

**556 SAYILI MARKALARIN KORUNMASI HAKKINDA KANUN
HÜKMÜNDE KARARNAME'DE 28.01.2009 TARİHİNDE YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**

EINE UNTERSUCHUNG ÜBER DIE ÄNDERUNGEN DER
MARKENRECHTSVERORDNUNG MIT GESETZESKRAFT (Nr. 556)
VOM 28.01.2009

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin Çağlar*

ÖZET

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK' nın bazı hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ve ceza normlarını içeren 61/A maddesinin 5252 sayılı kanun gereğince Türk Ceza Kanunu hükümleri ile uyumlu hale getirilmesi zorunluluğu sebebiyle kanun koyucu bazı değişiklikler yapmıştır. Ancak bu değişiklikler yapılırken 556 sayılı KHK' nın genel yapısından uzaklaşmış, farklı kavramlar kullanılmış ve KHK' nın zaten bozuk olan yapısı iyice karışık hale getirilmiştir. Aşağıdaki çalışmada kısaca yapılan değişiklikler ele alınmış, değişikliklerin yol açacağı sorunlara temas edilmiş ve sonuç kısmında da öneriler ortaya konmaya çalışılmıştır. Temennimiz 556 sayılı KHK yerine yeni bir kanun yapılmasıdır.

Anahtar kelimeler

Marka, marka hakkına tecavüz, marka koruması, marka hakkına tecavüz suçları, marka cezaları.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Gesetzgeber hat am 28.01.2009 ein Änderungsgesetz über Markenrechtsverordnung mit Gesetzeskraft zugelassen. Der Grund dieser Änderung war einerseits die Nichtigerklärung einiger Vorschriften durch das Verfassungsgericht und andererseits der Anpassungsbedarf der Markenstrafrechtsvorschriften mit dem neuen Strafrecht. Die Änderungen sind in einiger maße respektable aber passen den neuen Begriffen nicht mit den Alten. Es wird unten die Änderungen einzeln untersucht und einige Vorschläge gemacht. Es wäre besser, wenn der Gesetzgeber ein ganz neues Gesetz über Markenschutz zulassen würde.

Schlüsselwörter

Marke, Markenrechtsverletzung, Markenschutz, strafbare Markenrechtsverletzungen, Markenstrafe.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nin bazı maddelerinin (m. 9/I-b, 9/II-b, 61-a ve 61-c, 61-d) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi¹ ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 5. ve geçici 1. maddeleri uyarınca, özel kanunlarda bulunan ceza hükümlerinin 31.12.2008 tarihine kadar TCK hükümleriyle uyumlu hale getirilmemesi sebebiyle 61/A maddesinde yer alan ceza hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin ortadan kalkması üzerine, kanun koyucu, 556 sayılı KHK'nin 9, 61 ve 61/A maddelerinde değişikliğe gitmiştir. Bu değişiklikleri içeren 5833 sayılı Kanun, 21.01.2009 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve onaylanarak 28.01.2009 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Aşağıda 5833 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin getirdiği yenilikler, ilgili maddeler bazında ele alınacak ve bu değişiklikler hakkında değerlendirmeler ortaya konulacaktır.

II. 556 SAYILI KHK m. 9 İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

5833 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin bir kısmı, 556 sayılı KHK m. 9'da yer alan markadan doğan hakkın kapsamına ilişkindir. Bu maddede değişikliğe gidilmesinin sebebi Anayasa Mahkemesi tarafından birinci ve ikinci fıkralarının "b" bentlerinin iptal edilmesidir. Aslında doğrudan cezai hükümler içermeyen bu bentlere ilişkin iptal kararının temelinde 9. madde hükümlerine atıf yapan 61-a bendi ve bu maddeye atıf yapan 61/A-I-c hükümleri yatmaktadır. Diğer yandan iptal kararının 9. maddeye ilişkin kısmının sadece birinci ve ikinci fıkralarının "b" bentleriyle sınırlı tutulmasının sebebi, Anayasaya aykırılığı ileri süren mahkemenin önündeki uyuşmazlıkla ilgili olarak 9. maddenin sadece bu bentlerinin uygulanacak olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, anılan hükümleri, Anayasanın 38 ve 91. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Kanun koyucu ise 9. madde ile ilgili değişiklikleri iptal edilen bu iki bent ile sınırlı tutmamış; maddeyi yeniden kaleme almış ve bazı eklemeler yapmıştır.

¹ 556 sayılı KHK m. 61/d hükmünü iptal eden 02.03.2004 tarih ve E. 2002/92 ve K. 2004/25 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı 17.05.2004 tarih ve 25462 sayılı R.G.'de yayınlanmış ve 1 yıl sonra yürürlüğe girmiştir.

556 sayılı KHK m. 9/I-b, 9/II-b, 61-a ve 61-c bentlerini iptal eden 03.01.2008 tarih ve E. 2005/15, K. 2008/2 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, 05.07.2008 tarih ve 26927 sayılı R.G.'de yayınlanarak 6 ay sonra yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayoğlu**, Tolga; Anayasa Mahkemesinin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 ve 61. maddelerinin bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, FMR 2008 C.8, Sa.4, s. 23vd.

