

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK MARKA HUKUKU DOKTRİNİ VE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA DÜRÜST KULLANIM SAVUNMASININ KOŞULLARINA İLİŞKİN BAZI TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER^(*)

SOME OBSERVATIONS AND EVALUATIONS REGARDING THE CONDITIONS OF THE HONEST USE DEFENSE IN THE LIGHT OF EUROPEAN UNION AND TURKISH TRADEMARK LAW DOCTRINE AND JUDICIAL DECISIONS

Dr. Öğr. Üyesi Gül BÜYÜKKILIÇ^(**)

Öz

Marka hakkı, mutlak nitelikte, herkese karşı ileri sürülebilien, sahibine işaret üzerinde tekel hakkı sağlayan güçlü malvarlığı haklarından biridir. Ancak bir işaretin belirli bir kimsenin tekeline verilmesi, potansiyel sonraki kullanıcıların işaret seçimine ilişkin özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Dolayısıyla, korumanın kapsamının sadece marka sahibinin menfaatlerinin dikkate alınarak belirlenmesi, piyasadaki diğer aktörlerin devre dışı kalmasına, serbest ve haklı rekabetin zedelenmesine ve hatta ortadan kalkmasına sebep olacaktır. Bu sebeple, belirli hâllerde marka sahibi yerine üçüncü kişilerin menfaatlerine üstünlük tanınması gerekir. SMK m. 7/5, mehzaz 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi (m. 14) ve 2015/2424 sayılı Tüzük ile değişikliğe uğrayan 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü'ne (m. 14) paralel şekilde aslında tecavüz teşkil eden bir eylemin hangi şartlar altında dürüst kullanım olarak kabul edilebileceği hususuna önemli ölçüde açıklık getirmektedir. Ancak yine de hükmün lafzı bazı soruları cevapsız bırakmaktadır. Nitekim dürüst kullanımın bir itiraz mı yoksa bir savunma sebebi olarak mı değerlendirilmesi gerektiği, “*dürüst ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanım*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, hüküm kapsamında markasal kullanımın gerekli olup olmadığı, hükümde sayılan hâllerin tahdidi mi yoksa örnekleyici nitelikte mi olduğu ve dürüst kullanımın sadece SMK m. 7/1'de yer alan tecavüz hâlleri ile sınırlı olarak mı dikkate alınabileceği bunlardan bazılarıdır.

Anahtar Kelimeler

Dürüst Kullanım, Savunma Sebebi, Ticaret ve Sanayiye İlişkin Konulardaki Dürüst Uygulamalar, Markasal Kullanım.

Abstract

Trademark right is one of the strong property rights that is absolute, can be asserted against anyone, and provides the owner with a monopoly right over the sign. However, the monopolization of a sign by a particular person restricts the freedom of potential subsequent users to choose a sign. Therefore, determining the scope of protection only by taking into account the interests of the trademark owner will lead to the exclusion of other actors in the market and to the damage or even the disappearance of free and fair competition. Therefore, in certain circumstances, the interests of third parties should prevail over those of the trademark owner. Article 7/5 of the IPC, in line with the predecessor EU Trademark Directive 2015/2436 (Art. 14) and EU Trademark Regulation 207/2009 (Art. 14), as amended by Regulation 2015/2424, clarifies the conditions under which an act that actually constitutes infringement may be considered as bona fide use. Nevertheless, the wording of the provision leaves some questions unanswered. As a matter of fact, whether honest use should be considered as an objection or a defense, what should be understood from the expression “honest use” and “use in the ordinary course of commercial life”, whether trademark use is necessary within the scope of the provision, whether the cases listed in the provision are exhaustive or exemplary, and whether honest use can only be considered limited to the cases of infringement under Article 7/1 of the IPL.

Keywords

Honest use, Defence, Honest Practices in Industrial and Commercial Matters, Use as Trademark.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 10.08.2023 / Kabul Tarihi: 20.10.2023).

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (gbuyukkilic@marmara.edu.tr; ORCID ID: 0000-0002-3484-7002).
Atıf/Citation: Büyükkılıç, Gül (2023), “Avrupa Birliği ve Türk Marka Hukuku Doktrini ve Yargı Kararları Işığında Dürüst Kullanım Savunmasının Koşullarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, TFM, C: 9, S: 2, s. 199-217.

I. GİRİŞ

Marka hakkı, mutlak nitelikte, herkese karşı ileri sürülebilen, sahibine işaret üzerinde tekel hakkı sağlayan güçlü malvarlığı haklarından biridir. Marka koruması, sadece mal/hizmetlerin tüketicilerce ayırt edilebilmesini sağlayacak yaratıcı ibarelerin sahiplerini değil, aynı zamanda orijinal mal/hizmeti tercih edebilmeleri bakımından tüketicileri ve daha geniş ölçekte rekabet piyasasının sağlıklı ve istikrarlı bir şekilde işleyebilmesi bakımından toplumu koruyucu nitelik taşır.

Ticari hayatın gereklilikleri, markaya sağlanan mutlak korumanın bazı hâllerde esnetilmesini gerekli kılar. Nitekim, bir işaretin belirli bir kimsenin tekeline verilmesi, potansiyel sonraki kullanıcıların işaret seçimine ilişkin özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Öte yandan koruma kapsamının sadece marka sahibinin menfaatlerinin dikkate alınarak belirlenmesi, piyasadaki diğer ekonomik aktörlerin devre dışı kalmasına, serbest ve haklı rekabetin zedelenmesine ve hatta ortadan kalkmasına sebep olur. İşte bu sebeptir ki, ilgili tüm tarafların menfaatleri arasında dengenin sağlanması ve bu çerçevede belirli hâllerde marka sahibi yerine üçüncü kişilerin menfaatlerine üstünlük tanınması gerekir.

Konuya ilişkin temel düzenleme, marka tesicilinden doğan hakların istisnalarına ilişkin SMK m. 7/5'tir. Hüküm, mehz AB Marka Direktifi (m. 14)¹ ve AB Marka Tüzüğü'ne (m. 14)² önemli ölçüde benzer olup, marka hakkına tecavüz iddiasıyla karşı karşıya kalan kimsenin hangi koşullar altında meşru kullanım sınırlamasını geçerli olarak ileri sürebileceğine önemli ölçüde açıklık getirmektedir. Ancak SMK m. 7/5'nin lafzı sınırlamaya ilişkin bazı soruları cevapsız bırakmaktadır. Nitekim meşru kullanımın hukuki niteliği, "dürüst ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanım" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, bu çerçevede hükmün TMK m. 2 karşısındaki durumu, "ticari hayatın olağan akışı" kavramının neyi ifade ettiği, hüküm kapsamında markasal kullanımın gerekli olup olmadığı bunlardan bazılarıdır.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki meşru kullanım, somut olay bazında bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Bu durum bir yandan farklı tür uyumsuzluklarda hakkaniyete uygun kararlar verilebilmesi için gerekli esnekliği sağlarken, diğer yandan konuya ilişkin net bir çerçevenin çizilmesini zorlaştırır³.

Bu çalışmada meşru kullanım sınırlamasına ilişkin tespit edebildiğimiz belirsizliklere Avrupa Birliği ve Türk marka hukuku doktrini ve yargı kararları ışığında açıklık kazandırılmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede, ilk olarak sınırlandırmanın amacı ve konuya ilişkin hukuki düzenlemelere yer verilmiş, ardından meşru kullanım sınırlaması kavram ve hukuki nitelik açısından incelenmiş, sonrasında sınırlamanın koşulları tespit edilerek konuya ilişkin tartışmalı hususlar değerlendirme konusu yapılmış ve meşru kullanıma ilişkin bazı kriterlerin tespitiyle konuya bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır⁴.

II. AMAÇ

SMK kapsamında tescilli marka sahibi, markasını tescil kapsamındaki mal/hizmetlerde tekeli biçimde kullanma, bu kapsamda ekonomik olarak değerlendirme, dava veya dava dışındaki hukuki taleplere konu etme ve hatta dilerse bu hakkı sona erdirmeyi kapsayan güçlü ve geniş bir korumaya sahiptir. Tescil konusu yapılabilecek işaretler de SMK m. 4'te sınırlandırılmamış ve ayırt edici olmak ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla her türlü işaretin marka olarak tescil edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Bu çerçevede tescilli marka sahibine sağlanan korumanın makul sınırlar içerisinde kalmasını sağlayan düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ihtiyacın bir gereği olarak kabul edilen SMK m. 7/5'in madde gerekçesinde buna ilişkin bir ifade yer almamakta ise de mehz AB Marka Direktifi (m. 27) ve Tüzüğü'nün (m. 21) Açıklayıcı

¹ 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, OJ L 336/1, 23.12.2015 (AB Marka Direktifi/AB Direktifi/Direktif).

² Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark, OJ L 154/1, 16.06.2017 (AB Marka Tüzüğü/AB Tüzüğü/Tüzük).

³ **Mazzone**, Jason (2009), 'Administering Fair Use' William & Mary Law Review, S: 51, C: 2, s. 400; **Bracha**, Oren (2007), 'Standing Copyright Law on Its Head? The Googlization of Everything and the Many Faces of Property' Texas Law Review, S: 85, s. 1857.

⁴ 'Avrupa Birliği ve Türk Marka Hukuku Doktrini ve Yargı Kararları Işığında Dürüst Kullanım Savunmasının Koşullarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' konusu Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyumu'nda sözlü bildiri olarak sunulmuştur. Bu çalışma, bildiri kapsamında belirtilenlerin yanı sıra konuya ilişkin birçok farklı sorun ve öneriyi de ihtiva etmektedir.

Notlarında bir markanın sağladığı münhasır hakların, marka sahibine, üçüncü şahıslar tarafından adil bir şekilde ve dolayısıyla sını ve ticari konularda dürüst uygulamalara uygun olarak seçilen işaretlerin kullanımını yasaklama hakkı vermemesi ve hükmün başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklere tam anlamıyla saygı gösterilmesini sağlayacak şekilde uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu çerçevede sonuç olarak meşru kullanım sınırlamasıyla markaya sağlanması gereken makul koruma alanını aşan bir tekel hakkı verilmesinin önüne geçilmesinin, böylece marka sahibinin işaret üzerindeki tekel hakkı ile işaretin serbestçe kullanımına ilişkin kamu yararı arasındaki dengenin sağlanmasının amaçlandığını söylemek mümkündür⁵.

III. HUKUKİ DÜZENLEMELER

Meşru kullanımın yer aldığı ilk düzenleme 1883 tarihli Sinaî Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Anlaşması⁶ m. 10 mükerrer 2 olup, söz konusu hükümde haksız rekabet hâlleri dürüst uygulamalara aykırılık üzerinden tanımlanmış ve ticari ve sını konulardaki dürüst uygulamalara aykırı olan her türlü rekabet davranışının haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir.

Konuya ilişkin bir diğer uluslararası düzenleme TRIPS m. 17'dir⁷. Bu hüküm uyarınca, “*Üye ülkeler,*

marka sahibinin ve üçüncü tarafların meşru menfaatlerini dikkate almak kaydıyla, tanımlayıcı terimlerin dürüst kullanımı gibi bir markanın sağladığı haklara sınırlı istisnalar getirebilirler.”

Anayasa'nın 90/5'in maddesi gereği, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde*” olduğundan, iç hukukta gerek Paris m. 10 mük.2 gerekse TRIPS m. 17 hükümlerine başvurmak mümkündür.

Meşru kullanım, AB Marka Direktifi ve AB Marka Tüzüğü'nde (m. 14) “Markanın hukuki sonuçlarına ilişkin sınırlamalar” (“*Limitations of the effects of trademark*”) başlığı altında detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün ilk fıkrasında, ticaret sırasında olmak kaydıyla gerçek kişilerin⁸ kendi ad ve adresini belirtmesi, üçüncü kişilerin mal ve hizmetler ile ilgili açıklamada bulunması ve özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça gibi malların ya da hizmetlerin kullanım amacını göstermek bakımından gereklilik bulunan hâllerde markanın kullanılması marka sahibince önlenemeyecek durumlar olarak düzenlenmiş, ikinci fıkrasında ise ilk paragraftaki düzenlemenin yalnızca üçüncü taraf kullanımının sını ve ticari konularda dürüst uygulamalara uygun olması halinde geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır.

