



Yıl: 20 • Cilt: 21
Sayı: 2019/1

ISSN 1302-9215

FTR

ANKARA BAROSU FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ

FMR

FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ

Yıl:20 Cilt:21

Ankara Barosu yayınıdır

FMR

JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW

Year:20 Volume:21

published by Ankara Bar Association

Grafik Tasarım | Graphic Design

Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

Basım Tarihi | Printing Date

2019

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

ARCS Dijital Ofset Matbaacılık

<http://arcs.com.tr>



FMR

Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

© 2019 Ankara Barosu Başkanlığı. Tüm Hakları Saklıdır.
Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir.

ISSN 1302-9215

FMR, Fikir ve Sanat Eserleri, Sınai Mülkiyet, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku ile ilgili makaleler, ulusal ve uluslararası kararlar ve diğer ürünleri sunan, üç ayda bir yayımlanan, yerel süreli dergidir.

FMR is published quarterly during the calendar year and present articles, national and international decisions and other materials in the fields of Copyrights, Industrial Property, Unfair Competition and Antitrust Problems.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. R. Erinç SAĞKAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Güzin TANYERİ

Genel Yayın Yönetmeni | Editor in Chief

Av. Koray BULUT

Yayın Kurulu | Editorial Board

Av. Koray BULUT

Av. Belgin YILMAZ

Av. Osman Umut KARACA

Av. Servet Batuhan BİLGİN

Av. Nergiz GÜVEN

Av. Melis ABACIOĞLU VİSKUŞENKO

Av. Özge ERER EVŞEN

Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusuyayin2016@gmail.com

FMR
FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU
DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde FMR dergisi bütün yayın hakkına sahiptir. Ankara Barosu Başkanlığının izni olmadan yazılar başka yerde yayımlanamaz.
2. FMR'nin yazı dili Türkçedir. Yabancı dildeki yazılar da Türkçe çevirileri ile birlikte yayımlanmaktadır. İster Türkçe ister yabancı dilde yazılmış olsun yazıların Türkçe ve İngilizce başlıkları ile, 150 sözcüğü geçmeyen Türkçe ve İngilizce özetlerinin yazının sonuna eklenerek yayıma hazır şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Türkçe ve İngilizce anahtar sözcüklerin de eklenmesi yazarın tercihindedir.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc) kaydedilmiş (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) olarak **ankarabarosuyayin2016@gmail.com** adresine gönderilmelidir. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
4. Dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın e-mail ile gönderilen biçimiyle "baskıya" verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir. Bu nedenle yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması ve biçimsellik ölçülerine uyulmaması, yazının geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
5. Makale yazarına ait iletişim bilgileri (ad, soyad, ünvan, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini yazmaması/ unutmaması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
6. Dergide yayımlanmasına karar verilen makaleler; yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak verilmiştir.
7. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir. Yayımlanan yazının 20 adet tıpkı basımı ve 2 adet dergi yazara ücretsiz gönderilmektedir.
8. Dergide çıkan yazılara atıf yapmak isteyenler "FMR" rumuzunu kullanabilirler.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	11
Av. R. Erinç SAĞKAN	
SUNUŞ.....	13
Av. Koray BULUT	
12.06.1995 TARİHİNDEN ÖNCE YAPIMINA BAŞLANAN SİNEMA ESERİNDE ROL ALAN İCRACI SANATÇILAR İLE SİNEMA ESER SAHİBİ SAYILAN YAPIMCI HAKLARININ BİRLİKTE KULLANIMI VE YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ'NİN 05.04.2016 GÜN VE E.2015/6889, K.2016/3668 SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	17
Av. Fethi MERDİVAN	
DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCUK KAPSAMINDAKİ SİNÂİ MÜLKİYET UYUŞMAZLIKLARI	47
Av. Osman Umut KARACA, LL.M.	
TELİF HUKUKU'NDA İNTİHAL KAVRAMI, ANONİM KULLANIMLAR VE TÜM BUNLARIN KARŞISINDA ESER SAHİPLERİNİN FİKRİ İMZASI: "ÜSLUP"	57
Av. Başak AKGÜN, LL.M.	
SOSYAL MEDYA VE MARKASAL KULLANIM SORUNU	77
Av. N. Berkay KIRCI	
1995 YILINDAN GÜNÜMÜZE COĞRAFİ İŞARET KORUMASI	103
Gonca ILICALI	
AVRUPA'DA BİRLEŞİK PATENT KORUMASI (KİTAP İNCELEMESİ).....	121
Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM	
YARGITAY KARARLARI.....	131
Hazırlayanlar: Av. Koray BULUT – Av. Osman Umut KARACA, LL.M.	
USPTO TEMYİZ KURULUNUN BİRDEN ÇOK RENKTEN OLUŞAN RENK MARKALARININ AYIRT EDİCİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN KARARI	139
Av. Işıl Selen DENEMEÇ, LL.M.	
REKABET KURULU KARARI	145
Hazırlayanlar: Av. Nergiz GÜVEN – Arş. Gör. Oğuzhan SONGÖR	

BAŞKANIN KÖŞESİ

Değerli Meslektaşlarım,

Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulu çalışmalarına aynı heyecan ve başarıyla devam ediyor. Kurul bünyesinde çıkarılan Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi de 2001 yılından bu yana fikri mülkiyet ve rekabet hukuku alanına yön veren katkılar sunarak yayın hayatını sürdürüyor.

İçinde bulunduğumuz bu çağda, fikri mülkiyet ve rekabet hukuku hem ülkemizde hem dünyada hukuk çevrelerinde hep gündemde olmakta ve ilgi görmektedir. Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de gerek idari organlar gerek yargı organları kararlarıyla fikri mülkiyet ve rekabet hukuku gelişmekte ve dönüşmektedir. Yine aynı sebeple, akademisyenler, uzmanlar ve meslektaşlarımız bu konularda çok değerli makaleler yazarak fikri mülkiyet ve rekabet hukukunun gelişmesine katkı sunmaktadır.

Çok değerli çalışmalar sonucunda hazırlanan Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergimizin bu sayısında da alandaki gelişmelerle paralel olarak, makaleler ile yüksek yargı kararları, Rekabet Kurulu ve yabancı mahkeme kararlarını siz değerli meslektaşlarımızla paylaşmaktayız.

Başta Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulu Başkanı Av. Koray BULUT ve Kurul üyelerimiz olmak üzere, dergimizin hazırlanmasında emeği geçen herkese teşekkür eder, dergimizin siz değerli okuyucularımıza faydalı olmasını umarız.

Av. R. Erinç SAĞKAN
Ankara Barosu Başkanı

SUNUŞ

14.12.2018 tarihinde yapılan toplantı ile Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulu Divanı olarak göreve başlamış bulunmaktayız. Bu yeni dönemdeki ilk amacımız, Kurulumuzun toplantı ve faaliyetlerini sıkılaştırarak Kurul'un etkinliğini arttırmak olmuştur. Bu vesileyle, toplantılarımızın iki haftada bir yapılması doğrultusunda karar alınmıştır.

Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulu olarak 15 Nisan 2019 tarihinde "Sınai Mülkiyet Haklarına Tecavüz Halinde Başvurulabilecek Hukuki Yollar" adlı panelimiz düzenlenmiş ve panele meslektaşlarımız yoğun ilgi göstermiştir. Bu vesileyle panelimize katılan değerli konuşmacılarımıza bir kez daha teşekkür ederiz.

Kurulumuzun çalışma alanına, birbiri ile ilişkili ancak bir o kadar da farklı uygulamalar içeren Fikri ve Sınai Haklar ile Rekabet Hukuku girdiğinden, yeni dönemimizde yayınladığımız ilk sayımızda, Telif hakları, Sınai Haklar ve Rekabet Hukuku ile ilgili çeşitli makale, değerlendirmeler ve kararlar ayrı ayrı yer almaktadır.

FMR 2019/1 sayısının hazırlanmasında ve yayımlanmasında emeği geçen Ankara Barosu Başkanı Av. R. Erinç Sağkan'a, Kurulumuzdan Sorumlu Yönetim Kurulu Üyesi Av. Güzin Tanyeri'ye, Ankara Barosu Yayınları Merkezi Başkan Yardımcısı Av. Zeynep Bahadır'a, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulu Üyelerine, dergimizde yazıları yayınlanan eser sahiplerine, Ankara Barosu grafikeri Ali Kemal Çerşil'e en içten teşekkürlerimi sunarım.

Av. Koray BULUT

FMR Hukuku Kurulu Başkanı

Makaleler

Articles

SOSYAL MEDYA
VE
MARKASAL KULLANIM SORUNU

Av. N. Berkay KIRCI*

* Ankara Barosu, MSc. ODTU – Bilim ve Teknoloji Politikası Çalışmaları (TEKPOL).

A. GİRİŞ:

Son iki veya üç yüz yıl içerisinde, modern dünyanın temel taşlarının oluşturulması aşamasında pek çok unsur rol oynamış olsa da, teknolojiye meydana gelen değişimler ve özellikle geleneksel tarım ve ticaretten ürünlerin mekanizasyonuna geçişi, fabrika düzeninin gelişimini ve küresel pazar sistemlerinin sınai üretime doğru gelişmesini sağlayan sanayi devrimi en etkin ve merkezi rolü üstlenmiştir.^[1] Sanayi devrimi kapsamında gerçekleştirilen bilimsel keşifler, sadece hakim olan teorileri değiştirmemiş ve fakat aynı zamanda kendi bilimsel disiplinlerinin de dışına çıkarak oldukça önemli neticelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.^[2] Bu önemli sonuçlardan bir tanesi, ürünlerin seri üretiminin yapılmaya ve bu anlamda ürün çeşit, nitelik ve niceliklerinde bir artışın ortaya çıkmaya başlanmasıdır. Üretim süreçlerinde yaşanan bu gelişme ve değişim, rakipler arasında fark edilebilir olma ihtiyacının ortaya çıkmasına ve bu bağlamda markaların işletmelere ait mal veya hizmetler üzerinde kullanılmasının başlanmasına zemin hazırlamıştır.

