

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- Mahkememizin 2013/209 Esas sayılı dosyasının yargılama sırasında, somut olayda uygulama yeri bulunduğu düşünülen 556 sayılı KHK'nın 42/1-c maddesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olduğu düşünüülerek Anayasanın 152. maddesi gereğince itiraz yoluyla Yüksek Mahkemenize iptal başvurusunun yapılması gerekmektedir.

2- Dava konusu uyuşmazlık, asıl dava yönünden davacıya ait markaya tecavüzün durdurulması, maddi ve manevi tazminat ve davalı adına tescilli 2003/20195 no'lu markanın hükümsüzlüğü ve ilan taleplerine ilişkin olup, karşı davada ise davacının 99/022976 no'lu markasının kullanmama nedeniyle hükümsüzlüğü dava edilmektedir. Mahkememizce 01/03/2012 tarihinde asıl davanın kısmen kabulüne ve davalı adına tescilli 2013/20195 no'lu markanın hükümsüzlüğüne sair taleplerin reddine, karşı davanın kısmen kabulüne ve karşı davada davalı adına tescilli 99/022697 no'lu markanın kullanmama nedeniyle 3. sınıftaki kremler emtiası dışında kalan tüm emtia bakımından hükümsüzlüğüne, krem emtiası yönünden hükümsüzlük talebinin reddine karar verilmiş ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından yapılan temyiz incelemesi sonucunda "karşı davada davacının markasının krem emtiası dışındaki 3. sınıfta emtialarda ve diğer sınıflarda hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Bu durumda mahkemece davacı markasında sadece hükümsüz kılınmayan krem emtiası ile, davalı markası kapsamındaki emtiaların karşılaştırılması suretiyle iltibas bulunup bulunmadığı hususunda ek rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir" gerekçesi ile, bozulmuş ve bu bozma kararında kullanmama nedenine bağlı hükümsüzlük hali, "geçmişe etkili olarak" sonuç doğurduğundan hareketle davacının 99/22697 no'lu markasının "geçmişe etkili olacak şekilde" hükümsüz olacağı kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu kabulü 556 sayılı KHK'nın 14. maddesinde iptal yaptırımı ile düzenlenen "kullanmama" halinin, KHK mn 42/1-c maddesinde bir "hükümsüzlük" sebebi olarak düzenlenmesi ve KHK'nın 44. maddesi gereğince "hükümsüzlük kararının geçmişe etkili sonuç doğurması"na dayalıdır. Yüksek Mahkeme'nin bozma ilamına uyulması ve davacının 99/22697 no'lu markasının geçmişe etkili olarak hükümsüz kılınması durumunda davacı "önceki marka sahibi" konumundan, "sonraki marka sahibi" konumuna düşeceğinden, esasen hükümsüzlük kararının kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade etmesi gereken yaptırım bundan çok daha geriye ve başvuru tarihine kadar geri gidebileceğinden, davacının özünde bir mülkiyet hakkı olan marka hakkı geçmişe etkili olacak şekilde ihlal edileceğinden, 556 sayılı KHK'nın 42/1-c maddesi somut olayda uygulama yeri bulunan bir yasa hükmü olup bu nedenle itiraz yoluyla başvuruda, iptali istenen yasa hükmünün somut olayda uygulanma ihtimali bulunması gerektiğine dair şekli şartın gerçekleştiği düşünülmüştür.

3- Somut olayda, uygulama yeri bulunduğu ve Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen yasa hükmü, 556 sayılı KHK'nın 42/1-c maddesi olup, madde başlığı "Hükümsüzlük Halleri" olan bu maddenin 1. fıkrasının (c) bendi aşağıdaki gibidir;

"c) 14. maddeye aykırılık, (ancak 5 yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hükümsüzlük nedeni sayılmaz. Dava açılacağı düşünüülerek kullanma gerçekleşmiş ise, mahkeme davanın açılmasından önceki 3 ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz)"

4- Markanın kullanılmamasının bir hukuki yaptırıma bağlanması doğru ve gereklidir. Ancak öğretide de kabul edildiği gibi bu yaptırım "hükümsüzlük" değil, "iptal" olmalıdır. (Dr. Aslan KAYA, Marka Hukuku sh. 344-345, Prof. Hamdi YASAMAN, Marka Hukuku, Cilt-1, sh.651). Nitekim Anayasa'ya aykırılık sorunu da markanın kullanılmamasının bir "iptal sebebi" olarak değil, bir "hükümsüzlük sebebi" olarak düzenlenmesinden ve KHK'nın 44. maddesi gereğince hükümsüzlük kararlarının geçmişe etkili olacak şekilde hüküm ifade etmesinden kaynaklanmaktadır.

