. 605-606, N. 11.130; von Bomhard/von Mühlendahl, s. 313; von Bomhard, Verena, Dormant Trademarks in The European Union— Swords of Damocles?, The Trademark Reporter, September-October, 2006, vol. 96, (s. 1222-1150), s. 1128 vd.; AB hukuku öğretisinde von Bomhard kullanılmayan markaları, beş yıl boyunca kullanmayan markalar için "non-use"; "formerly non-used" ibaresini önceden kullanılmayan fakat sonradan kullanılmaya başlanan markalar için; "currently non-used" söz konusu tarihte kullanım gerekliliğini karşılamayan markalar için kullanılmıştır.

⁸⁵⁵ Kaya (Ülgen vd.) s. 534.; Bu hükmün geç kalınmış bir yayıma itiraz olarak değerlendirilmesine ilişkin bkz. Coşgun, s. 146.

içinde markasını SMK m. 19/2’de belirtilmiş esaslara göre kullandığını ispatlamak zorundadır. Kullanım ispatı, hükümsüzlük davasının açıldığı tarihten itibaren geriye dönük beş yıllık süre için istenebilecektir. Bununla birlikte, hükümsüzlüğü istenen markanın başvuru ya da rüçhan tarihinde, davacının markası en az beş yıldır tescilli ise davacı, *ayrıca*, söz konusu başvuru veya rüçhan tarihinde m. 19/2’de belirtilen şartların yerine getirildiğini ispatlamak zorundadır.

Bu çift kullanım gerekliliği, marka başvurusu aşamasında kullanımın ispatlanması talep edilen ancak ispatlayamadığı için mütetinin itirazın reddedilmesinden çıkarılabilecek mantıklı bir sonuçtur⁸⁵⁶. Buna göre, marka başvurusuna itiraz sonucunda kullanmama def’i ileri sürülür ve kullanım ispatlanamazsa, kıdemli marka sahibinin markasını *sonradan* ciddi olarak kullanmaya başlayıp, sonraki tarihli markayı hükümsüz kılmak için uygun zamanı beklemesi önlenebilecektir⁸⁵⁷. Örneklendirmek gerekirse; önceki tarihli müseccel marka sahibi bir kişi olan (A)’nın, (B)’nin tescil için başvurduğu markasına SMK m. 6/1’e dayalı olarak itiraz etmesi ve (B)’nin dermeyan ettiği kullanmama savunmasının akabinde, (A)’nın TPMK nezdinde kullanımını ispatlayamaması söz konusu olabilir. Örneğimizde (B)’nin başvuru tarihi 28.03.2017 olarak varsayılmaktadır. Bunun sonucunda (B)’nin markası, (A) kullanımını kanıtlayamadığı için tescil edilmiş olur ve kanunen birlikte var olan iki marka meydana gelmiş olur. İlerleyen zamanlarda (A) markasını ciddi biçimde kullanmaya başlar ve bu kez de (B)’nin markasının yine aynı sebeple (SMK 6/1) hükümsüz kılınması talebiyle 28.03.2025 tarihinde dava açarsa bu durumda dava tarihinden geriye doğru ciddi kullanımını kanıtlayabileceği için, (B)’nin markasının hükümsüz kılınabileceği düşünülebilir. Bu noktada kanun koyucu (A)’nın markasını, (B)’nin başvuru tarihi olan 28.03.2017 tarihinden geriye doğru beş yıl, yani 28.03.2012’den itibaren ciddi biçimde kullandığını ispatlamak durumunda olduğunu öngörmüştür.

Davacı, markasını usulüne uygun kullandığını yahut kullanmamakta haklı nedenin bulunduğunu ispat edememesi durumunda hükümsüzlük davası

⁸⁵⁶ von Bomhard, Dormant Trademarks, s. 1128.

⁸⁵⁷ von Bomhard, Dormant Trademarks, s. 1128-1129.

reddedilecektir⁸⁵⁸. Eğer davacı marka sahibi markasının sadece belirli bir kısım için kullanımını ispat ederse, ispatlanan bu kısımlar için hükümsüzlük kararı verilir⁸⁵⁹. Markanın usulüne uygun kullanıldığına kanıtlanması durumunda ise hükümsüzlük davası devam edecek ve SMK m. 6/1 doğrultusunda ileri sürülen hükümsüzlük koşulunun gerçekleşmiş olup olmadığı incelenecektir.

3.3.2. Marka Hakkına Tecavüz Davalarında

3.3.2.1. Genel Olarak Marka Hakkına Tecavüz Davaları

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun markanın sahibine sağladığı ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek haklar kural olarak SMK m. 7/4 uyarınca, marka tescilinin yayımı ile doğmaktadır. Bu yüzden, marka hakkının ihlâlinden, eş deyişle marka hakkına tecavülden söz edebilmenin ön koşulu, geçerli ve üstün bir hakka sahip bir markanın varlığı ve markanın koruma alanı kapsamında gerçekleştirilen bir kullanımdır⁸⁶⁰. Bu kapsamda diğer şartlar ise; söz konusu fiilin marka sahibinin izni dışında gerçekleşmesi, kullanımının ticarî nitelikte ve markasal bir kullanım olması olarak ifade edilebilir⁸⁶¹. Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller ticarî ve ekonomik niteliği haizdir⁸⁶². Hemen belirtelim ki marka sahibinin, tecavüz fiillerini yasaklayabilmesi, kural olarak marka hakkını ihlâl eden kişinin kusurundan yahut kötü niyetinden bağımsız olup, bunların varlığı şart değildir⁸⁶³.

⁸⁵⁸ Güneş, Marka Hukuku, s. 252; Merdivan, s. 486.

⁸⁵⁹ SMK m. 6/1 hükmünün konu edildiği hükümsüzlük davalarında, Sınıflandırma Tebliği de göz önüne alınmalı ve benzer ve karıştırılma ihtimali bulunduğu kabul edilen tüm alt sınıflar için hükümsüzlük kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir. (Çolak, Marka Hukuku, s. 951).

⁸⁶⁰ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 492; Güneş, Marka Hukuku, s. 268.; Bu yüzden tescil için başvuruda bulunulmuş olunması marka hakkına tecavüz teşkil etmez. (Uzunallı, Marka Hukuku, s. 128); Bu üstünlük tescilden kaynaklanabileceği gibi, önceki tarihli rüçhan hakkı ya da başka bir sebeple ortaya çıkabilir. (Çağlar, Marka Hukuku, s. 107).

⁸⁶¹ Çağlar, Marka Hukuku, s.107-108; Uzunallı, Marka Hukuku, s. 127 vd.; Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, s. 25 vd.

⁸⁶² Güneş, Marka Hukuku, s. 269; Ekonomik amaçlı kullanımda kazanç elde amacı şart değildir. (Uzunallı, Marka Hukuku, s. 127); Bununla birlikte öğretilerde bazı fiillerin (örneğin SMK m. 8 kapsamında markanın başvuru eserlerinde kullanım gibi) ticarî niteliği, diğer fiiller kadar belirgin olmayabilir. (Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, s. 28); Başvuru eserlerinde kullanımın, ticari kullanımın istisnasını oluşturduğuna ilişkin bkz. Çağlar, Marka Hukuku, s. 108.

⁸⁶³ Bununla birlikte, tazminat davasında TBK m. 49 kapsamında ön şart olarak kusurun varlığı gerekmektedir. (Uzunallı, Marka Hukuku, s. 127).

Sınai Mülkiyet Kanunu sistematüğinde, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller, tahdidi olarak SMK m. 29’da sayılmıştır⁸⁶⁴. Bu hükümde de SMK m. 7’ye gönderme yapılmış ve öğretilde de haklı olarak nitelendirildiği üzere, kanun tekniği bakımından “karışık” bir şekilde düzenlenmiştir⁸⁶⁵. SMK 7’nci madde hükmü incelendiğinde, m. 7/2 fıkrasında marka sahibinin önleyebileceği fiiller sayılmış ve üçüncü fıkrada da işaretin “ticaret alanında” kullanılması hâlinde tescil sahibinin önleyebileceği eylemler sayılmıştır.

Marka hakkına tecavüz hâlinde ileri sürülebilecek hukukî talepler ise; SMK’nın ortak hükümleri kapsamında m. 149 uyarınca açılabilir hukuk davaları⁸⁶⁶, ihtiyati

⁸⁶⁴ “(1) Aşağıdaki fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

- a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7 nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.
- b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.
- c) Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak.
- ç) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.”

⁸⁶⁵ Bu tekrar etme ve karışıklık durumu 556 sayılı MarKHK’da da benzer şekildedir. Keza o dönemde de öğretilde, bunların tek bir maddede düzenlenmesinin yerindelüğinden söz edilmekteydi. Değerlendirmeler için bkz. **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 109; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 209; **Yasaman/Ayoğlu**, C.II, s. 1010; 6769 sayılı SMK için de benzer yönde yorum için **Çolak**, s. Marka Hukuku, 487; **Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 87.

⁸⁶⁶ SMK m.149: “Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

- a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti.
 - b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi.
 - c) Tecavüz fiillerinin durdurulması.
 - ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini.
 - d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması.
 - e) (d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması.
 - f) Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası.
 - g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi.
- (2) Birinci fıkranın (e) bendinde belirtilen talebin kabulü durumunda, söz konusu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer in kabul edilen tazminat miktarını aşması hâlinde, aşan kısım hak sahibince karşı tarafa ödenir.
- (3) Birinci fıkranın (g) bendinde belirtilen talebin kabulü durumunda ilanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer.
- (4) Coğrafi işaret ve geleneksel ürün adları bakımından manevi zararın tazmini talep edilemez.”

tedbir, delillerin tespiti, ihlâlin durdurulması ve giderilmesi olarak ifade edilebilir⁸⁶⁷. Ayrıca marka hakkının ihlâli fiilleri, nitelik itibarıyla birer haksız fiil olup, aynı zamanda bunun özel görünümü olan haksız rekabet teşkil etmektedirler⁸⁶⁸. O yüzden vurgulamak gerekir ki bu talepler sınırlı sayıda sayılmış olmakla birlikte kümülatif (çoklu) koruma ilkesi kapsamında, müseccel markalar için SMK dışında TTK m. 54 vd. uyarınca haksız rekabet hükümlerine veya TBK m. 49 uyarınca haksız fiil hükümlerine dayanılarak dava açılması da mümkündür⁸⁶⁹. Ayrıca, Yargıtay'ın kabulüne göre, marka hakkına tecavüz sebebiyle açılmış bulunan davada, davalının ihlâl teşkil eden fiillerinin değişmesi ya da sonlanması davanın esasına etki etmeyecektir, dava açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirileceği için, dava tarihindeki kullanıma göre hüküm tesis edilir⁸⁷⁰. Marka hakkının ihlâlinden doğan davalarda davacı, en başta tescilli marka sahibidir⁸⁷¹. Davalı

⁸⁶⁷ **Bozgeyik**, Marka Hakkı, s.163 vd.; **Güneş**, Marka Hukuku, s.301 vd.; **Çağlar**, Marka Hukuku, s.121 vd.

⁸⁶⁸ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 491; **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 27; **Yasaman/Ayoğlu**, C.II, s. 1010; **Kaya** (Ülgen vd.), s. 514; **Karayalçın**, Ticari İşletme, s. 431; **Cengiz**, s. 59; **Güneş**, Marka Hukuku, s. 269.

⁸⁶⁹ **Suluk**, Cahit, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, 2012 (Özel Sayı), (s. 157-174), s. 157; **Yasaman/Ayoğlu**, C.II, s. 1010; **Arkan**, Markasal Kullanılma Zorunluluğu, s. 10; **Kaya** (Ülgen vd.), s. 514; **Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi, s. 42; Ancak yargılama hukukuna hâkim olan ve HMK m. 24 ilkesi uyarınca tasarruf ilkesi kapsamında marka hukukuna yönelik talep olmaksızın sadece haksız rekabete yönelik talep var ise marka hakkının ihlâline ilişkin karar veremez. Konuya ilişkin Yarg. 11. HD. E. 2015/14406 K. 2016/3623 T. 04.04.2016, tarihli kararında "... Dava, 6102 sayılı TTK 54 vd. maddelerine dayalı olarak açılmış haksız rekabetin tespiti, menî ve manevî tazminat istemine ilişkin olup, davacı dava dilekçesinde açıkça davayı bu şekilde nitelendirmiştir. Bu durumda mahkemece, taleple bağlı kalınarak hüküm kurmak gerekirken, markaya tecavüzün önlenmesine dair hüküm kurulması doğru olmayıp kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir." (www.lexpera.com.tr, E.T.15.02.2020)

⁸⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında, "... Kural olarak her dava açıldığı tarihte mevcut koşullara göre görülerek karara bağlanır. Dava açıldıktan sonra oluşan yeni durumlar ve olaylar ıslah yolu ile dahi mevcut davaya dahil edilemez, ancak yeni bir davanın konusunu oluşturabilir. Dava dilekçesine ekli belgelerle davalının "H. Halil Usta" adı ile markasal kullanım olduğu iddia edilmiş, davalı tarafça yargılama sırasında işyerinin ismi "Hacı Halil Usta" olarak değiştirildiği ve bu şekilde kullanılmaya başlanıldığı" na yönelik savunmayı kabul etmemiş ve kararı bozmuştur. Bkz. HGK, E. 2017/11-81 K.2017/886 T. 03.05.2017, (**Güneş**, Marka Hukuku, s.316).

⁸⁷¹ Ancak SMK m. 7/4 hükmünde, markası tescil edilmemiş olsa bile başvuru sahibine iki şartın birlikte bulunması hâlinde tazminat davası açma hakkı tanınmıştır: Başvurunun Bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşmiş ve söz konusu başvurunun tescil edilmesi hâlinde SMK m.7 1'inci ve 3'üncü fıkralarına göre yasaklanması söz konusu olabilecek bir fiilin mevcudiyeti hâlinde davacı olma hakkı tanınmıştır; ancak belirtmek gerekir ki bu durumda sadece tazminat davası açılabilir. (**Kale**, s. 56.); Aksi yönde **Uzunallı** ise bu durumda marka başvurusu sahibinin SMK kapsamındaki tüm hukuk davalarını açabileceğini ve ihtiyati tedbirinde de talep edebilmesi gerektiğini savunmaktadır. (**Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 60); Bununla birlikte, bu yetkinin kullanılabilmesi için markanın tescil edilerek yayımlanması gerekir, bu takdirde TPMK'nın sürecinin sonuçlanmasını bekletici mesele yapması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Çolak**, Marka Hukuku, s. 122; Yarg. 11. HD. E. 2011/8618 K. 2012/19933 T. 05.12.2012, "Anılan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, marka başvurusunun ilanı ile birlikte başvuru sahibinin marka üzerindeki mutlak hakkının tescil şartına bağlı olarak doğduğu sonucuna varılmakta olup marka başvurusunun ilanından sonra, başvuru konusu işarete karşı herhangi bir tecavüz vuku bulacak olursa, başvuru sahibi

ise, genel olarak, marka hakkının ihlâli eylemini gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi(ler) ve (varsa) bunların hukuki halefleri olarak ifade edilebilir⁸⁷².