Zaman içerisinde, markaların ticari yaşantının vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelmesi ile birlikte bu unsurun hukuki metinler içerisinde korunması ihtiyacı giderek kendini hissettirmeye başlamıştır. Ulusal bazda yapılan pek çok hukuki düzenlemenin uluslararası şirketlerin ihtiyaçlarına karşılık vermede yetersiz kalması, kademe kademe, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının eklerinden bir tanesi olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) ve bu kapsamda sunulan sistemin ortaya çıkmasına neden olmuştur. TRIPS Anlaşması ve Avrupa Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı kararının da etkisiyle Türkiye'de yeni ve etkin bir marka koruması uygulanmaya başlamıştır.^[3]

Günümüzde, ticari yaşamın düzenli bir şekilde işleyebilmesi ve gelişme kaydedebilmesi, diğer pek çok etkenin yanında marka korumasının bulunmasına bağlıdır. Bu şekilde bir koruma ise, konuyla ilgili her tür gelişim ve değişimin değerlendirilerek ilgili düzenlenmelere yansıtılmasını gerektirmektedir.

Marka hukukunu etkileyen en önemli değişim ve gelişme ise kuşkusuz internetin yoğun bir biçimde kullanılmaya başlanması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Özellikle 1990 yıllardan sonra bilim ve teknoloji alanında yaşanan

[1] Mokyr, Joel, *The Lever of Richness: Technological Creativity and Economic Progress*, Oxford, Oxford University Press, 1990, s.277.

[2] Andersen, Hane, *On Kuhn*, Wadsworth/Thomson, USA, 2001, s.29.

[3] Kırıcı, N.Berkay, *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı*, Ankara, 2009, Turhan Kitabevi, s.9.

baş döndürücü gelişim ve bunun neticesinde ortaya çıkan bilgi ve iletişim teknolojileri, toplumların kültürel, sosyal yapısını ve daha da önemlisi uygulana gelen ticari ilişkilerin niteliğini değiştirmektedir. Bilgi ve iletişim teknolojilerinden bir tanesi olan internetin bilgiye kolay, hızlı ve ucuz yoldan küresel anlamda ulaşılabilme imkanını sağlaması, ticaret yapma yöntemlerinin değişmesi ve internetin tüm dünyada ticaretle uğraşan bütün şahıslar için en önemli ticari pazarlama aracı haline gelmesine neden olmaktadır.

İnternetin küresel özelliği ve kullanımının sunduğu yeni olanaklar, mevcut hukuki sistemi değiştirmese de fikri haklar, marka, rekabet hukuku, ilaç, havacılık ve benzeri pek çok alandaki en basit mevzuat hükümlerini dahi çok daha karmaşık hale getirmekte ve bu durum, küresel bir hukuki korumanın bulunmadığı bu alanda, ulusal hukuklar arasında -ve hatta bazen ülkelerin kendi iç hukuklarında dahi- ihtilafların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.^[4]

Dünya genelindeki internet kullanım sıklığı ve ülkeler özelindeki sıralama ve rakamların paylaşıldığı 2018 senesine ait istatistiki bir araştırma sonucu, internetin günlük hayatımızda ne denli büyük bir öneme sahip olduğunu son derece açık bir biçimde ortaya koymaktadır.^[5] Rapor sonuçlarına göre, 2018 senesi itibariyle, tüm dünyada, 4 milyardan fazla kişi, interneti kullanmaktadır. Dünya Bankası istatistiklerine göre^[6], dünya nüfusunun, 2017 senesi itibariyle, yaklaşık olarak 7.7 milyar olduğu düşünüldüğünde, toplam dünya nüfusunun yarısından fazlasının interneti kullanmakta olduğunu iddia etmek yanlış olmayacaktır.

İnternet teknolojisi, son derece hızlı ve sürekli bir gelişim ve değişim içerisinde. Bu anlamda, bu teknoloji vasıtasıyla, bundan yaklaşık 10 yıl önce hiç duymadığımız veya üzerinde çok durmadığımız uygulamalar, markalar, platformlar ve benzeri müesseseler, günlük yaşantımıza girmiş, sosyal yapıdan tutunuz, günlük yaşantımızdaki iş yapış şekilleri, eğilim ve temel davranışlarımızı doğrudan etkilemiş durumdadır.

İşbu makaleye konu edilen ve internet teknolojisi ile günlük hayatımıza adeta nüfuz eden en önemli uygulamalardan bir tanesi: 'sosyal medya'dır.

[4] Kleinwächter Wolfgang, Internet Co-Governance – Towards a Multilayer Multiplayer Mechanism of Consultation, Coordination and Cooperation, Paper presented to the Informal Consultation of the Working Group on Internet Governance (WGIG), September 20 – 21, 2004, s.3 – Kaynak: <http://www.wgig.org/docs/Kleinwachter.pdf>

[5] We are social ve Hootsuite, "Digital in 2018", <https://digitalreport.wearesocial.com>, Erişim tarihi: 09.02.2019

[6] The World Bank Group, <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL>, Erişim Tarihi: 09.02.2019

Günümüzde, neredeyse hemen herkesin bildiği ve hatta üyesi olduğu Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, Medium ve benzeri uygulamalar, sosyal medyanın günümüzde en çok tercih edilen ve kullanılan türlerinden sadece bazılarıdır.

Türkiye’de, 10.01.2017 tarihinden itibaren, marka, tasarım, patent, faydalı model ve benzeri sınai mülkiyet konularının düzenlendiği yeni mevzuat, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile yürürlüğe girmiş durumdadır.

Bu Kanun ile mevcut yapı, genel çerçevede aynen korunmakla birlikte, mülga Kanun Hükmünde Kararnameler döneminde yaşanan bazı olumsuzlukları gidermek adına, ek düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan belki de en önemlilerinden bir tanesi, belirli şartların varlığı halinde, markasal kullanımın ispatlanması hususudur.

Markanın kullanıldığının ispatlanması, sadece yayına itiraz ve/veya markanın hükümsüzlüğü, marka hakkına tecavüz aşamalarında karşımıza çıkan bir konu değildir. Herhangi bir marka başvurusu ve/veya tescili ile ilgili olarak, daha önceki bir tarihte, o işaret üzerinde bir hak sahibi olunduğu (öncelikli/üstün hak sahipliği) hususunun ispatı aşamasında da markasal kullanım ve bununla ilgili belgelerin sunulması gerecektir.

Uygulamada, Türk Patent ve Marka Kurumu^[7] tarafından verilen kararlarda ve yine aynı Kurum tarafından yayınlanan kılavuzda, marka yayınına itiraz; öncelikli hak sahipliği gibi durumlarda ve kullanımın ispatı aşamasında ve özellik arz eden bazı sınıflarda, internet üzerinden gerçekleştirilen kullanımlar ve internet teknolojisi ile hayatımıza giren diğer uygulamalara ilişkin delillerin tek başına yeterli kabul edilmediği, destekleyici diğer belgelerin (örneğin faturalar) sunulmaması halinde, kullanımın ispatlanamadığı yönünde kararlar verildiği gözlemlenmektedir.

Peki, acaba, bazı sınıflar (örneğin reklamcılık hizmetleri, pazarlama hizmetleri, hakla ilişkiler ve benzeri hizmetler) özelinde bir değerlendirme yapıldığında, internet üzerinden gerçekleştirilen kullanımlarda, markanın, 6769 Sayılı Kanun’un aradığı anlamda ve işlevlerine uygun şekilde kullanıldığının ispatlanabilmesi aşamasında gerçek bir satışın olması şart mıdır?

Mali ve vergisel boyut bir tarafa bırakılacak olursa ve günümüzdeki iş yapış şekilleri ve ticari ilişkilerin gösterdiği farklılık ve çeşitlilik göz önüne alındığında, bazı markaların, sadece kendi resmi sosyal medya hesapları üzerinden yaptıkları tanıtım, reklam, pazarlama hizmetleri ve özellikle sosyal medyada bireylerin ön plana çıktığı düşünüldüğünde; fenomen, tanınmış kişi ve benzeri sıfatlara

[7] Makalenin ilerleyen bölümlerinde Türk Patent ve Marka Kurumu yerine TÜRKPATENT kısaltması kullanılacaktır.

sahip kişilerin oluşturduğu markalar ve bu markalar altında ve sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen tanıtım, reklam, pazarlama faaliyetleri, sırf herhangi bir fatura sunulamıyor diye, markasal kullanım aşamasında değerlendirmeye alınan ticaret hayatında kullanım kavramı dışında tutulabilecek midir?

İşaretin, bahse konu sınıflardaki ve sadece sosyal medya hesapları üzerinden, 6769 Sayılı Kanun'un aradığı anlamda kullanımı, markasal bir kullanım olarak kabul edilebilecek midir? Sadece bu mecrada gerçekleştirilen kullanımlar, bazı sınıflar özelinde yapılan değerlendirme aşamasında, markasal kullanımın ispatı için yeterli olacak mıdır?

İşbu makalede, Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere, diğer ülkelerde, özellikle sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen markasal kullanım konusunda verilen kararlar; markasal kullanımın tespiti ile ilgili bazı kriterler ve benzeri hususlar izah edilmeye ve özellik arz eden bazı sınıflarda, markanın kullanımı ile ilgili geleneksel yaklaşımdan hareketle yapılan değerlendirmelerin, hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkarabileceği izah edilmeye çalışılacaktır.

B. Marka Tanımı ve Unsurları:

Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi'nin birinci maddesinde: 'markanın, sınai mülkiyet korumasının konularından bir tanesi olacağı' ifade edilmiş ve markanın tescili, tanınmış marka koruması, markanın tescilinde red nedenleri, markanın hükümsüzlüğü ve benzeri konular irdelenmiş olmakla birlikte, marka kavramının açık bir tanımına yer verilmemiştir.

Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın 1C sayılı eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın (TRIPS – Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) Markalar kenar başlıklı ikinci bölümünün 15. maddesinde: 'Bir işletmenin mal veya hizmetlerini, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonunun bir marka oluşturabileceği' belirtildikten sonra; 'bu tür işaretlerin, özellikle kişi adlarını, harfleri, sayıları, mecazi unsurları içeren sözcükleri, renk kombinasyonları ve bu tür işaret kombinasyonlarını' içereceği belirtilmiştir.