A. m. 9/I-c ile ilgili değişiklikler

5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'nın 9. maddesinde yapılan önemli değişikliklerden biri, birinci fıkranın "c" bendine yapılan eklemedir. Buna göre artık tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak **Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle** tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya **tescilli markanın itibarına zarar verecek** veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması, marka sahibi tarafından önenebilecektir. Bu bent hükmüne, iki ayrı hususta ekleme yapılmıştır.

Öncelikle, tescilli bir markanın korunmakta olduğu mal ve hizmetlere benzer olmayan mal ve hizmetler için dahi bu markanın itibarına zarar verecek kullanımlar da önenebilecektir.

Asıl önemli ekleme ise önceki metinde açık bir şekilde ifade edilmediği için doktrinde tartışmalara² neden olan, bu bent hükmünde ifade edilen korumanın tanınmış markalara ilişkin olup olmadığı hususu ile ilgilidir. Değişik m. 9/I-c hükmü aslında m. 8/IV hükmünün tekrarı haline gelmiştir. Dolayısıyla yeni düzenleme ile sadece Türkiye'de tanınmışlığa ulaşmış olan markaların burada ifade edilen korumadan yararlanabileceği düşünülebilir. Peki Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar bu bentte ifade edilen korumadan yararlanabilecekler midir? Bu soruyu olumlu yanıtlamak için bir engel yoktur. Eğer Paris Sözleşmesi mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış bir marka söz konusu ise elbette bu bentte ifade edilen korumadan yararlanabilmelidir. Ancak metnin ifadesinin dar yorumlanmak suretiyle sadece m. 8/IV anlamında tanınmış markaların bu korumadan yararlanacağı sonucuna varılmasını önlemek için "...Türkiye'de ulaştığı..." kısmının metinden çıkarılması yerinde olacaktır.

B. m. 9/II-c ile ilgili değişiklikler

Değişiklik ile birlikte 9. maddenin ikinci fıkrasının "c" bendinde yer alan "*işareti taşıyan malın ithali veya ihracı*" ifadesi yerine "*işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması*" hükmü getirilmiştir. "*Gümrük bölgesine girmek veya gümrükçe onaylanmış bir*

² Doktrinde, "tescilli markanın itibarı" ibaresi ile tanınmış markanın kastedildiği görüşü kabul edilmektedir, bkz. **Arkan**, Sabih; Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997, s. 124, 125; **Tekinalp**, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, §26 N. 17; **Taylan**, Esin Çamlıbel; Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, s. 55; **Güneş**, İlhami; Uygulamada Sınai Mülkiyet Hakları ve Cezaî Koruma, İzmir 2007, s. 233; **Dirikkan**, Hanife; Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 194, 195; **Kaya**, Arslan; Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 243, dpn. 22.

işlem veya kullanıma tabi tutulmak” kavramları 556 sayılı KHK açısından daha önce kullanılmayan, yani bu mevzuata yabancı kavramlardır. Bu kavramlarla neyin kastedildiği ancak gümrük mevzuatı hükümlerine bakılarak tayin edilebilir.

“*Gümrük Bölgesi*” kavramı, 4458 sayılı Gümrük Kanunu m. 2 hükmüne göre, Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesini ifade eder. Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesi ise, Türkiye Cumhuriyeti topraklarını kapsar. Türkiye kara suları, iç suları ve hava sahası gümrük bölgesine dahil kabul edilir. “*Gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak*” tabiri de yine 4458 sayılı Gümrük Kanununun tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre eşyanın, bir gümrük rejimine tabi tutulması³, bir serbest bölgeye girmesi, Türkiye Gümrük Bölgesi dışına yeniden ihracı, imhası, gümrüğe terk edilmesi işlemleri bu kavrama dahil sayılır (m. 3 bent 14).

Diğer yandan bu kavramlar, 556 sayılı KHK hükümlerinde yer alan kavram bütünlüğünü de zedelemektedir. Zira m. 14 hükmünde halen malın ihracı ve ithalinden söz edilmektedir. Aynı şekilde m. 79 hükmü de “*ithalat veya ihracat sırasında taklit markalı mallara el konulmasını isteme hakkı*”ndan söz etmektedir. Bu sebeple yapılan değişiklik yerinde bir değişiklik olarak kabul edilemez. Bunun yerine, 556 sayılı KHK hükümlerinin ve hatta diğer Fikri Mülkiyet Haklarına ilişkin düzenlemelerin birlikte ele alınarak uyumlu bir şekilde değişiklik yapılması uygun olacaktır.