3.3.2.2. Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Kullanmama Def'inin İleri Sürülmesi

Marka hakkının ihlâlîne dayalı açılan tecavüz davalarında, markayı kullanmama olgusu SMK m. 29/2 uyarınca def'i olarak ileri sürülebilir⁸⁷³. Tecavüz davalarında da kullanmama def'inin ileri sürülmesi hakkının tanınması sayesinde, kullanılmayan markalar artık sahiplerine, başta tazminat olmak üzere diğer marka ihlâlinden doğan hakların kötüye kullanılmasını önleyebilecektir⁸⁷⁴. Mezkûr hükümde, “*tecavüz davalarında def'i olarak*” ileri sürülebileceği belirtilmiş olmakla birlikte ihlâl davasındaki talebin niteliğiyle ilgili bir sınırlandırılmada bulunulmamıştır. Buna göre, marka hakkının ihlâlî hâlinde hak sahibi davacının muhtemel taleplerinin düzenlenmiş bulunduğu SMK m. 149 hükmünde ifadesini bulmuş olan taleplerinden birinin, birkaçının ya da hepsinin birden ileri sürülmesi hâlinde davalı taraf kullanmama def'ini ileri sürebilecektir⁸⁷⁵.

Bu itibarla, markanın kullanılmadığı vakıasının ileri sürülmesi, aleyhine tecavüz iddiasında bulunulan kişiye tanınmış geniş anlamda bir def'i hakkıdır. Bu şekilde, marka hakkına tecavüzde bulunduğu iddia edilen davalı, davacıya karşı davaya konu markanın beş yıldan uzun süredir tescilli olduğu hâlde, beş yılı aşan bir şekilde markasını

KHK'nun 9/3. maddesine dayanarak aynı KHK'nun 61 vd. hükümleri uyarınca gerekli davaları ikame edebilecektir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

⁸⁷² Detaylı bilgi için bkz. **Kale**, s. 77-86; **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 194.

⁸⁷³ **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s. 342; **Kaya** (Ülgen vd.), s. 525-526; **Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 80.

⁸⁷⁴ **Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 80.

⁸⁷⁵ **Merdivan**, s. 493; Bu hâller; “*fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüz fiillerin durdurulması, tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini, tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması, elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması, tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sanai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası; haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi*” olarak SMK'da sayılmıştır.

kullanmadığını ve bu yüzden tecavüz iddiasında bulunulamayacağını ileri sürmektedir. Def'inin ileri sürülüşü, hükümsüzlük davalarında olduğu gibi kanun koyucunun yaptığı göndermeye göre SMK m. 19/2 kapsamında gerçekleştirilir. Buna göre; marka başvurusunun yayımına karşı SMK m. 6/1 uyarınca yapılan itirazlarda, itiraz gerekçesi markanın itiraza konu 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 edilir⁸⁷⁶.

Tecavüz davalarında da hükümsüzlük davalarında olduğu gibi, SMK m. 29/2 hükmünde, “kullanıma ilişkin beş yıllık sürenin tayininde *dava tarihinin*” esas alınacağı belirtilmiştir. Buna göre, dava tarihinden geriye doğru beş yıl içerisinde markanın ciddi biçimde kullanılmış olması gerekmektedir. Ancak, daha önce de bahsi geçtiği üzere, SMK m. 19/2 hükmünde iki farklı beş yıllık süreden söz edilmektedir⁸⁷⁷. Buna göre, tecavüz davalarında SMK m. 29/2’de açıkça ifade olunduğu üzere kullanım için esas alınacak tarihte bir tereddüt bulunmamaktadır; “dava tarihi” esas alınacaktır. Ancak, hükmün göndermede bulunduğu m. 19/2’de yer alan “*itiraz gerekçesi markanın itiraza konu başvurusunun başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de en az beş yıldır tescilli olması şartıyla*” ifadesinin tecavüz davaları için ne yönde tayin edileceği belirsizdir⁸⁷⁸. Keza, m. 19/2 tescil başvurusuna yapılan itiraz süreciyle ilgilidir ve hükmün lafzı da buna uygun olarak “başvuru veya rüçhan tarihinde” Türkiye’de en az beş yıl müseccel olma şartı öngörülmüştür. Tecavüz davaları için ise, müseccel olma şartının hangi tarihten itibaren aranacağı belirsiz olup; “davanın açıldığı tarih” ya da “tespit edilebilen” ilk tecavüz fiilinden yahut “öğrenilen” ilk tecavüz fiilinden sonrasının mı esas alınacağı anlaşılamamaktadır. Öğretide, bir görüş dava tarihinden geriye doğru yılın gözetilmesi gerektiğini ifade ederken⁸⁷⁹; bir diğer görüş, haklı olarak, “tecavüz fiilinin öğrenildiği

⁸⁷⁶ Bakırköy 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2018/361 K. 2019/428 T. 6.12.2019, “SMK’nun 6/1 md’sinde nisbi red nedeni olarak düzenlenen karıştırma ihtimali, aynı kanununun 7/1 md’sinde marka hakkına tecavüz hali olarak yer almaktadır.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:15.02.2020).

⁸⁷⁷ Bkz. yuk. 2.4. “Markanın Zaman Bakımından Kullanımı”.

⁸⁷⁸ **Kaya** (Ülgen vd.), s. 526.

⁸⁷⁹ Merdivan, s. 498.

sırada” davacının markasının en az beş yıldır tescilli olması şartının aranması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁸⁰.

Tecavüz davalarında, kullanmama def’inin ileri sürülme şartlarını incelemek gerekirse; ilk iki şart tıpkı hükümsüzlük davasında olduğu gibi, davalı tarafından ileri sürülme koşulu ve markanın en az beş yıldır tescilli olması koşuludur. Tıpkı hükümsüzlük davalarında olduğu gibi, tecavüz davalarında da kullanmama def’i ancak davalı tarafından ileri sürüldüğünde dikkate alınır, re’sen gözetilemez. Ancak farklılık gösteren bir nokta vardır ki SMK’nın lafzının belirsizliğinden ötürü, ayrıntılı olarak incelenmeyi gerektirmektedir: *Acaba buradaki kullanmama def’i, sadece SMK m. 6/1 uyarınca karıştırma ihtimaline dayalı tecavüz davalarında mı söz konusudur, yoksa marka hakkına tecavüz teşkil eden tüm hâllerde uygulanabilirliği var mıdır?* Öncelikle belirtelim ki bu tereddütün sebebini kanun koyucunun SMK m. 29/2 hükmünde yaptığı peş peşe atıflar ve madde hükmünde kullanmama def’inin sadece “ileri sürülebileceği olgusundan” bahsedip, tecavüz davalarının özelliğine göre ayrı bir düzenlemenin bulunmaması oluşturmaktadır⁸⁸¹. Kanun koyucunun gönderme yaptığı SMK m.19/2 ise, sadece karıştırılma ihtimaline kapsayacak şekilde düzenlenmiştir; ne var ki bu durum marka hakkına tecavüz teşkil eden eylemlerden sadece birini oluşturmaktadır.

Öğretide, SMK m. 29/2 uygulanırken sadece m. 6/1 ile sınırlı kalmanın, hükmün amacına aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür⁸⁸². Nitekim mehaz 2015/2436 sayılı Direktif m. 17 hükmünde de bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır⁸⁸³. Kanunun m. 19/2’ye gönderme yaptığı olgunun “markayı kullanmama olgusunun bir def’i olarak ileri

⁸⁸⁰ **Kaya** (Ülgen vd.), s. 526.

⁸⁸¹ Kanun koyucu hükümsüzlük davasında da m.25’ten m. 19/2’ye benzer şekilde gönderme yapmıştır, ancak hükümsüzlük davasında kullanmama def’inin düzenlendiği hükmün başına “6 ncı maddenin birinci fıkrası uyarınca açılan hükümsüzlük davalarında” ibaresini ekleyerek, dava sebeplerinde ortaya çıkabilecek bu gibi karışıklıkları önleme amacı gütmüştür.

⁸⁸² **Büyükkılıç**, s. 529; **Merdivan**, s.496; **Çolak**, s. 687; **Kaplan**, s. 77, dn. 107; **Gün**, s. 152; **Bilir**, s. 240-241.

⁸⁸³ “The proprietor of a trade mark shall be entitled to prohibit the use of a sign only to the extent that the proprietor’s rights are not liable to be revoked pursuant to Article 19 at the time the infringement action is brought. If the defendant so requests, the proprietor of the trade mark shall furnish proof that, during the five-year period preceding the date of bringing the action, the trade mark has been put to genuine use as provided in Article 16 in connection with the goods or services in respect of which it is registered and which are cited as justification for the action, or that there are proper reasons for non-use, provided that the registration procedure of the trade mark has at the date of bringing the action been completed for not less than five years.”

sürülebilmesi” olduğunu, ancak sadece m. 6/1 ile sınırlı kalmanın tecavüz davalarının niteliğine ve bu davalarda kullanımın ispatlanmasını öngören amaca da aykırı düşeceği ileri sürülebilir⁸⁸⁴. Kanaatimizce, kanun koyucunun tecavüz davalarında m. 19/2’ye atıf yapmakla belirtmek istediği husus, tecavüz fiilini teşkil eden sebepten bağımsız olarak sadece kullanmama def’inin ileri sürülmesidir. Kullanmama def’i, tecavüz davalarındaki kural olarak, tecavüz teşkil eden hâller arasında sınırlama bulunmaksızın uygulanabilirliği haizdir; ancak bazı tecavüz hâlleri yapısı itibariyle kullanmamanın davalı tarafından bir def’i olarak ileri sürülmesine müsait olmayabilir.

Çalışmamızda, SMK m. 29’da sayılmış olan tecavüz hâllerinin her biri için ayrı ayrı, kullanmama def’inin ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir⁸⁸⁵. Detaylandırmak gerekirse, SMK m. 29/1-a hükmünün atıf yapmış olduğu 7/2 ve 3. fıkraları markanın tescil edilmesi sonucu doğan hakları ve bu hakkı ihlâl eden fiilleri saymaktadır⁸⁸⁶. SMK 7’nci maddenin 2’nci fıkrasındaki fiiller, karıştırılma ihtimaline dayalı olarak marka sahibince yasaklanabilecek fiiller olduğu için buradaki hâllerde kullanmama def’i ileri sürülebilecektir⁸⁸⁷. Ancak, m. 7/2-c bendinde düzenlenmiş

⁸⁸⁴ Merdivan, s. 496

⁸⁸⁵ Benzer şekilde Merdivan, s. 496-497; Coşğun, s. 147 vd.; Kale, s. 203.

⁸⁸⁶ SMK m. 7/2: “Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır:

a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

b) 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 kullanılması.

c) 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 kullanılması.”

SMK m.7/3: “Aşağıda belirtilen durumlar, işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi.

c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi.

ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

d) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması.

e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması.

f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması.”

⁸⁸⁷ SMK m. 7/2-a bendinde birebir kullanımı (double identity) içermektedir. Bu durumda karıştırılma ihtimali varsayımsal olarak kabul edilmektedir. Bkz. yuk. 3.2.2.1.2. “İtirazın Konusunun SMK m. 6/1 Kapsamında Karıştırılma İhtimali Olması”.

bulunan, “tanınmış markaların farklı mal ve hizmetlere karşı korunması” durumu farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, söz konusu markanın Türkiye’de kullanılsa bile, ülke dışında kullanım suretiyle farklı mal ve hizmetlerde de korunacak şekilde Türkiye’de tanınırlık kazanması söz konusu olabilir ve bu durumda da def’inin ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁸⁸. Tanınmış markanın aynı veya benzer mal ve hizmetlere karşı korunmasında da kullanmama def’i ileri sürülebilmeyle birlikte tanınırlığın derecesinin göz önünde bulundurulması gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁸⁹.

Tescilli marka sahibinin, izni dışında yapılması hâlinde önleyebileceği fiillerin düzenlenmiş olduğu SMK m. 7/2-b hükmü de SMK m. 6/1 ile aynı mahiyettedir⁸⁹⁰. Marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin düzenlendiği SMK m. 29/1-a’da, marka sahibinin izni dışında markanın m. 7’ye gerçekleştirilen kullanımların tecavüz davası kapsamına girdiği belirtildiğine göre, markanın karıştırılma tehlikesine sebebiyet verecek kullanımlar da tecavüz davaları kapsamında incelenmektedir.

Yine 7’nci maddenin 3. fıkrasındaki fiiller ise, markanın ayırt edicilik işlevinin yerine getirilmesine hizmet etmektedir ve bünyesinde karıştırılma ihtimalini de barındırmaktadır. SMK m. 29’a geri dönmek gerekirse, m. 29/1-b bendindeki markanın kendisini ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle “taklit”, bünyesinde karıştırılma ihtimalini evleviyetle barındırmaktadır; ayrıca (c) bendindeki markanın taklit olduğu bilme ya da bilebilecek durumda olmaya rağmen bu markayı ticari anlamda kullanmak da (b) bendinin nitelikli ya da ağırlaştırılmış hâli olarak değerlendirildiği göz önüne alındığında, bu iki hâlde de kullanmama def’inin ileri sürülebileceği kabul edilebilir⁸⁹¹. Aynı fıkranın (ç) bendinde yer alan “marka sahibince verilmiş lisans hakkının izinsiz genişletilmesinde ya da bu hakkın üçüncü kişiye devredilmesinde” lisans alan davalı marka sahibinin kullanmama def’ini ileri

⁸⁸⁸ Merdivan, s. 497.

⁸⁸⁹ Merdivan, s. 497.

⁸⁹⁰ Bu durumda karıştırılma ihtimali hem bir tescil engeli hem de marka hakkının ihlâli hâli olarak yer almaktadır. (Çolak, Marka Hukuku, s. 471).

⁸⁹¹ Merdivan, s.496.

sürememesinin gerektiği ileri sürülmüştür, zira SMK m. 9/3 hükmü uyarınca, lisans alanın kullanımı marka sahibinin kullanımı olarak addedilmektedir⁸⁹².

3.3.2.3. Önceki Tarihli Hakların Etkisi (SMK m. 155) Bağlamında Kullanmama Def'i

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, marka hakkının ihlâli davalarında, SMK m. 25/7 hükmünde bahsi geçen “çift kullanım gerekliliği” olarak isimlendirdiğimiz olgunun düzenlenmemiş olmasıdır⁸⁹³. Bu durumda başvurunun yayımına itirazda, muterizin markanın kullanımı ispatlayamaması hâlinde; daha sonra markasını ciddi biçimde kullanmaya başlarsa marka hakkına tecavüz edildiği iddiasına dayanarak dava açmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁸⁹⁴. Peşinen belirtelim ki bu durumda SMK m. 155 uyarınca, sonraki tarihli tescilli marka sahibi, tescilli markasına dayalı hukuka uygunluk savunmasında bulunamayacaktır⁸⁹⁵. Bu kapsamda ikinci marka hakkı sahibinin tecavüz davası kabul edilebilecek ve marka hakkının ihlâlinden doğan yaptırımlar mütecaviz kabul edilen kişiye karşı uygulanabilecektir. SMK ile getirilen bu düzenlemeyle önceki tarihli marka sahibinin, sonraki tarihli marka sahibine karşı açacağı tecavüz davasında, sonraki tarihli markanın tescilli olması artık bir savunma gerekçesi olarak ileri sürülemeyecektir⁸⁹⁶. Bu hüküm ile; salt sonraki tarihli tescilin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi, tescilin âdeta savunma gücü olması yönündeki anlayış değişmiştir⁸⁹⁷. Mezkûr hüküm ihdas edilmeden önceki dönemde tescilin “güvenli

⁸⁹² **Merdivan**, s.496.

