

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

MARKA HAKKININ İNTERNET ORTAMINDA İHLALİ

Yüksek Lisans Tezi

ESRA DIŞLI

ANKARA- 2016

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

MARKA HAKKININ İNTERNET ORTAMINDA İHLALİ

Yüksek Lisans Tezi

Esra DİŞLİ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK

ANKARA-2016

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (27 /09 /2016)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

Esra Dişli

Esra Dişli

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI

MARKA HAKKININ İNTERNET ORTAMINDA İHLALİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK

Tez Jürisi Üyeleri:

Adı Soyadı:

Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK

Yard. Doç. Dr. Burçak YILDIZ

Yard. Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN

İmzası:



Tez Sınavı Tarihi: 07.09.2016

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI VE MARKA HAKKININ KORUNMASI

I. MARKA KAVRAMI	3
1. Tarihsel Gelişim Işığında Marka Kavramı	3
2. Marka Olarak Kullanılabilecek İşaretler	4
3. Markanın İşlevleri	7
II. MARKA HAKKININ KORUNMASI	9
1. Marka Hakkı	9
2. Marka Hakkının Hukuki Dayanakları	10
A. Uluslararası Düzenlemeler	10
a. Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Konvansiyonu	10
b. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması	11
c. Markaların Uluslararası Tesciline Dair Madrid Anlaşması ve Madrid Anlaşması ile İlgili Protokol	12
d. Marka Kanunu Anlaşması	14
e. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması	14
B. Avrupa Birliği Düzenlemeleri	15
a. Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına Dair 2015/2436 sayılı Avrupa Parlamentosu Konsey Yönergesi	15
b. Avrupa Birliği Markasına İlişkin 207/2009 sayılı Konsey Tüzüğü	15
C. Ulusal Düzenlemeler	17
3. Marka Hakkının Kazanılması	19
A. İlk Kullanım Sistemi	19
B. Tescil Sistemi	19
4. Marka Hakkının Hukuki Niteliği	22

5. Marka Hakkının Sağladığı Korumanın Özellikleri	23
A. Korumanın Kural Olarak Tescil Edilen Mal veya Hizmetlerle Sınırlı Oluşu	23
B. Korumanın Ülkeselliği	25
C. Korumanın Yenilenmek Kaydıyla Sınırsız Oluşu.....	27
III. MARKA HAKKININ SINIRLARI	30
1. Markanın Sözlük veya Başka Başvuru Eserlerinde Yer Alması	31
2. Markanın Dürüst Kullanımı	32
3. Marka Hakkının Tükenmesi	34
IV. MARKA HAKKINA TECAVÜZ	37
1. MARKA HAKKINA TECAVÜZDE MARKASAL KULLANIMIN ROLÜ	38
2. KHK M. 61' DE YER ALAN FİİLLER.....	39
A. Markanın Taklit Edilmesi	39
B. Tecavüz Yoluyla Kullanılan Markayı Taşıyan Ürünleri Ticari Amaçlarla Elde Bulundurmak	40
C. Lisans Yoluyla Tanınan Hakların İzinsiz Genişletilmesi veya Devri	42
3. KHK M. 9/I BAĞLAMINDA M. 9/II'DE YER ALAN FİİLLER.....	44
A. İşaretin Mal veya Ambalajı Üzerine Konulması.....	51
B. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi, Bu Amaçla Stoklanması, Tesliminin Teklif Edilmesi	52
C. İşareti Taşıyan Malın Gümrük Bölgesine Girmesi, Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem veya Kullanıma Tabi Tutulması.....	53
D. İşaretin Teşebbüsün İş Evrakı ve Reklamlarında Kullanılması	53
E. İşaretin Aynı veya Benzerinin İnternet Ortamında Ticarî Etki Yaratacak Biçimde, Alan Adı, Yönlendirici Kod, Anahtar Sözcük veya Benzeri Biçimlerde Kullanılması	56

İKİNCİ BÖLÜM

İNTERNET KAVRAMI VE İNTERNET ORTAMINDA MARKA İHLALİNE YOL AÇAN KULLANIM ŞEKİLLERİ

I. İNTERNET KAVRAMI VE İNTERNETİN GELİŞİM SÜRECİ	58
1. İnternet Kavramı	58
2. İnternetin Gelişim Süreci	59
II. İNTERNET ORTAMINDA İHLALİN ÖN ŞARTLARI	60
1. Markanın İnternette Hak veya Meşru Bağlantı Olmaksızın Kullanımı.....	60
A. Markanın İnternette Hak Olmaksızın Kullanımı.....	60
a. Genel Olarak.....	60
b. Markayı İnternet Ortamında Kullanan Kişinin Marka Hakkına Dayanması	61
c. Markayı İnternet Ortamında Kullanan Kişinin Ticaret Unvanından Doğan Hakkına Dayanması	62
d. Markayı İnternet Ortamında Kullanan Kişinin İşletme Adından Doğan Hakkına Dayanması.....	64
B. Markanın Meşru Bağlantı Olmaksızın Kullanımı	64
2. Markanın İnternette Ticari Etki Yaratacak Şekilde Kullanımı.....	65
A. Kavram Olarak Ticari Etki Yaratacak Şekilde Kullanım.....	65
B. Markanın İfade Özgürlüğü Kapsamında Kullanımı	68
III. İNTERNET ORTAMINDA MARKA İHLALİNE YOL AÇAN KULLANIM ŞEKİLLERİ	70
1. Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı.....	70
A. Alan Adı (<i>Domain Name</i>) Kavramı	70
B. Alan Adları Sistemi	70
C. Alan Adlarının Yapısı	72
D. Alan Adlarının İşlevleri.....	73
E. Alan Adı Tahsis ve Tescilinde Uygulanacak Kurallar	75
a. Jenerik Birinci Düzey Alan Adlarının (gTLD) Tescili	75
b. Ülke Kodu Birinci Düzey Alan Adlarının (ccTLD) Tescili.....	75
aa. Genel Olarak.....	75
bb. ODTÜ Tarafından Uygulanan Sistem.....	76

cc. İAYY ile Uygulanacak Olan Sistem.....	77
F. Alan Adlarının Korunması.....	78
a. Genel Olarak.....	78
b. Alan Adlarının Medeni Hukuk Anlamında Ad Olarak Korunabilmesi .	79
c. Alan Adlarının Marka Olarak Korunabilmesi.....	80
d. Alan Adlarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunabilmesi	81
G. Marka Hakkının Alan Adı Aracılığıyla İhlali	83
a. İhlalin Genel Sebepleri.....	83
b. Marka ile Alan Adları Arasındaki Ayniyet veya Benzerliğin Tespiti Sorunu.....	84
aa. Genel Olarak.....	84
bb. Birinci Düzey Alan Adları Bakımından.....	85
cc. İkinci Düzey Alan Adları Bakımından.....	87
dd. Alan Adının Yönlendirdiği İnternet Sitesinin İçeriği Bakımından	90
c. Marka Alan Adı Uyuşmazlıklarında Öncelik Hakkı.....	93
aa. Genel Olarak.....	93
bb. Alan Adı Kullanımının Bir Hakka Dayanması Durumunda	93
d. Marka Hakkının Alan Adları Aracılığıyla İhlal Şekilleri	96
aa. Alan Adı Korsanlığı.....	96
bb. Markanın Aynı veya Benzeri Olan Alan Adının Benzer Mal ve Hizmetler İçin Kullanımı	97
cc. Markanın Aynı veya Benzeri Olan Alan Adının Benzer Olmayan Mal ve Hizmetler İçin Kullanımı	98
e. Markanın Alan Adı Olarak Kullanımında Hukuka Uygunluk Sebepleri	99
2. Markanın Yönlendirici Kod Olarak Kullanımı Yoluyla İhlal	102
A. Yönlendirici Kod (<i>Metatag</i>) Kavramı.....	102
B. Marka Hakkının Yönlendirici Kodlar Aracılığıyla İhlali.....	104
a. İhlalin Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	105
b. Markanın Yönlendirici Kod Olarak Kullanımında Hukuka Uygunluk Sebepleri	108
aa. Klasik Dürüst Kullanım.....	108
bb. Nominatif Dürüst Kullanım	108
cc. Markalar Arasında Bağlantı Olduğu İzlenimi Yaratmayacak Şekilde Kullanım.....	110

3. Markanın Anahtar Sözcük (<i>Keywords</i>) Olarak Kullanımı Yoluyla İhlal	110
A. Anahtar Sözcük (<i>Keyword</i>) Kavramı ve Anahtar Sözcük Reklamcılığı. 110	
a. Anahtar Sözcük (<i>Keyword</i>) – Yönlendirici Kod (<i>Metatag</i>) Ayrımı Bağlamında Anahtar Sözcük Kavramı	110
b. Anahtar Sözcük Reklamcılığı (<i>Keywords Advertising</i>)	111
B. Markanın Anahtar Sözcük Olarak Kullanımının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi	112
a. Marka Hukuku Açısından Değerlendirme	113
aa. Markanın Fonksiyonlarının Zedelenmesi	113
bb. Markanın İtibarından Haksız Yarar Sağlanması	114
b. Karşılaştırmalı Reklam Açısından Değerlendirme	115
4. İnternet Ortamında Markanın Diğer Kullanım Şekilleri	116
A. Bağlantı (Link/Hyperlink) Verme	117
B. Çerçeveleme (Framing)	117

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKANIN İNTERNET ORTAMINDA İHLALİNDE MARKA SAHİBİNİN TALEPLERİ VE HUKUKİ SORUMLULUK

I. MARKA SAHİBİNİN TALEPLERİ	119
1. Tespit Talepleri	119
A. Tecavüzün Tespiti Davası	119
B. Delillerin Tespiti	120
2. İhtiyati Tedbir Talebi	121
3. Marka Hakkına Tecavüzün Durdurulması	123
4. Tecavüzün Giderilmesi	124
5. Tazminat Talebi	126
A. Tazminat Talebinin Koşulları	127
B. Tazminat Miktarının Belirlenmesi	128
a. Maddi Tazminat Miktarının Belirlenmesi	128
aa. Fiili Zarar	128
bb. Yoksun Kalınan Kazanç	129
b. Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi	131

c. İtibar Tazminatı Miktarının Belirlenmesi.....	131
II. MARKA SAHİBİNİN TALEPLERİNİ YÖNLENDİREBİLECEĞİ KİŞİLERİN TESPİTİ VE SORUMLULUK HALLERİ	132
1. İnternet Hizmet Sağlayıcıları	133
A. Denetim Kuruluşları.....	133
aa. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu	133
bb. Erişim Sağlayıcıları Birliği	133
B. Telefon/ Telekomünikasyon İdareleri	134
C. Erişim Sağlayıcı	134
D. Yer Sağlayıcı.....	134
E. İçerik Sağlayıcı.....	134
2. İnternet Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluk Halleri.....	135
A. Genel Olarak	135
B. 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesi Çerçevesinde İnternet Hizmet Sağlayıcılarının Sorumlulukları	135
C. Ülkemizdeki Düzenlemeler Çerçevesinde İnternet Hizmet Sağlayıcılarının Sorumlulukları	136
D. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Türkiye’deki Uygulama	139
3. Markanın İnternet Reklamcılığında Kullanımında Arama Motorunun Sorumluluğu	147
4. Hukuk Davalarında Yetkili Mahkemelerin Tespiti Sorunu.....	150
5. Marka Alan Adı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Mekanizmaları	151
A. Genel Olarak	151
B. ICANN Tahkim Usulü	152
a. ICANN Tahkiminin Tanımı ve Temel Metinleri	152
b. ICANN Tahkiminin Özellikleri	153
c. ICANN Tahkiminin Uygulama Alanları	154
d. ICANN Tahkimine Başvuru	155
e. Tahkim Kararlarının Uygulanması.....	158
C. Türkiye Açısından Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması	159
SONUÇ	162
KAYNAKÇA.....	172

ÖZET	185
ABSTRACT.....	186



KISALTMALAR

ABAD	:	Avrupa Birliği Adalet Divanı
AB	:	Avrupa Birliği
ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
ARPANET	:	Advanced Research Projects Agency Network
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BTK	:	Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
Bkz./bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
ccTLD	:	Country Code Top Level Domain
DÇG	:	DNS Çalışma Grubu
DNS	:	Domain Name System
Dpn.	:	Dipnot
DPT	:	Devlet Planlama Teşkilatı
E.	:	Esas
EÜHFD	:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EUIPO	:	European Intellectual Property Office

f.	:	Fıkra
FMHY	:	Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı
gTLD	:	Generic Top Level Domain
GÜHFD	:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	:	Hukuk Dairesi
HFD	:	Hukuk Fakültesi Dergisi
HTML	:	Hyper Text Markup Language
HÜHFD	:	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
I	:	Issue
ICANN	:	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IP	:	Internet Protocol
ITU	:	International Telecommunication Unity
İAAY	:	İnternet Alan Adları Yönetmeliği
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İİBF	:	İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
K.	:	Karar
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
m.	:	Madde
N.	:	No
NSI	:	Network Solution Inc.

ODTÜ	:	Ortadoğu Teknik Üniversitesi
RG	:	Resmi Gazete
RUDRP	:	Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
T.	:	Tarih
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TCP	:	Transmission Control Protocol
TLT	:	Trademark Law Treaty
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TPE	:	Türk Patent Enstitüsü
TRIPs	:	The Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights
TRABİS	:	.tr Ağ Bilgi Sistemi
TSE	:	Türk Standartları Enstitüsü
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
TUVAKA	:	Türkiye Üniversiteler ve Araştırma Kurumları Ağı
TÜİK	:	Türkiye İstatistik Kurumu
UÇHS	:	Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcı

UDRP	:	Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy
UYAP	:	Ulusal Yargı Ağı Bilgi Sistemi
vd.	:	Ve devamı
Vol.	:	Volume
Y.	:	Yıl
Yarg.	:	Yargıtay
WIPO	:	World Intellectual Property Organization
WTO	:	World Trade Organisation

GİRİŞ

Kitle iletişim araçları içerisinde oldukça önemli bir yere sahip olan internet, yirminci yüzyılın başlarından itibaren günlük yaşamın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Dünyanın çeşitli yerlerindeki kişilere daha az maliyetle ulaşma imkânı sağlaması, diğer iletişim araçlarına nispeten daha özgür bir yapıya sahip olması internetin sosyal amaçların yanı sıra ticari amaçlarla da kullanılması sonucunu doğurmuştur. İnternet ortamındaki ticari faaliyetlerin bir başka deyişle elektronik ticaretin yaygınlaşması beraberinde hukuk sistemlerinin çözmesi gereken birtakım problemleri de getirmiştir.

Günümüzde ciddi ekonomik değere sahip olan bir işletmenin mal ve/veya hizmetlerini bir başka işletmenin mal ve/veya hizmetlerinden ya da aynı işletmeye ait mal ve/veya hizmetleri birbirinden ayıran işaretlerin, markaların, hak sahibi dışında üçüncü kişilerce internet ortamında çeşitli şekillerde kullanımı da söz konusu problemlerden biridir.

Marka mevzuatımızın temel metni olan Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin¹ 9'uncu maddesi markanın internet ortamında haksız kullanım hallerine yer vermiştir. Buna göre; "*İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması*" marka hakkı sahibince yasaklanabilir. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere söz konusu kullanım halleri örnek mahiyetinde olup kanun koyucu, henüz öngörülemeyen, ileride teknolojik gelişmeler neticesinde ortaya çıkacak olan haksız kullanımların da bu kapsamda değerlendirilmesini mümkün kılmıştır. Yine madde metninden hareketle bu tür kullanım hallerinin tecavüz oluşturmasının üçüncü kişinin "*hakkı ya da meşru bağlantısı bulunmaması*" ve bu kullanımın "*ticari etki*" yaratması ön koşullarına bağlandığını söyleyebiliriz. Ancak bu koşullardan anlaşılması gerekenlerin neler olduğuna dair KHK'da ve KHK gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

¹ RG. 27.06.1995, S. 22326.

Konuya ilişkin olarak KHK’da açıklık bulunmayan bir diğer husus ise internet ortamında gerçekleşen haksız kullanım hallerinde alınacak önlemler, uygulanacak müeyyideler ve bu müeyyidelerin uygulanacağı kişilerin nasıl belirleneceğidir.

Yukarıda kısaca değindiğimiz konuları içeren ve KHK m. 9/II-e’den hareketle hazırlamış olduğumuz çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde; korumanın konusunu oluşturan marka kavramı kısaca incelendikten sonra marka hakkının dayanağı niteliğinde olan ulusal ve uluslararası metinlere değinilecektir. Daha sonrasında ise ulusal mevzuatımız çerçevesinde marka hakkının kazanılması ve bu kazanımda etkili olan sistemler irdelenecektir. Bu bölümde değineceğimiz son konu ise KHK m. 61 ve m. 9 bağlamında marka hakkının ihlali sonucunu doğuran fiillerdir.

İkinci bölümde; genel olarak internet kavramına değinildikten sonra KHK m. 9/II-e’de düzenlenen internet ortamında kullanım hallerinin incelemesine geçilecektir. Bu bağlamda öncelikli olarak alan adının (*domain name*) tanımı yapılacak ve unsurları hakkında bilgi verilecektir. Ardından alan adları ile markalar arasındaki benzerliğin tespitinde esas alınacak hususlar anlatılacaktır. Benzer yöntem yönlendirici kod (*metatag*) ve anahtar sözcük (*keyword*) olarak kullanım halleri incelenirken de izlenecektir.

Üçüncü bölümde ise marka hakkının internet ortamında ihlal oluşturacak şekilde kullanımının sebep olacağı hak kaybını engellemek amacıyla ihtiyati tedbir gibi alınacak önlemler, ihlal teşkil eden fiillerin gerçekleşmesinin ardından ise uygulanacak müeyyideler ele alınacaktır. Bu bölümde değinilecek son konu ise başta arama motorları ve online alışveriş siteleri olmak üzere internet hizmet sağlayıcılarının konuya ilişkin sorumluluğunun tespitidir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI VE MARKA HAKKININ KORUNMASI

I. MARKA KAVRAMI

1. Tarihsel Gelişim Işığında Marka Kavramı²

Günümüzde bir işletmenin en değerli unsurlarından biri olarak ticari hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelen marka kavramının ortaya çıkışı eski çağlara kadar gitmektedir. M.Ö 5000’li yıllara ait topraktan yapılmış mutfak eşyalarının üzerlerinde yer alan ve üreticilerden ziyade eşyaların sahiplerini belirleyen işaretler markanın ilk örnekleri olarak kabul edilmektedir³.

