

**T.C.
TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ
MARKALAR DAİRESİ BAŞKANLIĞI**

**TRIPS ANLAŞMASI KAPSAMINDA MARKA
HAKKININ KORUNMASI**

UZMANLIK TEZİ

MEHMET BAĞIRLAR

Ankara-2015

**T.C.
TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ
MARKALAR DAİRESİ BAŞKANLIĞI**

**TRIPS ANLAŞMASI KAPSAMINDA MARKA
HAKKININ KORUNMASI**

UZMANLIK TEZİ

MEHMET BAĞIRLAR

TEZ DANIŞMANI
YRD. DOÇ. DR. BURCU GÜLSEREN ÖZCAN BÜYÜKTANIR

Ankara-2015

ÖNSÖZ

“TRIPS Anlaşması Kapsamında Marka Hakkının Korunması” başlıklı bu çalışma, diğer tüm fikri mülkiyet hakları bakımından olduğu gibi marka hakkının korunması konusunda da ülkeler arasında farklı uygulamalardan kaynaklanan sorunların ortadan kaldırılması ve bu yolla markaların etkin bir şekilde korunmasını hedefleyen TRIPS anlaşmasının incelenmesi ve ülkemizde marka hakkının korunması ile ilgili mevzuatın anlaşmadan ne şekilde etkilendiğinin ortaya konulması amacıyla hazırlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda, marka hukuku mevzuatından, ulusal ve uluslararası metinlerden faydalanılmıştır.

Yapılan bu çalışmanın ülkemizde konu ile ilgilenen tüm kişi ve kuruluşlara faydalı bir kaynak olmasını temenni eder, çalışmanın her aşamasında değerli desteklerini benden esirgemeyen eşim Evrim İpek BAĞIRLAR’a ve çalışmanın hazırlanmasında titiz tavırları ve yol gösterici yaklaşımlarıyla büyük emeği olan hocam Sayın Yrd. Doç. Dr. Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR’a teşekkürlerimi sunarım.

Mehmet BAĞIRLAR
Ankara, 2015

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
İÇİNDEKİLER	II
ÖZET.....	V
ABSTRACT.....	VI
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM: TİCARETLE BAĞLANTILI FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ANLAŞMASI

A.TİCARETLE BAĞLANTILI FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ANLAŞMASI(TRIPS)	3
1. Genel Olarak	3
2. TRIPS Anlaşmasının Amaçları	5
3. TRIPS Anlaşmasının Temel İlkeleri	6
3.1. Ulusal(Milli) Muamele İlkesi.....	6
3.2. En Fazla Müsaadeye Mazhar Ülke İlkesi.....	7
3.3. Rekabetin Korunması İlkesi.....	8
3.4. Hakkın Tükenmesi İlkesi	9
3.5. Gelişmekte Olan Ülke İstisnası.....	10
4. TRIPS Anlaşması Kapsamında Koruma Altına Alınan Haklar	12
5. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Konseyi	15
B.MARKA KORUMASI İLE İLGİLİ DİĞER ULUSLARARASI ANLAŞMALAR VE TRIPS	16
1. Paris Sözleşmesi.....	16
2. Markaların Tesciline Yönelik Uluslararası Anlaşmalar.....	18
2.1. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Protokol..	18
2.2. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması	21
2.3. Markaların Figüratif Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması.....	23
2.4. Marka Kanunu Anlaşması(Trademark Law Treaty-TLT)	24
3. Uluslararası Organizasyon Kurmaya Yönelik Uluslararası Anlaşmalar.....	25
3.1. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı Sözleşmesi.....	25
3.2. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması ve Ekleri	26
3.2.1 Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması.....	26
3.2.2. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının Ekleri.....	28
4. Marka Koruması ile İlgili Diğer Uluslararası Anlaşmalar ile TRIPS Anlaşması arasındaki İlişki	30

II. BÖLÜM: TRIPS ANLAŞMASI KAPSAMINDA MARKA KAVRAMI VE ÜYE ÜLKELERE TANINAN SERBESTİLER

A.MARKA İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR.....	32
1. Markanın Tanımı.....	32
2. Markanın Unsurları	33

2.1. İşaret Unsuru	33
2.2. Ayırt Edicilik Unsuru	34
2.3. Çizimle Görüntülenebilme veya Benzer Biçimde İfade Edilebilme Unsuru	34
2.4. Baskı Yoluyla Yayınlanabilme ve Çoğaltılabilme Unsuru	35
3. Markanın Fonksiyonları	36
3.1. Kaynak Gösterme Fonksiyonu	36
3.2. Ayırt Etme Fonksiyonu	37
2.3. Çizimle Görüntülenebilme veya Benzer Biçimde İfade Edilebilme Unsuru	38
3.4. Reklam Fonksiyonu	39
B.TRIPS ANLAŞMASI KAPSAMINDA MARKA KAVRAMI VE MARKA TÜRLERİ	40
1. TRIPS Anlaşması Kapsamında Marka Kavramı.....	40
2. TRIPS Anlaşmasına Kapsamındaki Marka Türleri.....	41
2.1. Kişisel Adları İçeren Sözcükler	42
2.2. Harfleri ve Sayıları İçeren Sözcükler	43
2.3. Mecazi Unsurları İçeren Sözcükler	44
2.4. Renk Kombinasyonları.....	44
2.5. İşaret Kombinasyonları(Şekiller)	46
2.6. Üç Boyutlu Biçim Markaları.....	46
2.7. Hareket Markaları	48
2.8. Ses Markaları	49
2.9. Koku Markaları	50
C.ÜYE ÜLKELERE TANINAN SERBESTİLER.....	51
1. Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler.....	51
2. Üye Ülkelere Tescil Konusunda Tanınan Serbestiler	52
2.1. Ayırt Ediciliğin Kullanım Sonucu Kazanılması Hususunda Tanınan Serbesti	52
2.2. Görsel Algılanabilirlik Hususunda Tanınan Serbesti.....	55
3. Tescil Talebinin Reddedilemeyeceği Haller	56
4. Başvurunun İlan Edilmesi	57
5. Tescile Karşı İtiraz ve İptal Yolları.....	58

III. TRIPS ANLAŞMASI KAPSAMINDA MARKA HAKKININ KORUNMASI

A.KARIŞTIRILMA TEHLİKESİNE KARŞI MARKANIN KORUNMASI.....	61
1. Karıştırılma Tehlikesi (İltibas) Kavramı	61
2. Markanın Başkası Tarafından Kullanımının Engellenmesi	63
3. Tanınmış Markalara İlişkin Koruma	64
4. Üye Ülkelerde Mevcut Hakların Korunması	68
5. Koruma Kapsamına Getirilen İstisnalar	69
6. Korumanın Süresi ve Yenilenmesi.....	70

B.İHLALE NEDEN OLAN MALLARIN ULUSAL VE ULUSLARARASI TİCARETİNE KARŞI MARKANIN KORUNMASI	71
1. Genel Yükümlülükler.....	71
2. İhtiyati Tedbirler	73
2.1. Genel Olarak	73
2.2. İhtiyati Tedbirin Amacı ve Şartları	74
2.3. İhtiyati Tedbir Kararı Verilmesi Üzerine Yapılacak İşlemler.....	76
2.4. İhtiyati Tedbirde Süre	77
2.5. İhtiyati Tedbirin Hukuki Sonuçları	79
3. Sınır Tedbiri Olarak Gümrük Makamlarınca Malların Serbest Bırakılmasının Ertelenmesi.....	80
3.1. Genel Olarak	80
3.2. Malların Ülkeye Girişinin Talep Üzerine Durdurulması	81
3.3. Malların Ülkeye Girişinin Re'sen Durdurulması	83
3.4. Teminat Gösterilmesi	85
3.5. Malların Ülkeye Girişinin Durdurulması Halinde Bildirim.....	85
3.6. Malların Ülkeye Girişinin Durdurulması Halinde Kontrol ve Bilgi Edinme Hakkı.....	86
3.7. Malların Gümrükte Durdurulma Süresi	87
3.8. Gümrükte Durdurulacak Mallar Konusunda Alınacak Tedbirler	88
3.9. Sınır Tedbirinden Muafiyet.....	89
4. Hukuki Tedbirler.....	90
4.1. İhlalin Durdurulması Emri	91
4.2. Zararların Tazmini	92
4.2.1. Hak Sahibinin Uğradığı Zararların Tazmini	92
4.2.2. Davalının Uğradığı Zararın Tazmini.....	94
4.3. İhlale Neden Olan Malların Ticaret Kanalı Dışına Çıkartılması ve İmhası	95
5. İdari Tedbirler	96
6. Cezai Tedbirler.....	97
6.1. Marka Sahtekarlığı ve Telif Hakkı Korsanlığı Halinde Öngörülen Cezai Tedbirler.....	97
6.2. Diğer Hallerde Öngörülen Cezai Tedbirler.....	99
SONUÇ	100
KISALTMALAR	103
KAYNAKÇA	104

ÖZET

“Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması Kapsamında Marka Hakkının Korunması” başlıklı tez çalışmamızda, markalar hukukunda gerçekleşen gelişmeler ve yeni yapılanmalar incelenmiştir. Fikri mülkiyet hakları konusunda ülkeler arasında farklı uygulamalar beraberinde birçok sorunu getirmiş ve hakların uluslararası alanda etkin bir şekilde korunamaması sonucunu doğurmuştur. Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması(GATT) kapsamında gerçekleştirilen Uruguay Round görüşmeleri sonucunda, 1 Ocak 1995 tarihinde, yeni bir uluslararası ekonomik örgüt olan Dünya Ticaret Örgütü(DTÖ) kurulmuştur. DTÖ Kuruluş Anlaşması'nın, 1C no'lu eki TRIPS Anlaşmasını oluşturmaktadır.

Paris Sözleşmesi, Bern Sözleşmesi ve Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı Sözleşmesi ile birlikte değerlendirildiğinde TRIPS Anlaşması'nın 20. yüzyılda fikri mülkiyetin gelişiminde dönüm noktası olduğu söylenebilir. Anlaşmanın DTÖ Kuruluş Anlaşmasının eki olması sebebiyle DTÖ üyesi ülkelerin çoğu tarafından imzalanması, TRIPS'in geniş katılımlı bir anlaşma olmasını sağlamıştır. TRIPS, fikri mülkiyet haklarının tüm alanlarında asgari standartlar ortaya koyan ilk kapsamlı uluslararası anlaşmadır.

Temel fonksiyonu, bir işletmenin sunduğu mal ve hizmetleri, diğer işletmelerin sunduğu mal ve hizmetlerden ayırt etmek ve tanıtmak olan markalar fikri mülkiyet haklarının önemli bir alanını oluşturmaktadır. Markanın giderek artan önemi, markanın hak ihlallerine ve korsan uygulamalara karşı korunmasını marka hukukunun önemli bir sorun alanı haline getirmektedir. Bu sebeple, TRIPS Anlaşması marka hakkının korunmasına dayanan uluslararası ticari kuralların ilerlemesi ve gelişmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

ABSTRACT

The new developments and new structuring in the area of trademark law has been examined in our thesis study headed “Protection of Trade-marks in accordance with the Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights”. Different applications in different countries in the area of intellectual property rights have brought forth many problems, and have resulted in the inability to protect the rights effectively in the international area. As a result of the Uruguay Round negotiations in the frame of General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), the World Trade Organization (WTO) was founded as a new international economic organization in January 1, 1995. Annex-IC of the WTO establishment treaty constitutes the TRIPS Agreement.

When Paris Agreement, Bern Convention and World Intellectual Property Organization Copyright Treaty are evaluated together, it can be said that TRIPS Agreement is the turning point for the development of property rights in the twentieth century. This Agreement being annexed to WTO establishment treaty and being signed by the majority of WTO member countries had ensured that TRIPS is an agreement with broad participation. TRIPS is the first comprehensive international agreement that brings forth minimal standards in all the areas of intellectual property rights.

Trademarks, with their basic functions to differentiate and make known the goods and services offered by an operation, constitute a significant portion of intellectual property rights. The gradually increasing importance of trademark makes the protection of the trademark against violation of rights and pirate applications an important problem in the area of trademark law. With this reason, TRIPS Agreement plays an important role in the advancement and improvement of international trade rules based on the protection of trademark rights.

GİRİŞ

Marka, ulusal ve uluslararası pazarlara sunulan mal ve hizmetlerin en önemli özelliğidir. Bunun nedeni, mal veya hizmeti pazara kaliteli bir şekilde sunmanın yeterli olmaması, söz konusu mal ve hizmeti diğer firmaların sunduğu mal ve hizmetlerden ayırmanın gerekli olması ve bunun da ancak marka aracılığıyla gerçekleştirilebilmesidir.

Uluslararası alanda, 19. yüzyılda yaşanan Sanayi Devrimi ile birlikte milletlerarası ticarete görülmemiş bir sıçrama gerçekleşmiştir. Bu sıçrama, girişimciler açısından birçok fırsatı beraberinde getirse de bazı sorunların da ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Özellikle girişimcilerin markalarının üçüncü kişiler tarafından izinsiz şekilde kullanılabileceğinin anlaşılması markaların uluslararası alanda korunmasına yönelik bazı düzenlemelerin yapılması ihtiyacını doğurmuştur.

Markaların uluslararası alanda korunmasına ilişkin ilk çalışmalar 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi ile başlamıştır. Temel olarak, devletlerin fikri mülkiyet mevzuatlarında yer alan hükümlerin birbiri ile uyumlaştırılması ve kurulacak uluslararası sistemler ile markalarının uluslararası tescillerinin gerçekleştirilmesi gibi iki amacı gerçekleştirmeye yönelik söz konusu çalışmalar 1995 yılında 114 ülke ve Avrupa Topluluğu tarafından imzalanarak yürürlüğe giren Sahte Mallar Ticaretini de İçeren Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması(The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPS) ile büyük bir aşama kaydetmiştir. TRIPS Anlaşması ile birlikte markaların uluslararası düzeyde korunmasında çok önemli bir adım atılmış olması ve ülkemizin bu anlaşmaya taraf olması, ülkemizde markaların korunması konusunda yapılacak düzenlemelerde TRIPS'in daha iyi anlaşılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızın konusu olarak marka hakkının TRIPS Anlaşması kapsamında korunması seçilmiştir.

Çalışmamız giriş ve sonuç bölümleri hariç olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, TRIPS Anlaşması genel olarak ele alınacaktır. Bu kapsamda,

anlaşmanın amaçları, ilkeleri ve anlaşma kapsamında marka dışında koruma altına alınan haklara değinilecektir. Ayrıca, anlaşma hükümlerinin uygulanmasında karşılaşılan sorunların çözümüne yönelik oluşturulan TRIPS Konseyinin yapısına ve işleyişine kısaca değinilecektir. Son olarak, marka hakkının korunmasına ilişkin hüküm içeren diğer önemli uluslararası anlaşmalara kısaca değinilerek, söz konusu anlaşmalar ile TRIPS Anlaşması arasındaki ilişkiler kısaca açıklanacaktır.

İkinci bölümde, öncelikle marka kavramı ile ilgili temel unsurlar olan markanın tanımı, unsurları ve fonksiyonları kısaca açıklanacaktır. Daha sonra, TRIPS Anlaşması kapsamında marka kavramı açıklanarak, anlaşma kapsamında yer alan marka türleri incelenecektir. Son olarak, anlaşma kapsamında taraf ülkelere ayırt ediciliğin kullanım sonucu kazanılması ve görsel algılanabilirlik konusunda tanınan serbestilere ve tescilin ilanı ile tescile karşı iptal ve itiraz yollarına değinilecektir.

Çalışmamızın son bölümde, öncelikle karıştırılma tehlikesi kavramı ele alınarak, karıştırılma tehlikesine karşı marka hakkının korunmasına değinilecektir. Anlaşma kapsamında, ihlale neden olan malların ticaretine karşı uygulanacak hukuki, idari ve cezai tedbirlere geçmeden önce anlaşmanın “Genel Yükümlülükler” başlıklı 41. maddesi incelenecektir. Daha sonra, ihlal hallerinde hukuki ve idari usuller sonucunda alınacak ihtiyati tedbirler ile gümrük makamlarınca malların serbest bırakılmasının ertelenmesi düzenlemeleri incelenecektir. Bölümün sonunda ise, ihlal hallerinde uygulanacak hukuki, idari ve cezai tedbirler ele alınacaktır.

Her üç bölümde de konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak ve anlaşmanın hukukumuzda yansımalarını ortaya koymak amacıyla, anlaşma maddelerinin ülkemiz mevzuatındaki hükümler ile karşılaştırılması yapılacaktır. Çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlara ise sonuç bölümünde yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

A. TİCARETLE BAĞLANTILI FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ANLAŞMASI(TRIPS)

1. Genel Olarak

Kısaca TRIPS, uzun olarak ise Sahte Mallar Ticaretini de İçeren Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması olan belge, 7 yıllık bir süreç sonunda 15.04.1994 yılında tamamlanan Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması(GATT) Uruguay Round görüşmeleri sonucunda ortaya çıkmış ve 01.01.1995 tarihinden itibaren 114 ülke ve Avrupa Topluluğu tarafından imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye 25.01.1995 tarihinde, 26.03.1995 tarihinden geçerli olmak üzere anlaşmayı kabul etmiştir.¹

World Trade Organization(Dünya Ticaret Örgütü-WTO) sözleşmesinin 1C eki olan TRIPS anlaşması müzakerelerin sonucunda başlangıçta beklenenden daha ileri düzeyde sonuçlar ortaya konmuştur.² Bu anlaşma ile sınai ve fikri mülkiyet ayrımı ortadan kaldırılmış ve iki kavram fikri mülkiyet adı altında birleştirilerek fikri mülkiyet kavramının tanımı genişletilmiştir.³

TRIPS Anlaşmasının amacı, uluslararası ticaretin gelişmesinin önündeki engellerin kaldırılarak daha etkin bir yapıya kavuşturulması ve uluslararası ticarete zarar veren

¹ Türkiye'ye TRIPS Anlaşması kapsamında gerekli değişiklikleri yapması için 5 yıllık süre tanınarak 2000 yılı sonunda yükümlülüklerini tamamlaması öngörülmüştür. Öte yandan, Avrupa Topluluğu'nun 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı(OKK)'nin yürürlük tarihinden itibaren 3 yıl içinde uygulanma yükümlülüğü sebebiyle Türkiye 1999 yılı sonuna kadar TRIPS Anlaşması hükümlerini uygulama yükümlülüğü altına girmiştir. Bknz. ORTAN,N.,”Gümrük Birliği ve TRIPS Çerçevesinde Sınai Hakların Korunması ve Düzenlemelerin KOBİ'lere Etkisi”, TES-AR Yayınları, Ankara 1999, s.40; Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, 29.01.1995 tarih ve 22186 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak, 31.12.1994'den geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiş: bu Kanun'da verilen yetkiye binaen Bakanlar Kurulu'nun 03.02.1995 tarih ve 1995/6525 sayılı Kararı ile Anlaşma ve eklerine 26.03.1995 tarihinden geçerli olmak üzere katılım sağlanmıştır.

² ONGUN, M.T; “Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRIPS) Anlaşması ve Gelişmekte Olan Ülkeler”, Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C. 7, S. 22, Sonbahar 1996, s.69.

³ MERAN, N.; “Marka Hakları ve Korunması”, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.21.

işlemlerin azaltılmasıdır.⁴ Bu sayede, fikri mülkiyet haklarının dünya çapında daha efektif ve güçlü şekilde korunması ve ülkeler arasındaki farklı uygulamaların belirlenen asgari düzeyde uyumlu hale getirilmesi amaçlanmaktadır.⁵

TRIPS Anlaşması, kendisinden önce imzalanan uluslararası sözleşmelerin oluşturduğu sistemlerde boşluk bulunan alanları tamamlayarak, birbirleriyle uyumlu biçimde çalışmalarını sağlamayı misyon edinmiştir.⁶

TRIPS Anlaşması kapsamında, bilgisayar program ve yazılımlarını da içermek üzere telif hakları, markalar, coğrafi işaretler, endüstriyel tasarımlar, patentler, entegre devreler ve açıklanmamış bilgilerin korunması⁷ konularında, anlaşmaya taraf devletlerin uygulaması gereken asgari standartların belirlenmesi amaçlanmaktadır.⁸ Taraf devletler, anlaşmada belirlenen söz konusu koruma düzeyinin altında bir koruma belirleyemeyecek fakat daha kapsamlı bir koruma düzeyi öngörebilecektir. Bu sebeple taraf devletlerin iç hukuklarında en azında asgari koruma standartlarını sağlayacak etkin, açık ve anlaşılır düzenlemeleri yapmaları gerekmektedir.

Son olarak, TRIPS anlaşması ile ihlallere karşı uygulanacak önlemler ve yaptırımlar genişletilmiş ve daha etkin hale getirilmiştir. Yükümlülüklerin ihlali halinde, WTO üyesi olmanın getirdiği bazı ayrıcalıklardan mahrum bırakılma yolu benimsenerek bir nevi cezalandırma mekanizması oluşturulmuştur.⁹ Ayrıca anlaşmazlıkların çözümü mekanizmasına da yer verilmiştir.

⁴ Sözü edilen engeller yüksek gümrük tarifeleri ve taraf ülke mevzuatlarının asgari düzeyde de olsa uyumlu olmamasından kaynaklanan tarife dışı engeller olarak tanımlanmıştır. Bknz. ORTAN,N., Ankara 1999, s.36.

⁵ ÇAĞLAR, H.; “**Marka Hukuku**”, Adalet Yayınevi, Ankara2013, s.9.

⁶ Örneğin, Avrupa Topluluğu'nun 1/95 OKK'nın 1/2. maddesinde, OKK'da bulunan boşlukların TRIPS Anlaşması hükümlerince tamamlanacağı öngörülmüştür. Bknz. ORTAN, N., Ankara 1999, s.40.

⁷ TRIPS Anlaşmasının md.39/2 bendinde ticari sırlar deyimi yerine ifşa edilmemiş bilgi deyimi kullanılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri kanunlarında da ticari sırlar (trade secrets) terimi kullanılmaktadır. Detaylı bilgi için bknz. OYTAÇ,K., “**Markalar Hukuku**”, Beta Yayınevi, İstanbul Nisan 1999, s. 190.

⁸ Correa, M.C.; “**Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries**”, Malaysia 2000, s.1.

⁹ SULUK, C./ORHAN, A., “**Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku**”, Arıkan Yayınevi, Eylül 2005 İstanbul, s.51.

2. TRIPS Anlaşmasının Amaçları

20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren özellikle gelişmekte olan Uzak Doğu ülkelerinin fikri mülkiyet hukuku esaslarına aykırı davranışları ve taklitçiliğe göz yuman tutumları, Amerika önderliğindeki gelişmiş ülkeleri ticari açıdan önemli zarara uğratmıştır.¹⁰ Bu durumun önüne geçmek isteyen gelişmiş ülkeler tüm dünyada asgari bir fikri mülkiyet standardının temin edilmesi gerektiğini savunmuşlar ve bu amaçla WTO'ne üye olan tüm ülkelerin otomatikman tarafı olduğu, en geniş katılımlı ve etkili belge olan TRIPS Anlaşması ortaya çıkmıştır.¹¹

Uluslararası ticaretin önündeki engellerin kaldırılarak etkin bir hale getirilmesini teminen, fikri mülkiyet hakları konusunda asgari standartların belirlenmesi ve devletlerin bu alandaki uygulamalarını denetleyecek kurumsal bir yapı oluşturularak uluslararası ticaretin daha özgür bir hale getirilmesi TRIPS ile ulaşılmak istenen yegane hedeflerden biri olmuştur.¹² Bu kapsamda, TRIPS Anlaşması ile hedeflenen, müstakil bir uluslararası marka koruma sisteminin oluşturulması değil, devletlerin ulusal hukuk düzenlerinin birbirleri ile uyumlu ve asgari standartları sağlar hale getirilmesidir.

TRIPS Anlaşmasının diğer uluslararası anlaşmalardan en önemli farkı, anlaşmada belirtilen hakların korunması konusunda, WTO üyesi devletleri taahhüt altına sokması ve bu taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda cezalandırma mekanizmalarının öngörülmüş olmasıdır. Öte yandan, fikri mülkiyet haklarının korunması konusunda gerekli önlemleri almayan WTO üyesi olmayan devletlerin uluslararası ticarete zorluklarla karşılaşması tehdidiyle gerekli önlemleri almaya zorlanmaları da mümkün olmaktadır. Bu sayede dünya devletlerinin iç hukukları arasında asgari düzeyde bir uyumun sağlanması mümkün olacaktır.¹³

¹⁰ PASLI, A.; “**Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri**”, İstanbul 2014, s.74.

¹¹ Amerika'nın anlaşma üzerindeki etkisi, TRIPS Anlaşmasında yer alan hükümlerin NAFTA'nın fikri mülkiyete ilişkin hükümleri ile benzerliğinden de anlaşılmaktadır. Bknz. SULUK, C./ORHAN, A., s.50.

¹² PASLI, A., s.75.

¹³ Ateş, M.; “**Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**”, Ankara 2003, s.49.

3. TRIPS Anlaşmasının Temel İlkeleri

3.1. Ulusal(Milli) Muamele İlkesi

Eşit işlem ilkesi olarak da adlandırılabilir ulusal (milli) muamele ilkesi, fikri mülkiyet hukuku açısından vatandaş ile yabancılar arasında farklı uygulamalarda bulunulmaması anlamına gelir.¹⁴ Bu ilkenin önemi, uygulamada, fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin haklarının yerli ya da yabancılarca ihlali durumlarında bazı ülkelere farklı uygulamalar yapılabilmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁵ Üye devletler fikri mülkiyet hakkının ihlali durumunda, kendi vatandaşlarına tanıdığı koruma ve hukuki yollara başvurma hakkından, TRIPS anlaşmasına taraf devletlerin vatandaşlarını da yararlandırmak zorundadır. Örneğin, anlaşmaya taraf olan Singapur vatandaşı ya da merkezi Singapur'da bulunan bir ticari şirket, yine anlaşmaya taraf olan Fransa'da bir fikri mülkiyet hakkının korunmasını istediğinde, Fransa söz konusu fikri mülkiyet hakkına kendi vatandaşına sağladığında daha düşük bir koruma sağlayamayacaktır.¹⁶

Ulusal (Milli) muamele ilkesi TRIPS anlaşmasının 3. maddesinde vücut bulmaktadır. İlgili madde uyarınca, “Her üye, diğer üyelerin vatandaşlarına, Paris Sözleşmesi (1967), Bern Sözleşmesi (1971), Roma Sözleşmesi ya da Entegre Devrelere ilişkin Fikir Mülkiyeti Anlaşması ile öngörülen istisnalar dışında, fikir mülkiyetinin korunması ile ilgili olarak, kendi vatandaşları hakkındaki uygulamadan daha az bir koruma öngörmeyecektir. Sanatçılar, plak yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşları ile ilgili olarak, bu yükümlülük yalnızca bu Anlaşma ile öngörülen haklar için uygulanır. Bern Sözleşmesi'nin (1971) 6 nci maddesindeki ya da Roma Sözleşmesi'nin 16 nci maddesinin 1 (b) paragrafında öngörülen olanaklardan yararlanan her üye, bu hükümlerde belirtilen bildirimlerini TRIPS Konseyi'ne yapacaklardır.”¹⁷

¹⁴ CARVALHO, N.P., “The TRIPS Regime of Patent Rights”, Klawer Law International, The Netherlands 2002, s.76.

¹⁵ ONGUN, M.T; “Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRIPS) Anlaşması ve Gelişmekte Olan Ülkeler”, Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C. 7, S. 22, Sonbahar 1996, s.69.

¹⁶ SZALEWSKI, J.S., “The International Protection of Trademarks After the TRIPS Agreement”, Duke Journal of Comparative&International Law, 1998, s.193.

¹⁷ www.telifhaklari.gov.tr/ana/sayfa.asp?id=383.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere üyeler, anlaşmaya üye diğer ülke vatandaşlarına, kendi vatandaşlarına tanıdıklarından daha az bir koruma düzeyi getirmeyecektir. Bununla birlikte, Sözleşmesi (1967), Bern Sözleşmesi (1971), Roma Sözleşmesi ya da Entegre Devrelere ilişkin Fikir Mülkiyeti Anlaşması ile öngörülen istisnalar saklı tutulmuştur.

Öte yandan TRIPS madde 3.2 ye göre , “Üyeler yetki alanları içinde, bir görevli atanması ya da hizmet için bir makam saptanması dahil, hukuki ve idari yöntemlerle ilgili olarak, birinci paragrafta öngörülen istisnalardan, yalnızca bu Anlaşma hükümleri ile uyumlu olmaması ya da bu gibi uygulamanın ticari etkinliklere saklı bir engelleme oluşturması halinde yararlanabilir.” hükmü bulunmaktadır. Bu hükme göre, üyeler, temsilci atanması, adres bildirilmesi gibi adli ve idari usullere ilişkin bir takım istisnalar öngörebilirler.¹⁸ Üye devletlerin bu hükmü dayanarak olarak kullanıp vatandaş ile yabancılar arasında ayrımcılık yapmaları mümkün olabilecektir.

3.2. En Fazla Müsaadeye Mazhar Ülke İlkesi

Uluslararası fikri mülkiyet hukukuna ilk defa TRIPS anlaşması kapsamında giren bir ilke olan en fazla müsaadeye mazhar ülke ilkesi gereğince, anlaşmaya taraf bir ülkenin vatandaşlarına fikri mülkiyet hakları konusunda sağlanan tüm haklar, otomatik olarak diğer tüm anlaşma tarafı ülkelere de tanınacaktır.¹⁹

En fazla müsaadeye mazhar ülke ilkesi ile ilgili düzenleme, Paris Sözleşmesi’nde yer almayıp TRIPS anlaşmasının 4. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, “Düşünce ürünleri üzerindeki mülkiyetin korunması ile ilgili olarak, bir üye tarafından, diğer bir ülkenin vatandaşlarına tanınan her hangi bir öncelik, yarar, bağışıklık ya da ayrıcalık bütün diğer üyelerin vatandaşlarına derhal ve koşulsuz olarak tanınacaktır.”

¹⁸ SULUK, C., “Fikri Mülkiyet Hukukunda Milli Muamele İlkesi ve Yabancıların Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.1, İstanbul 2007, s. 1182.

¹⁹ HENNING-BODEWIG, F., “International Protection Against Unfair Competition- Article 10(bis) Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions”, IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law”, 1999, vol. 30, no. 2, s. 178.

Bu kuralın çeşitli istisnaları bulunmaktadır. Bunlar, gümrük birlikleri, serbest ticaret anlaşmaları gibi bölgesel ticaret anlaşmaları ve gelişmekte olan ülkeler (GOÜ) lehine düşük gümrük vergisi alınması veya gümrük vergisinin alınmaması gibi ayrımcı nitelikteki uygulamalar ile Anlaşma'nın öngördüğü anti-damping ve telafi edici vergiler gibi bazı diğer uygulamalardır. Sayılan gerekçelerle bir ülkeye tanınan ayrıcalığın diğer taraf ülkelere de otomatikman uygulanması söz konusu olmayacak ve bu durum TRIPS anlaşmasına aykırılık oluşturmayacaktır.

3.3. Rekabetin Korunması İlkesi

Fikri haklar, sahibine hakkın 3. kişiler tarafından kullanılmasını önleme imkanı tanıyarak tekel hakkı oluşturan ve bu özellikleri sonucunda piyasadaki rekabeti sınırlayabilecek sonuçlar doğurur haklardır.²⁰ Bu sebeple, söz konusu haklar piyasadaki rekabet düzeninin işleyişi üzerinde önemli etkiler meydana getirebilmektedir.

Fikri mülkiyet haklarının piyasadaki rekabeti sınırlayıcı söz konusu olumsuzluklarını telafi edebilmek açısından TRIPS Anlaşmasının 40. maddesi²¹, üye ülkelere mevzuatlarında özel düzenlemeler yaparak fikri mülkiyet ile ilgili uygulamalara bazı sınırlandırmalar getirme imkanı sunmaktadır.

Haksız rekabete ilişkin olarak TRIPS Anlaşmasında yer alan ilkeler yeni olmayıp, Paris Anlaşması'nın birinci mükerrer 10. maddesinden referans gösterilmek suretiyle alınmıştır. Bu hususlar;

- Birlik üyesi ülkeler vatandaşlarına etkin bir haksız rekabet koruması sağlamak zorundadır.

²⁰ KEON,J., "Intellectual Property ad International Trade: The TRIPS Agreement", Correa and Yusuf (e.d.) içinde, Kluwer Law International, April 2008, s.170-171; BENTLY, L./SHERMAN, B., "Intellectual Property Law", Oxford University Press, USA 2004, s.697-698.

²¹ TRIPS md.40/1: "Üyeler, fikri mülkiyet hakları ile ilgili olan ve rekabeti kısıtlayan bazı lisans uygulamalarının veya koşullarının ticareti olumsuz yönde etkileyebileceğini ve teknoloji transferini ve yayılmasını engelleyebileceğini kabul etmektedir."

- Haksız rekabet yaratan davranışlar, sınai ve ticari konularda dürüst uygulamalara aykırı olan her türlü davranışı kapsar.
- Özellikle sayılan davranışlar yasaklanacaktır:
 1. Piyasada faaliyet gösteren diğer bir girişimcinin ürettiği mallar veya sınai ve ticari faaliyetleri ile ilgili herhangi bir karışıklığa sebebiyet verebilecek davranışlar;
 2. Piyasada faaliyet gösteren diğer bir girişimcinin ürettiği mallar veya sınai ve ticari faaliyetlerini haksız yere kötüleyici şekilde yapılan iddialar;
 3. Malların niteliği, özelliği, miktarı, kullanım amacı ve üretim yöntemi gibi hususlarda tüketiciyi yanıltma ihtimali taşıyan işaretler veya iddialar.²²

olarak sayılmıştır.²³

3.4. Hakkın Tükenmesi İlkesi

Tükenme ilkesi, mutlak bir hak olan fikrî mülkiyet haklarının, hak sahibine sağladığı denetim ve müdahale hakkının nerede biteceği ile ilgili bir kavramdır. Fikri mülkiyet hakları kapsamındaki mallar ilk kez hak sahibi tarafından şahsen ya da onayı üzerine piyasaya sürüldükten sonra, bu mallar üzerinde bulunan fikri mülkiyet hakkı sahibinin hakkı tükenmiş olacak, söz konusu malların piyasada tekrar el değiştirmesi durumunda hak sahibinin bu işleme müdahale etme şansı bulunmayacaktır.²⁴

Bu ilkede TRIPS anlaşmasının 6. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede “Bu Anlaşma’nın 3. ve 4. ncü madde hükümlerine uygun olarak anlaşmazlıkların çözümlenmesi amacı için bu Anlaşma’daki hiç bir hüküm, fikri mülkiyeti haklarının son bulunduğu şeklinde anlaşılmaz.” denilmektedir. Madde metninde, anlaşma

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. HENNING-BODEWIG, F., “International Protection Against Unfair Competition- Article 10(bis) Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions”, IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law”, 1999, vol. 30, no. 2, s. 174-178.

²³ KEYDER, V.B., “Intellectual Property Rights and Custom Union”, İntermedia Yayınları, Kasım 1996 İstanbul, s. 137-138.

²⁴ PINAR, H., “Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye”, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2004. s. 26.

maddelerinin yorumlanmasından tükenme konusunda yanlış sonuçlar çıkartılması açısından çekinildiğinin anlaşılması mümkündür. Bu sebeple, özellikle, “Anlaşma’daki hiç bir hüküm, fikri mülkiyeti haklarının son bulunduğu şeklinde anlaşılmaz.” şeklinde bir ifadeye yer verilerek tükenme konusunda bilinçli olarak susulduğu söylenebilir.²⁵

3.5. Gelişmekte Olan Ülke İstisnası

TRIPS anlaşmasından önce fikri ve sınai haklar konusunda etkin koruyucu uluslararası sözleşmelerinde yürürlükte olmaması sonucunda, gelişmekte olan ülkeler, tıpkı gelişmiş ülkelerin geçmişte yaptığı gibi ekonomik gelişmelerini gelişmiş ülkelerinin fikri ve sınai ürünlerinin kopyalanması üzerine kurmuştur. TRIPS ile birlikte gelişmiş ülkeler, gelişmekte olan ülkeleri anlaşmaya katılmaya zorlamış ve karşılığında bu ülkelere doğrudan yabancı yatırım ve teknoloji transferinin sağlanacağı vaadinde bulunmuşlardır.²⁶ Dolayısıyla gelişmiş devletlerin örtülü baskısı altında akdedilen bu anlaşmada gelişmekte olan ülkelerin de yararları bir nebze dikkate alınmış ve bu ülkelere bazı yükümlülüklerden belli sürelerde muaf tutulmuştur. Bu ülkeler, gelişmekte olan ülkeler, en az gelişmiş ülkelere ve merkezi ekonomiden serbest pazar ekonomisine geçiş yapan ülkeler olmak üzere üçe ayrılmıştır.²⁷

Gelişmekte olan ülkeler istisnası TRIPS Anlaşmasının 65 ve 66. maddelerinde karşımıza çıkmaktadır. TRIPS m.65 uyarınca, tüm üye ülkeler WTO Anlaşmasının yürürlüğe girmesini takip eden bir yıllık süre dolmadan anlaşma hükümlerini uygulamakla yükümlü olmayacaklardır. Gelişmekte olan ülkeler ise ulusal (milli) muamele ilkesi, en fazla müsaadeye mazhar ülke ilkesi ve Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu(World Intellectual Property Organization -WIPO) ile ilgili maddeler ayrık kalmak koşulu ile yürürlük tarihini 4 yıl erteleme hakkına sahip olacaktır.