C. m. 9/II-e ile ilgili değişiklikler

9. madde ile ilgili bir başka yenilik de ikinci fıkranın “e” bendi olarak getirilen düzenlemedir. Buna göre; “*işareti kullanan kişinin işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici*

³ 4458 sayılı Gümrük Kanunu m. 3 bent 15 hükmüne göre “Gümrük rejimine tabi tutmak” kavramı;

- a) Serbest dolaşıma giriş rejimini,
 - b) Transit rejimini,
 - c) Gümrük antrepo rejimini,
 - d) Dahilde işleme rejimini,
 - e) Gümrük kontrolü altında işleme rejimini,
 - f) Geçici ithalat rejimini,
 - g) Hariçte işleme rejimini,
 - h) İhracat rejimini;
- kapsar.

kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması" birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilecektir. Burada özetle, tescilli bir markanın, haklı bir sebep olmaksızın veya marka sahibinin izni olmaksızın internet ortamında, ticari amaçla kullanılmasının yasaklanabileceği düzenlenmektedir.⁴ TPE (Türk Patent Enstitüsü) tarafından internet sitesinde yayınlanmış olan Marka Kanunu Tasarısı Taslağında⁵ da yer alan bu hüküm yerinde bir değişiklik olarak kabul edilebilir. Ancak m. 9/ II-e hükmüne aykırı davranışın m. 61/A hükmünde cezalandırılacak eylemler arasında sayılmaması, sonuçta anılan eylemlere karşı marka sahibine etkin bir koruma sağlamaktan uzaktır. Zira değişiklikten önce de tescilli bir markanın izinsiz olarak başkası tarafından ticari amaçla alan adı olarak kullanılması, marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmekteydi.⁶ Ancak korunması 556 sayılı KHK m. 9, 61 ve Ticaret Kanununun Haksız Rekabete ilişkin 56vd. hükümlerine göre mümkün olmaktadır. 9. maddede yapılan değişiklik bu fiillere uygulanabilecek yaptırımlar açısından bir değişiklik getirmeyecektir.

Bu sayılanlar dışında bazı ifade değişiklikleri veya farklılıklar da göze çarpmakla birlikte, bunlar çok önemli görülmediğinden özel olarak ele alınmamışlardır.

III. 556 SAYILI KHK m. 61 İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK m. 61 hükmünde önemli değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Öncelikle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen "a", "c" ve "d" bentleri yeniden ele alınmış ve iptal edilmiş olmayan "b" bendi aynen muhafaza edilmiştir. Oysa doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere bu bent hükmüne ihtiyaç yoktur⁷. Zira m. 61-a bendinde atıf yapılan m. 9 (9/I-a, b) bu hususa ilişkin düzenleme içermektedir.

Ayrıca "e" ve "f" bentleri ise tamamen 61. madde metninden çıkarılmıştır.

A. m. 61-a ile ilgili değişiklikler

Yeniden madde metnine dahil edilen "a" bendinde, marka sahibinin izni

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca**, İsmail; Tescilli Markanın Üçüncü Kişi tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 527vd.; **Korkut**, Ömer; Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu, Batider, Aralık 2007, C. XXIV, Sa. 2, s. 501vd.

⁵ Taslak, http://www.tpe.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar_kanunu_tasarisi_taslagi.pdf adresinde 14.08.2006 tarihinde yayınlanmıştır.

⁶ **Yasaman**, Hamdi/**Ayoğlu**, Yusuf; Marka Hukuku, C. I, İstanbul 2004, s. 492-494.

⁷ **Arkan**, C. II, s. 216; Aksi görüşte **Tekinalp**, §30, N. 13; **Yasaman/Ayoğlu**, C. II, s. 1076. **Özgenç** ise m. 61-b hükmüne değil, m. 61-a hükmüne ihtiyaç olmadığını ve metinden çıkarılması gerektiğini düşünmektedir (**Özgenç**, İzzet, Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, C. III, s. 847).

olmaksızın markayı 9. maddede belirtilen biçimlerde kullanmanın marka hakkına tecavüz sayılacağı düzenlenmiştir. Yeni metin ile artık markanın aynısının m. 9/II hükmünde yer alan biçimlerde kullanılması tecavüz fiili olarak kabul edilebilecektir. Yani marka iktibas yoluyla anılan biçimlerden birine uygun olarak kullanılacak olursa ancak o zaman tecavüz fiili olarak kabul edilebilecektir. Oysa metnin önceki hali, 9. maddenin tamamına atıf yaptığından, bu kullanım biçimleri iltibas suretiyle tecavüz fiili olarak da kabul edilebilmekteydi.

B. m. 61-c ile ilgili değişiklikler

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması sebebiyle, değişiklik kanunuyla yeniden düzenlenen “c” bendinde ise eski metinde yer alan tecavüz fiilleri (satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak, ticari amaçla elde bulundurmak) “ithal etmek” fiili haricinde aynen korunmuş; ithal etmek fiili yerine ise “...gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak...” tabiri⁸ kullanılmıştır. 4458 s. Gümrük Kanunu m. 2, m. 3 b.14 ve 15 hükümleri birlikte ele alındığında artık sadece ithal etmek değil, ihraç etmek, transit geçirmek⁹, serbest dolaşıma sokmak, geçici ithalat gibi fiiller de tecavüz fiili olarak kabul edilecektir.