Marka kullanımının önceki dönemlere nispeten daha yaygın hale geldiği ve markanın ticaret hayatındaki yerinin şekillenmeye başladığı Ortaçağ’da ise marka olarak nitelendirebileceğimiz işaretlerin ikili bir ayrıma tabi tutulduğunu söyleyebiliriz⁴. Resmi makamlarca kullanılan, bir kenti, beyliği, krallığı simgeleyen işaretler bu ayrımın ilk türünü oluşturmaktadır. Konumuz açısından önem taşıyan ve günümüzdeki marka kullanımına yakın özellik arz eden ikinci kullanım türü ise lonca adı verilen meslek gruplarınınca gerçekleştirilen kullanımdır. Üretim ve iş gücünün düzenlenmesinde önemli görevler üstlenen, belirli ahlaki ve mesleki kuralları üyelerine uygulayan, esnaf ve zanaatkârların oluşturmuş olduğu mesleki birlikler olarak tanımlanan loncalar, bir malın kalitesini garantilemek ve kendi üyelerine ait malların ayırt edilebilmesini sağlamak amacıyla üyelerine loncanın işaretini *kullanma zorunluluğu* getirmiştir. Loncalar tarafından gerçekleştirilen ve bir loncaya

² Marka, sözlükte bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya onu benzerlerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret olarak tanımlanmaktadır. (Türk Dil Kurumu; Güncel Türkçe Sözlük www.tdk.gov.tr, erişim tarihi: 06. 04. 2016).

³ **TEKİNALP Ü.**, Fikri Mülkiyet Hukuku (*Fikri Mülkiyet*), 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 353; **YILMAZ, A. L.**, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2008, s. 3; **CAMCI, Ö.** Marka Davaları, İstanbul 1999, s. 1.

⁴ **ÖZDAL, Ş.**, 556 sayılı KHK’nın 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul 2005, s. 5.

ait ürünün daha düşük kalitede olan aynı türdeki bir başka ürünle karıştırılmasını önleyen bu kullanım, aynı zamanda markaların ticari yaşamın bir parçası haline gelmesinin de önemli bir adımıdır⁵. Loncalara üretimin denetlenmesi olanağı sağlayan, müşterilere ise malların menşeyini gösteren bu kullanım ile markanın fonksiyonları da şekillenmeye başlamıştır⁶.

Günümüzdeki anlamıyla markanın ön plana çıkışının ise Sanayi Devrimi ile gerçekleştiği ifade edilmektedir⁷. Üretim ve ulaşım araçlarında meydana gelen gelişme gerek üretilen malların miktarının ve çeşidinin gerekse bunların ulaştığı kişi sayısının artmasına sebep olmuştur. Bu durum ise markaların, müşteriler nezdinde üreticilerden bağımsız olarak ön plana çıkmasına zemin hazırlamıştır.

Tarihsel açıdan kullanım amaçlarını ve kullanım şekillerini kısaca incelemiş olduğumuz, genel olarak “*bir işletmenin mal veya hizmetlerini, başka bir işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan her türlü işaret*” olarak tanımlanan⁸, günümüzde işletmelerin vazgeçilmez ve oldukça yüksek değere sahip malvarlığı unsurlarından birini⁹ oluşturan marka, aynı zamanda korunmaya muhtaç bir hukuk süjesidir.

2. Marka Olarak Kullanılabilecek İşaretler

Marka olarak kullanılabilecek işaretleri belirlerken güncel marka mevzuatımızın temel metni niteliği taşıyan ve ilgili bölümde ayrıntılı olarak açıklanacak olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın¹⁰ “markanın

⁵ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 353; **ÖZDAL**, s. 5.

⁶ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 354.

⁷ **ÇOLAK, U.**, Türk Marka Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 7; **KAYA, A.**, Marka Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2006, s. 1.

⁸ **ARKAN, S.**, Marka Hukuku, C. I (C.I), Ankara 1997, s. 35; **CAMCI**, s. 6; **ÇAĞLAR, H.**, Marka Hukuku; Temel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 11; **ÇOLAK**, s. 8; **DURSUN, H.**, Marka Hukuku, Ankara 2008, s. 35; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 360.

⁹ **YASAMAN, H./ ALTAY, S./ AYOĞLU, T./ YUSUFOĞLU, F./ YÜKSEL S.**, Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi, C. I, İstanbul 2002, s. 175.

¹⁰ RG. 24.06.1995, S. 22326.

içereceği işaretler” başlıklı 5’inci maddesi hareket noktamızı oluşturacaktır. Madde metnine göre;

“Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal 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 türlü işaretleri içerir.”

Madde metninden de anlayacağımız üzere bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için *ayırt edici olması* ve de *çizimle görüntülenebilmesi veya benzer biçimde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanıp çoğaltılabilmesi (grafik olarak temsil edilme)* gerekmektedir¹¹.

Ayırt edicilik; KHK m. 5’de yer alan ayırt edicilik marka olabilme niteliğini elde etmenin ilk şartıdır. Madde metni ile kast edilen soyut ayırt ediciliktir. Soyut ayırt edicilik, bir işaretin bu işareti taşıyan mal veya hizmetleri tüketici nezdinde diğerlerinden ayrı kılacak, toplumun ilgili kesiminin zihninde bunların kökenine ilişkin bir algı oluşturacak niteliği haiz olmasını ifade etmektedir¹². Bir başka deyişle soyut ayırt edicilik, markanın mal veya hizmeti ferdileştirmesini sağlar. Bir işaretin soyut ayırt edici niteliğinin bulunması birtakım özelliklere sahip olması gerekliliğini doğurur. İşaretin mal veya hizmet arz edenler ile talep edenler arasında iletişim sağlaması, bir bütünlük arz etmesi yani bir bakışta hakkında fikir sahibi olunabilecek niteliğe sahip olması aranan özelliklerin başlıcalarıdır¹³. Bir işaretin tescil için başvuru yapıldığı andan itibaren soyut ayırt ediciliğe sahip olması gerektiğinden kullanım yoluyla soyut ayırt edicilik kazanması mümkün değildir¹⁴.

¹¹ Bu şartlar için bkz. **ARKAN**, C. I, s. 36-37; **ÇOLAK**, s. 22; **GÜNEŞ, İ.**, Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, Ankara 2015, 2. Baskı, s. 36; **UZUNALLI, S.**, Marka Hakkının Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi (*Tazminat Talebi*), Ankara 2012, s. 4-6.

¹² **ÇOLAK**, s. 23; **DOĞAN, B. F.**, Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR C. 6, S. 2006/3, s. 18; TPE Marka İnceleme Kılavuzu 2015, s. 7.

¹³ **DOĞAN**, s. 24,25.

¹⁴ **DOĞAN**, s. 26.

Soyut ayırt edicilik ile ilgili olarak vurgulamak istediğimiz son husus ise somut ayırt edicilik ile karıştırılmaması gerektiğidir. Şöyle ki somut ayırt edicilik, tescile konu işaretin tescile konu somut mal ve hizmetler bakımından ayırt edicilik kabiliyetine sahip olmasıdır. Bir işaret kullanılacağı malın ya da hizmetin cins, çeşit, vasıf, kalite, amaç, miktar gibi özelliklerini belirtmekten sıyrıldıkça bir başka deyişle mal ya da hizmete yabancılaştıkça somut ayırt ediciliği de o ölçüde artacaktır. Örneğin; peynir için kaşar kelimesi, çikolata için bitter kelimesi tür belirttiklerinden somut ayırt edici işaretler olarak değerlendirilemezken söz konusu malların özelliklerini belirtmekten uzak “içim, milka” gibi sözcükler bu mallar için somut ayırt ediciliğe sahiplerdir. Soyut ayırt ediciliğe sahip olmayan bir işaret marka olarak tescil edilmezken, bir mal veya hizmet için somut ayırt edici olmayan bir işaretin başka bir mal veya hizmet için somut ayırt edici olması dolayısıyla da tescili mümkündür¹⁵. Ayrıca soyut ayırt ediciliğin aksine somut ayırt edicilik kullanım yoluyla kazanılabilir.

Çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme (grafik olarak temsil edilebilme)¹⁶; bu unsur marka olarak tescil edilecek bir işaretin görüntüler, çizgiler veya harflerle temsil veya tasvir edilebilmesini ifade etmektedir¹⁷. Grafik olarak temsil edilmenin koşulları ise; “açık”, “anlaşılır”, “nesnel”, “dayanıklı”, “kendi içerisinde bir

¹⁵ DOĞAN, s. 41.

¹⁶ 556 sayılı KHK'ya mehz teşkil eden ve çalışmamızın ilerleyen bölümünde değineceğimiz, 89/104 sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarını Uyumlaştırmaya Dair Konsey Birinci Yönergesi'nin (First Council Directive 89/104/EEC of 21.12.1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks”, OJ. 11.02.1989, L. 040) 2. maddesinde yer alan bu ifade, Yönerge'nin değişikliğe uğramış en son halini oluşturan 2015/2436 sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarını Uyumlaştırmaya Dair Konsey Yönergesi'nin (Directive EU 2015/2436 of The European Parliament and of The Council of 16.12.2015 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, OJ. 23.12.2015, L. 336) ilgili maddesi olan 3. maddesinde yer almamaktadır.

¹⁷ OKUTAN NILSSON, G., Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin Üç Kararı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni; Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan; Y. 23, S. 2003/1-2, s. 580; ÇOLAK, s. 57.

bütünlüğe sahip”, “müstakil ve kolay erişilebilir” olmak olarak belirlenmiştir¹⁸. Bu koşullar bağlamında üzerinde durulması gerekli olan husus ise ses ve kokuların durumudur. Ses veya melodilerin bir nota anahtarına göre yazılmış başka bir deyişle nota değerleri ve durakları belli olan notalar aracılığıyla ifade edilmesi grafik olarak temsil edilme olarak kabul edilirken, kokuların -her ne kadar kimyasal formüllerle ifade edilebilseler de- açıklık, anlaşılabilirlik, nesnel olma gibi grafik olarak temsil edilmenin koşullarını taşımamaları sebebiyle marka olmaya uygun olmadıkları yönünde genel bir kanaat mevcuttur¹⁹.

Kısaca değindiğimiz özellikleri taşıyan sözcük, harf, sayı, malların ambalaj veya şekilleri gibi işaretlerin marka olarak seçilip tescil edilmesi aynı zamanda KHK m. 7,8’de düzenlenen tescil engellerinin bulunmamasına bağlıdır.

3. Markanın İşlevleri

Aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik birbirinden bağımsız birden fazla mal veya hizmet seçeneğinin bulunduğu serbest piyasa koşullarında markayı gerek üreticiler, gerek müşteriler, gerekse hukuk düzeni açısından değerli kılan husus, birtakım işlevlere sahip olmasıdır. Genel olarak markanın işlevleri ekonomik ve hukuki işlevler olarak kategorize edilmiş olsa da bu işlevlerin mevcut koşullarda iç içe geçmiş olduğunu düşündüğümüzden böyle bir ayrıma girmeden köken gösterme, ayırt edici olma, kaliteyi garanti etme ve reklam gibi öne çıkan işlevleri açıklamayı tercih ettik.

Köken/kaynak gösterme işlevi: Markanın, malın kim tarafından üretildiğini veya piyasaya sürüldüğünü ifade eden, müşterilerin zihninde marka ile işletme

¹⁸ Bunlar, o dönemki adıyla Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın *Sieckmann Davası*’nda belirlemiş olduğu kriterlerdir. Dava metni için bkz. (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-273/00>, erişim tarihi: 06.04.2016). Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nda grafik olarak temsil edilme şartına yer verilmemiş olup işaretin korumanın konusunun açıkça anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması yeterli görülmüştür (m. 4).

¹⁹ **ÇAĞLAR**, s. 23; **ÇOLAK**, s. 79; **KAYA**, s. 27; **OKUTAN NILSSON**, s. 594; **YILMAZ**, s. 140. Kokuların marka olarak tescil edilebilmesinin mümkün olduğuna dair bkz. **ARKAN**, C. I, s. 41; **CAMCI**, s. 13; **UZUNALLI, S.**, Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu (*Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi*), İzmir 2008, s. 89.

arasında bağlantı kurulmasını sağlayan işlevidir²⁰. Marka sayesinde alıcı, mal veya hizmetlerin güvenmiş olduğu işletmelere ait olup olmadığını anlayacak ve buna göre de tercihte bulunacaktır. Üretim modellerinde meydana gelen değişiklikler sayesinde piyasada aynı markayı taşıyan fakat farklı kişilerce üretilen mallara rastlamanın markanın köken gösterme işlevini geri plana ittiği savunulmaktadır²¹. Ancak, marka sahibinin kötü üretim ya da sözleşmenin ihlali durumunda müdahale hakkını göz önünde bulundurduğumuzda lisans yoluyla ya da benzeri şekillerde yapılan bu üretimlerde veya hizmet sunumlarında markanın asıl sahibinin, tamamen olayın dışında kaldığını söylemek doğru olmayacaktır. Aynı zamanda marka sahibi ile markayı bir sözleşmeye dayanarak kullanan üçüncü kişi arasındaki ilişkiyi bilmeyen tüketici nezdinde marka, asıl üreticiyi göstermeye devam edecektir. Bu sebeple üretim modellerinde meydana gelen değişikliklerin, köken gösterme işlevini gereksiz hale getirdiği yönündeki görüşe katılmamaktayız. Bu konuyla ilgili olarak belirteceğimiz bir diğer husus ise tüketicinin, üretici yerine malın kalitesiyle özdeşleşmiş markayı tercih ettiği böylece köken bildirme işlevinin etkisiz hale geldiği yönündeki görüşlerdir²². Tüketiciler, işletmeden bağımsız bir varlık kazanmış olsa da tercih ettikleri markanın bir işletmeye ait ve işletmenin güvencesi altında olduğunun bilincindedir. Bu sebeple marka başlangıçtaki kadar güçlü olmamakla beraber köken belirtme işlevini tamamen yitirmiş değildir.

Ayırt etme işlevi; Bir işaretin marka olabilmesinin zorunlu unsuru niteliğindeki ayırt edici olma aynı zamanda markanın işlevlerinden biridir. Markanın, markayı taşıyan mal ve hizmetleri bir başka işletmeye ait aynı türdeki mal ve hizmetlerden ya da aynı işletmeye ait farklı kalite veya içerikteki mal ve hizmetlerden²³ ayırmasıdır. Bir başka ifadesiyle markanın, mal veya hizmete kimlik kazandırması onu şahsileştirmesidir²⁴.

²⁰ ARKAN, C. I, s. 38; GÜNEŞ, s. 81; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 378; YILMAZ, s. 54.

²¹ ARKAN, C. I, s. 38; ÇOLAK, s. 13; KAYA, s. 59.

²² YILMAZ, s. 54; ÇOLAK, s. 13.

²³ Markanın aynı işletmeye ait farklı mal ve hizmetleri de ayırdığına dair bkz. ÇAĞLAR, s. 33.

²⁴ YILMAZ, s. 53.

Garanti, güven işlevi; Markanın, markayı taşıyan malın ya da hizmetin belli bir kalitede olduğunu ifade etmesidir. Bu işlev, tüketicinin markayı tercihleri arasında ilk sıraya almasını ve aynı markanın farklı ürünlerine de yönelmesini sağlamaktadır.

Reklam işlevi; Mal veya hizmetin halka tanıtılmasında markanın önemli bir role sahip olduğunu ifade eden marka işlevidir²⁵. Halk marka aracılığıyla malı ya da hizmeti tanır ve satın alır. Markanın reklam gücü arttıkça mal veya hizmete yönelik talep de artacaktır.

Tekinalp, saymış olduğumuz işlevlere tekelleştirme ve korumayı da eklemiştir²⁶.

II. MARKA HAKKININ KORUNMASI

1. Marka Hakkı

Marka hakkı, önceki başlıklar altında saymış olduğumuz özellikleri taşıyan başka bir ifadeyle marka niteliğini haiz işaretin; marka sahibi tarafından hukuken belirlenen sınırlar içerisinde kullanılabilmesini ve de üçüncü kişinin rıza dışı kullanımının marka sahibi tarafından engellenebilmesini ifade eden kavramdır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere marka hakkı, olumlu kullanma ve olumsuz yasaklama yetkilerini içeren çift yönlü bir haktır²⁷.

Marka sahibi, hakkın olumlu kullanma yönü bağlamında markayı mal veya ambalajı üzerine koyabilir, markayı taşıyan malları piyasaya sürebilir, markayı iş evrakında, reklamlarda veya internet ortamında kullanabilir; markayı devredebilir, üzerinde rehin hakkı tesis edebilir ya da lisans yoluyla üçüncü kişiye kullandırabilir. Marka hakkının sahibine sağladığı bu yetkiler sınırsız olmayıp, hukuken getirilen ve marka sahibinin uymakla yükümlü olduğu birtakım sınırlamalara tabidir. Ülkemizde

²⁵ **ARKAN**, C. I, s. 39; **ÇOLAK**, s. 14; **YILMAZ**, s. 55.

²⁶ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 378.

²⁷ **ÇAMLİBEL TAYLAN, E.**, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s. 51; **PASLI, A.**, Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul 2014, s. 490; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 381.

Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu'nun denetlediği, tütün ürünleri ve alkollü içeceklere ait markaların kullanımına ilişkin kısıtlamalar²⁸ bu duruma örnek olarak verilebilir.

Olumsuz yasaklama yetkisi ise markanın, sahibinin rızası olmaksızın kullanılamaması, üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunulamaması aksine hareketin marka sahibi tarafından engellenebilmesini ifade etmektedir.

2. Marka Hakkının Hukuki Dayanakları

Marka korumasında yeterliliği ve etkinliği artırmak ve bu korumaya ilişkin usul ve esasları belirlemek üzere gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde pek çok düzenleme bulunmaktadır. Uluslararası düzenlemelerin bir bölümü marka hakkına münhasırken bir bölümü marka hakkını ve korumasını diğer fikri mülkiyet hakları ile beraber ele almıştır. Ulusal hukukumuz açısından baktığımızda ise geçmişten bugüne markalara ilişkin özel düzenlemeleri içeren bir sistem görmekteyiz.