²⁵ SULUK, C./ORHAN, A., “Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku”, s.51;KEYDER, V.B., s. 141-142.

²⁶ SEMİZ, Ö., “Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi(TRIPS):Öncesi ve Sonrası”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Cilt:7 Sayı:27, 2011, s. 513.

²⁷ OYTAÇ,K., “Markalar Hukuku”, s. 188.

Merkezi planlamadan piyasa ekonomisine, serbest-teşebbüs ekonomisine geçiş sürecinde olan, fikri mülkiyet sistemi için yapısal bir reform uygulayan ve fikri mülkiyet yasalarını ve yönetmeliklerini hazırlarken ve uygularken özel sorunlarla karşılaşan diğer üyeler de bahsedilen 4 yıllık erteleme süresinden yararlanabilecektir. Uygulama için daha sonraki geciktirmeler de söz konusu olabilir. Örneğin, gelişmekte olan bir üye ülkede ürün patenti korumalarının daha önceden korunmayan teknoloji alanlarına yaygınlaştırılması nedeniyle, uygulama ek 5 yıllık bir süre için daha ertelenebilir.²⁸

TRIPS m.66 kapsamında belirtilen en az gelişmiş ülkeler kategorisine giren ülkeler için ise, anlaşmanın yürürlük tarihinin ulusal (milli) muamele ilkesi, en fazla müsaadeye mazhar ülke ilkesi ve WIPO ile ilgili maddeler ayrık kalmak koşulu ile 10 yıllık bir süre için ertelenebileceği kararlaştırılmıştır. Ayrıca, TRIPS Konseyine, en az gelişmiş bir üye ülkenin usulüne uygun gerekçelere dayalı talebi üzerine bu süreyi uzatma hakkı tanınmıştır.

Tüm bu belirlenen erteleme süreleri boyunca gelişmekte olan ülkeler, ulusal mevzuatlarında, TRIPS anlaşmasının getirdiği asgari koruma standartlarının altına inilecek bir değişiklik yapmamakla yükümlü olacaktır.

Son olarak, TRIPS anlaşmasının 67. maddesinde gelişmiş ülkelere yükümlülük getirilmiştir. Gelişmiş ülkeler, gelişmekte olan veya en az gelişmiş ülkelerin talebi üzerine ve karşılıklı olarak üzerinde uzlaşmaya varılan süre ve koşullarda, bu ülkeler lehine teknik ve mali işbirliğini sağlayacaklardır. Bu işbirliğinin gelişmekte olan veya en az gelişmiş ülkelerde fikri mülkiyet haklarının korunması ile ilgili yasal düzenlemelerin yapılması ve fikri mülkiyet konusunda faaliyette bulunacak kurumların kurulması/güçlendirilmesi kapsamında verilecek desteği de içereceği madde metninde sayılmıştır.

²⁸ SOYAK, A., “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları:Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve GOÜ’ler Açısından Önemi”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, 2005, s. 10.

4. TRIPS Anlaşması Kapsamında Koruma Altına Alınan Haklar

TRIPS Anlaşması, bilgisayar program ve yazılımlarını da içermek üzere telif hakları, markalar, coğrafi işaretler, endüstriyel tasarımlar, patentler, entegre devreler ve açıklanmamış bilgilerin korunmasını kapsayan yedi alanda, üye ülkelerce, anlaşmada öngörülenden daha yüksek bir koruma düzeyi sağlanmasına olanak tanıyan fakat daha düşük bir koruma standardının kabul edilmeyeceği asgari sınırı belirlemiştir.²⁹ TRIPS, bu yönüyle yukarıda sayılan yedi alanı da “fikri mülkiyet” kavramı içinde tanımlayarak kavramın kapsamını genişletmiş ve konu bakımından Paris Sözleşmesinin ötesine geçmiştir.³⁰

TRIPS Anlaşmasının ikinci kısmında 9. ve 40. maddeler arasında her bir fikri mülkiyet hakkı ayrı ayrı incelenmiştir. Telif hakları ile ilgili olarak Bern Sözleşmesine atıf yapılarak, üye ülkelerin, sözleşmenin temel hükümlerine uymaları gerektiği belirtilmiştir. Telif hakları sahiplerine, kendi haklarının ticari olarak kiralanmasını yasaklama ve bu hakları istedikleri gibi kullanma yetkisi verilmiş ve telif hakları konusunda 50 yıllık bir koruma süresi belirlenmiştir. Bunun yanında, bilgisayar programları ile veri tabanlarına ilişkin hak sahiplerinin de telif haklarına sağlanan korumadan yararlanacağı açıkça vurgulanmıştır. Telif hakları sahipleri için öngörülen haklara ilişkin düzenlemelerin sanatçılar, ses kayıt yapımcıları ve yayın kuruluşları hakkında da uygulanacağı da TRIPS md.14’de belirtilmiştir.

Coğrafi işaretler³¹ konusunda, Anlaşmanın 22. maddesinde her ne suretle olursa olsun, bir malın menşei konusunda tüketiciyi yanıltacak kullanımların engellenmesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı maddede, bu korumanın kapsamı daha da genişletilerek, TRIPS Anlaşmasına, haksız rekabet ilkesi kapsamında Paris Sözleşmesinin 10. maddesine yapılan atıfla giren haksız rekabet hallerinde de coğrafi işaretlerin korunması gerektiği

²⁹ Correa, M.C, s.1-2.

³⁰ PASLI, A.; “**Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri**”, İstanbul 2014, s.81.

³¹ Anlaşma kapsamında coğrafi işaret kavramı md.22’de tanımlanmıştır. Maddeye göre, coğrafi işaretler, bir malın kalitesinin, namının veya diğer özelliklerinin esas olarak coğrafi menşeiine atfedildiği durumlarda, bir malın menşeiinin herhangi bir üye'nin ülkesi bu ülkede bir bölge veya yer olduğunu gösteren işaretler anlamında kullanılmaktadır.

vurgulanmıştır.³² Ayrıca, üye ülkelere, mevzuatının elvermesi durumunda veya diğer bir üye ülkenin talebi üzerine, ülkelerinde tescil edilmek istenen bir marka başvurusunu reddetme ya da eğer tescil edilmiş ise geçersiz kılma yükümlülüğü getirilmiştir.

Anlaşmanın 23. maddesinde, Şarap ve Alkollü içkilerde kullanılan coğrafi işaretler konusuna ayrı bir madde bağlamında değinilerek ek bir koruma öngörülmüştür. Menşei, coğrafi işarete konu yer olmayan şarap ve alkollü içkiler bakımından yanıltıcı coğrafi işaretin kullanılmasının önlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Endüstriyel tasarımlar ile ilgili olarak, üye ülkelerin, yeni veya orijinal endüstriyel tasarımları koruma altına alacakları belirtilmekle birlikte, eğer tasarım, bilinen tasarımlardan ya da bilinen tasarımların belli oranda bir araya getirilmesi sonucu oluşturulmuş ise koruma altına alınmayabileceği belirtilmiştir. Koruma süresinin en az 10 yıl olacağı ve endüstriyel tasarım hakkı sahibine, tasarımın kopyası olan malların ya da tasarımın kopyasını barındıran malların üretim, satış ve ithalini engelleme hakkının tanındığı belirtilmiştir.

Patent korumasının en az 20 yıllık bir süre için sağlanacağını hüküm altına alan TRIPS Anlaşmasının patentler ile ilgili hükümleri Paris Sözleşmesini tamamlar niteliktedir. Anlaşmanın 27. maddesi patentlerin özellikleri olarak, yeni ve yaratıcı olmaları, tekniğin bilinen durumunu aşmaları ve sanayide uygulanabilmeleri koşullarını belirtmiştir.³³ Aynı maddenin devamında, üye ülkelere bazı buluşları, patentlenebilir buluşlar dışında bırakabilme imkanı getirilmiştir. Bunlar, insan ve hayvanların tedavilerinde kullanılacak, teşhis, tedavi ve cerrahi usuller ile bitki ve hayvanların biyolojik ve mikrobiyolojik usuller dışında üretimini esas alan usuller olarak sayılmıştır.³⁴ Üye devletlere, patent sahiplerinin izni olmadan, üçüncü kişilerin ürünü üretmesinin, kullanmasının, satışa sunmasının ya da ithal etmesinin engellenmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Patent sahiplerinin, patenti devretme, miras olarak bırakma ya da lisans verme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir.

³² HENNING-BODEWIG, F., “Unfair Competition Law”, Kluwer Law International, The Netherlands 2006,s.22.

³³ Correa, M.C., s.50.

³⁴ Correa, M.C., s.61.

İlaç patentleri ile ilgili olarak anlaşmanın 78/8. maddesinde yer alan hüküm gereğince daha önce ilaç patentlerine koruması sağlamayan tüm ülkelere tıbbi ve zirai ilaçlara patent koruması sağlama yükümlülüğü getirilmiştir.³⁵

TRIPS, Entegre Devrelerin korunması konusunda “Entegre Devrelerle İlgili Fikri Mülkiyet Anlaşması” hükümlerinin üye ülkelerce uygulanacağını belirtmiştir. Söz konusu anlaşma hükümlerine ek olarak, entegre devre hakkı sahiplerine uygulanacak koruma süresinin, hakkın tescile bağlı olarak korunduğu ülkeler açısından başvuru tarihinden, hakkın tescile bağlı olmadığı ülkelerde ise ilk yararlanma süresinden itibaren en az 10 yıl olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, entegre devreyi taklit olduğunu bilmeden kullanan ya da sipariş eden iyi niyetli kişiler için bir istisna getirilmiştir. Bu kişilere karşılıklı müzakereler sonucunda belirlenecek uygun bir bedel karşılığı hak sahibinden lisans olarak söz konusu malların satışını yapabilme olanağı tanınmıştır.

Uluslararası kamu hukuku alanında üye ülkelerce uygulanması ilk kez TRIPS Anlaşması³⁶ ile ortaya çıkan açıklanmamış bilgilerin korunması konusu, anlaşmasının 39. maddesinde karşımıza çıkmaktadır.³⁷ Maddeye göre bilgi sahibine, üçüncü kişilerce bilinmeyen ve olaylıkla elde edilemeyecek olan, gizliliğinden kaynaklanan ticari bir değeri olan ve sahibi tarafından korunması için makul önlemler alınmış olan bilgilerin başka kişilerce kullanımını engelleme hakkı verilmektedir.³⁸

TRIPS Anlaşmasının 40. Maddesi ile fikri mülkiyet haklarına ilişkin lisans sözleşmeleri açısından rekabeti sınırlandıran uygulamaların engellenmesi amaçlanmıştır. Gelişmiş ülkelerin ARGE faaliyetlerine daha fazla yatırım yapabilmesi ve daha fazla nitelikli işgücüne sahip olması gibi faktörlerin de etkisi ile

³⁵ Bu hüküm uyarınca, Türk Patent Enstitüsünce 1 Ocak 1995 tarihinden itibaren tüm ilaç patenti başvuruları işlemeye alınmaya ve 27 Haziran 1995 tarihine kadar İhtira Beratı Kanunu hükümlerine ve bu tarihten sonraki başvurular için de Patentlerin Korunması Hakkındaki 551 sayılı KHK hükümlerine göre incelenmeye başlanmıştır. **Bknz.** YALÇINER, U.G., “İlaç ve Patent, Türkiye’de ve Dünyada Son Gelişmeler”, FMR Dergisi, S.3, 2002, s.18.

³⁶ TRIPS’den önce NAFTA anlaşmasında da bu yönde bir hüküm bulunmasına rağmen, NAFTA üye ülkelere bir zorunluluk öngörülmemiştir. **Bknz.** OYTAÇ, K, “Markalar Hukuku”,s.190

³⁷ KEYDER, V.B., s.192-193.

³⁸ GERVAIS, D.J., “The TRIPS Agreement”, European Intellectual Property Review, Sweet&Maxwell, London 1999, s.160.

gelişmiş ülkeler “lisans veren”, GOÜ’ler ise “lisans alan” olarak karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir durumda yaşanan çıkar çatışmaları sonucu anti-rekabetçi davranışların ortaya çıkma ihtimali artmaktadır. TRIPS, bu durumun farkına varmış ve anılan madde ile GOÜ’lere anti-rekabetçi uygulamalara karşı bazı koruyucu düzenlemeler yapma imkanı tanıyarak pazarlık güçlerinin artmasını amaçlamıştır.³⁹

5.Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Konseyi

WTO Anlaşması ile tüm ülkelerin katılımı ile oluşturulacak olan genel konseyin denetimi altına görev yapmak üzere üç adet konsey öngörülmüştür. Bu konseylerden biri olan “Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Konseyi(TBFMH Konseyi)” TRIPS Anlaşmasının uygulanmasını izlemek ve denetlemekle görevlendirilmiştir.⁴⁰

TBFMH Konseyi, üye ülkelerin anlaşma kapsamındaki yükümlülüklerine uyup uymadıklarını izleyecek ayrıca üye ülkelerin fikri mülkiyet haklarına ilişkin konularda istişarelerde bulunmasını sağlayacaktır. Üye ülkelerde yürürlükte olan mevzuatların TRIPS kurallarına uygunluğunun izlenmesi görevi de Konseye verilmiştir. Konseye, gerekli gördüğü konularda, temas kurulmasını uygun gördüğü her türlü kaynakla görüşerek gerekli bilgileri temin etme imkanı tanınmıştır. Üyeler tarafından talep edildiği takdirde, uyuşmazlıkların çözümü usulleri ile ilgili konularda Konseyin yardımında bulunacağı belirtilmiştir.

TBFMH Konseyinin en önemli görevlerinden biri de belirli periyotlarda TRIPS Anlaşması hükümlerini gözden geçirmek ve değişen koşullara uyum sağlamak amacıyla teklif hazırlamak olarak belirtilmiştir.⁴¹

Anlaşma hükümlerinin kağıt üzerinde kalmayıp etkin şekilde uygulanmasını ve uygulanmama durumunda ağır yaptırımlar uygulanmasını öngören bu tip bir yapının kurulması ile anlaşmanın kurumsal bir yapıya kavuşturulmasının amaçlandığı

³⁹ KEYDER, V.B., s.213-214.

⁴⁰ AKIN, N., “Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Sistemi”, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2006, s.44.

⁴¹ PASLI, A., s.85.

söylenbilir.⁴²

B. MARKA KORUMASI İLE İLGİLİ DİĞER ULUSLARARASI ANLAŞMALAR VE TRIPS

1. Paris Sözleşmesi

Sanayi devrimi sonrasında Avrupa’da üretimin genişlemesi ve sermaye birikiminin ortaya çıkmasıyla birlikte sınai mülkiyet haklarının daha etkin biçimde korunmasına yönelik talepler yoğunlaşmıştır. Bunun sonucunda, sınai mülkiyet hakları açısından bugüne kadar oluşturulan anlaşmaların en eskisi ve en önemlisi olan Paris Sözleşmesi 1883 yılında imzalanarak 1884 yılında yürürlüğe girmiştir.⁴³

Paris Sözleşmesi, imzalanmasından bugüne kadar geçen yüz yılı aşkın sürede bazı değişikliklere konu olmuştur. Bunlar, 1900’de Brüksel’de, 1901’de Washington’da, 1925’de Lahey’de, 1934’de Londra’da, 1958’de Lizbon’da, 1967’de Stockholm’de yapılan revizyonlar ile 28 Eylül 1979 tarihinde şu an yürürlükte olan Stockholm metninin üzerinde yapılan değişikliktir.^{44 45}

Sözleşme kapsamında, patentler, markalar, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar ticaret ünvanları, coğrafi işaretler ve haksız rekabet konuları bulunmasına rağmen fikir ve sanat eserleri sözleşme kapsamına alınmamıştır.⁴⁶

Paris Sözleşmesinin amacı, üye ülkelerin yerel hukuklarında bulunan hükümlere

⁴² YÜKSEL, M., “Küreselleşme Sürecinde Fikri Mülkiyet Hakları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2001/2, s.568.

⁴³ SZALEWSKI, J.S., 1998, s.190.

⁴⁴ PASLI, A., s.59.

⁴⁵ Lozan Barış Anlaşması’nın eki olan Ticaret Mukavenamesi’nin 14. maddesiyle Türkiye Paris Sözleşmesine katılmayı kabul ve taahhüt etmiştir. 1925 yılında Ticaret Mukavenamesi’ni 342 sayılı kanun ile onaylanmış olan Türkiye; sözleşmenin Lahey metnini 1930 yılında benimsemiş, 1957 yılında Londra metnini onaylamış, 1975 yılında sözleşmenin Stockholm metninin 1-12. maddelerine çekince koymak suretiyle kabul etmiş, 1994 yılında ise söz konusu çekinceleri kaldırarak Stockholm metnini tümüyle kabul etmiştir. **Bknz.** YASAMAN, H., “Marka Hukuku”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s.36.

⁴⁶ Fikir ve sanat eserleri, Uluslararası Edebiyatçılar Cemiyeti’nin çabaları sonucunda, 9 Eylül 1886 tarihinde 10 ülke tarafından imzalanan ve 5 Aralık 1887 tarihinde yürürlüğe giren Bern Sözleşmesi kapsamına alınmıştır. **Bknz.** ATEŞ, M., “Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması”, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.42.

aykırı olmamak kaydıyla, bir birlik kurulması ve bu birliğe üye ülkeler arasında belirlenecek temel ilkeler vasıtasıyla sınai mülkiyet haklarının korunmasıdır.⁴⁷

Paris Sözleşmesi kapsamında marka başvuru ve tescillerinin her ülkenin kendi iç hukukuna göre belirleneceği öngörülmüş, her hangi bir ortak standart belirlenmemiştir. Bunun sonucu olarak, bir üye ülkede tescilli olan bir marka bir diğer ülkede tescil edilmeyebilecektir. Aynı şekilde, markanın menşei ülkede hükümsüz kılınması diğer üye ülkelerde de hükümsüz kılınmasını gerektirmeyecektir.

Paris Sözleşmesinde marka hakkını ilgilendiren temel prensipler ulusal işlem ilkesi ve rüçhan hakkı ilkesidir.⁴⁸ Ulusal işlem ilkesine göre, üye ülke vatandaşları, diğer üye ülkelerin kendi vatandaşlarına sağladığı haklardan aynen yararlandırılacaktır. Rüçhan hakkı ise sadece patent, endüstriyel tasarım, faydalı model ve marka için öngörülmüştür. Bu ilkeye göre, birlik üyesi ülkenin bir vatandaşının, birlik içinde bir ülkede marka başvurusu yaptığında, aynı marka başvurusu için diğer birlik ülkelerine başvurmak için 6 aylık bir süresi olacaktır. Bu süre içerisinde üçüncü bir kişi aynı ülkede aynı marka için başvuru yapmış olsa bile rüçhan hakkı sahibi onun önüne geçecektir.⁴⁹

Paris Sözleşmesi'nin 1'nci mükerrer 6'ncı maddesi ile üye ülkelere tanınmış markaların başkasının adına tescilinin önlenmesi yükümlülüğü getirilmektedir.⁵⁰ Söz konusu korumanın sağlanması için markanın ilgili ülkede tanınması gerektiği belirtilmiştir.⁵¹

Üye ülkelerin bayrak, flama gibi amblemlerini içeren marka başvurularının korunacağı ve bu şekilde yapılan başvuruların da reddedileceği hükmü de Paris Sözleşmesinde yer almıştır. Üye ülkelere korunması talep edilen söz konusu

⁴⁷ YASAMAN, H., s.36.

⁴⁸ YASAMAN, H.s.36.

⁴⁹ PASLI, A., s.69-70.

⁵⁰ SEKMEN, O., “**Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları**”, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s.37.

⁵¹ OYTAÇ, K., s.60.

objelerin WIPO'nun Uluslararası Bürosuna bildirilmesi gereklidir.⁵²

2. Markaların Tesciline Yönelik Uluslararası Anlaşmalar

Uluslararası ticaretin gelişmesine paralel olarak markaların da uluslararası alanda koruma altına alınması ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç karşısında iki farklı girişim ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki uluslararası tescil sisteminin kurulması, ikincisi ise markaların korunmasına ilişkin asgari standartların belirlenmesi amacına yöneliktir.⁵³

Paris Sözleşmesi, sınai mülkiyet hakları ile ilgili farklı konularda çok sayıda özel anlaşmayı düzenlemektedir. Bu anlaşmalar daha sonra birbiri ile uyumlu hale getirilerek uluslararası sisteme entegre edilmektedir.⁵⁴

2.1. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Protokol

Madrid Anlaşması, Paris Sözleşmesi'nin 19 uncu maddesinde yer alan “üyeler kendi aralarında anlaşmalar yapabilir” hükmü uyarınca ortaya çıkmıştır. Markaların tesciline ilişkin Madrid Sistemi, Madrid Anlaşması ve Madrid Protokolünden oluşan bir sistemdir.⁵⁵

Madrid Anlaşması, 1900 yılında Brüksel'de, 1911 yılında Washington'da, 1925 yılında Lahey'de, 1934 yılında Londra'da, 1957 yılında Nice'de ve son olarak da 1979 yılında Stockholm'de revize edilmiştir.

Türkiye açısından, Paris Sözleşmesine katılımın taahhüt edildiği Lozan Barış Anlaşması'nın imzalanması ile başlayan süreç sonunda, 21.08.1930 tarihinde Paris Sözleşmesine katılım sağlanırken, aynı tarihte Türkiye açısından yükümlülük

⁵² SULUK, C./ORHAN, A., s.58.

⁵³ BENTLY, L./SHERMAN, B., s.702-704.

⁵⁴ BAYRAM, E.B., “Uluslararası Marka Tescil Sistemleri”, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2001, s.14.

⁵⁵ BAYRAM, E.B., “Uluslararası Marka Tescil Sistemleri”, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2001, s.14.

olmamasına rağmen Madrid Anlaşmasına da katılım sağlanmışır.⁵⁶ 1955 yılında İcra Vekilleri Heyeti'nin 21.05.1955 tarih ve 4/5215 sayılı kararnamesi ile Türkiye'nin Madrid Anlaşmasından çekilmesine karar verilmiştir.^{57 58}

Madrid Anlaşması İle İlgili Protokol(Bundan sonra kısaca Madrid Protokolü olarak adlandırılacaktır), Madrid Anlaşması'nın gelişen koşullara cevap vermekte yetersiz kalması sonucunda 27.06.1989 tarihinde İspanya'nın Madrid kentinde imzalanmıştır.⁵⁹ Protokolün isminde Madrid Anlaşması geçmesine rağmen, esas olarak Madrid Anlaşmasından bağımsız uluslararası bir anlaşmadır.⁶⁰

Madrid Protokolünün hazırlanma amacı, Madrid sisteminin işleyişinde ortaya çıkan aksaklıkları ortadan kaldırıp Madrid Anlaşması'na üye olmayan ülkeler açısından sistemi cazip kılarak onları sisteme katılmaya teşvik etmektir. Bu sayede, Madrid Anlaşması'nın eksik tarafları tamamlanarak sistemin işler hale getirilmesi planlanmıştır.^{61 62}

⁵⁶ KIRCA, İ., “**Markaların milletlerarası Tescili(Madrid Sistemi)**”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2005.s.9.

⁵⁷ KIRCA, İ., s.9.

⁵⁸ 18.12.1956 tarih ve 4/8446 sayılı kararname ile 10.09.1956 tarihine kadar Madrid Anlaşması uyarınca tescil edilen uluslararası markaların, menşe ülkede korunmasının sürmesi koşuluyla, uluslararası tescil süresinin sonuna kadar Türkiye'de korunmaya devam edeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Türkiye'nin Madrid Anlaşmasından çekilmesine gerekçe olarak Türkiye'nin o tarihlerde Uluslararası Büro'ya tescil ettirdiği az sayıda markaya karşın her yıl ortalama 7500 uluslararası markayı korumayı taahhüt etmek durumunda kalması gösterilmiştir. **Bknz.** DERİCİOĞLU, H.,”**Türk Sınai Mülkiyet Mevzuatı ve Tatbikatı**”, Cilt 1, Ankara 1957, s.340.

⁵⁹Örneğin, bir markanın uluslararası tecil başvurusunda bulunabilmesi için menşe ülkede marka başvurusu yapması yetmemekte markanın tescilli olması gerekmektedir. Oysaki ön inceleme sistemine sahip bazı ülkelerde markanın marka menşe ofis tarafından tescili için uzun ve yoğun bir süreçten geçmesi gerekiyorken, ön inceleme yapmayan ülkelerde ise tescil işlemi daha kısa sürmekteydi. Olası red bildirim süresinin bir yılla sınırlı olması ön inceleme yapan ülke ofislerini zor duruma düşürebilmekteydi. Bu sistem süre kısıtı yüzünden ön incelemeli ülkelerdeki başvuru sahiplerinin rüçhan hakkından yararlanmalarına da mani oluyordu. Bu da haksız rekabetin yaşanmasına neden olabiliyordu. Bu ve bunun gibi olumsuzlukların ortadan kaldırılabilmesi için ve üye sayısının artırılabilmesi için yeni arayışlar başlamıştır. **Bknz.** KARAMAN, M. “**Uluslararası Tescil Sisteminde Madrid Protokolü ve Türkiye Uygulamasının İncelenmesi**”, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2011,s.33.

⁶⁰ PASLI, A., s.118.

⁶¹ PASLI, A., s.118.

⁶² Protokolün getirilmesindeki diğer bir amaç ise, Madrid Sistemi ile Avrupa Birliği Markası(CTM) sistemi arasında bağ oluşturarak marka sahiplerinin başvurularını yaparken her iki sistemden de çok yararlanmalarını sağlamaktır. Madrid Protokolü özellikle Avrupa Birliği'ne üye olmayan devletlerce yaptırılacak tescillerde veya Avrupa Birliği Markası başvurusunun olumsuz sonuçlanması hallerinde Protokole taraf ülkelerde yaptırılacak yerel tesciller açısından yararlı olabilecektir. **Bknz.** OYTAÇ, K. s. 135; KUR, A., “**TRIPS and Trademark Law**”, Beier and Schriker e.d. içinde, IIC Studies, Vol.18, 1996, s.94.

Türkiye, Gümrük Birliği'ne katılımını takiben Bakanlar Kurulu'nun 1997 yılında 97/9731 sayılı karar ile 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe girmek üzere Madrid Protokolüne katılmıştır.⁶³ Bu sayede, Türkiye, Madrid Anlaşmasına taraf olmamakla birlikte Madrid Anlaşması'nın 1/1 maddesinde yer alan "Anlaşmaya taraf olmamakla birlikte, Madrid Protokolü'ne taraf olan devlet ya da kuruluşlar da Madrid Birliği'ne taraftır" hükmüne göre Madrid Birliği üyesidir.^{64 65}

Madrid Sistemi ile marka sahiplerinin her bir ülkede tek tek başvuru yapma zorunluluğunun önüne geçilerek uluslararası büroya yapılacak tek bir başvuru ile anlaşmaya taraf olan ülkelerin hepsinde marka korumasından yararlanma imkanı getirilmiştir.⁶⁶ Adres değişikliği, unvan değişikliği v.b. tescil sonrası işlemler açısından da söz konusu kolaylık geçerlidir.⁶⁷ Ayrıca tüm bu işlemlerin tek bir dil ile yapılabilmesi büyük bir kolaylık oluşturmaktadır.⁶⁸

Madrid Protokolü ile birlikte İngilizce'nin de işlemlerde kullanılabilmesinin öngörülmesi, Madrid Sisteminin hitap ettiği alanı genişleten bir unsur olmuştur.⁶⁹

Madrid Sisteminde, uluslararası tescil başvurusu esas başvurunun ya da esas tescilin

⁶³ PASLI, A., s.119.

⁶⁴ TEKİNALP, Ü., "Fikri Mülkiyet Hukuku", Arıkan, İstanbul Aralık 2005, s.75.

⁶⁵ 12.03.2015 tarihi itibarıyla Madrid Protokolü'ne taraf ülke sayısı 93, Madrid Anlaşması'na taraf ülke sayısı 55'dir. Kırca'ya göre, Anlaşmalara taraf ülke sayıları arasındaki fark ve Anlaşmaya taraf olmayıp Protokole taraf olan ABD, Japonya, İngiltere, Danimarka, İrlanda ve Yunanistan gibi ülkelerin varlığı Protokol ile arzu edilen hedefe ulaşıldığının açık bir göstergesidir. **Bknz.** KIRCA, İ., s.22.

⁶⁶ Madrid Sistemi ile bir markanın ilk tescil başvurusunun yapıldığı kaynak ülkedeki başvuru/marka sahibine, söz konusu markanın WIPO nezdinde tutulan milletlerarası sicil (Uluslararası Büro) aracılığıyla, sisteme dahil olan ülkelerin hepsinde ya da bir kısmında tescil başvurusu yapabilmeye, böylelikle tek bir başvuru ile birden fazla ülkede tescilli marka sahibi konumuna gelebilmesi imkanı sağlanmaktadır. Öte yandan, esas olan kaynak ülkedeki tescilin varlığıdır. Dolayısıyla Protokol'ün "merkezi müdahale/saldırı (central attack)" düzenlemesi (m.6/3) uyarınca menşe ülkede marka bir şekilde hükümsüz kalır ya da iptal edilirse, uluslararası tescil, bir başka deyişle diğer ülkelerde elde edilen tesciller de hükümsüz kalır. **Bknz.** PASLI, A., s.119-121 Öte yandan, Madrid Protokolünde ayrıca, uluslararası tescile esas alınan ulusal markanın sonradan 5 yıl içinde kaydının ilgili ulusal makamca silinmesi nedeniyle uluslararası tescilin etkisini kaybetmesi halinde, marka sahibine yine de hak tanınmıştır. Uluslararası tescili ortadan kalkan marka hakkı sahibi, silinen kayda mesnet başvuru tarihini esas alarak başvurusunu, diğer bir üye devlet için ulusal başvuruya çevirebilir. **Bknz.** AYBER, İ., "Sımaî Mülkiyet Hakları ile İlgili Uluslararası Kuruluşlar(WIPO,DTÖ,AB)", TPE Uzmanlık Tezi, Ankara Şubat 2005, s.29; KIRCA, İ., s.119.

⁶⁷ SZALEWSKI, J.S., s.202.

⁶⁸ KARAMAN, M., s.24-25.

⁶⁹ SZALEWSKI, J.S., s.204.

yapıldığı menşe ofis tarafından WIPO'ya sunulur. Başvuru sahibi tarafından doğrudan WIPO'ya yapılan başvurular incelenmeden başvuru sahibine iade edilir.⁷⁰

Madrid Sisteminde, uluslararası bir başvurudan kaynaklanan tescil, başvurunun menşe ülke ofisine yapıldığı tarihi taşır. Bunun için, başvurunun bu tarihten itibaren iki ay içerisinde WIPO'ya ulaştırılması gerekir. Aksi halde, WIPO'ya ulaştırılma tarihi, tescil tarihi olacaktır.

Madrid Sisteminde, üye ülkelerin kendi ülkelerinde tescil edilmek istenen marka hakkında araştırma yaparak, WIPO'ya cevap vermeleri için öngörülen süre 18 ay olarak belirlenmiştir.⁷¹

Madrid Sistemine göre uluslararası sicile kaydedilen marka 10 yıl süre için korunur.⁷²

2.2. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması

Fransa'nın Nice kentinde 15.06.1957 tarihinde imzalanan ve 08.04.1961 tarihinde yürürlüğe giren Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Sözleşmesi'nin temel amacı, her bir ülkede kullanılan farklı sınıflandırma sistemlerinin yarattığı karmaşaya son vererek, değişik ülkelerde tescil almak isteyen başvuru sahiplerinin zor durumda kalmalarını önlemektir.⁷³

Nice Sözleşmesi imzalanması 14.07.1979'da Stockholm'de, 13.05.1977'de ise Cenevre'de revize edilmiştir. Anlaşma 01.01.1996 tarihinden geçerli olmak üzere

⁷⁰ KIRCA, İ., s.56-57.

⁷¹ Söz konusu süre Madrid Anlaşmasında 12 ay olarak belirtilmiştir. Madrid protokolü ile birlikte 18 aya çıkartılmıştır.

⁷² AYBER, İ., "Sıma Mülkiyet Hakları ile İlgili Uluslararası Kuruluşlar(WIPO,DTÖ,AB)", TPE Uzmanlık Tezi, Ankara Şubat 2005, s.29.

⁷³ MERAN, N., s.22.

Türkiye açısından yürürlüktedir.⁷⁴

Nice Anlaşmasının sınıflandırma sistemi, güncel gelişmelere ve değişen koşullara göre güncellenen dinamik bir yapıdır. Üye devletlerin temsilcilerinden oluşan Uzmanlar Komitesi, yaptığı çalışmalarla sınıflandırma listesinin ihtiyaçları karşılayabilecek şekilde güncel kalmasını sağlamaktadır.⁷⁵

Nice Anlaşması, markasını farklı ülkelerde tescil ettirmek isteyen başvuru sahiplerine büyük kolaylıklar getirmektedir. Bu sayede, her bir ülkenin sınıflandırma sistemini tek tek araştırarak başvuru yapma zorunluluğu ortadan kalkmakta, ayrıca ülke ofislerinin yapacağı araştırmalar da kolaylaşmaktadır.⁷⁶ Ayrıca, markanın sağladığı korumanın, markanın tescilli bulunduğu mal ve/veya hizmetler ile sınırlı olduğu düşünüldüğünde mal ve hizmetler açısından ortak bir sınıflandırma sisteminin kurulabilmesi daha önemli hale gelmektedir.

Tüm üye ülkeler, Nice sınıflandırmasını kendi belirleyecekleri bir oranda uygulama hakkına sahiptirler. Taraf ülkeler, Nice sınıflandırmasını asli ya da tali sistem olarak kullanma serbestisi içindedir.⁷⁷

Nice Anlaşması'na bugün itibariyle 84 ülke taraftır.⁷⁸ Ayrıca, Afrika Fikri Mülkiyet Teşkilatı (OAPI), Benelux Fikri Mülkiyet Teşkilatı(BOPI) ve Avrupa Toplulukları İç Pazar Harmonizasyon /Uyumlaştırma Ofisi(OHIM) gibi bölgesel marka ofislerinin de Nice anlaşmasını takip etmesi anlaşmanın önemini bir kat daha arttırmaktadır.⁷⁹

⁷⁴ Nice Anlaşmasına katılım Türkiye'nin Gümrük Birliği taahhütleri arasında yer almaktadır. Bu sebeple, anlaşmaya katılım Bakanlar Kurulu'nun 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilerek 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷⁵ AYBER, İ., s.36.

⁷⁶ ŞİRİN, Ş., “Marka Hakkı ve Korunması”, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2007, s.14.

⁷⁷ Türkiye, Nice sınıflandırmasını asıl sistem olarak uygulamaktadır. Mal ve hizmetler arasındaki benzerliğin belirlenmesinde, mal ya da hizmetlerin aynı sınıf içinde yer alması başlı başına bir anlam ifade etmemektedir. Bazı sınıflardaki mallar nitelik olarak birbirinden çok farklı özelliklere sahip olabilmektedir. **Bknz.** PASLI, A., s.128.

⁷⁸ http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=12. (Erişim tarihi:20.03.2015)

⁷⁹ PASLI, A., s.128-129.

2.3. Markaların Figüratif Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması

Kendisinden önce akdedilen Nice Anlaşması gibi uluslararası sınıflandırma amacı taşıyan Viyana Anlaşması 12.06.1973 tarihinde imzalanmış ve 09.08.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Viyana Anlaşması'nda sınıflandırma konusu olan markanın kapsamında bulunan mal ve hizmetler değil markanın ihtiva ettiği şekil unsurudur.⁸⁰

Viyana sınıflandırması, üye ülke ofislerinin yapacağı figüratif benzerlik aramalarının daha hızlı ve güvenilir olmasını sağlamakta, ayrıca Nice Anlaşmasında olduğu gibi birden fazla ülkede marka başvurusu yapmak isteyen girişimcilerin her bir ülkede farklı sınıflandırma sistemleri ile karşılaşmasını önlemektedir.⁸¹

Figüratif unsurların sınıflandırması, genelden özele doğru giden hiyerarşik sıralama esasına göre oluşturulmuştur. Hiyerarşik sıralamaya esas kavramlar; kategori, bölüm ve kısım'dır. Bu kavramların dışında gerekli yerlerde açıklayıcı notlar kullanılmıştır.⁸²

Örnek verilecek olursa;

Sınıf (2) İnsanlar

Sınıf (2.1) Erkekler

Sınıf (2.3) Kadınlar

Sınıf (2.5) Çocuklar gibi⁸³

Türkiye'nin anlaşmaya katılımı 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilmiş ve anlaşma 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Viyana Sözleşmesine bugün itibariyle 32 ülke taraftır.⁸⁴

⁸⁰ PASLI, A., s.129.

⁸¹ ÜNSAL, Ö.E., "Markaların Tescili Konusunda Uluslararası Nis ve Viyana Sınıflandırmaları: Amaç, İşleyiş ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler", TPE Uzmanlık Tezi, Ankara Ocak 2001.s.69.

⁸² MERAN, N., s.21.

⁸³ KARAMAN, M., s.19.