Türk marka hukukunda markanın meşru kullanımına ilişkin ilk düzenleme mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁹ (556 sayılı KHK) 12. maddesidir. “Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna” başlıklı bu maddede, dürüstçe ve ticari veya sını konularıyla ilgili olarak kullanılmalari şartıyla üçüncü kişilerin, ad ve adreslerini, ürün veya hizmetlerle ilgili cins, kalite miktar, kullanım amacı,

de Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299, Apr. 15, 1994, 33 I.L.M. 81, 1197 (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) (TRIPS) (https://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm) s.e.t. 09.08.2023.

⁵ **Tekinalp**, Ünal (1998), 'Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması' Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, s. 636 (Üçüncü Kişi); **Nomer Ertan**, Nedret Füsün (2022), 'Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-Audi Örneği' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S: 2, C: 22, s. 1117 vd.; **Karasu**, Rauf & **Suluk**, Cahit & **Nal**, Temel (2022) Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 209-210. Meşru kullanımın amaçsal yorumuna ilişkin ayrıca bkz. **Goodyear**, Micheal P. (2020), 'Fair Use, the Internet Age, and Rulifying the Blogosphere' The Law Review of the Franklin Pierce Center for International Property, S: 61, s. 6; **Leval**, Pierre N. (1990) 'Toward a Fair Use Standard' Harvard Law Review, S: 103, C: 5, s. 1136; **Madison**, Michael J. (2005), 'Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform' Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, S: 23, C: 2, s. 392; **Wang**, Ji & **He**, Tianxiang (2019), 'To Share is Fair: The Changing Face of China's Fair Use Doctrine in the Sharing Economy and Beyond' Computer Law & Security Review, S: 35, C: 1, s. 27; **Zelechowski**, Lukasz (2018), 'Invoking Freedom of Expression and Freedom of Competition in Trade Mark Infringement Disputes: Legal Mechanisms for Striking a Balance' ERA Forum, s. 117-118.

⁶ Paris Convention for the Protection of Industrial Property (as amended on September 28, 1979). Bkz. Paris Sözleşmesi'nin Türkçe'ye çevirisi, 20.11.1975 Tarih ve 15148 Sayılı Resmi Gazete.

⁷ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade

⁸ Karş. (mülga) First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the laws of the Member States Relating to Trade Marks, OJ L 040, 11.02.1989 (89/104 sayılı Birinci Konsey Direktifi) m. 6. (89/104 sayılı Direktif'ten farklı olarak AB Direktifi ve Marka Tüzüğü'nde üçüncü kişinin adının veya adresinin belirtildiği durumların hüküm kapsamında değerlendirilebilmesi, üçüncü kişinin gerçek kişi olduğu haller ile sınırlı tutulmuştur).

⁹ 27.06.1995 Tarih ve 22326 Sayılı Resmi Gazete.

değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemeyeceği düzenlenmişti. AB Marka Direktifi ve Tüzüğü'nde ki anlam netliğinin KHK'da bulunmaması sebebiyle hüküm SMK'da aslına uygun biçimde yeniden kaleme alınmıştır. Nitekim SMK m. 7/5 uyarınca,

“Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması.

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.”

SMK m. 7/5, KHK'dan farklı olarak aksesuar ve yedek parçalarda kullanım istisnasını ihtiva etmektedir. Yine KHK'dan farklı olarak, kullanımın “dürüstçe ve ticari veya sınai konularıyla ilgili olması” yerine “dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde olması” şartı getirilmiştir. SMK hükmü mehz AB düzenlemelerine lafzen oldukça yakındır. Ancak Direktif ve Tüzük m. 14/1'de “ticaret sırasında kullanım” koşuluna yer verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu kullanımların sınai veya ticari konularda dürüst uygulamalara uygun olması aranmıştır. Öte yandan madde başlığında SMK'dan farklı olarak “istisna” (*exception*) değil “sınırlama/sınır” (*limitation*) ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir¹⁰.

IV. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİK

Kanunkoyucu SMK m. 7'de markanın tesciliyle beraber sahibine sağladığı hakları sıralandıktan sonra, hükmün son fıkrasında bir kullanımın hangi hâllerde ve hangi koşullar çerçevesinde marka hakkına dayanılarak engellenemeyeceğini kaleme almıştır. Bu çerçevede dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı

içinde olmak kaydıyla hükümde sayılan üç istisnai halden birine giren bir durum marka hakkına dayanılarak engellenememektedir.

Doktrinde SMK m. 7/5 hükmü için “dürüst kullanım” veya “dürüstçe kullanım” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Ancak dürüst kullanım, hükümdeki istisnai kullanım halleri için getirilen bir kriterdir. Diğer bir ifadeyle somut olaya konu bir durumun önce hükümdeki istisnalar kapsamına girip girmediği tespit edilmeli, istisna kapsamında olması halinde de dürüst kullanım kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere “dürüst kullanım”ın hükmün tamamını içine alacak şekilde bir üst başlık ifadesi olarak kullanılması yerinde değildir¹¹. Bu çerçevede, hükümdeki sayılan hâllerin dürüst kullanım halleri değil “istisnai haller” olarak ifade edilmesi ve SMK m. 7/5 hükmü için “meşru kullanım” üst başlığının kullanılması gerektiği kanaatindeyiz¹².

Bu başlık altında değinilmesi gereken önemli bir husus, meşru kullanımın mahkemece re'sen nazara alınacak olmasıdır. Diğer bir ifadeyle somut olayın koşulları çerçevesinde dosyaya sunulan bilgi ve belgelerden uyumsuzluk konusu kullanımın meşru olduğu mahkemece tespit edilebiliyorsa, ileri sürülmemiş olsa dahi meşru kullanım dikkate alınmaktadır. Nitekim Yargıtay konuya ilişkin bir kararında meşru kullanımın marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna oluşturacağından bahisle “... marka sahibi aynı K.H.K.nin 9 ve 61. maddelerine dayalı önleme hakkını ileri süremeyecek olup, 556 Sayılı K.H.K.nin 12. maddesinin mahkemelerce re'sen dikkate alınması gereklidir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir¹³. Bir başka kararında “... davalının, davacı adına tescilli markayı kullanım şeklinin 556 Sayılı KHK'nın 12. maddesine göre dürüst kullanım kapsamında kalıp kalmadığı tartışılıp değerlendirilerek ulaşılabacak sonuç

¹⁰ AB mevzuatına paralel şekilde “sınırlama/sınır” ifadesinin kullanımının daha yerinde olacağı düşünülmektedir. Konuya ilişkin gerekçelendirme için bkz. IV. Kavram ve Hukuki Nitelik.

¹¹ Pınar, Hamdi (2020), ‘Haksız Rekabet ve Marka Hukuku Açısından Dijital Ekonominin Yeni Bir İş Modeli: Şikâyet Siteleri’ Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, S: 36, C: 2, s. 157, dn. 70.

¹² “Hukuka uygunluk sebebi” teşkil ettiği yönünde bkz. Yasaman, Hamdi (2021) Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C: 2, Ankara, On İki Levha (Şerh), s. 1774; “Hukuka uygun kullanım savunması” ifadesi için bkz. Çolak, Uğur (2023) Türk Marka Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 844; “Hukuka uygun kullanım halleri” ifadesi için bkz. Çolak, s. 847.

¹³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 30.05.2011, E: 2009/14167, K: 2011/6513 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken bu yönden değerlendirme yapılmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁴. Ancak konuya ilişkin uyumsuzlukların çoğunda meşru kullanım iddiasında bulunulduğunu, dolayısıyla mahkemece re’sen bir değerlendirme yapılmasına gerek kalmadığını da belirtmek gerekir¹⁵.

Maddenin içeriğini ifade etmesi açısından “istisna” kavramının ne derece yerinde olduğu da sorulanması gereken bir diğer husustur. Nitekim daha önce de ifade edildiği üzere mehaz AB Direktif ve Tüzüğü’nün madde başlığında SMK’dan farklı olarak “istisna” (*exception*) yerine “sınırlama/sınır” (*limitation*) kavramının kullanımı tercih edilmiştir. Marka hakkına bağlanan hukuki sonuçları sınırlandırıcı etkisi sebebiyle meşru kullanımının bir istisnadan ziyade sınırlayıcı etkiye sahip özel bir durum olduğunun kabulü hukuken daha yerinde olacaktır. Gerçekten de meşru kullanımın olduğu bir durumda aslında marka hakkına dayanılarak engellenebilecek eylemler marka sahibi tarafından önlenememekte, yani marka sahibine sağlanan korumanın kapsamı sınırlanmaktadır. Bu çerçevede SMK m. 7’nin başlığının AB düzenlemelerine paralel olarak “Marka tescilinden doğan hakların sınırı” (*Limitation of the effects of an EU trade mark*) olarak değiştirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

V. DÜRÜSTÇE VE TİCARİ HAYATIN OLAĞAN AKIŞI İÇERİSİNDE KULLANIM

A. GENEL OLARAK

SMK m. 7/5’te dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, gerçek kişilerin kendi ad ve adresini belirtmesi, üçüncü kişilerin mal ve hizmetler ile ilgili açıklamada bulunması ve özellikle aksesuar, yedek parça veya

eşdeğer parça gibi malların ya da hizmetlerin kullanım amacını göstermek bakımından gereklilik bulunan hâllerde markanın kullanılması marka sahibince önlenemeyecek durumlar olarak sayılmıştır. Bu hükümden yola çıkarak meşru kullanım sınırlamasından bahsedebilmek için; üçüncü kişi kullanımının

- Dürüstçe olması
- Ticari hayatın olağan akışı içerisinde olması
- Hükümde sayılan hâllerden birine girmesi gerekir.

Bu koşullara ilişkin detaylı açıklamalara geçmeden önce şunu hatırlatmak gerekir ki, SMK’dan farklı olarak mehaz AB düzenlemelerinde kullanımın dürüstçe olması ayrı bir koşul olarak değil, “ticaret ve sanayiye ilişkin konularda dürüst uygulamalar” şeklinde tek bir koşul şeklinde kaleme alınmıştır. Doktrinde haklı olarak dürüst kullanım ile ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanımın ayrı koşullar olmadığı, bu durumun tercüme hatasından kaynaklandığı ve söz konusu ifadenin “ticari hayatın olağan akışında dürüst kullanım” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶. Bu bağlamda, SMK’da yer alan “dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışına uygun kullanımlar” ifadesi “ticari hayatın olağan akışına uygun dürüst kullanımlar” şeklinde yorumlanmalıdır. Çalışmanın bu başlığı altında, hüküm kapsamındaki “dürüstlük”ün TMK m. 2 karşısındaki durumu, “ticari hayatın olağan akışı” kavramından ne anlaşılması gerektiği, hüküm kapsamında markasal kullanımın gerekli olup olmadığı ve meşru kullanım ilişkin kriterler üzerinde durulacaktır.