Mülga 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, 'Markanın İçereceği İşaretler' kenar başlıklı 5. maddesinde^[8]: 'Markanın, 'bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal

[8] İlgili madde, 556 Sayılı KHK'ya mehz kabul edilen Avrupa Topluluğu Konseyi'nin 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104 sayılı Üye Ülkelerin Markalara İlişkin Mevzuatının Yaklaştırılmasına ilişkin Yönergesi'nin 'Markaların İçerebileceği İşaretler' kenar başlıklı 2. maddesi ile aynıdır.

veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her tür işareti içereceği' ifade edilmiştir.

Marka olabilecek işaretler, Avrupa Birliği Hukukunda ise, 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün 4. ve 2015/2436 sayılı Üye Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktifin 3. maddesinde düzenlenmektedir. Her iki düzenleme bir bütün olarak değerlendirildiğinde, markanın, ayırt edici olması ve sahibine sağlanan korumanın açık ve net olarak konusunu belirleyebilmesini sağlayacak şekilde sicilde temsil edilmesi/gösterilmesi şartıyla, herhangi bir işareten oluşabileceği ifade edilmiş bulunmaktadır. İlgili maddelerde yapılan tanımlamalarda, işaretin hangi unsurlardan oluşturulabileceğinin, sınırlayıcı olmayacak bir şekilde (örnekleyici) olarak sıralandığı ayrıca gözlemlenmektedir.

10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinde de, hemen üst paragrafta belirtilen düzenlemeler çerçevesinde, marka olabilecek işaretlere ilişkin düzenlemenin yapıldığı gözlemlenmektedir. İlgili maddeye göre: "Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret"ten oluşabilecektir.

Bu anlamda, ayırt edici olması ve sicilde gösterilebilir olması şartıyla, her tür işaretin marka tanımı içerisinde yer alabileceği iddia edilebilecektir.

C. Markasal Kullanım:

Markasal kullanım, esasen, Türk Marka Hukuku'nun önceki uygulamaları ve mülga mevzuatta olmayan ve bu anlamda, 6769 Sayılı Kanun ile ilk defa yürürlüğe girmiş/tanımlanmış bir kavram değildir.

Mülga 556 Sayılı KHK döneminde de markanın kullanılması ile ilgili düzenlemeler yer almıştır.^[9] Örneğin, mülga 556 Sayılı KHK'nın 9. maddesinde, marka tescilinden doğan hakların kapsamı belirlenerek markasal kullanım ve

[9] Mülga 556 Sayılı KHK döneminde, markasal kullanım ile ilgili hususlar, aynı KHK'nın 14. maddesi, Anayasa Mahkemesinin 14.12.2016 tarih ve E.2016/148, K.2016/189 sayılı Kararı ile iptal edilinceye kadar, bu madde başta olmak üzere, 9. madde ve ilgili diğer maddeler çerçevesinde uygulama alanı bulmakta idi.

bunun sınırları da çizilmiştir. Bahse konu maddenin mehzazı olan 89/104 sayılı Yönerge'nin 5. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, maddede belirtilen şekildeki markasal kullanımın ticaret esnasında gerçekleşmesinin gerektiği, mevzuatın aradığı koşulların bulunması halinde, markanın ticari yaşamdaki kullanımının yasaklandığı doktrinde de kabul görmüştür.^[10]

10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda da, markasal kullanım ile ilgilidüzenlemelere, 9. madde ve ilgili diğer maddelerde yer verildiği görölmektedir.

6769 Sayılı Kanun md.9'un gerekçesi incelendiğinde, kanun maddesinin mehzazı olarak, 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 15. ve 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifinin 16. maddeleri işaret edilmektedir. Yine, 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün 18. maddesinde de benzer hükümlerin yer aldığı gözlemlenmektedir.

6769 Sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında, markanın, sahibi tarafından, tescil edildiği mal ve hizmetler kapsamında ve ciddi şekilde kullanımından bahsedilmektedir. Aynı hüküm çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu kullanımın, Türkiye'de gerçekleştirilmesinin gerektiği ayrıca belirtilmektedir.

Bu kapsamda değerlendirildiğinde, 6769 Sayılı Kanun kapsamında markasal bir kullanımdan bahsedebilmek için, markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi için Türkiye'de bir kullanımın gerçekleşmesi gerekmektedir.^[11]

6769 Sayılı Kanun'un 9. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, hangi durumların markasal kullanım olarak addedileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümlere göre, markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması, markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması (6769 Sayılı SMK md.9/2-a ve b bentleri) ile markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması (6769 Sayılı SMK md.9/3) halleri, marka sahibi tarafından kullanım olarak kabul edilmektedir.

[10] Arkan Sabih, Marka Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 533, AÜHF. Döner Sermaye Yayınları No: 48, Ankara, 1998, Cilt II, s.216.

[11] Ayrıca bkz. 6769 Sayılı Kanun md.9 gerekçesi.

D. Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanımın İspatının Gerekliği Bazı Durumlar:

Markasal kullanımın ne şekilde olabileceğine değinen Kanun Koyucu, markanın kullanılması zorunluluğuna ilişkin hükümler de sevk etmiş durumdadır.

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 9. maddesinin birinci fıkrasına göre: tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan, tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından, marka sahibi tarafından Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilecektir.

Yine, bu hükümlerle bağlantılı olan ve markanın iptali hallerinin düzenlendiği 26. maddenin 1. fıkrasının a bendine göre, haklı bir sebep olmadan, markanın, tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından, tescil edildiği tarihten itibaren beş yıllık bir süre içerisinde ciddi şekilde kullanılmayan ve/veya kullanımına kesintisiz ara verilmesi halinde, bu markanın Kurum tarafından iptal edileceği düzenlenmiş durumdadır.^[12]

6769 Sayılı Kanun'a göre ve aşağıda örnekleyici olarak sunulan düzenlemeler çerçevesinde, marka sahibi; belirli koşulların varlığı halinde, markasal kullanımını ispat etmekle mükelleftir.

D.1. Bu düzenlemelerden ilkinin, marka yayınına itiraz aşamasında karşımıza çıktığı gözlemlenmektedir. Marka tescilinin edinilmesi ve kural olarak, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda yer alan korumadan yararlanılabilmemesinin temel şartı, bir marka tescilinin bulunmasıdır.

Marka tescili ise, bir süreç olup; bu süreç, TÜRKPATENT'e usulüne uygun şekilde yapılacak bir başvuru ile başlamaktadır. Marka başvurusunun yapılmasının ardından, TÜRKPATENT, ilgili başvuruyu gerek şekli ve gerekse 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu md.5'te yer verilen mutlak red nedenleri açısından re'sen incelemekte ve herhangi bir eksiklik ve/veya aykırılığın bulunmadığı kanısına varması durumunda, başvurunun yayınlanmasına karar vermektedir. Yayım süresi, 6769 Sayılı Kanun md.18'e göre, iki aydır.

Markasal kullanım ve/veya kullanımın ispatlanması ile ilgili yükümlülük, bu aşamada ortaya çıkabilmektedir. Yayına itiraz aşamasında markasal kullanımın

[12] Markanın iptali ile ilgili Türk Patent ve Marka Kurumu'nun karar vereceği yönündeki düzenleme ve 6769 Sayılı SMK'nın 26. maddesinin yürürlük tarihi, aynı Kanun'un 192/1-a bendine göre, yayınlandığı tarihten yedi yıl sonra yani 10.01.2024 tarihinden sonra yürürlüğe girecektir. 6769 Sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesinin 1. fıkrasına göre, 26. madde hükmü yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisi, anılan maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılacaktır.

ispatı ile ilgili düzenleme, 6769 Sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır.

İlgili hükme göre, marka yayınına itiraz aşamasında ve özellikle itirazların, md.6/1 kapsamındaki nisbi red nedenlerine dayandığı durumlarda:

- İtiraz gerekçesi markanın; itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinde, Türkiye'de en az beş yıldır tescilli olması;
- Başvuru sahibinin bu hususta bir talebinin bulunması durumunda, itiraz sahibinden, itiraza konu başvurunun, başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde, itiraz gerekçesi markasını, itirazına dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından Türkiye'de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunması talep edilmekte ve itiraz sahibi tarafından, bu hususların ispatlanamaması durumunda itirazı reddedilmektedir.

Yayıma itiraz aşamasında söz konusu olan markasal kullanım ve bu kullanımın ispatı; yayıma itiraz neticesinde verilen kararın iptali amacıyla açılan TÜRKPATENT YİDK kararlarının iptali (Kurum kararlarının iptali) davalarında da bir savunma gerekçesi olarak ileri sürülebilecektir.

D.2. Markasal kullanım ve bu kullanımın ispatı zorunluluğu, markanın hükümsüzlüğü kapsamında açılan davalarda da karşımıza çıkabilmektedir.

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu md.25; markanın hükümsüzlüğü hallerinin nelerden oluşacağını düzenleme altına almıştır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, 5. maddede yer verilen mutlak red nedenleri ve 6. maddede düzenlenen nisbi red nedenlerinin bulunması halinde, mahkeme tarafından, markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilecektir.

Madde 25/7'ye göre, bu maddenin birinci fıkrası kapsamında ve md.6/1'de yer alan nisbi red nedenleri çerçevesinde açılan marka hükümsüzlüğü davalarında, bir üst paragrafta yer verilen 19. maddenin ikinci fıkrası, hükümsüzlük davası aşamasında bir def'i olarak ileri sürülebilecektir. Yine aynı bende göre: hükümsüzlüğü istenen markanın başvuru veya rüçhan tarihinde, davacının markası, en az beş yıldır tescilli ise; davacı, ayrıca, söz konusu başvuru veya rüçhan tarihinde 19 uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen şartların yerine getirildiğini ispatlamak durumundadır.

D.3. Markasal kullanım ve kullanımın ispatı zorunluluğu, benzer şekilde, marka hakkına tecavüz nedeniyle açılan davalarda da uygulama alanı bulabilmektedir.