A. Uluslararası Düzenlemeler

a. Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Konvansiyonu

20 Mart 1883 tarihinde Paris'te imzalanmış ve 1884 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Paris Konvansiyonu, sınai mülkiyet hukukunun temel metinlerinden biridir. Muhtelif zamanlarda değişikliklere uğramış bulunan Konvansiyon Türkiye tarafından 1925 yılında kabul edilmiştir²⁹. Konvansiyonun revizyona uğramış metinlerini onaylayan ülkemiz, başlangıçta her ne kadar Stockholm metninin 1-12. maddelerine çekince koymuş olsa da günümüzde anlaşma bir bütün olarak yürürlüktedir.

²⁸ Bu kısıtlamalara 4520 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhisarı Kanunu m. 6 ile 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun m. 3'de yer alan kullanımlar örnek olarak verilebilir.

²⁹ Söz konusu değişiklikler; 14 Aralık 1900 Brüksel, 2 Haziran 1911 Washington, 6 Kasım 1925 LaHaye, 2 Haziran 1934 Londra, 31 Ekim 1958 Lizbon, 14 Temmuz 1967 Stockholm'de yapılmış bulunan revizyonlardır.

Paris Konvansiyonu, birinci maddesinde anlaşmanın uygulandığı memleketleri birlik olarak kabul etmiş ve bu maddeden hareketle birliğe üye ülkeler için patent, marka, faydalı model, sınai resim ve modeller, ticaret unvanları, coğrafi ad ve işaretler, haksız rekabet gibi konulara ilişkin kurallar getirmiştir. İnceleme konumuz açısından baktığımızda Paris Konvansiyonu'nun, taraf ülkelerin marka için sağlamış olduğu hakları yeknesaklaştırmak ve de ülkelerin iç mevzuatlarına bağlı kalmak kaydıyla birlik üyesi ülke vatandaşlarının yine birlik üyesi bir başka ülkedeki marka tescilini kolaylaştırmak amacı taşıdığını görmekteyiz³⁰. Ulusal işlem ilkesi, rüçhan hakkı ve tanınmış markaların korunması konvansiyonun düzenlediği temel konulardır.

b. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması

Dünya Ticaret Örgütü (*World Trade Organisation-WTO*) Kuruluş Antlaşması'nın 1-c eki olarak düzenlenen, 114 ülke ile Avrupa Topluluğu tarafından imzalanan bu anlaşma 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights- TRIPs*) amacı; fikri mülkiyet haklarının korunması konusunda WTO'ya üye ülkelerin uyacağı asgari standartları ve herhangi bir ihlal durumunda uygulanacak yaptırımları belirlemek ve çıkacak uyuşmazlıkları çözmektir.

Marka konusu ise yedi kısımdan oluşan antlaşmanın ikinci kısmının ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu bölümde markanın tanımı, markanın sahibine verdiği hakların kapsamı ve istisnası, marka tescilinin koruma süresi, marka lisansı ve devri gibi konular ele alınmıştır. Her ne kadar marka konusu 15-20. maddeleri kapsayan ikinci kısımda düzenlenmiş olsa da marka hukuku açısından anlaşma metninin diğer fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemeleri de dikkate alınmalıdır³¹.

³⁰ PASLI, s. 66-68.

³¹ PASLI, s. 82.

c. Markaların Uluslararası Tesciline Dair Madrid Anlaşması ve Madrid Anlaşması ile İlgili Protokol

1981 yılında akdedilen, markaların uluslararası tesciline ilişkin iki anlaşmadan biri olan Madrid Anlaşması markaların tek bir başvuru ile ve tek bir dil kullanılarak tesciline yöneliktir. Türkiye Madrid Anlaşması'nı 1930 yılında imzalamış ve yirmi beş yıllık süre boyunca anlaşmanın tarafı olarak kalmıştır. Fakat Türkiye'nin milletlerarası büroya tescil ettirdiği marka sayısının korumayı taahhüt ettiği marka sayısının çok altında olması, bu anlaşma çerçevesinde yapılan başvuruların döviz kaybına sebebiyet vermesi gibi olumsuzluklar anlaşmadan 1955 yılında çekilmemiz sonucunu doğurmuştur³².

Akdedildiği yıllarda yeterli ilgiyi görmemiş olması ilerleyen tarihlerde bu anlaşma ile aynı amacı taşıyan bir protokolün imzalanması sonucunu doğurmuştur.

Madrid Anlaşması ile oluşturulmaya çalışılan uluslararası tescil sistemini geliştirmeyi amaçlayan Madrid Protokolü, her ne kadar hukuken bağımsız bir nitelik taşısa da içerik olarak söz konusu anlaşmanın tamamlayıcısı konumundadır. Markanın tek bir başvuru ile uluslararası alanda tescilini, tescilden sonraki değişikliklerin (devir, mal veya hizmet listelerindeki değişiklikler gibi) yine tek bir başvuru ile yapılmasını sağlamak için gerekli düzenlemeleri içermektedir. Türkiye'nin 1999 yılından itibaren taraf olduğu söz konusu protokol, Madrid Anlaşması veya Madrid Protokolü'ne taraf devletleri Madrid Birliği'nin üyesi saymıştır³³.

Protokol'e göre uluslararası tescil başvurusu, Madrid Birliği'ne üye olan bir ülkede gerçek ve etkin sınai veya ticari bir kuruluşu olan veya o ülkede yerleşik olan veya o ülkenin tabiiyetinde bulunan bir gerçek veya tüzel kişi tarafından yapılabilir. Söz konusu şartları sağlayan gerçek ya da tüzel kişiler, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü

³² **KIRCA, İ.**, Markaların Milletlerarası Tescili Madrid Sistemi (*Madrid Sistemi*), Ankara 2005, s. 10; **PASLI**, s. 117.

³³ Ülkemiz Madrid Protokolü'ne taraf olmasına rağmen 556 sayılı KHK'da Madrid Protokolü'ne göre yapılan başvuruların durumu ile ilgili hüküm bulunmamaktadır. Ancak Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı m. 14'de Madrid Protokolü kapsamında yapılacak başvuruların durumu ile ilgili hüküm yer almaktadır.

(*World Intellectual Property Organization- WIPO*)³⁴ tarafından tutulan milletlerarası sicil aracılığıyla birliğe üye ülkelerin tamamında veya istediklerinde geçerli olmak üzere tescil başvurusunda bulunabilirler. Uluslararası tescil başvurusunda bulunulabilmesi başvuru konusu markanın, protokole üye bir devletin ya da protokole üye devletlerarası bir kuruluşun ofisinde tescil edilmiş olması ya da menşe ülkede bu marka hakkında kesinleşmiş bir tescil başvurusunun bulunması şartına bağlıdır. Madrid Protokolü, Madrid Anlaşması'ndan farklı olarak uluslararası tescil başvurusunda bulunulabilmesi için tescile konu markanın ayrıca menşe ülkede tescili şartını aramamıştır³⁵. Tescil başvurusu ulusal bürolar aracılığıyla (milletlerarası tescil talebinin ulusal bürolar aracılığıyla yapılması zorunlu olup, doğrudan yapılan başvurular milletlerarası büro tarafından reddedilecektir) ve ulusal büroların belirlediği diller kullanılarak yapılmaktadır. Ulusal bürolar, yapılan başvuruyu belirli kriterler çerçevesinde inceler. Herhangi bir eksiklik bulunmaması durumunda başvuruyu milletlerarası büroya iletir. Milletlerarası büro; mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasında, mal ve hizmetler için kullanılan tabirlerde ve bunlar dışında kalan konularda eksiklik bulunup bulunmadığını inceler. Eksikliğin bulunması durumunda hem menşe ofisi hem de başvuru sahibini bilgilendirir ve eksikliğin giderilmesi için belirli bir süre tahsis eder. Eksikliğin giderilmesinin ardından marka, milletlerarası sicile tescil ve ilan edilir. Markanın milletlerarası sicile tescili kendiliğinden koruma talep edilen akit taraflarda da korumanın kazanılması sonucunu doğurmaz. Akit taraflarda korumanın kazanılabilmesi için tescil talebinin, milletlerarası büro tarafından akit taraflara bildirim gerekmektedir. Bundan sonra işleyecek süreç ise koruma talep edilen ülkelerin hukuklarına göre olacaktır. Koruma talep edilen akit taraflar inceleme sonucunda markayı koruma altına almayı kabul edebilecekleri gibi tescil talebini reddedebilirler. Burada önemle belirtmek istediğimiz husus ise ret kararının objektif ölçütler çerçevesinde verildiğidir. Ayırt

³⁴ Dünyada fikri mülkiyet haklarının korunması ve yaratıcı etkinliği teşvik amacı taşıyan örgüt, 14 Temmuz 1967 yılında Stockholm'de imzalanan WIPO Kuruluş Anlaşması (*Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*) ile kurulmuş olup bugün Birleşmiş Milletler bünyesinde faaliyetlerine devam etmektedir. (bkz. <http://www.wipo.int/about-wipo/en/>, erişim tarihi: 31.01.2015).

³⁵ **KIRCA**, Madrid Sistemi, s. 51.

ediciliğın bulunmaması, kamu düzenine aykırılık ya da üçüncü bir kişinin haklarının çiğnenmiş olması bu sebeplerden bazılarıdır³⁶. Akit devletlerden her birinin başvuruyu kabul ya da ret hakkı birbirinden bağımsız olduğundan, taraflardan birinin talebi reddetmesi diğerlerini etkilemeyecektir.

d. Marka Kanunu Anlaşması

Türkiye'nin 9 Mart 2005 tarihinden itibaren taraf olduğu Marka Kanunu Anlaşması (*Trademark Law Treaty- TLT*) 27 Ekim 1994 yılında Cenevre'de imzalanmıştır. Bu anlaşmanın amacı, ulusal ve bölgesel tescil usullerini düzenlemek ve standart hale getirmektir³⁷. TLT ile farklı yetki alanlarında uygulanan mevcut prosedürler uyumlulaştırılarak marka başvuruları ve tescilleri daha az kompleks hale gelecektir.

Bu Anlaşma'da tescil başvurusunda aranacak belgeler, başvuru tarihinin belirlenmesi, kimlerin başvuruya yetkili olduğu, başvurunun veya tescilin bölünmesi, mal ve hizmetlerin sınıflandırılması gibi usulü konuların düzenlenmiştir.

e. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması

Marka tesciline konu mal ve hizmetlerin dâhil olduğu sınıfları belirleyen Nis Anlaşması 1957 yılında imzalanmıştır.

Nis Anlaşması ile oluşturulan sınıflandırma sistemi, mal ve hizmetlere ilişkin tanımlama, tanıtmaya ve ismen belirtme gibi ayırt edici özelliklere dayanan ve kendi içerisinde alt gruplara ayrılan 34 mal 11 hizmet sınıfı olmak üzere toplam 45 sınıfı içermektedir. Ayrıca bu sınıflar kendi içerisinde alt gruplara ayrılmaktadır. Türkiye'nin 1996 tarihinden itibaren taraf olduğu bu anlaşmanın mal ve hizmetlerin dahil olduğu sınıfları kategorize etmiş olması taraf devlet ofislerinin ayrıca sınıflandırma çabası içerisinde girmesine dolayısıyla da ortaya çıkacak olan karışıklıklara engel olmuştur.

³⁶ KIRCA, Madrid Sistemi, s. 84-85.

³⁷ http://www.wipo.int/treaties/en/ip/tlt/summary_tlt.html, erişim tarihi: 08.04.2016.

B. Avrupa Birliği Dzenlemeleri

Avrupa Birliği (AB) dzenlemelerini incelediğimizde markalara ilişkin biri tuzuk diğeri ise yonerge olmak uzere mevzuatımıza da kaynak teşkil eden iki temel dzenlemenin varlığını gormekteyiz.

a. Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına Dair 2015/2436 sayılı Avrupa Parlamentosu Konsey Yonergesi

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'ya mehz teşkil eden 89/104 sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarını Uyumlaştırmaya Dair Konsey Birinci Yonergesi'nin değişikliğe uğramış en son halini oluşturmaktadır.

Üye devletlerde, Benelüks Fikri Mülkiyet Ofisi'nde tescil edilen veya tescil için başvurusu yapılan ya da üye devletlerde etki doğuran bir uluslararası tescile konu olan mal ve hizmetlere ilişkin bireysel marka, ortak marka, garanti markası veya garanti markaları bu yonerge kapsamında yer almaktadır. Yonerge genel olarak marka olabilecek işaretleri, markanın sağladığı hakları, bu hakların sınırlandırılmasını, tükenmesini, lisansa konu olmasını ve de markanın iptal edilmesini dzenlemiştir. Ortak pazarın işleyişini doğrudan etkileyen ulusal hükümlerin birbiriyle uyumlu hale gelmesini amaçlayan yonergenin uygulanma şeklini incelediğimizde ise taraf ülkelerde doğrudan doğruya uygulanmadığını gormekteyiz. Ancak taraflar yapmış oldukları dzenlemelerle mevzuatlarını yonergeye uygun hale getirmişlerdir. Bu nedenle taraf ülkelerin marka hukukları birebir aynı olmasa da yonerge ile kurulan minimum standartlar her ülkede aynıdır.

b. Avrupa Birliği Markasına İlişkin 207/2009 sayılı Konsey Tuzüğü

Avrupa Birliği Markasına İlişkin 207/2009 sayılı Konsey Tuzüđü³⁸ yapılacak tek bir tescil ile tüm AB ülkelerinde koruma sağlamak amacına matuf bir dzenlemedir.

³⁸ Community Trademark Council Regulation (EC) No 207/209 of 26 February 2009 on the Community Trade Mark, OJ. 24.03.2009, L. 78. şunu belirtmemiz gerekir ki 207/2009 sayılı Tuzük 2015/2424 sayılı Tuzük[Regulation (Eu) 2015/2424 Of The European Parliament and of

AB'ye üye ülkelerin markalara ilişkin mevcut düzenlemelerinin yanında varlığını devam ettiren söz konusu tüzük, AB markası sisteminin anayasası olarak tanımlanabilir. AB markasının tanımı, AB markası statüsünün kazanılması, bu statüden doğan haklarla ilgili hukuki işlemler, AB markasının korunması, koruma süresi, devri, iptali gibi hususlar Tüzük'te düzenlenen konuların başlıcalarıdır.

Kendine özgü kuralları, idaresi, organizasyonu ve yargılama usulü bulunan AB Markası Sistemi, marka hakkı sahibine tek bir tescil ile AB'ye üye ülkelerde koruma sağlamak ve de bu ülkelerin markaya ilişkin hukuklarından bağımsız olarak varlığını sürdürmektedir³⁹. Bir markanın AB markası olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan tüm şekli ve maddi şartlar 207/2009 sayılı tüzükte düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde AB markasına ilişkin sistemin AB'ye üye ülkelerde uygulanabilmesi için Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (*European Intellectual Property Office-EUIPO*)⁴⁰ kurulmuştur. Bir markanın AB markası statüsü kazanabilmesi için gerekli başvurular EUIPO'ye yapılmaktadır. EUIPO söz konusu başvuruları itiraza açık olacak şekilde ilan etmekte ve herhangi bir üyenin bu süreçte itiraz etmemesi üzerine marka, talep ettiği korumayı kazanmaktadır.

Ülkemiz açısından duruma baktığımızda ise Tüzük, AB markası olarak tescilli AB üyesi ülke vatandaşı olma şartına bağlamadığından Türkiye'de tescilli bir markanın aynı zamanda AB markası olarak tescilli mümkündür; ancak Türkiye

The Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs), OJ. 24.12.2015, L. 341] ile birtakım değişikliklere uğramıştır. Çeşitli Avrupa Birliği düzenlemelerinde değişiklikler ön gören düzenleme ile topluluk markası terimi yerine Avrupa Birliği markası deyimini kullanılması öngörülmüştür. Bu sebeple 207/2009 sayılı Tüzük'ün Avrupa Birliği Markası Tüzüğü olarak anılması gerekecektir.

³⁹ **ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H.**, İltibastan Kötüniyetli Tescile Paskalya Tavşanlarının Hikayesi (*İltibastan Kötüniyetli Tescile*), BATİDER 2011, C.XXVII, S. 3, s. 72.

⁴⁰ EUIPO, AB'nin tüm üyelerinde geçerli olan topluluk Markalarının ve topluluk tasarımlarının tescilinden sorumlu resmî AB organı olan OHIM (*Office of Harmonization in the Internal Market*)'in yeni adıdır.

AB'ye üye ülkelerden olmadığından topluluk markası statüsünde olan bir markanın Türkiye'de korunabilmesi için ayrıca 556 sayılı KHK'ya göre tescili gereklidir.

C. Ulusal Düzenlemeler

Türk marka hukukunun temellerine baktığımızda bu konudaki 551 sayılı Markalar Kanunu⁴¹'nin kabulünden önce temel hukuki metnin Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alâmeti Farikalara Dair Nizamname olduğunu görmekteyiz. 27.05.1955 tarih ve 6591 sayılı yasa ile önemli değişikliklere maruz kalan söz konusu Nizamname 551 sayılı Markalar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle mülga olmuştur.

551 sayılı Markalar Kanunu'nu incelediğimizde ise günümüz marka mevzuatına nispeten eksikliklerin olduğu görülmektedir. Hizmet markalarının Kanun'un koruma kapsamında yer almayışı (m. 46 vd), sınıf sistemi yerine korumayı sadece tescil edilen mal ile sınırlı tutan emtia sisteminin benimsenmiş olması (m. 17), üçüncü kişilere sadece tescilden sonra dava açma hakkının tanınmış olması (m.15/II) söz konusu Kanun'un eleştirilen yönlerinden bazılarıdır⁴².

Bugün markalarla ilgili temel metin, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (556 sayılı KHK)'dir. Bunun yanı sıra 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Uygulanma Şeklini Gösterir Yönetmelik⁴³ de işaret edilmesi gereken bir diğer düzenlemelerdir. Türk Patent Enstitüsü'nün Yeniden İnceleme ve Denetleme Kurulu Yönetmeliği⁴⁴ de marka hukukuna ilişkin mevzuat içerisinde yer almaktadır. Bu başlık altında çalışmamızın hukuki dayanağını oluşturan 556 sayılı KHK kısaca incelenecektir.

27 Haziran 1995 tarihinde yürürlüğe giren, muhtelif zamanlarda değişikliğe uğrayan 556 sayılı KHK'nın hazırlanmasında 89/104 sayılı Avrupa Birliği

⁴¹ RG. 12.3.1965, S. 11951.

