

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA
SURETİYLE HAK KAYBININ HÜKÜM VE
SONUÇLARI**

MAHMUT ARİF KOÇAK

2501170690

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. ARSLAN KAYA

İSTANBUL – 2020

ÖZ

MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA SURETİYLE HAK KAYBININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

MAHMUT ARİF KOÇAK

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile pozitif düzenlemeye kavuşturulmuş ancak ilkenin uygulanmasının ortaya çıkardığı sonuçlar üzerinde durulmamıştır. İşte bu çalışmanın konusu, marka hukukunda özel bir yeri olan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ve bilhassa ilkenin hüküm ve sonuçlarıdır. Bu bağlamda, öncelikle ilkenin genel esasları ortaya konulmuş, karşılaştırmalı hukuk tahtında incelemeye girilmiş ve nihayet ilkenin teorik arka planına ışık tutulmuştur.

İkinci bölümde ise, ilkenin uygulanma koşulları öğretideki görüşler ve yargı kararları eşliğinde analiz edilmiş ve iyice somutlaştırılmıştır.

Son bölümde ise, önceki bölümlerde temelleri atılan teorik plan üzerinde ilkenin uygulama alanı, savunma aracı olarak niteliği ile sonuçları tahkik edilmiş ve düzenlemeye konu edilmesi inancında olduğumuz hususlar ekseninde önerilerimiz zikredilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Marka hukuku, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, dürüstlük kuralı

ABSTRACT

PROVISIONS AND CONSEQUENCES OF LOSS OF RIGHT BY REMAINING SILENT IN TRADEMARK LAW

MAHMUT ARİF KOÇAK

The principle of loss of right by remaining silent has been regulated by Industrial Property Law numbered 6769, however the consequences of the application of the principle have not been emphasized. The subject of this study is the principle of loss of right by remaining silent which has a special place in trademark law and the provisions and consequences of this principle. In this context, the generalia of the principle have been revealed, an investigation has been made under the comparative law and finally, the theoretical background of the principle has been shed light.

In the second part, the application conditions of the principle are analyzed and concretized in the light of the judicial decisions and the opinions in the teaching.

In the final section, the scope of application of the principle, its legal character as a defense tool and its consequences have been investigated on the theoretical plan, the foundations of which have been laid in previous chapters and our suggestions have been mentioned in line with the issues we believe to be subject to regulation.

Keywords: Trademark law, loss of right by remaining silent, the principle of good faith

ÖNSÖZ

Çalışmamızın konusu 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile pozitif düzenlemeye kavuşan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesidir. Amacımız ilkeye ve ilkenin hüküm ve sonuçlarına ilişkin olarak öğretiyeye ufak bir katkı yapmaktan ibarettir.

Marka hukukunda özel bir önemi olan ilkeye yönelik bu çalışma, uzun ve meşakkatli bir sürecin ürünüdür. Bu süreçte birçok yerli ve yabancı kaynak taranıp sayısız mahkeme kararı gözden geçirilmiş ve bunların çalışmamıza yansıtılmasına özen gösterilmiştir. İlkenin Türk hukukundaki seyrini ve hâlihazırdaki durumunu ortaya koymanın yanında karşılaştırmalı hukuktaki görünümüne de etraflıca temas edilmiştir.

Çalışma konusunun belirlenmesinde bana ışık tutan ve kendisinin asistanı olmakla gurur duyduğum danışman Hocam Prof. Dr. Arslan Kaya başta olmak üzere, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nın tüm öğretim üyelerine, benden esirgemedikleri destekleri ve engin hoşgörülerini için şükranlarımı arz ederim.

Yüksek lisans eğitimim boyunca 2210-A Yurt İçi Yüksek Lisans Burs Programı kapsamında sağlamış oldukları katkı sebebiyle Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na da ayrıca teşekkür ederim.

Nihayet, hayatımın her safhasında yanımda olan annem Emine Koçak ve babam Doç. Dr. Zeki Koçak'a karşılıksız emekleri için minnetlerimi sunar, sağlık ve huzur dolu bir ömür dilerim. Muhabbetlerini asla eksik etmeyen sevgili kardeşlerim Av. Ahmet Koçak ve Hatice Koçak'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İstanbul, 2020

Mahmut Arif KOÇAK

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SESSİZ KALMA SURETİYLE HAK KAYBI

1.1. Terminoloji, Doğuş, Tarihsel Gelişim Süreci ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Görünüm.....	4
1.1.1. Terminoloji	4
1.1.2. İlkenin Doğuşu	7
1.1.3. İlkenin Tarihsel Gelişim Süreci	8
1.1.3.1.SMK Öncesi Dönem	8
1.1.3.2.SMK Dönemi	13
1.1.4. Karşılaştırmalı Hukuktaki Görünüm	16
1.1.4.1.Kara Avrupası Hukukunda	16
1.1.4.1.1. Avrupa Birliği Hukukunda.....	16
1.1.4.1.2. İsviçre Hukukunda	23
1.1.4.1.3. Fransız Hukukunda	25
1.1.4.1.4. Alman Hukukunda	29
1.1.4.2.Anglosakson Hukukunda	30
1.1.4.2.1. İngiliz Hukukunda.....	30
1.1.4.2.2. Amerikan Hukukunda	33
1.2. İlkenin Tanımı ile SMK m. 25.6 Hükmünün Amacı ve İlgililer Çevresi	36
1.2.1. Tanım.....	36
1.2.2. Amaç.....	38

1.2.3. İlgililer Çevresi	45
1.3. Teorik Arka Plan	50
1.3.1. Marka Hakkına İlişkin Genel Açıklamalar.....	51
1.3.2. Hak Kaybı Kavramı.....	56
1.3.3. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.....	57
1.3.3.1. Dürüstlük Kuralına Genel Bir Bakış.....	57
1.3.3.1.1. Anlamı	57
1.3.3.1.2. Özellikleri ve Uygulama Alanı	60
1.3.3.2. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	64
1.3.3.2.1. Anlamı	64
1.3.3.2.2. Çeşitli Görünüş Biçimleri.....	66
1.3.3.2.3. Özel Bir Görünüm Biçimi Olarak Çelişkili Davranış Yasağı.....	67
1.3.3.2.4. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Sonuçları ve Değerlendirme	70
1.3.4. Markanın Tekliği İlkesi	72
1.3.4.1. Genel Açıklamalar	72
1.3.4.2. Markanın Tekliği İlkesinin İstisnası Olarak Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı	75
1.3.4.2.1. Genel Olarak İstisnalar	75
1.3.4.2.2. Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı İstisnası ve Değerlendirme	77

İKİNCİ BÖLÜM

SESSİZ KALMA SURETİYLE HAK KAYBININ UYGULANMA KOŞULLARI

2.1. Genel Açıklamalar	79
2.2. Önceki Hak Sahibinin, Sonraki Tarihli Markanın Kullanıldığını Bildiği veya Bilmesi Gerektiği Hâlde Bu Duruma Sessiz Kalması	80
2.2.1. Önceki Hakkın Varlığı.....	80

2.2.2. Sonraki Tarihli Markanın Kullanılması.....	81
2.2.2.1.Genel Açıklamalar	81
2.2.2.2.Kullanma Kavramı.....	82
2.2.2.3.Sonraki Tarihli Markanın Kesintisiz Kullanımı ve İspat Meselesi..	88
2.2.3. Önceki Hak Sahibinin Sonraki Tarihli Markanın Kullanımından	
Haberdar Olması (Awareness, Connaissance).....	90
2.2.3.1.Genel Açıklamalar	90
2.2.3.2.Haberdar Olma Kavramı.....	91
2.2.3.3.Haberdar Olmanın Süjesi.....	96
2.2.3.4.Haberdar Olmanın Konusu	98
2.2.3.5.İspat Meselesi.....	100
2.2.4. Önceki Hak Sahibinin Sonraki Tarihli Markanın Kullanımına	
Sessiz Kalması (Acquiescence, Tolérance).....	101
2.2.4.1.Genel Açıklamalar	101
2.2.4.2.Sessiz Kalma Kavramı.....	102
2.2.4.3.Kanaatimiz ve Sessiz Kalmayı Etkileyen Eylemler.....	105
2.2.4.4.Sessiz Kalmanın Konusu	112
2.2.4.4.1. Genel Açıklamalar.....	112
2.2.4.4.2. Sonraki Tarihli Markanın Kullanımının Rekabet Yaratacak	
Seviyeye Gelmesi Gerekir mi?.....	114
2.2.4.4.3. Sonraki Tarihli Marka Kullanımının Mal veya Hizmet	
Planında Yayılması	116
2.2.4.4.4. Sonraki Tarihli Marka Kullanımının Coğrafi Planda	
Yayılması	117
2.2.4.4.5. Sonraki Tarihli Markanın Gençleştirilmesi.....	119
2.3. Sessiz Kalmanın Birbirini İzleyen Beş Yıl Boyunca Sürmesi	122
2.3.1. Genel Açıklamalar	122
2.3.2. Sürenin Hesaplanması	125
2.3.2.1.Sürenin Başlangıcı	125
2.3.2.2.Sürenin Kesintisiz Olması.....	129
2.4. Sonraki Tarihli Marka Sahibinin İyiniyetli Olması	131
2.4.1. Genel Açıklamalar	131

2.4.2. İyiniyet Kavramı.....	132
2.4.2.1.Genel Açıklamalar	132
2.4.2.2.SMK m. 25.6 Bağlamında Tescilin Kötüniyetli Olmamasına Verilmesi Gereken Anlam.....	135
2.4.3. İyiniyetin Aranacağı Zaman ve İspat Meselesi	138

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SESSİZ KALMA SURETİYLE HAK KAYBININ UYGULAMA ALANI, SAVUNMA ARACI OLMA BAKIMINDAN NİTELİĞİ VE SONUÇLARI

3.1. Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybının Uygulama Alanı	144
3.1.1. Genel Açıklamalar	144
3.1.2. Kullanmama Sebebiyle Marka İptali Uyuşmazlıkları Bakımından.....	145
3.1.3. Hükümsüzlük Uyuşmazlıkları Bakımından.....	148
3.2. Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı İlkesinin Savunma Aracı Olma Bakımından Niteliği	154
3.2.1. Genel Olarak Savunma Araçları.....	154
3.2.2. Savunma Aracı Olarak Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı	156
3.3. Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybının Sonuçları	159
3.3.1. Maddi Bakımdan	160
3.3.1.1. Taraflar Açısından	160
3.3.1.2. Tüketiciler Açısından	161
3.3.2. Hukuki Bakımdan.....	163
3.3.2.1. Genel Açıklamalar	163
3.3.2.2. Önceki Hak Sahibi Bakımından.....	165
3.3.2.2.1. Önceki Hakkın Sınırlanması ve Bu Sınırlamanın Konusu. 165	
3.3.2.2.2. Kişi Bakımından.....	167
3.3.2.2.3. Mal veya Hizmet Bakımından.....	168
3.3.2.2.4. Marka Tecavüzü Uyuşmazlıkları Bakımından.....	171
3.3.2.2.5. Değerlendirme	173
3.3.2.3. Sonraki Tarihli Marka Sahibi Bakımından	174

3.3.2.3.1. Genel Açıklamalar.....	175
3.3.2.3.2. Olumlu Yetkiler Bakımından.....	178
3.3.2.3.2.1. Fiili Tasarruf	178
3.3.2.3.2.1.1.Genel Açıklamalar.....	178
3.3.2.3.2.1.2.Değerlendirme	184
3.3.2.3.2.2. Hukuki Tasarruflar.....	187
3.3.2.3.3. Olumsuz Yetkiler Bakımından.....	191
3.3.2.3.3.1. Önceki Hak Sahibine Karşı.....	191
3.3.2.3.3.2. Üçüncü Kişilere Karşı.....	194
3.3.2.3.4. Değerlendirme	198
SONUÇ VE ÖNERİLER.....	200
KAYNAKÇA	208

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
AIPPI	: The International Association for the Protection of Intellectual Property
Ann. Prop. Ind.	: Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire
aş.	: aşağıda
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BFHD	: Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi
BGBI	: Bundesgesetzblatt
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)

bkz.	: bakınız
BOPI	: Les Bulletins Officiels de la Propriété Industrielle (Fransa)
Bulletin	: Bulletin des Arrêts des Chambres Civiles
c	: contre (karşı)
C.	: Cilt
CA	: Cour d'Appel (Fransa)
Cass. Com.	: Cour de Cassation, Chambre Commerciale (Fransa)
CC	: Code Civil Suisse
CEDIDAC	: Centre du Droit de l'Entreprise (Droit Industriel, Droit d'Auteur, Droit Commercial) de l'Université de Lausanne
CPC	: Code de Procédure Civile Français
CPI	: Code de la Propriété Intellectuelle Français
çev.	: çeviren
dn.	: dipnot
Doctrine	: Site de L'information Juridique
E.	: Esas Numarası
ed.	: editör
EEC	: European Economic Community
EUIPO	: The European Union Intellectual Property Office
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Fasc.	: Fascicule (Fasikül)

FF	: Feuille Fédérale Suisse
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSHD	: Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi
FSHHM	: Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi
GM	: Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HKÜHFD	: Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HukukTürk	: HukukTürk – Hukuk Bilgi Bankası
INPI	: L’Institut National de la Propriété Industrielle (Fransa)
INTA	: International Trademark Association
IPQ	: Intellectual Property Quarterly
İBK	: (Yargıtay) İçtihadı Birleştirme Kurulu

İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTİAD	: İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	: Journal des Tribunaux (İsviçre)
JO	: Journal Officiel de l'Union Européenne
JORF	: Journal Officiel de la République Française
JuriPredis	: Moteur de Recherche Juridique
K.	: Karar Numarası
Kanunum	: Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası
karş.	: karşılaştırınız
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
L	: Législation
Legicom	: Revue Thématique de Droit de la Communication
LEPI	: L'Essentiel Droit de la Propriété Intellectuelle
Lexbase	: Lexbase, Base de Connaissance Juridique
LexisNexis	: LexisNexis, L'Intelligence Juridique
Lexpera	: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası
Lextenso	: La Base Lextenso
LGDJ	: La Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	: Les Petites Affiches

LPM	: Loi sur la Protection des Marques et des Indications de Provenance (İsviçre)
m.	: madde
MarkaKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MarkenG	: Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Kenar Numarası
n°	: Numéro de Pourvoi (Temyiz Numarası)
No.	: Sayı
OLG	: Oberlandesgericht
OMPI	: Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
para.	: paragraf
Paris Sözleşmesi	: Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi
PIBD	: Propriété Industrielle Bulletin Documentaire
PJA	: Pratique Juridique Actuelle
RDC	: Revue des Contrats
RG	: Resmî Gazete
RGBI	: Reichsgesetzblatt
RO	: Recueil Officiel Suisse
RPC	: Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases

RTD Com.	: La Revue Trimestrielle de Droit Commercial
S.	: Sayı
sic!	: Revue du Droit de la Propriété Intellectuelle, de l'Information et de la Concurrence
SJ	: La Semaine Judiciaire
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
SMKY	: Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TA	: Tribunal d'Appel (İsviçre)
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TF	: Tribunal Fédéral Suisse
TFM	: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
TGI	: Tribunal de Grande Instance (Fransa)
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMR	: The Trademark Reporter
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜRKPATENT	: Türk Patent ve Marka Kurumu
v	: versus (karşı)
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı / ve diğerleri
Vol.	: volume (cilt)
WLR	: The Weekly Law Report

y.y. : yayım yeri yok

Yargıtay Emsal : Yargıtay Bilgi Bankası

yay. haz. : yayına hazırlayan

YİDK : Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu

yuk. : yukarıda



GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu teşkil eden sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu¹ özelinde, önceki marka sahibinin, sonraki tarihli ve tescilli markanın kullanımına uzun bir müddet karşı çıkmaması durumunda, sonraki tarihli marka sahibi nezdinde oluşan güvenin korunması amacına hizmet etmektedir. Bu ilke ile önceki marka sahibi ile sonraki tarihli marka sahibinin menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışılmakta, sonraki tarihli marka sahibinin sessiz kalınan süre içerisinde yarattığı ekonomik değere bir koruma bahşedilmektedir. Bununla birlikte ilkenin uygulama alanının, SMK'nin kapsamına aldığı tescilli markalara özgü olmadığını önemle belirtmek gerekir. Zira sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin temeli, Türk Medeni Kanunu'nun² 2'nci maddesinde ifade edilen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağında yer almaktadır.

Esası ifade edilen sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, fikri mülkiyet hukuku ve haksız rekabet hukuku uygulamasında sık sık karşılaşılan bir ilkedir. Bilhassa marka hukukunda özel bir önem kazanmış ve başta Avrupa Birliği olmak üzere birçok ülkede pozitif düzenlemelere konu olmuştur.

Bilindiği üzere, Türk hukukunda ise, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname³ ve bundan önceki pozitif düzenlemeler sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesine ilişkin bir hüküm içermemekte idi. Ancak bu dönemde de, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi uygulama alanı buluyordu. Yıllar boyu süregelen bu uygulama neticesinde sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanma koşulları şekillenmiş ve farklı noktalarda içtihatlar konu olmuştur. Bu uygulanma koşulları, içtihatlar ve mehzaz Avrupa Birliği mevzuatı gözetilerek 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, marka hukuku özelinde hükme bağlanmıştır. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye

¹ RG, T. 10.01.2017, S. 29944.

² RG, T. 08.12.2001, S. 24607.

³ RG, T. 22.09.1995, S. 22412.

kullanılması yasağının özel bir norma dönüşmesinden ibaret olan düzenlemenin amacı ise yeknesak bir uygulama ile hukuki güvenliği temin etmektir.

İlkenin düzenlendiği SMK m. 25.6 hükmü “(m)arka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.” şeklindedir.

Görüldüğü üzere, anılan düzenleme sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin koşullarını göstermekten öteye gitmemektedir. Buna karşın, mehz Avrupa Birliği hukuku ile diğer ülke hukuklarında, mezkûr ilkenin tarafların hakları üzerindeki etkisi de pozitif düzenlemeye konu edilmiştir. Türk kanun koyucusu ise mehzın aksine, sessiz kalma suretiyle hak kaybının ortaya çıkaracağı sonuçlara ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir.

Bir markanın hükümsüzlüğü davası sessiz kalma suretiyle hak kaybı gerekçe gösterilerek reddedildiği takdirde, bu ret kararının davacı (önceki marka sahibi) ile davalının (sonraki tarihli marka sahibi) hukuki durumunda ortaya çıkardığı sonuç hakkında bir düzenleme yapılmamıştır. Korunmaya değer görülen sonraki markaya bahsedilen korumanın kapsamı ve sınırları ile önceki marka karşısındaki konumu netleştirilmemiştir. Bu konuya ilişkin yerleşik bir yargı uygulaması da mevcut değildir. İşte çalışmamızın amacı sessiz kalma suretiyle hak kaybının ortaya çıkarabileceği sonuçlara ilişkin görüş ve değerlendirmeleri ortaya koymak ve bu konudaki öğretiyi küçük bir katkıda bulunmaktır.

Üç bölümden oluşacak çalışmamız, SMK m. 25.6 hükmü temelinde marka hukuku ile sınırlı tutulmuştur.

Çalışmamızın birinci bölümünde, sessiz kalma suretiyle hak kaybının genel bir portresi çizilmeye çalışılacaktır. İlk olarak, sessiz kalma suretiyle hak kaybının tarihsel gelişim süreci ve karşılaştırmalı hukuk tahtındaki görünümü ortaya konulacaktır. Devamında, sessiz kalma suretiyle hak kaybının tanımı ve kavramsal çerçevesi izah edilecektir. Son olarak, ilkenin teorik arka planında yer alan temel ilkeler izah

edilecektir. Bu bağlamda, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına temas edildikten sonra markanın tekliği ilkesi karşısında sessiz kalma suretiyle hak kaybının pozisyonu irdelenecektir

İkinci bölüm sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanma koşullarına özgülenmiştir. Bu bölümün planı, ilkenin uygulanma koşullarına paralel olarak şekillenmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması neticesinde önceki ve sonraki tarihli marka sahibi nezdinde ortaya çıkan sonuçlar üzerinde durulmuştur. İlk olarak, ilkenin uygulama alanının ne olduğu, yani hangi uyuşmazlıklarda uygulanabileceği sorusuna cevap aranmıştır. Ardından, ilkenin savunma aracı olma hususunda hukuki niteliği tespit edilmiştir. Son olarak, ilkenin ortaya çıkardığı maddi ve hukuki sonuçlar önceki ve sonraki tarihli marka sahibi perspektifinden ayrı ayrı ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SESSİZ KALMA SURETİYLE

HAK KAYBI

Çalışmamızın konusu sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin marka hukukunda ortaya çıkardığı sonuçlar olduğundan girizgâh olarak ilkenin incelenmesi ve kökenine inilmesi gerekmektedir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin arka planında çalışan ilkeler ve üzerinde şekillendiği menfaat çatışması izah edilmeksizin, ilkenin doğru bir şekilde ele alınması ve değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunun yanında, ilkenin tarihi gelişimi ve karşılaştırmalı hukuktaki durumunun da incelenmesi gerekir ki, varlık gayesi gereği gibi anlaşılsın ve farklı hukuk düzenlerindeki yansımalarından faydalanılabilsin.

Bu bağlamda ilk bölümün planı şöyle olacaktır: İlk olarak ilkenin terminolojisi, doğuşu ve tarihsel düzlemde gelişimi incelenecek ve karşılaştırmalı hukuktaki durum tahlil edilecek, ardından sessiz kalma suretiyle hak kaybının tanımı yapıp SMK düzenlemesi özelinde amacı ve ilgililer çevresi izah edilecektir. Son olarak, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ile ilişkili temel kavramlar ve ilkeler açıklanarak bölüm sonlandırılacaktır.

1.1. TERMINOLOJİ, DOĞUŞ, TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ GÖRÜNÜM

1.1.1. Terminoloji

Türk marka hukukunda gerek öğreti gerek içtihat, ilkeyi ifade etmek için benzer terminolojiyi kullanmaktadır. Bu bağlamda sessiz kalma yoluyla hak kaybı¹, sessiz

¹ Yargıtay 11. HD, T. 02.12.2019, E. 2019/1030, K. 2019/7726 sayılı kararı: “... *davacının işbu davayı açmakta sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğrayıp uğramadığı tartışılıp...*” [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mayıs 2020]. Aynı terminolojinin kullanıldığı kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 17.04.2019, E. 2018/1656, K. 2019/3084; Yargıtay 11. HD, T. 21.02.2019, E. 2017/3658, K. 2019/1435; Yargıtay 11. HD, T. 14.02.2019, E. 2017/1790, K. 2019/1209; Yargıtay 11. HD, T.

kalma suretiyle hak kaybı², sessiz kalma sebebiyle hak kaybı³, sessiz kalma nedeniyle hükümsüzlük davası açma hakkının ortadan kalkması⁴, sessiz kalarak hak kaybı⁵, sessiz kalma dolayısıyla hak kaybı⁶ gibi ibareler tercih edilmektedir⁷. Bu bağlamda, Türk kanun koyucusu da ilkeyi pozitif plana taşıyan hükmün gerekçesinde **sessiz kalma nedeniyle hak kaybı** ifadesine yer vermeyi tercih etmiştir⁸.

24.04.2018, E. 2016/8551, K. 2018/3012 [Kararların tamamı için bkz. Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mayıs 2020]. Hamdi Yasaman, Fülürya Yusufoglu (Sıtkı Anlam Altay, Tolga Ayoğlu, Sinan Yüksel), **Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi**, 2 C., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, C. II, s. 856; Uğur Çolak, **Türk Marka Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 869; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 25. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2019, s. 332; Ali Paşlı, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 486, dn. 662; Canan Küçükali, “6769 sayılı Kanun Kapsamında Markanın Hükümsüzlüğü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 38, 2020, s. 132; Egemen Işık, **Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 7. Yurtoğlu Can, eserinin adından farklı olarak birçok yerde sessiz kalma yoluyla hak kaybı ifadesini kullanmaktadır (Mücella Yurtoğlu Can, **Marka Hukukunda Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 3, 43, 44).

² Yargıtay 11. HD, T. 18.09.2019, E. 2018/3792, K. 2019/5561 sayılı kararı: “... *“uzun süreli sessiz kalma suretiyle hak kaybı müessesesi” TTK’da düzenlenmemiş olup bu uygulamanın yasal dayanağı TMK’nin 2. maddesidir.*” [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Şubat 2020]. Aynı terminolojinin kullanıldığı kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 04.10.2018, E. 2016/9390, K. 2018/6006; Yargıtay 11. HD, T. 08.02.2018, E. 2016/5039, K. 2018/924; Yargıtay 11. HD, T. 21.12.2017, E. 2016/6803, K. 2017/7532; Yargıtay 11. HD, T. 10.02.2015, E. 2014/4099, K. 2015/1628 [Kararların tamamı için bkz. Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mayıs 2020]. Arslan Kaya (Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Füsün Nomer Ertan), **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 536; Hayrettin Çağlar, **Marka Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 158.

³ Yargıtay 11. HD, T. 28.11.2017, E. 2016/6363, K. 2017/6652; Yargıtay 11. HD, T. 08.02.2016, E. 2015/6735, K. 2016/1107; Yargıtay 11. HD, T. 04.04.2018, E. 2016/9135, K. 2018/2398; Yargıtay 11. HD, T. 28.11.2017, E. 2016/6363, K. 2017/6652 [Kararların tamamı için bkz. Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mayıs 2020]; Emre Köroğlu, “Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden ‘Zamanaşımı’, ‘Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı’ ve ‘Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları’”, **MÜHF-HAD**, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1897.

⁴ Sevilay Uzunallı, **Marka Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 208. Yazar marka tecavüzü uyumsuzlukları bahsinde ise **marka hakkına tecavüz nedeniyle dava açma hakkının sessiz kalma nedeniyle ileri sürülememesi** ifadesini kullanmaktadır (A.e., s. 199).

⁵ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 454.

⁶ Veliye Yanlı, “İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı”, **XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2006, s. 297.

⁷ Bütün bunlar ve Alman literatürü hakkında bilgi için bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 2-7.

⁸ Gerekçe için bkz. Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Sınai Mülkiyet Kanunu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 49. Benzer yönde kullanımlar için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 04.10.2018, E. 2016/12374, K. 2018/6007; Yargıtay 11. HD, T. 21.03.2018, E. 2016/7512, K. 2018/2166; Yargıtay 11. HD, T. 16.03.2012, E. 2010/12998, K. 2012/4052 [Kararların tamamı için bkz. Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mayıs 2020]. Cahit Suluk, **Tasarım Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 311; Sami Karahan, “Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma

Fransız literatüründe ise **forclusion par tolérance** tabiri kullanılmaktadır⁹. **Forclusion** ifadesi hukuki terminolojide, belirli bir sürenin geçmesi sebebiyle hakkın ileri sürülmesi salahiyetinin kaybedilmesi manasına gelmektedir¹⁰. **Tolérance** ifadesi ise engelleme yetkisine sahip olunan bir şeyi/davranışı hareketsizlik ile kabul etmek olarak ifade edilebilir¹¹. Bu bilgiler ışığında, **forclusion par tolérance** ifadesinin dilimize **sessiz kalma sebebiyle hakkın ileri sürülememesi** olarak çevrilebileceği kanaatindeyiz. Öte yandan AB marka hukukunda genel manada **limitation in consequence of acquiescence** ifadesi kullanılmaktadır¹². Bu ifadenin ise **sessiz kalma sonucu sınırlama** olarak tercümesi mümkündür¹³.

Kanaatimizce, Türk marka hukuku literatüründe yerleşmiş olan sessiz kalma suretiyle/yoluyla/sebebiyle hak kaybı tabirleri ilkeyi tam manasıyla yansıtmamaktadır. Şöyle ki sonraki bölümlerde ifade edeceğimiz üzere ilkenin uygulanmasının ilk etkisi önceki hak sahibinin dava hakkı¹⁴ üzerinde ortaya çıkmakta ve bu hak sonraki tarihli marka sahibine karşı artık kullanılamamaktadır. Ancak ilke, temel etkisini önceki hak sahibinin asıl hakkı (marka hakkı) üzerinde göstermektedir ve önceki hak sahibinin asıl hakkı sonraki tarihli marka sahibi karşısında sınırlanmaktadır. Bu sınırlamanın,

Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”, Prof. Dr. Hayri Domanic’e 80. Yaş Armağanı, ed. Abuzer Kendigelen, 2 C., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, C. I, s. 293-305; Sami Karahan, “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”, **BATİDER**, C. XXI, S. 1, 2001, s. 280.

⁹ Detaylı bilgi için bkz. aş. Bölüm 2.2.4.2.

¹⁰ Bkz. Gérard Cornu, **Vocabulaire Juridique**, 3. Édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, s. 365; <https://www.cnrtl.fr/definition/forclusion> (Çevrimiçi), 20 Mart 2020; <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/forclusion.php> (Çevrimiçi), 20 Mart 2020.

¹¹ Bkz. Cornu, **a.g.e.**, s. 811; <https://www.cnrtl.fr/definition/tolerance> (Çevrimiçi), 20 Mart 2020.

¹² Detaylı bilgi için bkz. aş. Bölüm 1.1.4.1.1 ve 2.2.4.2.

¹³ Yasaman ve Yusufoglu bu tabiri **sükût sonucu sınırlandırma** olarak ifade etmektedirler [Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 18]. Avrupa Birliği Bakanlığı ise tercümesinde **zımni muvafakat sonucu sınırlandırma** ifadesini kullanmayı tercih etmiştir (Bkz. aş. Bölüm 1.1.4.1.1).

¹⁴ Dava hakkı öğretide şöyle tanımlanmaktadır: “Başkaları tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, yeniden tartışma konusu yapılamayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak, bu ihlalin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukuki koruma talep etmesidir.” (Hakan Pekcanitez vd., **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, ed. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 923; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku: Ders Kitabı**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 226; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, **Medenî Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 323; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, **Medenî Usul Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 127).

esasen asıl hakkın bir uzantısı olan dava hakkının¹⁵ sona ermesi şeklinde somutlaşmış olması ilkenin hak kaybı olarak adlandırılmasına sebebiyet vermektedir; fakat ilkenin dava hakkının **aslı olan** marka hakkı üzerindeki etkisi gözetilerek adlandırılması daha yerinde bir tercih olacaktır. Bu sebeplerle **sessiz kalma suretiyle hakkın sınırlanması** ifadesinin ilkeyi marka hukuku planında daha iyi ifade edeceğini ve ilkenin asıl hak üzerindeki etkisine vurguyu çekeceğini düşünüyoruz¹⁶.

Bununla beraber, çalışmamızda yerleşmiş ifadelerden olan sessiz kalma suretiyle hak kaybı tabirini kullanmaya devam edeceğiz. Böylelikle çalışmanın okunup anlaşılmasında yerleşmiş terimlerin sağladığı kolaylıktan faydalanmayı arzu ediyoruz.

1.1.2. İlkenin Doğuşu

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin **çıkış noktaları** tespit edilmeksizin sağlıklı bir değerlendirme yapılmasına imkân yoktur. Ancak, bu başlıkta fazla derine inmeden kısaca temas edeceğimiz hususlar ilerleyen başlıklarda detaylandırılacaktır.

Laroche sessiz kalma/hareketsizlik (passivité) üzerine kaleme aldığı makalede şöyle yazmaktadır:

*“Hareketsizliği (sessiz kalmayı) cezalandırmak, kişinin kendi hakkını korumadaki ihmalkarlığını cezalandırmak anlamına gelir. **Hareketsizliğin, başkasına zarar verici olduğu zaman cezalandırılması veya daha az zarar verici olduğu durumlarda korunması, hareketsizliğin üçüncü kişilerin çıkarları gözetilerek ele alındığını gösterir. Bu sebeple, hareketsizliğe bağlanan yaptırımlar, üçüncü kişilerin yararına en makul/kabul edilebilir tepki arayışını yansıtmaktadır.**”*¹⁷

¹⁵ Dava hakkının asıl hakka bağlı olduğu yönünde bkz. Pekcanıtez vd., **a.g.e.**, s. 1112; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 226. Bu meyanda etraflıca bir çalışma için bkz. Özlem Tüzüner, “‘Dava Hakkı’ Unsuru Olarak ‘Hak’ (‘Droit’ comme élément du ‘droit d’action’)”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2007, s. 497-506.

¹⁶ Benzer yönde bir adlandırma için bkz. Arslan Kaya, **Marka Hukuku**, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006, s. 42. Battal ise **sessiz kalma nedeniyle marka hakkının bölünmesi** ifadesini kullanmıştır (Ahmet Battal, “Marka Üzerinde ‘Yargı Kararı’ ile Ortaklık Tesisi Mümkün Müdür?”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2010, s. 184).

¹⁷ (Yazarın serbest çevirisidir.) Maud Laroche, “La Passivité, Source de Responsabilités et de Déchéances en Droit des Affaires”, **Gazette du Palais**, No. 354, 2019, s. 38. Benzer yönde bkz.

İşte sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, önceki hak sahibi karşısında, sonraki tarihli marka sahibinin korunmasının hikâyesidir. Sonraki tarihli marka sahibinin korunmasının temelinde, bu kişinin marka bazında yarattığı ekonomik varlığın ve yine bu kişi nezdinde markasını kullanmaya yönelik oluşan güvenin korunması fikri yatmaktadır. Gerçekten sonraki tarihli markanın hükümsüz kılınması ve giderek markanın kullanımının engellenmesi, bu marka için ciddi mesai ve para harcayan sonraki tarihli marka sahibinin çıkarlarını ciddi biçimde zedeleyecektir. Bu sebeple önceki hak sahibi, hakkını korumada gösterdiği hareketsizlik/ihmalkârlık karşısında cezalandırılmaktadır.

Bir tarafta markasını kullanma ve buna karşı yapılacak tecavüzleri engelleme hakkı/yetkisi olan önceki hak sahibi, diğer tarafta ise uzun süredir markasını nizasız bir şekilde kullanan ve bu kullanım sonucu ekonomik bir değer yaratmış sonraki tarihli marka sahibi bulunmaktadır. Bunlar arasında ortaya çıkan uyuşmazlık bağlamında kimin lehine karar verilmelidir, kim korunmalıdır? İşte sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, bu iki menfaat arasındaki dengeyi ve giderek adalet ve hakkaniyeti temin için geliştirilmiş bir enstrümandır¹⁸.

1.1.3. İlkenin Tarihsel Gelişim Süreci

1.1.3.1. SMK Öncesi Dönem

Türkiye’de markalara ilişkin ilk yasal düzenleme, 10 Eylül 1871 (24 Cemaziyelahir 1288) tarihli Nizamname’dir¹⁹. Bu Nizamname, daha sonra 1888 tarihli

Hakan Karan, Mehmet Kılıç, **Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 380.

¹⁸ Bu yönde tespitlerin yer aldığı bir karar için bkz. GM, 4 Ekim 2018, T-150/17, Asolo Ltd v EUIPO, Red Bull GmbH, para. 32 [https://curia.europa.eu (Çevrimiçi), 10 Mart 2020]. Aynı görüşün hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında ifadesi için bkz. Kevork Acemoğlu, “Hakkın Kötüye Kullanılması ve İsviçre Federal Mahkemesi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. I, S. 1, 1967, s. 149.

¹⁹ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 446; Kaya, **a.g.e.**, s. 6; Sabih Arkan, **Marka**, 2 C., Ankara, AÜHFY, 1998, C. I, s. 13; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. 1, s. 2; Çolak, **a.g.e.**, s. 3; Haydar Arseven, **Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1951, s. 4; Haydar Arseven, “Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayri Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu”, **İÜHF**, C. XVI, S. 3-4, 1950, s. 822; Orhan

Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname ile ikame edilmiştir^{20, 21}. Bu iki düzenlemenin de kaynağı 1857 tarihli Fransız Fabrika ve Ticaret Markaları Kanunu'dur²².

1888 tarihli Nizamname, Türkiye Cumhuriyeti döneminde uzun bir müddet uygulanmaya devam etmiştir. Nihayet 3 Mart 1965 kabul ve 12 Haziran 1965 yürürlük tarihli Markalar Kanunu²³ ile yürürlükten kaldırılmıştır (Markalar Kanunu m. 54)²⁴. Bu Kanun ise, 27 Haziran 1995 tarihinde yürürlüğe giren 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 51, 52 ve 53. maddeleri²⁵ hariç olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır²⁶.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, kısaca gelişimini gösterdiğimiz bu mevzuat içerisinde herhangi bir düzenlemeye konu olmamıştır. Buna karşılık ilkenin doğumuna vesile olan Yargıtay içtihatları bu dönemde ortaya çıkmıştır²⁷. Sessiz kalma

Sekmen, **Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 33; Osman Şanal, **İçtihatlı-Açıklamalı Markalarda Hükümsüzlük Davaları**, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2006, s. 12.

²⁰ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 446-447; Kaya, **a.g.e.**, s. 6; Arkan, **Marka**, C. I, s. 13; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 2; Çolak, **a.g.e.**, s. 3; Arseven, **a.g.e.**, s. 4; Arseven, **a.g.m.**, s. 822; Sekmen, **a.g.e.**, s. 33.

²¹ Bu dönemde, yabancı markaların Türkiye'de himayesine dair, Selanikli bir avukat olan R. Salem tarafından yazılan bir makale için bkz. Journal du Droit International Privé, 1896, s. 762 vd. (Philippe Dunant, **Traité des Marques de Fabrique et de Commerce**, Cenevre, Ch. Eggiman & Cie Éditeurs, 1898, s. 568, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 25 Ocak 2020).

²² Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 446-447; Kaya, **a.g.e.**, s. 6; Arkan, **Marka**, C. I, s. 13; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 2; Arseven, **a.g.e.**, s. 4.

²³ RG, T. 12.03.1965, S. 11951.

²⁴ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 447; Kaya, **a.g.e.**, s. 6; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 3; Sekmen, **a.g.e.**, s. 33. Markalar Kanunu'nun kaynağının İsviçre Markalar Kanunu olduğu hususunda bkz. Arkan, **Marka**, C. I, s. 15; Kaya, **a.g.e.**, s. 6, dn. 9.

²⁵ Markalar Kanunu'nun yürürlükten kaldırılmayan 51, 52 ve 53. maddeleri ceza davalarına ilişkindir.

²⁶ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 447; Kaya, **a.g.e.**, s. 7; Arkan, **Marka**, C. I, s. 19; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 3; Sekmen, **a.g.e.**, s. 34; Şanal, **a.g.e.**, s. 13.

²⁷ Işık, **a.g.e.**, s. 12. Yargıtay'ın sessiz kalmanın bir hak kaybına sebebiyet vermeyeceğine dair kararları da mevcuttur (Ahmet Battal, "Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması", XVIII. **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 39). Örneğin Yargıtay 11. HD, T. 03.04.1987, E. 1987/1852, K. 1987/1933 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir: "Davacı tarafın uzun süre davalının davranışı karşısında suskun kalmasının daha sonra hukuka başvurmalarını engellememesi gerekir." (A.e.). Seyithanoğlu, sessiz kalmanın hakkın kaybı sonucunu

suretiyle hak kaybına değinilen ilk Yargıtay içtihatları, TD'nin 30.04.1968 tarih ve E. 13837, K. 2562 sayılı kararı ile bu karara karşı direnilmesi neticesinde HGK'nin 19.02.1969 tarih ve E. 1966, K. 130 sayılı kararı olmuştur²⁸.

Yargıtay Ticaret Dairesi'nin ilgili kararının konumuzu ilgilendiren kısmı şöyledir:

*“... her ne kadar davadaki ihmal, hakkı düşürmezse de hak sahibi olan davacı, hareket tarzı ile hakkın ihlaline zımnen müsaade ettiği takdirde davalının senelerden beri hüsnüniyetle kullandığı ve tanıttığı markasının iptalini dava edemez. Bu şekildeki dava bir hakkın sırf gayri izar eden suiistimali olup kanun himaye etmez.”*²⁹

Görüleceği üzere, Yargıtay, marka hakkı sahibi olan davacının, kullanılmasına senelerce müsaade ettiği davalı markasının iptalini -hükümsüzlüğünü- dava edemeyeceğine -eski Medeni Kanun'un³⁰ 2'nci maddesine atıf yaparak- karar vermiştir. Takiben, karara direnilmesi üzerine uyuşmazlık HGK önüne gelmiştir. HGK ise 19.02.1969 tarihli kararında şu ifadeleri kullanarak sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin temellerini atmıştır:

doğurmaması gerektiğini, Yargıtay 11. HD'nin de 1995 yılına kadar benzer yönde kararlar verdiğini ifade etmektedir (A.e., s. 58).

²⁸ Yargıtay 11. HD, T. 07.11.2019, E. 2018/1328, K. 2019/6943 sayılı kararı:

“Bir hakkın ihlaline uzun süre sessiz kalınması ve o eyleme karşı dava açılmayacağı inancı oluşturulduktan sonra açılan davanın çelişkili davranış yasağı teşkil edeceğinin ileri sürülmesi mümkündür. Sessiz kalma sebebiyle hak kaybına ilişkin bilinen ilk Yargıtay uygulaması, Ticaret Dairesi'nin 30.04.1968 tarih ve 13837/2562 E-K. sayılı bozma ilamı, bu karara karşı direnilmesi üzerine de HGK'nin 19.02.1969 tarih ve 1966/130 Sayılı kararı ile gerçekleşmiştir. HGK tarafından uzun süre sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin olarak daha sonrada çeşitli kararlar verilmiştir (Bkz. 2011/249 K., 271 K., 2014/816 K., 2015/1055 K., 1198 K., 2895 K., 2016/310 K., 595 K.). Keza Dairemizce de sessiz kalma sebebiyle hak kaybına ilişkin olarak verilen onlarca karar örneği bulunmaktadır. Söz konusu kararların ortak özelliği ise, bu kararların tamamının marka haklarına ilişkin olarak verilmiş olmasıdır.” [Kazancı (Çevrimiçi), 4 Ocak 2020].

²⁹ Yargıtay TD, T. 30.04.1968, E. 13837, K. 2562 (Gönen Eriş, **Madde Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu: Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri**, 3 C., 2. Baskı, Ankara, En-Kay Kitabevi, 1992, C. I, s. 370 vd.).

³⁰ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, RG, T. 04.04.1926, S. 339.

“Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin Medeni Kanunun 2’nci maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığı ayrı bir sorundur. Başkasının hakkına iyiniyetle el atan kimse büyük masraflara girişerek yeni malvarlığı değerleri meydana getirmiş olabilir. Aradan çok uzun süre geçtikten sonra açmış olduğu hakkın sınırları dışına çıkılarak yarattığı malvarlığı değerlerinin yok olması veya sökülüp bozulması sonucuna yol açmak hakkaniyete aykırı görülebilirse bu takdirde el atanın gayretiyle elde ettiği bu durumdan istifadeye kalkışmak isteyen hak sahibinin bu hakkı Medeni Kanunun 2’nci maddesine göre himaye görmeyebilir.”³¹

Yargıtay HGK, TD’nin görüşünü benimsemiş ve sonraki tarihli markanın uzun süre kullanılması karşısında, bu kullanımı önlemeye yönelik harekette bulunmayan önceki tarihli marka sahibinin himaye edilmeyeceği sonucuna varmıştır. Çünkü iyiniyetli olan sonraki tarihli marka sahibinin, markayla birlikte oluşturduğu ekonomik değerın ortadan kaldırılması, önceki tarihli marka sahibine sağlanan hakkın sınırlarını aşmakta ve hakkaniyete aykırı olmaktadır; bu sebeple de korunması gerekir³². Aynı uyumsuzluğa ilişkin verilen bu iki karar sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin doğuşuna zemin hazırlamıştır³³.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin Yargıtay uygulaması ile marka hukukuna yerleşmesinde, bu dönemde marka hükümsüzlüğü ve marka tecavüzünün durdurulmasına ilişkin taleplere dair bir dava açma süresinin öngörülmemiş olması etkilidir³⁴. Gerçekten MarkaKHK döneminde yalnızca tanınmış markalara yönelik açılacak hükümsüzlük davaları bakımından bir süre belirlenmişti (MarkaKHK m. 42.1.a)³⁵. Dolayısıyla sonraki tarihli markanın tescilinden itibaren uzun bir müddet

³¹ Sahir Erman, Halid K. Elbir, Erdoğan Tuncer, **Türk İçtihatlar Külliyyatı**, 2 C., İstanbul, Tercüman Kitapçılık, 1970, C. I, s. 189-191 (Işık, **a.g.e.**, s. 13-16’dan naklen).

³² Yargıtay 11. HD, T. 17.04.2017, E. 2015/12274, K. 2017/2172 sayılı kararı: “... sessiz kalma yoluyla hak kaybı oluşabilmesi esasen tescil engeli olan bir markanın sicile tescil edildikten sonra uzunca bir süre kullanılmasına rağmen asıl hak sahibinin karşı çıkmaması üzerine sonraki marka sahibi olan davalının asıl hak sahibine karşı korunması amacına yöneliktir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 17 Ocak 2020].

³³ Işık, **a.g.e.**, s. 16.

³⁴ **A.e.**, s. 20.

³⁵ İlgili hükümde açıkça “7 nci maddenin (i) bendinde belirtilen tanınmış markalarla ilgili davanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması” gerektiği serdedilmişti. Fakat Anayasa Mahkemesi 2015 yılında verdiği kararla bu hükmü iptal etmişti [AYM, T. 07.05.2015, E. 2015/33, K. 2015/50 sayılı karar (RG, T. 02.06.2015, S. 29374)].

geçtikten sonra açılan hükümsüzlük davaları, sonraki tarihli marka sahibinin uzun süredir kullandığı markası vasıtasıyla oluşturduğu ekonomik değerin yıkılması tehlikesini barındırıyordu. İşte bu noktada, önceki hak sahibinin hakkını dürüstlük kuralı çerçevesinde makul kabul edilemeyecek bir müddet sonra ileri sürmesi TMK m. 2'nin denetimine tabi tutulmaktaydı.

Velhasıl, SMK'ye kadar olan bu dönemde sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin herhangi bir pozitif düzenleme yapılmamıştır^{36, 37}. Dolayısıyla kaynağını TMK m. 2'den alan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, bu dönemde Yargıtay içtihatları sayesinde varlığını devam ettirmiş, yine bu içtihatlar ekseninde ilkenin uygulanma koşulları ve temel esasları tespit edilmiştir³⁸.

³⁶ Bu dönemde, mehz AB mevzuatının yeterince gözetilmediği ve AB hukukunda mevcut olan sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin pozitif düzenlemenin alınmamasının bilinçli bir tercih olduğu yönünde bkz. Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 864; Hamdi Yasaman, "Marka Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Süresi", **GÜHFD Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, 2 C., 2010, C. I, s. 394; Işık, **a.g.e.**, s. 17 vd.

³⁷ Bununla birlikte, bu dönemde taslak aşamasında kalan **Markalar Kanunu**'nda, hükümsüzlük davalarında zamanaşımı süresi açıkça düzenlenmiş idi. Taslak'ın hükümsüzlük talebi ve zamanaşımı başlığını taşıyan 50'nci maddesi şu şekildedir:

"Bu davalar, bu Kanunun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde (=SMK m. 5, 6'da yer verilen ret nedenleri) belirtilen nedenlerin öğrenilmesinden itibaren beş yıllık ve herhalükarda markanın tescil edildiğinin Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu davalar, bu Kanunun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasının (c), (ç), (d), (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hallerde herhangi bir süreye tabi değildir." [https://turkpatent.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar_kanunu_tasarisi_taslagi.pdf (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020].

³⁸ Nitekim Yargıtay 11. HD, T. 10.02.2015, E. 2014/4099, K. 2015/1628 sayılı kararında ilkenin uygulanma esasları genel hatlarıyla şöyle ortaya konmaktadır: *"Uzun süreli sessiz kalma suretiyle hak kaybı, gerek TTK'da ve gerekse 556 Sayılı KHK'da düzenlenmiş değildir. Bu durum Dairemiz uygulaması ile hukukumuzda yerleşmiş olup, yasal dayanağı da TMK'nın 2. maddesidir. Sessiz kalma yolu ile hak kaybının oluşması için öncelik hakkı sahibinin sonraki markadan veya kullanımdan haberdar olması gerekmekte ise de sessiz kalmanın kaç yıl sonra hak kaybına yol açacağı ile ilgili kesin bir süre vermek mümkün değildir. Burada önemli olan öncelik hakkı sahibinin sonraki kullanıma bir süre katlanmış olmasıdır. Bu itibarla bu sürenin belirlenmesinde somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sürenin belirlenmesinde de esas alınacak olan dürüstlük kuralıdır. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken, öncelik hakkının sahibinin sonraki tescil veya kullanımdan haberdar olduktan sonra izlediği yol ve sergilediği tavır önemlidir."* [Kazancı (Çevrimiçi), 17 Ocak 2020]. İlkenin uygulandığı kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 10.12.2014, E. 2014/10121, K. 2014/19381; Yargıtay 11. HD, T. 02.02.2015, E. 2014/15645, K. 2015/1053; Yargıtay 11. HD, T. 09.12.2013, E. 2013/7691, K. 2013/22370; Yargıtay 11. HD, T. 10.01.2013, E. 2011/573, K. 2013/313; Yargıtay 11. HD, T. 18.10.2012, E. 2010/12137, K. 2012/16604; Yargıtay 11. HD, T. 16.06.2012, E. 2010/8788, K. 2012/10516; Yargıtay 11. HD, T. 16.06.2011, E. 2009/7914, K. 2011/7383; Yargıtay 11. HD, T. 02.06.2011, E. 2009/14272, K. 2011/6718; Yargıtay 11. HD, T. 13.04.2010, E. 2008/8718, K. 2010/4163; Yargıtay 11. HD, T. 05.04.2010, E. 2008/8488, K. 2010/3849;

1.1.3.2. SMK Dönemi

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 22 Aralık 2016 tarihinde kabul edilmiş ve 10 Ocak 2017 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak bazı maddeleri dışında yürürlüğe girmiştir (SMK m. 192). SMK’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, başta MarkaKHK olmak üzere 551, 554 ve 555 sayılı KHK’ler de yürürlükten kaldırılmıştır (SMK m. 191).

Beş kitaptan oluşan SMK’nin birinci kitabı marka hukukuna ayrılmıştır (m. 4 ilâ m. 32). Bunun yanında, Kanun ile coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı (=ikinci kitap), tasarım (=üçüncü kitap), patent ve faydalı model (=dördüncü kitap) düzenlenmiş ve bunlara ilişkin ortak hükümler (=beşinci kitap) vazedilmiştir. Bununla birlikte, SMK bütün sınai mülkiyet haklarını düzenlememiştir. Kanun’un, getiriliş amaçlarından biri ile bağlantılı olarak yalnızca eskiden KHK ile düzenlenmiş olan sınai mülkiyet haklarını bir bütün halinde düzenlediğini ve ortak hükümler sevk ettiğini belirtmek gerekir³⁹.

Yargıtay 11. HD, T. 15.10.2009, E. 2008/663, K. 2009/10891; Yargıtay 11. HD, T. 17.03.2009, E. 2007/8649, K. 2009/2980; Yargıtay 11. HD, T. 26.12.2006, E. 2005/9658, K. 2006/13805 [Kararların tamamı için bkz. Kazancı (Çevrimiçi), 17 Ocak 2020].

³⁹ SMK’nin amacının KHK’leri kanunlaştırmak olduğu yönünde bkz. Tekinalp, Çamoğlu, **a.g.e.**, s. XII. Nitekim bu husus Kanun’un genel gerekçesinde de şöyle ifade edilmiştir: “*Sınai mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemelerin kanun hükmünde kararnamele yapılmış olmasının taşıdığı riskler, 2008 ve 2014 yıllarında Anayasa Mahkemesinin; “Gayri maddi mallar kapsamında bulunan fikri ve sınai mülkiyet haklarının Anayasanın ikinci kısmının Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünün 35’inci maddesinde yer alan fikri mülkiyet haklarından olduğu, Anayasanın 91’inci maddesinin birinci fıkrasında ise sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ve dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin belirtildiği” gerekçesiyle marka, tasarım, patent ve coğrafi işaret ilişkin kanun hükmünde kararnamelerin bazı maddelerini iptal etmesiyle ortaya çıkmıştır. Sınai mülkiyet hakları alanında söz konusu olabilecek muhtemel iptaller nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunların ve hak kayıplarının ortadan kaldırılması ihtiyacı, kanun hükmünde kararnamelerin bir an önce kanunlaşmasını gerekli kılmıştır.*” (Yasemin Şahinler Baykara, Levent Yavuz, Türkay Alıca, **Sınai Mülkiyet Kanunu: Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 27).

SMK'nin hazırlanmasının bir diğer gerekçesi -bu çalışmanın konusuyla da bir hayli ilişkili olan- AB mevzuatıyla uyumun artırılmasıdır⁴⁰. Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi de, bu uyumun artırılması amacıyla pozitif düzenlemeye konu olmuştur.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı, SMK'nin **hükümsüzlük hâlleri ve hükümsüzlük talebi** kenar başlıklı 25'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında düzenlenmiştir. Düzenleme şu şekildedir:

“Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötünîyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.”

Bu düzenleme 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü temel alınarak kaleme alınmıştır⁴¹. Fakat sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin düzenleniş şekli, mehz mevzuata nazaran farklılıklar içermektedir. Bunun yanında, düzenlemeye ilişkin birtakım eleştiriler de öğretilde dile getirilmiştir. Kısaca bunlara temas etmek gerekir.

SMK m. 25.6 hükmüne getirilen eleştirilerden biri, sessiz kalma suretiyle hak kaybının sadece marka hükümsüzlüğü taleplerine ilişkin olarak düzenlenmiş olmasıdır. **Kaya**, temelini TMK m. 2'den alan bu ilkenin, hükümsüzlüğe özgülenmesinin yerinde olmadığını ifade etmektedir⁴². **Çolak**, hükmün 2015/2436 sayılı AB Direktifi'nin ilgili maddesinin tercüme edilmesi suretiyle kaleme alındığını,

⁴⁰ Bu husus Kanun'un genel gerekçesinde şöyle ortaya konulmuştur: “*Sınai mülkiyet haklarının kanunla düzenlenme ihtiyacı yanında, uluslararası sözleşmeler ve AB mevzuatıyla uyumun artırılması ve daha nitelikli ve etkin işleyen çağdaş bir sınai mülkiyet sistemine geçişin sağlanması için mevcut sistemin revize edilmesi gereği ortaya çıkmıştır.*” (A.e.).

⁴¹ Nitekim madde gerekçesinde bu husus açıkça ifade edilmiştir: “*Maddenin altıncı fıkrasında 2015/2424 sayılı AB Tüzüğüne paralel olarak sessiz kalma nedeniyle hay kaybı hususu düzenlenmiştir.*” (Baykara, Yavuz, Alica, **a.g.e.**, s. 89). Bununla birlikte, hükmün gerekçesinin tek bir cümle ile özensiz bir şekilde ve hükmün düzenlediği mevzuların izahına hiçbir şekilde yer vermeksizin kaleme alınmasının ayrı bir eleştiri konusu olduğu su götürmez bir gerçektir.

⁴² Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 526-527.

eksiklikler barındırdığını ve mehazın tersine sadece hükümsüzlük davalarına özgülendiğini dile getirmektedir⁴³.

Hükmün uygulama alanına ilişkin olarak ise **Arkan**, hükmün sadece nispi ret nedenlerine ilişkin hükümsüzlük talepleri açısından uygulanması gerektiğini ve mehaz 2015/2436 sayılı AB Direktifi'nde sessiz kalma suretiyle hak kaybının nispi ret nedenlerine özgülendiğini dile getirmektedir⁴⁴. **Arkan**, buna gerekçe olarak, mutlak ret nedenlerinin kamunun menfaatine hizmet ettiğini ve bunların hilafına tescilin geçerliliğinin devam etmesinin yerinde olmayacağını haklı olarak ifade etmektedir⁴⁵.

Hükmün sistemi ve muhtevası açısından yaptığı değerlendirmede ise **Işık**, SMK m. 25.6 hükmünün mehazın aksine tek başına bir madde olarak düzenlenmediğini, hükmün içeriğinin de farklılaştığını ve muhtemel problemlere yönelik bir izahın bulunmadığını belirtmektedir⁴⁶. Gerçekten de mehaz düzenlemeler sessiz kalma suretiyle hak kaybını ayrı bir madde olarak ve etraflıca düzenlemiştir⁴⁷. Söz gelimi, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin sonuçlarına ilişkin olarak 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü'nün m. 61.3 hükmü ile sonraki tarihli marka sahibinin önceki tarihli marka sahibinin kullanımına müdahale edemeyeceği açıkça hüküm altına alınırken⁴⁸ SMK'de bu konuda açık bir düzenleme yer almamaktadır.

⁴³ Çolak, **a.g.e.**, s. 870.

⁴⁴ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 332-333. Benzer yönde bkz. Ali Bozer, Celal Göle, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019, s. 280. **Bahtiyar** ise, hükmün lafzının yalnızca önceki tarihli hak sahiplerini nazara aldığı için, mutlak ret nedenlerine ilişkin hükümsüzlük taleplerinde ilkenin uygulama alanının olmadığını belirtmektedir (Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s. 168). Buna karşılık, **Kayıhan**, hükmün mefhumu muhalifinden, 5 yıllık sürenin itirazsız geçirilmesi halinde mutlak ret nedenlerinden kaynaklanan hükümsüzlük taleplerinin de ileri sürülemeyeceği sonucunun çıkabileceğini ifade etmektedir (Şaban Kayıhan, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 226). Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulama alanına ilişkin olarak bkz. aş. Bölüm 3.1.

⁴⁵ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 332-333.

⁴⁶ Işık, **a.g.e.**, s. 25.

⁴⁷ 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü m. 61; 2015/2436 sayılı AB Direktifi m. 9 gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz. aş. Bölüm 1.1.4.1.1.

⁴⁸ İlgili hükmün İngilizce ve Fransızca metinleri sırasıyla şöyledir:

“In the cases referred to in paragraphs 1 and 2, the proprietor of a later EU trade mark shall not be entitled to oppose the use of the earlier right, even though that right may no longer be invoked against the later EU trade mark.”

Bahtiyar, bir diğer farklılık olarak şu hususa temas etmektedir: 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü ile 2015/2436 sayılı AB Direktifi’nde **kullanmanın farkında olması (while being aware of such use, en connaissance de cet usage)** ifadesi kullanılmakta iken SMK’de **bildiği veya bilmesi gerektiği** ifadesinin kullanılması⁴⁹. Bu sebeple Bahtiyar, uygulamada tacirin basiretli hareket etme yükümlülüğünden hareketle bilmesi gerekme halinin geniş yorumlanacağını belirtmektedir⁵⁰.

Bütün bu açıklamalar ışığında, temelini TMK m. 2’den alan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin, içtihatlar ile doğduğu ve şekillendiği; nihayet birtakım eksikliklerle beraber SMK ile pozitif hukuktaki yerini aldığı söylenebilir.

1.1.4. Karşılaştırmalı Hukuktaki Görünüm

1.1.4.1. Kara Avrupası Hukukunda

1.1.4.1.1. Avrupa Birliği Hukukunda

“Dans les cas visés au paragraphe 1 ou 2, le titulaire de la marque de l'Union européenne postérieure ne peut pas s'opposer à l'usage du droit antérieur bien que ce droit ne puisse plus être invoqué contre la marque de l'Union européenne postérieure.” [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001 (Çevrimiçi), 20 Şubat 2020].

⁴⁹ Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 168.

⁵⁰ **A.e.**

Avrupa Birliği hukukunda⁵¹, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, Birliğin marka hukukuna ilişkin ilk düzenlemesi olan⁵² 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104/EEC sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Hakkında Birinci Konsey Direktifi⁵³ m. 9 ile düzenlemeye konu olmuştur⁵⁴.

Direktif'in proloğunda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin öngörülme sebebi şu ifadelerle izah edilmiştir: *“Hukuki belirlilik ve önceki marka sahibinin çıkarlarının haksız olarak zarara uğratılmaması gerekçeleriyle, sonraki marka başvurusu kötünîyetle yapılmadıkça, önceki marka sahibinin, önemli bir zaman dilimi boyunca bilerek kullanımına izin verdiği kendisinininkinden sonraki bir markanın*

⁵¹ AB hukuku, ulusal ve uluslararası hukuktan ayrı ve bağımsız, ulusüstü (supranational, supranationale) bir hukuk düzeni olarak nitelendirilmektedir (Sanem Baykal, İlke Göçmen, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013, s. 317). AB hukuku, hiç şüphesiz, farklı kaynaklardan müteşkil bir yapıdır. AB hukukunu ortaya çıkaran kaynaklar dört gruba ayrılmaktadır: Birincil mevzuat, ikincil mevzuat, milletlerarası antlaşmalar ve yazılı olmayan kaynaklar (Mehmet Nuri Tapan, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri-Avrupa Adalet Divanı”, **TBB Dergisi**, C. X, S. 3, 1998, s. 991 vd.). Burada konumuz açısından önemleri sebebiyle, sadece ikincil mevzuat içerisinde yer verilen direktif ve tüzüklerden bahsedilecektir. Direktifler, belirli bir konuda üye devletlerin ulusal mevzuatlarının birbirine yakınlaştırılması; mevzuatlar arasındaki farkın azaltılması amacıyla çıkarılır. Nitekim, ABİA m. 288.3 şöyledir: *“Direktifler, muhatap alınan her üye devleti, ulaştırılması gerekli sonuçları itibarıyla bağlar, şekil ve yöntem seçimini ise ulusal otoritelere bırakır.”* (Tapan, **a.g.m.**, s. 993; Baykal, Göçmen, **a.g.m.**, s. 325). Tüzükler ise bağlayıcı olup tüm üye devletlerde doğrudan doğruya uygulanır. Giderek bir üye devletin kanunlarından önce uygulama alanı bulur (Tapan, **a.g.m.**, s. 993; Baykal, Göçmen, **a.g.m.**, s. 325).

⁵² Düzenleme hakkında bilgi için bkz. Mehmet Özcan, **Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar**, Ankara, Nobel, 2002, s. 177 vd.; Terence Prime, **European Intellectual Property Law**, y.y., Dartmouth, 2000, s. 85; Jean Schovsbo, “‘Mark My Words’-Trademarks and Fundamental Rights in the EU”, **UC Irvine Law Review**, Vol. 8, No. 3, 2018, s. 561 vd.; William Robinson, Giles Pratt, Ruth Kelly, “Trademark Law Harmonization in the European Union: Twenty Years Back and Forth”, **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Vol. XXIII, No. 2, 2013, s. 735; Robert Kovar, Jacques Larrieu, Yann Basire, “Marque”, **Répertoire de Droit Européen**, Dalloz, 2019, https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=EUR_RUB000101 (Çevrimiçi, 12 Mayıs 2020), N. 7 vd.; Özge Akın Mengenli, **“Topluluk Markası”** (Tez), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 74, <https://tez.yok.gov.tr/> (Çevrimiçi), 5 Şubat 2020.

⁵³ First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States relating to Trade Marks, JO, L 40/1, 11.02.1989.

⁵⁴ Eric Schahl, Marie Cosse- Manière, “La Forclusion par Tolérance: un Mécanisme que les Gestionnaires de Marques Doivent Parfaitement Maîtriser!”, **Recueil Dalloz**, 2006, s. 2400; Işık, **a.g.e.**, s. 26.

*kullanımına itiraz edememesini ya da artık hükümsüzlük talebinde bulunamamasını sağlamak önemli olduğundan...*⁵⁵

Buna göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, hukuki güvenlik ilkesi temelinde önceki ve sonraki tarihli marka sahiplerinin menfaatleri arasındaki dengeyi temine hizmet etmektedir. Nitekim Direktif'in 9. maddesine göre, önceki tarihli marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği hâlde, bu kullanıma kesintisiz beş yıl boyunca tolerans göstermiş ise sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü talep edemeyeceği gibi kullanımına da engel olamaz. Diğer bir deyişle, sessiz kalma suretiyle hak kaybının söz konusu olabilmesi için, sonraki markanın kesintisiz şekilde en az beş yıl süreyle kullanılıyor olması ve önceki marka sahibinin bu kullanımdan haberdar olmasına rağmen buna müdahale etmemesi gerekir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybına dair 1988 yılında yapılan bu ilk düzenleme, 89/104/EEC sayılı Direktif'in yerine geçen 22 Ekim 2008 tarih ve 2008/95/EC sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi⁵⁶ ile yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁷.

Bununla birlikte, tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu iki düzenleme arasındaki dönemde ABAD sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin ilkesel bir karar vermemiştir. Buna karşın ABAD'ın konuya ilişkin verdiği ilk karar, 2011 yılında ön yorum yoluyla önüne gelen **Budějovický Budvar, národní podnik c Anheuser-Busch Inc.**⁵⁸ davasında 89/104/EEC sayılı Direktif'in 9. maddesine ilişkin etraflıca değerlendirmelerin yapıldığı karardır. Kararda **tolérance (=acquiescence)** kavramı üzerinde durulmuş⁵⁹, ilkenin uygulanma koşullarına⁶⁰ da temas edilmiştir.

⁵⁵ Tercüme için bkz. https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil_7_Fikri_Mülkiyet_Hukuku/3200810095.doc (Çevrimiçi), 20 Ocak 2020.

⁵⁶ Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to Approximate the Laws of the Member States relating to Trade Marks, JO, L 299, 08.11.2008.

⁵⁷ Işık, **a.g.e.**, s. 26.

⁵⁸ ABAD, 22 Eylül 2011, C-482/09, Budějovický Budvar, národní podnik c Anheuser-Busch Inc. [<https://curia.europa.eu> (Çevrimiçi), 20 Ocak 2020].

⁵⁹ Bkz. C- 482/09, para. 50.

⁶⁰ Bkz. C- 482/09, para. 54-59.

2008/95/EC sayılı Direktif'in 9. maddesi sessiz kalma suretiyle hak kaybını düzenlemektedir. Bu hüküm, önceki düzenleme ile birebir aynıdır ve şöyledir:

“Zımni muvafakat sonucu sınırlandırma

1. Bir üye devlette 4 (2). maddede belirtildiği şekilde önceki bir marka sahibinin üst üste beş yıllık bir süreyle, o kullanımdan haberdar olarak o üye devlette sonraki bir markanın kullanımına rıza göstermesi halinde, sonraki marka tescil başvurusu kötü niyetle yapılmadıkça, önceki marka sahibi önceki markayı esas alarak sonraki markanın hükümsüz olduğu beyanı için ya da sonraki markanın kullanıldığı mallar veya hizmetler ile ilgili olarak kullanımına itiraz etme yetkisine sahip değildir.

2. Herhangi bir üye devlet 1. paragrafın, 4 (4) (a) maddesinde belirtilen önceki marka sahibine ya da 4 (4) (b) veya (c) maddesinde belirtilen önceki hakka, gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla, uygulanmasını öngörebilir.

3. 1. ve 2. paragrafta sözü edilen durumlarda, daha sonra tescil edilmiş bir markanın sahibi, sonraki markaya karşı bu hakka artık başvurulmuyor olsa bile, önceki hakkın kullanımına itiraz etme hakkına sahip değildir.”⁶¹

AB marka hukukunda, direktif düzeyindeki son düzenleme ise 16 Aralık 2015 tarih ve 2015/2436 sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi⁶² olmuştur⁶³. Bu Direktif ile sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin şekli ve maddi birtakım değişiklikler öngörülmüştür. Direktif'in 9. maddesi şöyledir:

“Sessiz kalma sebebiyle hükümsüzlüğe karar verilememesi

1. Madde 5(2) ya da 5(3)a)'da anılan önceki bir markanın sahibinin, sonraki bir markanın bir Üye Devlette kullanımından haberdar olmasına rağmen bu kullanıma söz konusu Üye Devlette aralıksız beş yıl boyunca sessiz kalınması halinde, bu marka sahibi, önceki markaya dayanarak sonraki markanın kullanıldığı mal veya hizmetlere

⁶¹ Tercüme için bkz. [https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil_7_Fikri_Mulkiyet_Hukuku/32008l0095.doc (Çevrimiçi), 17 Ocak 2020]. Hükümün yabancı dillerdeki metinleri için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0095.

⁶² Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to Approximate the Laws of the Member States relating to Trade Marks, JO, L 336, 23.12.2015.

⁶³ Işık, **a.g.e.**, s. 26.

ilişkin olarak sonraki markanın hükümsüz kılınması için başvuruda bulunamaz; meğerki, sonraki markanın tescili için kötüniyetli olarak başvuruda bulunulmuş olsun.

2. Üye Devletler, bu Maddenin birinci fıkrasının Madde 5(4)(a) ve (b)'de anılan diğer bir önceki hakkın sahibi açısından da uygulanacağını öngörebilir.

3. Birinci ve ikinci fıkralarda anılan durumlarda, sonraki markanın sahibi, önceki hak artık sonraki markaya karşı artık ileri sürülemiyor olsa dahi önceki hakkın kullanımına karşı çıkamaz.”⁶⁴

Bu Direktif ile yapılan değişiklikler, maddenin kenar başlığının değiştirilmesi ile sonraki tarihli markanın kullanımına karşı çıkılamaması hususunun ayrı bir maddede düzenlenmesidir⁶⁵. Esasen bu iki değişiklik, hemen aşağıda izah edeceğimiz üzere birbirleriyle bağlantılıdır. İlk olarak, 2008/95/EC sayılı Direktif’te kenar başlığı *limitation in consequence of acquiescence* (=forclusion par tolérance) iken bu Direktif ile *preclusion of a declaration of invalidity due to acquiescence* (=forclusion du demandeur en nullité pour tolérance) olarak kaleme alınmıştır. İkinci olarak ise, sessiz kalma sonucu kullanıma itiraz edememe hususu 2015/2436 sayılı Direktif’in 9. maddesine alınmamış, ayrı bir maddede (=18. madde) düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, önceki tarihli marka sahibi, sonraki tarihli markanın kullanımını, sonraki markanın Direktif m. 9’a göre hükümsüz kılınamayacağı durumlarda yasaklayamayacaktır⁶⁶. Velhasıl, 2015/2436 sayılı Direktif sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini hükümsüzlük talepleri açısından 9. maddesinde, kullanımın engellenememesi açısından ise marka tecavüzü uyuşmazlıklarında sonraki tarihli marka sahibinin savunma vasıtalarını düzenleyen 18. maddesinde düzenlemiştir. Elbette, 2015/2436 sayılı Direktif’in gerek 9 gerek 18. maddelerinin birlikte mütalaa edilmesi ve sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulama alanının buna göre tespiti gerekmektedir.

⁶⁴ Tercüme için bkz. Tamer Pekdinçer, R. Eda Giray, Kadir Baş, **Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat (Ulusal-Uluslararası)**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 746.

⁶⁵ Detaylı bilgi için bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 28-29.

⁶⁶ Maddenin tercümesi için bkz. Pekdinçer, Giray, Baş, **a.g.e.**, s. 751; Işık, **a.g.e.**, s. 29.

Görüleceği üzere, 9. maddenin kenar başlığında yapılan değişikliğin temel sebebi, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının marka tecavüzü uyumsuzlukları açısından ayrı bir maddede düzenlenmesidir. Nitekim yeni kenar başlığı, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin -ilgili madde metninde- sadece **hükümsüzlük (=invalidity, nullité)** durumuna özgülendiğini vurgulamaktadır.

AB hukukunun ikincil mevzuatlarından biri olan direktifler kapsamında sessiz kalma suretiyle hak kaybını izah ettikten sonra, bir diğer ikincil mevzuat olan tüzükler kapsamında sessiz kalma suretiyle hak kaybının gelişimini izah etmek gerekir. Hemen belirtelim, tüzükler düzeyinde sessiz kalma suretiyle hak kaybının gelişimi de direktifler düzeyindeki gelişime benzer bir seyir takip etmiştir; bu sebeple etraflıca izahtan kaçınılmıştır.

Bu anlamda kaleme alınan ilk düzenleme 20 Aralık 1993 tarih ve 40/94 sayılı Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü⁶⁷ olmuştur⁶⁸. 40/94 sayılı Tüzük 53.

⁶⁷ Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark, JO, L 11, 14.01.1994.

⁶⁸ Akın Mengenli, **a.g.e.**, s. 91; Işık, **a.g.e.**, s. 30. Tüzük ile getirilen Avrupa Birliği markası sistemi ve marka koruması hakkında bilgi için bkz. Timothy W. Blakely, “Beyond The International Harmonization of Trademark Law: The Community Trade Mark as a Model of Unitary Transnational Trademark Protection”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. CXLIX, No. 1, 2000, s. 309-354, <https://www.jstor.org/> (Çevrimiçi), 20 Ocak 2020.

maddesinde, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesine yer vermiştir⁶⁹. Hüküm 89/104/EEC sayılı Direktif ile örtüşmektedir⁷⁰.

Bu düzenleme, 26 Şubat 2009 tarih ve 207/2009 sayılı Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü⁷¹ ile yürürlükten kaldırılmıştır (m. 166). Sessiz kalma suretiyle hak kaybının düzenlendiği 54. maddede⁷² de, önceki Tüzük'ten farklı bir hüküm getirilmemiştir. 207/2009 sayılı Tüzük'te 16 Aralık 2015 tarih ve 2015/2424 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü⁷³ ile esaslı değişiklikler yapılmıştır. Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi de 2015/2436 sayılı Direktif ile paralellğin sağlanması amacıyla bu değişiklikten etkilenmiştir⁷⁴.

⁶⁹ **Robinson, Pratt ve Kely**, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin, Avrupa Birliği çapında farklı ülkelerde kullanılmakta olan markaların birlikte var olmasını kolaylaştırmak ve önceki tarihli marka sahiplerinin sonraki tarihli markaların kullanımına itiraz etmesini engellemek amacıyla getirildiğini belirtmektedir (Robinson, Pratt ve Kely, **a.g.m.**, s. 754-755). Yine yazarlara göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi (acquiescence) sonraki marka sahiplerine doğrudan bir güvence sağlamamaktadır (**A.e.**).

Avrupa Birliği markaları ile ulusal markaların birlikte var olmasının sağlanması için ileri sürülen enteresan ve markanın tekliği ilkesini sorgulanır kılan öneri için bkz. Roland Knaak, Annette Kur, Alexander von Mühlendahl, "The Study on the Functioning of the European Trade Mark System", **Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper**, No. 12-13, 2012, s. 21. Benzer bir öneri için bkz. Philipp Venohr, Roland Knaak, **Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System**, Münih, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, 2011, s. 126 vd. Bu öneri, birbirine benzer olan Avrupa Birliği markası ile sonraki tarihli ulusal markanın birlikte var olmasına **-sonraki tarihli markanın kullanımına sessiz kalınması şartını aramaksızın-** belirlenmiş sıkı şartların varlığı halinde olanak tanımaktadır. Halihazırda, Avrupa Birliği markası sahibi, herhangi bir üye ülkede tescil talebinde bulunulan aynı veya benzer markanın tesciline itiraz edebilmektedir. Bu itiraz olanağı için Avrupa Birliği markasının ilgili ülkede kullanılıyor olması da gerekmemektedir. Dolayısıyla, sonraki tarihli markanın varlığını devam ettirebilmesi için önceki tarihli Avrupa Birliği markası sahibinin sessiz kalması veya kendi aralarında anlaşmaya varmaları şarttır. Fakat öneri ile, sonraki tarihli ulusal marka sahibine önceki tarihli Avrupa Birliği markası sahibinin iradesi gözetilmeksizin benzer markayı tescil ettirme ve kullanma olanağı tanınmaktadır (Robinson, Pratt, Kelly, **a.g.m.**, s. 755, dn. 122; Knaak, Kur, Mühlendahl, **a.g.m.**, s. 21).

⁷⁰ Işık, **a.g.e.**, s. 30.

⁷¹ Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community Trade Mark, JO, L 78, 24.03.2009.

⁷² Maddenin tercümesi için bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 31.

⁷³ Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community Trade Mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community Trade Mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market, JO, L 341, 24.12.2015.

⁷⁴ Işık, **a.g.e.**, s. 32.

Tüzük düzeyinde yapılan son düzenleme ise, 207/2009 sayılı Tüzük'ü yürürlükten kaldıran 14 Haziran 2017 tarih ve 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü⁷⁵'dür. 2017/1001 sayılı Tüzük ile 2015/2436 sayılı Direktif'e benzer şekilde, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi hükümsüzlük davaları ve tecavüz davaları açısından farklı maddelerde düzenlenmiştir (bkz. m. 61 ve 16⁷⁶).

Netice itibarıyla, AB hukukunda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin 1988'den beri mevcut olduğu söylenebilir. O tarihten günümüze kadar ilkenin temel esasları değişmemekle birlikte, madde metinlerinin biçim değiştirdiği görülmektedir. Geline nokta ise, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin pozitif kaynağını 2015/2436 sayılı Direktif m. 9, 18 ile 2017/1001 sayılı Tüzük m. 61, 16 hükümlerinin oluşturduğu söylenebilir. Bu hükümler incelendiğinde, ilkenin hükümsüzlük ve kullanımın engellenmesi talepleri açısından farklı maddelerde düzenlendiği; ancak temel düzenlemenin hükümsüzlük davaları esas alınarak yapıldığı söylenebilir. Nitekim bu durumun temel düzenlemenin yer aldığı maddelerin kenar başlıklarına yansımış olduğu da ifade edilmelidir.

1.1.4.1.2. İsviçre Hukukunda

İsviçre'de marka hukukuna⁷⁷ ilişkin ilk düzenleme 26 Eylül 1890 tarihli İsviçre Fabrika ve Hizmet Markaları, Coğrafi İşaretler ve Endüstriyel Ödüllerin Korunması Hakkında Kanun⁷⁸'dur. Otuz dokuz maddeden ibaret olan bu Kanun'da sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁷⁵ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark, JO, L 154, 16.06.2017.

⁷⁶ Maddelerin tercümesi için bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 32-33.

⁷⁷ İsviçre'de markaların tarihi için bkz. Dunant, **a.g.e.**, s. 40-81.

⁷⁸ Loi Fédérale Concernant la Protection des Marques de Fabrique et de Commerce, des Indications de Provenance et des Mentions de Récompenses Industrielles, FF, 1890 IV 456.

26 Eylül 1890 tarihli bu Kanun 28 Ağustos 1992 tarihli İsviçre Markaların ve Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun⁷⁹ ile ilga edilmiştir (m. 74)⁸⁰. Sessiz kalma suretiyle hak kaybı bu Kanun'da da özel olarak düzenlemeye konu olmamıştır.

Görüleceği üzere AB hukukunun aksine, İsviçre hukukunda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, pozitif hukukta kendine yer bulamamıştır⁸¹. Bununla birlikte, mahkemeler, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini CC m. 2'den, yani hakkın kötüye kullanılması yasağından hareketle tanımakta ve kabul etmektedirler⁸².⁸³. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre iş hayatında geçerli iyiniyet kuralları, marka hakkı sahibinin markasına yönelen tecavüzlere karşı aktif hareket etmesini gerektirir. Bunun aksine hareket edilerek, karşı tarafı zor durumda bırakacak bir zamanda hakkın ileri sürülmesi halinde ise önceki marka sahibinin korunması CC m. 2 karşısında mümkün değildir⁸⁴. Bir diğer kararında da Mahkeme, sessiz kalma suretiyle hak

⁷⁹ Loi Fédérale sur la Protection des Marques et des Indications de Provenance, RO, 1993 274.

⁸⁰ Ivan Cherpillod, "La Notion de Marque", **La Nouvelle Loi Fédérale sur la Protection des Marques**, ed. Fabio Marchetto, Lozan, CEDIDAC, 1994, s. 19. Bu Kanun'un İsviçre marka hukukuna getirdiği yenilikler hakkında bkz. Osman Berat Gürzumar, "Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler", **Yargıtay Dergisi**, C. XX, S. 4, 1994, s. 503-522; Edouard Petitpierre, "İsviçre Markalar Kanununun Değiştirilmesi Konusunda Bazı Düşünceler", çev. Akar Öçal, **Eskişehir İTİAD**, C. IX, S. 1, 1973, s. 283-293.

⁸¹ Ralph Schlosser, "La Péremption en Matière de Signes Distinctifs", **sic!**, 2006, s. 549; Michel Muhlstein, Laurent Muhlstein, "Constitution et Vie d'une Société: Raison de Commerce, Nom Commercial, Enseigne, Marque(s) et Concurrence Déloyale", **Revue de Droit Privé et Fiscal du Patrimoine**, 2018, s. 24; François Dessemontent, "Le Droit des Marques", **Droit Européen de la Propriété Intellectuelle**, Lozan, CEDIDAC, 1993, s. 42. **Işık**, bu durumu İsviçre'nin AB üyesi olmamasına bağlamaktadır (**Işık**, **a.g.e.**, s. 36).

⁸² Schlosser, **a.g.m.**, s. 550; Muhlstein, Muhlstein, **a.g.m.**, s. 24; Pierre-Alain Killias, **La Mise en Œuvre de la Protection des Signes Distinctifs**, Lozan, Cedidac, 2002, s. 111; Yves Saint-Gal, **Protection et Défense des Marques de Fabrique et Concurrence Déloyale**, Paris, J. Delmas Et C^{ie}, 1962, s. O²⁰; Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 36. Bu yöndeki kararlar için bkz. ATF 73 II 183; TF, 12 Kasım 1950 (**JdT**, 1951, s. 442); TF, 12 Temmuz 1955 (**JdT**, 1956, s. 338).

⁸³ **Dunant** 1898 yılında yazdığı eserinde, sessiz kalmanın zımni icazet anlamına geldiğinin ayrıca ispat edilmesi istisnası saklı kalmak kaydıyla, mütecavizin eylemine sessiz kalmanın mütecavize bir hak vermeyeceğini ifade etmektedir:

"On ne peut prétendre qu'il y a autorisation tacite, dit M. Darras, que si l'on établit qu'il y a eu d'abord demande adressée au titulaire du droit privatif, et que celui-ci a, par ses actes, ou tout ou moins par son silence, acquiescé a la demande dont il a été saisi: la longue inaction de l'intéressé n'a pour sanction en principe que la prescription, et si le délais requis ne sont pas expirés, la tolérance qu'on lui impute ne saurait être préjudiciable a ses intérêts." (Dunant, **a.g.e.**, s. 284-285). Benzer yöndeki görüş için bkz. Alcide Darras, **Des Marques de Fabrique et de Commerce**, Arras, Imprimerie et Lithographie G. Maréchal, 1884, s. 191.

⁸⁴ TF, 21 Ekim 1997, Lanceur de Drapeau II (**sic!**, 1998, s. 320,).

kaybının, hakkın kötüye kullanılmasının özel bir görünümü olan çelişkili davranış yasağının örneği olduğunu ifade etmiştir⁸⁵. **Killias** ise sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin içtihat ile geliştirilmiş unsurları olarak şunları zikreder: (i) zarar görenin hareketsiz kalması, (ii) korunmaya değer ekonomik durum ve (iii) ihlal eden kişinin iyiniyetli olması⁸⁶.

Sonuç olarak, **Işık**'ın da ifade ettiği gibi sessiz kalma suretiyle hak kaybının İsviçre hukukundaki uygulamasının, Türkiye'de SMK öncesi dönemdeki uygulama ile aynı yönde olduğu ifade edilebilir⁸⁷.

1.1.4.1.3. Fransız Hukukunda

Fransa'da, fikri ve sınai mülkiyet haklarının temelini teşkil eden düzenlemeler Fransız Devrimi'nin hemen akabinde yürürlüğe konulmuştur⁸⁸. Ancak bugünkü anlamda modern kanunların vazedilmesi daha sonra gerçekleşmiştir.

Bu minvalde getirilen ilk düzenlemenin, 23 Haziran 1857 tarihli Fabrika ve Ticaret Markaları Hakkında Kanun olduğu söylenebilir⁸⁹. Yirmi üç maddeden

⁸⁵ ATF 131 III 113. Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Işık**, **a.g.e.**, s. 36 ve dn. 68 anılan yazarlar.

⁸⁶ Detaylı bilgi için Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 112-117.

⁸⁷ **Işık**, **a.g.e.**, s. 36-37.

⁸⁸ Orta Çağ ve Eski Rejim (Ancien Régime) dönemindeki düzenlemeler ve bilhassa fermanlar (édits royaux) için bkz. Eugène Pouillet, **Traité des Marques de Fabrique et de la Concurrence Déloyale en Tout Genres**, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et C^{ie}, Imprimeurs-Éditeurs, 1875, s. 4 vd.

⁸⁹ Jacques Azéma, Jean-Christophe Galloux, **Droit de la Propriété Industrielle**, 8. Édition, Paris, Dalloz, 2017, N. 1552; Joanna Schmidt-Szalewski, "Marque de Fabrique, de Commerce ou de Service", **Répertoire de Droit Commercial**, Dalloz, 2006, N. 23, <https://daloz.fr> (Çevrimiçi), 2 Şubat 2020; M. Ambroise Rendu, **Traité Pratique des Marques de Fabrique et de Commerce et de la Concurrence Déloyale**, Paris, Cosse et Marchal, 1858, s. 10-11; Perle Gobert, "**La Genese du Droit de la Propriété Industrielle**" (Tez), Université de Bordeaux, 2015, s. 233, <http://www.theses.fr/> (Çevrimiçi), 25 Ocak 2020; Benoit Heilbrunn, "Histoire et Fonctions des Marques", **La Marque**, ed. Benoit Heilbrunn, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, N. 7; Valérie Marchal, "Brevets, Marques, Dessins et Modèles: Évolution des Protections de Propriété Industrielle au XIXe Siècle en France", **Documents pour l'Histoire des Techniques**, No. 17, 2009, s. 111. Benzer bir değerlendirme için bkz. Arseven, **a.g.e.**, s. 3; Şanal, **a.g.e.**, s. 8.

23 Haziran 1857 tarihli Fabrika ve Ticaret Markaları Hakkında Kanun'da değişiklik yapılmasına ilişkin komisyon raporu gerek marka hukukunun gelişimi gerek marka himayesine neden ihtiyaç duyulduğu sorularına dönemin ağızından bir bakış imkânı sunmaktadır. İlgili rapor için bkz. M. Henri Bastit, **Projet de Loi Portant Modification de la Loi du 23 juin 1857 sur les Marques de Fabrique et de Commerce Rapport Présenté au Nom de la Commission d'Initiative**, Marsilya, Typographie et Lithographie Bablatier, 1907, <https://gallica.bnf.fr/> (Çevrimiçi), 2 Şubat 2020.

mürekkep bu Kanun'da sessiz kalma suretiyle hak kaybına yer verilmemiştir⁹⁰. Bunun sebebi ise Fransız hukukunda, sessiz kalmanın önceki hak sahibinin hakkını kısıtlayacağını, en azından o dönemde kabul edilmemiş olmasıdır⁹¹.

Nitekim **Rendu**, Kanun'u şerh ettiği eserinde **sessiz kalma (=tolérance)** kavramına ve bunun sonuçlarına kısaca dahi olsa değinmiştir. **Rendu**'ya göre, hak sahibinin uzun veya kısa süreler boyunca sessiz kalması mütecavizin⁹² korunması sonucunu doğuramaz⁹³. Yazarın atıf yaptığı 1844 tarihli kararda, Paris Mahkemesi (Cour Royale de Paris)'ne göre, marka sahibinin, benzer markaların kullanımına uzun süre sessiz kalması haklarını sona erdirmeyeceği gibi -bilhassa- bu kullanım marka sahibine zarar vermeye başladığı takdirde uğradığı zararın tazminini talep etmesi de mümkündür⁹⁴.