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 29. maddesinin birinci fıkrasında, dört bent halinde, hangi eylem/fiillerin marka hakkına tecavüz teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, markasal kullanım ve kullanımın ispatı hususunun düzenlendiği 19. maddenin ikinci fıkrasının, tecavüz davalarında da def'i olarak ileri sürülebileceği açık bir biçimde hüküm altına alınmış durumdadır.

D.4. Markanın kullanımını ve bu kullanımın ispatı ile ilgili hüküm ve bahse konu müessesenin, sadece yukarıda izah edilen hususlarla sınırlı olmadığı düşünülmektedir.

Yukarıdaki paragraflarda da izah edilmeye çalışıldığı üzere, marka tescilinde nispi red nedenleri, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmektedir. Bu maddenin üçüncü fıkrasında yer verilen hükme göre, herhangi bir marka başvurusu tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse; bu marka başvurusu, sahibinin itirazı üzerine, reddedilecektir.

Bu hüküm, esasen marka üzerindeki gerçek hak sahipliği, öncelikli hak sahipliği hususlarını düzenlemektedir.^[13]

Yargıtay kararları^[14] ile de yerleşik hale geldiği üzere, marka üzerindeki hakkın iktisabı ve korunması ile ilgili olarak üç önemli ilkedden biri olan marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden kişiye aittir ki buna "gerçek hak sahibi" denilir. Bu gibi durumlarda markanın tescili, sadece açıklayıcı etkiye sahiptir. Diğer bir deyişle, marka üzerindeki hak, tescilden önce doğmuş bulunmaktadır.

Buna karşın, bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin, sadece seçip tescil ettiren bir kimsenin bu tescili ve/veya başvurusu, kurucu etkiye sahiptir. Bu tür tescil ve/veya başvuru, sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin itiraz edip ve/veya dava açıp, bu markayı tescil ettireceği

[13] Her ne kadar, md.6/3'te ifadesini bulan marka üzerindeki üstün/öncelikli hak kavramı; hem itiraz, hem itirazlar neticesinde verilen kurum kararlarının iptali hem hükümsüzlük ve hem de tecavüz davaları aşamasında ve marka tescilinde nisbi red nedenleri ana başlığı altında incelenen ve bu kapsamda değerlendirilen bir konu ise de, bu iddiaların ispatı aşamasında da markasal kullanım müessesinden yararlanılması nedeniyle bu konuya, ayrı bir paragraf halinde ayrıca yer verilmiştir.

[14] Yargıtay 11.HD'nin 2001/9903 E., 2002/3699K. sayılı kararı, Yargıtay 11.H.D.'nin 2015/6134E., 2015/13829K. sayılı kararı ve benzeri diğer kararları. Ayrıca bkz. Yasaman Hamdi, Marka Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s.405 v.d.

tarihe kadar, kurucu etki sahipliği devam eder. Çünkü, marka üzerindeki gerçek hak sahipliği, ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak tanımaz.^[15]

Bir diğer ifadeyle, esasen nisbi red nedenleri içerisinde yer alan ve herhangi bir marka başvurusu ve/veya benzeri bir işaret üzerinde, bu marka başvurusu ve/veya rüçhan tarihinden önce üstün/öncelikli hakkının olduğunu iddia eden ve bu iddialar kapsamında dava ikame eden şahısların, bu öncelikli hakkın sahibi olduğu ve bu anlamda önceki tarihlere dayanan markasal kullanımını ispatlaması gerekmektedir. Bu anlamda, markanın daha önceki bir tarihte kullanıldığının ispatlanması, bu aşamada da söz konusu olabilmektedir.

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu genel gerekçesinin tetkikinde, kanun koyucunun, bu hükümler ile, esasen, tescilli markaların piyasada daha etkin olarak kullanımını sağlamak ve kullanılması düşünülme-yen mal ve hizmetler için marka tescil talebinde bulunulmasının önüne geçmeyi hedeflediği gözlemlenmektedir.

Bahse konu düzenlemeler, ayrıca, markaya dayalı bazı hukuki talepler aşamasında, kullanımın ispatlanmasını zorunlu hale getirerek esasen mevcut sistemin daha sağlıklı işlemlerini sağlamaktadır. Örneğin, marka tescil tarihinin üzerinden beş sene geçmiş olmasına rağmen, 6769 Sayılı Kanun'un aradığı anlamda ciddi bir kullanımı olmayan bir marka sahibinden; kendi markasının aynı ve/veya benzerinin, aynı ve/veya benzer sınıflardaki tescil taleplerinin yayını aleyhine yaptığı itiraz aşamasında, itirazının gerekçesi markasının kullanıldığını ispat etmesinin talep edilmesi, ortada gerçek bir hukuki menfaatin bulunup bulunmadığını ortaya çıkarmak adına oldukça faydalıdır. İtiraza gerekçe olarak gösterilen markanın kullanıldığının ispat edilememesi halinde ya itiraz tamamen reddedilmekte ya da kullanıldığı ispatlanamayan marka dikkate alınmaksızın bir karar verilmektedir. Bu sayede, ilgili markayı ciddi şekilde kullanmak isteyen kişiye tescil ve kullanım imkanı sağlanmakta ve yine, marka sicili, kullanılmayan markaların oluşturduğu bir ardiye olmaktan çıkmaktadır.

Benzer şekilde, bir üst paragrafta belirtilen niteliklere sahip bir işaretin, ticari hayattaki aktif kullanımı ile ilgili açılacak olası bir tecavüz davası aşamasında, talep halinde, önce bu kullanımı ispatlaması ve ancak bu husus ispatlandıktan sonra yargılamaya devam edilmesi, yapılan yargılama neticesinde verilecek kararın taraf menfaatlerine uygun, dengeleyici ve hakkaniyete uygun olmasını sağlamaktadır. Yine, 6769 Sayılı Kanun'un aradığı ve kendisinden beklediği anlamda ciddi markasal bir kullanımı olmayan ve sadece rakiplerinin faaliyetlerini önleme hedefinde olan kötü niyetli üçüncü kişilerin açacakları olası

[15] Konu ile ilgili ayrıca bkz. Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2002, s.324 ve devamı.

davalarda, bu yükümlülük nedeniyle, hakkaniyete aykırı kararların verilmesinin de önüne geçilebileceği düşünülmektedir.

E. Markasal Kullanımın İspatı Aşamasında Uygulamada Dikkate Alınan Bilgi ve Belgeler:

Makalenin üst paragraflarında 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ilgili maddelerine atıflar yapılmak suretiyle, bu müessese genel çerçevesi ile ele alınmaya çalışılmıştır.

24.04.2017 tarih ve 30047 Sayılı Resmi Gazete'de, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik yayınlanmıştır. Bu yönetmeliğin 30. maddesinin birinci fıkrasında, kullanımın ispatı ile ilgili sunulan delillerin, tarafların başka bir bilgiye ihtiyaç duymaksızın değerlendirme yapabilmesine ve görüş oluşturabilmesine imkân verecek şekilde açık, anlaşılır ve güvenilir nitelikte olması ve tiraz sahibi tarafından sunulan delillerin itiraza konu markanın tescilli olduğu mal veya hizmetler bakımından kullanımın niteliği, yeri, zamanı, kapsamı ve markanın kullanım şekli hususlarına dair yeterli bilgiyi içermesi gerektiği açık şekilde belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, delillerin; ambalaj, etiket, fiyat listesi, katalog, fatura, fotoğraf ve gazete ilan gibi her türlü destekleyici dokümanı içerebileceği hükme bağlanmıştır.

Bu yönetmeliğe ek olarak, markasal kullanımın ne şekilde olabileceği ve nasıl ispatlanabileceğine ilişkin TÜRKPATENT tarafından bir kılavuz^[16] yayınlanmış ve burada hangi belgelerin markaların kullanımının ispatında faydalı olacağı hususlarına işaret edilmiştir.

Bu kılavuzun tetkikinde, markasal kullanımın ispatında, "Faturalar", "Katalog, Fiyat Listesi ve Ürün Kodları", "Ürün, Ambalaj ve Tabela Örnekleri", "Reklam, Tanıtım, Promosyon, Pazar Araştırması, Kamuoyu Araştırması", "Reklam Görselleri ve Videoları, Bunlara ilişkin faturalar", "Tanıtım ve promosyon ürünleri görselleri veya videoları ve bunlara ilişkin faturalar", "Fuar katılımına ilişkin deliller", "Pazar araştırması, kamuoyu araştırması", "Ticari Faaliyete İlişkin Bilgiler", "Beyanlar"ın dikkate alınacağı belirtilmiştir.

İlgili kılavuzda, faturaların, kullanımın ispatında en güçlü delil olacağı belirtilmiş; fiyat listesi, ürün kodları ve katalogların dahi, tek başlarına markanın

[16] İlgili kılavuza erişilebilecek link için bkz.:
<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/B4609CED-66A9-4096-A33A-DA99A1A0DE04.pdf;jsessionid=AC3C184BCDB58A4EDEC62AC6EFEFA68>
(Son erişim tarihi: 09.02.2019)

ticari hayata konu olup olmadığını ya da hangi emtialar için kullanıldığını kesin olarak ispat etmediği, yardımcı delil niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.

Benzer şekilde, mal veya hizmete ilişkin reklam görselleri ve videoların da kullanım ispatına ilişkin sunulacak deliller içerisinde önemli yer tuttuğu belirtildikten sonra, bu belgelere ek olarak faturaların sunulmasının gerekliliğine işaret edilmiştir.

Yine, tanıtım ve promosyona ilişkin görsellerin, videoların veya ses belgelerinin kullanımın ispatında değerlendirmeye alınacağı belirtildikten sonra, tanıtım ve promosyon harcamalarına ilişkin faturaların da sunulması hususuna değinilmiştir.

“İnternet üzerinden satış yapılması halinde marka ve mal/hizmet bağlantısının açık şekilde kurulduğu ilgili web sitesinin görsellerinin de delil olarak kabul edileceği” ve “markanın alan adı olarak tescil edilmesi halinde ilgili internet sitelerine ilişkin görseller ve bu sitenin kullanımını gösteren istatistiki verilerin de destekleyici delil olarak değerlendirileceği” belirtilmiş durumdadır.