⁴² ARKAN, S., Marka Hukuku C. II (C. II), Ankara 1998, s. 15-16; TAŞKAN, Y. Z., Tescilli Markaların Korunmasına İlişkin Eski ve Yeni Düzenlemelerin Karşılaştırılması, (<http://www.mevzuatdergisi.com/1999/07a/02.htm>, erişim tarihi: 31.01.2015).

⁴³ RG. 05.11.1994, S. 22454.

⁴⁴ RG. 14.04.1995, S. 22258.

Yönergesi'nden büyük ölçüde yararlanılmıştır. 556 sayılı KHK, mevzuatımız ile Avrupa Birliği Hukuku arasında uyum sağlamaya çalışmıştır. Markaların korunmasına ilişkin esasları, kuralları, şartları kapsayan ve de markanın konu olabileceği hukuki işlemlerle bu işlemlerin sonuçlarını düzenleyen 556 sayılı KHK'nın amacı Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilmiş olan markaları her türlü tecavüze karşı güvence altına almaktır.

Öte yandan, 551 sayılı Markalar Kanunu'na oranla ayrıntılı düzenlemeler içeren KHK, terminolojik ve de sistematik yapısındaki bazı eksiklikler sebebiyle eleştirilere maruz kalmaktadır⁴⁵. Eleştirilerin yanı sıra mülkiyet hakkı kapsamında bulunan ve bir sınai hak türü olan marka hakkına ilişkin düzenleme ve sınırlandırmaların, kanun yerine KHK ile yapılmış olması da bazı KHK maddelerinin iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmesi sonucunu doğurmuştur⁴⁶. Söz konusu eksiklikleri gidermek ve marka gibi maddi değeri gittikçe artan bir varlığa sağlanan korumayı güçlendirmek amacıyla konunun kanun ile düzenlenmesi yerinde olacaktır. Son olarak çalışmamızın hazırlandığı dönemde, marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model ile sınai mülkiyet kapsamında yer almayan geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunmasını sağlamak amacıyla hazırlanan Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nın ilgili komisyonda görüşüldüğünü ifade etmemiz gerekmektedir. Toplam beş kitaptan oluşan tasarı metninde ilk kitap markaya ilişkindir. Marka hakkı ve kapsamı, tescil için başvuru ve itiraz, tescil, koruma süreleri ve yenileme, lisans, marka hakkının sona ermesi, marka hakkına tecavüz, garanti markası ve ortak markalara ilişkin hükümler ilk kitap içerisinde düzenlenmiştir. Ayrıca ortak hükümler adını taşıyan altıncı kitapta da tecavüz halinde hak sahibinin talepleri, tazminat, yoksun kalınan kazancın belirlenmesi, hakkın tüketilmesi gibi konular tüm sınai mülkiyet haklarını kapsayacak şekilde düzenlenmiştir⁴⁷.

⁴⁵ Bkz. ARKAN, C. I, s. 17-20.

⁴⁶ Bkz. AYM E. 2015/15, K. 2015/118, T. 23.12.2015; AYM E. 2015/33, K. 2015/50 T. 02.6.2015 kararları (Söz konusu kararların ele alındığı çalışmamızın ilgili bölümleri için bkz. s. 23, 52).

⁴⁷ Kanun metni ve gerekçesi için bkz. (<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0699.pdf>; erişim tarihi: 10.05.2016).

3. Marka Hakkının Kazanılması

Marka korumasının kazanılmasında tescil sistemi ve ilk kullanım sistemi esas alınan başlıca iki sistemdir.

A. İlk Kullanım Sistemi

Tescilin bildirici nitelik kazandığı ilk kullanım sisteminde marka üzerindeki hak, markanın ilk defa kullanılması ile doğup markayı seçen ve onu marka hukukuna özgü şekilde kullanarak tanıtan kişiye ilk tescil ettirene nispeten öncelik sağlamaktadır⁴⁸. Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'na göre bir markayı ilk tescil ettirenin hak sahibi olduğuna dair karine doğar. Ancak başka bir şahıs aynı emtia için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve istimal ettiğini piyasada maruf hale getirdiğini, tescil edilmiş marka sahibine karşı iddia ve bu iddiasını dava veya karşılık dava suretiyle ispat etme hakkını haizdir (m.15). Madde metninden de anlaşılacağı üzere 551 sayılı Markalar Kanunu ilk kullanma sistemine yakın karma bir çözüm benimsemişti⁴⁹.

B. Tescil Sistemi

Marka korumasının kazanılması için öngörülen bir diğer yolu ifade eden bu sistemde marka hakkı tescil ile doğar. 556 sayılı KHK'nın 1. maddesinde tescilli markaları korumak amaç olarak benimsenmiştir. Bunun yanı sıra m. 6'da KHK ile sağlanan korumanın tescil yoluyla elde edileceği ifade edilmiş, 9'uncu maddede ise markanın sahibine sağladığı hakların üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayını tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği vurgulanmıştır. Söz konusu KHK hükümlerinden hareketle gerçek hak sahipliği ilkesinin terk edildiği ve mutlak tescil

⁴⁸ **TEKİNALP, Ü.**, Yeni Marka Hukuku'nda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu (*Tescil İlkesi*), Prof. Dr. Kemal Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 469.

⁴⁹ **KARAYALÇIN, Y.**, Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme, Ankara 1968, s. 424; **CENGİZ, D.**, Türk Hukuku'nda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz İlgili Mevzuat, Danıştay ve Yargıtay Kararları, İstanbul 1995, s. 38.

ilkesinin benimsendiği ifade edilmektedir⁵⁰. Fakat konunun değerlendirmesi yapılırken KHK'nın düzenlemiş olduğu istisnai hükümler ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatları göz ardı edilmemelidir. Mutlak anlamda tescil ilkesi, üçüncü bir kişinin tescil edilmiş bir markayı meydana getirdiğini, kullandığını veya bilinir hale getirdiğini marka sahibine karşı iddia edememesi, bunu dava veya karşılık dava yoluyla ileri sürememesini ifade etmektedir. Ancak Yargıtay 11. HD'nin ilkesel nitelikteki kararları⁵¹ ve KHK m.8/III'deki düzenleme bu ilkenin mutlak olarak uygulandığını ifade etmemize engel olmaktadır.

KHK m. 8/III'e göre tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin⁵² sahibi, madde metninde yer alan koşulların varlığı halinde bu marka veya işaretin bir başkası adına tesciline itiraz edebilir. Bu koşullar, markanın tescili konusunda yapılan başvuru tarihinden veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş olması ve bu hakkın, sahibine, daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama yetkisi vermesi olarak belirlenmiştir. Madde ile KHK, tescilsiz bir markayı ya da tanıtma işaretini ilk defa kullanan kişiye söz konusu işaretin aynısının üçüncü bir kişi

⁵⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 382. *Tekinalp'in aksine Arkan ve Kaya 556 sayılı KHK'da tescil ilkesinin mutlak suretle uygulanmadığını, ilk kullanım sistemi ile yumuşatılan bir sistemin benimsendiği görüşündedir. (ARKAN, C. I, s. 129; GÜNEŞ, s. 93; KAYA, s. 49).*

⁵¹ Yargıtay'a göre; marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden ve de markayı maruf hale getiren "gerçek hak sahibine (hakiki sahip)" aittir. Yazılı istisnalar dışında hakiki sahip tektir ve de yapmış olduğu tescil bildirici etkiye sahiptir. Bir başka ifadeyle hak tescilden önce doğmuştur. Bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin tescil ettiren kişinin tescili ise kurucu etkiyi haiz olup gerçek hak sahibinin dava açıp markayı kendi adına tescil ettireceği ana kadar geçerlidir. Burada marka hakkının kazanılması, gerçek hak sahibinin bahsi geçen taleplerle dava açmaması şartına bağlanmıştır. (Yarg. 11. HD., E. 1998/1734, K. 1998/5146, T. 06.07.1998, www.kazanci.com, erişim tarihi: 05.03.2016). Benzer kararlar, Yarg. 11. HD., E. 2001/9903, K. 2002/3699, T. 19.04.2002; Yarg. 11. HD., E. 1999/1724, K. 1999/7608, T. 07.10.1999 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 05.03.2016).

⁵² *Arkan'a göre, "ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret" ifadesi haksız rekabet hükümleri dışında özel olarak korunamayan bütün işaretleri kapsayacak şekilde algılanmalıdır. Bir işaret özel olarak korunuyorsa bu işaretin marka olarak tescil edilmesine karşı itirazlar m. 8/III'e göre değil, m. 8/V'e göre yapılmalıdır. (ARKAN, C. I, s. 109, dpn. 172).*

tarafından aynı mal veya hizmetler için kullanılmasını yasaklama yetkisi vermiş böylece tescil ilkesine istisna getirmiştir.

KHK m. 8/III'deki düzenlemenin yanı sıra Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından⁵³ önce tescil ilkesinin en önemli istisnasını KHK m. 7/I-ı'da düzenlenen tanınmış markalara ilişkin hüküm oluşturmaktaydı. Bu hükme istinaden Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış marka niteliğini taşıyan marka, sahibinin izni olmaksızın sözleşmeye taraf ülkelerde aynı mal ve hizmetler için tescil edilemeyecekti. Bu düzenlemeye göre TPE, böyle bir tescil talebini marka sahibinin itirazına gerek olmaksızın kendiliğinden ret edecekti; ancak AYM kararıyla Paris Konvansiyonu anlamında tanınmış markalara sağlanan bu ayrıcalık kaldırılmıştır. Bu durumda Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış bir markanın hangi hükümlere göre korunacağını belirlemek gerekmektedir. Her ne kadar kararda bahsi geçen tanınmış markanın nisbi tescil engeli olarak ileri sürülebileceği ifade edilmiş olsa da KHK'da sayılan nisbi tescil engellerinin Türkiye'de tescil edilmiş ya da tescil için başvurusu yapılmış markaları kapsadığı göz önünde bulundurulduğunda Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış, Türkiye'de tescilsiz bir markanın bu hükümden yararlanıp yararlanamayacağını belirlemek gerekmektedir. AYM kararının Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış markayı tamamen korumasız bırakmayı amaçlamadığı, sadece bu markanın kullanımını mutlak ret nedeni olmaktan çıkardığı ve en önemlisi taraf olduğumuz ilgili uluslararası anlaşmalarda bu markalara

⁵³ Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 tarihli kararı ile “*sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesi'nin 1'inci mükerrer 6'ncı maddesine göre tanınmış markalar*” mutlak ret nedeni olmaktan çıkarılmıştır. İtiraz dilekçesinde ilk derece mahkemesi söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılık teşkil eden yönlerini şu şekilde ifade etmiştir; “*Mahkememiz 556 sayılı KHK'nin somut uyumsuzluğa uygulanması söz konusu olan 7/I-ı hükmünün, birbiriyle bağlantılı temelde üç noktada Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindedir. Bunlar, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan ve bir sınai hak türü olan marka hakkına ilişkin düzenleme ve sınırlandırmaların, kanun yerine bir kanun hükmünde kararname ile yapılmış olması; marka hakkının doğumu, sınırlandırılması ve korunması hususlarıyla ilişkili nisbi nedenlerin, mutlak red nedeni olarak düzenlenmesi suretiyle, hukuk devleti ilkesine ve çalışma ve sözleşme hürriyeti ilkelerine aykırılığıdır.*” (AYM E. 2015/33, K. 2015/50, T. 27.05.2015)

sağlanan güvencenin devam ettiği göz önünde bulundurulduğunda tanınmış marka sahibinin itiraz hakkı saklı kalmalıdır⁵⁴.

4. Marka Hakkının Hukuki Niteliği

Marka tescilinden doğan hakların kapsamını belirlemeden önce üzerinde duracağımız ilk husus bu hakların hukuki niteliğidir. Marka hakkının hukuki niteliği bakımından doktrinde görüş birliği bulunmamakla beraber KHK m. 9'da vurgulandığı üzere marka hakkı; sahibine kullanmada, yararlanmada ve marka üzerinde tasarrufta bulunmada inhisari yetkiler sağlayan mutlak bir hak olarak tanımlanabilir⁵⁵. Marka hakkı malvarlıksal menfaatlerin yanı sıra kişisel menfaatlerle de bağlantılı olması⁵⁶ sebebiyle nevi şahsına münhasır hak olarak nitelendirilmiştir⁵⁷. Yargıtay ise "... *gayrimaddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dâhildir. Ayrıca marka hakkı çeşitli hukuki işlemlere konu olabilir...*" şeklindeki tespitiyle bir nevi marka hakkının hukuki niteliğini ortaya koymuştur⁵⁸. Yargıtay kararında da değinildiği üzere marka hakkı sahibi, markasını devredebilir (KHK m.16), teminat olarak gösterebilir (KHK m.18), işletmeden bağımsız olarak haczedebilir (KHK m.19) veya lisans sözleşmesine (KHK m. 20) konu edebilir. Ayrıca TTK m. 11/3 hükmüne göre; bir ticarî işletmenin malvarlığı unsurları içerisinde yer aldığından devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça marka da devir kapsamında yer alır.

Önceki başlıklar altında da değindiğimiz üzere marka koruması, hak sahibine markasının üçüncü kişiler tarafından izinsiz bir şekilde kullanımını yasaklama

⁵⁴ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış marka ile aynı ya da benzer olan işaretin tescili, nisbi red nedenleri arasında düzenlenerek AYM kararının amacına uygun hareket edilmiştir.

⁵⁵ **POROY, R. / TEKİNALP Ü.**, Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 336.

⁵⁶ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 381.

⁵⁷ **KARAYALÇIN**, s. 412; **ŞANAL O.**, Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara 2004, s. 26; **YASAMAN**, C. I, s. 176.

⁵⁸ Yarg. 11. HD., E. 2001/844, K. 2001/3429, T. 09.04.2001 (<http://www.kararara.com>, erişim tarihi: 20.01.2015).

(olumsuz yasaklama) ve bu kullanım neticesinde doğan zararlarını tazmin etme yetkisi vermektedir. Marka sahibi; marka olarak tescil ettirdiği işaretin aynı mal ve hizmetler için, benzer işaretin aynı mal ve hizmetler için, benzer işaretin benzer mal ve hizmetler için kullanılmasını önleyebilir. Marka sahibinin, korumanın kendisine sağladığı bahse konu yetkilerini kullanabilmesi için üçüncü kişinin tecavüzü doğuran fiilinin markasal kullanım kapsamında yer almasının gerekli olup olmadığı hususu ileride ele alınacaktır.

5. Marka Hakkının Sağladığı Korumanın Özellikleri

A. Korumanın Kural Olarak Tescil Edilen Mal veya Hizmetlerle Sınırlı Oluşu

Markanın sağladığı koruma, kural olarak markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle sınırlı olup, hak sahibine tescilli markasının aynı ya da benzerinin aynı veya benzer mal veya hizmetler için kullanımını yasaklama yetkisi vermektedir⁵⁹. Markanın aynı ya da benzerinin tespiti, karıştırılma tehlikesine ilişkin açıklamalarda ayrıntılı inceleneceğinden bu başlık altında mal ve hizmetlerin aynılığı ve benzerliğinden anlaşılması gerekeni irdeleneceğiz.

Aynı mal veya hizmetten kastedilen aralarında hiçbir yönden farklılık bulunmayan mal ve hizmetlerdir. Bu sebeple aynı mal ve hizmetleri tespit etmek oldukça kolaydır. Tartışmaya açık olan esas konu mal ve hizmetlerin benzerliğinin nasıl tespit edileceğidir.

KHK m. 24'e göre; "*Markaların kullanılacağı mallar veya hizmetler,*

⁵⁹ Marka hakkı sahibi KHK m. 8/I-a'ya dayanarak bu yetkisini kullanabilecektir; ancak aynı durumun m. 7/I-b'de mutlak red nedeni olarak düzenlendiğini ve TPE tarafından kendiliğinden incelenecek hususlar arasında yer aldığını da görmekteyiz. Burada belirtmemiz gereken husus ise iki madde arasındaki terminolojik farklılıktır. KHK m. 8/I-a'dan farklı olarak 7/I-b'de "*aynı veya aynı türdeki mal veya hizmet*" ifadesi yer almaktadır. Her ne kadar bazı yazarlar buradaki *aynı* ve *aynı tür ibaresini* tek bir kavram olarak nitelmişlerse de (EPÇELİ, S., Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali, İstanbul 2006, s. 42); hem aynı konuyu düzenleyen diğer maddelerle uyum hem de madde metninin kendi içerisindeki uyumu açısından "*aynı tür*" kavramının "*benzer*" olarak algılanması gerekmektedir.

markaların tescili amaçları için malların veya hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılır.” Madde metninde ifade edilen uluslararası sınıflandırmaya ilişkin sistem, marka hakkının hukuki dayanaklarında kısaca değindiğimiz Nis Anlaşması ile düzenlenmiştir. Bu anlaşmanın “sınıflandırmanın kullanılması ve yasal etkileri” başlıklı ikinci maddesine göre; taraflar sınıflandırmanın bağlayıcı olup olmamasına ilişkin yapacakları tercihlerde serbesttir. Başka bir ifadeyle mal veya hizmetlerin benzerliğinin tespitinde sınıfları esas alıp almama tarafların iradesine bırakılmıştır. Anlaşma’nın taraflarından biri olan ülkemizde KHK m. 24 ve bu maddeye dayanılarak TPE tarafından çıkarılan tebliğler⁶⁰, sınıflandırma sisteminin benimsendiğinin göstergesidir⁶¹.

Sınıflandırma sistemini kabul eden ülkemizde, aynı tür mal ve hizmetlerin nasıl tespit edileceği TPE tarafından çıkarılan tebliğler çerçevesinde şekillenmektedir. Çalışmamızın hazırlandığı dönemde yürürlükte olan 2014/2 sayılı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ⁶²’i incelediğimizde “... aynı tür mal ve hizmetlerin tespitinde bu Tebliğ ekindeki listede yer alan gruplar esas alınır” denilerek aynı grup içerisinde yer alan mal veya hizmetlerin aynı tür olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Ancak madde metninin devamında, Enstitü’ye aynı tür mal veya hizmetlerin tespitinde grupları, daha dar veya farklı mal ve hizmet gruplarını içerecek şekilde geniş yorumlama yetkisi tanınmıştır. Buradan mal veya hizmetlerin dahil oldukları sınıfların, benzerliğin tespitinde göz ardı edilmemekle beraber tamamen belirleyici olmadığı sonucuna ulaşabiliriz. Mal ve hizmetler arasındaki benzerliğin tespitinde yaygın kanaat, halkın algılayış tarzının göz önünde bulundurulması gerektiği yönündedir⁶³.