Daha sonraki tarihli bir kararda ise, Grenoble İmparatorluk Mahkemesi (Cour Impériale de Grenoble) marka sahibinin, markasının taklit edilmesine sessiz kalmasının, markanın kullanımının önlenmesini talep etme hakkını ortadan

⁹⁰ Kanun'un amacının marka tecavüzlerini önleme olduğu ve bu amaçla birçok ceza hükmü getirildiği; hatta Kanun'un ceza kanunu olduğu yönünde bkz. Pouillet, **a.g.e.**, s. 6.

⁹¹ Saint-Gal, **a.g.e.**, s. O²⁰. Bu yöndeki kararlar için bkz. CA Paris, 10 Mart 1930 (**Ann. Prop. Ind.**, 1931, s. 21-29); CA Anger, 12 Temmuz 1933 (**Ann. Prop. Ind.**, 1933, s. 240); Tribunal Civil Périgueux, 22 Temmuz 1937 (**Ann. Prop. Ind.**, 1939, s. 235); Tribunal Civil Lille, 20 Mayıs 1943 (**Ann. Prop. Ind.**, 1940-48, s. 192). Kararlar için bkz. Saint-Gal, **a.g.e.**, s. O²⁰, dn. 193.

⁹² Belirtmek gerekir ki **Rendu**, burada **contrefacteur** terimini kullanmaktadır. Bu terim Türkçe'ye **taklitçi, taklit eden** şeklinde de çevrilebilir. Fakat **Rendu**, söz konusu açıklamalarına eserinin, markaya tecavüz ve cezalar bahsinde yer verdiğinden mütecaviz teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

⁹³ Rendu, **a.g.e.**, s. 115, 541. Benzer yönde bkz. Paul Reynoard, **Précis Théorique et Pratique des Marques de Fabrique**, Paris, Dunod, 1939, s. 99; Paul Roubier, **Le Droit de la Propriété Industrielle**, Paris, Libraire du Recueil Sirey, 1952, s. 326.

⁹⁴ Cour Royale de Paris, 18 Ocak 1844, Lainé, Colonet et Saintard c Syndics Dreyfus et Bernheim (Alexandre-Auguste Ledru-Rollin, **Journal du Palais: Jurisprudence Française**, Paris, F. F. Patris, 1844, s. 162-163, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 25 Ocak 2020). Karara konu olayı ve gelişimi kısaca özetlemek gerekirse, davacı uzun süredir Paris'in bir caddesinde Au Pauvre Diable adıyla mağaza işletmektedir. Davalı ise sonraki bir tarihte, yine Paris'in başka bir caddesinde Pauvre Diable adıyla işletilen bir mağazayı satın almış fakat davacının işletmesine daha yakın bir yere taşımıştır. Tam bu aşamada ise, davacı markanın silinmesi ve 10.000 frank tazminatın ödenmesi talepli dava ikame etmiştir.

kaldırmayacağını; ancak iyiniyetli olan sonraki marka sahibi aleyhine tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir⁹⁵.

Görüleceği üzere, **sessiz kalma (=tolérance)** kavramı Fransa’da markaya ilişkin yasal düzenlemelerden önceye dayanmakta; fakat sessiz kalma sonucunda hakkın gene de ileri sürülebileceği sonucuna varılmakta ve önceki hak sahibi korunmaktadır⁹⁶. Nitekim Paris Mahkemesi’nin katı yorumuna göre 8 yıllık bir süre geçmiş olsa dahi, önceki hak sahibi, zarara uğruyor ise uğradığı zararın tazminini dahi talep edebilecektir. Ancak sonraki tarihli bir içtihatla ise, sonraki marka sahibinin iyiniyetli olması durumunda tazminata hükmedilemeyeceğine karar verilerek⁹⁷, günümüzdeki anlamıyla sessiz kalma suretiyle hak kaybının koruduğu menfaatler dengesinin teminine yaklaşıldığı söylenebilir.

Esas konumuza dönersek, 23 Haziran 1857 tarihli Kanun yaklaşık bir asrı aşkın bir süre yürürlükte kaldıktan sonra, 31 Aralık 1964 tarihli Fabrika, Ticaret ve Hizmet Markaları Hakkında Kanun⁹⁸ ile yürürlükten kaldırılmıştır (m. 38). 1964 tarihli bu Kanun da sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin bir düzenleme içermemektedir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin ilk düzenleme ise 4 Ocak 1991 tarihli Fabrika, Ticaret ve Hizmet Markaları Hakkında Kanun⁹⁹ ile yapılmıştır. Kanun’un 19 ve 25. maddelerinde sessiz kalma suretiyle hak kaybına yer verilmiştir. 19. madde tecavüz davalarına ilişkin iken 25. madde ise hükümsüzlük davalarına ilişkindir. Hemen burada belirtelim, bu düzenleme 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104/EEC sayılı

⁹⁵ Cour Impériale de Grenoble, 25 Mayıs 1853, Le P. Garnier c Rivoire (Étienne Blanc, **Traité de la Contrefaçon en tous Genres et de sa Poursuite en Justice**, 4. Édition, Paris, Henri Plon-Cosse, 1855, s. 782, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 25 Ocak 2020).

⁹⁶ Tribunal Civile Seine (Troisième Chambre), 18 Temmuz 1928 tarihli Société Dubonnet c Foucher kararında şu ifadeye yer vermiştir: “*Que la tolérance du propriétaire d’une marque n’exclut pas la contrefaçon. [Marka sahibinin sessiz kalması (katlanması) tecavüzü haklı kılmaz (korunur kalmaz)]*” [**Ann. Prop. Ind.**, 1929, s. 250, <https://gallica.bnf.fr/> (Çevrimiçi), 2 Şubat 2020].

Benzer kararlar için bkz. Reynoard, **a.g.e.**, s. 99.

⁹⁷ Benzer şekilde **Roubier**, mahkemelerin, önceki hak sahibinin uzun süre boyunca hareketsiz kaldıktan sonra dava açmasının endüstriye/piyasaya zarar vermesi sebebiyle sonraki hak sahibi aleyhine hükmedilen tazminat taleplerinde büyük oranda indirime gittiklerini yazmaktadır (Roubier, **a.g.e.**, s. 326, dn. 3 ve orada anılan mahkeme kararları).

⁹⁸ Loi sur les Marques de Fabrique, de Commerce ou de Service, JORF, 01.01.1965, No. 1.

⁹⁹ Loi Relative aux Marques de Fabrique, de Commerce ou de Service, JORF, 06.01.1991, No. 5.

Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Hakkında Birinci Konsey Direktifi esas alınarak yapılmış bir düzenlemedir¹⁰⁰. Bu sebeple de 89/104/EEC sayılı Direktif'in 9. maddesinde benimsenen prensipler¹⁰¹ bu düzenlemede takip edilmiştir.

Günümüzde ise, sessiz kalma suretiyle hak kaybının pozitif dayanağını, 1 Temmuz 1992 tarihli Fikri Mülkiyet Kanunu¹⁰²'nin L716-2-8 ve L716-4-5 maddeleri teşkil eder. Fikri Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesi ile, fikri ve sınai mülkiyet haklarına dair önceki birçok kanun yürürlükten kaldırılmış ve Türkiye'deki SMK örneği gibi tek bir çatı altında toplanmıştır¹⁰³. 1991 tarihli Kanun da ilga edilen kanunlardan biridir.

1992 tarihli Fikri Mülkiyet Kanunu'nun L716-2-8 maddesi şöyledir:

*“Önceki bir hakkın sahibi, sonraki markanın kullanılmasından haberdar olmasına rağmen bu kullanıma karşı birbirini izleyen 5 yıl boyunca sessiz kalmış ise, sonraki markanın tescil talebi kötünietli olmadıkça, L711-3 maddesine dayanarak sonraki markanın hükümsüz kılınmasını, kullanımına sessiz kalınmış mal veya hizmetler bakımından talep edemez.”*¹⁰⁴

Bu hükümden anlaşılacağı üzere, Fransız kanun koyucusu, sadece önceki marka sahibinin sessiz kalmasına sonuç bağlamamış, önceki bir hakkın sahibi diyerek, ticaret alanında kullanılan herhangi bir işaret üzerinde hak sahibi olanlar ile telif hakkı sahiplerinin de bu madde kapsamında mütalaa edilebileceğini vazedmiştir¹⁰⁵. Bir diğer

¹⁰⁰ Sylviane Durrande, “Droit des Marques”, **Recueil Dalloz**, 2010, s. 129; Schahl, Cosse-Manière, **a.g.m.**, s. 2400; Jacques Azéma, “Propriété Industrielle”, **RTD Com.**, 2010, s. 300; Arkan, **Marka**, C. I, s. 4.

¹⁰¹ İlgili madde hakkında bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.1.1.

¹⁰² Loi Relative au Code de la Propriété Intellectuelle, JORF, 03.07.1992, No. 153.

¹⁰³ Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 26.

¹⁰⁴ (Yazarın serbest çevirisidir.) İlgili maddenin Fransızca metni şu şekildedir:

“Le titulaire d'un droit antérieur qui a toléré pendant une période de cinq années consécutives l'usage d'une marque postérieure enregistrée en connaissance de cet usage n'est plus recevable à demander la nullité de la marque postérieure sur le fondement de l'article L. 711-3, pour les produits ou les services pour lesquels l'usage de la marque a été toléré, à moins que l'enregistrement de celle-ci ait été demandé de mauvaise foi.” [https://www.legifrance.gouv.fr/ (Çevrimiçi), 20 Şubat 2020].

¹⁰⁵ Azéma, **Propriété Industrielle**, s. 300.

dikkat çeken husus ise, hakkın sınırlanmasının sadece kullanımına sessiz kalınan mal veya hizmetler kapsamında gerçekleşeceğinin açıkça dile getirilmiş olmasıdır. Madde L716-4-5'te ise, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi marka tecavüzü uyuşmazlıkları tahtında ayrıca düzenlenmiştir¹⁰⁶.

Sonuç olarak, Fransız marka hukukunda sessiz kalma (=tolérance) kavramının kökeninin 19. yüzyılın başlarına kadar gittiği söylenebilir. Fakat bu dönemde, sessiz kalmanın bir hak kaybına sebebiyet vermeyeceğinin kabul edildiği ifade edilmelidir¹⁰⁷. İlkenin pozitif düzenlemeye kavuşması ve sessiz kalmaya hak kaybı sonucunun bağlanması ise, AB düzenlemelerinin etkisiyle 20. yüzyılın sonlarında olmuştur.

1.1.4.1.4. Alman Hukukunda

Alman hukukunda marka korumasına ilişkin bahsedebileceğimiz ilk düzenleme, 30 Kasım 1874 tarihli Markaların Korunması Hakkında Kanun¹⁰⁸'dur. Yirmi bir maddeden mürekkep bu Kanun, 1894 tarihli Emtia İsimlerinin Korunması Hakkında Kanun¹⁰⁹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu iki düzenlemeyi 5 Mayıs 1936 tarihli Marka Kanunu¹¹⁰ takip etmiştir. Zikrettiğimiz bu üç düzenleme, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesine yer veren bir hüküm içermemektedir. Buna karşın bu dönemde, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin, dürüstlük kuralını düzenleyen Alman Medeni Kanunu § 242'den hareketle uygulandığı ifade edilmektedir¹¹¹. Bu anlamda, öncü

¹⁰⁶ Fransız hukukunda, sonraki tarihli markanın kullanımının engellenmesi talepleri bakımından da, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin tüm önceki hak sahiplerine karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Bu yönde bilgi için bkz. aş. Bölüm 1, dn. 183.

¹⁰⁷ Akar Öçal, **Türk Hukukunda Markaların Himayesi: İsviçre ve Fransız Hukuklariyle Mukayeseli Olarak**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967, s. 142 vd.; Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 37.

¹⁰⁸ Gesetz über Markenschutz, RGBI, 1874, s. 143-146.

¹⁰⁹ Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen, RGBI, 1894, s. 441-448.

¹¹⁰ Warenzeichengesetz, RGBI, 1936, s. 134-142.

¹¹¹ Reinhard Ingerl, Christian Rohnke, **Markengesetz: Kommentar**, 3. Auflage, Münih, C. H. Beck, 2010, § 21, N. 2 (Işık, **a.g.e.**, s. 35'ten naklen); Maria Isabel Grimaldos Garcia, Linda Navarro Matamoros, **La Caducidad por Tolerancia en el Derecho de Marcas**, Madrid, Dykinson S.L., 2020, s. 40-41. Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin temelini dürüstlük kuralını düzenleyen Alman Medeni Kanunu § 242 hükmü olduğu yönünde ayrıca bkz. Yanlı, **a.g.m.**, s. 296; İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları: Beşinci Cild**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984, s. 141. İlgili bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. **A.e.**, s. 142. Bir diğer karar için bkz. Gericht Hamburg, 7 Temmuz 1949 (**GRUR**, 1949, s. 35). Alman Medeni Kanunu § 242 hakkında inceleme için bkz. Nami Barlas, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması

olarak nitelendirilebilecek ilk karar Reichsgericht (İmparatorluk Mahkemesi) tarafından **Goldina** davasında verilmiştir¹¹². Kararda, önceki marka sahibinin, markasına yönelen ihlale karşı hemen harekete geçmeyerek, mütecavizin markasını piyasada tanınır kılmasından sonra harekete geçmesinin iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağından hareket edilmiştir¹¹³.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini pozitif plana kavuşturan ilk düzenleme ise 1 Ocak 1995'te yürürlüğe giren Markaların ve Diğer İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun¹¹⁴ olmuştur¹¹⁵.

Kanun'un 21'inci maddesinin 1'inci fıkrası da, genel prensip olarak marka veya ticari bir işaret sahibinin, sonraki tarihli ve tescilli markanın kullanımından haberdar olmasına rağmen, bu kullanıma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalması halinde, sonraki tarihli marka tescil başvurusu kötüniyetli olmadıkça, bu markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlere ilişkin olarak kullanılmasını yasaklayamayacağı düzenlenmiştir¹¹⁶.

Bu düzenleme, Fransız hukukunda olduğu gibi 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104/EEC sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Hakkında Birinci Konsey Direktifi esas alınarak yapılmış bir düzenlemedir¹¹⁷.

1.1.4.2. Anglosakson Hukukunda

1.1.4.2.1. İngiliz Hukukunda

Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", **İÜHFM**, C. LV, S. 3, 1997, s. 191-208.

¹¹² Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 41.

¹¹³ **A.e.**

¹¹⁴ Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, BGBl, 1994, s. 3082-3127.

¹¹⁵ Düzenleme hakkında bilgi için bkz. Kay-Uwe Jonas, "Revision of The German Trademark Law", **TMR**, Vol. LXXXIV, No. 5, s. 605-616.

¹¹⁶ İlgili maddenin İngilizce ve Almanca metinleri için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/> (Çevrimiçi), 10 Şubat 2020.

¹¹⁷ Jonas, **a.g.m.**, s. 605.

İngiliz hukukunda, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi (acquiescence)¹¹⁸, bir Common Law¹¹⁹ sistemi olması münasebetiyle, mahkeme içtihatları ile şekillenmiştir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ilk olarak, bir kiracının uzun bir süre daha kiracı olarak kalacağı inancıyla, arsa sahibinin arazisinin bir kısmına ev inşa ettiği **Ramsden v Dyson**¹²⁰ kararında gündeme gelmiştir¹²¹. İlkenin fikri mülkiyet ve bilhassa marka hukuku planında konuşulduğu uyuşmazlıklardan ilki **Vine Products Limited v MacKenzie & Co Limited**¹²² davasıdır¹²³. Karara konu olayda, İspanyol

¹¹⁸ İngiliz hukukunda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi **acquiescence** tabiri ile ifade edilmektedir.

¹¹⁹ Bu meyanda, Common Law'un ne olduğu sorusunu **Davis**'den yapacağımız şu alıntı ile cevaplamak yerinde olacaktır: “*Belki de en iyi şey Common Law'nun ne olmadığını tarif etmektir. O hukukçular, komisyonlar veya bu maksatla teşkil edilmiş bir gurup insan tarafından meydana getirilmiş kaideler sistemi değildir. Bazı kimselerin zannettikleri gibi bir örf ve âdet hukuku da değildir. Oldukça uygun bir tarif olmakla beraber karar veren kimseler tarafından tesis edilmiş sadece prensip ve kaidelerin heyeti mecmuası da değildir. Common Law, hâkimler tarafından vazedilmiş başlıca akide ve prensiplerin gerek cemiyet gerekse sonraki hâkimler tarafından muvafık bulunarak kabul edilmesiyle teessüs etmiştir... Görülüyor ki Common Law örf, âdet ve geleneklerden ve hatta hâkimlerin vazedilmiş oldukları kaidelerden de fazla bir şeydir. O haddi zatında bir milletin gelişme tarihini temsil eder ve meselâ bir matematik kitabındaki mevcut riyazi düsturlar ve kaideler gurubu olmaktan uzaktır. Muayyen ve belli bir zaman içerisinde Common Law'nun ihtiva ettiği öz, o muayyen belli zamanın normunu temsil eder. Fakat temenni edilen neticeyi istihsale vasıta olan form ve mekanizması maziye bağlıdır.*” (Fredrick Davis, “Common Law”, **AÜHFD**, C. XV, S. 1, 1958, s. 69-70). Common Law hukuk sistemine ilişkin bilgi için bkz. **A.e.**, s. 67-78; Edward King, Joseph Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, çev. İlhan Lüttem, **AÜHFD**, C. XVI, S. 1, 1959, s. 178-233.

¹²⁰ (1866) LR 1 HL 129. Kararın değerlendirmesi ve etkisi için bkz. R.D. Mulholland, “**From Acquiescence to Expectation: The Ramsden v Dyson Principle Today**” (Tez), University of Canterbury, 1984, <https://ir.canterbury.ac.nz/> (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020.

¹²¹ Kararın ilgili kısmında Lord Cranworth şu ifadelere yer vermiştir: “*If a stranger begins to build on my land supposing it to be his own, and I, perceiving his mistake, abstain from setting him right, and leave him to persevere in his error, a court of equity will not allow me afterwards to assert my title to the land on which he has expended money on the supposition that the land was his own. It considers that, when I saw the mistake into which he had fallen, it was my duty to be active and to state my adverse title; and that it would be dishonest in me to remain wilfully passive on such an occasion, in order afterwards to profit by the mistake which I might have prevented. But it will be observed that to raise such an equity two things are required, first, that the person expending the money supposes himself to be building on his own land; and secondly, that the real owner at the time of the expenditure knows that the land belongs to him and not to the person expending the money in the belief that he is the owner. For if a stranger build on my land knowing it to be mine, there is no principle of equity which would prevent my claiming the land with benefit of all the expenditure made on it. There would be nothing in my conduct, active or passive, making it inequitable in me to assert my legal rights!*” [(1866) LR 1 HL 129, s. 140-141 (Mulholland, **a.g.e.**, s. 21’den naklen)].

¹²² High Court of Justice, (1969) RPC 1.

¹²³ David Bainbridge, **Intellectual Property**, 5. Edition, Essex, Pearson Longman, 2002, s. 659; Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 39.

şeri¹²⁴ dağıtıcıları İngiliz şeri üreticilerinin **British sherry** ifadesini kullanmalarını engellemek istemiştir. Buna karşın Mahkeme, İngiliz şeri üreticilerinin, söz konusu markayı uzun süredir (100 yılı aşkın) kullanmaları ve bu kullanıma uzun süre karşı çıkılmaması sebebiyle markanın kullanılmasının engellenmesinin adil olmayacağına karar vermiştir¹²⁵.

Devam eden süreçte, **Taylor Fashions Limited v Liverpool Victoria Trustees Co Limited**¹²⁶ davasında verilen karar ile sessiz kalma suretiyle hak kaybının savunma aracı olma hususunda önemi pekiştirilmiştir¹²⁷. Karara göre, önceki hak sahibinin hareketsiz kalmasından bahsedebilmek için ihlale yönelik bir bilginin varlığı veya en azından şüphesi söz konusu olmalıdır. Öte yandan, önceki hak sahibinin bilerek veya bilmeyerek müsaade ettiği veya öyle bir kanı uyandırdığı durumlarda korunup korunmayacağının tespiti her olay ve taraf özelinde yapılacak bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır^{128, 129}.

Görüleceği üzere, İngiliz hukukunda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kabul görmeye başlamış; akabinde ise fikri mülkiyet ve marka hukuku planında da uygulanır olmuştur¹³⁰. İlkenin kodifiyesi ise, 1994 tarihli Markalar Kanunu'nun¹³¹ 48'inci maddesi ile sağlanmıştır. Bu Kanun, 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104/EEC sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının

¹²⁴ Şeri, **bir tür tatlı şarap** demektir ve İngilizce **sherry** sözcüğünden alıntıdır. İngilizce sözcük ise, İspanya'da bir kent olan **Jérez** özel adından türetilmiştir. Bilgi için bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/> (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020.

¹²⁵ Bainbridge, **a.g.e.**, s. 660.

¹²⁶ High Court of Justice, (1981) 2 WLR 576.

¹²⁷ Bainbridge, **a.g.e.**, s. 660.

¹²⁸ **A.e.**

¹²⁹ Benzer yönde kararlar için bkz. *Habib Bank Ltd v Habib Bank AG Zurich*, (1982) RPC 1; *International Business Machines Corp v Phoenix International Ltd*, (1994) RPC 251; *Dyson Ltd v Qualtex Ltd*, (2006) RPC 31.

¹³⁰ Edward Morton Daniel, **Daniel on Trademarks**, Londra, Steven & Haynes, 1876, s. 20 vd. **Daniel**, eserinde marka sahibinin, markasını tecavüzlere karşı koruma noktasında **due diligence** ile hareket etmesi gerektiğini ifade etmiş ve devamında sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin marka hukukundaki uygulamasına yönelik değerli açıklamalara yer vermiştir (**A.e.**).

¹³¹ İngiliz marka hukukunun gelişim süreci için bkz. Bainbridge, **a.g.e.**, s. 533-536; Amasa C. Paul, **The Law Of Trade-Marks Including Trade-Names and Unfair Competition**, Minnesota, Keefe-Davidson Co, 1903, s. 18-23.

Uyumlaştırılması Hakkında Birinci Konsey Direktifi'nin iç hukuka aktarılması amacını taşıdığından, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi planında AB düzenlemesi benimsenmiştir¹³². Sessiz kalmanın etkisi başlıklı maddenin ilk fıkrasında, önceki tarihli bir marka veya diğer bir hak sahibinin, sonraki tarihli ve tescilli markanın kullanımından haberdar olmasına rağmen, bu kullanıma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalması halinde, sonraki tarihli marka tescil başvurusu kötüniyetli olmadıkça, bu markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlere ilişkin olarak kullanılmasını yasaklayamayacağı gibi hükümsüzlüğüne karar verilmesini de talep edemeyeceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise sonraki tarihli marka sahibinin önceki hak sahibinin kullanımını engelleyemeyeceği hususuna yer verilmiştir¹³³.

Sonuç olarak, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, İngiliz hukukunda, mahkeme içtihatları ile şekillenen **acquiescence** kurumu ile varlığını göstermiş ve AB mevzuatına uyum çerçevesinde 1994 yılında pozitif düzenlemeye kavuşmuştur.

1.1.4.2.2. Amerikan Hukukunda

¹³² Bainbridge, **a.g.e.**, s. 536.

¹³³ İlgili hükmün İngilizce metni şu şekildedir:

“Effect of acquiescence

(1)Where the proprietor of an earlier trade mark or other earlier right has acquiesced for a continuous period of five years in the use of a registered trade mark in the United Kingdom, being aware of that use, there shall cease to be any entitlement on the basis of that earlier trade mark or other right—

(a)to apply for a declaration that the registration of the later trade mark is invalid, or

(b)to oppose the use of the later trade mark in relation to the goods or services in relation to which it has been so used,unless the registration of the later trade mark was applied for in bad faith.

(2)Where subsection (1) applies, the proprietor of the later trade mark is not entitled to oppose the use of the earlier trade mark or, as the case may be, the exploitation of the earlier right, notwithstanding that the earlier trade mark or right may no longer be invoked against his later trade mark.” (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/26/section/48> (Çevrimiçi), 1 Şubat 2020).

Amerikan hukukunda¹³⁴, marka ihlali uyuşmazlıklarında özellikli savunma aracı (equitable defenses) olarak ileri sürülebilecek enstrümanlar **laches**, **estoppel** ve **acquiescence** olarak sıralanabilir¹³⁵.

Bu üç savunma aracından biri olan estoppel, sonraki tarihli markanın artık ayırt edicilik kazandığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Yani önceki marka ile sonraki marka o kadar uzun süredir piyasada birlikte kullanılmışlardır ki, sonraki tarihli marka artık tüketici gözünde ayırt edicilik kazanmıştır¹³⁶. Bu sebeple, önceki hak sahibi sonraki tarihli markanın kullanılmasını yasaklayamaz.

Diğer savunma araçları olan laches ve acquiescence üzerine eğileceğimiz temel kavramlardır. Laches, sonraki tarihli markanın kullanımına karşı gösterilen pasif hareketsizliği ifade ederken; acquiescence önceki hak sahibinin aktif bir eylemi ile sonraki tarihli markanın kullanımına rıza verdiğini göstermesi anlamına gelir¹³⁷. Acquiescence adeta taraflar arasında örtülü olarak akdedilmiş bir sözleşmedir¹³⁸. Bununla birlikte, bu iki savunma aracının ayırt edilmesinin ve herhangi birisinin uygulanmasının tamamen hakimlerin, tabir caiz ise, iki dudağının arasında olduğu ifade edilmektedir¹³⁹.

¹³⁴ Amerikan marka hukukunun tarihsel gelişim süreci için bkz. Arthur Miller, Michael Davis, **Intellectual Property: Patents, Trademarks and Copyright in a Nutshell**, 3. Edition, St. Paul, West Group, 2000, s. 157-163; Tim W. Dornis, **Trademark and Unfair Competition Conflicts**, New York, Cambridge University Press, 2017, <https://www.cambridge.org/> (Çevrimiçi), 10 Mart 2020, s. 76 vd.

¹³⁵ INTA, “Acquisiton of Trademark Rights”, **TMR**, Vol. LXXXII, No. 6, 1992, s. 1209; Charles R. Fowler, “The Equitable Defenses of Laches, Estoppel and Acquiescence”, **TMR**, Vol. LXVIII, No. 1, 1978, s. 70;

¹³⁶ INTA, **Acquisition**, s. 1209.

¹³⁷ James Love Hopkins, **The Law of Trademarks, Tradenames and Unfair Competition: Including Trade Secrets; Goodwills**, Chicago, Callaghan, 1905, s. 174, <https://babel.hathitrust.org/> (Çevrimiçi), 20 Mart 2020; Adam L. Brookman, **Trademark Law: Protection, Enforcement and Licensing**, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, § 10.02[j]; INTA, **Acquisition**, s. 1209.

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, iki kavram arasındaki farklı şu şekilde ifade etmektedir: “‘Laches’ would strictly seem to imply neglect to do that which ought to have been done; ‘acquiescence’ a resting satisfied with or submission to an existing state of things” (Hopkins, **a.g.e.**, s. 174’ten naklen).

¹³⁸ Hopkins, **a.g.e.**, s. 174 ve dn. 12’de anılan karar.

¹³⁹ Paul F. Kilmer, “Progressive Encroachment: Analysis of a Counterdefense to Laches and Acquiescence in Trademark Infringement Litigation”, **TMR**, Vol. LXXIV, No. 3, 1984, s. 229-

Bu bağlamda, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin Amerikan hukukundaki karşılığını laches ve acquiescence kavramlarında aramak gerekir. Her iki kavram arasında çok sıkı bir ayrımın olmaması sebebiyle ikisinden birini tercih etmek çok zor olsa da, kanaatimizce laches kavramı sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesine daha yakın kabul edilebilir. Zira, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, önceki hak sahibinin sonraki tarihli marka sahibinin kullanımına rıza göstermesinden ziyade kullanıma sessiz kalması haline sonuç bağlamaktadır. Önemli olan önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımına sessiz kalmış olmasıdır; yoksa önceki hak sahibinin aktif eylemleriyle sonraki tarihli marka sahibinin kullanımını kabul etmesi gerekmez.

Laches kurumu, 5 Temmuz 1947’de yürürlüğe giren Federal Marka Yasası¹⁴⁰,’nın 33’üncü epizodunda düzenlenmiştir¹⁴¹. Savunmalar başlığın taşıyan bu epizodun (b) fıkrasının 9’uncu bendine göre laches marka uyumsuzluklarında savunma aracı olarak kullanılabilir¹⁴². Laches savunmasının başarılı olabilmesi için, önceki marka sahibinin sonraki tarihli marka sahibinin kullanımından haberdar olmasına rağmen bu duruma karşı çıkma hususunda kabul edilebilir olmayan bir sürenin geçmiş olması ve iyiniyetli sonraki tarihli marka sahibinin, önceki hak sahibinin talebi karşısında zarara uğruyor olması gerekir¹⁴³.

Sonuç olarak, Amerikan hukukunda, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin, acquiescence kurumu ile arasındaki ayrım çok net olmamakla beraber **laches** kurumu tahtında benimsendiği söylenebilir.

230; Robin Albert, Howard B. Barnaby, “Equitable Defenses in Opposition Proceedings - Where Did They Go”, **TMR**, Vol. XXXVI, No. 1, 1995, s. 61.

¹⁴⁰ The Lanham Act, 15 U.S.C. §§ 1051-1127.

¹⁴¹ Bunun yanında, Common Law ülkesi olması münasebetiyle, laches kurumu pozitif düzenlemeye kavuşmadan önce mahkeme içtihatları ile uygulanmaktaydı. Bu bağlamda 1865 tarihli Harrison v Taylor, 1866 tarihli Beard v Turner ile 1869 tarihli The Amoskeag Manufacturing Co. v Garner davaları örnek olarak verilebilir. Davalar ve laches kurumu hakkında bilgi için bkz. William Henry Browne, **A Treatise on the Law of Trade Marks and Analogous Subjects**, Boston, Little, Brown and Company, 1873, s. 379-381.

¹⁴² İlgili metin şu şekildedir: “*That equitable principles, including laches, estoppel, and acquiescence, are applicable.*” (<https://www.uspto.gov/> (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020).

¹⁴³ AIPPI, “Acquiescence (Tolerance) to Infringement of Intellectual Property Rights: United States of America”, s. 3, <https://aippi.org/> (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020.

1.2. İLKENİN TANIMI İLE SMK m. 25.6 HÜKMÜNÜN AMACI VE İLGİLİLER ÇEVRESİ

1.2.1. Tanım

Sessiz kalma suretiyle hak kaybının tarihsel gelişimini izah ettikten sonra ilkenin öğretide nasıl tanımlandığını ortaya koyacak ve takiben de kanaatimizi çalışmaya yansıtacağız.

Kaya, Marka Hukuku adlı eserinde, ilkeyi şöyle izah etmiştir: “*Marka sahibi, üçüncü kişi tarafından markanın özdeş veya benzerinin tescil edildiğini öğrenmesine rağmen uzun süre dava açmadığı takdirde Medeni Kanun’un 2. maddesi çerçevesinde davanın reddi mümkün olabilir.*”¹⁴⁴

Tekinalp ise, “(s)essiz kalarak hak kaybı, markası üzerindeki hakkına tecavüz edilmesine rağmen sahibinin MarkKHK ile diğer mevzuatta bulunan hakları kullanmaması, ihlallere karşı sessiz kalarak markasını koruma hakkını yitirmesi demektir.” şeklinde tanım getirmektedir¹⁴⁵.

Yasaman ve Yusufoglu’na göre ise, “(ö)nceki hak sahibinin, MK 2 uyarınca belirli bir davranışta bulunması gerekirken sessiz kalması sonucu, iyiniyetli bir şekilde markayı daha sonra tescil ettiren kişiye karşı hükümsüzlük davası açma hakkını veya

¹⁴⁴ Kaya, **a.g.e.**, s. 343. Yazar eserinin önceki bölümlerinde şu ifadeleri kullanmaktadır: “*Marka hakkının sınırını çizen diğer bir istisna hali de, bir şahsın iyiniyetle ve uzun süre kullanmaya devam etmesi ve marka hakkı sahibinin de bu kullanıma sessiz kalması hususu oluşturur (A.e., s. 41). ... Öğretide bu husus hak kaybı şeklinde sunulmakta ve değerlendirilmekle birlikte kanaatimizce burada marka hakkı sahibinin inhisari istifade yetkisine, mutlak hakkına bir sınırlandırma getirilmektedir. Marka hakkı sahibinin hak ve yetkisi devam etmekte ancak kendi fiili sebebiyle bu hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürememektedir (A.e., s. 42, dn. 70).*” Benzer bir husus, **Dette** tarafından çelişkili davranma yasağı üzerine yazılan monografik eserde şöyle ifade edilir: “*Venire contra factum proprium yasağı, borçlunun dürüstlük kuralına göre ifa etmesi değil, alacaklı hakkının dürüstlük kuralına göre sınırlandırılmasıdır.*” [Hans Walter Dette, **Venire Contra Factum Proprium Nulli Conceditur: zur Konkretisierung eines Rechtsspruchworts**, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, s. 27, 31 (Şener Akyol, **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 5’ten naklen)].

¹⁴⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 454.

sonraki tarihli markanın kullanımını men etme hakkını kaybetmesine 'sessiz kalma yoluyla hak kaybı' denilmektedir."¹⁴⁶

Yanlı, şu ifadeleri kullanmaktadır: *"Sonuç olarak, bir hakkın uzun süre kullanılmaması dolayısıyla, diğer tarafta, hak sahibinin artık bu hakkı kullanmayacağı yönünde haklı bir inanç oluşmuş ve bu kişi bu inançla belirli işlemlerle kendisine bir durum yaratmışsa, o takdirde bu hak uzun süre kullanılmama nedeniyle kaybedilebilir."*¹⁴⁷

Killias ise şöyle ifade etmektedir: *"Markanın hükümsüzlüğünü talep hakkı, olayın özelliğine göre, hakkın kötüye kullanımı olarak ortaya çıkabilir. İşte esas hak korunmaya devam ederken, bu talep hakkının korunmadığı durumlarda hak kaybı söz konusu olur."*¹⁴⁸

Yargıtay ise, şu şekilde bir tanım getirmektedir: *"Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, önceki hak sahibinin, hakka konu ticari ad ve işareti iyi niyetli bir şekilde kullanan kişiye karşı dava açma hakkını uzun süre kullanmaması ve ihlallere sessiz kalarak ticari ad ve işareti koruma hakkını yitirmesi demektir... Bu nedenle önceki hak sahibinin, TMK'nin 2. maddesi gereğince belli bir davranışta bulunması gerekirken sessiz kalması sonucu, ticaret unvanını daha sonra iyi niyetli olarak tescil ettiren kişiye karşı dava açma hakkını veya devam eden eylemli kullanımını men etme hakkını kaybettiği kabul edilmelidir..."*¹⁴⁹

Görüldüğü üzere, yukarıda yer verilen tanımlarda önceki hak sahibinin dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesi sebebiyle hakkını ileri sürememesi üzerinde durulmaktadır¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 856. Benzer bir tanım için bkz. Hamdi Yasaman, **Marka Hukuku ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003, s. 149; Yasaman, **Dava Açma Süresi**, s. 393.

¹⁴⁷ Yanlı, **a.g.m.**, s. 297. Aynı zamanda bkz. **a.e.**, s. 295 ve dn. 23.

¹⁴⁸ Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 111.

¹⁴⁹ Yargıtay HGK, T. 26.02.2020, E. 2017/11-27, K. 2020/225 (**TFM**, C. VI, S. 1, 2020, s. 194-199).

¹⁵⁰ Benzer tanımlar için bkz. Cahit Suluk (Rauf Karasu, Temel Nal), **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 17-18; Hanife Dirikkan, **Tanınmış Markanın Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 312; Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s.

Kanaatimizce, sessiz kalma suretiyle hak kaybı, en genel anlamıyla önceki hak sahibinin, hakkına yönelen ihlale karşı uzun bir süre sessiz kalması sonucunda, iyiniyetli bu kişiye karşı hakkını ileri sürememesi olarak tanımlanabilir.

1.2.2. Amaç

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin ve SMK m. 25.6 hükmünün anlamını kavramak için amacını ele almak/inceleme gerekir¹⁵¹. Her şeyden önce SMK m. 25.6 hükmü ile SMK öncesi dönemin aksine belirli marka hükümsüzlüğü taleplerinin süresiz olarak ileri sürülmesinin özel bir düzenleme ile önüne geçildiği söylenmelidir. Sessiz kalma suretiyle hak kaybının ve bu özel düzenlemenin amacını göstermek için öncelikle öğretide ve içtihatla ifade edilen fikirler aktarılacak ve nihayet görüşümüz arz edilecektir.

34, 53; Engin Erdil, **Haksız Rekabet Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 479; Işık, **a.g.e.**, s. 38; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁵¹ Hukuki metinlerinin anlamını tespit için amacın incelenmesi gerektiği yönünde bkz. Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, 15. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s. 292. Nitekim TMK m. 1 hükmü “(k)anun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.” şeklindedir. Görüleceği üzere **söz** ve **öz** birlikte zikredilmiş, **biri diğerine üstün tutulmamıştır**. Bu sebeple kanunun sadece sözüne değil, özüne (ruhuna) de itibar etmek; giderek sözünü özüne (ruhuna) göre değerlendirmek gerekir. Özün (ruhun) tespiti ise hükmün amacının tespiti ile mümkündür. Benzer açıklamalar için bkz. Abdullah Demir, **Hukuk Metodolojisi**, Ankara, Astana Yayınları, 2016, s. 177 vd.

1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu’nun hazırlık çalışmalarında Franz von Zeiller tarafından kazuistik metodu eleştirirken dile getirilen şu ifadeler, kanun metinlerin yorumunda amacın önemine işaret eder niteliktedir: “... eğer kanun koyucu düşünen ve düşünmeğe ehil hakimler tayin edip, onlara, kanunun tatbikinde kademeli olarak, kanun koyucunun, kanunun hazırlanmasında hareket noktası ittihaaz ettiği belli kaynağa kadar gitmek selahiyetini bahşederse...” (Baki Kuru, “1794 Tarihli Prusya Umumi Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri”, **AÜHFD**, C. XV, S. 1, s. 108’den naklen).

Yargıtay HGK, 21.05.2019, E. 2017/1100, K. 2019/593 K. sayılı kararında bu husus şöyle ortaya konmuştur:

“Hukuk devletinde yalnız anayasaya uygun olarak çıkarılmış kanunun anlamı bağlayıcıdır, kanunun yapıldığı andaki kanun koruyucunun iradesi bağlayıcı olamaz. Kanun koyucunun, kanuna vermek istediği anlama oranla, bizzat kanunun zamanla kazanmış olduğu anlam çok daha önemlidir. Yorum için temel, kanunun “ratio legis”idir, amacıdır, yoksa kanun koyucunun düşündükleri değil (Aral, V.: *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1992, s. 1531). Kanunların yapılmasından ve yürürlüğe konulmasından sonra yorumunda önemli olan kanun koyucunun başta ne istemiş olduğu değil fakat hukukun genel kavramlarına göre tekniğin ve şimdiki şartların göz önünde tutularak ondan çıkartılabilecek anlamıdır (Edis, S.: *Medeni Hukuka Giriş*, Ankara 1983, s. 1812). Bu bağlamda kanun koyucunun, kanuna vermiş olduğu anlama oranla bizzat kanunun zamanla kazanmış olduğu anlam çok daha önemlidir (Karabatak, R.: “Türk Hukukunda Kanunların Anayasaya Uygun Yorumu”, *Danıştay Dergisi*, yıl:28 sayı 94 s: 34).” [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 1 Şubat 2020].

Öğretide, **Yasaman ve Yusufoglu, Bertrand**'a atıfla, sessiz kalma suretiyle hak kaybını düzenleyen hükümlerin amacının, önceki marka sahibini, tecavüzlere karşı harekete geçmeye zorlamak olduğunu ifade etmektedirler¹⁵².

Arkan, SMK m. 25.6 hükmünün amacının, hükümsüzlük davasının tescilin yapılmasından uzun bir süre sonra açılmasının ortaya çıkarabileceği sorunları önlemek olduğunu ifade etmiştir¹⁵³.

Çağlar ise önceki marka sahibinin belirli bir süre sessiz kaldıktan sonra dava açmasının işlem güvenliğine aykırılık oluşturacağını, sessiz kalma suretiyle hak kaybının da bu aykırılığı gidermek ve işlem güvenliğini korumak amacıyla geliştirildiğini dile getirmektedir¹⁵⁴.

Karasu, Suluk ve Nal'a göre kişinin uzun süre ileri sürmediği hakkına başvurmak istemesi halinde zarar görecektir iyiniyetli üçüncü kişileri ve bunların var

¹⁵² André Bertrand, **La Propriété Intellectuelle Livre II: Brevets, Marques et Dessins et Modèles**, Paris, Delmas, 1995, s. 419 [Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 856'dan naklen]. Benzer yönde bkz. Şanal, **a.g.e.**, s. 198.

¹⁵³ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 332, dn. 3; Arkan, **Marka**, C. II, s. 160. **Sungurbey**'in, Reimer ve Pastor'dan yaptığı alıntı da benzer ifadeleri içermektedir:

“Bir hukuki uyumsuzlukta çok eskilerde kalmış olaylar uyumsuzluk konusu yapıp ta davalıdan arada geçen zaman parçası yüzünden artık yerine getirmek zorunda olmadığı bir yapmama (önlenme) istenirse, yalnız başına marka ve haksız rekabet hukukundaki zamanaşımı süreleri, gecikmiş davranıştan doğabilen haksızlıkları önlemeye yetmez. İhlalde bulunan kimse, arada geçmiş olan zaman boyunca, haksız rekabet diye itiraz olunan şey için kendisi bir alışveriş değeri kazanmış olup da itiraz olunan davranış konusunda kendisini haklı sayabilmişse, ihlale uğrayan kimseye daha hala bir önleme istemi tanınması haksız olurdu. Zamanaşımı def'inin bu durumlarda etkisi ve yarar olamaz, çünkü marka, donatım ve ticaret unvanı ihlalleri gibi sürekli ihlal eylemlerinde zamanaşımı süreleri boyuna yeniden işlemeye başlar, öyle ki daha önceki eylemleri zamanaşımına uğramış olması, davalıya hiç bir yarar sağlamaz. Bundan doğan haksızlıkları önlemek için hak düşümü düşüncesi uzun zamandan beri mesleki hukuki koruma, burada özellikle marka ve haksız rekabet hukuku alanına girmiştir...” [Eduard Reimer, Wilhelm L. Pastor, **Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht: 3. Band: Das wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1971, s. 389 (**Sungurbey**, **a.g.e.**, s. 141'den naklen)].

¹⁵⁴ Çağlar, **a.g.e.**, s. 158. Benzer yönde bkz. Abuzer Kendigelen, **Hukuki Mütalaalar Cilt III**, İstanbul, Arkan Yayınları, 2006, s. 234; Oruç Hami Şener, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 557; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 69. **Karahan**'ın, benzer yöndeki açıklamaları için bkz. Karahan, **Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı**, s. 293-305; Sami Karahan, **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları**, Konya, Mimoza Yayınları, 2002, s. 147.

olan duruma karşı itimadını korumak, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin amacı olarak ifade edilebilir¹⁵⁵.

Fransız öğretisinde ise **Schahl** ve **Cosse-Manière**, ilkenin amacının markayı uzun süredir kullanan sonraki marka sahibi için güvenli bir saha yaratmak olduğunu ifade etmektedir¹⁵⁶.

Kur ve **Senftleben**, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin sonraki tarihli markanın, önceki tarihli haklar karşısında bulunduğu konumu açıklamaya/netleştirmeye hizmet ettiğini belirttikten sonra, sonraki markanın hükümsüz kılınması risklerine karşı hukuki güvenlik sağladığını ifade etmektedirler¹⁵⁷.

Laroche, sessiz kalmanın yaptırıma bağlanmamasının, ticari aktivitelerin gelişmesinin önünde gereksiz bir fren mekanizması göreceğini dile getirerek; dolaylı da olsa ilkenin amacının işlem güvenliğini temin etmek olduğunu ortaya koymaktadır¹⁵⁸.

Bunlara ek olarak **Yargıtay** şu ifadeleri dile getirerek, sessiz kalma suretiyle hak kaybının amacının hukuki güvenliği temin olduğunu vurgulamaktadır: “*Medeni Kanunun 2. maddesinden doğan sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesine göre dava hakkının hiç bir zaman sınırlaması olmaksızın sınırsız olarak tanınmasının hukuki güvenlik ve iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağı...*”¹⁵⁹

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin amacına ilişkin öğretilerde yer verilen açıklamaları naklettikten sonra; SMK m. 25.6 hükmü özelinde, ilkenin amacının tespitine geçelim. Hiç şüphesiz, öğretilerde yapılan tespitlerin doğruluğu sabittir, ancak

¹⁵⁵ Suluk (Karasu, Nal), **a.g.e.**, s. 17, 18; Cahit Suluk, Yasemin Kenaroğlu, **Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2011, s. 39. Benzer yönde bkz. Paslı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 484, dn. 662.

¹⁵⁶ “*Cette innovation juridique a pour objectif de créer un climat de sécurité au bénéfice de celui qui exploite une marque pendant plusieurs années...*” (Schahl, Cosse-Manière, **a.g.m.**, s. 2400).

¹⁵⁷ Annette Kur, Martin Senftleben, **European Trade Mark Law: A Commentary**, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 474.

¹⁵⁸ Laroche, **a.g.m.**, s. 38.

¹⁵⁹ Yargıtay 11. HD, T. 14.01.2019, E. 2017/2922, K. 2019/294 [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mart 2020].

kanaatimizce bir hükmün her zaman tek bir amacı olmaz. Bu bağlamda, hükmün amacını tespit hususunda, bir ayağımız öğretide yapılan tespitlerde olmakla beraber, marka hukukunun ve günümüz iktisadi hayatının bütüncül yapısını da gözeterek bir sonuca varmayı uygun buluyoruz.

Hükmün amacı tespit edilirken başvurulacak kaynaklardan birisi hükmün gerekçesidir¹⁶⁰. Yukarıda da ifade edildiği üzere SMK m. 25'in gerekçesinde “(m)addenin altıncı fıkrasında 2015/2424 sayılı AB Tüzüğüne paralel olarak sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususu düzenlenmiştir.” denmektedir¹⁶¹. Bu sebeple sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin ve SMK m. 25.6'nın amacını tespit için mehz AB mevzuatına bakılması yerinde olacaktır¹⁶².

2015/2436 sayılı AB Direktifi proloğünün 29. paragrafına göre sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin kabul edilmesinin temel amacı hukuki güvenliğin

¹⁶⁰ Gerekçenin mahiyeti için bkz. Ahmet M. Güneş, **Hukuk Metodolojisi**, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 107; Mehmet Akif Tutumlu, “Yasanın Yorumunda Gerekçenin Rolü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. XIII, S. 142, 2018, s. 124-134. Hükmün amacının tespiti için gerekçe dışında, yasa tasarıları, müzakere süreçleri, tutanaklar vb. ögeler de göz önünde bulundurulur (A.e., s. 125). Bu minvalde bkz. AYM, T. 13.01.1966, E. 1964/26, K. 1966/1 sayılı kararı (RG, T. 31.05.1996, S. 12310).

¹⁶¹ Baykara, Yavuz, Alica, **a.g.e.**, s. 89.

¹⁶² Hükmün amacının tespitinde mehz kanunun amacının da gözetilmesi gerekliliği hakkında bkz. Kemal Şenocak, Ali Yarıyan, “Kötüniyetli Marka Tescili”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. X, S. 111, 2015, s. 99-100.

Yargıtay'ın mehz AB marka hukukunu da gözeterek değerlendirmelerde bulunduğu kararlar için bkz. Yargıtay HGK, T. 02.11.2011, E. 2011/11-567, K. 2011/676; Yargıtay 11. HD, T. 22.01.2014, E. 2013/10824, K. 2014/1388; Yargıtay 11. HD, T. 09.04.2018, E. 2016/10333, K. 2018/2505 [Kazancı (Çevrimiçi), 10 Şubat 2020].

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hükmün gerekçesinde 2015/2424 sayılı AB Tüzüğü'nden bahsedilmiş olsa da, AB marka hukukunun bir bütün olması ve diğer ülke hukuklarına kaynaklık etmesi sebebiyle 2015/2436 sayılı AB Direktifi inceleme konusu edilmiştir.

sağlanmasıdır¹⁶³. Bir adım daha ileri gider ve hukuki güvenlikten¹⁶⁴ kastedilenin ne olduğunu irdelersek, hukuki güvenliğin sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi özelinde esasen iki veçhesi vardır diyebiliriz. Bunlardan birincisi sonraki marka sahibinin korunmasıdır¹⁶⁵. Buna göre iyiniyetli olarak başkasının markası ile aynı veya benzer markayı kullanan sonraki marka sahibi -elbette birtakım ek şartların varlığı halinde- korunmalıdır. Çünkü sonraki marka sahibi tarafından oluşturulan bir marka değeri söz konusudur ve bunun korunması hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Aksi hâlde iktisadi hayatın işlerliği zedelenecek ve geniş çerçevede kamu menfaati zarar görecektir. İkincisi ise önceki marka sahibinin korunmasıdır. Bu durum ise sessiz kalma suretiyle hak kaybının incelenmesi gereken bir art etkisi (ikincil etkisi) olarak karşımıza çıkmaktadır. Proloğa göre, koruma bahşedilen sonraki marka sahibi, önceki marka sahibine karşı taleplerde bulunamayacaktır. Çünkü sonraki marka sahibi, önceki marka sahibine rağmen korunmaktadır ve esas olan önceki marka sahibinin markası üzerindeki tekel hakkıdır.

¹⁶³ Çolak, **a.g.e.**, s. 869.

İlgili paragrafın İngilizce ve Fransızca metinleri şöyledir:

“It is important, for reasons of legal certainty to provide that, without prejudice to his interests as a proprietor of an earlier trade mark, the latter may no longer request a declaration of invalidity or oppose the use of a trade mark subsequent to his own trade mark, of which he has knowingly tolerated the use for a substantial length of time, unless the application for the subsequent trade mark was made in bad faith.”

“Il importe, pour des raisons de sécurité juridique, de prévoir que, sans porter atteinte à ses intérêts en tant que titulaire d'une marque antérieure, ce dernier ne peut plus demander la nullité ou s'opposer à l'usage d'une marque postérieure à la sienne dont il a sciemment toléré l'usage pendant une longue période, sauf si la marque postérieure a été demandée de mauvaise foi.” [https://eur-lex.europa.eu/ (Çevrimiçi), 20 Ocak 2020].

¹⁶⁴ **Serozan**, hukuki güvenliğe ilişkin olarak şunları ifade etmekte ve uzaktan da olsa sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin amacının tespitinde yol gösterici olmaktadır: “... Hukukun üçüncü temel değeri de hukuki güvenliktir. (Rechtssicherheit, sécurité juridique) Geniş ölçüde yerindeki değeriyle kesişen bu değer, yurttaşların güveninin korunması düşüncesinden kaynaklanır. Süregeleceğine güvenilen durumların bozulmayıp korunması, hukuki görünüme güvenin (iyiniyetin) gözetilmesi, öte yandan hak sahibinin belirli bir süre hareketsiz kalmasının hakkın etkisizleşmesine (kaybına) yol açması, hep hukukun bu temel değerinin uzantısı sayılabilir.” (Rona Serozan, **Hukukta Yöntem**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 65).

¹⁶⁵ Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 17.04.2017, E. 2015/12274, K. 2017/2172 sayılı kararı: “... sessiz kalma yoluyla hak kaybı oluşabilmesi esasen tescil engeli olan bir markanın sicile tescil edildikten sonra uzunca bir süre kullanılmasına rağmen asıl hak sahibinin karşı çıkması üzerine sonraki marka sahibi olan davalının asıl hak sahibine karşı korunması amacına yöneliktir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 17 Ocak 2020].

Bu son cümle bizi geniş anlamda marka kavramının neden korunduğunu da sorgulamaya götürmelidir. Markanın korunmasının temelinde iki menfaat vardır: Birincisi marka kullanan teşebbüslerin markaya sağlanan korumadaki menfaati, ikincisi ise kamunun işaretlerin ayırt ediciliğinden istifade etmedeki menfaatidir¹⁶⁶. Dolayısıyla sessiz kalma suretiyle hak kaybının ikincil amacını tespit ederken büyük çerçevede marka hakkının korunma gerekçeleri de hesaba katılmalıdır. Çünkü sessiz kalma suretiyle hak kaybının sonucunda birbiriyle aynı veya benzer iki marka piyasada var olmaktadır ve bu durum hiç şüphesiz markanın korunmasının altında çalışan gerekçeleri ve korunan menfaatleri zedeleyecektir. Markanın tekliği ilkesi bu gerekçenin bir tezahürüdür ve SMK m. 25.6 hükmü bunun bir istisnası olduğundan,

¹⁶⁶ Bainbridge, **a.g.e.**, s. 532-533; Robert Krayenbühl, **Essai sur le Droit des Marques**, Lozan, Imprimerie La Concorde, 1946, s. 17; Arseven, **a.g.e.**, s. 6; Ali Paşlı, “Anayasa Mahkemesi’nin Son Dönemdeki İptal Kararlarının Marka Hukukumuz Etkisi: Boşluk Var mı?”, **FSHD**, C. XII, S. 46, 2016, s. 517.

Bu konuda **Pointet** şöyle yazar: “*Ticaret ünvanı, marka, menşe işareti ve isminin himayesine geline; bu alanlardaki himaye yalnızca bunları kullananlar lehine değildir. Aynı zamanda tüketicilerin menfaati de korunmaktadır. Gerçekten, bu türlü himayede kamunun hataya düşmesinin önlenmesi söz konusudur. Eğer herkesin, başkasının ismini veya markasını serbestçe gasbetmesi ya da gerekli şartları haiz olmadan menşe ismi ve işaretini kullanması mümkün olsaydı, şüphesiz halkın yanılgısı mümkün olurdu.*” (Pierre Jean Pointet, “Ekonomik Kalkınmada Sınai Mülkiyetin Rolü”, çev. Akar Öçal, **Eskişehir İTİAD**, C. IV, S. 2, 1968, s. 209).

Öçal, bu iki menfaate bir üçüncü olarak milli ekonominin menfaatinden bahseder (Akar Öçal, “Markaları Himaye Etme İhtiyacı”, **Eskişehir İTİAD**, 1966, C. II, S. 1, s. 217-221; Öçal, **a.g.e.**, s. 24-28). **Kur** ve **Senftleben** ise, markanın korunmasının temelinde yatan bu iki menfaati tek bir kavram altında birleştirmektedir; **market transparency (piyasa şeffaflığı)**. Yazarlara göre, şeffaf bir piyasada, bir yandan üreticiler ürünlerini adil rekabet ortamı içerisinde tüketicilerle buluşturma imkânı kazanırken; diğer yandan tüketiciler tercih ettikleri/arzu ettikleri ürünleri benzerlerinden kolaylıkla ayırt edebilir konuma gelmektedir (Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 6). **Marell**, **Senftleben** ve **Rieger-Jansen** de, benzer şekilde marka hukukunun varlık gayesini şöyle ifade etmişlerdir: “*Trademark rights are a specific type of intellectual property. Instead of constituting exploitation rights, they are granted to safeguard market transparency. In principle, every trader is bound to use his own, individual trademark for the identification of his goods and services. In this way, trademark law seeks to ensure fair competition between market participants and protect consumers against confusion about the origin of goods and services offered in the Marketplace (vurgu).*” (Matthijs Marell, Martin Senftleben, Manon Rieger-Jansen, “Trademark Enforcement Issues in the Pharmaceutical Industry”, **La Propriété Intellectuelle dans l'industrie Pharmaceutique - Intellectual Property in the Pharmaceutical Industry**, ed. Jacques de Werra, Zürich, Schulthess Verlag, 2012, s. 128).

Puttemans ise, marka hukukunun tüketicinin korunması noktasındaki fonksiyonun diğer tüm fikri mülkiyet hukuku alanlarından daha önde olduğunu şöyle ifade eder: “*Par ailleurs, aucun autre domaine de la propriété intellectuelle ne présente un lien aussi puissant avec le droit de la consommation que le droit des marques. La nécessité de protéger le consommateur contre les indications trompeuses ou prêtant à confusion fut souvent souligné...*” (Andrée Puttemans, **Droits Intellectuels et Concurrence Déloyale**, Brüksel, Bruylant, 2000, s. 83’ten naklen).

hükmün ikincil amacının önceki marka sahibinin üstün konumunun korunması olduğu söylenebilir.

Hükmün amacının tespitinde yol gösterecek bir diğer unsur, hükmün ortaya çıkışının tarihi plandaki serüvenidir. Biz bunu yukarıda etraflıca izah ettiğimizden ötürü burada detaya girmeyeceğiz. Kısaca ifade etmek gerekir ki sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin zamanla sonraki tarihli marka sahibinin korunması ihtiyacıyla ortaya çıktığı, evvelinde ise önceki hak sahibinin korunmasına ağırlık verildiği rahatlıkla savlanabilir. Bu sebeple markanın tekliği ve tescilde öncelik ilkesinin kamu menfaatini üstün tutan fonksiyonu göz ardı edilmemeli, sonraki marka sahibine sağlanan korumanın sınırları buna göre belirlenmelidir.

Bütün bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ve SMK m. 25.6 hükmünün amacının, sonraki tarihli marka sahibinin ve yaratılan marka değerinin korunması amacıyla önceki hakkın sınırlandırılması olduğu söylenebilir. Diğer bir tabirle, hükmün birincil amacı hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmaksızın, markasını iyiniyetli bir şekilde uzun bir müddet kullanan sonraki marka sahibini ve yarattığı ekonomik değeri adalet ve hakkaniyet düşüncesiyle korumaktır. İkincil amacı ise sonraki tarihli markaya sınırsız bir koruma bahşetmek olmayıp; aksine markanın tekliği ve tescilde öncelik ilkesi gereği, önceki marka sahibinin ve geniş planda kamunun çıkarlarını zedelemeyecek şekilde bir koruma çemberi (koruma sahası) yaratmaktır^{167, 168}.

¹⁶⁷ **Serozan**, hukuki düzenlemelerin yorumlamasında hükmün ilk amacı (ratio legis) yanında, hedeflenen uzak amacın da göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamaktadır (Serozan, **Hukukta Yöntem**, s. 66). Dolayısıyla sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ve uygulaması yorumlanırken birincil ve ikincil amacın bir potada eritilerek sonuca gidilmesi şarttır.

¹⁶⁸ Marka hakkı sahibinin hakkını sınırlandıran diğer durumlarda da esasen benzer bir koruma alanının mevcut olduğu ve bu koruma alanının sınırlarını (önceki) marka hakkı sahibinin ve kamunun menfaatlerinin belirlediği söylenebilir. Söz gelimi, **tükenme ilkesini** düzenleyen SMK m. 152 uyarınca, sınai mülkiyet hakkı kapsamında korunan ürünler, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulduktan sonra, bu ürünlere ilişkin fiiller, hakkın kapsamı dışında kalır. Bu düzenleme ile marka hakkı sahibine sağlanan menfaat ile tüketicilerin ve serbest ticaret ortamının korunması arasındaki menfaat çatışması ikinciler lehine çözümlenmiş ve marka hakkı sınırlandırılmıştır. **Ancak, bu sınırlama marka hakkı sahibini korumak amacından da sapmaz.** Bu sebeple, hükmün ikinci fıkrasında, marka sahibinin, anılan ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçla kullanılmasını önleme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Tükenme ilkesi hakkında bkz. Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 512-513; Çolak, **a.g.e.**, s. 609-631; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 453-454; Sabih Arkan, “Marka Hakkının

1.2.3. İlgililer Çevresi

SMK m. 25.6 özelinde sessiz kalma suretiyle hak kaybının ilgililer çevresini, yani ilkenin hangi hak sahipleri arasında uygulanabileceğini tespit etmek gerekir.

SMK m. 25.6 hükmünün ilgililerinden biri, sonraki tarihli marka sahibidir¹⁶⁹. Hükmün lafzında da bu husus **sonraki tarihli marka** ifadesiyle belirtilmiştir. SMK m. 25.6 hükmünün kapsamına girecek sonraki tarihli markanın **tescilli** olması gerekmektedir. Zira markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilmesi için tescilli olması gerekmektedir (SMK m. 25.3, 27.7). Bununla birlikte hükümde “... *sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça*...” ifadesi, sonraki tarihli markanın tescilli olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Öte yandan SMK’nin temel düzenleme alanının tescilli markalar olduğu da gözden ırak tutulmamalıdır (SMK m. 1.2). Buna göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybının taraflarından biri, bu savunmaya dayanacak taraf olan sonraki tarihli ve tescilli markanın sahibidir¹⁷⁰.

Tüketilmesi”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998, s. 197-208; Tolga Ayoğlu, “**Marka Hakkının Tüketilmesi**” (Tez), Galatasaray Üniversitesi, 2001, <https://tez.yok.gov.tr/> (Çevrimiçi), 10 Mart 2020; Hamdi Pınar, “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s. 855-915; Zekeriyya Arı, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 279-305.

Sonuç itibarıyla, **marka hukukunun temel amacı, marka hakkı sahibini korurken üçüncü kişileri ve toplumun menfaatini gözetmektir**. Marka hakkının sınırlandırılması, ancak marka hakkı sahibinin korunduğu bir ortamın da oluşturulması ile mümkündür. Nitekim ABAD bir kararında 89/104/EEC sayılı Direktif’in sessiz kalma suretiyle hak kaybının düzenlendiği 9’uncu maddesini zikrettikten sonra şu ifadeleri kullanmıştır:

“Those provisions indicate that the purpose of Directive 89/104 is generally to strike a balance between the interest of the proprietor of a trade mark to safeguard its essential function, on the one hand, and the interests of other economic operators in having signs capable of denoting their products and services (see, in relation to the requirement of availability of colours in the case of registration as a trade mark of a colour per se, Case C-104/01 Libertel [2003] ECR I-3793). It follows that the protection of rights that the proprietor of a trade mark derives under the directive in question is not unconditional, since in order to maintain the balance between those interests that protection is limited in particular to those cases in which the proprietor shows himself to be sufficiently vigilant by opposing the use of signs by other operators likely to infringe his mark.” [ABAD, 27 Haziran 2006, C-145/05, Levi Strauss & Co. c Casucci SpA, (<https://curia.europa.eu> (Çevrimiçi), 10 Ekim 2020].

¹⁶⁹ Işık, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁷⁰ Benzer yönde bkz. Cass. Com., 7 Ocak 2014, n° 12-28041 (Karar için bkz. François Herpe, “À Propos de la Forclusion par Tolérance”, **LEPI**, No. 3, 2014, s. 7).

Öte yandan kanun koyucu sessiz kalma suretiyle hak kaybını düzenlediği SMK m. 25.6 hükmünün lafzına göre sadece önceki marka sahibinin sessiz kalmasına bir sonuç bağlamıştır. Gerçekten de hükmün lafzı “(m)arka sahibi... markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.” şeklindedir. Ancak yalnızca tescilli marka sahiplerinin değil tescilsiz marka sahiplerinin (SMK m. 6.3, 4) de hükümsüzlük davası açabiliyor olması, hükümde yer verilen marka sahibi ifadesinin anlamını incelemeyi gerektirmektedir¹⁷¹.

Hükmün devamında kullanılan **sonraki tarihli marka sahibi** ifadesi tescilli markalara işaret ettiğinden, önceki markanın da tescilli olması gerektiği savlanabilir. Ancak hükmün amacı, hükümsüzlük davası açabilecek kişiler ve mehz düzenlemeler ışığında, hükmün ağırlık noktasının sonraki tarihli ve tescilli markaların korunması olduğu gözetildiğinde marka sahibi ifadesinin yalnızca tescilli markaları değil tescilsiz markaları da kapsadığı şeklinde bir sonuca varılması da olasıdır.

Kanaatimizce hükümde kullanılan ifadelere verilmesi gereken anlamın tespiti bağlamında, salt hüküm içi değerlendirme yapmak yerinde olmayacaktır¹⁷². Bu

¹⁷¹ SMK m. 25.1 uyarınca SMK m. 5 ve 6’da sayılan hallerden birinin varlığı, markanın hükümsüz kılınmasına gerekçe gösterilebilir. SMK m. 5 ve 6 incelendiğinde, sadece önceki tescilli marka sahibine değil, menfaati olan başka kişilere de hükümsüzlük davası açma imkânı tanındığı görülecektir. Örneğin, SMK m. 6.3 hükmüne göre, ticaret sırasında kullanılan bir işaret üzerinde (alan adı, işletme adı gibi) hak sahibi olan kişiler ile tescilsiz marka sahipleri de tescilli markanın hükümsüz kılınmasını talep edebilir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, kanun koyucu, SMK m. 25.2 ile “(m)enfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden isteyebilir.” diyerek **menfaati olanlar** şeklinde geniş bir ifade kullanmış ve tescilli marka sahibi olmasa dahi bir işaret üzerinde hak sahibi olanların da hükümsüzlük davası açabileceğini açıkça hüküm altına almıştır. Görüleceği üzere hükümsüzlük davası açabilecek ilgililer çevresi bu denli genişken, sessiz kalma suretiyle hak kaybının ileri sürülebileceği kişinin marka sahibi ifadesi ile tanımlanmış olması sorgulanmaya muhtaçtır. Öte yandan, kanun koyucu, SMK m. 25.2 hükmünde, markanın hükümsüzlüğünü talep edebilecek kişileri, hükümsüzlük gerekçeleri özelinde ayrı ayrı düzenlemeyi tercih etmemiştir. MarkaKHK döneminde de, kanun koyucu benzer bir tutum sergilemiş ve marka hükümsüzlüğü davası açabilecek kişileri ayırım gözetmeksizin sayma yoluna gitmiş idi (bkz. MarkaKHK m. 43). Kanun koyucunun bu tutumunun eleştirisi için bkz. Arkan, **Marka**, C. II, s. 165; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 891; Sekmen, **a.g.e.**, s. 243-245; Remzi Tamer Pekdincer, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Marka Hükümsüzlük Davalarında Zarar Gören Kişiler”, **TFM**, C. I, S. 1, 2015, s. 157-170.

¹⁷² Nitekim **Kuru, Zeiller**’e atıfla şöyle yazar: “Bir hukuk meselesinin iyi olarak karara bağlanabilmesi için, münferit kanun maddesinin, kanunun buna komşu olan hükümleriyle birlikte mütalaa edilmesi kâfi olmayıp, bundan başka eldeki meselenin hükme bağlandığı kanun bölümünün, kanunun bu bölümle akraba olan diğer bölümleriyle birlikte nazarı itibare alınması lazımdır.” (Kuru, **a.g.m.**, s. 121).

bağlamda, hükmün içinde bulunduğu hukuk sistemi şemsiyesi altında bir yandan ilkenin amacı diğer yandan mehzaz düzenlemeler gözetilerek kullanılan ifadelerin gerçek manasına ulaşılmalıdır. SMK m. 25.6 hükmü ile düzenlenen sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin temel amacı sonraki marka sahibini korumak ve hukuk güvenliğini temin etmek olduğu gibi Kanun'un amacı¹⁷³ da marka hakkının korunması ve bu suretle ekonomik kalkınmanın teminidir. İlkenin amacı hukuk güvenliği iken önceki ve tescilli marka sahibine karşı korunan sonraki marka sahibinin, önceki ve tescilsiz bir marka sahibine karşı korunmaması, amacı sorgulanır kılacaktır. Gerçekten de tescilli bir marka sahibinin açtığı hükümsüzlük davası karşısında korunan sonraki marka sahibi, ticaret sırasında kullanılan tescilsiz bir marka¹⁷⁴ üzerinde hak sahibi olan kişinin ikame ettiği hükümsüzlük davasına karşı korunmayacak ve dolayısıyla hukuk güvenliğini amaç edinen sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi dar bir alana izafe edilerek anılan amacın gerçekleşmesi zorlaştırılacaktır. Yine aynı şekilde çoğun içinde az da vardır ilkesi¹⁷⁵ tescilsiz markalar açısından ilgili hükmü uygulamaya imkân tanımamıştır¹⁷⁶. Gerçekten de önceki ve tescilli marka sahibi, SMK uyarınca, tescilsiz bir markaya nazaran daha nitelikli/özellikli bir koruma rejimine tabidir. Bu sebeple tescilli marka sahibinin marka hakkına getirilen sınırlamanın, tescilsiz bir marka sahibine getirilmemiş olması kabul edilemez.

Bunlara ek olarak SMK m. 25.6 hükmünün mehzaz AB marka hukukuna paralel yorumlanması gerekliliği çerçevesinde AB mevzuatı ve ilgili ülkelerin mevzuatı da

¹⁷³ SMK m. 1.1 hükmü şöyledir: “*Bu Kanunun amacı; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır.*”

¹⁷⁴ Genel bilgi için bkz. İlhami Güneş, **Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

¹⁷⁵ Evleviyet (argumentum a fortiori) kuralının esasında, daha mühim/üstün bir konu için getirilen bir düzenlemenin daha az mühim bir konu için de öncelikle uygulanması gerektiği fikri vardır (Gözler, **a.g.e.**, s. 367; Güneş, **Hukuk Metodolojisi**, s. 191).

¹⁷⁶ Bu meyanda **Işık**, 89/104 sayılı Direktif döneminde verilmiş bir ABAD kararında önceki tarihli hakkın tescil edilmiş olmasının zorunlu olmadığına karar verildiğinden bahisle, kararın “sessiz kalma yoluyla hak kaybının sadece adına tescil kaydı bulunan kişiyle sınırlandırılmadığını göstermesi bakımından” önemli olduğunu belirtmektedir (Işık, **a.g.e.**, s. 51). Ancak kanaatimizce, ilgili kararın bu şekilde yorumlanması mümkün değildir. Zira ilgili karar, önceki tarihli markanın en azından tescil başvurusuna konu edilmiş olması halinden hareketle verilmiş bir karardır. Dolayısıyla, bu karardan ABAD'ın önceki tarihli hak tescile konu edilmemiş olsa dahi ilkenin uygulanabileceğine işaret ettiği sonucu çıkarılamaz (Bkz. C-482/09, para. 51-62).

gözetilmelidir¹⁷⁷. SMK m. 25.6 hükmünün kaynağını teşkil eden 2015/2424 sayılı AB Tüzüğü'nün devamı niteliğinde olan 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü'nün 61'inci maddesinin 2'nci fıkrası bu konuda açık bir düzenleme içerir. Fıkarda, tescilli marka sahibi, tescilsiz marka sahibi, Paris Sözleşmesi¹⁷⁸ anlamında tanınmış bir marka sahibi ve ticaret sırasında kullanılan bir işaret üzerindeki (ticaret unvanı¹⁷⁹, işletme adı gibi) önceki hak sahibinin hükmün kapsamında olduğu ve sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına muhatap olabileceği aynı Tüzük'ün 8. maddesine yapılan atıfla belirtilmektedir¹⁸⁰. Haliyle mehaza paralel yorum ilkesi çerçevesinde SMK m. 25.6 hükmünde kullanılan ifadeler benzer yönde anlam verilmesi pek tabidir.

Bununla birlikte, Tüzük ile benzer düzenlemeyi barındıran 2015/2436 sayılı Direktif'in 9'uncu maddesinin 2'nci fıkrası üye devletlere bu konuda serbesti tanımış ve üye devletlerin, sessiz kalma suretiyle hak kaybının ileri sürülebileceği önceki hak sahiplerini belirleyebileceğini, bilhassa telif hakkı veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkı sahiplerini bu kapsamda tutabileceğini hüküm altına almıştır¹⁸¹. Fransız kanun

¹⁷⁷ Bu yönde bkz. Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 6; Arkan, **Marka**, C. I, s. 23; Fahrettin Kayhan, "Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi", **FMR**, C. I, S. 1, 2001, s. 57 vd. Nitekim markanın iptalini talep edebilecek kişileri düzenleyen SMK m. 26.2 hükmüne göre, **ilgili kişiler** iptal talebinde bulunabilecektir. İlgili kişiler ifadesinden kimlerin kastedildiği son derece muğlaktır. Benzer bir düzenlemeyi içeren Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu m. L714-5 uyarınca da ilgili tüm kişiler (**toute personne intéressée**) iptal talebinde bulunabilecektir. CA Aix-en-Provence önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili tüm kişiler ifadesinin AB direktifleri göz önünde bulundurularak anlamlandırılması gerektiğini ifade etmiştir [CA Aix-en-Provence, 12 Eylül 2019, Formula One Licensing BV c. Hans N et al. (INPI, **PIBD**, 2019, No. 1126, s. 520)].

¹⁷⁸ Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi 20.03.1998'te 11 ülkenin katılımıyla imzalanmıştır. Paris Sözleşmesi, 1900 Brüksel, 1911 Vaşington, 1925 Lahey, 1934 Londra, 1958 Lizbon ve 1967 Stockholm revizyonları akabinde 1979'da yapılan değişiklik ile yürürlüktedir. Türkiye, Paris Sözleşmesi'ne 1925 yılında katılmıştır. Paris Sözleşmesi ve Türkiye'nin durumu ile ilgili etraflıca bilgi için bkz. Pash, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 58-73; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 71-72.

¹⁷⁹ Ticaret unvanı hakkında bkz. Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar, "Ticaret Unvanının Korunması", **SÜHFD**, C. XIV, S. 2, 2006, s. 119-150; Fatih Aydoğan, "Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukukî Durum – Değişiklik (Madde) Önerisi – İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi", **İÜHF**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 27-50.

¹⁸⁰ Bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.1.1. Bu bağlamda, tescilsiz marka sahibi ile ticaret sırasında kullanılan bir işaret üzerinde hak sahibi olan kişilere karşı sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin ileri sürülebileceği rahatlıkla söylenebilir.

¹⁸¹ Kanaatimizce, Direktif'te, üye ülkelere böyle bir serbestinin tanınmasının sebebi, AB üyesi bütün ülkelerde sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin aynı ölçüde kabul edilmiyor oluşudur. Nitekim ilkeye ilişkin ilk düzenlemenin yapıldığı 89/104/EEC sayılı Direktif öncesinde, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini marka hukuku planında dahi kabul etmeyen ülkeler varken (Fransa gibi), tüm üye ülkelerden, ilkenin bütün önceki hak sahiplerine karşı ileri sürülmesini kabul etmelerini beklemek gerçekçi olmaz.

koyucusu Fikri Mülkiyet Kanunu'nun L716-2-8 maddesinde açıkça önceki hak sahibi ifadesini kullanmış ve telif hakkı sahiplerine karşı da sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının ileri sürülebileceğini kabul etmiştir^{182, 183}. Yine İngiliz kanun koyucusu da Markalar Kanunu'nun 48. maddesinde¹⁸⁴ önceki marka sahibi veya diğer bir önceki hak sahibi (=the proprietor of an earlier trade mark or other earlier right) ifadesini kullanmıştır¹⁸⁵. Görüleceği üzere, karşılaştırmalı hukuk tahtında AB ülkeleri sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini sadece önceki marka sahibini değil, herhangi bir işaret üzerinde öncelikli hak sahibi olanları da kapsar şekilde düzenleyerek ilkenin koruduğu amaç ve gözettiği menfaatler dengesinin daha geniş kapsamlı uygulamayı gerektirdiğini açıkça ortaya koymaktadır¹⁸⁶.

¹⁸² Bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.1.3. **Pollaud-Dullian**, sonraki tarihli marka sahibinin, önceki hak sahiplerine karşı bu denli geniş bir koruma çemberine alınmasının yerinde olmadığını, bilhassa telif haklarının marka hakkı karşısında, tabir caiz ise, feda edildiğini ifade etmektedir (Frédéric Pollaud-Dullian, "Action en Interdiction d'Usage. Marque. Forclusion par Tolérance", **RTD Com.**, 2010, s. 314). Kanaatimizce, yazarı bu görüşe sevk eden amil, 1992 yılındaki kanun değişikliğine kadar Fransız hukukunda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin kabul edilmiyor oluşudur. Kanun koyucunun amacının, markalara geniş bir koruma bahşetmek olduğu yönünde bkz. André Françon, "Loi n° 91-7 du 4 janvier 1991 Relative aux Marques de Fabrique, de Commerce de Service. Forclusion par Tolérance", **RTD Com.**, 1991, s. 44.

¹⁸³ Sonraki tarihli markanın kullanımının engellenmesi talepleri bakımından da, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin tüm önceki hak sahiplerine karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, mehaza paralel yorum ilkesinden hareketle, ilkenin kullanımının engellenmesi talepleri bakımından da tüm önceki hak sahiplerine karşı uygulanması gerektiği ve sonraki tarihli markanın kullanımının engellenemeyeceği kabul edilmektedir. Bu yönde, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 16 Şubat 2010 tarihli bir kararını alıntılalım:

"L'article L. 714-3 du CPI s'interprète en conséquence, conformément à l'article 9, § 1 de cette directive [CE no 89/104 du 21 décembre 1988], en ce sens que le titulaire d'un droit d'auteur qui a toléré en France l'usage d'une marque postérieurement enregistrée en France pendant une période de cinq années consécutives, en connaissance de cet usage, ne peut plus demander la nullité, ni s'opposer à l'usage de la marque postérieure pour les produits ou les services pour lesquels la marque a été utilisée, à moins que le dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi... que la France a ainsi exercé l'option offerte par l'article 9 § 2 de la directive 89/104 ; que l'article L. 714-3 du Code de la propriété intellectuelle doit donc être interprété à la lumière de ce texte, selon lequel la forclusion par tolérance interdit au titulaire de droits antérieurs, non seulement de demander la nullité d'une marque postérieure déposée de bonne foi dont il a toléré l'usage pendant cinq ans, mais également de s'opposer à l'usage de celle-ci..." [Cass. Com., 16 Şubat 2010, n° 09-12262 (Marie-Hélène Fabiani, "Tolérance et Prescription", **Gazette du Palais**, No. 162, 2011, s. 31)].

¹⁸⁴ 1994 tarihli İngiliz Markalar Kanunu'nun sessiz kalma suretiyle hak kaybını düzenleyen 48. maddesinin İngilizce metni için bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.2.1.

¹⁸⁵ Benzer yönde bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁸⁶ Bu minvalde bir niteleme için bkz. Azéma, Galloux, **a.g.e.**, N. 1903; Canan Küçükali, **Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 301. Benzer yönde bir diğer açıklamayı ise, **Azéma** müstakil bir makalesinde şöyle dile getirir:

Bütün bu izahat gözetildiğinde, SMK m. 25.6’da geçen marka sahibi ifadesinin tescilli marka sahiplerini değil, tescilsiz marka sahiplerini de kapsayacak şekilde mütalaa edilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁸⁷. Bununla birlikte, de lege ferenda bir dilek olarak, hükmün amacı ve Kara Avrupası ülkelerinin tercihleri ile hukuki belirliliğinin teminine olan ihtiyaç gözetildiğinde ilgili hükmün kapsamına hükümsüzlük davası açabilecek tüm önceki hak sahiplerinin alınmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Sonuç olarak SMK m. 25.6 hükmü özelinde sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin önceki tescilli veya tescilsiz marka sahipleri ile sonraki tarihli tescilli marka sahipleri arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Elbette, de lege lata, ilke TMK m. 2’den hareketle diğer önceki hak sahiplerine karşı da uygulama alanı bulabilecektir. Son olarak ilkenin ilgililer çevresinin daha net ayırt edilmesi ve okuma kolaylığı açısından önceki tarihli marka sahibi yerine önceki hak sahibi ifadesini kullanmayı tercih edeceğiz.

1.3. TEORİK ARKA PLAN

Bu başlık tahtında tanımını ve amacını ortaya koyduğumuz sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ile ilişkili temel kavramlara ve ilkelere genel hatlarıyla ışık

“Cette décision est dans la ligne d'un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 23 mai 2008 (PIBD 2008. III. 434) qui avait jugé pour cette raison irrecevable l'action en contrefaçon d'un droit d'auteur enfreint par le dépôt d'une marque. Critiquée par certains auteurs (J. Passa, n° 200) cette solution a le mérite d'accroître la sécurité du titulaire exploitant la marque et il n'est pas déraisonnable d'admettre qu'une tolérance ainsi prolongée ferme toute action à ces titulaires de droits antérieurs négligents” (Azéma, **Propriété Industrielle**, s. 300).

¹⁸⁷ İlkenin tüm önceki hak sahiplerine uygulanması gerektiği yönünde bkz. Bainbridge, **a.g.e.**, s. 596; Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 50-51. SMK m. 25.6 hükmünün tüm önceki hak sahiplerine uygulanması gerektiği yönünde bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 47-51. **Merdivan** ise, sessiz kalma suretiyle hak kaybının sadece öncelik hakkına sahip olan marka sahibinin sessiz kalmasına değil, bunun yanında diğer haklara (telif gibi) dayalı talepleri de kapsayacak şekilde düzenlenmesinin daha yerinde olacağını ifade etmiştir (Fethi Merdivan, “Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def’i”, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, ed. Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 516). **Karan** ve **Kılıç** ise, hakkın kötüye kullanılması gerekçe gösterilerek dava açması engellenebilecek yegâne kişinin önceki ve tescilli marka sahibi olduğunu; kamu menfaati icabı hareket eden resmi makamların bu kapsamda zikredilemeyeceğini belirtmektedir (Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 381).

İlkenin tüm önceki hak sahiplerine uygulanması gerektiği yönünde bkz. Cass. Com, 12 Aralık 2018, n° 17-24582 [Lexbase (Çevrimiçi), 5 Mart 2020]; CA Paris, 5 Kasım 2003 (Jacques Azéma, “Marque et Droit d’Auteur: Forclusion par Tolérance”, **RTD Com.**, 2004, s. 89); Cass. Com., 12 Aralık 2018, n° 17-24582 [Lexbase (Çevrimiçi), 5 Mart 2020]; Cass. Com., 6 Ocak 2015, n° 13-21940 [Nicolas Binctin, “Droit de la Propriété Industrielle”, **La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires**, 2015, N. 47, LexisNexis (Çevrimiçi), 17 Mart 2020].

tutulacaktır. Bu bağlamda ilk olarak marka hakkına genel hatlarıyla temas edilecektir. İkinci olarak ise hak kaybı kavramı ile dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının incelenmesi gerekmektedir. Zira sessiz kalma suretiyle hak kaybı, temelini TMK m. 2’de ifade edilen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağında bulmaktadır. Gerçekten sonraki tarihli markanın kullanıldığını bilmesine rağmen bu duruma uzun süre sessiz kalan önceki tarihli marka sahibinin, sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü veya kullanımının durdurulmasını talep etmesi sonraki tarihli marka sahibi nezdinde oluşan güvene aykırılık teşkil edebilecektir.

Son olarak çalışmamız bağlamındaki açıklamaların daha iyi anlaşılması için markanın tekliği ilkesi izah edilecektir. Çünkü marka tescil edildiği mal veya hizmetler bağlamında tek olmalıdır. Bu durum hem marka hakkının inhisari niteliğinin hem de marka hukukunun kamusal boyutunun doğal bir sonucudur. Teklik ilkesi sayesinde, tüketiciler istedikleri mal veya hizmetlere ulaşabilmekte, teşebbüsler ise mal veya hizmetlerini sunabilmekte ve markanın fonksiyonlarından¹⁸⁸ faydalanabilmektedir. Yine teklik ilkesi sayesinde, önceki tarihli marka sahibi, sonraki tarihli aynı veya benzer markaların kullanımına müdahale etme hakkına sahiptir. Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ise, markanın tekliği ilkesinin bir istisnasını teşkil etmekte ve aynı veya benzer markaların aynı anda piyasada faaliyette bulunmasına ortam hazırlamaktadır. Bu sebeplerle markanın tekliği ilkesinin de izahı gerekmektedir.

1.3.1. Marka Hakkına İlişkin Genel Açıklamalar

Ticari hayatın içerisinde gerek ferdî gerek kamusal gerekçelerle birtakım ayırt edici işaretler kullanılmaktadır. Bunlar tacirleri ayırt etmeye yarayan ticaret unvanı, işletmeleri ayırt etmeye yarayan işletme adı başta olmak üzere menşe adı, mahreç işareti, domain (alan adı) gibi işaretlerdir. En sık kullanılan ayırt edici işaretlerden biri

¹⁸⁸ Öğretide genellikle markanın dört fonksiyonu incelenmektedir: Kaynak gösterme, ayırt edicilik, reklam ve garanti fonksiyonu. Tekinalp bunlara ek olarak tekelleştirme ve koruma fonksiyonundan bahsetmektedir (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 377-379). Yasaman, Yusufoglu ek olarak alıcıyı çekme ve itibar fonksiyonuna değinmektedir (Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 20). Arseven ise himaye fonksiyonuna temas etmektedir (Arseven, **a.g.e.**, s. 8; Arseven, **a.g.m.**, s. 828).

de markadır¹⁸⁹. Özellikle Endüstri Devrimi ile gelişen ve çeşitlenen ekonomik faaliyetler, kişileri marka kullanmaya yöneltmiştir¹⁹⁰.

En genel ve öğretide kabul gören tanımıyla marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmek amacıyla kullanılan işaretlerdir¹⁹¹. Markanın kanuni tanımı ise, -doğrudan olmasa da- **marka**

¹⁸⁹ Marka için önceden **alâmet-i farika** ifadesi kullanılmakta idi. Alâmet **işaret**, **iz**; farika ise **ayırt eden** demektir. Dolayısıyla mezkûr ifade işaretin ayırt edici niteliğine vurgu yapmakta ve Arseven'e göre marka kavramını isabetli bir şekilde izah etmekte idi. Detaylı bilgi için bkz. Arseven, **a.g.e.**, s. 1-2; Arseven, **a.g.m.**, s. 822-823. Marka kelimesinin Almanca karşılığı olarak **Warenzeichen**, **Fabrik-marke**, **Handelsmarke**, **Marke**, **Schutzmarke** ifadeleri kullanılır. Fransızca karşılığı **marque déposée**, **marque de fabrique**; İngilizce karşılığı ise **trade mark** ifadesidir. Türkçe'ye Fransızca **marque**, yani **işaret**, **damga**, **alâmet** kavramından alınmıştır. Yine Ahmet Vefik Paşa'nın Lehçe-i Osmani adlı eserinde marka; **nişan**, **pusula**, **alâmet** olarak tanımlanmıştır. Bilgi için bkz. Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lügati**, 5. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 13; Ahmet Vefik Paşa, **Lehçe-i Osmani**, yay. haz. Recep Toparlı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2000, s. 272; <https://www.nisanyansozluk.com> (Çevrimiçi), 7 Aralık 2019. Farklı devletlerde kullanılan marka terimleri hakkında bilgi için bkz. Mehmet Adil Sağlam, **Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı: Açıklamalar-Kararlar**, Ankara, Elif Matbaacılık, 1973, s. 1-2. Fransızca **marque** kelimesi ise, 1456 yılına kadar geri gitmekte ve o dönemin kaynaklarında **bir nesneyi tanınır kılmak ve sahibini göstermek için kullanılan işaret olarak** ifade edilmektedir. Kelimenin etimolojik kökeni için bkz. <https://www.cnrtl.fr/etymologie/marque> (Çevrimiçi), 7 Aralık 2019; Heilbrunn, **a.g.m.**, N. 2.