Bu açıklamalar kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, internet üzerinden gerçekleştirilen markasal kullanımlar, sadece belirli bir mal/hizmet satışı ile sınırlandırılmakta ve markanın, 6769 Sayılı Kanun’un aradığı anlamda kullanıldığının ispatlanabilmesi için internet üzerindeki kullanımlara ek olarak fatura sunulması bir gereklilik olarak aranmaktadır.

Bu durum ise, bizleri, markanın, bazı sınıflar özelinde (örneğin reklamcılık hizmetleri, pazarlama hizmetleri, hakla ilişkiler ve benzeri hizmetler), tek başına, internet üzerinden (özellikle sosyal medya vasıtasıyla) ciddi şekilde kullanılması durumunda, bu kullanımın, ispat için yeterli olmayacağı gibi bir sonuca götürmektedir.

Acaba, bazı sınıflar özelinde (örneğin reklamcılık hizmetleri, pazarlama hizmetleri, hakla ilişkiler ve benzeri hizmetler), markanın sadece internet üzerinden kullanılması durumunda ve ticari hayatın içerisinde kullanıldığı hususunun ispatı aşamasında fatura sunulması bir gereklilik midir? Yine bu kapsamda, az önce bahsedilen sınıflar kapsamında, internet üzerinden ve makale özelinde sosyal medya üzerinden yapılan markasal kullanımlarda gerçek bir satışın varlığı şart mıdır? Gerçek bir satış olmasa ve/veya fatura sunulmasa dahi, internet ve sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen kullanımlar, markasal bir kullanım olarak değerlendirilebilecek midir?

Devam eden başlıklar altında bu hususlar, yurt dışında verilen bazı kararlar çerçevesinde cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

F. Markasal Kullanımın Tespitindeki İlk Koşul: Ticari Hayatın İçerisinde ve Ticari Etki Yaratacak Şekilde Kullanım

6769 Sayılı Kanun md.11/3'e göre: Başvuruya konu mal veya hizmetler, 12.7.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşmasına göre sınıflandırılmaktadır. Bu hususlara, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 9. maddesinde de işaret edilmektedir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, markasal kullanım ile ilgili olarak, toplam 45 adet mal ve hizmet sınıfı yer almaktadır. Bunlardan ilk 34 sınıf, mal/emtia; diğer 11 sınıf ise hizmet sınıfına ilişkindir.

Markasal kullanımın ispatı aşamasında, her bir sınıf özelinde bir değerlendirme yapılmasının gerekli olduğu sabittir.

Markanın kullanılıp kullanılmadığının her bir sınıf özelinde değerlendirilmesi asıl olmakla beraber, sınıf bazında bir değerlendirme yapmadan önce, markanın ticari hayat içerisinde ve ticari etki yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi öncelikli olarak tespit edilmelidir.

Zira, doktrinde^[17] de kabul gördüğü üzere, markanın işlevlerine uygun bir tarzda yarar elde edecek, yani onun malın veya hizmetin piyasada tanınmasını ve diğer işletmelerin mal/hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayacak şekilde ve yoğunlukta; piyasada, piyasaya hitap eden, piyasayı etkileyen yerlerde kullanılması gerekmektedir.

Geleneksel ticari ilişkiler ve iş yapış şekilleri kapsamında değerlendirildiğinde, bu hususun ispatındaki en temel belge, TÜRKPATENT kullanım kılavuzunda da belirtildiği üzere, faturalar olacaktır.

Ancak, internet ve internet üzerinden gerçekleştirilen hangi kullanımın ticari hayatın içinde olduğu ve ticari etki doğurduğu, hangilerinin bu kapsamın dışında olduğunun belirlenmesi aşamasında bazı problemlerin ortaya çıkmakta olduğunu iddia etmek sanırız yanlış olmayacaktır.

Günümüzde, çoğumuzun, evlerimizin mutfak ihtiyaçlarını; pazar, market, manav ve benzeri yerlere gitmeksizin; yine giyim, ayakkabı, çanta ve benzeri emtiayı dahi mağaza ve benzeri alışveriş mekanlarına uğramaksızın internet

[17] Bknz. Tekinalp, a.g.e., s.428 vd.; ayrıca bknz. Offner, Eric D., International Trademark Protection, Fieldson Press, New York, 1965, s.39 vd.; Yasaman, a.g.e., s.494 vd.; Damato Anthony–Long Doris Estelle, International Intellectual Property Law, Kluwer Law International, London, 1997, s.21 vd.; Cornish William – Llwyn David, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights, Sweet & Maxwell, London, 2003, s.701 vd.

siteleri üzerinden aldığımız bir gerçekliktir. İnternet üzerinden gerçekleştirilen bahse konu ticari ilişkiler özelinde bir değerlendirme yapıldığında, artık e-ticaretin hayatımızda önemli bir yere sahip olduğu ortadadır.

Bu tür işlemler, genelde ya ilgili markalara ait alan adları üzerinden yayın yapan resmi internet siteleri üzerinden gerçekleştirilmekte ya da birden fazla markaya ait ürün ve/veya hizmetlerin bir araya getirildiği alışveriş platformları üzerinden yürütülmektedir. Genelde, bu tür internet sitelerine kayıt olunarak üyelik isim ve şifreleri belirlenmekte ve güvenli ödeme seçenekleri vasıtasıyla, satın alınan ürün/hizmetler, nispeten kısa süreler içerisinde muhatabına ulaşmaktadır. Amazon, hepsiburada, gittigidiyor, n11, Alibaba^[18] örneklerden sadece bazılarıdır.

Mevcut uygulama ve düzenlemeler kapsamında değerlendirildiğinde, TÜRK PATENT'in kendine esas aldığı ve markasal kullanım olarak addettiği internet üzerindeki kullanım, esasen bu tür işlemlere ilişkindir.

Özellikle yukarıda yer verilen örnekler kapsamında değerlendirildiğinde, bu ve benzeri işlemlerin, çoğunlukla, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre tacir olarak kabul edilen şahıslar vasıtasıyla gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, fatura ve benzeri belgelerin sunulması, ticari kullanımın ispatı aşamasında istenebilecektir.

Ancak, bu durumda dahi, markanın ticaret hayatı içerisinde kullanılıp kullanılmadığının tespiti ve karar verme aşamasında fatura sunulmaması durumunun tek başına yeterli olmayacağı düşünülmektedir.

Sadece bir örnekle belirtmek gerekirse, günümüzde, özellikle gerçek kişilerin üyesi olduğu ve yurt dışında oldukça rağbet gören el yapımı, sınırlı sayıda ve kişiye özel üretilen ürünlerin satılmakta olduğu ve bir platform olarak tasarlanmış çeşitli internet siteleri bulunmaktadır. Etsy^[19] isimli platform, bunun en güzel örneklerinden bir tanesidir. Bu platforma, örneğin el işi dikiş nakış/dantel yapan, sabun üreten; üretimini tamamen evinde gerçekleştiren, Türkiye'nin herhangi bir yerinde yaşayan ve esasen ev hanımı olan Ayşe Teyze'nin üye olduğunu; Ayşe Teyze'nin A ibareli bir işareti kendine marka olarak belirlediğini ve bu ürünleri, A ibareli markası ile sattığını varsayalım. Yine, Ayşe Teyze'nin A ibareli markasının üzerinde yer aldığı, el işi dikiş nakış ve sabun emtiasının, yurt içi ve yurt dışından ciddi şekilde talep gördüğü, bu ürünler ile ilgili pek çok

[18] www.amazon.com.tr, www.hepsiburada.com, www.gittigidiyor.com, www.n11.com, www.alibaba.com.tr uzantılı alan adları üzerinden yayın yapan internet sitelerine son erişim tarihi: 09.02.2019

[19] www.etsy.com uzantılı internet sitesine son erişim tarihi: 09.02.2019

yorumun yapıldığı, hatta satışa çıkardığı ürünlerin en çok satan ürünler içerisinde yer aldığı, ürünleri takip eden olası alıcı sayısının ciddi boyutlara ulaştığını düşünelim. Ayşe Teyze'nin bir ev hanımı olması nedeniyle herhangi bir vergi kaydının bulunmadığı ve yapmış olduğu satışlarla ilgili fatura, proforma ve/veya başkaca bir mali belgesinin bulunmadığını varsayalım. Bu durumda, sırf fatura sunulamıyor diye, Ayşe Teyze tarafından, A markasının, www.etsy.com isimli platform üzerinden, ticari hayatın içinde ve/veya ticari etki yaratacak şekilde kullanılmadığını iddia etmek ne derece mümkün olabilecektir?

Markanın internet üzerinden ve/veya ticari hayat içerisinde kullanıldığının kabulü için, belirli koşulların bulunması halinde, gerçek bir satışın dahi bulunmasının gerekli olmadığı hususuna, Amerika Birleşik Devletleri'nde verilen çeşitli kararlarda değinilmiştir. Bahse konu kararların çoğunda tartışılan, marka üzerindeki öncelik hakkının kime ait olduğu ve internet üzerinden gerçekleştirilen kullanımın, marka üzerinde öncelik hakkı bahşedip etmediği hususuna ilişkindir. Ancak, bu kararlardan bazılarının, özellikle internet üzerinden gerçekleştirilen hangi kullanımların, hangi koşullar altında, ticari bir kullanım olarak kabul edilmekte olduğu hususlarına işaret etmesi nedeniyle, önem arz ettiği düşünülmektedir.

İnternetin henüz hayatımızda olmadığı dönemlerde dahi, Amerika Yüksek Mahkemesi (1.Temyiz Dairesi), 16 Temmuz 1951 tarih ve 190 F.2d 415 sayılı kararında^[20], marka üzerindeki hak sahipliği ve markasal kullanım ile ilgili bazı kriterler belirlemiştir. Bu kararda, marka üzerinde üstün/öncelikli hak sahipliği ve markasal kullanımın belirlenmesi aşamasında; markanın, ilgili emtianın üzerine konulması ve markayı taşıyan ürünlerin satışına ilişkin delillerin, verilecek olan kararın esasını/temelini teşkil edeceği ve yüksek bir ikna kabiliyetine sahip olacağı belirtilmiştir. Aynı kararın ilerleyen kısımlarında, satış veya satışların, marka ile hak sahibi arasındaki bağın kurulmasının olmazsa olmazı (*sine qua non*) olarak kabul edilmesinin de haksızlıklara neden olacağına ayrıca işaret edilmiştir. Bu kapsamda, **mevcut satışın olduğuna ilişkin herhangi bir delil olmasa bile**, halk/hitap edilen tüketici kesimi nezdinde, ilk olarak “markanın, sahibi olduğu iddia edilen şahıs tarafından seçilmiş olduğu” ve ikincil olarak “yine bu şahıs tarafından, markanın, diğer mallardan ayırt etmek amacıyla kullanıldığı algısının oluşması” durumunda marka üzerindeki hak sahipliği durumunun ortaya çıkacağına karar verilmiş olduğu gözlemlenmektedir.