⁸⁹³ Öğretide bir görüş, SMK m. 25/7'deki gibi bir düzenlemeye tecavüz davaları bakımından gerek olmadığını ileri sürmüştür. Buna göre, davalının kendi adına tescilli bir markası bulunduğu takdirde marka hakkına tecavüz söz konusu olmayacaktır. (**Öztürk Akkartal**, s. 28, dn. 42). Ancak SMK m. 155 hükmü karşısında artık sonraki tarihli tescilin, marka hakkını ihlâl eden eylemi bertaraf edemediği dikkate alınmalıdır.

⁸⁹⁴ **Sönmez**, s. 292.

⁸⁹⁵ **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal, SMK m. 155'in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler, Batider, Haziran 2019, C. 35 S. 2, (s. 63-102), s. 89.

⁸⁹⁶ **Şehirali Çelik**, SMK m. 155-Temel Varsayım, s. 88.; Bu yeni hüküm ile tecavüz davasının yanı sıra hükümsüzlük davası açılması durumunun ortadan kalktığı ve bu yüzden piyasada markaların birlikte var olmalarının önünün açıldığına ilişkin bkz. **Gün**, s. 155.

⁸⁹⁷ **Şehirali Çelik**, SMK m. 155-Temel Varsayım, s. 64; **Paslı**, Marka Hukukunda Tescil-Kullanım İlişkisi, s. 113.

liman” olarak görüldüğü ve tescilden kaynaklı bir “dokunulmazlığın” var olduğu kabul edilmektedir⁸⁹⁸.

Kullanmama def'i mevzusuna tekrar temas edecek olursak; marka hakkına tecavüz davalarında çift kullanım gerekliliğinin düzenlenmemiş olmasının, SMK m. 155 hükmü ile birleşerek, “kullanılmayan markanın korunması” şeklinde istenmeyen sonuçlar doğurabileceği ifade edilmektedir⁸⁹⁹. Açıklamak gerekirse; başvurunun yayımına itiraz aşamasında markasını kullandığını ispat edemediği için itirazı reddedilen muterizin, bu defa markasını ciddi biçimde kullanmasıyla birlikte marka hakkının ihlâli davasında; davacı sıfatıyla, davalı mütecavizin kullanmama def'ini sürmesini bertaraf edebilir. Esasında mevzubahis sorun, hükümsüzlük davasında çift kullanım gerekliliğinin ihdas edilmesi amacıyla aynıdır. Marka hakkına tecavüz davalarında, SMK m. 25/7'deki çift kullanım gerekliliğine yer verilmemesi, bir yandan yerinde bir tercih olarak görülürken⁹⁰⁰; diğer yandan, hükümsüzlük davasında korunmak istenen menfaatin burada korunamadığından bahisle, tecavüz davalarında m. 25/7 hükmündeki gibi bir düzenlemenin yapılması gerektiğini ifade edilmektedir⁹⁰¹.

Bu görüşe göre, haklı olarak, SMK m. 155 hükmü sonraki tarihli tescilli marka sahibine karşı açılan tecavüz davalarında uygulanmamalı ve tecavüz davasının reddedilebilmesi gerekir⁹⁰². Bir diğer görüşe göre ise, bilâkis SMK m. 155 hükmü uygulanmalı ve tecavüz davası kabul edilmelidir. Bu düşüncenin gerekçesine göre, her ne kadar itiraz aşamasında kullanılmayan bir marka varsa da sonradan marka ciddi manada kullanılmaya başlamıştır; bu suretle geçmiş dönemdeki marka tescil başvurusuna engel

⁸⁹⁸ **Şehirli Çelik**, SMK m. 155-Temel Varsayım, s. 65; MarKHK dönemindeki uygulama hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ayoğlu**, Tolga, Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması, FMR 2007/1, (s. 13-47), s. 15 vd.; **Suluk**, Cahit, Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil "Güvenli Liman" Mıdır?, Fikri Mülkiyet Hukuku 2013, (ed.: Tekin Memiş), İstanbul 2015, (s. 403-430), s. 410 vd.

⁸⁹⁹ **Merdivan**, s. 520.

⁹⁰⁰ **Karaca**, s. 59. Yazar, hükümsüzlük davasında, markanın beş yıldan uzun süredir kullanılmasında m. 19/2 kapsamında, “hükümsüzlüğü talep edilen markanın başvuru veya rüçhan tarihi” olarak belirli bir tarih bulunduğunu; bu yüzden “en az beş yıllık sürenin” hesap edilebildiğini; ancak tecavüz davalarında ise tecavüzün başladığı tarihin tam olarak tespit edilebilmesinin mümkün olmadığını ve bunun da hukuki öngörülebilirlik bakımından sakıncalı olabileceğini belirtmiştir. Yazarın bir diğer gerekçesi ise; hükümsüzlük davasında davacının markasına doğrudan yönelmiş bir saldırı yokken, tecavüz davasında böyle bir durumun mevcut olmasıdır.

⁹⁰¹ **Merdivan**, s. 518.

⁹⁰² **Merdivan**, s. 520; Benzer yönde bkz. **Gün**, s. 157.

olma hakkının adeta bir kazanılmış hakka bürünerek SMK m. 155’i bertaraf etmesi kabul edilmemelidir⁹⁰³.

Kanaatimizce, SMK m. 155’in uygulanmasının kabul edilmesi durumunda kullanmama def’inin ihdas amacına ters düşecek bir durum meydana gelebilecektir. SMK m. 155’in bu noktada uygulanabilme kabiliyetine bakıldığında, hükmün mehazı olan 2015/2424 sayılı Tüzük m. 13-a (2017/1001 sayılı Tüzük m. 16) yol gösterici olabilir⁹⁰⁴. Buna göre, tecavüz davalarında sonradan tescil edilmiş markanın kullanımı, bu marka hükümsüz kılınmadıkça önceki marka sahibi tarafından yasaklanamayacaktır. Önceki haklar bağlamında istisna teşkil eden bu durumda, önceki marka sahibinin durumu, sonraki markanın kanuna uygun bir tescil hakkı kazanmasını önleyecek kadar güçlü değildir⁹⁰⁵. Bu durumda, önceki marka sonradan güçlense bile, sonraki marka hakkını hukuka uygun bir şekilde elde ettiği için, sonraki markanın varlığına ve kullanımına katlanacaktır. Böylece, (SMK m. 25/7’deki çift kullanım sonucunda sonraki marka sahibinin korunması amacıyla da uygun düşer biçimde) önceki marka sahibi, sonraki marka sahibinin kullanımlarına müdahale edemeyecek ve tecavüz teşkil etmeyecektir. Keza bu durum, AB marka hukukunda tecavüz davaları için bir “bariyer” olarak ifade edilmektedir⁹⁰⁶. Aslında SMK m. 155 ve 29/2’deki bu çatışmanın, AB Tüzüğünde bahsi geçen düzenlemenin SMK’ya iktibas edilmemesinden kaynaklı olarak doğduğu ifade edilebilir. Bu yüzden, burada bir kanun boşluğu bulunduğu ve söz konusu boşluğun mehaz teşkil eden hükümden yararlanılarak doldurulabileceği düşünülebilir⁹⁰⁷.

⁹⁰³ Çolak, Marka Hukuku, s. 687.

⁹⁰⁴ Mezkûr hüküm şu şekildedir:

“Intervening right of the proprietor of a later registered trade mark as a defence in infringement proceedings

1. In infringement proceedings, the proprietor of an EU trade mark shall not be entitled to prohibit the use of a later registered EU trade mark where that later trade mark would not be declared invalid pursuant to Article 53(1), (3) or (4), 54(1) or (2), or 57(2) of this Regulation.

2. In infringement proceedings, the proprietor of an EU trade mark shall not be entitled to prohibit the use of a later registered national trade mark where that later registered national trade mark would not be declared invalid pursuant to Article 8, or Article 9(1) or (2), or 46(3) of Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council (*).

3. Where the proprietor of an EU trade mark is not entitled to prohibit the use of a later registered trade mark pursuant to paragraph 1 or 2, the proprietor of that later registered trade mark shall not be entitled to prohibit the use of that earlier EU trade mark in infringement proceedings.”

⁹⁰⁵ Kur/Senftleben, s. 479, N. 6.214.

⁹⁰⁶ von Bomhard/von Mühlendahl, s. 189.

⁹⁰⁷ Türk hukukunda benzer yönde görüş için bkz. Gün, s. 157 vd.

3.3.2.4. İhtiyati Tedbirlerde Kullanmama Def'i

Marka hakkına tecavüz davaları ve kullanmama def'i ekseninde incelenecek bir diğer husus da marka hakkı ihlâl edilen kişiye tanınmış olan SMK m. 159 kapsamında ihtiyatî tedbir talepleridir. Marka hukukunda kullanılması mümkün olan geçici hukukî koruma tedbirlerinden biri olan ihtiyatî tedbir, HMK m. 389 ve 399'uncu hükümlerinde, özel hüküm olarak da SMK m. 159 hükmünde ifadesini bulmuştur⁹⁰⁸. Marka hakkına tecavüz davalarında ihtiyatî tedbir uygulanmasının amacına bakıldığında, marka sahibinin haklarının "hızlı ve etkin" bir biçimde korunmasının yanı sıra⁹⁰⁹ geri dönülemez zararları önlemek üzere markanın itibarını, statükosunu (*status quo*) korumak olduğu da ifade edilebilir⁹¹⁰.

Bu durumda, bu talebe karşı davalının kullanmama def'ini ileri sürüp süremeyeceği incelenmelidir. Davacı ihtiyati tedbirin varlığı hâlinde kullanmama def'ini ileri sürer ve bunu ispat edemezse, dava esastan reddolunacaktır. Bu itibarla, önceden verilmiş tedbir de ve dolayısıyla uyuşmazlık konusu ortadan kalkacağı için, öğretide, haklı olarak, kullanmama def'inin ihtiyati tedbir yargılamasında ileri sürülebileceği kabul edilmektedir⁹¹¹. Aleyhine ihtiyati tedbir talebinde bulunulan kişi, bu def'iyi, SMK m. 6/1'a göre açılmış hükümsüzlük veya tecavüz davasında ileri sürebilir. Bu davalarda davacı ihtiyati tedbir talep etmiş ve davalı da kullanmama def'ini ileri sürmüştü bu durumda davacının markayı kullandığını ya da kullanmamaya dair haklı sebeplerinin bulunduğunu ispat etmesi gerekir⁹¹². Buna ek olarak öğretide, dava açılmadan önce istenilen ihtiyati tedbir taleplerinde de bu def'inin ileri sürülebileceği belirtilmektedir⁹¹³. Davalı, kullanmama def'inin ileri sürdüğü takdirde, ispat yükü davacıya geçmekte ve

⁹⁰⁸ SMK'da hüküm bulunmayan hâllerde HMK'nın ilgili hükümleri uygulanacaktır.; SMK m. 159'da yer alan "sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını **ispat etmek şartıyla**" ifadesinin yaklaşık ispatla çeliştiği, ancak yaklaşık ispat kuralından sapmayı gerektirir bir sebebin de bulunmadığı ifade edilmiştir. (Güneş, Marka Hukuku, s. 29).

⁹⁰⁹ Çağlar, Marka Hukuku, s. 138.

⁹¹⁰ Norman, s. 37.

⁹¹¹ Kaplan, s. 77; Kale, s. 231.

⁹¹² Kale, s.231.

⁹¹³ Kale, s.231.

davacı markayı kullandığını ya da kullanmamaya dair haklı sebeplerinin bulunduğunu ispat edemezse davanın esastan reddi söz konusu olacaktır.

3.3.3. Mahkemenin Kullanmama Def'ini Değerlendirmesi

Markanın kullanılmadığı savunması, marka hakkının ihlâli veya markanın hükümsüzlüğü davalarında bir “def’i” olarak ileri sürülebilmektedir⁹¹⁴. Bu def’i; tabiatı itibarıyla, HMK’nın kuralları ışığında hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır⁹¹⁵. Öncelikle belirtelim ki def’i, (yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalarda), davalı tarafın cevap dilekçesinde veya ikinci cevap dilekçesi (düplik) kapsamında ileri sürebildiği maddî hukuka ilişkin savunma vasıtaları arasında yer almaktadır⁹¹⁶.

Davacının esasen markayı hükümsüz kılma veya ihlâl fiillerine kanunda öngörülen yaptırımların uygulanmasını talep etme hakkı vardır. Ancak davalı, marka korumasının devamlılığı için esaslı unsur olan ciddi kullanımın davacı tarafından yerine getirilmediği vakiasını ileri sürebilmekte ve davalının markasına yönelik mezkûr yaptırımları uygulama hakkını bertaraf etmektedir⁹¹⁷. Davalı tarafa tanınmış, maddî hukuka dayalı bu vasitanın geniş anlamda “def’i” olmasından doğan hukukî sonuçlarına değinmek gerekirse; öncelikle belirtmek gerekir ki markanın kullanılmadığı def’i, davalı tarafından ileri sürülmediği müddetçe mahkeme tarafından re’sen dikkate alınamaz⁹¹⁸.

Markanın kullanılmamasının def’i olarak ileri sürülebilmesi hukuk yargılaması kapsamında savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tâbi olmasını beraberinde getirmektedir⁹¹⁹. Markanın kullanılmadığı def’i, savunmanın genişletilmesi

⁹¹⁴ **Kale**, s. 201; **Bozgeyik**, Marka Hakkı, s. 217; **Uzunalli**, Marka Hukuku, s. 201, 209; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 685; **Merdivan**, s. 498; **Güneş**, Marka Hukuku, s. 468 vd.; **Sönmez**, s. 285 vd; **Öztürk Akkartal**, s. 28.

⁹¹⁵ **Merdivan**, s. 498 vd.; **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, s. 218; **Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 80.

⁹¹⁶ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 333; **Postacıoğlu**, İlhan, E./**Altay**, Sümer, Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 464; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, C.II, s. 1208.

⁹¹⁷ Bu yönüyle esasen burada kastedilenin geniş anlamda def’i olduğunu ve geniş anlamda def’i kapsamında “hakkı sona erdiren itiraz” şeklinde anlaşılması gerektiği yönündeki değerlendirmemiz için bkz. yuk. 3.1. “Kullanım İspatı” “Kullanmama Savunması” Ve “Kullanmama Def’i”-Terminolojik İnceleme”.

⁹¹⁸ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 332; **Tanrıver**, s. 662; **Postacıoğlu/Altay**, s. 478; **Merdivan**, s. 498; **Kale**, s. 191; Keza davalının bu def’iyi ileri sürebilmesi için iyiniyetli olması da gerekmemektedir. (**Merdivan**, s. 498).