⁶⁰ Konuyla ilgili olarak TPE tarafından muhtelif yıllarda pek çok tebliğ çıkarılmıştır. Çalışmamızın hazırlandığı dönemde 2014/2 sayılı Marka Tescil Başvurularına İlişkin Tebliğ yürürlükte (RG. 08.12.2014, S. 29199).

⁶¹ **YASAMAN/YUSUFOĞLU**, C. II, s. 768; Yargıtay da aynı gerekçelerle hukukumuzun sınıflandırma sistemini esas aldığını ifade etmiştir (Yarg. 11. HD., E. 2005/4399, K. 2006/4962, T. 01.05.2006, www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.4.2016).

⁶² RG. 08.12.2014, S. 29199.

⁶³ **EPÇELİ**, s. 43; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 442; **YASAMAN/AYOĞLU**, C.II, s. 778.

Bu bağlamda mal ve hizmetlerin kullanılış amaçları, ekonomik işlevleri, hitap ettikleri alıcı çevresi, piyasaya ulaşmalarını sağlayan satış yolları göz önünde bulundurulabilir⁶⁴.

Bu hususun istisnasını ilgili başlık altında ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz tanınmış markalar oluşturmaktadır. Tanınmış markanın özdeşinin ya da benzerinin farklı mal veya hizmet kategorileri için tescilli tanınmış marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir⁶⁵. Burada tanınmış marka için nisbi tescil engeli düzenlenmiştir.

B. Korumanın Ülkeselliği

Ülkesellik fikri mülkiyet haklarının korunmasında benimsenen temel ilkelerdendir. Fikri haklar ile bunların korunduğu ülke arasındaki doğal bağı ifade eden⁶⁶ ülkesellik, bir hakkın her ülkede birbirinden bağımsız olarak bu ülkelerin hukuk sistemlerinin belirlemiş olduğu kurallar çerçevesinde doğmasını, varlığını sürdürmesini ve yine bu kurallara göre sona ermesini ifade etmektedir⁶⁷. Ülkesellik ilkesi gereğince bir ülkenin sağladığı koruma diğerlerinden bağımsızdır. Bu sebeple herhangi bir ülkeden elde edilen korumaya dayanılarak bir başka ülkede hak talebinde bulunulamayacaktır⁶⁸; ancak bahsi geçen bağımsızlık durumu devletlerin kendi hukuklarını uygularken konuya ilişkin farklı yerlerde meydana gelen gelişmeleri tamamen göz ardı etmeleri sonucunu doğurmamalıdır⁶⁹.

Marka hakkına sağlanan koruma da ülkesel bir korumadır. Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına uygun olarak tescil edilmiş bir marka bu sınırlar içerisinde korunacaktır. Bu ilke çerçevesinde marka sahibinin, markasının kendisinin izni olmaksızın kullanımına engel olma

⁶⁴ EPÇELİ, s. 42-43.

⁶⁵ DİRİKKAN, s. 194.

⁶⁶ ERDEM, B., Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2002, s. 39; YASAMAN, C. I, s. 4; Ayrıca konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. PASLI, s. 177-194.

⁶⁷ DİRİKKAN, s. 270.

⁶⁸ PASLI, s. 182.

⁶⁹ ERDEM, s. 41.

hakkı Türkiye sınırları içerisinde geçerlidir; ancak hak sahibinin rızasıyla Türkiye dışında piyasaya sunulan, sahibinin rızası olmaksızın üçüncü kişiler tarafından ticari amaçla tekrar Türkiye'ye ithal edilen mallar da bu kapsamda yer almaktadır⁷⁰. Ülkesellik ilkesi, tescilli bir markanın ülke sınırları içerisindeki her yerde korunması için ihtiyaç duyulan önlemlerin alınmasını gerektirmektedir⁷¹. Ancak son yıllarda ülkeler arası ekonomik ilişkilerin giderek artması bir markanın yalnızca menşe ülkede korunuyor olmasını yetersiz hale getirmiş ve markanın birden fazla ülkede tescil edilmesi gerekliliğini doğurmuştur. Bir markanın tescili için birden fazla ofise başvuru yapılmasının gerek ekonomik açıdan gerek emek ve zaman açısından doğurduğu sıkıntılar, devletleri ülkesellik ilkesine alternatifler geliştirme çabalarına itmiştir. Bu bağlamda imzalanan ve markanın uluslararası veya bölgesel tescilini sağlamayı amaçlayan anlaşmaların marka hukuku anlamında ülkesellik ilkesine etkilerinin tespiti gerekmektedir.

Uluslararası tescilin ülkesellik ilkesine etkisi Madrid Anlaşması ve Madrid Protokolü'nü kapsayan Madrid sisteminin anlaşılmasına bağlıdır. Madrid sisteminin amacının tek bir başvuru ile Madrid Birliği'ne üye ülkelerin tamamında veya istenilen kısmında marka tescili sağlamak olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda bu durum, sistemin ülkesellik ilkesinin istisnası olma ihtimalini güçlendirmektedir. Ancak Madrid sisteminde tek bir başvuru ile kendiliğinden uluslararası bir koruma elde edilememekte akit taraflar kendilerine iletilen başvuruyu mevzuatlarına göre değerlendirmektedir. Madrid sisteminde akit tarafların yapılan her başvuruyu onaylamak zorunluluğu bulunmamaktadır. Akit taraflar, kendilerine tanınan süreler içerisinde başvuruyu reddettiklerini Uluslararası Büroya bildirebilmektedir⁷². Söz konusu hususlar göz önünde bulundurulduğunda ülkesellik

⁷⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 432; **PASLI**, s. 191.

⁷¹ **KARAN, H./KILIÇ, M.**, Markaların Korunması- 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 264.

⁷² Akit ülkeler başvuruların reddi için tanınan süre; Madrid Protokolü'ne göre başvurunun ulaştığı tarihten itibaren 12 aydır, akit taraf protokol çerçevesinde bu süreyi 18 aya çıkarabilir. (bkz. m. 5/2, 5/2-a). Madrid Anlaşması'na göre ise bu süre 1 yıldır (bkz. m. 5/2).

ilkesinin, bu ilkenin sakıncalarını bertaraf etme amacı taşıyan⁷³ Madrid sistemi ile aşıldığını ifade etmek yerinde olmayacaktır.

Bu ilke açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer sistem ise dayanağını 207/2009 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkında Konsey Tüzüğü'nden alan, ülkelerin ulusal marka hukuklarından bağımsız olarak varlığını sürdüren Avrupa Birliği Markası Sistemi'dir. İlgili başlık altında incelemiş olduğumuz bu sistem, AB ülkelerine tek tek başvuru yapılmaksızın birliğe üye 28 ülkede geçerli olan bölgesel bir koruma sağlamak amacına yöneliktir. Bir markanın Avrupa Birliği markası statüsünü elde edebilmesi için EUIPO'ya yapılan başvurunun olumlu neticelenmesi gerekmektedir. EUIPO, incelemesinin ardından başvuru konusu markanın AB markası olarak tescilini itiraza açık şekilde ilan eder. Üye devletlerden herhangi biri itirazda bulunmazsa marka AB markası statüsü kazanır. Tek başvurunun, tek bir mevzuatın, tek bir ofisin, tek bir ücret sisteminin bulunması ve de Madrid sisteminden farklı olarak birlik ülkelerinin yapılan başvuruyu kendi mevzuatları çerçevesinde inceleme olanaklarının bulunmayışı, tüm bölgede geçerli yeknesak kuralların uygulanması AB markasını ülkesellik ilkesinin istisnası olarak değerlendirmeyi mümkün kılmaktadır.

C. Korumanın Yenilenmek Kaydıyla Sınırsız Oluşu

Korumanın süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır; ancak onar yıllık süreler halinde koruma belli bir sınırlamaya tabi olmaksızın uzatılabilir. Patent, faydalı model, endüstriyel tasarım gibi diğer sınai mülkiyet hakları ile karşılaştırıldığında markaya sağlanan korumanın vaktinde yenilenmek kaydıyla süresiz bir nitelik taşıdığını görmekteyiz⁷⁴. Bu farklılığın temel sebebi ise diğer sınai

⁷³ Madrid Anlaşması ve Madrid Protokolü'nün Paris Konvansiyonu'nun hükümlerini genişleterek ülkesellik ilkesini aşma amacı taşıdığına yönelik bkz. **ARKAN, S.**, Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması (*Yabancı Markaların Korunması*), BATİDER 1999, C. XX, S. 1, s. 6.

⁷⁴ Koruma süresi, incelenerek verilen patentlerde başvuru tarihinden itibaren hesaplanan ve uzatılamayan yirmi yılken, incelemesiz patentlerde bu süre yedi yıldır (Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK m. 72). Faydalı modellerde bu süre başvuru tarihinden itibaren başlayan ve uzatılamayan on yıl (Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK m. 164), endüstriyel tasarımlarda tescil için yapılan başvuru tarihinden itibaren beş yıldır. Bu süre beşer

mülkiyet haklarında hak sahibinin menfaatleri ile toplum menfaatlerinin çakışıyor olmasıdır. Şöyle ki, teknolojinin gelişmesi ve ilerlemesi buluşa teşvik edilmesi ve bunların ilgili kesimlerce kullanılmasına bağlıdır. Marka dışında kalan sınai mülkiyet haklarına sınırsız bir koruma sağlanması hak sahibi ile sınai mülkiyet konusu buluş veya tasarımları kullanmak isteyen toplum arasındaki menfaat dengesini hak sahibi lehine ciddi anlamda bozacağından bu hakların belli bir süre ile sınırlandırılması isabetlidir. Aynı sınırlamanın markaya uygulanması, markayı kullanan, onu belli bir tanınmışlığa ulaştırmaya çalışan ve kullanım süresi içerisinde emek ve para harcayan marka sahibi açısından hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğuracağından marka korumasının belirli aralıklarla yenilenmesi marka sahibinin çıkarlarına en uygun yöntemdir.

Markaya sağlanan korumanın yenilenmesi talebinin yapılması, KHK m. 41/III'e göre koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden önceki altı ay içerisinde yapılmalıdır. Bu sürenin kaçırılması durumunda, yenileme talebi, ek bir ücretin ödenmesi koşuluyla koruma süresinin sona erdiği ayın on gününden itibaren altı aylık süre uzatımı içinde de yapılabilir. Söz konusu süreler içerisinde yenilenmeyen marka hükümsüz sayılır; ancak bir marka yenilenmediği halde sahibi tarafından kullanılmaya devam ediliyorsa iki yıllık süre içerisinde başkası adına tescil edilemez. Tescil için başvuru yapılmış veya tescil edilmişse marka sahibinin itiraz etme ve hükümsüzlük davası açma hakkı mevcuttur (m. 8/VII).

Markaların kullanılması kenar başlığını taşıyan KHK m. 14' e göre; markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde⁷⁵, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık süre için kesintisiz ara verilmesi halinde marka iptal

yıllık dönemlerde yenilenmek üzere toplamda yirmi beş yıldır (Endüstriyel Tasarımların Yenilenmesi Hakkında KHK, m. 12).

⁷⁵ Her ne kadar m. 14'ün lafzından kullanma zorunluluğunun tescil ile başlayacağı açıkça anlaşılrsa da HGK kararına kadar kullanma zorunluluğunun başlangıç tarihi ile ilgili uyumsuzluklar mevcuttu. HGK, 12.12.2007 tarihli E. 2007/11-974 K. 2007/962 sayılı kararında markanın kullanma zorunluluğunun tescil için başvuru tarihinden itibaren değil de tescil tarihinden itibaren başlayacağını hükme bağlamıştır (www.kazanci.com, erişim tarihi: 01.02.2016).

edilir⁷⁶. Bu KHK hükmünden de anlaşılacağı üzere bir markanın sağlanan korumadan yararlanabilmesi için hak sahibine markayı etkin kullanım yükümlülüğü

⁷⁶ AYM'nin E. 2013/147 K. 2014/75 T. 09.04.2014 künyeli kararından önce markanın kullanılmaması KHK m. 14'te iptal sebebi olarak düzenlenmiş iken aynı husus m. 42/I-c'ye göre ise hükümsüzlük sebebiydi. AYM, aşağıdaki itiraz sebeplerine dayanarak yapmış olduğu değerlendirme neticesinde markanın kullanılmamasını hükümsüzlük sebebi olarak düzenleyen madde metnini iptal etmiştir:

1. Uluslararası anlaşmaların konu ile ilgili düzenlemeleri, “*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'nun (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 Yönergesi'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.*”

2. Hükümsüzlük yaptırımının geçmişe etkili olarak sonuç doğurması ve de hükümsüzlük hallerinin tescil esnasında mevcut olmasına rağmen kullanmama fiilinin sonradan ortaya çıkması, “*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 nedendir 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.*”

3. Özünde mülkiyet hakkı olan marka hakkının KHK ile sınırlandırılmayacağı, “*Nihayet 556 sayılı KHK'nın 42/I-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 sınırlanabilecek iken, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 91. maddesine aykırı şekilde Kanun Hükmünde Kararname ile Marka Hakkının sınırlandırılması Türkiye*

getirilmiştir. Söz konusu kullanma yükümlülüğünün nedeni ise marka sayısının artması sebebiyle özgün marka meydana getirmenin, bu markayı alıcıların zihninde yer edecek şekilde tanıtmanın gittikçe zorlaştığı günümüzde markasını kullanmayan ve başkasının kullanımına izin vermeyen kişi lehine tekeli hak sağlamanın hakkaniyete uygun olmadığı düşüncesidir⁷⁷.

Markayı kullanma olarak kabul edilen haller ise m. 14'te sayılmıştır. "Tescilli bir markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması, markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarda kullanılması, markanın marka sahibinin izniyle kullanılması, markayı taşıyan malın ithalatı" sözü geçen kullanım halleridir⁷⁸. KHK m. 14'de sayılan bu kullanım halleri sınırlı sayıda olmayıp, markanın reklamlarda, internette ya da faturalarda kullanımı da madde kapsamında değerlendirilebilir.

III. MARKA HAKKININ SINIRLARI

Markanın kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma gibi konularda sahibine tekeli hak sağladığını söyleyebiliriz⁷⁹. Diğer mülkiyet haklarından farklı olarak marka ticaret hayatında oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Bu durum tekeli

Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olup, bu nedenle dahi anılan KHK'nın 42/1-c maddesinin iptali gereklidir."

AYM'nin yukarıdaki gerekçelere dayanarak vermiş olduğu iptal kararının önemli bir diğer sonucu ise aynı olaya iki farklı netice bağlayan KHK hükümleri arasındaki çelişkinin giderilmiş olmasıdır. Ayrıca AYM kararı ile "markanın kullanmama nedeniyle hükümsüz kılınmasının etkilerinin tescil anından itibaren değil de hükümsüzlük nedeninin ortaya çıktığı tarihten itibaren etkili olması gerektiğini" savunarak hükümsüzlük gibi ağır bir yaptırımın etkilerini kırmaya çalışan yorumlara da ihtiyaç kalmamıştır. Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı da AYM kararı ile uyumlu olacak şekilde markanın kullanılmamasını iptal sebepleri arasında saymıştır.

⁷⁷ ARKAN, C. II, s. 145.

⁷⁸ Kullanma, markanın tescil edildiği mal veya hizmetle bağlantılı kurulmasına olanak verecek şekilde gerçekleşmelidir. Bu bağlamda markanın mutlaka mal ya da ambalaj üzerinde kullanılmasına gerek yoktur. Markanın, tescil edildiği mal ve hizmetle bağlantılı kuracak şekilde reklamlarda, işletmenin iş evrakında veya kataloglarda kullanımı da m. 14 anlamında bir kullanım sayılmalıdır (ARKAN, C. II, s. 146).

⁷⁹ ÇAMLIBEL TAYLAN, s. 60.

hakkın doğuracağı sakıncalara karşı KHK’da hakkın kullanımına sınır teşkil edecek düzenlemelere yer verilmesi sonucunu doğurmuştur.

1. Markanın Sözlük veya Başka Başvuru Eserlerinde Yer Alması

KHK m. 10’a göre; “tescilli bir markanın, tescilli olduğu belirtilmeden bir sözlük, ansiklopedi veya bir başka başvuru eserinde jenerik ad⁸⁰ izlenimi verecek şekilde yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebi üzerine yayımcı yayımın sonraki ilk sayısında yanlışlığı düzeltir”. Madde metninden de anlaşılacağı üzere markanın başvuru eserlerinde kullanımına marka hakkı sahibinin müdahalesi sınırlı tutulmuştur. Yayımcı sonraki yayında söz konusu işaretin marka olduğunu belirtmek kaydıyla markayı kullanmaya devam edebilecektir. Marka hakkı sahibi bu kullanma dolayısıyla hukuki ya da cezai yaptırım talebinde bulunamayacaktır⁸¹. Doktrinde bazı görüşlere göre; yayımcının düzeltme talebinin gereğini yerine getirmemesi veya getirmeyeceğinin anlaşılması üzerine marka sahibi KHK’nın 61’inci maddesinde düzenlenmemiş olsa dahi tecavüz iddiasına dayanarak talep ve dava haklarını kullanabilmelidir⁸². KHK, sahibinin davranışları nedeniyle markanın yaygın bir ada dönüşmesini hükümsüzlük sebepleri arasında saymıştır (m. 42/I-d). Marka hakkı sahibinin 10’uncu maddede düzenlenen yetkisini kullanması ileride KHK m. 42/I-d’ye dayanılarak açılacak hükümsüzlük davalarının önüne geçmesi açısından önem arz etmektedir⁸³. Son olarak 10’uncu maddede sözü geçen tescil Türkiye sınırları içerisinde yapılmış olan tescildir. Tescil edilmemiş bir markanın sahibi ya da Paris

⁸⁰ Bir marka toplumda ulaşılmış olduğu tanınmışlık düzeyi veya üzerine konulduğu ürünün fazlaca ilgi görmesiyle jenerik bir ad haline gelebilir (YASAMAN/AYOĞLU, C. I, s. 513). Jenerik KHK’daki ifadesiyle yaygın ad, haline gelmiş olan markalara örnek olarak; Vileda (toz alıcı temizlik malzemesi için), Jeep (arazi araçları için), Permatik (Tıraş bıçakları için), Selpak (kâğıt mendiller için), Rimel (maskaralar için) verilebilir.