[20] İlgili karar, Mendes kararı olarak da bilinmektedir. Karar ayrıntısı için bkz.: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/190/415/247239/> (Son erişim tarihi: 09.02.2019)

Bir elektronik posta yazılımı üzerindeki Coolmail markasının ticari kullanımı ve bu marka üzerindeki üstün/öncelikli/gerçek hak sahipliği hususunun tartışıldığı Amerika Yüksek Mahkemesi (11.Temyiz Mahkemesi)'nin 16 Ağustos 2001 tarih ve 00-10872 no'lu kararında da (Planetary Motion Inc. v. Techplosion, Inc. ve diğerleri.)^[21], hemen üst paragrafta belirtilen Mendes kararına atıfta bulunularak, **gerçek veya mevcut bir satışın olmaması durumunun, otomatik olarak ilgili markanın ticari hayatta kullanılmadığı kanısına varılması için yeterli olmadığı** açık şekilde hüküm altına alınmıştır. Bu kararda, **gerçek ve/veya mevcut bir satış olmasa bile**, ilgili yazılımın, üçüncü bir şahsa ait internet sitesi üzerinden, ücretsiz olarak indirilmesi durumunun, yazılımın, yaygın şekilde dağıtılmakta olduğuna işaret ettiği; yazılımın Coolmail markasını üzerinde barındıran bir dosya adı ile yayınlandığı ve internete erişimi olan herkese açık olduğu; Coolmail markası üzerinde hak sahibi olduğu iddia eden şahısla iletişim içerisine geçen son kullanıcıların gönderdikleri elektronik postalarda yazılım ile ilgili Coolmail markasını kullandıkları; Coolmail markasının yazılımın kaynağını göstermek amacıyla kullanıldığı ve benzeri hususlara değinerek markanın ticaret hayatı içerisinde kullanılmakta olduğuna kanaat getirmiş olduğu gözlemlenmektedir.

Yine, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (7.Temyiz Mahkemesi)'nin 05 Ağustos 1999 tarihli ve 98-2908 no'lu kararında da (Johnny Blastoff v. Los Angeles Rams Football Co.) hemen üst paragrafta belirtilen hususlara işaret edilerek, markasal kullanımın gerçekleşmesi için gerçek ve/veya mevcut bir satışın bulunmasının gerekmediği hususlarına değinildiği gözlemlenmektedir.

Açıklanmaya çalışılan bu Mahkeme kararları, markasal kullanımın ilk şartı olan ticaret hayatındaki kullanım ve/veya ticari etki yaratacak şekilde gerçekleştirilen kullanımın varlığının tespiti esnasında, sadece faturalara dayalı bir değerlendirme yapılmasının ne derece hukuk ve hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabileceğini göstermesi açısından oldukça önemlidir.

Markanın ticari hayatın içerisinde ve ticari etki yaratacak şekilde kullanılması, markasal kullanım bulunup bulunmadığının belirlenmesi için öncelikli şartlardan bir tanesi olmakla beraber, bu durumun tek başına var olması, markasal kullanım olduğunun kabulü için tabii ki yeterli değildir.^[22] Bir diğer ifadeyle,

[21] İlgili karara ilişkin metin için bkz.

<https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1481575.html> (Son Erişim Tarihi: 09.02.2019)

[22] LaLonde Ann Gilson, Gilson Jerome, Proving Ownership Online... And Keeping It: The Internet's Impact on Trademark Use and Coexistence, Trademark Reporter, Matthew Bender & Company Inc., 2014, s.13 vd.

sadece bir alan adının edinilmiş olması, bu alan adı üzerinden yayın yapan bir internet sitesinin bulunması, yine makale özelinde sosyal medya üzerinden, belirlenen bir işaret üzerinden bir kullanıcı hesabının alınması ve bu hesap üzerinden bazı paylaşımların yapılmış olması, bu işaretin 6769 Sayılı Kanun'un aradığı anlamda markasal bir kullanımın ispatlanması için yeterli olmayacaktır.

Bu amaçla, devam eden başlıklar altında, önce makale özelinde, hangi sınıflar kapsamında bir değerlendirme yapılmakta olduğu izah edilmeye ve bu anlamda makalenin sınırları belirtilmeye çalışılacak, sonrasında da, Türkiye'de sosyal medya kullanımı ile ilgili bazı istatistikler paylaşarak, sosyal medyada markasal kullanımın var olduğunun kabulü için ne tür şartların aranabileceği hususlarına değinilecektir.

G. Markasal Kullanımın İspatı Aşamasında, Kullanım ile İlgili Sınıflar Özelinde Bir Değerlendirme Yapılması Gerekliliği ve Makalenin Kapsamı:

Hukukun toplumsal işlevini yerine getirebilmesinin önemli ve temel unsurlarından birisini, bilindiği gibi, somut durum ve olayın hukuka uygun bir biçimde anlamlandırılıp değerlendirilmesini ve kararlaştırılmasını konu edinen hukuksal muhakemenin/yargılamanın sağlıklı bir biçimde gerçekleştirilmesi teşkil eder.^[23] Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve diğer Yüksek Derece Mahkemelerince verilen pek çok kararda da yer aldığı üzere, her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi esastır.

İşaret ve/veya markanın ticari hayat içerisindeki kullanımı ile ilgili başlık altında yapılan açıklamalarda da belirtilmeye çalışıldığı üzere, markasal kullanımın ispatı aşamasında, her bir sınıf özelinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu anlamda, herhangi bir mal/emtia/ürün üreten ve bu ürünler üzerinde ve ilgili sınıflarda, 6769 Sayılı Kanun'un aradığı anlamda ciddi şekilde bir markasal kullanımının olduğunu iddia eden şahsın, bu kullanımları ispat aşamasında fatura başta olmak üzere, ilgili diğer belgeleri sunmasının beklenmesi makul bir yaklaşımdır.

Bu noktada, TÜRKPATENT tarafından yayınlanan Kullanım İspatı Kılavuzunda değinilen deliller ve ilkeler, pek çok sınıf için geçerli, kabul edilebilir ve hukuka uygun ise de, tüm sınıflar özelinde bu şekilde genel kriterlerin belirlenmesi ve her bir sınıf özelinde değerlendirme yapılmaması, çoğu zaman hukuk ve hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.

[23] Gürbüz Ahmet, Hukuksal Muhakemenin Temel Paradigması Olarak Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkeleri Nasıl İşlevselleştirilebilir., s.609, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/229916>, Son Erişim Tarihi: 09.02.2019

İşbu makale özelinde ele alınan ve tartışılan sınıfların, özellikle 35. sınıfın alt grupları (35.01.alt grubu) içerisinde yer alan “Reklamcılık, pazarlama ve halkla ilişkiler ile ilgili hizmetler ve benzeri hizmetlere” ilişkin olduğu önemine binaen bir kez daha belirtilmelidir.

Aşağıdaki başlıklarda da izah edilmeye çalışılacağı üzere, sosyal medyanın kullanım sıklığı, yoğunluğu, hitap ettiği tüketici kesiminin genişliği ve benzeri hususlarla birlikte değerlendirildiğinde, internet üzerinde ve özellikle sosyal medya hesapları vasıtasıyla, reklamcılık, pazarlama ve halkla ilişkiler ile ilgili hizmetler ve benzeri diğer hizmetleri, belirli bir marka üzerinden yürüttüğünü iddia eden ve 6769 Sayılı Kanun’un aradığı anlamda ciddi, yoğun, ticari kullanımı gerçekleştiren bir şahsın, bu markasal kullanımla ilgili fatura sunmasının bir şart olarak ileri sürülmesi ve bunu sunamaması nedeniyle bu sınıflar özelinde markasal bir kullanımının olmadığı kanaatine varılması bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.

H. Sosyal Medya Kullanımı ve Türkiye:

Sosyal medya, ‘sanal topluluklar ve ağlar yoluyla bilgi, fikir, kariyer hedefleri ve diğer ifade biçimlerini yaratmayı ve paylaşmayı kolaylaştıran etkileşimli bilgisayar aracılı teknolojiler’^[24] olarak tanımlanabilecektir.

Sosyal medya, elektronik ticarete yaşanan gelişmeye paralel bir şekilde ve hatta elektronik ticaretten daha da fazla olacak şekilde, günlük yaşantımızın adeta en önemli unsuru haline gelmiş bulunmaktadır.

Yolda yürürken, otobüs ve benzeri toplu taşıma araçlarında seyahat ederken ve/veya iş yaşantısında çalışma aralarındaki dinlenmeler esnasında, adeta refleks olarak yaptığımız ilk işlerden bir tanesi, akıllı telefonlarımızdaki uygulamaları açarak sosyal medya hesaplarımızı kontrol etmektir.

Makalenin giriş kısmında yer verilen raporun^[25] tetkikinde, Türkiye’nin, Facebook isimli sosyal medya uygulaması kullanımında, 51 milyon kişi ile dünyada 9. sırada; Instagram isimli sosyal medya uygulaması kullanımında, 33 milyon kişi ile dünyada 5. sırada; Twitter isimli sosyal medya uygulaması kullanımında 10 milyon sekiz yüz bin kişi ile 5. sırada yer aldığı gözlemlenebilmektedir. Aynı rapor, Türkiye’deki toplam nüfusun %67’sinin interneti

[24] Kaynak: https://en.wikipedia.org/wiki/Social_media (Türkiye üzerinden Wikipedia isimli internet sitesine erişimin yasaklanmış olması nedeniyle, işbu makalenin kaleme alındığı tarih itibarıyla, bu siteye erişim gerçekleştirilememektedir.)