⁸⁴ http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=13. (Erişim tarihi:20.03.2015)

2.4. Marka Kanunu Anlaşması(Trademark Law Treaty-TLT)

Marka Kanunu Anlaşması⁸⁵, İsviçre'nin Cenevre kentinde gerçekleştirilen Türkiye'nin de katıldığı diplomatik konferans sonucunda 27.10.1994 tarihinde imzalanmıştır.^{86 87}

Anlaşmanın amacı, ulusal ve bölgesel tescil prosedürlerindeki gereksiz formaliteleri ortadan kaldırarak süreci basitleştirmek ve taraf ülke uygulamaları arasında yeknesaklığı sağlamaktır. Amaçlarına ulaşabilmek için, marka başvuru ve tescillerinde, isim ve adres değişikliklerinde, devir ve yenilemelerde ofislerin isteyebileceği en fazla evrak sayısını belirlemiştir. Ayrıca anlaşma, başvurular için, vekaletname, adres, isim ve unvan değişiklikleri için standart formlar hazırlamış ve marka tescilinden feragat ve devir dışındaki imzalarda, imza tasdiki veya noter onayını kaldırmıştır.^{88 89}

Anlaşma, ses, koku ve hologram markalar gibi görülebilir bir unsur içermeyen markaları kapsamamaktadır. Üç boyutlu markalar için ise üye ülkelere serbestlik tanınmaktadır.⁹⁰

⁸⁵ Anlaşma'nın orijinal adı Trademark Law Treaty olup Türkçe'ye çevirisi hatalıdır. Trademark Law, marka kanunu değil marka hukuku anlamına gelmektedir. Ayrıca, anlaşmanın ismi kapsam olarak tüm marka hukukunu kapsadığı görünümü vermekte iken anlaşmanın içeriği tescil prosedüründeki formalitelerin basitleştirilmesi ve uyumlulaştırılmasıdır. **Bknz.** PASLI, A., s.132.

⁸⁶ TEKİNALP, Ü., s.76.

⁸⁷ Türkiye 1994 yılındaki konferansa katılmış ve anlaşma metnin onaylamış olmasına rağmen, o dönem yürürlükte olan 551 sayılı Markalar Kanunu anlaşma ile uyumlu olmadığından anlaşmaya girmemiz 556 sayılı KHK'nın yürürlüğe girdiği 1995 yılından sonra olabilmektedir. TBMM'de 07.04.2004 tarihinde 5118 sayılı kanun ile kabul edilmiş olup, 14.04.2004 tarih ve 25433 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak iç hukukumuzun parçası haline gelmiş ve WIPO'ya yaptığımız bildirim uyarınca 01.01. 2005 tarihinden itibaren ülkemizde de uygulanmaya başlanmıştır.

⁸⁸ AYBER, İ., s.46.

⁸⁹ Feragat ve devir dışındaki işlemler açısından noter onayının kaldırılması ile en büyük prosedürel zorluk ortadan kaldırılmıştır. **Bknz.** SZALEWSKI, J.S., s.205.

⁹⁰ PASLI, A., 133-134.

3. Uluslararası Organizasyon Kurmaya Yönelik Uluslararası Anlaşmalar

3.1. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı Sözleşmesi

1967 yılında Stockholm’de toplanan konferansta imzalanan sözleşme ile Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı(WIPO)’nun temelleri atılmıştır. WIPO’nun temelleri fikri hakların uluslararası düzeyde korunmasını amaçlayan Bern Sözleşmesi ile sınai hakların uluslararası korunmasını amaçlayan Paris Sözleşmesine dayanmaktadır.⁹¹ Söz konusu sözleşmeler kapsamında oluşturulan büroları bünyesinde bir çatı altında toplama amacıyla 1893 yılında kurulan “Birleşmiş Uluslararası Büro” adlı organizasyon yeni bir kimlik kazanarak WIPO kurulmuş ve 1974 yılında Birleşmiş Milletler’in uzman kuruluşlarından biri haline gelmiştir.⁹² Türkiye, 1975 yılından itibaren WIPO’ya üyedir.

WIPO’ya üyelik bir ülkenin, Paris Birliği ya da Bern Birliği üyesi olması ya da Birleşmiş Milletler Teşkilatının veya Birleşmiş Milletlere Bağlı Özel Teşekküllerin veya Uluslararası Atom Enerjisi Ajanslığının üyesi bulunması veya Uluslararası Lahey Adalet Divanı Statüsüne taraf olması veya WIPO Genel Kurulu tarafından anlaşmaya taraf olmaya davet edilmiş olması şartlarına bağlanmıştır. Bu devletler onay veya katılma belgelerini genel müdüre tevdi ederek WIPO’ya üye olurlar.⁹³

WIPO’nun temel amaçları ikiye ayrılabilir: İlk amaç, fikri mülkiyet haklarının tüm dünyada etkin şekilde korunmasına yönelik çalışmalar yapmaktır. Bu kapsamda yapılan çalışmalar arasında, uluslararası anlaşmaların hazırlanması, düzenlenen konferanslar yoluyla tartışmalı konular üzerinde üyelerin fikir birliğine varmalarının sağlanması ve yaratıcılık ve teknolojinin gelişmesi amacıyla bireylerin desteklenmesi gibi faaliyetler sayılabilir. İkinci amaç ise konferans ve eğitim çalışmaları ile üye ülkelerin mevzuatlarının gelişmesine yardımcı bulunmaktır.⁹⁴

⁹¹ SULUK, C./ORHAN, A., s.49.

⁹² YÜKSEL, M., s.558-559;MERAN, N., s.18; ŞİRİN, Ş., s.10.

⁹³ YALÇINER, U., “Sınai Mülkiyetin İlkeleri”, Yalçiner Danışmanlık, Ankara 2000, s.42.; AYBER, İ., s.13

⁹⁴ SULUK, C./ORHAN, A., s.49; KARAHAN, S./SULUK, C./SARAÇ,T./NAL, T., “Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları”, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s.24.

WIPO fikri mülkiyet haklarının gelişmesinde açısından bir lokomotif görevi üstlenmiştir. Ayrıca, fikri mülkiyet haklarının gelişmesinin rekabet hukuku ile ilişkisini ortaya koyarak dünya çapında rekabet hukukunun da uyumlulaştırılmasını da hedefleri arasına almıştır.⁹⁵

WIPO'nun organları, kurucu anlaşma olan Stockholm Sözleşmesinin 6. ve 9. maddeleri arasında düzenlenmiştir. WIPO'nun başlıca organları, Genel Kurul, Konferans, Koordinasyon Komitesi ve Uluslararası Büro'dur.

WIPO bugün itibariyle kendi kuruluş sözleşmesi de dahil olmak üzere, fikri ve sınai mülkiyet alanında toplam 26 anlaşmanın koordine ve yürütülmesinden sorumludur. WIPO bu sorumluluğu ile uluslararası fikri mülkiyet alanının tam merkezinde yer almakta ve bu sayede uluslararası anlaşmaların etkisini de arttırmaktadır.⁹⁶

3.2. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması ve Ekleri

Dünya devletlerinin birbirleriyle işbirliği içerisinde hareket etmesini sağlayarak dünya barışını sürekli hale getirmeyi amaçlayan Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması ekleriyle birlikte toplam 29 yasal metinden oluşmaktadır. Aşağıda, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması ve bu anlaşmanın ekleri ayrı ayrı açıklanacaktır.

3.2.1 Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması

2. Dünya Savaşı sonrasında, dünya barışını sürekli kılmak amacıyla uluslararası ekonomik iş birliğinin sağlanması düşüncesinden hareketle uluslararası ticaretin belirli bir düzen dahilinde yürümesini sağlayacak kuralların oluşturulması amaçlanmış ve 1947 yılında Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması(GATT) imzalanarak 1948 yılında yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın yürürlüğünü takiben, GATT turları bilinen uluslararası görüşmeler vasıtasıyla dünya ticaret sisteminin kapsamı önemli ölçüde güçlenmiş ve nihayet Uruguay Round Müzakereleri sonunda

⁹⁵ HENNING-BODEWIG, F., s.181, KARAHAN, S./SULUK, C./SARAÇ, T./NAL, T, s.24.

⁹⁶ PASLI, A., s.140.

15 Nisan 1994 tarihinde imzalanan Dünya Ticaret Örgütü kuruluş anlaşması ile uluslararası ticaret sistemi güçlü bir kurumsal yapıya kavuşmuştur.⁹⁷

Türkiye, Dünya Ticaret Örgütü'ne kuruluşundan kısa bir süre sonra üye olmuştur. TBMM'nin 1995 yılının Ocak ayında kabul ettiği 4067 sayılı Yetkilendirme Kanunu sonrasında Bakanlar Kurulu'nun 03.02.1995 tarih ve 6525 sayılı kararı ile süreç tamamlanmıştır.⁹⁸

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nda uyumsuzlukları giderici mekanizmalara yer verilmemiş olması ve yaptırım gücünün bulunmaması, Anlaşmanın yeterli derecede etkin olamaması sonucunu doğurmuştur. Dünya Ticaret Örgütü kuruluş anlaşması hazırlanırken tüm bu eksiklikler göz önünde bulundurularak, anlaşmada uyumsuzlukları giderici mekanizmalar tanımlanmıştır. Ayrıca, kurallara uymayan ülkelere karşı uygulanabilecek sert yaptırımlara yer verilmiştir.⁹⁹

GATT'ın kurulması aşamasında hedeflediği fakat yapısındaki eksiklikler nedeniyle gerçekleştiremediği hedefleri tamamlamak üzere oluşturulan WTO sisteminde, uluslararası mal ticareti, sunulan hizmetlerin ülkeler arası dolaşımı ve fikri mülkiyet haklarının korunması konuları üzerinde durulmuştur.¹⁰⁰

WTO Anlaşmasının birinci paragrafında, anlaşmanın temel amacının yaşam standartlarını yükseltmek, tam istihdamı sağlamak, üretim ve ticareti geliştirmek ve dünya kaynaklarının tam kullanımını gerçekleştirmek olduğu belirtilmiştir. Bu amaç aynı zamanda GATT'nin de temel amacıdır. WTO bu amaca ikinci ve üçüncü paragraflarında üç unsur daha eklemiştir. Bunlar, mallarla birlikte hizmetlerin de üretiminde ve ticaretinde genişlemenin sağlanması, çevreyi koruyarak sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleştirilmesi, gelişmekte olan ülkelerin içinde, özellikle en az

⁹⁷GATT Anlaşması Sonrası Gerçekleştirilen Müzakereler: 1947 Cenevre Müzakeresi, 1949 Annecy (Fransa) Müzakeresi, 1950-1951 Torquay (İngiltere) Müzakeresi, 1955-1956 Cenevre Müzakeresi, 1960-1962 Cenevre Dillon Round Müzakeresi, 1964-1967 Kennedy Round (ABD), 1973-1979 Tokyo Round, 1986-1993 Uruguay Round (Punta Del Este kenti, Uruguay), 1994 Marakeş Protokolü.

⁹⁸ PASLI, A., s.141.

⁹⁹ SULUK, C./ORHAN, A., s.50.

¹⁰⁰ PINAR, H., s.77.

gelişmiş olan ülkelerin durumu dikkate alınarak, ekonomik kalkınma ihtiyaçlarıyla orantılı şekilde uluslararası ticaretten pay almalarını sağlamak için olumlu çaba gösterilmesidir.¹⁰¹

3.2.2. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının Ekleri

WTO Kuruluş Anlaşması, ekleriyle birlikte, toplam 29 adet yasal metinden oluşmakta ve bunlara ek olarak bildirim, karar ve mutabakat metinlerinden oluşan 25 adet ek belge de WTO üyesi ülkelerin yükümlülüklerinin sınırını çizmektedir. Bunların tümü bir arada değerlendirildiğinde, dünya ticaretini düzenlemeyi amaçlayan kurallar konularak, organize bir yapının oluşturulduğu söylenebilir.¹⁰²

WTO Anlaşması, üye ülkelere yüklenen ticari politika yükümlülüklerine ilişkin hükümler içermemektedir. Bu hükümler, Anlaşmanın eki olarak tanımlanan belgelerin kapsamında bulunmaktadır.¹⁰³

WTO Anlaşmasını oluşturan 4 ek ve eklerin alt başlıkları şunlardır:

EK-1: Çok Taraflı Ticaret Anlaşmaları

EK-1A: Mal Ticaretinde Çok Taraflı Anlaşmalar

- Gümrük Tarifeleri ve Ticareti Genele Anlaşması(GATT)
- Tarım Anlaşması
- Bitki ve Hayvan Sağlığı Tedbirleri Uygulama Anlaşması
- Tekstil ve Giyim Anlaşması(ATC)
- Ticaretle Bağlantılı Yatırım Tedbirleri Anlaşması(TRIMS)
- GATT'ın VI. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Anlaşma
- Sevk Öncesi İnceleme Anlaşması
- Menşe Kuralları Anlaşması
- İthalat Lisansları Anlaşması
- Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Tedbirler Anlaşması

¹⁰¹ R.G. 25.02.1995, 22313.

¹⁰² AYBER, İ., s.56.

¹⁰³ AKIN, N., s.38.

EK-1B: Hizmet Ticareti Genel Anlaşması ve Ekleri

EK-1C: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması(TRIPS)

EK-2: Anlaşmazlıkların Çözülmesi Konusundaki Kural ve Yöntemleri Belirleyen Mutabakat Metni

EK-3: Ticaret Politikalarını Gözden Geçirme Mekanizması

EK-4: Çoklu Ticaret Anlaşmaları

- Çoklu Ticaret Anlaşmaları
- Sivil Uçak Ticaret Anlaşması
- Devlet Alımları Anlaşması
- Uluslararası Süt Ürünleri Anlaşması
- Uluslararası Sığır Eti Anlaşması

WTO Anlaşmasının ekinde yer alan, yukarıda sayılan anlaşma ve bunlara bağlı yasal metinler vasıtasıyla, üye ülkeler arasında ticari ilişkilerin sağlıklı ve düzenli bir şekilde yürütülmesini temin edecek kurumsal yapının oluşturulması sağlanmıştır.

Anlaşmanın, 1, 2 ve 3. eklerinde yer alan anlaşma ve bunlara bağlı yasal metinler, WTO Anlaşmasının ayrılmaz birer parçası olarak sayılmış ve bu nedenle bütün üyeleri bağlayıcı etkisi olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, WTO Kuruluş Anlaşması'nı imzalayan bir devlet otomatik olarak bahse konu anlaşma ve bunlara bağlı yasal metinleri kabul etmiş sayılmaktadır.

Anlaşmanın 4. ekinde yer alan anlaşmalar ve bunlara bağlı yasal metinler ise tüm WTO üyesi ülkeleri değil sadece bunları imzalayan ülkeleri bağlamaktadır.^{104 105}

¹⁰⁴ KARAKOÇ, K. O., **Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşması ve Uluslararası Örgütlerin Rekabet Politikaları**, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, s.19.

¹⁰⁵ DTÖ Anlaşmasının 1, 2 ve 3 no'lu eklerinde yer alan anlaşma ve bunlara bağlı yasal metinlerin tümü Çok Taraflı Ticaret Anlaşmaları olarak, 4 no'lu ekinde yer alan sözleşme ve bunlara bağlı yasal metinler ise Çoklu Ticaret Anlaşmaları olarak adlandırılmaktadır. Çoklu Ticaret Anlaşmalarının yapılarından kaynaklanan ihtiyarilik gereği anlaşmaları kabul etmeyen ülkelere açısından hak ve borç doğurmazlar.

4. Marka Koruması ile İlgili Diğer Uluslararası Anlaşmalar ile TRIPS Anlaşması arasındaki İlişki

TRIPS Anlaşması fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması açısından çok önemli bir gelişmeyi temsil eder. TRIPS'den önceki Paris ve Bern Sözleşmeleri gibi sözleşmeler akdedildikleri dönemde çok önemli standartlar oluşturmuşlarsa da, bu hükümleri bağlayıcı kılacak mekanizmaların öngörülmemiş olması büyük bir eksiklik olmuş ve sözleşmelerin etkinliğinin beklenenin altında olmasına yol açmıştır. TRIPS'e taraf olan ülkeler açısından ise, Anlaşma ile oluşturulan standartların ve getirilen emredici hükümlerin ulusal hukuk düzenlerine entegre edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Anlaşmanın hükümlerine uymayan ülkelere yönelik ciddi yaptırımlar öngörülmüştür.¹⁰⁶

TRIPS Anlaşması ile Madrid Anlaşması birbirlerinden farklı konularda düzenlemeler yapmışlardır. TRIPS uluslararası alanda fikri mülkiyet haklarının korunmasına yönelik minimum standartları sağlamayı amaçlamakla birlikte hakların uluslararası tescil prosedürü ile ilgilenmemiş ve bu alanı Madrid Anlaşmasına bırakmıştır. Bu bakımdan, iki anlaşmanın birbirinden tamamen bağımsız alanlarda faaliyet gösterdiği söylenebilir.^{107 108}

TRIPS ile TLT Anlaşması temel olarak farklı konuları düzenlemektedir. Bununla birlikte, TLT'nin temelindeki ulusal ve bölgesel tescil prosedürlerindeki gereksiz formaliteleri ortadan kaldırarak süreci basitleştirmek ve taraf ülke uygulamaları arasında yeknesaklığı sağlama amacına paralel düzenlemeler TRIPS Anlaşması'nın 62. maddesinde karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁹ Söz konusu madde kapsamında, fikri mülkiyet hakları ile ilgili işlemlerde gereksiz prosedürlerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.

¹⁰⁶ SULUK, C./ORHAN, A., s.51.

¹⁰⁷ KUR, A., s.96, ARKAN, S., “**Marka Hukuku**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cilt 1, Ankara 1998, s.11.

¹⁰⁸ Madrid Sistemi, marka başvurusuna dair şekli düzenlemeler getirirken, Paris Sözleşmesi ve TRIPS maddi hukuka yönelik düzenlemeler yapmaktadır. Madrid Sistemi gerek yaptığı doğrudan atıflar ile gerek rüçhan hakkını öngörerek gerek de ülkesellik ilkesini teyit ederek, esasında Paris Sözleşmesi ile kurulan ve TRIPS ile tamamlanan uluslararası fikri mülkiyet dünyasının maddi yönünü, yani işin esasını, usuli düzenlemeleri ile tamamlamaktadır. **Bknz.** PASLI, A., s.121-122.

¹⁰⁹ KUR, A., s.97.

TRIPS'in 2.1 maddesinde, TRIPS ile Paris Sözleşmesi arasındaki ilişkiler düzenlenmiştir. Buna göre, tüm üye devletler Paris Sözleşmesi'nin (1967 metninin) 1-12. maddeleri ile 19. maddesine uymakla yükümlüdürler. Bunun yanında 2.2. maddede TRIPS'de yer alan hükümlerin, üye devletlerin Paris Sözleşmesi ile üstlendikleri yükümlülükleri ihlal etmeyeceği gösterilmiştir.¹¹⁰ Böylece TRIPS, Paris Sözleşmesi hükümlerini, bu Sözleşmeye taraf olmamış devletler bakımından da bağlayıcı hale getirmektedir.

TRIPS Anlaşması'nın 52. maddesinin 3. bendinde, Paris Sözleşmesi'nin Stockholm metninin 4. maddesinin gerekli değişiklikler yapılarak hizmet markalarına da uygulanması öngörülmüştür. Bu madde kapsamında, birlik ülkelereinden birinde bir iktira beratı, bir faydalı model, bir fabrika veya ticaret markası talebini usulüne uygun olarak yapmış olan kimsenin, diğer ülkelerdeki tevdii hakkında, Sözleşme'de öngörülmüş süre içinde rüçhan hakkından yararlanacağına ilişkin hak hizmet markalarını kapsamamaktaydı. TRIPS Anlaşması ile rüçhan hakkı hizmet markalarını da içine alacak şekilde genişlemiştir.

¹¹⁰ ŞENER ve EROĞLU, “Ticari İşletme Hukuku Uygulamaları”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.134.

İKİNCİ BÖLÜM

TRIPS ANLAŞMASI KAPSAMINDA MARKA KAVRAMI VE ÜYE ÜLKELERE TANINAN SERBESTİLER

A. MARKA İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

1. Markanın Tanımı

Marka en temel anlamıyla, bir ürünü veya hizmeti benzeri ürün veya hizmetlerden ayırt etmeye yarayan her tür işaret olarak tanımlanabilir.¹¹¹

Markanın Fikri Mülkiyet Hukuku'nun bir dalı olması sebebiyle WIPO'nun yapmış olduğu tanım da önem kazanmıştır. WIPO'nun yapmış olduğu tanıma göre, marka öyle bir işarettir ki, o işaret ile bir ticari veya sinai kuruluşun ürünleri diğerlerinden ayrılmaktadır.¹¹²

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede markanın tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte, KHK'nın "markanın içereceği işaretler" başlıklı 5/I. maddesinde "Marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlama koşuluyla, kişi adları dahil özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işarettir" denilmiştir.¹¹³

Ülkemizde markalar ilk olarak 1888 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi ile koruma altına alınmıştır. Bu düzenlemeyi 1965 tarihli 551 sayılı Markalar Kanunu ve 1995

¹¹¹ Benzer tanımlar için **Bknz.** Arkan, S., s.35; SZALEWSKI, J.S., s.189, PASLI, A., s.20; KAYA, A., "Marka Hukuku", Arkan Yayınları, İstanbul 2006, s.13; NOYAN, E., "Marka Hukuku", Adalet Yayınları, Ankara 2006, s.156; YASAMAN, H., s.16; ÇAĞLAR, H., s.11; ÇOLAK, U., "Türk Marka Hukuku", On iki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s.7; KARAHAN, S./SULUK, C./SARAÇ, T./NAL, T., "Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları", Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s.153; GERVAIS, D.J., s.158; MERAN, N., s.25; OYTAÇ, K., s.2; TAUBMAN, A/WAGER, H./WATAL, J., "A Handbook on the WTO TRIPS Agreement", Cambridge University Press, May 2012, s.54; TEKİNALP, Ü., "Fikri Mülkiyet Hukuku", Arkan Yayınları, Dördüncü Bası, 2005, s.343.

¹¹² KARAHAN, S., "Marka Şekilleri", Yüksek Lisans Tezi, İ.Ü.H.F., İstanbul, 1986 s. 5.

¹¹³ ARKAN, S., s.35.

tarihli 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname izlemiştir.

Ülkemizde markaların korunması için yapılan hukuki düzenlemelerin temelinde Paris Sözleşmesi, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ve bu anlaşmanın eki olan TRIPS anlaşması, 89/104 sayılı Avrupa Ekonomik Topluluğu(AET) Marka Yönergesi, 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğü ve 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü bulunmaktadır. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK bu uluslararası düzenlemeler esas alınarak hazırlanmıştır.¹¹⁴

2. Markanın Unsurları

556 sayılı KHK'ya göre bir markanın ortaya çıkmasının koşulları, marka olmaya uygun ayırt edici niteliğe sahip bir işaretin bulunması, bu işaretin çizimle görüntülenebilmesi veya benzer şekilde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanabilmesi ya da çoğaltılabilesidir.

2.1. İşaret Unsuru

556 Sayılı KHK'da markanın her şeyden önce bir "işaret" olduğu vurgulanmıştır. İşaret kelimesi geniş bir anlama sahip olup sadece bir şekli ifade etmemektedir.¹¹⁵ Aksine 556 KHK'nın 5. maddesinde, marka olabilecek işaretlerin kapsamı geniş tutularak sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi unsurlar marka olabilecek işaret olarak sayılmıştır. Hükmün lafzından, bu işaretlerin sadece örnek olarak verildiği ve marka oluşturabilecek işaretlerin sayıca veya türsel olarak sınırlandırılmamış olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple, maddede açıkça sayılmasa da ticaret ünvanı, sloganlar, alan adları, amblemler, tasarımlar, desenler, üç boyutlu şekiller, renkler, seslerin de marka olarak tescil edilebilecek işaretler olduğu söylenebilir.¹¹⁶

¹¹⁴ ÖZTÜRK, Ö., "Koku Markası", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl:7 Cilt:7 Sayı:2, s.60.

¹¹⁵ TEKİNALP, Ü., s.343.

¹¹⁶ ÖZTÜRK, Ö., s.61.

2.2. Ayırt Edicilik Unsuru

Marka olarak kullanılacak bir işaretin öncelikle ayırt etmeyi sağlaması gerekmektedir. Bu ifade, markanın temel fonksiyonu olan ve bir malın veya hizmetin diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilebilmesini amaçlayan ayırt etme fonksiyonunun bir yansımasıdır. Ayırt etmeyi sağlamayan bir işaret, bir markadan beklenen işlevleri yerine getiremeyecektir.¹¹⁷

Bazı işaretlerin hiçbir mal veya hizmet için ayırt ediciliği yok iken bazı işaretler sadece bazı mal ve hizmetler için ayırt edicilikten yoksun olabilir. Örneğin, hiçbir özelliği ve tertip tarzı olmayan standart bir nokta işareti tüm mal ve hizmetler açısından ayırt edicilikten yoksun iken, standart bir yazım stiline sahip “bisküvi” ibaresi sadece bisküvi malları açısından ayırt edicilikten yoksundur.

Öte yandan, 556 sayılı KHK'nın 7. maddesinin son fıkrasında yer alan bir istisnaya göre, tescil tarihinden önce kullanılarak, tescile konu mal ve hizmetle ilgili olarak ayırt edicilik kazanmış işaretlerin marka olarak kullanılabilmesine olanak sağlanmıştır.¹¹⁸

2.3. Çizimle Görüntülenebilme veya Benzer Biçimde İfade Edilebilme Unsuru

556 sayılı KHK'ya göre bir işaretin marka olarak kabul edilebilmesinin koşullarından biri de işaretin çizimle görüntülenebilmesi veya benzer biçimde ifade edilebilmesi yani işaretin grafiksel olarak gösteriminin mümkün olmasıdır.¹¹⁹

Grafiksel olarak ifade edilebilme, sadece iki boyutlu işaretlerin ya da belirli bir görselliğe sahip ibarelerin marka olarak kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Önemli olan husus, işaretin görselliğinin olması değil, grafiksel olarak ifade

¹¹⁷ KARADENİZLİ, T., “Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri”, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2008, s.5.

¹¹⁸ ARKAN, S., s.36.

¹¹⁹ ÇAĞLAR, H., s.14.

edilebilmesidir. Örneğin, ses markaları açısından notaların müzik portresi¹²⁰ üzerinde gösterimi grafiksel olarak ifade edilebilme şartını yerine getirmektedir.^{121 122} Aynı şekilde, koku markaları açısından, kokunun formülle veya benzer bir şekilde ifade edilmesiyle sağlanabilir. Dolayısıyla, bir koku kimyasal maddelerin formülleriyle elde edilebileceği gibi, bu kimyasal maddelerin grafiklerinin çizilmesiyle de ifade edilebilir.

Öte yandan, grafiksel olarak ifade edilebilme şartının gerçekleşmesi için, grafiksel ifadenin açık, kesin, müstakil, kolay erişilebilir, dayanıklı(zamanla bozulmayan nitelikte) ve objektif olmalıdır.¹²³

2.4. Baskı Yoluyla Yayınlanabilme ve Çoğaltılabilme Unsuru

556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde, markanın çizimle görüntülenebilir veya benzer şekilde ifade edilebilir olmasının yanında baskı yoluyla yayınlanabilir ve çoğaltılabilir nitelikteki işaretlerden oluşacağı da belirtilmiştir.

¹²⁰ Portre: Üzerine veya arasına nota yazılan, aralıkları birbirine eşit, beş paralel çizgi, dizek(www.tdk.gov.tr).

¹²¹ ARKAN,S., s.37; ÇAĞLAR, H., s.14.

¹²² HABM(OHİM) uygulamasında ses markaları şimdiye kadar üç boyutlu ve renk markalarına nazaran daha az öneme sahip olmuştur. HABM(OHİM) istatistiklerine göre 2001 yılı sonuna kadar 17 ses markası başvurusu yapılmış ve bunlardan 6 tanesi tescil edilmiştir. Bunlardan 4 tanesi yalnızca 2001 yılına aittir. GMVO(Topluluk Marka Yönetmeliği) ve GMDVO(Topluluk Marka Uygulama Yönetmeliği) ses markaları konusunda özel bir hüküm içermemektedir. HABM(OHİM) Marka Kontrol Yönergesi no: 8.2'de ses markalarının tescil ettirilebileceğine işaret edilmektedir. Ancak bunun çizime aktarılabilir veya notaya aktarılabilir olması ve dolayısıyla da ayırt edilebilirlik vasfına sahip olması gerekir. Şu ana kadar tescili yapılan ses markaları çoğunlukla notayla ifade edilebilen melodilerden veya müzik tonlarından, bazıları çok sesli partiyonlardan ve bazıları da tek düze orkestra müziğinden oluşmaktadırlar. Bazı müzik markaları makam vs. unsurlara da yer vermektedir. Kasette kayıtlı bir ses ise ses markası olarak kabul edilmemiştir. Çünkü bu sesin çizimle görüntülenebilme imkanı mevcut değildi. **Bknz.BİLGİLİ, F., "Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukuki Koruma Şartları"**, e-akademi, S.22, Aralık 2003, s.9.

¹²³ Avrupa Adalet Divanı (ECJ) ilkesel nitelikteki "Sieckmann" kararında, grafiksel gösterim ile ilgili olarak şu hususlara vurgu yapmıştır: "marka teşkil edebilecek her türlü işaretin görsel olarak, özellikle görüntüler, çizgiler veya harfler yardımıyla temsiline (grafiksel gösteriminin) yapılabilmesi gerekmekte, ve grafiksel gösterim; açık, kesin, müstakil, kolay erişilir, anlaşılır, dayanıklı (zamanla bozulmayan nitelikte) ve objektif olmalıdır." Dolayısıyla bir marka; grafiksel olarak kesin şekilde teşhis edilebilmesi için özellikle görüntüler, çizgiler veya harfler yoluyla görsel olarak temsil edilmesi kaydıyla başlı başına görsel olarak algılanabilir olmayan bir işaretten oluşabilir. **Bknz. KARADENİZLİ, T., s.7.**

Baskı yoluyla çoğaltılabilme unsurunun, Avrupa Topluluğu Direktifi'nin 2. maddesi ve CTMR'nin 4. maddesinde yer alan bir kavram olmamasına rağmen 556 sayılı KHK'da yer almasının nedeni, marka örneklerinin sicilde tutulabilmelerinin sağlanmasıdır.¹²⁴ Nitekim, 556 sayılı KHK'nın başvuru şartlarını düzenleyen 23. maddesi ile aynı KHK'nın Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 8. maddesi uyarınca, markanın yayına ve baskı yoluyla çoğaltmaya elverişli en az 5x5 ve en fazla 7x7 cm ebatında 5 adet örneğinin başvuru dilekçesine eklenmesi zorunluluğu getirilmiştir.

3. Markanın Fonksiyonları

Markaların ticari hayatta öncelikli fonksiyonları, kaynak gösterme ve ayırt etme fonksiyonlarıdır. Bunun yanı sıra, gelişen ticari ve sosyal koşullar ile markaya ekonomik işlevler de yüklenmiş ve markanın reklam fonksiyonu ile kalite(garanti) fonksiyonu da öne çıkmıştır.¹²⁵

3.1. Kaynak Gösterme Fonksiyonu

Kaynak gösterme fonksiyonu, markanın, bir mal ya da hizmetin hangi işletme tarafından üretildiği ya da piyasaya sürüldüğünü göstermesi olarak açıklanabilir. Buna göre marka, üretici veya satıcı ile mal/hizmet arasında bağ kurar.¹²⁶

Son yıllarda markanın, lisans, franchising v.b yollarla birden çok işletme tarafından kullanılmaya başlanması markanın işletmeleri ayırt etme fonksiyonu zayıflatmaktadır.^{127 128}

¹²⁴ ARKAN, S., s.37.

¹²⁵ KAYA, A., s.58.

¹²⁶ CORNISH, W. R.; "Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights", Third Edition, London 1996, s. 527.

¹²⁷ YASAMAN, H. S18.

¹²⁸ Markanın klasik işlevlerinden olan kaynak gösterme işlevinin, günümüzde, üretim ilişkilerinin değişmesi (örneğin lisanslı üretimin, franchising usulünün yaygınlaşması gibi) nedeniyle eski önemini kaybettiği yönünde genel bir yaklaşım mevcuttur. Öğretide ayrıca, genellikle teşebbüsün marka kavramının nitelenmesinde belirli olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin; Tekinalp, öğretideki görüşlere de atıfla, bugün itibarıyla köken işlevinin yerini malın hüviyeti işlevine bıraktığı, markanın işletmelerin mallarını birbirinden ayırmaktan çıkıp, doğrudan doğruya malları birbirinden ayıran bir araç haline geldiğini ifade etmektedir. **Bknz.** KAYA, A., s.59. Ayrıca benzer görüşler için **Bknz.** ARKAN, S., s.38; ÇOLAK, U., s.13.

Markanın kaynak gösterme fonksiyonu, genellikle ayırt etme fonksiyonu ile birlikte anılır. Avrupa Adalet Divanı (ECJ) içtihatlarına göre de “markanın asli fonksiyonu, markalı ürünün tüketicisinin, herhangi bir karıştırma olasılığı olmaksızın, söz konusu ürün veya hizmeti, farklı kaynağa sahip ürün veya hizmetlerden ayırmasını sağlayarak onun kaynağının kimliğini garanti etmektir ve markanın bozulmamış rekabet sistemi içindeki asli görevini yerine getirebilmesi için, markayı taşıyan tüm ürün veya hizmetlerin tek bir teşebbüsün – ki o teşebbüs mal ve hizmetlerin kalitesinden sorumludur- kontrolü altında kaynaklandığını garanti etmesi zorunludur.¹²⁹

3.2. Ayırt Etme Fonksiyonu

Marka, tüketicinin satın almak istediği bir mal veya hizmeti, piyasadaki benzer mal ve hizmetlerden ayırt etmesine olanak sağlamakla birlikte, söz konusu mal ve hizmeti yeniden satın almak istediğinde onu tanımasını sağlamaktadır.¹³⁰

Esas itibariyle marka, kaynak gösterme fonksiyonu ile mal ve hizmetlerin ticari kaynağı olan işletmeleri birbirinden ayırt edilmesine olanak sağlamakla birlikte, ayırt etme fonksiyonu ile bizzat ürün veya hizmetlerin kendisini de benzerlerinden ayırır. Markanın ayırt etme işlevini yerine getirmesi için mutlaka üzerinde görsel ifadelerle görme duyusuna hitap etmesi gerekmez. Örneğin, üzerinde bir kelime veya amblem yer almasa dahi farklı ve özgün bir parfüm şişesi; içindeki ürünün diğer parfümlerden ayırt edilmesini sağlayabilir. Benzer şekilde, duyulan kısa bir melodi veya ses, bir ürün veya hizmeti benzerlerinden ayırmamıza yarayabilir.¹³¹

Bir marka, üzerinde kullanılacağı malı veya satışa sunulan hizmeti tanımladığı ölçüde ayırt edicilikten uzaklaşacak ve marka güçsüzleşecektir. Diğer yandan, marka, mal veya hizmeti tanımlamaktan ne kadar uzaklaşırsa ayırt ediciliği o derecede yüksek olacak ve güçlü marka özelliği kazanacaktır. Markanın kullanılması

¹²⁹ KARADENİZLİ, T., s.11.

¹³⁰ DİRİKKAN, H., “**Tanınmış Markanın Korunması**”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s.11.

¹³¹ KARADENİZLİ, T., s.10.

sürecinde, ayırt edicilik bakımından zayıf bir markanın güçlenmesi, güçlü bir markanın ise zayıflaması da mümkündür.¹³²

2.3. Çizimle Görüntülenebilme veya Benzer Biçimde İfade Edilebilme Unsuru

556 sayılı KHK'ya göre bir işaretin marka olarak kabul edilebilmesinin koşullarından biri de işaretin çizimle görüntülenebilmesi veya benzer biçimde ifade edilebilmesi yani işaretin grafiksel olarak gösteriminin mümkün olmasıdır.¹³³

Grafiksel olarak ifade edilebilme, sadece iki boyutlu işaretlerin ya da belirli bir görselliğe sahip ibarelerin marka olarak kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Önemli olan husus, işaretin görselliğinin olması değil, grafiksel olarak ifade edilebilmesidir. Örneğin, ses markaları açısından notaların müzik portresi¹³⁴ üzerinde gösterimi grafiksel olarak ifade edilebilme şartını yerine getirmektedir.^{135 136} Aynı şekilde, koku markaları açısından, kokunun formülle veya benzer bir şekilde ifade edilmesiyle sağlanabilir. Dolayısıyla, bir koku kimyasal maddelerin formülleriyle elde edilebileceği gibi, bu kimyasal maddelerin grafiklerinin çizilmesiyle de ifade edilebilir.

¹³² YASAMAN, H., s.18-19.

¹³³ ÇAĞLAR, H., s.14.

¹³⁴ Portre: Üzerine veya arasına nota yazılan, aralıkları birbirine eşit, beş paralel çizgi, dizek(www.tdk.gov.tr).

¹³⁵ ARKAN,S., s.37; ÇAĞLAR, H., s.14.