⁸¹ MERAN, N., Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 358.

⁸² KIRCA, İ., Tescilli Bir Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması (Markanın Başvuru Eserlerinde Kullanımı), BATİDER 2003, C. XXII, S. 2, s. 13; UZUNALLI, Tazminat Talebi, s. 216; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 450.

⁸³ KIRCA, Markanın Başvuru Eserlerinde Kullanımı, s. 6.

Konvasiyonu'nun 1 mükerrer 6'ncı maddesine göre tescil edilmiş marka sahibi bu yetkiyi kullanamayacaktır⁸⁴.

2. Markanın Dürüst Kullanımı

Markanın üçüncü bir kişi tarafından dürüst kullanımı, marka hakkına sağlanan korumanın istisnaları arasında yer almaktadır. KHK m. 12'ye göre; *“dürüstçe ve ticarî veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin ad ve adresini mal ve hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı ve diğer niteliklerine ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez⁸⁵”*.

Kaynağını 89/104 sayılı AB Yönergesi'nin 6'nci⁸⁶ (2015/2436 sayılı yönergenin de 14. maddesi) maddesinden alan KHK m.12 belirli şartların varlığı durumunda markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını düzenlemektedir. Mutlak niteliğe sahip bulunan marka korumasının sınırını oluşturan⁸⁷ bu maddenin mehzazını 89/104 sayılı Yönerge'nin 6'ncı maddesi oluşturmasına rağmen mehzaz metinle madde hükmü arasında çeviriden kaynaklanan birtakım farklılıklar mevcuttur. Mehzazda yer alan “ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı

⁸⁴ **KIRCA**, Markanın Başvuru Eserlerinde Kullanımı, s. 10.

⁸⁵ Bu kullanıma örnek lycra kelimesinin, kesilen faturalarda, üründe kullanılan iplik tipini göstermek üzere kullanılması ve bunun marka hakkına tecavüz teşkil etmemesi verilebilir. Bkz. Yarg. 11. HD., E. 1997/9129, K. 1997/, T. 24.03.1997 (**YASAMAN/AYOĞLU**, C. I, s. 532).

⁸⁶ Tescilli bir marka, sahibine, ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmedikçe, üçüncü bir kişinin,

a) adını ve adresini

b) mal ve hizmetlerin cinsini, kalitesini, miktarını, öngörülen amacını, değerini, coğrafi kökenini, malın üretim veya hizmetin sunuluş zamanını veya diğer niteliklerini ilgilendiren ibareleri,

c) malın veya hizmetin öngörülen amacını ve özellikle teferruat veya yedek parça niteliğini belirtmek için gerekli olması halinde, markayı ticarî işlemlerinde kullanmasını engelleme hakkını vermez (Metin için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126843, erişim tarihi: 31.01.2015).

⁸⁷ **YASAMAN/AYOĞLU**, C. I, s. 521.

düşmedikçe⁸⁸” ifadesi “dürüstçe ve ticarî veya sanayi konularıyla ilgili olarak” şeklinde çevrilmiş; bu çeviri maddenin uygulanabilmesi için iki şartın bir arada arandığı izlenimi uyandırmıştır. Bunlar, Türk Medeni Kanunu⁸⁹ (TMK)’daki dürüstlük ilkesinin mevcudiyeti ve de kullanımın ticarî veya sanayi konularıyla ilgili olmasıdır. Doktrin, söz konusu maddenin uygulanması esnasında esas alınacak noktanın ticari ve sınai teamüller olduğunu ifade etmekte ve bu teamüllerle TMK m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralının beraber uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁹⁰.

Mehazdan farklı olarak m. 12’de markanın, tescilli bulunduğu mallara ilişkin yedek parça veya teferruatta kullanılmasının madde kapsamında yer alacağı düzenlenmemiştir. Ancak gerek doktrin gerekse Yargıtay bu tür kullanımları m. 12 kapsamına dâhil etmektedir⁹¹. KHK m. 12 kapsamında markayı aynen kullanma

⁸⁸ **NOMER, F.**, Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-AUDI Örneği (*Markanın Reklam Amaçlı Kullanımı*), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, İstanbul 2002, Y. 22, S. 2, s. 1127.

⁸⁹ RG. 8.12.2001, S. 24607.

⁹⁰ **TEKİNALP, Ü.**, Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması (*Markanın Kullanımı*), Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 640; **KAYA**, s. 248; **NOMER**, Markanın Reklam Amaçlı Kullanımı, s. 1127. **KARAN/KILIÇ** doktrindeki yoruma yakın olarak “*ticarî ve sınai açıdan dürüst telakki edilecek tarzda*” şeklinde çevirmiştir.

⁹¹ Maddede yer alan diğer niteliklere ilişkin açıklamalar ibaresi hükmün uygulanmasının sayılanlarla sınırlı olmadığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu çerçevede muhtelif markalı otomobil yedek parçalar satan bir tacirin düzenlediği faturalarda ya da tabelasında bu markalara yer vermesi m. 12 kapsamında değerlendirilmelidir (**KAYA**, s. 247). Ayrıca üçüncü kişiye tescilli bir markayı şartlara uygun olarak markasal kullanım imkânı veren 2015/2436 sayılı Yönerge’nin 6/c maddesinin karşılığının KHK’da yer almamasına ilişkin benzer yorum için bkz. **TEKİNALP**, Markanın Kullanımı, s. 635. Konuya ilişkin Yargıtay uygulamasına baktığımızda ise “*belirtilen şekilde servis hizmeti veren bir işletmenin kendi işletme adını hakim unsur şeklinde yazmak koşuluyla işyerinde belirtilen markalı araçlara hizmet verildiğini göstermek bakımından marka sahibinin iznine gerek olmadan Kanun Hükmünde Kararname’nin 12 nci maddesinde tarif edildiği koşullarda tescilli markayı tali unsur olarak kullanabileceği*” nin kabul edildiğini görmekteyiz (Bkz. Yarg. 11. HD., E. 2003/2346 K. 2003/8743 T. 3.10.2003; Yarg. 11. HD., E. 2000/2039 K. 2000/3243 T. 20.04.2000; Yarg. 11 HD., E. 2002/3591, K. 2002/3591 T. 16.04.2002, www.kazanci.com, erişim tarihi: 31.01.2015). Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı, 556 sayılı KHK’nın aksine bu tür kullanımı dürüst kullanım olarak kabul etmiştir (bkz. m. 7/5-c).

hakkına sahip olan kişinin marka ile beraber logoyu da kullanması haklı görülmemektedir⁹².

3. Marka Hakkının Tükenmesi

Tescilli bir markayı taşıyan malların, marka sahibi ya da onun izniyle bir başkası tarafından piyasaya sunulmasının ardından⁹³ marka sahibinin malların ticaret alanındaki dolaşımına müdahale edememesi olarak tanımlayabileceğimiz marka hakkının tükenmesi ilkesi, KHK'nın 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Hukukumuzda 556 sayılı KHK ile giren⁹⁴ bu ilkenin temel amacı marka hakkı sahibi tarafından veya onun rızası ile piyasaya sürülen markalı malların serbest dolaşımının sağlanmasıdır⁹⁵. Hak sahibinin piyasaya lüzumsuz müdahalelerinin önüne geçen bu ilke dolaylı olarak rekabet ortamının hazırlanmasına da katkıda bulunur ve markayı taşıyan mallar üzerinde marka sahibinin tekel kurmasını engelleyerek piyasanın bütünlüğünü sağlar. Tükenme ilkesine ilişkin ayrıntılı açıklamalarımızdan önce belirtmekte fayda gördüğümüz nokta, hizmet markalarının hizmetin sunmakla tükenmesi yani tedavül kabiliyetinin bulunmaması nedeniyle tükenme kapsamında yer almayacaklarıdır⁹⁶.

Tükenme ilkesini etkili olduğu coğrafi alana göre; ülkesel, bölgesel ve

⁹² **NOMER**, Markanın Reklam Amaçlı Kullanımı, s. 1134; **YASAMAN/AYOĞLU**, C. I, s. 526.

⁹³ “Piyasaya sunma marka sahibinin markalı mallara ilişkin hukuki veya fiili hâkimiyet gücünü bilerek kaybetmesidir” (**UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 217'den naklen). Malların piyasaya sürülüş şekilleri sınırlı olmayacak şekilde KHK m. 9/I'de sayılmıştır. Bu yolların dışında mallar hukuki işlemlere konu edilerek, fuar ya da vitrinde sergilenerek veya reklamlarda yer almak suretiyle de piyasaya sürülebilir (**KARAN/KILIÇ**, s. 294).

⁹⁴ **ARKAN**, C. II, s. 134.

⁹⁵ **ARKAN, S.**, Marka Hakkının Tüketilmesi (*Tüketilme*), Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 197; **ARSLANOĞLU, M. A./DAĞCI, A.**, Marka Hakkının Korunmasına Getirilen Sınırlamalar Bağlamında Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi (İlk Satış İlkesi), Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi (*Legal FSHD*) 2005, S. 3, s. 673; **UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 216; **YILDIZ, B.**, Eser Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi; Prof. Dr. Turgut Kalpsüz 'e Armağan, s. 580.

⁹⁶ **ARKAN**, Tüketilme, s. 203; **ARI, Z.**, Marka Hakkının Tüketilmesi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*EÜHFD*) 2007, C. XI, S. 1-2, s. 284; **ARSLANOĞLU/DAĞCI**, s. 675; **KAYA**, s. 253-254.

uluslararası tükenme olarak kategorize edebiliriz. Markayı taşıyan malların bir ülkenin sınırları içerisinde piyasaya sunulmasının ardından marka sahibinin marka hakkına dayanarak malların ülke içerisindeki dolaşımına müdahale edememesi ülkesel tükenme; aynı şekilde marka sahibinin, malların belirli anlaşmalar çerçevesinde kurulan ve birden fazla ülkenin toprağını kapsayan alan içerisindeki dolaşımına müdahale edememesi ise bölgesel tükenme olarak isimlendirilmektedir. Markayı taşıyan malın piyasaya sunulmasının, marka sahibinin müdahale hakkını herhangi bir coğrafi sınıra bağlı olmaksızın kaldırdığı tükenme türü ise uluslararası tükenmedir. Devletler, kendileri için geçerli olmasını istedikleri tükenme türlerinden birini siyasi veya ticari tercihlerine göre⁹⁷ serbestçe belirlerler.

KHK'nın lafzından,“...Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra...”, hareketle hukukumuzun ülkesel tükenme ilkesini esas aldığı kabul eden baskın görüşe⁹⁸ rağmen söz konusu hükmün getirmiş olduğu coğrafi sınırın asgari sınır olduğu ve hukukumuzda kabul edilen tükenmenin uluslararası tükenme olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır⁹⁹. Kanun koyucu ilgili hükümde bu konudaki iradesini yoruma pay bırakmayacak şekilde açıkça ifade ettiğinden ülkesel tükenmenin kabul edildiği yönündeki görüşü isabetli bulmaktayız¹⁰⁰.

Hukuk sistemimizce de kabul edilen ülkesel tükenmeye göre, tescilli markayı taşıyan bir malın marka sahibi tarafından ya da onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmasının ardından marka sahibi malların yurt içinde alım-satımı, ihracı veya

⁹⁷ **ARI**, s. 280; **ARSLANOĞLU/DAĞCI**, s. 676; **ÇOLAK**, s. 536; **YILDIZ**, s. 588.

⁹⁸ **ARSLANOĞLU/DAĞCI**, s. 682; **ARI**, s. 297; **KARAN/KILIÇ**, s. 292; **KAYHAN, F.**, Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (*FMR*) 2000, S. 1, s. 64; **ÇAMLİBEL TAYLAN**, s. 105, dpn. 162; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 453; **UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 219; **YASAMAN/AYOĞLU**, C. I, s. 559.

⁹⁹ **PINAR, H.**, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 909.

¹⁰⁰ Kanun koyucu, Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda ülkesel tükenmenin terk edilerek uluslararası tükenmenin kabul edildiğini açıkça ifade etmiştir. Bkz. (Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı genel gerekçe ile m. 152'nin gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0699.pdf>, erişim tarihi: 16.6.2016).

Türkiye’den ihraç edilmiş malların aynen Türkiye’ye ithali gibi işlemler üzerinde denetim kuramayacaktır. Türkiye’den ihraç edilmiş malların, marka sahibinin rızası olmaksızın üçüncü bir kişi tarafından tekrar Türkiye’ye ithali geri/tekrar ithalat¹⁰¹ olarak isimlendirilmekte ve bu durum tükenme ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu ilke kapsamında ele alınan bir diğer konu ise paralel ithalattır.

Paralel ithalat, bir ülkede ya da ekonomik birlik içerisinde piyasaya sürülmüş malların aynısının marka sahibinin izni olmaksızın söz konusu ülkeye ya da birliğe ithal edilmesi olarak tanımlanır¹⁰². Paralel ithalattan söz edebilmemiz için iki temel şart aranmaktadır. Bunlardan ilki söz konusu malın yurt dışında yasalara uygun şekilde piyasaya sürülmüş olmasıdır. İkinci şart ise söz konusu malın, izinsiz yapılan ithal işleminden önce ithalatın gerçekleştiği ülkede üretim lisansı alınarak ya da tek satıcı veya distribütör yoluyla satışa sunulmuş olmasıdır¹⁰³. Paralel ithalatın temel sebebi, ithalat konusu malın her ülke piyasasında farklı fiyatlarla satışa sunulmuş olması ve paralel ithalatçıların bu fiyat farkından yararlanmak istemeleridir¹⁰⁴. Paralel ithalatın ticari amaçla yapılmış olması ve de ithalat konusu malların aynı kaliteyi taşıması ise aranan diğer şartlardır. Aralarında bulunan farklılıklara rağmen gerek doktrinde bazı yazarlarca gerek Yargıtay’ın bazı kararlarında paralel ve geri ithalat aynı iki kavram olarak algılanmaktadır¹⁰⁵. Ancak her ne kadar farklı

¹⁰¹ Kavram için bkz. **ARI**, s. 293; **ÇOLAK**, s. 548; **PINAR**, s. 900; **YASAMAN/AYOĞLU**, C. I, s. 544; **YILDIZ**, s. 591.

¹⁰² **ARIKAN, A. S.**, Fikri ve Sınai Haklar Açısından Paralel İthalat –AB ve Türkiye- (*Paralel İthalat*), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2001, s. 7; **ÇOLAK**, s. 540; **ASLAN DÜZGÜN, Ü.**, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat (*Paralel İthalat*), Ankara 2010, s. 197; **KAYHAN**, s. 54.

¹⁰³ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ARIKAN**, Paralel İthalat, s. 9-10.

¹⁰⁴ **ARIKAN**, Paralel İthalat, s. 10; **ASLAN DÜZGÜN**, Paralel İthalat, s. 197; **YILDIZ**, s. 589.

¹⁰⁵ *Arkan*, paralel ve geri ithalatı aynı kavram olarak tanımlamıştır. Bkz. **ARKAN**, C. II, s. 135 ve dnp. 16; Tükenme ilkesiyle ilgili olarak Yargıtay uygulamasını incelediğimizde karma bir sistemin uygulandığını görmekteyiz. Yargıtay, kararlarını alırken markalı malın Türkiye’de piyasaya sunulmuş olup olmadığı noktasından hareket etmektedir. Eğer bir mal Türkiye’de piyasaya sürülmüş ise marka sahibi, bu malları yurt dışına satar ya da menşe ülke dışında bir ülkede üretirse bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye’ye ithaline (paralel ithalat)

kavramlar olsalar da konuya ilişkin Yargıtay kararlarını incelediğimizde hem paralel hem geri ithalatın tükenme kapsamında değerlendirildiğini ve kanun koyucunun paralel ithalatı engellemeye dair düzenleme yapmadığını görmekteyiz¹⁰⁶.

Konuyla ilgili olarak değineceğimiz son husus ise tükenmenin istisnası olarak adlandırılan KHK m. 13/II'dir¹⁰⁷. Markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasının ardından üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek ya da kötüleştirilerek ticarî amaçlı kullanımları marka sahibine müdahale hakkı vermektedir. Mevzuat metinde haklı sebeplerin varlığı tükenme ilkesinin istisnası olarak düzenlenmişken, m. 13/II' de haklı sebeplerin varlığına yer verilmemiştir. Ancak doktrinde bazı yazarlar hükmün mevzuata uygun olarak yorumlanması gerektiği görüşündedir¹⁰⁸. Böylece değiştirilme veya kötüleştirilmenin yanı sıra markanın ayırt edicilik, garanti, menşe gösterme gibi fonksiyonlarından herhangi birinin zarar görmesine sebep olacak müdahalelerin varlığı halinde marka sahibi m. 13/II'ye dayanabilecektir.

IV. MARKA HAKKINA TECAVÜZ

556 sayılı KHK'da marka hakkının ihlali sayılan durumlar marka tescilinden doğan hakların kapsamı başlığı altında 9'uncu ve marka hakkına tecavüz sayılan fiiller başlığı altında 61'inci maddede düzenlenmiştir. Marka hakkının ihlali sayılan durumlar ile tecavüz sayılan fiillerin ayrı ayrı düzenlenmiş olması KHK

engel olamaz. (Yarg. 11. HD., E. 1998/7997 K. 1999/2098, T. 12.03.1999; **KARAN/KILIÇ** s. 297; ayrıca Yargıtay'ın kararının yerinde fakat paralel ithalat ile geri ithalatın karıştırılmış olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. **KAYA**, s. 257, dph. 50). Bir ithalatın geri ithalat mı paralel ithalat mı olduğu tespit edilirken malın Türkiye'de piyasaya sunulan bir mal olup olmadığından ziyade yurt dışında piyasaya sürülmüş olup olmadığı esas alınır. Yargıtay ise Türkiye'de piyasaya sunulmuş olma durumuna göre karar vermiştir (**YASAMAN/AYOĞLU**, C. I, s. 561 vd).