¹⁹⁰ Marka kavramının tarihsel süreçteki gelişimi için bkz. Salvatore Di Palma, **L'Histoire des Marques depuis l'Antiquité jusqu'au Moyen Âge**, Paris, Société des Écrivains, 2014; Arseven, **a.g.e.**, s. 2 vd.; Arseven, **a.g.m.**, s. 823 vd.; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 445 vd.; Kaya, **a.g.e.**, s. 4 vd.; Arkan, **Marka**, C. I, s. 1 vd.; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 353 vd.; Paslı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 27-35; Turan Hakkı Er, "Markanın Doğumu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları", **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, ed. Tekin Memiş, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 260 vd.; Sekmen, **a.g.e.**, s. 28 vd.; Şanal, **a.g.e.**, s. 7 vd.; Tolga Akay, "Osmanlı Devleti'nde Marka Hukukunun Gelişimi", **TBB Dergisi**, S. 126, 2016, s. 363 vd.; Tolga Akay, "Osmanlı Devleti'nde Arma-i Osmâni ve Tuğrâ-yi Hümâyûn'un Alâmet-i Farika Olarak Kullanımı", **Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 9, 2012, s. 1 vd.; Sidney A. Diamond, "The Historical Development of Trademarks", **TMR**, Vol. LXV, No. 4, 1975, s. 266 vd.; Leon E. Daniels, "Trade-Marks, Their Origin and Development", **TMR**, Vol. XXXI, No. 4, 1941, s. 59 vd.; Pouillet, **a.g.e.**, s. 1 vd.; Azéma, Galloux, **a.g.e.**, N. 1549 vd.; Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 16 vd.; Miller, Davis, **a.g.e.**, s. 155 vd.; George Pickering, **Trade Marks in Theory and Practice**, Oxford, Hart Publishing, 1998, s. 36 vd.; Alfredo Ilardi, **Propriété Intellectuelle: Principes et Dimension Internationale**, Paris, Edition L'Harmattan, 2005, s. 22 vd.; Dunant, **a.g.e.**, s. 1 vd.; Thomas D. Drescher, "The Transformation of Evolution of Trademarks – From Signals to Symbols to Myth", **TMR**, Vol. LXXXII, S. 3, 1992, s. 301 vd.; Puttemans, **a.g.e.**, s. 76 vd.

¹⁹¹ Kaya, **a.g.e.**, s. 13-14; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 451; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 360; Arkan, **Marka**, C. I, s. 35; Paslı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 21, 231-232; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 19; Karasu, Suluk, Nal, **a.g.e.**, s. 159; Çolak, **a.g.e.**, s. 10; Çağlar, **a.g.e.**, s. 11; Necati Meran, **Marka Hakları ve Korunması**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 29; Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 28; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 295; Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 457; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 244; İsmail Kayar, **Ticari İşletme Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 236; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 140; Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, **Ticari İşletme Hukuku: Genel**

olabilecek işaretler başlığını taşıyan SMK m. 4'te verilmiştir. Buna göre marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir¹⁹².

Markanın tanımını takiben marka hakkına gelirsek, marka hakkı, markanın somutlaştığı eşyayı değil, bizatihi marka olarak kullanılan işareti konu alan, gayri maddi malvarlığına ilişkin bir hak¹⁹³. Marka hakkı sahibi, markasını ekonomik

Esaslar, 12. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 310; Şener, **a.g.e.**, s. 569; Kayıhan, **a.g.e.**, s. 189; Öçal, **a.g.e.**, s. 7; Şanal, **a.g.e.**, s. 12; Ömer Çamcı, **Marka Davaları**, İstanbul, Ufuk Matbaacılık, 1999, s. 7; İrfan Dönmez, **En Son İctihatlarla, Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1987, s. 19; Feyzan Hayal Şehirali, **Patent Hakkının Korunması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1998, s. 23; İlhan Öztrak, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971, s. 4, dn. 14; Reynoard, **a.g.e.**, s. 3; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 27; Pierre Engel, **Contrats de Droit Suisse**, Bern, Stämpfli Editions, 2000, s. 785; Philippe Gilliéron, **Les Divers Régimes de Protection des Signes Distinctifs et Leurs Rapports avec le Droit des Marques**, Bern, Stämpfli Editions, 2000, s. 221; Pierre-Alain Killias, **L'application de la Législation Cartellaire au Droit des Marques**, Friburg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1996, s. 70; Ivan Cherpillod, **Le Droit Suisse des Marques**, Lozan, CEDIDAC, 2007, s. 59; François Dessemontet, **La Propriété Intellectuelle**, Lozan, CEDIDAC, 2000, s. 192; Véronique Staefen, "Aspect Généraux de la Marque en Droit Français", **Legicom**, No. 15, 1997, s. 5, <https://www.cairn.info/> (Çevrimiçi), 26 Aralık 2019; Yves Jean Renaud, "La Nouvelle Loi sur la Protection des Marques", **SJ**, 1994, s. 702, <https://www.swisslex.ch/> (Çevrimiçi), 28 Aralık 2019; Mirelle Buydens, **L'Application des Droits de Propriété Intellectuelle**, 2. Edition, y.y., OMPI, 2014, s. 11; Muhlstein, Muhlstein, **a.g.m.**, s. 10; Ilardi, **a.g.e.**, s. 23.

Yargıtay HGK, T. 14.06.2017, E. 2017/1729, K. 2017/1186 sayılı kararı:

"Kavram olarak "marka" bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan işaretlerdir. Marka'nın bir işaret olması yanında "ayırdedicilik" vasfı da taşıması gerekir (556 s. Markaların Korunması Hakkında KHK m.5/1; Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, İstanbul 2004, s.15 vd.; Kaya, A.: Marka Hukuku, İstanbul 2006, s.32 vd.). Markanın ayırdedicilik niteliği taşıyan, özgün ve karakteristik kısmı asli (esashi) unsuru olarak kabul edilirken, bu niteliği taşımayan ve herkesçe kullanılabilen unsurlarına tamamlayıcı unsur denilmektedir." [HukukTürk (Çevrimiçi), 27 Aralık 2019].

¹⁹² 2015/2436 sayılı AB Direktifi m. 3 ve 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 4 benzer tanımlı içermektedir (Çolak, **a.g.e.**, s. 10). Benzer şekilde birçok ülke kanununda da bu tanımlamaya yer verilmiştir. Bkz. İngiliz Markalar Kanunu m. 1; İsviçre Markaların ve Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun m. 1; Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu m. L711-1; Alman Markalar Kanunu § 3.1.

¹⁹³ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 459; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 22; Azéma, Galloux, **a.g.e.**, N. 1560; Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 42; Ilardi, **a.g.e.**, s. 26.

olarak değerlendirme hususunda inhisari bir hakka sahiptir¹⁹⁴. Hak sahibi, markayı kendi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilerin kullanımına müsaade etmek suretiyle de ekonomik menfaat elde edebilir¹⁹⁵. İnhisari hakkın bir diğer veçhesi ise markanın izinsiz kullanımını engelleme yetkisidir¹⁹⁶. Bununla birlikte, marka hakkının hukuki niteliğine ilişkin bir görüş birlikteliğinin mevcut olmadığını, bilhassa mülkiyet hakkı ve kişilik hakkı başta olmak üzere çeşitli nitelendirmeler yapıldığını belirtmek gerekir¹⁹⁷.

Öte yandan marka hakkının, hakkın ileri sürülebileceği çevre açısından mutlak bir hak olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁸. Mutlak hak, hak sahibi tarafından herkese karşı

¹⁹⁴ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 458; Kaya, **a.g.e.**, s. 37; Çolak, **a.g.e.**, s. 11; Karasu (Suluk, Nal), **a.g.e.**, s. 216; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, 17. Bası, s. 458; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 23; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 176; Meran, **a.g.e.**, s. 37; Şehirali, **a.g.e.**, s. 5; Hayri Bozgeyik, **Marka Hakkının Korunması**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 8; Emrullah Kervankıran, “Markaların Miras Yoluyla İntikali ve Miras Kalan Markalardan Türetilen Yeni Markalar Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Hukuki Niteliği”, **İKÜHFD**, C. XVI, S. 2, 2017, s. 174; Çağlar, **a.g.e.**, s. 35; Feyzan Hayal Şehirali Çelik, “Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine – SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme”, **BATİDER**, C. XXXIV, S. 2, 2018, s. 64-71; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 160.

Gayri maddi mallar üzerindeki hakların inhisari nitelikte olduğu yönünde bkz. Nuşin Ayiter, **Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1972, s. 4.

¹⁹⁵ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 458; Kaya, **a.g.e.**, s. 39; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381; Pashı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 489-490; Çolak, **a.g.e.**, s. 11; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 23; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 176. Marka hakkının sahibine sağladığı bu yetki ile işaretin markasal kullanımı arasındaki ilişki için bkz. Sabih Arkan, “Marka Hakkına Tecavüz – İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?”, **BATİDER**, C. XX, S. 3, 2000, s. 5-13; İrfan Akın, “Adwords Reklam Sistemi”, **TBB Dergisi**, S. 78, 2008, s. 210-211, 217-219; Çolak, **a.g.e.**, s. 433-441.

¹⁹⁶ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 459; Pashı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 490; Şehirali Çelik, **Tescilin Anlamı**, s. 71-75; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 170; Dessemontet, **Propriété Intellectuelle**, s. 229 vd.; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 150 vd.

¹⁹⁷ Konu hakkında bkz. Kaya, **a.g.e.**, s. 38-39; Pashı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 12-20; Arseven, **a.g.e.**, s. 13 vd.; Arseven, **a.g.m.**, s. 832-858; Buket Gün, **Marka Hukukunda Birlikte Var Olma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 12-34; Fırat Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 7; Ozan Can, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Markanın İdari Kararla İptalinin Anayasaya Aykırılığı”, **TFM**, C. V, S. 1, 2019, s. 42; Berkan Hamdemir, Efe Dündar, “Marka Hakkının Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolu ile Korunması”, **İKÜHFD**, C. XVIII, S. 2, 2019, s. 319-343.

¹⁹⁸ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 459; Kaya, **a.g.e.**, s. 39; Çolak, **a.g.e.**, s. 11; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 23; Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 430; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381; Arseven, **a.g.e.**, s. 15; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 175; Arseven, **a.g.m.**, s. 834-835; Şehirali, **a.g.e.**, s. 5; Bozgeyik, **a.g.e.**, s. 8; Kervankıran, **a.g.m.**, s. 174; Çağlar, **a.g.e.**, s. 34; Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 344; Engel, **a.g.e.**, s. 785; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 169; Dessemontet, **Propriété Intellectuelle**, s. 229.

ileri sürülebilen haklardır¹⁹⁹. Yani herkes, bu haklara uymak ve bunları ihlal etmemek kulfeti altındadır²⁰⁰. Marka hakkı bu niteliği sayesinde, sahibine hakkın konusu olan işareti inhisari kullanma ve yararlanma hakkı yanında üçüncü kişilerin izinsiz kullanımlarını engelleme hakkı vermektedir. Son olarak eklemek gerekir ki, marka hakkı birtakım hukuki işlemlere konu olmaya namzettir (SMK m. 148). Örneğin, devredilebilir, rehin edilebilir, miras yoluyla intikal edebilir²⁰¹, kullanma hakkı lisans sözleşmesine (SMK m. 24.1) konu olabilir.

Marka hakkının bu temel özellikleri yanında önemle belirtmek isteriz ki, marka hakkının sağlamış olduğu yetkiler ve bunların sınırları hak sahibinden bağımsız olup bizzat markaya bağlıdır. Bu hususu bir örnekle açıklamak gerekirse, tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıl olup bu süre yenilenebilmektedir. Ancak bu süre markaya bağlı olup, markanın devri suretiyle süre uzatılamaz²⁰². Benzer şekilde, kullanmama sebebiyle markanın iptali müessesesi nazarında da, markanın devri ve hak sahibinin değişmesi yeni bir 5 yıllık hoşgörü süresi başlatmaz. Dolayısıyla çalışmamızın konusu olan sessiz kalma suretiyle hak kaybının ortaya çıkardığı sonuçlar, uyuşmazlık konusu markalara bağlı/bitişik olarak ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay 11. HD, T. 20.04.2016, E. 2015/9675, K. 2016/4394 sayılı kararı:

“Marka hakkı, hak sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilir haklardan olduğu için mutlak haktır. Mutlak haklar için doktrinde yapılan mallar veya kişiler üzerindeki mutlak haklar ayırımında ise marka hakkı, mallar üzerindeki haklardan biridir. Daha dar kapsamda ise marka hakkının, gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklardan biri olduğu söylenebilir. Zira markanın maddi bir varlığı yoktur; marka, üzerine konulduğu eşyadan farklı olarak soyut bir varlıktır ve ticari işletmenin gayri maddi malvarlığı içinde yer almaktadır. Dairemizin İİK m. 86 düzenlemesinin menkuller hakkında olduğu, dolayısıyla marka haczinde uygulanma imkanının bulunmadığına ilişkin 09.03.2000 tarihli 8623/2232 sayılı kararında da markanın menkul mal özelliği taşımadığı belirtilmiştir. Marka hakkı, sahibine inhisari yetkiler veren ve gayri maddi bir nitelik arz eden sınai mülkiyet hakkıdır.” [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Aralık 2019].

¹⁹⁹ Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 13. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 152; Osman Gökhan Antalya, Murat Topuz, **Medeni Hukuk: Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri**, 3. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 197; Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 24. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 158; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Medeni Hukuk**, 25. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, s. 33; Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 236.

²⁰⁰ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 197; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 155; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 175.

²⁰¹ Markanın miras yoluyla intikaline ilişkin etraflı bilgi için bkz. Kervankıran, **a.g.m.**, s. 173 vd.

²⁰² Kaya, **a.g.e.**, s. 43.

1.3.2. Hak Kaybı Kavramı

Bir hakkın kullanılabilmesi/ileri sürülebileceği zaman periyodu hak düşürücü süreler veya zamanaşımı süreleri ile belirlenmiş olabilir. Bu durumda öngörülen sürelerin geçmesi ile ilgili hak sona erer veyahut hakkın muhatabı yerine getirmesi gereken bir edimi ifa etmekten kurtulabilir.

Bununla birlikte bir hakkın kullanımının süreye bağlanmadığı durumlar söz konusu olabilir. Söz gelimi çalışmamızın üzerine şekillendiği marka hakkı açısından benzer bir durum caridir. Bir kişinin başkasına ait markayı kullanması marka hakkına tecavüz teşkil edebilecektir ve bu kullanım devam ettiği müddetçe tecavüz fiillerinin durdurulmasını talep hakkı da mevcut olacaktır (SMK m. 149). İşte bir süre ile sınırlanmayan tecavüz fiillerinin durdurulmasını talep hakkı, hak sahibine tecavüz devam ettiği müddetçe hakkını ileri sürme olanağı tanımaktadır. Bu durumun doğal sonucu olarak, mütecaviz çok uzun süreden beri markayı kullanıyor olsa bile bu kullanıma müdahale edilmesi tehdidi ve belirsizliği altında olacaktır. İşte hak kaybı kavramı²⁰³, bu belirsizliğin giderilmesi ve hakkın muhatabının hukuki pozisyonunun açıklığa kavuşturulması noktasında ortaya çıkmıştır²⁰⁴.

Bu bağlamda, hak kaybı ilkesinin temeline ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre hak kaybının temelinde hak sahibinin, hakkın ihlaline uzun süre suskun kaldıktan sonra hakkını ileri sürmesinin **ahlaka aykırı olacağı** düşüncesi yatmaktadır²⁰⁵. İkinci ve günümüzde kabul edilen görüşe göre ise hak kaybı

²⁰³ Hak kaybı kavramı Alman hukuk terminolojisindeki **Verwirkung** kavramından mülhemdir (Yanlı, **a.g.m.**, s. 293). Bununla birlikte öğretide **Verwirkung** kelimesi **hakkın etkisizleştirilmesi** olarak da ifade edilmektedir (Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 405; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 418 vd.; Serozan, **Hukukta Yöntem**, s. 65). Öte yandan **hak düşümü** kavramını tercih edenler de bulunmaktadır (Sungurbey, **a.g.e.**, s. 152; Akyol, **Çelişki**, s. 73 vd.).

²⁰⁴ Hak kaybı kurumu sadece süreye bağlanmamış haklar açısından değil aynı zamanda hakkın kullanılabilmesi sürelerinin uzun tutulduğu durumlarda da uygulanabilir (Işık, **a.g.e.**, s. 45). Bununla birlikte hakkın kullanılabilmesi süre kısa olmasına rağmen hak sahibinin karşı taraf üzerinden spekülasyon yapmak niyetiyle hakkın kullanımını geciktirdiği durumlarda da, hak kaybı kurumunun devreye girebileceği ifade edilmektedir (Buz, **a.g.e.**, s. 405-408).

²⁰⁵ Bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 406, dn. 35'te anılan yazarlar. Hak kaybının ahlaka aykırı harekette bulunma yanında **kasten zarar verme** şartına bağlandığı yönünde bkz. Yanlı, **a.g.m.**, s. 294.

kavramının temelinde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümü olan çelişkili davranış yasağı işlemektedir (TMK m. 2)²⁰⁶.

Bu açıklamalar ekseninde hak kaybı kavramı, uzun bir müddet geciktirilen bir hakkın kullanımına olanak tanınmaması olarak ifade edilmektedir²⁰⁷. Diğer bir deyişle, hak kaybı ilkesi, hakkını uzun bir müddet kullanmayarak muhatapta bu yönde güven yaratan hak sahibinin, hakkını kullanma olanağını kaybetmesine sebep olmaktadır²⁰⁸. Bununla birlikte hakkın ileri sürülmesinde meydana gelen gecikmenin dürüstlük kuralının dengeleyici etkisine maruz kalabilmesi için birtakım şartların mevcudiyeti gerekir²⁰⁹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, hak kaybının ortaya çıkardığı sonuçlar hakkın türüne göre farklılaşmaktadır²¹⁰. Hak kaybı sonucunda aynı bir hakkın veyahut fikri ve sınai mülkiyet haklarının tamamen sona ermesi söz konusu olmaz, yalnızca belirli kişinin ihlal teşkil eden fiillerine müdahale edilemez. Buna karşın, söz gelimi yenilik doğurucu bir hak söz konusu ise, hak kaybı müessesesi sonucunda bu hak tüm içeriğiyle ortadan kalkmaktadır²¹¹.

1.3.3. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

1.3.3.1. Dürüstlük Kuralına Genel Bir Bakış

1.3.3.1.1. Anlamı

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı TMK m. 2 ile hüküm altına alınmıştır. Dürüst davranma başlığını taşıyan bu hükmün birinci fıkrasında

²⁰⁶ Akyol, **Çelişki**, s. 75-76; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 57-58; Yanlı, **a.g.m.**, s. 294.

²⁰⁷ Yanlı, **a.g.m.**, s. 294; Akyol, **Çelişki**, s. 77; Işık, **a.g.e.**, s. 38.

²⁰⁸ Bu yönüyle hak kaybı kurumunun güvenin korunması prensibine dayandığı yönünde bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 405; Işık, **a.g.e.**, s. 39.

²⁰⁹ Bilgi için bkz. Akyol, **Çelişki**, s. 77-79. Sessiz kalma suretiyle hak kaybı özelinde bu şartlar için bkz. aş. Bölüm 2.

²¹⁰ Hak kaybı konusu itibarıyla tüm hakları etkileyebilir. Bu minvalde örnekler için bkz. **a.e.**, s. 79-80.

²¹¹ Buz, **a.g.e.**, s. 407. Bu konu hakkında bilgi için bkz. Yanlı, **a.g.m.**, s. 395, dn. 23.

dürüstlük kuralına; ikinci fıkrasında ise hakkın kötüye kullanılması yasağına yer verilmiştir:

“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”*²¹²

Hükmün birinci fıkrası ile herkesin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken doğruluk ve dürüstlüğü dair objektif kurallara riayet etmesi gerektiği ifade

²¹² 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsinin 2’nci maddesi şöyle idi:

“Medeni Hakların Şümulü / 1. Umumi Vazifeler

Herkes, haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir.

Bir hakkın sırf gayrı izar eden suiistimalini kanun himaye etmez.”

Görülebileceği üzere, eski Medeni Kanun’un 2’nci maddesinde hüsnüniyet terimi kullanılmış; 3’üncü maddesinde de bu terim tekrar edilmiştir. Her iki maddede de aynı terimin kullanılmış olmasının sebebi, Kanun’un, İsviçre Medeni Kanunu’nun Fransızca metninden tercüme suretiyle yazılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü İsviçre Medeni Kanunu’nun Fransızca metni, ilgili iki maddede **bonne foi** (=iyiniyet) terimini kullanmıştır. Buna karşılık Almanca metninde, 2’nci maddede **Treu und Glauben** (=doğruluk ve güven), 3’üncü maddede **guter Glaube** (=iyiniyet) terimleri tercih edilmiştir. Bu sebeple, eski Medeni Kanun’da kullanılan hüsnüniyet kavramlarını ayırt etmek maksadıyla, objektif ve sübjektif hüsnüniyet terimleri öğreti ve Yargıtay tarafından kullanılmıştır. Konu hakkında bilgi için bkz. Senai Olgaç, **Türk Medeni Kanunu Şerhi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1967, s. 12; Seyfullah Edis, “Türk Medeni Hukukunda İyiniyet (Sübjektif Hüsnüniyet)”, **Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara, AÜHFY, 1972, s. 135-136; A. Samim Gönensay, **Medeni Hukuk: Cild 1**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1936, s. 64.

Nitekim, Türk Hukuk Lügatı, hüsnüniyet bahsinde, hüsnüniyetin objektif ve sübjektif olmak üzere iki türlü olduğunu kayıt altına almıştır (Türk Hukuk Kurumu, **a.g.e.**, s. 137). TMK’nin gerekçesinde de bu husus şöyle ifade edilmiştir:

“Eski Kanunun 2 nci maddesinde, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymakla yükümlü oldukları düzenlenmektedir. Gerek öğretide, gerek yargı kararlarında bu maddenin “doğruluk ve dürüstlük kurallarına” ilişkin genel ilkeyi ortaya koyduğu kabul edilmektedir. Maddenin içerik ve amacına uygun olarak kenar başlığı bu sebeple, “Dürüst davranma” olarak değiştirilmiştir. Bu deyim, bir sonraki maddede yer alan sübjektif iyiniyet ile bu maddede düzenlenen iyiniyeti birbirinden ayırt etmeye hizmet etmesi bakımından da daha isabetli görülmüştür Madde içerisinde de iyiniyet sözcüğü yerine “dürüstlük kurallarına uymak” ifadesi kullanılmıştır.” (Sinan Sami Akkurt, Kemal Erdoğan, Hüseyin Tokat, **Gerekçeli – Karşılaştırmalı – Tablolu – İctihatlı – Notlu Türk Medeni Kanunu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 69).

edilmiştir²¹³. Bu suretle, hüküm hakların kapsamına ve kullanılmasına bir sınır çekmekte, hudutlarını belirlemektedir²¹⁴.

Buna karşın, hükümde **dürüstlük kuralı** ifadesinin ne olduğu ve bundan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiş ve bir tanım da yapılmamıştır²¹⁵. Öğretide ve yargı kararlarında yapılan tanımlar gözetildiğinde, dürüstlük kuralı, orta zekâlı, namuslu, dürüst ve makul bir insandan beklenen, toplumda benimsenen, kişiler arasındaki karşılıklı güveni sarsıntıya uğratmadan toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine uygun davranış kurallarının bütünü şeklinde tanımlanabilir²¹⁶. Bir davranışın,

²¹³ Antalya, Topuz, **a.g.e.** s. 495; Gönensoy, **a.g.e.**, s. 64; Kemaleddin Birsen, **Medeni Hukuk Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1966, s. 114; Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk: Genel Prensipler – Kişinin Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Acar Matbaacılık Tesisleri, 1984, s. 136; Robert Patry, “La Théorie de la Confiance et les Développement Récents de la Jurisprudence en Droit Commercial et en Droit Public”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XV, S. 18, 1990, s. 3 (Bu makalenin Türkçe tercümesi için bkz. Robert Patry, Haluk Burcuoğlu, “Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XV, S. 18, 1990, s. 15-25); Ozan Tok, “Zamanaşımı Def’inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası Çerçevesinde Sınırlandırılması”, **MÜHF-HAD**, C. XXI, S. 1, 2015, s. 240.

Yargıtay İBK, T. 09.03.1955, E. 1954/22, K. 1955/2 sayılı kararı: “... Zira her türlü *sübjektif hakkın kullanılmasını objektif iyiniyet prensiplerinin, yani cemiyette hâkim olan dürüstlük kaidelerinin murakabesi altına koyan Medeni Kanunun 2 nci maddesi buna engeldir.*” (Olgaç, **a.g.e.**, s. 13; RG, T. 27.06.1955, S. 9039).

²¹⁴ Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 279; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 261; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 94; Aydın Zevkliler vd., **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk: Temel Bilgiler**, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 57; Selahattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 164-165; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması (Objektif Hüsniyet ve Hakkın Suistimali)”, **Adliye Dergisi**, S. 2, 1959, s. 129.

Yargıtay HGK, T. 22.01.1958, E. 1958/1, K. 1958/7 sayılı kararı:

“*Sübjektif hakların kullanılması ve kapsamı Medeni Kanunun 2 nci maddesiyle sınırlandırılmıştır. Sübjektif bir hakkın, objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak ileri sürülmesi ise, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve kanuni korumadan yoksun kalır.*

... *İrade açıklamalarının veya kanunlarca düzenlenen sübjektif hakların kapsamı ve kullanılmaları bir kamu düzeni hükmü olan ve bu itibarla aksine sözleşme caiz bulunmayan objektif iyiniyet kurallarına göre belli edilir ve sınırlandırılır.*” (Olgaç, **a.g.e.**, s. 17).

²¹⁵ Dürüstlük kuralı hakkında güncel bir çalışma için bkz. Talya Şans Uçaryılmaz, **Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

²¹⁶ Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 244; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 262; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 494; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 93; Tekinay, **a.g.e.**, s. 166; Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 127; Birsen, **a.g.e.**, s. 116; Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 101; Kemale Aslanova, **Medeni Hukuk Dersi: Sorular ve Cevaplar**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 21; İsmail Kayar, İlhan Üzülmüş, **Hukukun Temel Kavramları**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 378; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Hukukun Temel Kavramları**, Bursa, Dora Yayıncılık, 2018, s. 147; Fatih Bilgili, **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 32.

dürüstlük kuralının çizdiği sınırlar içerisinde olup olmadığı, toplumda hüküm süren ahlaki değerlere, adetlere ve bu davranışın ilgili olduğu ilişkilerin amacına göre saptanır²¹⁷ ve her somut olayın, kendine özgü koşulları göz önünde tutularak sonuca varılır.

1.3.3.1.2. Özellikleri ve Uygulama Alanı

Dürüstlük kuralı ve buna bağlı hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel nitelikte hukuk kurallarıdır²¹⁸. Zira kanun koyucunun yaşanabilecek her hadiseyi bilmesi ve buna göre hüküm getirmesi mümkün değildir²¹⁹. Bununla birlikte, mevcut kanun hükümleri de, hayatın akışı içerisinde cereyan eden olaylara ancak uygun düştükleri ölçüde uygulanabilir. İşte bu noktada, mevcut kanun hükümlerinin gerek çözüme elverişli olmadığı gerek adalet ve hakkaniyete aykırı sonuçlara götürdüğü durumlarda TMK m. 2’de ifade edilen dürüstlük kuralının genel niteliği devreye girecektir²²⁰.

Yukarıdaki paragraftan da anlaşılacağı üzere dürüstlük kuralının bir diğer özelliği ikincil (tali) nitelikte bir kural olmasıdır²²¹. Somut uyuşmazlığa uygulanacak

Yargıtay HGK, T. 24.01.2019, E. 2017/2801, K. 2018/86 sayılı kararı: “*Dürüstlük kuralı, herkesin uyması gerekli olan genel ve objektif bir davranış kuralıdır. Genel olarak dürüstlük kuralı kişilerin tarafı oldukları hukuki ilişkilerde dürüst, namuslu, ahlaklı ve diğer kişilerde yaratılan güvenle tutarlı şekilde davranmalarını ifade eder.*” [Lexpera (Çevrimiçi), 01 Ocak 2020].

Benzer yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay HGK, T. 13.12.2017, E. 2017/786, K. 2017/1710; Yargıtay HGK, T. 17.01.2018, E. 2017/2153, K. 2018/39; Yargıtay HGK, T. 12.03.2019, E. 2015/2743, K. 2019/275; Yargıtay HGK, T. 21.05.2019, E. 2017/753, K. 2019/586; Yargıtay 8. HD, T. 20.02.2018, E. 2017/9284, K. 2018/2518 [Lexpera (Çevrimiçi), 01 Ocak 2020].

²¹⁷ Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 244-245; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 262; Bilgili, **a.g.e.**, s. 32; Tekinay, **a.g.e.**, s. 166; Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 129.

²¹⁸ Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 243; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 497; Zevkliler v.d., **a.g.e.**, s. 58; Bilgili, **a.g.e.**, s. 39; Erman, **a.g.e.**, s. 105; Köprülü, **a.g.e.**, s. 137; Gönensay, **a.g.e.**, s. 63; Jale Akipek, “Sübjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri”, **AÜHFD**, C. XIV, S. 1, 1957, s. 56-57; Cengiz Otacı, “Hukukta Değişim, Süreklilik ve Yoruma Yüklenen Fonksiyon”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. IX, S. 100, 2014, s. 862.

Mehaz İsviçre Medeni Kanunu’nun TMK m. 2’ye karşılık gelen maddesinin kenar başlığı **devoir général**, yani **genel ödev/yükümlülük**tür. Böylelikle, dürüstlük kuralının hem genel niteliğine vurgu yapılmakta hem de herkesin uyması gereken bir norm olduğu gösterilmektedir.

²¹⁹ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 497; Akipek, **a.g.m.**, s. 57; Erman, **a.g.e.**, s. 101.

²²⁰ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 497.

²²¹ **A.e.**, s. 498.

Yargıtay HGK, T. 04.10.2018, E. 2017/686, K. 2018/1426 sayılı kararı:

özel bir hüküm mevcut ise, artık TMK m. 2’den hareketle dürüstlük kuralı uygulama alanı bulmamalıdır. Örneğin, çalışmamızın konusunu oluşturan sessiz kalma suretiyle hak kaybı açısından durum böyledir²²². Çünkü kanun koyucu SMK m. 25.6 ile dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümünü pozitif hukuka nakletmiştir.



“TMK’nın 2. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnai hâllerde (adaletle uygun düşecek şekilde) hüküm verme olanağını sağlamaktır.

Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu, gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hâllerinde, TMK’nın 2. maddesi uygulama alanı bulur ve olağan üstü bir imkân sağlar; haksızlığı düzeltici, yasadaki kuralları tamamlayıcı fonksiyonunu yerine getirir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25.1.1984 tarih ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Kararı).

Ancak, önemle belirtilmelidir ki, bu kuralın taliliği (ikincilliği) de gözetilerek her soruna öncelikle kendisine ait kanun hükümlerinin uygulanması asıl olmalıdır.” [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Aralık 2019].

²²² Farklı örnekler için bkz. Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 498.

Bu özelliklerin yanında, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı emredici nitelikte kurallardır²²³ ve hâkim tarafından da resen nazara alınır²²⁴.

Dürüstlük kuralının uygulama alanına gelindiğinde ise, kuralın genel niteliği sebebiyle, uygulama alanının bir hayli geniş olduğu görülecektir²²⁵. Dürüstlük kuralı,

²²³ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 502-503; Erman, **a.g.e.**, s. 105; Zafer Zeytin, Ömer Ergün, **Türk Medeni Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 67.

Yargıtay HGK, T. 29.05.2002, E. 2002/2-441, K. 2002/433 sayılı kararında bu hususu şöyle ifade buyurmuştur:

“Medeni Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek) şekilde hüküm verme imkanını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği İsviçre Federal Kurulunun, Medeni Kanunun Federal Meclise sevkine ilişkin raporda şöyle açıklanmıştır. Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde MK.2/2 hükmünün amacı, zarurettten doğan ve olağanüstü bir imkan sağlamaktır denilmiştir. MK.nun 2 nci maddesinin 2. fıkrasındaki kuralla kanun ve hakkın mutlaklığı ilkesine istisna getirilmiştir.

Böylece hukukun her alanında uygulama niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının, butlanı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil ettiği, buyurucu niteliği itibariyle kendiliğinden gözetilmesi gerektiği, bugün Türk-İsviçre öğretisi ve uygulamasında tartışmasız kabul edilmektedir.” [HukukTürk (Çevrimiçi), 1 Ocak 2020].

Yargıtay 1. HD, T. 06.11.2014, E. 2014/16698, K. 2014/17011 sayılı kararı şöyledir:

“Ne var ki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Medeni Kanunun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi emredici nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır.” [HukukTürk (Çevrimiçi), 1 Ocak 2020].

²²⁴ Yargıtay 9. HD, T. 31.10.2016, E. 2015/35440, K. 2016/18789 sayılı kararda muhalefet şerhinde geçmiş içtihatlarla atıf yapılarak bu husus şöyle ifade edilmiştir:

“Belirtmek gerekir ki Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca “herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Objektif iyiniyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını Kanun'un korumayacağını belirtmiştir. Keza 6100 Sayılı HMK'un 28/1 maddesine göre “Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar”. Tarafların iyiniyeti veya kötüniyeti (Y. İBK. 14.2.1951 gün ve 17/1), taraflarca ileri sürülme dahi dosyadan anlaşıldığı takdirde hakim resen dikkate alacaktır.” [HukukTürk (Çevrimiçi), 1 Ocak 2020]. Benzer yönde bkz. Yargıtay 9. HD, T. 14.02.2018, E. 2017/20305, K. 2018/2781; Yargıtay 11. HD, T. 28.11.2017, E. 2016/6325, K. 2017/6651 [HukukTürk (Çevrimiçi), 1 Ocak 2020].

²²⁵ Örnekler için bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 101-105; Köprülü, **a.g.e.**, s. 138-144. Yargıtay HGK, T. 01.07.1964, E. 1964/836, K. 1964/500 ve 4. HD, T. 25.05.1960, E. 1960/847, K. 1960/5455 sayılı kararlarda bu husus şöyle dile getirilmiştir:

kanunların ve sözleşmelerin yorumlanması²²⁶, kanuna karşı hilenin önlenmesi, sözleşmelerin kuruluşu²²⁷, tamamlanması, sözleşmelerdeki boşlukların doldurulması, hakların ve borçların kapsamının belirlenmesi, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması gibi birçok konuda etkili olmaktadır²²⁸. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, dürüstlük kuralının uygulama alanı o denli geniştir ki sadece özel hukuk

“Afaki iyiniyet kurallarına uygun olarak davranma ödevi, hukukun bütün alanları için konulmuştur. Afaki iyiniyet kurallarına aykırılık iddiası, yasaya ve esas sözleşmeye aykırılık iddiasını dahi kapsar. Medeni Kanunun 2 nci maddesinde yazılı iyiniyet kuralları, usul hukuku alanında dahi uygulanır.” (Olgaç, **a.g.e.**, s. 13).

²²⁶ Yargıtay HGK, T. 05.10.1960, E. 1960/4-56, K. 1960/248 sayılı kararı: *“Bir akdin uygulanması sırasında veya yorumunda afaki iyiniyet esasları gereğince akide bulunması farz edilen şartların dahi akde açıkça konulmuş sayılması Medeni Kanunun 2 nci maddesi hükümlerindendir.”* (Olgaç, **a.g.e.**, s. 16).

²²⁷ Sözleşmelerin kurulması hususunda güven teorisine ilişkin bilgi için bkz. Turhan Esener, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Önemi”, **AÜHFD**, C. IX, 1952, s. 166-197.

Yargıtay HGK, T. 16.01.2013, E. 2012/19-670, K. 2013/171 sayılı kararı:

“Hukukun evrensel ve genel ilkelerinden olan “dürüstlük ilkesi” (Türk Medeni Kanunu m.2), bazı alt ilkelerin doğmasına sebep olmuştur. Bu ilkelerden birisi “ahde vefa ilkesi”, bir diğeri de “güven ilkesi”dir.

Yine dürüstlük ilkesini temel alan bir akım da, irade beyanlarının yorumunda ve dolayısıyla sözleşmelerin kurulup kurulmadığını tespitite “korunmaya layık haklı güveni” esas alan “güven ilkesi”dir. Bu güven ilkesi de, “hukuki görünüme güvenin korunması” alt ilkesini doğurmuştur...

Özel bir ilişkiye girmiş taraflardan biri, hukuka ve güven ihlali söz konusu olduğunda da hukukun öngördüğü yaptırıma güvenerek karşı tarafa güvenmiştir. Karşı taraf omuzlarına da bu güvenden dolayı, doğru ve dürüst davranmak ve sadakatli olmak yükümlülüğü yüklenmiştir. Kendisine güvenilen taraf da yapmış olduğu kendi davranışları ile bu güven olgusunu meydana getirdiği için, güvenen tarafa kendisine neden güvendiği hususunda bir itiraz hakkı söz konusu olmayacağı öğretide ileri sürülmüştür.

Gerçekten de, her iki tarafın menfaatlerini korumak ve dengelemek için ileri sürülen güven ilkesine göre, bir irade beyanını anlamak ve değerlendirmek için, beyan muhatabınca bilinen ve bilinmesi gereken bütün hal ve şartları Medeni Kanun m.2’de düzenlenen dürüstlük ilkesi gereğince değerlendirmek gerekecektir. Böylece, beyana ne anlam verilmesi gerektiği ortaya çıkacaktır. Bu ilkeye göre, korunan karşı tarafın-beyan muhatabının- “haklı güven”idir. Beyan muhatabının gerekli dikkat ve özeni göstermeksizin, beyanı nasıl anladığına bakılmayacaktır. Beyan muhatabı, kendisine ulaşan beyanı, dürüstlük ilkesi gereği, bildiği veya bilmesi gereken tüm unsurları dikkate alarak anlamalıdır. Yani, onun bu beyanı o şekilde anlaması MK. m.2 uyarınca haklı görünmelidir. İşte bu ilke, meydana gelen adaletsizliği ve taraflar arasında gerçekleşen sorunu çözmüş olmaktadır. Zira, güven ilkesi “karşılıklı birbirini gözetme” ve “bağlılık” esaslarına dayanmaktadır. Bu ilkeye göre, hem beyan sahibinin hem de beyan muhatabının menfaatleri dengede tutulmuş olmaktadır. Bir yandan beyan muhatabının, dürüstlük kuralına (objektif iyiniyet) göre, bildiği ve bilebileceği bütün olguları değerlendirerek beyana vermesi gereken anlama olan haklı güveni korunmakta; diğer yandan ise, beyan sahibinin yaptığı beyanın, makul ve dürüst bir sözleşen insan tarafından anlaşılması olağan biçimde anlaşılacağına dair haklı güveni teminat altına alınmaktadır.” [Kazancı (Çevrimiçi), 4 Ocak 2020].

²²⁸ Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 245-256; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 287-317; Kayar, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 378; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 148-152; Aslanova, **a.g.e.**, s. 21-22.

alanında değil kamu hukuku alanında da vazgeçilmez ve kaçınılmaz bir temel hukuk ilkesidir²²⁹.

1.3.3.2. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

1.3.3.2.1. Anlamı

TMK m. 2.2’de “(b)ir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” şeklindeki hüküm ile hakkın kötüye kullanılması yasağı ve yaptırımı düzenlenmiştir²³⁰.

Hak sahibi, hakkını, sınırları dâhilinde kullandığı takdirde, bu kullanım başkalarına zarar verse dahi bu zarardan sorumlu tutulamaz. Diğer bir anlatımla hakların kullanılması hak sahibine menfaat sağlamanın yanında başkalarını zarara uğratabilir, ancak bu durum, yani başkalarının zarara uğraması, hakkın kullanımına hukukun bir müdahalesini davet etmez. Örneğin, alacağını tahsil etmek isteyen alacaklının, borçlunun mal varlığının bazı değerlerine haciz koydurması borçluyu zor duruma sokacaktır. Ancak alacaklı, borçluyu zor duruma düşürdüğü gerekçesiyle tazminata veyahut başka bir yaptırıma tabi tutulamaz, çünkü alacaklı hakkını hukukun çizdiği sınırlar dâhilinde kullanmıştır. Roma döneminde, bu ilke şu özdeyiş ile dile getirilmiştir: **qui suo iure utitur neminem laedit** (kendi hakkını kullanan, kimseye zarar vermez)²³¹.

²²⁹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 263-264.

²³⁰ Hakkın suiistimali kavramının etimolojisi hakkında bkz. Türk Hukuk Kurumu, **a.g.e.**, s. 113. Kavramın tarihi hakkında ise bkz. Ferit H. Saymen, “Hakkın Suiistimalinin Müeyyidesi”, **İÜHF**, C. XI, S. 1-2, 1945, s. 311 vd.

²³¹ Hakkın kötüye kullanılması yasağının Roma dönemindeki gelişimi için bkz. Salvatore Riccobono, “Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi”, **İÜHF**, çev. Ziya Umur, C. XXII, S. 1-4, 1957, s. 350-397; Talya Şans Uçaryılmaz, “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, **TBB Dergisi**, S. 135, 2018, s. 335-382.

Kurumun farklı hukuk sistemlerindeki düzenlenişi ve durumu hakkında bilgi için bkz. Ferit Saymen, “Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali”, **İÜHF**, C. XII, S. 4, 1945, s. 1129-1151; Juliette Barcelo, “Les Abus de Droit”, **Revue Juridique Themis**, Vol. V, No. 13, 1954, s. 28-46.

Demir, Hukuk Metodolojisi adlı eserinde bu ilkeyi şöyle ifade eder:

“Cevaz, tazminata engel olur... Hukuken ve ahlaken işlenmesine izin verilen yerlerde, zararın tazmini gerekmez. Mesela, ariyet alınan bir hayvan, ariyet alanın elinde telef olsa, tazmini

Ancak hak sahibi, hakkını kullanırken tamamen serbest de değildir. Haklar, öngörülüş amacına uygun ve bu amacın belirlediği meşru daire içerisinde kullanılmalıdır; işte hakkın, amacını aşar şekilde kullanımı dürüstlük kuralı ile örtüşmez ve hak kötüye kullanılmış olur²³².

Çalışmamızın kapsamını aşmamak amacıyla daha fazla detaya girmeden, hakkın kötüye kullanılması yasağının anlamını ve fonksiyonunu izah sadedinde sarıh açıklamaları sebebiyle **Pierre-Emmanuel Moyse**'a atıf yaparak bu konuyu sonlandırmak niyetindeyiz. Moyse, hakkın kötüye kullanımı yasağını, Josserand'a atıf yaparak **anténorme, une principe de superlégalité**²³³ olarak nitelendirmekte ve şöyle devam etmektedir:

“Elle (l’abus de droit) est plus qu’une exception ou un tempérament; elle s’oppose à la reconnaissance du statut juridique d’une règle. Son effet est radical, puisqu’elle neutralise l’application d’un droit ou mène à engager les principes de responsabilité contre l’auteur d’un acte qui semble a priori agir dans la légalité, c’est-à-dire sous la licence expresse d’une règle de droit... La théorie s’emploie donc à expliquer pourquoi

gerekmez. Ancak bir mal gasbeden kişinin elinde telef olsa tazmini gerekir.” (Demir, **a.g.e.**, s. 213).

²³² Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 536; Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 256; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 266; Erman, **a.g.e.**, s. 107; Bilgili, **a.g.e.**, s. 36; Tekinay, **a.g.e.**, s. 172; Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 121; Köprülü, **a.g.e.**, s. 146.

Battal, bu hususu şöyle ifade etmektedir: “Markaya tecavüzün ya da tecavüz tehlikesinin varlığında- kanundan doğan bir hak olarak tecavüzü durdurmaya ve önlemeye yönelik dava hakkının da kötüye kullanılması mümkündür ve bu halde şeklen var olan hak gerçekte olmadığından, korunmaya da layık değildir.” (Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 31).

²³³ **Anté** Latince kökenli Fransızca bir sözcük olup **önce, daha önce, üstün** gibi anlamlara gelmekte iken **norme** kelimesi ise **norm, hüküm, kural** demektir [Kelimelerin etimolojik kökeni için bkz. <https://dictionnaire.reverso.net/> (Çevrimiçi), 3 Ocak 2020]. **Anténorme** ifadesi ile, hakkın kötüye kullanılması yasağının, bir hakkın kullanımını sınırlandırmasına, hatta hakkın temelini oluşturan hukuk normunun önüne geçmesine vurgu yapılmaktadır. **Une principe de superlégalité** ifadesi ise hakkın kötüye kullanılması yasağının, hakkın dayanağını teşkil eden hukuki normun koruyamadığı menfaatler dengesini yeniden temin ederek hakların kullanımının öngörülen meşru daire içerisinde kalmasını sağlama fonksiyonunu vurgulanmaktadır. Nitekim **légalité** ifadesi hukukilik, yasallık manasına gelmekte; **superlégalité** ise hakkın kötüye kullanılmasının normlar üstü konumuna, hukukiliğine işaret etmektedir. Bkz. Louis Josserand, **De L’Esprit des Droits et de leur Relativité: Théorie Dite de L’Abus des Droits**, 2. Édition, Paris, Dalloz, 2006 (Pierre-Emmanuel Moyse, “L’Abus de Droit: L’anténorme – Partie 1”, **McGill Law Journal**, Vol. LVII, No. 4, 2015, s. 861’den naklen).

et à quel moment cette règle cesse d'être droit et d'être contraignante ou justificatrice des actes posés."²³⁴

Porcherot ise hakkın ne zaman kötüye kullanılmış olacağını şöyle ifade etmektedir:

*"On abuse de son droit quand, restant dans ses limites, on vise un but différent de celui qu'a eu en vue le législateur."*²³⁵

Netice itibarıyla, **Porcherot**'un da ifade ettiği gibi, hak, şekli anlamda kendi sınırları içinde kalınmakla beraber, kanun koyucunun öngördüğü amacın dışında kullanıldığı takdirde, yani maddi anlamda hakkın sınırları aşındırıldığı takdirde kötüye kullanılmış sayılmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ise, hakkın öngörülüş amacını aşan bu kullanımların önüne geçilmesine hizmet etmekte ve kötüye kullanımı nötralize ederek hakkaniyete uygun düşen çözümlere ulaşılmasını sağlamaktadır.

1.3.3.2.2. Çeşitli Görünüş Biçimleri

Bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti, her somut olayın kendine özgü koşulları ekseninde yapılacak bir değerlendirmeyi gerektirir²³⁶. Önceden belirli

²³⁴ Moyse, **a.g.m.**, s. 861. Alıntının Türkçe tercümesi şu şekildedir: "*Hakkın kötüye kullanılması yasağı bir itiraz veya sınırlamadan daha fazlasıdır; ilke bir kuralın hukukiliğinin kabulüne (tanınmasına) müsaade etmez. İlke bir hakkın ileri sürülmesine (uygulanmasına) müsaade etmediği veya başlangıçta yasaya uygun, yani bir hukuk kuralının açık icazeti ile, hareket eder gözüken kişi bakımından sorumluluk kaidelerinin işletilmesinin yolunu açtığından, radikal bir etkiye sahiptir... Dolayısıyla ilke, bir kuralın hukuki ve bağlayıcı olmaktan veya gerçekleştirilen eylemlerin doğruluğunu göstermekten neden ve ne zaman uzaklaştığını açıklamak noktasında işlev sahibidir.*" (Yazarın serbest çevirisidir.)

²³⁵ Bkz. Ernest Porcherot, **De L'Abus de Droit**, Dijon, L. Venot, 1901, s. 215 (Moyse, **a.g.m.**, s. 861'den naklen). Alıntının Türkçe tercümesi şu şekildedir: "*Kişi, hakkın sınırları içinde kalmakla beraber, kanun koyucunun öngördüğü amaçtan farklı bir amaç güttüğü zaman hakkını kötüye kullanmış demektir.*" (Yazarın serbest çevirisidir.)

²³⁶ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 539.

Yargıtay HGK, T. 04.05.2011, E. 2011/59, K. 2011/271 sayılı kararı:

"Sessiz kalma yoluyla hak kaybı TTK'nda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, kaynağını "hakkın kötüye kullanılması yasağı"nı düzenleyen MK'nun 2.maddesinden almaktadır. Bu maddeye göre, "Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına

ve keskin kriterler koymak yerinde bir metot olmayacaktır ve mümkün de değildir. Çünkü her somut olay gerek menfaatler arası denge gerek tarafların içinde bulundukları konum itibarıyla farklılık arz edecektir. Hal böyle iken, farklı menfaatler arası dengenin önceden belirlenmiş kriterler ile sağlanmaya çalışılması arzu edilmeyen neticelere götürecektir.

Bununla birlikte, birtakım kıstaslara müracaat ederek hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını tespit etmek mümkündür. Bunların başlıcaları şöyle sıralanabilir²³⁷:

- (i) Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmayıp sırf başkasına zarar vermek veya haksız bir kazanç elde etmek amacıyla hareket edilmesi,
- (ii) Hakkın kullanılması neticesinde elde edilen menfaat ile başkasına verilen zarar arasında aşırı bir oransızlık bulunması,
- (iii) Kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak hakkın ileri sürülmesi,
- (iv) Karşı tarafta yaratılan güvene aykırı hareket edilmesi (çelişkili davranış yasağı).

Bu kıstasların hepsini incelemek çalışmamızın kapsamını aşacağından, esas konumuzla ilişkisi münasebetiyle, sadece (iv) numaralı kıstası, yani karşı tarafta uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması kıstasını ele alacağız.

1.3.3.2.3. Özel Bir Görünüm Biçimi Olarak Çelişkili Davranış Yasağı

uymak zorundadır." "Bir hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanılmasını kanun himaye etmez." Dürüstlük kuralı, MK'nun "Başlangıç Hükümleri" arasında, hukukun her alanında kendini gösteren bir ilke olarak düzenlenmiştir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının doğması ve dava hakkının M.K.'nin 2.maddesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı hususları her olayın kendi özelliğine göre değerlendirilmelidir." [HukukTürk (Çevrimiçi), 27 Aralık 2019].

²³⁷ Detaylı bilgi için bkz. Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 256-261; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 267-284; Zeytin, Ergün, **a.g.e.**, s. 67; Erman, **a.g.e.**, s. 109-111; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 549 vd.

Bir kişinin davranışlarında tutarlı ve istikrarlı olmasını gerektiren bir hukuk kuralı yoktur²³⁸. Herkes, davranışını veya düşüncesini değiştirip değiştirmemekte hürdür²³⁹.

Bununla birlikte bir kişinin süregelen davranışları karşı tarafta korunmaya değer bir güven uyandırıyorsa, bir noktadan sonra bu güvene aykırı hareket edilmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecektir²⁴⁰. Diğer bir anlatımla, karşı tarafta güven oluşturdudan sonra, davranışı değiştirmek suretiyle karşı tarafı olumsuz bir pozisyona sokmak hukuk düzeni tarafından korunmaz ve TMK m. 2.2 uyarınca müdahaleyi zorunlu kılar²⁴¹.

²³⁸ Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 259; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 280; Şener Akyol, “Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem ile Çelişki Yasağı)”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 79; Yanlı, **a.g.m.**, s. 296; Pınar Çağlayan Aksoy, “Asgari Alım Taahhüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart - Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler”, **TBB Dergisi**, S. 131, 2017, s. 280.

²³⁹ Akyol, **Venire**, s. 77; Çağlayan Aksoy, **a.g.m.**, s. 280.

²⁴⁰ Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 259; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 280; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 565; Akyol, **Venire**, s. 79; Şener Akyol, **Medeni Hukuka Giriş**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 76; Çağlayan Aksoy, **a.g.m.**, s. 280; Mustafa Kılıçoğlu, **Yargıtay Kararları Işığında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanma Yasağı**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 9; Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 33.

Yargıtay HGK, T. 23.02.2000, E. 2000/15-71, K. 2000/116 sayılı kararında zamanaşımının dolmasından sonra borç ikrarında bulunan borçlunun, ikrara dayanılarak açılan davada zamanaşımı def’inde bulunmasını çelişkili davranış yasağına aykırılık olarak nitelendirmiştir:

“Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya yöneltilen borç ikrarının, zamanaşımı def’inden zımni (örtülü) feragat anlamına geldiği, öğretideki baskın görüşlerle ve yargı inançlarıyla da doğrulanmaktadır. Dahası, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya karşı bir borç ikrarında bulunan borçlunun da bu borç ikrarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı def’ini ileri sürmesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ve MK. md. 2.ye aykırıdır. Hukukten korunamaz.” [Kazancı (Çevrimiçi), 4 Ocak 2020].

Yargıtay HGK, T. 03.11.2010, E. 2010/19-559, K. 2010/546 sayılı kararında şekle aykırılığı ileri sürmenin de somut olayın şartlarına göre çelişkili davranış olarak mütalaa edilebileceğine karar vermiştir:

“Gerçekten de, hukukun tüm alanlarında, uygulama niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması ve özellikle çelişkili davranış yasağı, şekle aykırılığı ileri sürme hakkı içinde, bir sınır teşkil ettiği, buyurucu olması nedeni ile hakim tarafından doğrudan gözetileceği; öğretisi ve uygulamada tartışmasız kabul edilmektedir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 4 Ocak 2020].

²⁴¹ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 565; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 9; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 77.

Çelişkili davranışın hakkın kötüye kullanımı olarak mütalaa edilebilmesi için bir kimse, ön davranışıyla, tutumuyla²⁴² karşı tarafta bir güven duygusu uyandırmalıdır²⁴³. Bu güven, dava açılmayacağına ilişkin olabileceği gibi zamanaşımı def'inin ileri sürülmeyeceğine ilişkin de olabilir²⁴⁴.

Çelişkili davranış yasağının gündeme gelebilmesi için ilişkinin karşı tarafında **korunmaya değer** bir güven duygusunun var olması gerekir²⁴⁵. Çünkü çelişkili davranış yasağının varlık gayesi, çelişkili davranış nedeniyle menfaati kabul edilemeyecek ölçüde olumsuz etkilenen kişilerin müdafaasıdır.

Güven duygusu ne zaman korunmaya değerdir? Bu sorunun cevabının önceden verilmesi mümkün değildir. Her somut olay bazında tarafların menfaatleri arasındaki denge gözetilmek suretiyle sonuca gidilmesi zaruridir²⁴⁶.

Ancak belirtmek gerekir ki her şeyden evvel güvenen kişinin iyiniyetli olması gerekir²⁴⁷. Güvenen kişi, iyiniyetli değil ise ortada korunmayı gerektirir meşru bir menfaati de yoktur. Zira güvenen, çelişkili davranış yasağı neticesinde ne tür bir menfaat elde edecek ise, daha önceden bu menfaati elde etmesini engelleyecek durumların varlığından haberdardır ve haliyle hukukun buna üstünlük tanınması mümkün değildir. Örneğin, karşı taraf sözleşmenin başından beri geçersiz olduğunu biliyorsa artık bu kişinin korunması gerekmez.

Bu açıklamalar ışığında, sessiz kalma suretiyle hak kaybının çelişkili davranış yasağının şemsiyesi altında şekillendiğini ifade etmek gerekir. Çelişkili davranış yasağının işler kılınması için gerekli koşullar genel hatlarıyla sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanması için de geçerli koşullardır. Bununla birlikte gerek marka

²⁴² Bu davranış olumlu veya olumsuz olabilir. Diğer bir anlatımla, bir kimse olumlu bir hareket ile karşı tarafta güven oluşturabileceği gibi, hareketsiz kalarak da güven oluşturabilir. Burada tespiti gereken nokta güven duygusunun ne zaman oluştuğudur. Bu noktada somut olayın koşulları yol gösterici olacaktır. Bilgi için bkz. Akyol, **Çelişki**, s. 14.

²⁴³ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 565; Akyol, **Çelişki**, s. 13.

²⁴⁴ Farklı örnekler için bkz. Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 260; Akyol, **Çelişki**, s. 47-54; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 282-283.

²⁴⁵ Akyol, **Çelişki**, s. 19.

²⁴⁶ **A.e.**, s. 24.

²⁴⁷ **A.e.**, s. 18.

hukukunun kendine has yapısı gerek ilkeyi pozitif plana taşıyan SMK hükmü sebebiyle sessiz kalma suretiyle hak kaybının farklılaştığı noktaların mevcut olduğunun da altını çizmek gerekir.

1.3.3.2.4. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Sonuçları ve Değerlendirme

Hakkın kötüye kullanılmasının sonucu/yaptırımı TMK m. 2.2’de şöyle düzenlenmiştir: “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*”

Yani, hakkını kötüye kullanan kişi, bu suretle elde etmek istediği menfaati elde edemeyecektir²⁴⁸. Böylelikle hakkın kötüye kullanımı sonucu, tarafların menfaatleri bazında oluşması muhtemel eşitsizlik önlenmiş olacaktır. Daha açık bir anlatımla, bir hakkın kullanımı, hukuk düzeninin çizdiği sınırları aştığı takdirde esasen hukuka uygun kullanılmış bir hak söz konusu olmaz; dolayısıyla bu kullanımın hukuki korumadan yararlanması da beklenemez²⁴⁹.

Bir hakkın hukuk düzeni tarafından korunmaması çok değişik şekillerde olabilir. İlk aşamada, kötüye kullanılan hakkı temel alan taleplerin veya savunmaların dinlenmemesi şeklinde ortaya çıkabilir²⁵⁰. Bu sebeple hakkını kötüye kullanan taraf davacı ise dava reddedilecek, davalı ise aleyhinde hüküm verilecektir. Bu durumun klasikleşmiş örneği ise, taşınmaz satım sözleşmelerinde, sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunun uygun olmayan zamanda ileri sürülmesidir²⁵¹.

²⁴⁸ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 544; Zevkliler vd., **a.g.e.**, s. 61; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 96; Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 261; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 284; Zeytin, Ergün, **a.g.e.**, s. 68; Saymen, **Müeyyide**, s. 317; Köprülü, **a.g.e.**, s. 151

Bu yaptırımın diğer vechesi ise, kişilerde hakların öngörülen amaçlara riayet ederek kullanılacağı ve kendi haklarına tecavüz edilmeyeceği yönünde oluşan haklı beklentinin korunmasıdır. Hukukun beklentileri güvence altına alma fonksiyonuna ve TMK m. 2’nin bu fonksiyonun görünümü olduğu hususunda bkz. Osman Gökhan Antalya, **Hukuk Teorisi Cilt I**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 346-347.

²⁴⁹ Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux, **Traité de Droit Civil: Introduction Générale**, 2. Édition, Paris, LGDJ, 1982, s. 659.

²⁵⁰ Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 261; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 284; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 284.

²⁵¹ Yargıtay HGK, T. 02.11.1955, E. 1955/2, K. 1955/42-50; Benzer yönde bkz. **JdT**, 1961 I, s. 544-560 (Tekinay, **a.g.e.**, s. 174-175’ten naklen).

Bunun yanında hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımının özel düzenlendiği durumlar da vardır. Örneğin, vasi yetkilerini kötüye kullandığı takdirde, vesayet makamı tarafından görevden alınması mümkündür (TMK m. 483)²⁵².

Hakkın kötüye kullanılması teşkil eden davranış TBK²⁵³ m. 49 bağlamında tazminat sorumluluğunu da gündeme getirebilir. Hakkın kötüye kullanımı teşkil eden fiil hukuka aykırı nitelik taşıdığı ve başkasına zarar verdiği ölçüde tazmin borcunu doğuracaktır²⁵⁴. Örneğin, sırf karşı tarafa zarar vermek amacıyla sözleşmenin feshedilmesi gibi²⁵⁵.

Görüleceği üzere, hakkın kötüye kullanımının temel yaptırımı, elde edilmek istenen menfaatin korunmamasıdır. Fakat kanaatimizce bu temel yaptırımın **kapsamının** ve **sınırlarının** belirlenmesi hususunda önceden bir hüküm koymak mümkün değildir. Çünkü kötüye kullanılan hak, sadece taraflar arasındaki ilişkiyi etkileyen nispi bir hak olabileceği gibi tarafları aşarak üçüncü kişileri ve hatta kamuyu etkileyecek nitelikte bir hak da olabilir. Örneğin, markanın hükümsüzlüğünü talep hakkının kullanılamaması, sonuçlarını sadece taraflar arasında doğurmaz. Aksine, birbiriyle aynı veya benzer iki markanın aynı anda piyasada faal olması sonucunu doğurduğu için kamuyu da ilgilendirir. Bu sonuç, markanın ayırt edicilik niteliğiyle örtüşmediği gibi SMK m. 5.1.ç ile 6.1 hükümlerinin öngörülüş amacı ile de bağdaşmaz. Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanımının yaptırımının ne olacağı, her somut olay bazında bütüncül bir yaklaşımla gerek taraflar gerek üçüncü kişiler nazarında ortaya çıkacak sonuçların tespiti ile mümkündür. Nitekim TMK m. 2'nin amacı, bozulan eşitsizliği toplumun değer yargılarını koruma düşüncesiyle yeniden temin iken, öngörülecek yaptırımın yeni eşitsizliklere davetiye çıkarmaması gerektiği rahatlıkla söylenebilir.

²⁵² Farklı örnekler için bkz. Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 261; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 96-97; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 545.

²⁵³ RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

²⁵⁴ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 545; Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 261; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 286; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 284; Ghestin, Goubeaux, **a.g.e.**, s. 660.

²⁵⁵ Farklı örnekler için bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 284

1.3.4. Markanın Tekliği İlkesi

1.3.4.1. Genel Açıklamalar

Markanın, maddi bir varlığının olmaması, yani gayri maddi bir mal olması²⁵⁶, aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal veya hizmetler için birden fazla kişi tarafından kullanılabilmesi riskini beraberinde getirmektedir. Bu durum hiç şüphesiz, markanın temel fonksiyonları olarak ifade edilen kaynak gösterme²⁵⁷ ve ayırt edicilik

²⁵⁶ Ayiter, **a.g.e.**, s. 4; Arseven, **a.g.e.**, s. 39; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 459; Kaya, **a.g.e.**, s. 36; Bozgeyik, **a.g.e.**, s. 9; Çolak, **a.g.e.**, s. 11; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 175; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, 14. Bası, s. 430; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 22; Şehirli, **a.g.e.**, s. 4-5; Çağlar, **a.g.e.**, s. 34; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 148; Kervankıran, **a.g.m.**, s. 174.

Gayri maddi malların ortak özelliklerinin şunlar olduğu öğretilde ifade edilmektedir; eşya olmamak, somutlaştığı eşyadan farklılık arz etmek, zaman ve mekândan ari olmak, içeriği istenilen yer ve zamanda tekrarlanabilir olmak [Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 459; Arslan Kaya, “Gelişmekte Olan Ülkeler Sınai Haklarla İlgili Mevzuatlarını Düzenlerken Neleri Göz Önünde Bulundurmalıdır?”, **Makalelerim -I-**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, s. 433; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 21; Levent Yünlü, “Fikri Mülkiyet Hakkı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. XXIII, S. 1-2, 2003, s. 898-899; Paslı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 11].

²⁵⁷ Kaynak gösterme fonksiyonu, markanın, kullanıldığı mal veya hizmetin hangi teşebbüs tarafından üretildiğini, piyasaya sunulduğunu; yani kaynağını göstermesidir [Arseven, **a.g.e.**, s. 7; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 467; Arkan, **Marka**, C. I, s. 38; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 20; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, 17. Bası, s. 458; Karasu, Suluk, Nal, **a.g.e.**, s. 162; Çolak, **a.g.e.**, s. 16; İlhami Güneş, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu İşığı ile Uygulamalı Marka Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 40; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 378; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 18; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 12-13; Çağlar, **a.g.e.**, s. 33; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 315; Sekmen, **a.g.e.**, s. 78; Şanal, **a.g.e.**, s. 3; Sağlam, **a.g.e.**, s. 2, 6; Çamcı, **a.g.e.**, s. 16; Öçal, **a.g.e.**, s. 16; Krayenbühl, **a.g.e.**, s. 19; Miller, Davis, **a.g.e.**, s. 158; Jean Renaud, **a.g.m.**, s. 702; Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 32; Staeffen, **a.g.m.**, s. 16; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 60; Muhlstein, Muhlstein, **a.g.m.**, s. 12; Ilardi, **a.g.e.**, s. 23].

fonksiyonunu²⁵⁸ ve marka hakkının inhisari niteliğini²⁵⁹ olumsuz etkileyecektir. İşte bu olumsuzluğu bertaraf etmek amacıyla, marka hukukunda, teklik ilkesi caridir²⁶⁰.

Markanın tekliği ilkesi, bir markanın, aynı veya benzer türdeki mal veya hizmetler için birden fazla kişi adına tescil ettirilemeyeceği anlamına gelir²⁶¹. Diğer

²⁵⁸ Ayırt etme fonksiyonu sayesinde marka, kullanıldığı mal veya hizmetlerin piyasadaki benzerlerinden ayırt edilmesine olanak sağlar [Arseven, **a.g.e.**, s. 7; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 468; Kaya, **a.g.e.**, s. 60; Arkan, **Marka**, C. I, s. 38; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 20; Karasu (Suluk, Nal), **a.g.e.**, s. 162; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, 17. Bası, s. 458; Çolak, **a.g.e.**, s. 17; Güneş, **Marka Hukuku**, s. 40; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 378; Şehirali, **a.g.e.**, s. 4; Çağlar, **a.g.e.**, s. 33; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 316; Şanal, **a.g.e.**, s. 3; Sekmen, **a.g.e.**, s. 77; Dönmez, **a.g.e.**, s. 20; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 11; Kovar, Larriue, Basire, **a.g.m.**, N. 29, 39; Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 31; Staeffen, **a.g.m.**, s. 16; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 60; Bainbridge, **a.g.e.**, s. 533; Ilardi, **a.g.e.**, s. 23].

²⁵⁹ SMK m. 7.2 hükmü uyarınca marka hakkı sahibi, markasını ekonomik olarak değerlendirme hususunda inhisari bir hakka sahiptir [Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 458; Kaya, **a.g.e.**, s. 37; Çolak, **a.g.e.**, s. 11; Karasu (Suluk, Nal), **a.g.e.**, s. 216; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, 17. Bası, s. 458; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 23; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 176; Meran, **a.g.e.**, s. 37; Şehirali, **a.g.e.**, s. 5; Bozgeyik, **a.g.e.**, s. 8; Kervankıran, **a.g.m.**, s. 174; Çağlar, **a.g.e.**, s. 35; Şehirali Çelik, **Tescilin Anlamı**, s. 64-71; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 160].

²⁶⁰ Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 189; Arkan, **Marka**, C. I, s. 76; Sabih Arkan, “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5.3. Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler”, **BATİDER**, C. XXXIII, S. 3, 2017, s. 6; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381; Çolak, **a.g.e.**, s. 424; Suluk (Karasu, Nal), **a.g.e.**, s. 8; Gün, **a.g.e.**, s. 34; Cafer Eminoğlu, “Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi: Anayasa Mahkemesi’nin 556 Sayılı KHK’nın m. 16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. I, S. 1, 2016, s. 231.

Nitekim AYM bu hususu T. 28.3.2018, E. 2017/172, K. 2018/32 sayılı kararında şöyle ifade etmiştir:

“27. 6769 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre marka; bir işletmenin mal veya hizmetlerini bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması ve sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması koşuluyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler, malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.

28. Bu tanım ışığında markanın tekliği, ayırt ediciliği, taklit edilememe ve belli ölçüde garanti sunma işlevine sahip olabilmesi üçüncü kişilerin markadan bekledikleri temel özelliklerdir.” [http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/ (Çevrimiçi), 30 Kasım 2019].

Aynı yönde AYM, T. 23.12.2015, E. 2015/15, K. 2015/118 sayılı kararı için bkz. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/ (Çevrimiçi), 30 Kasım 2019.

Yargıtay 11. HD, T. 25.03.2019, E. 2018/279, K. 2019/2166; Yargıtay 11. HD, T. 05.02.2019, E. 2017/3695, K. 2019/827; Yargıtay 11. HD, T. 04.02.2019, E. 2017/3674, K. 2019/774; Yargıtay 11. HD, T. 15.01.2019, E. 2017/3604, K. 2019/357 [Kazancı (Çevrimiçi), 14 Ocak 2020].

Aynı yönde bkz. Cass. Com., 4 Haziran 1991, Bulletin 1991 IV 210.

²⁶¹ Yargıtay 11. HD, T. 11.11.2015, E. 2015/4127, K. 2015/11886 sayılı kararı:

“Dairemizin uygulamada kararlılık kazanan içtihatları uyarınca markada öncelik ve teklik ilkesi geçerli olup, kural olarak mükerrer marka tescili mümkün değildir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 14 Ocak 2020].

bir anlatımla bir markanın tek bir sahibi bulunur; marka birden fazla kişi adına ayrı ayrı tescil edilemez²⁶². Bu ilke sayesinde, bir yandan teşebbüslerin marka ile yarattığı ekonomik menfaati koruması ve sürdürmesi sağlanmakta, diğer yandan tüketicilerin yanıltılması ve aldatılması önlenmektedir²⁶³. Vurgulamak gerekir ki markanın tekliği ile ifade edilmek istenen, markanın, tescil edildiği mal veya hizmetlerde tek olmasıdır. Marka müşterek mülkiyete de konu olabilir, ancak bu markanın tekliği ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Markanın tekliği ilkesinin pozitif dayanağını SMK m. 5.1.ç ve 6.1 hükümleri teşkil etmektedir. Bu iki düzenleme de markanın tekliği ilkesini işler kılmak ve marka olarak tescil edilecek işaretler arasındaki ayırt ediciliği artırmak amacıyla öngörülmüştür. Gerçekten SMK m. 5.1.ç hükmü açıkça, aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğini dile getirirken; SMK m. 6.1 hükmü, işaretler ve bunların tescilli olduğu mal veya hizmetler arasındaki benzerlik kıstasını biraz daha

Yargıtay 11. HD, T. 24.06.2008, E. 2007/1013, K. 2008/8453 sayılı kararı:

“Türk Marka Hukukunda tescil sisteminde ‘öncelik ve marka tescilinde teklik’ geçerlidir. Bu ilke, tescilli bir markanın varlığı halinde, aynı veya benzer olan işaretin ‘mükerrer tesciline’ izin vermez. 556 sayılı KHK’nın 8/3. ve 5. maddelerine göre, bir işaret üzerinde öncelikli sınai hak sahibi olanların itirazı üzerine, maddede yazılı koşulların oluşması halinde, bu işaretin aynı veya benzeri olan işaret başkası adına marka olarak tescil edilemez.” (Baykara, Yavuz, Alica, **a.g.e.**, s. 90).

Mükerrer tescilin mümkün olmadığına ilişkin çeşitli Yargıtay kararları için bkz. Çolak, **a.g.e.**, s. 424-429.

²⁶² Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 189; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381; Çolak, **a.g.e.**, s. 424; Gün, **a.g.e.**, s. 34; Arkan, **SMK 5.3**, s. 6; Eminoğlu, **a.g.m.**, s. 231.

²⁶³ Yargıtay 11. HD, T. 23.12.2015, E. 2015/6134, K. 2015/13829 sayılı kararı:

“Türk Marka Hukukunda “tescilde öncelik ve teklik ilkesi” geçerlidir. Yasa koyucu bu yolla piyasada aynı veya benzer mal ve hizmetler için mükerrer markanın varlığını önleyerek; bir yandan, önceki markaya yapılan yatırımı korurken diğer yandan da nihai alıcı olan tüketicilerin satın aldıkları mal veya hizmetin kökeni konusunda yanıltılmalarını önleyerek korunmalarını amaçlamıştır. Öte yandan Türk Marka Hukukunda “gerçek hak sahipliği ilkesi” de benimsenmiştir. Buna göre, bir markayı, ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişi, marka üzerinde gerçek hak sahibidir. Bu ilke uyarınca; 556 Sayılı KHK’nın 8/3. maddesine göre, bir işaret üzerinde önceye dayalı gerçek hak sahibi olanların itirazı üzerine, maddede yazılı koşulların oluşması şartıyla, bu işaretin aynı veya benzeri olan işaretin başkası adına marka olarak tescil edilmesine karşı çıkma veya tescil edilmiş ise hükümsüzlüğünü talep etme hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte önceye dayalı gerçek hak sahipliği, tescil edilmiş bir markayı hükümsüz kılmadan, hak sahibine kendi markasını tescil ettirme hakkı vermeyecektir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 14 Ocak 2020].

genişletmek suretiyle benzer işaretlerin benzer mal veya hizmetler açısından tescil edilmesinin önlenebileceğini hm altına almıştır.

Nitekim markanın tekliği ilkesine o denli ehemmiyet atfedilmiştir ki, SMK m. 5.1. hm marka tescilinde mutlak bir ret nedeni olarak dzenlenmiřtir²⁶⁴. Böylece başvuru aşamasında TRKPATENT²⁶⁵ tarafından resen göz önünde bulundurulur; bununla birlikte sehven uygun olmayan bir tescile müsaade edilmesi halinde de markanın hmszlğ talep edilebilir (SMK m. 25.1).

1.3.4.2. Markanın Tekliği İlkesinin İstisnası Olarak Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı

1.3.4.2.1. Genel Olarak İstisnalar

Yukarıda izah edildiği üzere, markanın tekliği esastır. Marka, tescilli olduğu mal veya hizmetler bakımından tektir. Bu ilke, bir yandan önceki marka sahiplerini, diğer yandan tüketiciyi korur. nceki marka sahibi, markasını kullanarak bir ekonomik değer ortaya çıkarmıştır ve bunun korunması gerekir. Tüketiciler ise, bir markanın kalitesi, garantisi, kaynağı hakkında ortalama bir kanaate sahiptir, ancak aynı markanın birden fazla olması halinde tüketiciler yanılgıya düşecek ve arzu ettikleri ürünlere ulaşmakta zorlanacaktır.

Görüleceği üzere, teklik ilkesi toplumun ve teşebbüslerin menfaatlerinin korunması bağlamında son derece önemli ve muhafazası gereken bir ilkedir. Buna

²⁶⁴ Bununla birlikte SMK m. 5.1. hmnn diğer mutlak ret nedenlerinden ayrıştığı yönünde bkz. aş. Bölüm 3.1.3. SMK m. 5.1. hmnn mutlak bir ret nedeni olmasının eleştirisi için bkz. Arkan, **SMK 5.3**, s. 1 vd. Farklı hukuk sistemlerindeki durum için bkz. Gün, **a.g.e.**, s. 48-49. Benzer yönde SMK m. 5.1. hmnn kamu menfaatini gözetmediği, mehz AB mevzuatı kapsamında da nispi ret nedeni olarak düzenlendiği görüşü için bkz. Arslan Kaya, Soru-Cevap, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Bir Yıllık Uygulaması Sempozyumu, İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu, <https://www.youtube.com/watch?v=28cctjJiXXM> (evrimii), 14 Ocak 2020. SMK ile getirilen muvafakatname kurumunun teklik ilkesi üzerine etkisi hakkında bkz. H. Ali Dural, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 5/3 Düzenlemesi: Coexistence, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Bir Yıllık Uygulaması Sempozyumu, İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu, <https://www.youtube.com/watch?v=28cctjJiXXM> (evrimii), 14 Ocak 2020.

²⁶⁵ 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG, T. 15.07.2018, S. 30479) m. 358 uyarınca Türk Patent ve Marka Kurumu’nun kısa adıdır.

karşılık, bu ilkeye bir kısmı doğrudan SMK'de, bir kısmı ise içtihatlar yoluyla öngörölmüş istisnalar getirilmiştir.

Doğrudan SMK'de getirilen istisnalara birkaç örnek verelim. SMK m. 5.3 hükmü, bir marka başvurusunun, önceki marka sahibinin başvurusunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin sunulması hâlinde SMK m. 5.1.ç bendine göre reddedilemeyeceğini belirtir²⁶⁶. Hüküm, markanın tekliği ilkesine önemli bir istisna getirir gözükmeğtedir. Gerçekten muvafakatname ile birbirinin aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede benzeri olan iki işaretin aynı anda var olması mümkün kılınmaktadır²⁶⁷. Bir diğer örnek ise SMK m. 31.3 hükmü ile düzenlenen ortak marka istisnasıdır²⁶⁸. Hükme göre, “(o)rtak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işaretlerdir.” Ortak marka²⁶⁹, marka sahibi olan bir grubun mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye hizmet eder (SMK m. 31.4)²⁷⁰. Ortak markanın sahibi,

²⁶⁶ **Tekinalp ve Çamoğlu**, hükmün hangi ihtiyaca binaen getirildiğinin anlaşılamadığını, genel gerekçeden hareketle düşünölebilecek en olası ihtiyacın, “bir babanın ve kardeşlerinin kullandıkları, tanınmışlık düzeyindeki bir markanın aile fertlerince muvafakat bağlamında kullanılabilmesi” imkânı olduğunu ifade etmektedirler (Tekinalp, Çamoğlu, **a.g.e.**, s. XIX-XX).

Kaya, mutlak ret nedenlerinin kamu düzeni ile ilgili olduğunu, buna iradi bir istisna getirmenin kanun sistematığına aykırı olduğunu fikrindedir [Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 476].

²⁶⁷ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 476; Çolak, **a.g.e.**, s. 147; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 48; Cahit Suluk, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiğı Yenilikleri”, **TFM**, C. IV, S. 1, 2018, s. 94; Hamdi Yasaman, “Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler”, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 134-135; Fatih Aydoğan, Sergöl Balsever, “Marka Hukukunda Birlikte Var Olmada Ortaya Çıkan Sorunlara Bir Çözüm Önerisi: Ortak Marka Teknik Şartnamesi”, **REGESTA**, C. IV, S. 2, 2019, s. 202; Ahmet Hasan Kılıç, “Markaların Birlikte Var Olma Sözleşmesi”, **TFM**, C. III, S. 2, 2017, s. 80; Elif Betöl Akın, “Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Marka Tescil Süreçlerine İlişkin Düzenlemeler ve Yenilikler”, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 182.

²⁶⁸ Arkan, **SMK 5.3**, s. 6.

²⁶⁹ Ortak marka hakkında detaylı bilgi için bkz. Sami Karahan, “Ortak Marka”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, 2 C., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, C. I, s. 1098-1132; Paslı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 410 vd.

²⁷⁰ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 464; Arkan, **SMK 5.3**, s. 6; Çolak, **a.g.e.**, s. 20; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 31; Yasaman, Yüksel (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu), **a.g.e.**, C. II, s. 996; Karahan, **Ortak Marka**, s. 1116; Hayri Bozgeyik, “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”, **İÜHF**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 95; Battal, **Marka Ortaklık**, s. 182.

ilgili gruba dâhil olan her bir kişidir²⁷¹. Dolayısıyla, ortak markanın varlığı halinde, aynı marka birden çok teşebbüs tarafından kullanılmakta ve markanın tekliği ilkesi rafa kaldırılmaktadır.

1.3.4.2.2. Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı İstisnası ve Değerlendirme

Markanın tekliği ilkesinin bir diğer istisnası ise, bu çalışmanın konusunu teşkil eden sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesidir²⁷².

Gerçekten, sessiz kalma suretiyle hak kaybına dayalı olarak verilen mahkeme kararı sonucunda, aynı veya benzer markanın iki sahibi ortaya çıkmaktadır. Daha açık bir anlatımla, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına dayanan taraf lehine karar verildiği takdirde, davacı ile davalının aynı veya benzer işaretlerden müteşekkil iki ayrı markası birlikte var olur konuma gelmektedir²⁷³.

Buradan çıkarılması gereken en temel sonuç şudur: Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, marka hukukunun temel ilkelerinden biri olan teklik ilkesine istisna teşkil eder ve bu sebeple dar bir yoruma tabi tutulmalıdır. Çünkü bir işaretin, tescilli olduğu mal veya hizmetlerde tek olması asıl, aksi durum ise istisnadır. Teklik ilkesinin, önceki marka sahipleri yanında tüketicileri ve geniş anlamda toplumu koruma fonksiyonu gözetildiğinde ilkenin dar yorumlanması gerekliliği daha iyi anlaşılacaktır²⁷⁴.

Nitekim Arkan bu durumu muvafakatname açısından ele aldığı makalesinde şöyle yazar:

²⁷¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 372; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 464; Çolak, **a.g.e.**, s. 20; Yasaman, Yüksel (Altay, Ayoğlu, Yusufoglu), **a.g.e.**, C. II, s. 998; Karahan, **Ortak Marka**, s. 1103.

²⁷² Arkan, **SMK 5.3**, s. 6-7; Battal, **Marka Ortaklık**, s. 182; Çolak, **a.g.e.**, s. 427; Karine Favro, “La Recherche de l’Interet du Public à la Lecture du Code de la Propriété Intellectuelle”, **Legicom**, No. 53, 2014, s. 91.

²⁷³ Battal, **Marka Ortaklık**, s. 184-185.

²⁷⁴ Teklik ilkesinin arz ettiği önem açısından açıklamalarımız için bkz. yuk. Bölüm 1.3.4.1.

“SMK 5.3’te yer alan ve muvafakat verilmesi halinde mükerrer tescile izin veren hüküm, esas itibarıyla dar bir yoruma tabi tutulmalı ve muvafakat verilmesi yoluyla, tüketicilerin mal/hizmetin kaynağını, kalitesinden sorumlu işletmeyi belirlemede yanlışlığa düşmeleri engellenmektedir (engellenmelidir).”²⁷⁵

İtalyan Temyiz Mahkemesi de Ferrari c Ferrari Club Milano kararında sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin istisnai bir düzenleme olduğunu açıkça belirtmiş ve ilkenin geniş yoruma tabi tutulamayacağını altını çizmiştir²⁷⁶. Son olarak, **Dessemontet**’e göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini çok istisnai durumlarda uygulamak gerekmektedir. Zira üçüncü kişilerin (bilhassa tüketicilerin) menfaatlerinin korunması amacıyla ayırt edici işaretlerin kullanımı hususunda belli bir istikrarın sağlanması şarttır²⁷⁷.

Dolayısıyla, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesine ve bunun sonuçlarına ilişkin yapılacak her türlü yorum faaliyetinde temel bir yorum kuralı olan, **istisnalar dar yorumlanır**²⁷⁸ kuralının sınırları içerisinde kalmak gerekir.

²⁷⁵ Arkan, **SMK 5.3**, s. 10.

²⁷⁶ İtalya Temyiz Mahkemesi, 27 Kasım 2013, Case No. 26498/2013, Ferrari c Ferrari Club Milano (INTA, “Italy – Italian Supreme Court – Acquiescence – Can acquiescence apply where the defendant’s mark is not registered?”, **TMR**, Vol. CIV, No. 2, 2014, s. 639-641).

²⁷⁷ François Dessemontet, **La Propriété Intellectuelle et Les Contrats de Licence**, 2. Edition, Lozan, CEDİDAC, 2011, s. 561.

²⁷⁸ İstisnalar dar yorumlanır kuralı, Latince **singularia non sunt extendenda** (istisnalar geniş yorumlanamaz) veya **exemptiones sunt strictissimae interpretationis** (istisnalar dar yorumlanır) özdeyişleri ile ifade edilir. Bu yorum ilkesi, kural ile kuralın istisnası arasındaki mantiki dengenin korunması gereğinden doğmuştur. Başlı başına bir inceleme konusu olacak bu yorum ilkesi hakkında bilgi için bkz. Gözler, **a.g.e.**, s. 329-332; Aynur Yongalık, “‘İstisnalar Dar Yorumlanır’ Kuralı ve Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, C. LX, S. 1, 2011, s. 1-15.

İKİNCİ BÖLÜM

SESSİZ KALMA SURETİYLE HAK KAYBININ

UYGULANMA KOŞULLARI

İlk bölümde sessiz kalma suretiyle hak kaybı kavramını, mahiyetini ve yapılacak yorum faaliyetinde gözetilmesi gereken temel ilkeleri ve menfaatler çatışmasını ortaya koymaya çalıştık.

Bu bölümde ise sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanma koşulları, yani hangi hususların varlığı halinde ilkenin uygulanabileceği çalışmaya yansıtılacaktır. Gerçekten, ilkenin uygulanma koşulları izah edilmeksizin ortaya çıkacak sorunların ve sonuçların tam manasıyla kavranabilmesi mümkün değildir. Çünkü ilkenin uygulanma koşulları, yukarıda teorik olarak ifade etmeye çalıştığımız ilkelerin ve menfaatler çatışmasının somutlaşmasına ve daha net anlaşılabilmesine olanak tanıyacak; böylelikle daha sağlıklı ve hukuki metodolojiye uygun sonuçlara ulaşılmasına ön ayak olacaktır.

Bu bölümün planı ise, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanma koşullarına paralel şekilde seyredecektir.

2.1. GENEL AÇIKLAMALAR

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için belirli birtakım koşulların kümülatif olarak varlığı şarttır. Aksi hâlde, yani koşullardan birinin bile mevcut olmaması halinde sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi uygulama alanı bulamaz¹.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybının söz konusu olabilmesi için gereken koşulların tespiti hususunda SMK m. 25.6 hükmü yol gösterici niteliktedir. Bunun yanında mehz AB mevzuatı ile diğer ülke mevzuatlarındaki düzenlemeler de göz önünde bulundurulmalıdır.

¹ Işık, **a.g.e.**, s. 65.

Kanaatimizce, SMK m. 25.6 hükmünde ifadesini bulan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanma koşullarını şu üç başlık altında sıralamak mümkündür²:

- (i) Önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma sessiz kalması,
- (ii) Sessiz kalma halinin birbirini izleyen beş yıl boyunca sürmüş olması,
- (iii) Sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olması.

2.2. ÖNCEKİ HAK SAHİBİNİN, SONRAKİ TARİHLİ MARKANIN KULLANILDIĞINI BİLDİĞİ VEYA BİLMESİ GEREKTİĞİ HÂLDE BU DURUMA SESSİZ KALMASI

2.2.1. Önceki Hakkın Varlığı

Sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanabilmesi için her şeyden önce önceki tarihli bir marka hakkının varlığı gerekir.

SMK m. 25.6 hükmünün lafzı, sadece önceki ve tescilli marka sahibi aleyhine sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanacağı izlenimi yaratmaktadır. Fakat yukarıda gerekçeleriyle izah ettiğimiz üzere, madde metninde geçen marka sahibi ibaresinin tescilsiz marka sahiplerini de kapsayacak şekilde anlaşılması gerekmektedir^{3, 4}.

² Öğretide ilkenin uygulanma koşulları farklı başlıklar altında incelenmektedir. Örneğin, **Çolak**, haberdar olma, sessiz kalma, süre ve iyiniyetli olma koşulları altında inceleme yapmayı tercih etmiştir (Çolak, **a.g.e.**, s. 872-888). **Erdil**, bunlara ek olarak kamu yararının olmadığı bir ihlalin söz konusu olması gerektiğini zikretmiştir (Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 480).

³ Bkz. yuk. Bölüm 1.2.3.

⁴ Çalışmamızın hacmini artırmamak amacıyla marka hükümsüzlüğü davası vd. konulara değinilmemiştir. Bu konulara ilişkin etraflıca bilgi için bkz. Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 532-536; Çolak, **a.g.e.**, s. 934-954; Arkan, **Marka**, C. II, s. 155-170; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 472-491; Küçükali, **a.g.m.**, s. 120-141; Bozgeyik, **a.g.e.**, s. 27 vd.; Sekmen, **a.g.e.**, s. 93 vd.; Karahan, **a.g.e.**, s. 5 vd.; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 205-209; Çağlar, **a.g.e.**, s. 173-187; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 845-915; Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 378-416; Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 22-27; Dessemontet, **Propriété Intellectuelle**, s. 240-248; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 537-558.

2.2.2. Sonraki Tarihli Markanın Kullanılması

2.2.2.1. Genel Açıklamalar

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için gereken koşullardan ilki sonraki tarihli markanın kullanılmasıdır⁵.