⁹¹⁹ **Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz**, s. 334; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, C.II, s. 1263; **Tanrıver**, s. 677.

ve değiştirilmesi yasağına uygun olarak ileri sürülmelidir⁹²⁰. Buna göre HMK m. 141/1 kapsamında davalı cevap veya ikinci cevap (düplik) dilekçesinde, kullanmama def'ini ileri sürmez ise kural olarak artık bu hakkını bir daha kullanmasına müsaade edilmemektedir⁹²¹. Davalı, yargılama hukukunun genel kaidelerine göre, bu iki dilekçe kapsamında, ön inceleme aşamasına geçilinceye kadar, savunmalarını serbestçe değiştirebilir, genişletebilir. Buna göre davalının cevap dilekçesinde ileri sürmediği kullanmama def'ini, ikinci cevap dilekçesinde ileri sürebilmesine engel yoktur. Benzer şekilde, davalıya tanınan bu serbesti, cevap dilekçesinde ileri sürülen kullanmama def'inin, ikinci cevap dilekçesinde geri çekilmesine de imkân tanıdığı ifade edilebilir. Eş deyişle, dava aşamasında (ihlâl ve/veya tecavüz) kullanmama def'i, kural olarak dilekçeler teatisi safhası tamamlayıncaya kadar geri çekilebilir. Davalının kullanmama def'i geri çekmesi durumunda, mahkeme bu def'i ileri sürülmemiş gibi yargılamaya devam eder⁹²². İkinci cevap dilekçesinin sunulmasıyla birlikte, bu aşamaya kadar ileri sürülmemişse, artık markanın kullanılmadığı def'i ileri sürülemeyecektir⁹²³. Nitekim savunmayı genişletme ve değiştirme yasağının kapsamında “def'iler ve ona ilişkin vakıalar” yer almaktadır⁹²⁴. Bu yasağın istisnaları ise; davacının açık rıza göstermesi veya davalının ıslah yoluna başvurması olarak düzenlenmiştir⁹²⁵. Savunmayı genişletme yasağının kapsamında olmayan hâller ise; mahkemenin re'sen gözetmesi gereken hususlar ve sonradan doğan savunma sebepleri olabilir⁹²⁶. Bununla birlikte Yargıtay'ın içtihadına göre, layihalar teatisinde gösterilmeyen ve dava tarihinden sonra gerçekleşen markaya yönelik kullanımlar ıslah yoluyla dahi davaya dahil edilemez⁹²⁷. Keza yine

⁹²⁰ Kale, s. 191; Bahadır, s. 177.

⁹²¹ Tanrıver, s. 684; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 341.

⁹²² Merdivan, s. 498.

⁹²³ Savunmayı genişletme yasağının kapsamında savunma olarak ileri sürülen vakıalar ve talep sonucu bulunmaktadır. (Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C.II, s. 1262).

⁹²⁴ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C.II, s. 1263.

⁹²⁵ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C.II, s. 1264; Varol/Karaaslan, s. 183.

⁹²⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 354; Yarg. 11. HD., E. 2014/16193 K. 2015/1701 T. 11.2.2015, “Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşıyorsa veya süresinde ileri sürülemediği ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir.” şeklinde yer alan düzenlemeye göre de yargılamanın sonraki aşamalarında da dosyaya delil sunulması mümkündür. Bu durumda, davalı vekilinin, dava konusu markanın kullanıldığına dair delillerini sunmak için mehil talebinin kabulü ile delillerin değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle mehil talebinin reddi ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” www.lexpera.com.tr, E.T.:25.03.2020).

⁹²⁷ Yarg. 11 HD. E. 2017/2715 K. 2019/82 T. 7.1.2019, “Dava, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, meni, ref'i ve araçların imhası ile kararın ilanı istemine ilişkindir. Mahkemece, ıslah suretiyle davaya eklenen davalının “...” ibaresini kullanımına ilişkin iddia ile ilgili olarak işin esasına girilip

Hukuk Genel Kurulu kararında da markasal kullanım hususundaki değerlendirmenin “davanın açıldığı tarihteki” koşullar göz önünde bulundurularak gerçekleştirileceği ifade edilmiştir⁹²⁸. Bu bağlamda, dava açıldıktan sonra gerçekleştirilen ciddi kullanımlar dikkate alınmayacaktır⁹²⁹. Ayrıca yine Yargıtay’ın bir başka içtihadına göre de dava dilekçesinde belirtilmeyen bir markaya, sonradan ıslah yolu ile dahi dayanılmaz⁹³⁰.

Def’inin ileri sürülmesi de tıpkı SMK m. 19/2’deki talep gibi açık, net ve koşulsuz olmalıdır. Bu gereklilik yargılama hukukunun da genel bir ilkesidir. Markanın kullanılmadığı def’i, açıkça ileri sürülmemişse, hâkim ileri sürülen vakılardan markanın ciddi biçimde kullanılmadığını anlasa dahi bu hususu re’sen gözetemez.

Mahkemenin kullanmama def’i değerlendirmesini, ispat hukuku yönünden de incelemek gerekirse, ilk olarak belirtmek gerekir ki marka hukukunda ispat faaliyeti; yalnızca adlî merciiler (hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri) değil; idarî mercii olan

davanın reddine karar verilmiş ise de davacı tarafça usulüne uygun harçlandırılmış ıslah talebi olmadığı gibi davanın açıldığı tarihteki koşullar itibarıyla değerlendirme yapılması gerekirken, dava tarihinden sonra meydana gelen vakıaların ıslahla mevcut davaya eklenerek işin esasına girilip karar verilmesi mümkün olmadığı halde mahkemece, ıslahla eklenen talep yönünden davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek davanın reddine karar verilmesi doğru değilse de sonuç itibarıyla doğru olan kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.”; (www.lexpera.com.tr, E.T.:25.03.2020).

⁹²⁸ “Dava, markaya tecavüz, haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi ile maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Kural olarak her dava açıldığı tarihte mevcut koşullara göre görülerek karara bağlanır. Dava açıldıktan sonra oluşan yeni durumlar ve olaylar ıslah yolu ile dahi mevcut davaya dahil edilemez, ancak yeni bir davanın konusunu oluşturabilir. Dava dilekçesine ekli belgelerle davalının “H. Halil Usta” adı ile markasal kullanımı olduğu iddia edilmiş, davalı tarafça yargılama sırasında işyerinin isminin “Hacı Halil Usta” olarak değiştirildiği ve bu şekilde kullanılmaya başlanıldığı savunulmuş, mahkemece de bu kullanım değerlendirilerek karar verilmiştir. Davacının iddiası ve delilleri doğrultusunda, davalı tarafça işyerinin “H. HALİL USTA” olarak kullanımının değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken dava tarihinden sonraki kullanımın değerlendirilerek karar verilmesi doğru olmadığı...” Yarg. 11 HD. E. 2013/1636, K. 2013/18553, T. 23.10.2013 sayılı kararı sonrasında Yarg. HGK E. 2017/1181, K. 2017/886, T. 05.05.2017 (Çolak, s. 691).

⁹²⁹ **Kaya**, Kullanılmayan Markanın İptali, s. 388.

⁹³⁰ Yarg. 11. HD. E. 2017/1428 K. 2019/969 T. 7.2.2019, “... asıl davada davacı vekilince davacının hak sahibi olduğu 90663 sayı ile tescilli “PRESTIGE” ibareli markasına dayanılarak talepte bulunulmuş olup 14.07.2010 tarihli ıslah dilekçesi ile dava konusu 90663 nolu “PRESTIGE” ibareli markasına “ilaveten” davacı adına aynı sınıfta tescilli 2000/11870 nolu “prestige” ibareli markasına da dayanıldığı bildirilmiş ise de emsal Yargıtay içtihatlarında (Bkz. Yargıtay HGK 29.06.2011 tarih, 2011/1-364 E. 2011/453 K. sayılı ilamı) benimsendiği üzere, dava tarihinde yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) ’83 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan ıslahın; taraflardan birinin usule ilişkin bir işlemi kısmen veya tamamen düzeltmesine olanak tanıyan bir yöntem olup, iddia ile savunmanın genişletilmesi yasağının istisnalarından biri olmasına, ıslahla kastedilenin dava konusu edilen hususların genişletilmesi veya değiştirilmesi olup, dava konusu edilmeyen bir şeyin ıslah yoluyla davaya ithaline ve dava konusu haline getirilmesine yasal açıdan olanak bulunmamasına göre davacı-karşı davalı ... vekilinin temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T.:23.03.2020).

Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde de gerçekleştirilen bir faaliyeti ifade etmektedir⁹³¹. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 187 uyarınca ispatın konusu “ *tarafların üzerinde anlaşamadıkları veya uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalardır.*” Buna göre yalnızca “ *uyuşmazlığın çözümünde etkili vakıalar*” ispatın konusu olabilir. Bu bağlamda herkesçe bilinen vakıalar, hâkimin başka bir dosya sebebiyle öğrendiği hususlar, hukuk kuralları, genel hayat ve tecrübe kurallarının ispatı gerekmemektedir⁹³². Kendisine kullanmama def’i ileri sürülen davacı; markasını kullandığını, tanık delili de dâhil olmak üzere her türlü delille ispat edebilir, bu hususta delil serbestisi geçerlidir⁹³³. Öğretide, sonuca doğrudan doğruya götürebilen, talebi direkt olarak ispatlayabilen “ *doğrudan delillere*” marka hukukunda pek rastlanmadığı, sonuca dolaylı olarak başka vakıaların ortaya konulması suretiyle götürebilen dolaylı delillerden tecrübe kurallarına daha sık rastlandığı ifade edilmektedir⁹³⁴. Davacı; markasını ciddi biçimde kullandığını ya da kullanmamaya dair haklı sebeplerinin bulunduğunu, tam ispat ölçüsünde ispatlamalıdır. Bu hususta, yargılama hukukunda kural olan tam ispat faaliyetine göre; davacı, markasını kullandığına dair hâkimde tam kanaat uyandırmalı, şüpheyi düşürmemelidir.

Mahkeme, hükümsüzlük davalarında “ *başvuru/rüçhan tarihinde*”; tecavüz davalarında “ *tecavüz fiilinin öğrenildiği tarihte*” markanın en az beş yıldır tescilli olduğunu re’sen gözetmelidir; nitekim bu şart bir dava şartıdır⁹³⁵. Bu şart sağlanmıyorsa, kullanmama def’i talebini reddetmeli ve uyuşmazlığın incelenmesine geçmelidir. Son olarak belirtmek gerekir ki kullanmama def’i, SMK’nın yürürlük tarihi olan 10.01.2017 tarihinden sonra açılmış veya bu tarihte derdest bulunan davalara, SMK’nın yürürlüğünden önceki dönemi de kapsayacak şekilde uygulanabilir⁹³⁶. Bir başka ifadeyle,

⁹³¹ **Kale**, s. 178; **Kaya**, Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları, s. 240.

⁹³² **Kale**, s. 178; **Tanrıver**, s. 744 vd.

⁹³³ **Kale**, s. 199; **Bilir**, s. 231.

⁹³⁴ **Kale**, s. 183.

⁹³⁵ **Yördem**, Yılmaz, Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Uygulamadaki Sorunlar, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20.33, (2015): 123-142, s. 141.

⁹³⁶ **Bilir**, s. 233; **Gün**, s. 150; **Altay**, Anlam Sıtkı, Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals, İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (2): (s. 897–923), s. 916 ; SMK Geçici m. 1 “ *Bu Kanunun yayımı tarihinden önce Enstitüye yapılmış olan ulusal ve uluslararası marka ve tasarım başvuruları ile coğrafi işaret başvuruları, başvuru tarihinde yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılır.*” ifadesiyle bunu desteklemektedir.

kullanmama def'i ve dava tarihinden geriye doğru hesaplanacak olan beş yıllık zaman dilimi 10.01.2017 tarihinden öncesini de kapsayabilmektedir⁹³⁷.

İspat yükü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁹³⁸ m. 6 ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹³⁹ m. 190 uyarınca kural olarak, iddia edilen vakıya bağlanmış olan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olmaktadır. Markanın hükümsüzlüğü ve marka hakkının ihlâli davalarında ispat yükünün marka sahibi davacıda olduğu ifade edilebilir. Keza öğretilde hâkim görüş ve uygulama da bu yöndedir⁹⁴⁰. Hükümsüzlük davalarında SMK m. 25/7 ikinci cümlesinde, kullanım ispatında “*davacı ayrıca ... ispatlar.*” ibaresiyle de bu husus açıklığa kavuşturulmuştur.

Markanın kullanıldığına yönelik delillerin ileri sürülmesi, ancak marka sahibi tarafından mümkün olabilir. Bu yüzden hem iptal, hem hükümsüzlük hem de tecavüz davalarında, ispat yükü nihai olarak marka sahibine ait bir yükür⁹⁴¹. Kullanmama def'ini ileri sürmesiyle davacı markasını ispatlamakla mükellef kılınır. Bu yüzden, öğretilde de

⁹³⁷ Bu husus MarKHK'nın iptal davasına yönelik hükümlerinin iptal edilmesiyle tartışma konusu olmuştur. Şöyle ki, Öncelikle MarKHK'nın m. 42/1-c hükmü 09.04.2014 tarihinde ve 2013-147/75 sayılı; MarKHK m. 14 hükmü ise 14.12.2016 tarih ve 148/189 sayılı AYM kararları ile iptal edilmiştir. Bu durumda iptal kararının Resmî Gazetede yayım tarihi olan 06.01.2017 tarihi ile SMK'nın yürürlük tarihi olan 10.01.2017'ye kadar söz konusu iptal kararlarından önce açılmış ve derdest olan iptal davaları ile işbu dört günlük süre içerisinde açılan iptal davalarının akıbeti hususunda öğretilde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çünkü SMK'nın yürürlük maddelerinde de kanunun derhal uygulanması veya geçmişe yürütmesine ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Bu hususta *birinci görüş*, AYM'nin kararının sonucu olarak ve kural olarak kanunların ileriye doğru etkisini gözeterek 5 yıllık sürenin ancak SMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra uygulanabileceğini ileri sürmekte idi. (bkz. **Çağlar**, Tescilli Markanın Kullanılmaması, s. 14 vd.); Öğretilde hâkim olan bir diğer görüş ise, farklı gerekçelerle aynı sonuca varmak suretiyle SMK'nın geçmişe dönük olarak uygulanabilmesi yönünde ifade olunmuştur. (bkz. **Paslı**, Ali, Anayasa Mahkemesi'nin MarKHK m.14'ü İptal Kararı'nın Etkisi: Kullanmama Gereğesine Dayalı Hükümsüzlük/İptal Davaları Düşecek Mi?, <http://www.ticaretkanunu.net/makale-25/>; **Sönmez**, s. 283 vd.); Yargıtay 11 Hukuk Dairesi de E. 2019/1765 K. 2019/4421 numaralı ve 14.06.2019 tarihli kararında “6769 sayılı SMK'nın yürürlük tarihinden önceki dönemi de kapsayacak şekilde kullanmama değerlendirmesi yapılarak, markanın tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından dava tarihinden geriye doğru beş yıllık süre içerisinde Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmadığının tespitine ve markanın kullanılmama nedeniyle iptaline dair kararda ve bu karara yönelik yapılan istinaf başvurusu üzerine yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince temyiz isteminin esastan reddine ilişkin kararda, saptanan somut uyumsuzluk bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları ve yapılan yargılama gözetildiğinde bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmamasına, kararın usul ve yasaya uygun olmasına,...” ifadeleriyle uygulamayı bu yönde şekillendirmiştir. Ancak yine belirtelim ki öğretilde, bu durumun SMK'nın yürürlük hükümlerine, geriye dönük bu etkiye ilişkin bir hüküm eklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. (bkz. **Altay**, s. 913).