5- Markanın kullanılmaması gerek uluslararası düzenlemelerde, gerek AB mevzuatında, gerekse birlik ülkeleri mevzuatında bir "iptal" sebebi olarak düzenlenmektedir ve "baştan itibaren geçersizlik" söz konusu değildir. Türkiye'nin de taraf olduğu, TRIPS Anlaşması'nın (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) 19. maddesine göre markanın kullanılmamasının yaptırımı "iptal"dir. Buna göre kullanılmayan marka ancak 3 yıllık minimum süre geçtikten sonra iptal edilebilir. AB Marka Direktifi'nin (2008/95 EC) 12. maddesinde ve Topluluk Marka Tüzüğü'nün (207/2009) 51. maddesinde de markanın kullanılmamasının yaptırımı "hükümsüzlük" değil, "iptal"dir. Aynı şekilde İngiltere Markalar Kanunu'nun 46/1-a maddesinde, Alman Markalar Kanunu'nun 49/1-a maddesinde, İtalyan Marka Kanunu'nun 42/1 maddesinde ve Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu'nun L714-5 maddesinde de kullanmama hali birer "iptal" sebebi olarak düzenlenmiştir.

6- 556 sayılı KHK'nın, "Hükümsüzlüğün Etkisi" başlıklı 44/1 maddesi gereğince "Markanın Hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde kararın sonuçları geçmişe etkilidir." Maddenin 2. fıkrasında geçmişe yönelik etkinin istisnaları arasında kullanmama nedeniyle hükümsüzlük kararı verilmesi durumunda kararın aslında 5 yıllık sürenin dolmasından itibaren hüküm ifade edeceği hususu yer almamaktadır. Oysa kullanmama nedeniyle hükümsüzlük hali sonradan ortaya çıkan bir "iptal" hali olduğu için, kullanmama nedeniyle verilecek karar marka tescil başvuru anına kadar değil, marka tescilinden sonra 5 yıllık sürenin geçmesinden itibaren ve nihayet dava tarihine kadar geriye gidebilmelidir. Buna karşılık 556 sayılı KHK'da "kullanmama" hali, Avrupa Birliği Marka Direktifi ve Topluluk Marka Tüzüğü'nden farklı olarak bir "iptal" sebebi değil, bir "hükümsüzlük" sebebi olarak düzenlenmiş ve KHK'nın 14. maddesinde isabetli bir şekilde kullanılmayan markanın "iptal" edileceği yazılı iken, 42. maddede bu durum diğer "hükümsüzlük" sebepleri arasında sayılarak, "hükümsüzlük" yaptırımına tabi tutulmuştur.

7- Marka hukukunda "hükümsüzlük" halleri "sonradan ortaya çıkan haller" olmayıp, "markanın tescil başvurusu anında mevcut olan" hallerdir. Bu nedenle, başlangıçta mevcut olan bu sebeplerden dolayı hükümsüzlük kararı verilmesi durumunda, hükümsüzlük kararının geçmişe etkili olması ve tescil başvuru anından itibaren hüküm ifade etmesi doğrudur. Buna karşılık aslında bir "iptal" sebebi olan "kullanmama" hali başlangıçta mevcut bir hal olmayıp, 5 yıllık "kullanmama" süresinin sonunda ortaya çıkan bir "iptal" sebebidir. Bu nedenledir ki, kullanmama nedeniyle markanın iptal edilmesi durumunda, bu kararın etkisi, tescil başvuru anına kadar geri gitmeyecek, 5 yıllık sürenin bitmesinden ve hükümden sonra hukuki sonuç doğuracaktır. Buna rağmen özünde bir "iptal" sebebi olan "kullanmama" halinin, yaptırımının "iptal" biçiminde değil, KHK'nın 44/1-c maddesinde yazılı olduğu üzere bir "hükümsüzlük" sebebi olarak düzenlenmesi durumunda, verilecek "hükümsüzlük" kararı marka tescil başvurusu anına kadar geriye etkili olabileceğinden, kullanılmadığı için hükümsüzlüğüne karar verilen marka, karıştırma ihtimali incelemesi sırasında hiç dikkate alınmayacak adeta yok sayılacaktır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi dosya içerisinde bulunan 03/05/2013 tarih ve 2012/9599 Esas, 2013/9029 Karar sayılı bozma ilamının 3. bendinin 2. paragrafında bu hususa işaret ederek, "hükümsüz kılınan