¹³⁶ HABM(OHİM) uygulamasında ses markaları şimdiye kadar üç boyutlu ve renk markalarına nazaran daha az öneme sahip olmuştur. HABM(OHİM) istatistiklerine göre 2001 yılı sonuna kadar 17 ses markası başvurusu yapılmış ve bunlardan 6 tanesi tescil edilmiştir. Bunlardan 4 tanesi yalnızca 2001 yılına aittir. GMVO(Topluluk Marka Yönetmeliği) ve GMDVO(Topluluk Marka Uygulama Yönetmeliği) ses markaları konusunda özel bir hüküm içermemektedir. HABM(OHİM) Marka Kontrol Yönergesi no: 8.2'de ses markalarının tescil ettirilebileceğine işaret edilmektedir. Ancak bunun çizime aktarılabilir veya notaya aktarılabilir olması ve dolayısıyla da ayırt edilebilirlik vasfına sahip olması gerekir. Şu ana kadar tescili yapılan ses markaları çoğunlukla notayla ifade edilebilen melodilerden veya müzik tonlarından, bazıları çok sesli partiyonlardan ve bazıları da tek düze orkestra müziğinden oluşmaktadırlar. Bazı müzik markaları makam vs. unsurlara da yer vermektedir. Kasette kayıtlı bir ses ise ses markası olarak kabul edilmemiştir. Çünkü bu sesin çizimle görüntülenebilme imkanı mevcut değildi. **Bknz.BİLGİLİ, F., "Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukuki Koruma Şartları"**, e-akademi, S.22, Aralık 2003, s.9.

Öte yandan, grafiksel olarak ifade edilebilme şartının gerçekleşmesi için, grafiksel ifadenin açık, kesin, müstakil, kolay erişilebilir, dayanıklı(zamanla bozulmayan nitelikte) ve objektif olmalıdır.¹³⁷

3.4. Reklam Fonksiyonu

Marka sahipleri ekonomik olarak rasyonel bir davranışla, benzer mal ve hizmetleri sunan rakip markaları tercih eden tüketicilerin de kendi markalarını taşıyan mal ve hizmetleri tercih etmesini sağlayarak pazar paylarını arttırma arayışı içindedirler. Bu sebeple, işletmeler önemli düzeyde reklam ve tanıtım harcamaları yapmaktadırlar. Ayrıca markanın garanti fonksiyonu da markanın tanınmasında önemlidir. Mal veya hizmeti daha önce satın alarak memnun kalan tüketiciler diğer mal veya hizmetlere tercih edeceklerdir.

Tüketiciler, satışa sunulan mal veya hizmeti marka aracılığıyla tanıyacak ve satın alıp almamaya karar verecektir.¹³⁸ Markanın kullanılmaya başlanması ile birlikte tüketici ile marka arasında bir bağ oluşacak ve tüketici tercihi yaparken düşünmeden o markayı rakiplerine tercih edecektir.¹³⁹ Bu sayede, marka giderek daha tanınır hale gelecek ve pazar payı artacaktır.¹⁴⁰

¹³⁷ Avrupa Adalet Divanı (ECJ) ilkesel nitelikteki “Sieckmann” kararında, grafiksel gösterim ile ilgili olarak şu hususlara vurgu yapmıştır: “marka teşkil edebilecek her türlü işaretin görsel olarak, özellikle görüntüler, çizgiler veya harfler yardımıyla temsilinin (grafiksel gösteriminin) yapılabilmesi gerekmekte, ve grafiksel gösterim; açık, kesin, müstakil, kolay erişilir, anlaşılır, dayanıklı (zamanla bozulmayan nitelikte) ve objektif olmalıdır.” Dolayısıyla bir marka; grafiksel olarak kesin şekilde teşhis edilebilmesi için özellikle görüntüler, çizgiler veya harfler yoluyla görsel olarak temsil edilmesi kaydıyla başlı başına görsel olarak algılanabilir olmayan bir işareten oluşabilir. **Bknz.** KARADENİZLİ, T., s.7.

¹³⁸ ARKAN, S., s.39.

¹³⁹ YASAMAN, H., s.20.

¹⁴⁰ 556 sayılı KHK ile tanınmışlık düzeyi yüksek bir markanın sahip olduğu reklam fonksiyonunu koruyucu düzenlemeye de yer verilmiştir. KHK'nın 8/4. maddesi uyarınca, marka sahibi, markasının toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markasının itibarının zarara uğramasının söz konusu olabileceği durumlarda markanın farklı bir mal ya da hizmet için tesciline dahi itiraz edebilir. **Bknz.** ARKAN, S., s.39.

B. TRIPS ANLAŞMASI KAPSAMINDA MARKA KAVRAMI VE MARKA TÜRLERİ

1. TRIPS Anlaşması Kapsamında Marka Kavramı

WTO anlaşmasının 1C eki olan TRIPS Anlaşmasında marka ile ilgili hükümler, Anlaşmanın, “Fikri Mülkiyet Haklarının Mevcudiyeti Kapsamı ve Kullanımına İlişkin Standartlar” başlıklı II. Kısımında yer almaktadır.¹⁴¹ Söz konusu kısım, 15. maddeden başlayıp 21. madde de dahil olmak üzere toplam 7 maddeden oluşmakta ve üye ülkelerin marka hakkının korunması ile ilgili hayata geçirmesi gereken uygulamaları belirtmektedir.^{142 143}

Anlaşmanın 15.1. maddesi, Paris Sözleşmesinden farklı olarak yeknesak bir marka tanımı yapmıştır. Buna göre, “Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu bir marka oluşturabilecektir. Bu tür işaretleri, özellikle kişisel adlar, harfler, sayılar, mecazi unsurlar içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür işaret kombinasyonları, marka olarak tescil edilmek için uygun addedilecektir.” şeklinde tanımlanmıştır. Paris Sözleşmesinde markalar ile ilgili açık bir tanım yapılmamış olmasına rağmen TRIPS Anlaşmasında böyle bir tanım yapılmış olması, TRIPS’i, Paris Sözleşmesinin ötesine taşımıştır.^{144 145}

¹⁴¹ ARKAN, S., s.10.

¹⁴² TAUBMAN, A/WAGER, H./WATAL, J., s.54.

¹⁴³ TRIPS Anlaşmasının 15-21. maddelerine ilişkin düzenlemeleri, 556 Sayılı KHK’ye de yansımıştır. Koruma altına alınan işaretler, şekiller ve sembollere ilişkin kurallara (TRIPS m. 15/1), üyelerin markaların tescil edilebilirliğini kullanmaya bağlayabileceklerine (TRIPS m. 15/3) ilişkin düzenlemeler, 556 Sayılı KHK’da kabul görmüştür. Ayrıca, TRIPS’in Paris Anlaşmasının mükerrer 6. maddesine yaptığı atıf da KHK’ya alınmış ve mutlak red nedenleri arasında sayılmıştır. Bu hükme göre tescili reddedilecek markalar Türkiye’de tescil edilemez. TRIPS’in markaların yedi yıldan az korunmasını reddeden hükmü ve sürelerin yenilenmesine ilişkin hükmü ile kullanma ilkesi de Türk hukukuna yansıyan diğer düzenlemelerdir. Bknz. TEKİNALP,Ü., “Gümrük Birliği’nin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.55, S. 1-2, 1996, s.70.

¹⁴⁴ CORREA, C.M./YUSUF, A.A., “**Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement**”, Kluwer Law International, April 2008, s.169.

¹⁴⁵ TRIPS Anlaşması kısım II, bölüm 2’de; markanın anlamına, marka olabilecek işaretlerin çeşitlerine (m.15/1), markanın sahibine verdiği hakların kapsamına ve istisnasına (m.16/1. 17), tanınmış markanın belirlenme kriteri ile korunmasının farklı mal ve hizmetlere teşmiline (m.16/2-3), marka tescilinin koruma süresine (m.18), markayı tescilden önce veya sonra kullanım koşuluna (m.15/3. 19), marka lisansına ve devrine (m.21) ilişkin özel kurallara yer verilmiştir. Söz konusu kurallar, marka hukukunun her yönünü ele almamakta ve bazı konular itibarıyla Paris Sözleşmesine benzemekte ise

Anlaşmada yapılan marka tanımından anlaşılacağı üzere, ayırt edicilik marka olarak tescil edilmede tek temel unsur olarak belirtilmiştir.¹⁴⁶ Aksi halde, anlaşmanın marka hakkına sağladığı korumadan yararlanmak mümkün olmayacaktır.¹⁴⁷

TRIPS 15.3. maddesine göre 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 reddedilemeyecektir.¹⁴⁸

TRIPS 15.4. maddesine göre, markanın kapsamındaki mal ve/veya hizmetlerin niteliği, markanın tescili açısından hiçbir engel oluşturmayacak ve 15.5. maddesine göre, üye devletler her markayı tescil edilmeden önce veya tescil edildikten hemen sonra yayımlayarak tescilin iptali ile ilgili 3. kişilere makul bir süre tanıyacaklardır.

2. TRIPS Anlaşmasına Kapsamındaki Marka Türleri

TRIPS Anlaşması, 15.1. maddesinde yapılmış olan marka tanımı ile kendisinden önceki anlaşmaların ötesine geçmiştir. TRIPS Anlaşmasının marka tanımı, oldukça genel olup marka olarak değerlendirilebilecek işaret tiplerine bir sınırlama getirmemiştir. Söz konusu tanımlamada, marka olabilecek işaretler örnek olarak kişisel adlar, harfler, sayılar, mecazi unsurları içeren sözcükler ile renk ve işaret kombinasyonları şeklinde sayılmıştır.¹⁴⁹

de, bilhassa marka olabilecek işaretler ve tanınmış marka koruması bakımından Paris Sözleşmesindeki boşlukları doldurucu niteliktedir. **Bknz.** PASLI, A., s.82.

¹⁴⁶ SZALEWSKI, J.S., s.204.

¹⁴⁷ CORREA, C.M./YUSUF, A.A, s.170.

¹⁴⁸ 556 sayılı KHK'nın 14. maddesine göre, kullanılmama sebebiyle iptal süresi 5 yıl olup hüküm TRIPS ile uyumludur.

¹⁴⁹ KUR, A., s.100; GERVAIS, D.J., s.158.

2.1. Kişisel Adları İçeren Sözcükler

Ad, kişileri diğer kişilerden ayıran ve toplumsal ilişkilerde onları belirleyen bir tanım işaretidir. Gerçek kişi adları, soyadları¹⁵⁰ veya müstear adları ayırt edicilik kazanmış olmaları koşuluyla marka olarak tescili mümkündür.¹⁵¹ Aynı şekilde, tüzel kişilerin adları, ticaret unvanları, ticaret unvanlarının ayırt edici ekleri yada işletme adları marka olarak tescil edilebilir.¹⁵²

Ad üzerindeki hak bir kişilik olduğundan, başka kişiye ait bir adın kullanılabilmesi için sahibinden izin alınması gerekir. Bu durum, adın marka olarak tescilinde de geçerlidir. Başkasına ait bir adın marka olarak tescilinde, özellikle tanınmış kişiler için ad sahibi gerçek kişi ise kendisinden veya mirasçılardan, ad sahibi tüzel kişi ise tüzel kişiliğin yetkili organlarından izin alınması gerekir.¹⁵³

Kişi adlarının marka olarak tescil kabiliyeti somut olayın şartlarına göre değişiklik gösterebilir. Örneğin, bir kişinin adı veya soyadı ünlü bir markanın esas unsuru ile aynı ise, söz konusu kişinin adı marka olarak tescil edilmeyebilir.¹⁵⁴

Tarihe mal olmuş kişilerin adlarının marka olarak kullanılması da mümkündür. Örneğin Fransa'da likör malları üzerinde Napoleon, Avusturya'da likör ve çikolata malları üzerinde Mozart ibaresi marka olarak kullanılmaktadır. Ancak, tarihe mal

¹⁵⁰ Sadece ad veya sadece soyad içeren başvurulara kıyasla ad ve soyadını birlikte içeren – ad ve soyad ALİ ÖZTÜRK, MEHMET DEMİR vb. çok sık karşılaşılan ad soyad kombinasyonları hariç olmak üzere- başvuruların ayırt ediciliği daha yüksektir. **Bknz.** BENTLY, L./SHERMAN, B., s.789.

¹⁵¹ ÇOLAK, U., s.65.

¹⁵² ÇAĞLAR, H., s.15.

¹⁵³ ÇAĞLAR, H., s.15; TEKİNALP, Ü., s.345.

¹⁵⁴ “Mahkeme bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davacı markalarının tamamının asıl unsurunun ÇAMLICA ibaresi olduğu, davalı başvurusunun konusu olan ALTAN ÇAMLICA işaretinin, davacının öncelik hakkına sahip ÇAMLICA ibareli markaları ile görsel, anlamsal, biçimsel, fonetik ve umumi intiba itibarıyla benzer mahiyette bulunduğu ve başvuru konusu işaretlerin davacı markalarını çağrıştırıp hatırlattığı, 556 sayılı KHK'nın 8/4. maddesi hükmünün tanımladığı anlamda tanınmış marka olduğu anlaşılan davacı markasının toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi itibarıyla davalı başvurusunun tescilinin mümkün olamayacağı, bir kişinin ad ve soyadını marka olarak tescil ettirme olanağının bulunduğu, ancak soyadın tanınmışlık vasfı taşıyan bir başkasına ait markanın esas unsurunu oluşturması ve davalı başvurusundaki işarette de bunun tali değil, aksine asıl unsur olarak yer alması nedeniyle, başvuru ile davacı markaları arasında ticari bir bağ bulunduğu izlenimi yaratması karşısında, bu kullanımın dürüstçe ve ticari veya sanayi konularla ilgili temayüle uygun bulunduğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle, YİDK'nun 25.05.2005 gün ve M-1814 sayılı kararının iptaline, davalı adına tescil edilen markanın hükümsüzlüğü ile sicilden terkinine karar verilmiştir. **Yargıtay 11.HD. 25.03.2008 T., 2006/11683 E., 2008/3864 K.**

olmuş kişi adlarının marka olarak kullanılabilmesindeki sınır, ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmamasıdır.

2.2. Harfleri ve Sayıları İçeren Sözcükler

Harfler, sayılar veya harf ve sayı kombinasyonları da marka olarak tescil edilebilirler. Harflerin Latin alfabesinden olması zorunlu olmayıp Arap, Çin v.b alfabelerde yer alan harflerin de gerekli ayırt ediciliği sağlamak koşuluyla marka olarak tescili mümkündür.¹⁵⁵

Tek bir harf veya rakamın tek başına ayırt edici olarak kabul edilip edilmeyeceği 556 sayılı KHK açısından net olmamakla birlikte hakim görüşe göre tek bir harf veya rakamın marka olarak tescili ancak söz konusu işaretin ayırt edicilik kazanması ile mümkündür.¹⁵⁶

Bazı harf veya rakamlar ise tüketici nezdinde bir şehir ya da ülkeye işaret edebileceğinden, kamu düzeni, yanıltıcılık veya ayırt edicilik yönünden tescil engeli söz konusu olabilir. Örneğin; çay emtiası bakımından Rize ilinin plaka kodu olan 53 sayısı, Yunanistan'ın meşhur içkisi olan Uzo emtiası için ülkenin uluslararası plaka kodu olan "GR" harfleri gibi.¹⁵⁷

¹⁵⁵ TEKİNALP,Ü., s.346; KARAHAN, S./SULUK, C./SARAÇ,T./NAL, T.,s.161.

¹⁵⁶ YASAMAN, tek bir harfin veya rakamın ayırt edici gücü olmadığını, ancak ne zaman ki bunlara ayırt edici nitelik kazandırılır, o takdirde tescillerinin mümkün olabileceğini ifade etmektedir. **Bknz.** YASAMAN, H. S.74. KAYA da tek başına harf veya rakamın bir kişinin tekeline verilemeyeceğini, ancak harfin marka olarak kabulü ve bir kişinin tekeline verilebilmesini ayırt edicilik kazanmasına bağlı olduğunu savunmaktadır. **Bknz.** KAYA, A., s.23. ARKAN da tek bir harfin ve rakamın ayırt edici gücüne sahip olmaması nedeniyle marka olarak tescil edilemeyeceği görüşündedir. **Bknz.** ARKAN, S., s.73. TEKİNALP'e göre ise tek bir harfin bile tescili mümkündür. **Bknz.** TEKİNALP,Ü., s.346.

¹⁵⁷ ÇOLAK, U., s.61.

2.3. Mecazi Unsurları İçeren Sözcükler

Sözcük markaları, günlük hayatta en fazla karşılaştığımız marka türleridir. Marka bir sözcükten oluşabileceği gibi birden fazla sözcükten de oluşabilir. Bu açıdan bir sınırlama bulunmamaktadır.¹⁵⁸

Bütün sözcükler marka olarak tescillenebilir. Bu sözcükler günlük hayatta sıkça kullanılan sözcükler olabileceği gibi, teknik veya bilimsel sözcükler de olabilir. Ayrıca, türetilmiş, hayali, anlamı olmayan ve teknolojinin gelişmesi sonucu daha önce var olmadığı halde kullanılmaya başlanan sözcüklerde marka olarak tescillenebilir. Buradaki sınır, marka olarak tescillenecek sözcüğün, üzerinde kullanılacağı mal ve/veya hizmeti tanımlayan jenerik sözcüklerden olmamasıdır.¹⁵⁹ Aksi takdirde, sözcük ayırt edicilikten yoksun olacak ve marka olarak tescili mümkün olmayacaktır.¹⁶⁰

2.4. Renk Kombinasyonları

Günümüzde geleneksel marka tanımının dışına çıkılarak ayırt edici niteliğe sahip olan ses, koku, renk gibi işaretlerin de marka olabileceği kabul edilmektedir. TRIPS Anlaşması'nın 15. maddesinin 1. fıkrasında renk kombinasyonlarının marka olabileceği hususu hükme bağlanmış ve üye ülkeler renk kombinasyonlarını marka olarak tescil etme yükümlülüğü altına sokulmuştur.¹⁶¹

556 sayılı KHK'nin 5. maddesinde marka olarak tescillenebilecek işaretler sayılmakla birlikte, tanımda geçen “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde

¹⁵⁸ KARAHAN, S./SULUK, C./SARAÇ, T./NAL, T., s.158.

¹⁵⁹ Zorunlu ve jenerik sözcüklere örnek olarak Türkiye’de, Duşakabin markası tek başına tescil edilmiş, daha sonra pek çok firma tarafından malın tanımlayıcı unsuru şekli ile markanın yanında kullanılmıştır. Davacı bu kullanımın durdurulması nedeniyle dava açmıştır. Yapılan yargılamada “Duşakabin” ibaresinin hiçbir zihni çaba harcanmaksızın “duş yapılan yer”, “duş yapılan kabin” anlamına geldiğini, ayırt edici hiçbir özelliğinin olmadığını, zorunlu ve jenerik sözcük olduğunu tespit etmiş ve kullanımın durdurulamayacağını hüküm altına almıştır. **Bknz.** KİMİRAN, F., “**Marka Hükümsüzlüğü**”, www.turkhukuk sitesi.com/makale1253.htm.

¹⁶⁰ YASAMAN, H., s.5.

¹⁶¹ Buna karşılık, (kontursuz) tek renkler 15. madde kapsamında yer almadığından, üye devletler tek renklere marka koruması sağlamakla yükümlü değildirler. Ancak, TRIPS Anlaşması’nda (kontursuz) tek renklere marka korumasını yasaklar nitelikte bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu husus üye devletlerin marka kanları ve uygulamalarına bırakılmıştır. **Bknz.** KARADENİZLİ, T., s.26.

ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret” şartını yerine getiren renklere yer verilmemiştir.¹⁶²

Doktrinde renklerin marka olabilmesine yönelik tartışmanın konusu, belli bir şekle bağlanmamış yani soyut renklerdir. Rengin bir şekle bağlanmış olması durumunda ya da ayırt edici bir işaret ile birlikte kullanılması durumunda tartışma ortadan kalkmaktadır.¹⁶³

Soyut renkler, ayırt edici nitelikleri bulunmadığından, kendi başlarına tescil edilemezler.¹⁶⁴ Soyut renklerin tescil edilebilmesi, bu renklerin kendi içlerinde veya ayırt edici niteliğe haiz işaretlerle kombine edilmesi halinde mümkün olabilmektedir.¹⁶⁵ Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1999/6866 Esas, 1999/9075 Karar sayılı kararı ile renklerin ancak ayırt edici nitelikte olması veya rengin şekil ile özdeşleşerek ayırt edicilik kazanması halinde tescilinin mümkün olduğunu belirterek soyut renklerin tek başlarına tescillerinin mümkün olmadığını vurgulamıştır.¹⁶⁶

Öte yandan, soyut renklerin marka olarak tescillenebileceği hallerde söz konusudur. Soyut renklerin, bir mal veya hizmet ile birlikte sürekli kullanılması sonucunda, o mal veya hizmet için ayırt edici nitelik kazanabilecektir. Bu durumda, tüketici söz konusu renkle karşılaştığında o mal veya hizmeti hatırlayarak tercihini o mal veya hizmetten yana kullanacaktır. Soyut renklerin bu şekilde ayırt edici hale gelmesi sonucunda, soyut renk markaları sadece o mal veya hizmet ile sınırlı olmak üzere tescillenebilir.¹⁶⁷ Örneğin, 2012 yılında İngiltere’de görülen NESTLE/CADBURY davasında, Pantone 2685C renk kodu ile belirtilen, mor renkten ibaret marka tescil

¹⁶² TEKİNALP, Ü., s.347.

¹⁶³ EROĞLU, S., “**Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili**”, DEÜHFD, C.5, S.1, 2003, s.107.

¹⁶⁴ İnsanoğlunun zihninde hatırlayabileceği temel renklerin sayıları sınırlı olması nedeniyle, renklerin tek başına ayırt ediciliği çoğu kez mümkün değildir. Öte yandan renkler zamanla solacağından, marka ofislerindeki tescil evrakında yer alan renklerin, zamanla değişebileceği de bu marka türünün tescil handikaplarından. Ayrıca markanın renginin yazı ile tescil evrakına yazılması, rengin tanımının yapılması da, her rengin yüzlerce tonu olabileceğinden güçlük çıkartacaktır. **Bknz.** ÇOLAK, U., s.71.

¹⁶⁵ KARAHAN, S./SULUK, C./SARAÇ, T./NAL, T., s.161.

¹⁶⁶ OYTAÇ, K., “**Karşılaştırmalı Markalar Hukuku**”, Nobel Kitabevi, 2002, s.27.

¹⁶⁷ ÇAĞLAR, H., s.19.

başvurusu mahkemece daraltılmış ve tescil başvurusu kapsamında diğere çikolata türleri çıkartılarak sadece sütlü çikolatalar açısından tescil edilmiştir.¹⁶⁸

Türk Patent Enstitüsü tarafından çıkartılan Marka İnceleme Kılavuzu'nda uluslararası kabul gören PANTONE renk kodlama sistemi ile yapılan tek renk marka tescil başvurularının, uzun süreli kullanım sonucunda bir mal veya hizmetle ilgili olarak marka algılaması yaratması ve ayırt edicilik kazanmış olması durumunda, grafik temsil, dayanıklılık, kalıcılık gibi koşullar da karşılanıyorsa, tescilinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir.¹⁶⁹

2.5. İşaret Kombinasyonları(Şekiller)

556 Sayılı KHK'da malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen şekillerin marka olarak tescil edilebileceği belirtilmiştir.¹⁷⁰ Sözcük markalarından sonra en çok kullanılan markalar olan şekil markalarının kapsamına etiket, hologram, damga, rölyef, portre, geometrik şekil v.b işaretler girebilir.¹⁷¹ Burada önemli olan kıstas, şeklin gerekli ayırt edici niteliği taşıyor olmasıdır.

Marka olarak, hayali veya yaratılmış hikaye, roman, çizgi roman karakterlerinin seçilmesi durumunda, söz konusu karakterlerin yaratıcılarına telif hakkı ödenmesi söz konusu olur.¹⁷²

2.6. Üç Boyutlu Biçim Markaları

TRIPS Anlaşması'nın 15. maddesinde yapılan marka tanımında üç boyutlu şekillere açıkça yer verilmemesine rağmen tanımda marka olabilecek işaretlerin özellikleri arasında sayılan “mal veya hizmetleri ayırt etmeye elverişli her türlü işaret”

¹⁶⁸ ÇOLAK, U., s.72.

¹⁶⁹ TPE M.İ.K., md I-1. 10.1.

¹⁷⁰ KAYA, A., s.24.

¹⁷¹ ÇAĞLAR, H., s.17.

¹⁷² YASAMAN, H., s.5.

cümlesinden üç boyutlu biçimlerin marka olarak tescilinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilir.¹⁷³

556 sayılı KHK'nın 5.1. maddesinde malların biçimi ya da ambalajlarının tescil edilebileceği belirtilmekle birlikte, bu işaretlerin iki boyutlu mu yoksa üç boyutlu mu olacağı hususuna değinilmemiştir. Bununla birlikte, Tekinalp, tanımda geçen "malların veya ambalajların biçimi" ifadesinden hareketle üç boyutlu biçimlerinde marka olarak tescil edilebileceği sonucuna varmıştır.^{174 175}

Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 199/6866 Esas, 1999/9075 Karar sayılı kararında, üst yandan kapaklı, kızıl kahverengi karışımı rengi içeren yabancı sigara ürününün kutusunun, 556 sayılı KHK'nin 5. maddesinde öngörülen bir başka işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan niteliğinin bulunduğunu ve bu nedenle söz konusu üç boyutlu şeklin tescil edilebileceğini belirtmiştir.¹⁷⁶

Geleneksel marka türlerinin dışında kalan yeni marka türlerinden en çok tercih edileni üç boyutlu biçim markalarıdır.¹⁷⁷ Bunun en önemli nedenlerinden birisi, ürün tasarımları ve ambalajları, Endüstriyel Tasarım olarak tescil edilerek 25 yıllık bir süre için korunurken, söz konusu tasarım ve ambalajların marka olarak tescili suretiyle sınırsız yenileme imkanından faydalanılarak çok daha uzun süreler koruma elde edilebilmesidir.¹⁷⁸

Tescili talep edilen üç boyutlu biçimlerin ayırt edici niteliğinin olup olmadığı, rakiplerin arz ettiği malların biçimleriyle karşılaştırılmak suretiyle belirlenir. Bu karşılaştırma sonucunda, başvuruya konu işaretin karakteristik özelliklerinden en az

¹⁷³ OYTAÇ, K., "Karşılaştırmalı Markalar Hukuku", s.28.

¹⁷⁴ EROĞLU, S., s.114.

¹⁷⁵ 556 sayılı KHK'nın 15/II. Maddesinde yer alan "marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilir. Bu durumda mal veya ambalajın tescili marka sahibine mal veya ambalajı için bir inhisari hak sağlamaz" hükmünün lafzı dikkate alındığında, tescil edilen markanın bir mal veya ambalajın üzerinde bulunması ve onlarla birlikte tescil edilmiş bulunması halinde, koruma sadece markaya sağlanacak, markaya ilişkin yapılan bu tescil mal veya ambalaj için inhisari hak sağlamayacak ve mal veya ambalaj vaki tecavüzlere karşı KHK'nın koruma hükümlerinden yararlanamayacaktır. **Bknz.** EROĞLU, S., s.116.

¹⁷⁶ OYTAÇ, K., "Karşılaştırmalı Markalar Hukuku", s.407.

¹⁷⁷ BİLGİLİ, F., s.1.

¹⁷⁸ ÇOLAK U., s.79.

biri bile hali hazırda piyasada bulunan mal biçimlerinin karakteristik özelliklerinden farklı olduğu anlaşılırsa söz konusu işaretin ayırt edici olduğu söylenebilir. Örneğin, marka olarak kimsenin tekeline bırakılmayacak işaretlerden olan sıradan bir küp şekli, piramit şekli v.b marka korumasından yararlandırılmamalıdır.¹⁷⁹

Türk Patent Enstitüsü Marka İnceleme Kılavuzu'na göre, tescili talep edilen üç boyutlu şekil, standarttan farklılaşmış, ilgili tüketici çevrelerince söz konusu ürün açısından beklenmedik, alışılmadık bir şekle sahip, yani ekstra bir takım unsurlar içeren ve bu sayede ilgili pazardaki diğer ürünlerden ayırt edilerek tüketicinin zihninde söz konusu ürünlerin ticari kaynağının belli bir üreticiye işaret etmesinin sağlayacak nitelikte ise ayırt edici niteliği haiz bulunduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede, NUTELLA markalı ürünler için kullanılan kavanoz şekli, MALİBU markalı içkinin şişesi gibi üç boyutlu markalar tescil edilmiştir.¹⁸⁰

2.7. Hareket Markaları

Son yıllarda ortaya çıkan fakat henüz genel olarak kabul görmemiş marka türlerinden biri de hareket markalarıdır.¹⁸¹ Hareket markalarında amaç, marka örneğinde kullanılan işaretlerin hareketi sonucu ortaya çıkan iki ya da üç boyutlu resimler yoluyla, bir işletmenin ürettiği mal veya hizmetlerin diğer işletmelerin ürettiği mal veya hizmetlerden ayırt edilmesidir.

Hareket markalarında, ayırt edici niteliğin her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmede, hareketin ilgili tüketicilerce marka olarak algılanıp algılanmadığı ve sunulan mal ve hizmetlerin tek bir işletme ile ilişkilendirilip ilişkilendirilmediği üzerinde durulmalıdır. Ayrıca, hareketin uzunluğunun da makul olması gerekmektedir. Örneğin, reklam filmleri gibi uzun hareketlerin marka olması söz konusu değildir.¹⁸²

¹⁷⁹ KARASU, R., “ Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları”, BATİDER, C.24, S.3, Ankara 2008, s.335.

¹⁸⁰ ÇOLAK, U., s.81.

¹⁸¹ BİLGİLİ, F., s.11.

¹⁸² KARADENİZLİ, T., s.157.

Bir hareketin, hareket markasına konu olabilmesi için somut ve tam olarak tasvir edilebilir olması gerekir. Bu hareket birbirini takip eden resimler ile gösterilir ve her resim ayrı ayrı sözlü olarak tasvir edilirse (örneğin, resimde gösterilen hareketin süresi, hareketin yönü v.) bir markanın taşınması gereken çizimle görüntülenebilme veya benzer şekilde ifade edileme şartı gerçekleşmiş olur.¹⁸³

Hareket markalarının ayrı bir marka türü olarak kabul edildiği ülkelerde iki ana gösterim biçimi kabul edilmektedir. Birincisi, hareket işaretini oluşturacak tüm hareketsiz görüntülerin sunulmasıdır. Diğeri ise, hareket işaretinin bir elektronik kayıt taşıyıcı vasıtasıyla ve kabul edilen veri formatıyla başvuru ile birlikte verilmesidir. Bazı ofisler her iki gösterim biçimini de talep ederken, bazı ofisler iki gösterim biçimi arasında tercih hakkını başvuru sahibine bırakmaktadır.¹⁸⁴

2.8. Ses Markaları

Seslerin marka olarak tescil edilip edilmeyeceğine yönelik 556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde ve bu maddeye kaynaklık eden 89/104 sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesi'nin 2. maddesinde açıklık bulunmamaktadır.¹⁸⁵ Bununla birlikte, ayırt edici olmaları koşuluyla seslerin de marka tanımında yer alan "benzer biçimde ifade edilebilen" işaretlerden olduğu ve marka olarak tescil edilebilmelerinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.^{186 187}

Ses markaları insan kulağı tarafından algılanabilen markalardır.¹⁸⁸ Ses markalarının diğer markalara kıyasla en avantajlı yanı, tüketicilerce hızlı algılanmaları ve tüketicilerin zihninde yer etmeleridir. Görsel markalar açısından, tüketici gözünü kapatarak ya da başını farklı bir tarafa çevirerek uyarıcıdan etkilenmeme imkanına sahip iken insan kulağının iletişime sürekli açık ve her kanaldan gelen bilgiyi alma

¹⁸³ KARASU, R., s.344.

¹⁸⁴ Türk Patent Enstitüsü Marka İnceleme Kılavuzu'na göre hareket markası başvurusunda bulunacak kişilerden her iki gösterim biçimi de talep edilecektir.

¹⁸⁵ KARASU, R., "Ses Markaları", FMR Dergisi, S.2, 2007, s.31.

¹⁸⁶ TEKİNALP, Ü., s.365, KAYA, A., s.27, ARKAN,S.,s.41, YASAMAN, H., s.86.

¹⁸⁷ Bununla birlikte, seslerin grafik temsiline ve tescil makamlarında bültende, gazetede yayınında güçlükler olduğu da belirtilmelidir. Bu güçlüklerin aşılması için, sesin dijital ortamda kaydedilip, bu şekilde bir ortamda tescil makamına verilmesi ve tescil makamının da bu ses markasını yine dijital ortamda, internette yayınlanması önerilmekte ise de, her bilgisayarda ve her dijital aygıtta ses farklı biçimde çalabileceğinden bu öneri de uygulanabilirlik açısından sorunludur. **Bknz.** ÇOLAK, U., s.75

¹⁸⁸ EROĞLU, S., s.113.

eğiliminde olması nedeniyle ses markaları tüketiciyi daha fazla etkileyebilmektedir.¹⁸⁹

Sesler, nota yazımı sayesinde yazılı olarak ifade edilebilmekte, basılıp çoğaltılabilmekte, grafiksel biçimde gösterilebilmekte ve bu sayede marka olarak tescil edilebilmektedirler. Öte yandan, ses markalarının tescil edilebilirliğini sadece notalarla ifade edilebilmelerine bağlamak yanlış olacaktır.¹⁹⁰ Örneğin, Metro Goldwyn Mayer (MGM) şirketinin ses markası olarak tescilini talep ettiği aslan kükremesi sesine ilişkin olarak, OHIM Temyiz Kurulu'nun notaya dökülemeyen sesler için sesin sonogram görüntüsünün ve sese ilişkin yazılı tarifnamenin yeterli olabileceğine yönelik kararı bulunmaktadır. Bu karar ile birlikte, MGM şirketine ait aslan kükremesi sesi topluluk markası olarak tescillenmiştir.¹⁹¹

2.9. Koku Markaları

Ses markaları ile benzer olarak koku markaları da 556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde açıkça tanımlanmamış ve doktrindeki genel görüşe göre, ses markalarının grafiksel olarak gösteriminin nota yazımı ile sağlanmasına benzer şekilde koku markalarının da kokunun kimyasal içeriğinin açıkça gösterilmesi durumunda tescil edilebileceği kabul edilmiştir.¹⁹²

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı(ATAD), SIECKMAN kararında, kokunun kimyasal formülünün verilmesinin, kokunun tanımlanmasının ya da kokudan bir örneğin sunulmasının grafik temsil olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, ATAD, grafiksel gösterimin nasıl olması gerektiğinin tanımını da yapmamıştır.¹⁹³

¹⁸⁹ KARASU, R., “Ses Markaları”, FMR Dergisi, 2007, S.2, s.32.

¹⁹⁰ ŞENOCAK, K./HANEDAN, R.C., “Telefon Zil Seslerinin Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, C.5, S.1, 2003, s.301.

¹⁹¹ KARADENİZLİ, T., s.100.

¹⁹² Bu konuda, ARKAN, YASAMAN ve TEKİNALP gibi yazarlar koku markalarının kimyasal içeriğinin açıkça belirtilmesi suretiyle tescil edilebileceğini savunurken, KAYA ve KARAHAN gibi yazarlar ise KHK'nın 5. maddesindeki temel koşulları karşılamadaki güçlükler nedeniyle koku markalarının tesciline sıcak bakmamaktadırlar.

¹⁹³ ÇOLAK, U., s.78.

OHIM nezdinde bugüne kadar tescil edilmiş tek koku markası, tenis topları emtiası için, “taze kesilmiş çim kokusu” markası olup koku markalarının çok fazla örneği bulunmamaktadır.¹⁹⁴

Türk Patent Enstitüsü ise kokuların, çizimle görüntülenebilme ve benzer şekilde ifade edilebilme şartını yerine getirmediğinden marka olarak tescil edilemeyeceğini kabul etmektedir.¹⁹⁵

C.ÜYE ÜLKELERE TANINAN SERBESTİLER

TRIPS Anlaşması'nın 15. maddesi, anlaşmaya taraf ülkelerin marka tescilinde bazı koşulların gerçekleşmesini şart olarak ileri sürebileceğini belirterek üye ülkelere bir takım serbestlikler tanımıştır.

1. Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler

TRIPS Anlaşmasına göre, bir markanın korunmasının şartı o markanın tescilli olmasıdır. Tescil edilmiş bir marka TRIPS Anlaşması'nın sağladığı korumadan yararlanacak ve tescilli marka sahibi, markanın sağladığı tekel hakkından faydalanarak, ilgili mal ve hizmetler için başkasının markayı tescil ettirmesini önleyebilecektir.¹⁹⁶

Yukarıda da anlatıldığı üzere¹⁹⁷, TRIPS Anlaşması marka kavramına getirmiş olduğu tanımla Paris Sözleşmesi'nin ötesine geçerek, yeknesak bir marka tanımı yapmıştır.¹⁹⁸ Anlaşmanın 15. maddesinde, marka olarak tescillenebilecek işaretler kişi adları, harfler, sayılar ve mecazi unsurları içeren sözcükler ile renk ve işaret

¹⁹⁴ OHIM, 2001 tarihli başka bir kararında ise, kimyasal formülün kokuyu değil, maddeyi ifade edeceği, kokunun tanımlanmasının yeterli olmayacağı, koku örneğinin ibrazı durumunda ise zamanla kokunun uçacağı için yok olacağı gerekçeleriyle koku markasının tescil başvurusunu reddetmiştir. **Bknz.** ÇOLAK., U., s.78.

¹⁹⁵ TPE M.İ.K. I.1. 13.

¹⁹⁶ TEKİALP, Ü., “Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Kenan Tuçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s.467., RODRIGUES, E.B., “The General Exception Clauses of the TRIPS Agreement”, Cambridge University Press, April 2012, s.237.

¹⁹⁷ **Bknz.** 2. Bölüm, s.37.