⁹³⁸ RG, S. 24607, T. 8.12.2001.

⁹³⁹ RG, S. 27836, T. 4.2.2011.

⁹⁴⁰ **Kaya** (Ülgen vd.), s. 503; **Kale**, s. 203; **Merdivan**, s. 498; **Sönmez**, s. 295; **Yardımcı/Sever**, Genuine Use of Trademarks in Turkey, s. 430.

⁹⁴¹ **Kale**, s. 294; **Sönmez**, s. 295; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 792; **Uzunallı**, Marka Hukuku, s. 201, 209; **Güneş**, Marka Hukuku, s. 261; **Kaya** (Ülgen vd.), s. 503; **Bozer/Göle**, s. 281.

ifade olunduğu üzere, markanın kullanılmadığı def'ine karşı, aksini ispat, yani markanın kullanıldığını ispat yükü davacının üzerindedir⁹⁴². Keza SMK m. 19/2'de, PK m. 5/C.1 ve TRIPS m. 19/1'de de ispatlaması gereken kişinin marka sahibi olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu şekilde davalının, kullanılmayan markanın iptali için karşı dava açma ihtiyacının da azalacağını ifade etmek gerekir⁹⁴³.

Davacı davasında birden fazla sayıda markasına dayanırsa her bir marka için kullanmama def'ini ayrı ayrı ileri sürmeli ve bu suretle kullanım her biri için ayrı ayrı ispatlanmalıdır⁹⁴⁴. Keza tescilli birden çok markanın arasından sadece birinin ya da bir kısmının kullanımı, tescil ilkesinin de bir yansıması olarak, diğerlerinin kullanımını kapsamayacaktır.

Davacı, markasını Kanunun öngördüğü şekilde kullandığını ispat edemezse, dava esasa girilmeksizin reddedilir. Kullanımın ispatlanamaması hâlinde mahkemenin verdiği ret kararının; “dava tarihinden” geriye doğru, başvuru tarihinden itibaren tüm dönem için etkili olduğu ifade edilmiştir⁹⁴⁵. Bu noktada öğretilde bir görüş; dava aşamalarında kullanmama def'inin değerlendirilmesinin mahkeme tarafından bir “ön sorun” olarak inceleneceğini ifade etmektedir⁹⁴⁶. Ön sorun, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, ikinci kısım (dava çeşitleri, dava şartları ve ilk itirazlar) üçüncü ayırım (ön sorun ve bekletici sorun), 163 ve 164'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Görülmekte olan bir davada, esasa ilişkin incelemeye geçilebilmesi ve davanın karara bağlanabilmesi için, öncelikli olarak çözümlenmesi gereken, hukuken ayrı birer dava olmayıp, “küçük davacıklar” olarak da nitelenen sorunlara ön sorun (ara sorun/meselei mukaddime) denilmektedir⁹⁴⁷. Ön sorunlar karara bağlanıp çözümlenmeden yargılamaya devam edilmesi ve karar verilmesi doğru olmadığı gibi, bu sorunların bir kısmı hakkında karar verilip de diğer kısmının karara bağlanmasının yargılamanın sonuna ertelenmesi de

⁹⁴² **Yasaman**, Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler, s. 163.

⁹⁴³ **Trimmer**, Bonita/**Parsons**, Giles, How Genuine Use is Treated Across the EU, *Managing Intellectual Property*, S. 261, (s. 38-41), s. 40.

⁹⁴⁴ **Merdivan**, s. 510.

⁹⁴⁵ **Merdivan**, s. 508.

⁹⁴⁶ **Kale**, s. 195, 204.

⁹⁴⁷ **Özekes** (Pekcanitez Usûl), C.II, s. 1392; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 481; **Budak/Karaaslan**, s. 204.

hukuka uygun değildir⁹⁴⁸. Buna göre, marka davalarında hâkim ön sorun hakkında yapacağı inceleme sonucunda, markanın kullanılmadığı kanaatine varırsa, söz konusu hükümsüzlük ya da tecavüz davasını reddedecektir⁹⁴⁹. Markanın kullanıldığı kararına varırsa, davanın esastan incelenmesine geçecektir. Bununla birlikte; kanaatimizce kullanmama def'ini bir ön sorun olarak nitelendirmek uygun düşmeyecektir. Şöyle ki; medenî yargılama hukukunda ön sorun incelendiğinde, “davalının yetki itirazı, işbölümü itirazı, eski hâle getirme talebi, hâkim reddi talebi” örneklerinde olduğu gibi usule ilişkin durumlarda söz konusu olabilmektedir. Halbuki “markanın kullanılmadığı” olgusunun ileri sürülmesi maddî hukuk hükümlerinde sonuç bağlanmış bir vakıanın usuli bir hüküm olarak ileri sürülebilmesinden ibarettir⁹⁵⁰. Keza bu yüzden esasında hakkın doğumuna engel olan bir itiraz olduğunu, geniş anlamda def'i içinde yer aldığını da belirtmiştik⁹⁵¹.

Burada; mahkeme markanın kullanılmadığı, dilekçeler teatisinde ileri sürüldüğü takdirde bunu bir def'i olarak inceleyecektir. Markanın kullanıldığı kanaatine varırsa davayı kabul edecek ve esasa yönelik incelemesine geçecektir. Aksine, kullanılmadığı kanaatine varılırsa bu durumda dava esasa girilmeksizin reddedilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki davanın reddedilmesine yönelik verilen karar sadece taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁹⁵². Bu durumda markanın hükümsüzlüğü veya tecavüz davası reddedilse dahi; kullanmama nedeniyle iptal davası açılmadıkça, Kanunun öngördüğü biçimde kullanılmayan önceki marka mevcudiyetini sürdürecektir. Netice olarak, hükümsüzlük veya tecavüz davasında kullanım ispatlanamadığı için reddedilmiş ve davalının markası ile birlikte davacının markası da, marka sicilinde *birlikte var olacak*; bu suretle kanundan doğan birlikte var olma hâli meydana gelmiş olacaktır⁹⁵³.

⁹⁴⁸ Özkes (Pekcanıtez Usûl), C.II, 1395.

⁹⁴⁹ Kale, s. 204.

⁹⁵⁰ Sönmez, s. 287.

⁹⁵¹ bkz. yuk. 3.1. “Kullanım İspatı” “Kullanmama Savunması” Ve “Kullanmama Def'i”-Terminolojik İnceleme”.

⁹⁵² Sönmez, s. 292.

⁹⁵³ Gün, s. 148 vd.

SONUÇ

Marka, hem sahipleri olan müteşebbisler için hem de âdil rekabet sisteminin işleyişi açısından vazgeçilmez önemi haizdir. Bu sistem ise marka sahiplerine birtakım hak ve yetkiler tanınmak suretiyle optimal düzeyde markaların korunmasını gerektirmektedir. Bu minvalde, bir markanın sahibine sağladığı en önemli hak markayı kullanma hakkıdır. Zira marka, “kullanım” olgusunun gerçekleşmesiyle birlikte piyasada yer edinebilir; diğer mallardan ve/veya hizmetlerin kaynağı olan teşebbüsleri ayırt edebilir ve söz konusu hususların belli bir kalitede sunulduğunu temin edebilir. Bilhassa son zamanlarda artarak devam eden öneminden ötürü markaların sadece yerel değil, küresel piyasada da nitelikli bir şekilde korunması gerekmektedir. Bu sayede malların veya hizmetlerin her iki piyasada da dolaşımı sağlıklı bir şekilde işleyebilecektir. Bu amaçla; marka kullanımını içeren mühim uluslararası düzenlemeler PK ve TRIPS’tir. Zamansal olarak bu iki antlaşmadan sonra AB Tüzük ve Direktifleri gelmektedir. Birlik içerisinde ticaretin kolaylaştırılması amaçlı ihdas edilmiş bu düzenlemeler markalara ilişkin düzenlemeleri de içermektedir. Türkiye de AB üyeliği görüşmeleri kapsamında bu AB düzenlemelerini iç hukukuna aktarmış ve son olarak 2017 yılında “Sınai Mülkiyet Kanunu” nu düzenleyerek uyumlu hâle getirmeye çalışmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde; markanın kullanımı kavramının başta TRIPS ve PK olmak üzere uluslararası sözleşmelerde ve AB Tüzük ve Direktiflerinde ele alınışı, bu yeknesaklık amacıyla olan sistemin Türk hukukuna etkileri de incelenmiştir. Ayrıca, markanın tescil edilmesi ve kullanımı gerekliliği arasındaki ilişkiden yola çıkılarak, markanın kullanımı kavramının sebepleri ve işlevleri ele alınmaya çalışılmıştır. Nitekim bir işaretin, marka olarak tescil edilmek üzere başvurusu yapıldığında markanın kullanılıyor olması koşul olarak aranmamaktadır; Türk marka hukukunda kullanım yalnızca “kullanım yoluyla hakkı kazandırıcı” değil; aynı zamanda “hakkı devam ettirici” niteliktedir. Bu durumda ise başvuru sahipleri, başvurdukları marka için aslında kullanma niyeti olmasa dahi tescil ettirmekte ve marka hakkını kazanmaktadır. Uygulamada marka sahipleri, markalarını tescil ettirirken hemen hemen tüm mal ve hizmet sınıflarında tescil ettirmekte ancak bunların pek azında markasını gerçek anlamda kullanmaktadır. Benzer şekilde, başlangıçta kullanılmış fakat artık kullanımı devam etmeyen markalar için de aynı durum söz konusudur. Bu yüzden müseccel bir markanın sahibine kazandırdığı üstün

hak, birtakım sakıncalar doğurabilmektedir. Markanın monopolistik karakteri sonucunda, kullanılmayan mal ve hizmetlerde başka bir işaret tescil ettirmek isteyen kişi, bu alanda tescilli markanın olması engeliyle karşılaşmakta ve bu kişinin/kişilerin piyasada rekabet şansı hemen hemen hiç oluşmamaktadır. Çalışmamızın da esasını oluşturan “markayı kullanma külfeti” bu sistemi onarmaya elverişli bir argüman olarak görülmektedir. Buna göre, markasını tescil ettirdikten bir süre sonra belirli prensipler kapsamında kullanmayan marka sahiplerinin markaları sicilden terkin ettirilebilecektir. Ne var ki markanın kullanılmadığı hususu bir talep olmadıkça, kurumsal bir sistemle re’sen dikkate alınamaz. Bu yüzden çalışmamızda, markanın kullanılmaması, sahibinin hak kaybına uğrayabilme ihtimali bakımından “külfet” olarak nitelendirilmiştir.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname döneminde markanın kullanılmamasına bağlanmış yegâne yaptırım, markanın iptali idi. Bu yüzden uygulamada davaların birleştirilerek görülmesi gibi yargı sürecini uzatacak bir prosedür mevcuttu. Ayrıca, marka aslında kullanılsa bile, sicilde varlığı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ediliyor ve bu kullanılmayan markaların varlığı sayesinde dava açılabilirdi. Ancak SMK ile, önemli bir yenilik olarak “kullanım ispatı müessesesi” ihdas edilmiştir. Buna göre; Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde; hükümsüzlük ve tecavüz davası aşamalarında olmak üzere üç farklı yerde markanın kullanılmadığının savunma olarak ileri sürülmesine imkân tanınmış ve bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümlenmesine önemli ölçüde hız kazandıracak bir yol öngörülmüştür.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, markanın kullanılması maddî hukuk açısından ele alınmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, SMK m. 9/1’de zikredilen temel kullanım ilkelerinin yanı sıra Kanunda açıkça zikredilmese de diğer kullanım ilkelerinden söz edilmiştir. İlk olarak incelenen ilke “ciddi kullanım” olup, marka sahibinin esasında piyasada yer edinmek amacıyla ticarî hayatta ve tescil edildiği mal ve/veya hizmet sınıfında kullanılması anlamına gelmektedir. Ciddî kullanım, her somut olayın kendi özelliklerine göre incelenmesini gerektirmektedir. Markanın ticarî hayatta kullanımı söz konusu piyasa sektörünün özellikleri, malın veya hizmetin cinsi, teşebbüsün büyüklüğü gibi hususlar önem arz etmektedir. Bunlar dışında markanın hedefinde ortalama tüketici kitlesi de göz önünde bulundurulması gerekenler arasındadır. Ciddi kullanımı ispatlamak için sunulan deliller bütüncül bir şekilde değerlendirilmeyi gerektirmektedir. Zira tek

başına olmasa da bir araya geldiklerinde delil değerinde olabilecek çeşitli argümanlar olabilir. Bunun sonucu olarak da ciddi kullanımdan söz edebilmek için somut bir veri veya eşikten bahsedilememektedir. Markanın gerçek manada kullanıldığından söz edebilmek için bu kullanım piyasaya dönük olmalıdır, işletmenin içsel kullanımları bu kapsamda değerlendirilmez.

Kullanımın ispatlanmasında uygulamada en sık rastlanan delil olarak “fatura” görülmektedir. Ancak faturaların da tarih içermesi ve malı/hizmeti işaret eder nitelikte olması gerekmektedir. TPMK Kullanım İspatı Kılavuzunda belirtilen ve uygulamada da rastlanan “kataloglar, fiyat listeleri ve ürün kodları” da delil olarak kullanılabilir. Bunların yanı sıra, sözleşmeler, ticari faaliyeti gösteren ciro, markaya yapılan yatırım gibi hususlar da tek başına olmasa da, bir araya geldiklerinde kullanımı ispatlamaya yarayacak deliller arasında değerlendirilebilir.

Marka ciddi olarak kullanıldıkça diğer mal ve hizmetlerin menşei olan teşebbüslerden ayırt edilebilir şekilde yer alabilir. Bu yüzden markanın temel işlevleri olan “kaynak gösterme” ve “ayırt edicilik” markanın ciddi kullanımının bir sonucu olarak tezahür etmektedir. Her ne kadar öğretilerde kaynak gösterme işlevinin son derece zayıfladığı ve artık ayırt ediciliğin onun yerine geçtiği ifade edilse de, çalışmamızda bu iki işlevin halen markanın temel fonksiyonları arasında yer almaya devam ettiği belirtilmiştir. Çünkü işletmelerin gelişen faaliyetleri sonucunda artan tanınırlıkları da buna işaret etmektedir. Markanın bu esaslı fonksiyonlarının yanı sıra reklam, garanti, iletişim ve yatırım fonksiyonları olarak görülmektedir. Bilhassa son zamanlarda gelişen teknoloji, işbu fonksiyonları son derece güçlendirmiştir.

Markanın işlevlere uygun kullanımı mal (emtia) markaları için, somut ürün üzerinde kullanılmak suretiyle belirlenebilmektedir. Hizmet markalarında, söz konusu hizmeti temsil eden diğer ürünlerde kullanım da yeterlidir; yeter ki hizmet ve marka aracılığıyla işletme ile bağlılık kurulabilsin. Markasal kullanımın “ticari adlar” bağlamında değerlendirilmesi ise ayrı bir başlıkta incelenmiştir. Öncelikle ticaret unvanının kullanım amaç ve esası markasal kullanımdan farklıdır, bunlar birbirinin yerine geçebilen hususlar değildir. Ayrıca, alan adları da bir malın/hizmetin kaynağı olan teşebbüsü ayırt etmediği için markanın alan adında kullanımı, markasal kullanım değildir.