SMK m. 25.6 hükmünde açıkça bu koşula yer verilmiştir. Hükmün lafzında geçen “... sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını...” ifadesi bu hususu ortaya koymaktadır. Benzer şekilde mehz AB marka hukukunda da, sonraki tarihli markanın kullanılması gerekliliği sarıh bir şekilde pozitif düzenlemeye yansıtılmıştır. Gerçekten de, 2014/2536 sayılı Direktif m. 9 ile 2017/1001 sayılı Tüzük m. 61’de “... *in the use of a later trade mark...*” – “... *l’usage d’une marque postérieure...*” ifadelerine yer verilmiştir. Son olarak Fransız kanun koyucusu da, Fikri Mülkiyet Kanunu m. 716-2-8’de “... *l’usage d’une marque postérieure...*” ifadesine yer vererek, sonraki tarihli markanın kullanılması gerekliliğini açıkça gözler önüne sermiştir.

Görüleceği üzere, sonraki tarihli marka sahibinin, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına dayanabilmesi için, markasını kullanıyor olması gerekmektedir. Eğer sonraki marka kullanılmıyor ise, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının dinlenilmesi mümkün değildir. Gerçekten, MarkaKHK döneminde, öğreti ve Yargıtay

⁵ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 477; Durrande, **Droit des Marques**, s. 130; Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 251; Buydens, **a.g.e.**, s. 167; Thibault Lancrenon, “La Notion d’Usage « à Titre de Marque »”, **Legicom**, No. 53, 2014, s. 102; Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 77; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 859; Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Işık, **a.g.e.**, s. 110-125.

Benzer yönde Yargıtay 11. HD, T. 19.11.2009, E. 2008/5295, K. 2009/12100 sayılı kararı:

“Dava konusu markanın kapsadığı ve mahkemece de kullanılmadığı belirlenen emtialar yönünden ise uzun süre sessiz kalındıktan sonra açılan davanın MK’nın 2. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi hali ..., somut olaydaki gibi kullanılmayan bir markanın hükümsüzlüğüne ilişkin olarak aynı KHK’nın 14 ve 42/c bendine göre açılan bir iptal davasında açıklanan ilkenin uygulanması mümkün bulunmamaktadır.” (Pekdincer, Giray, Baş, **a.g.e.**, s. 136-137).

SMK döneminde verilmiş İstanbul 2. FSHM, T. 12.04.2018, E. 2017/101, K. 2018/94 sayılı kararı:

“SMK m.25/VI marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötü niyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez. **Dava açan tarafın markanın varlığından haberdar olması için öncelikle markanın kullanılmış olması gerekmektedir. (vurgu)**” [Kanunum (Çevrimiçi), 15 Nisan 2020].

kararları tarafından sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için öngörülen koşullardan birisi de sonraki tarihli marka sahibinin korunmaya değer bir konumda bulunması şeklinde ifade edilmekte idi⁶. Temelini TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralından alan ve ilk amacını sonraki tarihli marka sahibinin korunması olarak tespit ettiğimiz sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için sonraki tarihli marka sahibinin korunmaya değer bir menfaatin olması gerektiği şüpheden uzaktır. SMK ile pozitif plana yansıtılan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanma koşullarından biri olan sonraki tarihli markanın kullanılması zorunluluğu, işte sonraki tarihli marka sahibi nezdinde oluşması gereken korunmaya değer menfaatin ortaya çıkmasına hizmet etmektedir. Sonraki tarihli, fakat kullanılmayan bir markanın sahibinin korunmaya değer bir menfaatinin olması kabul edilemez ve marka sahibinin korunması da beklenemez.

Burada ifade etmek gerekir ki, SMK m. 25.6 bağlamında inceleme yapan hâkimin, sonraki tarihli markanın yarattığı ekonomik varlığın korunmaya muhtaç olup olmadığı noktasında takdiri bir değerlendirmeye girmesi gerekmemektedir. Aşağıda izah edeceğimiz diğer koşullarla birlikte, sonraki tarihli markanın kullanılıyor olması sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilmesi için yeterlidir.

Sonuç olarak sonraki tarihli markanın kullanılması, dürüstlük kuralının marka hukukundaki eseri olan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması için olmazsa olmaz ilk koşuldur.

2.2.2.2. Kullanma Kavramı

Yukarıda, sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanması için markanın kullanılması gerektiğini belirttik. Fakat bu kullanımdan ne anlaşılması gerektiği ve kullanımın niteliğinin/ölçüsünün ne olacağı sorularının cevaplanması gerekir⁷. Çünkü

⁶ Yanlı, **a.g.m.**, s. 303-307; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 282-283. İsviçre öğretisinde bkz. Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 116; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 245.

⁷ Markanın kullanılması hakkında bilgi için bkz. Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 501-504; Kaya, **a.g.e.**, s. 197-205; Paslı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 537-563; Hanife Dirikkan, “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1998, s. 219-280; Gizem Coşgun, **Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018; Fatih Bilgili, “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya göre Tescilli Markanın Kullanılması

marka hukukunda, markanın kullanımına atfedilen özel bir anlam vardır ve her kullanım SMK bağlamında korunmamaktadır.

Kanun koyucu, markanın kullanımına ilişkin iradesini SMK m. 9 hükmüne yansıtmıştır. Hükmün birinci fıkrasında, markanın tescil edildiği mal veya hizmetler açısından ciddi biçimde kullanılması külfeti ifade edilmiş ve SMK m. 26.1.a hükmünün yaptığı atıfla buna aykırı durumlarda markanın iptaline karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. İkinci ve üçüncü fıkralarda ise, markanın kullanımı olarak sayılacak durumlar belirtilmiştir. Hükmün gerekçesinde de markanın kullanımına ilişkin şu ifadeler yer verilmiştir:

“Maddede markanın, tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılması gereğine açıkça işaret edilmiştir. Ancak maddede söz konusu olan kullanım, markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi için Türkiye’de kullanımıdır. İngilizce’de ‘genuine use’ biçiminde tarif edilen bu kullanım, doktrin ve içtihatla ‘ciddi biçimde kullanım’ olarak yerleşmiştir. Bu nedenle sırf üçüncü kişilerin markayı iptal ettirmesini önlemek amacıyla, markanın evraklar veya ilanlar aracılığıyla kullanılması ve benzeri durumlar madde kapsamında kullanım olarak mütalaa edilemeyecektir.”⁸

Görüleceği üzere, bir markanın korunabilmesi için tescilli olduğu mal veya hizmetlerde ciddi biçimde kullanılıyor olması gerekmektedir^{9, 10}. Bu bağlamda

Zorunluluğu”, **TBB Dergisi**, S. 74, 2008, s. 29-42; Müge Özarmağan, **Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008; Eric Meier, **L’obligation d’Usage en Droit des Marques**, Lozan, Schulthess Juristische Medien AG, 2005.

⁸ Baykara, Yavuz, Alica, **a.g.e.**, s. 64-65.

⁹ Meier, **a.g.e.**, s. 6; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 189; Numan Sabit Sönmez, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar”, **İÜHFİM**, C. LXXVI, S. 1, 2018, s. 278.

Luby bu hususu şöyle ifade etmiştir: “La < marque > n’est pas un signe protégé en tant que tel, mais en tant qu’il distingue les produits ou services d’une entreprise déterminée.” (Monique Luby, “Définition de l’Usage Sérieux Évitant la Déchéance de la Marque”, **RTD Com.**, 2003, s. 602).

Yargıtay 11. HD, T. 25.05.2009, E. 2008/2244, K. 2009/11685 sayılı kararı:

“Marka sahibine, markasını tescil ettirmesi nedeniyle tanınan koruma ve mutlak inhisari hak, markanın işlevini yerine getirecek şekilde kullanılması koşuluna bağlanmıştır.” (Baykara, Yavuz, Alica, **a.g.e.**, s. 65).

¹⁰ Markanın kullanılması şeklinde bir külfetin getirilmesinin altında yatan gerekçeler şunlardır: İlk olarak, bir işaretin marka olarak tescili için, işaretin daha önce kullanılmış olması gerekmeyip sadece belirlenen başvuru ve tescil ücretinin yatırılması yeterlidir. Bu durumun doğal neticesi ise,

markanın kullanımı ile kastedilen ise markanın iktisadi hayatın içerisinde temel fonksiyonlarını icra edecek şekilde ciddi ve eylemli kullanılması halidir¹¹. Bu ifadeyi biraz daha açmak ve markanın kullanılmasına atfedilen özel anlama dörbün tutmak gerekir.

Bu bağlamda, ilk olarak, marka, temel fonksiyonlarını icra edecek şekilde kullanılmalıdır¹². Marka, mal veya hizmetleri benzerlerinden ayırt etmek suretiyle ilgili tüketici kitlesi pazarında kullanılmalı, tüketiciye arz edilmeli, yani marka iktisadi hayatın içerisinde konumlandırılmalıdır¹³. Bu konumlandırma sayesinde, marka

tescilli marka sayısında yaşanan artış ve birçok işaretin kamuya kapanması olmuştur. İşte markanın kullanılması külfetinin ve buna aykırılığın markanın iptali yaptırımına bağlanmasının altında, bir hayli kalabalıklaşan marka sicilinin kullanılmayan/âtil markalardan temizlenmesi fikri yatmaktadır (Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 455; Meier, **a.g.e.**, s. 8; Dessemontet, **Droit des Marques**, s. 43; Luby, **a.g.m.**, s. 602; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 180; Sönmez, **a.g.m.**, s. 279; Dirikkan, **a.g.m.**, s. 222-223; Coşgun, **a.g.e.**, s. 28; Bilgili, **Kullanmama**, s. 29; Akın, **Yenilikler**, s. 188; Meran, **a.g.e.**, s. 386). İkinci olarak, markaların sahibine sağladığı tekel hakkının piyasada üçüncü kişilerin hareket alanını daraltmasının ortaya çıkaracağı zarar, ancak tekel hakkı sahibinin markasını kullanması ile dengelenebilir [Meier, **a.g.e.**, s. 8-12; Dessemontet, **Droit des Marques**, s. 43; Luby, **a.g.m.**, s. 602; Arslan Kaya, “Kullanmama Sebebiyle Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 375; Sönmez, **a.g.m.**, s. 279; ATF 139 III 424, <https://www.swisslex.ch/> (Çevrimiçi), 15 Mart 2020]. Nitekim ABAD bir kararında, tescilli bir AB markasının kullanılmamasının, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını (geniş manada piyasada) kısıtlama riskini doğurduğunu ifade etmektedir [ABAD, 19 Aralık 2012, C-149/11, Leno Marken BV c Hagelkruis Beheer BV (<https://curia.europa.eu>) (Çevrimiçi), 10 Mart 2020]]. Bektaş’a göre ise, ABAD, markanın kullanılması külfetini düzenleyen hükümlerin amacının, geniş manada markalar arasındaki ihtilafları en aza indirmek olduğunu ifade etmektedir (İbrahim Bektaş, “Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali – AB Adalet Divanı’nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, C. XVII, S. 2, 2018, s. 222-223).

- ¹¹ Arslan Kaya, “Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali”, **I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu**, yay. haz. R. Eda Güngör, Ahmet Kalafat, M. Buket Soygüt, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2005, s. 196; Kaya, **a.g.e.**, s. 197; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 501; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 121; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 323; Dirikkan, **a.g.m.**, s. 235; Coşgun, **a.g.e.**, s. 28; Meran, **a.g.e.**, s. 386; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 190-191.

Yargıtay 11. HD, T. 12.06.2013, E. 2012/13423, K. 2013/12221 sayılı kararı:

“Oysa, *KHK'nin 14. maddesi uyarınca marka sahibi, tescilli markasını kural olarak yurt içinde veya ihracatta, kendisi veya izni ile 3. şahıs tarafından sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanmalı ve markayı kullanmaya kesintisiz beş yıl ara vermemelidir.*” [HukukTürk (Çevrimiçi), 5 Mart 2020].

- ¹² Kaya, **Kullanmama**, s. 197; Kaya, **a.g.e.**, s. 199; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 501; Sönmez, **a.g.m.**, s. 296; Bektaş, **a.g.m.**, s. 225; Dirikkan, **a.g.m.**, s. 236; Özarmağan, **a.g.e.**, s. 28; Coşgun, **a.g.e.**, s. 28; Pelin Karaaslan, “Tescil Hakkının Kazanılması, Muhafaza Edilmesi ve İhlal Edilmesinin Bir Koşulu Olarak ‘Markanın Kullanılması’”, **FSHD**, C. XII, S. 48, 2016, s. 1174; Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 316; Meier, **a.g.e.**, s. 26-27; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 191.

- ¹³ Kaya, **Kullanmama**, s. 197; Kaya, **a.g.e.**, s. 199; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 501; Lancrenon, **Usage**, s. 104; Meier, **a.g.e.**, s. 30; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 190.

menşei gösterme ve ayırt etme fonksiyonunu yerine getirir ve tüketicilerin arzu ettiği mal veya hizmetlere ulaşmasını sağlar.

İkinci olarak, marka tescilli olduğu mal veya hizmetlerde ve Türkiye’de kullanılmalıdır¹⁴. Marka ancak kullanıldığı mal veya hizmetler nazarında korunur. Diğer bir deyişle, marka tescilli olduğu mal veya hizmetlerin bir kısmında kullanıyor olsa bile, kullanılmayan mal veya hizmetler açısından iptali gündeme gelebilir¹⁵.

Son olarak, kullanımın niteliği üzerinde durulmalıdır. SMK m. 9.1’de de ifade edildiği üzere kullanım, ciddi (genuine use, l’usage serieux) olmalıdır^{16, 17}. Bu bağlamda, ciddi kullanımın nasıl olacağına ilişkin olarak ABAD, 2003 yılında **Ansul BV v Ajax Brandbeveiliging BV**¹⁸ kararında şu sonuçlara ulaşmıştır¹⁹: Mahkeme’ye

Bu konumlandırmanın en ideal hali, markanın mal veya hizmetler üzerinde kullanılmasıdır (Arkan, **Ticari İşletme**, s. 323; Sönmez, **a.g.m.**, s. 296). Bununla birlikte, ticari hayatın içerisinde markanın fonksiyonlarının icrasına olanak tanıyan farklı kullanımların da olması mümkündür (Dirikkan, **a.g.m.**, s. 236; Sönmez, **a.g.m.**, s. 296). Farklı kullanım tipleri hakkında etraflıca bilgi için bkz. Meier, **a.g.e.**, s. 32-41.

¹⁴ Kaya, **Kullanmama**, s. 197; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 501; Ünal Tekinalp, “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikleri”, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, ed. Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 25; Sönmez, **a.g.m.**, s. 298; Dirikkan, **a.g.m.**, s. 242; Çolak, **a.g.e.**, s. 961; Özarmağan, **a.g.e.**, s. 40; Coşgun, **a.g.e.**, s. 35-36; Karaaslan, **Markanın Kullanılması**, s. 1177-1178; Meran, **a.g.e.**, s. 387; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 458 vd.; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 193.

¹⁵ Kaya, **Kullanmama**, s. 197-198; Kaya, **a.g.e.**, s. 199; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 501; Sönmez, **a.g.m.**, s. 298; Dirikkan, **a.g.m.**, s. 242; Çolak, **a.g.e.**, s. 962; Meier, **a.g.e.**, s. 25-26; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 191.

¹⁶ Kaya, **Kullanmama**, s. 197; Kaya, **a.g.e.**, s. 198; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 501; Çolak, **a.g.e.**, s. 971-973; Tekinalp, **SMK**, s. 25; Sönmez, **a.g.m.**, s. 297; Dirikkan, **a.g.m.**, s. 243; Çolak, **a.g.e.**, s. 957; Özarmağan, **a.g.e.**, s. 34; Coşgun, **a.g.e.**, s. 40; Meran, **a.g.e.**, s. 387; Karaaslan, **Markanın Kullanılması**, s. 1174; Bektaş, **a.g.m.**, s. 228 vd.; Hayrettin Çağlar, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, S. 1, 2017, s. 6. Kavramın AB hukuku özelinde analizi için bkz. Esen Cam, “Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın ‘Gerçek Kullanım’ Problemi”, **TFM**, C. II, S. 2, 2016, s. 27-41; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 191.

¹⁷ Ciddi kullanım hakkında etraflıca bilgi için bkz. Meier, **a.g.e.**, s. 41-52.

¹⁸ ABAD, 11 Mart 2003, C-40/01, Ansul BV v Ajax Brandbeveiliging BV [<https://curia.europa.eu> (Çevrimiçi), 10 Mart 2020].

¹⁹ Karar hakkında incelemeler için bkz. Çolak, **a.g.e.**, s. 972; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 461 vd.; Sylviane Durrande, “Déchéance de la Marque: Précision sur la Notion « d’Usage Sérieux »”, **Recueil Dalloz**, 2003, s. 2691; Bonita Trimmer, Giles Parsons, “How Genuine Use is Treated Across the EU”, **Managing Intellectual Property**, S. 261, 2016, s. 39; Michael Bohaczewski, “Etendue Territoriale de l’Usage Sérieux de la Marque Communautaire”, **Ottawa Law Review**,

göre, iptal yaptırımından kurtulmak amacıyla gerçekleştirilen sembolik kullanımlar, ciddi kullanım olarak değerlendirilemez²⁰. Buna karşılık, markanın kullanımının ciddi kullanım olarak mütalaa edilebilmesi için marka, temel fonksiyonunu işler kılacak şekilde (tescilli olduğu mal veya hizmetlerin kaynağını gösterecek şekilde) ve pazar payı kazanmak veya mevcut pazar payını korumak amacıyla kullanılıyor olmalıdır²¹.

Burada hemen belirtelim ki, markanın ciddi biçimde kullanılıp kullanılmadığı, her somut olay özelinde bir inceleme yapılmasını gerektirir²². Gerçekten de, her ürün veya hizmetin tüketiciye sunumu aynı esaslara ve yöntemlere tabi olmadığı gibi her pazarın ve tüketici kitlesinin kendisine has dinamiklerinin mevcudiyeti de bu gerekliliğe işaret eder.

Bütün bu açıklamalar ışığında, kanaatimizce, sonraki tarihli markanın sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ile korunabilmesi için, bu markanın SMK m. 9.1 bağlamında ciddi biçimde kullanılıyor olması gerekir²³. Bu kanaatimize gerekçe

Vol. 45, No. 1, 2013, s. 8; Sönmez, **a.g.m.**, s. 297-298; Bektaş, **a.g.m.**, s. 229; Cam, **a.g.m.**, s. 29-30.

²⁰ Çolak, **a.g.e.**, s. 973; Durrande, **Usage Sérieux**, s. 2691; Trimmer, Parsons, **a.g.m.**, s. 39; Bohaczewski, **a.g.m.**, s. 8; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 198; Cam, **a.g.m.**, s. 30.

CA Versailles bir kararında, internet sitesi kurulumu, logo tasarımı, broşür, mektup, internet alan adı temini gibi işlemleri ciddi kullanım olarak değerlendirmemiştir. Karar için bkz. CA Versailles, 29 Nisan 2014, n° 13/02727, SA Adding Group c Sarl Investissement & Conseil [Lextenso (Çevrimiçi), 10 Mart 2020]. Reklam amaçlı faaliyetlerin yeterli olmayacağı yönünde bir diğer karar için bkz. CA Paris, 3 Temmuz 2013, n° 12-02119 (Lancrenon, **Usage**, s. 104, dn. 19'dan naklen).

²¹ Çolak, **a.g.e.**, s. 972; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 461; Durrande, **Usage Sérieux**, s. 2691; Trimmer, Parsons, **a.g.m.**, s. 39; Bohaczewski, **a.g.m.**, s. 8; Sönmez, **a.g.m.**, s. 297; Bektaş, **a.g.m.**, s. 229; Cam, **a.g.m.**, s. 30.

²² Çolak, **a.g.e.**, s. 957; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 462; Trimmer, Parsons, **a.g.m.**, s. 39; Cam, **a.g.m.**, s. 30.

²³ J. Daleau, "Teneur et Portée de la Forclusion par Tolérance", **Dalloz Actualité**, Dalloz, 2006, s. 1046; Buydens, **a.g.e.**, s. 167; Schlosser, **a.g.m.**, s. 554; Muhlstein, Muhlstein, **a.g.m.**, s. 24; Tobias Cohen Jehoram, Constant Van Nispen, Tony Huydecoper, **European Trademark Law: Community Trademark Law and Harmonized National Trademark Law**, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, s. 380, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 25 Mart 2020.

Benzer yönde bkz. TF, 5 Şubat 2014 (**sic!**, 2014, s. 367); TF, 10 Aralık 2009, Zino Davidoff SA c K & L Ruppert Stiftung & Co. Handels-KG [<https://www.swisslex.ch/>] (Çevrimiçi), 15 Mart 2020].

Benzer yönde, sonraki tarihli markanın kullanımının ciddi olması gerektiği konusunda bkz. CA Paris, 5 Aralık 2001, Tati (Sa) c Botica Comercial Farmaceutica Ltda (Ste, Bresil) (INPI, **PIBD**, 2002, No. 738, s. 134); Cass. Com., 6 Ocak 2015, n° 13-21940 [Lextenso (Çevrimiçi), 10 Mart 2020].

olarak şunlar ileri sürülebilir: İlk olarak, yukarıda ifade edildiği üzere sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin temel amacı sonraki marka sahibini korumaktır. Fakat bu koruma, önceki marka sahibinin tekel hakkına bir istisna teşkil ettiğinden alelde bir koruma olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla önceki marka sahibinin tekel hakkına ancak sonraki tarihli markanın ciddi biçimde kullanımı halinde bir sınırlama getirilmesi adalet ve hakkaniyet çerçevesinde kabul edilebilir. İkinci olarak ise, SMK m. 26.1.a ile Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan bir markanın iptal edilebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla tescilli bir marka ancak ciddi biçimde kullanıldığı takdirde korunmaktadır. Beş yıl boyunca ciddi biçimde kullanılmayan bir marka iptal yaptırımı ile karşı karşıya kalabilecekken, iptalden daha ciddi bir yaptırım olan hükümsüzlük yaptırımının sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ile bertaraf edilmesi mümkün değildir. Üçüncü olarak, sonraki tarihli markanın ciddi biçimde kullanılması, önceki hak sahibinin bu kullanımdan haberdar olması ve buna karşı sessiz kalmaması için kabul edilebilecek makul bir kullanım seviyesidir. Önceki hak sahibinin, işaretin her türlü kullanımına karşı harekete geçmesini beklemek marka sahiplerini ciddi masraf ve emek harcamaya itecektir ki, ticari hayatın gerekleri ile bağdaşmaz ve kabul edilebilir değildir.

Burada değinilmesi gereken diğer bir husus, SMK m. 9.2, 3 ile ifade edilen ve markanın kullanılması olarak mütalaa edilebilecek durumların da, sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanmasına olanak veren kullanımlar olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. **Işık**, Alman literatürüne atıfla, SMK m. 9.2 bağlamında bir kullanımın sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanmasına imkân vermeyeceğini dile getirmiştir²⁴. Kanaatimizce, kanun koyucu tarafından açıkça markanın kullanımı

Yargıtay 11. HD, T. 19.02.2015, E. 2014/4429, K. 2015/2235 sayılı kararında bu hususu tevsik eder:

“... Oysa davalı uyumsuzluk konusu markayı dava tarihinden önceki 5 yıllık sürenin bir bölümünde bilirkşi raporunda belirtildiği üzere sadece faturalar üzerinde kullanmış olup ürün üzerinde kullanım ise dava açılmasından önceki iki yıllık süreyi kapsadığından böyle bir kullanıma karşı dava açılmamış olması sessiz kalma yoluyla hak kaybı olarak nitelendirilemez.” [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Haziran 2020].

²⁴ **Işık**, **a.g.e.**, s. 120 ve dn. 194. Fakat **Işık**, bu görüşe ilişkin herhangi bir gerekçeye temas etmemiştir.

olarak mütalaa edilen bu durumların da korunmaya değer olduğundan şüphe edilmemelidir²⁵. Hatta **Çolak, Kur ve Senftleben**'e atıfla, şöyle yazar:

*“Kullanma kavramından ne anlaşılması gerektiği kısmen SMK’nun 9/2 maddesinde belirtilmektedir. Buna göre ‘markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması ve markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması’ kullanma olarak kabul edilir.”*²⁶

Dolayısıyla, markanın kullanımı olarak ifade edilen bu durumların da sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması açısından göz önünde bulundurulması gerekir.

2.2.2.3. Sonraki Tarihli Markanın Kesintisiz Kullanımı ve İspat Meselesi

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için, sonraki tarihli markanın kullanımının kesintisiz olması gerekmektedir²⁷.

Sessiz kalma suretiyle kay kaybının uygulanması için sadece önceki hak sahibinin sessiz kalması yeterli değildir. Bunun yanında sonraki marka sahibinin, sessiz kalınan bu periyot içerisinde markasını kesintisiz şekilde kullanması gerekir²⁸. Zira markanın kullanılmadığı bir varsayımda, ortada sessiz kalınacak bir kullanım mevcut olmadığından, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi vasıtasıyla önceki hak sahibinin mutlak hakkının kısıtlanması mümkün değildir²⁹.

²⁵ Benzer şekilde **Çağlar**, sonraki tarihli markayı lisans alanın kullanımının da sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanmasına olanak tanıyacağını ifade etmektedir (Çağlar, **a.g.e.**, s. 159).

²⁶ Çolak, **a.g.e.**, s. 957, dn. 2421.

²⁷ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 477; Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 113; Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 92; Işık, **a.g.e.**, s. 195. Benzer yönde bkz. Cass. Com., 5 Temmuz 2016, n° 14-18540 [Lextenso (Çevrimiçi), 11 Mart 2020].

²⁸ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 477.

²⁹ Benzer yönde bkz. Cass. Com., 15 Haziran 2010, n° 08-18279, Société Sporazur c Société Free [David Lefranc, “La Publication d'une Marque Illicite au BOPI ne Fait pas Courir la Forclusion par Tolérance”, **LEPI**, 2010, No. 5, s. 5, Lextenso (Çevrimiçi), 17 Mart 2020].

Kanunun lafzından da kullanımın kesintisiz olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. SMK m. 25.6 hükmünde geçen “... birbirini izleyen beş yıl boyunca...”³⁰ ifadesi her ne kadar önceki hak sahibinin sessiz kalması gereken süre için öngörölmüş bir ifade olsa da, sonraki tarihli markanın bu süre içerisinde kullanılıyor olması mantıki bir zorunluluktur. Gerçekten, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, sessiz kalma koşulu beraberinde sessiz kalınacak bir kullanımın varlığını zorunlu kılmaktadır. Haliyle bu kullanımın, kanunun lafzında ifade ettiğı üzere (en az) beş yıl ve kesintisiz sürmesi gerekir.

Kullanımın kesintisiz olması hali aynı zamanda sonraki marka sahibinin korunmaya değeri bir konuma ulaşmasına olanak sağlayacaktır. Kanun koyucu, sonraki tarihli markanın beş yıl boyunca kesintisiz kullanılması halinde, ek birtakım koşullarla beraber, sonraki marka sahibi nezdinde korunmaya değeri bir menfaatin oluşacağına kanaat getirmiştir.

Burada kullanımın kesintisiz olması halinden ne anlaşılması gerektiğinin üzerinde durulmalıdır. Hemen belirtelim, kanaatimizce, kullanımın kesintisiz olması, beş yıl boyunca aralıksız kullanım olarak anlaşılmalıdır. Kullanımın kesintisiz olup olmadığının tespiti her somut olayın özellikleri çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Çünkü her marka, kullanıldığı mal veya hizmet piyasasının kendine has iktisadi yapısı, koşulları içerisinde kullanılmaktadır. Söz gelimi, dönemsel kullanılan mal veya hizmetlere ilişkin markaların (fuar markaları gibi) kesintilerle/dönem dönem kullanımı somut olayın özellikleri çerçevesinde kesintisiz kullanım olarak kabul edilebilir. Buna karşın, markanın kullanımının kesintiye uğraması halinde, bu kesinti somut olayın özellikleri çerçevesinde kabul edilebilir bir kesinti değerse, beş yıllık süre yeniden başlayacaktır³¹.

³⁰ Benzer ifadeler gerek AB marka mevzuatında gerek diğeri ülke mevzuatlarında da kendine yer bulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.

³¹ **Kur** ve **Senftleben**, markanın kullanımının hangi hallerde kesintiye uğramış olacağı husususun AB içtihadına konu olmadığını ifade etmektedir (Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 478). Kısa süreli kesintilerin sürenin yeniden başlamasına yol açmayacağına dair bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 124 ve dn. 203.

Bütün bunların yanında, sonraki tarihli markanın kullanıldığını ispat yükünün, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına dayanan sonraki tarihli marka sahibinin üzerinde olduğunu ifade etmek gerekir³².

Sonuç olarak, sonraki tarihli marka sahibinin, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilebilmesi için, sonraki tarihli markasını kesintisiz bir şekilde ve SMK m. 9 anlamında ciddi biçimde kullanması şarttır.

2.2.3. Önceki Hak Sahibinin Sonraki Tarihli Markanın Kullanıldığından Haberdar Olması (Awareness, Connaissance)

2.2.3.1. Genel Açıklamalar

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için gereken bir diğer koşul, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanıldığından haberdar olması halidir³³.

³² İspat yüküne ilişkin etraflıca açıklama için bkz. aş. Bölüm 2.2.3.5.

³³ Kur, Sentfleben, **a.g.e.**, s. 478; Durrande, **Droit des Marques**, s. 129; Azéma, Galloux, **a.g.e.**, N. 1903; Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 113; Schlosser, **a.g.m.**, s. 550; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 245; Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 622; Muhlstein, Muhlstein, **a.g.m.**, s. 24; Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 74; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537; Çolak, **a.g.e.**, s. 872; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 858; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 332; Arkan, **Marka**, C. II, s. 160; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 200; Güneş, **Marka Hukuku**, s. 231; Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 454; Bilgili, **a.g.e.**, s. 212; Karahan, **Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanasımı**, s. 302; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 281; Yanlı, **a.g.m.**, s. 298 vd.; Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 48; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 480; Işık, **a.g.e.**, s. 125; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 72.

Yargıtay 11. HD, T. 12.02.2018, E. 2016/7528, K. 2018/954; Yargıtay 11. HD, T. 08.02.2018, E. 2016/5039, K. 2018/924; Yargıtay 11. HD, T. 05.04.2010, E. 2008/8488, K. 2010/3849 ; Yargıtay 11. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/3688, K. 2020/2365 [Kazancı (Çevrimiçi), 10 Ekim 2020].

Benzer yönde bkz. CA Paris, 21 Aralık 2001 [**Ann. Prop. Ind.**, 2002, s. 66 (Daleau, **a.g.m.**, s. 1046)]; CA Paris, 6 Eylül 2000, Imperial Tobacco Ltd (Ste, Royaume-Uni) c Hachette Distribution Services (Sa) (INPI, **PIBD**, 2000, No. 708, s. 546); TGI Paris, 9 Haziran 2016, n° 15-14047 [Doctrine (Çevrimiçi), 10 Mart 2020]; CA Paris, 4 Mart 2016, n° 14-20417; CA Paris, 6 Şubat 2015, n° 13-24343; CA Paris, 19 Mart 2014, n° 12-06240 [Lextenso (Çevrimiçi), 10 Mart 2020].

Benzer yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 117 II 575 (Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 113); TF, 23 Temmuz 2002 (**sic!**, 2002, s. 766); TF, 2 Mart 2006 (**sic!**, 2006, s. 500-504); ATF 131 III 581.

Kanun koyucu bu koşulu “(m)arka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde...” ifadesi ile açıkça ortaya koymuştur. Aynı koşula, mehz AB marka hukukunda ve diğer ülke hukuklarında da yer verilmiştir. Buna karşın, SMK m. 25.6 ile mehz ve diğer ülke mevzuatları arasında şöyle bir farklılık mevcuttur: 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü ile 2015/2436 sayılı AB Direktifi’nde yalnızca **kullanmanın farkında olması (while being aware of such use, en connaissance de cet usage)** ifadesi tercih edilmiştir³⁴. Benzer şekilde Fransız kanun koyucusu da, yalnızca **kullanmanın farkında olması (en connaissance de cet usage)** ifadesini istimal etmiştir³⁵. Türk kanun koyucusu ise sadece bilme halini değil bilebilecek durumda olma halini de SMK m. 25.6 hükmünde zikretmiştir.

2.2.3.2. Haberdar Olma Kavramı

Haberdar olma kavramından ne anlaşılması gerektiğinin, yani hangi hallerde önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olduğunun kabul edileceğinin açıklanması elzemdir. Daha açık bir anlatımla, haberdar olma kavramı, dar planda sonraki tarihli markanın kullanımına doğrudan vakıf olmayı (müspet vukuf) mı gerektirmektedir; yoksa geniş planda sonraki tarihli markanın kullanımının bilinebileceği durumları da bünyesinde barındırmakta mıdır?

Türk marka hukukunda haberdar olma kavramına yüklenen anlam, SMK m. 25.6 hükmünde gayet açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

Hükümde, sessiz kalma suretiyle hak kaybının gerçekleşmesi için önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanıldığını **bilmesi veya bilmesi gerekmesi** aranmıştır³⁶. Görüleceği üzere, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın

³⁴ Bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.1.1.

³⁵ Bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.1.3.

³⁶ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537; Çolak, **a.g.e.**, s. 872; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 858-859; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 332; Arkan, **Marka**, C. II, s. 160, dn.18; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 208; Yanlı, **a.g.m.**, s. 301; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 481; Işık, **a.g.e.**, s. 126; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 73.

kullanımını bilmesinin yanında, **bilmesi gerekmesi** hali de sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanmasına fırsat vermektedir.

Bilmesi gerekme halinin, bilme halinden geniş kapsamlı olduğu göz önünde bulundurulursa, kanun koyucunun bu düzenlemedeki amacının sonraki tarihli marka sahibini korumak olduğu anlaşılabacaktır. Gerçekten de, sessiz kalma suretiyle hak kaybının ileri sürülebilmesi için, yalnızca önceki hak sahibinin kullanımdan haberdar olması aransa idi sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulama örnekleri bir hayli azalardı. Öte yandan, bilme halinin beraberinde getirdiği ispat zorlukları da gözetildiğinde sonraki tarihli markalar uzunca yıllar kullanılmalarına rağmen hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalacaklardı.

Bunun yanında, Yargıtay, SMK öncesi dönemde verdiği ilkesel kararlarında da salt bilme olgusunun değil, bilmesi gerekmesi halinin de sessiz kalma suretiyle hak kaybına vücut vereceği sonucuna ulaşmıştır:

*“... davacının davalı tarafın ticaret ünvanından haberdar olduğu halde uzun süre sessiz kalınmasının zımnen icazet anlamında olduğu, davalının, **dava dışı PTT Genel Müdürlüğü ile sözleşmeler yaptığı**nın tüm kamuoyunca bilindiği (vurgu) (HUMK. 238/2), şayet, kuruluştaki karşı çıkılsa idi davalının belki de başka hareket tarzı seçmesinin muhtemel olduğu...”³⁷*

³⁷ Yargıtay 11. HD, T. 02.03.2000, E. 1999/8169, K. 2000/1726 [Kazancı (Çevrimiçi), 10 Mart 2020].

Yargıtay güncel tarihli bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir:

*“Dairemiz’in 21/12/2017 tarih 2016/6803-2017/7532 Sayılı kararında da belirtildiği üzere, “uzun süreli sessiz kalma suretiyle hak kaybı müessesesi” TTK’da düzenlenmemiş olup bu uygulamanın yasal dayanağı TMK’nin 2. maddesidir. **Buna göre, bir hak ihlali karşısında, hak sahibinin bu ihlali bildiği veya bilebilecek durumda olduğu halde bu hususta karşı tarafta dava açılmayacağı yolunda güven oluşturulduktan sonra,** (vurgu) oluşturulan bu güvene aykırı olarak, ihlal konusu hakka önemli yatırım yapan kişilere karşı ihlali sona erdirmek amacıyla dava açılması çelişkili davranış yasağı teşkil edecek olup, böyle bir davranış MK 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olacak ve bu davranış hukuk tarafından himaye edilmeyecektir.”* [Yargıtay 11. HD, T. 18.09.2019, E. 2018/3792, K. 2019/5561 (Kazancı (Çevrimiçi), 10 Mart 2020)].

Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 25.01.2016, E. 2015/6389, K. 2016/739; Yargıtay 11. HD, T. 25.02.2014, E. 2012/10322, K. 2014/3518; Yargıtay 11. HD, T. 17.09.2009, E. 2007/8649, K. 2009/2980 [Kazancı (Çevrimiçi), 10 Mart 2020].

Bunlara ek olarak, sessiz kalma suretiyle hak kaybının temelini TMK m. 2’de sübut bulan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından alıyor olmasının, kanun koyucunun haberdar olma olgusunu geniş planda değerlendirmesi yönündeki tercihi bir diğer sebep olduğu rahatlıkla söylenebilir. Daha önce ifade edildiği üzere, TMK m. 2 mevcut pozitif düzenlemelerin tesis edemediği menfaatler arası dengeyi yeniden tesise hizmet eden bir hükümdür. Bu sebeple, sonraki tarihli markanın uzun süren kullanımı neticesinde yaratılan değerin korunması amacıyla, bilme olgusundan bir adım öteye giderek bilmesi gerekme olgusunun yeterli görülmesinin menfaatler dengesine daha iyi hizmet edeceği pek tabi söylenebilir. Bu sebeplerle, sonraki tarihli marka sahibi nezdinde oluşan güvenin ve ekonomik menfaatin korunması amacını güden bir ilkenin işler kılınması noktasında, kanun koyucunun bilmesi gerekme halini ayrıca serdetmesi yerinde olmuştur.

Peki, önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olup olmadığı tespit edilirken sübjektif bir değerlendirme mi yoksa objektif bir değerlendirme mi yapılacaktır? Hemen belirtelim, burada yapılması gereken değerlendirme, sübjektif, yani önceki hak sahibinin şahsi nitelikleri gözetilerek yapılacak bir değerlendirme olmayıp; objektif, yani aynı koşullarda, ortalama zekâ ve anlayış kabiliyetine sahip bir kişinin penceresinden yapılacak bir değerlendirmedir³⁸. Bu değerlendirme, her uyuşmazlık özelinde tespit edilen somut olguların izinden gidilerek yapılması gereken bir değerlendirmedir³⁹; önceden belirlenecek birtakım kalıplara oturtulması mümkün değildir.

Söz gelimi, aynı bölgede, aynı sektörde faaliyet gösteren ve pazardaki konumları da hissedilir derecede yüksek olan iki kişinin, birbirlerinin markalarından haberdar olmaması mümkün gözükmemektedir⁴⁰. Yine benzer şekilde, şirketler arasında

³⁸ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 478; Karahan, **Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı**, s. 302-303; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 281; Remzi Tamer Pekdinçer, **Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar II**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 205; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 481; Işık, **a.g.e.**, s. 128; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 72.

³⁹ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537; Çolak, **a.g.e.**, s. 873.

⁴⁰ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537; Çolak, **a.g.e.**, s. 873; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 481.

organik bir bağ mevcut yahut şirketlerin yönetim organları üyeleri ortak veyahut kişiler arasında ticari ilişki mevcut ise tarafların birbirlerinin markalarının kullanımından haberdar olduğunun kabulü gerekir⁴¹.

Yeri gelmişken hemen değinelim, bilme ve bilmesi gerekme durumunun tespiti bağlamında, TTK⁴² m. 18.2 hükmünde ifadesini bulan **basiretli bir iş adamı gibi hareket etme** yükümünün özellikle incelenmesi gerekir⁴³. Buna göre, tacirin ticari işletmesine ilişkin bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Bu hüküm vasıtasıyla, tacirlere objektif bir özen ölçütü getirilmiş olup tacirin, kendi şahsi özellikleri bir kenara bırakılarak, aynı sahada faaliyet gösteren öngörülü, itidalli, tedbirli (tek bir potada basiretli) bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekliliği ifade edilmiştir⁴⁴. Böylelikle tacirlerin ticari faaliyetlerinin altında çalışan özel (nitelikli) bir özen ölçütü⁴⁵ meydana getirilmiştir.

Bu özen ölçütü önceki hak sahibinin tacir olduğu durumlarda önemli bir rol üstlenmektedir⁴⁶. Nitekim **Arkan**, tacirin ticari faaliyetleri esnasında haksız rekabeti önleyici tedbirleri alıp almadığının tespitinde bu nitelikli özen ölçütünün göz önünde

⁴¹ Çolak, **a.g.e.**, s. 873.

Yargıtay 11. HD, T. 10.06.2014, E. 2014/4296, K. 2014/11014 sayılı kararı:

“... davalı şirket yönetim kurulu üyeleri ile davacı şirketin eski yönetim kurulu üyelerinin bir kısmının aynı olduğu, her iki tarafın birbirlerinin ticaret ünvanlarından ve ticari faaliyetlerinden haberdar olduklarının kabulü gerektiği...” (Çolak, **a.g.e.**, s. 873).

⁴² RG, T. 13.01.2011, S. 27846.

⁴³ Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 481-484; Emre Köroğlu, “Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden ‘Zamanaşımı’, ‘Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı’ ve ‘Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları’”, **MÜHF-HAD**, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1902; Suluk, **a.g.e.**, s. 312; Işık, **a.g.e.**, s. 129; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 73.

⁴⁴ Nomer Ertan (Ülgen, Helvacı, Kaya), **a.g.e.**, s. 269; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 133; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 115; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 98; Şener, **a.g.e.**, s. 191; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 222; Kayar, **a.g.e.**, s. 152-153; Kayıhan, **a.g.e.**, s. 154-155.

⁴⁵ Yargıtay’ın, TTK m. 18.2’de zikredilen basiretli bir iş adamı gibi hareket etme ölçütünü en yüksek derecede özen gösterme şeklinde kabul ettiği hakkında bkz. Mustafa Alper Gümüş, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, **MÜHFD-HAD**, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1221-1240.

Fikri mülkiyet hukuku bağlamında basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü hakkında bkz. Tekin Memiş, “Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı – Yargıtay Kararı İncelemeleri”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, ed. Tekin Memiş, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 343 vd.

⁴⁶ Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 859; Işık, **a.g.e.**, s. 130.

bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁷. Bu nitelikli özen yükümlülüğü, tacir olan önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olup olmadığı noktasında tacirin durumunu bir hayli zorlaştırır görünmektedir⁴⁸. Gerçekten, tacir olan önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olup olmadığının tespiti yapılırken, tacir olmayan önceki hak sahibine nispeten daha elverişsiz bir konumda olduğu ortadadır⁴⁹.

Son olarak, yukarıda ifade edildiği üzere, sessiz kalma suretiyle hak kaybını düzenleyen SMK m. 25.6 hükmü ile mehz AB ve Fransız marka hukuku mevzuatının ilkeyi düzenleyen hükümlerinin lafızları arasında haberdar olma koşulu açısından bir farklılık mevcuttur. Türk kanun koyucusu bilme ve bilebilecek durumda olma koşulunu açıkça hükme derç etmişken; mehz AB ve Fransız hukukunda yalnızca haberdar olma (bilme, connaissance, awareness) koşuluna yer verilmiştir. Ancak ifade etmek gerekir ki AB ve Fransız marka hukukunda hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmamakta; somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımını bilmesi gerektiğini gösteren **ciddi** bilgi ve belgelerin mevcudiyeti halinde yahut sonraki tarihli markanın pazarda ulaştığı

⁴⁷ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 153.

⁴⁸ Benzer yönde bkz. Remzi Tamer Pekdinçer, **Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar: Yüksek Mahkeme Kararları ile Birlikte**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2015, s. 371.

Yargıtay 11. HD, T. 08.06.2012, E. 2011/3717, K. 2012/10152 sayılı kararı:

“... Dava, ticaret unvanına tecavüz nedeniyle davalıya ait ticaret unvanının terkinini istemine ilişkindir. Mahkemece, davacının kendisine ait Mudo markasının davalı tarafından ticaret unvanı olarak kullanıldığını 2010 yılında öğrendiği, daha öncesinde de bu konuda bilgisi bulunmadığından davacının sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğramadığı gerekçesiyle istemin kabulüne karar verilmiş ise de, Ltd. Sri olarak kurulan davalı şirketin unvanı ticaret siciline 31.12.1997 tarihinde tescil edilmiş ve Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilanı yapılmış eldeki dava ise 01.02.2010 tarihinde açılmıştır. TTK’nın 20. ve 38. maddeleri uyarınca davacının bu ilandan haberdar olmadığının kabulü mümkün değildir. TTK’nın 43/2 maddesi uyarınca, davalının iltibas önleyici ibareler taşıyan ticaret unvanı alması gerekirse de dava konusu olayda olduğu gibi davacının ilan nedeniyle bilmek durumunda olduğu bu hususa karşı uzun süre sessiz kalması nedeniyle mahkemece hak kaybına uğradığı kabul edilerek MK. ’nun 2. maddesi gereğince davanın “reddine karar verilmesi gerekirken, kabul hükmü kurulması doğru görülmemiş...” (Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 483-484’ten naklen).

⁴⁹ Işık, **a.g.e.**, s. 130; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 73 ve devamında alıntılanan Yargıtay kararı.

konumun seviyesi/genişliği gibi kıstaslar gözetilerek önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olduğu sonucuna varılabilmektedir⁵⁰.

2.2.3.3. Haberdar Olmanın Süjesi

Sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanabilmesi için gerekli koşullardan biri olan haberdar olmanın gerçekleşmiş olup olmadığının tespiti bazı durumlarda bir hayli zordur. Örneğin bu alt başlık tahtında inceleyeceğimiz üzere, önceki hak sahibinin bir tüzel kişi olduğu durumlarda, bu kişinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olup olmadığının tespiti birtakım zorluklar barındırmaktadır. Şöyle ki, böyle bir durumda haberdar olmanın tespitinde kimin bilgisinin temel alınacağı ortaya konulmalıdır. Giderek, kimlerin (tüzel kişinin organları veya temsilcileri yahut çalışanları) sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olması halinde, bu durumun tüzel kişi katına çıkarılabileceği, yani tüzel kişinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olduğunun kabul edilebileceği sorusuna cevap verilmesi gerekir. Bununla birlikte, burada yaptığımız açıklamaların, önceki hak sahibinin gerçek kişi olduğu durumlar açısından da yol gösterici olduğunu belirtmemiz gerekir.

Kural olarak, tüzel kişiler organları aracılığıyla hak sahibi olabilir ve borç altına girebilirler⁵¹. Dolayısıyla haberdar olma halinin tüzel kişi tahtına çıkarılabilmesi için organlarının sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olması gereklidir denilebilir. Fakat İsviçre Federal Mahkemesi, organların ve temsilcilerin yanında, tüzel kişinin diğer çalışanları/görevlilerinin de kullanımdan haberdar olması halinde, bu durumun tüzel kişi tahtına çıkarılabileceğini ve tüzel kişinin de bu kullanımdan

⁵⁰ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 478; François Herpe, “À Propos de la Preuve de la Forclusion par Tolérance”, **LEPI**, 2016, s. 5.

CA Aix en Provence, 17 Ekim 2019, n° 17-04387, Sarl Lisbonis Chaux Grasses – Lcg c Sarl Distribat, Sarl Calixtone, Sarl Etablissements Calixtone; CA Paris, 7 Mayıs 2019, n°17-09860 [Lextenso (Çevrimiçi), 17 Mart 2020].

Alman hukukunda, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanıldığını bilmesi gerektiği hakkında bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 126-127.

⁵¹ Schlosser, **a.g.m.**, s. 551. Bu bağlamda bkz. TMK m. 49 ve 50.

haberdar olduğunun kabul edilebileceğini ifade etmiştir⁵². Bununla birlikte, bu kabulün genel geçer bir kabul olmadığı; her somut olayın özellikleri gözetilerek bir sonuca varılması gerektiği üzerinde durulmuştur⁵³. Söz gelimi, önceki hak sahibi tüzel kişi, tanınır ve bilinir bir işaret sahibiyse ve rakip işletme ile ticari ilişkileri varsa, şirketin orta kademe çalışanlarının bilgisinin de şirket katına çıkarılabilmesi mümkündür⁵⁴. Buna karşılık, bir veya birkaç seferlik bir ticari ilişkiden tüzel kişinin organlarının/yöneticilerinin haberdar olması pek olası gözükmemektedir; giderek, böyle bir durumda tüzel kişinin kullanımdan haberdar sayılamayacağı da söylenebilmelidir⁵⁵.

Öte yandan Delhi Yüksek Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sonraki tarihli marka sahibi ile önceki hak sahibi tüzel kişinin acenteleri ve müşteri hizmetleri servisi yöneticileri arasında gerçekleşen elektronik posta ve bilgi alışverişinin, önceki hak sahibinin kullanımdan haberdar olduğu hususunun ispatına yeterli olmadığına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, acenteler önceki hak sahibi tüzel kişinin egemenliği altında olmadığı; müşteri hizmetleri servisi yöneticileri ise fikri mülkiyet konularına ilişkin sorumluluk taşımadıkları için bunların sahip olduğu bilgilerin tüzel kişiye atfedilmesi mümkün değildir⁵⁶.

Bu bilgiler ışığında, haberdar olmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti her somut olay özelinde, bilhassa sonraki tarihli markanın kullanıldığından haberdar olan kişilerin önceki hak sahibi (tüzel kişi veya gerçek kişi) ile tabiiyet ilişkisi, bunların görev ve sorumluluklarının kapsamı ile markanın tanınırlığı/bilinirliği, taraflar arasında ilişkinin mevcut olup olmadığı, böyle bir ilişki mevcutsa bu ilişkinin

⁵² ATF 109 II 338, BBC/PPC Elecronic [<https://www.swisslex.ch/>] (Çevrimiçi), 15 Mart 2020]; Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 113; Schlosser, **a.g.m.**, s. 551; Yanlı, **a.g.m.**, s. 302-303.

⁵³ ATF 109 II 338, para. 2b.

⁵⁴ Yanlı, **a.g.m.**, s. 303; Işık, **a.g.e.**, s. 131.

⁵⁵ Çolak, **a.g.e.**, s. 873; Işık, **a.g.e.**, s. 131.

⁵⁶ High Court of Delhi, 10 Ekim 2019, CS (COMM) 889/2018, Make My Trip (India) Private Limited v Make My Travel (India) Private Limited (<https://www.livelaw.in/>) (Çevrimiçi), 5 Mart 2020). Karar hakkında bir değerlendirme için bkz. Abhishek Senthilnathan, Aarushi Jain, "Make My Trip v Make My Travel: Delhi High Court Reaffirms Conditions to Avail of Defence of Acquiescence", <https://www.worldtrademarkreview.com/> (Çevrimiçi), 5 Mart 2020.

mahiyeti, pazarın yapısı gibi etmenler gözetilerek yapılacak bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

2.2.3.4. Haberdar Olmanın Konusu

Haberdar olma olgusu, sonraki tarihli markanın kullanımına yöneliktir. Bir diğer deyişle, haberdar olmanın konusu, sonraki tarihli markanın kullanımındır⁵⁷.

SMK m. 25.6 hükmünde “... sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği...” ifadesine yer verilerek, haberdar olmanın sonraki tarihli markanın kullanımına yönelik olması gerektiği vurgulanmıştır. Benzer şekilde mehz AB mevzuatında da haberdar olmanın sonraki markanın kullanımına yönelik olması gerektiği “... while being aware of **such use** (en connaissance de **cet usage**) (vurgu)...” tabirleri ile ortaya konulmuştur.

Bu noktada, incelemek istediğimiz husus, sonraki tarihli markanın **tescilinden** haberdar olunmasının gerekip gerekmediği ve giderek tescilin bilinmesinin yeterli olup olmadığıdır. İlk olarak, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımını bildiği ve fakat tescilini bilmediği durum üzerinde incelemeler yapalım. ABAD’a göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybının gerçekleşmesi için, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın tescilini ve tescilden sonraki kullanımını ayrı ayrı bilmesi gerekmektedir⁵⁸. **Işık** ise sonraki tarihli markanın kullanıldığına ilişkin bilginin, tescilin bilinmese dahi en azından bilinmesi gerekliliğini beraberinde getireceğini ifade etmektedir⁵⁹. Kanaatimizce, **Işık**’ın da ifade ettiği gibi, sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olan önceki hak sahibinin markanın tescilli olduğunu da en

⁵⁷ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537; Kaya, **a.g.e.**, s. 42; Arkan, **Marka**, C. II, s. 160; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 454; Çolak, **a.g.e.**, s. 872; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 858-859; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 478; Durrande, **Droit des Marques**, s. 130; Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 113; Schlosser, **a.g.m.**, s. 551; Bainbridge, **a.g.e.**, s. 596.

⁵⁸ ABAD, C-482/09, para. 58; GM, 28 Haziran 2012, T-133/09, I Marchi Italiani Srl, Antonio Basile c EUIPO, para. 31; Ulrich Hildebrant, **Trademark Law in Europe: Case Law of the Court of Justice of the European Union**, 3. Edition, Hollanda, Kluwer Law International, 2016, § 9, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 15 Mart 2020; Frank Bøggild, Kolja Staunstrup, **Community Trademark Law**, Hollanda, Kluwer Law International, 2013, § 9.04, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 15 Mart 2020.

⁵⁹ **Işık**, **a.g.e.**, s. 132-133.

azından bilmesi gereklidir. Kaldı ki Türk marka hukukunda tescil için markanın önceden kullanılması şart olmadığı için çoğu defa marka tescil edilmekte ve akabinde kullanım aşamasına geçilmektedir. Dolayısıyla, önceki hak sahibinin, markanın kullanımını bilmesine rağmen tescili bilmediğinden bahisle sessiz kalma suretiyle hak kaybının şartlarının oluşmayacağı yönünde bir sonuca varılamayacaktır.

İkinci olarak ise, salt tescilin varlığından haberdar olunmasının yeterli olup olmayacağı üzerinde durulacaktır. Belirtmek gerekir ki salt tescilin varlığının bilinmesi, haberdar olma koşulu açısından yeterli değildir⁶⁰; haberdar olmanın kullanıma ilişkin olması gerekir. Nitekim SMK m. 25.6 hükmünün lafzı da açıkça bu hususu doğrular niteliktedir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, tescil olgusu da başlı başına bir kullanım teşkil etmez⁶¹.

Bu alt başlık tahtında incelemek istediğimiz diğer bir husus haberdar olma anı ve bu anın/tarihin tespiti. Haberdar olma tarihi, önceki hak sahibinin sessiz kalacağı sürenin başlangıcını teşkil edeceğinden, somut olayda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi açısından bir hayli önemlidir. Önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olduğu anın tespitinin mümkün olduğu durumlar bu bakımdan bir sorun teşkil etmemektedir. Oysa haberdar olma anının tam olarak tespit edilemediği hallerde, bilhassa önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımını **bilmesi gerektiğinin kabul edildiği hallerde**, bu tespit dürüstlük kuralı temelinde, sonraki tarihli markanın kullanımının bilinmesi gereken seviyeye ulaştığı dönem nazara alınarak belirlenecektir⁶².

⁶⁰ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537; Fabiani, **a.g.m.**, s. 33; Herpe, **Preuve de la Forclusion**, s. 5; Carlos Fernández-Nóvoa, “Die Verwirkung Durch Duldung im System der Gemeinschaftsmarke”, **GRUR Int**, 1996, s. 444 (Arkan, **Marka**, C. II, s. 160’tan naklen); Işık, **a.g.e.**, s. 132.

Cass. Com., 13 Kasım 2013, n° 12-26530 (David Lefranc, “Marques viticoles: Landais et Girondins se disputent un meme Nom de Famille”, **LEPI**, 2014, s. 6, Lextenso (Çevrimiçi), 17 Mart 2020); Cass. Com., 12 Aralık 2018, n° 17-24582; Cass.Com., 28 Mart 2006, n° 05-11686 [Lexbase (Çevrimiçi), 17 Mart 2020].

⁶¹ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537.

⁶² Schlosser, **a.g.m.**, s.555; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 859; Pekdinçer, **Mütalaalar I**, s. 272; Işık, **a.g.e.**, s. 134; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 76.

2.2.3.5. İspat Meselesi

İspat yüküne ilişkin genel kuralı düzenleyen TMK m. 6 hükmü şöyledir: “(k)anunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” İspat yüküne ilişkin bir diğer düzenleme ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁶³’nda serdedilmiştir⁶⁴. HMK m. 190 hükmüne göre “(i)spat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”

Bu düzenlemelere göre ispat yükü, ileri sürülen vakıadan kendi lehine hak çıkaran kişiye aittir⁶⁵. Dolayısıyla önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olduğunu ispat yükü, sonraki tarihli markanın sahibi olan ve sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasını ileri süren kişinin üzerindedir⁶⁶. Öte yandan önceki hak sahibinden, sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olmadığı şeklinde **olumsuz bir durumu** ispat etmesi de beklenemez.

Belirtmek gerekir ki, haberdar olmanın ispatı birtakım zorluklar barındırmaktadır. Gerçekten de, haberdar olma kişinin iç dünyasına (sphère interne)⁶⁷ ilişkin bir olgudur ve bu olgunun ispatı bir hayli zordur⁶⁸. Türk hukukunda bu zorluğun bilmesi gerekme halinin varlığı ile bir nebze aşıldığı söylenebilirse de⁶⁹; mehz AB hukuku ile Fransız hukuku açısından aynısını söylemek pek mümkün

⁶³ RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

⁶⁴ TMK m. 6 düzenlemesinin ispat yüküne ilişkin sorunları çözmeye yeterli olmadığından, ispat yüküne ilişkin HMK’ye hüküm serdedildiğine ilişkin bkz. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 389.

⁶⁵ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 389; Atalı, Ermenek, **a.g.e.**, s. 244.

⁶⁶ Schlosser, **a.g.m.**, s. 551; Fabiani, **a.g.m.**, s. 32; Herpe, **Preuve de la Forclusion**, s. 5. GM, 7 Şubat 2019, T-287/17, Swemac Innovation AB c EUIPO, para. 90 [<https://curia.europa.eu> (Çevrimiçi), 10 Mart 2020].

ATF 117 II 575; ATF 128 III 353 [<https://www.swisslex.ch/> (Çevrimiçi), 16 Mart 2020].

Cass. Com., 28 Mart 2006, n° 05-11068 [Christophe Caron, “Droit de la Propriété Industrielle”, **La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires**, 2006, N. 30, LexisNexis (Çevrimiçi), 15 Nisan 2020].

⁶⁷ Herpe, **Preuve de la Forclusion**, s. 5.

⁶⁸ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 478; Işık, **a.g.e.**, s. 134.

⁶⁹ Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 461; Işık, **a.g.e.**, s. 134.

gözükmemektedir^{70, 71}. Nitekim, yukarıda da ifade edildiği üzere, AB ve Fransız hukuku uygulamasında basit çıkarımlar, bu koşulu ispat noktasında kesinlikle kabul görmemekte; mutlaka ek ve ciddi birtakım ispat vasıtalarının varlığı aranmaktadır. Türk hukuku uygulamasında ise, bilhassa TTK m. 18.2, yani basiretli bir iş adamı gibi hareket etme külfetinden hareketle tarafların aynı sektörde ve aynı bölgede bulunması halinde, başkaca bir delil aranmaksızın koşulun gerçekleştiği kolaylıkla kabul edilebilmektedir⁷².

Sonuç olarak, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasını ileri süren ve kendi lehine hak iddia eden sonraki tarihli markanın sahibi, önceki hak sahibinin kendi markasının kullanımından haberdar olduğunu ispat yükü altındadır.

2.2.4. Önceki Hak Sahibinin Sonraki Tarihli Markanın Kullanımına Sessiz Kalması (Acquiescence, Tolérance)

2.2.4.1. Genel Açıklamalar

⁷⁰ Herpe, **Preuve de la Forclusion**, s. 5.

⁷¹ GM, 4 Ekim 2018, T-150/07, Asolo Ltd v EUIPO [<https://curia.europa.eu> (Çevrimiçi), 10 Mart 2020].

Cass. Com., sonraki tarihli markanın belirli bir bölgede geniş/yaygın biçimde kullanılıyor olmasına ek olarak, bu markanın tanınır/bilinir bir marka olması halinde, önceki hak sahibinin bu kullanımdan haberdar olmamasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Karar için bkz. Cass. Com., 6 Ocak 2015, n° 13-21940 [Lextenso (Çevrimiçi), 10 Mart 2020].

CA Paris ise, **taraflar arasında ticari bir ilişki olmasına rağmen**, sonraki tarihli markanın kullanımının yerel/lokal karakter taşıması sebebiyle, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olduğunu ispat edilemediği sonucuna varmıştır. Karar için bkz. CA Paris, 6 Eylül 2000, Imperial Tobacco Ltd (Ste, Royaume-Uni) c Hachette Distribution Services (Sa) (INPI, **PIBD**, 2000, No. 708, s. 546).

TGI Paris, önceki hak sahibinin uyuşmazlık konusu faaliyet alanında dünyanın önde gelen şirketlerinden biri ve aynı zamanda geniş bir fikri mülkiyet örgütüne sahip olmasına rağmen pazardaki bütün markaları bilmesinin mümkün olmadığına karar vermiş ve karar CA Paris tarafından onanmıştır. Kararlar için bkz. TGI Paris, 30 Kasım 2010, S.A. L'Oreal c S.A.R.L. Parfums Jean-Jacques Vivier (INPI, **PIBD**, 2011, No. 938, s. 297); CA Paris, 14 Eylül 2012 (INPI, **PIBD**, 2012, No. 973, s. 794).

⁷² Yargıtay 11. HD, T. 05.04.2010, E. 2008/8488, K. 2010/3849 (Güneş, **Önceye Dayalı Haklar**, s. 205-206).

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için **onsuz olmaz** (**sine qua non**) bir diğer koşul, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımına sessiz kalmasıdır⁷³.

Bu koşul, SMK m. 25.6'da “(m)arka sahibi, ... bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa...” ifadeleri ile dile getirilmiştir. Yine benzer şekilde, mehz AB hukuku ile karşılaştırmalı hukuk tahtında yer verilen “(w)here the proprietor of... trade mark **has acquiesced**...” - “(l)e titulaire d'une marque... qui a **toléré** (vurgu)...” ifadeleri bu koşulu ortaya koymaktadır.

Şimdi, sessiz kalma (acquiescence, tolérance) kavramından ne anlaşılması gerektiği, hangi hallerin sessiz kalma olarak nitelenebileceği gibi sorular üzerinde çalışmamıza devam edelim.

2.2.4.2. Sessiz Kalma Kavramı

Sessiz kalma kavramından ne anlaşılması gerektiği halli gereken önemli bir sorundur; zira bu soruya verilecek cevap hangi hallerin sessiz kalma olarak telakki edilebileceği sorusuna da bir nevi cevap teşkil edecektir. Bu bağlamda, evvela kavramın etimolojik kökeni irdelenecek, akabinde öğreti ve içtihatları görüşler yansıtılacak ve nihayet kanaatimiz arz edilecektir.

Türk kanun koyucusu, SMK m. 25.6 hükmünü mehz AB hukukundan alırken **sessiz kalma** ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Hükmün kaynağını teşkil eden 2015/2436 sayılı Direktif m. 9'un İngiliz metninde **acquiesce**, Fransızca metninde ise **tolérer** fiilleri kullanılmıştır. Bununla birlikte, eski 89/104 sayılı Direktif'in sessiz

⁷³ Kur, Sentfleben, **a.g.e.**, s. 475; Durrande, **Droit des Marques**, s.130; Schahl, Cosse-Manière, **a.g.m.**, s. 2401; Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 112; Schlosser, **a.g.m.**, s. 555; Fabiani, **a.g.m.**, s. 32; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 244; Muhlstein, Muhlstein, **a.g.m.**, s. 24; Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 69; Kaya, **a.g.e.**, s. 343; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 859; Arkan, **Marka**, C. II, s. 160; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 454; Çolak, **a.g.e.**, s. 873; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 208; Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Karahan, **Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı**, s. 303; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 288; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 489; Yanlı, **a.g.m.**, s. 298; Işık, **a.g.e.**, s. 135.

ATF 136 III 225 [https://www.swisslex.ch/ (Çevrimiçi), 20 Mart 2020].

kalma suretiyle hak kaybını düzenleyen madde metninde **acquiesce** fiili kullanılırken, Direktif'in proloğunda ise **tolerate** fiiline yer verilmiştir⁷⁴.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki **sessiz kalma** sözlük anlamı itibarıyla **ses çıkarmamak, hareketsiz kalmak** gibi anlamlara gelmektedir^{75, 76}. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukuk tahtında kullanılan **acquiesce** fiili ise, **zımnen** veya **pasif olarak katlanmak, kabullenmek** anlamlarına gelmektedir⁷⁷. Benzer şekilde kullanılan bir diğer kavram olan **tolérer** fiili ise, **bir şeyi engelleme/yasaklama otoritesini veya yetkisini kullanmamak**⁷⁸; **yasaklanması gereken veya yasaklanabilecek bir şeye izin vermek**⁷⁹ anlamlarına gelmektedir. Bu ifadeler ışığında, sessiz kalma kavramının etimolojik planda taşıdığı anlam şöyle ifade edilebilir: **Sessiz kalma (acquiescence, tolérance)** olumsuz bir durum karşısında hareketsiz/pasif kalmak suretiyle bu duruma müsaade etme halidir⁸⁰.

Etimolojik anlamın izahını yaptıktan sonra, sessiz kalma kavramına öğretide ve içtihatla yüklenen anlam izah edilmelidir. İlk etapta, ABAD tarafından yapılan incelemeyi aktarmakta yarar olacaktır⁸¹. ABAD konuyu incelediği kararında şu

⁷⁴ Direktif hakkında bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.1.1.

⁷⁵ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537.

⁷⁶ Bu meyanda, dürüstlük kuralı ekseninde susmama yükümlülüğünün söz konusu olabileceğine ve sükût kavramına ilişkin bkz. Yargıtay İBK, T. 30.11.1955, E. 1955/14, K. 1955/20 [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mart 2020]; Mustafa Reşit Belgesay, "Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk", **İÜHF**, C. XII, S. 2-3, 1946, s. 569-571.

⁷⁷ "Acquiesce", Merriam-webster.com Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/acquiesce> (Çevrimiçi), 23 Mart 2020.

⁷⁸ Bilgi için bkz. Cornu, **a.g.e.**, s. 812; <https://www.cnrtl.fr/definition/tolerer> (Çevrimiçi), 23 Mart 2020.

⁷⁹ Josette Rey-Debove, **Dictionnaire du Français: Reference Apprentissage**, Paris, CLE International and Robert, 1999, s. 1020.

⁸⁰ **Halsbury's Laws of England** adlı eserde **acquiescence** kavramı şöyle ifade edilmiştir:

"The term 'acquiescence' is... properly used where a person having a right, and seeing another person about to commit, or in the course of committing, an act infringing that right, stands by in such a manner as really to induce the person committing the act, and who might otherwise have abstained from it, to believe that he assents to its being committed; a person so standing by cannot afterwards be heard to complain of the act. In that sense the doctrine of acquiescence may be defined as quiescence under such circumstances that assent may be reasonably inferred from it, and is no more than an instance of the law of estoppel by words or conduct..." (AIPPI, "Acquiescence (Tolerance) to Infringement of Intellectual Property Rights: United Kingdom", s. 1'den naklen, <https://aippi.org/> (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020).

⁸¹ Detaylı bilgi için bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 136-140.

sonuçlara varmıştır: **Acquiescence** kavramı, bir kişinin engelleyebileceği/karşı çıkabileceği/itiraz edebileceği bir durum karşısında pasif kalması şeklinde anlaşılmalıdır⁸². Bu tanımdan çıkan bir diğer sonuç ise şudur: Direktif bağlamında **acquiescence** halinden bahsedebilmek için, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımına **itiraz edebilecek** durumda olması, yani sonraki tarihli markanın kullanımına karşı çıkmasını engelleyen bir durumun içinde bulunmaması gerekir⁸³.

İsviçre Federal Mahkemesi de, kavramı değerlendirirken ABAD ile benzer sonuçlara ulaşmıştır. Buna göre, kavram, itiraz etmeme/karşı çıkmama hali (l'absence de protestation)⁸⁴ veyahut önceki hak sahibinin hakkına yönelen ihlali sonlandırmak için gerekli hukuki imkânlara başvurmaması⁸⁵ şeklinde telakki edilmelidir.

Fransız Yüksek Mahkemesi'ne göre ise, **tolérance** kavramı, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımını kabul ettiği/tanıdığı anlamına gelmemekte; yalnızca bu kullanıma karşı çıkma hususundaki hareket eksikliğini ifade etmektedir⁸⁶.

Yargıtay ise, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımına bir süre katlanmış olması hali olarak ifade etmektedir⁸⁷.

Öğretide ise **Kur** ve **Senftleben**, **acquiescence** kavramının devam etmesine izin vermek veya önlememek şeklinde anlaşılabileceğini ifade etmişlerdir⁸⁸. Ayrıca,

⁸² ABAD, C-482/09, para. 44; Opinion, C-482/09, para. 70.

⁸³ ABAD, C-482/09, para. 45.

⁸⁴ ATF 97 II 153 (Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 112).

⁸⁵ ATF 114 II 106 (Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 112); ATF 117 II 575 (Schlosser, **a.g.m.**, s. 550).

⁸⁶ Cass. Com., 31 Mayıs 2005, n° 03-20956, Ford Automotive Group Sas c Group Joker Sa (INPI, **PIBD**, 2005, No. 815, s. 549). Benzer yönde bkz. Azéma, Galloux, **a.g.e.**, N. 1903.

⁸⁷ Yargıtay 11. HD, T. 10.02.2015, E. 2014/4099, K. 2015/1628 [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mart 2020]. Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 14.02.2019, E. 2017/1790, K. 2019/1209; Yargıtay 11. HD, T. 04.10.2018, E. 2016/9390, K. 2018/6006; Yargıtay 11. HD, T. 21.12.2007, E. 2016/6803, K. 2017/7532 [Kararların tamamı için bkz. Kazancı (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020].

⁸⁸ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 475.

yazarlara göre, anılan kavram hareketsizliğin (inaktivite) iradi olması gerekliliğini de barındırmaktadır⁸⁹.

Çolak'a göre ise, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanılmasına karşı harekete geçmemesi, dava açmaması gerekir⁹⁰.

Yasaman ve Yusifoğlu ise, AB marka hukukunda yer verilen **acquiescence** ve **tolérance** kavramlarının katlanma olarak anlaşılması gerektiğini ve anılan kavramların sessiz kalma kavramından daha dar kapsamlı olduğunu ifade etmişlerdir⁹¹. Yazarlara göre, söz gelimi, önceki hak sahibinin mütecavize salt ihtarname göndermesi halinde sonraki kullanıma karşı sessiz kaldığı (katlandığı) kabul edilmelidir⁹².

Karahan'a göre ise sessiz kalma önceki hak sahibinin, hakkını ileri sürme ve dava açma noktasında, iradi olarak hareketsiz kalmasıdır⁹³.

Yanlı'ya göre ise, sessiz kalma müdahalede bulunmama halidir⁹⁴. Fakat müdahalede bulunmama halinin hak kaybına neden olabilmesi için, bu davranış karşı taraf nezdinde hak sahibinin müdahalede bulunmaktan vazgeçtiği şeklinde bir kanı oluşturacak nitelikte olmalıdır⁹⁵.

2.2.4.3. Kanaatimiz ve Sessiz Kalmayı Etkileyen Eylemler

Bütün bu açıklamalar ışığında, sessiz kalma kavramına SMK m. 25.6 düzenlemesi bağlamında verilmesi gereken anlama ilişkin görüşümüzü ortaya koyalım.

⁸⁹ A.e., s. 476; Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 47; Köroğlu, **a.g.m.**, s. 1899.

⁹⁰ Çolak, **a.g.e.**, s. 473.

⁹¹ Yasaman, Yusifoğlu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 861.

⁹² A.e., s. 861-862.

⁹³ Karahan, **Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı**, s. 303; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 282.

⁹⁴ Yanlı, **a.g.m.**, s. 298.

⁹⁵ A.e.

Kanaatimizce, SMK m. 25.6 tahtında sessiz kalma kavramı ile kastedilen önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanımına karşı, bu kullanımını önlemeye/yasaklamaya yönelik ciddi/etkili bir harekette bulunmaması halidir. Dolayısıyla sessiz kalma kavramı salt hiçbir harekette bulunmama hali değildir. Önceki hak sahibi sonraki tarihli markanın kullanımını engellemeye yönelik birtakım eylemlerde bulunabilir ancak somut olayın özellikleri gözetildiğinde önceki hak sahibinin ciddi/etkili bir yola başvurmamış ve giderek sonraki tarihli markanın kullanımına sessiz kaldığı kabul edilebilir. Bu bağlamda önceki hak sahibinin eylemlerinin sessiz kalma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, sonraki tarihli markanın kullanımını engelleme iradesinin açıkça ortaya konulup konulmadığı her somut olay özelinde yapılacak bir değerlendirmeyi zaruri kılar. Bu noktada, taraflar arasındaki ilişki, önceki hak sahibi tarafından yapılan eylemlerin niteliği gibi hususlar yol gösterici olacaktır. Şüphesiz, önceden genel geçer bir hareket sahasını, sessiz kalma kavramı içinde değerlendirmek pratik hayatın gerekleri ile bağdaşmayacaktır.

Bunlara ek olarak önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanımına karşı sessiz kalmış olması için, her şeyden önce bu hareketsizlik hali iradi olmalıdır; yani önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımına müdahale etmesini engelleyecek herhangi bir hukuki/ekonomik vb. engel bulunmamasına rağmen önceki hak sahibinin hareketsizliği tercih etmesi gerekir⁹⁶. **Killias** bu durumu **l'inaction injustifié** ifadesi ile ortaya koymaktadır⁹⁷. Buna göre hareketsizlik, haksız (injustifié) bir sebebe dayanmalıdır; aksi hâlde yani hareketsizlik önceki hak

⁹⁶ Yargıtay 11. HD, T. 22.01.2019, E. 2017/3493, K. 2019/567 sayılı kararında bu hususu şöyle dile getirmiştir:

“... bozma ilamına uyularak alınan bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu ... mevkutesinin davalı tarafından ... Mart 2002 tarihinden beri yayımlandığı, davalının bu faaliyetini kötü niyetli şekilde gerçekleştirdiğine dair delil bulunmadığı, davacının ... isimli mevkuteyi 07.04.2003 tarihinde ... devraldığı ve 6 yılı aşkın süre içerisinde davalı tarafın aynı isimli gazete yayınlamasına karşı herhangi bir hukuki girişimde bulunmadığı, **davacının kendi iradesi dışında davalı kullanımlarına karşı sessiz kalmasına sebep olacak bir husus da bulunmadığından**, (vurgu) tarafların aynı sektörde faaliyet gösterdikleri, davacının davalı kullanımından haberdar olmadığı düşünülemeyeceği göz önüne alınarak, davalı tarafın iyi niyetli kullanımına karşı herhangi bir hukuki girişimde bulunulmadığından sessiz kalma yoluyla hak kaybı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

⁹⁷ Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 112.

sahibinin aşamayacağı, objektif bir sebepten mütevellit ise, yani haklı (justifié) bir sebebe dayanıyorsa sessiz kalma söz konusu olamaz⁹⁸.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, pratikte hangi eylemlerin sessiz kalma, hangi eylemlerin ise tam aksi yönde telakki edilebileceği hususuna eğilelim. Bu bağlamda, dava açmanın (hukuk veyahut ceza davası⁹⁹) sessiz kalmayı keseceği



⁹⁸ Schlosser, **a.g.m.**, s. 557; ATF 109 II 338; ATF 76 II 393 (Schlosser, **a.g.m.**, s. 557, 564); Suluk, Kenaroğlu, **a.g.e.**, s. 40. Killias, bu duruma, önceki hak sahibinin ülkesinde savaş çıkması örneğini vermektedir (Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 112-113 ve dn. 531). Köroğlu, bu duruma önceki hak sahibinin komaya girmesini örnek olarak vermektedir (Köroğlu, **a.g.m.**, s. 1899 ve dn. 42).

⁹⁹ Cezai süreçlerin işler kılınmasının sessiz kalmayı keseceğine ilişkin bkz. Cass. Com., 20 Ekim 2011, n° 10-24817 [JuriPredis (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020]. Marka hakkına tecavüzün cezai boyutuna ilişkin bkz. Önder Bayrak, “Sınai Mülkiyet Haklarına Tecavüz Teşkil Eden Suçlar”, **BFHD**, C. VIII, S. 32, 2019, s. 2031-2066; İsa Başbüyük, **6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

rahatlıkla söylenebilir¹⁰⁰. Fakat sonraki tarihli markanın sahibine gönderilecek ihtarnamenin¹⁰¹ ve diğer imkânların¹⁰² etkisi özellikle irdelenmelidir¹⁰³.

¹⁰⁰ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 476; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 862; Çolak, **a.g.e.**, s. 873; Işık, **a.g.e.**, s. 144; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 85.

¹⁰¹ Öğretide bir görüş ihtarname göndermenin önceki hak sahibinin sessiz kalmadığını kabul için yeterli olmayacağını; önceki hak sahibinin mutlak surette dava yoluna gitmesi gerektiğini ileri sürmektedir [Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 862; Çolak, **a.g.e.**, s. 874; Işık, **a.g.e.**, s. 146]. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, ihtarname göndermek önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımına sessiz kalmadığını göstermeye kâfidir [Güneş, **Marka Hukuku**, s. 233; Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Köroğlu, **a.g.m.**, s. 1898-1899; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 489; Yanlı, **a.g.m.**, s. 309-310; Fernández-Nóvoa, **a.g.m.**, s. 444 (Arkan, **Marka**, C. II, s. 160'tan naklen); Alain Alberini, Adrien Alberini, **Le Droit Suisse des Nom de Domaines**, Zürich, Schulthess Verlag, 2019, s. 103].

¹⁰² Taraflar arasında akdedilen birlikte var olma sözleşmesi süresince sessiz kalma halinin söz konusu olmayacağına ilişkin güncel bir Fransız içtihadı için bkz. CA Bordeaux, 26 Mayıs 2016, n° 13/03656 [Lextenso (Çevrimiçi), 18 Mart 2020]. Karara ilişkin değerlendirme için bkz. Jérôme Passa, "Accords de Coexistence de Marques", **RDC**, No. 2, 2017, s. 315.

Benzer bir uyuşmazlıkta, İstanbul Anadolu 1. FSHM, davalı vekilinin taraflar arasında sözlü anlaşmanın var olduğu yönündeki savunmasını dikkate almaksızın hatalı bir şekilde, taraflar arasında yazılı bir lisans sözleşmesi bulunmadığından bahisle davacının davalının kullanımlarına katlandığına ve sessiz kalma suretiyle hak kaybına uğradığına hükmetmiş ve karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yargıtay 11. HD, T. 26.04.2016, E. 2015/9506, K. 2016/4884 sayılı kararı şu şekildedir:

"Davacı vekili, müvekkilinin ... ibareli 2004/05344 numaralı markası bulunduğunu, kozmetik, güzellik bakım alanında faaliyet gösterdiklerini, davalının da aynı faaliyet alanı içinde müvekkiline ait markayı reklam ve ürünlerinde kullandığını, bu durumun marka hakkına tecavüz ve haksız rekabete yol açtığını ileri sürerek, markaya tecavüzün menini, hükmün ilanını, 5.000 TL maddi ve 5.000 TL manevi tazminatın tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının 2004-2007 yılları arasında marka kullanım bedeli adı altında herhangi bir istemde bulunulmadığını, taraflar arasındaki sözlü anlaşma uyarınca müvekkilinin cihazların alımı ve servis hizmetini davacıdan alacağını, buna mukabil davalının markayı ücretsiz olarak kullandığını, Ağustos 2011 tarihine kadar taraflar arasında herhangi bir sorun yaşanmadığını, davacının anılan tarihteki ihtarnamesi ile 25.000 USD marka kullanım bedeli talep ettiğini, ihtarname sonrası markanın kullanımına son verildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, taraflar arasında yazılı marka lisans sözleşmesi bulunmadığı, davalının markayı kuruluşundan başlayarak 2011 yılına kadar kullandığını, davacının bu durumu bildiği halde sessiz kaldığı, bu surette kullanıma zimni olarak icazet verdiği, davalının eyleminin markaya tecavüz oluşturmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." (Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 175-176'dan naklen).

Taraflar arasında, lisans veyahut benzeri bir sözleşme ilişkisi var ise sessiz kalma halinden söz edilemeyeceğine dair bkz. EUIPO, **Guidelines for Examination of European Union Trade Marks**, 2020, <https://guidelines.euipo.europa.eu/> (Çevrimiçi), 20 Mayıs 2020, s. 1295.

¹⁰³ Bu meyanda Fransız mahkeme içtihatlarını ve bunlarda yaşanan değişmeyi çalışmamıza yansıtmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Bu noktada, kanaatimizce, ihtarname gönderilmesinin sessiz kalma halini kesmeyeceğini söylemek, hareketsiz kalmamak amacıyla bir eylemde bulunan önceki hak sahibinin durumunu, ilk bakışta, ağırlaştırır gözükmemektedir. Gerçekten de önceki hak sahibi, somut olayın özellikleri çerçevesinde dava açma yoluna gitmemek yönünde bir tercihte bulunabilir; söz gelimi bu tercihte ihlalin son derece cüzi olması, yani sonraki tarihli markanın kullanımının küçük bir alanla sınırlı kalması etkili olabilir. Böyle bir durumda önceki hak sahibinin mutlak surette hukuki yollara başvurmaması aramak kanaatimizce gerçeklikle bağdaşmaz. Yine söz gelimi, önceki hak sahibinin küçük bir işletme olması karşısında, sonraki tarihli marka sahibinin tüm dünyada tanınır/bilinir bir işletme olması halinde, dava açmak yerine ihtarname göndermenin ilk etapta kabul edilebilir bir adım olacağı söylenebilir. Bununla birlikte, somut olayın özellikleri dahilinde ihtarnamenin gönderildiği zaman da burada önem arz edebilir. Zira kullanımdan haberdar olmasına rağmen uzunca bir süre harekete geçmeyen önceki hak sahibinin, söz gelimi kullanımı öğrenmesinin ardından üç yıl sonra ihtarname göndermesi sessiz kalma halini kesecek nitelikte olmayabilir. Çünkü bir yandan, önceki hak sahibinden beklenen ihlale karşı mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde harekete geçmesi iken; diğer yandan üç yıl gibi uzun bir süre markasını kullanan sonraki tarihli marka sahibine yalnızca ihtarname gönderilmesini ciddi bir eylem olarak kabul etmek pek mümkün gözükmemektedir.

Bununla birlikte sadece ihtarname gönderilmesinin sessiz kalmayı keseceğini söylemek, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin işlerliğini bir hayli

TGI Paris, 1998 yılında vermiş olduğu bir kararında ihtarname çekilmesinin, davacının sonraki tarihli markanın kullanımına sessiz kalmadığını gösterdiğine karar vermiştir. Karar için bkz. TGI Paris, 20 Ekim 1998, Editions de la Fontaine au Roy-Diffusion Fr (Sa), H (Bernard) c Hachette Livre (Sa) (INPI, **PIBD**, 1999, No. 671, s. 92).

Ancak daha sonraki kararlarında Fransız mahkemeleri, yalnızca hukuki yollara başvurulması halinde sessiz kalma halinin kesintiye uğrayacağına karar vermişlerdir. Bu yönde örnek kararlar ve öğreti için bkz. Cass. Com., 25 Şubat 2003, n° 01-02641 [<https://dallosz.fr> (Çevrimiçi)], 20 Mart 2020; Cass. Com., 8 Mart 2005, n° 03-12193 [JuriPredis (Çevrimiçi)], 10 Nisan 2020; Pierre Sirinelli, Sylviane Durrande, Antoine Latreille, **Code la Propriété Intellectuelle: Commentaire**, Paris, Dalloz, 2019, § L714-3; Azéma, Galloux, **a.g.e.**, N. 1903.

zedeleyecektir^{104, 105}. Gerçekten, önceki hak sahibinin düzenli aralıklarla ihtarname göndermesi ve fakat bundan öteye geçen somut/etkili hukuki imkânlarla başvurmamasının yeterli görülmesi, yasa koyucunun serdettiği yaptırımın dolanılması anlamına gelecektir ki, kabulü mümkün değildir¹⁰⁶. Bu durumun, aynı zamanda sonraki tarihli marka sahibinin konumunu sürekli bir tehdit altına sokacağı da rahatlıkla söylenebilir ki, bu husus sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin yukarıda zikrettiğimiz amacına da aykırılık teşkil eder. Kaldı ki ilk ihtarnamenin gönderilmesinin ardından dava açılmaksızın ihtarname gönderilmeye devam edilmesi,

¹⁰⁴ Thibault Lancrenon, “Une Lettre de Mise en Demeure n'est pas de Nature à Interrompre le Délai de Forclusion par Tolérance”, **Recueil Dalloz**, 2005, s. 2021.

¹⁰⁵ İhtarname göndermenin, sessiz kalmanın kesilmesi noktasında yeterli olmayacağına ilişkin Yargıtay 11. HD, T. 21.01.2015, E. 2014/14929, K. 2015/752 sayılı kararı:

“... önceki bir tarihte davalı markasının önceki sahibine yönelik olarak ihtarname gönderilmesinin de tek başına karşı konulma olarak değerlendirilemeyecek bulunmasına göre...” (Işık, **a.g.e.**, s. 144, dn. 301’den naklen).

Aksi yönde, yani ihtarname göndermenin yeterli olacağına ilişkin bkz. Yargıtay 11. HD, T. 20.01.2016, E. 2015/6379, K. 2016/565 sayılı kararı:

“... her ne kadar davalı taraf sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasında bulunmuş ise de, davalının 2006 yılında yaptırdığı unvan tescilinin ... ibaresini içermeyip, “...” biçiminde olduğu, davalı tarafın bu unvanı 4 Şubat 2008 tarihinde değiştirerek “...” unvanını aldığı, davacı tarafın davalıya ait unvan değişikliği sonrasında sessiz kalmadığı ve davalıya Noterliği aracılığıyla 7 Nisan 2011 tarihinde yevmiye numaralı ihtarname gönderdiği anlaşılmakla sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının yerinde görülmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mart 2020].

İhtarname göndermenin yeterli olacağına ilişkin SMK döneminde verilmiş bir karar şu şekildedir:

“Tüm dosya kapsamı, deliller, yukarıda değinilen yasal düzenlemeler ve alınan bilirkişi raporu topluca değerlendirildiğinde, davalı yan her ne kadar davacının uzun süre sessiz kalma nedeni ile hak kaybına uğradığını iddia etmiş ise de, davacı yanın, davalıya dava konusu kullanımları sonlandırması amacıyla göndermiş olduğu ihtarname tarihinin 15/06/2016 tarihli olduğu, işbu davanın da 25/06/2018 tarihinde ikame edilmiş olması karşısında davacının sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğramış olmasından söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır.” [Bakırköy 1. FSHHM, T. 25.11.2019, E. 2018/268, K. 2019/403 (Kanunum (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020)].

Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 09.12.2013, E. 2013/7691, K. 2013/22370 (Pekdinçer, Giray, Baş, **a.g.e.**, s. 140); Yargıtay 11. HD, T. 08.02.2018, E. 2016/5039, K. 2018/924 [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Mart 2020]; Yargıtay 11. HD, T. 20.01.2016, E. 2015/6379, K. 2016/565; Yargıtay 11. HD, T. 10.02.2015, E. 2014/4099, K. 2015/1628; Yargıtay 11. HD, T. 17.06.2016, E. 2015/9054, K. 2016/6752 [Kazancı (Çevrimiçi), 30 Mart 2020].

İhtarname göndermenin yeterli olacağına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. TF, 29 Eylül 2014 (Alberini, Alberini, **a.g.e.**, s. 104, dn. 386’dan naklen). Karar metni için bkz. **sic!**, 2005, s. 37 vd.