[25] Ayrıntı için bkz. <https://digitalreport.wearesocial.com>

kullandığı ve yine toplam nüfusun %63'ünün aktif sosyal medya kullanıcısı olduğunu vurgulamaktadır. Bu veriler, Türkiye'de sosyal medya kullanımının ciddi boyutlara ulaşmış olduğunun açık göstergesidir.

Tüm bu hususlarla birlikte değerlendirildiğinde, Türkiye'nin, dünya genelinde, kullanımda ilk sıralarda yer aldığı, günlük yaşantımıza bu derece yerleşmiş, milyonlarca kişi tarafından tercih edilen sosyal medyanın ticari alanda ve ticari amaçlarla kullanılmadığını iddia etmek ne derece mümkündür?

I. Markanın Sosyal Medyada, Tanıtım, Reklam, Pazarlama ve Benzeri Hizmetlerdeki Kullanımı Hususu ve Değerlendirme Aşamasında Dikkate Alınabilecek Hususlar:

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin (6.Temyiz Mahkemesi) 13 Aralık 2016 tarih ve 15-2516 no'lu kararında (Lee Jason Kibler v. Robert Bryson Hall ve diğerleri.)^[26], Twitter, Facebook gibi platformlarda tanıtım yapılması eylemlerinin, sadece pazarlama eylemini oluşturmadığı, bu fiillerin aynı zamanda, günümüzdeki en etkin ve popüler reklam/tanıtım faaliyeti olduğu son derece net bir şekilde ifade edilmiştir. Sadece bu tespit dahi, sosyal medyanın günümüzde gelmiş olduğu aşamanın ve tanıtım, reklam, pazarlama ve benzeri hizmetler özelinde, ne derece güçlü ve önemli bir araç haline geldiğinin açık bir göstergesidir.

Bu kararın, esasen sosyal medya üzerinden ve makale kapsamındaki sınıflarda gerçekleştirilen markasal kullanım ile ilgili yapılan tespitler ve kullanımın ispatı aşamasında değerlendirmeye alınması gerekli bilgi, belge ve kıstaslara işaret etmesi açısından da önemli olduğu düşünülmektedir.

Bu karardan hareketle, makale özelindeki sınıflar anlamında, sosyal medyada markasal kullanımın tespiti ve ispatı aşamasında, şu hususların ön plana çıkmakta olduğu gözlemlenmektedir.

* Sosyal medya üzerinden, markasal bir kullanım olduğunun ispatı aşamasında, markanın, ticari anlamda güçlü olması gerekmektedir. Markanın ticari anlamda güçlü olmasından kasıt, halk/hitap edilen tüketici kesimi nezdinde, markanın, sunulan hizmetlerle ilişkilendirilmesidir. Bir diğer ifadeyle, hitap edilen tüketici, markayı gördüğünde ya da duyduğunda, markadan; bu markanın hangi hizmet üzerinde kullanılmakta olduğundan, hizmetin niteliğine göre, gerektiğinde, sahibinden haberdar olmalıdır.

[26] Karara erişim için bkz.: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca6/15-2516/15-2516-2016-12-13.html>, Son Erişim Tarihi: 09.02.2019

* Markanın, hitap edilen tüketici kesiminin geniş bir kitlesi tarafından bilinmesi gereklidir. Bu geniş kitle tarafından bilinme durumu, hizmetle ilgili kapsamlı pazarlama ve yaygın tanıtım vasıtasıyla olabilecektir. Dolayısıyla, sosyal medya üzerinden markasal bir kullanım olduğu hususunun ispatı için bu hususun da belgelerle desteklenmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda, örneğin Twitter hesabının kaç kişi tarafından takip edilmekte olduğu ve yüksek miktarda bir takipçi sayısı bulunup bulunmadığı; takipçilerinin kimlerden oluştuğu, bunların konumları, bu takipçilerin gerçek ve özgün takipçi olup olmadığı; kendisini takip eden ünlü/tanınmış kişilerin bulunup bulunmadığı; bu ünlü/tanınmış kişilerin, yayınlanan gönderileri, kendi kitlesinin de görebilmesini sağlayacak şekilde yeniden yayınlayıp^[27] yayınlamadığı; bu şekilde yapılan yayınlarda, marka ve sahibine atıfta bulunulup bulunulmadığına dikkat edilmektedir.^[28] Bahse konu kullanımın ispatı aşamasında, sosyal medya paylaşım sitelerinden bir tanesi olan örneğin Youtube'daki izlenme oranlarının da dikkate alınmakta olduğu gözlemlenmektedir.

* Yine, bu markasal kullanımın süreklilik arz ettiği ve tüketicinin, marka ile ilgili farkındalığının devam ettiğini de ispatlaması beklenmelidir.

Makalede, daha çok Amerika'da verilen kararlara ağırlık verilmiş ise de, sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen kullanımların sadece bu ülke özelinde markasal kullanım olarak değerlendirilmediği ayrıca belirtilmelidir. Örneğin, Mart 2017 tarihinde, Çin-Marka İnceleme ve Yargı Kurulu (TRAB), yurt dışı menşeli bir markanın, Çin'de önemli sosyal medya ağlarından bir tanesi olan Sina Weibo'da kullanılması durumunu, markanın tanıtımınıolarak kabul etmiş ve markanın kullanılmama nedeniyle iptali talebini reddetmiştir.^[29]

Bu anlamda, halk/hitap edilen tüketici kesiminin, marka ile ilgili sıkı bir bağ kurması ve bu markanın, 6769 Sayılı Kanun'unda aradığı anlamda, ilgili hizmetlerde, ciddi, yoğun, sürekli ve tabiatıyla ticari şekilde kullanımlarının varlığı durumunda, sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen kullanımlar, markasal kullanım olarak kabul edilebilmektedir.

[27] Twitter isimli sosyal medya mecrasında, bu tür bir eyleme: "retweet" adı verilmektedir.

[28] İlgili kararda, Twitter için bahsedilen hususların, Facebook ve diğer sosyal medya türleri için de geçerli olduğu ayrıca belirtilmiştir.

[29] Zha, Geoffrey, China: TRAB Accepts Promotion of Trademark on Social Media as Evidence of Use in Non-Use Cancellation Proceeding, Mondaq, May 2017. Haber özeti için bkz.: <http://www.mondaq.com/china/x/617392/Trademark/TRAB+Accepts+Promotion+Of+Trademark+On+Social+Media+As+Evidence+Of+Use+In+NonUse+Cancellation+Proceeding> Erişim Tarihi: 09.02.2019

Tüm bu kriterler göz önüne alınarak bir değerlendirme yapıldığında, sosyal medya hesaplarımız üzerinden yapmış olduğumuz gezintiler esnasında, bizimle alakalı olsun, olmasın, restoranlardan tutunuz, güzellik ve bakım malzemelerine, iç mimarlıktan tutunuz tıbbi hizmetlere kadar pek çok ürün ve hizmet ile ilgili sponsorlu reklamlarla karşılaşmamız olasıdır.

Yine, bizzat markalar, kendilerine ait sosyal medya hesapları üzerinden, kendi markaları ile ilgili reklam, tanıtım, halkla ilişkiler ve benzeri faaliyetleri yürütmektedir. Durum, öyle bir aşamaya gelmiştir ki, ana faaliyet alanı olarak, sadece markalara ilişkin reklam, pazarlama ve halkla ilişkiler ile ilgili hizmetlerin sosyal medya hesapları üzerinden yürütülmesi, sosyal medya hesaplarının takibi ve bunların yönetimi işi ile uğraşan ve bu alanlarda hizmet veren şahıs ve firmalar dahi ortaya çıkmıştır.

Yukarıda belirtilen ve geleneksel reklamcılık, pazarlama, halkla ilişkiler hizmetlerinin bir uzantısı olarak addedilebilecek bu hizmetler haricinde, sosyal medya sayesinde, günlük yaşantımızda karşılaşma ve/veya kendisinden haberdar olma imkanımızın olmadığı bazı kişilerin de ön plana çıkmakta olduğu başka bir gerçekliktir. Bu şahıslardan bazıları; sayısı ciddi rakamlara ulaşan ve kendisi ile hiçbir tanışıklığı olmayan üçüncü kişiler tarafından takip edilmekte, sosyal medya üzerinden yapmış olduğu paylaşımlar ciddi rakamlara varan tüketici kitlesinin olumlu ya da olumsuz tepkisini çekmektedir. Bu şahısların takip edilmesinin altında yatan nedenler, birden fazla olsa da, çoğu zaman, komik olmaları; güzel/yakışıklı olmaları; belirli bir hastalığa karşı gösterdikleri direnç; ünlü olmaları; yeme, içme, gezme, ülke anlamında farklı yerlere giderek buralar ile ilgili bilgiler vermeleri ve benzeri hususlar olabilmektedir. Olayın toplumsal, kültürel, sosyal, psikolojik, ekonomik ve benzeri yönleri bir tarafa bırakılacak olursa, makalemiz özelinde, bu şahısların, ciddi sayıda potansiyel tüketici kitlesine hitap etmekte olduğu bir gerçekliktir. Bu şahıslar, herhangi bir giysiyi giydi ve/veya herhangi bir mekana gitti diye bu emtia/hizmetleri tercih eden/edecek pek çok kişi bulunmaktadır. Yine bu şahıslardan bazıları, takipçi ve bu anlamda kendi paylaşımlarına tepki sayısının oldukça fazla olması nedeniyle, her ne kadar felsefi ve sözlük anlamı farklı olsa da, fenomen olarak da tanımlanmaktadır. İşte yukarıda belirtilen niteliklere sahip şahıslar, ya kendi isimleri ya da farklı işaretleri kendine sosyal medya hesabı olarak belirlemekte ve paylaşımlarını bu sosyal medya hesapları üzerinden gerçekleştirmektedir.