Ciddi kullanım içerisinde değerlendirilen bir başka husus da markanın tescil edilmiş olduğu mal ve/veya hizmet sınıfında kullanılmasıdır. Bu sınıflandırma Nice Sınıflandırması esas alınarak TPMK tarafından hazırlanan Tebliğ kapsamında gerçekleştirilir. Bu sınıflandırmaya ilişkin sistem, markaların SMK 6/1 kapsamında karıştırılma ihtimali incelemesinde oldukça önem arz etmektedir. Ancak SMK 11/4 hükmünde de açıkça bu sistemin bağlayıcı olmayıp, karine teşkil etmediği ifade edilmiştir. SMK m. 19/2 uyarınca marka sahibi, markasını itiraza mesnet mallar ve/veya hizmetler bakımından kullandığını ispatlamalıdır; aksi hâlde itirazı reddedilecektir.

Ancak bu hüküm dar yorumlanmamalı, bu mallar veya hizmetlerle bağlantılı olabilecek diğer sınıflarda inceleme yapılması da mümkün görülmelidir. ABAD içtihatlarında da belirtildiği gibi, bir sınıfın sadece bir grubunda kullanım, diğer grupları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmamalıdır. Benzer şekilde, farklı sınıfların alt gruplarında olup da birbiriyle benzer kabul edilebilecek malların veya hizmetlerin bulunabileceği de göz ardı edilmemelidir. Ciddi kullanım hususunda çalışmamızda belirttiğimiz bir diğer husus da, marka kullanımı hukuka uygun vasıtalarla gerçekleştirilmemiş bile olsa bunun ciddi kullanım olarak kabul edilebileceğidir.

Marka, kural olarak sahibi tarafından kullanılmalıdır; ancak marka kullanımının bu denli geniş bir tabana yayılması, sahibinin izni doğrultusunda başkaları tarafından kullanımını da beraberinde getirmiştir. Ayrıca, marka Türkiye’de ve tescil edildikten itibaren beş sene içinde kullanılmaya başlanmalıdır. Markanın piyasaya ciddi biçimde kullanılmak üzere çıkması birtakım altyapıyı, belirli hazırlıkları gerektirmektedir. Bu yüzden, “hoşgörü süresi” adı verilen bir süre, başka PK ve TRIPS tarafından öngörülmüş ve SMK’da da, mehz AB düzenlemelerine benzer şekilde, beş yıl olarak belirlenmiştir. Beş yıldan az zamandır müseccel bir marka için, kullanım ispatı ileri sürülemez.

Markanın bu beş yıllık zaman zarfında kullanımının “kesintisiz” olması zaruri değildir. Markanın kullanılmaması haklı bir sebebe dayanıyorsa; bu durumda söz konusu hoşgörü süresi durmaktadır. Kullanım ispatı hususunda, mezkûr beş yıl haricinde gerçekleştirilen kullanımların doğrudan kanıtlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır, ancak dolaylı yoldan etkiye sahip olabilirler. SMK’da da açıkça ifadesini bulan bir başka kullanım ilkesi, “Türkiye’de kullanım” olarak görülmektedir. Buna göre, marka tüm ülke çapında kullanılmak zorunda değildir, diğer şartları sağlamak kaydıyla bölgesel kullanım da yeterlidir. Diğer kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilen kullanımlar, markanın

yöneldiği halkın Türkiye’de bulunması ve Türkiye’de bir pazar oluşturulabilmesi amacının güdülmesi kaydıyla, yer bakımından geçerli bir kullanım olarak kabul edilmelidir. Ayrıca, transit geçişlerde markanın kullanımı markasal bir kullanım olarak düşünülmemelidir. Nitekim bu durumda markanın işlevine veya ciddi kullanım hususlarına rastlanmamaktadır.

SMK m. 9/2 hükmünde, markanın kullanımı kabul edilen istisnaî haller, kanaatimizce tahdidi biçimde, sayılmıştır. Bunlar, “*markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden kullanımı, sahibinin izniyle üçüncü kişi tarafından kullanım ve ihracatta kullanım*” olarak ifade edilmiştir. Bu sayılan hâllerin ispatlanması da SMK m. 19/2 anlamında kullanım ispatı sayılmaktadır. Çalışmamızda ilk olarak “*markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanımı*” incelenmiştir. Kaynağını PK 5/C.2 hükmünden alan bu düzenleme esas amaç olarak, ticari hayattaki değişebilen güncel ihtiyaçlara markaların da uyum sağlamasını gütmektedir. Buna göre markanın karakteristiğini bozmayan, ayırt ediciliğine hâle getirmeyen birtakım değişiklikler yine markasal kullanım olarak addedilebilecektir. Ayırt edici nitelik değişmeden kullanımdan söz edebilmek için, markayı oluşturan işaretin halen aynı teşebbüsü göstermesi gerekmektedir. Misal olarak; önemsiz ekleme/çıkarmalar, boyut değişiklikleri, baskın olmayan unsurlardaki değişimler, ibareleri koyu/açık hâle getirmek verilebilir. Bununla birlikte, ayırt edici karakterin değişimi her somut olayın kendi özellikleri kapsamında ve ortalama bir tüketicinin gözünden incelenmeyi gerektirmektedir.

SMK m. 9/2 kapsamındaki bir diğer istisna, “*sadece ihracat amacıyla sınırlı olarak mal ve/veya hizmetlerde kullanım*” şeklinde yer almaktadır. Hükmün esas gayesi, markanın ihracat amacıyla, markayı başka ülkelerde de bilinir kılabilmektedir. Ayrıca, markanın etiketlenmesi işleminin Türkiye’de gerçekleşmesi gerektiği görüşüne de katılmamaktayız. Son istisnaya göre ise; marka sahibinin izni dâhilinde, marka sahibinin sözleşmesel ya da ekonomik olarak bağlı olduğu üçüncü kişilerin kullanımı da markasal kullanımdır.

Çalışmamızda ele alınmış bir diğer husus da, haklı sayılabilecek nedenlerin varlığı hâlinde, markanın kullanılamaması olgusudur. Böyle bir sebebin varlığı kullanımı için gerekli hoşgörü süresini durdurmaktadır. Bu istisnaya hem PK ve TRIPS’te hem de AB mevzuatında yer verilmiştir. Geniş yorumlanmaması gereken bu istisnaya göre, marka

sahibi, kendi iradesinden bağımsız olarak doğan bazı haklı sebeplerle bir süre kullanımı gerçekleştiremeyebilir. Teşebbüsün olağan devamlılığını engelleyebilecek olağanüstü durumlar, mücbir nedenler, ithalat sınırlandırmaları gibi geniş çaplı etkenler bu kapsamda sayılabilir. Bu tür sebeplerin marka sahibince önlenemeyecek, objektif nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu engel ve markanın doğrudan bağlantısı bulunması gerekir. Haklı sebebin ispatlanması durumunda, ayrıca bir kullanım ispatı gerekmemektedir. Haklı neden teşkil eden hâl ortadan kalkınca, marka tekrar kullanıma müsait hâle geldiği için kullanma külfeti tekrar başlayacaktır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde, kullanım ispatı, usul hukuku boyutlarıyla ele alınmıştır. Bu kapsamda ilk olarak kavramsal inceleme yapılmış ve “savunma” kavramının üst kavram olarak “def’i”yi de kapsadığı belirtilmiştir. Def’i kavramı, geniş anlamda hem itiraz hem de def’iyi kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Çalışmamızda kullanmama def’inin, “hakkın doğumuna engel olan bir itiraz” olduğu ifade edilmiştir.

Ardından kullanmamanın bir savunma olarak, TPMK nezdinde ileri sürülmesi incelenmiştir. Buna göre, ilk olarak marka başvurusu Resmi Bülten’de yayımlanır ve bu yayımdan itibaren iki ay içerisinde, ilgisi bulunan kişilerin mutlak ya da nispi ret sebebine dayanarak itiraz etme hakkı doğmaktadır. Bir nispi ret sebebi olan SMK m. 6/1’e göre itirazda bulunan kişiye karşı, başvuru sahibinin ileri sürebileceği argümana “kullanmama savunması” denilmektedir. Çalışmamızda, bu safhada mahkeme değil, idarî mercii nezdinde bir talep dermeyeran edildiği için, “def’i” değil, “savunma” ibaresi tercih edilmiştir. Bunun ileri sürülebilmesi için gerekli bir diğer şart ise markanın en az beş yıldır müseccel olması gerekliliğidir. Bu talep; koşulsuz, açık ve net bir şekilde ileri sürülmelidir. Kuruma yöneltilen talebin geçerli olması hâlinde, Kurum talebi diğer tarafa iletme zorundadır. Kurum, gerekli görmesi durumunda, SMK m. 19/4 uyarınca tarafları uzlaşmaya teşvik etmek hakkını da haizdir. Markanın hükümsüzlüğü ve hakka tecavüz davalarında kullanmama def’inin ileri sürülmesi için de aynı şartlar geçerlidir.

Çalışmamızda açıklığa kavuşturulmaya çalışılmış bir diğer kavram da “karıştırılma ihtimali” kavramıdır. SMK m. 6/1, ilişkilendirilme ihtimalini de içerir şekilde uygulamada en yaygın rastlanılan nispi ret sebebidir. Bunun için öncelikle mal ve/veya hizmetler arasında benzerlik; daha sonraki aşamada işaretler arasındaki benzerlik

incelemesi yapılmalıdır. Ayrıca, bu değerlendirme somut durumun şartlarına bağlı olarak tüm koşulların bir arada göz önüne alınmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda, önceki markanın ayırt ediciliği de ayrıca incelenmelidir. Kural olarak orta düzeyde bilgilendirmiş, malı/hizmeti fazla inceleme olanağı bulunmayan tüketicinin genel ittibana bakılmalıdır. Yine de mal/hizmetin niteliğine göre dikkat oranı da değişebilmektedir. Kullanım ispatı talebi, sadece SMK 6/1'in varlığı ile sınırlıdır; bu yüzden m. 5/1-ç bendine dayalı olarak bu talepte bulunulamaz.

Çalışmamızda ele alınmış bir diğer husus ise, beş yıllık hoşgörü süresinin, kanunun öngördüğü kullanım külfetini bertaraf etmek amacıyla dolanılmasıdır. AB hukukunda “*Repeat application/re-filings*” olarak adlandırılan yineleme marka başvurularında kötü niyetin nasıl tespit edileceği hususu belirlenmelidir. ABAD içtihatlarına göre, markanın sadece logosunun yenilenmesi gibi hususlar bunun için yeterli değildir. Burada kötü niyet, her somut vakıya göre değerlendirilmesi gerekli objektif verilere dayandırılması gerekli bir meseledir. Her türlü yineleme marka başvurusu kötü niyetli olmayabilir, burada tekrarlayan başvuruyu gerekçelendirebilen her olgu ayrı ayrı nazara alınmalıdır. Türk hukukunda düzenlenmemiş ancak AB mevzuat ve içtihatlarında karşılığı bulunan bir diğer husus da, kullanım ispatının zamansal sınırıdır. SMKY m. 30/4'e göre, kullanımını ispatlamak isteyen taraf kural olarak bir ay içerisinde tüm delillerini sunmalıdır. Sadece şekli eksikliklerin bulunması durumunda ilâveten bir ay daha verilebilmektedir. Ancak bazı hâllerde tüm deliller bu sürede sunulamayabilir. Bu durumda izlenecek yol AB 2018/625 sayılı Tüzükte muhtelif hükümlerde yer almaktadır. Buna göre, gecikmiş delillerin değerlendirilmesinde Kurumun takdir yetkisi bulunmalıdır. Yargılamanın bulunduğu aşama, gecikmenin geçerli sebeplere dayanması ve yeni ibraz edilen argümanların sonuca etkililiği bir arada incelenmelidir.

Çalışmamızın üçüncü bölümü, kullanım ispatının dava aşamalarında incelenmesiyle nihayete erdirilmiştir. Buna göre; markanın kullanıldığı tecavüz ve hükümsüzlük davalarının SMK m. 6/1'e dayandırılması ve davalı tarafından kullanılmamanın def'i olarak ileri sürülmesi hâlinde davacı tarafından ispatlanmalıdır. Kanun koyucu hükümsüzlük davaları için, dava sebebini m. 6/1 ile sınırlamış ancak tecavüz davalarında sadece m. 19/2 hükmüne gönderme yapmakla yetinmiştir. Hükümsüzlük davalarında kullanmama def'i ileri sürülürken, AB hukukunda “*double use requirement*” olarak isimlendirilen, çalışmamızda da “*çift kullanım gerekliliği*” şeklinde

zikredilen hususa dikkat edilmelidir. Buna göre marka beş yıldan fazla zamandır müseccel ise ayrıca, rüçhan/başvuru tarihinde de markanın kullanıldığı ispat edilmelidir. Bu düzenlemeyle, isabetli olarak, başlangıçta markasını ciddi kullanmadığı için itirazı reddedilen ancak sonradan kullanmaya başlayan marka sahiplerinin açtığı hükümsüzlük davaları önlenmeye çalışılmıştır. Marka hakkına tecavüz davalarında ise böyle bir husus öngörülmemiştir. Ayrıca, çalışmamızda marka hakkının ihlâli davalarında kullanmama def'i, SMK m. 155 ile birlikte incelenmiştir. Marka tescilinin ve kullanmama def'inin anlam ve esasına bakıldığında, m. 155 hükmü, sonraki tarihli markaya dayalı olarak açılan tecavüz davalarında ileri sürülemezdir. Tecavüz davaları ve kullanmama def'ine yönelik çalışmamızda bahsi geçen bir diğer durum da, ihtiyati tedbir taleplerinde de; kullanım ispatının talep edilebileceği yönündedir.

Kullanım ispatı talebi, dava aşamalarında bir def'i olarak ileri sürüldüğü için, dermeyan edilmesinde HMK'nın ilgili hükümleri esas alınmalıdır. Buna göre, "savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi" yasağına uygun olarak, kural olarak, en geç ikinci cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekmektedir. İspat hukuku açısından, markanın kullanıldığı tanık da dâhil olmak üzere her türlü delille ispat edilebilir.

Mahkeme kullanmama def'ini değerlendirirken, markanın en az 5 yıldır müseccel olması gerektiğini re'sen göz önüne almalıdır. Markanın kullanımının değerlendirileceği zaman zarfı ise, SMK'nın ihdas edildiği tarih olan 10.01.2017 tarihinden öncesini de kapsayabilecektir. Markanın kullanıldığını ispat yükü, davacının üzerindedir. Davacı, markasını öngörüldüğü şekilde kullanıldığını veya buna ilişkin haklı bir nedeninin mevcudiyetini ispatlayamazsa, davası reddedilecektir.

KAYNAKÇA

AARON, Tara M./ **NORDEMANN**, Axel: “The Concepts of Use of a Trademark under European Union and United States Trademark Law, Trademark Review”, Vol. 104, 2014, s. 1186-1240.

ADAY, Nejat: “Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları”, İstanbul 2000.