C. m. 61-d ile ilgili değişiklikler

556 sayılı KHK’ nın m. 61-d bendinde tecavüz fiili olarak kabul edilen “*lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*” fiili ise zaten KHK’ nın ilk metninde de yer alan, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından “*suç ve cezalara ilişkin olan bu düzenlemenin kanunla getirilmiş olmadığı*” gerekçesiyle 2.3.2004 tarihinde iptal edilen hükmün yeniden ihdas edilmesinden ibarettir. Kanun koyucu iptal kararı ile yaratılan boşluğu bu şekilde gidermiştir. Ancak tipik bir akde aykırılık hali olan lisansın izinsiz genişletilmesi veya başkasına devredilmesinin marka hakkına tecavüz fiili olarak düzenlenmesi çok yerinde olmamakla birlikte, en azından bu tecavüz fiiline artık suç ve cezaları düzenleyen 61/A maddesinde doğrudan veya yollama suretiyle değinilmemesi yerinde bir yaklaşım olarak kabul edilebilir¹⁰.

⁸ Bu kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda başlık II. B. altında anlatılanlar.

⁹ Değişiklikten önceki haliyle m. 9/II hükmüne dayalı olarak transit geçiş marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmemekteydi, bkz. **Saraç**, Tahir; Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?, Batider 2007, Sa.2, s. 469. Değişiklikten sonra ise artık belirsizlik ortadan kalkmıştır.

¹⁰ Akde aykırılığın bir tecavüz fiili olarak 556 s. KHK m. 61/d bendinde düzenlenmesinin uygun olmadığı yönünde bkz. **Kaya**, s. 260, dñn. 53. Ayrıca 556 sayılı KHK m. 61-d bendi hükmüne m. 61/A maddesinde iki kez atıf yapılarak aynı eylemin iki kere suç tipi olarak düzenlenmiş olmasına yönelik eleştiriler için bkz. **Keskin**, Serap; Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara 2003, s. 142.

D. m. 61-e, f bentlerinin kaldırılması

61. madde ile ilgili en önemli yenilik ise “e” ve “f” bentlerinin tamamen metinden çıkarılmış olmasıdır. Bu bentlerden bir tanesi 61. maddenin “a-c” bentlerinde yazılı fiillere iştirak ve yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak, diğeri ise kısaca bilgi vermektan kaçınmak olarak ifade edilebilecek olan fiillere ilişkindir.

Özellikle bilgi vermektan kaçınmayı tecavüz fiili olarak düzenleyen “f” bendinin yürürlükten kaldırılması isabetli olmamıştır. Zira yürürlükten kaldırılan bu hükmün bir benzerini ülkemizin de taraf olduğu TRIPs Anlaşmasının¹¹ 47 ve 50. maddelerinde görmek mümkündür. TRIPs Anlaşması “Bilgi Edinme Hakkı” başlığını taşıyan 47. maddesinde üye ülkelerin adli mercilere, hakkı ihlal eden kişinin, ihlale neden olan mal veya hizmetlerin üretiminde ve dağıtımında görev alan üçüncü tarafların kimliğini ve dağıtım kanallarını hak sahibine bildirmesini emretme yetkisini verebileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır.

Avrupa Birliği düzenlemelerinde, bu yönde açık bir hükme rastlanmasa da Alman Markalar Kanununun 19. maddesinde¹² ve İsviçre Markalar Kanununun 61. maddesinde¹³ bilgi edinme hakkı düzenlenmiştir.

Taklit markalı ürünleri asıl üreten ve piyasaya sunanlar hakkında bilgi edinebilmek ve taklit marka kullanımıyla mücadele¹⁴ için önemli bir rol taşıyan bu hükmün¹⁵ neden yürürlükten kaldırıldığı, ne madde gerekçesinde ne de TBMM görüşmelerinde ifade edilmiştir.

IV. 556 SAYILI KHK m. 61/A İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

5833 sayılı Kanuna TBMM Genel Kurulunda önerge ile eklenen ve 556 sayılı KHK m. 61/A hükmünü tamamen değiştiren bu düzenlemenin getirilmesinin amacı Anayasa Mahkemesinin iptal kararları değil; Türk Ceza Kanununun Uygulanmasını

¹¹ TRIPs: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çağlar**, Hayrettin; Der Schutz des Markeninhabers nach türkischem und deutschem Markenrecht, Augsburg 2004, Verlag Dr. Kovac, s. 140vd.; **Ingerl/Rohnke**, Markengesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2003, Vor §§14-19, Rn. 134ff.; **Fezer**, Karl-Heinz, Handbuch der Markenpraxis, Band I, Verlag C. H. Beck, München 2007, 4. Teil, Rn. 598ff.

¹³ **David**, Lucas, Kommentar zum Markenschutzgesetz, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 1998, Art. 55, Nr. 26; Art. 61, Nr. 15.

¹⁴ **Yasaman/Ayoğlu**, Marka Hukuku, C. II, s. 1021.

¹⁵ Taklit markalı malları ticari amaçla bulunduranların bu eylemlerinin yanında ayrıca bilgi vermektan sebebiyle cezalandırılmalarının adil ve dengeli bir yaklaşım olmadığı savunulmuştur, bkz. **Güneş**, s. 240.

ve Yürürlüğünü düzenleyen 5252 sayılı Kanunun 5 ve geçici 1. maddelerinde yer alan hükümlerdir.