¹⁰⁶ Lancrenon, **Mise en Demeure**, s. 2021.

sonraki tarihli marka sahibi nezdinde dava açılmayacağı yönünde bir kanının oluşmasına da imkân sağlayacaktır ki, bu hâlde önceki hak sahibinin SMK m. 25.6 bağlamında ihlale karşı sessiz kalmış sayılacağı rahatlıkla söylenmelidir¹⁰⁷.

Bütün bu açıklamalarımızı betimlersek: önceki hak sahibi sonraki tarihli markanın kullanılmasından haberdar olduktan sonra makul bir süre içerisinde ihtarname gönderdiği takdirde, sessiz kalma halinin kesildiği söylenebilir. Ancak bu aşamadan sonra suç duyurusunda bulunması, dava açılması gibi somut ve etkili yollara başvurulması gerekir. Yoksa sürekli ihtarname gönderilmesi her seferinde aynı etkiyi yaratmaz ve önceki hak sahibinin sessiz kalma süresi her seferinde yeniden başlamaz¹⁰⁸.

Sonuç olarak, sessiz kalma halinin kesilmiş kabul edilebilmesi için, önceki hak sahibinin somut/ciddi birtakım eylemlerde bulunması ve sonraki markanın kullanılmaması yönündeki iradesini tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklaması

¹⁰⁷ Schlosser, **a.g.m.**, s. 560; Karl Spiro, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen**, Bern, Verlag Stampfli & Cie, 1975, s. 1528 (Schlosser, **a.g.m.**, s. 560'tan naklen); Alberini, Alberini, **a.g.e.**, s. 103, dn. 386; Işık, **a.g.e.**, s. 147.

¹⁰⁸ ATF 100 II 359; ATF 109 II 338 [<https://www.swisslex.ch/>] (Çevrimiçi), 20 Mart 2020]. Benzer yönde bir diğer karar için bkz. TF, 29 Eylül 2014, Arthursgroup SA c Swiss Arthur Prod SA [Ivan Cherpillod, "Propriété Intellectuelle", **JdT**, 2015 II, s. 202, <https://www.swisslex.ch/>] (Çevrimiçi), 20 Mart 2020]. Benzer yönde güncel bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK, T. 26.02.2020, E. 2017/11-27, K. 2020/225 [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mart 2020].

yeterlidir¹⁰⁹; yoksa mutlak surette dava açması şart değildir¹¹⁰. Bu inceleme her somut olayın özelliği gözetilerek titizlikle yapılması gereken bir incelemedir ve sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin amacı ve koruduğu denge gözetilerek bir sonuca gidilmelidir.

2.2.4.4. Sessiz Kalmanın Konusu

2.2.4.4.1. Genel Açıklamalar

¹⁰⁹ Frédéric Pollaud-Dullian, **Droit de la Propriété Industrielle**, Paris, LGDJ, 1999, s. 585, 684 [Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 861, dn. 38'den naklen]; Jehoram, Van Nispen, Huydecoper, **a.g.e.**, s. 380.

Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 04.10.2018, E. 2016/12374, K. 2018/6007 sayılı kararı:

“... davacı tarafından davalıya gönderilen **ihhtar, tespit dosyası, davalı tarafından yapılan marka başvurusuna davacı tarafça yapılan itiraz** (vurgu) ve dava tarihi nazara alındığında somut olayda sessiz kalma nedeniyle hak kaybından ve MK'nin 2. maddesine aykırılıktan söz edilemeyeceğinin anlaşılmasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mart 2020].

Yargıtay HGK, T. 18.02.2015, E. 2013/1358, K. 2015/820 sayılı kararı:

“Kaldı ki, davalı tarafça yapılan marka tescil başvurularına da itiraz edildiğine göre davalı kullanımına davacının sessiz kaldığının kabulü mümkün değildir.” [Lexpera (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

Taraflar arasında kullanmamaya ilişkin sözleşmenin sessiz kalma halini sonlandırdığına ilişkin Yargıtay 11. HD, E. 2017/119, K. 2018/7808 sayılı kararı şöyledir:

“... söz konusu iradi ve zımni iznin 2003'den sonra imzalan sözleşmeden sonra geçerliliği söz konusu olmadığından sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının yerinde olmadığı, ...” [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

Taraflar arasında markanın kullanımına ilişkin görüşmelerin sessiz kalma olarak nitelenemeyeceğine ilişkin Yargıtay 11. HD, T. 15/11/2018, E. 2016/12078, K. 2018/7114 sayılı kararı şöyledir:

“Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere ve her ne kadar işbu davadan önce davacı tarafından davalıya keşide ve tebliğ edilen **ihhtarname üzerine taraflar arasında davalının kullanımıyla ilgili görüşmelerin yapıldığı zaman diliminin, davacının sessiz kaldığı dönem olarak nitelendirilmesi yerinde olmaz ise de (vurgu)...**” [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

¹¹⁰ Bu noktada ifade etmek gerekir ki kanun koyucunun maddede **sessiz kalma** terimini kullanmasının bilhassa incelenmesi gerekir. Zira, kanun koyucu sessiz kalma halinin sona ermesi için tek etkili yolun dava açılması olduğunu düşünseydi, kanun metninde sessiz kalma terimini kullanmaktan imtina eder; direkt dava açılması gerekliliğine işaret edecek bir metni serdetmeyi tercih ederdi (bkz. ve karşı. TMK m. 713). Anılan sebeplerle, dava dışı müdahale araçlarının da sessiz kalma hali üzerinde etkili olacağının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sessiz kalma ilkesinin uygulanabilmesi için önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın ciddi biçimde kullanımına sessiz kalması gerekir. Yani, sessiz kalmanın yöneldiği olgu sonraki tarihli markanın SMK m. 9 bağlamında kullanılmasıdır¹¹¹.

SMK m. 25.6 hükmünde “... *bu durum*...” denilerek işaret edilen husus, sonraki tarihli markanın kullanılmasıdır¹¹² ve yukarıda izah ettiğimiz üzere sonraki tarihli markanın kullanımının ciddi olması gerekir. Benzer düzenlemelere AB mevzuatı ve karşılaştırmalı hukuk planında da yer verilmiştir¹¹³.

Sessiz kalmanın konusunun sonraki tarihli markanın kullanımı olduğuna ilişkin Yargıtay kararının ilgili kısmını da alıntılanmak gerekir:

*“... Diğer yandan, davalının unvan tescilinin yapıldığı 1997 yılından davanın açıldığı 2006 yılına kadar davacının sessiz kaldığına ve davacının hak kaybına uğradığına ilişkin gerekçe dahi ilke bakımından hatalı olmuştur. Zira, bu sürenin unvan tescilinden değil, davalının unvanını tescil ettirdiği şekilde kullanmayıp, marka hakkına tecavüz oluşturan kullanım şekillerini davacının öğrendiği tarihten başlatılması (vurgu) gerekir.”*¹¹⁴

¹¹¹ Sadece ticari evrak üzerinde vücut bulan kullanıma sessiz kalırsa dahi, kullanıma sessiz kalınmadığından sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanamayacağına ilişkin bkz. Yargıtay 11. HD, T. 19.02.2019, E. 2015/4429, K. 2015/2235 (Bozgeyik, **a.g.e.**, s. 158).

SMK döneminde verilmiş bir karar şu şekildedir:

*“Davalının markasal kullanımı hariç olmak üzere ticaret ünvanını dava tarihinden 22 yıl önce tescil edilmiş olması ve basiretli bir tacir gibi davranması gereken davacıların aynı sektörde yer alan bu ticaret ünvanına bu kadar uzun süre sessiz kalmasının hak kaybı ile sonuçlanması gerekeceği ancak **ticaret ünvanına sessiz kalmanın markasal kullanıma sessiz kalma anlamına gelemeyeceği** (vurgu) hukuki kanaatiyle ...”* [Bakırköy 1. FSHM, T. 07.01.2020, E. 2017/503, K. 2020/6 (Kanunum (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020)].

Yargıtay 11. HD, T. 04.10.2018, E. 2016/9390, K. 2018/6006 sayılı kararı:

“... sonra davacının markaya tecavüz ve haksız rekabete dayalı talepleri yönünden işbu davanın açılmasının TMK’nın 2. maddesi kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi gerekirken, mahkemece ticaret ünvanının terkin talebinin aradan geçen süre ve sessiz kalma dikkate alınarak reddine karar verilmişse de marka hakkına dayalı talepler yönünden uzun süreli sessiz kalma suretiyle hak kaybı hususu tartışılmaksızın...” [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Haziran 2020].

¹¹² Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537.

¹¹³ Bkz. yuk. Bölüm 1.1.4. GM, 25 Eylül 2018, T-238/17, Alexander Gugler v EUIPO, Gugler France, para. 17 [https://curia.europa.eu (Çevrimiçi), 10 Mayıs 2020].

¹¹⁴ Yargıtay 11. HD, T. 05.04.2010, E. 2008/8488, K. 2010/3849 [HukukTürk (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

Benzer yönde bir kararında Fransız Yüksek Mahkemesi, sonraki tarihli marka başvurusundan haberdar olmanın yeterli olmadığını belirterek, sonraki tarihli markanın kullanılıp kullanılmadığı

Bu alt başlık tahtında incelemeyi arzuladığımız husus, başta sonraki tarihli markanın kullanımının gerek coğrafya gerek mal veya hizmet planında ilerlemesi/gelişmesi/yayılması olmak üzere özellik arz eden hususların sessiz kalma hali üzerinde yaratacağı etkidir¹¹⁵. Gerçekten de önceki hak sahibinin haberdar olduğu kullanım, sonraki tarihli marka sahibinin eylemleri ile farklı planlarda yayılma gösterebilir.

Yukarıda önceki hak sahibinin eylemlerinin sessiz kalma üzerindeki etkisine temas etmiştik¹¹⁶; şimdi sonraki tarihli marka sahibinin eylemlerinin sessiz kalma üzerindeki etkisinden bahsetmek gerekir.

2.2.4.4.2. Sonraki Tarihli Markanın Kullanımının Rekabet Yaratacak Seviyeye Gelmesi Gerekir mi?

Bu alt başlığı bir soru ile açmak gerekir: Önceki hak sahibi ile sonraki tarihli marka sahibinin birbirinden tamamen uzakta ve rekabet ilişkisi içerisinde olmayan pazarlarda aynı mal veya hizmet için faaliyet gösterdiği varsayımında, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın rekabet yaratmayan kullanımına karşı harekete geçmesi gerekir mi; giderek sonraki tarihli markanın rekabet oluşturmayan ve oluşturmada da mümkün gözükmeyen kullanımına karşı sessiz kalınması halinde SMK m. 25.6 hükmü uygulanabilir mi¹¹⁷? Özetle, sonraki tarihli markanın kullanımının

ve önceki hak sahibinin kullanıma sessiz kalıp kalmadığı incelenmeden verilen CA Paris kararını bozmuştur. Karar için bkz. Cass. Com., 28 Mart 2006, n° 05-11686 [JuriPredis (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020].

¹¹⁵ Amerikan marka hukukunda bu duruma **progressive encroachment**, yani yayılan/genişleyen ihlal denilmektedir ve sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesine karşı bir savunma mekanizması olarak kullanılmaktadır. Buna göre, sonraki tarihli hak sahibi kullanımını, önceki hak sahibinin faaliyet alanına yakınlaştıracak ve onunla rekabet oluşturacak şekilde değiştirmesi halinde önceki hak sahibi yeni bir savunma imkânı kazanmaktadır ve sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanmasının önüne geçebilmektedir. Bu konuda yazılmış eserler için bkz. Kilmer, **TMR**, s. 229-246; Paul F. Kilmer, “Progressive Encroachment: Defeating Laches and Acquiescence in U.S. Trademark Litigation”, **INTA Bulletin**, Vol. LXIX, No. 6, 2014, <https://www.inta.org/> (Çevrimiçi), 20 Mart 2020.

¹¹⁶ Bkz. yuk. Bölüm 2.2.4.3.

¹¹⁷ Benzer yönde bkz. Kilmer, **INTA**.

ciddi olmasından öte, önceki hak sahibi ile rekabet oluşturacak seviyede bir kullanıma ulaşması gerekir mi?

Kanaatimizce, bu sorulara evet cevabını vermek pek mümkün gözükmemektedir¹¹⁸. İlk olarak, SMK m. 25.6 hükmünün lafzı yanında gerek AB mevzuatı gerek karşılaştırmalı hukuk planında yer alan düzenlemeler sessiz kalmanın konusunun sonraki tarihli markanın kullanımı olduğunu açıkça ortaya koymuşlardır. İkinci olarak, sonraki tarihli markanın kullanımı, önceki hak sahibi (marka sahibi) ile rekabet oluşturma ve giderek maddi bir zarara sebep olmasa bile, SMK m. 29 ve 7 kapsamında marka hakkına tecavüz teşkil edeceğinden (SMK m. 155¹¹⁹)¹²⁰; önceki marka sahibinin bu kullanımlara karşı harekete geçmesi gerektiği rahatlıkla söylenebilir. Ayrıca, önceki hak sahiplerinin hükümsüzlük davası açması için SMK m. 5 ve 6'da öngörülen hususların varlığının (tehlikenin) yeterli olması ve giderek fiili bir

¹¹⁸ Amerikan marka hukukunda, **progressive enroachment** prensibi uyarınca, sessiz kalma süresi önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olduğu andan değil, marka ihlalinin dava edilebilir ve ispatlanabilir konuma geldiği andan itibaren hesaplanmaktadır. Yine, mahkeme önceki hak sahibinin maruz kaldığı zararı gözeterek **progressive enroachment** savunmasına işlerlik kazandırmaktadır [United States Court of Appeals, Case No. 08-2907, Champagne Louis Roederer v. J. Garcia Carrion, S.A., <https://law.justia.com/> (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

Bir diğer Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi kararında şu ifadeler geçmektedir:

"We agree with Professor McCarthy that the owner has no obligation to sue until 'the likelihood of confusion looms large.' ... Sara Lee, by waiting for Kayser-Roth to expand its use of the Leg Looks(tm) mark to the FDM market, chose to delay its pursuit of a remedy until its right to protection had clearly ripened. Under the circumstances, we adjudge its actions to have been entirely reasonable; the district court clearly erred in finding otherwise." (United States Court of Appeals, Case No. 94-2562, Sara Lee Corporation v Kayser-Roth Corp, <https://caselaw.findlaw.com/> (Çevrimiçi), 27 Mart 2020).

¹¹⁹ **Önceki tarihli hakların etkisi** başlıklı SMK m. 155 hükmü ile Türk sınai mülkiyet hukukuna yeni bir soluk getirilmiş olup, hüküm şöyle kaleme alınmıştır:

"Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez."

¹²⁰ Tescile rağmen tecavüz hakkında bilgi için bkz. Şehirali Çelik, **Tescilin Anlamı**, s. 75 vd.; Feyzan Hayal Şehirali Çelik, "SMK m. 155'in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler", **BATİDER**, C. XXXV, S. 2, 2019, s. 63-102; Türkay Alıcı, "6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Önceki Tarihli Hakların Etkisi", **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 673-736; İbrahim Gül, "Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması", **HKÜHFD**, C. VII, S. 13, 2017, s. 81-115; Jean Pierre Clavier, "Interprétation Large de la Notion de « Tiers » Visé à l'Article 9 § 1 du Règlement sur la Marque Communautaire", **LEPI**, 2013, s. 5, Lextenso (Çevrimiçi), 18 Mart 2020.

eylemin aranmaması da bir önceki ifadeyi destekleyecek niteliktedir¹²¹. Üçüncü olarak, yukarıda ifade ettiğimiz üzere sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanabilmesi için sonraki tarihli markanın kullanımının ciddi olması gerekliliği¹²², önceki hak sahibinin harekete geçmesi açısından makul ve kabul edilebilir bir kullanım ölçütüdür.

Tam da bu bağlamda, **Caron**'un bir makalesinde geçen ifadeyi marka hukukuna uyarlayarak alıntılar yapmak yerinde olacaktır: “*Marka hakkı aktif (olunması gereken) bir haktır ki, sahibinin pasif/hareketsiz kalmasını telif etmez.*”¹²³

Sonuç olarak denilebilir ki, sessiz kalma suretiyle hak kaybının gerçekleşebilmesi için sonraki markanın kullanımının ciddi olması yeterli olup ayrıca bu kullanımın önceki hak sahibinin faaliyetleriyle rekabet oluşturacak boyutlara ulaşması gerekmez¹²⁴.

2.2.4.4.3. Sonraki Tarihli Marka Kullanımının Mal veya Hizmet Planında Yayılması

Önceki hak sahibinin sessiz kaldığı kullanım, sonraki tarihli marka sahibinin markasını kullandığı belirli bir mal veya hizmete yönelik olabilir. Söz gelimi, sonraki tarihli marka sahibi, kişisel bakım ürünleri için markasını kullanmakta iken, önceki hak sahibi bu kullanımdan haberdar olmuştur; ancak bu kullanıma karşı bir engellemeye girişmemiştir. Fakat devam eden süreçte, sonraki tarihli marka sahibi, markasının kullanımını kişisel bakım ürünlerinin yanında, önceki hak sahibinin temel faaliyet alanı olan elektronik ev aletleri sahasına da yaymıştır. Böyle bir durumda, şu

¹²¹ Bozgeyik, **a.g.e.**, s. 158-159. Benzer yönde bkz. Puttemans, **a.g.e.**, s. 91-92.

¹²² Bkz. yuk. Bölüm 2.2.2.2.

¹²³ Yazarın özgün ifadeleri şu şekildedir: “*La propriété est active, ce qui signifie qu'elle n'admet pas la passivité du propriétaire.*” [Christophe Caron, “Droit de la Propriété Intellectuelle”, **La Semaine Juridique - Edition Générale**, 2005, LexisNexis (Çevrimiçi), 20 Mart 2020].

¹²⁴ Yargıtay 11. HD, T. 21.11.1974, E. 1974/2879, K. 1974/3105 sayılı kararında yer verilen ifadeler, açıklamalarımızı tevsik eder niteliktedir:

“*Bir başka deyişle, zararın tamamlanmasını beklemeye, bütün kapsamıyla bilinmesine, ihtiyaç yoktur. (V.Tuhr - Siegwart, 1944-3371). Yeter ki, açılacak davayı, tazmini talep edilen zarar yönünden haklı gösterecek sebepler bulunsun. Her halde davacının, zararı hakkında bir fikir sahibi olması lazımdır. (Y.H.G.K. 28.10.1959, 49).*” [Kazancı (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020].

soru akla gelebilir: Önceki hak sahibinin, kişisel bakım ürünleri için kullanılan markaya gösterdiği hareketsizlik, sonradan yayılma gösterilen mal veya hizmetler açısından da kabul edilebilir mi?

Kanaatimizce, sonraki tarihli markanın kullanımının yayıldığı her mal veya hizmet için sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ayrı ayrı uygulanmalıdır. Diğer bir deyişle, aynı işaretin farklı mal veya hizmetlerde kullanılması başlı başına yeni bir kullanımdır ve haberdar olma ile sessiz kalma halinin bu yeni kullanım açısından varlığı ayrıca aranmalıdır¹²⁵.

Çünkü **markada belirlilik ilkesi**¹²⁶ uyarınca işaret, ancak bir mal veya hizmeti gösterdiği takdirde marka olarak korunabilir. İşaretin tescilli olduğu her mal veya hizmet açısından adeta ayrı bir marka vardır. Dolayısıyla, farklı olan mal veya hizmete yönelik her kullanım, önceki kullanımlardan ayrı olup müstakil değerlendirmeyi zaruri kılar.

Bütün bu ifadeler ışığında, sonraki tarihli markanın farklı mal veya hizmetlerde ciddi şekilde kullanılmaya başlanması, sessiz kalma hali yönünden incelenmesi gereken yeni bir kullanım olarak mütalaa edilmelidir.

2.2.4.4.4. Sonraki Tarihli Marka Kullanımının Coğrafi Planda Yayılması

¹²⁵ Yargıtay 11. HD, T. 09.07.2009, E. 2007/13754, K. 2009/8498 sayılı kararı:

“... işbu marka hükümsüzlüğü davasında sessiz kalma yoluyla hak kaybının doğup doğmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Davacının “ACIBADEM” ibaresini 1987 tarihinden itibaren kullanımını işletme adı ve tescilsiz hizmet markası şeklinde gerçekleştirdiği kuşkusuzdur. Ancak, 2001 yılında 41/01 numaralı alt grup da dahil tüm sınıflarda ACIBADEM markasını tescil ettiren davalının da ilk sayısı Ocak 1996 tarihinde eğitim amaçlı olarak “Güncel Sağlık Dergisi Acıbadem Sağlık Grubu Yayını” adlı dergiyi çıkardığı ve en son Temmuz-Ekim 2005 sayısına ait örneğinin dosyaya ibraz edildiği anlaşılmaktadır. Davalı şirket tarafından çıkartılan dergi ve diğer eğitim faaliyetleri dikkate alınarak, ACIBADEM markasının eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfında da davalı şirket tarafından tescilsiz bir kullanım olup olmadığı ve bu şekilde bir kullanıma davacı şirketin karşı çıkıp çıkmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.” (Güneş, **Önceye Dayalı Haklar**, s. 232’den naklen). Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 17.06.2002, E. 2002/2405, K. 2002/6204 (Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 400).

¹²⁶ İlke hakkında bilgi için bkz. aş. Bölüm 3.3.2.2.3.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki bu alt başlık tahtında coğrafi plan ile yalnızca fiziki coğrafya değil, aynı zamanda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi açısından menfaatleri çatışan tarafların faaliyet gösterdiği ekonomik piyasa yapısı da kastedilmektedir.

Önceki hak sahibinin temel faaliyet alanından uzak bir bölgede faaliyet gösteren sonraki tarihli marka sahibi, zaman içerisinde faaliyet gösterdiği fiziki ve ekonomik coğrafyayı genişletebilir ve hatta önceki hak sahibinin faaliyetlerinin yoğunlaştığı sahalara girebilir. Söz gelimi, İstanbul genelinde tescilli markasıyla faaliyet gösteren bir lokmacının, sonraki tarihli ve aynı veya benzer bir markayla fakat Erzurum’da faaliyet gösteren bir lokmacının faaliyetinden haberdar olduğunu kabul edelim. Sonraki tarihli marka sahibi faaliyetlerini genişletip tüm Doğu Anadolu’ya yaydığı takdirde, sadece Erzurum ile sınırlı kalan kullanıma karşı vücut bulan sessiz kalma hali genişleyen bu yayılma faaliyeti için de uygulanabilir mi?

SMK m. 25.6 hükmünde yer verilen sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, yalnızca marka hükümsüzlüğü uyuşmazlıklarına özgülendiği için, sonraki tarihli markanın coğrafi planda yayılması SMK m. 25.6 hükmünün uygulanmasına etki etmez. Zira marka hukukunun temel ilkelerinden biri olan ülkesellik ilkesi¹²⁷ uyarınca,

¹²⁷ Ülkesellik ilkesi uyarınca marka hakkı, sahibine yalnızca korunduğu ülke sınırları içerisinde tek hakki bahşetmektedir. Diğer bir deyişle, marka hakkının sahibine sağladığı yetkiler ülke sınırlarında son bulur. Dolayısıyla aynı işaretin aynı mal veya hizmetlerde fakat farklı ülkelerde farklı kişilerce kullanılması mümkündür. Ülkesellik ilkesi hakkında bkz. Paslı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 177-194; Yasaman, Yusufoğlu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 27; İlhami Güneş, “Marka Tescilinin Rolü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. V, S. 42, 2010, s. 52-54; H. W. Wertheimer, “The Principle of Territoriality in the Trademark Law of the Common Market Countries”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. XVI, S. 3, 1967, s. 630-662; Lawrence E. Abelman, “Territoriality Principles in Trademark Laws”, **TMR**, Vol. LX, S. 1, 1970, s. 19-32; Friedrich Karl Beier, “Territoriality of Trademark Law and International Trade”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, V. I, S. 1, 1970, s. 48-72. Ülkesellik ilkesinin konu olduğu kararlar için bkz. BGH, 24 Ocak 1964, “Maja” (**GRUR Int**, 1964, s. 202); ABAD, 22 Haziran 1994, C-9/93, IHT Internationale Heiztechnik GmbH and Uwe Danziger v Ideal-Standard GmbH and Wabco Standard GmbH [<https://curia.europa.eu> (Çevrimiçi)], 10 Mart 2020]; Yargıtay 11. HD, T. 30.09.2019, E. 2018/4604, K. 2019/5986; Yargıtay 11. HD, T. 24.09.2019, E. 2018/4210, K. 2019/5769; Yargıtay 11. HD, T. 24.04.2018, E. 2016/10702, K. 2018/3120; Yargıtay 11. HD, T. 12.03.2018, E. 2016/8498, K. 2018/1882 [Kararların tamamı için bkz. Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mart 2020].

markanın hükümsüz kılınabilmesi için kullanıldığı coğrafyanın bir önemi yoktur¹²⁸,

129.

2.2.4.4.5. Sonraki Tarihli Markanın Gençleştirilmesi

Sonraki tarihli marka sahibinin eylemlerinin sessiz kalma haline etkisi değerlendirilirken üzerinde durulması gereken bir diğer durum, sonraki tarihli markanın seri marka olması halidir.

Yargıtay bir kararında seri markayı şu şekilde ifade etmiştir:

*“Bir işletme tarafından uzunca süredir kullanılan markanın asli unsuru muhafaza edilerek ve markanın bu işletme ile bağlantısı ve tüketici nezdinde yarattığı izlenim korunmak suretiyle, önceki markanın kapsadığı ürünlerin veya bir ürün çeşidinin tüketiciye yenilenmiş bir marka imajı ile sunulması ve bu yolla marka sahibi işletmenin piyasaya arz ettiği ürünlerinin de işletmesel köken olarak öncekilerle bağlantılı olduğu mesajını veren yeni markalar yaratmak amacıyla önceki markada yer alan asıl unsurun yanına başkaca asli ve/veya tali unsurlar ekleyerek oluşturduğu markaların seri marka olarak kabulü olanaklıdır.”*¹³⁰

¹²⁸ Ticaret unvanının terkinin açısından benzer bir karar için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 19.09.2011, E. 1346, K. 2011/10502 (Gönen Eriş, **Açıklamalı – İctihatlı Ticari İşletme ve Şirketler**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 968).

¹²⁹ Bu arada, değinilmesi gereken bir diğer husus, sonraki tarihli markanın yurtdışında kullanılması ve fakat sonradan kullanımın Türkiye’ye taşınmasıdır. Bu halde, rahatlıkla tespit edilebileceği üzere Türkiye dışındaki kullanım, önceki hak sahibinin marka hakkını ihlal eden bir kullanım teşkil etmediği için, Türkiye’de gerçekleşmeyen kullanıma yönelik sessiz kalmanın dikkate alınması mümkün değildir. Gerçekten de, bu halde ortada önceki hak sahibinin hakkına yönelik bir ihlal söz konusu değildir ki, önceki hak sahibinin bu kullanıma karşı harekete geçmesi beklensin; ve giderek harekete geçmeme haline bir yaptırım bağlansın. Benzer yönde bkz. ATF 95 II 354 (Muhlstein, Muhlstein, **a.g.m.**, s. 25, dn. 222’den naklen).

Bir diğer değinilesi husus ise şu olabilir; tarafların yurt dışında (söz gelimi Fransa’da) tescilli marka sahibi olduğu ve sonraki tarihli marka sahibinin yurt dışında sessiz kalma suretiyle hak kaybı (=forclusion par tolérance) savunmasına itibar edildiği varsayımında; bu durumun sonradan Türkiye’de tescil ettirilen markalar açısından da bir savunma teşkil edip etmeyeceği sorunu. Marka korumasında ülkesellik ilkesi caridir ve bu ilke karşısında yurt dışında başarılı bir şekilde ileri sürülen sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının Türkiye’de de ileri sürülmesinin mümkün olmadığı rahatlıkla dile getirilebilir. Nitekim benzer yönde bkz. TGI Paris, 20 Ocak 1982 (INPI, **PİBD**, 1982, No. 305, s. 134); TGI Paris, 25 Haziran 2010 (Sirinelli, Durrande, Latreille, **a.g.e.**, § L714-3).

¹³⁰ Yargıtay HGK, T. 14.06.2017, E. 2017/11-1729, K. 2017/1186 [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mart 2020]. Benzer tanımlar için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 07.07.2009, E. 2007/13744, K. 2009/8377 (Çolak, **a.g.e.**, s. 295); Yargıtay 11. HD, T. 21.05.2010, E. 2010/5538, K. 2010/5680 (**BATİDER**, C. XXVI, S. 3, 2010, s. 239).

Buna göre, seri marka, asli unsurları aynı ve fakat bu asli unsurun yanına ek birtakım işaretler getirilerek oluşturulan markalar dizisi olarak tanımlanabilir¹³¹. Marka sahipleri seri markalar yaratarak, bir yandan asli unsurun muhafaza edilmesi sayesinde, ilgili tüketici kitlesini bütün markaların -yani markalar dizisinin- aynı teşebbüse ait olduğu konusunda bilgilendirmekte¹³²; diğer yandan ek birtakım işaretler ile asli unsuru **gençleştirmekte**¹³³ ve farklılaşan ekonomik yapıya ayak uydurur konuma gelmektedir.

Görüleceği üzere **markanın gençleştirilmesi** kavramı, iktisadi ve toplumsal hayatın değişiminin marka hukukundaki yansımasıdır. Marka sahipleri, toplumun değişimine ayak uydurmak amacıyla, mal veya hizmetlerini toplumun isteklerine uyarlayarak daha talep edilebilir kılmanın yanında, bu mal veya hizmetlerin tanıtımında kullanılan işaretleri -markaları- de gençleştirmek suretiyle tüketici nezdindeki imajını/kimliğini korumaktadır.

Fakat burada, dikkat edilmesi gereken temel nokta, seri markaların asli unsurlarının baki kalmasıdır¹³⁴. Nitekim bu sebeptendir ki, Yargıtay HGK, 2015 tarihli kararında her yeni marka için, sessiz kalmanın yeniden söz konusu olmayacağına; sessiz kalmanın ilk ve asli markaya yönelmiş olmasının yeterli olacağına hükmetmiştir¹³⁵. Yargıtay kararının ilgili kısmını alıntılarsak:

¹³¹ Burçak Yıldız, “Mükerrer Markanın Seri Markasının Tescili - SMK m. 5.1.ç ve m. 6.1 Hükümlerine Yargıtay Kararları İle Getirilen İstisna”, **BATİDER**, C. XXXIV, S. 4, 2018, s. 94; Çolak, **a.g.e.**, s. 295; Pelin Karaaslan, “Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Uygulamalarında ‘Seri Markalar’”, **FSHD**, C. XII, S. 48, 2016, s. 1132; Levent Yavuz, “Marka Hukukuna İlişkin Yargıtay Uygulamasındaki Son Gelişmeler”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012**, ed. Tekin Memiş, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2013, s. 502.

¹³² Yıldız, **a.g.m.**, s. 94; Karaaslan, **Seri Markalar**, s. 1132; Yavuz, **a.g.m.**, s. 502; Kemal Şenocak, “Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, **BATİDER**, C. XXV, S. 3, 2009, s. 126-127.

¹³³ Kavram için bkz. Çolak, **a.g.e.**, s. 876-877.

¹³⁴ Karaaslan, **Seri Markalar**, s. 1132.

¹³⁵ Benzer yönde Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537; Çolak, **a.g.e.**, s. 876.

“... yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyumsuzluk özünde, davacının sessiz kalması sonucu davalı lehine kazanılmış bir hakkın oluşup oluşmadığı noktasındadır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, davalı tarafın “ışık” ibaresini okullarında dava tarihi itibarıyla 16 yıla yaklaşan markasal kullanımının olduğu, kullanılan “ışık” ibaresinin marka tescillerine de konu edildiği, her ne kadar 1996/179257 tescil nolu marka müddet hale gelmiş ise de bu markada kullanılan esas unsur ile 2006/48923 nolu markada kullanılan esas unsurun aynı olduğu, markaların birbirinin devamı niteliğinde seri marka olarak değerlendirilmesinin gerektiği, markalardaki kısmi değişikliğin markanın gençleştirilmesinden ibaret olduğu, bu nedenle davalının uzun süreli kullanımına karşı davacı tarafın sessiz kalmak suretiyle dava açma hakkını kaybettiği ileri sürülmüş ise de, (vurgu) çoğunluk tarafından bu görüş yukarıda bozma ilamında açıklanan gerekçelerle kabul edilmemiştir.”¹³⁶

Görüleceği üzere, önceki hak sahibinin sessiz kalmasının ilk ve asli unsurları içeren markaya yönelmiş olması, sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanması için yeterlidir¹³⁷. Sonraki tarihli marka sahibinin, asli unsuru koruyarak yapacağı yeni marka tescilleri, her ne kadar birbirinden bağımsız nitelikte olsalar dahi, esasen farklı

¹³⁶ Yargıtay HGK, T. 18.03.2015, E. 2013/11-1573, K. 2015/1055 [Kazancı (Çevrimiçi), 21 Mart 2020].

Hemen belirtelim, kararda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin kabul edilmemesinin sebebi, davalının markalarının birbirinin devamı olacak benzerlikte görülmemesidir. Nitekim bozma ilamının gerekçesi şöyledir:

“Uyumsuzluk konusu davalının ilk olarak tescil edilen ve yenilenmemekle hükümden düşen markası üzerinde davacının sessiz kalması sonucu lehine hak doğduğu ve ‘Sakarya’ ile ‘Işık’ ibareleri üzerinde kazanılmış bir hakkı bulunduğu kabul edilerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiştir. Davalı adına tescil edilen ‘Şekil+Özel Işık Lisesi Sakarya 1993’ ibareli marka hükümden düştüğünden bu marka itibarıyla davanın konusu bulunmamaktadır. Ancak, diğer marka itibarıyla mahkeme değerlendirmesi yerinde değildir. Her ne kadar ‘Işık’ ve ‘Sakarya’ ibareleri ortak ise de bir bütün olarak değerlendirildiklerinde gerek şekil gerekse kullanılan kelimeler itibarıyla davalı adına tescilli iken yenilenmemek suretiyle hükümden düşen “Şekil+Özel Işık Lisesi Sakarya 1993” ibareli marka ile 11.10.2006 tarihinden itibaren koruma altındaki “Şekil+Özel Sakarya Işık Eğitim Kurumları” ibareli marka birbirlerinden farklı markalardır. Başka bir anlatımla, markalar birbirlerinin devamı niteliğinde değildir. Aynı nitelikte hizmette kullanılmalarına rağmen müktesep hak kapsamında kabulünü gerektirecek derecede benzerlikleri bulunmamaktadır. (vurgu)”

¹³⁷ Benzer yönde bkz. Çolak, **a.g.e.**, s. 427-428; Güneş, **Marka Hukuku**, s. 52 ve dn. 61’de anılan Yargıtay 11. HD, T. 19.09.2008, E. 2007/7547, K. 2008/10251 sayılı kararı.

Marka tescilinde seri marka istisnası üzerine bkz. Yıldız, **a.g.m.**, s. 94 vd. Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay marka tescilinde seri marka istisnasını ele aldığı çok sayıda kararında sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesine değinmemektedir. İlk ve asli unsurları içeren markanın hükümsüz kılınmadığı, yani sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabileceği ve asli markanın bu suretle korunabileceği durumlarda seri marka istisnasının uygulanabileceği kanaatindeyiz (Benzer yönde bkz. **A.e.**, s. 106).

bir kullanım olarak nitelendirilmediğinden -nitelendirilemeyeceğinden-, sessiz kalma halinin yeni markalara yönelmiş olması da aranmamaktadır¹³⁸.

2.3. SESSİZ KALMANIN BİRBİRİNİ İZLEYEN BEŞ YIL BOYUNCA SÜRMESİ

2.3.1. Genel Açıklamalar

Sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanabilmesi için gerekli bir diğer koşul, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımına sessiz kalmasının birbirini izleyen (kesintisiz) beş yıl boyunca sürmesidir¹³⁹.

SMK m. 25.6 hükmü sessiz kalma halinin, kesintisiz ve beş yıl boyunca sürmesi gerektiğini şu ifadelerle düzenlemiştir: “*Marka sahibi... bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa... markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.*” Mevzuat AB marka hukuku mevzuatında da “... *has acquiesced, for a period of five successive years...*” - “... *a toléré pendant cinq années consécutives...*” ifadeleri ile sessiz kalmanın **kesintisiz olması** ve **beş yıl sürmesi** gerekliliği ortaya konulmuştur.

Sessiz kalma süresine ilişkin incelemeye geçmeden önce SMK’de sessiz kalma süresinin beş yıl olarak belirlenmesinin yerindeliği üzerinde durmak gerekir. SMK öncesi dönemde, pozitif bir düzenlemenin olmaması ve sessiz kalma suretiyle hak kaybının dürüstlük kuralı temelinde işler kılınması farklı sessiz kalma sürelerine sonuç

¹³⁸ Benzer yönde CA Paris, 9 Şubat 2005 [Doctrine (Çevrimiçi), 15 Nisan 2020].

Benzer yönde bir diğer kararda, sonraki tarihli marka sahibi, markasının **esaslı unsurlarını değiştirerek** kullanıma devam ettiği için sessiz kalma suretiyle hak kaybının **uygulanamayacağına** karar verilmiştir [TGI Paris, 22 Şubat 2006, Doctrine (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020].

¹³⁹ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 477; Durrande, **Droit des Marques**, s. 130; Sirinelli, Durrande, Latreille, **a.g.e.**, § L714-3; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 537; Çolak, **a.g.e.**, s. 877; Bozgeyik, **a.g.e.**, s. 156; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 208; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 168; Gün, **a.g.e.**, s. 198; Işık, **a.g.e.**, s. 147. Sessiz kalmanın belirli bir zamana yayılması gerektiği hususunda bkz. Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 115; Schlosser, **a.g.m.**, s. 555; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 859; Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Karahan, **Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı**, s. 303; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 282; Yanlı, **a.g.m.**, s. 907; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 77.

bağlanmasına sebep olmuştur^{140, 141}. Gerçekten de, Yargıtay’ın sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi açısından farklı süreleri yeterli kabul ettiği çok

¹⁴⁰ Bu dönemde, öğretide sürenin uzunluğuna ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmüş idi. **Kaya**, hükümsüzlük davası için herhangi bir süre öngörülmemiş olmasının davanın ilelebet açılabilceği anlamına gelmediğini; hukukumuzda bu konuda pozitif bir düzenleme olmadığından hâkimin somut olayın özelliklerine göre sonuca varması gerektiğini belirtmişti (Kaya, **a.g.e.**, s. 342, 343). **Karan ve Kılıç**, her somut olayın hal ve şartlarına göre sonuca gidilmesi gerektiğini, ancak MarkaKHK m. 42’de tanınmış markaları ilgilendiren 5 yıllık sürenin kılavuz olabileceğini ifade etmişlerdi (Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 380-381). **Arkan**, Alman hukukundan hareketle sessiz kalmanın uzun bir süre (5 yıl gibi) sürmesinin yeterli olacağını ifade etmekteydi (Arkan, **Marka**, C. II, s. 161). **Tekinalp**, Türk hukukunda kesin bir süre vermenin yerinde olmayacağını, somut olayın özelliklerine göre hareket edilmesi gerektiğini savlamaktaydı (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 455). **Yasaman ve Yusufoglu**, sürenin çok uzun veya çok kısa olmasının haksız sonuçlara yol açabileceğini; sessiz kalma süresinin her somut olay özelinde dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmesi gerektiğini ileri sürmekteydi [Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 864-867; Sungurbey, **a.g.e.**, s. 143; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 313]. **Karahan**, somut olayın şartlarına göre 5 yıldan daha kısa veya daha uzun sürelerin dikkate alınabileceğinin kabul edildiğini ifade etmekte ve tanınmış markalarla ilgili olan 5 yıllık sürenin diğer markalar açısından da uygulanabileceğini savunmaktaydı (Karahan, **a.g.e.**, s. 148; Karahan, **Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanasını**, s. 303; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 281-285). **Yanlı**, sessiz kalma süresi konusunda kesin bir sınır verilemeyeceğini ve bu sürenin olaya göre değişeceğini belirtmekteydi (Yanlı, **a.g.m.**, s. 308). Son olarak, **Battal**, sessiz kalma süresinin hakimın takdir sahasında olduğunu fakat MarkaKHK m. 8.7 hükmünden hareketle bu sürenin iki yıldan az olamayacağını savlamaktaydı (Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 51-53).

¹⁴¹ Hemen belirtelim, kanun koyucu SMK m. 25.6 hükmü ile marka hükümsüzlüğü davaları açısından sessiz kalma süresini beş yıl olarak belirlemiş olsa da, tecavüz uyuşmazlıkları bakımından sessiz kalınması gereken süreye ilişkin pozitif bir düzenleme olmaması yukarıdaki dipnotta yer verdiğimiz görüşleri en azından bu uyuşmazlıklar bağlamında değerlendirilebilir kılmaktadır. Diğer yandan, mehaz AB marka hukukunda kullanımın engellenmesi talepleri açısından da sessiz kalma suretiyle hak kaybının özel olarak düzenlendiğini daha önceki bölümlerde ifade etmiştik. Bu çerçevede, 2015/2436 sayılı Direktif m. 18 ve 2017/1001 sayılı Tüzük m. 16 uyarınca, sonraki tarihli markanın kullanımına beş yıl süre sessiz kalınması sebebiyle hükümsüzlüğünün talep edilemediği hallerde kullanımına da müdahale edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu sayede, tescil ve kullanımın birlikteliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Bu sebeple, sonraki tarihli markanın sessiz kalma sebebiyle hükümsüz kılınmadığı durumlarda, kullanımın engellenmesi taleplerinin olumlu sonuçlanması pek mümkün gözükmemektedir (Şehirli Çelik, **SMK m. 155**, s. 87; Sylviane Durrande, “Droit des Marques”, **Recueil Dalloz**, 2010, s. 851. Bkz. aş. Bölüm 3.3.2.2.4.).

sayıda kararı vardır^{142, 143}. Ne var ki, bu durumun hukuki güvenlik açısından çok sağlıklı olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Zira hukuki güvenlik ilkesi, hukuki normların ve bu normların içerdiği müeyyidelerin bilinebilir/öngörülebilir olması gerekliliğini ifade eder¹⁴⁴. Her ne kadar sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin temelini teşkil eden dürüstlük kuralının katı bir kural olmadığı ve esneklik gerektirdiği söylenebilirse de, marka hukukunun kamusal boyutunun hukuki güvenlik ilkesinin temininin gerekliliğini güçlendirmesi yanında, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulamasının bir hayli fazla olması da¹⁴⁵ sessiz kalma süresi bakımından

¹⁴² Yargıtay'ın somut olayına özelliklerine göre 5 yıldan az bir süreyi yeterli gördüğü kararları için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 26.10.2010, E. 2009/4173, K. 2010/10835 (Çolak, **a.g.e.**, s. 877, dn. 2296); Yargıtay 11. HD, T. 21.11.2000, E. 2000/9012, K. 2000/9189 (Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 81).

Yargıtay'ın 5 yıldan fazla gerçekleşen sessiz kalmayı yeterli gördüğü kararları için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 05.04.2013, E.2010/5334, K. 2012/5434 (Çolak, **a.g.e.**, s. 878, dn. 2297); Yargıtay 11. HD, T. 31.01.2011, E. 2009/7856, K. 2011/953; Yargıtay 11. HD, T. 15.01.2007, E. 2005/13595, K. 2007/273 (Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 486-487); Bozgeyik, **a.g.e.**, s. 156-157'deki tablo.

Yargıtay'ın sessiz kalma süresinin 5 yıldan az olamayacağına ilişkin kararı için bkz. Yargıtay HGK, T. 18.02.2015, E. 2013/11-1358, K. 2015/820 (Çolak, **a.g.e.**, s. 878, dn. 2299).

Yargıtay'ın genellikle yedi yıl ve üzeri süreleri dikkate aldığı yönünde bkz. Bozgeyik, **a.g.e.**, s. 156. İki yıllık bir sürenin yeterli olacağı yönünde bkz. Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku, Kitap 5: 1992 - 1993**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s. 44-48.

¹⁴³ İsviçre Federal Mahkemesi de, somut olayın özelliklerine göre 4 ila 9 yıl arasındaki bir süreyi sessiz kalma için yeterli görmüştür (Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 115). Schlosser ise İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında genellikle yedi yıl ve üzeri sürelerin dikkate alındığını belirtmektedir (Schlosser, **a.g.m.**, s. 556).

Birkaç İsviçre Federal Mahkemesi kararını da zikretmek gerekirse; bir buçuk yılın yeterli görüldüğü bir kararı için bkz. TF, 21 Ekim 1997, Lanceur de Drapeau II (**sic!**, 1998, s. 320). Yaklaşık dört yılın yeterli görüldüğü bir karar için bkz. ATF 81 II 284 [https://www.swisslex.ch/ (Çevrimiçi), 20 Mart 2020]. Son olarak, 9 yılın yeterli görüldüğü bir başka karar için bkz. ATF 109 II 338 [https://www.swisslex.ch/ (Çevrimiçi), 20 Mart 2020]. Daha fazla karar için bkz. Schlosser, **a.g.m.**, s. 556; Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 115, dn. 525.

¹⁴⁴ Bkz. yuk. Bölüm 1, dn. 164.

¹⁴⁵ Yeri gelmişken sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulamasının neden bu kadar çok olduğu sorusuna cevap vermek gerekir.

Kanaatimizce, bu duruma yol açan temelde iki sebep vardır: Birincisi ve en önemlisi marka hakkının konusunun gayri maddi olması iken; ikincisi marka olarak tescil edilen işarete sağlanan korumanın sınırlarının net olmamasıdır. Marka, gayri maddi bir malvarlığı olması sebebiyle, aynı veya benzer işaret, aynı anda ve aynı coğrafyada çok sayıda kişi tarafından kullanılabilmekte ve tescile konu edilebilmektedir. Haliyle bu durum, uyumsuzlukları had safhaya çıkartırken; önemli bir savunma enstrümanı olan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanma sıklığını da artırmaktadır. İkinci sebep tahtında ise söylemek gerekir ki marka koruması salt marka olarak tescil edilen işaretin değil, bu işaret ile benzer ve karıştırılma ihtimali olan işaretlerin de -aynı veya benzer mal veya hizmetler için- kullanımına ve tesciline müdahale imkânı vermektedir. Fakat TÜRK PATENT tarafından tutulan marka siciline bakılarak, tescilli bir işarete sağlanan korumanın kapsamını ve sınırlarını net/kesin bir şekilde tespit etmek pek kolay değildir. Bu sebeple benzer

uygulayıcılara esneklik tanınmasının yerinde olmayacağı düşüncesini sağlamlaştırmaktadır¹⁴⁶. Nitekim İsviçre öğretisinde -aksi görüşler dile getirilmekle beraber¹⁴⁷- sessiz kalma hali için belirli bir sürenin kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹⁴⁸. Bu bakımdan, kanaatimizce sessiz kalma süresi hususunda, hukuki güvenlik ilkesinin bir gerekliliği olarak mehzaz düzenlemeye paralel şekilde beş yıllık bir sürenin benimsenmesi olumlu ve yerinde bir tercih olmuştur¹⁴⁹.

Bu açıklamaların ardından, bu başlık tahtında incelemek istediğimiz hususlar olan sessiz kalma süresinin başlangıcı ve sona ermesi meselelerine geçelim.

2.3.2. Sürenin Hesaplanması

2.3.2.1. Sürenin Başlangıcı

işaretleri içeren markalar bazında birçok uyumsuzluk ortaya çıkmakta ve giderek sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanmasına zemin hazırlamaktadır.

¹⁴⁶ Bu minvalde günümüz iktisadi hayatının bireysellikten uzaklaşan yapısının da dikkate alınmasının gerektiğini de önemle eklemek gerekir. Bu bağlamda, Hirsch'in şu ifadelerini nakletmek yerinde olacaktır: “*Ticaret hukukunun, çok defa “büyük makyasta, devamlı bir surette cereyan eden hukukî meseleler hukuku” diye de tarif edildiğini bilirsiniz. Bununla, modern ticarî münasebatın umumiyetle her vakit tekerrür eden ve şahsî, ferdî karakterlerini gittikçe kaybeden tipik ve muayyen bazı eşkal dairesinde cereyan etmekte olduğu gösterilmek istenilmektedir.*” (Ernst Hirsch, “Devletçilik ve Ticaret Hukuku”, *İÜHF*, C. XLV, S. 1-4, 1981, s. 7).

¹⁴⁷ Simone Brauchbar, *Die Verwirkung im Kennzeichenrecht; unter Berücksichtigung der Regelung in der Europäischen Union*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 2001, N. 25 (Schlosser, *a.g.m.*, s. 556’dan naklen).

¹⁴⁸ Killias, *Protection des Signes Distinctifs*, s. 115; Schlosser, *a.g.m.*, s. 556 ve dn. 105’te anılan yazarlar.

¹⁴⁹ SMK öncesi dönemde, sürenin çok uzun veya çok kısa olmasının haksız sonuçlara yol açabileceği savlanarak, sessiz kalma süresinin her somut olay özelinde dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmesi gerektiği öğretide çoğunlukla savunulmuştur (bkz. yuk. Bölüm 2, dn. 140). Kanaatimizce, bu görüşün önem verdiği husus somut/müşahhas kişiler arasında, münferit bir uyumsuzluk bağlamında ortaya çıkan menfaat çatışmasının çözümü iken; SMK ile sabit bir süre benimsenmesinin önem verdiği husus ise soyut/mücerret ve giderek kişiler üstü planda sessiz kalma suretiyle hak kaybı uyumsuzlukları tahtında menfaatler çatışmasını çözmektir. İlkinin somut olay özelinde daha hakkaniyetli bir çözüm yaratacağı kabul edilse dahi, gerek harekete geçme noktasında kendisine bir külfet atfedilen önceki hak sahibinin konumu, gerek uzun süredir kullandığı markasının korunmaması noktasında sonraki tarihli marka sahibi açısından yarattığı belirsizlik sebebiyle; ikinci çözüme öncelik tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Gerçekten de, ikinci çözüm, her ne kadar bazı somut uyumsuzluklar tahtında hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olacak gözükse de, anılan çözümün temelde üzerine eğildiği ve çözüm getirdiği sorunun, birinci çözümün aksine daha önemli ve kapsayıcı olduğu ve giderek daha üstün bir menfaatler dengesini temin ettiği ortadadır.

Beş yıllık sessiz kalma süresinin başlangıç noktası, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olması anıdır¹⁵⁰.

Bununla birlikte, ABAD sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için, kullanımdan haberdar olunması anından önce bazı hususların varlığını aramaktadır¹⁵¹. ABAD’a göre, ilk olarak, sonraki tarihli markanın tescilli olması gerekir¹⁵². İkinci olarak, sonraki tarihli marka tescil başvurusunun iyiniyetli yapılmış olması şarttır¹⁵³. Üçüncü ön koşul, sonraki tarihli markanın kullanılıyor olmasıdır¹⁵⁴. Dördüncü olarak ise, önceki hak sahibi sonraki tarihli markanın tescilinden ve tescilden sonraki kullanımından haberdar olmalıdır¹⁵⁵.

ABAD tarafından, sessiz kalma süresinin başlaması için öngörülen bu koşullar birtakım soru işaretlerini beraberinde getirmektedir. Bilhassa, sonraki tarihli markanın tescili hususu etrafında çözümü gereken ve sessiz kalma süresinin hesaplanmasına etki eden bir dizi problem vardır.

Bu bağlamda irdelemek istediğimiz temel problem, sonraki tarihli markanın tescilsiz olarak belirli bir süre kullanıldıktan sonra tescil başvurusunda bulunulması ve nihayet tescil edilmesi halinde, tescilden önce gerçekleşen kullanıma sessiz kalınan

¹⁵⁰ Durrande, **Droit des Marques**, s. 130; Schahl, Cosse-Manière, **a.g.m.**, s. 2401; GM, T-150/17, para. 32; GM, 29 Mart 2017, T-638/15, Alcohol Countermeasure Systems (International) Inc. v EUIPO, Lion Laboratories Ltd, para. 33 [https://curia.europa.eu (Çevrimiçi), 10 Haziran 2020].

Pekdiñçer, konuya ilişkin olarak şu ifadelere yer vermiştir:

“SMK dava açma süresini markanın tescil tarihinden itibaren başlatmaktadır. Ancak dava hakkını kullanan kişinin markanın kullanıldığını bilmemesi durumunda, bu sürenin aleniyetin sağlandığı tescil ve ilan tarihinden itibaren başlayacağı izahtan varestedir.” (Pekdiñçer, **Mütalaalar II**, s. 462). **Pekdiñçer**’in yer verdiğimiz bu görüşüne katılmıyoruz. Dava açma süresi, **ancak** sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olunması ile başlayacaktır. Pek tabi, sonraki tarihli markanın tescilinin yayınlanması ile önceki hak sahibinin tescilden haberdar olduğu kabul edilebilir; ancak tescilden haberdar olmak sessiz kalma süresinin başlaması için kâfi değildir. Tam olarak bu kanaatimizi tevsik eder nitelikte bir Fransız mahkeme kararı için bkz. CA Paris, 17 Kasım 2017, n° 16-20736 [Doctrine (Çevrimiçi), 20 Mart 2020].

¹⁵¹ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 477; Işık, **a.g.e.**, s. 158.

¹⁵² ABAD, C-482/09, para. 54; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 477; Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 90; Işık, **a.g.e.**, s. 158. Benzer yönde kararlar için bkz. GM, 20 Nisan 2016, T-77/15, Tronius Group International BV v EUIPO, Sky Plc; GM, 24 Ocak 2019, T-785/17, Ercan İlhan v EUIPO, Time Gate GmbH [https://curia.europa.eu (Çevrimiçi), 10 Mart 2020].

¹⁵³ ABAD, C-482/09, para. 56; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 477; Işık, **a.g.e.**, s. 158.

¹⁵⁴ ABAD, C-482/09, para. 57; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 477; Işık, **a.g.e.**, s. 158.

¹⁵⁵ ABAD, C-482/09, para. 58, 62; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 477; Işık, **a.g.e.**, s. 159.

sürenin sessiz kalma süresinin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı hususunda toplanmaktadır. Bu durumu betimleyecek olursak: Tescilsiz olarak 2 yıldır kullanılan bir marka, tescil edildikten sonra 4 yıl daha kullanıldığı ve bu tarihten sonra önceki hak sahibi tarafından hükümsüzlük davası açıldığını varsayalım. Bu halde eğer tescil öncesi süre dikkate alınır, sessiz kalma süresi 6 yılı bulacağından, hükümsüzlük davasının reddedilmesi gerekirken; sadece tescilden sonraki süre göz önünde bulundurulduğu takdirde ise sessiz kalma süresi 4 yıl olduğundan hükümsüzlük davasının kabulü gerekecektir¹⁵⁶.

Yukarıda ifade edildiği üzere ABAD’a göre sessiz kalma süresinin **başlayabilmesi için** sonraki tarihli markanın tescilli olması gerekir. Yargıtay da güncel tarihli bir kararında benzer yönde bir hüküm kurmuş ve hükümsüzlük talebi açısından tescilden önceki sürenin dikkate alınmaması gerektiğine içtihat etmiştir:

*“Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere somut uyuşmazlık 556 sayılı KHK’nin 41/1-b bendi kapsamında iltibas yarattığı iddia olunan ve sonraki bir tarihte mükerrer olarak tescil edildiği ileri sürülen markanın hükümsüzlüğüne ilişkindir... Davanın tescilden itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açıldığı halde, işbu davada uygulama yeri bulunmayan tescilsiz kullanım süresinin de göz önüne alınarak sessiz kalındığından bahisle MK 2. maddesi uyarınca davanın reddine dair mahkeme gerekçesi isabetli bulunmamaktadır.”*¹⁵⁷

¹⁵⁶ GM, T-133/09, para. 32.

¹⁵⁷ Yargıtay 11. HD, T. 09.01.2018, E. 2016/5789, K. 2018/80 [Kazancı (Çevrimiçi), 21 Mart 2020]. Benzer yönde Yargıtay 11. HD, T. 02.2019, E. 2017/4199, K. 2019/1437 [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Mart 2020]; Yargıtay 11. HD, T. 16.01.2015, E. 2014/12810, K. 2015/542; Yargıtay 11. HD, T. 16.06.2016, E. 2016/6070, K. 2016/6690; Yargıtay 11. HD, T. 18.09.2019, E. 2018/3792, K. 2019/5561 [Kazancı (Çevrimiçi), 10 Mart 2020].

Benzer yönde İstanbul BAM 16. HD, T. 17.09.2018, E. 2017/658, K. 2018/1809 sayılı kararı:

“Her ne kadar ilk derece mahkemesi kararında, internet sitesi yönünden de 5 yıllık süre geçtiği gerekçesiyle sessiz kalma yoluyla hak kaybın uğranıldığı kabul edilmiş ise de, yukarıdaki açıklamadan anlaşılabacağı üzere internet alan adının tescil tarihi ile dava tarihi olan 30 Kasım 2015 tarihi arasında 5 yıllık süre geçmiş değildir. Dolayısıyla her ne kadar ticaret ünvanı tescil tarihi olan Ocak 2010 tarihinden dava tarihine kadar 5 yıllık süre geçmiş ise de, internet alan adı yönünden ve internetteki markasal kullanımlar yönünden sessiz kalma yoluyla hak kaybı söz konusu değildir.” [Lexpera (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

Benzer yönde Yargıtay 11. HD, T. 18.10.2012, E. 2010/12137, K. 2012/16604 sayılı kararı:

“Somut uyuşmazlıkta, dava konusu marka 27/01/2009 da TPE nezdindeki marka siciline tescil edildiğine ve işbu hükümsüzlük davası da 12/03/2009 da açıldığına göre, 556 Sayılı KHK’nin 42. maddesi ve Dairemizin yukarıda tarih ve no’su bildirilen kararı ile benimsenen 5 yıllık hak

Öğretide ise **Çolak**, tescilsiz kullanıma karşı gerçekleşen sessiz kalma ile, tescil edildikten sonra gerçekleşen sessiz kalmanın, bu iki duruma karşı farklı hukuki yollara başvurulması gerekliliği karşısında, birlikte ele alınmaması gerektiğini ileri sürerek Yargıtay'ın konuya ilişkin tutumunu isabetli gördüğünün altını çizmiştir¹⁵⁸. **Işık** ise sonraki tarihli markanın tescili gerçekleşmeden hükümsüzlük davası açılmayacağından bahisle, sessiz kalma süresinin sonraki tarihli markanın tescilinden sonra olması gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁹. **Azéma** ve **Galloux** da, sessiz kalma süresinin başlaması için sonraki tarihli işaretin, marka olarak tescil edilmiş olması gerektiğini vurgulamışlardır¹⁶⁰.

Kanaatimizce yazarların görüşlerinde isabet vardır. Bir kere, SMK m. 25.6 hükmü ile marka hükümsüzlük davaları tahtında sessiz kalma suretiyle hak kaybı düzenlenmiştir. Dolayısıyla her şeyden önce önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü talep edebiliyor olması ve buna rağmen sonraki tarihli markanın kullanımına karşı birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalması gerekir¹⁶¹. Tescilden önceki kullanımın tescilden sonraki kullanımla birleştirilerek, sonraki tarihli markanın tescilinin hükümsüz kılınması talebinin bertaraf edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki kanaatimizce, tescilden önceki kullanıma beş yıldan fazla bir süre sessiz kalınmış olsa dahi bu kullanım sonraki tarihli tescilsiz marka sahibine markasını tescil

düşürücü süre henüz geçmemiştir. Ayrıca, dava konusu markanın tescilsiz olarak kullanıldığı dönem için davacı tarafından 556 Sayılı KHK'nın 9 ve 61. maddelerine dayalı bir davanın açılması halinde tescilsiz kullanım süresi bakımından dikkate alınacak olan MK 2. maddesinin; uyumsuzluk konusu markanın davalı tarafından tescil ettirilmesinden sonra ve süresinde açılmış olan işbu 556 Sayılı KHK'nın 42. maddesine dayalı hükümsüzlük davası bakımından da önceki tescilsiz kullanıma karşı sessiz kalındığından bahisle hak kaybı oluşturacağı şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

¹⁵⁸ Çolak, **a.g.e.**, s. 890-891 ve orada anılan Yargıtay 11. HD, T. 18.10.2012, E. 2010/12137, K. 2012/16604 sayılı kararı. Benzer yönde bkz. Güneş, **Marka Hukuku**, s. 363.

¹⁵⁹ Işık, **a.g.e.**, s. 161-162.

¹⁶⁰ Azéma, Galloux, **a.g.e.**, N. 1903.

¹⁶¹ Benzer yönde GM, 7 Şubat 2019, T-287/17, Swemac Innovation AB c EUIPO, SWEMAC Medical Appliances AB, para. 85 [<https://curia.europa.eu/>] (Çevrimiçi), 5 Mart 2020]. Benzer yönde görüş için bkz. Arnaud Folliard-Monguiral, “Coexistence in Community Trade Mark Disputes: Conditions and Implications”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. I, No. 1, 2006, s. 703. Marka tescil edilmeden hükümsüz kılınamayacağına dair bkz. Yargıtay 11. HD, T. 03.03.2003, E. 2002/9464, K. 2003/1754 (Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 404-405).

ettirmek için bir hak vermez iken, yukarıda zikrettiğimiz örnekte, evleviyetle bu hakkın sonraki tarihli marka sahibine verilmemesi gerekir.

Bu alt başlık tahtında sadece değinmekle ve önceki bölümlere atıfla yetineceğimiz birkaç husus daha vardır. Bunlar, sessiz kalma süresinin sonraki tarihli markanın tescili tarihinden itibaren başlayıp başlamayacağı ile önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın tescilini öğrenmesinin sürenin başlamasına sebep olup olmayacağıdır. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, sessiz kalmanın konusu sonraki tarihli markanın kullanımıdır. Bu sebeple, salt sonraki markanın tescil edilmiş olması sessiz kalma süresinin başlamasına imkân vermeyeceği gibi; önceki hak sahibinin bu tescilden haberdar olmasının da sessiz kalma süresinin başlangıcı olması söz konusu değildir^{162, 163}.

2.3.2.2. Sürenin Kesintisiz Olması

Sessiz kalma süresinin başlangıcını izah ettikten sonra, üzerinde eğilmek gereken bir diğer husus beş yıllık sessiz kalma süresinin kesintisiz olması gerekliliğidir.

SMK m. 25.6 hükmüne göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilebilmesi için önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımına karşı sessiz kalmasının **birbirini izleyen beş yıl** boyunca sürmesi gerekir. Buna göre, önceki hak sahibi sonraki tarihli markanın kullanımına itiraz ettiği anda (=sessiz kalmama

¹⁶² Bkz. yuk. Bölüm 2.2.4.4. Benzer yönde açıklamalar için bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 159-161.

¹⁶³ Önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın tescil başvurusundan haberdar olmasının sessiz kalma süresinin başlaması için yeterli olmayacağı ve sonraki tarihli markanın ciddi biçimde kullanımından haberdar olmanın şart olduğu yönünde bkz. CA Bordeaux, 3 Ocak 2011 (INPI, **PIBD**, No. 937, s. 252); CA Bordeaux, 16 Mayıs 2017, n° 15-08131 Lextenso (Çevrimiçi), 15 Nisan 2020].

Yargıtay 11. HD, T. 05.04.2010, E. 2008/8488, K. 2010/3849 sayılı kararı:

“Diğer yandan, davalının unvan tescilinin yapıldığı 1997 yılından açıldığı 2006 yılına kadar davacının sessiz kaldığına ve davacının hak kaybına uğradığına ilişkin gerekçe dahi ilke bakımından hatalı olmuştur. Zira bu süre unvan tescilinde değil, davalının unvanını tescil ettirdiği şekilde kullanmayıp, marka hakkına tecavüz oluşturan şekillerini davacının öğrendiği tarihten başlatılması gerekir.” (Güneş, **Önceye Dayalı Haklar**, s. 206’dan naklen).

hali¹⁶⁴) sessiz kalma süresi sona erecek ve beş yıllık yeni bir süre başlayacaktır¹⁶⁵. Dolayısıyla sessiz kalma halini kesen bir eylemin ardından (söz gelimi ihtarname gönderilmesi) dava açılması halinde, ihtarname gönderiminden önceki süre ile gönderimden sonraki sürenin birlikte değerlendirilerek, davada beş yıllık sessiz kalma süresinin geçtiği gerekçesiyle sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabileceği sonucuna varılamaz. Sessiz kalma halini kesen eylemin gerçekleşmesi, sessiz kalma süresini sona erdirici etkiye sahiptir¹⁶⁶.

Bu başlık altında temas etmek istediğimiz bir diğer husus, önceki tarihli markanın devri halinin, sessiz kalma süresinin kesintisiz olmasına etkisinin olup olmadığıdır. Kanaatimizce, önceki hak sahibinin değişmesi durumunda, sürenin kesintisiz olma niteliğinin sekteye uğrayacağını ve giderek sürenin sona ererek yeni hak sahibi için yeni bir sürenin başlayacağını söylemek, hukuk güvenliğini temin etmek ve sonraki tarihli marka sahibini korumak amacıyla getirilen sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin varlığını sorgulanır kılacaktır¹⁶⁷. Öte yandan, önceki hak sahipleri görünüşte devirler yaparak olası hak kayıplarının önüne geçmeye de yeltenecektir ki, sessiz kalma suretiyle hak kaybının dolanılması anlamına gelecek bu durumun korunması kabul edilemez. Bu sebeplerle, önceki tarihli markanın devredilmesi, sessiz kalma halinin kesilmesine sebep vermez¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Hangi hallerin sessiz kalmayı etkileyeceğine ilişkin bkz. yuk. Bölüm 2.2.4.3., 4.

¹⁶⁵ Benzer görüşte bkz. Yanlı, **a.g.m.**, s. 309. Aksi görüşte bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 162-163.

¹⁶⁶ Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 624. Benzer yönde bir karar için bkz. Cass. Com., 31 Mayıs 2005 (INPI, **PIBD**, 2005, No. 815, s. 549). Güncel tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. TF, 17 Temmuz 2020, 4A_91/2020 [<https://www.swisslex.ch/>] (Çevrimiçi), 20 Eylül 2020].

¹⁶⁷ Benzer yönde bkz. ATF 130 III 113 [<https://www.swisslex.ch/>] (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020]; TF, 7 Kasım 2007, SBB-Uhren III (**sic!**, 2008, s. 707-713); Court of Appeal, Habib Bank Ltd v Habib Bank AG Zurich, (1982) RPC 1.

Benzer yönde Yargıtay 11. HD, T. 23.09.2019, E. 2018/3932, K. 2019/5711 sayılı kararı şu şekildedir:

“... ancak davalının "ERMİS" ibareli dava konusu kullanımına yaklaşık olarak 9 yıl boyunca karşı çıkılmaması ve davacının markayı tüm hak ve borçları ile birlikte devralması nedeniyle önceki maliklerin sahip olmadığı bir hakka dayanmasının mümkün olmadığı...” [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

Aksi yönde bir BAM kararı Yargıtay tarafından bu husus hiç incelenmeksizin bozulmuştur. İlgili BAM kararı için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 18.12.2018, E. 2017/2253, K. 2018/8015 sayılı kararı [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

¹⁶⁸ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 477 ve dn. 280’de anılan yazarlar.

2.4. SONRAKİ TARİHLİ MARKA SAHİBİNİN İYİNİYETLİ OLMASI

2.4.1. Genel Açıklamalar

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının işler kılınması için gerekli son koşul, sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olmasıdır¹⁶⁹. Buna göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasında bulunan sonraki tarihli marka sahibinin korunabilmesi için iyiniyetli olması, yani kendi marka tescilinin başkasının önceki bir hakkını ihlal ettiğini bilmemesi veyahut hal ve şartlara göre bilebilecek durumda olmaması esastır. İyiniyetli hareket etmeyen sonraki tarihli marka sahibi, TMK m. 2 ve bunun marka hukukundaki yansıması olan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi kapsamında korunmaya değer değildir¹⁷⁰.

Bu koşul, SMK m. 25.6 hükmünde mehzaz AB mevzuatına eş şekilde “... *sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça*...” ifadeleri ile zikredilmiştir. Aynı ifade biçimi, gerek 2015/2436 sayılı Direktif m. 9 gerek 2017/1001 sayılı Tüzük m. 61 hükümlerinde de caridir¹⁷¹. Benzer şekilde Fransız kanun koyucusu, “... *à moins que*

¹⁶⁹ Durrande, **Droit des Marques**, s. 130; Sirinelli, Durrande, Latreille, **a.g.e.**, § L714-3; Schahl, Cosse-Manière, **a.g.m.**, s. 2401; Azéma, Galloux, **a.g.e.**, N. 1903; Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 116; Schlosser, **a.g.m.**, s. 562; Azéma, **Propriété Industrielle**, s. 300; Daleau, **a.g.m.** s. 1046; Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 624; Herpe, **Preuve de la Forclusion**, s. 5; Fabiani, **a.g.m.**, s. 33; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 247; Dessemontet, **a.g.e.**, s. 247; Muhlstein, Muhlstein, **a.g.m.**, s. 24; Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 93; Kaya, **a.g.e.**, s. 42; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 538; Çolak, **a.g.e.**, s. 881; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 862; Arkan, **Marka**, C. II, s. 160; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 200; Güneş, **Marka Hukuku**, s. 230; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 456; Karahan, **a.g.e.**, s. 145; Karahan, **Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı**, s. 304; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 283; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 491; Yanlı, **a.g.m.**, s. 210; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 313; Suluk, **a.g.e.**, s. 312; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 76.

ATF 76 II 393; ATF 73 II 183 (Schlosser, **a.g.m.**, s. 563, dn. 222’den naklen); Yargıtay 11. HD, T. 12.06.2017, E. 2016/618, K. 2017/3606 [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Mart 2020].

¹⁷⁰ Bu husus Latince şu özdeyiş ile dile getirilmektedir; **nemo auditur propriam turpitudinem allegans**. Hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak elde edemez şeklinde tanımlanabilecek bu temel hukuk ilkesi hakkında bkz. John W. Wade, “Restitution of Benefits Acquired through Illegal Transactions”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. XCV, No. 3, 1947, s. 261-305, <https://www.jstor.org/> (Çevrimiçi), 25 Mart 2020.

¹⁷¹ Bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.1.1.

son dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi...” söyleyişi ile aynı hususu dile getirmiştir¹⁷².

Görüleceği üzere, sonraki tarihli marka tescilinin kötünietli olması hali, sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanmasına imkân vermeyen ve adeta önceki hak sahibi için sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasını bertaraf etme imkânı veren bir kurtuluş beyyinesi teşkil etmektedir. Fakat burada sonraki marka tescilinin kötünietli olmasına verilmesi gereken anlama ilişkin öğretime farklı görüşler mevcuttur. Ve bu görüşler temelde şu soru ekseninde cereyan etmektedir: SMK m. 25.6 hükmü kapsamında sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması için öngörülen sonraki tarihli marka tescilinin kötünietli olmaması hali¹⁷³, TMK m. 3 kapsamında değerlendirilmesi gereken bir iyiniyetli olmama hali midir; yoksa daha katı uygulanması gereken bir kavram mıdır?

Gerçekten de öğretime, **Kur** ve **Senftleben**, sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanabilmesi için, sonraki tarihli marka sahibinin önceki tarihli bir işaretin varlığını bilmesinin tek başına kötünietin varlığını ispata yeterli olmayacağını, kötüniet kavramının daha katı şekilde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁷⁴.

Bu soruya cevap vermeden önce iyiniyet kavramına genel olarak değinecek, akabinde sessiz kalma suretiyle hak kaybı bağlamında iyiniyete verilen anlamı sorgulayacak ve son olarak görüşlerimizi izah edeceğiz.

2.4.2. İyiniyet Kavramı

2.4.2.1. Genel Açıklamalar

¹⁷² Bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.1.3.

¹⁷³ SMK m. 6.9 hükmü anlamında kötünietli tescile verilen anlam hakkında detaylı bilgi için bkz. Fatih Bilgili, “Türk Marka Hukukunda Kötünietli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz”, **TBB Dergisi**, S. 70, 2007, s. 27-40; Ozan Can, “Türk Hukukunda Kötünietli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler”, **TFM**, C. I, S. 1, 2015, s. 47-56; İfakat Balık, “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötünietli Tescili”, **BATİDER**, C. XXXIV, S. 2, 2018, s. 443-475; Rauf Karasu, “Spekülasyon ve Engelleme Markalan”, **FMR**, C. VIII, S. 3, 2008, s. 11-44; Feyzan Hayal Şehirali Çelik, “İltibastan Kötünietli Tescile Paskalya Tavşanlarının Hikayesi”, **BATİDER**, C. XXVII, S. 3, 2011, s. 65-108.

¹⁷⁴ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 479. Benzer yönde Işık, **a.g.e.**, s. 174-176.

İyiniyete^{175, 176} ilişkin temel kaide TMK m. 3 hükmünde düzenlemeye konu olmuştur. İki fıkradan mürekkep bu hüküm şöyledir:

“Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.

Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.”¹⁷⁷

Hükmün birinci fıkrasında, bir yandan iyiniyetin ancak kanunun öngördüğü hallerde koruyucu bir rol üstlenebileceği ifade edilmiş¹⁷⁸, diğer yandan iyiniyetin varlığı karine olarak kabul edilmiştir¹⁷⁹. İkinci fıkra ise durumun gerekleri tahtında kendisinden beklenen dikkati sergilemeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunmasının önü kesilmiştir¹⁸⁰.

Görüleceği üzere TMK m. 3 hükmünde iyiniyetin tanımlanması yoluna gidilmemiştir. Dolayısıyla iyiniyetin tanımı için öğreti ve içtihadı yönelmekte zorunluluk vardır.

¹⁷⁵ İyiniyet terimine ilişkin bkz. yuk. Bölüm 1, dn. 212.

¹⁷⁶ İyiniyet kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Halil Akkanat, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010; Akipek, **a.g.m.**, s. 56-73; Edis, **a.g.m.**, s. 135-166; Philippe Tourneau, Matthieu Poumarède, “Bonne Foi”, **Répertoire de Droit Civil**, Dalloz, 2017, <https://daloz.fr> (Çevrimiçi), 23 Mart 2020; Paul Piotet, “La Bonne Foi et sa Protection en Droit Privé Suisse”, **Contributions Choies: Recueil Offert par la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne à l'Occasion de son 80ème Anniversaire**, Lozan, Schulthess Juristische Medien AG, 2004, s. 5-22.

¹⁷⁷ Hükmün amacının kamu güvenliğini temin ve mevcut hukuki duruma güvenerek hareket eden iyiniyetli kimsenin korunması olduğu hususunda bkz. Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 449; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 242 vd.

¹⁷⁸ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 449; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 245; Erman, **a.g.e.**, s. 115.

¹⁷⁹ Akkanat, **a.g.e.**, s. 58; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 449; Zeytin, Ergün, **a.g.e.**, s. 68; Gönensay, **a.g.e.**, s. 68; Birsen, **a.g.e.**, s. 107; Erman, **a.g.e.**, s. 121; Köprülü, **a.g.e.**, s. 161. Burada gerçek anlamda bir karine olmadığı hususunda bkz. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 250.

¹⁸⁰ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 449; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 241.

Oğuzman ve Barlas'a göre, kavram “*durumun gerektirdiği tüm özeni gösterdiği halde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin bir engelin varlığının farkında olmamak*” şeklinde izah edilebilir¹⁸¹.

Antalya ve Topuz ise “*hak süjesinin hukuki kuralısızlığı/eksikliği bilmemesinin mazur görülebilir olması nedeniyle, söz konusu hukuki kuralısızlığa/kural eksikliğine rağmen, hukuki sonucun doğmasına engel durumun (yine hukuki düzenleme nedeniyle) ortadan kaldırılması veya etkisinin azaltılması*” şeklinde tanımlama yoluna gitmişlerdir¹⁸².

Hatemi ise kavramı “*bir hakkın kazanılmasına veya daha elverişli bir konumda olmaya engel olan bir olguyu bilmeme veya bilebilecek durumda olmama*” hali olarak ifade etmektedir¹⁸³.

Bütün bu açıklamalar gözetildiğinde, iyiniyet kavramı, bir hakkın kazanılmasına imkân sağlayan ve hukukun kabul edilebilir bulduğu/mazur gördüğü bir bilgisizlik hali olarak tanımlanabilir¹⁸⁴. Bu bilgisizlik halinin doğal sonucu olarak, ilgili kişi fiil ve eylemlerinin hukuka uygun olduğuna inanmaktadır. Ne var ki, bu bilgisizlik hali ancak ve ancak, hukukun bunu mazur gördüğü hallerde, yani durumun gerektiği özen gösterilmesine rağmen hakkın kazanılmasına engel bir durumun bilinemeyecek olduğu hallerle sınırlı olmak üzere ilgili kişinin korunmasına zemin hazırlar¹⁸⁵.

Bu bağlamda iyiniyetli kimse, bir hakkın kazanılmasını engelleyen bir olgunun varlığını bilmeyen veyahut bilebilecek durumda olmayan kimse olup¹⁸⁶, iyiniyet

¹⁸¹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 242. Benzer yönde Gönensay, **a.g.e.**, s. 66; Birsen, **a.g.e.**, s. 106; Erman, **a.g.e.**, s. 115; Köprülü, **a.g.e.**, s. 156.

¹⁸² Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 452.

¹⁸³ Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk’a Giriş**, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.179.

¹⁸⁴ Akipek, **a.g.m.**, s. 59; Zeytin, Ergün, **a.g.e.**, s. 68; Paul Piotet, “La Notion de Bonne Foi, Notamment en Cas d’Empiement”, **JdT**, 1978 I, s. 620; Tourneau, Poumarède, **a.g.m.**, N. 3. İyiniyetin klasik tanımı ve çağdaş tanımının kıyası için bkz. Piotet, **Bonne Foi**, s. 8 vd.

¹⁸⁵ Piotet, **Empiement**, s. 620.

¹⁸⁶ Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 452.

prensibi çerçevesinde bu kimsenin bilgisizliğine, tabir caiz ise, bir imtiyaz tanınmaktadır¹⁸⁷.

2.4.2.2. SMK m. 25.6 Bağlamında Tescilin Kötüniyetli Olmamasına Verilmesi Gereken Anlam

İyiniyet kavramının genel çerçevesini çizdikten sonra, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi bağlamında tescilin kötüniyetli olmamasına yüklenen anlama ilişkin değerlendirmeler yapmak gerekir¹⁸⁸. Bu bağlamda, ilk etapta öğretilerdeki görüşleri çalışmamıza yansıtmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Yasaman ve **Yusufoğlu** bu konuda şöyle yazmıştır: “Sadece iyiniyetli bir şekilde ikinci markayı tescil ettiren yani, aynı veya benzer markanın önceki bir tarihte bir başkası adına tescil edilmiş olduğunu bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan kişi, ilk marka hakkı sahibinin sessiz kalmasından yararlanabilir.”¹⁸⁹

Çolak’a göre ise “... sadece... markanın başkası adına tescilli olduğunu, kullanıldığını, markanın gerçek sahibinin başkası olduğunu bilmeyen ve bilebilecek durumda da olmayan kişi sessiz kalan marka sahibine karşı bir hak ileri sürebilir.”¹⁹⁰

Durrande’a göre, “... hak kaybı savunmasını bertaraf etmek isteyen kişi başvurusunun (sonraki tarihli marka sahibi) başvuru yapma hakkı olmadığını ve söz konusu işaretin başkasına ait olduğunu bildiğini ispat etmesi gerekir.”¹⁹¹

¹⁸⁷ Tourneau, Poumarède, **a.g.m.**, N. 4.

¹⁸⁸ Kötüniyetli marka başvurusu hakkında bilgi için bkz. yuk. Bölüm 2, dn. 173’te anılan eserler.

¹⁸⁹ Yasaman, Yusufoğlu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 862. Benzer yönde Karahan, **Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı**, s. 304-305; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 283-284; Bilgili, **a.g.e.**, s. 214; Köroğlu, **a.g.m.**, s. 1899.

¹⁹⁰ Çolak, **a.g.e.**, s. 881; Benzer şekilde Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 76.

¹⁹¹ Durrande, **Droit des Marques**, s. 130. Benzer yönde bkz. Sirinelli, Durrande, Latreille, **a.g.e.**, § L714-3.

Schlosser'a göre, "... mütecaviz, söz konusu işaretin kullanımının hukuka aykırılığının farkında ise -veya koşullara göre farkında olması gerekiyorsa-... sonuçlarına katlanmak zorundadır."¹⁹²

Bu görüşlerin yanında, öğretide sessiz kalma suretiyle hak kaybı anlamında iyiniyetten ziyade kötünietli olmama halinin söz konusu olduğu ve sonraki tarihli markanın tescilinin kötünietli olup olmadığı incelemesinin basit bir inceleme olmaması gerektiği savlanmaktadır.

Bu görüşteki yazarlardan **Kur** ve **Senftleben** şöyle yazar: "*Kötüniet analizi, iptal ve hükümsüzlük düzenlemeleri kapsamında tespit edilen genel ilkelerden hareketle yapılmalıdır. Önceki bir hakkın varlığının bilinmesinin yeterli olmayacağını kabul etmek... daha yerinde olacaktır. Zira bu halde, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması sonraki tarihli marka sahibinin öznel/bireysel bilgisine bağlı kalacaktır.*"¹⁹³

Öğretide son olarak, **Işık**'a göre "... sessiz kalma yoluyla hak kaybında, tescil başvurusu esnasında bir tescil engelinin bulunduğunu bilmek veya bilebilecek durumda olmak, kötünietin varlığı için tek başına yeterli değildir. Başvuru sahibinin kötünietli olduğundan, daha doğru bir ifadeyle hakkını kötüye kullandığından söz edebilmek için bu durumun ötesinde bir davranışı olmalıdır."¹⁹⁴

Görüleceği üzere, sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin bir değerlendirme yapılırken esas alınması gereken iyiniyet kavramına ilişkin farklı yaklaşımlar vardır. Öğretinin çoğunluğu, sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli sayılmaması için, önceki bir hakkın varlığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasını yeterli görürken; diğer görüş taraftarları buna ek olarak başka unsurların (zarar verme,

¹⁹² Schlosser, **a.g.m.**, s. 562, 563.

Benzer yönde Yargıtay 11. HD, T. 08.12.2003, E. 2003/4620, K. 2003/11523 sayılı kararı:

"Karışıklığa meydan verebilecek bir ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa yol açılması, yalnız başına iyi niyet kurallarına aykırı bir davranış olarak kabul edilmelidir..." [Kazancı (Çevrimiçi), 11 Nisan 2020].

¹⁹³ Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 479.

¹⁹⁴ Işık, **a.g.e.**, s. 176.

engelleme veya haksız yararlanma amacı gibi) da mevcudiyetinin gerektiğini ifade etmektedirler.

Görüşleri izah ettikten sonra, kişisel düşüncemizi aktarmak gerekir. Kanaatimizce, hükümde bahsedilen tescilin kötünietli olmaması halinin değerlendirilmesi noktasında temel alınması gereken düzenleme, TMK m. 3'te ifadesini bulan iyiniyet prensibidir¹⁹⁵. Buna göre, önceki tarihli bir işaretin varlığını gerekli özeni göstermesine rağmen bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan sonraki tarihli marka sahibi iyiniyetlidir^{196, 197}. Aksi halde, yani sonraki tarihli marka

¹⁹⁵ Kötünietli marka tescillerin hükümsüz kılınmasına olanak tanıyan SMK m. 6.9 hükmünün, TMK m. 3 hükmünün marka hukukundaki tezahürü olduğu görüşü için bkz. Balık, **a.g.m.**, s. 443 vd. Alman hukukundaki aksi görüş için bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 169 vd.

¹⁹⁶ Schlosser, **a.g.m.**, s. 563.

Bu bağlamda, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ile benzer bir durum TMK m. 725'te öngörülen taşkın yapı halinde söz konusudur. İlgili hükmün ikinci fıkrasına göre "... zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir." Taşkın yapıyı yapan kişinin iyiniyetli ve arazi malikinin yapının arazisine taşıdığını öğrendikten sonra itiraz etmemiş olması halinde, arazi maliki taşan yapıya katlanmakla yükümlüdür (A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 379). Görüleceği üzere, taşkın yapıyı yapan ile arazi maliki arasındaki ilişki, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ile benzerdir. Bu durumda da, arazi malikinin sessizliği, iyiniyetle taşkın yapıyı yapan kimse lehine bir hak tesisine vücut vermektedir. Bu bağlamda, taşkın yapıyı yapan kişinin iyiniyeti, yapının haksız olarak başkasının arazisine taşıdığını bilmemesi ve bilmesi gerekmemesine bağlıdır (**A.e.**). Buna göre, taşkın yapıyı yapan malik, yapının başkasının arazisine taşıdığını gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen bilmiyorsa veya komşu araziye taşıdığını bilmekle beraber haklı olduğunu düşünmekte kusurlu değilse iyiniyetlidir (**A.e.**). Taşkın yapı hakkında bkz. Rona Serozan, "Komşunun Arsasına Taşan Yapı", **İÜHF**, C. XLII, S. 1-4, 1976, s. 359-375; Banu Atlı, "Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları", **DEÜHFD**, C. XIX, Özel Sayı, 2017, s. 981-1023.

¹⁹⁷ Bunun yanında, önceki işaretin varlığını bilmesine rağmen eylemlerinin önceki tarihli işaretle bağlantılı haklara zarar vermeyeceğine inanmakta haklı olan sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli sayılacağı ifade edilmektedir (Schlosser, **a.g.m.**, s. 563).

Nitekim, Yargıtay 11. HD, T. 13.11.2013, E. 2012/5568, K. 2013/20324 sayılı kararında haklı sebeple gerçekleştirilen marka başvurusunun kötünietli bertaraf edeceğine karar vermiştir:

"Başvurucunun davalı şirketin kendi adına tescilli markasını tescil kapsamındaki bir kısım mallar için yenileme, eski markasını yeni bir imajla piyasaya sunma, eski markasını muhafaza ederek ancak ona bir kısım eklemelerle onun bir serisini yaratma amacına yönelik olduğu, yapılan bu değişikliklerin davalının markasını davacının itirazına gerekçe olarak gösterdiği markalarına yakınlaştırma, bu şekilde davacı markalarından haksız şekilde yararlanma amacına yönelik değişiklikler niteliğinde bulunmadığı, davalı şirketin seri marka niteliği taşıyan davaya konu marka tescil başvurusuna davacı tarafından yapılan itirazların yerinde olmadığı, YİDK kararının iptali koşullarının ve 556 sayılı KHK'nin 42. maddesi yönünden hükümsüzlük koşullarının oluşmadığı, davalının başvurusunda kötü niyetli davranmadığı..." (Şenocak, Yarayan, **a.g.m.**, s. 106'dan naklen).

sahibi, marka tescili esnasında önceki tarihli aynı veya benzer bir işaretin varlığından haberdar veya durumun özellikleri çerçevesinde haberdar olması gerekiyorsa kötüniyetli kabul edilmeli ve korunmamalıdır. Bunun ötesine geçerek, önceki marka sahibinin markasına zarar vermeye veyahut markasından haksız yararlanmaya yönelik bir tescilin varlığını aramak, kanaatimizce ilkenin koruduğu menfaatler dengesini önceki hak sahibi aleyhine bozacak niteliktedir. İstisnai bir düzenleme ile korunan sonraki tarihli marka sahibinin, önceki tarihli markadan haberdar olmasına (haberdar olması gerekmesine) ve gerekli önlemleri almamasına rağmen korunması markanın tekliği ilkesini büyük oranda sorgulanır kılacaktır. Zira sonraki tarihli marka sahiplerine bu denli geniş bir koruma imkânı tanımak, yeni marka başvurusu yapacak olanları, tabir caiz ise, rehavete sevk edecek ve aynı veya benzer birçok markanın tesciline kapı açacaktır¹⁹⁸.