B. TMK M. 2 KARŞISINDAKİ DURUM

TMK m. 2/1 uyarınca herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Maddenin ikinci fıkrasında hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiş ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dürüstlük kuralı sadece sözleşmelerin yorumunda ve borçların ifasında değil, özel hukukun tüm alanlarında ve hatta kamu hukuku alanında da uygulama imkânına sahip olan bir temel hukuk

¹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 20.11.2017, E: 2016/4389 K: 2017/6336. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 12.10.2020, E: 2020/90 K: 2020/3985; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 07.10.2019, E: 2018/5072, K: 2019/6194; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 20.06.2013, E: 2011/10052, K: 2013/12932 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵ Örneğin bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 26.09.2022; E: 2021/4214, K: 2022/6274 T. 26.9.2022; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 30.10.2017, E: 2016/3606, K: 2017/5841; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 11.02.2016, E: 2015/3156, K: 2016/1383; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.04.2015, E: 2014/19022, K: 2015/4558; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 14.02.2014, E: 2012/15244, K: 2014/2618, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 14.10.2014, E: 2013/13627, K: 2014/15505, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 16.12.2003, E: 2003/5564, K: 2003/11974, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶ Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 640.

ilkesidir¹⁷. SMK m. 7/5'nin "dürüstlük"ü ihtiva etmesi, hüküm kapsamında dürüstlük ile TMK m. 2 anlamındaki dürüstlük kuralının birbiri karşısındaki durumunun değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Doktrinde bir görüş, maddede yer alan "dürüstçe" ifadesinin TMK m. 2'deki dürüstlük kuralını değil, daha çok ticari teamülü ifade ettiğini savunmakta, ancak dürüst kullanımın kapsamının yorumlanmasında sadece ticari teamüllerin dikkate alınmasının hükmün uygulama alanını daraltacağını, bu sebeple ticari teamüllerin yanı sıra TMK m. 2 anlamında dürüstlük kuralının da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir¹⁸.

Bir diğer görüş AB Direktif'indeki "in accordance with honest practices in industrial or commercial matters" ibaresinin "sıma ve ticari konulardaki dürüst uygulamalara uygun" anlamına geldiğini, buna göre ticari veya teknik bir zorunluluk olmadığı halde, sadece başkasının markasıyla iltibas yaratma amacı güdüyor ise, bu durumda dürüstçe bir kullanımdan söz edilemeyeceğinden bahisle SMK m. 7/5 anlamında "dürüstlük"ün daha dar anlamda ve ticari teamüllere uygun dürüst kullanım olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁹. Aynı yöndeki bir diğer görüş, dürüst teamüllere uygunluğun istisnaların sınırını tayin ettiğini, hükmün doğru anlaşılması için uyumsuzluğa konu durumun önce istisnalar kapsamına girip girmediğinin, istisna kapsamında olması halinde de dürüst teamüllere uygun olup olmadığının tespiti ardından bahse konu kullanımın hukuka uygun olup olmadığının belirlenebileceğini ifade etmektedir²⁰.

Diğer bir görüş dürüstçe kullanımın, genel iyiniyet kurallarına aykırı olmayan kullanımları ifade ettiğini savunmaktadır²¹. Benzer yönde bir diğer görüş

ise, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralları ile SMK 7/5'te kullanılan dürüstlük kavramı arasında bir genellik-özellik ilişkisinin var olduğunu ve SMK 7/5 anlamındaki ticari dürüstlük kurallarının yorumunda ticari alandaki teamüllerin yanı sıra genel hüküm olan TMK 2. maddeden de yararlanılabileceğini savunmaktadır²².

Bir başka görüş ise markanın serbest piyasadaki rekabet ve tekel ortamına etkisi nazara alındığında, yorum aracı olarak haksız rekabet anlamında dürüst ticaret (*fair dealing*) ölçütünün de kullanılmasının yararlı olacağını savunmaktadır²³.

ABAD, konuya ilişkin kararlarında meşru kullanım sınırlamasından, marka sahibinin meşru menfaatlerine ilişkin olarak dürüst bir biçimde hareket edilmesinin anlaşılması gerektiğini ifade ederek, Direktif ve Tüzük m. 14 anlamında "dürüstlük"ü genel anlamda iyiniyet kurallarına uygunluk değil de dar anlamda ticari teamüllere uygunluk şeklinde yorumlamaktadır²⁴. Nitekim Mahkeme'nin taraf markaları arasında bir ticari bir bağlantı olduğu izleniminin verilmediği, markanın değerini etkilemeyen, markayı kötülemeyen, markanın tanınmışlığından haksız olarak yararlanmayan, markanın tanınmışlığına ve ayırt edici karakterine zarar vermeyen kullanımların dürüst olarak değerlendirmesi de bu yaklaşımın izlerini taşımaktadır²⁵.

¹⁷ **Oğuzman**, Kemal & **Barlas**, Nami (2016) Medeni Hukuk, 22. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 265.

¹⁸ **Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Arkan (Fikri Mülkiyet), s. 452.

¹⁹ **Çolak**, s. 846.

²⁰ **Pınar**, s. 157, dn. 70.

²¹ **Arkan**, Sabih (1997) Marka Hukuku, C: I, Ankara (Marka), s. 132; **Kaya**, Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arkan Basım Yayım, s. 244; **Bozgeyik**, Hayri (2019) Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 124; **Çiçekçi Ercan**, Çiğdem (2013), 'Tescilli Markanın Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hukuka Uygun Dürüst Kullanım' Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, s. 256.

²² **Yasan**, Mustafa (2013), 'TTK M. 52'ye Göre 'Ticari Dürüstlüğe Aykırılık' Şartının İncelenmesi' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 21, C: 2, s. 215, **Çamlıbel Taylan**, Esin (2001) Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 62.

²³ **Rüzgar**, Eser (2013) Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 70.

²⁴ *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. v. Putsch GmbH*, 07.01.2004, C-100/02 (Gerolsteiner Brunnen kararı) para. 24 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-100/02>) s.e.t. 09.08.2023. *Bayerrische Motorenwerke AG (BMW) & BMW Nederland BV v. Deenik*, (Case C-63/97), 23.02.1999 (BMW kararı), para. 61. (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-63/97>) s.e.t. 09.08.2023. *Anheuser-Busch Inc. V. Budějovický Budvar, národní podnik*, 16.11.2024, C-245/02, para. 76. (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-245/02>) s.e.t. 09.08.2023.

²⁵ *The Gillette Company & Gillette Group Finland Oy v. LA-Laboratoires Ltd Oy*, 17.03.2005, C-228/03 (Gillette kararı), para. 49 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-228/03>) s.e.t. 09.08.2023. Tescilli bir araba markanın aynısının minyatür oyuncak versiyonlarında kullanılmasının, orijinal arabaların birebir reproduksiyonları olduğundan bahisle dürüst kullanım olmadığı yönünde bkz. *Adam Opel AG v. Autec AG*, 25.01.2007, C-48/05, para. 44-45 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-48/05>) s.e.t. 09.08. 2023.

Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında çoğu kez zorunluluk olmadığı halde sırf başkasının markasından yararlanmak amacıyla markanın kullanılmasının dürüst kullanım kapsamında değerlendirilmeyeceğine hükmetmektedir²⁶. Öte yandan bir üst başlıkta ifade edildiği üzere, Yüksek Mahkeme dürüst kullanımın re'sen nazara alınması gerektiğini ifade etmekte ve hatta bu hususta bir değerlendirme yapılmamasını bozma sebebi olarak kabul etmektedir. Mahkemenin bu yaklaşımı dürüst kullanımın TMK m. 2'nin özel bir görünümü olduğu yönündeki yaklaşımı destekler nitelikte mi olduğu sorusu akla gelebilir. Ancak objektif hukuk kuralı mahiyetindeki ticari örf ve adetinde re'sen nazara alınması gerektiğinden, bu sorunun olumsuz yanıtlanması gerekir.

Öte yandan dikkat etmek gerekir ki, dürüstlük kuralına uymakla yükümlü olanlar TMK m. 2/1'de "herkes" olarak ifade edilmiştir. Eşdeyişle, TMK kapsamında dürüstlük kuralı hakkın sahibini özne almaktadır²⁷. Buna karşılık SMK m. 7/5, marka sahibinin üçüncü kişilerce markasının meşru kullanımına engel olamayacağı koşulları düzenlemektedir. Dolayısıyla marka hukukunda söz konusu olan meşru kullanım sınırlamasında marka sahibi değil, üçüncü kişilerin kullanımları esas alınmaktadır²⁸. Nitekim ABAD de -yukarıda ifade edildiği üzere- konuya ilişkin önemli bir kararında hükümdeki "dürüst uygulamalar" ibaresinin üçüncü kişinin marka sahibinin meşru menfaatleriyle ilgili olarak dürüstçe hareket etme konusundaki yükümlülüğüne işaret ettiğini vurgulamıştır²⁹.

Ticari teamül olarak yerleşen bir uygulamanın dürüstlük kuralına aykırı olması hayatın olağan akışına aykırıdır. Dolayısıyla ticari teamül kıstası özünde dürüstlük kuralına uygun kullanım kriterini de barındırmaktadır. Ancak ticari teamül sınırlamasından bağımsız olarak genel nitelikteki dürüstlük kuralının kıstas olarak kabul edilmesi marka hak-

kına gereğinden fazla müdahale edilmesi ve menfaatler dengesinin marka sahibi aleyhine bozulması anlamına gelecektir. Böyle bir müdahale ise ancak kanunkoyucunun buna açıkça izin vermesi halinde mümkün olabilir. Bu çerçevede, SMK m. 7/5 anlamında "dürüstlük"ün kural olarak sını ve ticari konularla sınırlı tutulması, ancak hükmün amaçsal yorumuyla bu sınırı aşan istisnai durumların da dürüst kullanım değerlendirmesine konu olabileceği düşünülmektedir.

C. TİCARİ HAYATIN OLAĞAN AKIŞI İÇERİSİNDE KULLANIM

Meşru kullanım sınırlamasını düzenleyen SMK m. 7/5'te, dürüstçe kullanımın aynı zamanda "ticari hayatın olağan akışı içerisinde" olması aranmaktadır. Bu noktada ilk olarak, "hayatın olağan akışı içerisinde olma" kavramının incelenmesi gerekir. Doktrinde hayatın olağan akışını "*hayatta sık tekrar eden, tekrarlanması ihtimal dahilinde olan olayların veya bilimsel ve teknik bilgilerin oluşturduğu ve kendilerini oluşturan somut olaylardan bağımsız hale gelmiş kurallar*" olarak ifade edilmektedir^{30,31}. Buna paralel olarak, "ticari hayatın olağan akışı içerisindeki davranışlar" da ticari hayatta yapılması alışılabilir,

³⁰ Alangoya, Y. (2004), 'Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı' Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, s. 528, dn. 32; Uyar, Talih (2014), 'İİK'nın 280. Maddesi Kapsamında İptale Tâbi Kimi Tasarruflar' Ankara Barosu Dergisi, S: 2014/3, s. 429; Demir, Abdullah (2008), 'Yargıtay İçtihatlarındaki "Hayatın Olağan Akışı" Kriteri ve İslam Hukukundaki "Zahiri Hal Delili"' Terazi Hukuk Dergisi, S: 28, C: 3, s. 130. Ayrıca bkz. Erzeybek, Hakan (2022) 'Hayatın Olağan Akışına Aykırılık Kavramının İspat Hukuku Açısından Durumu' Yargıtay Dergisi, S: 48, C: 3, s. 915-917.

³¹ Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere hayatın olağan akışı fiili bir karineye vücut vermektedir ve bunu aksini iddia edenin iddiasını ispatlamak zorunda olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 25.03.2015, E: 2013/2238, K: 2015/1062 ("*...hukuk sistemimizde hayatın olağan akışının fiili karine olarak kabul gören bir ispat vasıtası olduğu, fiili karine denen yaşam deneyi kurallarının tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilirlik derecesi hakkında, hakim in kanaat edinmesine yarayan, yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümleri olduğu (Bilge Umar/Ejder Yılmaz: İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 165 vd. 174 ve 60 vd.), hemen bütün ilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında kararlılık ifade eden ölçüye göre, ispat yükünün hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşeceği (Prof. Dr. Baki Kuru: Hukuku Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001, s. 2011) kabul edilmelidir...*") (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.02.2022, E: 2020/1058, K: 2022/758 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 15.09.2003, E: 2003/1717, K: 2003/7742 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷ Antalya, Gökhan & Topuz Murat (2019) Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), Seçkin, Ankara, s. 511.

²⁸ Yaman, Özlem (2019) 'Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi' (Tür: Yüksek Lisans Tezi) Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 51.

²⁹ BMW kararı, para. 61.

ticari hayatın aktörlerince gerçekleştirilmesi olağan davranışlar şeklinde açıklanabilir³².