¹⁰⁶ Yarg. 11. HD., E. 2000/7381, K. 2000/8746, T. 9.11.2000; Yarg. 11. HD., E. 1999/2086, K. 1999/4505 T. 26.5.1999 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.04.2016); Yarg. 11. HD., E. 2007/8735 K. 2009/3615, T. 26.3.2009 (UYAP, erişim tarihi: 14.04.2016).

¹⁰⁷ Bu fıkra, marka ile ürün arasındaki bağı korumak, markanın köken bildirme ve garanti fonksiyonunu koruma amacına hizmet etmektedir (**TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 454).

¹⁰⁸ **UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 235.

sistematığının doktrinde eleştirilmesine sebep olmuştur¹⁰⁹. Örneğin *Arkan*, markaya tecavüz hallerinin, markadan doğan hakların kapsamını belirleyen 9'uncu maddede yer almasının daha uygun olacağı görüşünü savunmaktadır¹¹⁰.

1. Marka Hakkına Tecavüzde Markasal Kullanımın Rolü

Markasal kullanım; bir işaretin, bu işareti taşıyan mal ve hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerden köken olarak ayrıldığı algısını uyandıracak şekilde kullanılmasını ifade eder¹¹¹. KHK'ya mehz teşkil eden ilgili AB düzenlemelerinin (2015/2436 sayılı Yönerge, 207/2009 sayılı AB Markası Tüzüğü) yanı sıra 556 sayılı KHK'da da zikredilmemiş olan markasal kullanımın tecavüzün şartı olup olmadığını tartışma konusu haline getiren husus ise Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın konuya ilişkin değerlendirmeleri içeren muhtelif kararlarıdır¹¹². Adalet Divanı kişisel kullanım olmaksızın markanın aynısının ya da benzerinin ekonomik yarar sağlamak amacıyla ticari faaliyette kullanımını markasal kullanım olarak tanımlamıştır¹¹³. Bu bağlamda markanın mallar üzerine konulması ya da markayı taşıyan malların ticarete konu edilmesi markasal kullanım olarak nitelendirilir.

KHK açısından baktığımızda ise bir işaretin ayırt edicilik kazanmasında önemli bir işlevi bulunan markasal kullanımın, haksız kullanımın tespiti açısından aynı işleve sahip olduğunu söylemek güçtür. KHK m. 9'da sadece kullanma sözcüğünün tercih edilmiş olması¹¹⁴, m. 10' da tescilli bir markanın sözlük, ansiklopedi veya bir başvuru eserinde jenerik ad izlenimi verecek şekilde

¹⁰⁹ Doktrindeki eleştirilere rağmen Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda da KHK'nın konuya ilişkin sistematığı korunmuştur.

¹¹⁰ **ARKAN**, C. II, s. 209.

¹¹¹ **ARKAN**, S., Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu (*Markasal Kullanım*), BATİDER 2000, C. XX, S. 3, s. 5.

¹¹² Arsenal Football Club- Mathew Reed, C- 206/101 (<http://curia.europa.eu>, erişim tarihi: 25.01.2016); Claude Ruiz -Picasso, C- 361/04; Adam Opel AG- Autec AG, C- 48/05 (<http://curia.europa.eu>, erişim tarihi: 25.01.2016).

¹¹³ Arsenal Football Club- Mathew Reed, C- 206/101, 40'ncü paragraf.

¹¹⁴ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 433.

kullanılması durumunda marka sahibine bu yanlışlığın düzeltilmesini talep hakkı tanınmış olması¹¹⁵ gibi hükümler, markasal kullanımın tecavüzün şartı olmadığına göstergeleridir¹¹⁶. Aksi yaklaşımla hareket edilmiş olsaydı markanın başkası tarafından ticaret unvanı, işletme adı ya da alan adı olarak kullanımında hukuken bir sakınca bulunmayacak bu durum da marka korumasının sağladığı hakları büyük ölçüde daraltmış olacaktı.

Çolak ise marka hakkına müdahale niteliği taşıyan bir kullanımın varlığından söz edilebilmesi için bunun markasal olması gerektiği görüşündedir. Ancak *Çolak'a* göre; markasal kullanım markanın mallar üzerine yerleştirilerek ticari faaliyetlere konu olması ile sınırlandırılmamalıdır. Markanın reklam, iletişim, garanti gibi fonksiyonlarından herhangi biri zarar görmüşse bu durumda kullanımın nasıl gerçekleştiğine bakmaksızın markasal olduğu sonucuna varılabilir¹¹⁷. Netice açısından bu görüş ile markasal kullanımın varlığını aramayan görüş arasında bir farklılık bulunmadığını ifade edebiliriz.

2. KHK m. 61' de Yer Alan Fiiller

A. Markanın Taklit Edilmesi

KHK m. 61/b'ye göre; “*sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek*” markaya tecavüz niteliği taşımaktadır.

KHK m. 61/a'nın marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillere ilişkin olarak KHK m. 9'a atıf yapmış olduğunu ve bu bağlamda 9'uncu maddede yer alan fiillerin de tecavüz teşkil eden fiillerden olduğunu ifade etmiştik. 9/I-a'nın *markanın aynısının*, 9/I-b'nin ise *markanın aynısının ya da benzerinin* kullanılmasına bağlanan sonuçları düzenlemiş olması, 61/b'nin gereksiz bir tekrar olduğu yönünde yorumlara sebebiyet vermiştir. Yorumun sahibi *Arkan'a* göre, mevcut karışıklık KHK'da

¹¹⁵ ARKAN, Markasal Kullanım, s. 8.

¹¹⁶ Markasal kullanımın ihlalin şartı olmadığı yönündeki görüş için *Tekinalp, Arkan'ın yanı sıra bkz. EPÇELİ*, s. 126. Aksi yönde görüşler için bkz. *ÇAĞLAR*, s. 108; *ÇOLAK*, s. 384 vd.

¹¹⁷ *ÇOLAK*, s. 383.

düzenleme yapıncaya kadar “benzer” ve “ayırt edilemeyecek kadar benzer” kavramları aynı anlamda değerlendirilerek giderilebilir¹¹⁸. Aksi görüşü savunan *Tekinalp*’e göre ise; “benzer” ve “ayırt edilemeyecek kadar benzer” kavramları birbirinden farklı kavramlar olmakla beraber bir markanın benzerinin kullanılması karıştırılma tehlikesine yol açarken ayırt edilemeyecek kadar benzeri ise taklit olarak nitelendirilmektedir. Yazar, KHK m. 64, 65 bağlantılı olarak 66 ve 67’de yer alan düzenlemeleri taklit markaya ilişkin özel düzenlemeler olarak kabul edip markanın taklidi ile diğer tecavüz hallerinin farklı olduğu kanaatindedir¹¹⁹. KHK m. 62’yi incelediğimizde tecavüz halinde marka hakkı sahibinin hangi taleplerde bulunabileceğini düzenlemiş olduğunu ve bu talepler arasında maddi ve manevi zararın tazmininin de yer aldığını görmekteyiz. Aynı konunun KHK m. 64/1’de de düzenlenmiş olması, taklit yoluyla tecavüzün diğer tecavüz hallerinden ayrıldığına dair yukarıdaki yorum benzeri yorumlara sebep olmuştur. KHK m. 61/ b’de düzenlenmiş olan taklit hali de genel olarak tecavüz kavramına dahil olduğundan m. 62’deki tazminata ilişkin hükümler taklit edilme yoluyla tecavüz halinde de uygulama alanı bulabilecekken aynı konunun m. 64’de tekrar düzenlenmesi kanun yapma sistematığına uygun değildir. Kanaatimizce kanun yapma tekniği ve korunan menfaatler göz önünde bulundurulduğunda ilk görüş daha isabetlidir.

Çolak, bahse konu tartışmalı durumun sebebini 5833 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce KHK m. 61/A-c’nin suç oluşturan filleri ve kişileri belirlerken 61’inci maddeyi esas alması, olarak yorumlamaktadır¹²⁰.

B. Tecavüz Yoluyla Kullanılan Markayı Taşıyan Ürünleri Ticari Amaçlarla Elde Bulundurmak

Marka hakkına tecavüz oluşturan durumların bir diğeri ise tecavüzün şartı olarak birçok koşulun aynı anda arandığı KHK m. 61/c hükmünde düzenlenen taklit markalı ürünlerin ticari amaçlarla elde bulundurulmasıdır. Söz konusu ürünlerin

¹¹⁸ ARKAN, C. II, s. 216, dph. 34; aynı yönde görüş için bkz. ÇAĞLAR, s. 117.

¹¹⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 493-494; aynı yönde görüş için bkz. ŞANAL, O., Marka Hakkında Tecavüz, Legal FSHD 2005, C. 2, s. 414; YASAMAN/AYOĞLU, C. II, s. 1013.

¹²⁰ ÇOLAK, s. 412.

tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıdığı bilen veya bilmesi gereken kişilerce satılması, dağıtılması, bu amaçla gümrük bölgesine yerleştirilmesi veya gümrükçe onaylanmış işlem ya da kullanıma tabi tutulması madde kapsamında yer¹²¹ alan tecavüz halleridir. Bu düzenlemeyi tecavüze ilişkin diğer hükümlerden ayıran husus ise sayılan fiilleri gerçekleştiren kişilerin sorumluluklarının malların taklit markalı olduğunu bilmelerine rağmen ticari faaliyette kullanmalarına yani kötünietli olmalarına bağlanmış olmasıdır¹²².

Tacirlerin sıfatlarından ötürü tabi oldukları sıkı kurallar sebebiyle kötünietin tespiti, tacir olanlar ve olmayanlar açısından ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Eğer ticaret alanına çıkarma tacir tarafından gerçekleştiriliyorsa TTK m. 18/II devreye girecek ve kişinin basiretli bir tacir gibi davranıp davranmadığı tespit edilecektir¹²³. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün neticesi olarak tacir, söz konusu malların taklit markalı olup olmadığını araştırmak zorundadır. Ancak, taklit markalı malları ticaret alanına çıkaran kişinin tacir olmadığı durumlarda kötünietin tespitini sağlayacak objektif ölçütler bulunmadığından somut olayın niteliğine göre değerlendirme yapılması daha uygun olacaktır. Örneğin, tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünü tedarik kanalları dışında¹²⁴ ya da piyasa fiyatının çok altında temin eden kişinin malın taklit markalı olduğunu bildiği varsayılabilir. Son olarak tacir olsun olmasın herkesin dürüstlük kurallarına uymakla yükümlü olduğu ve kötünietin tespiti esnasında TMK m. 2'ye uygun davranılıp davranılmadığının da incelenmesi gerektiğini belirtmemiz gerekmektedir.

¹²¹ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda ilgili fıkranın kapsamında daraltmaya gidilerek “işareti taşıyan malın ithal veya ihraç edilmesi” tecavüz olarak nitelendirilmiştir (m. 29/1-c).

¹²² *Arkan ve Taylan* kötüniet şartının, marka hakkının etkin bir şekilde ve sürekli korunması ilkesiyle çelişkili olduğunu savunmaktadır (ARKAN, C. II, s. 209; ÇAMLİBEL TAYLAN, s. 59).

¹²³ ÇOLAK, s. 427; KARAN/KILIÇ, s. 457; ŞANAL, s. 417; YASAMAN/AYOĞLU, C. II, s. 1015.

¹²⁴ ÇAĞLAR, s. 118.

C. Lisans Yoluyla Tanınan Hakların İzinsiz Genişletilmesi veya Devri

Marka hakkı özünde üzerinde tasarrufta bulunulabilen mülkiyet haklarından biri niteliği taşıdığından devir, rehin ya da lisans gibi çeşitli hukuki işlemlerin konusu olabilmektedir. Markanın kullanım hakkının tescil edilmiş olduğu mal veya hizmetlerin bir kısmı yahut tamamı için sözleşme ile akit tarafa bırakılması, marka lisansı olarak isimlendirilmektedir.

KHK m. 21/I'e göre marka; inhisari lisans, inhisari olmayan lisans ve de alt lisansa konu olabilir. Bir markanın, aynı koşullarda ve aynı bölge içerisinde birden fazla kişi lehine kurulabilen lisansa konu olduğu aynı zamanda sözleşmede belirtilmesine gerek olmaksızın marka sahibi tarafından kullanılabilirdiği lisans türüne inhisari olmayan lisans (m. 21/II); aksi koşullarda sağlanan lisansa ise inhisari lisans denilmektedir. İnhisari lisans türünde lisans veren belli bir bölgede ya da tüm ülkede markanın kullanım hakkını başkasına devretmemek hatta aksi kararlaştırılmış olmadıkça kendisi dahil markayı kullanmamak borcu altına girer (m. 21/III). Alt lisans ise lisans alanın kendisine tanınan haklarla sınırlı olması kaydıyla bir başkasına tanıdığı lisansın adıdır.

Lisans sahibi, lisans sözleşmesine uygun olarak markanın kullanılmasına ilişkin her türlü tasarrufta bulunabilir. Lisans alanın sözleşme ile kendisine tanınan hakların dışına çıkıp marka sahibinin izni olmaksızın bu hakları genişletmesi yahut üçüncü kişilere devri KHK m. 61/ d¹²⁵, de sayılan, tecavüz hallerinden sonuncusudur. Madde metninde lisans hakkının genişletilmesi tecavüz hallerinden biri olarak tanımlanmasına rağmen hangi tür kullanımların bu bağlamda değerlendirileceğine dair herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Lisans hakkının genişletilip genişletilmediği lisans sözleşmesinin içeriğinden hareketle

¹²⁵ 556 sayılı KHK'nın 5833 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki ilk metninin yine aynı maddesinde yer alan söz konusu bu hüküm AYM tarafından "suç ve cezalara ilişkin bu tür düzenlemelerin Kanun ile getirilmesi gerektiği yönündeki görüşe dayanarak" iptal edilmiştir (AYM, T. 02.03.2004, E. 2002/92 K. 2004/25). AYM, iptal kararının yaratacağı boşluğu göz önünde tutarak kararın yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl geçtikten sonra hüküm doğuracağını da belirtmiştir. Söz konusu boşluk ise 5833 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 61/d'nin yeniden KHK'ya eklenmesiyle doldurulmuştur.

belirlenecektir. Örneğin lisans hakkının belirli bir süre için verilmiş olduğu durumlarda lisans hakkı sahibinin süre sona erdikten sonraki kullanımları, lisans hakkının belirli bir coğrafi alanla ya da mal ve hizmetlerin bir kısmıyla sınırlı olduğu durumlarda bu sınırlara aykırı kullanımlar lisans hakkının genişletilmesi kapsamında değerlendirilebilir¹²⁶. Ünal/Aydın, inhisari nitelikteki lisans sözleşmelerine konu olan markanın lisans alan tarafından hiç kullanılmamasını ya da sözleşmede belirtilen mal ve hizmetlerin sınırının daraltılarak kullanılmasını da lisans yoluyla verilen hakların genişletilmesi olarak değerlendirmektedir¹²⁷. Lisans hakkını üçüncü kişiye devri ise, lisans ya da alt lisans sahibinin marka sahibinin rızası olmaksızın markayı kullanma hakkını üçüncü kişiye bırakmalarını ifade etmektedir.

KHK m. 61/d'ye benzer olarak KHK m. 21/IX'da lisans sözleşmesinin lisans alan tarafından ihlali durumunda markadan doğan hakların dava yoluyla ileri sürülebileceği düzenlenmiştir. İki madde arasındaki temel farklılık ise m. 21/IX'da sözleşmenin ihlaline sebep olan her türlü fiilin markaya tecavüz teşkil eden fiiller kapsamında dahil edilmesidir. Bu durum, KHK m. 21/IX'un KHK m. 61'de tahdidi olarak sayılan tecavüz hallerini genişlettiği dolayısıyla iki madde arasında çelişki bulunduğu şeklindeki haklı eleştirilere sebebiyet vermektedir¹²⁸. Lisans sözleşmesine aykırı tüm fiillerin aynı zamanda marka ihlali sonucunu doğurduğu yönündeki söz konusu hüküm, marka koruması ile bağdaşmamaktadır. Bu sebeple KHK m. 21/IX'un kaldırılması ya da m. 61 ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce lisans sözleşmesine aykırı kullanım hallerinden marka ihlaline yol açanlar KHK'da sayıldığından ve bunun dışındaki sözleşmeye aykırılık halleri borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde değerlendirilebileceğinden¹²⁹ ilgili hükmün kaldırılması daha uygun olacaktır.

¹²⁶ ÜNAL, M./AYDIN, S., Marka Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi veya Üçüncü Kişilere Devri, BATİDER 2015, C. XXXI, S. 1, s. 204-212.

¹²⁷ ÜNAL/AYDIN, s. 216-217.

¹²⁸ ÜNAL/AYDIN, s. 202.

¹²⁹ ASLAN DÜZGÜN, Ü., Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi (*Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi*), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*Gazi Üniversitesi HFD*) 2012, C. 16, S. 3, s. 57; ÜNAL/AYDIN, s. 203; PINAR, s. 874.

3. KHK m. 9/I Bağlamında m. 9/II'de Yer Alan Fiiller

Markanın koruma kapsamı, markaya itibar kazandırmak amacıyla emek, zaman ve para harcayan ve marka üzerinde münhasır yetkisi bulunan marka sahibinin tescil ettirmiş olduğu mal ve hizmetlerle sınırlı olmak kaydıyla belirlenebilir. KHK m. 61/a'daki atıf dolayısıyla m. 9'da sayılan fiiller de tecavüz halleri arasında yer almaktadır. KHK m. 9'un ilk fıkrası ikinci fıkrada yer alan ve sınırlı sayıda olmayan kullanım şekillerinin ihlal sayılabilmesinin ölçütü olarak tanımlanabilir. Buna göre;

a) Tescilli bir marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle kullanımı:

Marka hakkına tecavüz teşkil eden kullanım halleri arasında tespiti oldukça kolay olan bu halde hem marka olarak kullanılan işaretler arasında hem de markaları taşıyan mallar arasında bir farklılık bulunmamaktadır¹³⁰. Örneğin; parfümler için kullanılan "Shalini" markasının, marka sahibi dışında ve onun rızası olmaksızın üçüncü kişilerce yine parfümlerde kullanımı bu kapsamda değerlendirilebilir. Böyle bir durumda karıştırma ihtimalinin varlığı karine olarak karşımıza çıkar¹³¹. Bu kullanım hali aynı zamanda TPE tarafından kendiliğinden incelenen ve KHK m. 7/I-b'de düzenlenen mutlak bir tescil engeli olup, Anayasa Mahkemesi'nin de bendin iptaline dair açılan davada vermiş olduğu red kararının gerekçesinde haklı olarak belirttiği üzere hem markanın tekliği ilkesinin hem markaya güvenerek işlem yapan üçüncü kişilerin hem de markasının başkaları tarafından kullanılmak istendiğinden haberdar olmayan hak sahiplerinin güvencesidir¹³².