¹⁹⁸ CORREA, C.M./YUSUF, A.A., s.169.

kombinasyonları olarak sayılmakla birlikte, maddenin lafzında da anlaşılacağı üzere sayılan işaretlerin örnek olarak verildiği ve yeni marka türlerinin de bu kapsama dahil edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı açıktır.¹⁹⁹

2. Üye Ülkelere Tescil Konusunda Tanınan Serbestiler

TRIPS Anlaşması'nın 15.1 maddesi üye devletlerin markanın tescilini red konusunda başka nedenler kabul etmelerine engel değildir. Tescili talep edilen işaretin ilgili mal ve hizmetler açısından ayırt ediciliğe haiz olmaması durumunda, üye ülkeler tescil edilebilirliği kullanım aracılığıyla kazanılan ayırt edici özelliğe bağlı kılabilirler. Aynı şekilde, üye ülkeler tescil işleminin bir şartı olarak işaretlerin görsel olarak algılanabilir özellikte olmasını talep edebilirler.

2.1. Ayırt Ediciliğin Kullanım Sonucu Kazanılması Hususunda Tanınan Serbesti

TRIPS Anlaşması kapsamında yapılan marka tanımından da anlaşılacağı üzere, bir işaretin marka olarak tescil edilmesinde ve anlaşmanın sağladığı korumadan yararlanmasında tek temel unsur işaretin ayırt edici olmasıdır.²⁰⁰ Anlaşmaya taraf olan ülkeler, tescil edilebilme özelliğini kullanıma bağlı kılabilecektir. Ancak, işaretin fiili olarak kullanımı, işaretin marka olarak tescili amacıyla başvuruda bulunmanın ön koşulu olmayacaktır.

Marka hakkının kazanılması ile ilgili olarak iki sistem bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde görülen marka hakkının kullanım yoluyla kazanılması, ikincisi ise Kıta Avrupası ve Kuzey Avrupa Ülkelerinde de kabul edilen marka hakkının tescil yoluyla elde edilmesi sistemidir. Her ne kadar, Anglo-Amerikan sisteminde de tescile yer verilmiş ise de bu tescil bildirici nitelik taşımaktadır. TRIPS Anlaşmasının kaynağı olan Paris Sözleşmesinde ise marka

¹⁹⁹ PASLI, A., s.243., OYTAÇ K., “**Markalar Hukuku**”, s.5.

²⁰⁰ SZALEWSKI, J.S., s.204, CORREA, C.M./ YUSUF, A.A., s.170.

hakkının tescil yoluyla kazanılması sistemi benimsenmiştir.²⁰¹

TRIPS Anlaşmasının imzalanmasından önce marka hakkının kullanım yoluyla elde edilmesi sistemini benimseyen Amerika Birleşik Devletleri(ABD), TRIPS Anlaşmasının yürürlüğe girmesinin ardından Anlaşmaya uyum sağlanması amacıyla mevzuatında marka başvurusuna ilişkin bölümde değişikliğe gitmiştir. TRIPS Anlaşmasının 15.3. maddesinde yer alan “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 amaçlı kullanım şeklinin gerçekleşmemiş olduğu gerekçesiyle reddedilmeyecektir.” hükmü gereğince, ABD’de henüz markanın kullanımı başlamadığı halde kullanım amaçlı başvuruların yapılabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Ancak, başvurunun tescil edilebilmesi için kullanımın başlatılması zorunlu kılınmıştır. ABD Federal Patent ve Marka Ofisi, başvuru sahibine 6 uzatmalarla TRIPS Anlaşmasında yer alan asgari üç yıllık süre içerisinde markanın kullanımı başlattığını kanıtlayan belgeleri sunması için süre tanımakta, belgelerin sunulmaması halinde üçüncü yılın sonunda başvuru reddedilmektedir.²⁰²

²⁰¹ Paris Sözleşmesinin, aynı markanın farklı ülkelerde bağımsız olarak korunmasını düzenleyen 6. maddesine göre “1- Ticaret veya fabrika markalarının tescil ve tevdi şartları her ülkenin ulusal mevzuatlarına göre belirlenecektir. 2-Bununla beraber, Birliğe dahil ülkelerden herhangi birinde Birlik Ülkelerinden birisinin vatandaşı tarafından tevdi edilmiş bir marka, menşe memlekette yenilenmemiş veya tevdi edilmemiş olması nedeniyle hükümsüz kılınmayacak veya reddedilmeyecektir. 3-Birlik ülkelerinden birinde usulüne uygun olarak tescil edilmiş bir marka menşe ülkesi dahil birliğe dahil diğer ülkelerde tescil edilmiş markalardan müstakil olarak kabul edilecektir.” denilmektedir. Görüldüğü gibi Paris Sözleşmesi’nde, diğer ülkelerdeki tescillerden ayrı ve bağımsız tescil esası kabul edilmiştir. Günümüzde tescil sisteminin ülkeler düzeyinde ve diğer tescillerden bağımsız oluşunun tek istisnası ise (Avrupa Topluluk Markasına ilişkin 20 Aralık 1993 tarihli ve AB Marka Tüzüğü No.40/94) ile getirilen sistemdir. Ve bunda tek bir tescille tüm Avrupa Birliği üyesi Ülkelerde geçerli koruma sağlanmaktadır... 556 sayılı KHK ise doğrudan tescil sistemini kabul etmiştir. Yine, ulusal tescilin tek istisnası, 556 sayılı KHK’nın 7/1-(1) bendinin atıfta bulunduğu Paris Sözleşmesi md. 6 gereğince Tanınmış Markalar olup, koruma istenen ülkede yani Türkiye’de ilgili sektörde tanınmış olmak koşuluyla tescil edilmeksizin korunurlar. Bunun yanı sıra, 556 sayılı KHK md.8/III gereğince, “tescilsiz marka veya işaret üzerinde söz konusu işaret için hak elde edilmişse” tescil edilmek istenen markaya karşı itiraz veya tescil edilmiş edilmişse hükümsüzlük davası açma hakkı tanınmıştır. Bu iki istisna dışında markaya ilişkin koruma ancak tescil ile elde edilebilmektedir. **Bknz. OYTAÇ, K., “Karşılaştırmalı Markalar Hukuku”, s.6.**

²⁰² OYTAÇ, K., “Karşılaştırmalı Markalar Hukuku”, s.7;GERVAIS,D.J., s.158; SZALEWSKI, J.S.,S.207; KUR, A., s.99.

Ayırt edici güçten yoksunluk iki şekilde ortaya çıkar. TRIPS Anlaşmasının 15. maddesinde sayılan marka olabilecek işaretlerde aranan şartları yerine getirmeyen bir işaret soyut ayırt edicilikten yoksundur. Somut ayırt edici güçten yoksunluk hali ise işaretin tescile konu mal ya da hizmetleri diğer teşebbüslerin mal ya da hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olamaması halidir.^{203 204}

Başlangıçta ayırt edici güce sahip olmayan bir işaret, yürütülen reklam ve tanıtım faaliyetleri sonucunda ayırt edici güç kazanabilir.²⁰⁵ Bir işaretin, kullanım sonucunda ayırt edici hale gelerek üzerinde kullanıldığı mal ya da hizmeti ve söz konusu mal ya da hizmeti sunan firmayı işaret etmesinin tespiti objektif kriterlere göre yapılmalıdır. Kullanım sonucu ayırt edici güç kazanma için işaretin belli bir süre marka olarak kullanılması şartı bulunmamaktadır. Ayırt edici güç kural olarak uzun süreli kullanımla kazanılmakla birlikte, yoğun reklam ve tanıtım yoluyla kısa sürede de işaret ayırt edici güç kazanabilmektedir.²⁰⁶

Kombinasyon markaları açısından da kullanım sonucu ayırt edici güç kazanma çok önemlidir. Bir kombinasyon markasını oluşturan unsurlardan bir kısmı ayırt edici güce sahip olmakla birlikte, bir kısmı ayırt edici güce sahip olmayan vasıf bildiren ya

²⁰³ MUTLUOĞLU, T., “**Markanın Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanması**”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s.24.

²⁰⁴ 556 Sayılı KHK'nın 7/II. Maddesine göre soyut ayırt edicilikten yoksun bir işaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanması ve marka olarak tescil edilmesi mümkün görülmüştür. Öte yandan, Alman ve Avrupa Birliği mevzuatına göre kullanım sonucu ayırt edici güç kazanma sadece somut ayırt edicilikten yoksun işaretler açısından kabul edilmiştir. 556 Sayılı KHK'nın soyut ayırt edicilikten yoksun bir işaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanabileceğini kabul etmesi marka müessesesinin temeline aykırı bir düzenlemedir. Çünkü KHK'nın 5. maddesinde yer alan şartları yerine getirmeyen bir işaret marka olma kabiliyetine sahip değildir ve kullanım sonucu ayırt edici güç kazanarak marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir. **Bknz.** DOĞAN, B.F., “**Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu**”, FMR Dergisi, S.3, 2006, s.39.

²⁰⁵ Tescil edilebilme bakımından bazı işaretlerde az bir somut ayırt edici güç yeterli olurken, bazı işaretlerde daha yoğun bir ayırt edici güce ihtiyaç duyulabilir. Örneğin, ana renklerin marka olarak tescil edilebilmesi için yoğun bir ayırt edici güç kazanılmış olması gerekir. “Lezzet” ibaresi marka olma niteliğine sahip bir ibare olmasında rağmen, bazı gıda ürünleri bakımından somut ayırt edici gücü yoktur. Bu ibare gıda ürünleri bakımından ancak, güçlü bir somut ayırt edici güç kazandığı takdirde marka olarak tescil edilebilir. İşaretlerin ne oranda ayırt edici güce sahip olmaları gerektiği konusunda kesin bir oran bulunmamakla birlikte, kanaatin yoğunluğunun, ağırlıklı olarak ne yönde olduğunun ve yeterli ayırt edici güce sahip olup olmadığının tespitinde piyasa araştırmalarından faydalanılması gerekmektedir. **Bknz.** DOĞAN, B.F., s.28.

²⁰⁶ DOĞAN, B.F., “**Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma**”, BATİDER, C.24, S.1, 2007, s.219.

da ilgili sektörde herkesçe kullanılabilir bazı işaretlerden oluşabilir. Bu durumda, markanın bir bütün olarak ayırt edici güç kazanması halinde bile söz konusu ayırt edici güçten yoksun unsurlar tek başlarına marka olarak tescil edilemezler. Bunun nedeni, kombinasyon markalarında ayırt edici güç kazanan unsurun kombinasyonu oluşturan işaretlerin bütünü olmasıdır.²⁰⁷

Bir işaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanıp kazanmadığını belirlemede önemli durumlardan biri de, işaretin birden fazla işletme tarafından kullanılması ve işaretin hangi işletme tarafından kullanıldığının tespitinin mümkün olmamasıdır. Bu durumda, işaretin kural olarak hiçbir işletme için ayırt edici güç kazanmadığı söylenebilir. Bunun sebebi, işaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanabilmesi için kullanımın, tescili talep edilen mal ya da hizmetleri birbirinden ayırt etmesi kadar söz konusu mal ya da hizmetlerin işletmesel kökenini de birbirinden ayırt etmesi gerekliliğidir.

Bir işaretin kullanım sonucu tanıtılması sadece marka şeklinde olmayabilir. Örneğin, işletmenin ticaret unvanında tanıtılan işaret veya kelimelerin mal ve hizmetlere ayırt edicilik kazandırdığı gerekçesiyle tescili talep edildiğinde, bu talebin söz konusu işaret veya kelimeler başkası adına tescil edildiği gerekçesiyle reddedilememelidir.²⁰⁸

2.2. Görsel Algılanabilirlik Hususunda Tanınan Serbesti

TRIPS Anlaşması'nın 15.1. maddesinde, anlaşmaya taraf ülkelerin tescil işlemine bir şart olarak, marka amaçlı tescil edilmek istenen işaretlerin görsel olarak algılanabilir olmasını talep edebilecekleri öngörülmüştür.²⁰⁹

Daha önce de belirtildiği gibi²¹⁰, TRIPS Anlaşması kapsamında yapılan marka

²⁰⁷ DOĞAN, B.F., “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”, s. 219.

²⁰⁸ TEKİNALP, Ü., s.384.

²⁰⁹ NOYAN, E., s.157.

²¹⁰ Bknz. 2. Bölüm, s.37.

tanımında, marka olarak tescillenebilecek işaretler açısından bir sınırlama öngörülmemiş, örnek mahiyetinde bir takım marka olabilecek işaretler sayılmıştır. Anlaşma bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için tek koşul olarak işaretin ayırt edici niteliğe sahip olması gerektiğini belirtmiştir.

TRIPS Anlaşmasının getirdiği kısıtlayıcı olmayan ve yeni marka türlerinin de tesciline cevaz veren marka tanımı sonucunda görsel olarak algılanmayan ses ve koku markaları gibi yeni marka türleri ortaya çıkmıştır.²¹¹

TRIPS Anlaşmasına taraf ülkeler açısından, anlaşmanın 15. maddesinde tescilin görsel olarak algılanabilir olmaya bağlanabilmesine izin verilmesiyle söz konusu yeni marka türlerinin tescili taraf ülkelerin inisiyatifine bırakılmıştır.²¹²

3. Tescil Talebinin Reddedilemeyeceği Haller

TRIPS Anlaşmasının 15.2. maddesinde “1'nci Paragraf, markanın Paris Sözleşmesi (1967) hükümlerini ihlal etmemesi koşuluyla, herhangi bir Üye'nin bir markanın tescilini başka gerekçelerle reddetmesini engellediği şeklinde anlaşılacaktır.” denilmek suretiyle anlaşmaya taraf devletlerin Paris Sözleşmesi hükümlerine aykırı olamamak koşuluyla bir markanın tescil talebini reddedebilecekleri belirtilmiştir. Bu bağlamda, taraf devletler, Paris Sözleşmesi'nin özellikle dördüncü mükerrer altıncı maddesinde öngörülen red nedenlerinin kendi iç hukuk sistemleri bakımından uygulayabilme serbestisine sahiptir.²¹³ Ayırt ediciliğin bir işaretin marka olarak tescil edilmesinde en önemli faktör olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, taraf devletler herhangi bir işaretin ayırt edicilikten yoksun olması nedeniyle marka olarak tescilini reddedebilecekleri gibi, Paris Sözleşmesindeki hükümleri ihlal etmemek koşuluyla farklı red nedenleri ileri sürebileceklerdir.²¹⁴ Ayrıca, yukarıda da

²¹¹ TEKİNALP, Ü., s.365, KAYA, A., s.27, ARKAN,S.,s.41, YASAMAN, H., s.86.

²¹² SZALEWSKI, J.S., s.207.

²¹³ AYBER, İ., s.78

²¹⁴ TAŞ, İ., “Uluslararası Marka Tescili”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s.21; SZALEWSKI, J.S., s.207.

belirtildiği üzere²¹⁵, bir işaretin marka olarak tescil edilmesine ilişkin başvuru işaretin kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmasına koşuluna bağlanmışsa, söz konusu başvuru, başvuru tarihinden itibaren üç yıllık bir sürenin bitiminden önce amaçlanan kullanım şeklinin gerçekleşmemiş olduğu gerekçesiyle reddedilemeyecektir.²¹⁶

Son olarak, TRIPS Anlaşmasının 15.4. maddesinde “Uygulanacak mal veya hizmetlerin niteliği markanın tesciline hiçbir şekilde engel oluşturmayacaktır.” denilmek suretiyle, marka başvurusunun kapsamındaki mal ve hizmetlerin niteliğinin, başvurunun reddine gerekçe olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Söz konusu madde Paris Sözleşmesi’nin 7. maddesinde yer alan “fabrika ve ticaret markasının üzerine konulacağı mamulün mahiyeti markanın tesciline hiçbir şekilde engel teşkil etmez” hükmü ile paralellik göstermektedir. Her iki maddenin de temelinde yatan ortak amaç, fikri mülkiyet korumasının, mal ve hizmetlerin ülkede yasalara uygun şekilde alınıp satılmasına bağlanmaması isteğidir.^{217 218}

4. Başvurunun İlan Edilmesi

TRIPS Anlaşması’nın 15.5. maddesinde “Üyeler, her markayı tescil edilmeden önce veya tescil edildikten hemen sonra yayınlacaklar ve tescilin iptali ile ilgili başvurulara makul bir fırsat tanıyacaklardır. Üyeler ayrıca bir markanın tescil edilmesine itiraz için de fırsat tanıyabilirler.” denilmek suretiyle marka tescil başvurusunun tescilden önce veya tescil edildikten hemen sonra yayınlanarak üçüncü kişilerin işlemde haberdar olmasının sağlanması amaçlanmıştır. Bu yolla, gerçekleşen marka tescil talebi ya da marka tescil işlemi üçüncü kişilerin çıkarlarına aykırı ise tescilin iptali için girişimde bulunma fırsatı sağlanmış olacaktır.²¹⁹

²¹⁵ Bknz. 2. Bölüm, s.50.

²¹⁶ OYTAÇ, K., “Karşılaştırmalı Markalar Hukuku”, s.7;GERVAIS,D.J., s.158; SZALEWSKI, J.S.,S.207; KUR, A., s.99.

²¹⁷ GERVAIS, D.J., “The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”, Second Edition, London 2008, s.169

²¹⁸ Maddenin önemi, Paris Sözleşmesinde yer alan amacı TRIPS Anlaşmasına taşıyarak hizmet markalarını da bu kapsama almasıdır. Bknz. SZALEWSKI, J.S., s.207

²¹⁹ GERVAIS, D.J., “The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”, s.169; SZALEWSKI, J.S., s.208; KUR, A., s.104.

5. Tescile Karşı İtiraz ve İptal Yolları

Yukarıda da belirtildiği üzere, TRIPS Anlaşması'na göre, markanın tescil edilmesinden önce ya da tescil edildikten hemen sonra üye ülkelere markanın tescilini yayınlama zorunluluğu getirilerek tescile ilişkin iptal taleplerine makul bir fırsat tanınmıştır. Ayrıca Anlaşmanın 15.5. maddesinde, üçüncü kişilere markanın tescilinin iptali dışında markanın tesciline itiraz hakkı da tanınabileceği ve bunun üye ülkelerin inisiyatiflerine bırakılacağı öngörülmüştür. TRIPS Anlaşması, taraf ülkelere markanın tesciline karşı itiraz ve iptal yollarının öngörmesi ile uluslararası alanda bir ilktir.^{220 221}

TRIPS Anlaşması, markanın tesciline karşı iptal ve itiraz yolları öngörmesine rağmen itiraz ve iptal nedenlerine anlaşma metninde yer verilmemiştir. Bunun yerine, marka tescilinin iptal ve itiraz nedenlerinin taraf ülkelerin kendi iç mevzuatlarında belirlenmesi benimsenmiştir. Taraf ülkeler, iptal ve itiraz nedenlerini belirlerken Anlaşmanın 62.4. ve 62.5. maddelerinde yer alan fikri mülkiyet haklarının kazanılması ve idamesi ile ilgili hükümler ile 41.2. ve 41.3. maddelerinde yer alan genel hükümlerden yararlanacaktır. Anlaşmanın 41.2 ve 41.3. maddelerine göre, fikri mülkiyet haklarının uygulanması ile ilgili usullerin adil ve eşit olacağı, usullerin gerektiğinden fazla karmaşık ve masraflı olmayacağı, makul olmayan zaman sınırlarına ve haksız gecikmelere neden olmayacağı, herhangi bir davanın esasına ilişkin kararların tercihen yazılı ve gerekçeli olacağı, bu kararların en azından davaya taraf olanlara gereksiz gecikmeler olmadan iletileceği, davanın esasına ilişkin kararların yalnızca taraflara dinlenme fırsatı verilen konulara ilişkin delillere dayalı olacağı öngörülmüştür. Anlaşmanın 62.5. maddesi gereği ise, taraf ülkeler iptal ve itiraz hükümlerini belirlerken, iptal ve itiraz konularında alınacak nihai idari kararların adli merciler veya adli mercilere benzer makamlar tarafından incelemeye

²²⁰ GERVAIS, D.J., “The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”, s.170; SZALEWSKI, J.S., s.208; KUR, A., s.104.

²²¹ 556 Sayılı KHK'nin 35. maddesinde, “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” denilmek suretiyle markanın tescilinden önce üçüncü kişilere Türk Patent Enstitüsü nezdinde itiraz hakkı tanınmıştır. Öte yandan, Türk Patent Enstitüsü'nün tescilli bir markanın itiraz üzerine sicilden terkinine karar verme yetkisi olmadığı için, tescilli bir markanın sicilden terkinini ancak mahkemeden istenebilecektir.

tabi tutulacağı dikkate alacak ancak bu usullerin dayandığı gerekçelerin hükümsüz kılma usullerine konu olabilmesi koşuluyla, itirazın veya idari iptal işleminin başarısız olması halinde, kararların incelenmesi için fırsat tanımak zorunlu bir yükümlülük olmayacaktır.²²²

İptal ve itiraz nedenlerinin belirlenmesinin ulusal hukuklara bırakılmasının tek istisnası Anlaşmanın 19. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre, markanın tescilinin devamı için markanın kullanılması gereği aranıyorsa, tescil ancak kullanıma en az 3 yıllık bir süre için devamlı olarak ara verilmesi halinde iptal edilebilir.²²³

Markanın en önemli fonksiyonu, farklı işletmelerce sunulan mal ve hizmetlerin birbirinden ayırt edilmesi olduğundan, bu fonksiyonu yerine getirmesinin şartı markanın kullanılmasıdır.²²⁴ Marka ancak kullanılmakla ayırt edicilik işlevini yerine getirir.

Markanın kullanılmamasına ara verilmesi her zaman marka sahibinin iradesinden kaynaklanmayabilir. Bu sebeple, markanın kullanmama nedeniyle iptal edilmesinde dikkate alınacak olan kullanmama durumu marka sahibinin iradesinden kaynaklanan sebeplerdir.²²⁵ Savaş, doğal afetler, ekonomik sebepler, ithalat kısıtlamaları v.b marka sahibinin iradesi dışında gerçekleşen sebeplerden ötürü markanın kullanılmaması bir iptal sebebi olmayacaktır.²²⁶

Kullanma yükümlülüğü ile markanın korunması kavramı birbirinden bağımsız iki konudur. Markanın kullanılmamasından doğan yaptırım marka korumasının ortadan

²²² GERVAIS, D.J., “**The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis**”, s.170.

²²³ 556 Sayılı KHK açısından; KHK göz önüne alındığında bir marka açısından kullanım yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için markanın, marka sahibi tarafından, islevine uygun ve ciddi olarak ve haklı bir sebep yoksa bes yıl boyunca aralıksız kullanılması gerekir.

²²⁴ BOZGEYİK, H., “**Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar**”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Seçkin Yayınları, Şubat 2010, s.457.

²²⁵ DİRİKKAN, H., s.71.

²²⁶ ARKAN, S. C.II, s.148.

kalkması değil, markanın iptal edilebilmesidir. Markanın iptaline ilişkin bir talep olmadıkça marka korunmaya devam edecektir.²²⁷

²²⁷ SERT, S., “Markanın Kullanılması Yüklümlülüęü”, Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 77.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TRIPS ANLAŞMASI KAPSAMINDA MARKA HAKKI KORUMASININ KAPSAMI

A. KARIŞTIRILMA TEHLİKESİNE KARŞI MARKANIN KORUNMASI

1. Karıştırılma Tehlikesi (İltibas) Kavramı

Marka hakkı, sahibine markayı oluşturan işaret üzerinde tekel hakkı sağlayarak işareti sadece onun kullanmasına imkan verir. Ayrıca, tekel hakkının bir sonucu olarak marka hakkı sahibi, markasının benzerinin kullanılması durumunda kendi markası ile söz konusu marka arasında karıştırılma ihtimalinin doğması durumunda kullanımın durdurulmasını talep edebilir.²²⁸

Karıştırılma tehlikesi (iltibas) kavramı, haksız rekabet halleri arasında en sık rastlanan durumlardan biri olup kelime anlamı itibariyle “dış görünüşü itibariyle benzetmek” anlamına gelmektedir.²²⁹ Bu yönüyle, iltibas kavramı, bir kişinin ürettiği mal ve hizmetleri ya da fikir ve sanat eserlerini başkasının önceden var olan ürünlerine benzeterek bundan ekonomik menfaat sağlamasını içeren olumsuz anlama sahip bir ifadedir.²³⁰

Karıştırılma ihtimali öğretide, “bir tescilsiz işaretin ya da tescil edilmiş bir markanın, daha önce tescil edilmiş bir marka ile şekil, görünüş, ses, genel izlenim v.s. sebeple aynı ya da benzer olduğu için, önce tescil edilmiş marka olduğu zannını ile başka bir işletmenin aynı ya da benzer malını alma ihtimali” olarak tanımlanır.²³¹ Avrupa Birliği Mahkemesi (CJEU-Court of Justice of the European Union) ise karıştırılma

²²⁸ CORREA, M.C./YUSUF, A.A., s.171; HENNING-BODEWIG, F., s.174; SZALEWSKI, J.S., s.208.

²²⁹ BATTAL, A./ ÜNLÜÖNEN, K./ YAYLI, A./ YÜKSEL, S., “Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği”, GÜHFD, C.1, S.2, 1997, s.2.

²³⁰ BATTAL, A., “Türk Patent Enstitüsü’nün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Ret Nedenleri”, GÜHFD, C.4, S.1-2, 2000, s.4.

²³¹ ÇOLAK, U., 191.

ihtimalini “halkın, söz konusu mal ve/veya hizmetlerin aynı ya da bağlantılı işletmelerden geldiğini düşünme tehlikesidir” biçiminde tanımlamaktadır.^{232 233}

Karıştırılma ihtimali kavramı daha çok markanın kaynak belirtme fonksiyonu ile ilgilidir. Bir mal ve/veya hizmetin alıcı kitlesi, iki farklı mal veya hizmetin farklı firmalarca üretildiğini fark etse bile eğer söz konusu markalar veya firmalar arasında bir bağlantı olduğu algısına kapılma ihtimali doğuyorsa karıştırılma ihtimalinden söz edilebilir. Bu sebeple öğretilerde, doğrudan karıştırılma ihtimali ve dolaylı karıştırılma ihtimali olmak üzere iki farklı kavram bulunmaktadır. Eğer bir mal ve/veya hizmet başka bir firmanın ürettiği mal ve/veya hizmet ile karıştırılıyor ve satın alınıyor ise doğrudan karıştırılma söz konusu olur. Dolaylı karıştırılma ihtimalinde, ise tüketiciler mal ve/veya hizmetlerin farklı firmalarca üretildiğini fark etmekle birlikte söz konusu firmalar arasında bağlantı olduğunu düşünmektedirler.²³⁴

Markalar arasında karıştırılma ihtimalinin olup olmadığı analiz edilirken markaların kapsamındaki mal ve/veya hizmetlerin benzerliğinden önce markaların benzerliğinin derecesi göz önünde bulundurulmalıdır. Bu analiz yapılırken unutulmaması gereken en önemli unsur ise markaların bütünü itibarıyla bıraktığı etkinin dikkate alınmasıdır. Marka tamamen farklı unsurlardan oluşmasına rağmen genel olarak bıraktığı izlenim benzer olabileceği gibi aynı unsurlardan oluşmasına rağmen genel olarak ortaya çıkan izlenim farklı olabilir.^{235 236}

²³² CJEU C-39/97 Canon v. Metro GM paragraf 29.

²³³ Karıştırılma ihtimali 556 sayılı KHK’de hem bir tescil engeli hem de bir tecavüz eylemi olarak düzenlenmiştir. Tescil engelinin varlığına rağmen tescil işlemi gerçekleştirilmişse hak sahibi hükümsüzlük davası açmak sureti ile söz konusu markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Bundan başka, böyle bir işaretin tescilli/tescilsiz kullanımı marka sahibinin haklarına tecavüz oluşturduğundan o KHK’nin 61 vd. maddelerinde düzenlenen yasal yollara başvurulabilir. Bknz. EPÇELİ, S., “**Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali**”, Legal Yayıncılık, 2006, s.7; BENELUX ülkeleri için ise, karıştırılma olasılığının yerini çağrıştırma olasılığı almıştır. Artık, toplum bir işareti gördüğünde, karıştırmasa bile eski markayı hatırlatıyorsa, markayı yasaklatılmak olası hale gelmiş, eski markanın satın aldırma gücü ya da özelliği azalabilecek haldeyse, yasaklama için yeterli kabul edilmiştir. Bknz. OYTAÇ, K., “**Karşılaştırmalı Markalar Hukuku**”, s.160.

²³⁴ ÇOLAK, U., s.191.

²³⁵ ARKAN, S., s.99; MERAN, N., s.127.

²³⁶ ATAD uygulamalarına göre ise, markalar arasında karıştırılma ihtimalinin analizine markaların kapsamındaki mal ve/veya hizmetlerin benzerliğinden başlanmalı, eğer benzerlik var ise markalar arasındaki benzerliğine geçilmelidir.

Markalar arasında karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde önemli olan bir diğer husus ise eski markanın ayırt etme gücüdür. Eğer eski markanın ayırt etme gücü düşük ise markalar arasında karıştırılma ihtimalinin varlığı daha az olacaktır. Örneğin, ilaç sektöründeki genel markalaşma eğilimi, ilaç etken maddelerinin başına veya sonuna birkaç harf eklenmek suretiyle ilacın etken maddesine gönderme yapan isimlerin kullanılması yönündedir. Bu durum ilaç markalarının ayırt etme gücü düşük olan zayıf markalar olması ve marka hakkının koruma kapsamının dar olması sonucunu doğurmaktadır.²³⁷

2. Markanın Başkası Tarafından Kullanımının Engellenmesi

TRIPS Anlaşmasının 16. maddesi²³⁸ tescilli markaların ve marka sahiplerinin söz konusu markalardan kaynaklanan haklarının korunması ile ilgilidir.²³⁹ Söz konusu madde sadece tescilli markaların korunmasıyla ilgili olmasına rağmen son cümle korumanın hakkın kullanım yoluyla elde edilmesini kapsayacak şekilde genişletilmesine imkan sağlamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken sınır kullanım yoluyla hakkın elde edilmesi açısından piyasada belirli düzeyde bir bilinirliğin kazanılmış olması şartıdır. Aksi takdirde tescilsiz markalar bu korumadan yararlandırılmayacaktır.²⁴⁰

Koruma süresi boyunca²⁴¹ marka sahibi, ticari faaliyetlerinde marka olarak tescil ettirdiği işaretler ile aynı veya benzer işaretleri, tescil kapsamındaki mal ve hizmetlerle aynı veya benzer hizmetler için kullanma hakkına sahip olacaktır. Bu hak tekel niteliğinde bir haktır.²⁴²

²³⁷ ARKAN, S., s.100; ÇOLAK, U., 194.

²³⁸ TRIPS md.16.1.: Tescilli bir markanın sahibi, aşağıda belirtilen kullanım şekli karışıklık olasılığına neden olacak ise, marka sahibinin iznini almamış bütün üçüncü şahısların, ticaretin olağan gidişatı içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını engelleme hakkına münhasıran sahip olacaktırlar. Aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılmasında, karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılacaktır. Yukarıda tanımlanan haklar önceden tanınmış mevcut haklara zarar vermeyeceği gibi, Üyelerin kullanım esasına göre hak elde etme olanağını da etkilemeyecektir.

²³⁹ KUR, A., s.104; GERVAIS, D.J., "The TRIPS Agreement: Interpretation and Implementation", s.158; SZALEWSKI, J.S., s.208; TAUBMAN, A./WAGER, H./WATAL, J.,s.68.

²⁴⁰ KUR, A., s.104.

²⁴¹ TRIPS Anlaşması'nın 18. maddesine göre koruma süresi en az 7 yıl olup tescil süresiz olarak yenilenebilecektir.

²⁴² TAŞ, İ., s.22

TRIPS Anlaşmasının 16.1. maddesi aynı zamanda bir karineyi de içersisinde barındırmaktadır. Buna göre, aynı mal ve hizmetler için aynı işaretin marka olarak kullanılması durumunda, markalar arasında karıştırılma ihtimalinin mevcut olduğu kabul edilecektir. Tescilli markanın sahibi, kendi markasıyla karıştırılabilecek ölçüde benzer olan bir markanın aynı veya benzer mal ve hizmetler için kullanımını engelleme hakkına sahip olacaktır.²⁴³

3. Tanınmış Markalara İlişkin Koruma

Markalar kural olarak sadece tescil kapsamlarında bulunan mal ve hizmetler için korunur. Tescilli bir marka ile aynı işarete sahip markanın farklı mal ve hizmetler için tescil edilmesi mümkündür. Bu kuralın istisnası tanınmış markalardır.²⁴⁴

Tanınmış marka kavramı ulusal ve uluslararası düzenlemelerde net olarak tanımlanmamıştır.²⁴⁵ Tanınmış marka kavramı Paris Sözleşmesine birinci mükerrer altıncı madde olarak 1925 yılında Haag Konferansı ile girmiştir.²⁴⁶ Paris Sözleşmesinin söz konusu maddesi göre “Birlik Ülkeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından, söz konusu ülkede bu Anlaşmadan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzeri ürünlerde kullanıldığı herkesçe bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya, gerekse ilgilinin isteği üzerine red veya hükümsüz kılmayı taahhüt ederler. Herkesçe bilinen bir markanın esas unsurunun çoğaltılması veya bunlarla bir karışıklık doğurabilecek bir taklitten ibaret olursa, durum yukarıdakinin aynısı olur.” hükmünü içermektedir.

²⁴³ GERVAIS, D.J., “The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”, s.173.

²⁴⁴ DİRİKKAN, H., s.85.

²⁴⁵ Tanınmış markalar, bazı ülke mevzuatları dışında, herhangi bir uluslararası sözleşmede tanımlanmamıştır. 556 sayılı KHK’da herhangi bir tanım mevcut değildir. KHK’nın 7/1-1, 8/4 ve 9/c maddelerinde “Paris Sözleşmesinin birinci mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markalar”dan ya da “toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyinden” yada “Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi”nden bahsedilmekte, ancak bunun ne anlama geldiği konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamaktadır. **Bknz.** ÇOLAK, U., s.165.

²⁴⁶ ÇAĞLAR, H., s.27.

Paris Sözleşmesi'nin söz konusu maddesinde tanınmış marka olarak anlaşılan kavram "herkesçe bilindiği mütalaa edilen" ifadesidir. Sözleşme içeriğine böyle bir madde konulmak suretiyle sözleşmeye taraf ülkelere tanınmış markaları kendi ülkelerinde tescil şartı aranmaksızın ilgili mallar²⁴⁷ yönünden koruma yükümlülüğü getirilmiştir.²⁴⁸

Genel olarak Paris Sözleşmesi'nin, markalarla ilgili pek çok konuda olduğu gibi tanınmış marka korumasına ilişkin olarak da bir mihenk taşı olduğu söylenebilir. Ancak bu Anlaşma'da tanınmış markalara ilişkin net bir tanım yapılmamış olması nedeniyle pek çok ülke tanınmış markaları koruma konusunda isteksiz kalmışlardır. Ayrıca bu Anlaşma hükümlerine göre tanınmış markalara koruma temin eden ülkelerde de farklı yaklaşımlar benimsenmiştir.

Paris Sözleşmesi'nin Mükerrer 6 ncı Maddesi tanınmış bir markanın üçüncü kişiler tarafından benzer "ürünler" için kullanılmasını mümkün kılmaktadır. Ancak bu Anlaşma, hizmet markalarının korumasına dair bir düzenleme içermemektedir. Dahası, Paris Sözleşmesi ile benzer olmayan ürünler için de herhangi bir koruma öngörülmemiştir²⁴⁹

Paris Sözleşmesi'nin birinci mükerrer altıncı maddesi ile getirilen düzenlemenin TRIPS Anlaşması'na kadar geçen sürede yetersiz hale gelmesi sonucunda²⁵⁰, TRIPS

²⁴⁷ Paris Sözleşmesi, markaların sadece mallar üzerinde korunacağını kabul etmiş, hizmetleri koruma kapsamına almamıştır. Bunun bir sonucu olarak sözleşmenin ikinci mükerrer altıncı maddesinde tanınmış markaların üye ülkelerde sadece ilgili mallar açısından korunacağı ifadesi yer almıştır.

²⁴⁸ KUR, A., s.106.

²⁴⁹ AKIN, S., "Tanınmış Markalar", TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2001, s.47.