Mehaz AB Marka Direktif ve Tüzüğü'nde (m. 14), SMK m. 7/5'ten farklı olarak dürüst kullanımın "sınai veya ticari konulara ilişkin olması" şartı aranmaktadır. Bu noktada SMK'da geçen "ticari hayat" ile mehaz düzenlemedeki ifadenin kapsam olarak birbirinden farklı olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Nitekim KHK'da mehaz Direktif ve Tüzük'teki ifade kullanılmış iken SMK'da farklı olarak "ticari hayat" ifadesinin tercih edilmesi bilinçli bir tercihin ürünü olarak yorumlanabilir. Gerçekten de Türk Dil Kurumu "ticaret"i "ürün, mal vb. alım satımı; tecim", "sanayi"yi ise "Ham maddeleri işlemek, enerji kaynaklarını yaratmak için kullanılan yöntemlerin ve araçların bütünü; işleyim, uran, endüstri" şeklinde tanımlamıştır³³. Dolayısıyla söz konusu ifadeler lafzen yorumlandığında, "ticaret ve sanayiye ilişkin/ticari veya sınai konular" ifadesinin "ticari hayat" ifadesine nazaran kapsam olarak daha geniş olduğu söylenebilir. Ancak hükmün amacı ve "ticari hayatın olağan akışı içerisinde olma"nın anlamı dikkate alındığında, her iki hükümde kullanılan ifadelerin birbirine paralel olduğunu söylemek hukuken daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Zira ticari hayatın olağan akışı içerisindeki dürüst bir kullanım ile ticaret ve sanayiye ilişkin konulardaki dürüst uygulamalar arasında bir farklılığın olduğunu söylemek için makul bir gerekçe bulunmamaktadır. Kaldı ki kanunkoyucunun bu yönde bir yaklaşımı benimsediğine işaret eden doktrinel veya içtihadi bir veriye de rastlanmamaktadır. Öte yandan şu da bir gerçektir ki sınai ve ticari konular çoğu zaman örtüşmektedir. Yine de olası anlam karmaşalarını önlemek adına SMK m. 7/5'teki "ticari hayat" ifadesinin mehaz düzenlemeye paralel şekilde, "ticaret ve sanayiye ilişkin/ticari veya sınai konular" şeklinde revize edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Öte yandan ABAD'ye göre "ticari kullanımlar"dan anlaşılması gereken, markanın özel bir konu için değil, ticari avantaj sağlamak amacıyla kullanılması

dır³⁴. Dolayısıyla hükmün uygulanması bakımından belirleyici olan kullanımın özel kullanım sınırını aşmadığıdır. Bu çerçevede, bir markanın, eğitim-öğretim faaliyetleri, sanatsal çalışma gibi ticari olmayan amaçlar dahilinde serbestçe kullanımı mümkündür³⁵. AB Marka Direktifi (m. 27) ve Tüzüğü Açıklayıcı Notlarında da (m. 21) bir markanın üçüncü şahıslar tarafından sanatsal ifade amacıyla kullanımın aynı zamanda sınai ve ticari konulardaki dürüst uygulamalara uygun olduğu sürece adil olarak değerlendirilmesi ve düzenlemenin başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklere tam saygı gösterilmesini sağlayacak şekilde uygulanması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Öyleyse örneğin sanatsal bir faaliyette kullanım, ifade özgürlüğünün sınırlarını aşarak uyumsuzluk konusu markanın ayırt ediciliğinden veya itibarından haksız kazanç elde edilmesine olanak sağlıyorsa serbest bir kullanım söz konusu olmayacak ve ticari nitelikteki bu kullanımın dürüst olduğundan bahsedilemeyecektir³⁶.

D. MARKASAL KULLANIM

Markasal kullanım, doktrinde "bir işaretin, bu işareti taşıyan mal veya hizmetlerin köken itibarıyla diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yönelik olduğunun alıcılar tarafından anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılması" olarak tanımlanmaktadır³⁷.

³⁴ Google France SARL and Google Inc. V. Louis Vuitton Malletier SA, 23.03.2010, C-236/08, para. 50 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-236/08>) s.e.t. 09.08.2023; Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed, 12.11.2002, C-206/01, para. 40 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-206/01>) s.e.t. 09.08. 2023.

³⁵ **Khobragade**, Jagdish Wamanrao & **Anson**, C.J. (2022), 'Fair Use Provisions under the Indian Copyright Act: Awareness Among Librarians of Colleges and Universities in Maharashtra' Journal of Intellectual Property Rights, S: 27, s. 9.

³⁶ **Senftleben**, Martin (2022), 'Robustness Check: Evaluating and Strengthening Artistic Use Defences in EU Trademark Law' International Review of Intellectual Property and Competition Law, S: 53, s. 571; **Bohaczewski**, Michal (2020), 'Conflicts between Trade Mark Rights and Freedom of Expression Under EU Trade Mark Law: Reality or Illusion?' International Review of Intellectual Property and Competition Law, S: 51, s. 860. Doktrinde adil kullanım hakkının ifade özgürlüğü ile yakından ilgili olduğu ve bu nedenle anayasal bir hak olarak değerlendirileceği durumlar olduğu yönünde bkz. **Reid**, Amanda (2019), 'Safeguarding Fair Use Through First Amendment's Asymmetric Constitutional Fact Review' William & Mary Bill of Rights Journal, S: 28, C: 1, s. 40.

³⁷ **Arkan**, Sabih (2000), 'Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?' Banka ve Ticaret Hukuku Der-

³² "Ticari iş ile iştiğal edenlerin zihninde o yönde bir hukuk kuralı mevcuttuğu gibi sürekli olarak gerçekleştirilen ticari alışkanlıklar, ticari örf ve adet olarak tanımlanabilir." **Sulu**, Muhammed (2022), 'Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler' İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 9, C: 1, s. 2227.

³³ (<https://sozluk.gov.tr>) s.e.t. 09.08.2023.

Markanın temel fonksiyonu ayırt edicilik/kaynak göstermek olmakla beraber günümüzde markanın bu tarihi fonksiyonlarından ziyade reklam ve iletişim fonksiyonlarının daha ön planda olduğu yadsınmayacak bir gerçektir. Bu çerçevede kanaatimizce markasal kullanım, başta mal/hizmetin kaynağını göstermek olmak üzere yatırım, iletişim ve reklam gibi markanın türlü fonksiyonlarına hizmet edecek şekildeki kullanımları ifade eder³⁸. Dolayısıyla sadece markanın temel fonksiyonu olan kaynak gösterme/ayırt edicilik değil, diğer fonksiyonlarının yerine getiren kullanımlar da markasal kullanım kapsamına girer.

Bir üst başlıkta kullanımın ticari olması durumunda meşru kullanımdan bahsedilemeyeceği ifade edilmişti. Peki ticari kullanımdan anlaşılması gereken markasal kullanım mıdır? Diğer bir deyişle meşru kullanımdan bahsedebilmek için kullanımın markasal olmaması mı gerekmektedir?

Markaya tecavüzün söz konusu olabilmesi için markasal kullanımın gerekli olup olmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hakim görüş, hükümde sadece "kullanım" ifadesine yer verildiğinden, ayrıca bu kullanımın niteliğine ilişkin bir belirleme yapılmadığından marka hakkın tecavüz bakımından markasal kullanımın gerekli olmadığı yönündedir³⁹. Diğer görüş ise marka hakkına tecavüzden bahsedebilmek için markasal kullanımın gerekli olduğunu, ancak işaretin mal veya ambalaj üzerinde kullanılmasının zorunlu tutulmaması ge-

rektiğini⁴⁰, markasal kullanımın sınırının kaynak göstermenin yanı sıra reklam ve iletişim fonksiyonlarını da kapsayacak şekilde geniş tutulması gerektiğini savunmaktadır⁴¹.

Yargıtay istikrarlı bir şekilde üçüncü kişinin kullanımının markasal nitelikte olmamasını meşru kullanımın koşullarından biri olarak kabul etmektedir⁴². Nitekim davacı markasının davalının reklam kataloglarında ve mobilyaları üzerinde başkaca herhangi bir tanıtıcı işarete yer verilmeksizin kullanıldığı bir uyumsuzlukta, söz konusu kullanımın "... piyasaya sunulan ürünün diğer teşebbüslerce sunulan ürünlerden ayırt edilmesini sağlama yani markasal kullanım amacına yöneldiği..."nde bahisle meşru kullanım olarak kabul edilemeyeceğini gerekçe göstererek yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁴³. Bir diğer kararında da davacının inhisari lisans hakkı sahibi

gisi, S: 20, C: 3, (Markasal), s. 5, dn. 1; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 433. Bu çerçevede bir markasal kullanımdan bahsedebilmek için malların ve hizmetlerin üstüne veya ambalajına koymak suretiyle markanın piyasaya sunulması gerektiği yönünde bkz. **Bozbel**, Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, On İki Levha, s. 455.

³⁸ **Arkan**, Markasal, s. 5, dn. 1; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 433; **Dirikkan**, Hanife (2003) Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin, s. 277. "Markasal bir kullanımdan söz edilebilmesi için, sulandırma, markanın reklam gücü ve tanınırlığından haksız yararlanma veya markanın kaynak gösterecek şekilde kullanılması gereklidir." **Çolak**, s. 601, 897. Ayrıca bkz. **Senftleben**, 578; **Jacques**, Sabine (2016), 'A Parody Exemption: Why Trademark Owners Should Get the Joke' European Intellectual Property Review, S: 38, C: 8, s. 477-478.

³⁹ **Arkan**, Markasal, s. 5; **Tekinalp**, Üçüncü Kişi, s. 643; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 433; **Yasaman**, Şerh, s. 1783; **Yasaman**, Hamdi (2005) Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 310; **Kaya**, s. 240; **Bozbel**, 456; **Çiçekçi Ercan**, s. 267;

⁴⁰ **Çolak**, s. 601; **Bilge**, Mehmet Emin (2014) Ticari Ad ve İşaretlerin Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, Yetkin, s. 117.

⁴¹ **Çolak**, s. 601.

⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 08.03.2021, E: 2020/2187, K: 2021/2143 ("Söz konusu istisna hükmünden yararlanabilmek için üçüncü kişilerin kullanımının markasal kullanım mahiyetinde olmaması ve dürüstlük kuralları içerisinde ticari veya sınai konularıyla ilgili olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir."). Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 12.10.2020, E: 2020/90, K: 2020/3985; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K: 2019/2021, T: 12.03.2019, E: 2017/5444; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K: 2019/2735, T: 08.04.2019, E: 2018/727; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 22.11.2017, E: 2016/3414, K: 2017/6430; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 30.10.2017, E: 2016/3606, K: 2017/5841; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 11.2.2016, E: 2015/3156, K: 2016/1383; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.04.2015, E: 2014/19022, K: 2015/4558; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 14.02.2014, E: 2012/15244, K: 2014/2618; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 14.10.2014E: 2013/13627, K: 2014/15505; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 06.03.2014, E: 2013/15291, K: 2014/4255, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 13.06.2012, E: 2012/11-155, K: 2012/376; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 12.03.2019, E: 2017/5444, K: 2019/2021; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 08.04.2019, E: 2018/727, K: 2019/2735; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 31.05.2017, E: 2016/454, K: 2017/3242; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 12.04.2017, E: 2015/13410, K: 2017/2082; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 09.12.2015, E: 2015/6080, K: 2015/13276; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 04.03.2015, E: 2014/18190, K: 2015/2910; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 26.05.2014, E: 2014/708, K: 2014/9675; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 06.03.2014, E: 2013/15291, K: 2014/4255 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yüksek Mahkemece markaya tecavüzün söz konusu olabilmesi bakımından markasal kullanımın varlığı aranmakla birlikte markasal kullanım kavramının dürüst kullanım istisnası bağlamında yorumlanmasında bazı problemler olduğu yönünde bkz. **Bozkurt**, Burcu (2020) Markanın Dürüst Kullanımı (Tür: Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 59-60.

⁴³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 23.05.2019, E: 2017/4940, K: 2019/4104 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

olduğu markasının ve logosunun davalı işletmenin tanıtımında markasal ve baskın mahiyet arz edecek şekilde kullanıldığından bahisle SMK m. 7/5 kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir⁴⁴.