Yeni düzenleme ile değişiklikten önceki hükümde yer alan bazı ilkelerden vazgeçilmiştir. Bunlardan bir tanesi hapis ve para cezalarının seçimlik olarak değil birlikte uygulanacak olmasıdır. Bir diğeri ise m. 61/A içerisinde adli para cezaları için sadece üst sınırın açıkça belirlenmiş olmasıdır. Alt sınırla ilgili bir hüküm bulunmadığı için bu hususta TCK m. 52/I hükmü geçerli olacak ve en az beş gün karşılığı adli para cezasına hükmedilecektir. Yine önceki metinden farklı olarak, başka maddelerde yer alan hükümlere veya başkaca kanunlara yollama yapılmadan, doğrudan düzenleme yoluna gidilmiştir. Bir başka yenilik de para cezalarının Türk Ceza Kanunu hükümlerine uygun olarak gün para cezası sistemine göre tayin edilmiş olmasıdır.

“*Ceza Hükümleri*” başlığını taşıyan 61/A maddesini daha yakından incelemek faydalı olacaktır.

A. Marka Hakkına Tecavüz Suçları

1. Başkasına Ait Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Mal veya Hizmet Üretmek, Satışa Arz Etmek veya Satmak

556 sayılı KHK m.61/A-I’ de, başkasına ait marka hakkına iktibas¹⁶ veya iltibas¹⁷ suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişinin bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hükmü yer almaktadır.

Her şeyden önce bu fıkra hükmünün nesne-yüklem uyumsuzluğunun düzeltilmesi gerekir. Zira fıkranın ilk cümlesinin ilk kısmında, “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek” tecavüz fiili olarak kabul edilmiş, bunu müteakip ifade edilen “satışa arz etmek” veya “satmak” fiillerinin nesnesi cümlede yer almamaktadır. Her halde burada, iktibas veya iltibas suretiyle başkasına ait marka hakkına tecavüz edilerek üretilen “malın satışa arz edilmesi veya satılması” ile “hizmetin sunulması” kastedilmiştir.

¹⁶ İktibas: *esk.* 1. Ödünç alma. 2. *ed.* Alıntı (www.tdk.gov.tr); Marka hukuku açısından ise başkasının hak sahibi olduğu bir markanın aynen veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması olarak ifade edilebilir, ayrıca bkz. **Cengiz**, Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995, s. 6-7.

¹⁷ İltibas: *esk.* Birbirine çok benzeyen iki şeyin karışması, andırışma (www.tdk.gov.tr); İki veya daha çok şeyin – biri öteki sanılacak surette - birbirine benzemesi (**Devellioğlu**, F.; Osmanlıca –Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 2007); Marka hukuku açısından başkasına ait bir markanın karışıklığa neden olacak surette benzerinin kullanılması olarak ifade edilebilir, bkz. **Cengiz**, s. 7vd.

Bu hüküm, değişiklikten önceki m. 61/A-I-c düzenlemesini karşılamaktadır. Söz konusu mülga bent, KHK’ın 61. maddesine atıf yapmakta ve orada yer alan tecavüz fiillerini işleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya yirmiyedibin liradan kırkaltıbin liraya kadar para cezası veya her ikisine birden, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmedileceğini düzenlemekteydi.

Yeni düzenleme ile m. 61/A-I’de sayılan suçlar açısından hem hapis cezasının alt ve üst sınırları indirilmiş hem de “ticaretten menetme veya işyerlerinin kapatılması” yaptırımlarından m. 61/A-IV hükmü saklı kalmak kaydıyla vazgeçilmiştir¹⁸. Zira bu fıkra hükmüne göre, bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde bunlara özgü güvenlik tedbirlerine¹⁹ hükümlenilecektir.

Söz konusu fıkrada göze çarpan bir başka yenilik ise “*iktibas veya iltibas*” kavramlarının uzun bir aradan sonra tekrar kullanılmaya başlanmış olmasıdır. Zira bu kavramlar mülga 551 sayılı Markalar Kanunu zamanında kullanılan kavramlardı²⁰ ve 556 sayılı KHK ile bunların kullanımından vazgeçilmişti. Aynı şekilde TTK m. 57/5 hükmünde yer alan iltibas kavramından da, TTK tasarısı²¹ (m. 55,(1), a), 4.) ile vazgeçildiği görülmektedir. Bu eski kavramların yeniden kullanılmaya başlanması ile 556 sayılı KHK’nın kavram bütünlüğü de bozulmuştur. Zira m. 9/I-a hükmünde “*iktibas*” değil, “*tescilli marka ile aynı olan bir işaretin kullanılması*” kavramı, m.9/I-b hükmünde ise “*iltibas*” değil, “*halk tarafından karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması*” kavramı kullanılmaktadır. Üstelik bu kavram karışıklığı yeni getirilen iki madde arasında (m. 9 “*karıştırma*” - 61/A “*iltibas*”), hatta aynı maddenin iki fıkrası arasında (m. 61/A-I “*iktibas*”- VII “*taklit*”) da söz konusudur. Bu farklılığın giderilmesi için “*iktibas veya iltibas*” kavramları yerine “*aynen veya karışıklığa yol açacak şekilde benzerinin kullanılması*” kavramlarının tercih edilmesi uygun olurdu.