²⁵⁰ Paris Sözleşmesi'nin 6bis maddesinin kabul edildiği yıllardaki uluslararası ticaret düzeyi ile günümüz dünya ticareti karşılaştırıldığında, tanınmış marka kavramına yeni bir tanım getirilmesi ihtiyacı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Ulaşım ve bilgi teknolojilerindeki baş döndürücü gelişme, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımının önündeki coğrafi, politik ve ekonomik engellerin ortadan kalkması ve böylece dünya ekonomisinin globalleşmesinin sonucu olarak mal ve hizmetlerin neredeyse dünyanın her yerinde aynı anda pazarlanabilir hale gelmesi, tanınmış markaların tescil ve kullanımının olmadığı bir takım ülkelerde yetkisiz kişilerce benzer ya da farklı mal ve hizmetler için kullanılmaya başlanması, bu türden markaların daha güçlü şekilde korunmaları zorunlu kılmaktadır. **Bknz. ÇOLAK, U., "Paris Sözleşmesi 6bis Maddesi Kapsamında Tanınmış Markalar", s.24.**

Anlaşmasında bu yönde bir düzenleme yapılması ihtiyacı doğmuştur.²⁵¹ Paris Sözleşmesi'nin tanınmış markalar ile ilgili eksiklikleri TRIPS Anlaşması'nın 16. maddesi²⁵² ile giderilmeye çalışılmıştır. TRIPS ile getirilen en önemli yenilik, Paris Sözleşmesinin birinci mükerrer altıncı maddesinin hizmet markalarına da uygulanması ve tanınmış markalara kapsamlarındaki mal ve hizmetler dışındaki mal ve hizmetler içinde korunma sağlanmasıdır.^{253 254}

TRIPS Anlaşması'na göre, tanınmış markanın, marka sahibi olmayan ya da marka sahibinin yetkilendirmediği kişiler tarafından kullanılmasının, tescilin reddi, tescilin iptali ya da kullanımın engellenmesi yoluyla önlenmesi eğer mevzuat uygunsu re'sen, mevzuat uygun değil ise tanınmış marka sahibinin itirazı üzerine gerçekleşecektir. Tanınmış marka sahibinin haklarını tehdit eden tescil yapılmış ise tanınmış marka sahibi tescilden itibaren 5 yıl içerisinde iptal davası açabilecektir. Tescil kötü niyetle yapılmışsa 5 yıllık süre şartı da söz konusu değildir.²⁵⁵

²⁵¹ HEATH, C., "The Protection of Well-Known Mark, Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation", EPO Script, vol.6, s.255; ÇOLAK, U., "**Paris Sözleşmesi 6bis Maddesi Kapsamında Tanınmış Markalar**", s.24.

²⁵² TRIPS Anlaşması md.16: (1) Tescilli bir markanın sahibi, aşağıda belirtilen kullanım şekli karışıklık olasılığına neden olacak ise, marka sahibinin iznini almamış bütün üçüncü şahısların, ticaretin olağan gidişatı içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını engelleme hakkına münhasıran sahip olacaklardır. Aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde, karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılacaktır. Yukarıda tanımlanan haklar önceden tanınmış mevcut haklara zarar vermeyeceği gibi, Üyelerin kullanım esasına göre hak elde etme olanağını da etkilemeyecektir.

(2) Paris Sözleşmesi'nin (1967) 6'nci mükerrer Maddesi, gerekli değişiklikler yapılmış olarak, hizmetlere de uygulanacaktır. Üyeler bir markanın tanınmış olup olmadığını tesbit ederken, markanın promosyonu sonucunda kazanılan herkesçe bilinme durumunu dikkate alacaklardır.

(3) Paris Sözleşmesi'nin (1967) 6'nci mükerrer Maddesi, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlere benzemeyen mal veya hizmetlere de, gerekli değişiklikler yapılmış olarak uygulanacaktır, ancak şu koşulla ki, markanın bu mal veya hizmetlerle ilgili kullanımı, bu mal veya hizmetlerle tescilli markanın sahibi arasında bir bağlantı olduğunu göstermeli ve bu kullanım şekli nedeniyle tescilli ticari marka sahibinin menfaatlerinin zarar görme olasılığı mevcut olmalıdır.

²⁵³ ÇOLAK, U., "**Paris Sözleşmesi 6bis Maddesi Kapsamında Tanınmış Markalar**", FMRD, Yıl 4, C.4, S.2004/2, s.29.

²⁵⁴ TRIPS Anlaşması'na göre tanınmış bir markanın ilgili olmadığı mal ve hizmetler açısından korunabilmesi için üç şartın varlığı zorunlu görülmüştür:

- 1) Tanınmış marka tescil edilmiş olmalıdır (Anlaşma hükmünde "...markanın tescil edildiği mal ve hizmetlere benzemeyen mal ve hizmetler..." denilerek, markanın tescili ön koşul haline getirilmiştir),
- 2) Markanın (aynı veya benzer olmayan) mal ve hizmetler üzerinde kullanımı, bu mal ve hizmetlerle tescilli markanın sahibi arasında bir bağlantı olduğu izlenimine yol açmalıdır,
- 3) Markanın (aynı veya benzer olmayan) mal ve hizmetler üzerinde kullanımı nedeniyle tescilli ticari marka sahibinin menfaatlerinin zarar görme olasılığı mevcut olmalıdır. Bknz. AKIN, S., s.48.

²⁵⁵ ÇOLAK, U., "**Paris Sözleşmesi 6bis Maddesi Kapsamında Tanınmış Markalar**", s.33.

Tanınmış markanın, sadece tescil kapsamındaki mal ve hizmetler açısından değil diğer mal ve hizmetler açısından da korunmasının dayanağı TRIPS Anlaşması'nın 16.3. maddesidir. Maddenin lafzında da anlaşılacağı üzere, tanınmış markanın aynı veya benzerinin farklı mal ve hizmetler için kullanılması halinde, marka koruması peşinen sağlanmayacak, aksine koruma onun itibarından haksız yararlandığı veya itibarının zarara uğradığı ya da onun ayırt edici niteliğinin bozulduğu iddialarının ispatına bağlı olacaktır.²⁵⁶

Markanın tanınmışlığının tespiti konusunda uluslararası anlaşmaların ihtiyacı karşılar derecede hüküm içermemesinin bir sonucu olarak bu alandaki boşluk doktrin ve mahkeme kararları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Markanın tanınmışlığının belirlenmesinde tescil sayısının fazlalığı tek başına yeterli bir unsur değildir. Bu konuda örneğin WIPO'nun yayınlamış olduğu tavsiye kararında da belirtilen bazı kriterler mevcuttur. Bunlar, ilgili sektörde markanın tanınma derecesi; markanın süre, yaygınlık ve coğrafi alan itibarıyla her türlü kullanımı; markanın tatbik edildiği mal veya hizmetlerle ilgili reklam ve temsiller, fuarlar ve gösterimler de dahil olmak üzere, marka için yapılan promosyonun süresi, yaygınlığı ve coğrafi çevresi; süre ve coğrafi alanı kapsayan her türlü tescil veya tescil başvurusu; markanın ekonomik değeridir.²⁵⁷

Yargıtay'a göre tanınmış markanın en önemli göstergesi, birçok ülkede tescilli olmasıdır. Yargıtay tanınmışlığın tespitinde ilgili çevrelerden de yararlanmakta ve tanınmış markanın Türkiye'de fiilen kullanılmasına gerek olmadığını, bilinmesinin yeterli olduğunu ifade etmektedir.^{258 259}

²⁵⁶ ŞENOCAK, K., "Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal ve Hizmetlere İlişkin Koruması(556 sayılı KHK m.8/IV)", BATİDER, C.25, S.2, 2009, s.148; KUR, A.,s.107.

²⁵⁷ KAYIHAN, Ş., "Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka", AÜHFD, C.7, S.2, Ankara 2003, s.423; YASAMAN, H., s.25.

²⁵⁸ YASAMAN, H., s. 26; TEKİNALP, Ü., s.387.

²⁵⁹ 11. Hukuk Dairesi 06.07.1998, 1734/5146 sayılı Dolçe Vita kararı (Batider 1999, C.20, 88-206); 11. Hukuk Dairesi, 25.06.2001, 3610/5701 sayılı LECCE PEN GREEN/LECCE PEN kararı (Meran, N., 77 vd.).

4. Üye Ülkelerde Mevcut Hakların Korunması

TRIPS Anlaşması'nın 16.1. maddesinin son cümlesinde yer alan “Yukarıda tanımlanan haklar önceden tanınmış mevcut haklara zarar vermeyeceği gibi, Üyelerin kullanım esasına göre hak elde etme olanağını da etkilemeyecektir.” şeklindeki düzenlemenin amacı, TRIPS Anlaşması'ndan sonra ortaya çıkacak olan yeni düzende, mevcut hakların durumunun netliğe kavuşturulmasıdır. Söz konusu hükme ek olarak, mevcut hakların korunması konusunda Anlaşmanın 70. maddesi hükümleri de göz önünde bulundurulmalıdır.²⁶⁰

TRIPS Anlaşması'nın 70. maddesine göre, anlaşma hükümleri, anlaşmanın taraf ülke açısından uygulanmaya başladığı tarihten önce meydana gelmiş fiillerle ilgili herhangi bir yükümlülük doğurmayacaktır. TRIPS açısından kural, anlaşmanın uygulanmaya başlandığı tarihte mevcut ve korunan fiillerle ilgili üye ülkelerin yükümlülüğünün olmasıdır. Bunun yanında, üye ülkede korunmasa bile eğer Anlaşma şartlarına uygun veya daha sonra uygun olacak fiiller için de yükümlülük söz konusu olacaktır.

Yükümlülük kuralına getirilen istisnalardan biri de kamuya mal olmuş konularla ilgilidir. Anlaşmanın 70.3. maddesine göre, “Bu Anlaşmanın söz konusu Üye için uygulanmaya başladığı tarihte kamuya mal olmuş konunun yeniden koruma altına alınması şeklinde bir yükümlülük olmayacaktır.” düzenlemesi getirilmiştir.

Son olarak, Anlaşmanın 70.4. maddesinde “Korunan konuyu ihtiva eden özel nesnelere ilgili olan, bu Anlaşma'ya uygun olarak mevzuat şartları kapsamında ihlale neden olan ve WTO Anlaşması'nın bu Üye tarafından kabul edildiği tarihten önce başlamış olan veya hakkında büyük bir yatırım yapılmış olan herhangi bir fiille ilgili olarak, herhangi bir Üye, bu Anlaşma'nın bu Üye için uygulanmaya başladığı tarihten sonra bu tür fiillerin devam etmesi konusunda hak sahibinin başvurabileceği telafi yöntemlerinin sınırlanmasını öngörebilir. Ancak böylesi durumlarda Üye en

²⁶⁰ GERVAIS, D.J., “The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”, s.174.

azından adil bir karşılığın ödenmesini hükme bağlayabilir.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

5. Koruma Kapsamına Getirilen İstisnalar

TRIPS Anlaşması kapsamında koruma altına alınan hakların düzenlendiği her bir bölümde istisna hükümlerine yer verilmiştir. Markaların korunması ile ilgili istisna hükümleri ise Anlaşmanın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede “Üyeler, bu tür istisnalarda marka sahibinin ve üçüncü tarafların meşru menfaatlerinin dikkate alınması koşuluyla, tanımlayıcı terimlerin adil kullanımı gibi, bir marka ile tanınan haklara sınırlı istisnalar uygulayabilirler.” denilmek suretiyle marka sahipleri ile üçüncü kişilerin menfaatleri arasında denge sağlamak amacıyla bazı istisnalar getirilebilmesi amaçlanmıştır.²⁶¹ Böylece, TRIPS Anlaşması’na taraf olan ülkelerin, marka sahiplerinin ve üçüncü kişilerin haklarını da gözetmek koşuluyla tanımlayıcı terimlerin adil kullanılması ve kişinin isminin adil olarak firma ismi olarak kullanılması gibi durumlarda marka sahipliğine sağlanan haklara bazı istisnalar uygulayabilmesinin önü açılmıştır.²⁶²

Anlaşmaya göre terimlerin adil kullanımı, iyi niyetli kullanıcıların ismi, adresi, takma ismi ve de tür, kalite, gideceği yer, değer ve kökenine ait bilgiler gibi sadece kimlik ve bilgi amacıyla olan işaretleri kapsar. Marka hakkının korunması korunmasında getirilen bu istisnalar açısından unutulmaması gereken nokta, marka sahibinin ve üçüncü kişilerin meşru menfaatlerinin korunması gereğidir. Aksi takdirde getirilen istisnalara itiraz edilebilir.²⁶³

İstisnalar düzenlenirken Anlaşmanın 62. maddesinin yollaması gereğince genel yükümlülüklerle ilişkin olan 41.2.ve 41.3. maddelerde yere alan ilkelere göz önünde bulundurulacaktır. Bu hüküm sadece tescilli markalar için değil, taraf ülkelerde tescilli olmayan ilk kullanıcıdan ve tanınmış markadan kaynaklanan haklar da dahil

²⁶¹ CORREA, C.M./YUSUF, A.A., s.172.

²⁶² KUR,A., s.108.

²⁶³ GERVAIS, D.J., “The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”, s.176.

olmak üzere tüm marka başvuruları için de uygulanacaktır.^{264 265}

TRIPS Anlaşması'nın marka korumasına konusunda getirilecek istisnalara ilişkin 17. maddesinin uygulanması uluslararası alanda tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu konuda en önemli örnek Kanada'da yaşanmıştır. Kanada hükümeti tütün ürünlerinin sağlığa zararlı etkilerini göz önünde bulundurarak satışlarının azalmasının sağlanması amacıyla gösterişli olamayan sade paketler halinde paketlenerek satılması zorunluluğunu getirmiş ve bu kararını TRIPS Anlaşması'nın 17. maddesine dayandırmıştır. Duruma karşı çıkan tütün mamulleri üreticileri ise Anlaşmanın 17. maddesinin hükümlere güvenlik ve sağlık sebepleri ile marka korumasının sınırlandırılması yetkisi verecek kadar genel olmadığını savunmuşlardır. Hükümetin kararını destekleyenler ise, Anlaşmanın 17. maddesine ek olarak 8. maddesinde yer alan “Üyeler, yasa ve yönetmeliklerini formüle eder veya değiştirirken, halk sağlığı ve beslenmesini korumak ve sosyoekonomik ve teknolojik gelişmeler açısından hayati önem taşıyan sektörlerle halkın ilgisini arttırmak için gerekli önlemleri, söz konusu önlemler bu Anlaşma hükümlerine uygun olmak kaydıyla alırlar” hükmünün de bu tip bir düzenlemeye cevaz verdiğini ileri sürmüşlerdir. İstisna hükümlerinin uygulanmasına ilişkin tartışmalar, yeni bir WTO arabulucu sistemi altında görüşülüp açıklığa kavuşturulana kadar çözümsüz kalacak gibi görünmektedir.²⁶⁶

6. Korumanın Süresi ve Yenilenmesi

TRIPS Anlaşması kapsamında korunan markaların koruma sürelerine ilişkin hüküm, Anlaşmanın 18. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddeye göre, tescilli markaların korunma süresi en az 7 yıl olacak ve koşullara uyulması halinde sonsuz kez yenilenebilecektir. Madde kapsamında öngörülen 7 yıllık süre asgari bir süre

²⁶⁴ GERVAIS, D.J., “The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”, s.176.

²⁶⁵ Marka korumasına ilişkin getirilen söz konusu istisnaya benzer düzenlemeler, TRIPS Anlaşması kapsamında korunan diğer haklara ilişkin olarak Anlaşmanın 13., 26/2. ve 30. maddelerinde yer almaktadır.

²⁶⁶ CORREA, C.M./YUSUF, A.A, s.172.

olduğundan, taraf ülkeler korumaya ilişkin daha uzun süreler belirleyebilirken, süreyi 7 yılın altına indiremeyeceklerdir.²⁶⁷

Madrid Protokolü'nün 6.1. ve Markalar Kanunu Anlaşması'nın 13.7. maddelerinde markalar için ilk tescilden itibaren ve yenileme halinde 10 yıllık süreli koruma öngörülmüştür.²⁶⁸

B.İHLALE NEDEN OLAN MALLARIN ULUSAL VE ULUSLARARASI TİCARETİNE KARŞI MARKANIN KORUNMASI

1. Genel Yükümlülükler

TRIPS Anlaşması'nın fikri mülkiyet haklarının uygulanması başlıklı 3. kısmında Anlaşma kapsamındaki hakların uygulanmasına yönelik düzenlemeler bulunmakta olup söz konusu kısım “Genel Yükümlülükler”, “Hukuki ve İdari Usuller ve Telafi Yöntemleri”, “Geçici Önlemler”, “Sınır Önlemleri ile İlgili Özel Koşullar” ve “Cezai Usuller” olmak üzere 5 temel bölümden oluşmaktadır.²⁶⁹ Anlaşmanın sayılan bölümlerinde avukat tutma serbestisi, mahkeme kararlarının yazılı ve gerekçeli olması, temyiz hakkı gibi usul ve icra hukukunun genel prensiplerine yer verecek şekilde ayrıntılı düzenlemeler içermesi olağan olmayan bir durum olmakla birlikte TRIPS Anlaşması'nın bir WTO Anlaşması olması ve taraflarından birçoğunun gelişmemiş ya da gelişmekte olan ülkeler olması böyle kapsamlı düzenlemeler yapılmasının nedeni olabilir.²⁷⁰

TRIPS Anlaşması'nın 41.1. maddesi, bu kısımda belirtilen uygulama usullerine ilişkin olarak üye ülkelerin, ihlalleri öncelikli olarak önleyecek acil telafi yöntemleri

²⁶⁷ Ülkemizde Markaların Korunmasına esas teşkil eden 556 sayılı KHK'nın 40. maddesine göre, Tescilli markanın korunma süresi 10 yıldır ve bu süre onar yıllık dönemler halinde sınırsız olarak yenilenebilir.

²⁶⁸ Tescilli markaların korunmasına ilişkin süreler, Amerika, Japonya ve İsviçre gibi gelişmiş ülkelerde halihazırda 10 yıl olarak uygulanmaktadır. TRIPS Anlaşmanın söz konusu maddesi ile amaçlanan az gelişmiş ülkeler açısından asgari bir koruma süresi belirlenerek korumanın bu sürenin altına indirilmesinin önlenmesidir. **Bknz.** KUR, A., s.109.

²⁶⁹ DREIER, T., “**TRIPS and the Enforcement of Intellectual Property Rights**”, Beier and Schriker e.d. içinde, IIC Studies, Vol.18, 1996, s.259; PASLI, A., s.94.

²⁷⁰ PASLI, A., s.95.

ile caydıracak yöntemlerin kendi yasalarında yer almasını öngörür. Söz konusu yöntemler yasal ticarete engel olmayacak ve uygulama usullerinin kötüye kullanılmasını önleyecek niteliklere sahip olmalıdır.²⁷¹

TRIPS Anlaşması kapsamında, taraf ülkelerin koruma sistemlerinin sahip olması gereken özellikler şunlardır:²⁷²

- Fikri mülkiyet haklarının ihlaline karşı etkili bir dava sistemine imkan vermelidir.
- Adalet ve eşitliğe dayanmalı ve eşitsizlik meydana getirecek uygulamalardan kaçınılmalıdır..
- Nihai nitelikteki idari kararların yargısal denetimine izin vermelidir.
- Gereksiz prosedürlere ve bu prosedürlerden kaynaklanan gereksiz masraflara yol açmamalıdır.
- Makul olmayan bir zaman aşımı süresi ve mazur görülemeyecek gecikmeleri zorunlu kılmamalıdır.

Yukarıda sayılan genel yükümlülükler haricinde, Anlaşmanın 41.5. maddesinde önemli bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre, TRIPS Anlaşması'nın fikri mülkiyet haklarının uygulanmasına ilişkin hükümleri, taraf ülkelere kendi hukuk sistemlerinde ayrı bir adli sistem oluşturulmasına ilişkin herhangi bir yükümlülük yaratmamaktadır. Ayrıca, anlaşmanın uygulamaya yönelik hükümler, üyelerin kendi yasalarını uygulamasını etkilemeyecektir.²⁷³

TRIPS Anlaşması, taraf ülkelere yeni yükümlülükler ve külfetler getirmeden yukarıda belirtilen prensiplerin sadece eldeki mevcut kaynaklar ve kapasitenin fikri

²⁷¹ TRIPS 41.1. maddesinin son cümlesinde “bu usuller, yasal ticarete engel olmaktan kaçınılacak ve bu usullerin kötüye kullanılmasını önleyici koruma sağlanacak şekilde uygulanacaktır.” denilerek buluşun/yeniliğin/inovasyonun ya da kamu menfaatinin geliştirilmesinin değil bizatihi ticaretin fikri mülkiyet haklarının icrası noktasındaki temel amaç olduğu gösterilmiş olmaktadır. **Bknz. ANAWALT, H.C., “Intellectual Property Scope: International Intellectual Property, Progress, and the Rule of Law”, Economics, Law and Intellectual Property, Seeking Strategies for Research and Teaching in a Developing Field, ed. By Ove Granstrand, Kluwer Academic, London 2003, s.62.**

²⁷² ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, FMRD, 2003, C.3, S.1, s.25.

²⁷³ DREIER, T., s.261; OYTAÇ, K., “Karşılaştırmalı Markalar Hukuku”, s.339.

hakların korunması konusunda kullanılarak gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Sahte mal ticaretini ve korsanlığı meslek edinen kişilerle mücadelede başarıya ulaşmak için taraf ülkelerin tümünde tedbirlerin etkin şekilde uygulanması gerekmektedir. Bunun için de sayılan prensiplerin adil, hızlı şekilde uygulanabilir ve maliyetinin düşük olması gerekmektedir. Aksi takdirde, caydırıcı niteliğe sahip olmayan yaptırımlarla başarıya ulaşmak söz konusu olmayacaktır.²⁷⁴

2. İhtiyati Tedbirler

2.1. Genel Olarak

Bir davanın açılması ile kesin hükme bağlanması arasında uzun bir zaman aralığı olabilmekte ve bu sebeple bir takım olumsuzluk ortaya çıkabilmektedir. Bu olumsuzlukları önlemek amacıyla dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra alınabilen geçici tedbirlere ihtiyati tedbir denmektedir.²⁷⁵ İhtiyati tedbirin amacı, talepte bulunanı baştan tatmin etmek ya da davanın sonucuna ilişkin bir karar oluşturmak değil, asıl ihtilafı çözecek davanın sonucunu güvence altına almak ve dava sonucuna yönelik olarak onu etkisiz kılacak muhtemel zararların önüne geçmektir.²⁷⁶

Genel olarak hukuk yargılamasında ihtiyati tedbir kararı istisna olup davanın esasını çözecek şekilde tedbir kararı verilemez. Öte yandan, TRIPS Anlaşması'nın fikri mülkiyet haklarının korunmasında getirdiği geniş korumanın bir sonucu olarak Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri bakımından bu kural ciddi olarak yumuşamıştır. Sonuçta, markalar da dahil olmak üzere fikri mülkiyet hukukunun her alanında ihtiyati tedbir kararları istisna olmaktan çıkmıştır.²⁷⁷

²⁷⁴ ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.25.

²⁷⁵ OYTAÇ, K., “Karşılaştırmalı Markalar Hukuku”, s.338; ŞİRİN, Ş., s.83.

²⁷⁶ Hukukumuzda, ihtiyati tedbirler genel olarak 6100 sayılı HMK'da düzenlenmekle birlikte, tescilli markalar bakımından 556 sayılı KHK'nın 76. ve 77. maddelerinde özel hükümler mevcuttur. Bu iki maddede hüküm bulunmayan hallerde ise, KHK'nın 78. maddesi gereğince HMK'nın 389 ve devamındaki maddelerinde düzenlenen genel hükümler uygulanacaktır. **Bknz.** ÇOLAK, Uğur, “Türk Marka Hukuku”, s.658.

²⁷⁷ TEKİNALP, Ü., s.513; ÇOLAK, U., “Türk Marka Hukuku”, s.659.

Fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin haklarına zarar verecek ürünlerin uluslararası ticareti ile etkin bir şekilde mücadele edebilmek için söz konusu ürünlerin ülkelerin dağıtım kanallarına girmesinin önlenmesi çok önemlidir. Bu nedenle, TRIPS Anlaşmasının içerdiği tedbirlerin büyük bir kısmı, hukuka aykırılık teşkil eden malların anlaşmaya taraf ülkelerin pazarlarına girişini engellemeye yöneliktir. Anlaşmanın “Muvakkat Tedbirler” kenar başlıklı 50. maddesi bu anlamda en önemli hükümlerden bir tanesidir. Adı geçen madde hükümleri incelendiğinde, bunların büyük oranda adli makamlar tarafından hukuka aykırılık teşkil eden malların ticaretinin engellenmesiyle ilgili alınacak tedbirlerden oluştuğu görülmektedir.²⁷⁸

2.2. İhtiyati Tedbirin Amacı ve Şartları

Fikri mülkiyet haklarının uygulanmasına yönelik en önemli düzenlemelerden birisi hiç şüphesiz ki TRIPS Anlaşması'nın 50. maddesidir.²⁷⁹ Bu madde anlaşmaya taraf ülkelerin fikri mülkiyet haklarına ilişkin ihlal gerçekleşmeden önce alabilecekleri ihtiyati tedbirlere ilişkindir. Madde toplamda 8 fıkradan oluşmakta olup ilk 7 fıkra taraf ülkelerin hukuki usuller sonucunda alabilecekleri ihtiyati tedbirler, son fıkra ise, idari usuller sonucu alınabilecek ihtiyati tedbirler sayılmıştır. Anlaşmada ayrıca, idari usuller sonucunda alınacak ihtiyati tedbirlerin, hukuki usuller sonucunda alınacak ihtiyati tedbirler ile aynı ilkelere tabi tutulacağı belirtilmiştir.

Anlaşmanın 50. maddesinde ihtiyati tedbirlerin alınmasındaki iki temel amaç sayılmıştır. Bunlar:²⁸⁰

- Bir fikri mülkiyet hakkının ihlalini önlemek ve özellikle gümrükten çekildikten sonra ithal malların kendi yetki alanlarındaki ticaret kanallarına girişini engellemek,
- İhlal iddiası ile ilgili delilleri muhafaza etmektir.

²⁷⁸ ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.31.

²⁷⁹ CORREA, C.M./YUSUF, A.A., s.173.

²⁸⁰ ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.32.

Yukarıda da belirtildiği üzere, ihlal iddiasına ilişkin delillerin imha edilmesi riskine karşı bu delillerin koruma altına alınması öngörülmüştür.²⁸¹ İhlal iddiasına ilişkin delillerin yok olmadan saptanması ve ardında da tedbir kararının elde edilebilmesi açısından ilgilinin tespit talebinde bulunması gerekmektedir. Bu şekilde tek taraflı olarak yapılacak delil tespiti, tespit yaptıran lehine kesin hüküm oluşturmayacak sadece mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararına dayanak olacaktır. Bu sayede, zaman geçirilmesi durumunda ortadan kalkacak olan deliller kısa sürede saptanabilecektir.²⁸²

İhtiyati tedbir kararı, tüm hukuk sistemleri açısından sıkı şartlara tabi tutulmuştur. İhtiyati tedbir kararı için öncelikle, hakkında tedbir istenen işlem ya da eylemin açıkça hukuka aykırı olması ve bu aykırılığı destekleyecek nitelikte çok kuvvetli delillerin varlığı aranır. Hukuka uygun bir işlem ya da eylem için tedbir istenemez. Bu nedenle TRIPS Anlaşması hükümlerine göre tedbir kararı verilebilmesi için ülkeye ithal edilecek mallar hakkında tedbir talebinde bulunacak olan kişinin, hak ve menfaatlerinin ihlal edildiği veya çok yakın bir zamanda ihlal edilmesinin kesin olduğuna dair çok kuvvetli delilleri sunması gerekmektedir.^{283 284}

²⁸¹ PASLI, A., s.100.

²⁸² OYTAÇ, K., s.89.

²⁸³ ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.32; ÇOLAK, U., s.658.

²⁸⁴ 556 sayılı KHK'nın 76. maddesine göre, ihtiyati tedbir kararının verilmesinin talep edilmesi için marka hakkına Türkiye’de tecavüz olduğunun veya tecavüz konusunda ciddi bir tehdidin bulunduğu ispat edilmesi gerekir. Ancak bunu tam bir ispat olarak anlamamak gerekir. Mahkemenin tedbir isteyen hakkının bulunduğu ikna olması yeterlidir. İhtiyati tedbir kararı verilmesinin, dava konusu markanın davacının marka hakkına tecavüz eder şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğunun (ya da kullanılmak üzere ciddi çalışmalar yapıldığının) ispatı koşuluna bağlanması uygun olmamıştır. Haksız biçimde kullanılan markayı taşıyan malların iç pazara sürülmesi hiç söz konusu olmadan ihracatı da, marka hakkına tecavüz oluşturur(KHK 61.a ve 9/II,c). Dolayısıyla bu halde de ihtiyati tedbir istenebilmelidir. **Bknz.** ARKAN, S., s.227; TRIPS md.50/2’de sebepler noktasında sınırlamaya gidilmeksizin adli mercilere “uygun hallerde” geçici önlem alma yetkisi tanınırken, özellikle olarak sayılan durumlarda da HMK. M. 389/1’e paralel şekilde gecikmeye yapılan atfın yanında delillerin imha edilm riski de özel bir sebep olarak anılmıştır. Kaldı ki, MarkKHK. M.76 hükmünün lafzı da karşı tarafın sadece markasal kullanımlarına karşı ihtiyati tedbir kararı verilebileceği izlenimini yaratmaktadır. TRIPS md.50/2’nin genel ifadesinde bu şekilde bir sınırlamanın bulunmadığı şüphesizdir. O zaman TRIPS’in söz konusu düzenlemesinin –teoride de olsa- marka sahiplerinin ihtiyati tedbir taleplerini dayandırabilecekleri sebepleri çoğalttığı, bu yönüyle hukukumuza doğrudan etki ettiği ve bu tür kararların alınma ihtimalini arttırdığı tespiti yapılabilecektir.**Bknz.** PASLI, A., s.100.

İhtiyati tedbir kararının geçici bir tedbir olduğu ve talepte bulunan tarafın haklı olduğuna dair kesin bir hüküm oluşturmayacağı daha önce de belirtilmişti. Bu sebeple, yapılan yargılama sonucunda, mahkemece alınmış olan tedbir kararının yersiz olduğunun anlaşılması üzerine, bu kararın uygulanmasından zarar gören kişinin zararlarının karşılanması amacıyla mahkeme ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişiden teminat ve benzeri bir güvence göstermesini talep edecektir. Bunun yanı sıra, ihtiyati tedbir talep eden taraf, tedbiri uygulayacak makamın malları kolaylıkla teşhis edebilmesine yarayacak malın tarifi, niteliği, amacı gibi bilgileri verecektir.²⁸⁵

2.3. İhtiyati Tedbir Kararı Verilmesi Üzerine Yapılacak İşlemler

Adli merciler, ihtiyati tedbir talep eden tarafın sunduğu delillere ve malın teşhis edilmesinde kullanılacak bilgilere dayanarak, gerekli teminatın da yatırılmış olması halinde pazara girmiş malların dağıtımının durdurulması, mallara el konulması, malların piyasadan toplatılması v.b. tedbirlere karar verebilecektir. Adli mercilerce uygulanacak tedbirler sadece mallara ilişkin olmayıp söz konusu malların üretilmesini, pazara sokulmasını, dağıtımının yapılmasını sağlayan kimselere yönelik olarak izleme, tutuklama v.b. tedbirlerde uygulanabilecektir. Bu tedbirlerle ilgili taraf ülkeler üzerinde bir sınırlama ya da zorlama öngörülmemiş olup düzenlemeler her bir taraf ülkenin iç hukukuna bırakılmıştır. Taraf ülkeler kendi iç hukuklarında tedbirlerin neler olacağına yönelik düzenlemeler yaparken dikkate almaları gereken tek kriter, tedbirlerin Anlaşma kapsamında yer alan amaçlara hizmet edecek etkinlikte olmasıdır. Bu açıdan, ihtiyati tedbirler uygulanırken, olayın faillerinin kaçmalarına ve delilleri yok etmelerine imkan verilmemelidir.²⁸⁶

TRIPS Anlaşması'nın 50.2. maddesinde yapılan düzenleme ile adli mercilerin olayın diğer tarafını dinlemeksizin "gıyabında" ihtiyati tedbir alma yetkisine sahip olacakları öngörülmüştür. Anlaşmanın 50.4. maddesinde ise, gıyablarında alınan kararlardan etkilenen taraflara gecikmeksizin ve en geç önlemler uygulandıktan

²⁸⁵ ATEŞ, M., "Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri", s.32; ARKAN, S., s.228; ÇOLAK, U., s.663; DREIER, T., s.264.

²⁸⁶ ATEŞ, M., "Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri", s.33.

sonra bildirimde bulunulması hükme bağlanmıştır. Önlemler bildirildikten sonra makul süre içinde bu önlemlerin değiştirilmesine, iptal edilmesine veya teyit edilmesine karar vermek üzere davalının talebi üzerine mahkeme dinleme hakkını da kapsayan bir inceleme yapacaktır.^{287 288}

2.4. İhtiyati Tedbirde Süre

İhtiyati tedbir kararları nitelikleri itibari ile geçici nitelikteki önlemler olup kesin bir sonuca ulaşmaları için ihtiyati tedbir kararının ardından bir davanın açılması ve söz konusu davanın esasına ilişkin incelemeye başlanması gerekmektedir. İhtiyati tedbir kararını izleyen süreçte, belirlenmiş süreler kapsamında dava açmak için herhangi bir girişimde bulunulmaz ise geçici tedbirler dava açmak için öngörülen sürelerin sonunda ortadan kalkar.²⁸⁹

TRIPS Anlaşması'nın 50.6. maddesinde, ihtiyati tedbir kararı sonrasında esas davanın açılması için öngörülen süre, sürenin başlangıç anı ve tedbirin kalkma şekli düzenlenmiştir.²⁹⁰ Söz konusu düzenleme, “Davanın esası hakkında bir kararın alınmasına yol açan takibat, ilgili Üye'nin yasalarında buna izin verildiği takdirde, önlemlerin alınmasını emreden adli merci tarafından tesbit edilecek veya böyle bir tespit yapılmadığı takdirde, hangisi daha uzun ise 20 işgününü veya 31 takvim gününü aşmayacak makul bir süre içinde başlatılmadığı takdirde, paragraf 4 hükümleri saklı kalmak koşuluyla, paragraf 1 ve 2'ye dayanılarak alınan önlemler, davalının talebi üzerine iptal edilecek veya başka şekilde hükümsüz olacaktır.” hükmüne amirdir.

²⁸⁷ GERVAIS, D.J., “**The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis**”, s.308.

²⁸⁸ HMK'nun 394. maddesi gereğince, eğer tedbir kararı, aleyhine tedbir verilenin yokluğunda verilmiş ise, bu takdirde, yokluğunda aleyhine tedbir kararı verilen kimsenin, bu tedbir kararına itiraz hakkı mevcuttur. İtiraz dilekçe ile yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazın dayanağı olan tüm delillerini dilekçesine eklemek zorundadır. İtiraz üzerine mahkeme tarafları duruşmaya çağırır ve dinler. Taraflar duruşmaya gelmez ise, mahkeme dosya üzerinden itiraz hakkında bir karar verir(...)İtiraz üzerine verilen bu kararlara karşı Yargıtay nezdinde temyiz yoluna başvurulabilir.**Bknz. ÇOLAK, U., s.670.**

²⁸⁹ ATEŞ, M., “**Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, s.34.

²⁹⁰ DREIER, T., s.264.

Hukukumuzda ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin uygulama alanı bulan HMK. m.397/1 maddesinde ise, “ihtiyati tedbir kararı dava açılmadan önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi halde tedbir kendiliğinden kalkar.” denilmektedir.

Yukarıda belirtilen TRIPS ve HMK hükümleri karşılaştırıldığında, TRIPS kapsamında marka sahibine tanınan iki haftayı aşkın süre marka sahibinin lehinedir ve bu sebeple TRIPS hükmü HMK’nın önüne geçmektedir. Ayrıca TRIPS hükmünde ilgili sürenin mahkeme tarafından belirlenmesi öngörülürken, HMK açısından süre kesin olarak belirlenmiştir.^{291 292}

Dava açma süresinin başlangıç anı açısından da TRIPS ile HMK arasında fark bulunmaktadır. TRIPS’e göre sürenin başlangıcı da mahkeme tarafından belirlenecektir. Ayrıca, TRIPS’e göre, belirlenen sürede dava açılmaması halinde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkmayacak, karşı tarafın talebi aranacaktır.²⁹³

²⁹¹ PASLI, A., s.101.

²⁹² 1982 Anayasası’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.” denilmektedir. Diğer yandan, temel hak ve hürriyetlerle ilgili olmayan uluslararası anlaşmalar ile kanunların farklı hükümler içermesi halinde hangi düzenlemeye öncelik verileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir davaya bakmakta olan mahkeme, çözüme ulaşmak için aynı konuya ilişkin farklı düzenlemeler getirmiş iki kuraldan hangisini uygulaması gerektiğini, yasa çatışması kuralları uyarınca belirler. AY m. 90’a eklenen tümcenin bir maddi hukuk kuralı olmadığına kuşku yoksa da, bir “yasa çatışması” kuralı olarak ne kadar başarılı olduğunun tartışılması gerekir. Çünkü ek tümcenin anlatımından, Türk kanunu ile çatışan uluslararası antlaşma hükmüne “üstünlük” tanınacağı değil, bu hükmün “esas” alınacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca, “esas alınacak” olan “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” antlaşmalar deyiminin kapsamına hangi antlaşmaların gireceği yada girmeyeceği de belirsizdir. **Bknz.** AYBAY, R., “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, TBB Dergisi, S.70, Y.2007, s.206.

²⁹³ PASLI, A., s.101.

2.5. İhtiyati Tedbirin Hukuki Sonuçları

Genel olarak hukuk yargılamasında ihtiyati tedbir kararı verilmesi istisna olmakla birlikte, diğer sınai haklar mevzuatında ve telif hukukunda olduğu gibi marka hukukunda ihtiyati tedbir kararları daha kolay ve çabuk verilebilmektedir. Bunun sonucunda, haksız ihtiyati tedbir kararları nedeniyle aleyhinde karar verilen kimseler zarara uğrayabilmektedir.²⁹⁴

TRIPS Anlaşması'nın 50.7. maddesinde ihtiyati tedbir kararının haksızlığının ortaya çıkması durumunda marka sahibinin özel tazminat yükümlülüğü öngörülmüştür. Söz konusu maddede “Geçici önlemleri iptal edildiği takdirde veya başvuru sahibinin herhangi bir fiili veya ihmali nedeniyle zaman aşımına uğradığı takdirde veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmemiş olduğu veya ihlal tehdidinin bulunmadığı sonradan tespit edildiği takdirde, adli merciler davalının talebi üzerine, başvurana davalıya bu önlemlerin neden olduğu zarara karşılık uygun bir tazminat ödemesini emretme yetkisine sahip olacaklardır.” denilmektedir.