Şunu da belirtmek gerekir ki Yargıtay konuya ilişkin çoğu kararında, doktrindeki ikinci görüşe paralel olarak, uyumsuzluğa konu kullanımın tanıtıcı/açıklayıcı mahiyette olduğu durumlarda markasal kullanım olmadığı ve meşru kullanımın bulunduğu karar vermektedir. Nitekim davacıya ait “Thermoset” ibaresinin, davalıya ait “Nazen” markasının yanında kullanımının meşru olduğu iddiasının değerlendirildiği bir davada Yüksek Mahkeme, “*“Thermoset” kelimesinin mutfak malzemesi üretiminde ilgili ürünlerin cinsini belirtmek için kullanılması 556 Sayılı KHK 12. maddesi kapsamında bir kullanım olarak değerlendirileceği, davalının Thermoset ibaresini Nazen markasının yanında kullandığı bu kullanımlarda kırılmaz mutfak malzemesini nitelendirmek için thermoset ibaresine yer verildiği internet sitesinde ve tanıtım evrakında da kelime anlamına ilişkin açıklamalarda bulunarak kullanımın ürünlerin cinsini belirtmek amacıyla olduğu, bu kullanımın dürüst kullanım olduğu, bu nedenle davacının asıl markası olan “NAZEN” ibaresinin yanında thermoset ibaresinin kullanılması markasal kullanım olmadığı ve dürüstlük kapsamında kaldığı gerekçesiyle...*” yerel mahkemenin kararını onamıştır⁴⁵. Yine bir başka kararda, davacı taraf markasının davalı taraflarca bir program adı olarak kullanıldığı ve markasal kullanım olarak yorumlanamayacağı gerekçesiyle söz konusu kullanımın dürüst, dolayısıyla meşru kullanım kapsamında olduğuna kanaat etmiştir⁴⁶.

⁴⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 31.05.2017, E: 2016/454, K: 2017/3242, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 10.09.2019, E: 2018/602 K: 2019/5186 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 30.05.2017, E: 2016/590 K: 2017/3189. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 25.01.2021, E: 2020/1500 K: 2021/392 (“*Bölge Adliye Mahkemesince, dosya üzerinden yapılan istinaf incelemesinde; davalının davacının marka tescillerinden önce ilk kez Mart 2011 tarihinde www.blogger.com ve www.twitter.com sitelerinde “Sebi Bebi” ibaresini kullandığı tespit edilmiş, davalının, davacının markalarının tescilli olduğu sınıflardaki herhangi bir ürüne ilişkin ticari satış yapmaksızın kullanıcı olarak davacının rakiplerine ait kozmetik ürünler hakkındaki tecrübelerine yer vermekten ibaret eyleminin markasal kullanım kapsamında kalmadığı... gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmiştir.*”). Ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 20.04.2021, E: 2020/2025, K: 2021/3873; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 22.11.2017, E: 2016/3414, K: 2017/6430 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

SMK m. 7/5 lafzında “kullanım”dan bahsedilmekte, bu kullanımın niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemektedir⁴⁷. Kanaatimizce -bir üst başlıkta detaylarına yer verildiği üzere- sonraki kullanımın ticari olmaması gerekir, ancak ticari olmama mutlak olarak markasal olmama anlamına gelmemektedir. Elbette çoğu zaman bir işaretin markasal kullanımı ticari bir amacın göstergesidir. Ancak bu mutlak bir kural olmayıp, kullanımın zorunluluk arz ettiği durumlar bundan ayrı tutulmalıdır. Öte yandan ticari bir kullanımın da mutlaka markasal olması gerekmez. Markasal olmayan muhtelif kullanım şekilleri de ticari bir amacın gerçekleştirilmesine hizmet edebilir. Bu çerçevede Yargıtay’ın genel kabulü çerçevesinde kullanımın markasal olduğu her durumu otomatik olarak ticari (ve dolayısıyla meşru olmayan) kullanım olarak nitelendirip meşru kullanım sınırlamasının kapsamı dışında bırakmak istisnai durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Kaldı ki meşru kullanım, aslında tecavüz teşkil eden bir eylemin SMK m. 7/5’teki koşullar çerçevesinde marka sahibince engellenememesini ifade etmektedir. Marka hakkı kapsamında engellenebilecek fiilleri düzenleyen SMK m. 7/1-3 hükümleri incelendiğinde bunların birçoğunun -çifte aynılık durumu, karıştırılma ihtimali, tanınmış markanın itibarından veya ayırt ediciliğinden haksız yararlanma gibi- markasal kullanımı ihtiva ettiği görülmektedir. O hâlde bir yandan tecavüz teşkil etmesi markasal kullanımı gerektiren bir fiilin, ancak markasal olmayan kullanımlarının meşru olduğunun kabul edilmesi hükmün düzenleniş tarzına aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak, meşru kullanım sınırlamasında dikkat edilmesi gereken kullanımın markasal değil, ticari olup olmadığıdır. Ancak somut bir uyumsuzlukta markasal ve ticari kullanım örtüşebilir. Böyle bir ihtimâlde bir işaretin markasal kullanımının münhasıran hak sahibine ait olması gerektiğinin dikkatten kaçırılmaması, bu çerçevede markasal kullanımların SMK m. 7/5 kapsamında kabulü hususunda temkinli davranılması ve sadece markasal kullanımın zorunluluk teşkil ettiği istisnai durumlarla sınırlı olarak bu tür kullanımlara izin verilmesi gerekir. Zira aksi du-

⁴⁷ Mülga 556 sayılı KHK’da da meşru kullanım sınırlaması bakımından markasal olmama değil, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullanılmama şartı öngörülmüştü. Eşdeyişle, markasal olmakla birlikte dürüst kullanıma aykırı bir hal meşru kullanım sınırlaması kapsamında değerlendirilememekteydi.

rumda da marka sahibinin hakları gereğinden fazla sınırlanacak ve bu sefer de hüküm orantısız şekilde üçüncü kişi lehine uygulanmış olacaktır.

Bu noktada markasal kullanım değerlendirilmesinin markanın geleneksel fonksiyonu olan ayırt etme/kaynak gösterme fonksiyonu çerçevesinde mi yoksa iletişim, reklam gibi fonksiyonları da içine alacak şekilde mi yapılması gerektiği hususunun da değerlendirilmesi gerekir. Zira markasal kullanımın geniş yorumlanması üçüncü kişilerin hareket özgürlüğünü daraltıcı bir etkiye sahip olacaktır.

Yargıtay markasal kullanımın tespitinde daha çok kaynak gösterme/ayırt edicilik fonksiyonunu esas almaktadır. 2014 tarihli bir kararında markasal kullanımı şöyle açıklamıştır: “*Marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılan işaret olduğundan markasal kullanımdan söz edebilmek için de işaretin, ilgili bulunduğu mal veya hizmet ile bağlantıyı gösterecek biçimde ve işleve uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Örneğin, bir ticaret markasının, piyasaya sürülen malın veya ambalajının üzerine konulması ya da bir hizmet markasının, ilgili olduğu hizmetin sunulması sırasında kullanılması bu kapsamda bulunmaktadır*”⁴⁸. Esasen Yüksek Mahkeme’nin bu

yaklaşımının markasal kullanımları otomatik olarak meşru kullanım kapsamında dışında bırakan yaklaşımını dengeler nitelikte olduğu söylenebilir. Zira bir yandan meşru kullanımın sınırı olarak markasal olmama şartını getirerek üçüncü kişilerin hareket alanını daraltırken, diğer yandan markasal kullanımı kaynak gösterme/ayırt etme fonksiyonuyla sınırlı değerlendirerek taraf menfaatleri arasında denge sağlamaktadır.

Kanaatimiz markasal kullanım olan istisnai hâllerin de SMK m. 7/5 kapsamında değerlendirilebileceği yönünde olduğundan, markasal kullanımın da sadece geleneksel fonksiyonu olan ayırt etme/kaynak göstermeyle sınırlı olarak değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Zira günümüzde marka geleneksel fonksiyonlarından iletişim ve reklam fonksiyonlarıyla ön plandadır. Diğer bir ifadeyle, işaretin ticari olarak kullanılması ayırt etme/kaynak göstermeden ziyade iletişim ve reklam fonksiyonlarında söz konusu olmaktadır. O hâlde markasal kullanımın dar bir şekilde yorumlanması ticari kullanımları devre dışı bırakmaya çalışan meşru kullanım sınırlamasının özülü çelişen bir tablo yaratacaktır. Sonuç olarak, markasal kullanımın sadece kaynak gösterme fonksiyonuyla sınırlı olarak düşünülmesi, reklam, iletişim, garanti, kalite gibi markanın diğer fonksiyonları da bu bağlamda değerlendirme konusu yapılması gerektiği düşünülmektedir⁴⁹.

E. MEŞRU KULLANIMA İLİŞKİN KRİTERLER

SMK m. 7/5’te istisnai kullanım hâlleri, gerçek kişilerin kendi ad ve adresini belirtmesi, üçüncü kişilerin mal ve hizmetler ile ilgili açıklamada bulunması ve özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça gibi malların ya da hizmetlerin kullanım amacını göstermek bakımından gereklilik bulunan

⁴⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 28.03.2014, E: 2013/16785, K: 2014/6143. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 08.03.2021, E: 2020/2187, K: 2021/2143 “... mobilya ürünleri üzerinde ise “KUPA” şeklini markasal olarak kullandığı, ayrıca davalı kataloglarında gerek açıklama, gerekse mobilya üzerinde başkaca hiçbir tanıtıcı işarete yer verilmediği dikkate alındığında davalı yan kullanımlarının mobilya ürününün modelini belirtmekten ziyade, piyasaya sunulan ürünün diğer teşebbüslerce sunulan ürünlerden ayırt edilmesini sağlama yani markasal kullanım amacına yöneldiği ve kullanımın markasal kullanım mahiyetinde olduğunun kabulü gerekirken Dairemizin anılan Bozma İlamına yanlış anlam verilerek bu kullanımın dürüst ticari kullanım mahiyetinde olduğu, şeklinde hatalı değerlendirmeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, ve davaçı yararına bozmayı gerektirmiştir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Markasal kullanım hallerine örnek olarak bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 19.01.2022, E: 2020/5953, K: 2022/397 “...556 Sayılı KHK 9/2 e maddesinde düzenlenen “işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmadığı halde işaretin aynısını veya benzerini internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde kullanması şeklinde markasal kullanım olduğu...”; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 15.02.2022, E: 2020/7011, K: 2022/1123 (“... marka hakkına dayanılarak dava açılmasının markasal kullanım olmadığı...”); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 07.04.2022, E: 2020/7921 K: 2022/2933 (“... müvekkil “Iz beybi” markasını 35. sınıfta yer alan satış hizmetlerine uygun bir biçimde yalnızca fiziki olarak yürüttüğü satış hizmetlerinde kullanmasının markasal kullanım kapsamında olduğu.”) (Kazancı İçtihat Bilgi

Bankası); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.04.2015, E: 2014/19022, K: 2015/4558 (“... Kot pantolonların iç kısmında yer alan bir ibarenin, mağaza çalışanlarının ürünleri takibi ve sınıflandırılması için model ismi olarak kullanılması markasal kullanım oluşturamaz...”.) **Bektaş, İbrahim & Gürel, Murat & Tekin, Ufuk** (edt.) (2015) Yargıtay Kararları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, S: 31, C: 2, s. 435-436.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 19.12.2014, E: 2014/13947, K: 2014/20114 (“... Faturalarda yer almayan ürünün teknik özelliklerini belirten bir ibarenin sadece şirket içi yazışmalarda kullanılması, markasal kullanım sayılmaz...”.) (**Bektaş & Gürel & Tekin**, s. 280).