AKAY, Tolga: “Osmanlı Devleti’nde Marka Hukukunun Gelişimi”, TBB Dergisi 2016, Sayı 126, s. 363-392.

AKARSU, Mine: “Marka Hukukunda İdari İptal”, Ankara 2019.

AKIN, Elif Betül: “Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Marka Tescil Süreçlerine İlişkin Düzenlemeler ve Yenilikler, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), (ed. Feyzan Hayal Şehirli Çelik)”, Ankara, Bthae, 2017, s. 175-206.

AKIN, Elif Betül: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Tescil Süreçleri ve Mutlak Ret Nedenleri, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı, (Bildiriler Kitabı), 16-22 Aralık 2019”, s. 141-174, (**Akın**, Tescil Süreçleri)

ALTAY Anlam S.: “Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals” (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (2), s. 897–923.

ANTALYA Osman Gökhan: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/I”, Ankara 2019.

APLIN, Tanya/ **DAVIS**, Jennifer: “Intellectual Property Law, Text, Cases and Materials”, Oxford 2017.

ARKAN, Sabih: “Ticarî İşletme Hukuku”, Ankara, 2019.

ARKAN, Sabih: “Marka Hukuku, Cilt I”, Ankara 1997.

ARKAN, Sabih: “Marka Hukuku, Cilt II”, Ankara 1998.

ARKAN, Sabih: “Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?” Batider, Cilt 20, Sayı 3, 2000, s. 5-13. (**Arkan**, Markasal Kullanılma Zorunluluğu)

ARKAN, Sabih: “Grup Markaları”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt 1, Ankara 2010, s. 275-279. (**Arkan**, Grup Markaları)

ALHAS, Zeynep Seda/ **DERNEKOĞLU**, Umut: “Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi”, FMR, Sayı 1, s. 19-37.

ARSEVEN, Haydar: “Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku”, İstanbul 1951.

ARSLAN, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder/ **TAŞPINAR AYVAZ**, Sema: “Medeni Usûl Hukuku”, Ankara 2017.

AYDOĞAN, Fatih: “Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukuki Durum-Değişiklik (madde) Önerisi- İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi”, İÜHFİM, Cilt 21, Sayı 2, 2013, s. 27-50.

AYHAN, Rıza/ **ÇAĞLAR**, Hayrettin/ **ÖZDAMAR**, Mehmet: “Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı”, Ankara 2019.

AYOĞLU, Tolga: “Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması”, FMR, 2007/1, s. 13-47.

BAHADIR, Zeynep: “Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali”, Ankara 2018.

BAINBRIDGE, David: “Intellectual Property Law”, London, 2012.

- BALIK**, İfakat: “Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötüniyetli Tescili”, Batider, Sayı 34, Cilt 2, 2018, s. 443-478.
- BASTIAN**, Eva Marina: “Avrupa Hukukunda Topluluk Markası: Ulusal Hukuk ve Mevcut Sorunlarla İlişkiler”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuku Kurultayı, 2002, s. 438-483.
- BEKTAŞ**, İbrahim: “Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali- AB Adalet Divanı’nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 17, No. 2, 2018, s. 219-258.
- BENTLY**, Lionel/ **SHERMAN**: Brad, “Intellectual Property Law”, Oxford 2014.
- BERZEK**, Ayşe Nur: “Ticaret Unvanı-Marka Benzerliği ve Terkin Sonucu”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 131-135.
- BİLGE**, Mehmet Emin: “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, TFM, C.1 Sayı 2, 2015, s. 7-22. (**Bilge**, İltibas)
- BİLGE**, Mehmet Emin: “Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi”, Ankara 2014. (**Bilge**, Karıştırılma Tehlikesi)
- BİLGE**, Mehmet Emin/ **KARASU**, Rauf/ **ALTINTAŞ**, Abdullah/ **KOÇAK**, Hakan: “Ticaret Unvanlarının Tescili Aşamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri -Karşılaştırmalı Bir İnceleme-”, İÜHFM, 2019, S. 77(2), s. 773-812.
- BİLGİLİ**, Fatih: “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescili Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, TBB Dergisi, S. 74, 2008, s. 29-42. (**Bilgili**, Kullanma Zorunluluğu)
- BİLGİLİ**, Fatih: “Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması”, Ankara 2006. (**Bilgili**, Hakkın Kötüye Kullanılması)

BİLGİLİ, Fatih: “Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescil Başvurusuna İtiraz”, TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 27-40.

BİLİR, Döndü Deniz: “Marka Kullanmama Def’i”, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı, (Bildiriler Kitabı), (16-22 Aralık 2019), s. 221-245.

BLAKELY, W.: “Beyond The International Harmonization of Trademark Law: The Community Trade Mark as a Model of Unitary Transnational Trademark Protection” University Of Pennsylvania Law Review, vol. 149:309, s. 309-354.

BOLTON, Emily: “Defining Genuine Use Requirements of Community Trademarks in Light of an Expanding European Union” Connecticut Journal of International Law, Vol. 27:371, s. 373-389.

BOZER, Ali/**GÖLE**, Celal: “Ticari İşletme Hukuku”, Ankara, 2018.

BOZGEYİK, Hayri: “Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.1, Ankara 2010, s. 457-479. (**Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması)

BOZGEYİK, Hayri: “Görüşler ve Kararlar, C.1, Marka Hukuku”, Ankara 2015.

BOZGEYİK, Hayri: “Görüşler ve Kararlar C.2, Marka Hukuku”, Ankara 2015.

BOZGEYİK, Hayri: “Marka Hakkının Korunması”, Ankara, 2019.

BOZGEYİK, Hayri: “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”, İÜHFM, C. 71, Sayı 2, 2013, s. 91-102. (**Bozgeyik**, Garanti Markası)

BOZGEYİK, Hayri: “Görüşler ve Kararlar Marka Hukuku, C. 1”, Ankara, 2015.

BOZKURT, Tamer: “Sigorta Hukuku”, İstanbul 2018.

BUDAK, Ali Cem/ **KARAASLAN**, Varol: “Medenî Usul Hukuku”, Ankara 2017.

BURKE, Sarah/**SMITH**, Joel: “Court of Appeal Finds Genuine Use of the Specsavers Logo”, *JPLP*, Volume 10, Issue 2, February 2015, s. 79–80.

BÜYÜKKILIÇ, Gül: “Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırılmaya Karşı Korunması”, İstanbul 2019.

CAM, Esen: “Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın “Gerçek Kullanım” Problemi”, *TFM*, Cilt 2, Sayı 2, s. 27-41.

CAN, Ozan: “Türk Hukukunda Kötü Niyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler”, *TFM*, C.1, Sayı 1, 2015, s. 47-56.

CANBOLAT, Ferhat: “Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukukî Sonuçları”, *EÜHFD*, Cilt 3, Sayı 1, s. 255- 270.

CENGİZ, Dilek: “Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz”, İstanbul 1995.

COJANU, Toma-Cosmin: “Revocation of Registration-European Means of Protecting Trademarks, International Conferance: Law Between Modernization and Tradition”, (12- 21 April, 2015-Bucharest, s. 357-364.

CORNISH, William/ **LLEWEYN**, David/ **APLIN**, Tanya, “Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights”, London, 2013.

ÇOŞĞUN, Gizem: “Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması”, Ankara 2018.

ÇAĞLAR, Hayrettin: “Marka Hukuku Temel Esaslar” 2015. (**Çağlar**, Marka Hukuku)

ÇAĞLAR, Hayrettin: “Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması”, FMR, Cilt 1, Sayı 2, 2007, s. 11-27.

ÇAĞLAR, Hayrettin: “6769 Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 sayılı KHK 141 m.14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri”, GÜHFD, Cilt 21, Sayı 1, 2017, s. 3-19. (Çağlar, Tescilli Markanın Kullanılmaması)

ÇAĞLAR, Hayrettin: “Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler”, BÜHFD, Cilt 3, Sayı 1, 2017, s. 139-154. (Çağlar, Yenilikler)

ÇAĞLAR, Hayrettin/**YILDIZ**, Burçak/**İMİRLİOĞLU**, Dilek: “Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık”, Ankara 2018.

ÇAMLİBEL TAYLAN, Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.

ÇOLAK, Uğur: “Türk Marka Hukuku”, İstanbul, 2018. (Çolak, Marka Hukuku)

ÇOLAK, Uğur: “Marka Hukuku Alanında, Avrupa Birliği Yeni Marka Tüzüğü ile Yapılan Başlıca Düzenlemeler”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 2017, s. 215-224.

ÇUKADAR, Neslihan: “Borç İlişkilerinde Def’i Hakkı ve İtirazlar”, Ankara 2014.

DINWOODIE, Graeme B./**JANIS**, Mark D.: “Trademarks and Unfair Competition-Law and Policy”, The Netherlands, 2014.

DİRİKKAN, Hanife: “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 219-280.

DİRİKKAN, Hanife: “Tanınmış Markanın Korunması”, Ankara, 2003.

DOĞAN, Beşir Fatih: “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği”, FMR, Cilt 5 Sayı 4, 2005, s. 37-64.

DOĞAN, Beşir Fatih: “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, FMR, Cilt 6, Sayı 3, 2006, s. 17-42.

DOĞAN, Beşir Fatih: “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”, Batider, C. 24, Sayı 1, 2007, s. 219-238. (**Doğan**, Ayırt Edici Güç Kazanma)

DOĞAN, Beşir Fatih: “Perakende Satış Hizmeti (35.08) İçin Marka Tescilinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, FMR, Cilt 9, Sayı 1, 2009, s. 11-31. (**Doğan**, Perakende Satış Hizmeti)

ERDEM, Murat: “Sınai Mülkiyet Hukukunda Uzlaşma”, Journal of Current Researches on Social Sciences, Vol. 7, Issue.4, 2017, (s. 311-322).

EREN, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 2018.

FAUVARQUE-Cosson/BÉNÉDICTE/MAZEAUD, Denis: “European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules”, Walter de Gruyter, 2009.

FHIMA, Ilanah/**DENVIR**, Catrina: “An Empirical Analysis of the Likelihood of Confusion Factors in European Trade Mark Law”, IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, 46(3), (s. 310-339).

GERVAIS, Daniel: “The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis”, London 2012.

GRAHAMMER, Juan: “Trademarks, Trade Names And Company Names: Addressing The Issue Of Overlapping And Conflicting Rights, Convergence”, 2009, 5(1), s. 53-62.

GÜLÜM, Dilara Naz: “Marka Sahibinin Markanın Başkası Adına Tesciline Muvafakati”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.

GÜN, Buket: “Marka Hukukunda Birlikte Var Olma”, İstanbul 2019.

GÜNEŞ, İlhami: “Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku”, Ankara 2018. (**Güneş**, Marka Hukuku)

GÜNEŞ, İlhami: “Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, Haksız Rekabet Davaları”, Ankara 2020. (**Güneş**, Haksız Rekabet)

GÜRZUMAR, Osman Berat: “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler”, Yargıtay Dergisi, Cilt 20, Sayı 4, s. 501-524.

HALPERN, Sheldon W./**NARD**, Craig Allen/**PORT**, Kenneth L.: “Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark”, The Netherlands 2011.

HUMPREYS, Gordon: “Proof of Use, Continuity of Functions in Inter Partes Proceedings, and Three Dimensional Marks: Europe in Review”, JIPLP, Vol. 2, No.4, 2007, s. 240-250.

ISAAC, Belinda: “Use For the Purpose of Resisting an Application for Revocation for Non-Use, in J. Philips and I. Simon (editors), Trademark Use”, Oxford 2005.

IŞIK, Egemen: “Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı”, İstanbul 2017.

İMİRLİOĞLU, Dilek: “Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Ayırt Ediciliğin Zedelenmesi”, Ankara 2018.

JEHORAM, Tobias Cohen/ **van NISPEN**, Constant/ **HUYDECOPER**, Tony: “European Trademark Law”, The Netherlands 2010.

JOHNSON, Phillip: “So Precisely What Will You Use Your Trade Mark For?” Bad Faith and Clarity in Trade Mark Specifications." IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law 49.8 (2018): (s. 940-970).

KALE, Serdar: “Marka Davalarında Yargılama Usulü”, Ankara 2020.

KAPLAN, Mikail Bora: “Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyati Tedbirler”, İstanbul 2018.

KARA, Elif: “Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi”, İstanbul 2018.

KARACA, Osman Umut: “Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları”, Ankara, 2017.

KARAN, Hakan/**KILIÇ**, Mehmet: “Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat”, Ankara 2014.

KARASU, Rauf: “Spekülasyon ve Engelleme Markaları”, FMR Cilt 8, Sayı 3, 2008, s. 11-44.

KARASU, Rauf: “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları”, Batider Cilt 24, Sayı 3, 2008, s. 331-354.

KARASU, Rauf: “Ses Markaları”, FMR, 2007, Sayı 2, s. 29- 57.

KARAYALÇIN, Yaşar: “Ticaret Hukuku 1. Giriş-Ticari İşletme”, Ankara 1968.
(**Karayalçın**, Ticari İşletme)

KARAYALÇIN, Yaşar: “Markaların Aynen ve Aralıksız Kullanılmasıyla İlgili Hükümler”, Ankara Barosu Dergisi, 1976, s.997-1001.

KAYA, Arslan: “Kullanılmama Sebebi ile Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 2017, s. 374-391. (**Kaya**, Kullanılmama Sebebi ile İptal)

KAYA, Arslan: “Marka Hukuku”, İstanbul 2006.

KAYA, Arslan: “Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları”, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz 2007, (s. 238-247).

KAYIHAN, Şaban/ **BAĞCI**, Ömer: “Sigorta Hukuku”, Kocaeli 2016.

KERVANKIRAN, Emrullah: “Markanın Müşterek (Paylı) Mülkiyete Konu Olması ve Bu Bağlamda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 394-407.

KILIÇOĞLU, Ahmet: “Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Ankara 2019.

KIRCA, İsmail: “Tescilli Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması”, Batider, Cilt 22, Sayı 5, 2003, s. 5-14.

KIRCA, İsmail: “Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ **HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir, “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, Cilt I, İstanbul 2008.

KUR, Annette/ **DREIER**, Thomas/ **LUGINBUEHL**, Stefan: “European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials”, USA 2019.

KUR, Annette/ **SENFLEBEN**, Martin: “European Trademark Law, A Commentary”, Oxford 2017.

KUR, Annette: “Convergence After All? - A Comparative View on the U.S. and EU Trademark Systems in the Light of the Trade Mark Study”, *Journal of Intellectual Property Law* 19, no. 2 (Spring 2012), s. 305-324. (**Kur**, Convergence After All?)

LANDES, William M./ **POSNER**, Richard A.: “Trademark Law: An Economic Perspective, *Journal of Law and Economics*”, Vol. 30, No. 2 (Oct., 1987), s. 265-309.

MARTEN, Günther: “Belated Evidence of Proof of Use: Court of Justice of The European Union Case Law Reviewed”, *JiPLP*, 2014, Vol. 9, No. 4, s. 287-291.

MCCLELLAND, Paul: “Partial Non-Use Cancellation of Trade Mark Registrations”, *Singapore Academy of Law Journal*, (2016), 28(1), s. 286-302.

MEMİŞ, Tekin: “Örneklerle Zayıf Marka Kavramı”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, (ed. Tekin Memiş), Ankara 2013, s. 385-422.