61/A-I hükmüyle getirilen bir başka yenilik de, *iktibas* veya *iltibas* suretiyle başkasının marka hakkına tecavüz eden kişinin eylemlerinden sadece bazılarının cezalandırılacak olmasıdır. Bu eylemler, *iktibas* veya *iltibas* suretiyle tecavüz ederek

¹⁸ Mülga 61/A maddesinde düzenlenmiş olan “*ticaretten menetme ve işyerlerinin kapatılması*” yaptırımlarının ceza hukuku ilkelerine uygun olmadığı yönünde bkz. **Özgenç**, s. 862, 864.

¹⁹ Söz konusu güvenlik tedbiri aşağıda IV. B. başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

²⁰ İltibas kavramı 551 sayılı Markalar Kanunu m. 47/I-a hükmünde aynen kullanılmaktaydı.

²¹ 09.11.2005 tarihinde TBMM’ne gönderilen ve 27.09.2007 tarihinde Bakanlar Kurulunca yenilenen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (S.Sayı 96).

mal veya hizmet üretmek, satışa arz etmek veya satmak şeklinde sınırlandırılmıştır. Bu durumda artık iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilen malı stoklamak, teslim edilebileceğini teklif etmek, başkasına ait markayı izinsiz olarak reklamlarda veya iş evrakında kullanmak, internet ortamında kullanmak, gümrük bölgesine sokmak veya gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak gibi, marka sahibinin 556 sayılı KHK m. 9 ve 61 hükümlerine göre önleyebileceği eylemler, suç sayılmamıştır. Bu sınırlandırma kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak kabul edilebilir. Ancak bu yaklaşım marka hakkının etkin bir biçimde korunmasında zafiyet yaratabilir.

Diğer yandan bu fıkra hükmünde iktibas yanında iltibas suretiyle işlenebilecek tecavüz fiillerinden bazılarına yaptırım öngörülmüş olmasına rağmen, marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen 61. madde ise sadece iktibas suretiyle işlenebilecek tecavüz fiillerine yer vermiştir. Bunun neticesinde garip bir durum ortaya çıkmaktadır; hukuk davasına vücut veren tecavüz fiilleri sadece iktibas suretiyle işlenebilir, buna karşılık suç ve cezaya tabi tecavüz fiilleri hem iktibas hem de iltibas suretiyle işlenebilir.

Açıklanan sebeplerle bu değişikliğin yerinde ve uygun olduğunu söylemek hayli güçtür.

2. Marka Koruması Olduğunu Belirten İşareti Yetkisi Olmadan Kaldırmak

Bir markanın tescilli olduğunun, uluslar arası kabul görmüş ® veya ™ işaretlerinden biriyle gösterilmesi esastır. Eşya veya ambalajı üzerine konulmuş olan, marka koruması olduğunu belirten bu işaretlerden birini yetkisi olmadan kaldıranların, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına mahkûm edileceği hükme bağlanmıştır (KHK/556 m.61/A-II).

Değişiklikten önceki metinde (m. 61/A-I-a) de bu fiil suç sayılmış, ancak bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası veya ondörtbin liradan yirmiyedibin liraya kadar para cezası veya her ikisine birden hükmedilebileceği düzenlenmişti. Hapis cezasının üst sınırının iki yıldan üç yıla çıkarılmış olduğu ve adli para cezası miktarının gün para cezası sistemine uygun hale getirildiği görülmektedir.

3. Yetkisi Olmadığı Halde Marka İle İlgili Hukuki Tasarrufta Bulunmak

556 sayılı KHK m. 61/A-III' de, suç sayılan üçüncü hal olarak, yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satım, devir, kira veya rehin suretiyle tasarrufta bulunan kişinin iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına mahkûm edileceği öngörülmüştür.

Bu düzenleme de yine maddenin yürürlükten kaldırılan metninden değiştirilerek alınmıştır. Değişiklikten önce m. 61/A-I-b bendinde yer alan bu suç için öngörülen hapis cezasının süresi iki yıldan üç yıla kadardı. Bu sürenin üst sınırının artırıldığı görülmektedir.

Bir diğer farklılık da, önceki metinde yer alan “kişinin tasarruf yetkisinin bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde” bu tasarruflarda bulunmuş olması koşulundan vazgeçilmiş ve sadece “yetkisi olmadığı halde” bu tasarruflarda bulunmuş olma koşulunun getirilmiş olmasıdır. Önceki düzenleme ile bu suçun hem doğrudan kastla (yetkisinin olmadığını bildiği) hem de olası kastla (bilmesi gerektiği) işlenebileceği açıkça ortaya konmuşken şimdi kullanılan “yetkisi olmadığı halde” kavramı ile neyin kastedildiği yoruma muhtaçtır. İlk bakışta “doğrudan kast”ı esas aldığı izlenimi doğmaktadır.

Ayrıca, cezalandırılacak hukuki tasarruflar satış, devir, kiralama ve rehin ile sınırlandırılmıştır. Artık marka hakkı ile ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehnedeni, bu haklarla ilgili herhangi bir tasarruflarda bulunanlar hakkında m.61/A hükmüne dayalı olarak ceza verilemeyecektir.