emtia bakımından benzerlik incelemesi yapılamayacağını"belirtmektedir. Bu durumda davacının 1999 tarihli markası, kullanılmayan ve bu nedenle hükümsüz sayılan emtia yönünden benzerlik ve karıştırma ihtimali incelemesinde dikkate alınmadığı takdirde, davacının aslında önceki tarihli markası, kullanılmayan mallar bakımından hükümden düşmüş gibi değerlendirilip yok sayılacaktır. Böylece sözelimi somut davada davacı taraf "önceki marka sahibi" iken "sonraki marka sahibi" konumuna düşecektir. Zira davacının 1999 tarihli markasından sonra ikinci markası 2007 tarihli iken, davalı-karşı davacının markası 2003 tarihini taşımaktadır. Bu şekilde davacı taraf "sonraki marka sahibi" konumuna geçirildiği ve 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi çerçevesinde karıştırma ihtimali incelemesi yapılır iken "önceki marka sahibi" konumunda kabul edilmediği takdirde, daha sonradan aynı ibareyi marka olarak tescil ettiren kimse, "önceki marka sahibi" gibi görülecek ve benzer marka incelemesi sırasında, tescil tarihi eski olan marka nedeniyle tescil tarihi daha yeni olan marka hükümsüz kılınacağından, aslında marka tescil tarihi daha sonra olan taraf avantajlı konuma geçecektir. Buna bağlı olarak sözelimi somut davada kullanmama nedeniyle davacının 99/22697 no'lu markası yönünden hükümsüzlük kararı tescil başvuru anına kadar geri götürüldüğü takdirde, davacının marka hakkı geçmişe doğru 5 yıl daha erken bir süre ile ortadan kaldırılmaktadır.

8- Oysa 207/2009 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün 51. maddesi ile, 2008/95 EC sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifi 12. maddesinde olduğu gibi, gerçekte sonradan ortaya çıkan bir "iptal" sebebi olmasından dolayı kullanmama hali bir "hükümsüzlük" sebebi değil, olması gerektiği gibi bir "iptal" sebebi olarak kabul edilse idi, bu iptal kararı marka tescil başvuru anına kadar geri gitmeyecek ve bu nedenle davacının 99/22697 no'lu markası kullanılmayan mallar bakımından hükümsüz kabul edilerek eski tarihli markasının karıştırma ihtimali incelemesinde yok sayılması söz konusu olmayacak ve davacı taraf, karıştırma ihtimali incelemesi bakımından "önceki marka sahibi" olmaktan çıkıp, "sonraki marka sahibi" konumuna düşmeyecektir. Mevcut düzenleme uygulandığı takdirde ise davacının 99/22697 sayılı markasının kullanmama nedeniyle hükümsüz hale geldiği kabul edilen emtiası karıştırma ihtimali incelemesinde dikkate alınmayacak ve bu nedenle davacının özünde bir "mülkiyet hakkı" olan "marka hakkı", hukuka aykırı bir şekilde geçmişe etkili olacak ve kazanılmış hakları ihlal edecek biçimde ortadan kaldırılabilecektir. Bu durum, Hukuki İşlem Güvenliği ve Kazanılmış Hakların Korunması yönünden Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, 2. maddesindeki "Hukuk Devleti" ilkesi ile, marka hakkı soyut bir mülkiyet hakkı olduğundan, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesindeki "Mülkiyet Hakkının Korunması" hükümlerine aykırıdır.

9- Böylece, Anayasa'ya aykırılık, markanın kullanılmamasının yaptırımının "iptal" değil, "hükümsüzlük" biçiminde düzenlenmiş oluşu sonucunda ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, markanın kullanılmamasının yaptırımının "iptal" olarak öngörülmesi durumunda marka hakkı geçmişe doğru ortadan kalkmayacağından, geçmişe etkili şekilde mülkiyet hakkına müdahale edilmemiş olacak, kazanılmış haklara dokunulmayacak ve böylece hukuk devleti ilkesine aykırılık ve mülkiyet hakkı ihlali söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla tescilli bir markanın kullanılmamasının yaptırımının 556 sayılı KHK'de "iptal" yerine, "hükümsüzlük" biçiminde düzenlenmiş oluşu, takdir sınırlarını aşarak, Anayasa'ya aykırılık hali meydana getirmektedir. Bu nedenle Yüksek Mahkemenizce yapılacak inceleme, "yerindelik denetimi" değildir.

10- Nihayet 556 sayılı KHK'nın 42/1-c maddesi gereğince, kullanılmayan marka geçmişe etkili olacak biçimde hükümsüz kabul edildiğinden, marka sahibinin mülkiyet hakkına sınırlama getirilmekte olup, özünde bir "mülkiyet hakkı" olan "marka hakkı" ancak yasa ile

Esas Sayısı : 2013/147

Karar Sayısı : 2014/75

sınırlanabilecek iken, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 91. maddesine aykırı şekilde Kanun Hükmünde Kararname ile Marka Hakkının sınırlanması Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olup, bu nedenle dahi anılan KHK'nın 42/1-c maddesinin iptali gereklidir.

11- Yukarıda açıklanan nedenler ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152/1 maddesi ile 6216 sayılı Yasanın 40. maddesi gereğince, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 42/1-c maddesinin iptali konusunda Yüksek Mahkemenizin takdir ve gereği arz olunur.""