Bu şahısların sahip olduğu hedef/potansiyel tüketici kitlesi, en tanınmışından vasat seviyesine kadar, tüm markaların dikkatini çekmektedir. Bahse konu markalar, sosyal medyada ön plana çıkan bu şahısların, kendilerine ait sosyal medya hesapları üzerinden, kendi markaları ile ilgili çeşitli paylaşımlar yapmalarını talep etmekte ve bu paylaşımlar karşılığında ya kendilerine belirli

bir ücret ödemekte ya da örneğin herhangi bir A marka arabaya ilişkin paylaşım yapılmakta ise, bu A marka arabanın, kendisi tarafından belirli bir süre kullanılmasına müsaade etmektedir. Daha çok genç yaşta olan bu şahıslar, üst paragraflarda belirtilen Ayşe Teyze örneğinde olduğu gibi, ev hanımı, öğrenci ve hatta bir çocuk^[30] dahi olabilmektedir. Toplumdaki statüleri, meslekleri, konumları ne olursa olsun, az önce belirtilen çerçevede gerçekleştirilen faaliyetlerin ticari bir niteliğinin bulunduğu, ticari bir etkiye sahip olduğu, doğrudan ve/veya dolaylı olarak tanıtım, reklamının yapıldığı markayı etkilediği sabittir.

Markasal kullanımın tespiti aşamasında, yukarıda sadece örnekleyici olarak belirtilen ve sosyal medya hesapları üzerinden ve makale özelinde, reklam, tanıtım, pazarlama ve benzeri hizmetlerde gerçekleştirilen bu tür faaliyetlerin, kullanımın ispatında en güçlü olduğu belirtilen herhangi bir fatura sunulmasa dahi, ticari kullanım olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Benzer şekilde, bu ticari kullanımların, işbu makalede sadece örnekleyici olarak belirtilen kıstasları karşılaması ve bunların ispatlanması durumunda ve yine kullanımın ispatında en güçlü olduğu belirtilen herhangi bir fatura sunulmasa dahi, markasal bir kullanım olarak addedilmesi gerektiği ayrıca düşünülmektedir.

İ. SONUÇ:

Makalenin ilgili kısımlarında ifade edilmeye çalışıldığı üzere, internet kullanımını, gerek dünyada gerekse ülkemizde ciddi boyutlara ulaştırmıştır. İnternet teknolojisinin sunmuş olduğu avantajlar ve imkanlar sayesinde, günümüzde, ticari iş yapış şekilleri farklılaşmış ve elektronik ticaret artık günümüzün en önemli unsurlarından bir tanesi haline gelmiştir. İnternet teknolojisinin sunduğu olanaklar sadece elektronik ticaret ile de sınırlı kalmamış, artık sosyal medya da hayatımızın vazgeçilmez unsurlarından birisi haline gelmiştir. İstatistiki veriler, Türkiye'nin sosyal medya kullanımında ve tüm dünya ölçeğinde ön sıralarda yer almakta olduğunu ve sosyal medyanın, ciddi sayılara tekabül eden kişiler tarafından kullanılmakta olduğuna işaret etmektedir.

Türkiye'de, 10.01.2017 tarihinden itibaren, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun kapsamında, markanın kullanılması ve bazı durumlarda kullanımın ispatı müesseseleri düzenlenmiş durumdadır.

[30] Yukarıda örnekleyici olarak belirtilen bu şahıslara, hayvanların dahi eklenebileceği belirtilmelidir. Örneğin, Instagram'da Mr. Bagel isimli Chinchilla cinsi kürkü değerli bir hayvanın "chinnybuddy" isimli hesabının takipçi sayısı, 107 bin olup, bu takipçi sayısı oldukça ciddi bir rakama karşılık gelmektedir.

Bu Kanun'un uygulanmasını gösterir Yönetmelik ve yine bahse konu kanun ve yönetmelik hükümleri göz önüne alınmak suretiyle, TÜRKPATENT tarafından marka kullanım kılavuzu yayınlanmıştır. Bu kılavuzda yer alan açıklamalar kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, TÜRKPATENT'in, internet üzerinden gerçekleştirilen markasal kullanımları, sadece belirli bir mal/hizmet satışı ile sınırlandırdığı ve markanın, 6769 Sayılı Kanun'un aradığı anlamda kullanıldığının ispatlanabilmesi için internet üzerindeki kullanımlara ek olarak fatura sunulmasını bir gereklilik olarak aradığı kanısına varılmaktadır.

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda belirtilen geçiş sürelerinin tamamlanması sonrasında, TÜRKPATENT, markanın kullanılmaması nedeni başta olmak üzere, benzeri diğer nedenlere dayalı olarak markaların iptaline karar verebilecektir. Bu anlamda, ilgili Kurum'un bu konuya bakış açısı daha da önemli hale gelmektedir.

Markasal kullanım ve bunun ispatı için her bir sınıf özelinde bir değerlendirme yapılması esastır. Bu noktada, her bir sınıf için genel bir takım koşullar belirlemek, çoğu zaman, hukuk ve hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

Reklam, pazarlama ve tanıtım hizmetleri kapsamında ve ticari iş yapış şekilleri anlamında değerlendirildiğinde, sosyal medyanın ticari anlamda kullanılmakta olduğu yaşanan ve somut bir durumdur. Bu anlamda, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun aradığı anlamda markasal kullanım ve bunun ispatı meselesi değerlendirilirken, markanın sosyal medya vasıtasıyla kullanılması durumunu göz ardı etmenin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Dolayısıyla, bahse konu sınıflar özelinde: "Kullanımın ispatında en güçlü delil faturadır; fatura sunulmadığından ötürü, ben sosyal medya hesapları üzerinden reklam, pazarlama, tanıtım ve benzeri hizmetlerle ilgili sınıflarda gerçekleştirilen bu kullanımları, markasal bir kullanım olarak görmüyorum." şeklinde bir yaklaşım, hakkaniyet ve hukuka aykırı kararların verilmesine neden olacaktır. Benzer şekilde, bu şekilde bir yaklaşım, günümüz koşullarındaki ticari iş yapış şekilleri ve gelecekte ortaya çıkacak olası ticari ilişkiler silsilesini görmezden gelmek gibi bir sonuçla karşılaşılmasına da neden olabilecektir.

Tüm bu açıklanmaya çalışılan nedenlerle, yakın bir gelecekte markanın iptali yetkisi ile donatılacak TÜRKPATENT başta olmak üzere, bu konuda halihazırda karar verme yetkisine sahip olan ve ilerleyen dönemlerde TÜRKPATENT'in vereceği iptal kararları ile ilgili son sözü söyleyecek yetkili ve görevli Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri, Bölge Adliyesi Mahkemeleri ve Yargıtay'ın da gerek bu makalede işaret edilmeye çalışılan gerekse belirlenecek diğer kıstaslar kapsamında markanın sosyal medya üzerinden kullanımı başta olmak üzere,

internetin sağladığı ve gelecekte karşımıza çıkacak diğer iş yapış şekillerini değerlendirmeye alarak kararlar ihdas etmesinin, önce ilgililer sonrasında da ülke menfaatine olacağı düşünülmektedir.

Bu sayede hem ulusal ölçekte, 6769 Sayılı Kanun gerekçesinde de belirtilen Türkiye’de oluşturulması hedeflenen ciddi ve gerçek bir fikri ve sınai mülkiyet koruması ve hem de uluslar arası ölçekte hedeflenen Avrupa Birliği başta olmak üzere, diğer uluslararası sözleşme ve mevzuata uyum sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Andersen Hane, On Kuhn, Wadsworth/Thomson, USA, 2001.

Arkan Sabih, Marka Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 533, AÜHF. Döner Sermaye Yayınları No:48, Cilt II, Ankara, 1998.

Cornish William – Llwyn David, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights, Sweet & Maxwell, London, 2003.

Damato Anthony – Long Doris Estelle, International Intellectual Property Law, Kluwer Law International, London, 1997.

Gürbüz Ahmet, Hukuksal Muhakemenin Temel Paradigması Olarak Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkeleri Nasıl İşlevselleştirilebilir, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/229916>

Kırcı, N. Berkay, Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Kleinwächter Wolfgang, Internet Co-Governance – Towards a Multilayer Multiplayer Mechanism of Consultation, Coordination and Cooperation, Paper presented to the Informal Consultation of the Working Group on Internet Governance (WGIG), September 20 – 21, 2004, <http://www.wgig.org/docs/Kleinwachter.pdf>

LaLonde Ann Gilson, Gilson Jerome, Proving Ownership Online... And Keeping It: The Internet’s Impact on Trademark Use and Coexistence, Trademark Reporter, Matthew Bender & Company Inc., 2014.

Mokyr, Joel, The Lever of Richness: Technological Creativity and Economic Progress, Oxford, Oxford University Press, 1990.

Offner, Eric D., International Trademark Protection, Fieldson Press, New York, 1965.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul

The World Bank Group, Earth Population, Total, <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL>

Türk Patent ve Marka Kurumu, Kullanımın İspatı Kılavuzu, 2017.

<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/B4609CED-66A9-4096-A33A-DA99A1A0DE04.pdf;jsessionid=AC3C184BCDB58A4EDECF62AC6EFEFA68>

We are social ve Hootsuit, Report: Digital in 2018.

<https://digitalreport.wearesocial.com>

Yasaman Hamdi, Marka Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

Zha, Geoffrey, China: TRAB Accepts Promotion of Trademark on Social Media as Evidence of Use in Non-Use Cancellation Proceeding, Mondaq, May 2017.

<http://www.mondaq.com/china/x/617392/Trademark/TRAB+Accepts+Promotion+Of+Trademark+On+Social+Media+As+Evidence+Of+Use+In+NonUse+Cancellation+Proceeding>

Makalede yer verilen bazı mahkeme kararlarına erişim sağlanabileceği linkler:

Amerika Yüksek Mahkemesi (1.Temyiz Dairesi)'nin 16 Temmuz 1951 tarih ve 190 F.2d 415 sayılı kararı, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/190/415/247239/>

Amerika Yüksek Mahkemesi (11.Temyiz Mahkemesi)'nin 16 Ağustos 2001 tarihli ve 00-10872 no'lu kararı, <https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1481575.html>

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin (6.Temyiz Mahkemesi) 13 Aralık 2016 tarih ve 15-2516 no'lu kararı,

<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca6/15-2516/15-2516-2016-12-13.html>