⁴⁹ **Senftleben**, 578; **Jacques**, Sabine (2016), ‘A Parody Exemption: Why Trademark Owners Should Get the Joke’ European Intellectual Property Review, S: 38, C: 8, s. 477-478.

hâller şeklinde sıralanmıştır. SMK 7/5-(b) bendindeki “... diğer niteliklerine ilişkin açıklamalar...” ve (c) bendindeki “... özellikle aksesuar, yedek parça...” ifadelerinden hükümde örnekleme sayım ilkesinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki mülga KHK döneminde de mehz düzenleme olan 89/104 sayılı AB Direktifi’nde yer alıp KHK’da yer verilmeyen aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça istisnasının, (b) bendi kapsamında yorumlanabileceği, dolayısıyla bunların sınırlı sayıda olmadığı belirtilmekteydi⁵⁰.

Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında, istisnai kullanım hâllerinin hükümden sınırlı olmadığına işaret etmiştir. Şöyle ki “Corian” ve “Monteli” markalı akrilik esaslı malzemelerin işlenerek monte edilmesi amacıyla yapılan sözleşmenin haksız (olduğu iddia edilen) feshi sonrası, davacı tarafca satın alınan markalı ürünlerin satışının yapılabilmesi için internet sitesinde markaların kullanılmış olmasının dürüst (ve dolayısıyla meşru) kullanım kapsamında değerlendirildiği bu davada SMK m. 7/5’in (KHK m. 12), “... tescilli markanın üçüncü kişiler tarafından markasal kullanımının dürüstlük kuralınca haklı görülebileceği diğer hâlleri zikretmediği, somut olayda davacının sözleşmenin feshinden önce aldığı Corian ve Monteli markalı malları yeniden ticaret mevkiine koyması makul ve kabul edilebilir bir davranış olduğu...”ndan bahisle somut uyumsuzlukta kullanımın meşru kullanım olduğuna hükmetmiştir⁵¹. Benzer şekilde ABAD de 2005 tarihli bir kararında, tıraş bıçaklarının yedek parça sayılıp sayılmayacağı sorusuna cevaben, hükümdeki istisna kapsamının yedek parça ve aksesuarla sınırlı olmadığını, maddede sayılanların örnek mahiyetinde olduğunu belirtmiştir⁵².

⁵⁰ **Tekinalp**, Üçüncü Kişi, s. 643-644. Aynı yönde bkz. **Yasaman**, Şerh, s. 1783-1784; **Kaya**, Arslan & **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Nomer Ertan**, Nedret Füsün (2022), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat, s. 310.

⁵¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 26.09.2022, E: 2021/4214, K: 2022/6274 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵² *Gillette* kararı, para. 32. Aynı yönde bkz. **Yasaman**, Şerh, s. 1784. Dürüst kullanım hallerine kanunda yer verilmesinin yerinde olmadığı, zira bu yaklaşımın diğer kullanımların hariç tutulduğu düşüncesine yol açabileceği, ticaretin ve teknolojinin hızlı gelişiminin getirdiği sirkülasyona mahkemelerin daha iyi ayak uydurabilmesi ve her somut olayı dürüst kullanım çerçevesinde her açıdan kolayca inceleyebilmesi için kanunda örneksene yapılmaması gerektiği yönünde bkz. **Parchomovsky**, Gideon & **Goldman**, A. Kevin (2007), ‘Fair Use Harbors’, *Virginia Law Review*, S: 93, C: 6, s. 1486.

Bu yaklaşım hükmün amacıyla da bağdaşır niteliktedir. Zira aksi yönde bir kabul, hükümde sayılmamakla beraber, uygulamada karşılaşılabilecek ve hükümdeki koşulları sağlayan diğer istisnai kullanım hâllerinin kapsam dışı kalmasına sebep olarak üçüncü kişilerin hareket alanının hükmün özüyle bağdaşmayacak şekilde daralmasına sebep olacaktır. Ancak şunu da önemle belirtmek gerekir ki, hükmün (b) ve (c) bentlerinde sınırlayıcı sayım ilkesinden sapılmış ise de, SMK m. 7/5-a,b ve c’nin tamamı bakımından bu durumun kabulü, yani maddenin bütünüyle örnekleme olarak tanzim edildiği şeklinde bir yorum yapılmaması gerekir⁵³. Nitekim böyle bir yorum istisnai nitelikteki bir hükmün dar yorumlanması ilkesiyle tezat bir tablo oluşturur.

Bu başlık altında, ayrı bir çalışmayı gerektirecek kapsamda olduğundan hükümdeki istisnai kullanım hâllerine değinilmemiş, sadece doktrin ve uygulamaya yol göstermesi açısından meşru kullanıma ilişkin bazı kriterlerin tespitine odaklanılmıştır.

Daha önce de ifade edildiği üzere meşru kullanıma ilişkin ilk hukuki düzenleme olan Paris Sözleşmesi’nde, haksız rekabet meşru kullanım üzerinden tanımlanarak, ticari ve sınai konulardaki dürüst uygulamalara aykırı olan her türlü rekabet davranışının haksız rekabet teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır. AB düzenlemelerinde de Paris Sözleşmesi’ndeki bu yaklaşımın esas alındığı ve üçüncü kişi kullanımının ancak haksız rekabet teşkil etmemesi halinde meşru kullanım kapsamında kabul edilebileceği, diğer bir ifadeyle haksız rekabetin meşru kullanımın sınırını oluşturduğu ifade edilmektedir⁵⁴.

Meşru kullanım koşullarının daha iyi anlaşılması için ABAD’nin konuya ilişkin kararları da yol gösterici olacaktır. Meşru kullanım sınırlamasını ilk olarak 1999 tarihli *BMW* kararında yorumlamış olup, bu kararda Mahkeme, “ticari ve sınai konulardaki dürüst uygulamalara uygun olma” ifadesinin üçüncü kişinin, marka sahibinin meşru menfaatleri bakımından dürüst şekilde hareket etme yükümlülüğünü kapsadığına işaret etmiştir⁵⁵.

⁵³ Bu gerekçeyle şikâyet sitelerini bu kapsama dahil etmek yine de mümkün olmadığı yönünde bkz. **Pınar**, s. 156.

⁵⁴ Orijinal metinde “honest use” (dürüst kullanım) ifadesi tercih edilmiştir [**Bently**, Lionel & **Sherman**, Brad (2018) *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, s. 1064.]

⁵⁵ *BMW* kararı, para. 61. Kararda ticari hayatta dürüst kullanıma bir diğer örnek olarak, Hukuk Sözcüsünün görüşünde (para. 54) yer

2004 yılında verdiği *Gerolsteiner Brunnen* kararında ABAD, “ticari ve sınai konulardaki dürüst uygulamalara uygun olma” kavramına ilişkin *BMW* kararındaki açıklamayı tekrar ettiğinden sonra, somut bir olayda meşru bir kullanımın bulunmadığının kabulü için, üçüncü kişinin kullandığı işaret ile marka arasında belirli düzeyde benzerlik olmasının gerektiğini, ancak sadece işitsel anlamda benzerliğin tek başına yeterli olmayacağını, markanın ürün üzerinde kullanılma biçimi de dahil olmak üzere somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁶.

ABAD'nin meşru kullanım sınırlamasına ilişkin en kapsamlı kararı ise 2004 tarihli *Gillette* kararıdır. Bu kararında Mahkeme *BMW* (para. 61) ve *Gerolsteiner Brunnen* (para 24) kararlarına atıfla “dürüst kullanım”ın marka sahibinin meşru menfaatlerine uygun hareket etme yükümlülüğü ifade ettiğini belirttikten sonra⁵⁷, dürüst (ve dolayısıyla meşru) kullanımın söz konusu olamayacağı bazı hâllere değinmiştir. Bunlar;

- Üçüncü kişi ile marka sahibi arasında ticari bir bağlantı olduğu izlenimi yaratılması⁵⁸,
- Markanın ayırt ediciliğinden veya tanınmışlığından haksız yararlanılması⁵⁹,
- Markanın itibarının zedelenmesine veya kötülenmesine yol açılması⁶⁰,
- Üçüncü kişinin mallarını markalı bir ürünün taklidi gibi sunulmasıdır⁶¹,

alan ifadeler de dikkat çekicidir. Görüşte, bir tacirin *BMW* otomobillerinin bakım ve onarımını yapma konusunda uzman olması halinde, bu yetkinliğini *BMW* markasını kullanmadan müşterilerine uygulamada iletmeceğini söylemektedir. Bu ifade ticari hayatın olağan akışı içerisinde dürüst kullanım ifadesinin uygulama açısından bir örneğini taşımaktadır (*BMW* kararı, para. 60).

⁵⁶ *Gerolsteiner Brunnen* kararı, para. 24.

⁵⁷ *Gillette* kararı, para. 41. Mahkeme aynı paragrafta, bu yükümlülüğün orijinal markayı taşıyan ürünlerin yeniden satışının reklam konusu yapılması durumunda yeniden satıcıya yüklenen yükümlülük ile benzer olduğuna da işaret etmiştir. Aynı yönde bkz. *BMW* kararı, para. 61; *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV*, 04.11.1997, Case C-337/95, para. 45 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-337/95>) s.e.t. 09.08.2023.

⁵⁸ *Gillette* kararı, para. 42. Aynı yönde bkz. *BMW* kararı, para. 51.

⁵⁹ *Gillette* kararı, para. 43. Aynı yönde bkz. *BMW* kararı, para. 52.

⁶⁰ *Gillette* kararı, para. 44.

⁶¹ *Gillette* kararı, para. 45.

Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında, AB uygulamasına paralel olarak, üçüncü kişi kullanımının taraflar arasında ticari bir bağlantı olduğu izlenimini uyandırması⁶², markanın tanınmışlığından ve/veya itibarından haksız olarak yararlanma amacıyla kullanılması⁶³, markanın itibarını zedelenmesine veya kötülenmesine yol açılması⁶⁴, üçüncü kişinin mallarının markalı ürünün taklidi gibi sunulması⁶⁵ vb. durumların dürüst kullanım kapsamında değerlendiremeyeceğine hükmetmiştir.

Doktrinde de bir görüş, Yargıtay kararlarına paralel olarak, markanın sahip olduğu tanınmışlıktan ve/veya itibardan haksız yararlanılmasını, bu durumdan kaçınması mümkün iken gerekli özenin gösterilmemesini, ticari veya teknik bir zorunluluk olmadığı hâlde sırf başka bir markayla itibar yaratma amacıyla markanın aynısının veya benzerinin kullanılmasını ticari hayatın olağan akışı içerisinde dürüst kullanım şartına aykırılık teşkil eden hâllere örnek olarak göstermektedir⁶⁶.