Bununla birlikte, iyiniyet incelemesinde esas alınacak gerekli özen, marka hukukunda işaretlere sağlanan korumanın elastiki/esnek yapısı göz önünde bulundurularak takdir edilmelidir.

Sonuç olarak, SMK m. 25.6 hükmünde ifadesini bulan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi bağlamında sonraki tescilin kötüniyetli olmasına verilmesi gereken anlam TMK m. 3 hükmünde aranmalıdır.

2.4.3. İyiniyetin Aranacağı Zaman ve İspat Meselesi

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olması gerektiğini izah ettikten sonra üzerine eğilmek gereken sorunlardan birisi de iyiniyetin aranacağı zamana ilişkindir.

¹⁹⁸ Altını çizerek belirtmek gerekir ki, SMK ile hayata geçirilen marka hukuku sistemi, marka başvurusu aşamasında, başvuru sahiplerine ciddi bir inceleme/araştırma yapma zorunluluğu getirmektedir. Gerçekten SMK m. 155 hükmü ile tescilli marka sahiplerinin arkasına sığındığı tescil perdesinin ortadan kaldırılması, yeni marka başvurusu yapacak olanlara daha ihtimamlı hareket etme zorunluluğu getirmektedir. Buradan hareketle, kanun koyucunun, marka hukuku ekosisteminin işlerliği noktasında aynı veya benzer işaretlerin aynı veya benzer mal veya hizmetlere yönelik tescilinin önüne geçilmesini ve bu suretle markanın tekliği ilkesinin korunmasını amaç edindiği söylenebilir. Dolayısıyla kötüniyetli olmama halinin anlamlandırılması (yorumlanması) noktasında markanın tekliği ilkesi de gözetilerek sonuca varılmalıdır.

İyiniyetin aranacağı zamanın tayini noktasında farklı ihtimaller söz konusudur. İlki, sonraki tarihli marka sahibinin tescil başvurusu anında iyiniyetli olması ve fakat devam eden süreçte önceki tarihli hakkın varlığından haberdar olması halinde iyiniyetli kabul edilip edilmeyeceği hususuna ilişkin iken; ikinci ihtimal, sonraki tarihli marka sahibinin tescil başvurusu anında kötünüyetli olmasına rağmen arada geçen sürede önceki tarihli hak sahibinin sessiz kalması karşısında başlangıçtaki kötünüyetin sonradan iyiniyete dönüşüp dönüşmeyeceğine ilişkindir¹⁹⁹.

İlk ihtimal bağlamında, başlangıçtaki iyiniyetin varlığının yeterli olduğu, markanın tesciline engel olan hususun sonradan öğrenilmesinin sonraki tarihli marka sahibinin kötünüyetli sayılmasını gerektirmeyeceği ifade edilmektedir²⁰⁰. Gerçekten, sonradan gelen kötünüyet zarar vermez (mala fides superveniens non nocet) olarak ifade edilen temel hukuk kaidesi uyarınca, sonradan ortaya çıkan kötünüyet, iyiniyetin kurucu etkisini ortadan kaldırmaz. Kaldı ki kötünüyetli tescilin tespitinde, tescil başvurusunun yapıldığı an esas alınır. Sonradan ortaya çıkan kötünüyet, tescil başvurusunun da kötünüyetli sayılmasını gerektirmez; zira ilgili kişi hakkın kazanılması anında iyiniyetlidir²⁰¹.

İkinci ihtimal tahtında iyiniyetin aranması gereken zamana dair farklı görüşler ileri sürülmektedir. Öğretinin büyük çoğunluğu iyiniyetin başvuru anında aranması gerektiğini ifade etmektedir²⁰². Buna karşın, aksi yönde olup, başlangıçtaki kötünüyetin, uzun süreli kullanıma karşı harekete geçilmemesi sebebiyle sonradan iyiniyete dönüşebileceğini savlayan ve giderek iyiniyetin uyumsuzluğun doğduğu anda aranması gerektiğini düşünen yazarlar da vardır²⁰³. Öğretideki bu farklı görüşler,

¹⁹⁹ Çolak, **a.g.e.**, s. 881; Işık, **a.g.e.**, s. 177.

²⁰⁰ Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 863,

²⁰¹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 216; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 863, dn. 46; Işık, **a.g.e.**, s. 177.

²⁰² Durrande, **Droit des Marques**, s. 130; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 863; Çolak, **a.g.e.**, s. 881-882; Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Işık, **a.g.e.**, s. 176-183; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 76-77.

²⁰³ Schlosser, **a.g.m.**, s. 563-564; Paslı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 486, dn. 662; Uzunallı, **a.g.e.**, s. 200; Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 48; Sungurbey, **a.g.e.**, s. 142; Reimer, Pastor, **a.g.e.**, s. 394 (Sungurbey, **a.g.e.**, s. 143'ten naklen). Killias, açıkça sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetinin mutlaka başlangıçta olması gerekmediğini, belirleyici olanın önceki hak sahibinin harekete geçtiği an olduğunu ifade etmektedir (Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 116-

içtihat planında da gözlemlenebilir. Nitekim Yargıtay 11. HD, sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmasına rağmen davalı sonraki tarihli marka sahibinin sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının yerinde olduğuna karar vermiştir:

“Her ne kadar yukarıda açıklandığı üzere 556 Sayılı KHK'nin 42/1-(a) bendi uyarınca kötüniyetli tescil halinde hükümsüzlük davası süreye tabi değilse de bu hakkın kullanılmasının sınırı da MK.2. maddesidir. Davacı- davalı şirketin ayakkabı emtiası yönünden yaptığı marka tescilinden itibaren 23 yıl gibi bir zaman boyunca bu markaya yatırımlar yapmasına sessiz kalarak davalı şirketin markası üzerinde emek sarfedip, masraf ve yatırımlar yaparak ticari çevrelerde tanıtmak suretiyle kendisine ait yeni bir değer oluşturduktan sonra sözkonusu değer yok edilmesi sonucuna yol açacak şekilde davacının tecavüz teşkil ettiğini ileri sürerek hükümsüzlük talep etmesi yukarıda açıklanan şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil edip MK. 2. hükmü uyarınca korunması mümkün değildir.”²⁰⁴

Buna karşın, aynı daire diğer bir kararında, sonraki tarihli marka sahibinin kötüniyetli olduğu gerekçesiyle sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar etmeyen yerel mahkeme kararını onamıştır²⁰⁵. Görüleceği üzere gerek yargı uygulamasında gerek öğretide iyiniyetin aranması gereken zamanın tayini noktasında görüş birliği yoktur.

İyiniyetin aranacağı zamanın tayinine ilişkin kanaatimize gelirsek. SMK m. 25.6 hükmünün bu sorunu açıkça çözüme kavuşturduğu söylenebilir. SMK m. 25.6 hükmü

117). Sonradan oluşan iyiniyetin de korunabileceğini, ancak bu halde hak kaybının çok istisnai şekilde uygulanması gerektiği hakkında bkz. Muhlstein, Muhlstein, **a.g.m.**, s. 24.

²⁰⁴ Yargıtay 11. HD, T. 14.06.2012, E. 2010/8788, K. 2012/10516; Yargıtay 11. HD, T. 24.09.2014, E. 2014/7544, K. 2014/14381 [Kazancı (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

Benzer yönde Yargıtay 11. HD, T. 18.10.2012, E. 2010/12137, K. 2012/16604 sayılı kararı:

“... davalının kötüniyetli olduğunu kabul etmeyi sağlayacak delilin bulunmadığı, yine başlangıçta kötüniyetli olmasına rağmen, haksız rekabete uğrayan kimse uzun süre sessiz kalarak diğer taraf için değerli bir ekonomik durumun oluşumuna yol açmışsa, (vurgu) haksız rekabette bulunan kimse öbürünün davranışından onun buna razı olduğu böylece kendi eyleminin caiz bulunduğu sonucunu çıkartmakta haklıysa, haksız rekabette sessiz kalma hak kaybına yol açar ilkesi uygulama alanı bulacağı, davacının markayı 2008 yılında devir almasının bu sürenin kesilmesine ya da uzamasına bir etkisinin bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

²⁰⁵ Yargıtay 11. HD, T. 30.09.2010, E. 2010/9466, K. 2008/13602 (Çolak, **a.g.e.**, s. 882, 883'ten naklen). Yargıtay HGK, T. 19.02.1969, E. 1969/485, K. 1969/130 sayılı kararında “... başkasının hakkına iyiniyetle el atan kimse” diyerek, iyiniyetin baştan itibaren mevcut olması gerektiğine işaret etmiştir (Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 48).

açıkça “... sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça...” ifadesi²⁰⁶ ile tescilin kötüniyetli olmaması gerekliliğini belirtmekte ve bu suretle iyiniyetin aranacağı zamanın marka tescil başvurusu anı olduğuna işaret etmektedir²⁰⁷. Nitekim, mehz AB düzenlemesinin proloğunda da “... sonraki marka başvurusu kötüniyetle yapılmadıkça...” sonraki markanın korunacağı açıkça ifade edilmiştir²⁰⁸. Bu sebeple, iyiniyetin başlangıçta (marka tescil başvurusu anında) aranması gerektiği; sonradan oluşan iyiniyetin yeterli olmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim **Killias**, İsviçre hukuku bakımından sonradan oluşan iyiniyeti yeterli görürken, AB mevzuatında öngörülen düzenlemenin farklılık arz ettiğini ve tescil (başvurusu) anının esas alındığını ifade etmektedir²⁰⁹.

Bunlara ek olarak, sonradan oluşan iyiniyetin korunmasının fikri mülkiyet hukukunun temel yapısına aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira fikri mülkiyet hukukunun değer sisteminde yaratıcı faaliyet (acte créatif) başta gelir²¹⁰. Fikri ürünler altında bir fikir olduğu için korunur. Her ne kadar marka açısından yenilik şart olmasa da, bu

²⁰⁶ AB ve Fransız hukukunda sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin madde metinleri açıkça marka tescil başvurusunun kötüniyetli olmamasını şart koşmuşlardır (Bilgi için bkz. yuk. Bölüm 1.1.4).

Fransız uygulamasında sonradan oluşan iyiniyetin korunmadığı sonucuna ulaştıracak nitelikte bir karar ve değerlendirmesi için bkz. TGI Libourne, 25 Kasım 1999 (Fabien Kendérian, “Forclusion par Tolérance: La Coexistence Sécular de Deux Châteaux Homonymes N'impliqueraient pas la Bonne Foi du Second Déposant Utilisateur Antérieur”, **Recueil Dalloz**, 2000, s. 849).

²⁰⁷ Aynı görüşte bkz. Bainbridge, **a.g.e.**, s. 569.

Benzer yönde bkz. İstanbul BAM 16. HD, T. 12.11.2018, E. 2017/1978, K. 2018/2426; İstanbul BAM 16. HD, T. 22.11.2019, E. 2017/3165, K. 2019/2577 [Lexpera (Çevrimiçi), 28 Mart 2020].

Benzer yönde İstanbul BAM 16. HD, T. 22.11.2019, E. 2017/3145, K. 2584 sayılı kararı:

“... tarafların aynı sektörde "inşaat malzemeleri " sektöründe faaliyet gösterdikleri, dosya kapsamına davalı tarafça ibraz edilen belgelerden; davalı tarafın markalarını tescil ettirdikten hemen sonra tescilden farklı ve davacı markalarına yaklaştırarak kullanmaya başladığı, **baştan itibaren davacının ... markasının tanınmışlığından haksız yarar sağlama saiki ile hareket edildiği ve marka tescilinde kötü niyetli olduğu**, (vurgu) bu durumda sessiz kalma nedeniyle dava açma hakkının yitirileceğinin savunulamayacağı kanaatiyle...” [Lexpera (Çevrimiçi), 28 Mart 2020].

²⁰⁸ Prolog için bkz. yuk. Bölüm 1, dn. 163.

²⁰⁹ Killias, **Protection des Signes Distinctifs**, s. 116, 117 ve dn. 540. Önemle eklemek gerekir ki, sonraki tarihli marka sahibinin, sessiz kalma süresi boyunca iyiniyetli olması şart değildir. Bir kere hükmün lafzı, açıkça tescilin kötüniyetli olmamasını aramakta olduğu gibi mehz düzenlemeler de bu şekildedir. Öte yandan, kullanım süresi boyunca iyiniyetin aranmasının, ilkenin uygulanmasını bir hayli zorlaştıracığı da rahatlıkla tespit edilebilir.

²¹⁰ **Nicolas Binctin**'ten alıntılırsak: “L'acte créatif est au cœur de la propriété intellectuelle.” (Me Jérôme Tassi, “La Propriété Intellectuelle Détournée: La Recherche de Protection par les Contrefacteurs de Mauvaise Foi”, 2009, Doctrine (Çevrimiçi), 30 Mart 2020).

durum markanın fikri bir ürün olmadığı anlamına gelmez²¹¹. Dolayısıyla, işareti kötüniyetle marka olarak tescil ettirip kullananların korunması, temelde fikri mülkiyet hukukunun varlığını zedeleyecek ve kötüniyetli kullanımlara zemin hazırlayacak; önceki hak sahiplerinin fikri (giderek ekonomik) yaratılarını karşılıksız bırakacaktır²¹².

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için sonraki tarihli marka sahibinin, marka tescil başvurusu anında iyiniyetli olmasının gerekli ve yeterli olduğunu tespit ettikten sonra, incelemek istediğimiz diğer bir husus ispat meselesine ilişkindir. Sonraki tarihli marka sahibi mi kendisinin iyiniyetli olduğunu ispat edecektir; yoksa önceki hak sahibi mi sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olmadığını ispatlamak zorundadır?

Bu noktada başvuracağımız prensip TMK m. 3 hükmünün sınırlarında ikamet eder. Buna göre iyiniyetin varlığı karinedir, aksini iddia eden kişi ispatla mükelleftir²¹³. Bu sebeple, sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olmadığını ispat yükü önceki hak sahibi üzerindedir²¹⁴. İspatı gereken husus, sonraki tarihli marka sahibinin, önceki tarihli markanın varlığını bildiği veya bilmesi gerektiğidir.

İyiniyetin tespitinde basiretli tacir gibi hareket etme yükümünü de göz önünde bulundurmak gerekir²¹⁵. Tacir olan sonraki tarihli marka sahibinin, markasını tescil başvurusuna konu ederken veya kullanırken, kendi markası ile aynı veya benzer

²¹¹ Pashı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 11 vd.; Ali Pashı, **Marka Hukukunda Ürün Benzerliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 15.

²¹² Bu yönde bir çalışma için bkz. Tassi, **a.g.m.** Bu meyanda bkz. Yargıtay 11. HD, T. 19.04.2002, E. 2001/9903, K. 2002/3699 (Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 398-400).

Ekleme gerekir ki, Paris Sözleşmesi'nin birinci mükerrer altıncı maddesinin üçüncü fıkrası da bu görüşümüzü destekler nitelikte olup şu şekildedir: “*No time limit shall be fixed for requesting the cancellation or the prohibition of the use of marks registered or used in bad faith.*” [Metin için bkz. <https://www.wipo.int/treaties/> (Çevrimiçi), 25 Mayıs 2020]. Bilgi için bkz. Pashı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 484-486.

²¹³ Bkz. yuk. Bölüm 2.4.2.1.

²¹⁴ Azéma, Galloux, **a.g.e.**, N. 1903; Kaya, **a.g.e.**, s. 341; Durrande, **Droit des Marques**, s. 129; Yasaman, Yusifoğlu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 863; Çolak, **a.g.e.**, s. 887; Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Balık, **a.g.m.**, s. 62; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 284; Işık, **a.g.e.**, s. 184. Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 26.2.2004, E. 2003/7150, K. 2004/1792 (Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 407-409).

²¹⁵ Pekdinçer, **Mütalaalar II**, s. 205; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 492.

markaların mevcudiyetini ve giderek bunlar ile kendi markası arasında karıştırılma ihtimalinin olup olmadığını incelemesi gerekir²¹⁶.

²¹⁶ Bu yönde Yargıtay 11. HD, T. 19.04.2002, E. 2001/9903, K. 2002/3699 sayılı kararı:

“Diğer taraftan Dairemizin kararlılık gösteren uygulamasına göre, Türkiye’nin de katıldığı Paris Sözleşmesinin 6. mükerrer maddesine göre, üye ülkeler kötüniyetle tescil edilmiş olan markanın terkinini talep için süre koyamazlar ve Birlik ülkeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından, söz konusu ülkede bu Antlaşmadan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzeri ürünlerde kullanıldığı herkesce bilindiği müteakiben 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 ve hükümsüz kılmayı taahhüt ederler. Bu hüküm uyarınca, birçok yabancı ülkede tescilli bulunan hele somut olayda Dünya Fikri Mülkiyet Bürosuna tescilli davacı markasının korunması gerekir. Öte yandan, davalı da çay konusunda uluslararası ticari alanda faaliyet gösteren bir kuruluş olması nedeniyle dünyadaki bu konudaki gelişmeleri ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu zorunluluk basiretli bir tacir olmanın da zaruri sonucudur. O halde, aynı sahada çalışan davalının 15 ülkede tescilli bir markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye’de tescil ettirdiğini ileri sürmesi, TTK’nun 21/2 nci maddesinde aykırı olduğu gibi, MK’nun 2.maddesine göre de mümkün görülemez. Şu halde, Paris Sözleşmesinin mükerrer 6.maddesi 3.bendi anlamında kötüniyetli bir tescil vardır ve bu şekilde oluşturulan tescilin terkinin gerçek marka sahibince talep edilebilir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 11 Nisan 2020].

Güncel tarihli bir ilk derece mahkemesi kararı şu şekildedir:

“Kötü niyetin varlığı her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenmelidir. Bu ihbarla, davalının Türkiye’deki endüstriyel tasarım tescillerinde uygulanan incelemez sistemden yararlanarak tescilini sağladığı, davalının tacir olduğu, basiretli, bir tacirin iş yapacağı piyasayı tanıması gerektiği, davacının ... no ile tescilli “... şekil” markasından, haberdar olduğu, ... şeklinin kahve ve ambalajlarında piyasada bilindik olduğu, kısa bir araştırma ile davalının bu bilgiye ulaşabileceği, davalının tasarım tescili için başvuru yaptığı tarihte davacının ... şeklini piyasada tanıttığı davacının bu şekli seçip tasarım olarak tescil ettirmesinin bir tesadüf olmayacağı, dolayısıyla davalının tescil başvurusunda bulunurken, sözkonusu markanın davacı tarafından piyasada ilk olarak ihdas ve istismal edilen ve maruf hale getirildiğini bildiği, yani markanın gerçek hak sahibinden haberdar olduğu, dolayısıyla endüstriyel tasarım başvurusunu kötü niyetle yaptığı, “...” ürün ambalaj tasarımının (...) davacıya ait tescilli (... nolu ... şekil markası ile bu markayı içerir -... - ürün ambalajları yönünden) kötü niyetle davacıya ait tanınmış markaya benzer biçimde ve markayı sulandırır biçimde, tanınmışlıktan faydalanma amacıyla kullandığı sonucuna ulaşılmıştır.” [İstanbul 2. FSHM, T. 13.11.2019, E. 2018/212, K. 2019/470 (Kanunum (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020)].

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SESSİZ KALMA SURETİYLE HAK KAYBININ UYGULAMA ALANI, SAVUNMA ARACI OLMA BAKIMINDAN NİTELİĞİ VE SONUÇLARI

Çalışmamızın buraya kadar olan kısmında, ilk olarak sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini genel hatlarıyla ele aldık, akabinde ilkenin uygulanma koşullarını aşamalar halinde inceleyerek somutlaştırdık.

Üçüncü ve son bölümde ise sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin sonuçlarını aktarmaya, tabir caiz ise, marka ekosistemindeki artçıları incelemeye çalışacağız. Gerçekten, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulandığı bir uyumsuzluk neticesinde, esasen marka hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmayan bir durum ortaya çıkmakta, giderek aynı veya benzer emtiaya yönelik aynı veya benzer işaretlerin farklı kişilerce kullanıldığı bir senaryo ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Bu bölümde öncelikle, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulama alanı tetkik edilecek, akabinde ilkenin savunma aracı olma bakımından niteliği irdelenecek ve son olarak sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin tarafları ve üçüncü kişilerin (tüketiciler) gözünden ortaya çıkabilecek maddi ve hukuki sonuçlar çalışmaya aksettirilecektir.

3.1. SESSİZ KALMA SURETİYLE HAK KAYBININ UYGULAMA ALANI

3.1.1. Genel Açıklamalar

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı SMK'nin hükümsüzlük hâlleri ve hükümsüzlük talebi başlıklı 25'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında düzenlenmiştir.

Maddenin lafzına ve SMK'nin sistematğine bakıldığında, sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin düzenlemenin uygulama alanının marka hükümsüzlüğü davaları

olduğu ortadadır¹. Nitekim, ilgili hüküm SMK marka kitabının, markanın hükümsüzlüğü ve iptaline ilişkin olan beşinci kısım birinci bölümde yer almakta ve madde metni açıkça önceki marka sahibinin markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremeyeceğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte, öğretide, haklı olarak ifade edildiği üzere, sessiz kalma suretiyle hak kaybının salt hükümsüzlük davalarına ilişkin olarak düzenlenmesi yerinde olmamıştır². Gerçekten mehz AB ve diğer ülke hukuklarında, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, hükümsüzlük davaları yanında kullanımın engellenmesi talepli davalara ilişkin olarak da ayrıca düzenlenmiştir³. Kaldı ki, haksız rekabet ve marka hukukunun temel ilkelerinden biri olan sessiz kalma suretiyle hak kaybının tecavüz davalarında da TMK m. 2'den hareketle uygulama alanı bulacağı şüphesizdir.

Bununla birlikte sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi SMK'nin 25'inci maddesinde tek bir cümleyle ve yüzeysel bir şekilde, başta mehz AB mevzuatı olmak üzere diğer ülke mevzuatlarının detaylı düzenlemeleri -deyim yerindeyse- göz ardı edilerek düzenlenmiştir. Haliyle, hangi hükümsüzlük hallerinde anılan ilkenin uygulanabileceğinin tespiti oldukça önem arz etmektedir. Fakat hükümsüzlük halleri tahtında inceleme yapmanın yanında kullanmama sebebiyle markanın iptali uyuşmazlıklarında sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin konumunu ortaya çıkarmak yerinde olacaktır.

3.1.2. Kullanmama Sebebiyle Marka İptali Uyuşmazlıkları Bakımından

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 26'ncı maddesi, markanın kullanılmaması halini bir iptal sebebi olarak düzenlemiştir⁴. SMK'nin 9'uncu

¹ Suluk, **SMK**, s. 96; Aynı yönde bkz. Arkan, **Ticari İşletme**, s. 332; Işık, **a.g.e.**, s. 46.

² Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 526-527; Çolak, **a.g.e.**, s. 870; Suluk, **SMK**, s. 96; Merdivan, **Kullanmama Def'i**, s. 516.

³ Bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.

⁴ Markanın kullanılmaması hali mülga MarkaKHK m. 42.1.c ile hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmiş idi. Fakat öğretide tescilden sonra ortaya çıkan sebeplerin, hükümsüzlük sebeplerinden ayrılması gerekliliği ileri sürülüyordu. 6769 sayılı SMK ile markanın hükümsüzlüğü

maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde talep üzerine TÜRKPATENT tarafından markanın iptaline karar verilebilir^{5, 6}. Buna göre, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilebilir (SMK m. 26.1.a, SMK m. 9.1).

Kullanmama nedeniyle açılan iptal davalarında sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması meselesine gelirsek: Bir kere SMK m. 25.6 hükmünün gerek lafzı gerek SMK içerisindeki sistematigi, ilgili hükmün mezkûr davalarda uygulanamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Fakat, beş yıllık hoşgörü süresi geçtikten uzun bir süre sonra açılacak iptal davalarında TMK m. 2’den hareketle sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına başvurulabilir mi, sorusunun incelenmesi gerekir. Kanaatimizce anılan tarzda bir uyuşmazlıkta davalı tarafından sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasında bulunulması mümkün değildir. Zira, öğretide ve içtihatla kabul edildiği üzere kullanmama sebebiyle iptal davası açmak herhangi bir süreye bağlı değildir⁷ ve bu davalarda sessiz kalma suretiyle hak kaybı uygulama alanı bulamaz⁸. Gerçekten de, kullanmama nedeniyle iptal davasının açılmasını bir süre ile

halleri ile iptali halleri birbirinden ayrılmış ve farklı maddeler ile düzenleme konusu edilmiştir. Bu sayede, bir yandan öğretideki görüşler kanuna yansıtılmış diğer yandan ise 2015/2436 sayılı AB Direktifi ve 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü ile uyum sağlanmıştır (Suluk, **SMK**, s. 95; Çağlar, **Kullanmama**, s. 8-10; Bektaş, **a.g.m.**, s. 220-221).

⁵ SMK’nin **iptal yetkisinin mahkemeler tarafından kullanılması** başlıklı geçici 4’üncü maddesine göre 26’ncı madde yürürlüğe girene kadar iptal yetkisi mahkemeler tarafından kullanılacaktır. Aynı Kanun’un yürürlük maddesi, 26’ncı maddenin Kanun’un yayımı tarihinden itibaren yedi yıl sonra yürürlüğe gireceğini serdetmiştir. Buna göre, marka iptali uyuşmazlıkları 1 Ocak 2024 tarihine kadar mahkemeler önünde görülecek iken, bu tarihten sonra TÜRKPATENT nezdinde görülmeye başlanacaktır. Bununla birlikte, SMK m. 26 hükmü yürürlüğe girene kadar, hükmün mahkemelerce uygulanamayacağı da öğretide ifade edilmektedir (Tekinalp, **SMK**, s. 33).

⁶ SMK m. 26.1.a hükmünde SMK m. 9.1’e yapılan atıf şeklinin hatalı olduğu yönünde bkz. Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 539.

⁷ Yargıtay 11. HD, T. 17.02.2011, E. 2009/3224, K. 2011/1805 (Çolak, **a.g.e.**, s. 890’dan naklen).

⁸ Çolak, **a.g.e.**, s. 890.

Yargıtay 11. HD, T. 26.03.2014, E. 2013/18147, K. 2014/5893 sayılı kararı:

“Ancak, dava konusu markanın kapsadığı ve mahkemece de kullanılmadığı belirlenen emtialar yönünden davacının hükümsüzlük davası açma konusunda “sessiz kalma yoluyla hak kaybına” uğradığı biçiminde değerlendirilmesi ancak tescil edilmemesi gereken bir markanın tescili ile bu markanın kullanımına karşı çıkma hakkı bulunan bir kimsenin bu duruma uzun süre ses

sınırlamak kabul edilebilir bir husus değildir. Zira kullanmama sebebiyle iptal davasına konu olan marka, beş yıl boyunca ve haklı bir sebebe dayanılmaksızın kullanılmasa dahi, bu süre geçtikten sonra gerçekleşen her ciddi kullanım markayı iptal yaptırımından kurtaracaktır⁹ ve kanaatimizce bu yeterli bir savunma imkânıdır. Beş yıllık süre geçtikten sonra dava açılmasını belirli bir süre ile sınırlamak, kullanılmayan ve iptali de talep edilemeyen ve giderek üçüncü kişilerin ihlallerine karşı korunan markaların varlık kazanmasına¹⁰ sebebiyet verecektir ki, bu durumun markanın kullanılması külfetini öngören SMK m. 9 hükmünün amacına ve geniş planda tüm marka hukuku sistemine aykırı olduğu rahatlıkla dile getirilebilir.

Sonuç itibarıyla, markanın kullanılmaması sebebiyle iptali talepli uyuşmazlıklarda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin TMK m. 2'den hareketle dahi uygulanması ve davalının bu yönde bir savunmada bulunması mümkün değildir.

çıkarmaması sonucu karşı tarafın bu şekilde ticari faaliyette ve yatırımda bulunmasından sonra 556 sayılı KHK'nin 42/1-(a) ve (b) bentlerine dayalı olarak açılan hükümsüzlük davasında uygulanması mümkün olup, somut olaydaki gibi kullanılmayan bir markanın hükümsüzlüğüne ilişkin olarak aynı KHK'nin 14 ve 42/1-(c) bendine göre açılan bir iptal davasında açıklanan ilkenin uygulanması mümkün bulunmamaktadır. (vurgu)" [Kazancı (Çevrimiçi), 28 Mart 2020].

Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 19.11.2009, E. 2008/5295, K. 2009/12100 (**BATİDER**, C. XXVI, S. 1, 2010, s. 239-242).

- ⁹ Sevilay Uzunallı, "Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Kullanılmayan Marka ve Markanın İptal Edileceği Düşünülerek Kullanılması", **BFHD**, C. VIII, S. 32, 2019, s. 1152; Özarmağan, **a.g.e.**, s. 95; Karahan, **a.g.e.**, s. 128; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 196; Meier, **a.g.e.**, s. 125; Dessemontet, **Propriété Intellectuelle**, s. 238.

Bu hususu düzenleyen SMK m. 26.4 hükmü şöyledir:

"Markanın, beş yıllık sürenin dolması ile iptal talebinin Kuruma sunulduğu tarih arasında tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından ciddi biçimde kullanılmış olması hâlinde, birinci fıkranın (a) bendine ilişkin iptal talepleri reddedilir. İptal talebinde bulunulacağı düşünülmüş kullanımı gerçekleşmişse talebin Kuruma sunulmasından önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanım dikkate alınmaz."

- ¹⁰ Bu meyanda belirtmek gerekir ki kanun koyucu, kullanılmayan ve iptali de talep edilmemiş markaların mevcudiyetini öngörerek, SMK ile marka başvurusuna yapılan itiraz, hükümsüzlük ve tecavüz uyuşmazlıklarında **kullanmama def'i**nde bulunulmasına imkân tanıyan birçok düzenlemeyi hayata geçirmiştir. Bu düzenlemelerin temel amacının, maddi olarak kullanılmayan markaların şekli olarak korunmasının önüne geçmek ve kullanılmayan markaları toplumun hizmetine açmak olduğu söylenmelidir. Hal böyle iken, kullanmama sebebiyle iptal davasının bir süreye bağlanmasının mümkün olmadığı da rahatlıkla ifade edilebilir. Kullanmama def'i hakkında bilgi için bkz. Sönmez, **a.g.m.**, s. 290-294; Çağlar, **Kullanmama**, s. 10-12; Merdivan, **Kullanmama Def'i**, s. 483-522; Akın, **Yenilikler**, s. 187-192; Melis Abacıoğlu Viskuşenko, "Markalar İle İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Yer Alan Değişiklikler", **FMR**, S. 1, 2018, s. 77-80; Yasaman, **Yenilikler**, s. 161, 163, 168.

3.1.3. Hükümsüzlük Uyuşmazlıkları Bakımından

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu markanın hükümsüzlüğü ve iptali hallerini birbirinden ayırmış ve 25'inci maddesinde hükümsüzlüğü düzenlemiştir. Maddeye göre SMK m. 5 ve 6 hükümlerinde sayılan nedenlerden birinin bulunması halinde, menfaati bulunanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından tescilli markanın hükümsüzlüğü talep edilebilir.

SMK m. 5 ve 6 hükümleri incelendiğinde, öngörülen ret (hükümsüzlük) sebeplerinin mutlak ve nispi olarak ikiye ayrıldığı ve korunan menfaatlerinin ayrıştığı saptanabilir¹¹. Bu sebeple, hükümsüzlük bahsi altında yer verilen sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin hangi hükümsüzlük hallerinde uygulanacağını tespiti şarttır¹².

¹¹ Belirtmek gerekir ki SMK'nin 5'inci maddesinde mutlak ve 6'ncı maddesinde nispi ret (hükümsüzlük) nedenleri ayırımına gidilmişse de, maddelerde yer verilen bazı ret/hükümsüzlük halleri anılan ayırım ile uyumlu değildir.

¹² İfade etmek gerekir ki, SMK m. 25.6 hükmü, marka hükümsüzlüğü uyuşmazlıklarına ilişkin bir düzenleme olduğundan marka başvurusunun yayımına itiraz ve devamındaki YİDK sürecinde, bu hükme dayanarak savunma yapılması olası değildir (Benzer yönde bkz. Cherpillod, **a.g.e.**, s. 152; Laurent Muhlstein, "Développements Récents en Droit des Marques", **sic!**, 2019, s. 283 ve orada anılan **TF** kararı; Folliard-Monguiral, **a.g.m.**, s. 703. Fransız öğretisindeki benzer görüş için bkz. Valérie-Laure Benadou, Patrick De La Grange, "La Marque Communautaire: Objectif Atteint ?", **LPA**, S. 114, 1994, Lextenso (Çevrimiçi), 12 Nisan 2020). Bununla birlikte, daha önce ifade edildiği üzere, hükümsüzlük talepli bir davada, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilebilmesi için sessiz kalma halinin tescilden sonra olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, tescilden önceki sessiz kalma halinin tescilden sonraki ile birleştirilerek SMK m. 25.6 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla, tescilli bir markanın dahi, tescil edilmeden önceki kullanımına karşı vuku bulan sessiz kalma hali, markanın hükümsüz kılınması hususunda nazara alınmazken, markanın tescili sonucunu doğuracak başvuru aşamasında ve devamı süreçte de dikkate alınması mümkün değildir. Bu minvalde Yargıtay 11. HD, T. 10.06.2019, E. 2018/2698, K. 2019/4227 sayılı kararı şu şekildedir:

"Ayrıca Bölge Adliye Mahkemesince, davalı şirketçe "BİMSA" ibaresinin uzun yıllardan bu yana kullanımına davacının sessiz kaldığından bahisle "BİMSA" ibaresinin davalı şirket adına tescilli gerektiği belirtilmişse de davalı şirketçe "BİMSA" ibaresinin kullanımına sessiz kalmasının, dava konusu "BİMSA" ibaresinin marka olarak tesciline haklılık vermeyeceğinin kabulü gerekirken (vurgu) mahkemece hatalı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi de doğru olmamış, kararın bu nedenle de davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 18.06.2019, E. 2018/195, K. 2019/4536; Yargıtay 11. HD, T. 02.2019, E. 2017/3658, K. 2019/1435 [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

CA Paris, 9 Haziran 2019, n° 16-19158 sayılı kararı ise aynen şöyledir:

Öğretide sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin, kamu menfaatinin ağır bastığı mutlak ret (hükümsüzlük) nedenleri bakımından uygulama alanı bulamayacağı, yalnızca nispi ret (hükümsüzlük) nedenleri karşısında sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilebileceği ifade edilmektedir¹³. Öğretideki bu görüşe, birkaç istisna getirmekle birlikte katıldığımızı belirtelim.

Kanaatimizce, ilk etapta, mutlak ret nedenleri ile nispi ret nedenleri arasındaki ayrımı ortaya koymak gerekir. Bu bağlamda, mutlak ret nedenlerine yer verilen SMK m. 5 hükmü incelendiğinde, öngörülen ret nedenlerinin işaretin ayırt ediciliği üzerine odaklandığı ve geniş anlamda kamu menfaatini korumayı gözetlediği söylenebilir¹⁴. Bu sebeple, bu ret nedenleri daha başlangıçta, yani tescil aşamasında TÜRKPATENT tarafından resen incelenmektedir (SMK m. 16.1)¹⁵. Nispi ret nedenlerinin düzenlendiği

“INPI yalnızca önündeki işaretler kapsamında değerlendirme yapabilir; prosedür ile ilgisi olmayan önceki tarihli hakların varlığı veya yokluğu ile sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin iddialar dinlenemez.” (Yazarın serbest çevirisidir.) [Lextenso (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020].

¹³ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 332; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 868; Çolak, **a.g.e.**, s. 888-890; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 168; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 280. Benzer yönde bkz. Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 381. Haksız rekabet uyuşmazlıkları yönünden benzer görüş için bkz. Yanlı, **a.g.m.**, s. 314.

Uzunallı, sessiz kalma suretiyle hak kaybının, önceki tarihli marka sahibinin haklarıyla ilgili hükümsüzlük hallerinde uygulanabileceği kanaatindedir (Uzunallı, **a.g.e.**, s. 208).

Buna karşılık, **Kayhan**, hükmün mefhumu muhalifinden, 5 yıllık sürenin itirazsız geçirilmesi halinde mutlak ret nedenlerinden kaynaklanan hükümsüzlük taleplerinin de ileri sürülemeyeceği sonucunun çıkabileceğini ifade etmektedir (Kayhan, **a.g.e.**, s. 226).

¹⁴ Kur, Sentfleben, **a.g.e.**, s. 104-105; Bainbridge, **a.g.e.**, s. 556; Kaya, **a.g.e.**, s. 78-79; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 532; Arkan, **Marka**, C. II, s. 165; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 400 vd.; Çolak, **a.g.e.**, s. 889; Karahan, **a.g.e.**, s. 7; Sekmen, **a.g.e.**, s. 102, 245; Şanal, **a.g.e.**, s. 186; Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 80; Sami Özgür Memişoğlu, **Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 113; İlhami Güneş, “Türkiye’de Marka Verilmesi Usulü, Mutlak ve Nisbi Ret Nedenleri”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2011**, ed. Tekin Memiş, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 192.

Nitekim madde gerekçesi bu hususu şöyle tevsik eder:

“Marka olarak kullanılabilecek işaretlerin seçiminde serbesti olmasına rağmen tescil edilebilirlik bakımından bazı kısıtlamalar getirilmiştir. Maddede, daha çok kamu yararı ile ilgili görülen ve Enstitü tarafından resen incelenen ret nedenleri yer almaktadır.” (Tekinalp, Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 18).

¹⁵ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 476; Arkan, **Marka**, C. I, s. 71; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 400-401; Çolak, **a.g.e.**, s. 129; Karahan, **a.g.e.**, s. 8; Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 80. Mutlak ret nedenlerinin yalnızca TÜRKPATENT tarafından değil, mahkemelerce de resen incelenmesi gerekir [Yargıtay 11. HD, T. 19.11.2003, E. 2003/11-578, K. 2003/703 (Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 177)].

SMK m. 6 incelendiğinde ise, hüküm ile, tescili talep edilen işaret üzerinde tescil başvurusundan önce hak kazanmış kişilerin korunmasının amaçlandığı savlanabilir¹⁶. Öte yandan nispi ret nedenleri, mutlak ret nedenlerinin aksine resen dikkate alınmaz; menfaati olan kişinin bu hususu ileri sürmesi gerekir¹⁷.

Görüleceği üzere, mutlak ve nispi ret nedenleri arasındaki ayrım işaret bağlamında menfaati etkilenenler açısından yapılan bir ayırımdır¹⁸. Bu ayrımı bir alıntı ile ortaya koyalım: “*Mutlak ret nedenlerinin aksine, nispi ret nedenleri işaretin nitelik ve özelliği ile kamu menfaatlarından değil, bu işaret üzerinde üçüncü kişinin önceye dayalı marka, unvan, telif ve tasarım gibi herhangi bir hakka sahip olmasından doğar.*”¹⁹

Bu bilgiler ışığında, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin temelde aynı işaret üzerinde hak sahibi olan taraflar arasındaki menfaati, giderek kamu menfaatinden ziyade bireysel menfaatler arası dengeyi temine odaklanmış bir enstrüman olduğu gözetilmeli ve kamu menfaatinin üstün geldiği durumlarda sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi uygulanmamalıdır²⁰. Bunun yanında, hükmün lafzının

¹⁶ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 482, 532; Arkan, **Marka**, C. I, s. 71; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 419 vd.; Çolak, **a.g.e.**, s. 197; Sekmen, **a.g.e.**, s. 162; Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 196; Memişoğlu, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁷ Kur, Sentfleben, **a.g.e.**, s. 211; Bainbridge, **a.g.e.**, s. 569; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 482; Arkan, **Marka**, C. I, s. 71; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 419; Çolak, **a.g.e.**, s. 197; Sekmen, **a.g.e.**, s. 162; Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 196.

¹⁸ Nitekim bu ayrım dava açabilecek kişiler açısından da söz konusudur. Gerçekten, SMK m. 25.2 hükmü ile menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından hükümsüzlük talep edilebileceği ifade edilmiş olmasına rağmen, aktif dava ehliyeti yönünden ileri sürülen hükümsüzlük sebebi büyük önem arz eder. Bu minvalde Yargıtay 11. HD, T. 12.12.2006, E. 2005/9783, K. 2006/13180 sayılı kararı şu şekildedir:

“556 sayılı KHK’nın 43. maddesine göre markanın hükümsüzlüğünü zarar gören kişiler, Cumhuriyet savcıları veya ilgili resmi makamlar isteyebilir. **Zarar gören kişiler kavramından kastedilen mutlak red sebeplerinin varlığı halinde herkes, nispi ret sebeplerinin varlığı halinde ise menfaati zedelenen kişidir.** (vurgu) Davacı önceki hak sahipliğine yani nisbi ret sebeplerine dayanmıştır. Ancak, dayandığı önceki hakkı kendisine ait olmayıp, başkasının hakkı olduğundan 556 sayılı KHK’nın 43. maddesinde sayılan kişilerden olmayıp aktif dava ehliyeti yoktur.” (Baykara, Yavuz, Alıca, **a.g.e.**, s. 58).

¹⁹ Sekmen, **a.g.e.**, s. 162.

²⁰ Tam da bu yönde bir görüş için bkz. Frédéric Pollaud-Dullian, “À Cheval Prescrit on ne Regarde Plus les Dents”, **Recueil Dalloz**, 2017, s. 1635-1639. Benzer yönde bkz. Schlosser, **a.g.m.**, s. 565; Yanlı, **a.g.m.**, s. 312-313; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 492; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 93. **Akyol**, kamu

yalnızca önceki tarihli hak sahiplerini temel alan bir düzenleme getirdiği de göz önünde bulundurulmalıdır²¹.

Bu minvalde, sessiz kalma suretiyle hak kaybının -en azından ilk bakışta- SMK m. 5 hükmünde yer verilen mutlak ret nedenleri karşısında uygulama alanı bulamayacağı kolaylıkla savlanabilir. Gerçekten, kamu menfaatinin üstün geldiği bu hallerde sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanmaması gerekir²². Fakat meseleyi bir adım öteye taşır ve her bir hükümsüzlük sebebi bakımından inceleme yaparsak, mutlak ret nedenlerinden birisinin kamu menfaatini korumak amacından -diğerlerine nispetle- saptığı rahatlıkla söylenebilir. SMK m. 5.1.ç hükmü “(a)ynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler”in marka olarak tescil edilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme,

yararının gözetilmesi gereken durumlarda hak kaybının söz konusu olmayacağını ifade eder (Akyol, **Çelişki**, s. 80).

Güncel tarihli bir İlk Derece Mahkemesi kararında, kamunun, MarkaKHK m. 7.j (=SMK m. 5.1.h) uyarınca hükümsüzlük talep ettiği uyuşmazlıkta sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanamayacağına karar verilmiştir:

“Davacı Kamu hukuku beyanında; TPE nezdinde ... sayılı ..., ... sayılı ..., ... sayılı ... markalarının davalı adına tescilli olduğunu, söz konusu markaların 556 sayılı KHK’nın 7/j maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle aynı KHK’nın 43. Maddesine dayanarak iş bu davanın ikame edilmesi gerektiği iddiasıyla davalı adına tescilli ... sayılı ..., ... sayılı ..., ... sayılı ... markalarının hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmesi kamu adına talep ve dava edilmiştir...

Mülga 556 sayılı KHK’nın MarkKHK m. 7/1-j hükmünde düzenlenen “Dini değerleri ve sembolleri içeren markaların marka olarak tescil edilemeyeceği “ hususu düzenlenmiştir.

Aynı düzenleme 6769 sayılı SMK’nun 5/1-h maddesinde de düzenlenmiştir. Dini değer ve semboller” ifadesi kavramsal olarak çok geniş bir içeriğe sahip olduğundan islam hukuku alanında uzman bilirkişilerinde bulunduğu heyetlerden iki kez heyet raporu alınmıştır.

Davanın niteliği gereği sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının da yerinde olmadığı anlaşılmıştır...” [İstanbul 1. FSHM, T. 25.04.2019, E. 2016/147, K. 2019/191 (Kanunum (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020)].

Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 30.05.2017, E. 2016/590, K. 2017/3189 (Önder Ege, **6769 sayılı Kanuna Göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Koruma Yolları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 185-186); Yargıtay 11. HD, T. 17.11.2009, E. 2008/2108, K. 2009/11733 (Güneş, **Önceye Dayalı Haklar**, s. 245).

²¹ Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 168.

²² Fransız Yüksek Mahkemesi, halkı yanıltacak nitelikteki işaretler (le signe déceptif) bakımından sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının kabul görmeyeceğine karar vermiştir. Karar için bkz. Cass. Com., 13 Ekim 2009, n° 08-12270 [JuriPredis (Çevrimiçi), 15 Nisan 2020]. Halkı yanıltacak nitelikteki işaretler SMK m. 5.1.f ile mutlak ret nedenleri arasında sayılmıştır.

kanaatimizce, diğer mutlak ret nedenlerine kıyasla kamu menfaatinden ziyade önceki hak sahibini korumayı amaçlamakta; giderek diğer mutlak ret nedenlerinden bir kısmının istisnası bulunmamakta²³ iken muvafakatname ile bu tescil engelinin aşılabilir olması da bu düşüncemizi desteklemektedir (SMK m. 5.3)²⁴. Nitekim öğretide, SMK m. 5.1.ç hükmüne nispi ret nedenleri arasında yer verilmesi gerektiği ifade edilmektedir^{25, 26}. Kaldı ki, SMK m. 5.1.ç hükmü ile eşdeğer düzenleme, 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü'nün 8. maddesinde, yani nispi ret nedenleri arasında yer almaktadır²⁷. Sonuç olarak, SMK m. 5.1.ç hükmünün, kamu menfaatine nazaran, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler üzerinde bireysel menfaatleri koruduğu gözetildiğinde, bu hüküm gerekçe gösterilerek açılan hükümsüzlük davasının süreye

²³ SMK m. 5.2 uyarınca “(b)ir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez.” Bu hüküm ile, SMK m. 5.1.b, c, d ile öngörülen mutlak ret nedenlerine bir istisna getirilmiştir. Ancak bu istisna, görüleceği üzere tescilli markanın ayırt edici nitelik kazanması şartına bağlı, doğrudan işaretin marka niteliğini etkileyen bir istisnadır. Fakat SMK m. 5.3 ile getirilen muvafakatname, işaretin marka olabilirliğine herhangi bir istisna getirmemekte, tamamen önceki hak sahibi ile tescil başvurusunda bulunan kişi arasında, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretin kullanılması yönündeki iradenin korunmasını amaçlamaktadır. Bu sebeple, SMK m. 5.2 ve 5.3'te öngörülen istisnaların birbirinden farklı amaçlara hizmet ettiği ve ayrıştırılması gerektiği ifade edilmelidir.

²⁴ Hükümün **gerekçesi** de bu açıklamalarımızı destekler niteliktedir:

“Maddenin birinci fıkrasının (ç) bendinde, tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir markanın aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerinin, aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak reddi öngörülmüştür. Sicile kayıtlı önceki marka sahiplerinin haklarının korunmasını amaçlayan bu hüküm büyük oranda 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden ayrılmıştır.” (Baykara, Yavuz, Alica, **a.g.e.**, s. 41).

²⁵ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 476; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 332, dn. 4; Arkan, **SMK 5.3**, s. 1 vd.

²⁶ Kanaatimizce, her ne kadar SMK m. 5.1.ç hükmü diğer mutlak ret nedenlerinden ayrılrsa da, temelinde yatan markanın tekliği ilkesinin korunması idesi sebebiyle, mutlak ret nedenleri arasında yer verilmiş ve başvuru aşamasında resen incelemeye tabi tutulması arzu edilmiştir. Mutlak ve nispi ret nedenleri ayrımının altında yatan bir diğer sebebin, başvuruların hangi açılardan, TÜRK PATENT tarafından resen incelenip incelenmeyeceği noktasında toplandığını belirtmek gerekir.

²⁷ İlgili hükmün İngilizce metni şu şekildedir:

“Upon opposition by the proprietor of an earlier trade mark, the trade mark applied for shall not be registered:

(a) if it is identical with the earlier trade mark and the goods or services for which registration is applied for are identical with the goods or services for which the earlier trade mark is protected;”

sınırlı olmamasının kabul edilebilir olmadığı ve sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz²⁸.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybının nispi ret nedenleri karşısındaki konumuna gelecek olursak; SMK m. 6'da sıralanan nispi ret nedenlerinin aynı veya benzer işaretler üzerindeki menfaat çatışmasından öte geldiği rahatlıkla söylenebilir. Gerçekten de, hükmün 1'inci fıkrasından 8'inci fıkrasına kadar olan ret nedenleri aynı veya benzer işaretler temelinde önceki hak sahipliğine dayalıdır. Bununla birlikte, SMK m. 25.6 hükmünün önceki tescilli veya tescilsiz marka sahipleri ile sonraki tarihli tescilli marka sahipleri arasında uygulanabileceğine ilişkin tespitimizden hareketle, SMK m. 25.6 özelinde sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin yalnızca önceki hakkın tescilli veya tescilsiz bir marka hakkı olduğu durumlarda uygulanabileceği kanaatindeyiz. Söz gelimi, SMK m. 6.6 uyarınca açılan bir hükümsüzlük davasında

²⁸ Aynı yönde bkz. Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 50-51; Işık, **a.g.e.**, s. 208-209; Gün, **a.g.e.**, s. 196. Aksi yönde bkz. Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 94.

Bu görüşümüze bir diğer gerekçe, SMK m. 5.1.ç ve SMK m. 6.1 hükümlerinin karşılıklı incelenmesi halinde ortaya çıkacaktır. Bu iki ret nedeninin farklılaştığı nokta şudur: SMK m. 5.1.ç hükmünde uyumsuzluğa konu işaretlerin halk nezdinde karıştırılacak olduğu baştan kabul edilmekte iken, SMK m. 6.1 hükmünde karıştırılma tehlikesi somut olayın özellikleri gözetilerek değerlendirilmektedir. Diğer bir ifadeyle, iki hüküm arasındaki fark karıştırılma tehlikesinin varlığının ortaya konulması noktasındadır. Birinde, işaretler ve tescile konu mal veya hizmetler o kadar benzerdir ki, ayrıca bir karıştırılma tehlikesi incelemesine gerek yoktur. Diğerinde ise, işaretler ve tescile konu mal veya hizmetler aynı değildir fakat ilgili tüketici kitlesi nazarında karıştırılma ihtimali vardır ve bu ihtimal ancak somut olay özelinde yapılacak değerlendirmeye ortaya konulur (Canan Küçükali, **Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 100-101; Yavuz, **a.g.m.**, s. 505; Arkan, **Marka**, C. I, s. 97. İki düzenlemenin aynı olduğu yönünde Tekinalp, **a.g.e.**, s. 420; Güneş, **Ret Nedenleri**, s. 193; Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 197. MarkaKHK dönemindeki benzer farklılığın hata eseri olduğu yönünde bkz. Karahan, **a.g.e.**, s. 35). Bu değerlendirmenin sonucunda işaretler arasında karıştırılma tehlikesi mevcut ise uyumsuzluğa konu markanın hükümsüzlüğüne karar verilecektir.

Fakat aşağıda ifade edeceğimiz üzere, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi SMK m. 6.1 kaynaklı uyumsuzluklarda uygulanabilecek ve esasen karıştırılma tehlikesi bulunan iki işaretin piyasada birlikte bulunmasına imkân tanınacaktır. SMK m. 5.1.ç hükmü tahtında da sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini uygulamanın neticesi, bir önceki cümle ile aynı olacaktır. Bu halde de, karıştırılma tehlikesi mevcut olan iki markanın birlikte var olmasına müsaade edilecektir. O halde şu soruyu sormak gerekir: SMK m. 6.1 hükmüne sessiz kalma suretiyle hak kaybı istisnası getirilebilirken, pratikte aynı sonuçları veren SMK m. 5.1.ç hükmüne neden aynı istisna uygulanmasın?

SMK m. 5.1.ç ve SMK m. 6.1 hükümleri arasındaki farklılık hakkında mülga MarkaKHK döneminde yazılmış müstakil bir makale için bkz. Ahmet Battal, "Türk Patent Enstitüsü'nün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 1-2, 2010, s. 12-22.

SMK m. 25.6 hükmü uygulanamaz. Ancak bu durumda da TMK m. 2'den hareketle ilkenin uygulanması mümkündür.

Buna karşın, hükmün 9'uncu fıkrasında yer verilen ret nedeni, hükümsüzlük gerekçesi olarak önceki hak sahipliğini değil marka başvurusunun kötünietli olması halini düzenlemektedir. Bu sebeple, bu fıkra anılan diğer fıkralardan ayrı değerlendirilmelidir²⁹. Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olması gerektiği için SMK m. 6.9 hükmü çerçevesinde cereyan eden bir uyuşmazlık tahtında SMK m. 25.6'nın uygulanması, davalının bu yönde bir savunmada bulunması mümkün değildir³⁰.

3.2. SESSİZ KALMA SURETİYLE HAK KAYBI İLKESİNİN SAVUNMA ARACI OLMA BAKIMINDAN NİTELİĞİ

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, sonraki tarihli marka sahibi bakımından bir savunma imkânıdır. Sonraki tarihli marka sahibi, markasına karşı açılan bir hükümsüzlük davasında SMK m. 25.6 hükmüne dayanarak önceki hak sahibinin, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi mucibince dava açma hakkını kaybettiğini ileri sürebilir.

Bu bağlamda, sonraki tarihli marka sahibi tarafından ileri sürülebilecek sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının bir itiraz mı yoksa def'i mi olduğu çözümü gereken bir meseledir. Çünkü yapılacak bu tespiti göre, mahkemenin sessiz kalma suretiyle hak kaybı hususunu resen dikkate alıp alamayacağı da çözüme kavuşturulacaktır.

3.2.1. Genel Olarak Savunma Araçları

²⁹ Nitekim öğretide kötünietli marka başvurusu halinin bir mutlak ret nedeni olması gerektiği ileri sürülmektedir (Balık, **a.g.m.**, s. 443 vd.). Ayrıca belirtmek gerekir ki 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü'nün 59'uncu maddesinde kötünietli marka başvurusu mutlak hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmiştir.

³⁰ Küçükali, **a.g.m.**, s. 132; Işık, **a.g.e.**, s. 210-211; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 95-96.

Usûl hukukuna ilişkin savunma araçlarını ayrı tutarsak, savunma araçları itiraz ve def'i olmak üzere ikiye ayrılır³¹.

İtiraz, bir hakkın doğumunu engelleyen veyahut bir hakkı ortadan kaldıran vakıaların ileri sürülmesidir³². Davalı itiraz niteliği taşıyan vakıaları ileri sürmemiş olsa bile, dava dosyasından, tarafların beyanlarından vb. hususlardan hareketle itiraz niteliği taşıyan vakıaların varlığı anlaşılabilirse, hâkim tarafından resen nazara alınması gerekir³³.

Diğer yandan def'i ise, davacının ileri sürdüğü hakkın varlığını kabul etmekle beraber müstesna bir sebebe dayanarak, ileri sürülen bu hakkı etkisiz kılmaya, sınırlamaya imkân tanıyan savunma aracıdır³⁴. Fakat bu savunma aracı davalının iradesine bağlanmıştır ve bu sebeple, def'iler ancak davalı tarafından ileri sürülürse hâkim tarafından dikkate alınabilir³⁵.

Bu ifadelerden hareketle, davalının başvurabileceği savunma araçları olan itiraz ve def'i arasındaki farklar genel hatlarıyla şöyle ifade edilebilir: İlk olarak, itiraz hakkın varlığına yönelik bir savunma aracı iken def'i halinde hak varlığını devam ettirir ancak bu hakka karşı yeni bir hak ileri sürülür; ikinci olarak, itirazlar hâkim

³¹ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 295; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 319. Üçlü bir ayırım için bkz. Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 595. Davalının savunma şekillerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 293-304.

³² Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 296; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 596; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 319; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım: Cilt 1-2**, çev. Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1963, s. 27; Ferhat Canbolat, "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları", **EÜHFD**, C. III, S. 1, 2008, s. 260. Örneğin, davaya esas teşkil eden hukuki işlemin geçersizliğine sebebiyet verecek bir vakıanın ileri sürülmesi, hak düşürücü süre geçtiğinden bahisle hakkın sona erdiğinin ileri sürülmesi gibi.

³³ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 296; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 596; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 320; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 29.

³⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 296; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 596; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 321; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 28 vd.; Canbolat, **a.g.m.**, s. 256. Örneğin, zamanaşımı def'i, ödemezlik def'i, tartışma def'i.

³⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 296; Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 596; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 321-322; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 29.

tarafından resen dikkate alınırken, def'i ancak davalının ileri sürmesi halinde göz önünde bulundurulur³⁶.

3.2.2. Savunma Aracı Olarak Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı

Sessiz kalma suretiyle hak kaybının savunma aracı olma bakımından niteliğine ilişkin olarak, öncelikle öğretide ve içtihadta yer verilen görüşleri çalışmaya yansıtmak gerekir.

Yargıtay sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının bir itiraz teşkil ettiğini ve hâkim tarafından resen göz önünde bulundurulması gerektiğini içtihat etmiştir:

“Ne var ki somut uyumsuzlukta, marka hakkı sahibi davalı Erinoks Servis Ek. San. ve Tic. A.Ş.'nin sessiz kalmak suretiyle davacının "ERİNOKS" ibaresini tanıtıcı işaret (tescilsiz marka) olarak kullanımı aleyhine dava açma hakkını yitirip yitirmediği hususu, ancak marka sahibi davalı tarafından açılacak bir tecavüzün önlenmesi davasının yargılanması sırasında ve M.K.'nin 2.maddesi uyarınca mahkemece de re'sen dikkate alınması gereken bir itiraz mahiyetinde olup, davacının 556 Sayılı KHK'nin 74.maddesi kapsamında bu hususun menfi tespit davası yoluyla belirlenmesini istemekte hukuki yararı olduğu kabul edilemez.”³⁷

Bunun yanında, öğretideki hâkim görüş de, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin, hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümü olduğunu ve bu sebeple, hâkim tarafından resen gözetilmesi gereken bir itiraz niteliği taşıdığını

³⁶ Daha detaylı bir ayırım için bkz. Antalya, Topuz, **a.g.e.**, s. 596-597; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 29 vd.; Canbolat, **a.g.m.**, s. 260-263.

³⁷ Yargıtay 11. HD, T. 12.12.2011, E. 2010/6588, K. 2011/17257 sayılı kararı üzerine Yargıtay HGK T. 22.10.2014, E. 2013/11-1591, K. 2014/816 [Kazancı (Çevrimiçi), 4 Nisan 2020]; Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, 11.10.2004, E. 419, K. 2004/9572 (Eriş, **İçtihat I**, s. 933).

benimsemektedir^{38, 39, 40}. Öğretideki diğer görüş ise, sessiz kalma suretiyle hak kaybının bir def'i niteliği taşıdığını ve hâkim tarafından resen dikkate alınamayacağını savlamaktadır⁴¹.

Kanaatimizce, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması bir itiraz olarak mütalaa edilmelidir. Şöyle ki, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasında bulunan davalı, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markayı hükümsüz kılmaya yönelik talep hakkının varlığını uyuşmazlık/tartışma konusu yapmaktadır. Diğer bir deyişle, davalı, önceki hak sahibinin hükümsüzlük talep etme hakkının varlığına yönelik bir savunmada bulunmaktadır. Öte yandan, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin, esasen hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümü olduğu da gözetildiğinde, bu savunmanın itiraz niteliğinde olduğunu söylemek yerinde olacaktır⁴². Gerçekten hakkın kötüye kullanılması yasağı davalıya bir def'i hakkı

³⁸ Sungurbey, **a.g.e.**, s. 141; Güneş, **Marka Hukuku**, s. 229; Karahan, **Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı**, s. 305; Karahan, **Gerçek Kişi Unvanların Korunması**, s. 284-285; Yanlı, **a.g.m.**, s. 296, 314; Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 30; Pekdiğer, **Mütalaalar I**, s. 257; Merdivan, **Kullanmama Def'i**, s. 516; Meran, **a.g.e.**, s. 625; Işık, **a.g.e.**, s. 201-203; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 83-85.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybının Alman hukukunda da itiraz olarak kabul edildiği hakkında bkz. Işık, **a.g.e.**, s. 199-200; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 85, dn. 194.

³⁹ İsviçre hukukunda da sessiz kalma suretiyle hak kaybı itiraz olarak değerlendirilmektedir (Schlosser, **a.g.m.**, s. 566 ve dn. 277'de anılan yazarlar).

İsviçre Federal Mahkemesi de, sessiz kalma suretiyle hak kaybının itiraz niteliğinde olduğuna ve resen incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. İlgili kararlar için bkz. ATF 69 II 103; ATF 78 II 227; ATF 79 II 405; ATF 86 II 232; ATF 94 II 37; TF, 14 Haziran 2011; TF, 10 Aralık 2009 [https://www.swisslex.ch/ (Çevrimiçi), 20 Mart 2020].

⁴⁰ Fransız hukukunda ise savunma araçları Fransız Medeni Usul Kanunu m. 71-126 arasında topluca düzenlenmiştir. Bu araçlardan birisi davanın dinlenemeyeceği veya kabul edilemeyeceği itirazı olarak Türkçe'ye çevirebileceğimiz **fin de non-recevoir** savunmasıdır (CPC m. 122) (Ergin Ergül, **Fransızca-Türkçe Modern Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Yargı Yayınevi, 2012, s. 240; Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 15).

Fransız hukukunda sessiz kalma suretiyle hak kaybı, davanın dinlemeyeceği itirazı (fin de non-recevoir) olarak kabul edilmekte ve CPC m. 125 uyarınca resen incelenmesi gerekmektedir (Sirinelli, Durrande, Latreille, **a.g.e.**, § L714-3; Kendérian, **a.g.m.**, s. 849; Fabiani, **a.g.m.**, s. 31). Bu yönde bkz. Cass. Com., 6 Ocak 2015, n° 13-21940 [https://www.legifrance.gouv.fr/ (Çevrimiçi), 5 Nisan 2020].

⁴¹ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 536. **Çolak**, sessiz kalma suretiyle hak kaybında hakkın ortadan kalkmadığını, yalnızca TMK m. 2'ye göre artık talep edilemeyeceğini ileri sürerek itirazdan söz etmenin yerinde olmadığını ifade etmiştir (Çolak, **a.g.e.**, s. 891).

⁴² Hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkında açıklamalarımız için bkz. yuk. Bölüm 1.3.3.2.

vermez; aksine davacının ileri sürdüğü hakkın kötüye kullanıldığından bahisle dermeyan edilemeyeceğine yönelik bir itiraz imkânı sağlar. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ve iyiniyetin korunması kaidelerinin işler kılınarak şekli hukukun sağlayamadığı menfaatler dengesinin sağlanması, ancak bu kaidelerin itiraz olarak değerlendirilerek hâkim tarafından her halde ve her aşamada nazara alınması ile mümkün olacaktır⁴³. Gerçekten sessiz kalma suretiyle hak kaybının bir def'i

Yargıtay 11. HD, T. 14.01.2014, E. 2013/10958, K. 2014/940 sayılı kararı:

“Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; hükümsüzlüğü talep edilen ve davalı adına tescilli olan Turka markasının 21/10/2003 tarihinde sicile kayıt edildiği, davanın 10/08/2011 tarihli olduğu, 5 yıllık sürenin geçirilmiş bulunduğu, davacı tarafın davalı markasının hükümsüzlüğünü talep etme hakkının bulunmadığı, KHK da öngörülen bu sürenin hak düşürücü süre olması sebebiyle re'sen göz önüne alınacağı, davacı tarafça tescilde kötüniyet iddiasına dayanılmadığı gerekçesiyle, hak düşürücü süre sebebiyle davanın reddine karar verilmiştir...” [Kazancı (Çevrimiçi), 5 Mart 2020].

Yargıtay 1. HD, T. 02.04.2015, E. 2015/1767, K. 2015/4672 sayılı kararı:

“Ne var ki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, TMK'nin 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. (vurgu) Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır.” [Kazancı (Çevrimiçi), 5 Mart 2020].

Yargıtay 1. HD, T. 17.05.2012, E. 2012/5692, K. 2015/5762 sayılı kararı:

“Hakkın kötüye kullanıldığı savunma olarak ileriye sürülmüş olmasa dahi bu husus def'i değil itiraz olarak kabul edildiğinden, dava dosyasından anlaşılan böyle bir durumu hakim resen göz önüne almak zorundadır (vurgu)” [Kazancı (Çevrimiçi), 5 Mart 2020].

Benzer yönde bkz. ATF 69 II 103; ATF 78 II 227; ATF 79 II 405; ATF 86 II 232 [https://www.swisslex.ch/ (Çevrimiçi), 5 Nisan 2020].

⁴³ Benzer yönde Yargıtay 1. HD, T. 06.05.2004, E. 2004/5231, K. 2004/5391 sayılı kararı:

“Bilindiği üzere; hukukumuzda, diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alış verişte bulunmaları satın aldıkları şeylerin ilerde kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir...”

Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğunu ileri süren kimse diğer yanda ise kendisi için maddi, hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynı hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır. Bu nedenle yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükeni değil, gerçekten iyiniyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, iddia ve müdafaaanın

olduğunun kabulü, ilkenin amacına ulaşmasını büyük oranda engelleyecektir. İlkenin amacı, sonraki tarihli marka sahibini ve marka nezdinde oluşan ekonomik değeri korumaktır. Bu ekonomik değer sonraki tarihli marka sahibinin ilkeyi bir savunma aracı olarak ileri sürmesinden bağımsız olarak korunmalıdır ki, hüküm amacına ulaşabilsin. Öte yandan, ilkenin ticaretin sekteye uğramaması ve uzun süredir kullanılan markanın piyasada yarattığı tüketici çevresinin korunmasına hizmet etmesi de ilkenin bir itiraz olarak değerlendirilmesini gerektirir. Son olarak, maddenin lafzının sert ifadesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Maddeye göre “(m)arka sahibi... markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.”

Özetle, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması kapsamında, önceki hak sahibinin hükümsüzlük talep etme yönündeki hakkının, davalı özelinde ve dava konusu tescile yönelik olarak sona erip ermediği⁴⁴, hakkın kötüye kullanılması yasağı perspektifinden bir bakışla değerlendirildiğinden, bu savunma bir itiraz olarak mütalaa edilmelidir.

3.3. SESSİZ KALMA SURETİYLE HAK KAYBININ SONUÇLARI

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması neticesinde ortaya çıkan durumun çalışmaya yansıtılması gerekir. Mahkeme, sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğü talepli uyuşmazlıkta sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini uygulayarak davanın reddine karar verdiği takdirde, bu kararın davanın taraflarına, üçüncü kişilere ve giderek tüketicilere ne gibi etkileri olacağı izaha muhtaç meselelerdir.

genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (re'sen) nazara alınacağı ilkeleri 8.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991 /3 sayılı İnançları Birleştirme Kararında kabul edilmiş, bilimsel görüşlerde aynı doğrultuda gelişmiştir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 5 Nisan 2020].

⁴⁴ Davacının önceki tarihli hakkının başkalarına karşı ileri sürülebilir olması veya başka markaların tesciline yönelik olarak varlığını sürdürüyor olması, sessiz kalma suretiyle hak kaybının itiraz niteliğinde olmamasına gerekçe gösterilemez. Zira, bu husus, en geniş anlamda fikri mülkiyet haklarının cismani varlıklarının bulunmaması ve tecavüzlere açık olmasının doğal bir sonucudur. Fikri mülkiyet haklarının kendine has yapısı her tecavüz özelinde ayrı bir değerlendirmeyi zaruri kılmaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında, şimdiye kadar izah ettiğimiz teorik plan üstünde, ilkenin uygulanması ile maddi anlamda ortaya çıkan durum, tarafların ve üçüncü kişilerin (tüketicilerin) gözünden izah edilecek; ardından tarafların hukuki durumlarına etkisi saptanacaktır.

3.3.1. Maddi Bakımdan

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin maddi bakımdan sonuçları ifadesi ile ilkenin uygulanmasının iktisadi hayata ve piyasaya etkisini kastetmekteyiz. İlkenin uygulanması sonucunda marka ekosisteminde nasıl bir tablo oluşmaktadır, bunun çerçevesi çizilerek, etkilenen sùjeler ve menfaatler uzaktan/kapsayıcı bir bakışla ortaya konulmalıdır.

Bu bağlamda, öncelikle uyumsuzluğun tarafları, yani önceki hak sahibi ile sonraki tarihli marka sahibi açısından bir yaklaşım sergilenecek, akabinde tüketicilerin pozisyonu irdelenecektir.

3.3.1.1. Taraflar Açısından

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilmesi halinde, davacı önceki hak sahibinin hükümsüzlük talebi reddedilecek ve sonraki tarihli marka tescilinin varlığını sürdürmesine olanak tanınacaktır.

Aynı veya benzer işaret üzerinde mevcut olan farklı tescillerin, bu tescil sahiplerinin konumları ve hakları üzerinde ortaya çıkaracağı etki son derece önemlidir. Zira sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması sonucunda marka hukukuna hâkim ilkelerden olan markada öncelik ve teklik ilkesi esnetilmektedir. Haliyle, bu temel ilkelerin ne ölçüde esnetilebileceği ve bu esnekliğin tarafların birbirine karşı konumunda ne şekilde sonuçlar ortaya çıkaracağı izaha muhtaçtır.

Önceki hak sahibi sonraki tarihli markanın kullanımını engelleyebilecek midir veya ne ölçüde engelleyebilir; sonraki tarihli marka sahibi önceki hak sahibine karşı talepte bulunabilecek midir gibi soruların cevaplanması gerekir. Fakat bu sorulara

cevap olma noktasında ne SMK ile bir düzenleme yapılmıştır ne de yerleşik kabul edebileceğimiz bir yargı uygulaması mevcuttur.

Bununla birlikte, burada özetle değinmek gerekir ki, mahkeme tarafından sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına dayanılarak verilen ret kararı sonucunda, önceki hak sahibi, aynı veya benzer işareti kullanan sonraki tarihli markanın varlığına ve kullanımına katlanmak zorundadır. Bu sebeple, önceki hak sahibi, sessiz kalmasının yaptırımını kendisiyle rekabet edebilecek sonraki tarihli markanın mevcut kullanımını engelleyememe şeklinde karşılamakta, tek hakını kendi hareketsizliğiyle sınırlandırmaktadır. Sonraki tarihli marka sahibi ise, her ne kadar tescili ve kullanımı muhafaza etme hakkına sahip olsa da, önceki hak sahibinin mevcut ve gelişen kullanımına müdahale edemeyecek bir konuma gelmektedir.

Sonuç olarak, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması neticesinde verilen hükümle, önceki hak ile sonraki tarihli markanın piyasada birlikte var olmasının önü açılmaktadır. Aynı veya benzer mal veya hizmetlere yönelik, aynı veya benzer markaların piyasada, iktisadi hayatın içerisinde birlikte konumlanması söz konusu olmakta⁴⁵; fakat bunların karşılıklı hukuki durumunun ne şekilde olacağı ve bunun markaların piyasadaki varlığına ve fonksiyonlarına etkisi halli gereken bir mesele olarak gün yüzüne çıkmaktadır.

3.3.1.2. Tüketiciler Açısından

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanmasının yarattığı sonuçlardan bir diğeri tüketiciler açısından ortaya çıkmaktadır.

Mahkeme, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini uygularken markanın taraflar arası ilişki dışındaki varlığını, yani kamusal boyutunu, göz ardı etmekte ve markanın tüketiciler karşısında taşıdığı fonksiyonları ikinci plana atmaktadır. Adeta, sonraki tarihli markanın uzun süreli kullanımı neticesinde önceki tarihli hak ile arasındaki karıştırılma tehlikesi ortadan kalkmış gibi bir tutumla hareket

⁴⁵ Çolak, **a.g.e.**, s. 892; Yanlı, **a.g.m.**, s. 315; Battal, **Marka Ortaklık**, s. 185-186; Gün, **a.g.e.**, s. 204-207.

edilmektedir^{46, 47}. Halbuki durum tam tersidir ve uyuşmazlık konusu işaretler arasındaki karıştırılma ihtimali devam etmektedir. Hatta **Dornis**, sonraki tarihli marka sahibinin sessiz kalma suretiyle hak kaybı (laches) savunmasına itibar edildiği durumlarda dahi, uyuşmazlığa konu işaretlerin karıştırılma tehlikesinin çok fazla olması halinde sonraki tarihli markanın kullanımına müdahale imkânı tanınması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁸.

⁴⁶ Nitekim **Aslan**, Yargıtay 11. HD, T. 02.03.2000, E. 1999/8169, K. 2000/1726 sayılı **Telsim** kararı özelinde sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin markanın temel fonksiyonlarından olan ayırt edicilik fonksiyonunu olumsuz etkilediğini ifade etmektedir (Adem Aslan, **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004, s. 177).

⁴⁷ Bu meyanda, Türkçe'ye **birlikte var olma suretiyle sınırlandırma** olarak çevirebileceğimiz **limitation by coexistence** öğretisinden bahsetmek gerekir. Buna göre, önceki tarihli marka ile sonraki tarihli markanın uzun süre **birlikte** kullanımı halinde, sonraki tarihli markanın varlığının, önceki tarihli markanın başta kaynak gösterme olmak üzere, ayırt etme, garanti ve reklam fonksiyonlarına zarar vermeyecek bir seviyeye ulaştığı takdirde, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması için öngörülen şartlar aranmaksızın, sonraki tarihli markanın varlığını korumasına imkân tanınmalıdır. Markaların, tüketiciler nazarında karıştırılma ihtimali teorik olarak mevcut ise de bunların pazarda uzun süreli beraber kullanımı neticesinde karıştırılma ihtimali ortadan kalkmış ise artık sonraki tarihli markanın varlığını devam ettirmesi mümkündür; zira sonraki tarihli marka artık önceki tarihli markanın fonksiyonlarına zarar vermekten uzaktır.

Bu öğretiyeye göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybı için öngörülen şartlar önceki hak ile sonraki tarihli markanın karıştırılma ihtimali taşıması ön şartına bağlı olarak incelenmesi gereken şartlardır. Eğer önceki hak ile sonraki tarihli marka arasında karıştırılma ihtimali **ortadan kalkmışsa**, anılan şartlar aranmaksızın sonraki tarihli markanın korunması gerekir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Gün, **a.g.e.**, s. 211-219; Alice Fratti, "Court Clarifies Doctrine of Trademark Limitation by Coexistence", **World Trademark Review**, 2016, <https://www.worldtrademarkreview.com/> (Çevrimiçi), 4 Mart 2020. Benzer yönde bir diğer değerlendirme için bkz. Elena Martini, "The Court of Turin on the Coexistence of Identical Trademarks, between Limitation for Acquiescence and Absence of Infringement", <http://www.martinimanna.com/> (Çevrimiçi), 5 Nisan 2020.

Markların uzun süreli birlikte kullanımının, karıştırılma tehlikesini ortadan kaldıracabileceği; ancak bunun özellikle ispatı gereken bir husus olduğu hakkında bkz. GM, 12 Temmuz 2019, T-276/17, Tadeusz Ogrodnik c EUIPO, Aviário Tropical, SA [<https://curia.europa.eu/>] (Çevrimiçi), 5 Nisan 2020].

Benzer yönde Yargıtay 11. HD, T. 20.02.2015, E. 2014/17164, K. 2015/2318 [Lexpera (Çevrimiçi), 5 Nisan 2020]; Yargıtay 11. HD, T. 16.10.2014, E. 2014/7482, K. 2014/15776 [Kazancı (Çevrimiçi), 5 Nisan 2020].

Bununla birlikte, Yargıtay 11. HD, T. 09.06.2008, E. 2007/6192, K. 2008/7539 sayılı kararında kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanma olgusunun MarkaKHK m. 7 (=SMK m. 5) ile ilgili olduğu ve diğer hükümsüzlük hallerinin bu yolla bertaraf edilemeyeceğine karar vermiştir (Çolak, **a.g.e.**, s. 425).

⁴⁸ Dornis, **a.g.e.**, s. 335. Nitekim Amerikan yargı uygulaması da bu yönde gelişmiştir. Bu minvalde bir Amerikan Mahkemesi kararı için bkz. United States Court of Appeals, Case No. 94-2562, Sara Lee Corporation v Kayser-Roth Corp [<https://caselaw.findlaw.com/>] (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

Gerçekten, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi uygulandıktan sonra, aynı veya benzer işaretin aynı veya benzer mal veya hizmetler için birden fazla kişi tarafından kullanımına müsaade edilmekte, fakat tüketicilerin bu kullanım karşısındaki konumu hiçe sayılmakta, tüketiciler korunmamaktadır.

Aynı veya benzer işaretin taraflarca nasıl kullanılacağı ve bu kullanımların sınırları üzerinde durulmamakta; tüketiciler açısından markanın kaynak gösterme, ayırt etme gibi fonksiyonlarını işler kılacak herhangi bir çözüme de yer verilmemektedir⁴⁹. Bu sebeple, sessiz kalma suretiyle hak kaybının sonuçları tüketicinin bakış açısından yapılacak bir analizi de zorunlu kılmaktadır.

3.3.2. Hukuki Bakımdan

3.3.2.1. Genel Açıklamalar

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin önceki hak sahibi ile sonraki tarihli marka sahibinin hukuki konumuna etkisi cevaplanmaya muhtaçtır. Bununla birlikte, ilkenin pozitif düzenlemeye kavuşturulduğu SMK m. 25.6 hükmü bu sorulara cevap vermekten bir hayli uzaktır.

Halbuki SMK m. 25.6'nın gerekçesinde hükme kaynaklık teşkil ettiği ifade edilen 2015/2424 sayılı Tüzük ve devamı niteliğindeki 2017/1001 sayılı Tüzük⁵⁰, en azından sonraki tarihli marka sahibinin önceki hak sahibi karşısındaki konumuna dair düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemelerden ilki olan 2017/1001 sayılı Tüzük m. 61.3 hükmü, "... *the proprietor of a later EU trade mark shall not be entitled to oppose the use of the earlier right...*" ifadesi ile sonraki tarihli marka sahibinin önceki tarihli

⁴⁹ Bu meyanda, benzer tespitlerde bulunan **Favro**'dan alıntı yapalım:

"Tel est le cas de la forclusion par tolérance prévue par l'article L. 716-5 du CPI et les textes communautaires en la matière. La conséquence de la forclusion résulte de la coexistence sur le marché de deux marques identiques pour désigner des produits et services identiques, ou à tout le moins similaires. Dès lors le risque de confusion est patent et le juge ne peut faire obstacle à l'application de cette règle portant atteinte à l'identité de la marque dans l'esprit du consommateur. La fonction de garantie d'identité d'origine en ressort affaiblie du fait de la loi, et le consommateur oublié. (vurgu)" (Favro, a.g.m., s. 91'den naklen).

⁵⁰ Mehaz AB Direktifleri de benzer yönde düzenlemeler içermektedir (bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.1.1).

markanın kullanımına karşı çıkamayacağını açıkça düzenlemiştir. İkinci düzenleme ise, aynı hükmün 1'inci fıkrasında “... *he (the proprietor of an EU trade mark) shall no longer be entitled on the basis of the earlier trade mark to apply for a declaration that... in respect of the goods or services for which the later trade mark has been use...*” şeklindeki ifade ile sonraki tarihli markanın yalnızca kullanıldığı (ve aynı zamanda kullanımına önceki hak sahibinin sessiz kaldığı) mal veya hizmetler ile sınırlı olarak korunacağını vurgulamaktadır.

Diğer yandan, Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu incelendiğinde, sessiz kalma suretiyle hak kaybının (forclusion par tolérance) düzenlendiği L716-2-8 maddesinde yer verilen “*(l)e titulaire d'un droit antérieur... n'est plus recevable à demander la nullité de la marque postérieure... pour les produits ou les services pour lesquels l'usage de la marque a été toléré (vurgu)...*” şeklindeki ifade ile önceki hak sahibinin, yalnızca kullanımına sessiz kaldığı mal veya hizmetler bakımından sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü talep edemeyeceği ortaya konulmaktadır. İngiliz Markalar Kanunu da benzer şekilde, sonraki tarihli markanın kullanıldığı mal veya hizmetler ile sınırlı olarak korunacağını belirtmekte ve sonraki tarihli marka sahibinin önceki hakkın kullanımına müdahale edemeyeceğini düzenlemektedir⁵¹. Keza, Alman hukukunda da sonraki hak sahibinin önceki hak sahibinin kullanımını engelleyemeyeceği açıkça belirtilmektedir (bkz. MarkenG § 21.3).

Görüleceği üzere, mehz AB mevzuatı ve bundan hareketle kodifiye edilen AB ülkeleri mevzuatlarında sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin sonuçlarına ilişkin asgari de olsa birtakım düzenlemeler mevcut olup en azından -ilk bakışta- oluşabilecek sorunlara ilişkin cevaplar getirilmiştir. Buna göre, sonraki tarihli marka sahibi yalnızca kullandığı ve önceki hak sahibi tarafından kullanımına sessiz kalınan mal veya hizmetler bakımından korunmaktadır. Öte yandan, öncelik ilkesi bağlamında, önceki hak sahibinin üstün pozisyonunu korumak amacıyla sonraki tarihli marka sahibinin önceki hak sahibinin kullanımlarına müdahale edemeyeceği benimsenmektedir.

⁵¹ 1994 tarihli İngiliz Markalar Kanunu'nun sessiz kalma suretiyle hak kaybını düzenleyen 48. maddesinin İngilizce metni için bkz. yuk. Bölüm 1.1.4.2.1.

SMK’de bu yönde düzenlemelere yer verilmemiş olmasının bilinçli bir tercihten ziyade özensizlik ve ihmalkârlık eseri olduğu kanaatindeyiz. Fakat, belirtmek gerekir ki yukarıda zikrettiğimiz düzenlemelerin, mehaza paralel yorum ilkesi ve marka hukukuna hâkim prensipler çerçevesinde Türk marka hukukunda da uygulanabileceği söylenmelidir. Bununla birlikte, bu düzenlemelerin konu edinmediği diğer hususlarda ne şekilde çözüme gidileceği sorusunun cevabı aranırken başvurulabilecek ve örnek alınabilecek düzenlemeler olup olmadığı irdelenmelidir. Ve nihayet sessiz kalma suretiyle hak kaybının teorik arka planında yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı⁵² ve markanın tekliği ilkesi⁵³ gibi prensipler de gözden ırak tutulmamalı; bu bağlamda ilkenin koruduğu menfaatler dengesi gözetilmeli ve belki de en önemlisi, marka hukukunun bireyler üstü/kamusal boyutu da hesaba katılarak bütüncül bir çözüme gidilmelidir.

3.3.2.2. Önceki Hak Sahibi Bakımından

Evvela sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması neticesinde, önceki hak sahibinin uyuşmazlığa gerekçe işaret üzerinde sahip olduğu hak özelinde meydana gelen değişimin izahı gerekir.

3.3.2.2.1. Önceki Hakkın Sınırlanması ve Bu Sınırlamanın Konusu

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin temel sonucu, SMK m. 25.6 hükmünde yer verilen “(m)arka sahibi... markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.” şeklindeki ifade ile ortaya konulmuştur.

Buna göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması neticesinde, önceki hak sahibi, sahip olduğu marka hakkına dayanarak sonraki tarihli markanın

⁵² Bkz. yuk. Bölüm 1.3.3.

⁵³ Bkz. yuk. Bölüm 1.3.4.

hükümsüzlüğünü talep edemeyecektir⁵⁴. Fakat önemle belirtmek gerekir ki, önceki hak sahibi, işaret üzerindeki hakkını kaybetmemekte⁵⁵; yalnızca marka hakkının sağladığı yetkiler yönünden bir sınırlama meydana gelmektedir. Diğer bir deyişle, önceki hak sahibinin markası ile olan bağının üzerine çarpı vurulmamakta, yalnızca bu markanın bahsettiği birtakım yetkilerin üçüncü kişilere ileri sürülmesi engellenmektedir.

Marka hakkı, sahibine, tescil edilen işareti kullanma, işareten ekonomik anlamda menfaat sağlama yetkisi (olumlu yetkiler) yanında, işaretin izinsiz kullanımını engelleme yetkisi (olumsuz yetkiler) vermektedir⁵⁶. Olumsuz yetkiler kapsamına dâhil edebileceğimiz yetkilerden birisi de hak sahibinin, marka hakkına konu işaret ile karıştırılma tehlikesi taşıyan işaretlerin tesciline engel olma veya bunların hükümsüzlüğünü talep etme yetkisidir. Bu sayede, marka hakkının inhisari (tekelci) niteliği ve işaretin ayırt edicilik fonksiyonu korunmaktadır.

İşte, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini pozitif düzenlemeye kavuşturan SMK m. 25.6 hükmü, önceki hak sahibinin, sonraki tarihli aynı veya benzer işaretlerinin hükümsüzlüğünü talep etme yönündeki menfaatini korumamakta ve giderek önceki hak sahibinin söz konusu işarete ilişkin inhisari hakkını sınırlandırmaktadır⁵⁷. Önceki hak sahibi söz konusu işareti kullanma ve bundan ekonomik anlamda istifade etme konusundaki hakkını devam ettirmektedir⁵⁸. Ancak

⁵⁴ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 536; Çolak, **a.g.e.**, s. 892; Kur, Sentfleben, **a.g.e.**, s. 474; Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 265; Schlosser, **a.g.e.**, s. 566; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 174.

⁵⁵ Yargıtay HGK, T. 26.02.2020, E. 2017/11-27, K. 2020/225; TF, 23 Mayıs 2019, para. 2.3.3 (**sic!**, 2020, s. 25); ATF 130 III 113 para. 4.2.; TF, 13 Ekim 2006, para. 2.4.1 [<https://www.swisslex.ch/> (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020]; Schlosser, **a.g.m.**, s. 566; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 536; Sirinelli, Durrande, Latreille, **a.g.e.**, § L714-3; Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 622, 624; Killias, **a.g.e.**, s. 111; Suluk, **a.g.e.**, s. 312; Suluk (Karasu, Nal), **a.g.e.**, s. 18.

Pouillet, maruf eserinde şöyle yazar: “*La tolérance n’est pas l’abandon (du droit à la marque)...*” (Pouillet, **a.g.e.**, s. 74).

⁵⁶ Kaya, **a.g.e.**, s. 34; Paslı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 489; Şehirali Çelik, **Tescilin Anlamı**, s. 71-75; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 170; Dessemontet, **Propriété Intellectuelle**, s. 229 vd.; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 150 vd.

⁵⁷ Schahl, Cosse-Manière, **a.g.m.**, s. 2400.

⁵⁸ Yanlı, **a.g.m.**, s. 315.

marka hakkının olumsuz yetkileri yönünden birtakım sınırlamalar söz konusu olmaktadır⁵⁹.

Sonuç itibarıyla, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin önceki hak sahibi tahtında sebep olduğu temel sonucun, geniş anlamda önceki hak sahibinin marka hakkını sınırlandırmak olduğu; bu sınırlamanın ise önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü talep etme yönündeki menfaatinin korunmaması şeklinde somutlaştığı kanaatindeyiz.