İhtiyati tedbir kararını aldırmanın haksız olduğunun ortaya çıkması durumunda mahkeme tazminata resen karar vermemektedir. Böyle bir durumda, zarar gören kişinin mahkemeden zararlarının karşılanmasına yönelik talepte bulunması gerekmektedir.²⁹⁵ ²⁹⁶ Haksız ihtiyati tedbirin uygulanmasından doğan zararların giderilmesine yönelik açılacak tazminat davalarında yetkili ve görevli mahkeme, 6100 sayılı HMK'nun 399. maddesine göre, asıl davanın görüldüğü mahkemedir.²⁹⁷

²⁹⁴ ÇOLAK, U., s.671.

²⁹⁵ ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.35.

²⁹⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kural olarak bir tescil belgesine dayalı olarak ihtiyati tedbir talebinde bulunulması ve tedbir kararı verilmesinden sonra, marka tescil belgesinin hükümsüz kılınması halinde açılan tazminat davalarında, ihtiyati tedbir talebinin, “yasal bir hakkın kullanılması” olarak kabul etmekte ve tescil belgesine dayanılarak alınan toplatma kararlarının, hukuka uygun olduğu gerekçesiyle tazminatı gerektirir bir hukuka aykırılığın mevcut olmadığı değerlendirmesini yapmaktadır. **Bknz.** ÇOLAK, U., s.673.

²⁹⁷ TEKİNALP, Ü., s.482.

3. Sınır Tedbiri Olarak Gümrük Makamlarınca Malların Serbest Bırakılmasının Ertelenmesi

3.1. Genel Olarak

Gümrükler bir ülkeye girişin ilk, ülkeden çıkışın ise son noktası olması dolayısıyla taklit ve korsan malların uluslararası ticareti açısından oldukça büyük önem taşımaktadır. Taklit ve korsan malların bir ülkenin iç pazarına girdikten sonra toplatılması, söz konusu malların gümrüklerde toplu olarak ele geçirilmesinden çok daha zor ve masraflı bir süreçtir. Bu açıdan TRIPS Anlaşması'nı hazırlayan taraflar gümrüklerin öneminin farkına varmış ve anlaşmaya taraf ülkelerin gümrüklerde alması gereken tedbirler detaylı olarak düzenlenerek taraf ülkelere büyük sorumluluklar getirilmiştir.²⁹⁸

TRIPS Anlaşmasından önce Paris Sözleşmesi'nin 9.1. maddesinde, "Hukuken korunmakta olan bir ticaret markasını veya ismini hukuka aykırı olarak üzerinde taşıyan malların ülkeye ithali üzerine, söz konusu mallara, Paris Birliğine üye ülkelerce el konulacaktır." denilmek suretiyle bu alanda bir adım atılmıştır.²⁹⁹

TRIPS Anlaşması'nın 51. v.d. maddelerinde düzenlenen sınır önlemleri, anlaşmanın 42. v.d. maddelerinde yer alan düzenlemeler ile ihtiyati tedbir gibi önlemlerin gümrük işlemlerine yansımış halini oluşturmaktadır. Ayrıca, anlaşmanın önceki bölümlerinde öngörülen tedbirler fikri mülkiyet hakları arasında bir ayırım yapılmadan uygulanırken, sınır tedbirleri sadece "sahte markalı mallar"³⁰⁰ ile "telif hakkını ihlal eden korsan mallar"³⁰¹ için kabul edilmiştir. Dolayısıyla, marka ve telif

²⁹⁸ ATEŞ, M., "Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri", s.35.

²⁹⁹ Paris Sözleşmesi'ne göre el koyma işlemi savcılar, diğer yetkili merciler veya menfaati olan diğer tarafların başvurusu şartına bağlanmıştır. Ayrıca Paris Sözleşmesinde el koyma işlemi açısından sadece sınai mülkiyet hakları kabul edilmiş, fikri mülkiyet hakları ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. **Bknz.** OYTAÇ, K., "Karşılaştırmalı Markalar Hukuku", s.343.

³⁰⁰ Bu mallar için geçerli olarak tescil edilmiş bir markaya benzer veya esas unsurları ile bu markadan ayırd edilemeyen bir markayı izinsiz olarak taşıyan ve bu nedenle ithalat yapılan ülkenin yasaları kapsamında söz konusu markanın sahibinin haklarını ihlal eden mallar ve bu malların ambalajları anlamında olacaktır.

³⁰¹ Malların üretildiği ülkede hak sahibinin veya hak sahibi tarafından usulüne uygun olarak yetkili kılınmış şahsın izni olmadan kopyası yapılmış olan ve bu kopyanın yapılmasının malların ithal

hakları dışındaki diğer fikri mülkiyet hakları sınır önlemleri açısından kapsam dışı bırakılmıştır.³⁰²

TRIPS Anlaşması bünyesinde sahte ve korsan malların uluslararası ticaretinin önlenmesine ilişkin yapılan düzenlemelerden en kapsamlısı ve en ayrıntılısı sınır tedbirleri ile ilgili olan düzenlemelerdir. Anlaşmanın 51. ila 60. maddelerini kapsayan bu düzenlemelerin amacının önlenmesi amaçlanan bu yasadışı faaliyetlerde gümrüklerin öneminin ön plana çıkartılmak istenmesidir. Bu açıdan WTO üyesi tüm ülkelere, gümrüklerinde TRIPS Anlaşmasında belirtilen tedbirleri alma zorunluluğu getirilmiştir.³⁰³

3.2. Malların Ülkeye Girişinin Talep Üzerine Durdurulması

TRIPS Anlaşması'nın 51. maddesinde, hak sahiplerinin sahte markalı veya telif hakkına tabi korsan malların ithal edilebileceğinden şüphelenmek için geçerli nedenleri olduğu takdirde, taraf ülkelere, gümrük makamlarına bu tür malların ülkeye girişinin durdurulması için başvuruda bulunulmasını düzenleyici tedbirler alma yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu maddenin dipnotunda ise, maddenin getirdiği usullerin, hak sahibinin izni ile bir başka ülkede piyasaya sürülen ithal mallara veya taşınmakta olan mallara uygulanmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Anlaşmaya taraf ülkeler, sahte veya telif hakkına tabi korsan malların ticareti dışında, fikri mülkiyet haklarını başka şekilde ihlal eden mallar için de başvuru yapılmasına imkan sağlayabileceklerdir.^{304 305}

edildiği ülkenin yasaları kapsamında bir telif hakkının veya ilgili bir hakkın ihlal edilmesine yol açacak bir maddeden doğrudan veya dolaylı olarak yapılmış olan mallar anlamında olacaktır.

³⁰² DREIER, T., s.265; PASLI, A., s.102.

³⁰³ ATEŞ, M., “**Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, s.36.

³⁰⁴ CORREA, C.M./YUSUF, A.A., s.294.

³⁰⁵ Üye ülkelerin zorunluluğu sadece sahte ve korsan mal ticareti ile ilgili olup, fikri mülkiyet haklarını başka bir şekilde ihlal eden mallar için hak sahipliğine böyle bir başvuru imkanı tanıyıp tanımamakta serbesttirler. Keza, üyeler kendi topraklarından başka bir ülkeye ihraç edilmek üzere hazırlanmış ihlale konu malların ülke dışına çıkarılmalarına gümrük makamlarınca engel olunmasıyla ilgili düzenleme yapmaya mecbur değildir. **Bknz. ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, s.38.

Gümrükten ülkeye girme aşamasında olan malların kendi fikri mülkiyet haklarını ihlal edeceğinden kuşku duyan hak sahipleri, söz konusu malların ülkenin ticari dağıtım kanallarına girişinin durdurulması için yetkili makamlara başvuruda bulunmalı ve bu başvurusunu yeterli deliller ile desteklemelidir. Burada belirtilen deliller iki tür olup, birinci tür deliller ihlale konu mallar üzerinde hak sahibinin kendisi olduğunu kanıtlayan, ikincisi ise itiraza konu malların sahte ve korsan olduğunu kanıtlayan delillerdir. Hak sahipliğini belirleme açısından tescil belgesi gibi belgeler kesin delil olabilirken, tescil ve tevdi gibi uygulamalara tabi olmayan telif hakları ve tanınmış markalar açısından belge sunma imkanı olmadığından bir takım zorluklar ortaya çıkabilmektedir. Tanınmış markalar açısından gümrük görevlilerinin subjektif değerlendirmeleri ile mallar hakkında bir takım kararlar alınabilirken, telif haklarına tabi eserlerin korsan olup olmadığının incelenmesi ileri düzeyde uzmanlık gerektirdiğinden gümrük görevlilerince bir değerlendirme yapılamamaktadır. Bu gibi durumlarda gümrük idarelerinin alanında uzman bilirkişilere başvurarak yardım almaları gerekmektedir.³⁰⁶

556 sayılı KHK'nın "Gümrüklerde El Koyma" kenar başlıklı 79. maddesi "Hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir." hükmünü içermektedir.³⁰⁷ Bu maddenin TRIPS Anlaşması'nın çizdiği genel çerçevede değerlendirilmesiyle, maddede geçen "taklit markalı mal" terimi dar anlamda yorumlanmalıdır. TRIPS Anlaşmasında "geçen sahte markalı mallar" teriminin hukukumuzdaki karşılığı maddede geçen "taklit marklı mallar" terimi olup, markanın benzerinin benzer mallar üzerinde kullanımı marka hakkını ihlal etmesine rağmen marka sahtekarlığı değildir ve sınır önlemlerinin kapsamına girmemektedir.³⁰⁸

³⁰⁶ ATEŞ, M., "Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri", s.39.

³⁰⁷ Söz konusu mallara gümrük idarelerince el konulacağına ilişkin ifade de doğru değildir. Zira madde hükmünde belirtilmek istenen husus yurda giriş ya da yurttan çıkış esnasında gümrük idarelerince yerine getirilmesi gereken işlemlerin belirli bir süre için yapılmaması ve bu suretle söz konusu malların yayılmasının önlenmesidir. El koyma kararı ise mahkeme tarafından verilmektedir. **Bknz.** DEREN YILDIRIM, N., "Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukunda İhtiyati Tedbirler", İstanbul, 1999, s.105.

³⁰⁸ PASLI, A., s.105; MERAN, N., s.397.

Öta yandan, 4458 sayılı Gümrük Kanunu ile sınır önlemlerinin uygulama alanı genişletilmiştir. Gümrük Kanunu'nun 57. maddesinde “Fikri ve sınaî haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile ilgili olarak hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın alıkonulması veya gümrük işlemlerinin durdurulması hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından gerçekleştirilir.” denilmek suretiyle korumanın sadece taklit markalı mallar için değil marka hakkına tecavüz niteliğindeki her türlü ihlali kapsayacağı belirtilmiştir.³⁰⁹

Gümrük idarelerinin yetkisi dahilinde tedbir niteliğinde olan gümrüklerde el koyma işleminin ardından, el koyma kararının tebliğinden itibaren 10 gün içinde esas hakkında ihtisas mahkemesinde dava açılmaz veya tedbir niteliğinde bir karar alınmaz ise el koyma kararı kendiliğinden ortadan kalkar. TRIPS Anlaşması'nın 55. maddesine göre uygun hallerde başvuru sahibine 10 günlük bir süre daha tanınması öngörülmüştür. Bu imkandan Türkiye'deki hak sahiplerinin de yararlanması mümkündür.³¹⁰

3.3. Malların Ülkeye Girişinin Re'sen Durdurulması

Taklit ve korsan mallara gümrük makamlarınca el konabilmesi için esas kuralın hak sahibinin bu yönde bir talebinin bulunması olduğu yukarıda belirtilmiştir. Bu kuralın istisnasına TRIPS Anlaşması'nda yer verilmiştir. Anlaşmanın 58. maddesinde, hak sahibinin herhangi bir talebi olmaksızın gümrük idarelerinin re'sen hareket ederek mallara el koyma konusunda yetkili kılınabileceği belirtilmiştir.

Gümrük makamlarının re'sen hareket ederek gümrükten geçen mallara el koyabilmesi için söz konusu malların fikri mülkiyet haklarını ihlal etme konusunda

³⁰⁹ PASLI, A., s.105; ÇOLAK, U., s.679; ARKAN, S., s.229.

³¹⁰ 4458 sayılı Gümrük Kanunu md.57/3 ile hak sahiplerine özdeş bir imkan tanınmış ise de, TRIPS'e uygun olmayan özel süreyi kısaltma hali de getirilmiştir. Hüküm şu şekildedir: “Gümrük idaresince alınan durdurma veya alıkoyma kararının hak sahibine tebliğinden itibaren çabuk bozulabilir eşya için üç iş günü içinde hak sahibince ihtiyati tedbir kararı getirilmemesi halinde, eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılır. Haklı bir mazeretin bulunması halinde, hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idaresince on iş gününe kadar ek süre verilebilir.” **Bknz.** PASLI, A., s.105.

“aksi kanıtlanmadığı sürece doğru kabul edilen delillere” (prima facie evidence) dayanması gerekmektedir. Sadece şüpheye dayanarak el koyma işlemi yapılmayacaktır. Gümrük makamlarının mallara el koymak amacıyla gerekli olan bilgi ve belgeleri hak sahiplerinden talep etme hakları da mevcuttur.³¹¹

Gümrük makamlarınca uygulanacak el koyma işlemi gecikmeksizin ithalatçı ve hak sahiplerine bildirilecektir.³¹² İthalatçının bu işleme itiraz etmesi mümkün olup, itiraz halinde Anlaşmanın 55. madde hükümleri uygulanacaktır.³¹³

Gümrükte bekleyen mallara re’sen el konulmasında dolayısıyla bir zararın ortaya çıkması durumunda hukuki sorumluluk, el koyma işlemi gerçekleştiren idarenin iyi niyetli olup olmadığına göre değişecektir. El koyma işlemi iyi niyetli olarak yapıldıysa veya iyi niyetle hareket etmek amaçlandıysa gümrük idareleri ortaya çıkan zarardan hukuken muaf tutulacaklardır. Aksi takdirde, el koyma kararını verenler doğan zararı tazmin etmekle mükelleflerdir.³¹⁴

TRIPS Anlaşması kapsamında, taraf ülkelerin gümrük makamlarınca mallara re’sen el koymasına yönelik düzenleme yapılabileceği yönünde sağlanan opsiyon Türkiye tarafından da kullanılmıştır. 556 sayılı KHK’nın 79.2. maddesinin işaret ettiği 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 57.1.(b) maddesinde “...eşyanın fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal ettiğine dair açık deliller olması halinde, hak sahibinin geçerli bir başvuruda bulunabilmesini teminen, gümrük idareleri tarafından eşya üç işgünü

³¹¹ ATEŞ, M., “**Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, s.40.

³¹² DREIER, T., s.266.

³¹³ TRIPS md.55: Davanın esasına ilişkin bir kararın alınmasına yol açan takibatın davalı dışında bir başka tarafça başlatıldığı veya usulüne uygun olarak yetkili kılınmış makamın malların serbest bırakılmasının ertelenmesini uzatan geçici önlemleri aldığı, erteleme kararı başvuru sahibine bildirildikten sonra en fazla 10 işgünü içinde gümrük makamlarına bildirilmediği takdirde, ithalat ve ihracatın diğer tüm şartlarına uyulmuş olması koşuluyla mallar serbest bırakılacaktır, bu zaman sınırı uygun hallerde 10 işgünü kadar daha uzatılabilir. Davanın esasına ilişkin bir kararın alınmasına yol açan takibatların başlatılmış olması halinde, makul bir süre içinde bu önlemlerin değiştirilmesine, iptal edilmesine veya teyid edilmesine karar vermek amacıyla davalının talebi üzerine, mahkemede dinlenme hakkı da dahil olmak üzere bir inceleme yapılacaktır. Yukarıda yer alan hükümlere rağmen, malların serbest bırakılmasının ertelenmesi geçici adli bir önleme uygun olarak yürütüldüğü veya sürdürüldüğü takdirde, 50nci maddenin 6nci paragrafı hükümleri uygulanacaktır.

³¹⁴ ATEŞ, M., “**Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, s.40; ARKAN, S., s.231.

süresinde re'sen alıkonabilir veya eşyanın gümrük işlemleri durdurulabilir.” denilmek suretiyle gümrük idarelere yetki verilmiştir.³¹⁵

3.4. Teminat Gösterilmesi

Malların ülkeye girişinin durdurulmasını isteme hakkının kötüye kullanılması mümkündür. Asılsız ihbarlar yoluyla bazı malların gereksiz yere gümrüklerde bekletilmesi sonucunda ticaretin olağan akışı sekteye uğramakta ve ciddi miktarda maddi kayıplar söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple, kötü niyetli başvuruların önlenmesi amacıyla TRIPS Anlaşmasının 53.1. maddesi³¹⁶, malların ülkeye girişinin ertelenmesi talebinin bir teminat karşılığında yapılabilmesine yönelik düzenlemeler öngörülmesini mümkün kılmaktadır. Söz konusu teminat miktarı anlaşmaya taraf ülkelerin kendi iç hukuklarında yapacakları düzenlemeye bırakılmış olup bazı kriterler öngörülmüştür. Bunlar teminatın doğabilecek zararları karşılayabilecek miktarda olmakla birlikte başvuruda bulunacak kimseyi caydıracak kadar yüksek miktarda olmamasıdır.^{317 318}

3.5. Malların Ülkeye Girişinin Durdurulması Halinde Bildirim

TRIPS Anlaşması'nın 54. maddesi malların ülkeye girişinin durdurulması halinde söz konusu kararın bildirimini hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre, gümrük mercileri, sahte veya korsan malların ithal edilebileceğinden kuşkulanan için geçerli sebepleri olan hak sahibinin başvurusu üzerine delilleri ve teminat miktarını inceleyip nihai karardan önce talep sahibini bilgilendirecektir. İnceleme sonucunda, başvurunun kabul edilip edilmediği, başvuru kabul edildi ise malların ülkeye girişinin ne kadar bir süre için durdurulduğu ve bildirilmesi gerekli diğer hususlar

³¹⁵ PASLI, A., 106; OYTAÇ, K., s.345; ÇOLAK, U., s.679.

³¹⁶ TRIPS md.53/1 “Yetkili merciler davalıyı ve kendilerini korumak ve suistimali önlemek için başvuru sahibinden teminat veya eşdeğer bir güvence vermesini isteme yetkisine sahip olacaklardır. Bu teminat veya eşdeğer güvence bu usullere başvurulmasını engellemeyecektir.”

³¹⁷ ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.41.

³¹⁸ Konu ile ilgili düzenleme ihtiyati tedbir taleplerinin etkinliğini sağlamayı amaçlayan 556 sayılı KHK'nın 77. maddesinin (c) bendinde yer almaktadır.

hak kaybı yaşanmaması için makul bir süre içerisinde başvuru sahibine bildirilecektir.³¹⁹

Gümrük makamlarınca yapılan inceleme sonucunda, malların ülkeye girişinin durdurulmasına karar verilmiş ise bu durumdan ithalatçının da bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim anlaşmanın 41. maddesinde yer alan ilkeler doğrultusunda “yasaya aykırı gecikmelere sebep olmaksızın” yapılmalıdır.³²⁰

3.6. Malların Ülkeye Girişinin Durdurulması Halinde Kontrol ve Bilgi Edinme Hakkı

TRIPS Anlaşması'nın 57. maddesinde, malların ülkeye girişinin durdurulması halinde hak sahibine malları inceleme imkanı tanınmıştır. Söz konusu madde, “Gizli bilgilerin korunması hususuna zarar verilmemesi koşuluyla Üyeler yetkili makamları, hak sahibine hak talebini tevsik etmesi amacıyla gümrük makamlarınca alıkonan malları kontrol ettirmesi için yeterli fırsatı tanımaya yetkili kılacaklardır. Yetkili makamlar ayrıca ithalatçıya bu malları kontrol ettirmesi için eşit bir fırsat tanıma yetkisine de sahip olacaklardır. Davanın esasına ilişkin olarak olumlu bir tespit yapılması halinde, Üyeler yetkili mercilere malları gönderenin, ithalatçının ve alıcının ad ve adreslerini ve söz konusu malların miktarını hak sahibine bildirme yetkisini verebilirler.” hükmünü içermektedir.

Anlaşmaya göre, taraf ülkeler hak sahibine tanıdıkları malları inceleme fırsatını ithalatçıya tanımak durumdadırlar. Her iki tarafta bu imkandan faydalanırken gizli bilgilerin korunması hususu özellikle gözetilecektir. Bu nedenle, mallar incelenirken, gizli kalması gereken bilgilerin diğer kişilerin eline geçmesine mani olunmalıdır.³²¹ Burada belirtilen gizli bilgilerin korunması ilkesinin temelinde Anlaşmanın 39. maddesinde hükme bağlanan gizli bilgilerin korunmasındaki hususunda amaç haksız

³¹⁹ ARKAN, S.,s.230; ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.41.

³²⁰ ARKAN, S., s.230.

³²¹ ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.42.

rekabete karşı etkin koruma sağlamak ve hükümetler ile hükümet kuruluşlarına sunulmuş verileri korumaktır hükmü yatmaktadır.³²²

Anlaşmanın 57. maddesinin son cümlesi, bilgi edinme hakkı diye nitelendirilen bir diğer hakkı düzenlemektedir.³²³ Açılacak davanın esasına ilişkin olumlu yönde bir karar verilmesi halinde hak sahibine, sahte veya korsan malları gönderenlerin, ithalatçıların ve malların o ülkelerdeki alıcılarının isimleri, adresleri ve malların miktarları hakkında gümrük makamlarınca bilgi verilmesi gerekecektir. Anlaşmanın bu hükmü bağlayıcı olmamakla birlikte hak sahibinin taklit ve korsan mallarla daha etkin bir şekilde mücadele edebilmesi için söz konusu bilgilerin sağlanması büyük önem arz etmektedir.³²⁴

3.7. Malların Gümrükte Durdurulma Süresi

Gümrük makamlarınca talep üzerine veya re'sen ülkeye girişi durdurulan malların gümrükte ne kadar süre ile bekletileceği söz konusu malın ticaretine taraf olacak herkes için büyük önem arz etmektedir. Özellikle nitelikleri gereği çabuk tüketilmesi gereken veya bir hastalığın tedavisi gibi durumlar için acil olarak kullanılması gereken mallar açısından gümrüklerde bekletilme süresinin önemi daha da artmaktadır.

TRIPS Anlaşması'nın 55. maddesi bu konuda düzenleme içermektedir. Söz konusu maddeye göre ülkeye girişi durdurulan malların gümrükte bekleme süresi azami 10 iş günü olacaktır. Bu süre gereken hallerde azami 10 iş günü daha uzatılabilecektir.³²⁵

Maddede belirtilen süre, malların ülkeye girişinin durdurulduğuna ilişkin kararın, talep üzerine durdurulma halinde talep sahibine; re'sen durdurulması halinde ithalatçıya bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu bildirimlerden

³²² GERVAIS, D.J., "The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis", s.321.

³²³ DREIER, T., s.266.

³²⁴ ATEŞ, M., "Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri", s.42.

³²⁵ DREIER, T., s.266.

itibaren azami 10 iş günü içerisinde tarafların herhangi bir girişimde bulunmaz ise mallar serbest bırakılarak ülkeye girişi sağlanacaktır.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57.3. maddesine göre, gümrükte el konulan eşya hakkında 10 iş günü içerisinde mahkemeden ihtiyati tedbir kararı getirilmesi gereklidir. Haklı bir mazeretin bulunması halinde bu süre 10 iş günü ek süre ile uzatılması mümkündür. Uygulamada, mahkemeye başvuru halinde, mahkemece marka sahibinin uzmanlara hazırlatacağı bir raporu mahkemeye sunması istenmektedir. Mahkeme bu rapora göre ve genellikle teminat karşılığında tedbiren malların gümrükte muhafazasına karar vermektedir.³²⁶

3.8. Gümrükte Durdurulacak Mallar Konusunda Alınacak Tedbirler

Gümrükte el konularak ülkeye girişi durdurulan mallar ile ilgili olarak 10 iş günü içerisinde yasal süreç başlatılarak mahkemeden malların bekletilme süresinin uzatılmasına ilişkin bir karar alınırsa, mallar belirlenen süre boyunca gümrükte kalmaya devam edecektir. Ancak, davalı taraf da 10 gün içerisinde bir üst yargı merciine başvurarak söz konusu kararın kaldırılması, değiştirilmesi veya onaylanmasını talep edebilir. Davalının bir üst bir yargı merciine başvuru hakkının kısıtlanamayacağına ilişkin TRIPS Anlaşması'nın 59. maddesinde bir hüküm bulunmaktadır.³²⁷

TRIPS Anlaşması'nın 59. maddesine göre, yetkili mercilere, anlaşmanın 46. maddesinde yer alan ilkelere uygun olarak ihlale neden olan malların imhasına ya da bertaraf edilmesine karar verme yetkisi tanınmıştır.³²⁸ Ayrıca, imha ve bertaraf etme haricinde sahte veya korsan mallarla ilgili getirilen bir başka düzenleme de, yetkili mercilerin istisnai koşullar dışında ihlale neden olan malların değiştirilmemiş haliyle

³²⁶ ARKAN, S., s.231; ÇOLAK, U., s.679; MERAN, N., s.395.

³²⁷ ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.44.

³²⁸ DREIER, T., s.266; OYTAÇ, K., s.339.

yeniden ihraç edilmesine izin vermemesi ve bunları farklı bir gümrük usulüne farklı tutmamasıdır.³²⁹

3.9. Sınır Tedbirinden Muafiyet

TRIPS Anlaşması sınır yükümlülükleri açısından iki adet muafiyet getirmiştir. Bunlardan ilki “sınırlar” bakımından ikincisi ise “mallar” bakımındandır.

Sınırlar bakımından getirilen muafiyete göre, anlaşmanın sınır tedbirleri ile ilgili olarak taraf devletlere yüklediği sorumluluklar, aralarındaki hukuki ilişkiler dolayısıyla birbirleriyle olan mal alışverişlerinde sınırlarını kontrol etmemeyi kararlaştıran ülkeler açısından bağlayıcı olmayacaktır. Anlaşmanın 51. maddesinin XIII no’lu dipnotunda yer alan hüküme dayanan bu istisnanın düzenlenirken Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin durumlarının dikkate alındığı söylenebilir. Avrupa Birliği haricinde aralarında gümrük birliği oluşturan WTO üyesi ülkeler de bu istisnadan yararlanabilecektir.³³⁰

Mallar bakımından getirilen muafiyetin temelinde ise anlaşmanın 60. maddesi yer almaktadır. Madde metninde “Üyeler, seyahat edenlerin şahsi eşyası içinde bulunan veya küçük partiler halinde gönderilen ticari niteliği olmayan az miktarlardaki malları yukarıdaki hükümlere tabi olmaktan muaf tutabilirler.” denilmek suretiyle anlaşmaya taraf ülkelerin sınır yükümlülüklerine mallar bakımından bir istisna getirilmiştir. Anlaşmada böyle bir hükmün koyulmasının temelinde, az miktardaki malların ve özellikle yolcu bagajındaki mallara ilişkin uygulamanın pratikte zor olacağı düşüncesi yatmaktadır. Öte yandan, eğer bu tarz ithal malların da marka hakkına zarar verebileceğine ilişkin bir şüphe oluşursa, anlaşmanın 41.5. maddesi ile

³²⁹ Benzeri düzenleme TRIPS Anlaşması’nın 46. maddesinin son cümlesinde “sahte marka taşıyan mallarda ise, istisnai durumlar dışında, malların ticaret kanallarına girmesine izin vermek için yalnızca, kanuna aykırı olarak takılmış markanın sökülmesi yeterli olmayacaktır.” şeklinde ifade edilmektedir. 46. maddenin son cümlesi ile karşılaştırıldığında, 59. maddenin son cümlesi ile aralarındaki ifade farklılığı dikkat çekmektedir. 46. maddede sahte markanın sökülmesi yeterli değil iken 59. maddede geçen “malların değiştirilmemiş hali ile” ifadesinden söz konusu malın ihraç edilmesine izin verilmesi için sahte markanın sökülmesinin yeterli olabileceği anlaşılmaktadır. Bknz. GERVAIS, D.J., “**The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis**”, s.325.

³³⁰ ATEŞ, M., “**Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, s.38.

uyumlu olarak muafiyet başvurusu yeniden değerlendirilebilir.³³¹

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57/5. maddesi de TRIPS Anlaşması'nın 60. maddesi ile paralellik göstermektedir. Maddeye göre, yolcuların kendi kullarımlarına mahsus kişisel eşya ile ticari mahiyette olmayan ve gümrük vergisi muafiyeti sınırları içinde kalan hediyeelik eşya için el koyma hükümleri uygulanmayacaktır.³³²

4. Hukuki Tedbirler

Uygulanacak hukuki esas ve usuller ilişkin hükümler TRIPS Anlaşması'nın 42 ila 48. maddelerinde arasında ayrıntılı olarak yer almaktadır. Anlaşmada yer alan "hukuki" ifadesini "özel hukuka ilişkin olma" şeklinde anlamak gerekmektedir. Bunun anlamı, anlaşmaya taraf olan ülkelerin, hak sahiplerinin³³³ anlaşma kapsamında bulunan haklarını korumak için özel hukuk usullerinden yararlanmalarına imkan sağlanmakla mükellef olmalarıdır.³³⁴

Anlaşmanın 42. maddesinde, uygulanacak hukuki tedbirlere ilişkin genel prensipler hükme bağlanmıştır. Madde, 41. maddede öngörülen adil ve eşit usullerin uygulanmasına ilişkindir.³³⁵ Buna göre, anlaşma kapsamında yer alan fikri hakların kullanılmasıyla ilgili yöntem ve korunmasıyla ilgili tedbirler, evrensel hukuk ilkeleri olan adalet ve eşitlik ilkelerine dayanmalıdır. Bu ilkelerin kapsamında, her iki tarafa da eşit muamele edilmesi ve iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılmasının sağlanması yer almaktadır. Her ne kadar teoride adalet ve eşitlik ilkelerine yer verilse da uygulamada mahkemeler takdir haklarını kendi vatandaşlarından yana

³³¹ GERVAIS, D.J., "The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis", s.324.

³³² ARKAN, S., s.230; ÇOLAK, U., s.679.

³³³ Anlaşmanın pek çok maddesinde geçen "hak sahibi"(right owner) kavramı, sadece fikri mülkiyete dahil bir varlık ve değere sahip olan gerçek veya tüzel kişiyi değil, bu hakları dermeyan edebilmek için gerekli hukuki dayanakları bulunan meslek birlikleri ve bunların oluşturduğu üst kuruluşları, yani federasyonları da kapsamaktadır. Bu husus Anlaşmanın 42. maddesinin XII no'lu dipnotunda açıkça yer almaktadır. **Bknz.** ATEŞ, M., "Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri", s.26.

³³⁴ DREIER, T., s.261.

³³⁵ DREIER, T., s.261; GERVAIS, D.J., "The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis", s.291.

kullanmaktadır.^{336 337}

Adalet ve eşitlik ilkesine riayet etmek Anlaşma'nın 3. maddesinde düzenlenen ve daha önce ayrıntılı olarak açıklanan³³⁸ Milli Muamele ilkesinin de bir gereğidir. Bu açıdan, anlaşmanın 42. maddesinin, bu genel ilkenin uygulamadaki yansıması olduğu söylenebilir. Madde gereğince, anlaşmaya taraf ülkeler, davacıların ve davalıların yazılı olarak ve ayrıntılı bir şekilde müracaat ve talepte bulunma haklarının teminat altına alacaklardır. Tarafların mahkemede avukat vasıtasıyla temsil edilmesine imkan sağlanacak ve taraflara aşırı külfet getiren şartlar uygulanmayacaktır. Ayrıca, taraflara ait gizlilik dereceli bilgi ve belgenin mahremiyetinin korunması da taraf ülkelerin yükümlülüğüdür.³³⁹

Anlaşma, fikri mülkiyet haklarının ihlali dolayısıyla zarar gören tarafların kayıplarının telafi edilmesi amacıyla taraf ülkelere bir takım özel hukuk tedbirleri alma yükümlülüğü de getirmiştir. Bu yükümlülükler anlaşmanın 44., 45. ve 46. maddelerinde düzenlenen “ihlalin durdurulması emri”, “tazminat” ve fikri hakkın ihlali niteliğindeki sahte ve korsan mallar ile bu tür malların üretiminde kullanılan araç ve gereçlere el konulması ve bunların imhası” gibi telafi yöntemlerinden oluşmaktadır.

4.1. İhlalin Durdurulması Emri

Anlaşmanın 44. maddesi taraf ülkelere, kendi adli mercilerine fikri mülkiyet haklarını ihlal eden kişileri ihlalden men etme yetkisi verme yükümlülüğü getirmiştir. Bu sayede hak sahipleri adli mercilere başvurarak haklarını ihlal eden kişilerin bu eylemlerden men edilmesini isteyebilecektir.³⁴⁰

³³⁶ ATEŞ, M., “**Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, s.26.

³³⁷ Bir araştırmaya göre, Amerika Birleşik Devletlerinde 1975 ve 1985 yılları arasında fikri hak ihlalleri nedeniyle, yerli firmaların diğer yerli firmalar aleyhine açtığı davaların %40-41'ini kazanmış olmalarına karşın, yabancı firmalar aleyhine Amerikan Mahkemelerinde açtıkları davaların %65'ini kazandıkları görülmüştür. **Bknz.** ONGUN, M.T., “**Günümüzde Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları**”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000, s.44.

³³⁸ 1. Bölüm, s.4.

³³⁹ ATEŞ, M., “**Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, s.27.

³⁴⁰ DREIER, T., s.262.

Adli mercilere tanınmış olan “ihlalin men edilmesi” yetkisi malların ülkeye girişinin durdurulması önleminden sonra kullanılabilir yoldur. Bunun nedeni, fikri mülkiyet haklarının ihlaline neden olabilecek malların bu aşamada gümrükten çekilmiş durumda olmasıdır. Adli mercilerin yapabileceği, gümrükten çekilmiş durumda olan söz konusu malların kendi yetki alanlarındaki ticari dağıtım kanallarına girişlerinin önlenmesidir. Bu niteliği ile “ihlalin durdurulması emri” tedbirini bir nevi “tecavüzün durdurulması tedbiri” olduğu söylenebilir. Anlaşmada sayılan bu tip yöntemler taraf ülkelerin iç hukukları ile çeliştiği takdirde, bu yöntemleri ikame edebilecek açıklayıcı düzenlemeler ile uygun tazminatların öngörülmesi mümkündür.³⁴¹

556 sayılı KHK'nın 62. maddesinin (a) bendine göre, bir eda davası niteliğinde olan “tecavüz oluşturan fiillerin durdurulması davası” ile devam etmekte olan tecavüz fiillerinin durdurulması talep edilebilir. Bu dava tecavüz ihtimalinin söz konusu olduğu hallerde de açılabilir. Davanın açılmasında failin kusurlu olması ya da herhangi bir zararın doğmuş olması koşulları aranmaz.³⁴²

4.2. Zararların Tazmini

Fikri mülkiyet hakların uygulanması ve korunması sırasında bazı zararlar ortaya çıkabilmektedir. Bu zararların sadece hak sahibi açısından ortaya çıkabileceğini düşünmek doğru olmayacaktır. Bazı durumlarda davalının da zarar görmesi söz konusu olabilmektedir. TRIPS Anlaşması hak sahibi ve failin zarara uğraması durumunda zararların tazmin edilmesi ile ilgili bir takım düzenlemeler getirmiştir. Bu tazmin şekilleri hak sahibi ve fail açısından ayrı ayrı incelenecektir.

4.2.1. Hak Sahibinin Uğradığı Zararların Tazmini

TRIPS Anlaşması'nın 45.1. maddesinde “Adli merciler, bilerek veya bilmek için

³⁴¹ DREIER, T., s.262; ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.28.

³⁴² ARKAN, S., s.234; MERAN, N., s.367.

makul gerekçeleri olmasına rağmen ihlal edici fiilde bulunan şahıs tarafından hak sahibinin fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi nedeniyle hak sahibinin uğradığı zararın telafî edilmesine yetecek tazminatın ihlal eden kişi tarafından hak sahibine ödenmesini emretme yetkisine sahip olacaklardır.” denilmek suretiyle fikri hak sahiplerinin haklarını ihlal eden kişilerin, hak sahibinin uğradığı zararları karşılamak için tazminat ödemesi hükme bağlanmıştır.

Anlaşma, ihlalde bulunan şahısların hak sahibine verdiği zararların karşılanması ile ilgili olarak, ihlalde bulunan kişilerin fiili bilerek işlemesi ya da fiilin ihlal oluşturacağını bilecek durumda olmasını şart koşmuştur. Dolayısıyla, fiili bilmeden ve istemeden işleyen kimsenin ortaya çıkan zarara ilişkin tazminat ödemeye zorlanması mümkün değildir. Ancak, böyle bir durumda mahkeme, ihlale konu olan sahte veya korsan malın satımından elde edilen kazanç ve gelirlerin zarar gören tarafa ödenmesine hükmedebilir. Bunun yanı sıra mahkeme, önceden belirlenmiş bir tazminatın da bu bedelin yanı sıra veya ayrıca hak sahibine ödenmesine hükmedebilir.^{343 344}

Hak sahibinin dava süresinde yapacağı avukatlık ödemeleri ve diğer ödemeler ile belli bir miktarda tazminatın da fail tarafından ödenmesi gerekmektedir. Burada kamu görevlileri ile ilgili bir istisna öngörülmüştür. Buna göre, kamu görevlilerinin fikri hakların korunması ve uygulanması esnasında iyi niyet kurallarına uygun eylem ve işlemleri ile bir zarara sebep olmaları halinde bu zarardan sorumlu olmayacaklardır.³⁴⁵

³⁴³ DREIER, T., s.263; OYTAÇ, K., s.302; ATEŞ, M., “**Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, s.29.