⁶² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 16.12.2015, E: 2015/13409, K: 2015/13557 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay başka bir kararında da, “metro istasyonunun hemen girişinde bulunan iş yerinde davacıya ait “M+logo şekli” unsurlu markayı hiçbir gereklilik olmadığı halde oldukça büyük bir tabelada ve “M... Market” ibaresiyle birlikte kullandığı, söz konusu tabelada, markada yer alan şekil unsurunun herhangi bir tanımlayıcı ibareye yer verilmediği, esasen davalının bu kullanımı nedeniyle, sanki davalıya ait işletmenin davacı şirkete bağlı bir işletme imiş gibi imaj ve intiba uyandırdığı” gerekçesiyle dürüst kullanım kapsamının dışında kaldığına karar vermiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 07.10.2019, E: 2018/5072, K: 2019/6194; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bir diğer kararında, Renault ad, amblem ve diğer işaretlerini kullanan bir otomobil tamircisinin yetkili servis izlenimi vermesi nedeniyle dürüst kullanım kapsamında olmadığına karar vermiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 08.03.2010, E: 2008/11844, K: 2010/2510; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 06.03.2014, E: 2013/15291, K: 2014/4255; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 17.01.2011, E: 2009/7086, K: 2011/196 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 11.05.2016, E: 2014/697, K: 2016/607 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 22.06.2016, E: 2015/10989, K: 2016/6891 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁶ **Tekinalp**, Üçüncü Kişi, s. 641. Ticari hayatın olağan akışına uygun olan durumlara örnek olarak ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 11.10.2022, E: 2021/3207, K: 2022/6883 (“... davalıların iş yeri tabela ve kartvizitlerinde esas ve öne çıkan unsurun “Pırlanta Kuyumculuk” ibaresi olduğu, “...&...” ibaresinin ise iş yerinin işletenlerin veya sahiplerin kim olduğunu açıklamak babında tabela ve kartvizitlerde yer aldığı, görsel manada öne çıkartılmadığı, açıklanan bu durum karşısında davalıların iş yeri tabela ve kartvizitlerinde yer alan; “Pırlanta Kuyumculuk ...&...” şeklindeki bu kulla-

Diğer bir görüş ise meşru kullanım sınırlaması bakımından getirilen iltibas yaratma, haksız yararlanma gibi kriterleri, tecavüz hâllerinin birer tekrarı olması gerekçesiyle eleştirmektedir⁶⁷. Bu görüşü savunanlar, ortaya koyulan bu kriterlerin zaten marka hakkına tecavüz sayılan hâller olduğunu, bu sebeple tecavüz sayılan hâllerde dahi üçüncü kişiye ayrıca bir dürüst kullanım savunması hakkı verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde, dürüstlüğün tespitinde ölçüt olarak üçüncü kişinin işareti kullanırken ortaya koyduğu iyiniyet ve bilgi seviyesi, üçüncü kişiye ait mal veya hizmeti tanımlamak üzere tescilli marka yerine kullanılabilir alternatif işaretlerin varlığı ve kullanımın gereklilik düzeyi ile üçüncü kişinin tescilli marka ile karışıklığı önlemek için gösterdiği çabanın belirleyici olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Yine meşru kullanım değerlendirmesinde kullanım amacına da dikkat edilmesi gerekir⁶⁹. Eğer üçüncü kişilerin kullanımı tescilli markanın itibarından yararlanmaya veya ona zarar vermeye yönelik olursa bu kullanım dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu durumda marka sahibi söz konusu kullanımları marka hakkının ihlali gerekçesiyle engelleyebilir⁷⁰. Bunların yanı sıra kullanımın dönüştürücü olup olmadığı⁷¹ ve kamu yararı

taşıyıp taşımadığı⁷² hususlarının da dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.

Başka bir görüş ise marka hakkının ihlal edilmediği ile dürüst (ve dolayısıyla meşru) kullanımın var olup olmadığına ilişkin tespitlerin iç içe geçtiğini ve bu durumun uygulamada karışıklık yaratma potansiyelini de beraberinde getirdiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, dürüst kullanımın, tecavüz oluşturan koşullardan tamamen bağımsız olarak incelenebilmesi neredeyse imkânsızdır. Ancak istisnai olarak tecavüzün daha net olduğu durumlarda dürüst kullanımın tespitinin daha derin ve istisnanın amacını koruyucu bir şekilde değerlendirilmesi gerekir⁷³.

Kanaatimizce tecavüz teşkil eden bir eylemi otomatik olarak dürüst (ve dolayısıyla meşru) kullanım kapsamı dışında tutmak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Nitekim meşru kullanım kuralı olarak tecavüz teşkil eden ve bu sebeple marka sahibince hukuken önlenebilecek bir fiilin, kanunun aradığı şartları taşımak kaydıyla yasak kapsamı dışına çıkmasını sağlayan bir sınırlamadır. O hâlde kullanımın dürüstlüğü değerlendirilirken, genel olarak tecavüz teşkil eden bir hâl olmaması şeklinde bir kriterin belirlenmesi hükmün özüyle çelişecektir. Zira SMK m. 7/5 düzenlemesi zaten tecavüz teşkil eden bir fiilin söz konusu olduğu hâllerde uygulama alanı bulmaktadır. Öte yandan yukarıda zikredilen örneklerin, tecavüz teşkil etmekle beraber daha çok sonraki kullanıcının niyetini ön plana alarak verilmiş örnekler olduğunun da gözden kaçırılmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle söz konusu örneklerin dürüst kullanım kapsamında kabul edilmemesinin kullanıcının niyetiyle bağlantılı olduğu düşünülmektedir. Bu çerçevede, karıştırılma ihtimâli, haksız yararlanma gibi marka hakkına tecavüzün belirgin olduğu durumlarda otomatik olarak meşru kullanım kapsamı dışında

nımının yukarıda açıklanan yasa hükmü uyarınca ticari hayatın olağan akışına uygun dürüstçe kullanım dahilinde...") (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 03.06.2015, E: 2015/2358, K: 2015/7637 ("...davacının markası kullanılarak ve markanın hemen yanında ürünün orijinal ve %100 garantili olduğu yönünde bir açıklamaya yer verilerek 2.150,00 TL'lik iPhone 5S telefonun 75,00 TL'ne satıldığı yönündeki satış sunma ve reklam eyleminin aynı zamanda haksız rekabet teşkil etmekte olup, piyasa fiyatının yaklaşık %3-4 oranında bir fiyata böyle bir telefonun satılması mümkün olmadığı, bunun dürüst ticari hayatın olağan akışıyla bağdaşmadığı...") (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁷ **Yap**, Po Jen (2008) 'Honestly, Neither Celine Nor Gilette is Defensible!' *European Intellectual Property Review*, S: 30, s. 289.

⁶⁸ **Yap**, s. 292. Ayrıca bkz. **Kur**, Annette: 'Yellow Dictionaries, Red Banking Services, Some Candies, and a Sitting Bunny: Protection of Color and Shape Marks from a German and European Perspective': **Calboli**, Irene & **Senftleben**, Martin (2018) *The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives*, Oxford University Press, s. 105.

⁶⁹ **Liu**, Jairul (2019), 'An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law', *Stanford Technology Law Review*, S: 22, C: 1, s. 185.

⁷⁰ **Yılmaz**, H. (2015) *Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna (Tür: Türk Patent ve Marka Kurumu Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara 2015.*

⁷¹ **Ginsburg**, Jane C. (2020), 'Fair Use in the United States: Transformed, Deformed, Reformed?' *Singapore Journal of Legal Stu-*

dies, S: 265, s. 266; **Lee**, Edward (2018), 'Fair Use Avoidance in Music Cases' *Boston College Law Review*, S: 59, C: 6, s. 1879; **Reiser**, Benjamin (2020), 'Anything You Can Use, I Can Use Better: Examining the Contours of Fair Use as an Affirmative Defense for Theatre Artists, Creators, and Producers', *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, S: 30, C: 3, s. 929; **Victor**, Jacob (2021), 'Utility-Expanding Fair Use' *Minnesota Law Review*, S. 105, s. 1898.

⁷² **Leval**, s. 1111.

⁷³ **Kur**, s. 105 vd.

değerlendirmemek ve kullanımın meşru olup olmadığını, üçüncü kişinin niyeti, amacı, karışıklığa sebebiyet vermeyi önleyici önlemler alıp almadığı gibi kriterler çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme neticesinde tespiti gerekir.

VI. SONUÇ

SMK kapsamında tescilli markaya sağlanan kapsamlı koruma, üçüncü kişilerin belirli koşullar dahilinde marka hakkına konu işareti serbestçe kullanabilmeleri gerekliliğini de ortaya çıkarmaktadır. Paris Sözleşmesi'nde, bu gerekliliğin bir sonucu olarak, ticari ve sınai konulardaki dürüst uygulamalara aykırı olan her türlü rekabet davranışının haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir. Bir diğer uluslararası düzenleme olan TRIPS'te ise üye ülkelerin marka sahibinin ve üçüncü tarafların meşru menfaatlerini dikkate almak kaydıyla markanın sağladığı korumanın kapsamına sınırlamalar getirebileceği düzenleme altına alınmıştır.

Ülkemizde ilk olarak 556 sayılı KHK'nın "Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna" başlıklı 12. maddesinde, dürüstçe ve ticari veya sınai konularıyla ilgili olarak kullanılmalari şartıyla üçüncü kişilerin, ad ve adreslerini, ürün veya hizmetlerle ilgili cins, kalite miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmalarının marka sahibi tarafından engellenemeyeceği düzenlenmişti. Karşılık düzenleme olan SMK m. 7/5, KHK'dan farklı olarak aksesuar ve yedek parçalarda kullanım istisnasını ihtiva etmektedir. Yine KHK'dan farklı olarak, kullanımın "dürüstçe ve ticari veya sınai konularıyla ilgili olması" yerine "dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde olması" şartı getirilmiştir. SMK hükmü mehz AB düzenlemelerine lafzen oldukça yakındır. Ancak Direktif ve Tüzük m. 14/1'de "ticaret sırasında kullanım" koşuluna yer verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu kullanımların sınai veya ticari konularda dürüst uygulamalara uygun olması aranmıştır. Öte yandan madde başlığında, SMK'dan farklı olarak "istisna" (*exception*) değil "sınırlama/sınır" (*limitation*) ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir⁷⁴.

Hüküm, ticari hayatın olağan akışı içerisindeki dürüst uygulamalara uygun olmak kaydıyla belirli bazı istisnai hallerin marka hakkına tecavüz teşkil etmeyeceğini düzenlemekte olduğundan, diğer bir ifadeyle "dürüst kullanım" maddenin üst başlığı değil, maddenin uygulanabilme koşullarından biri olduğundan, doktrin ve yargı kararlarında sıklıkla kullanılan "dürüst kullanım" ifadesi yerine, "meşru kullanım" ifadesinin kullanılması gerektiği düşünülmektedir. Öte yandan yine hükümde sadece istisnai kullanım halleri değil, aynı zamanda bu hallerin hangi durumda meşru kullanım teşkil edeceği düzenlendiğinden, hükmün muhtevasını tam anlamıyla yansıtabilmesi bakımından SMK'daki "istisna" ifadesi yerine mehz düzenlemeye paralel olarak "sınırlama" ifadesinin kullanılmasının hukuken daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

Bunun yanı sıra hüküm lafzen yorumlandığında kullanımın "dürüst" ve "ticari hayatın olağan akışı içerisinde olması" iki ayrı koşulmuş gibi bir anlam çıkmakta ise de gerek hükmün amacı gerekse mehz düzenlemeler dikkate alınarak "dürüstçe" ve "ticari hayatın olağan akışı içinde olma" ayrı bir şart olarak değil, "ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı olmamak" şeklinde yorumlanması gerektiği düşünülmektedir.

SMK m. 7/5 anlamında ticari ve sınai konulardaki dürüst kullanımlardan anlaşılması gereken "ticari teamül" olup, hükmün yorumlanmasında somut olayın koşulları çerçevesinde TMK m. 2'den de faydalanmak gerekir. Yoksa söz konusu düzenleme TMK m. 2'nin özel bir görünümü niteliğinde değildir. Elbette dürüstlük kuralı kanundan doğan tüm hakların kullanılmasında uygulanması gereken temel bir ilkedir. Dolayısıyla SMK m. 7/5'ten doğan hakların kullanılmasında da bu ilkenin gözetilmesi esastır. Ancak TMK kapsamında dürüstlük kuralı hakkın sahibini özne almakta iken, marka hukuku bağlamında dürüst kullanımda marka sahibi değil üçüncü kişilerin kullanımı ve meşru kullanım sayılabilecek eylem ve işlemler merkeze alınmaktadır. Bu farklılıktan bağımsız olarak SMK m. 7/5'in uygulanmasında ticari teamül sınırlamasından bağımsız olarak genel nitelikteki dürüstlük kuralının kıstas kabul edilmesi marka hakkına gereğinden fazla müdahale edilmesi anlamına gelecektir ki böyle bir müdahale ise ancak kanunkoyucunun buna açıkça izin vermesi halinde mümkün olabilir.

⁷⁴ AB mevzuatına paralel şekilde "sınırlama/sınır" ifadesinin kullanımının daha yerinde olacağı düşünülmektedir. Konuya ilişkin gerekçelendirme için bkz. IV. Kavram ve Hukuki Nitelik.