3.3.2.2.2. Kişi Bakımından

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin önceki hakkı sınırlandırmak şeklinde ortaya çıkan etkisi nispidir, yani ilkenin uygulanması önceki hakkın herkese karşı (erga omnes) sona ermesi sonucunu doğurmaz^{60, 61}.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı önceki hakkın yalnızca uyuşmazlığın diğer tarafına, yani davalı ve aynı zamanda sessiz kalınan kişiye karşı ileri sürülmesini engeller⁶². Diğer bir deyişle sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin doğrudan/ilk bakışta sonuçları uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkiyi etkiler⁶³. Dolayısıyla,

⁵⁹ İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, önceki hak sahibinin olumsuz yetkilerinin sınırlandırıldığına işaret eder şekilde şu ifadeye yer verilmektedir:

“*La péremption des actions défensives...*” [ATF 130 III 113 (<https://www.swisslex.ch/>) (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020]; TF, 16 Nisan 2007, Bugatti (**sic!**, 2007, s. 635); TF, 2 Mart 2006 (**sic!**, 2006, s. 500-504); Cour de Justice Genève, 12 Şubat 2016 (**sic!**, 2016, s. 405)].

⁶⁰ ATF 93 II 260, 267; ATF 130 III 113; ATF 93 II 424, 428; Cour de Justice Genève, 14 Mart 2014 [<https://www.swisslex.ch/>] (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020].

Schlosser, **a.g.m.**, s. 566; Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 103; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 536; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 492; Yanlı, **a.g.m.**, s. 315; Suluk, **a.g.e.**, s. 312; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 313, dn. 403; Battal, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 50-51.

⁶¹ Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ile benzerliği bir hayli fazla olan **ve önceki hakkın herkese karşı kaybedildiği** bir iptal sebebi SMK m. 26.1.b hükmünde öngörülmüştür. Bu konu hakkındaki açıklamalarımız ve sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ile olan benzerlikler için bkz. aş. Bölüm 3, dn. 137.

⁶² Schlosser, **a.g.m.**, s. 566; Schmidt-Szalewski, **a.g.m.**, N. 623; Çolak, **a.g.e.**, s. 892; Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Bilgili, **a.g.e.**, s. 215; Yanlı, **a.g.m.**, s. 315; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 313, dn. 403; Işık, **a.g.e.**, s. 216; Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 103.

Benzer yönde bkz. ATF 131 III 113 (Schlosser, **a.g.m.**, s. 566, dn. 281'den naklen).

⁶³ Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Işık, **a.g.e.**, s. 216.

uyuşmazlığın tarafı olmayıp aynı veya benzer işareti ayrıca tescil ettiren ve kullanan farklı kişiler açısından sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin herhangi bir etkisi olmaz, bu kişiler kendi lehlerine bir hak iddiasına bulunamazlar. Zira sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanabilmesi için gerekli olan koşullar⁶⁴, yalnızca önceki hak sahibi açısından gerçekleşmesi gereken koşullar değil, sonraki tarihli marka sahibi açısından da gerçekleşmesi gereken koşullardır⁶⁵. Bu sebeple, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği her kişi ve aslında uyuşmazlık konusu işaretin her kullanımı açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekli bir meseledir⁶⁶.

Sonuç olarak, önceki hak sahibi, yalnızca kullanımına sessiz kaldığı sonraki tarihli marka sahibine karşı sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin olumsuz etkisine maruz kalır ve markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.

3.3.2.2.3. Mal veya Hizmet Bakımından

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin sonuçları değerlendirilirken marka hukukuna hâkim ilkelerden birisi olan **markada belirlilik**⁶⁷ ilkesini de göz önünde bulundurmak ve önceki hak sahibinin inhisari hakkının sınırlarını bu ilke bağlamında belirlemek gerekir⁶⁸.

⁶⁴ Bkz. yuk. Bölüm 2.

⁶⁵ Yanlı, **a.g.m.**, s. 315. Söz gelimi, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının kabul görebilmesi için sonraki tarihli markanın ciddi biçimde kullanılıyor olması gerekmekte ve sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olması gerekmektedir. Bu koşulların her kişi tahtında ayrıca incelenmesi gerektiği izahtan varestedir. Diğer koşullar için de durum aynıdır.

⁶⁶ Çağlar, **a.g.e.**, s. 159.

⁶⁷ Bu ilke, Fransız ve İsviçre hukukunda **principe de spécialité** kavramı ile ifade edilmektedir. Öçal ise **Le Tarnec** tercümesi makalede **markaların hususiliği prensibi** şeklinde bir ifadeye yer vermiştir (Alain Le Tarnec, “Markalara Sağlanan Himayenin Benzer Mamullere Teşmili”, çev. Akar Öçal, **Eskişehir İTİAD**, C. II, S. 1, 1966, s. 234-237).

⁶⁸ Sonraki tarihli markanın kullanımının mal veya hizmet bağlamında yayılması halinin ayrı bir kullanım olarak mütalaa edilmesi gerektiği yönündeki kanaatimiz için bkz. yuk. Bölüm 2.2.4.4.3.

Markada belirlilik ilkesi uyarınca, marka -kural olarak- yalnızca tescil edildiği mal veya hizmetler (ve benzerleri) bakımından korunur^{69, 70}. Bu sebeple, marka soyut/genel olarak (per se) korunmaz⁷¹; işarete, marka olarak koruma bahşedilebilmesi için ancak belirli/somutlaşmış mal veya hizmetlerin varlığı esastır^{72, 73}.

İşte, işarete bahşedilen korumanın sınırlarını çizen markada belirlilik ilkesi, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi açısından da önceki hak sahibinin hakkının sınırlandırılması hususunda belirleyicidir. Önceki hak sahibi, yalnızca kullanımına sessiz kaldığı mal veya hizmetlere ilişkin olarak hükümsüzlük talep etme yetkisini kaybetmektedir⁷⁴. Dava tarihi itibarıyla sessiz kalınmayan veyahut sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanması için gerekli diğer koşulları (söz gelimi beş yıldır ciddi biçimde kullanılmayan) taşımayan kullanımlar hangi mal veya hizmete yönelik

⁶⁹ Durrande, **Droit des Marques**, s. 128; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 772; Çolak, **a.g.e.**, s. 431; Bozgeyik, **a.g.e.**, s. 17; Pahlı, **Ürün Benzerliği**, s. 19-22; Le Tarnec, **a.g.m.**, s. 237.

⁷⁰ Markada belirlilik ilkesi, tanınmış markalar bakımından cari değildir. Tanınmış markalar, marka belirlilik ilkesinin istisnası olarak tüm mal veya hizmetlerde korunur. Fakat bu korumanın, kullanılmama sebebiyle iptal müessesesi aracılığıyla bertaraf edilmesi mümkündür. Bu konuda bilgi için bkz. Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 778; Çolak, **a.g.e.**, s. 19; Hamdi Yasaman, “Tanınmış Markalar”, **GÜHFD**, C. IV, S. 1, 2005, s. 219; Ahmet Battal, “Tanınmış Marka Pratiği Hakkında Düşünceler”, **BATİDER**, C. XXV, S. 4, 2009, s. 259. Fransız ve İsviçre hukukunda detaylı bilgi için bkz. Adrien Bouvel, “Étendue de la Protection des Marques Renommées en Droit Communautaire”, **La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires**, 2003, LexisNexis (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020; Philippe Gilliéron, “Les Marques Notoirement Connues et Les Marques de Haute Renommée en Droit Suisse / I.-II.”, **Marques Notoires et de Haute Renommée**, ed. Jacques de Werra, Zürich, Schultless Verlag, 2011, s. 39; Pierre Vivant, “Marque Notoire et Marque Renommée: une Distinction à Opérer”, **La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires**, 2008, LexisNexis (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020; Dominique Brandt, **La Protection Élargie de la Marque de Haute Renommée au-delà des Produits Identiques et Similaires**, Lozan, Imprimerie Vaudoise, 1985.

⁷¹ Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 772.

⁷² Battal, **Tanınmış Marka**, s. 258; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 774-776.

⁷³ Tescil aşamasında mal veya hizmetlerin belirlenmesine ilişkin hususlar SMK m. 11 ve SMKY m. 9 hükümlerinde düzenlenmiştir.

⁷⁴ Schlosser, **a.g.m.**, s. 566; Işık, **a.g.e.**, s. 214; Köroğlu, **a.g.m.**, s. 1902; EUIPO, **a.g.e.**, s. 1295. Çolak, bu durumu kısmi hak kaybı tabiri ile ifade etmektedir (Çolak, **a.g.e.**, s. 888). Benzer yönde Yargıtay 11. HD, T. 19.01.2010, E. 2009/11096, K. 2010/495 (**A.e.**, dn. 2318’den naklen); Yargıtay 11. HD, T. 10.10.2019, E. 2018/532, K. 2019/6409; Yargıtay 11. HD, T. 04.06.2009, E. 2008/1941, K. 2009/6856 [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020].

olursa olsun, sessiz kalınan kullanımlardan ayrı değerlendirilmeli ve buna göre bir hüküm tesis edilmelidir⁷⁵.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin belirli mal veya hizmetlere yönelik olarak uygulanabileceğine dair SMK'de açık düzenleme mevcut değildir⁷⁶. Bununla birlikte, bir yandan markada belirlilik ve mehaza paralel yorum ilkeleri diğer yandan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin amacı ve uygulanma koşulları bizi bu sonuca götürür. AB ve sessiz kalma suretiyle hak kaybını pozitif düzenlemeye kavuşturan ülkeler, mevzuatlarında bu hususa açıkça yer vermişler ve sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin kullanımına sessiz kalınan mal veya hizmetlere yönelik olarak sonuç doğuracağı hususunu çözüme kavuşturmuşlardır⁷⁷. Bunun yanında, sessiz kalma suretiyle hak kaybının uygulanma koşullarından biri olan sonraki tarihli markanın ciddi biçimde kullanılıyor olması koşulu, haliyle sonraki tarihli markanın yalnızca kullanıldığı mal veya hizmetlerde korunmasını gerektirir. Öte yandan bu çözüm sessiz kalma suretiyle hak kaybının öngördüğü amaca ve koruduğu menfaatler dengesine de uygundur. Gerçekten, sonraki tarihli marka sahibini, markasını kullanmadığı mal veya hizmetler bakımından korumak yerinde olmayacağı gibi önceki hak sahibinin sessiz kalmadığı ve esasen sessiz kalması da gerekmeyen kullanımları korumamak ilkenin amacına ve menfaatler dengesine uygundur.

Sonuç olarak, sessiz kalma suretiyle hak kaybı yalnızca sessiz kalınan mal veya hizmetler bakımından sonraki tarihli markanın korunması sonucunu doğurur, bunun

⁷⁵ Fransız Yüksek Mahkemesi, önceki hak sahibinin sessiz kaldığı kullanım, sonraki tarihli markanın tescilli olduğu mal veya hizmetler yönünden ayrı ayrı değerlendirilmeksizin verilen CA Paris kararını bozmuştur. Karar için bkz. Cass. Com., 13 Kasım 2013, n° 12-26530 [JuriPredis (Çevrimiçi), 15 Nisan 2020]. Benzer yönde kararlar için bkz. Cass. Com., 12 Aralık 2018, n° 17-24582 [JuriPredis (Çevrimiçi), 15 Nisan 2020]; Cass. Com., 5 Temmuz 2016, n° 14-18540 [Lextenso (Çevrimiçi), 11 Mart 2020].

⁷⁶ Bununla birlikte, hükümsüzlük hallerinin markanın tescil edildiği birtakım mal veya hizmetlere yönelik olduğu durumlarda, markanın ilgili mal veya hizmetlere ilişkin olarak kısmi hükümsüzlüğüne karar verilebileceğini düzenleyen SMK m. 25.5 hükmünün altını çizmek gerekir. Yine benzer şekilde marka tescil süreci içerisinde, marka başvurusunun başvuru kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir kısmı için tescil edilemeyeceği durumlarda marka başvurusunun ilgili mal veya hizmetler bakımından reddedileceği serdedilmiştir (SMK m. 16.1).

⁷⁷ Bkz. yuk. Bölüm 3.3.2.1.

ötesindeki mal veya hizmetler bakımından sonraki tarihli markanın hükümsüz kılınması ve korunmaması gerekir.

3.3.2.2.4. Marka Tecavüzü Uyuşmazlıkları Bakımından

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin, SMK m. 25.6 hükmü ile öngörülen ilk sonucu önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü talep edememesidir. İlkenin uygulanmasının açıkça zikredilmeyen sonucu ise marka tecavüzü davaları (bilhassa tecavüz fiillerinin durdurulması talepleri) bakımından söz konusu olmaktadır. Önceki hak sahibinin tescilli marka sahibi olması durumunda, bu kişi sonraki tarihli marka sahibine karşı SMK m. 149 (m. 29, 7) hükümlerinden hareketle marka tecavüzü davası ikame edebilecektir. Bu durumda ilkenin etkisi incelenmelidir.

Öğretide önceki hak sahibinin, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi uyarınca, sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü talep edememek yanında önceki hakkına tecavüz nedeniyle sonraki tarihli marka sahibine karşı sahip olduğu hakları ileri süremeyeceği savlanmaktadır⁷⁸. **Çolak**'ın ifadesiyle, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi adeta mütecavizin eylemini hukuka uygun hale getirmektedir⁷⁹. Buna göre, marka hükümsüzlüğü davası reddedilen davacı önceki hak sahibi, sonraki tarihli markanın kullanımına da müdahale edemeyecektir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin kullanımın engellenmesi talepleri bakımından da önceki hak sahibini sınırlandıracağına ilişkin açık bir düzenlemeye SMK'de yer verilmemiştir⁸⁰. Fakat **Şehirali Çelik**'in de ifade ettiği üzere, **mehaza paralel yorum** yöntemiyle sessiz kalma suretiyle hak kaybı sebebiyle hükümsüz kılınamayan markanın kullanımının da engellenememesi benimsenmelidir⁸¹.

⁷⁸ Çolak, **a.g.e.**, s. 892; Şehirali Çelik, **SMK m. 155**, s. 87; Kur, Senftleben, **a.g.e.**, s. 474; Kovar, Larrieu, Basire, **a.g.m.**, N. 174; Işık, **a.g.e.**, s. 217.

⁷⁹ Çolak, **a.g.e.**, s. 892.

⁸⁰ Bu tercihin yerinde olmadığı hususunda bkz. Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 526-527; Çolak, **a.g.e.**, s. 870; Suluk, **SMK**, s. 96.

⁸¹ Şehirali Çelik, **SMK m. 155**, s. 87; Merdivan, **Kullanmama Def'i**, s. 516. Benzer yönde bkz. Cass. Com., 16 Şubat 2010 [LexisNexis (Çevrimiçi), 5 Nisan 2020].

Gerçekten de, 2015/2436 sayılı Direktif'in 18. maddesi ile 2017/1001 sayılı Tüzük'ün 16. maddesi açıkça, sonraki tarihli markanın sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi sebebiyle hükümsüzlüğünün talep edilemediği durumlarda kullanımının da engellenemeyeceğini düzenlemektedir. Mehazı bir kenara bıraksak dahi, belirtmek gerekir ki hükümsüz kılınamayacak markanın kullanımının engellenememesi sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin varlık amacına da uygundur. Aksi halde, hükümsüz kılınamayan, yani tescilinin devamına müsaade edilen fakat kullanımı engellenebilen bir işaretin varlığı söz konusu olacaktır ki kabulü mümkün değildir ve marka hukukunun yapısına aykırıdır.

Antrparantez, önemle vurgulamak gerekir ki, kanaatimizce, önceki hak sahibinin müdahale edemeyeceği kullanım gerek mal veya hizmetler gerek sonraki tarihli işaret bakımından sessiz kalınan kullanımdır. Sonraki tarihli marka sahibinin, sessiz kalınan kullanımın sınırlarını aşan faaliyetleri önceki hak sahibinin koruma sahasına girdiği vakit yeni bir tecavüz teşkil eder ve önceki hak sahibinin müdahalesine açıktır⁸². Örneğin sonraki tarihli marka sahibinin, işareti farklı bir mal veya hizmete ilişkin olarak veya ticaret unvanı olarak kullanmaya başlaması durumunda, bu kullanım önceki hak sahibinin marka hakkına tecavüz teşkil edebilecektir.

Bununla birlikte, yukarıda yer verdiğimiz ifadeler, SMK m. 25.6 anlamında sessiz kalma suretiyle hak kaybının koşulları cari olduktan sonraki dönemde ikame edilen marka tecavüzü davaları açısından geçerlidir. Buna karşın, uzun süredir tescilsiz kullanıldıktan sonra tescil edilen bir markaya karşı, SMK m. 25.6'da öngörülen koşullar oluşmadan ikame edilen marka tecavüzü ve hükümsüzlüğü davasında nasıl hareket edileceği sorusu cevaplanmalıdır. Giderek, bu halde sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının nasıl uygulanacağı üzerinde durulmalıdır.

Söz gelimi, (A) tescilli bir işaret üzerinde önceki hak sahibidir. (B) ise anılan işarete benzer bir işareti, benzer mal veya hizmetlerde tescilsiz olarak 3 yıl kullandıktan sonra tescil ettirmiş ve tescilin ardından 3 yıl geçmiştir. (A), (B)'nin söz

⁸² Yanlı, **a.g.m.**, s. 315-317 ve dn. 119'da anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararı. Bu konudaki detaylı açıklamalarımız için bkz. aş. Bölüm 3.3.2.3.2.1.

konusu işareti kullandığını baştan beri bilmekte olup tescilin 3'üncü yılında marka tecavüzü ve hükümsüzlük davası ikame etmiştir. Davalı (B) ise sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasında bulunmuştur.

Görüleceği üzere, olayda SMK m. 25.6 bağlamında sessiz kalma suretiyle hak kaybı koşulları yerine gelmediğinden sonraki tarihli marka sahibi (B)'nin bu savunması, hükümsüzlük talebi bakımından yerinde olmayacaktır. Marka tecavüzü talebi bakımından ise, SMK'de açıkça bir düzenleme olmadığından ancak TMK m. 2 planında hakkın kötüye kullanılması savunması yapılabilecektir. Olayda, yaklaşık 6 yıl geçtiğinden, sonraki tarihli markanın kullanımı yönünden TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağından hareketle tecavüz davası haksız bulunabilecektir. Sonuç olarak, (B)'nin sonraki tarihli markası hükümsüz kılınacak ancak kullanımın devamına müsaade edilecektir. Fakat bu durumda, (B)'nin savunması SMK m. 25.6'ya dayalı olmayıp, TMK m. 2'den hareketle temellendirilen bir savunma olacaktır⁸³.

3.3.2.2.5. Değerlendirme

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, önceki hak sahibinin inhisari yetkisine sınırlama getiren bir enstrümandır. İlke sayesinde, önceki hak sahibinin, kullanımına sessiz kaldığı mal veya hizmetler yönünden ve yalnızca kullanımına sessiz kaldığı sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü talep etmesi engellenerek, bu markanın varlığını devam ettirmesine, korunmasına imkân tanınmaktadır. Böylelikle, marka hukukunda hâkim öncelik ve teklik ilkeleri, adalet ve hakkaniyet düşüncesiyle sonraki marka sahibi lehine esnetilmektedir.

⁸³ Benzer yönde örnek ve açıklamalar için bkz. Çolak, **a.g.e.**, s. 890; Işık, **a.g.e.**, s. 161, 220. Yargıtay 11. HD, T. 21.02.2019, E. 2017/4199, K. 2019/1437 sayılı kararı:

“Dava konusu markanın tescil tarihi 03/06/2014 olup, dava tarihi olan 02/02/2015 tarihi itibarıyla henüz 5 yıllık hak düşürücü süre geçmediğinden uyumsuzluğun esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, ancak marka hakkına tecavüz iddiasına dayalı olarak açılacak bir davada gözönüne alınması gereken ve işbu davada uygulanması mümkün bulunmayan davalı tarafın tescilden önceki kullanım süresinin...” [Kazancı (Çevrimiçi) 20 Haziran 2020].

Her ne kadar, SMK’de açıkça düzenlenmemiş olsa dahi, SMK m. 25.6 uyarınca hükümsüz kılınamayacak bir işaretin kullanımının da engellenemeyeceği ve giderek ilkenin uygulanmasının önceki hak sahibinin marka hakkını bu yönden de sınırladığı kanaatindeyiz. Fakat, altını çizmek istediğimiz husus şudur: Sonraki tarihli markanın kullanımının engellenememesi hâli ilelebet söz konusu olacak bir durum olmayıp sonraki tarihli marka sahibi, belirli kullanım sınırlarını aştığı takdirde müdahale yaptırımı ile yeniden karşı karşıya kalabilecektir.

Bu bahsi, önceki marka sahibinin, mutlak hakkını kaybetmeksizin; belirli bir kişiye karşı ve sessiz kalınan kullanım nispetinde bunu ileri sürme yetkisini kaybettiğini ortaya koyan bir Amerikan mahkemesi kararından alıntı yaparak sonlandıralım:

*“... even if we concede to the first appropriator of the mark the prima facie right exclusive against all others and everywhere, courts of equity will not enforce it where the rules of laches or estoppel make such enforcement unjust, and that in such case **the original owner does not lose his general right, but only the power of enforcing it, in a particular territory, against a specified person and to the extent that plaintiff has acquiesced.** (vurgu)”⁸⁴*

3.3.2.3. Sonraki Tarihli Marka Sahibi Bakımından

⁸⁴ United States Court of Appeal (6th Circuit), 20 Haziran 1915, Theodore Rectanus Co. v United Drug Co. [https://cite.case.law/ (Çevrimiçi), 23 Nisan 2020]. Alıntının Türkçe tercümesi şu şekildedir: “... markanın ilk sahibine, ilk bakışta, her yerde ve tüm herkese karşı ileri sürülebilecek inhisari bir hak bahsetmiş olsak dahi, sessiz kalma suretiyle hak kaybı prensibi (laches) bu tür bir uygulamayı adaletsiz kıldığı ölçüde nısfet mahkemeleri (courts of equity) bu hakkın gereklerini tatbik etmeyeceklerdir ve böyle bir senaryoda gerçek hak sahibi asıl hakkını kaybetmeksizin, belirli bir coğrafi alanda, belirli bir kişiye karşı ve sessiz kaldığı ölçüde bu hakkını ileri sürme imkânını kaybedecektir.”

Bu konu hakkında benzer görüş ve tespitler için bkz. Dornis, **a.g.e.**, s. 93, dn. 58 ve orada anılan eserler.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin önceki hak sahibi bakımından ortaya çıkardığı sonuçları izah ettikten sonra, sonraki tarihli marka sahibi nazarında meydana gelen durumu izaha çalışalım.

3.3.2.3.1. Genel Açıklamalar

SMK m. 25.6’da düzenlenen sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması sonucunda, sonraki tarihli markaya yönelik ikame edilen hükümsüzlük davası reddedilmekte ve bu markanın varlığını sürdürmesine izin verilmektedir. Sonuç itibarıyla, sonraki tarihli markanın tescili varlığını devam ettirmektedir. Bu durumun sonraki tarihli marka nezdinde yaratacağı sonucun tespiti, tescil müessesesinin fonksiyonuna ve sağladığı hakların izahına bağlıdır⁸⁵.

⁸⁵ Tescil müessesesi hakkında bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, “Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Korunması”, **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1997, s. 467-480; Şehirali Çelik, **Tescilin Anlamı**, s. 33-90; Paul Monteilhet, “Tescilli Markalar”, çev. Akar Öçal, **Eskişehir İTİAD**, C. I, S. 2, 1695, s. 159-169. Marka hakkının kazanılmasında kabul edilen iki sistem vardır ve tescilin marka hakkının kazanılmasındaki hukuki etkisi yürürlükte olan sisteme göre farklılaşmaktadır: ilk kullanım sistemi ve tescil. Bu sistemler hakkında bilgi için bkz. Kaya, **a.g.e.**, s. 45 vd.; Tekinalp, **Tescil İlkesi**, s. 467 vd.; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381-382; Öçal, **a.g.e.**, s. 75-82; Yasaman (Altay, Ayoğlu, Yusufoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. I, s. 176 vd.; Er, **a.g.m.**, s. 262 vd; Fethi Merdivan, “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu: Sistem, İlkeler ve 556 sayılı KHK Dönemindeki Yargıtay Kararlarının Yeni Dönemde Uygulanabilirliği (Marka)”, **FMR**, C. XXII, S. 1, 2020, s. 39.

Türk marka hukukunda, tescilin, işaretin özel olarak korunması -ve marka hakkının doğumu-⁸⁶ üzerindeki etkisi kurucudur⁸⁷. Bu bağlamda, bir işaretin SMK anlamında ve kapsamında marka olarak korunabilmesi için tescilin varlığı şarttır⁸⁸. SMK m. 7.1’de bu husus “(b)u Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.” ifadesiyle açıkça ortaya konulmuştur⁸⁹.

İncelememizi tescilin varlığının, hakkın varlığı noktasındaki anlamına ilişkin şu soruyla devam ettirmek gerekir: Tescilin varlığı mutlak manada hakkın varlığı

⁸⁶ Önceden beri kullanılan bir işaret marka olarak tescil edildiği takdirde tescilin etkisinin açıklayıcı/bildirici olduğu kabul edilmektedir (Kaya, **a.g.e.**, s. 186-187; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 461, 498; Çolak, **a.g.e.**, s. 417-418; Reha Poroy, Ünal Tekinalp, “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, ed. Turhan Esener, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 1990, s. 335).

Yargıtay 11. HD, T. 19.04.2002, E. 2001/9903, K. 2002/3699 sayılı kararı:

“İsviçre-Türk Markalar Hukuku, marka üzerindeki hakkın iktisabı ve korunması ile ilgili olarak üç önemli ilkeden biri olan marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir ki buna gerçek hak sahibi denilir ve bu gibi durumlarda markanın tescili sadece açıklayıcı etkiye sahiptir. Diğer bir deyişle, marka üzerindeki hak tescilden önce doğmuş bulunmaktadır. Buna karşı, bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin, sadece seçip tescil ettiren bir kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Bu tür tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp, bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etki sahipliği devam eder. Çünkü, marka üzerindeki gerçek hak sahipliği, ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak tanımaz. Markanın gerçek hak sahibi, markasının aynısını ve ayırd edilemeyecek benzerini, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin bu eylemi gerçek marka sahibinin hakkına tecavüz sayılır ve bu tecavüzü TTK.nun 56 ve izleyen maddelerde yer alan haksız rekabet hükümlerine ve özellikle bu konudaki özel düzenlemeyi teşkil eden 556 sayılı Markalar Hakkındaki KHK.nin 8/III ve 42/I-b ve önceki 551 sayılı Markalar Kanununun 47.maddesine göre önlenebilir ve sonradan tescil edilmiş markanın terkin istenebilir.” [Kazancı (Çevrimiçi), 17 Nisan 2020]. Karar hakkında inceleme için bkz. Hamdi Yasaman, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.sinin Kararı Üzerine Düşünceler”, **GÜHFD**, S. 2, 2002, s. 151-158; Fülürya Yusufoglu, “Note sur un Arrêt Concernant La Radiation d’une Marque Enregistrée Initialement par une Autre Personne”, **GÜHFD**, S. 2, 2002, s. 447-452.

⁸⁷ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 461-462; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 381; Tekinalp, **Tescil İlkesi**, s. 470; Şehirali Çelik, **Tescilin Anlamı**, s. 47; Alıca, **a.g.m.**, s. 676; Güneş, **Tescilin Rolü**, s. 45; Poroy, Tekinalp, **a.g.m.**, s. 336.

⁸⁸ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 461-462; Şehirali Çelik, **Tescilin Anlamı**, s. 47.

⁸⁹ Bununla birlikte tescilsiz marka sahiplerini de koruyan hukuki düzenlemeler mevcuttur. Nitekim bu husus SMK m. 7.1 hükmünün gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir:

“Maddenin birinci fıkrasında marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği düzenlenmiştir. Bununla beraber, tescilsiz marka sahiplerinin hukuki durumunu düzenleyen istisnai hükümler de Kitapta yer almaktadır. Bu istisnalar kapsamında olan bir kişi, marka tescil başvurusuna itiraz ederek tescili önleme ya da tescil edilmiş ise markanın hükümsüzlüğünü isteme hakkına sahip bulunmaktadır.” (Baykara, Yavuz, Alıca, **a.g.e.**, s. 58).

anlamına mı gelmektedir? Gerçekten, bir işaretin marka olarak tescil edilmiş olması, tescil sahibinin gerçek anlamda yetkili olup olmadığı sorusuna cevap vermemektedir. Buna karşın, markanın hükümsüzlüğü davasının tescilli hakkı geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığı gözetildiğinde (SMK m. 27.1), tescilin -en azından şekli anlamda- hakkın varlığına ve geçerliliğine işaret ettiği anlaşılmaktadır⁹⁰. Dolayısıyla marka tescili hükümsüz kılınmadıkça şekli hak sahipliğine karine teşkil etmektedir⁹¹. Bu sebeple, tescilli bir marka sahibi, tescil hükümsüz kılınmadıkça SMK bağlamında markaya sağlanan yetkilerden faydalanabilecektir⁹².

Bu açıklamalar ışığında, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması sonucunda tescili hükümsüz kılınmayan ve korunan sonraki tarihli markanın, SMK’de öngörülen korumadan yararlanabileceği kanaatindeyiz. Zira uyuşmazlık sonucunda sonraki tarihli markanın -en azından belirli mal veya hizmetler bakımından- hükümsüz kılınmamasına karar verilmekte ve markanın tesciline önceki hak sahibi karşısında koruma bahşedilmektedir. Fakat ifade etmek gerekir ki, sessiz kalma suretiyle hak kaybı sonucunda, sonraki tarihli marka sahibi maddi anlamda hak sahibi addedilmemekte; yalnızca şekli anlamdaki hak sahipliği, yani tescil korunmaktadır. Hükümsüz kılınmayan tescilin ise, hak sahibine SMK’de yer verilen yetkileri -önceki hak sahibinin tekel hakkı korunmak şartıyla- sağlamaya devam etmesi gerekir. Aksi halde, markanın hükümsüz kılınmamasının pratik bir fonksiyonu da kalmayacaktır.

⁹⁰ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 498; Şehirali Çelik, **Tescilin Anlamı**, s. 59.

⁹¹ Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 498; Şehirali Çelik, **Tescilin Anlamı**, s. 60. MarkaKHK’ya ilişkin benzer yönde bkz. Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 63. Markalar Kanunu’na ilişkin bkz. Öçal, **a.g.e.**, s. 57. Bu duruma verilebilecek en güzel örnek, SMK ile ilk kez kabul edilen kullanmama def’idir. Kullanmama def’i ileri sürmenin mümkün olmadığı MarkaKHK döneminde, bir marka beş yıldan uzun bir süre kullanılmıyor olsa dahi, marka sahibi üçüncü kişilerin tescil başvurularını engelleyebildiği gibi, kullanımlarına da müdahale edebiliyordu; meğerki markası açılacak bir iptal davası ile hükümsüz kılınmasın. SMK ile getirilen kullanmama def’i, önceki markanın hükümsüz kılınmadıkça korunacağı prensibine adeta bir istisna getirmekte, üçüncü kişileri kullanılmayan markalara karşı korumaktadır. Dolayısıyla markanın tescilli olması, kural olarak tescil sahibinin korunmasını gerektirir.

⁹² Yargıtay 11. HD, T. 12.04.2001, E. 2001/2189, K. 2001/3079 sayılı kararı:

“... Davacının 31.12.1996 tarihinde tescil ettirdiği “2019” hizmet markası, terkin ettirilmedikçe davacıya korunmaya değer bir hak sağlar.” (Karan, Kılıç, **a.g.e.**, s. 69).

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı sonucunda hükümsüz kılınmayan sonraki tarihli marka sahibinin SMK’de yer verilen imkânlardan faydalanması gerektiğini tespit ettikten sonra, markaya bahşedilen olumlu ve olumsuz yetkiler yönünden bir inceleme yapılması gerekir⁹³.

3.3.2.3.2. Olumlu Yetkiler Bakımından

3.3.2.3.2.1. Fiili Tasarruf

3.3.2.3.2.1.1. Genel Açıklamalar

Marka hakkının olumlu cephesi tescilli işareti kullanma ve ekonomik anlamda menfaat elde etme yönünde kendini göstermektedir. Bu bağlamda, yukarıda önceki hak sahibinin, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması kabul edilen sonraki tarihli marka sahibinin markasını kullanmasını engelleyemeyeceğini ifade etmiştik. Bahsettiğimiz bölümde yer verdiğimiz gerekçelerle sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması sonucunda, sonraki tarihli marka sahibinin, söz konusu markayı kullanmaya devam edebileceği, yani işareti fiili tasarrufa konu edebileceği hususunda tereddüde düşülmemelidir. Fakat sonraki tarihli marka sahibi bu noktada serbestçe tasarruf edebilme salahiyetine sahip midir, yoksa birtakım kısıtlamalar mevcut mudur gibi soruların cevaplanması gerekir. Bu bağlamda, öncelikle öğretilerdeki görüşler tespit edilecek, ardından kanaatimiz yansıtılacaktır.

Alman öğretisinde, sonraki tarihli işaretin kullanımının ne maddi ne de coğrafi açıdan genişletilemeyeceği ifade edilmektedir⁹⁴. Bu kullanım sınırlarının aşılması

⁹³ Bkz. Alica, **a.g.m.**, s. 679.

⁹⁴ Karl-Heinz Fezer, **Markenrecht**, 3. Auflage, München, Beck Verlag, 2009, § 21, N. 52 (Işık, **a.g.e.**, s. 224, dn. 123’ten naklen); Ingerl, Rohnke, **a.g.e.**, § 21, N. 53 (AIPPI, “Acquiescence (Tolerance) to Infringement of Intellectual Property Rights: Germany”, s. 14, <https://aippi.org/> (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020).

Türk öğretisinde de **Çağlar**, **Yanlı** ve **Erdil** benzer görüştedirler. Yazarlara göre sonraki tarihli marka sahibi, markasını kullanmaya devam edebilir; ancak bu kullanımı ne maddi (mal veya hizmet yönünden) ne de coğrafi olarak genişletemez (Çağlar, **a.g.e.**, s. 160; Yanlı, **a.g.m.**, s. 315-317; Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 493). Bununla birlikte, belirli bazı modifikasyonlara müsaade edilebileceğine ilişkin olarak bkz. Yanlı, **a.g.m.**, s. 316.

korunmaya mazhar değildir. Söz gelimi, sonraki tarihli işaretin önceden kullanılmadığı şekilde alan adı olarak⁹⁵ veya yeni mal veya hizmetlerde⁹⁶ yahut yeni coğrafi alanlarda kullanılması⁹⁷ mümkün değildir. Benzer şekilde Amerikan hukukunda, sonraki tarihli markanın kullanım alanının, sessiz kalınan kullanım alanı ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir⁹⁸. İsviçre öğretisinde ise **Schlosser**, sonraki tarihli işaret sahibine sağlanan menfaatin tespiti için, İsviçre Markalar Kanunu'nun 14'üncü maddesinin⁹⁹,



⁹⁵ OLG Karlsruhe, MMR 2002, 814-816 (AIPPI, **Germany**, s. 15, dn. 87).

⁹⁶ BGH, GRUR 1970, 315-319 (**A.e.**, s. 15, dn. 85).

⁹⁷ OLG München, GRUR 1985, 564-566 (**A.e.**, s. 15, dn. 86).

⁹⁸ Bkz. aş. Bölüm 3, dn. 115 ve yuk. Bölüm 3, dn. 84'te alıntılanan kararlar.

⁹⁹ LPM m. 14'ün İngilizce ve Fransızca metinleri sırasıyla şu şekildedir:

“Limitation concerning previously used signs

The proprietor of a trade mark may not prohibit another person from continuing to use a sign to the same extent as already previously used prior to the filing of the application.

This right to continued use may only be assigned together with the undertaking.”

“Restriction concernant les signes utilisés antérieurement

Le titulaire ne peut pas interdire à un tiers de poursuivre l'usage, dans la même mesure que jusque-là, d'un signe que ce tiers utilisait déjà avant le dépôt.

Ce droit de poursuivre l'usage n'est transmissible qu'avec l'entreprise.” [https://www.admin.ch/ (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020].

¹⁰⁰ kıyasen uygulanabileceğini ifade etmektedir¹⁰¹. Buna göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi sonucunda sonraki tarihli işaret sahibi, işareti ancak önceki hak

¹⁰⁰ Düzenleme, marka korumasında ilk kullanım ilkesinden tescil ilkesine geçişin (Petitpierre, **a.g.m.**, s. 286-287) yaratacağı olumsuzlukları önlemek amacıyla getirilmiştir. Aynı zamanda, mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren fakat ciddi bir marka koruma programı olmayan özellikle orta-alt sınıf teşebbüsleri korumaya da hizmet etmektedir (Alain Alberini, **L'Exploitation de la Renommée de la Marque d'Autrui**, Lozan, CEDİDAC, 2015, s. 239; Dessemontet, **Propriété Intellectuelle**, s. 234-236; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 184-185). Kanun'un önceden kullanılan işaretlerle ilgili sınırlama başlığını taşıyan 14'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, marka sahibi, diğer bir kişinin, başvuru tarihinden önce kullanmaya başladığı bir işareti kullanmaya devam etmesini engelleyemez. Maddenin 2'nci fıkrasına göre ise, bu kullanma hakkı ancak işletme (teşebbüs) ile birlikte üçüncü bir kişiye devredilebilir. Anılan düzenlemenin, sonraki tarihli ve tescilli markanın başvuru tarihinden önce aynı veya benzer işareti kullanan kişiye, kullanımını bu tarihten önceki kapsamda ve faaliyet alanı içerisinde devam ettirme hakkı (kullanma hakkı) verdiği ifade edilmektedir (Alberini, **a.g.e.**, s. 241; Dessemontet, **Propriété Intellectuelle**, s. 234; François Dessemontet, "Droit à la Marque", **PJA**, 1993, s. 521; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 184-185). Buna göre, aynı veya benzer işareti önceden beri kullanan kişi, kullanımını bu çerçevede devam ettirebilir. Fakat bu kullanım hakkının sınırları, sonraki tarihli ve tescilli markanın tescil başvurusunun yapıldığı anda cari olan kullanıma göre belirlenecektir. Bu kullanım sınırlarının belirlenmesi, yalnızca mal veya hizmetler açısından değil; coğrafi açıdan yapılacak bir değerlendirmeyi de zorunlu kılmaktadır (Alberini, **a.g.e.**, s. 241; Dessemontet, **Propriété Intellectuelle**, s. 235; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 185). Böylece, kullanım hakkı sahibi, işareti ancak belirli bir coğrafyada ve ancak belirli bir mal veya hizmet paleti için kullanabilecektir. Mal veya hizmetlerin genişletilmesinin, ancak tüketicilerin bunları farklı mal veya hizmet olarak algılamaması koşuluyla mümkün olduğu ifade edilmektedir [Alberini, **a.g.e.**, s. 241; Cherpillod, **a.g.e.**, s. 186. Bu noktada, tüketicinin bakış açısından ziyade ilgili faaliyet alanında kullanılan mal veya hizmetlerin nazara alınması gerektiği yönünde görüşler için bkz. Eugen Marbach, **Markenrecht**, ed. Roland Von Büren, Lucas David, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009, s. 459 (Alberini, **a.g.e.**, s. 241, dn. 965'ten naklen)]. Benzer şekilde, mal veya hizmet sunumunda değişiklik veya iyileştirme de ancak bunların tüketici gözünde farklı mal veya hizmet olarak algılanmaması şartıyla kabul edilebilecektir [Alberini, **a.g.e.**, s. 241; Marbach, **a.g.e.**, s. 459 (Alberini, **a.g.e.**, s. 241, dn. 966'dan naklen). Ticino Kantonu İstinaf Mahkemesi, perakende satış yapılırken toptan satışa geçilmesinin kullanımın genişlemesi olduğu ve LPM m. 14 kapsamında korunmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. TA de Ticino, 24 Temmuz 1995 (**sic!**, 1997, s. 174)].

Bu meyanda belirtmek gerekir ki LPM m. 14 benzeri bir düzenleme SMK'de **markalar için** öngörülmemiştir. Bunun altında yatan sebep, Türk marka hukukunda gerçek hak sahipliği ilkesinin işlerliğinin tescil sistemi yanında devam ediyor olması ve gerçek hak sahibini koruyan düzenlemelerin bulunması; giderek SMK'de karma bir sistemin benimsenmesidir [Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **a.g.e.**, s. 462; Çolak, **a.g.e.**, s. 420. Benzer yönde bkz. Paslı, **Uluslararası Antlaşmalar**, s. 519-525]. Bu yönde verilmiş bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 19.10.2006, E. 2005/7175, K. 2006/10558 (Cahit Suluk, "Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil 'Güvenli Liman' mıdır?", **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013**, ed. Tekin Memiş, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 415-416). Buna karşılık, LPM m. 14 benzeri bir düzenlemeye 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 15'in maddesinde yer verildiği söylenebilir (Poroy, Tekinalp, **a.g.m.**, s. 334 vd.). SMK'de ise m. 60'ta tasarım, m. 87'de ise patent için **önceki kullanımdan doğan haklara** koruma veren düzenlemeler getirilmiştir. Patent hukukunda ön kullanım hakkına ilişkin bkz. Hayrettin Çağlar, "Patent Hukukunda Ön Kullanım Hakkı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 1-2, 2006, s. 77-92; Arslan Kaya, "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar", **İÜHFH**, C. LV, S. 4, 1997, s. 195-197.

¹⁰¹ Schlosser, **a.g.m.**, s. 566 ve dn. 288'deki yazar.

sahibinin müdahale ettiği ana kadar süregelen kullanım kapsamında kullanmaya devam edebilecektir¹⁰².

Öte yandan Fransız Yüksek Mahkemesi, sonraki tarihli markanın kullanımının sınırlandırılmayacağı görüşündedir¹⁰³.

Kanaatimizce, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilen sonraki tarihli marka sahibi, işareti hükümsüz kılınmayan mal veya hizmetler için Türkiye’de ve marka olarak kullanabilir. Ancak eklemek gerekir ki, başka bir önceki hak sahibi, sonraki tarihli marka sahibine karşı sahip olduğu hukuki imkânlarla başvurabilir. Bununla birlikte, sonraki tarihli markanın hükümsüz kılınmadığı ve korunduğu alanın, esasen kullanımına sessiz kalınan alan ile eşdeğer olduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda burada özellik arz ettiğine inandığımız birtakım noktalara temas edeceğiz.

İlk olarak yukarıda ifade ettiğimiz üzere önceki hak sahibinin hükümsüzlük talep etme hakkı ancak kullanımına sessiz kalınmayan mal veya hizmetler bakımından sonuç doğurur¹⁰⁴. Bu durumun doğal sonucu ise, sonraki tarihli markanın ancak sessiz

¹⁰² AIPPI, “Acquiescence (Tolerance) to Infringement of Intellectual Property Rights: Switzerland”, **sic!**, 2006, s. 622; Schlosser, **a.g.m.**, s. 566-567.

¹⁰³ LPM m. 14 benzeri bir düzenleme Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu m. L713-6 hükmünün 2’nci fıkrasında öngörülmüştür. Düzenlemeye göre, marka sahibi, diğer bir kişinin kendi markasının başvuru tarihinden önce kullanmaya başladığı bir işareti, ticaret unvanını, alan adını; bunların bulunduğu coğrafi sınırlar içerisinde kullanmaya devam etmesini engelleyemez. Anılan düzenlemenin 15 Aralık 2019 tarihinde yapılan kanun değişikliğinden önceki halinde marka sahibinin, önceki kullanım kendi haklarına zarar verdiği takdirde kullanımın sınırlandırılmasını veya yasaklanmasını talep edebileceği dile getirilmişti. Bu dönemde Fransız Yüksek Mahkemesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, önceki tarihli marka sahibinin sonraki tarihli markanın hükümsüz kılınması talebi sessiz kalma suretiyle hak kaybı sebebiyle reddediliyor. Bunun üzerine önceki tarihli marka sahibi anılan maddeye dayanarak markalar arasındaki karıştırılması tehlikesini ortadan kaldırmak amacıyla sonraki tarihli markanın kullanımının sınırlandırılmasını talep etmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesi, anılan maddenin geçerli iki marka arasında uygulanamayacağı; ancak önceki kullanımın söz konusu olduğu işaretler bakımından uygulanabileceği gerekçesiyle temyiz talebini reddetmiştir. Görüleceği üzere, Fransız Yüksek Mahkemesi, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi sonucunda hükümsüz kılınamayan markayı, geçerli bir marka olarak addetmekte ve kullanımının sınırlandırılmayacağını kabul etmektedir. Karar için bkz. Cass. Com., 7 Temmuz 2009, n° 08-19195, Sté Poilâne c. Sté Max Poilâne [<https://www.legifrance.gouv.fr/> (Çevrimiçi)], 10 Nisan 2020]. Değerlendirme için bkz. Camille Maréchal, “Affaire Poilâne : les Effets Néfastes de la Forclusion par Tolérance dans un Conflit entre Homonymes”, **Revue des Sociétés**, 2009, s. 874-885.

¹⁰⁴ Bkz. yuk. Bölüm 3.3.2.2.3.

kalınan mal veya hizmetler bakımından varlığını sürdürebileceğidir. Dolayısıyla, sonraki tarihli marka sahibi ancak kullanımına sessiz kalınan ve hükümsüz kılınmayan mal veya hizmetler yönünden bir menfaat elde eder¹⁰⁵.

İkinci olarak, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, sonraki tarihli marka sahibine yalnızca kullanımına sessiz kalınan işaret açısından koruma sağlar¹⁰⁶. Sonraki tarihli marka sahibi, ancak söz konusu işaret tahtında kullanımlarına devam edebilir. Bununla birlikte, SMK m. 9.2.a uyarınca işaretin ayırt edici unsuru değiştirilmeksizin kullanılabileceği ve asli unsurunu muhafaza ederek (seri marka olacak şekilde) yeni tescillere konu edilebileceği kanaatindeyiz. Zira bu halde hem önceki hak sahibinin hem de tüketicilerin ve üçüncü kişilerin menfaatini olumsuz etkileyen bir durum söz konusu değildir¹⁰⁷. Bununla birlikte, tescilli markadan ayrışan kullanımların ve seri markaların, önceki tarihli markayla olan benzerlikleri artıracak surette olmaması gerekir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Yargıtay 11. HD, T. 15.06.2016, E. 2015/10977, K. 2016/6624 sayılı kararı:

“... davalının sessiz kalarak hak kaybına uğradığı gerekçesiyle davanın kabulü ile **davacıların geçici konaklama hizmetinin sunumunda** (vurgu) ACROPOL ibareli tanımı işaretinin kullanmasının davalının marka tescilinden doğan haklarına tecavüz ve haksız rekabet yaratmadığının tespiti...” (Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 192’den naklen).

Yargıtay 11. HD, T. 15.06.2016, E. 2015/10484, K. 2016/6623 sayılı kararı:

“... öte yandan davalı tarafın 21/12/2005 tarihinde Tatbak Gıda Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ticaret unvanı ile sicile kaydolduğu ve o tarihten bu yana **davalı tarafın unlu ve sütlü mamüller, pasta, yufka, mantı, şekerleme, çikolata, kuruyemiş gibi gıda maddeleri üretim ve satışını yaptığı, böylece hükümsüzlüğü istenen marka tescilleri kapsamındaki 30. sınıfta yer alan gıda maddeleri yönünden sınai hak elde ettiği** (vurgu)...” (Yurtoğlu Can, **a.g.e.**, s. 195’ten naklen).

¹⁰⁶ Yargıtay 11. HD, T. 12.11.2019, E. 2019/89, K. 2019/7120 sayılı kararı:

“... İstanbul Bölge Adliye Mahkemesince, dosya kapsamına göre davalının ünvan değişikliği yoluyla Horozlar - Taşımacılık ünvanını kullanmaya başladığı tarihin 17.03.2011 olduğu, davacının 03.08.2015’te ilk delil tespiti yaptırdığı ve 18.08.2015 tarihinde de dava açtığı, 4 yıl 4 ay 17 günlük sürenin sessiz kalma yoluyla hak kaybı için yeterli olmadığı, kaldı ki davacının bu süre zarfında da davalının kullanımlarına sessiz kalmadığı, nihayet kötüniyetli tescil durumlarında sessiz kalma yoluyla hak kaybının da söz konusu olmayacağı...” [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Haziran 2020].

¹⁰⁷ Nitekim bu yöndeki açıklamalarımız ve Yargıtay kararı için bkz. yuk. Bölüm 2.2.4.4.5.

¹⁰⁸ Bu yönde Yargıtay kararları ve tespitleri için bkz. Yıldız, **a.g.m.**, s. 114-117. Tescilli markanın ayırt edici unsurunun değiştirilmesi ve örnekler hakkında bkz. Hayrettin Çağlar, “Tescilli Markanın Farklı Şekillerde Kullanılması”, **FMR**, C. VII, S. 2, 2007, s. 11-27.

Üçüncü olarak, sonraki tarihli markanın, yalnızca marka olarak kullanımının koruma kapsamında olduğunu önemle belirtmek gerekir. Söz gelimi, sonraki tarihli marka sahibi, söz konusu işareti ticaret unvanı, işletme adı veya alan adı gibi farklı kullanım alanlarına yayamaz¹⁰⁹.

¹⁰⁹ TF, 13 Kasım 1998, Audi I (sic!, 1999, s. 132). Bu yönde gelişen Alman içtihadı için bkz. yuk. Bölüm 3, dn. 95-97.

Yargıtay 11. HD, T. 14.02.2019, E. 2017/1790, K. 2019/1209 sayılı kararı:

“... Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken, öncelik hakkının sahibinin sonraki tescil veya kullanımdan haberdar olduktan sonra izlediği yol ve sergilediği tavır önemlidir. **Bu durumda, ...'ün ticaret unvanı kullanımının başlangıcı nazara alındığında somut olayda sessiz kalma yoluyla hak kaybı şartlarının mevcut olduğu kabul edilerek bir karar verilmesi gerekirken tacirin maddi olamayan mal varlıkları olan ticaret unvanı ve markaların seçilmelerinin, tescillerinin, korunmalarının, kullanılmalarının ve kullanım amaçlarının birbirlerinden farklılık arz ettiği nazara alınmaksızın (vurgu)...'ün "Gölcükler" markasını kötü niyetli olarak tescil ettirdiği ve tescilden sonra Gölcükler Tekstil Halı ve Mobilya San ve Tic. Ltd. Şti aleyhine haksız ve kötü niyetli olarak marka hakkına tecavüz davası açarak asıl hak sahibi olan Gölcükler Tekstil Halı ve Mobilya San ve Tic. Ltd. Şirketinin Gölcükler Halı markasını kullanmasını engellemeye çalışması nedeniyle, artık geçmişte susma hakkının kullanılmasının ...'e kazanılmış hak vermeyeceği, sessiz kalan davacının ünvan terkinini isteme hakkının mevcut olduğu, (vurgu) bu durumun TMK'nın 2. maddesine aykırılık da teşkil etmediği sonucuna varılarak birleşen davada ünvan terkinini davasının kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir.**” [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Haziran 2020].

Yargıtay 11. HD, T. 17.03.2016, E. 2015/8385, K. 2016/2983 sayılı kararı:

“...davacının davalının “...” ibaresini **işletme adı olarak kullanımı ile ilgili zımni iznin, zamanla davalının ikinci bir şubeyi açarak aynı ibareyi markasal kullanıma çevirmesine (vurgu) teşmil edilemeyeceği...**” [Kazancı (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020].

Yargıtay 11. HD, T. 07.11.2019, E. 2018/1328, K. 2019/6943 sayılı kararı:

“Marka hukukundaki genel uygulamada ise, tescilli bir markanın varlığına rağmen, bu markanın üçüncü kişiler tarafından hak sahibinden izinsiz olarak uzun süredir kullanılması, bu markaya yatırım yapılması ve bu eylem davacı tarafından biliniyor olduğu halde uzun yıllar sessiz kalınarak ve dava açılmayarak, keza dava açılmayacağı yolunda davalıda güven oluşturduktan sonra, marka hakkına tecavüz davası açmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği temel mantığı üzerine kuruludur. **Ancak bu olayların hiçbirinde, markayı kullanan kişinin bir sahtecilik yaparak bu hakka sahip olması söz konusu olmadığı gibi, marka sahibi de tescilli markasını kaybetmemekte, markayı kullanan kişi sadece bunu kullanma hakkı elde etmektedir. Hatta kendisine sessiz kalınan davalının, markayı ayrıca kendi adına tescil ettirme hakkı kazanması da söz konusu olmamaktadır. (vurgu)**” [Kazancı (Çevrimiçi), 5 Nisan 2020]. Karara göre, sonraki tarihli **tescilsiz** marka sahibi, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması kabul edildiği takdirde, söz konusu işareti yalnızca kullanma hakkı elde etmekte; ancak bu kullanım hakkını önceki hak sahibinin ve tüketicilerin aleyhine genişletme olarak mütalaa edilebilecek bir işlem olan tescile konu edilememektedir.

Sonraki tarihli marka sahibinin, çerçevesini çizdiğimiz bu kullanım sınırlarının ötesinde gerçekleşen faaliyetleri önceki hak sahibinin marka hakkının koruma alanına girdiği ölçüde tecavüz teşkil edebilecektir¹¹⁰.

3.3.2.3.2.1.2. Değerlendirme

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilen sonraki tarihli marka sahibi, de lege lata, markasını hükümsüz kılınmayan mal veya hizmetler nazarında tüm Türkiye’de marka olarak kullanabilecektir. Gerçekten marka hukukuna hâkim ilkelerden biri olan ülkesellik ilkesi uyarınca, marka tescilli olduğu ülke tahtında sahibine kullanma hakkı bahsettiğinden sonraki tarihli marka tüm Türkiye’de serbestçe kullanılabilir.

Buna karşın, kanaatimizce, de lege ferenda bir dilek olarak, sonraki tarihli markanın kullanımında fiziki ve ekonomik coğrafya planında gözlemlenen her yayılma özelinde sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ayrı ayrı uygulanmalıdır ve sonraki tarihli marka ancak kullanımına sessiz kalınan coğrafi sınırlar içinde korunmalıdır¹¹¹. Gerçekten, tescilli bir markanın ülkesellik ilkesi uyarınca tüm Türkiye’de korunuyor olması, sonraki tarihli markanın önceki hak sahibine karşı

¹¹⁰ Yargıtay 11. HD, T. 04.05.2016, E. 2015/10465, K. 2016/5051 sayılı kararı:

“Davacı vekili, müvekkilinin tanınmış “....” markasının adına tescilli olduğunu, davalının müvekkili ile aynı alanda ticari faaliyette anılan ibareyi marka ve firma adı olarak kullandığını, markayı faturalarında, basılı evrak ve tanıtım gereçlerinde, kısaltılmış şirket adı olarak kullandığını, davalının anılan ibareyi şirket unvanı ve marka olarak kullanmasının müvekkili marka hakkına, unvanına tecavüz... Davalı vekili, kesin hüküm itirazı ve zamanaşımı definde bulunmuş, davanın usul ve esastan reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanılan deliller, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalının markayı izinsiz biçimde kullandığına dair herhangi bir kanıt sunulmadığı, davalının iş yerinde, ticari defter ve belgelerinde yapılan inceleme ile de markasal kullanıma dair bir bulguya ulaşamadığı nitekim, davacının aynı iddiasının daha önce taraflar arasında görülüp, temyiz incelemesinden de geçerek kesinleşen kararda da değerlendirildiği ve işbu kararda ayrıca, unvanla ilgili olarak, davacının sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradığı, terkin isteyemeyeceği sonucuna ulaşıldığı, markanın bu dava tarihinden sonra da kullanıldığına dair bir olgu bulunmadığından, markaya tecavüz ile ilgili yine aynı sonuca varmak gerektiği (vurgu)...” [Kazancı (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020].

¹¹¹ Benzer yönde Yanlı, **a.g.m.**, s. 316-317. Amerikan hukukunda cari **progressive enroachment** prensibinin, İsviçre Federal Mahkemesi nazarında da dikkate alındığına ilişkin olarak bkz. ATF 73 II 100 (**A.e.**, s. 317, dn. 119’dan naklen).

koruma alanı olarak tüm Türkiye'nin kabul edilmesini gerektirmez. Çünkü sonraki tarihli marka sahibi esasen sahip olmaması gereken bir hakka istisnai bir imkân ile sahip kılınmaktadır ve bu imkân mümkün olduğu kadar dar yorumlanmalıdır¹¹². Önceki hak sahibinin kendi faaliyet alanından uzakta ve belki de rekabet dahi oluşturmayan aynı veya benzer markaya sessiz kalması halinde, bu ikincisine önceki hak sahibine karşı ve bunun tekel hakkını tümüyle ortadan kaldırır şekilde tüm Türkiye'de koruma bahşedilmesinin kabulü ilkenin amacıyla örtüşmemektedir.

Bununla birlikte, sonraki tarihli markanın coğrafi kullanım alanının önceki hak ile sınırlanması, tüketicilerin arzu ettikleri mal veya hizmetlere ulaşması noktasındaki menfaatini de koruyarak markanın temelinde yer alan kaynak gösterme ve ayırt etme fonksiyonunu da işler kılacaktır.

Ekleme gerekir ki bu fikrimiz, sessiz kalma suretiyle hak kaybının koruduğu menfaatler dengesine de uygundur¹¹³. Gerçekten, sessiz kalma suretiyle hak kaybı bir yandan sonraki marka sahibini korurken, diğer yandan önceki hak sahibinin tekel pozisyonunu korumak gayesindedir. Yoksa kanun koyucu, sessiz kalmanın konusunu sonraki tarihli markanın kullanımı olarak göstermez, doğrudan tescile yönelik bir sessiz kalma halinin varlığını yeterli görürdü. Ve yine eklenmelidir ki, önceki hak sahibi sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olmadıkça, bu kullanım isterse tüm Türkiye'ye yayılmış olsun yine de sessiz kalma suretiyle hak kaybı gerçekleşmez ki, bu sonuç bile önceki hak sahibinin menfaatlerinin sonraki tarihli marka sahibinin

¹¹² Yargıtay HGK, T. 14.06.2013, E. 2012/11-1654, K. 2013/837 sayılı kararı:

“MK'nun 2. maddesi, marka sahibinin önceki kullanıma karşı sessiz kalınmış olmakla birlikte; hak sahibinden izin alınmaksızın gerçekleştirilen kullanımın dava tarihinden sonrası için de eser sahibinin 5846 sayılı FSEK hükümlerine göre sahip olduğu mali hakların marka sahibine devredilmiş sayılacağı sonucunu doğuracak şekilde eser sahibi veya eser sahibinden mali hakları devralan kişiler aleyhine ve bu kişilerin sahip olduğu mutlak nitelikli haklarını ortadan kaldıracak biçimde yorumlanamayacağı gibi...” [Kazancı (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020].

¹¹³ Antrparantez, korunması gereken menfaatler dengesini göstermesi açısından göz önünde bulundurulabilecek benzer bir durum TMK m. 725'te düzenlenen taşkın yapı halinde de söz konusudur. Arsa malikinin itiraz etmemesi (sessiz kalması) sonucunda iyiniyetli olarak taşkın yapıyı yapan kişi, yalnızca taşkın yapıya özgülenmiş bir mülkiyet (veya irtifak) hakkı elde eder, bu mülkiyet hakkı taşkın yapının altındaki toprağa veya üstündeki hava boşluğuna yayılmaz (Serozan, **Taşkın Yapı**, s. 371). Bu sebeple, taşkın yapıyı yapan kişi kat çıkamayacağı gibi yer altında da yapı yapamaz (A.e.).

önünde olduğunu göstermeye yeter. Dolayısıyla, sonraki tarihli markanın fiziki ve ekonomik coğrafya planında gösterdiği her yayılma, bu yayılma özelinde yeni bir değerlendirmeyi beraberinde getirmelidir denilebilir. Fakat bu fiziki ve ekonomik coğrafya planında bir yayılma olup olmadığı ilgili markanın kullanıldığı mal veya hizmet piyasasının kendi yapısı gözetilerek yapılacak bir değerlendirmeyle tespit edilmelidir. Söz gelimi, kuru temizleme sektörü için şehir sınırları içerisi bir pazar olarak kabul edilebilirken; perakende veya taşımacılık sektörü için tüm Türkiye bir pazar olarak kabul edilebilir.

Bütün bu izahat gözetildiğinde, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması kabul gören sonraki tarihli marka sahibinin, söz konusu markayı ancak kullanımına sessiz kalınan coğrafya ile sınırlı olarak kullanabileceği yönünde bir düzenleme tercihinin düşünülebileceğini ve yürürlükteki mevzuatımızın sonraki tarihli marka sahiplerini marka ekosisteminin işleyişini bozacak şekilde¹¹⁴ ödüllendirdiği kanaatindeyiz.

Son olarak, benzer yönde verilmiş bir Amerikan Mahkemesi kararını alıntılalım:

“... Sessiz kalma, henüz gerçekleşmemiş ve önceden tahmin de edilemeyecek kullanımlara yönelmez. Davalı, işareti öncekinden farklı bir tarzda veya yeni bir coğrafi alanda kullandığı takdirde, davacının rıza gösterdiği kullanımın sınırlarını aşabilir ve gerçekleşen bu ekstra kullanım için sorumluluğuna gidilebilir. Beşinci Daire’nin Conan davasında ifade ettiği üzere, bölge mahkemesinin, bir bölgede (Austin, Texas) gerçekleşen kullanıma yönelik sessiz kalmanın, davalının kullanımı o bölgenin ötesinde

¹¹⁴ Bu meyanda şu soru yöneltilebilir: İyiniyetli sonraki tarihli marka sahibinin markasını tüm Türkiye’de kullanabileceğine olan güveni korunmaya değer değil midir? Bu noktada ise SMK m. 155 hükmünün marka ekosistemine etkisine değinmek gerekir. Bilindiği üzere, hüküm ile tescile dayalı kullanım savunması -tescilli markalar ekosistemi açısından- marka sahipleri için bir savunma enstrümanı olmaktan çıkarılmıştır. Diğer bir deyişle tescil, marka sahibine, hükümsüz kılınana kadar söz konusu markayı kullanma noktasında bir güvence sağlama fonksiyonundan uzaktır. Haliyle sonraki tarihli marka sahibinin markasını tüm Türkiye’de kullanabileceğine ilişkin güveninin korunmaması da pek tabidir. SMK ile oluşturulmaya çalışılan şeffaf marka ekosistemi ve tüm aktörlerin üstün menfaati bunu kabule götürmelidir.

yayıldığında da (San Antonio'ya), marka hakkının ileri sürülmesini ilanihaye ortadan kaldırdığına ilişkin kabulü hatalıdır.”¹¹⁵

3.3.2.3.2. Hukuki Tasarruflar

Tescilin, hak sahibine sağladığı olumlu yetkiler karşısında, sonraki tarihli marka sahibinin pozisyonu etraflıca incelenmeye muhtaçtır. Gerçekten kullanımın ötesinde ekonomik menfaat sağlamaya yönelik, söz gelimi markanın devri, lisans verilmesi, muvafakata konu olması gibi olumlu yetkilerin nasıl kullanılacağı halli gereken bir meseledir.

Bu spesifik hususlara ilişkin olarak, İsviçre öğretisindeki yazarlar, LPM m. 14'ten hareketle, sonraki tarihli işaret sahibinin markasını devretmesi ve lisans vermesi halinde, devir ve lisans alanların önceki hak sahibinin müdahalesiyle karşı karşıya kalacağını ifade etmektedirler¹¹⁶. Buna karşın, sonraki tarihli işaret sahibinin, işaret ile beraber işletmeyi devretmesi halinde devralanın da korumadan yararlanabileceği savunılmaktadır¹¹⁷. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, alan adlarına ilişkin olarak verdiği iki kararda, alan adını sonradan devralan kişilerin sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasını yerinde görmemiştir¹¹⁸. Telif hakkının konu olduğu başka bir uyuşmazlıkta, Kanton Mahkemesi sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması kabul edilen mütecavizin üçüncü kişiye devredilir bir hak elde etmediğine karar vermiştir¹¹⁹.

Fransız hukukunda, bu konuya ilişkin tespit edebildiğimiz açık bir karar yoktur. Ancak AIPPI tarafından hazırlanan raporda, şu ifadelere yer verilmektedir:

¹¹⁵ (Yazarın serbest çevirisidir.) United States Court of Appeals, Second Circuit, 16 Mayıs 2002, ProFitness Physical Therapy Center v Pro-Fit Orthopedic and Sports Physical Therapy P.C., N. 27 [https://www.openjurist.org/ (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020].

¹¹⁶ Schlosser, **a.g.m.**, s. 566; Brauchbar, **a.g.e.**, N. 25 (Schlosser, **a.g.m.**, s. 566, dn. 290'dan naklen); AIPPI, **Switzerland**, s. 622. Patent hukukunda önalım hakkı bakımından benzer değerlendirme için bkz. Çağlar, **Ön Kullanım Hakkı**, s. 82.

¹¹⁷ Schlosser, **a.g.m.**, s. 566; Brauchbar, **a.g.e.**, N. 25 (Schlosser, **a.g.m.**, s. 566, dn. 291'den naklen).

¹¹⁸ ATF 128 III 353; ATF 128 III 401 (Jacques de Werra, “Domain-Dispute.ch - Le service de Règlement des Différends pour les Noms de Domaine “.ch”, **sic!**, 2005, s. 158, dn. 128).

¹¹⁹ Tribunal Cantonal St. Gall, 17 Mayıs 2000, Tripp Trapp I (**sic!**, 2001, s. 491).

*“Sessiz kalma suretiyle hak kaybından tescilli markalar yararlandığına ve markalar da devredilebildiğine göre... sessiz kalma suretiyle hak kaybından faydalanan marka üçüncü bir kişiye devredilebilir ve bu üçüncü kişi devredenin sahip olduğu avantajlardan faydalanabilir.”*¹²⁰

Alman hukukunda, sessiz kalma suretiyle hak kaybı sonucunda kazanılmış hukuki korumanın üçüncü bir kişiye devredilemeyeceği ve lisansa konu olamayacağı kabul edilmektedir¹²¹.

Amerikan hukukunda ise, sonraki tarihli marka sahibinin, markasını devredebileceği ve diğer hukuki imkânlardan faydalanabileceği ifade edilmektedir¹²². Bununla birlikte markayı devralan kişi, en azından devredenin kullandığı ölçüde markayı kullanmakta serbesttir¹²³.

Türk öğretisinde ise, **Yanlı, Fezer**’e atıfla hak kaybının temelini oluşturan korunmaya değer zilyetlik benzeri durumun üçüncü bir kişiye devredilemeyeceğini savlamaktadır¹²⁴. **Çağlar**, sonraki tarihli markanın başkasına devri ve lisans verilmesinin mümkün olduğunu benimsemektedir¹²⁵. **Işık**, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi sonucunda sonraki tarihli markanın tescilinin hukuka aykırı olmaktan

¹²⁰ (Yazarın serbest çevirisidir.) AIPPI, “Acquiescence (Tolerance) to Infringement of Intellectual Property Rights: France”, s. 7, <https://aippi.org/> (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020. İspanyol hukukunda benzer görüş için bkz. Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 104.

¹²¹ Fezer, **a.g.e.**, § 21, N. 49 (Yanlı, **a.g.m.**, s. 307’den naklen); Ingeln, Rohnke, **a.g.e.**, § 21, N. 30 (AIPPI, **Germany**, s. 15’ten naklen). Bununla birlikte, Alman hukukunda sessiz kalma süresi devam ederken, sonraki tarihli markanın devredilmesi halinde, devralanın devredene karşı gerçekleşen sessiz kalma halinden yararlanabileceği ifade edilmektedir [BGH GRUR 1981, 60-63; BGH GRUR 1969, 694-697 (**A.e.**)].

¹²² AIPPI, **United States**, s. 16.

¹²³ **A.e.**, s. 12.

¹²⁴ Yanlı, **a.g.m.**, s. 307.

¹²⁵ Çağlar, **a.g.e.**, s. 160; Köroğlu, **a.g.m.**, s. 1902.

çıktığından bahisle sonraki tarihli markanın devredilebileceği ve önceki hak sahibine karşı korunacağını ifade etmektedir¹²⁶.

Konuya ilişkin olarak tespit edebildiğimiz tek Yargıtay kararı ise yukarıda yer verdiğimiz görüşlerin bir kısmını tevsik eder niteliktedir. Yargıtay 11. HD, sonraki tarihli markanın işletme ile birlikte devredildiğinden işletmeyi devralanın da önceki hak sahibine karşı korunması gerektiği yönündeki BAM kararını onamıştır. Buna göre, Yargıtay, sonraki tarihli markanın devre (olumlu yetkilere) konu olabileceği sonucuna işaret etmektedir. İlgili karar şu şekildedir:

“İlk derece mahkemesince tüm dosya kapsamına göre; davacının tescilli markası bulunduğundan genel hüküm niteliğindeki haksız rekabet hükümlerinin uygulanamayacağı, haksız fiil olarak kabul edilen markaya tecavüz fiilinin tek olduğu ve bu nedenle maddi tazminatın tek kalem olarak hesaplanması gerektiği, davacının "itimat" ibaresini 1993, davalının ise 1998 yılından beri kullandıkları, davacının uzun süre sessiz kalması nedeni ile ...'a karşı markaya tecavüz iddiasının kabul edilemeyeceği, davalı ...'ın işletmeyi devraldıktan sonra itimat ibaresini kullanmaya devam ettiği, İ. açısından geçerli olan sessiz kalma yolu ile hak kaybı ilkesinin artık İ. için uygulanamayacağı, (vurgu)... karar verilmiştir. Karara karşı taraf vekilleri tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi'nce; davalı ... yönünden sessiz kalma koşullarının oluştuğu gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf isteminin esastan reddine karar verilmiş; davalı vekilinin istinaf talebi yönünden ise, davacı vekilinin dava dilekçesinde davalı ...'ın babası ... ile aynı işyerinde faaliyet gösterdiğini ve aynı ticaret unvanını kullandığını bildirdiği, Afyonkarahisar Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün 05/06/2013 tarihli yazısında ...'ın vergi kaydının bulunduğu, işyeri açma ve çalıştırma ruhsatının ise ...'a ait olduğunun bildirildiği, Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün 24/11/2015 tarihli yazısında ...'ın 03/05/2007 tarihinde işini terk ettiği, diğer davalı ...'ın ise yine aynı tarihte gelir vergisi mükellefi olduğunun bildirildiği, taraflar hakkında yapılan sosyal ve ekonomik durum araştırmasının da bu durumu doğruladığı, mevcut durum itibarıyla davalılar arasında ticari işletme devri yapıldığı, davalılardan İ.'in ayrı bir işletme açarak faaliyete başlamadığı ve bunun sonucu olarak davalılardan İ. yönünden oluşan sessiz kalma şartlarının davalı... yönünden de geçerli olduğu (vurgu) gerekçesiyle davalı ... vekilinin istinaf isteminin kabulüyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davalılar... hakkında açılan davaların ayrı ayrı reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

¹²⁶ Işık, **a.g.e.**, s. 226. Buna karşın yazar, sonraki tarihli markayı devralanın, devreden kullanıma ilişkin, önceki hak sahibi nezdinde gerçekleşen sessiz kalma halinden faydalanamayacağını savlamaktadır (Işık, **a.g.e.**, s. 163).

... usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.”¹²⁷

Öğreti ve içtihatları görüşleri ifade ettikten sonra, kişisel görüşümüze gelirsek: Kanaatimizce, sonraki tarihli marka sahibinin bahsettiğimiz bu olumlu yetkileri kullanabilmesinin önünde bir engel yoktur. Şöyle ki, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi sonraki tarihli marka sahibini ve ortaya çıkarılan ekonomik değeri korumayı amaçlamaktadır. Bu ana amaçla bağdaşır şekilde, sonraki tarihli marka sahibinin ortaya çıkardığı ekonomik değerden istifade etmedeki menfaati de korunmalıdır. Ancak, önceki hak sahibinin marka hakkını ihlal eden birtakım durumlarda, hukuki işlemlerin karşı tarafı önceki hak sahibinin müdahalesi ile karşı karşıya kalabilecektir¹²⁸.

Bütün bu bilgiler ışığında, spesifik kullanım durumlarına ilişkin kanaatimiz ise şu yöndedir: Sonraki tarihli marka sahibinin, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer bir işaretin tescili için üçüncü bir kişiye muvafakat vermesi halinde, kanaatimizce, muvafakat alan kişi, önceki hak sahibine karşı sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasında bulunamaz. Zira tescili istenen marka, kullanımına sessiz kalınan marka değildir. Aksinin kabulü de önceki marka sahibinin tekel hakkını önlenemez bir şekilde sınırlandıracaktır. Söz gelimi, bu sefer muvafakat alanın bir üçüncü kişiye muvafakat vermesi veya yeni marka başvuruları yapması durumunda ne olacaktır?

Sonraki tarihli markanın lisansa ve devre konu olup olamayacağına gelirsek. Bu bağlamda inceleme yaparken marka hukuku planında markanın kullanımına yüklenen anlam çerçevesinde değerlendirme yapılmalı, sonraki tarihli marka ile yaratılan

¹²⁷ Yargıtay 11. HD, T. 11.12.2019, E. 2019/997, K. 2019/8109 [Kazancı (Çevrimiçi), 29 Mart 2020].

¹²⁸ Bu meyanda belirtmek gerekir ki eşya hukukunda cari olan tapu siciline güven ilkesi, marka sicili açısından söz konusu değildir. Gerçekten, kanun koyucu, iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu sicilinde yer alan kayıtlara güvenerek kazandıkları aynı hakları geçerli addetmiştir (TMK m. 1023). Buna karşın, marka sicili bakımından, sicile güvenerek işlem yapan iyiniyetli kişiler bakımından benzer bir ilke benimsenmemiştir. Bu sebeple, sonraki tarihli markayı devralan üçüncü kişiler önceki hak sahibinin müdahalesi ile karşı karşıya kalacaklardır.

ekonomik değerin korunması amacı gözetilmeli ve sonraki tarihli markanın tescilinin korunduğu, yani korumanın tescilde somutlaştığı hesaba katılarak sonuca gidilmelidir.

Bu kapsamda, markanın lisansa konu olması, bizatihi markanın kullanımının özel bir durumudur (SMK m. 9.3). Sonraki tarihli marka sahibinin, bizatihi markanın kullanımı olarak kabul edilen bir olanaktan faydalanamaması kabul edilemez. Bu sebeple, sonraki tarihli markanın lisansa konu olmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Zira bu durumda, sessiz kalma suretiyle yaratılan korumadan farklı bir işaret yararlanmamakta, sadece kullanımın usulü değişmektedir. Aynı gerekçeyle, sessiz kalma süresi boyunca, lisans alan tarafından gerçekleşen kullanımların da sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanmasına imkân vereceğini ifade etmiştik¹²⁹. Lisans basit veya inhisari olabilir ancak her iki halde de, lisans alanların kullanımları sonraki tarihli markanın kullanım alanı sınırlarını aşmamalıdır; aksi halde önceki hak sahibinin müdahalesi mümkün olabilecektir¹³⁰.

Sonraki tarihli markanın devredilmesinin de mümkün olduğu kanaatindeyiz¹³¹. Ancak, markayı devralan, markayı devreden kullandığı ölçüde kullanabilir ve bu kullanım sınırlarını aşamaz. Bu halde de, esasen korunan kullanım çoğalmamakta, yalnızca bundan faydalanan kişi değişmektedir.

3.3.2.3.3. Olumsuz Yetkiler Bakımından

3.3.2.3.3.1. Önceki Hak Sahibine Karşı

¹²⁹ Bkz. yuk. Bölüm 2.2.2.2.

¹³⁰ Nitekim sonraki tarihli işaretin lisansa konu olamayacağını kabul eden İsviçre öğretisi, lisansın inhisari olması ve sonraki tarihli işaretin maddi ve coğrafi kullanım sınırları içerisinde kalması koşuluyla lisans verilebileceğini kabul etmektedirler (Cherpillod, **a.g.e.**, s. 186, dn. 592 ve orada anılan yazar).

¹³¹ Sonraki tarihli markanın işletme ile birlikte devri halinde, sonraki tarihli markanın kullanım alanını mal veya hizmet, işaret ve kullanımın niteliği planlarında önceki hak sahibi aleyhine genişleten bir durum söz konusu olmadığı gibi, de lege ferenda önerimiz olan coğrafi sınırlama açısından da herhangi bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Kaldı ki LPM m. 14 benzeri düzenlemeler olan SMK m. 60 ve 87 uyarınca da, önceki tarihli fakat tescilsiz tasarım ve patent hakları işletme ile birlikte devre konu olabilmektedir. Haliyle tescilsiz sınai mülkiyet hakkı sahiplerine sağlanan imkânın, tescilli marka hakkı sahibine evleviyetle tanınması gerekir. Ayrıca, işletmenin tamamen devrinden ziyade markayla ilgili üretim yapan, markayı pazarlayan birimlerinin devri de haliyle mümkündür.

Öncelikle, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması kabul gören ve markası hükümsüzlük yaptırımına maruz kalmayan sonraki tarihli marka sahibinin önceki hak sahibi karşısındaki konumu üzerine eğilmek gerekir. Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması neticesinde, aralarında karıştırılma tehlikesi bulunan aynı veya benzer iki markanın birlikte piyasada bulunması durumu söz konusu olmaktadır. Bu durumda, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilen ve önceki hak sahibi karşısında koruma bahşedilen sonraki tarihli marka sahibi, acaba önceki tarihli markanın kullanımına müdahale edebilecek midir?

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesini tek cümleyle pozitif plana taşıyan SMK bu soruya cevap vermemektedir¹³². Fakat mehz 2015/2436 sayılı Direktif'in 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası ile 2017/1001 sayılı Tüzük'ün 61'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilen sonraki tarihli marka sahibinin önceki tarihli markanın kullanımına itiraz edemeyeceğini açıkça serdetmiştir^{133, 134}. Öte yandan, marka hukukunda öncelik ilkesi cari olduğundan, önceki hak sahibinin kullanımının sonraki tarihli bir marka gerekçe gösterilerek bertaraf edilmesi de zaten mümkün değildir. Önceki hak sahibi karşısında istisnai bir düzenleme ile korunan sonraki tarihli marka sahibinin önceki kullanıma karşı çıkamaması, aynı zamanda mantıki bir zarurettir¹³⁵.

¹³² Bununla birlikte, Türkiye'nin de taraf olduğu ve Anayasa m. 90 uyarınca kanun hükmünde olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS) m. 16.1 uyarınca sonraki tarihli bir hakka dayanılarak önceki tarihli hakkın kullanımı men edilemez. Bu hükümden hareketle verilen kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 04.2018, E. 2016/10557, K. 2018/3033; Yargıtay 11. HD, T. 12.03.2018, E. 2016/8837, K. 2018/1860 [Yargıtay Emsal (Çevrimiçi), 27 Mart 2020].

¹³³ Gerek AB gerek diğer ülke mevzuatlarındaki benzer düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. yuk. Bölüm 1.1.4

¹³⁴ Nitekim, bu hususun mevzuatında açıkça düzenlenmediği Fransız hukukunda da, mehaza paralel yorum ilkesinden hareketle, sonraki tarihli marka sahibinin önceki hak sahibine müdahale edemeyeceği kabul edilmektedir. Bu yönde verilmiş bir karar için bkz. CA Paris, 4 Eylül 2009 (Sirinelli, Durrande, Latreille, **a.g.e.**, § L714-3).

¹³⁵ Benzer yönde bkz. Schlosser, **a.g.m.**, s. 566 ve dn. 283'te anılan yazarlar. Belirtmek gerekir ki sonraki tarihli marka halihazırda önceki hakkın koruma alanına tecavüz etmekte ve hükümsüz kılınması gerekmektedir. Fakat hakkın kötüye kullanılması savunması çerçevesinde önceki hak sahibinin hükümsüzlük talebi sonuçsuz kalmakta, koruma görmemektedir. Hal böyle iken, bir de sonraki tarihli markanın önceki tarihli markanın kullanımını engelleyebileceğini kabul etmek mümkün değildir.

Bütün bu gerekçeler gözetildiğinde, sonraki tarihli marka sahibinin önceki hak sahibinin kullanımına ve tesciline -sonraki tarihli markasını gerekçe göstererek- karşı çıkamayacağını rahatlıkla dile getirebiliriz^{136, 137}.

Fakat burada problem oluşturabilecek husus, önceki hak sahibinin, sahibi olduğu işaretin kullanım alanını genişletip genişletemeyeceğidir. Öğretide, **Yanlı**, ihlalde bulunan kişinin önceki hak sahibine karşı bir talepte bulunma hakkı kazanmadığından, önceki hak sahibinin kullanım alanını genişletebileceği yönünde görüş belirtmiştir¹³⁸.

Kanaatimizce, marka hukukunda hâkim olan öncelik ve teklik ilkesi, önceki tarihli hak sahibini sonraki tarihli marka sahibine karşı korumayı gerektirir ve bu korumayı esneten istisnalar mümkün olduğunca dar tutulmalıdır¹³⁹. Öncelik hakkı sahibi, işaret üzerindeki hakkını -sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi dışında başka

¹³⁶ Schlosser, **a.g.m.**, s. 566; Grimaldos Garcia, Navarro Matamoros, **a.g.e.**, s. 104; Yasaman, Yusufoglu (Altay, Ayoğlu, Yüksel), **a.g.e.**, C. II, s. 863; Çolak, **a.g.e.**, s. 893; Bilgili, **a.g.e.**, s. 118; Yanlı, **a.g.m.**, s. 315, 317.

¹³⁷ Bu görüşümüze, SMK m. 25.6 ile **SMK m. 26.1.b**'de yer verilen iptal sebebinin karşılaştırılması sonucunda da ulaşmak mümkündür. İlgili hükme göre, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad haline gelmesi halinde markanın iptaline karar verilebilecektir. Fakat bu iptal koşulunun gerçekleşmesi için marka sahibinin fiilleri veya gerekli önlemleri almaması sebebiyle markanın yaygın ad haline gelmiş olması gerekir. Burada yer verilen gerekli önlemleri almama hali, tabiatıyla sessiz kalma halini de içine alacaktır. Diğer bir deyişle, markasının üçüncü kişilerce kullanılmasına sessiz kalan ve nihayetinde markanın yaygın ad haline gelmesine/kamuya mâl olmasına (res nullius) sebep olan marka sahibi iptal yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır ve artık korunmayacaktır. **Görüleceği üzere, kanun koyucu önceki hak sahibini ancak, söz konusu işaret kamuya mâl olduğunda korumaktan imtina etmektedir. Buna karşın, söz konusu işaret kamuya mâl olana kadar, üçüncü kişilerin kullanımlarına sessiz kalsa dahi korumaktadır.** Bu sebeplerle, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi bağlamında sonraki tarihli marka sahibi, önceki hak sahibine karşı herhangi bir talepte bulunamaz. Nitekim Saint-Gal, çalışmamızın konusu olan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ile SMK m. 26.1.b'de yer verilen iptal sebebinin **marka hakkının zımni terk suretiyle kaybı (abandon tacite du droit sur la marque)** başlığı altında ve birlikte incelemektedir (Saint Gal, **a.g.e.**, s. U²⁻⁴).

Nitekim **Pérot-Morel**'e göre, “marka tekelinin korunması, hak sahibinin bundan açıkça faydalanmak istediği yönündeki iradesini gösterdiği sürece mümkün olmalıdır.” [Marie-Angéle Pérot-Morel, “La Dégénérescence des Marques par Excès de Notoriété”, **Mélanges en l'Honneur de Daniel Bastian**, Paris, Libraires Techniques, 1974, C. II, s. 51 (Memişoğlu, **a.g.e.**, s. 446, dn. 385'ten naklen)].

¹³⁸ Yanlı, **a.g.m.**, s. 317, 318 ve dn. 123.

¹³⁹ Bu yönde Yargıtay 11. HD, T. 24.06.2008, E. 2007/1013, K. 2008/8453 sayılı kararı:

“Türk Marka Hukukunda tescil sisteminde ‘öncelik ve marka hakkında teklik’ ilkesi geçerlidir. Bu ilke, tescilli bir markanın varlığı halinde, aynı veya benzer olan işaretin ‘mükerrer tesciline’ izin verilmez...” (Baykara, Yavuz, Alica, **a.g.e.**, s. 90).

bir sınırlama söz konusu değilse- istediği şekilde kullanmakta serbesttir. Bu sebeple, sessiz kalma suretiyle hak kaybı sonucunda sonraki tarihli marka hakkı sahibi, önceki hak sahibinin işareti kullanımına müdahale edemeyeceği gibi bunu genişletmesine de engel olamaz¹⁴⁰. Bunlara ek olarak, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin önceki hak sahibinin olumsuz yetkisini sınırlamaya yöneldiği de gözetildiğinde, sonraki tarihli marka sahibinin, önceki hak sahibinin olumlu yetkilerinin sınırlanması sonucunu doğuracak şekilde müdahalede bulunması mümkün değildir.

3.3.2.3.2. Üçüncü Kişilere Karşı

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı sonucunda markası korunan sonraki tarihli marka sahibinin, bu hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürüp süremeyeceği hususunda farklı görüşler vardır.

Aktaracağımız ilk görüş taraftarları, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması sonucunda sonraki tarihli marka sahibinin mutlak bir hak kazanmadığını; giderek sonraki hak sahibinin yalnızca önceki hak sahibine karşı ileri sürebileceği bir savunma imkânı elde ettikleri görüşündedirler¹⁴¹. Yazarlara göre sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin kurucu bir etkisi söz konusu değildir ve sonraki tarihli marka sahibi üçüncü kişilere karşı herhangi bir hak ileri süremez; sadece fiillerinin hukuka aykırılığı sebebiyle yaptırım görmekten kurtulur¹⁴². Buna karşın, **Çolak**, sonraki tarihli marka sahibinin markayı kullanarak yarattığı ekonomik menfaatin korunmaya değer olabileceğini ifade etmektedir¹⁴³.

¹⁴⁰ Bu yönde verilmiş güncel tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararı ve değerlendirmesi için bkz. Ivan Cherpillod, “Propriété Intellectuelle”, **JdT**, 2020 II, s. 88-89. Buna karşın eklemek gerekir ki, önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın tescilli olduğu ve fakat uyumsuzluğa konu olmayan mal veya hizmetlere yönelik fiilleri (tescil talebi gibi), sonraki tarihli marka sahibinin marka hakkını ihlal edebilir.

¹⁴¹ Çolak, **a.g.e.**, s. 893; Iony Randrianirina, “**Le Droit de Marque**” (Tez), Université de Poitiers, 2013, <http://theses.univ-poitiers.fr> (Çevrimiçi), 27 Aralık 2019, s. 115; AIPPI, **Switzerland**, s. 622. Tescilsiz kullanılan işaretler açısından bkz. Yanlı, **a.g.m.**, s. 320.

¹⁴² Fezer, **a.g.e.**, § 21, N. 54 (Işık, **a.g.e.**, s. 224’ten naklen); Yanlı, **a.g.m.**, s. 320; Çolak, **a.g.e.**, s. 893.

¹⁴³ Çolak, **a.g.e.**, s. 893. Yanlı ise mütecavizin, sessiz kalma suretiyle hak kaybı sürecinden bağımsız olarak, ilgili işaret üzerinde hak kazanmış olabileceğini savlamaktadır (Yanlı, **a.g.m.**, s. 320).

Diğer görüş taraftarlarından **Tekinalp**'e göre, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanması neticesinde sonraki tarihli marka hukuken tanınır konuma gelmektedir. Bu sebeple, sonraki tarihli marka sahibi, marka hukukundan doğan tüm haklarını üçüncü kişilere karşı dermeyan edebilecektir¹⁴⁴.