B. Güvenlik Tedbirleri

Marka hakkına tecavüz sayılan ve m. 61/A ilk üç fıkrasında tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır (m.61/A-IV). Bu düzenleme, önceki metnin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan düzenlemenin kısaltılmış ve biraz da değiştirilmiş bir versiyonudur. Şöyle ki; önceki metinde açıkça yer alan “tüzel kişinin işlenen suçlardan ötürü masraflardan ve para cezasından müteselsilen sorumlu olacağı” ifadesi terk edilmiş ve “tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı” tarzında, TCK m. 60 hükmüne gönderme yapan bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu TCK m. 60 ise tüzel kişiler hakkında alınabilecek güvenlik tedbirlerini; faaliyet izninin iptali ve müsadere olarak belirlemiş ve bu hükmün ancak kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanacağını ifade etmiştir. Tüzel kişilerle ilgili bu kısım önceki düzenleme ile içerik itibarıyla örtüşmektedir.

C. Markanın Türkiye’de Tescilli Olması Zorunluluğu

556 sayılı KHK m.61/A’ da tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedilebilmesi için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır. Objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirilebilecek bu şart ile aslında Türkiye’de marka korumasının esas olarak tescil ile kazanılacağına yönelik 556 sayılı KHK m. 6 hükmüne paralel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu hüküm karşısında, m. 61/A’ da düzenlenen

suçlardan birini, Türkiye’de tescilli olmayan ancak uluslar arası sözleşmeler gereğince Türkiye’de korumadan yararlanan, özellikle tanınmış markalara yönelik olarak işleyen kişi (örn. markayı taşıyan ürün üzerinde yer alan ve markanın korunmakta olduğunu gösteren işareti (®) kaldıran veya markadan doğan hakkı, sahibinin izni olmaksızın hukuki bir tasarrufa konu eden) 556 sayılı KHK hükümlerine göre cezalandırılmayacaktır (KHK m. 61/A-V). Koşulları varsa TTK m. 56vd. (Haksız Rekabet) hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir.

Türk Marka Hukukunun yorumlanmasında en çok başvurulmuş kaynaklardan olan Alman marka hukukunda da, markanın ceza normlarıyla korunabilmesi için Almanya’da tescil şartı aranmamıştır (MarkenG §143). Aynı şekilde İsviçre Hukukunda da bu yönde bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Aslında TPE tarafından hazırlanan ve kamuoyuna sunulan Markalar Kanunu Tasarısı Taslağında da bu tür bir koşul yer almamaktadır.

D. Soruşturma ve Kovuşturma Şartı

Değişiklikten önceki metinde (m. 61/A-II) de yer alan ve marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olması kuralı aynen buraya alınmıştır (m.61/A-VI). Şikâyet hem dava hem de yargılama şartıdır. Buna göre, dava açılabilmesi için hak sahibinin şikâyette bulunması gerektiği gibi; yargılama esnasında şikâyetten vazgeçilmesi halinde de davanın düşürülmesine karar verilmesi gerekir.

Önceki metinden (m.61/A-III) farklı olarak kimlerin şikâyet hakkına sahip olduğunun sayılması yönteminden vazgeçilmiştir. Bir boşluk doğuracak bu durumun derhal düzeltilmesinde zaruret vardır. Bir diğer önemli farklılık da de şikâyet süresi ile ilgilidir. Önceki metinde yer alan iki yıllık şikâyet süresine yer verilmemiş ve TCK m. 73 hükmünde yer alan genel mahiyetteki şikâyet süresinin uygulanmasına imkan yaratılmıştır. Bu süre ise altı aydır. Bu süre, zamanaşımı süresi geçmemek koşuluyla fiilden ve failden haberdar olma tarihinden itibaren işlemeye başlar (TCK m. 73/2).

E. Etkin Pişmanlık

Kanun koyucu, 556 sayılı KHK m. 61/A-VII düzenlemesinde etkin pişmanlığın bir alt türü olan “cezayı tamamen kaldıran şahsi sebep”e yer vermiştir. Buna göre, taklit markalı malı satışı arz eden veya satan kişinin, bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üreticilerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolünmayacaktır. Aslında değişiklikten önce m. 61/f bendinde tecavüz fiili olarak kabul edilen “bilgi

vermekten kaçınmak” fiili, burada, bilgi vermek suretiyle cezayı kaldıran şahsi bir sebep olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak burada sayılan suçların faillerinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmeleri için gerekli diğer koşullar belirtilmemiştir (örn. failin hangi safhada etkin pişmanlık hükmünden yararlanmak için başvuruda bulunabileceği açık değildir).

Bir başka sorun da burada sadece “taklit markalı malı” satışı arz eden veya satan kişinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilecek olmasıdır. Oysa birinci fıkra hükmünde taklit kavramı hiç kullanılmamış, bunun yerine iktibas veya iltibas kavramları tercih edilmiştir. Bu durumda, başkasına ait tescilli bir markanın aynen kullanılması suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş bir malı satışı arz eden veya satan kişi etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır. Aynı durum taklit sayılmayacak kadar benzer bir markanın (iltibas yaratan) kullanılması halinde de söz konusudur.