³⁴⁴ 556 sayılı KHK'nın 66/2-(b) maddesindeki tazminat hukukuna değil de vekaletsiz iş görme esasına uygun talep şekli olan “marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanma yoluyla elde ettiği kazançta göre” davacı hak sahibinin yoksun kalınan kazancının takiben tazminat miktarının hesaplanması usulü de, TRIPS m.45/2 deki “karların geri alınması”nın talep edilebilirliği ile örtüşmektedir. **Bknz.** PASLI, A., s.97.

³⁴⁵ DREIER, T., s.263; OYTAÇ, K., s.303; ATEŞ, M., “**Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, s.29.

556 sayılı KHK'nın 62. maddesinin (b) bendine göre, marka hakkının tecavüze uğraması halinde tecavüzün giderilmesi istenebileceği gibi maddi-manevi zararların giderilmesi de talep edilebilir.³⁴⁶

4.2.2. Davalının Uğradığı Zararın Tazmini

Fikri hakların uygulanması ve korunması sırasında hak sahibi açısından zarar doğabileceği gibi fail açısından da zarar söz konusu olabilir. Anlaşmaya taraf ülkelerin yetkili merci ve görevlilerinin yanlış, haksız ve kötü niyetli davranışlarından dolayı davacı ve davalı birlikte zarar görmüş olabilir. Anlaşma, böyle bir durumun ortaya çıkma olasılığını da görerek tarafların menfaatini koruyucu bir düzenleme de getirmiştir. Anlaşmanın 48.1. maddesinde, “Adli merciler, uygulama usullerini kötüye kullanmış olan ve talebi üzerine önlem alınmış olan tarafa, yanlışlıkla menedilen veya kısıtlanan tarafa, bu kötüye kullanma nedeniyle uğradığı zarar nedeniyle yeterli tazminat ödemesini emretme yetkisine sahip olacaklardır. Adli merciler ayrıca başvuru sahibine uygun avukatlık ücretlerini de kapsayabilecek giderleri davalıya ödenmesini emredebilirler.” denilmek suretiyle davalının zararlarının tazmin edilmesi öngörülmüştür.³⁴⁷

Öte yandan, anlaşmaya taraf ülkenin yetkili mercilerinin iyi niyet kurallarına aykırı

³⁴⁶ Hükümde, tecavüzün giderilmesi ile birlikte tazminat davasından da söz edilmesi isabetli olmamıştır. Tecavüzün giderilmesi davası, tazminat istemini içermez; bu davanın konusu tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılması ve bu bağlamda KHK 62'nin (c)- (e) bentlerinde gösterilen hususların karara bağlanmasıdır. Dolayısıyla (b) bendinde, tecavüzün giderilmesinden hiç söz edilmeden sadece tazminat davasının açılabilceğinin belirtilmesi daha uygun olurdu. **Bknz.** ARKAN, S., s.240.

³⁴⁷ 556 sayılı KHK'nın hak sahibinin taleplerini düzenleyen icrai kısmında bu yönde açık bir düzenleme olmasa da, markanın hükümsüzlüğünün etkilerinin/sonuçlarının düzenlendiği md.44'de “marka sahibinin kötü niyetli olarak hareket etmesinden kaynaklanan, zararın giderilmesine ilişkin tazminat talepleri saklı kalmak üzere” ifadesi ile bir taraftan marka sahibinin muhtemel tazminat sorumluluğuna işaret edilmekte, öbür taraftan da bu sorumluluk ile markanın hükümsüzlüğü arasındaki bağlantı düzenlenmektedir. Zira şeklen hak sahibi gözükken kişinin, yasal düzenlemelerin kendisine verdiği yetkileri –üstelik adli merciler marifetiyle- kullanması, kural olarak, hukuka aykırı olmayacaktır. TRIPS'de hak sahibinin sorumluluğu, şekli hak sahipliğinin sona erdirilmiş olmasına, bir başka deyişle markanın hükümsüzlüğüne bağlanmıştır. Dolayısıyla, hükmün kapsamı, KHK'yı aşmaktadır, zira hak sahibinin tescil sahipliği devam etse de, yasal haklarını haksız şekilde gerçekte tecavüz teşkil etmeyen eylemlere karşı kullanmış olması da mümkündür. İşte bu tür durumlarda ilgili üçüncü kişinin, örneğin paralel ithalatçının, kötü niyetli marka sahibine karşı, hükümsüzlük davasından bağımsız olarak, TRIPS m.48 kapsamındaki özel tazminat davasını açabilmesi gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki, hakkın varlığı, bunun üçüncü kişilere zarar verir şekilde hukuka aykırı kullanımını meşru kılmaz. **Bknz.** PASLI, A., s.99.

olarak hareket ederek davalıyı zarara uğratması halinde de zararın tazmin edilmesi gerekmektedir.³⁴⁸

4.3. İhlale Neden Olan Malların Ticaret Kanalı Dışına Çıkartılması ve İmhası

TRIPS Anlaşması'nın 46. maddesinde, taklit ve korsan mal ticareti yapılması yoluyla fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesinin önlenmesi amacıyla öngörülen bir takım ek tedbirler mevcuttur.³⁴⁹ Maddeye göre, anlaşmaya taraf ülkelerin yetkili mercileri, ihlale neden olan malların, hak sahibinin zarar görmeyeceği şekilde ticaret kanalları dışına çıkartılmasını emredebileceklerdir. Bunun yanı sıra, yetkili mercilerin söz konusu malların ve bu malların üretiminde kullanılan cihaz ve materyallerin imhasını talep edebilecekleri de kabul edilmiştir. Anlaşmanın malların imha edilmesini talep etme hakkı için işaret ettiği temel kriter, söz konusu kararın taraf ülkelerin anayasal düzenlerine aykırı olmamasıdır. Madde metninde, imha edilen mallar ve malların üretiminde kullanılan cihaz ve materyaller için herhangi bir bedel ödenmeyeceği de açıkça belirtilmiştir.

Madde metninde imha tedbiri ile hak ihlalinin ağırlığı arasında bir dengenin gözetilmesi gerektiği de ilke olarak kabul edilmiştir. Hak sahibinin fikri mülkiyet hakkına çok hafif ve az bir zarar vermiş olan ihlal için çok ağır tedbirlerin uygulanmasına anlaşma sıcak bakmamıştır. Nitekim, ihlale karşı birtakım tedbirler uygulanırken üçüncü kişilerin menfaatlerinin de dikkate alınması ve üçüncü kişilerin gereksiz yere zarar görmemesinin sağlanması gerekmektedir. Belki de bu nedenle, 46. maddenin son cümlesinde bazı istisnai durumlar haricinde taklit ve korsan malların dağıtım kanallarına girişi için açık kapı bırakılmıştır.³⁵⁰

³⁴⁸ ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.30.

³⁴⁹ Benzer düzenleme Avrupa Birliği Uygulama Direktifi'nin 10. maddesinde de yer almaktadır. Bknz. ÇOLAK, U., s.684.

³⁵⁰ ARKAN, S., s.237; ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.31.

556 sayılı KHK'nın 62. maddesinin (e) bendi³⁵¹, anlaşmanın 46. maddesi ışığında değerlendirilmelidir. Uygulanacak tedbirin, ihlali önlemeye ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olması gerektiği gibi ihlalin ağırlığı ile uygunluk içinde olması da gerekmektedir.³⁵² Madde metninde yer alan “tecavüzün önlenmesi kaçınılmaz ise” ibaresinden anlaşılması gereken, öncelikle taklit mallar üzerindeki markaların silinip silinemeyeceğinin araştırılması gereğidir. Eğer marka sadece ambalajda kullanılıyorsa ve içindeki malın çıkartılması kolay ise, sadece ambalajın imhası da mümkün olabilir.^{353 354}

5. İdari Tedbirler

TRIPS Anlaşmasının 49. maddesine göre, anlaşmanın 42. ila 48. maddelerinde öngörülen ilkeler idari tedbirler için de uygulanacaktır.³⁵⁵ Anlaşma, hukuki, ihtiyati ve sınır tedbirlerine çok geniş yer vermesine rağmen idari ve cezai tedbirler açısından detaylı düzenlemeler yapmak yerine sadece genel ilkelere yer vermiştir. Anlaşmanın 49. maddesinde, olayın mahiyetinden kaynaklanan idari usullerin gereği olarak bir hukuki telafi yöntemine başvurulması gerekiyorsa bu hukuki yöntemin anlaşmanın 3. kısım 2. bölümünde yer alan hukuki usul ve telafi yöntemlerine uygun olması gerektiği belirtilmiştir. Bu hükmün, anlaşmada hukuki usuller ve telafi yolları ile ilgili olarak öngörülen tüm prensiplerin, olayın nitelik ve özellikleri ile bağdaştığı ölçüde idari bakımdan da uygulanabileceği şeklinde yorumlanması mümkündür.

³⁵¹ 556 sayılı KHK md. 62(e), Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebi.

³⁵² ARKAN, S., s.238; ŞİRİN, Ş., s.102.

³⁵³ ÇOLAK, U., s.684.

³⁵⁴ Yargıtay 11. HD. 18.06.2013, 13256/12758: "...kararda davalıda ele geçirilen "Renault" marka ve logosunu taşıyan jant kapaklarının imhasına ve jant kapaklarını üretmeye yarayan araç, cihaz ve makine benzeri vasıtalar ile "Renault" marka ve logosunu taşıyan etiket, katalog ve broşür benzeri basılı reklam materyallerinin toplatılarak imhasına karar verilmiştir. Ancak, marka hakkına tecavüz oluşturan işaretin, üretilen jant kapaklarından başka bir yolla çıkarılması suretiyle tecavüzün giderilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmaksızın, yine jant kapaklarının üretimine yarayan araç, cihaz ve makine benzeri vasıtaların da münhasıran tecavüz oluşturan ürünlerin imalatına tahsis edilip edilmediği hususlarında gerektiğinde konusunda uzman bir bilirkişiden görüş alınmaksızın yazılı şekilde ürünlerin ve üretimde kullanılan makinelerin toplatılarak imhasına şeklinde karar verilmesi dahi doğru görülmemiş...

³⁵⁵ DREIER, T., s.258; GERVAIS, D.J., "The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis", s.305.

Nitekim, anlaşmada yer alan ihtiyat tedbirler ile ilgili hükümler, idari usuller sonucunda herhangi bir tedbirin alınabileceği hallerde de uygulanabilecektir.³⁵⁶

İdari tedbirler açısından önemli olan bir diğer husus ise yukarıda da değinilen kamu görevlilerinin tazminattan muaf tutulmalarına dair anlaşmanın 42.2. maddesidir. Fikri mülkiyet hakları ile ilgili düzenlemeleri uygulamakla görevli kamu kurumları ve kamu görevlileri, kanunları uygularken vermiş oldukları zararlardan dolayı tazminat ödemekten muaf tutulmuşlardır. Her ne kadar anlaşmada bir muafiyet öngörülse de bu muafiyet sınırsız değildir. Kamu görevlileri sadece objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde hareket ederek verdikleri zarardan sorumlu tutulmayacaklardır. Kasıt ve kötü niyetli hareket ederek bir zarara sebebiyet verirlerse bu zararı tazmin etmekle mükellef olurlar.³⁵⁷

6. Cezai Tedbirler

TRIPS Anlaşması idari tedbirlere benzer şekilde cezai tedbirler ile ilgili de ayrıntılı düzenlemelere yer vermemiştir. Anlaşmanın “Cezai Usuller” başlıklı 61. maddesinde cezai bakımdan alınması gereken tedbirler ile ilgili olarak sadece ilkelere yer verilmiştir. Çalışmamızda, anlaşmada yer alan cezai tedbirler “Marka Sahtekarlığı ve Telif Hakkı Korsanlığı Halinde Öngörülen Cezai Tedbirler” ve “Diğer Hallerde Öngörülen Cezai Tedbirler” olarak iki ayrı başlık halinde incelenecektir.

6.1. Marka Sahtekarlığı ve Telif Hakkı Korsanlığı Halinde Öngörülen Cezai Tedbirler

Marka hukukuna göre tecavüz, bir kimsenin sahip olduğu hak alanına, o kişinin izni olmaksızın girilmesini ifade eder. Bu nedenle, marka hakkına tecavüz, taşınmaz mülkiyetinde olduğu gibi maddi bir alana yapılan değil, hukuki alana yönelen ve hukuken hatalı sayılan bir davranışı temsil eder.³⁵⁸

³⁵⁶ ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.46.

³⁵⁷ DREIER, T., s.261.

³⁵⁸ KARAHAN, S./SULUK, C./SARAÇ, T./NAL, T., s.195.

Tüm hukuk düzenlerinde olduğu gibi, fikri mülkiyet hukuku alanında da hak ihlallerine karşı genel olarak cezai yaptırımların uygulanması benimsenmiştir. Anlaşmanın müzakerelerine katılan ülkeler arasında, hangi hak ihlallerine yönelik cezai yaptırımların uygulanması gerektiğine dair tartışmalar yaşanmıştır. Bir kısım ülkeler, her bir hak ihlaline karşı cezai yaptırımlar uygulanması gerektiğini savunurken, diğer katılımcı ülkeler cezai tedbirlerin bir kısım ihlallerle sınırlı olarak uygulanmasını istemişlerdir. Müzakerelerin sonucunda, gerek anlaşmanın 41.5. maddesinde yer alan temel ilke³⁵⁹ doğrultusunda, gerekse fikri mülkiyet haklarının özel haklardan oluşu dikkate alınarak cezai tedbirlerin bazı hak ihlalleri ile sınırlı olarak uygulanması gerektiği benimsenmiştir. Anlaşmaya göre, sadece marka sahtekarlığı ve telif hakkı korsanlığı hallerinde cezai tedbirlere başvurulmasının zorunlu olacaktır.³⁶⁰

Anlaşmanın cezai usuller başlıklı 61. maddesinde, cezai bakımdan alınması gereken tedbirlere İlker bazında yer verilmiştir. Buna göre Anlaşmaya taraf ülkeler³⁶¹;

- Taklit marka ve korsan mal ticarini bilerek ve isteyerek yapanlar hakkında uygulanacak maddi ve usuli ceza hükümlerini tespit etmeye mecburdurlar.
- Taklit ve korsan mal ticaretinin engellenmesi için tespit edilecek cezai önlemler, bu suçlara eşdeğer suçlara uygulanacak cezai tedbirlerle aynı düzeyde olacaktır.
- Bu tür suçlar için uygulanacak hapis ve/veya para cezalarının caydırıcı düzeyde olması sağlanacaktır.
- Tespit edilecek cezai tedbirler, gerektiğinde ihlale neden olan mal ve malzemelere el konulmasına da imkan verecek özellikte olmalıdır.

³⁵⁹TRIPS md.41/5: Bu Kısımın, fikri mülkiyet haklarının uygulanması için, genelde yasaların uygulanması için tesis adli sistemden ayrı bir adli sistemin oluşturulması için herhangi bir yükümlülük yaratmadığı gibi, Üyelerin genelde kendi yasalarını uygulamasını da etkilemediği anlaşılmaktadır. Bu kısımda yer alan hiçbir husus, fikri mülkiyet haklarının uygulanması ile genelde yasaların uygulanması arasında kaynak dağılımı ile ilgili herhangi bir yükümlülük yaratmamaktadır.

³⁶⁰ GERVAIS, D.J., “The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”, s.327.

³⁶¹ DREIER, T., s.267; ATEŞ, M., “Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri”, s.46.

- Cezai tedbirler, suçun konusunu oluşturan mallara yetkili mercilerce el konulması sonucunda söz konusu mallar üzerindeki hakkın sona ermesi ve malların imha edilmesine olanak verecek nitelikte olmalıdır.

TRIPS Anlaşması kapsamında hak ihlallerine ilişkin olarak uygulanacak cezai yaptırımlar anlaşmanın 51. maddesinde de belirtildiği üzere sadece tescilli markalar açısından söz konusu olacaktır.³⁶²

556 sayılı KHK'nın "ceza hükümleri"³⁶³ başlıklı 61/A maddesinde marka hakkına tecavüz hallerinde uygulanması öngörülen cezai tedbirlere yer verilmiştir. Madde de yer alan suçlar soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar³⁶⁴ olup, öngörülen cezaların uygulanabilmesi için ihlale konu markanın Türkiye'de tescilli olması gerekmektedir.

6.2. Diğer Hallerde Öngörülen Cezai Tedbirler

TRIPS Anlaşması, sadece marka sahtekarlığı ve telif hakkı korsanlığı hallerinde, bilerek ve isteyerek gerçekleştirilen ihlallerin ceza hukukun gerektirdiği önleyici ve caydırıcı nitelikteki hapis ve/veya para cezası ile cezalandırılmasını şart koşmaktadır. Fikri mülkiyet haklarının diğer şekillerde ihlali durumunda cezai tedbirlerin uygulanması taraf ülkelerin inisiyatiflerine bırakılmıştır.

Anlaşmanın 61. maddesinin son cümlesinde, "Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler." denilmiştir. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, bu ihlal halleri ticari ölçekteki ve kasıtlı ihlal halleri ile sınırlandırılmamıştır.³⁶⁵

³⁶² GERVAIS, D.J., "The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis", s.327.

³⁶³ Bu madde başlığı, 21/1/2009 tarihli ve 5833 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin hükmüdür.

³⁶⁴ Ceza davası şikayet üzerine Cumhuriyet Savcısı tarafından açılır fakat şikayet sahibi şikayetini geri alırsa dava düşer. **Bknz.** TEKİNALP, Ü., s.485.

³⁶⁵ GERVAIS, D.J., "The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis", s.327.

SONUÇ

Bir mal veya hizmetin pazarlanmasında ve alıcı bulmasında en etkili ve önemli unsurların başında marka gelmektedir. Tüketiciler günlük hayatta çok çeşitli mal ve hizmetler arasında tercih yaparken her bir mal ve hizmetin kalite ve özgünlüğünü tek tek değerlendirmek yerine güven duyduğu ve kalitesinden emin olduğu markayı tercih etmektedir. Eşyaların üzerine marka olarak tanımlanabilecek işaretleri koyma işlemi uzun yıllardır süregelmektedir. Roma döneminde tacirlerin kendilerine özgü işaretleri toprak kaplar üzerinde kullandıkları bilinmektedir. Bunun yanı sıra, Fransa'da krallık devriminin sonuna kadar sanayi mamullerinin birçoğunun üzerinde marka olması zorunlu tutulmuştur. O tarihlerden bugüne kadar gelen süreçte markanın kavramının önemi günden güne daha çok anlaşılmış ve markanın bilinçli kullanımını geliştirmiştir. Bu sürecin bir sonucu olarak markanın üzerinde kullanıldığı mal ve hizmeti diğer mal ve hizmetlerden ayırt etme işlevini karşılayan ayırt edicilik fonksiyonunun yanı sıra, kaynak gösterme ve reklam fonksiyonları da gittikçe önem kazanmaya başlamıştır.

Marka, hızla küreselleşen dünyamızda sürekli gelişme gösteren ekonominin değişmez bir parçası haline gelmiştir. Bunun nedenleri arasında, ekonomik hayattaki gelişmeler, serbest rekabetçi ekonomik düzenlerin tüm dünyada yaygınlaşması, teknolojik gelişmelerle birlikte ortaya çıkan ve önemi gün geçtikçe artan elektronik ticaret yöntemleri gösterilebilir. Böylece, marka günümüzde bir mal veya hizmetin piyasada var olabilmesi için en önemli stratejik silahlardan biri haline gelerek, hem üreticilere hem tüketicilere büyük yararlar sağlamaya devam etmektedir. Tüketiciler, daha önceki tecrübeleri sonucu memnuniyet duydukları mal ve hizmetleri daha sonraki ihtiyaçlarında da sürekli tercih etme eğilimindedirler. Ayrıca, bu memnuniyet sonucunda sadece kendileri söz konusu markayı tekrar tercih etmekle kalmayıp başka kişilere de bu memnuniyetlerini aktararak onların aynı markayı tercih etmesi sağlanmaktadır. Üreticiler de, markalarının piyasada artan imaj ve prestiji sonucunda daha fazla mal veya hizmet satarak daha fazla kar elde etmektedirler. Ayrıca, piyasadaki imaj ve prestiji artan söz konusu markayı farklı mal ve hizmetler üzerinde de kullanarak markanın olumlu imajından daha çok faydalanma imkanından da yararlanmaktadırlar.

Uluslararası ticaretin önündeki engellerin kaldırılarak kolaylaştırılması ve böylece mal ve hizmetlerin uluslararası dolaşımının günden güne artması ile birlikte markaların farklı ülkelerde de korunması zorunlu hale gelmiştir. Bu sebeple, uluslararası sözleşmelerde marka ile ilgili düzenlemelere gittikçe daha fazla yer vermeye başlanmış ve bu düzenlemeler ticari hayatın gereklerini de karşılayacak şekilde çeşitlendirilmeye başlanmıştır. Bu sürecin sonucunda da, gerek ticari hayat içerisinde karşılaşılan zorlukları çözüme kavuşturmada diğer uluslararası düzenlemelerin yetersiz kalması, gerekse marka ve diğer fikri mülkiyet haklarının öneminin gitgide artması sebebiyle TRIPS Anlaşması'nın ortaya çıkması zorunlu hale gelmiştir. TRIPS ile birlikte fikri mülkiyet haklarının korunması ile ilgili konularda asgari standartlar belirlenerek taraf devletlerin mevzuatlarının da en azından bu standartlar doğrultusunda geliştirilmesi amaçlanmıştır. TRIPS Anlaşmasını hazırlayanlar anlaşmaya taraf devletlerin farklı gelişmişlik düzeylerinde olabileceğini ve her birinin ihtiyaç ve isteklerinin farklı olabileceğini de hesaba katarak, anlaşma kapsamında bir takım yapısal düzenlemeleri de öngörmüşlerdir. Bu kapsamda, taraf devletlere mevzuatlarında öngörülen değişiklikleri yapmaları için gelişmişlik durumlarına göre farklı süreler tanınmıştır. Ayrıca, taraf devletler arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların giderilmesi amacıyla bir Konsey oluşturulmuştur. Anlaşma ile taraf devletlere, Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde kurulan serbest ticaret sisteminin dışında kalmamak için fikri ve sınai hakların korunması konusunda anlaşmada öngörülen asgari düzenlemeleri yapma ve bu düzenlemeleri etkin bir şekilde uygulama yükümlülüğü getirilmektedir.

TRIPS Anlaşması kapsamında uluslararası düzeyde marka tanımı yapılarak marka olabilecek işaretler belirtilmiştir. Yapılan tanımla birlikte üç boyutlu markalar gibi yeni marka türlerinin de hukuki bir tanıma kavuşması ve korunması sağlanmıştır. Marka koruması için tescilin ön koşul olarak sayılması ile birlikte, bazı ülkelerde bildirici nitelikte olan tescil müessesesinin koruma için bir ön şart durumuna getirilmesi mümkün olmuştur. Anlaşmanın bir diğer önemli özelliği ise, ülkeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçme amacıyla tescile ilişkin esaslar belirlenirken, tescilin kabulü için gerekli şartlar sayılmayıp bunun yerine tescilin

reddedilemeyeceği hallerin anlaşma kapsamında sayılmasıdır. Ayırt edicilik unsuru TRIPS açısından da markanın tescil edilebilirliğinin temel şartı olarak sayılmıştır. Bunun yanında, Anlaşma ayırt edici niteliğın kullanımla kazanabileceğini de kabul etmiş ve kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmanın esaslarına da Anlaşma kapsamında yer verilmiştir.

TRIPS Anlaşması, marka hakkının ve Anlaşma kapsamında bulunan diğer hakların korunması ile ilgili olarak mevcut uluslararası anlaşmaların daha da ilerisine geçerek ciddi tedbirler öngörmüştür. Örneğın, ihtiyati tedbirler ve bir sınır önlemi olarak gümrük makamlarınca malların serbest bırakılmasının engellenmesi kurumları düzenlenerek, malların ülke sınırları içerinse girmeden önce önlem alınması sağlanarak sahte ve korsan mallarla mücadelede önemli bir adım atılmıştır. Ayrıca, söz konusu tedbirler düzenlenirken, bu tedbirlerin kötüye kullanılması durumunda alınacak önlemler ve telafi yöntemleri de sayılmıştır.

TRIPS Anlaşması, marka ve telif hakları konusunda Anlaşma kapsamındaki diğer haklara kıyasla daha özel bir koruma öngörmüştür. Bu kapsamda, anlaşma dahilinde korunan haklar yönünden uygulanacak yaptırımlar belirlenirken, markalarla ilgili ayrı düzenlemelere yer verilmiştir. Anlaşma, marka hakkının ihlaline karşı hukuki ve cezai yaptırımlar öngörmüştür. Dahası, markanın ticari hayattaki önemi de dikkate alınarak, cezai yaptırımların uygulanması marka hakkının ihlali durumunda zorunlu tutulmuştur.

Dünya Ticaret Örgütü'ne üye ülkelerin, günümüzde dünya ticaret hacminin %85'inden fazlasına sahip olması ve bu oranın giderek daha da artma eğiliminde olması TRIPS Anlaşması'nın etkinliğini arttırmaktadır. Anlaşmanın fikri mülkiyet haklarının korunması alanında getirdiği yenilikler, marka hakkı sahiplerinin farklı ülkelerde de hak kaybına uğramadan mal ve hizmetlerini pazarlayabilmesini sağlamakta ve bu sayede daha fazla kar sağlanmasını mümkün kılmaktadır. Diğer taraftan, tüketicilerin kaliteli mal ve hizmetlere ulaşımının önündeki engeller kaldırılarak mal ve hizmetlerden sağladıkları fayda arttırılmaktadır.

KISALTMALAR

AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
ARGE	: Araştırma-Geliştirme
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
ATC	: Agreement on Textiles and Clothing
Bknz.	: Bakınız
CJEU	:Court of Justice of the European Union(Avrupa Birliği Adalet Divanı)
CTM	:Community Trade Mark (Avrupa Birliği Markası)
CTMR	:Community Trade Mark Regulation (Avrupa Birliği Marka Tüzüğü)
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
GATT	:General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük Tarifleri ve Ticaret Genel Anlaşması)
GOÜ	: Gelişmekte Olan Ülke
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
OKK	: Ortaklık Konseyi Kararı
TRIMS	:Agreement on Trade-Related Investment Measures (Ticaretle Bağlantılı Yatırım Tedbirleri Anlaşması)
TRIPS	:Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Law(Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)
TBFMHK	:Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Konseyi
TLT	:Trademark Law Treaty(Marka Kanunu Anlaşması)
v.b.	: ve benzeri
WIPO	:World Intellectual Property Organization(Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı)

KAYNAKÇA

AKIN, Nesrin, “**Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Sistemi**”, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2006.

AKIN, Sadettin, “**Tanınmış Markalar**”, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2001.

ANAWALT, Howard C., “**Intellectual Property Scope: International Intellectual Property, Progress, and the Rule of Law**”, Economics, Law and Intellectual Property, Seeking Strategies for Research and Teaching in a Developing Field, ed. By Ove Granstrand, Kluwer Academic, London 2003.

ARKAN, Sabih, “**Marka Hukuku**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cilt 1, Ankara 1998.

ARKAN, Sabih, “**Marka Hukuku**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cilt 2, Ankara 1998.

ATEŞ, Mustafa, “**Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**”, Ankara 2003.

ATEŞ, Mustafa, “**Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri**”, FMRD, 2003, C.3, S.1.

AYBAY, R., “**Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**”, TBB Dergisi, S.70, Y.2007.

AYBER, İncilay, “**Sınai Mülkiyet Hakları ile İlgili Uluslararası Kuruluşlar(WIPO, DTÖ, AB)**”, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara Şubat 2005.

BATTAL, A., “**Türk Patent Enstitüsü’nün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Ret Nedenleri**”, GÜHFD, C.4, S.1-2, 2000.

BATTAL, Ahmet/ ÜNLÜÖNEN, Kurban/ YAYLI, Ali/ YÜKSEL, Savaş, “**Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği**”, GÜHFD, C.1, S.2, 1997.

BAYRAM, Elif Betül, “**Uluslararası Marka Tescil Sistemleri**”, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2001.

BENTLY, Lionel/SHERMAN, Brad, “**Intellectual Property Law**”, Oxford University Press, USA 2004.

BİLGİLİ, Fatih, “**Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukuki Koruma Şartları**”, e-akademi, S.22, Aralık 2003.

BOZGEYİK, Hayri, “**Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar**”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Seçkin Yayınları, Şubat 2010.

CARVALHO, Nuno Pires, “**The TRIPS Regime of Patent Rights**”, Kluwer Law International, The Netherlands 2002.

CORNISH, William R., “**Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights**”, Third Edition, London 1996.

CORREA, M.Carlos, “**Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries**”, Malaysia 2000.

CORREA, M. Carlos/YUSUF, A. Abdulqawi, “**Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement**”, Kluwer Law International, April 2008.

ÇAĞLAR, Hayrettin, **“Marka Hukuku”**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

ÇOLAK, Uğur, **“Türk Marka Hukuku”**, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2014.

ÇOLAK, Uğur, **“Paris Sözleşmesi 6bis Maddesi Kapsamında Tanınmış Markalar”**, FMRD, Yıl 4, C.4, S.2004/2.

DEREN YILDIRIM, Nevhis, **“Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler”**, İstanbul, 1999.

DERİCİOĞLU, Hayri, **“Türk Sınai Mülkiyet Mevzuatı ve Tatbikatı”**, Cilt 1, Ankara 1957.

DİRİKKAN, Hanife, **“Tanınmış Markanın Korunması”**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

DOĞAN, Beşir Fatih., **“Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”**, FMR Dergisi, S.3, 2006.

DOĞAN, Beşir Fatih, **“Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”**, BATİDER, C.24, S.1, 2007.

DREIER, Thomas, **“TRIPS and the Enforcement of Intellectual Property Rights”**, Beier and Schriker e.d. içinde, IIC Studies, Vol.18, 1996.

EPÇELİ, Sevgi, **“Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali”**, Legal Yayıncılık, 2006.

EROĞLU, Sevilay, **“Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”**, DEÜHFD, C.5, S.1, 2003.

GERVAIS, Daniel J., **“The TRIPS Agreement”**, European Intellectual Property Review, Sweet&Maxwell, London 1999.

GERVAIS, Daniel J., **“The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”**, Second Edition, London 2008.

HEATH, Christopher, **“The Protection of Well-Known Mark, Enforcement of Intellectual Property Rights and Patent Litigation”**, EPO Script, vol.6.

HENNING-BODEWIG, Frauke, **“International Protection Against Unfair Competition- Article 10(bis) Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions”**, IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law”, 1999, vol. 30, no. 2.

HENNING-BODEWIG, Frauke., **“Unfair Competition Law”**, Kluwer Law International, The Netherlands 2006.

KARADENİZLİ, Tolga, **“Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri”**, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2008.

KARAHAN, Sami, **“Marka Şekilleri”**, Yüksek Lisans Tezi, İ.Ü.H.F., İstanbul, 1986.

KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAÇ,Tahir/NAL, Temel, **“Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları”**, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

KARAKOÇ, K. Oğuz, **Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşması ve Uluslararası Örgütlerin Rekabet Politikaları**, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002.

KARAMAN, Mutlu, **“Uluslararası Tescil Sisteminde Madrid Protokolü ve Türkiye Uygulamasının İncelenmesi”**, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2011.

KARASU, Rauf, “**Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları**”, BATİDER, C.24, S.3, Ankara 2008.

KARASU, Rauf, “**Ses Markaları**”, FMR Dergisi, 2007, S.2.

KAYA, Arslan, “**Marka Hukuku**”, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006.

KAYIHAN, Şaban, “**Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka**”, AÜHFD, C.7, S.2, Ankara 2003.

KEON, Jim, “**Intellectual Property ad International Trade: The TRIPS Agreement**”, Correa and Yusuf (e.d.) içinde, Kluwer Law International, April 2008.

KEYDER, Virginia Brown, “**Intellectual Property Rights and Custom Union**”, Intermedia Yayınları, Kasım 1996 İstanbul.

KIRCA, İsmail., “**Markaların milletlerarası Tescili(Madrid Sistemi)**”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2005.

KİMİRAN, Füsün, “**Marka Hükümsüzlüğü**”, www.turkhukuk sitesi.com/makale1253.htm.

KUR, Anette, “**TRIPS and Trademark Law**”, Beier and Schriker e.d. içinde, IIC Studies, Vol.18, 1996.

MERAN, Necati, “**Marka Hakları ve Korunması**”, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

MUTLUOĞLU, Tarık, “**Markanın Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanması**”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

NOYAN, Erdal, “**Marka Hukuku**”, Adalet Yayınları, Ankara 2006.

ONGUN, Mehmet Tuba, **“Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRIPS) Anlaşması ve Gelişmekte Olan Ülkeler”**, Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C. 7, S. 22, Sonbahar 1996.

ONGUN, Mehmet Tuba, **“Günümüzde Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları”**, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000.

ORTAN, Necip, **“Gümrük Birliği ve TRIPS Çerçevesinde Sınai Hakların Korunması ve Düzenlemelerin KOBİ'lere Etkisi”**, TES-AR Yayınları, Ankara 1999.

OYTAÇ, Kutlu, **“Markalar Hukuku”**, Beta Yayınevi, İstanbul Nisan 1999.

OYTAÇ, Kutlu, **“Karşılaştırmalı Markalar Hukuku”**, Nobel Kitabevi, 2002.

ÖZTÜRK, Özge, **“Koku Markası”**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl:7 Cilt:7 Sayı:2.

PASLI, Ali, **“Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri”**, İstanbul 2014.

PINAR, Hamdi, **“Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye”**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2004.

RODRIGUES, Edson Beas, **“The General Exception Clauses of the TRIPS Agreement”**, Cambridge University Press, April 2012.

SEKMEN, Orhan, **“Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları”**, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.

SEMİZ, Özgür, **“Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi(TRIPS):Öncesi ve Sonrası”**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Cilt:7 Sayı:27, 2011.

SERT, Selin, **”Markanın Kullanılması Yükümlülüğü”**, Yüksek Lisans Tezi, 2006.

SOYAK, Alkan, **“Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları:Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve GOÜ’ler Açısından Önemi”**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, 2005.

SULUK, Cahit, **“Fikri Mülkiyet Hukukunda Milli Muamele İlkesi ve Yabancıların Teminat Gösterme Yükümlülüğü”**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.1, İstanbul 2007.

SULUK, Cahit/ORHAN, Ali, **“Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku”**, Arıkan Yayınevi, Eylül 2005 İstanbul.

SZALEWSKI, Joanna Schmidt., **“The International Protection of Trademarks After the TRIPS Agreement”**, Duke Journal of Comparative&International Law, 1998.

ŞENER, Oruç Hami/EROĞLU, Sevilay, **“Ticari İşletme Hukuku Uygulamaları”**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

ŞENOCAK, Kemal/HANEDAN, Refik Cemal, **“Telefon Zil Seslerinin Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”**, DEÜHFD, C.5, S.1, 2003.

ŞENOCAK, Kemal, **“Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal ve Hizmetlere İlişkin Koruması(556 sayılı KHK m.8/IV)”**, BATİDER, C.25, S.2, 2009.

ŞİRİN, Şükriye, **“Marka Hakkı ve Korunması”**, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2007.

TAŞ, İlkey, **“Uluslararası Marka Tescili”**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

TAUBMAN, Antony/WAGER, Hannu/WATAL, Jayashree, “**A Handbook on the WTO TRIPS Agreement**”, Cambridge University Press, May 2012.

TEKİNALP, Ünal, “**Fikri Mülkiyet Hukuku**”, Arıkan, İstanbul Aralık 2005.

TEKİNALP, Ünal, “**Gümrük Birliği’nin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri**”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.55, S. 1-2, 1996.

TEKİALP, Ünal, “**Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu**”, Prof. Dr. Kenan Tuçomağ’a Armağan, İstanbul 1997.

UNCTAD Secretariat, “**The TRIPS Agreement and Developing Countries**”, New York and Geneva 1996,

ÜNSAL, Önder Erol, “**Markaların Tescili Konusunda Uluslararası Nis ve Viyana Sınıflandırmaları: Amaç, İşleyiş ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler**”, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara Ocak 2001.

YALÇINER, Uğur Gürşad, “**Sınai Mülkiyetin İlkeleri**”, Yalçiner Danışmanlık, Ankara 2000.

YALÇINER, Uğur Gürşad, “**İlaç ve Patent, Türkiye’de ve Dünyada Son Gelişmeler**”, FMR Dergisi, S.3, 2002.

YASAMAN, Hamdi, “**Marka Hukuku**”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

YÜKSEL, Mehmet, “**Küreselleşme Sürecinde Fikri Mülkiyet Hakları**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2001/2.

Yararlanılan İnternet Kaynakları

<http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/3C6FD4F8-DA2D-4389-9D8E-8AB83A5C3E2E.pdf>

www.telifhaklari.gov.tr/ana/sayfa.asp?id=383

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=12

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/fmr.html>