Von Büren ise açıkça mutlak bir hak kazanıldığını belirtmemekle beraber, davalının kendine karşı işlenen fiillere de engel olma hakkını kazandığı ifade etmektedir¹⁴⁵.

Erdil'e göre de sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması kabul gören davalının üçüncü kişilerin fiillerine karşı korunması gerekir¹⁴⁶. Nitekim benzer bir durum telif hukuku bağlamında izinsiz işlemeler açısından söz konusudur¹⁴⁷. Buna göre, asıl eser sahibinin izni alınmaksızın işlenen bir eser, yani izinsiz işlenme de üçüncü kişilerin ihlallerine karşı FSEK¹⁴⁸ uyarınca korunur¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 457; Köroğlu, **a.g.m.**, s. 1902. **Çağlar**, sonraki tarihli markanın tescilli ve tescilsiz olmasına göre farklı değerlendirme yapmakta ve tescilli olması halinde sonraki tarihli marka sahibinin tescilden doğan tüm haklarını kullanabileceğini ifade etmektedir (Çağlar, **a.g.e.**, s. 160).

¹⁴⁵ Bruno von Büren, **Kommentar zum Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb vom 30. September 1943**, Zürih, Schultheß & Co. AG, 1957, s. 199 (Yanlı, **a.g.m.**, s. 319'dan naklen).

¹⁴⁶ Erdil, **Haksız Rekabet**, s. 493.

¹⁴⁷ **A.e.**

¹⁴⁸ RG, T. 13.12.1951, S. 7981.

¹⁴⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 133-135; Engin Erdil, **Fikir ve Sanat Hukukunda İşlenme Eserler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003, s. 147; Engin Erdil, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 18. İşlenme eser, bir fikir ve sanat eserinden istifade edilerek oluşturulan ve asıl esere bağlı olmakla birlikte işleyen de hususiyetini taşıyan ürünlerdir (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 133; Erdil, **İşlenme Eser**, s. 38; Erdil, **Fikri Mülkiyet**, s. 17). Bir eser sahibi hangi haklara sahipse, işlenme eser sahibi de aynı haklara sahiptir ve işlenme ile işleyen mutlak bir hak elde eder (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 133; Erdil, **Fikri Mülkiyet**, s. 18). Buna karşılık, **Ulaş**, FSEK m. 6 hükmüne 4630 sayılı Kanun ile eklenen “(i)stifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla” ifadesi sebebiyle izinsiz işlemelerin, FSEK uyarınca korunmayacağını ve eser vasfını taşımayacağını savlamaktadır (Işıl Ulaş, “İşlenme Türü Olan Çeviri Eserde Kamuya Sunma Hakkı”, **BATİDER**, C. XXIV, S. 1, 2007, s. 67). Buna karşılık **Tekinalp**, bu hususun işlenmenin eser olması noktasında bir etkisi olmayacağını ifade etmektedir (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 134).

Yargıtay izinsiz işlemelerin de FSEK uyarınca korunması gerektiğini içtihat etmiştir:

“Somut olayda olduğu gibi bir ilim ve edebiyat eserinin yazıldığı dilden bir başka dile çevrilmesi suretiyle elde edilen tercümelemler de asıl eserle bağlantılı, ancak çevirmenin hususiyetini taşıyan ve FSEK uyarınca önceki eser sahibinin haklarından ayrı ve bağımsız olarak korunan yeni bir eser olarak kabul etmek gerekir. İşleme eserin koruma süresi dahi önceki eserin koruma süresine tabi

Işık'a göre, sonraki tarihli markanın tescili hükümsüz kılınmadığı için marka korunması da devam etmektedir. Ek olarak, marka korumasının istisnalarına aynı maddede yer verilmiş olup, sessiz kalma suretiyle hak kaybı bu istisnalar arasında bulunmamaktadır. Bu sebeplerle, sonraki tarihli marka sahibi SMK'nin sağladığı imkânlardan yararlanabilecektir¹⁵⁰.

Fransız öğretisinde ise, **Gautier**, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin, kazandırıcı zamanaşımı gibi algılanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁵¹. Fransız Yüksek Mahkemesi de, doğrudan olmasa bile, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi sonucunda hükümsüz kılınamayan markanın korunması gerektiğine hükmetmiştir¹⁵².

Amerikan hukukunda da, sonraki tarihli işareti kullanan kişinin bir marka hakkı elde edeceği ve buna bağlı tüm haklara sahip olacağı ve üçüncü kişilere karşı korunacağı kabul edilmektedir¹⁵³.

Kanaatimizce, sonraki tarihli marka sahibi, marka hakkının bahsettiği bu olumsuz yetkilerden faydalanabilir. Bu sebeple, üçüncü kişilerin aynı veya benzer işareti tescil etmesine engel olabileceği gibi¹⁵⁴ tecavüz teşkil eden eylemlere de

değildir. İşleme eser oluşturulması, önceki eser sahibinin iznine bağlı değildir. Ancak, işleme suretiyle oluşturulan eseri çoğaltma ve yayma hakkı önceki eser sahibinin iznine bağlıdır. Bununla birlikte, izinsiz bile oluşturulsa işleme eserden doğan hakkın kullanımı için, üçüncü kişilerin ve hatta asıl eser sahibinin dahi işleme eser sahibinin iznini alması zorunludur. (vurgu)" [Yargıtay 11. HD, T. 14.10.2019, E. 2018/3919, K. 2019/6455 (Kazancı (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020)].

¹⁵⁰ Işık, **a.g.e.**, s. 225, 226.

¹⁵¹ Pierre Yves Gautier, "Perte du Droit sur la Marque : Renonciation, Déchéance, Nullité", **Juris Classeur Marques**, Fasc. 7405, 1994, No. 7, s. 3 (Kendérian, **a.g.m.**, s. 849'dan naklen).

¹⁵² Bkz. yuk. Bölüm 3, dn. 103'te alıntılanan karar.

¹⁵³ AIPPI, **United States**, s. 12, 15. Bu yönde bir karar için bkz. United States District Court of Oregon, 28 Temmuz 2004, Tillamook Country Smoker v. Tillamook County Creamery Assoc. [<https://casetext.com/>] (Çevrimiçi), 22 Nisan 2020]. Bununla birlikte Amerikan hukukunda, sonraki tarihli markanın kullanım alanının, sessiz kalınan kullanım alanı ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir (Bkz. aş. Bölüm 3, dn. 115 ve yuk. Bölüm 3, dn. 84'te alıntılanan kararlar).

¹⁵⁴ Bu meyanda, SMK m. 5.1.ç uyarınca, sonraki tarihli markanın tescilinin devam ediyor olmasının, üçüncü kişilerin aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan işaretleri aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan mal veya hizmetler bakımından tesciline engel olacağını ve bu hususun TÜRKPATENT tarafından resen inceleneceğini de belirtmek gerekir. Bu sebeple sonraki tarihli markanın üçüncü kişilerin müdahaleleri karşısında idari makam vasıtasıyla korunduğu rahatlıkla söylenebilir.

müdahale edebilir. Bir kere, hükümsüz kılınmayan bir markanın, üçüncü kişilere karşı korunması gerekir; zira tescilin varlığı hakkın -şekli anlamda da olsa- varlığına karinedir. Ayrıca, sonraki tarihli marka sahibi ve korunmaya değer pozisyonu, işaret üzerinde öncelik hakkı sahibi olan gerçek hak sahibine karşı korunuyorken üçüncü kişilere karşı evleviyetle korunması gerekir; aksi halde ilkenin ulaşmak istediği amacın varlığı sorgulanacaktır¹⁵⁵. Zira üçüncü kişilerin ihlallerine karşı korunmayan bir markanın varlığı, ilkenin öngördüğü hukuki güvenliğin ve şeffaf marka ekosisteminin sağlanmasını imkânsız kılacaktır.

Bunların yanında, **Erdil**'in de ifade ettiği üzere, izinsiz işlenme, her ne kadar asıl hak sahibinin izni alınmaksızın meydana getirilmiş olsa da FSEK anlamında bir eser olduğundan nasıl FSEK uyarınca korunuyor ise¹⁵⁶ sessiz kalma suretiyle hak kaybı sonucunda hükümsüz kılınmayan ve şekli anlamda korunan marka da, SMK kapsamında tescilli bir marka gibi korunmalıdır¹⁵⁷. Kaldı ki sonraki tarihli marka sahibinin üçüncü kişilerin ihlallerine müdahalede bulunması önceki hak sahibinin konumunu da olumsuz etkilememekte; giderek önceki hakkın da korunmasına katkı sağlamakta ve haliyle tüketicileri de korumaktadır. Ayrıca, sonraki tarihli markanın haksız rekabet hükümleriyle korunabileceği de izahtan varestedir. Bununla birlikte, hatırlatmak gerekir ki sonraki tarihli marka sahibi, olumsuz yetkilerini önceki hak sahibine karşı kullanamaz; diğer bir deyişle, sonraki tarihli marka tescili önceki hak sahibine karşı ileri sürülemez¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Avrupa Birliği hukukunda, sonraki tarihli markanın, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin koşulları gerçekleşmeden dahi korunmasına yönelik çalışmalar söz konusu iken, sessiz kalma suretiyle hak kaybı sonucunda önceki hak sahibi karşısında korunan markanın, üçüncü kişilerin tecavüzlerine karşı korunmaması ilkenin amacına aykırı olacaktır. Bu konuda bkz. yuk. Bölüm 1, dn. 69.

¹⁵⁶ Bkz. yuk. Bölüm 3.3.2.3.3.2.

¹⁵⁷ Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ile benzer bir diğer durum olan taşkın yapı halinde de, taşkın yapıyı yapan kişi durumun özelliklerine göre irtifak ve mülkiyet hakkı elde edebilmektedir (TMK m. 725). Bilgi için bkz. yuk. Bölüm 2, dn. 196 ve orada anılan eserler.

¹⁵⁸ Bkz. yuk. Bölüm 3.3.2.3.3.1.

Bütün bunlara ek olarak, Yargıtay 11. HD'sinin de, sonraki tarihli markanın önceki tarihli marka gibi korunması gerektiği sonucuna ulaştığı kararı alıntılanmak yerinde olacaktır:

“... Her ne kadar 551 sayılı Markalar Kanununun 5/c maddesine göre, (Kent) sözcüğünün hakim olduğu davacıya ait markanın tescilinden sonra yine aynı sözcüğün hakim olduğu davalı markasının tescili uygun değilse de, her nasılsa Sanai Mülkiyet Dairesi'nce ikinci markanın da tesciline karar verildiğine göre artık ortada taraflara ait yasal olarak ve (Kent) sözcüğünün hakim olduğu iki çeşit marka mevcut bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak da her iki tarafça da tescil ettirilmiş olan bu markalar, Markalar Kanunun himayesi altında bulunmaktadır (551 sayılı Kanun m. 17). (vurgu) Her ne kadar TTK.nun haksız rekabete ilişkin 57/5. maddesi hükmüne göre, (iltibasa mahal verilecek marka kullanımı) bir haksız rekabet çeşidi olarak kabul edilmişse de, anılan bu madde hükmü ancak taklit yoluyla kullanılan ikinci markanın tescilsiz olması halinde uygulanması mümkündür. Oysa, yukarıda da değinildiği gibi davalı markası dahi tescilli bir markadır ve bu nedenle haksız rekabet yoluyla tescilli bir markanın kullanılmasının önlenmesi ve terkinin mümkün bulunmamaktadır...”

Yukarıdaki açıklamalar özetlenecek olursa, tarih itibariyle farklı olsa da (Kent) sözcüğünün hakim olduğu markanın her iki taraf adına tescil edilmiş olmasına, sonra tescil edilen markanın Markalar Kanunun öngördüğü hak düşürücü süreler içinde (551 sayılı Kanun m. 15/2) iptal edilmemiş bulunmasına ve her iki tarafın markalarındaki tali unsurlardaki değişikliklerin bir terkin sebebi sayılması mümkün bulunmamasına (551 sayılı Kanun m. 18, 50) nazaran, her iki tarafın da tescilli olan markaları Markalar Kanununun himayesi altında olup, bu kanunun sağladığı haklardan her iki tarafın da yararlanmasının kabulü hukuken zorunlu bulunmaktadır. (vurgu) (551 sayılı Kanun m. 17). Varılan bu sonuç karşısında, her iki tarafın da davalarının reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davacı tarafın markasını aynen kullanmadığı gerekçesiyle markasının terkinine karar verilmesi yerinde görülmediğinden davacı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.”¹⁵⁹

3.3.2.3.4. Değerlendirme

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilen sonraki tarihli marka sahibinin elde ettiği menfaati, tescilin hak sahibine sağladığı olumlu ve olumsuz yetkiler yönünden ayrı ayrı incelemek gerekir.

¹⁵⁹ Yargıtay 11. HD, T. 01.06.1982, E. 1982/1978, K. 1982/2664 [Kazancı (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020]. Karara ilişkin olarak bkz. Yargıtay HGK, T. 08.05.1985, E. 1983/11-820, K. 1985/420 [Kazancı (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020].

Sonraki tarihli marka sahibi, markayı ancak sessiz kalınan kullanımın sınırları içerisinde ve önceki hak sahibinin mutlak hakkını ihlal etmeksizin kullanmaya devam edebilir. Bu kullanımın sınırları kullanımına sessiz kalınan mal veya hizmetler ile kullanımına sessiz kalınan işaret ve bunun kullanım şekline özgüdür. Bu noktada, de lege ferenda bir öneri olarak, sonraki tarihli markanın kullanım alanının coğrafi açıdan da sınırlanması gerektiği görüşündeyiz. Bu kullanım sınırlarının aşılması ve önceki hak sahibinin koruma sahasına girmesi halinde ise, önceki hak sahibi hukuki imkânlarla (hükümsüzlük talebi hariç) başvurabilir.

Bununla birlikte, sonraki tarihli marka sahibi, markasını çeşitli hukuki işlemlere konu edebilir. Söz gelimi devredebilir, lisansa konu edebilir. Buna karşın, sonraki tarihli marka sahibinin üçüncü bir kişiye muvafakat vermesi halinde, üçüncü kişi önceki hak sahibinin müdahalesi ile karşı karşıya kalacaktır. Zira muvafakata konu marka ile sessiz kalınan markalar farklı markalardır.

Sonraki tarihli marka sahibi, markasını üçüncü kişilerin ihlallerine karşı koruyabileceği gibi, aynı veya benzer işaretlerin tesciline de karşı koyabilecektir. Zira sonraki tarihli marka hükümsüz kılınmamakta ve tescille beraber oluşan şekli anlamda hak sahipliğine bir koruma bahşedilmektedir. Diğer bir deyişle, sonraki tarihli marka sahibi, tescilin sağladığı olumsuz yetkilerden faydalanabilecektir. Bittabi, bu olumsuz yetkiler önceki hak sahibine karşı ileri sürülemeyecektir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, önceki hak sahibi ile sonraki tarihli marka sahibi arasında oluşan menfaat çatışmasını dengeleme ve hukuki güvenliği sağlama amacıyla kabul edilmiş, fakat marka hukukunun kamusal boyutu olarak adlandırdığımız, tüketicilerin ve üçüncü kişilerin korunması ile şeffaf bir marka ekosisteminin temini mevzularında ciddi art etkileri olan, önemli bir müessese olarak ifade edilebilir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin teorik arka planında, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile markanın tekliği ilkesi çalışmaktadır.

Hukuken korunan menfaat olarak nitelendirebileceğimiz hak, şekli anlamda öngörülen sınırlar içinde kalınmakla beraber kanun koyucunun öngördüğü amacın dışında kullanıldığı takdirde, yani maddi anlamda hakkın öngörülen kullanım sınırları aşılsa kötüye kullanılmış sayılmaktadır. Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı ise, hakkı kullanan kişinin elde etmek istediği menfaatin korunmaması şeklinde tezahür eder. Kanaatimizce, bu yaptırımın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi hususunda önceden bir hüküm koymak mümkün değildir. Yaptırımın kapsamı ve sınırları her somut olay bazında bütüncül bir yaklaşımla gerek taraflar gerek üçüncü kişiler nazarında ortaya çıkacak sonuçların tespiti ile mümkündür. Marka hukukunun kendine has yapısı, hakkın kötüye kullanılmasının sadece taraflar arasında değil tüm marka ekosisteminde yaratacağı sonuçların göz önünde bulundurularak hareket edilmesi gerekliliğini zaruri kılar.

Markanın tekliği ilkesi ise markanın himayesinin altında yatan gayelere ulaşmak amacıyla benimsenmiştir. Buna göre, bir marka, aynı veya benzer türdeki mal veya hizmetler için birden fazla kişi adına tescil ettirilemez. Bu sayede, hem teşebbüslerin marka oluşturmaktaki iktisadi amaçları ve markanın fonksiyonları korunmakta hem de tüketicilerin stabil ve şeffaf bir piyasaya kavuşmasına olanak sağlanmaktadır. İşte, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi beraberinde aynı veya benzer işaretlerin farklı kişilerce birlikte kullanılması sonucunu doğurduğundan, markanın tekliği ilkesine bir

istisna teşkil eder. Bu sebeple, sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin yaratacağı sonuçlar marka hukukunun yapısı gözetilerek ele alınmalı ve markanın tekliği ilkesinin sınırları daha fazla aşındırılmamalıdır.

Yargıtay içtihatları ile şekillenen sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, AB düzenlemelerine uyum amacının bir parçası ve hakkın kötüye kullanımı yasağının özel bir görünümü olarak 10 Ocak 2017’de yürürlüğe giren SMK’nin 25’inci maddesinin 6’ncı fıkrası ile marka hukuku özelinde pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. Hükümde serdedilen düzenlemeden ve öğretilerdeki tanımlardan hareketle sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, en genel anlamıyla önceki hak sahibinin, hakkına yönelen ihlale karşı uzun süre sessiz kalması sonucunda, iyiniyetli bu kişiye karşı hakkını ileri sürememesi olarak tanımlanabilir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi ve SMK m. 25.6 hükmünün amacının, sonraki tarihli marka sahibinin ve yaratılan marka değerinin korunması amacıyla önceki hakkın sınırlandırılması olduğu söylenebilir. Diğer bir tabirle, hükmün birincil amacı sonraki marka sahibini korumaktır. İkincil amacı ise sonraki marka sahibine sınırsız bir koruma bahşetmek olmayıp; aksine markanın tekliği ve tescilde öncelik ilkesi gereği, önceki marka sahibinin çıkarlarını zedelemeyecek şekilde bir koruma çemberi (koruma sahası) yaratmaktır.

SMK m. 25.6 hükmünde, sessiz kalma suretiyle hak kaybının konusu ve uygulama alanı hükümsüzlük uyuşmazlıkları ile sınırlı tutulmuştur. Fakat gerek mehzaz AB düzenlemesi ve diğer ülke düzenlemeleri gerek tescil ve kullanımın birlikteliğinin korunması gerekliliği gözetildiğinde, tecavüz uyuşmazlıkları bakımından da ilkenin pozitif düzenlemeye kavuşturulması yerinde olacaktır.

SMK m. 25.6 hükmünde sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının önceki marka sahibine karşı ileri sürülebileceği serdedilmiştir. Kanaatimizce, ilkenin amacı ve mehaza paralel yorum ilkesi çerçevesinde, hükmün yalnızca önceki tescilli marka sahiplerini değil, tescilsiz marka sahiplerini de kapsayacak şekilde mütalaa edilmesi gerekir. Bununla birlikte, de lege ferenda bir dilek olarak, hükmün tüm öncelik hakkı sahiplerini kapsayacak şekilde tadil edilmesi düşünülmelidir. Zira hükmün amacı

hukuki güvenliği temindir ve bunun temini sonraki tarihli marka sahibinin yalnızca önceki marka sahibi karşısında değil diğer öncelik hakkı sahipleri karşısında (telif hakkı, isim vb.) da korunması suretiyle mümkündür. Nitekim bu hususu fark eden yabancı ülkeler, yalnızca önceki marka sahibi açısından değil, diğer öncelik hakları açısından da sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabileceğini düzenlemişlerdir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için önceki hak sahibinin, sonraki markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma sessiz kalması, bu sessiz kalma halinin birbirini izleyen beş yıl boyunca sürmüş olması ve sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olması gerekmektedir.

İlkenin uygulanması için gereken ilk koşul, sonraki tarihli markanın kullanılmasıdır. Bu kullanım, SMK m. 9 anlamında ciddi ve kesintisiz bir kullanım olmalıdır. Zira ancak bu şekilde sonraki tarihli marka sahibi korunmaya mazhar bir menfaat elde etmiş olacaktır.

İkinci koşul ise önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olmasıdır. SMK m. 25.6 hükmüne göre, önceki hak sahibi sonraki tarihli markanın kullanımını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ilke uygulanabilecektir. Haberdar olmanın konusu sonraki tarihli markanın kullanılmasıdır. Yoksa sonraki tarihli markanın tescilinin biliniyor olması veya tescilinin ilan edilmiş olması yeterli değildir. Haberdar olmanın tespiti bağlamında, her somut olay bazında sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olan kişinin, önceki hak sahibi ile olan ilişkisi, söz konusu işaretin niteliği vb. hususlar gözetilerek, ilgili kişinin bilgisi önceki hak sahibine izafe edilmelidir. Önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımından haberdar olduğunu ispat yükü, sonraki tarihli marka sahibindedir. Bu bağlamda, önceki hak sahibinin tacir olması, basiretli hareket etme yükümlölüğü çerçevesinde ispat kolaylığı sağlamaktadır.

Bir diğer koşul ise önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanımına sessiz kalmasıdır. Etimolojik planda, sessiz kalma (acquiescence, tolérance) olumsuz bir durum karşısında hareketsiz/pasif kalmak suretiyle bu duruma müsaade etmek hali

olarak ifade edilebilir. Kanaatimizce, SMK m. 25.6 tahtında sessiz kalma kavramı ile kastedilen önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanımına karşı, bu kullanımını önlemeye/yasaklamaya yönelik ciddi/etkili bir harekette bulunmaması halidir. Dolayısıyla sessiz kalma kavramı salt hiçbir harekette bulunmama hali değildir. Bu bağlamda, kanaatimizce, önceki hak sahibinin somut/ciddi birtakım eylemlerde bulunması ve sonraki markanın kullanılmaması yönündeki iradesini tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklaması durumunda sonraki tarihli markanın kullanımına sessiz kalmadığı söylenebilir. İlk bakışta, ihtarname göndermenin veya görüşmelere girişmenin sessiz kalma durumunu sona erdirmeyeceğini söylemek gerçeklikle örtüşmez, her somut olay özelinde değerlendirme yapılması gerekir.

Sessiz kalmanın konusu ise sonraki tarihli markanın ciddi kullanımıdır. Bu sebeple, hükümsüzlük taleplerine özgülenen SMK m. 25.6 bağlamında sonraki tarihli markanın mal veya hizmet planında gösterdiği her yayılma/genişleme yeni bir kullanım olarak mütalaa edilmeli ve bunlara yönelik sessiz kalma hali ayrıca aranmalıdır. Buna karşın, coğrafi planda gerçekleşen yayılma/genişleme SMK m. 25.6 hükmünün uygulanmasına etki etmez. Ayrıca, sessiz kalmanın konusu sonraki tarihli markanın ciddi kullanımı olduğundan, ayrıca bu kullanımın önceki hak sahibine zarar vermesini aramak mümkün değildir.

Sessiz kalma halinin birbirini izleyen beş yıl boyunca cari olması gerekmektedir. Söz konusu beş yıllık sürenin, sonraki tarihli markanın tescilinden sonra gerçekleşmesi gerekmektedir. Tescilden önceki kullanımlara yönelen sessiz kalma haline dayanarak SMK m. 25.6 hükmünün ileri sürülmesi mümkün değildir.

Sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olması aranan bir diğer koşuldur. Zira sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi bağlamında sonraki tarihli marka sahibinin korunmaya değer bir menfaat elde etmiş olması gerekir. Bu husus ise ancak sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olması ile mümkündür. Kanaatimizce, önceki tarihli bir işaretin varlığını bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan sonraki tarihli marka sahibi iyiniyetlidir. İyiniyet sonraki tarihli markanın tescil başvurusu anında

aranmalıdır. Başlangıçtaki iyiniyet sonradan kötünüyete dönüşse de sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının ileri sürülmesini etkilemez.

Öte yandan, başlangıçta kötünüyetli olan sonraki tarihli marka sahibinin sonradan oluşan iyiniyete dayanarak korunmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira hem madde metni açıkça tescilin kötünüyetli olmamasını aramıştır hem de fikri mülkiyet hukukunun değer sisteminin temelinde yer alan fikri yaratının korunması gayesi kötünüyetli hareketlerin önüne geçilmesini ve üçüncü kişilerde bir süre sonra korunacağı algısının yaratılmamasını gerekli kılar. Son olarak, iyiniyetin varlığı karine teşkil ettiğinden, aksini ispat külfeti önceki hak sahibindedir. Bu bağlamda da, sonraki tarihli marka sahibinin tacir olması özellik arz edecektir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi, kullanmama sebebiyle iptal uyuşmazlıklarında uygulanamaz. Hükümsüzlük halleri bakımından ise kamu menfaatinin ağır bastığı SMK'nin 5'inci maddesinde düzenlenen mutlak ret nedenleri karşısında sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilemez. Buna karşın, SMK m. 5.1.ç hükmü ile öngörülen ret sebebi kamu menfaatinden ziyade önceki hak sahibini koruduğundan sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin uygulama alanına girer. Nispi ret nedenleri açısından ise önceki hakkın marka hakkı olduğu durumlarda SMK m. 25.6 hükmü uygulama alanı bulacak iken, diğer durumlarda TMK m. 2'den hareketle ilke uygulanabilir. Yalnızca sonraki tarihli marka başvurusunun kötünüyetli olması halinde sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi uygulanamaz.

Savunma aracı olmak noktasında ise sessiz kalma suretiyle hak kaybı itiraz niteliğindedir. Zira sessiz kalma suretiyle hak kaybı temelini dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından almaktadır ve hâkim tarafından resen incelenmesi gerekir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasının kabul edilmesi neticesinde, aynı veya benzer işaret üzerinde farklı iki tescilin birlikte var olmasına olanak tanınmış olmaktadır. Fakat mahkeme, kararını verirken bu iki tescilli markanın nasıl kullanılacağı gibi hususları ortaya koymamakta, marka hukukunun taraflar dışındaki aktörleri olan tüketicileri adeta unutmaktadır.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı sonucunda önceki hak sahibi sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü talep edemeyecektir. Fakat önemle belirtmek gerekir ki önceki hak sahibi, işaret üzerindeki hakkını kaybetmemekte; yalnızca marka hakkının sağladığı yetkiler yönünden bir sınırlama meydana gelmektedir. Önceki marka hakkı sahibi, olumsuz yetkilerinden biri olan üçüncü kişilerin tescilini engelleme yönündeki menfaatini yalnızca uyuşmazlığın tarafı olan sonraki tarihli marka sahibine karşı kaybetmektedir. Sonuç olarak, önceki hak sahibi, yalnızca kullanımına sessiz kaldığı sonraki tarihli marka sahibine karşı sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesinin olumsuz etkisine maruz kalır ve markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.

Önceki hak sahibi, yalnızca kullanımına sessiz kaldığı mal veya hizmetler bakımından sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü talep edemez. Bu husus SMK'de açıkça öngörülmemiştir; ancak markada belirlilik ilkesi ve hükümsüzlüğün ancak ilgili olduğu mal veya hizmetler açısından verilebileceğine ilişkin SMK m. 25.5. hükmü çerçevesinde aksinin kabulü mümkün değildir. Yine de AB ve diğer ülke mevzuatlarında olduğu gibi, hükümsüzlüğün ancak kullanımına sessiz kalınan mal veya hizmetler bağlamında ileri sürülemeyeceği hususunun hükme derç edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Kullanımın engellenmesine yönelik talepler bakımından ise her ne kadar SMK'de açık düzenleme söz konusu olmasa da sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunması sonucunda sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünün talep edilemediği durumlarda, kullanımının da engellenemeyeceği kanaatindeyiz. Zira kullanım ve tescilin birlikteliğinin korunması ve mehaza paralel yorum ilkesi bunu gerektirir.

Sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasına itibar edilen sonraki tarihli marka sahibi, maddi anlamda hak sahipliği elde etmez. Yalnızca önceki hak sahibine karşı, sonraki tarihli marka sahibinin şekli anlamdaki hak sahipliği, yani markanın tescili korunur.

Bu bağlamda sonraki tarihli marka sahibi, markasını hükümsüz kılınmayan ve kullanımına sessiz kalınan mal veya hizmetler ve ilgili işaret bağlamında, işaretin marka olarak kullanımına ilişkin olarak fiili tasarrufa konu edebilir. Ancak de lege

ferenda, sonraki tarihli markanın ancak kullanımına sessiz kalınan coğrafyada kullanılabileceği yönünde bir değişikliğin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca, marka hakkı sahibinin, markadan ekonomik anlamda istifade etme yönündeki olumlu yetkilerden, söz gelimi markanın devredilmesi, lisansa konu olması vb. istifade edilebileceği kanaatindeyiz. Zira sessiz kalma suretiyle hak kaybı ilkesi sonraki tarihli marka sahibini ve ortaya çıkarılan ekonomik değeri korumayı amaçlamaktadır. Bu sebeple, sonraki tarihli marka sahibinin ortaya çıkardığı ekonomik değerden istifade etmedeki menfaati de korunmalıdır. Bununla birlikte, sonraki tarihli marka sahibi, üçüncü kişinin aynı veya benzer işareti marka olarak tesciline muvafakat verdiği takdirde muvafakat alan kişinin, önceki hak sahibine karşı sessiz kalma suretiyle hak kaybı savunmasında bulunamayacağı kanaatindeyiz. Zira sessiz kalınan marka ile muvafakat verilen markalar farklıdır.

Sonraki tarihli marka sahibi önceki hak sahibinin kullanımını engelleyemeyeceği gibi bu kullanımın genişlemesine de müdahale edemez. SMK’de bu yönde açık bir düzenleme mevcut değilse de, marka hukukunda öncelik ilkesi cari olduğundan, önceki hak sahibinin kullanımının sonraki tarihli bir marka gerekçe gösterilerek bertaraf edilmesi de zaten mümkün değildir. Öte yandan önceki hak sahibi karşısında istisnai bir düzenleme ile korunan sonraki tarihli marka sahibinin önceki kullanıma karşı çıkamaması, aynı zamanda mantıki bir zarurettir. Bununla birlikte, mehzada olduğu gibi, sonraki tarihli marka sahibinin önceki hakkın kullanımını engelleyemeyeceğinin düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Sonraki tarihli marka sahibinin üçüncü kişilere karşı konumuna gelirsek. Sonraki tarihli marka sahibi üçüncü kişilerin aynı veya benzer işareti tescil etmelerine engel olabileceği gibi buna yönelen kullanımlara karşı da korunacaktır. Zira sessiz kalma suretiyle hak kaybı sonucunda sonraki tarihli markanın tescili korunmaktadır. Haliyle tescilin varlığı, hakkın varlığına da karine teşkil edecek ve hükümsüz kılınmadıkça üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir. Ayrıca iyiniyetle belirli yatırımlar yapan ve markasını uzun süredir kullanan sonraki tarihli marka sahibi, gerçek ve öncelik hakkı

sahibi olan kiŖiye karŖı korunurken, ihlale yeltenen üçüncü kiŖilere karŖı korunmaması, ilkenin varlık amacını da kabul edilemez ölçüde sorgulanır kılacaktır.

Sonuç olarak, kanaatimizce yoruma dayalı bütün bu sonuçların yerine, hukuki güvenliğinin teminine olan ihtiyaç da gözetilerek, hükmün tüm öncelik hakkı sahiplerini kapsayacak şekilde tadil edilmesi ve marka tecavüzü uyuŖmazlıkları bakımından ayrı bir hüküm getirilmesi yerinde olacaktır.



KAYNAKÇA

- Abacıoğlu Viskuşenko, Melis: “Markalar İle İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Yer Alan Değişiklikler”, **FMR**, S. 1, 2018, s. 55-86.
- Abelman, Lawrence E.: “Territoriality Principles in Trademark Laws”, **TMR**, Vol. LX, S. 1, 1970, s. 19-32.
- Acemoğlu, Kevork: “Hakkın Kötüye Kullanılması ve İsviçre Federal Mahkemesi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. I, S. 1, 1967, s. 149-153.
- Ahmet Vefik Paşa: **Lehçe-i Osmani**, yay. haz. Recep Toparlı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2000.
- AIPPI: “Acquiescence (Tolerance) to Infringement of Intellectual Property Rights: Switzerland”, **sic!**, 2006, s. 618-625 (“Switzerland”).
- AIPPI: “Acquiescence (Tolerance) to Infringement of Intellectual Property Rights: United States of America”, <https://aippi.org/> (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020 (“America”).
- AIPPI: “Acquiescence (Tolerance) to Infringement of Intellectual Property Rights: United Kingdom”, <https://aippi.org/> (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020.
- AIPPI: “Acquiescence (Tolerance) to Infringement of Intellectual Property Rights: France”, <https://aippi.org/> (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020.

- AIPPI: “Acquiescence (Tolerance) to Infringement of Intellectual Property Rights: Germany”, <https://aippi.org/> (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020 (“Germany”).
- Akay, Tolga: “Osmanlı Devleti’nde Marka Hukukunun Gelişimi”, **TBB Dergisi**, S. 126, 2016, s. 363-392 (“*Osmanlı’da Marka*”).
- Akay, Tolga: “Osmanlı Devleti’nde Arma-i Osmâni ve Tuğrâ-yi Hümâyun’un Alâmet-i Farika Olarak Kullanımı”, **Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 9, 2012, s. 1-15 (“*Arma-i Osmâni*”).
- Akın, Elif Betül: “Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Marka Tescil Süreçlerine İlişkin Düzenlemeler ve Yenilikler”, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 175-206 (“*Yenilikler*”).
- Akın, İrfan: “Adwords Reklam Sistemi”, **TBB Dergisi**, S. 78, 2008, s. 205-226.
- Akın Mengenli, Özge: “**Topluluk Markası**” (Tez), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/> (Çevrimiçi), 10 Mart 2020.
- Akıntürk, Turgut /
- Ateş, Derya: **Medeni Hukuk**, 25. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019.

- Akipek, Jale: “Sübjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri”, **AÜHFD**, C. XIV, S. 1, 1957, s. 56-73.
- Akkurt, Sinan Sami /
- Erdoğan, Kemal /
- Tokat, Hüseyin: **Gerekçeli – Karşılaştırmalı – Tablolu – İçtihatlı – Notlu Türk Medeni Kanunu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Akyol, Şener: **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (“*Çelişki*”).
- Akyol, Şener: **Medeni Hukuka Giriş**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006 (“*Medeni Hukuk*”).
- Akyol, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Akyol, Şener: “Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem ile Çelişki Yasağı)”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.77-95 (“*Venire*”).
- Alberini, Alain /
- Alberini, Adrien: **Le Droit Suisse des Nom de Domaines**, Zürih, Schulthess Verlag, 2019.
- Alberini, Alain: **L’Exploitation de la Renommée de la Marque d’Autrui**, Lozan, CEDİDAC, 2015.
- Albert, Robin /

- Barnaby, Howard B.: “Equitable Defenses in Opposition Proceedings - Where Did They Go”, **TMR**, Vol. XXXVI, No. 1, 1995, s. 55-66.
- Alıca, Türkay: “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda nceki Tarihli Hakların Etkisi”, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 673-736.
- Antalya, Osman Gökhan /
Topuz, Murat: **Medeni Hukuk: Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri**, 3. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, Osman Gökhan: **Hukuk Teorisi Cilt I**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arı, Zekeriyya: “Marka Hakkının Tüketilmesi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 279-305.
- Arkan, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 25. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2019 (“*Ticari İşletme*”).
- Arkan, Sabih: “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5.3. Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler”, **BATİDER**, C. XXXIII, S. 3, 2017, s. 1-11 (“*SMK 5.3*”).
- Arkan, Sabih: “Marka Hakkına Tecavüz – İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?”, **BATİDER**, C. XX, S. 3, 2000, s. 5-13.

- Arkan, Sabih: “Marka Hakkının Tüketilmesi”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998, s. 197-208.
- Arkan, Sabih: **Marka Hukuku**, 2 C., Ankara, AÜHFY, 1998 (“*Marka*”).
- Arseven, Haydar: **Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1951.
- Arseven, Haydar: “Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayri Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu”, **İÜHFM**, C. XVI, S. 3-4, 1950, s. 822-893.
- Aslan, Adem: **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004.
- Aslanova, Kemale: **Medeni Hukuk Dersi: Sorular ve Cevaplar**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Atalı, Murat /
- Ermenek, İbrahim: **Medenî Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019
- Atlı, Banu: “Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları”, **DEÜHFD**, C. XIX, Özel Sayı, 2017, s. 981-1023.
- Aydoğan, Fatih /
- Balsever, Sergül: “Marka Hukukunda Birlikte Var Olmada Ortaya Çıkan Sorunlara Bir Çözüm Önerisi: Ortak

Marka Teknik Şartnamesi”, **REGESTA**, C. IV, S. 2, 2019, s. 199-224.

Aydoğan, Fatih:

“Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukukî Durum – Değişiklik (Madde) Önerisi – İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi”, **İÜHFM**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 27-50.

Ayhan, Rıza /

Özdamar, Mehmet /

Çağlar, Hayrettin:

Ticari İşletme Hukuku: Genel Esaslar, 12. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

Ayiter, Nuşin:

Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, Ankara, Sevinç Matbaası, 1972.

Ayoğlu, Tolga:

“Marka Hakkının Tüketilmesi” (Tez), Galatasaray Üniversitesi, 2001, <https://tez.yok.gov.tr/> (Çevrimiçi), 10 Mart 2020.

Azéma, Jacques /

Galloux, Jean-Christophe:

Droit de la Propriété Industrielle, 8. Édition, Paris, Dalloz, 2017.

Azéma, Jacques:

“Propriété Industrielle”, **RTD Com.**, 2010, s. 297-301 (“*Propriété Industrielle*”).

Azéma, Jacques:

“Marque et Droit d’Auteur: Forclusion par Tolérance”, **RTD Com.**, 2004, s. 89 (“*Forclusion par Tolérance*”).

- Bahtiyar, Mehmet: **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.
- Bainbridge, David: **Intellectual Property**, 5. Edition, Essex, Pearson Longman, 2002.
- Balık, İfakat: “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötüniyetli Tescili”, **BATİDER**, C. XXXIV, S. 2, 2018, s. 443-475.
- Barcelo, Juliette: “Les Abus de Droit”, **Revue Juridique Themis**, Vol. 5, No. 13, 1954, s. 28-46.
- Barlas, Nami: “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi”, **İÜHF**, C. LV, S. 3, 1997, s. 191-208.
- Bastit, M. Henri: **Projet de Loi Portant Modification de la Loi du 23 juin 1857 sur les Marques de Fabrique et de Commerce Rapport Présenté au Nom de la Commission d’Initiative**, Marsilya, Typographie et Lithographie Bablatier, 1907, <https://gallica.bnf.fr/> (Çevrimiçi), 2 Şubat 2020.
- Başbüyük, İsa: **6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Battal, Ahmet: “Marka Üzerinde ‘Yargı Kararı’ ile Ortaklık Tesisi Mümkün Müdür?”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku

- Araştırma Enstitüsü, 2010, s. 178-206 (“*Marka Ortaklık*”).
- Battal, Ahmet: “Türk Patent Enstitüsü’nün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 1-2, 2010, s. 12-22.
- Battal, Ahmet: “Tanınmış Marka Pratiği Hakkında Düşünceler”, **BATİDER**, C. XXV, S. 4, 2009, s. 255-274.
- Battal, Ahmet: “Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması”, **XVIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001 (“*Hakkın Kötüye Kullanılması*”).
- Baykal, Sanem /
- Göçmen, İlke: “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013, s. 317-366.
- Bayrak, Önder: “Sınai Mülkiyet Haklarına Tecavüz Teşkil Eden Suçlar”, **BFHD**, C. VIII, S. 32, 2019, s. 2031-2066.
- Beier, Friedrich Karl: “Territoriality of Trademark Law and International Trade”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, V. I, S. 1, 1970, s. 48-72.

- Bektaş, İbrahim: “Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali – AB Adalet Divanı’nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, C. XVII, S. 2, 2018, s. 219-258.
- Belgesay, Mustafa Reşit: “Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, **İÜHF**, C. XII, S. 2-3, 1946, s. 561-608.
- De La Grange, Patrick:
- Benadou, Valérie-Laure: “La Marque Communautaire: Objectif Atteint?”, **LPA**, S. 114, 1994, Lextenso (Çevrimiçi), 12 Nisan 2020.
- Bertrand, André: **La Propriété Intellectuelle Livre II: Brevets, Marques et Dessins et Modèles**, Paris, Delmas, 1995.
- Bilgili, Fatih /
- Demirkapı, Ertan: **Hukukun Temel Kavramları**, Bursa, Dora Yayıncılık, 2018.
- Bilgili, Fatih: “Türk Marka Hukukunda Kötüniyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz”, **TBB Dergisi**, S. 70, 2007, s. 27-40 (“*Tescil*”).
- Bilgili, Fatih: “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, **TBB Dergisi**, S. 74, 2008, s. 29-42 (“*Kullanmama*”).

- Bilgili, Fatih: **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Binctin, Nicolas: “Droit de la Propriété Industrielle”, **La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires**, 2015, LexisNexis (Çevrimiçi), 17 Mart 2020.
- Birsen, Kemaleddin: **Medeni Hukuk Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1966.
- Blakely, Timothy W.: “Beyond The International Harmonization of Trademark Law: The Community Trade Mark as a Model of Unitary Transnational Trademark Protection”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. CXLIX, No. 1, 2000, s. 309-354, <https://www.jstor.org/> (Çevrimiçi), 20 Ocak 2020.
- Blanc, Étienne: **Traité de la Contrefaçon en tous Genres et de sa Poursuite en Justice**, 4. Édition, Paris, Henri Plon-Cosse, 1855, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 25 Ocak 2020.
- Bøggild, Frank /
- Staunstrup, Kolja: **Community Trademark Law**, Hollanda, Kluwer Law International, 2013, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 15 Mart 2020.
- Bohaczewski, Michael: “Etendue Territoriale de l’Usage Sérieux de la Marque Communautaire”, **Ottawa Law Review**, Vol. 45, No. 1, 2013, s. 1-20.

- Bouvel, Adrien: “Étendue de la Protection des Marques Renommées en Droit Communautaire”, **La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires**, 2003, LexisNexis (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020.
- Bozer, Ali / Göle, Celal: **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019.
- Bozgeyik, Hayri: **Marka Hakkının Korunması**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Bozgeyik, Hayri: “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”, **İÜHFM**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 91-102.
- Brandt, Dominique: **La Protection Élargie de la Marque de Haute Renommée au-delà des Produits Identiques et Similaires**, Lozan, Imprimerie Vaudoise, 1985.
- Brauchbar, Simone: **Die Verwirkung im Kennzeichenrecht; unter Berücksichtigung der Regelung in der Europäischen Union**, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 2001.
- Brookman, Adam L.: **Trademark Law: Protection, Enforcement and Licensing**, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2012.
- Browne, William Henry: **A Treatise on the Law of Trade Marks and Analogous Subjects**, Boston, Little, Brown and Company, 1873.
- Budak, Ali Cem /

- Karaaslan, Varol: **Medenî Usul Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Buydens, Mirelle: **L’Application des Droits de Propriété Intellectuelle**, 2. Edition, y.y., OMPI, 2014.
- Cam, Esen: “Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın ‘Gerçek Kullanım’ Problemi”, **TFM**, C. II, S. 2, 2016, s. 27-41.
- Can, Ozan: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Markanın İdari Kararla İptalinin Anayasaya Aykırılığı”, **TFM**, C. V, S. 1, 2019, s. 39-46.
- Can, Ozan: “Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler”, **TFM**, C. I, S. 1, 2015, s. 47-56 (“*Kötüniyet*”).
- Canbolat, Ferhat: “Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları”, **EÜHFD**, C. III, S. 1, 2008, s. 255-270.
- Caron, Christophe: “Droit de la Propriété Industrielle”, **La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires**, 2006, LexisNexis (Çevrimiçi), 15 Nisan 2020.
- Caron, Christophe: “Droit de la Propriété Intellectuelle”, **La Semaine Juridique - Edition Générale**, 2005, LexisNexis (Çevrimiçi), 20 Mart 2020 (“*Propriété Intellectuelle*”).
- Cherpillod, Ivan: “Propriété Intellectuelle”, **JdT**, 2020 II, s. 86-94, <https://www.swisslex.ch/> (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020.

- Cherpillod, Ivan: “Propriété Intellectuelle”, **JdT**, 2015 II, s. 202-210, <https://www.swisslex.ch/> (Çevrimiçi), 20 Mart 2020.
- Cherpillod, Ivan: **Le Droit Suisse des Marques**, Lozan, CEDIDAC, 2007.
- Cherpillod, Ivan: “La Notion de Marque”, **La Nouvelle Loi Fédérale sur la Protection des Marques**, ed. Fabio Marchetto, Lozan, CEDIDAC, 1994, s. 19-40.
- Clavier, Jean Pierre: “Interprétation Large de la Notion de « Tiers » Visé à l'Article 9 § 1 du Règlement sur la Marque Communautaire”, **LEPI**, 2013, s. 5, Lextenso (Çevrimiçi), 18 Mart 2020.
- Cornu, Gérard: **Vocabulaire Juridique**, 3. Édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.
- Coşgun, Gizem: **Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Çağlar, Hayrettin: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, S. 1, 2017, s. 4-19 (“*Kullanmama*”).
- Çağlar, Hayrettin: **Marka Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

- Çağlar, Hayrettin: “Tescilli Markanın Farklı Şekillerde Kullanılması”, **FMR**, C. VII, S. 2, 2007, s. 11-27.
- Çağlar, Hayrettin: “Patent Hukukunda Ön Kullanım Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 1-2, 2006, s. 77-92 (“*Ön Kullanım Hakkı*”).
- Çağlar, Hayrettin /
- Özdamar, Mehmet: “Ticaret Unvanının Korunması”, **SÜHFD**, C. XIV, S. 2, 2006, s. 119-150.
- Çağlayan Aksoy, Pınar: “Asgari Alım Taahhüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart - Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler”, **TBB Dergisi**, S. 131, 2017, s. 261-294.
- Çamcı, Ömer: **Marka Davaları**, İstanbul, Ufuk Matbaacılık, 1999.
- Çernis, Volf: “Marka ve Haksız Rekabet Hukuku ile İlgili Bir Dava Münasebetiyle İlginç Bazı Hukuki Meseleler”, **BATİDER**, C. XII, S. 1, 1973, s. 59-76.
- Çolak, Uğur: **Türk Marka Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Daleau, J.: “Teneur et Portée de la Forclusion par Tolérance”, **Dalloz Actualité**, Dalloz, 2006, s. 1045-1046.

- Daniel, Edward Morton: **Daniel on Trademarks**, Londra, Steven & Haynes, 1876.
- Daniels, Leon E.: “Trade-Marks, Their Origin and Development”, **TMR**, Vol. XXXI, No. 4, 1941, s. 58-62.
- Darras, Alcide: **Des Marques de Fabrique et de Commerce**, Arras, Imprimerie et Lithographie G. Maréchal, 1884.
- Davis, Fredrick: “Common Law”, **AÜHFD**, C. XV, S. 1, 1958, s. 67-78.
- De Werra, Jacques: “Domain-Dispute.ch - Le service de Règlement des Différends pour les Noms de Domaine ".ch"", **sic!**, 2005, s. 149-159.
- Demir, Abdullah: **Hukuk Metodolojisi**, Ankara, Astana Yayınları, 2016.
- Dessemontet, François: **La Propriété Intellectuelle et Les Contrats de Licence**, 2. Edition, Lozan, CEDIDAC, 2011 (*“La Propriété Intellectuelle”*).
- Dessemontet, François: **La Propriété Intellectuelle**, Lozan, CEDIDAC, 2000 (*“Propriété Intellectuelle”*).
- Dessemontet, François: “Le Droit des Marques”, **Droit Européen de la Propriété Intellectuelle**, Lozan, CEDIDAC, 1993, s. 31-47 (*“Droit des Marques”*).
- Dessemontet, François: “Droit à la Marque”, **PJA**, 1993, s. 519-523 (*“Droit à la Marque”*).
- Dette, Hans Walter: **Venire Contra Factum Proprium Nulli Conceditur: zur Konkretisierung eines**

- Rechtssprichworts**, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.
- Diamond, Sidney A.: “The Historical Development of Trademarks”, **TMR**, Vol. LXV, No. 4, 1975, s. 265-290.
- Dirikkan, Hanife: **Tanınmış Markanın Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Dirikkan, Hanife: “Tescilli Markayı Kullanma K lfeti”, **Prof. Dr. Oğuz İmreg n’e Armağ n**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1998, s. 219-280.
- Di Palma, Salvatore: **L’Histoire des Marques depuis l’Antiquité jusqu’au Moyen  ge**, Paris, Société des écrivains, 2014.
- Dornis, Tim W.: **Trademark and Unfair Competition Conflicts**, New York, Cambridge University Press, 2017, <https://www.cambridge.org/> ( evrimi i), 10 Mart 2020.
- Dönmez, İrfan: **En Son İ tihatlarla, Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1987.
- Drescher, Thomas D.: “The Transformation of Evolution of Trademarks – From Signals to Symbols to Myth”, **TMR**, Vol. LXXXII, S. 3, 1992, s. 301-340.
- Dunant, Philippe: **Trait  des Marques de Fabrique et de Commerce**, Cenevre, Ch. Eggiman & C^{ie}  diteurs, 1898, <https://books.google.com/> ( evrimi i), 25 Ocak 2020.

Dural, Mustafa /

Sarı, Suat:

Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 13. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.

Dural, H. Ali:

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 5/3 Düzenlemesi: Coexistence, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Bir Yıllık Uygulaması Sempozyumu, İstanbul Barosu Fikri ve Sinaî Haklar Komisyonu, <https://www.youtube.com/watch?v=28cctjJiXXM> (Çevrimiçi), 14 Ocak 2020.

Durrande, Sylviane:

“Droit des Marques”, **Recueil Dalloz**, 2010, s. 851 (“*Droit des Marques – 2010*”).

Durrande, Sylviane:

“Droit des Marques”, **Recueil Dalloz**, No. 2, 2003, s. 125-133 (“*Droit des Marques*”).

Durrande, Sylviane:

“Déchéance de la Marque: Précision sur la Notion « d'Usage Sérieux »”, **Recueil Dalloz**, 2003, s. 2691 (“*Usage Sérieux*”).

Edis, Seyfullah:

“Türk Medeni Hukukunda İyiniyet (Sübjektif Hüsniyet)”, **Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara, AÜHFY, 1972, s. 135-166.

Ege, Önder:

6769 sayılı Kanuna Göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Koruma Yolları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Eminoğlu, Cafer:

“Marka Sahibinin Tekliğı İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi: Anayasa Mahkemesi’nin 556 Sayılı KHK’nın m. 16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir

- Değerlendirme”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. I, S. 1, 2016, s. 229-254.
- Engel, Pierre: **Contrats de Droit Suisse**, Bern, Stämpfli Editions, 2000.
- Er, Turan Hakkı: “Markanın Doğumu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, ed. Tekin Memiş, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 259-282.
- Erdil, Engin: **Haksız Rekabet Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020 (“*Haksız Rekabet*”).
- Erdil, Engin: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016 (“*Fikri Mülkiyet*”).
- Erdil, Engin: **Fikir ve Sanat Hukukunda İşlenme Eserler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003 (“*İşlenme Eser*”).
- Ergül, Ergün: **Fransızca-Türkçe Modern Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Yargı Yayınevi, 2012.
- Eriş, Gönen: **Açıklamalı – İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017 (“*İçtihat I*”).
- Eriş, Gönen: **Madde Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu: Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri**, 3 C., 2. Baskı, Ankara, En-Kay Kitabevi, C. I, 1992.
- Erman, Hasan: **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2016.
- Erman, Sahir /

Elbir, Halid K. /

Tuncer, Erdoğan:

Türk İçtihatlar Külliyyatı, 2 C., İstanbul, Tercüman Kitapçılık, C. I, 1970.

Esener, Turhan:

“Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnıkadında İtimat Prensibinin Önemi”, **AÜHFD**, C. IX, 1952, s. 166-197.

EUIPO:

Guidelines for Examination of European Union Trade Marks, 2020, <https://guidelines.euipo.europa.eu/> (Çevrimiçi), 20 Mayıs 2020.

Fabiani, Marie-Hélène:

“Tolérance et Prescription”, **Gazette du Palais**, No. 162, 2011, s. 30-35.

Favro, Karine:

“La Recherche de l’Interet du Public à la Lecture du Code de la Propriété Intellectuelle”, **Legicom**, No. 53, 2014, s. 83-99.

Fernández-Nóvoa, Carlos:

“Die Verwirkung Durch Duldung im System der Gemeinschaftsmarke”, **GRUR Int**, 1996, s. 442 vd.

Folliard-Monguiral, Arnaud:

“Coexistence in Community Trade Mark Disputes: Conditions and Implications”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. I, No. 1, 2006, s.703-713.

Fowler, Charles R.:

“The Equitable Defenses of Laches, Estoppel and Acquiescence”, **TMR**, Vol. LXVIII, No. 1, 1978, s. 70-78.

- Françon, André: “Loi n° 91-7 du 4 janvier 1991 Relative aux Marques de Fabrique, de Commerce de Service. Forclusion par Tolérance”, **RTD Com.**, 1991, s. 44.
- Fratti, Alice: “Court Clarifies Doctrine of Trademark Limitation by Coexistence”, **World Trademark Review**, 2016, <https://www.worldtrademarkreview.com/> (Çevrimiçi), 4 Mart 2020.
- Gautier, Pierre Yves: “Perte du Droit sur la Marque : Renonciation, Déchéance, Nullité”, **Juris Classeur Marques**, Fasc. 7405, 1994, No. 7.
- Ghestin, Jacques /
Goubeaux, Gilles: **Traité de Droit Civil: Introduction Générale**, 2. Édition, Paris, LGDJ, 1982.
- Gilliéron, Philippe: “Les Marques Notoirement Connues et les Marques de Haute Renommée en Droit Suisse / I.-II.”, **Marques Notoires et de Haute Renommée**, ed. Jacques de Werra, Zürich, Schultless Verlag, 2011, s. 37-56.
- Gilliéron, Philippe: **Les Divers Régimes de Protection des Signes Distinctifs et Leurs Rapports avec le Droit des Marques**, Bern, Stämpfli Editions, 2000.
- Gobert, Perle: “La Genese du Droit de la Propriété Industrielle” (Tez), Université de Bordeaux, 2015, <http://www.theses.fr/> (Çevrimiçi), 25 Ocak 2020.

- Gönensay, A. Samim: **Medeni Hukuk: Cild 1**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1936.
- Gözler, Kemal: **Hukuka Giriş**, 15. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018.
- Grimaldos Garcia, Maria Isabel /
Navarro Matamoros, Linda: **La Caducidad por Tolerancia en el Derecho de Marcas**, Madrid, Dykinson S.L., 2020.
- Gül, İbrahim: “Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması”, **HKÜHFD**, C. VII, S. 13, 2017, s. 81-115.
- Gümüş, Mustafa Alper: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, **MÜHFD-HAD**, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1221-1240.
- Gün, Buket: **Marka Hukukunda Birlikte Var Olma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Güneş, Ahmet M.: **Hukuk Metodolojisi**, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017 (“*Hukuk Metodolojisi*”).
- Güneş, İlhami: **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığı ile Uygulamalı Marka Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018 (“*Marka Hukuku*”).
- Güneş, İlhami: **Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015 (“*Önceye Dayalı Haklar*”).

- Güneş, İlhami: “Türkiye’de Marka Verilmesi Usulü, Mutlak ve Nisbi Ret Nedenleri”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2011**, ed. Tekin Memiş, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 161-194 (“*Ret Nedenleri*”).
- Güneş, İlhami: “Marka Tescilinin Rolü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. V, S. 42, 2010, s. 45-55 (“*Tescilin Rolü*”).
- Gürzumar, Osman Berat: “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler”, **Yargıtay Dergisi**, C. XX, S. 4, 1994, s. 503-522.
- Hamdemir, Berkan /
- Dündar, Efe: “Marka Hakkının Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolu ile Korunması”, **İKÜHFD**, C. XVIII, S. 2, 2019, s. 319-343.
- Hanağası, Emel: **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Hatemi, Hüseyin: **Medeni Hukuk’a Giriş**, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Heilbrunn, Benoit: “Histoire et Fonctions des Marques”, **La Marque**, ed. Benoit Heilbrunn, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, s. 5-13.
- Herpe, François: “À Propos de la Preuve de la Forclusion par Tolérance”, **LEPI**, 2016, s. 5 (“*Preuve de Forclusion*”).

- Herpe, François: “À Propos de la Forclusion par Tolérance”, **LEPI**, No. 3, 2014, s. 7.
- Hildebrant, Ulrich: **Trademark Law in Europe: Case Law of the Court of Justice of the European Union**, 3. Edition, Hollanda, Kluwer Law International, 2016, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 15 Mart 2020.
- Hirsch, Ernst: “Devletçilik ve Ticaret Hukuku”, **İÜHFM**, C. XLV, S. 1-4, 1981, s. 1-13.
- Hopkins, James Love: **The Law of Trademarks, Tradenames and Unfair Competition: Including Trade Secrets; Goodwills**, Chicago, Callaghan, 1905, s. 174, <https://babel.hathitrust.org/> (Çevrimiçi), 20 Mart 2020.
- Ilardi, Alfredo: **Propriété Intellectuelle: Principes et Dimension Internationale**, Paris, Edition L’Harmattan, 2005.
- Ingerl, Reinhard /
- Rohnke, Christian: **Markengesetz: Kommentar**, 3. Auflage, Münih, C. H. Beck, 2010.
- INTA: “Description of Mark, Specification of Goods and Services and Seniority”, **TMR**, Vol. CIV, No. 2, 2014, s. 465-480.
- INTA: “Italy – Italian Supreme Court – Acquiescence – Can acquiescence apply where the defendant’s mark is not registered?”, **TMR**, Vol. CIV, No 2, 2014, s. 639-641.

- INTA: “Acquisiton of Trademark Rights”, **TMR**, Vol. LXXXII, No. 6, 1992, s. 1145-1252 (“*Acquisition*”).
- Işık, Egemen: **Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Jean Renaud, Yves: “La Nouvelle Loi sur la Protection des Marques”, **SJ**, 1994, s. 701-725, <https://www.swisslex.ch/> (Çevrimiçi), 28 Aralık 2019.
- Jehoram, Tobias Cohen /
Van Nispen, Constant /
Huydecoper, Tony: **European Trademark Law: Community Trademark Law and Harmonized National Trademark Law**, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 25 Mart 2020.
- Jonas, Kay-Uwe: “Revision of The German Trademark Law”, **TMR**, Vol. LXXXIV, No. 5, s. 605-616.
- Josserand, Louis: **De l’Esprit des Droits et de leur Relativité: Théorie dite de L’Abus des Droits**, 2. Édition, Paris, Dalloz, 2006.
- Karaaslan, Pelin: “Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Uygulamalarında ‘Seri Markalar’”, **FSHD**, C. XII, S. 48, 2016, s. 1131-1160 (“*Seri Markalar*”).

- Karaaslan, Pelin: “Tescil Hakkının Kazanılması, Muhafaza Edilmesi ve İhlal Edilmesinin Bir Koşulu Olarak ‘Markanın Kullanılması’”, **FSHD**, C. XII, S. 48, 2016, s. 1161-1198 (“*Markanın Kullanılması*”).
- Karahan, Sami: “Ortak Marka”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, 2 C., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, C. I, s. 1098-1132 (“*Ortak Marka*”).
- Karahan, Sami: **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları**, Konya, Mimoza Yayınları, 2002.
- Karahan, Sami: “Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşırımları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Armağanı**, ed. Abuzer Kendigelen, 2 C., İstanbul, Beta Yayıncılık, C. I, 2001, s. 293-305 (“*Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı*”).
- Karahan, Sami: “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”, **BATİDER**, C. XXI, S. 1, 2001, s. 271-285 (“*Gerçek Kişi Unvanların Korunması*”).
- Karasu, Rauf /
- Suluk, Cahit /
- Nal, Temel: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Karasu, Rauf: “Spekülasyon ve Engelleme Markalan”, **FMR**, C. VIII, S. 3, 2008, s. 11-44.

Karan, Hakan /

Kılıç, Mehmet:

Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

Kaya, Arslan:

“Kullanmama Sebebiyle Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Kaya, Arslan:

“Gelişmekte Olan Ülkeler Sınai Haklarla İlgili Mevzuatlarını Düzenlerken Neleri Göz Önünde Bulundurmalıdır?”, **Makalelerim -I-**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, s. 433-440.

Kaya, Arslan:

Marka Hukuku, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006.

Kaya, Arslan:

“Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali”, **I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu**, yay. haz. R. Eda Güngör, Ahmet Kalafat, M. Buket Soygüt, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2005, s. 195-209 (“*Kullanmama*”).

Kaya, Arslan:

“Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, **İÜHFM**, C. LV, S. 4, 1997, s. 173-200.

Kaya, Arslan:

Soru-Cevap, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Bir Yıllık Uygulaması Sempozyumu, İstanbul Barosu Fikri ve Sinaî Haklar Komisyonu,

<https://www.youtube.com/watch?v=28cctjJiXXM> (Çevrimiçi), 14 Ocak 2020.

Kayar, İsmail: **Ticari İşletme Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Kayar, İsmail /

Üzülmez, İlhan: **Hukukun Temel Kavramları**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Kayhan, Fahrettin: “Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi”, **FMR**, C. I, S. 1, 2001, s. 51-72.

Kayıhan, Şaban: **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Kendérian, Fabien: “Forclusion par Tolérance: La Coexistence Séculaire de Deux Châteaux Homonymes N'impliquerait pas la Bonne Foi du Second Déposant Utilisateur Antérieur”, **Recueil Dalloz**, 2000, s. 849.

Kendigelen, Abuzer: **Hukuki Mütalaalar Cilt III**, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006.

Kervankıran, Emrullah: “Markaların Miras Yoluyla İntikali ve Miras Kalan Markalardan Türetilen Yeni Markalar Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Hukuki Niteliği”, **İKÜHFD**, C. XVI, S. 2, 2017, s. 173-184.

Kılıç, Ahmet Hasan: “Markaların Birlikte Var Olma Sözleşmesi”, **TFM**, C. III, S. 2, 2017, s. 80.

- Kılıçoğlu, Mustafa: **Yargıtay Kararları Işığında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanma Yasağı**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.
- Killias, Pierre-Alain: **La Mise en Oeuvre de la Protection des Signes Distinctifs**, Lozan, Ccdidac, 2002 (*“Protection des Signes Distinctifs”*).
- Killias, Pierre-Alain: **L’Application de la Législation Cartellaire au Droit des Marques**, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1996.
- Kilmer, Paul F.: “Progressive Encroachment: Defeating Laches and Acquiescence in U.S. Trademark Litigation”, **INTA Bulletin**, Vol. LXIX, No. 6, 2014, <https://www.inta.org/> (Çevrimiçi), 20 Mart 2020 (*“INTA”*).
- Kilmer, Paul F.: “Progressive Encroachment: Analysis of a Counterdefense to Laches and Acquiescence in Trademark Infringement Litigation”, **TMR**, Vol. LXXIV, No. 3, 1984, s. 229-246 (*“TMR”*).
- King, Edward /
- Hawley, Joseph: “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, çev. İlhan Lütem, **AÜHFD**, C. XVI, S. 1, 1959, s. 178-233.
- Knaak, Roland /
- Kur, Annette /
- Mühlendahl, Alexander von: “The Study on the Functioning of the European Trade Mark System”, **Max Planck Institute for**

**Intellectual Property & Competition Law
Research Paper**, No. 12-13, 2012.

Kovar, Robert /

Larrieu, Jacques /

Basire, Yann:

“Marque”, **Répertoire de Droit Européen**,
Dalloz, 2019,
https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=EUR_RUB000101 (Çevrimiçi, 12 Mayıs 2020).

Köprülü, Bülent:

Medeni Hukuk: Genel Prensipler – Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Acar Matbaacılık Tesisleri, 1984.

Köroğlu, Emre:

“Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden ‘Zamanaşımı’, ‘Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı’ ve ‘Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları’ ”, **MÜHF-HAD**, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1889-1913.

Krayenbühl, Robert:

Essai sur le Droit des Marques, Lozan, Imprimerie La Concorde, 1946.

Kur, Annette /

Senftleben, Martin:

European Trade Mark Law: A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Kuru, Baki:

“1794 Tarihli Prusya Umumi Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya

- Medeni Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri”, **AÜHFD**, C. XV, S. 1, s. 102-140.
- Küçükali, Canan: “6769 sayılı Kanun Kapsamında Markanın Hükümsüzlüğü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 38, 2020, s. 120-141.
- Küçükali, Canan: **Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Küçükali, Canan: **Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Lancrenon, Thibault: “La Notion d’Usage « à Titre de Marque »”, **Legicom**, No. 53, 2014, s. 101-107 (“*Usage*”).
- Lancrenon, Thibault: “Une Lettre de Mise en Demeure n’est pas de Nature à Interrompre le Délai de Forclusion par Tolérance”, **Recueil Dalloz**, 2005, s. 2021 (“*Mise en Demeure*”).
- Laroche, Maud: “La Passivité, Source de Responsabilités et de Déchéances en Droit des Affaires”, **Gazette du Palais**, No. 354, 2019, s. 38.
- Le Tarnec, Alain: “Markalara Sağlanan Himayenin Benzer Mamullere Teşmili”, çev. Akar Öçal, **Eskişehir İTİAD**, C. II S. 1, 1966, s. 234-237.
- Ledru-Rollin, Alexandre-Auguste: **Journal du Palais: Jurisprudence Française**, Paris, F. F. Patris, 1844, <https://books.google.com/> (Çevrimiçi), 25 Ocak 2020.

- Lefranc, David: “Marques viticoles: Landais et Girondins se disputent un meme Nom de Famille”, **LEPI**, 2014, s. 6, Lextenso (Çevrimiçi), 17 Mart 2020.
- Lefranc, David: “La Publication d'une Marque Illicite au BOPI ne Fait pas Courir la Forclusion par Tolérance”, **LEPI**, 2010, No. 5, s. 5, Lextenso (Çevrimiçi), 17 Mart 2020.
- Luby, Monique: “Définition de l'Usage Sérieux Évitant la Déchéance de la Marque”, **RTD Com.**, 2003, s. 602.
- Marbach, Eugen: **Markenrecht**, ed. Roland Von Büren, Lucas David, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009.
- Marchal, Valérie: “Brevets, Marques, Dessins et Modèles: Évolution des Protections de Propriété Industrielle au XIXe Siècle en France”, **Documents pour l'Histoire des Techniques**, No. 17, 2009, s. 106-116.
- Maréchal, Camille: “Affaire Poilâne : les Effets Néfastes de la Forclusion par Tolérance dans un Conflit entre Homonymes”, **Revue des Sociétés**, 2009, s. 874-885.
- Marell, Matthijs /
- Senftleben, Martin /
- Rieger-Jansen, Manon: “Trademark Enforcement Issues in the Pharmaceutical Industry”, **La Propriété Intellectuelle dans l'industrie**

Pharmaceutique - Intellectual Property in the Pharmaceutical Industry, ed. Jacques de Werra, Z rih, Schulthess Verlag, 2012.

Martini, Elena:

“The Court of Turin on the Coexistence of Identical Trademarks, between Limitation for Acquiescence and Absence of Infringement”, <http://www.martinimanna.com/> ( evrimi i), 5 Mart 2020.

Meier, Eric:

L’obligation d’Usage en Droit des Marques, Lozan, Schulthess Juristische Medien AG, 2005.

Memi , Tekin:

“Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı – Yargıtay Kararı İncelemeleri”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, ed. Tekin Memiş, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 343-378.

Memi o lu, Sami  zg r:

Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Meran, Necati:

Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Merdivan, Fethi:

“Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def’i”, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, ed. Feyzan Hayal  ehirali  elik, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 483-522 (“*Kullanmama Def’i*”).

Merdivan, Fethi:

“6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu: Sistem, İlkeler ve 556 sayılı KHK Dönemindeki Yargıtay

Kararlarının Yeni Dönemde Uygulanabilirliği (Marka)”, **FMR**, C. XXII, S. 1, 2020, s. 20-42 (“**SMK**”).

Miller, Arthur /

Davis, Michael:

Intellectual Property: Patents, Trademarks and Copyright in a Nutshell, 3. Edition, St. Paul, West Group, 2000.

Monteilhet, Paul:

“Tescilli Markalar”, çev. Akar Öçal, **Eskişehir İTİAD**, C. I, S. 2, 1695, s. 159-169.

Moyse, Pierre-Emmanuel:

“L’Abus de Droit: L’Anténorme – Partie 1”, **McGill Law Journal**, Vol. LVII, No. 4, 2015, s. 859-920.

Muhlstein, Laurent:

“Développements Récents en Droit des Marques”, **sic!**, 2019, s. 282-286.

Muhlstein, Michel /

Muhlstein, Laurent:

“Constitution et Vie d’une Société: Raison de Commerce, Nom Commercial, Enseigne, Marque(s) et Concurrence Déloyale”, **Revue de Droit Privé et Fiscal du Patrimoine**, 2018, s. 1-25.

Mulholland, R.D.:

“**From Acquiescence to Expectation: The Ramsden v Dyson Principle Today**” (Tez), University of Canterbury, 1984, <https://ir.canterbury.ac.nz/> (Çevrimiçi), 20 Nisan 2020.

Oğuzman, Kemal /

- Barlas, Nami: **Medeni Hukuk**, 24. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Olgaç, Senai: **Türk Medeni Kanunu Şerhi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1967.
- Otacı, Cengiz: “Hukukta Değişim, Süreklilik ve Yorumla Yüklene Fonksiyon”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. IX, S. 100, 2014, s. 856-864.
- Öçal, Akar: **Türk Hukukunda Markaların Himayesi: İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967.
- Öçal, Akar: “Markaları Himaye Etme İhtiyacı”, **Eskişehir İTİAD**, 1966, C. II, S. 1, s. 217-221.
- Özarmağan, Müge: **Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Özcan, Mehmet: **Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar**, Ankara, Nobel, 2002.
- Özcan, Fırat: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Öztrak, İlhan: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971.
- Paslı, Ali: **Marka Hukukunda Ürün Benzerliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018 (“Ürün Benzerliği”).
- Paslı, Ali: “Anayasa Mahkemesi’nin Son Dönemdeki İptal Kararlarının Marka Hukukumuzla Etkisi: Boşluk Var mı?”, **FSHD**, C. XII, S. 46, 2016, s. 491-519.

- Paslı, Ali: **Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014 (“*Uluslararası Antlaşmalar*”).
- Passa, Jérôme: “Accords de Coexistence de Marques”, **RDC**, No. 2, 2017, s. 315.
- Patry, Robert: “La Théorie de la Confiance et les Développement Récents de la Jurisprudence en Droit Commercial et en Droit Public”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XV, S. 18, 1990, s. 1-14.
- Patry, Robert /
Burcuoğlu, Haluk: “Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XV, S. 18, 1990, s. 15-25.
- Paul, Amasa C.: **The Law Of Trade-Marks Including Trade-Names and Unfair Competition**, Minnesota, Keefe-Davidson Co, 1903.
- Pekcanitez, Hakan: **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, ed. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Pekcanitez, Hakan /
Atalay, Oğuz /
Özekes, Muhammet: **Medenî Usûl Hukuku: Ders Kitabı**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

- Pekdinçer, Remzi Tamer: **Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar II**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019 (“*Mütalaalar II*”).
- Pekdinçer, Remzi Tamer: **Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar: Yüksek Mahkeme Kararları ile Birlikte**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2015 (“*Mütalaalar I*”).
- Pekdinçer, Remzi Tamer: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Marka Hükümsüzlük Davalarında Zarar Gören Kişiler”, **TFM**, C. I, S. 1, 2015, s. 157-170.
- Pérot-Morel, Marie-Angéle: “La Dégénérescence des Marques par Excès de Notoriété”, **Mélanges en l’Honneur de Daniel Bastian**, Paris, Libraires Techniques, 1974, C. II.
- Petitpierre, Edouard: “İsviçre Markalar Kanununun Değiştirilmesi Konusunda Bazı Düşünceler”, çev. Akar Öçal, **Eskişehir İTİAD**, C. IX, S. 1, 1973, s. 283-293.
- Pınar, Hamdi: “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s.855-915.
- Pickering, George: **Trade Marks in Theory and Practice**, Oxford, Hart Publishing, 1998.
- Piotet, Paul: “La Bonne Foi et sa Protection en Droit Privé Suisse”, **Contributions Choies: Recueil Offert par la Faculté de Droit de l’Université de Lausanne à l’Occasion de son 80ème Anniversaire**, Lozan, Schulthess Juristische Medien AG, 2004, s. 5-22 (“*Bonne Foi*”).

- Piotet, Paul: “La Notion de Bonne Foi, Notamment en Cas d’Empietement”, **JdT**, 1978 I, s. 620-632 (“*Empietement*”).
- Porcherot, Ernest: **De l’Abus de Droit**, Dijon, L. Venot, 1901.
- Pointet, Pierre Jean: “Ekonomik Kalkınmada Sınai Mülkiyetin Rolü”, çev. Akar Öçal, **Eskişehir İTİAD**, C. IV, S. 2, 1968, s. 206-234.
- Pollaud-Dullian, Frédéric: “À Cheval Prescrit on ne Regarde Plus les Dents”, **Recueil Dalloz**, 2017, s. 1635-1639 (“*Prescrit*”).
- Pollaud-Dullian, Frédéric: “Action en Interdiction d’Usage. Marque. Forclusion par Tolérance”, **RTD Com.**, 2010, s. 314 (“*Forclusion par Tolérance*”).
- Pollaud-Dullian, Frédéric: **Droit de la Propriété Industrielle**, Paris, LGDJ, 1999.
- Poroy, Reha /
- Yasaman, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Poroy, Reha /
- Yasaman, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Poroy, Reha /
- Tekinalp, Ünal: “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**,

ed. Turhan Esener, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 1990, s. 333-345.

Pouillet, Eugène:

Traité des Marques de Fabrique et de la Concurrence Déloyale en Tout Genres, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et C^{ie}, Imprimeurs-Éditeurs, 1875.

Prime, Terence:

European Intellectual Property Law, y.y., Dartmouth, 2000.

Puttemans, Andrée:

Droits Intellectuels et Concurrence Déloyale, Brüksel, Bruylant, 2000.

Randrianirina, Iony:

“Le Droit de Marque” (Tez), Université de Poitiers, 2013, <http://theses.univ-poitiers.fr> (Çevrimiçi), 27 Aralık 2019.

Reimer, Eduard /

Pastor, Wilhelm L.:

Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht: 3. Band: Das wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1971.

Rendu, M. Ambroise:

Traité Pratique des Marques de Fabrique et de Commerce et de la Concurrence Déloyale, Paris, Cosse et Marchal, 1858.

Rey-Debove, Josette:

Dictionnaire du Français: Reference Apprentissage, Paris, CLE International and Robert, 1999.

- Reynoard, Paul: **Précis Théorique et Pratique des Marques de Fabrique**, Paris, Dunod, 1939.
- Riccobono, Salvatore: “Roma Doktrinde Hakkın Suiistimali Nazariyesi”, **İÜHFM**, çev. Ziya Umur, C. XXII, S. 1-4, 1957, s. 350-397.
- Robinson, William /
Pratt, Giles /
- Kelly, Ruth: “Trademark Law Harmonization in the European Union: Twenty Years Back and Forth”, **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Vol. XXIII, No. 2, 2013, s. 731-769.
- Roubier, Paul: **Le Droit de la Propriété Industrielle**, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1952.
- Sağlam, Mehmet Adil: **Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı: Açıklamalar-Kararlar**, Ankara, Elif Matbaacılık, 1973.
- Saint-Gal, Yves: **Protection et Défense des Marques de Fabrique et Concurrence Déloyale**, Paris, J. Delmas Et C^{ie}, 1962.
- Saymen, Ferit H.: “Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali”, **İÜHFM**, C. XII, S. 4, 1945, s. 1129-1151.
- Saymen, Ferit H.: “Hakkın Suiistimalinin Müeyyidesi”, **İÜHFM**, C. XI, S. 1-2, 1945, s. 311-327 (“*Müeyyide*”).
- Schahl, Eric /

- Cosse-Manière, Marie: “La Forclusion par Tolérance: un Mécanisme que les Gestionnaires de Marques Doivent Parfaitement Maîtriser!”, **Recueil Dalloz**, 2006, s. 2400-2403.
- Schlosser, Ralph: “La Péremption en Matière de Signes Distinctifs”, **sic!**, 2006, s. 549-568.
- Schmidt-Szalewski, Joanna: “Marque de Fabrique, de Commerce ou de Service”, **Répertoire de Droit Commercial**, Dalloz, 2006, <https://dalloz.fr> (Çevrimiçi), 3 Mart 2020.
- Schovsbo, Jean: ““Mark My Words’-Trademarks and Fundamental Rights in the EU”, <https://ssrn.com/> (Çevrimiçi), 20 Ocak 2020.
- Senthilnathan, Abhishek / Jain, Aarushi: “Make My Trip v Make My Travel: Delhi High Court Reaffirms Conditions to Avail of Defence of Acquiescence”, <https://www.worldtrademarkreview.com/> (Çevrimiçi), 5 Mart 2020.
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017 (“*Medeni Hukuk*”).
- Serozan, Rona: **Hukukta Yöntem**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015 (“*Hukukta Yöntem*”).
- Serozan, Rona: “Komşunun Arsasına Taşan Yapı”, **İÜHFİM**, C. XLII, S. 1-4, 1976, s. 359-375 (“*Taşkın Yapı*”).

Sirinelli, Pierre /

Durrande, Sylviane /

Latreille, Antoine:

Code la Propriété Intellectuelle: Commentaire, Paris, Dalloz, 2019, <https://dallos.fr> (Çevrimiçi), 2 Şubat 2020.

Sirmen, A. Lale:

Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

Spiro, Karl:

Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Bern, Verlag Stampfli & Cie, 1975.

Staeffen, Véronique:

“Aspect Généraux de la Marque en Droit Français”, **Legicom**, No. 15, 1997, s. 5-18, <https://www.cairn.info> (Çevrimiçi), 26 Aralık 2019.

Suluk, Cahit:

“6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikleri”, **TFM**, C. IV, S. 1, 2018, s. 91-109 (“**SMK**”).

Suluk, Cahit:

“Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil ‘Güvenli Liman’ mıdır?”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013**, ed. Tekin Memiş, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 403-430.

Suluk, Cahit /

Kenaroğlu, Yasemin:

Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2011.

- Suluk, Cahit: **Tasarım Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Sungurbey, İsmet: **Medeni Hukuk Sorunları: Beşinci Cild**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984.
- Sönmez, Numan Sabit: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar”, **İÜHF**, C. LXXVI, S. 1, 2018, s. 273-304.
- Şahinler Baykara, Yasemin /
Yavuz, Levent /
Alıca, Türkay: **Sınai Mülkiyet Kanunu: Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Şanal, Osman: **İçtihatlı-Açıklamalı Markalarda Hükümsüzlük Davaları**, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2006.
- Şans Uçaryılmaz, Talya: **Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Şans Uçaryılmaz, Talya: “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, **TBB Dergisi**, S. 135, 2018, s. 335-382.
- Şehirali Çelik, Feyzan Hayal: “SMK m. 155’in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler”, **BATİDER**, C. XXXV, S. 2, 2019, s. 63-102 (“SMK m. 155”).
- Şehirali Çelik, Feyzan Hayal: “Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine – SMK m. 155 Vesilesiyle Bir

- İnceleme”, **BATİDER**, C. XXXIV, S. 2, 2018, s. 33-90 (“*Tescilin Anlamı*”).
- Şehirali Çelik, Feyzan Hayal: “İltibastan Kötüniyetli Tescile Paskalya Tavşanlarının Hikayesi”, **BATİDER**, C. XXVII, S. 3, 2011, s. 65-108.
- Şehirali, Feyzan Hayal: **Patent Hakkının Korunması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1998.
- Şener, Oruç Hami: **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Şenocak, Kemal /
- Yarayan, Ali: “Kötüniyetli Marka Tescili”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. X, S. 111, 2015, s. 99-107.
- Şenocak, Kemal: “Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, **BATİDER**, C. XXV, S. 3, 2009, s. 89-144 (“*Alan Adı*”).
- Tapan, Mehmet Nuri: “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri-Avrupa Adalet Divanı”, **TBB Dergisi**, C. X, S. 3, 1998, s. 971-1020.
- Tassi, Me Jérôme: “La Propriété Intellectuelle Détournée: La Recherche de Protection par les Contrefacteurs de Mauvaise Foi”, 2009, Doctrine (Çevrimiçi), 30 Mart 2020.
- Tekinalp, Ünal /
- Çamoğlu, Ersin: **Sınai Mülkiyet Kanunu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

- Tekinalp, Ünal: “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikleri”, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 5-84 (“SMK”).
- Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Tekinalp, Ünal: “Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Korunması”, **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1997, 467-480 (“*Tescil İlkesi*”).
- Tekinay, Selahattin Sulhi: **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Teoman, Ömer: **Yaşayan Ticaret Hukuku, Kitap 5: 1992 - 1993**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002.
- Tok, Ozan: “Zamanaşımı Def’inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması”, **MÜHF-HAD**, C. XXI, S. 1, 2015, s. 239-260.
- Tourneau, Philippe /
Poumarède, Matthieu: “Bonne Foi”, **Répertoire de Droit Civil**, Dalloz, 2017, <https://daloz.fr> (Çevrimiçi), 23 Mart 2020.
- Trimmer, Bonita /

- Parsons, Giles: “How Genuine Use is Treated Across the EU”, **Managing Intellectual Property**, S. 261, 2016, s. 38-42.
- Tutumlu, Mehmet Akif: “Yasanın Yorumunda Gerekçenin Rolü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. XIII, S. 142, 2018, s. 124-134.
- Türk Hukuk Kurumu: **Türk Hukuk Lügatı**, 5. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Tüzüner, Özlem: “‘Dava Hakkı’ Unsuru Olarak ‘Hak’ (‘Droit’ comme élément du ‘droit d’action’)”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2007, s. 497-506.
- Ulaş, Işıl: “İşlenme Türü Olan Çeviri Eserde Kamuya Sunma Hakkı”, **BATİDER**, C. XXIV, S. 1, 2007, s. 65-78.
- Uzunallı, Sevilay: **Marka Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Uzunallı, Sevilay: “Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Kullanılmayan Marka ve Markanın İptal Edileceği Düşünülerek Kullanılması”, **BFHD**, C. LXXVI, S. 32, 2019, s. 1135-1154.
- Ülgen, Hüseyin /
Helvacı, Mehmet /
Kaya, Arslan /
Nomer Ertan, Füsun: **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: “Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması (Objektif Hüsünüyet ve Hakkın Suistimali)”, **Adliye Dergisi**, S. 2, 1959, s. 113-140.
- Venohr, Philipp /
- Knaak, Roland: **Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System**, Münih, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, 2011.
- Vivant, Pierre: “Marque Notoire et Marque Renommée: une Distinction à Opérer”, **La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires**, 2008, LexisNexis (Çevrimiçi), 10 Nisan 2020.
- von Büren, Bruno: **Kommentar zum Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb vom 30. September 1943**, Zürih, Schultheß & Co. AG, 1957.
- von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı: Cilt 1-2**, çev. Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1963.
- Wade, John W.: “Restitution of Benefits Acquired through Illegal Transactions”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. XCV, No. 3, 1947, s. 261-305, <https://www.jstor.org/> (Çevrimiçi), 25 Mart 2020.
- Wertheimer, H. W.: “The Principle of Territoriality in the Trademark Law of the Common Market Countries”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. XVI, S. 3, 1967, s. 630-662.

Yasaman, Hamdi: “Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler”, **6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu**, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 125-172 (“Yenilikler”).

Yasaman, Hamdi: “Marka Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Süresi”, **GÜHFD Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, 2 C., 2010, C. I, s. 389-396 (“Dava Açma Süresi”).

Yasaman, Hamdi: “Tanınmış Markalar”, **GÜHFD**, C. IV, S. 1, 2005, s. 209-222 (“Tanınmış Markalar”).

Yasaman, Hamdi /

Altay, Sıtkı Anlam /

Ayoğlu, Tolga /

Yusufoğlu, Fülürya /

Yüksel, Sinan: **Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi**, 2 C., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.

Yasaman, Hamdi: **Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003.

Yasaman, Hamdi: “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.sinin Kararı Üzerine Düşünceler”, **GÜHFD**, S. 2, 2002, s. 151-158.

Yanlı, Veliye: “İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı”, **XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**,

Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2006, s. 291-331.

Yavuz, Levent:

“Marka Hukukuna İlişkin Yargıtay Uygulamasındaki Son Gelişmeler”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012**, ed. Tekin Memiş, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2013, s. 497-508.

Yıldız, Burçak:

“Mükerrer Markanın Seri Markasının Tescili - SMK m. 5.1.ç ve m. 6.1 Hükümlerine Yargıtay Kararları İle Getirilen İstisna”, **BATİDER**, C. XXXIV, S. 4, 2018, s. 93-120.

Yongalık, Aynur:

““İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, C. LX, S. 1, 2011, s. 1-15.

Yurtoğlu Can, Mücella:

Marka Hukukunda Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

Yusufoğlu, Fülürya:

“Note sur un Arret Concernant La Radiation d’une Marque Enregistrée Initialement par une Autre Personne”, **GÜHFD**, S. 2, 2002, s. 447-452.

Yünlü, Levent:

“Fikri Mülkiyet Hakkı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. XXIII, S. 1-2, 2003, s. 891-918.

Zevkliler, Aydın /

Ertaş, Şeref /

Havutçu, Ayşe /

Gürpınar, Damla:

**Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk:
Temel Bilgiler**, 10. Bası, Ankara, Turhan
Kitabevi, 2018.

Zeytin, Zafer /

Ergün, Ömer:

Türk Medeni Hukuku, Ankara, Seçkin
Yayıncılık, 2018.

<https://admin.ch/>

<https://caselaw.findlaw.com/>

<https://cnrtl.fr/>

<https://curia.europa.eu/>

<https://daloz.fr/>

<https://dictionnaire.reverso.net/>

<https://www.dictionnaire-juridique.com/>

<https://doctrine.fr/> (“*Doctrine*”)

<https://eur-lex.europa.eu/>

<https://gesetze-im-internet.de/>

<https://hukukturk.com/> (“*HukukTürk*”)

<https://juripredis.com/fr/> (“*JuriPredis*”)

<https://kanunum.com/> (“*Kanunum*”)

<https://karararama.yargitay.gov.tr> (“*Yargıtay Emsal*”)

<https://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>

<https://kazanci.com/> (“*Kazancı*”)

<https://labase-lextenso.fr/> (“*Lextenso*”)

<https://law.justia.com/>

<https://legifrance.gouv.fr/>

<http://legislation.gov.uk/>

<https://lexbase.fr/> (“*Lexbase*”)

<https://lexisnexis.fr/> (“*Lexisnexis*”)

<https://lexpera.com.tr/> (“*Lexpera*”)

<https://nisanyansozluk.com/>

<https://www.openjurist.org/>

<https://swisslex.ch/>

<https://turkpatent.gov.tr/>

<https://uspto.gov/>

<https://www.wipo.int/>