V. SONUÇ

556 sayılı Markaların korunması hakkında KHK’nın 9, 61 ve 61/A maddelerinde meydana gelen hukuki boşluğun doldurulması amacıyla yapılan kanun değişikliği, getirdiği bazı yeniliklerle önceki metinde eksikliği eleştiri konusu yapılan hususlarla ilgili yerinde düzenlemeler içermekle birlikte bazı hükümleri ile de hem 556 sayılı KHK’nın kavram bütünlüğünü, hem de Fikri Mülkiyet Hukukuna ilişkin diğer düzenlemelerle uyumu bozmuştur.

Yapılan bu değişikliklerden özellikle;

- m. 9/I-c hükmüne tanınmış marka olma şartının eklenmiş olması;
- m. 9/II-e bendinin ilk kez düzenlenmesi ile tescilli markanın izinsiz olarak başkaları tarafından ticari amaçla internette çeşitli şekillerde kullanılmasının yasaklanabilmesi;
- m. 9/II-c ve m. 61-c hükümlerinde ithalat yanında diğer gümrük işlemlerinin de yasaklanabilecek fiiller olarak kabul edilmesi;
- m. 61/A hükmünde yer alan para cezalarının yeni Türk Ceza Kanunu ile uyumlu hale getirilmesi;
- hapis ve para cezalarının birlikte uygulanacak olması ve cezaların artırılması ile marka hakkına tecavüz suçları ile daha etkin mücadele imkanının sağlanması;
- suç ve cezaların doğrudan, yani başka hükümlere veya başka kanunlara yollama yapılmadan düzenleme yoluna gidilmesi suretiyle daha açık ve anlaşılabilir bir ceza rejiminin kabul edilmiş olması

gibi yenilikler yerinde ve ihtiyaçlara uygun telakki edilebilirken;

- m. 9/I-c hükmünde ifade edilen tanınmışlığın, m.7/I-i anlamında mı yoksa m. 8/IV anlamında mı yoksa her ikisini de içerir mahiyette mi olduğunun açıklığa kavuşturulması;
- m. 9/II-c ve m. 61-c hükümlerinde atıf yapılan gümrük işlemlerinin açıkça ve tek tek sayılması (ithalat, ihracat, transit, geçici ithalat vs.) ve 556 sayılı KHK ve diğer Fikri Mülkiyet Hukukuna ilişkin düzenlemelerle uyumlu hale getirilmesi;
- yürürlükten kaldırılan m. 61/f bendinin yeniden madde metnine işlenmesi suretiyle korsanlıkla mücadelenin etkin şekilde yürütülmesinin tekrar sağlanabilmesi;
- m. 61/A-I hükmünde yer alan “iktibas veya iltibas” kavramları yerine 556 sayılı KHK ile daha uyumlu olan “aynen veya karışıklığa yol açacak şekilde benzerinin kullanılması” ifadelerinin tercih edilmesi ve kavram bütünlüğünün sağlanması;
- marka hakkına tecavüz suçlarında şikayet hakkına sahip olanların açıkça düzenlenmesi;
- m. 61/A-VII hükmünde yer alan etkin pişmanlığın sınırlarının daha net bir şekilde ortaya konması;

amacıyla ilgili hükümlerin yeniden ele alınmasında fayda ve zaruret olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Arkan**, Sabih; Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997.
- Ayoğlu**, Tolga; “Anayasa Mahkemesinin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 ve 6. maddelerinin bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 tarihli kararı üzerine düşünceler”, FMR 2008, C. 8, Sa.4, s. 23-37.
- Cengiz**, Dilek; Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.
- Çağlar**, Hayrettin; Der Schutz des Markeninhabers nach türkischem und deutschem Markenrecht, Verlag Dr. Kovac, Augsburg 2004.
- David**, Lucas; Kommentar zum Markenschutzgesetz, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 1998.
- Devellioğlu**, Ferit; Osmanlıca –Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 2007.
- Dirikkan**, Hanife; Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.
- Fezer**, Karl-Heinz; Handbuch der Markenpraxis, Band I, Verlag C. H. Beck, München 2007.
- Güneş**, İlhami; Uygulamada Sınaî Mülkiyet Hakları ve Cezaî Koruma, İzmir 2007.
- Ingerl**, Reinhard /
- Rohnke**, Christian; Markengesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2003.
- Kaya**, Arslan; Marka Hukuku, İstanbul 2006.
- Keskin**, Serap; Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara 2003.
- Kırca**, İsmail; “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 527-544.
- Korkut**, Ömer; “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, Batider, Aralık 2007, C. XXIV, Sa. 2, s. 501-519.

- Özgenç**, İzzet; “Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. III, s. 831-864.
- Saraç**, Tahir; “Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?”, Batider 2007, C. XXIV, Sa. 2, s. 443-470.
- Taylan**, Esin Çamlıbel; Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.
- Tekinalp**, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004.
- Yasaman**, Hamdi/
- Ayoğlu**, Yusuf; Marka Hukuku, C. I, II, İstanbul 2004.