SMK m. 7/5'in lafzından hükmün uygulanabilmesi bakımından markasal kullanımın gerekli olmadığı yönünde bir tespit bulunmak mümkün değildir. Temel olarak işaretin mal/hizmetlerde kullanımını ifade eden markasal kullanım münhasıran hak sahibine ait olmalıdır. Ancak bu durum, markasal kullanımın söz konusu olduğu hâllerde meşru kullanımın otomatik olarak devre dışı kalacağı şeklinde yorumlanmamalı ve markasal kullanımın zorunluluk teşkil ettiği istisnai durumlarla sınırlı olarak bu tür kullanımların da meşru kullanım olarak kabulü mümkün olmalıdır. Zira meşru kullanım istisnasının amacı, üçüncü kişilerin başkasına ait işareti kullanmalarına izin vererek ticari hayatın sürdürülebilirliğini sağlamaktır. Ancak bu kuralın mutlak olarak kabul edilmesi ve markasal kullanımın olduğu bir durumun otomatik olarak meşru kullanım kapsamı dışında bırakılması istisnai hâllerde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Kaldı ki meşru kullanım, aslında tecavüz teşkil eden bir eylemin SMK m. 7/5'teki koşullar çerçevesinde marka sahibince engellenememesini ifade etmektedir. Marka hakkı kapsamında engellenebilecek fiilleri düzenleyen SMK m. 7/1-3 hükümleri incelendiğinde bunların birçoğu markasal kullanımı ihtiva ettiği görülmektedir. Dolayısıyla bir yandan tecavüz teşkil etmesi markasal kullanımı gerektiren bir fiilin, ancak markasal olmayan kullanımlarının meşru olduğunun kabul edilmesi hükmün düzenleniş tarzına aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan şu da önemlidir ki sadece kaynak gösterme değil, iletişim, reklam, garanti gibi markanın diğer fonksiyonlarının kullanılması da markasal kullanım kapsamında değerlendirildiğinden, bu nitelikteki kullanımların istisnasız meşru kullanımın kapsamı dışında bırakılması, SMK m. 7/5 hükmünün orantısız şekilde marka sahibi lehine yorumlanması anlamına gelecektir.

SMK 7/5-(b) bendindeki "... diğer niteliklerine ilişkin açıklamalar..." ve (c) bendindeki "... özellikle aksesuar, yedek parça..." ifadeleri kullanılarak örnekleyici sayım ilkesi benimsenmiştir. Örnekleyici sayım, hükümde sayılmamakla beraber uygulamada karşılaşılabilecek başkaca meşru kullanım hâllerinin kapsam dışı kalmasını ve bu sayede üçüncü kişilerin hareket alanının hükmün özünü bağdaşmayacak şekilde sınırlandırılmasına da engel olması açısından önemlidir. Bu çerçevede SMK m.7/5 hükmünde yer

alan sayımların sınırlı olmadığı, ticaret hayatının olağan akışı içerisinde meşru kullanım sınırları kapsamında kaldığı sürece, sayılanlar dışında kullanımların da bu istisna kapsamında değerlendirileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak bu yaklaşım, maddenin bütünüyle örnekleyici olarak tanzim edildiği şeklinde bir yoruma müsaade etmemelidir⁷⁵. Nitekim böyle bir yorum istisnai nitelikteki bir hükmün dar yorumlanması ilkesiyle tezat bir tablo oluşturur.

Son olarak meşru kullanım olarak değerlendirilebilecek hâller bakımından genel bir çerçeve çizmek mümkündür. Üçüncü kişinin tüketiciler nezdinde iki işletme arasında bağlantı bulunduğu izlenimini yaratma veya markanın itibarından ve/veya ayırt ediciliğinden yararlanma amacıyla olduğu sonucuna varılabildiği durumlarda meşru kullanımdan bahsedilmesi mümkün değildir. Ancak iltibas veya haksız yararlanmanın olduğu her durum üçüncü kişinin amacının da bu yönde olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, tecavüz teşkil eden bir eylem otomatik olarak meşru kullanım kapsamı dışında bırakılmamalı, somut olayın tüm verileri ve meşru kullanım sınırlamasının amacı ışığında kullanımın meşru olduğunu savunan kimsenin iyi niyetli olup olmadığı, bu bağlamda kullanımın ilgili tüketici kitlesi nezdinde karıştırmaya sebep olup olmadığı hususundaki somut bilgisi veya bilme ihtimali gibi hususlar da dikkate alınarak yapılmalıdır.

⁷⁵ Bu gerekçeyle şikâyet sitelerini bu kapsama dahil etmek yine de mümkün olmadığı yönünde bkz. **Pınar**, s. 156.

KAYNAKÇA

- Alangoya, Y.** (2004), ‘Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı’ Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, s. 521-531.
- Antalya, Gökhan & Topuz Murat** (2019) Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), Ankara.
- Arkan, Sabih** (2000), ‘Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 20, C: 3, s. 5-13 (Markasal).
- Arkan, Sabih** (1997) Marka Hukuku, C: I, Ankara (Marka).
- Bektaş, İbrahim & Gürel, Murat & Tekin, Ufuk** (edt.) (2015) Yargıtay Kararları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, S: 31, C: 2.
- Bently, Lionel & Sherman, Brad** (2018) Intellectual Property Law, 4. Baskı, Oxford, Oxford University Press.
- Bilge, Mehmet Emin** (2014) Ticari Ad ve İşaretlerin Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, Yetkin.
- Bohaczewski, Michal** (2020), ‘Conflicts between Trade Mark Rights and Freedom of Expression Under EU Trade Mark Law: Reality or Illusion?’ International Review of Intellectual Property and Competition Law, S: 51, s. 856-877.
- Bozbel, Savaş** (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin.
- Bozgeyik, Hayri** (2019) Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Bozkurt, Burcu** (2020) Markanın Dürüst Kullanımı. (Tür: Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Bracha, Oren** (2007), ‘Standing Copyright Law on Its Head? The Googlization of Everything and the Many Faces of Property’ Texas Law Review, S: 85, s. 1799-1869.
- Calboli, Irene & Senftleben, Martin** (2018) The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives, Oxford, Oxford University Press.
- Çamlıbel Taylan, Esin** (2001) Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, Seçkin.
- Çiçekçi Ercan, Çiğdem** (2013), ‘Tescilli Markanın Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hukuka Uygun Dürüst Kullanım’ Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, s. 249-271.
- Çolak, Uğur** (2023) Türk Marka Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Demir, Abdullah** (2008), ‘Yargıtay İçtihatlarındaki “Hayatın Olağan Akışı” Kriteri ve İslam Hukukundaki “Zahiri Hal Delili” Terazi Hukuk Dergisi, S: 28, C: 3, s. 129-133.
- Dirikkan, Hanife** (2003) Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, Seçkin.
- Erzeybek, Hakan** (2022) ‘Hayatın Olağan Akışına Aykırılık Kavramının İspat Hukuku Açısından Durumu’ Yargıtay Dergisi, S: 48, C: 3, s. 913-936.
- Ginsburg, Jane C.** (2020), ‘Fair Use in the United States: Transformed, Deformed, Reformed?’ Singapore Journal of Legal Studies, S: 265, s. 265-294.
- Goodyear, Micheal P.** (2020), ‘Fair Use, the Internet Age, and Rulifying the Blogosphere’ The Law Review of the Franklin Pierce Center for International Property, S: 61, s. 1-37.
- Jacques, Sabine** (2016), ‘A Parody Exemption: Why Trademark Owners Should Get the Joke’ European Intellectual Property Review, S: 38, C: 8, s. 471-482.
- Karasu, Rauf & Suluk, Cahit & Nal, Temel** (2022) Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Kaya, Arslan** (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arıkan Basım Yayım.
- Kur, Annette**: ‘Yellow Dictionaries, Red Banking Services, Some Candies, and a Sitting Bunny: Protection of Color and Shape Marks from a German and European Perspective’: **Calboli, Irene & Senftleben, Martin** (2018), The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives, Oxford University Press.
- Khobragade, Jagdish Wamanrao & Anson, C.J.** (2022), ‘Fair Use Provisions under the Indian Copyright Act: Awareness Among Librarians of Colleges and Universities in Maharashtra’ Journal of Intellectual Property Rights, S: 27, s. 7-15.
- Lee, Edward** (2018), ‘Fair Use Avoidance in Music Cases’ Boston College Law Review, C: 6, S: 59, s. 1874-1931.
- Leval, Pierre N.** (1990), ‘Toward a Fair Use Standard’ Harvard Law Review, S: 103, C: 5, s. 1105-1136.
- Liu, Jairul** (2019), ‘An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law’ Stanford Technology Law Review, S: 22, C: 1, s. 163-241.
- Madison, Michael J.** (2005), ‘Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform’ Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, S: 23, C: 2, s. 391-418.
- Mazzone, Jason** (2009), ‘Administering Fair Use’ William & Mary Law Review, S: 51, C: 2, s. 395-437.
- Nomer Ertan, Nedret Füsün** (2022), ‘Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-Audi Örneği’, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S: 22, C: 2, s. 1117-1136.
- Oğuzman, Kemal & Barlas, Nami** (2016), Medeni Hukuk, 22. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Parchomovsky, Gideon & Goldman, A. Kevin** (2007), ‘Fair Use Harbors’, Virginia Law Review, S: 93, C: 6, s. 1483-1532.

- Pınar**, Hamdi (2020) 'Haksız Rekabet ve Marka Hukuku Açısından Dijital Ekonominin Yeni Bir İş Modeli: Şikâyet Siteleri', Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, S: 36, C: 2, s. 121-161.
- Reid**, Amanda (2019), 'Safeguarding Fair Use Through First Amendment's Asymmetric Constitutional Fact Review', William & Mary Bill of Rights Journal, S. 28, C: 1, s. 23-44.
- Reiser**, Benjamin (2020), 'Anything You Can Use, I Can Use Better: Examining the Contours of Fair Use as an Affirmative Defense for Theatre Artists, Creators, and Producers' Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, S: 30, C: 3, No. 3, s. 873-934.
- Rüzgar**, Eser (2013) Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Senftleben**, Martin (2022), 'Robustness Check: Evaluating and Strengthening Artistic Use Defences in EU Trademark Law' International Review of Intellectual Property and Competition Law, S: 53, s. 567-603.
- Sulu**, Muhammed (2022), 'Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler' İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 9, C: 1, s. 217-238.
- Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Arkan (Fikri Mülkiyet).
- Tekinalp**, Ünal (1998), 'Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması' Prof. Dr. Oğuz İmregüne Armağan, İstanbul, s. 633-644 (Üçüncü Kişi).
- Uyar**, Talih (2014), 'İİK'nın 280. Maddesi Kapsamında İptale Tâbi Kimi Tasarruflar' Ankara Barosu Dergisi, S: 3, s. 414-448.
- Ülgen**, Hüseyin & **Kaya**, Arslan & **Helvacı**, Mehmet & **Nomer Ertan**, Nedret Füsün (2022) Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Victor**, Jacob (2021), 'Utility-Expanding Fair Use' Minnesota Law Review, S: 105, s. 1887-1946.
- Wang**, Ji & **He**, Tianxiang (2019), 'To Share is Fair: The Changing Face of China's Fair Use Doctrine in the Sharing Economy and Beyond' Computer Law & Security Review, S: 35, C: 1, s. 15-28.
- Yaman**, Özlem (2019) 'Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi' (Tür: Yüksek Lisans Tezi) Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Yap**, Po Jen (2008), 'Honestly, Neither Celine Nor Gilette is Defensible!' European Intellectual Property Review, S: 30, s. 286-293.
- Yasaman**, Hamdi (2005) Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları II, İstanbul, Vedat Kitapçılık (Makaleler).
- Yasaman**, Hamdi (2021) Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara, On İki Levha (Şerh).
- Yasan**, Mustafa (2013), 'TTK m.52'ye Göre 'Ticari Dürüstlüğe Aykırılık Şartının İncelenmesi' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 21, C: 2, s. 191-227.
- Yılmaz**, H. (2015), Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna (Tür: Türk Patent ve Marka Kurumu Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi), Ankara 2015.
- Zelechowski**, Lukasz (2018), 'Invoking Freedom of Expression and Freedom of Competition in Trade Mark Infringement Disputes: Legal Mechanisms for Striking a Balance' ERA Forum s. 117-118.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*