MEMİŞ, Tekin: “Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Tesciline Bağlanan Sonular-İlk Derece Mahkemesi ve Hukuk Genel Kurul Kararı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, (ed. Tekin Memiş), İstanbul 2009.

MEMİŞOĞLU, Sami Özgür: “Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri”, Ankara 2019.

MERDİVAN, Fethi: “Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def’i”, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Bthae, (ed.: Feyzan Hayal Şehirali Çelik), Ankara 2017, s. 483-522.

MERİÇ, Nedim: “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi”, Ankara 2011.

MICHAELS, Amanda: “A Practical Approach to Trade Mark Law”, Oxford 2010.

NOMER, Füsün: “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, Hayri DOMANIÇ’e Armağan, İstanbul 2001, s. 395- 408.

NORMAN, Helen E.: “Intellectual Property Law”, Oxford 2014.

OĞUZ, Arzu: “Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali Konusunun Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 12, Sayı 128, s. 21-31. (**Oğuz**, Kullanmama Nedeniyle İptal)

OĞUZ, Arzu: “Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali”, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı, (Bildiriler Kitabı), 16-22 Aralık 2019, s. 197-220.

ÖÇAL, Akar: “Türk Hukukunda Markaların Himayesi-İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak”, Ankara 1967.

ÖZARMAĞAN, Müge: “Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi”, İstanbul 2008.

ÖZDAMAR DOĞAN, Emine: “Markanın Kullanılmaması Sebebiyle Hükümsüzlüğü”, TBB Dergisi, Sayı 114, s. 202-217.

ÖZEL, Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2015.

ÖZKÖK, Başak: “Marka Başvurusunun Yayımına İtiraz Aşamasında Kullanımın İspatı Talebi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 12, Sayı 128, s. 43-62.

ÖZTÜRK AKKARTAL, Hanife: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Tescilli Markanın Kullanılmaması ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, İKÜHFD, Cilt 18, Sayı 1, Ocak 2019, s.13-31.

PASLI, Ali: “Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri”, İstanbul 2014. (**Paslı**, Uluslararası Antlaşmalar)

PASLI, Ali: “Anayasa Mahkemesi’nin MarkKHK m.14’ü İptal Kararı’nın Etkisi: Kullanmama Gerekçesine Dayalı Hükümsüzlük/İptal Davaları Düşecek Mi?”, <http://www.ticaretkanunu.net/makale-25/>

PASLI, Ali: “Marka Hukukunda Ürün Benzerliği”, İstanbul 2018. (**Paslı**, Ürün Benzerliği)

PASLI, Ali: “Marka Hukukunda Tescil-Kullanım İlişkisi, Fikrî ve Sinaî Haklar Sempozyumu”, (ed.: Ayşe Kübra Altıparmak), Ankara 2020, s. 105-116. (**Paslı**, Tescil-Kullanım İlişkisi)

PASLI, Ali/**SOYKAN**, İsmail Cem, “Marka Tescilinde 35.08 Sınıfın Anlamı ve Kapsamı”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, (ed: Tekin Memiş), İstanbul 2011, s. 441-474.

PEKCANITEZ, Hakan/ **ÖZEKES**, Muhammet/ **AKKAN**, Mine/ **TAŞ KORKMAZ**, Hülya: “Medenî Usûl Hukuku”, Cilt 1-2, İstanbul 2017.

PEKDİNÇER, Tamer/ **GİRAY**, Eda/ **BAŞ**, Kadir: “Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı- 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Ulusal-Uluslararası Mevzuat”, Ankara 2019.

PHILLIPS, Jeremy/**FIRTH**, Alison: “Introduction to Intellectual Property Law”, London 1995.

PILA, Justine/ **TORREMANS** Paul: “European Intellectual Property Law”, Oxford 2019.

POROY, Reha /**TEKİNALP**, Ünal: “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, s. 333-345.

POROY, Reha / **YASAMAN**, Hamdi: “Ticari İşletme Hukuku”, İstanbul 2018.

POSTACIOĞLU, İlhan, E./**ALTAY**, Sümer: “Medenî Usul Hukuku Dersleri”, İstanbul 2015.

PRIME, Terence/**BOOTON**, David: “European Intellectual Property Law”, London 2017.

REİSOĞLU, Safa: “Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, İstanbul 2012.

RICKETSON, Sam: “The Paris Convention for the Protection of Intellectual Property: A Commentary”, Oxford 2015.

ROBINSON, W.; **PRATT**, G.; **KELLY**, R. (2013): “Trademark Law Harmonization in the European Union: Twenty Years Back and Forth”, Fordham Intellectual Property, Media Entertainment Law Journal, 23(2), s. 731-772.

SAVAŞ, Taner/**SAYGIN**, Murat: “Türk Patent ve Marka Kurumu Uygulamaları ve Yargıtay Kararları Işığında Marka Tescil Süreci”, Ankara 2020.

SEKMEN, Orhan: “Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları”, Ankara,2016.

SENFTLEBEN, Martin: “Function Theory and International Exhaustion–Why it is Wise to Confine the Double Identity Rule to Cases Affecting the Origin Function”, European Intellectual Property Review, 36(8), 2014, s. 518-524.

SERT, Selin: “Markanın Kullanılması Yükümlülüğü”, Ankara 2007.

SEVILLE, Catherine: “EU Intellectual Property Law and Policy”, United Kingdom, 2016.

SÖNMEZ, Numan Sabit: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, s. 277-308.

SULUK, Cahit/ **KARASU**, Rauf/ **NAL**, Temel: “Fikri Mülkiyet Hukuku”, Ankara 2019.

SULUK, Cahit: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler”, TFM, 2018(1), s. 91-109. (**Suluk**, Yenilikler)

SULUK, Cahit: “Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil Güvenli Liman Mıdır?”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, (ed.:Tekin Memiş), İstanbul 2015, s. 403-430.

SULUK, Cahit: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri İle Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 2012 (Özel Sayı), s. 157-174.

ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: “Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine - SMK m .155 Vesilesiyle Bir İnceleme”, Batider, Haziran 2018 Cilt 34, Sayı 2, s. 33-92.

ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: “SMK m. 155’in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler”, Batider, Haziran 2019 Cilt 35, Sayı 2, s. 63-102. (**Şehirali Çelik**, SMK m. 155-Temel Varsayım)

ŞENOCAK, Kemal/ **YARAYAN**, Ali: “Kötü Niyetli Marka Tescili”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 10, Sayı 111, 2015, s. 99-107.

- ŞENOCAK**, Kemal, “Soyut Renk Markaları”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 55-125.
- TANRIVER**, Süha: “Medenî Usûl Hukuku Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması”, Cilt 1, Ankara 2018.
- TEKİNALP**, Ünal: “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikler”, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Bthae, (ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik), Ankara 2017, s. 5-84. (**Tekinalp**, Öne Çıkan Yenilikler)
- TEKİNALP**, Ünal: “Fikri Mülkiyet Hukuku”, İstanbul 2012. (**Tekinalp**, Fikri Mülkiyet)
- TEKİNALP**, Ünal: “Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu”, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, (s. 467-480), İstanbul, 1997.
- TEKİNALP**, Ünal: “Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerindeki Etkileri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 1996, C. LV, Sayı 1-2, s. 27-88. (**Tekinalp**, Gümrük Birliği)
- TEOMAN**, Ömer: “Marka Terkinini Sağlamak İçin Açılacak Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsü’ne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 645-654.
- TRIMMER**, Bonita/**PARSONS**, Giles: “How Genuine Use is Treated Across The EU”, Managing Intellectual Property, 261, 2016, s. 38-41.
- TRITTON**, Guy/ **DAVIS**, Richard/ **LONGSTAFF**, Ben/ **ROUGHTON**, Ashley/ St **QUINTIN**, Thomas: “Tritton on Intellectual Property in Europe”, London 2014.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan: “Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler”, Cilt I, İstanbul 1976.

TURNER, Jonathan D.C.: “Intellectual Property and EU Competition Law”, Oxford 2015.

UZUNALLI, Sevilay: “Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi”, İstanbul 2012. (Uzunallı, Markanın Korunması)

UZUNALLI, Sevilay: “Marka Hukuku”, Ankara 2019.

UZUNALLI, Sevilay: “Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 676-699. (Uzunallı, Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliği)

UZUNALLI, Sevilay: “Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu”, İstanbul 2008. (Uzunallı, Köken Ayırt Etme)

ÜLGEN, Hüseyin/ **HELVACI**, Mehmet/ **KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsün: “Ticari İşletme Hukuku”, İstanbul 2019.

ÜNSAL, Önder Erol: “Nicé Sınıflandırmasının Sınıf Başlıklarının Kapsamı Hakkında A.B.D. ve Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerin Uygulamaları ve Türkiye Bakımından Kısa Değerlendirme”. <https://iprgezgini.org/tag/c-30710/>

ÜNSAL, Önder Erol: “Avrupa Birliği Adalet Divanı “Colloseum v. Levi Strauss” Ön Yorum Kararı – Bileşke Markalarda Gerçek Kullanım Sorunu” <https://iprgezgini.org/2013/10/30/avrupa-birligi-adalet-divani-colloseum-v-levi-strauss-on-yorum-karari-bileske-markalarda-gercek-kullanim-sorunu/>

ÜNSAL, Önder Erol: “Kullanmama Savunması 2 – Kullanımı İspatlanmış Malları veya Hizmetleri Esas Alarak İnceleme İlkesi” [\(https://iprgezgini.org/2017/01/03/kullanmama-savunmasi-2-kullanimi-ispatlanmis-mallari-veya-hizmetleri-esas-alarak-inceleme-ilkesi/](https://iprgezgini.org/2017/01/03/kullanmama-savunmasi-2-kullanimi-ispatlanmis-mallari-veya-hizmetleri-esas-alarak-inceleme-ilkesi/)

ÜNSAL, Önder Erol: “Markanın Kullanımı Kavramı, Kullanmama Savunması Müessesesi ve Avrupa Birliği Kurumlarının Bu Hususlardaki Değerlendirmeleri”
<https://iprgezgini.org/2017/07/25/markanin-kullanimi-kavrami-kullanmama-savunmasi-muessesesi-ve-avrupa-birligi-kurumlarinin-bu-hususlardaki-degerlendirmeleri/>

ÜSTÜNDAĞ, Saim: “Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I”, İstanbul 1997.

von BOMHARD, Verena: “Dormant Trademarks in The European Union— Swords of Damocles?”, The Trademark Reporter, September-October, 2006, vol. 96, s. 1222-1150. (**von Bomhard**, Dormant Trademarks)

von BOMHARD, Verena/ **von MUHLEND AHL**, Alexander: “Concise European Trade Mark Law”, The Netherlands, 2018.

von KAPFF, Philipp: “Fundamental Rights in the Practice of the European Trade Mark and the Designs Office (OHIM)” Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, (ed.: Christophe Geiger), Massachussets, 2015.

von Mühlendahl, Alexander: “Genuine Use of Trademarks in European Union, Genuine of Trademarks” AIPPI Law Series, Vol. 4, (ed.: Eléonore Gaspar), The Netherlands, 2018, (s. 159-178), s. 159-160.

von TUHR, Andreas: “Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı”, (çeviren: Cevat Edege), Cilt I-II, Ankara, 1983.

WEBERNDÖRFER, Jörg, Proof of Use: “Commentary on the Practice of the Opposition Divisiton of the OHIM”, European Intellectual Property Review, vol. 23, 2001, Issue:3, s. 145-153.

YARDIMCI, E. Kerim/ **SEVER**, Sarper: “Genuine Use of Trademarks in Turkey”, Genuine of Trademarks, AIPPI Law Series, Vol. 4, (ed.: El  nore Gaspar), The Netherlands, 2018, s. 418-435.

YASAMAN, Hamdi/ **ALTAY**, Sıtkı Anlam/ **AYOĞLU**, Tolga/**YUSUFOĞLU**, F  l  rya/ **Y  KSEL**, Sinan: “Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi”, Cilt I, II, İstanbul 2004.

YASAMAN, Hamdi: “Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler”, 6769 Sayılı Sınai M  lkiyet Kanunu Sempozyumu, Bthae, (ed.: Feyzan Hayal Şehirali  elik), Ankara 2017, s. 125-172.

YASAMAN, Hamdi: “Hizmet Markaları”, Batider, 1976, Cilt 8, s. 73-93.

YILMAZ, Ejder: “Usul Ekonomisi”, AÜHFD, Ankara 2008, s. 243-274.

YILMAZ, Ejder: “Hukuk Sözlüğü”, Ankara, 2013.

YILMAZ, Lerzan: “Marka Olabilecek İŞaretler ve Mutlak Tescil Engelleri”, İstanbul 2017. (Yılmaz, Marka Olabilecek İŞaretler)

YONGALIK, Aynur: “Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler-Türk Hukuku Açıısından Bir Değerlendirme-”, Batider Cilt 21, Sayı 5, 2002, s. 5-30.

YONGALIK, Aynur: "İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi, AÜHFD, Sayı 60, Cilt 1, 2011, s. 1-15.

YÖRDEM, Yılmaz: “Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın H k ms zliğ ne İlişkin Uygulamadaki Sorunlar”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20.33, 2015, s. 123-142.

YUSUFOĞLU, Fülürya: “Perakendecilik Hizmeti Sınıfı (35.05. Sınıf) ile Ürün Sınıfı Arasındaki İlişkilerin Marka Hukukundaki Etkisi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 335-386.

YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya: “Kullanma Niyeti Olmaksızın Markanın Kötüniyetli Olarak Tescili ve Hükümsüzlüğü”, Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2019, (ed.: Tekin Memiş), Ankara 2020, (s. 345-377).

Çevrimiçi Kaynaklar

www.tdk.com.tr

www.tbmm.gov.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en>

www.lexpera.com.tr

www.legalbank.com.tr

www.iprgezgini.com.tr

www.gun.av.tr

<https://www.inta.org/resources/the-trademark-reporter/>

https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf

<http://www.mfa.gov.tr/1-95-sayili-ortaklik-konseyi-karari-gumruk-birligi-karari.tr.mfa>

<https://www.inta.org/>

https://www.ipara.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf

<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0756.pdf>

<https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/02/cjeu-decides-in-sky-v-skykick>

<http://trademarkblog.kluweriplaw.com/2019/08/07/monopoly-at-the-boards-of-appeal-bad-faith-concerning-re-applications-and-re->

[filings/?doing_wp_cron=1591960754.4531960487365722656250](http://trademarkblog.kluweriplaw.com/2019/08/07/monopoly-at-the-boards-of-appeal-bad-faith-concerning-re-applications-and-re-filings/?doing_wp_cron=1591960754.4531960487365722656250)

<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/statistics/>

“EU Trademark Reform”

https://euipo.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_en.pdf

Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu, 2019.

<http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F9E4CFAFA7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf>

Guidelines For Examination Of European Union Trade Marks, Part C, Section 6

https://euipo.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/trade_marks_practice_manual/WP_2_2017/Part-C/06-part_c_opposition_section_6_proof_of_use/part_c_opposition_section_6_proof_of_use_en.pdf

Türk Patent ve Marka Kurumu, Kullanım İspatı Kılavuzu.

<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/B4609CED-66A9-4096-A33A-DA99A1A0DE04.pdf>