¹³⁰ Yarg. HGK, E. 2012/11-154, K. 2012/659 sayılı 19.02.2013 tarihli kararında markaların aynı olmasından anlaşılması gerekeni ifade etmiştir. Yargıtay'a göre; karşılaştırılan işaretler özdeş, birebir aynı, birbirlerinin taklidi iseler işaretlerin aynılığından söz edilebilecektir; işaretlerin renklerinin veya yazı tiplerinin değişik olması aynı olmayı etkilemeyecektir (www.kazanci.com, erişim tarihi; 26.04.2016).

¹³¹ ÇOLAK, s. 204; DİRİKKAN, s. 175.

¹³² Söz konusu madde hükmünün (7-I/b), Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptali ve madde metninde geçen tescile engel hususların mutlak red sebeplerinden ziyade nisbi red sebepleri arasında yer almasının daha uygun olacağı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin red kararı

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dâhil, karıştırılma tehlikesi bulunan herhangi bir işaretin kullanılması:

KHK m. 8/I-a'da nisbi tescil engelleri arasında da sayılan bu kullanım hali tescil engeline rağmen her nasılsa tescil edilmiş ve mevcut tescilli marka ile karıştırılma tehlikesi bulunan işaretler için geçerlidir. Madde metninde önemle vurgulanan husus karıştırılma ihtimalinin bulunmasıdır. Karıştırılma ihtimali, markanın aynı ya da benzeri olan işaretin aynı ya da benzer mal ve hizmetlerde kullanılması neticesinde tüketicinin söz konusu işareti taşıyan mal ya da hizmetlerin kendisinde güven uyandıran marka sahibine ait olduğu izlenimine kapılmasını ifade

vermiş olduğu itirazın gerekçesinde dikkat çeken hususlar ise; “...marka teklifi ilkesinin çağdaş hukukta karşılığının olmadığı, marka başvuru ve tescili ile önceki marka ya da hak sahiplerinin bu başvuruya yönelik itirazlarının günümüzde tamamen serbest piyasa koşullarına göre çalışma ve sözleşme hürriyeti çerçevesinde değerlendirildiği, dolayısıyla herkesin marka hukuku alanında serbestçe sözleşme yapma ve markasını dilediği gibi bir başkasına devretme sonucunu doğuran sözleşmeler yapma hürriyetine de sahip olduğu, başvuru sahipleri bakımından ancak itiraz halinde nispi red nedeni olarak tartışılması gereken durumların kamu otoritesince re'sen dikkate alınarak reddedildiği, bu durumun marka hakkının elde edilmesi sürecinde hakkın özünü zedeleyen, kişi hak ve hürriyetlerine demokratik bir ülkede beklenebilecek müdahaleyi aşan bir sınırlamaya zemin oluşturduğu ve kuralın mutlak red nedeni olarak uygulanmasından ötürü önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat vermesine rağmen markanın idarece tescil edilmediği, bu nedenle sadece başvuru sahibinin değil, tescile muvafakat veren marka sahibinin de sözleşme hürriyeti kapsamındaki ticari çalışmalarının engellendiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 13., 48. ve 91. maddelerine aykırı olduğu” gibi hususlardır. Gerekçeden de anlaşılacağı üzere söz konusu KHK hükmü ile getirilen düzenlemenin mülkiyet hakkına müdahale olduğu, marka üzerindeki tasarrufun marka sahibine bırakılması gerektiği ve marka sahibi isterse markasının aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanımının mümkün olması gerektiği yönünde talepler mevcuttur. Ancak AYM'nin haklı olarak belirttiği üzere markanın teklifi ilkesi ve aynı ya da benzer markaların tescilinin kamu otoritesi tarafından red edilmesi sadece marka sahibini değil aynı zamanda bu markaya güvenerek işlem yapan üçüncü kişileri de ilgilendirmektedir. Kanun koyucu dava konusu madde ile markaya güvenerek işlem yapan üçüncü kişilere ve de markasının ihlal edildiğinden haberi olmasa bile marka hakkı sahibine güvence sağlamıştır (AYM, E. 2015/15, K. 2015 118, T. 23.12.2015, RG. 7.1.2016, S.29586).

eder¹³³. Tüketici, söz konusu malın güvendiği marka sahibine ait olmadığını bilmesine rağmen işletmeler arasında ekonomik bağlantılar veya örgütsel ilişkiler olduğu izlenimine kapılıyorsa yine de karıştırılma ihtimalinin mevcut olduğu, maddeden hareketle, söylenebilecektir¹³⁴. İlişkilendirilme ihtimalini içeriyor olması karıştırılma ihtimalini, 551 sayılı Kanun'da yer alan iltibas kavramından daha geniş kapsamlı hale getirmiştir. Karıştırılma ihtimali, mal ve hizmetler ile markalar arasında benzerlik yaratmak suretiyle bunların aynı işletmeye ait olduğu yönünde kanaat uyanmasını ifade eden iltibas da kapsamaktadır¹³⁵. Başka bir deyişle karıştırılma ihtimalinin olduğu her durumda iltibasın varlığından söz edilecektir. Yargıtay kararlarını incelediğimizde karıştırılma tehlikesi kavramından ziyade iltibas sözcüğünün kullanıldığını görmekteyiz. Biz aradaki küçük farklılığa istinaden karıştırılma tehlikesini kullanmayı tercih ettik.

Aynı markanın benzer mal veya hizmetler için, benzer markanın aynı mal veya hizmetler için ya da benzer markanın benzer mal veya hizmetler için kullanımı durumunda ortaya çıkan karıştırılma ihtimalinin tespiti markaların tanınmışlık derecesi, yarattıkları düşünsel bağlantı, mal ve hizmetlerin aralarındaki benzerliğin derecesi gibi pek çok faktörün değerlendirilmesine bağlıdır¹³⁶. Karıştırılma ihtimalinin tespitine ilişkin yapılan değerlendirmede mal ve hizmetler ile markalar arasında öncelik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak ABAD'ın kararlarında öncelikli olarak mal veya hizmetlerin benzerliğinin incelediği söylenebilir¹³⁷. Bir mal veya hizmetin aynı ya da benzer olduğunun nasıl belirlendiğini ilgili başlık altında incelediğimizden burada karıştırılma ihtimalinin bir diğer unsuru olan marka ile işaret arasındaki aynılık ve benzerliğin tespitine değineceğiz.

Marka ile işaret arasındaki aynılık bir diğer ifadeyle özdeşlik harf, sözcük veya rakamlardan oluşan markalarda bu unsurlar arasında tam bir uyumun olmasını

¹³³ DİRİKKAN, s. 163.

¹³⁴ KARAN/KILIÇ, s. 197.

¹³⁵ ÇOLAK, s. 206; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 437.

¹³⁶ ŞEHİRALİ ÇELİK, İltibastan Kötüniyetli Tescile, s. 80; Söz konusu bu kriterler ABAD'ın ve de Yargıtay'ın kararlarında iltibasın tespitinde esas aldığı kriterlerdir.

¹³⁷ DİRİKKAN, s. 192.

ifade etmektedir; ancak markada kullanılan renkler ya da yazı tipinin önem taşımadığı durumlarda farklı renk veya yazı tipinde olan işaretlerin de aynılığından söz edilebilecektir¹³⁸.

Marka ile işaret arasındaki benzerlik ise malın mevcut ve potansiyel alıcılarının oluşturduğu ilgili toplumsal çevrede yer alan ortalama dikkat ve algılama düzeyine sahip alıcı esas alınarak tespit edilir. Benzerliğin tespiti esnasında markaların ortalama bir alıcıda bıraktıkları genel izlenime göre bir değerlendirme yapılır¹³⁹. Bu bağlamda markanın görsel, işitsel ve anlamsal unsurları dikkate alınarak bir sonuca varılır. Daha çok somut olayın özelliklerine göre şekillenen bu değerlendirme esnasında bahsi geçen unsurlardan sadece biri önemli olabileceği gibi bazı durumlarda birkaçı ya da tamamı eşit rol oynayabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus benzerliğin tespitinde markanın alıcıların zihninde yer edinmesini sağlayan ayırt edici ve baskın unsurlar bir diğer ifadeyle markanın esas unsurları arasındaki değerlendirmenin belirleyici olduğu tali nitelikteki unsurların geri planda kaldığıdır. Mal ve hizmetlerin benzerliğinin tespitinde olduğu gibi markalar arasındaki benzerliğin tespiti esnasında marka ile işaretin alıcılarda bıraktığı izlenim de dikkate alınmalıdır.

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması:

KHK m. 8/IV'e paralel olarak tanınmış markalara özel bir koruma getiren bu bent, korumanın kapsamını 9/I-b'ye nispeten genişleterek tanınmış marka benzeri markaların benzer olmayan mal veya hizmetlerde dahi kullanılmayacağını hükme bağlamıştır. Burada belirtilmesi gereken ilk husus her markanın değil yalnızca tanınmış markaların söz konusu korumadan yararlanabileceğidir. KHK, muhtelif

¹³⁸ DİRİKKAN, s. 175.

¹³⁹ Yargıtay'ın karıştırılma ihtimalinin tespiti esnasında ortalama bir alıcıyı esas aldığı yönünde örnek mahiyetinde bkz. 11. HD., E. 1999/4005, K. 1999/8651, T. 02.11.1999; 11. HD., E. 2015/6266, K. 2016/81, T. 11.01.2016 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 25.04.2016).

maddelerle koruma altına almış olduğu tanınmış markaların nasıl tespit edileceğine dair kıstaslar belirlememiş olup¹⁴⁰ m. 8/IV’de *toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış olmayı* ve m. 9/I-c’de ise “*Türkiye’de belli bir tanınmışlık düzeyine*” ulaşmış olmayı aramakla yetinmiştir. Kavram karmaşasını engellemek adına her ne kadar farklı şekillerde ifade edilmiş olsalar da *toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşan marka* ile *Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşmış markanın* aynı anlama geldiğini¹⁴¹ ve açıklamalarımızın bu çerçevede yapıldığını belirtmemizde fayda bulunmaktadır.

Doktrinde tanınmış marka belirlenirken Paris Konvansiyonu anlamında tanınmış marka ve toplumda belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka olarak ikili bir ayırım yapıldığına sıklıkla rastlamaktayız. Oysa *Çolak’ın* da haklı olarak belirttiği üzere tanınmış marka tek bir kavramdır¹⁴². Farklılık ise tanınmışlık düzeylerinde ortaya çıkmaktadır. Yargıtay da iki kavram arasındaki farkı markaların tanınmışlık düzeylerinde bularak toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markayı Paris Konvansiyonu’na göre tanınmış markadan tanınmışlık derecesi itibariyle daha düşük olarak nitelendirmiştir¹⁴³. Bu bağlamda Yargıtay, tanınmış markadan anlaşılması gerekeni; “*bir kişiye veya girişime sıkı bir biçimde bağlılık, güvence, kalite, reklam gücü, yaygın bir dağıtım ağına bağlı, müşteri ve diğer subjektif ilgi ve ilişkiler ayırımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredekilerce refleks halinde beliren bir çağrışım çıkaran markalar* ” şeklinde belirtmiştir¹⁴⁴. Söz konusu özellikleri taşıyan marka, geniş halk kitleleri tarafından tanınıyor ve yüksek ekonomik bir değer taşıyorsa Paris Konvansiyonu anlamında

¹⁴⁰ Tanınmış ya da topluma tanınmışlık düzeyine ulaşmış markanın tanımlanmasının güçlüğü sebebiyle kanun koyucunun bu tanımlamayı resmi makamlara ve yargı kararlarına bıraktığı yönündeki tespit için bkz. **ŞENOCAK, K.**, Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Korunması (*Tanınmış Markanın Korunması*), BATİDER 2009, C. XXV, S. 2, s. 138.

¹⁴¹ **DİRİKKAN**, s. 201, dpn. 95, Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nda yalnızca “*Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka*” terimi tercih edilerek kavram kargaşası giderilmiştir.

¹⁴² **ÇOLAK**, s. 319.

¹⁴³ Yarg. 11 HD., E. 2005/10785, K. 2006/11528, T. 13.11.2006 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 27.04.2016).

¹⁴⁴ Yarg. 11. HD., E. 2005/10785, K. 2006/11528, T. 13.11.2006; 11. HD., E. 2006/10222, K. 2007/13328, T. 25.10.2007 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 27.04.2016).

tanınmış bir markadır¹⁴⁵. İnceleme konumuzu oluşturan toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka ise Paris Konvansiyonu anlamında tanınmış marka kadar olmasa da toplumun büyük kesimi tarafından bilinen markaları ifade etmektedir. Bir markanın toplumda tanınmışlık düzeyi çeşitli faktörlerin bir arada değerlendirilmesi neticesinde belirlenir ve mal veya hizmetlerin türüne, hitap ettiği kitleye ve kullanıldığı alana göre değişiklik gösterir¹⁴⁶. Önemle belirtmemiz gerekir ki bir markanın toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış sayılabilmesi markanın ilgili olduğu mal veya hizmetin hitap ettiği kitlenin büyük kesimince biliniyor olması şartına bağlıdır¹⁴⁷. Aksi takdirde markanın tanınmışlığının tespiti esnasında ilgili ilgisiz toplumdaki tüm bireylerin esas alınması özel ihtiyaçlara hitap eden markalar aleyhine bir durum yaratacaktır.

Tanınmış bir markanın üçüncü kişilerce kullanımının engellenmesi ise m. 9/I-c'de sayılan sonuçlardan birini doğurması veya doğuracak olmasına bağlıdır. Tanınmış markanın üçüncü kişi tarafından kullanımı markanın itibarını veya ayırt edici karakterini zedeliyorsa veya markanın itibarının kullanılarak haksız yarar elde edilmesi sonucunu doğuruyorsa markanın farklı mal ve hizmetler için kullanımı engellenebilecektir. Kanun koyucu, sayılan olgulardan birinin gerçekleşmesini ihlalin varlığı için yeterli saymış ayrıca tanınmış markanın aynını ya da benzerini tescil ettirmek isteyen kişinin kasten hareket etmiş olmasını ya da kusurunun varlığını aramamıştır¹⁴⁸.

Kanun koyucunun m. 9/I-c'nin uygulanması için gerekli gördüğü kullanım hallerine değinmeden önce madde metninin kilit kavramı olan *markanın itibarından* anlaşılması gerekeni ifade etmemizde fayda bulunmaktadır. Bir markanın itibarı, markanın tüketicinin zihninde bıraktığı olumlu imajdır. Bu imaj markanın kullanıldığı mal veya hizmetin kalitesinden, seçkinliğinden, pazar payının yüksek

¹⁴⁵ **KAYIHAN, Ş.**, Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (*AÜEHFD*) 2003, C.VII, S. 1-2, s. 426.

¹⁴⁶ Tanınmış markanın belirlenmesine ilişkin TPE uygulaması için bkz. TPE Marka İnceleme Kılavuzu 2015; **ŞENOCAK**, Tanınmış Markanın Korunması, s. 140.

¹⁴⁷ **ŞENOCAK**, Tanınmış Markanın Korunması, s.145.

¹⁴⁸ **KAYA**, s. 160; **ŞENOCAK**, Tanınmış Markanın Korunması, s. 148.

olmasından kaynaklanabileceği gibi marka sahibinin kendine özgü üretim ve pazarlama teknikleri, piyasada tek olması, uzun süredir aynı faaliyeti yürütmesi gibi faktörlerden de kaynaklanabilir¹⁴⁹. Markanın ilişkin olduğu malların niteliği ise markanın belli bir itibara sahip olmasına engel olmayacaktır. Örneğin insan sağlığına zarar veren tütün ve alkol ürünleri, gibi ürünlerin markaları da belli bir itibara sahip olabilirler.

Markanın itibarının zedelenmesi, tüketici nezdinde belli bir saygınlığa ulaşmış markanın daha düşük kaliteli mallarda, markanın imajına aykırı olarak, istenmeyen çağrışımlar uyandıracak şekilde kullanımını ifade eder¹⁵⁰. Bu kullanım, kimi zaman aşağılayıcı ya da ahlaka aykırı ifadelerde markanın tamamı ya da bir kısmının yer alması şeklinde de ortaya çıkabilir.

Markanın ayırt edici karakterine zarar verilmesi ise markanın üçüncü kişilerce kullanılması neticesinde piyasada aynı markayı taşıyan birden fazla malın olmasını ve bunun tüketici nezdinde karışıklığa sebebiyet vererek asıl markanın ayırt ediciliğini zayıflatması veya ortadan kaldırması olarak özetlenebilir.

Son olarak markanın itibarından haksız yarar sağlanması, markanın belli bir tanınmışlık seviyesine ulaşması için emek, zaman ve para harcayan bu konuda başta yoğun reklam olmak üzere çeşitli faaliyetler yürüten böylelikle markayı toplumda saygın hale getiren ve ekonomik açıdan ona değer katan marka sahibine rağmen üçüncü kişinin hiçbir çaba sarf etmeksizin markanın benzerini kullanarak menfaat sağlaması olarak tanımlanabilir¹⁵¹. Burada üzerinde durulması gereken konu ise tanınmış markanın herhangi bir mal ya da hizmette kullanımı tek başına itibardan haksız yararlanma sonucunu doğurup doğurmayacağıdır. Bir başka deyişle toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış olan markanın kullanıldığı malların türüne ve hitap ettikleri alıcı çevresine bakılmaksızın haksız kullanımın varlığı karine olarak kabul edilecek midir? *Şenocak*, çeşitli yabancı mahkeme kararlarından hareketle tanınmış

¹⁴⁹ **ŞENOCAK**, Tanınmış Markanın Korunması, s. 149.

¹⁵⁰ **ÇAMLİBEL TAYLAN**, s. 55; **KAYIHAN**, s. 428; **ŞENOCAK**, Tanınmış Markanın Korunması, s. 163.

¹⁵¹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **DİRİKKAN**, s. 201-229; TPE Marka İnceleme Kılavuzu 2015, s. 133-137.

markanın itibarının istismarından söz edilebilmesi için gerek tanınmış markanın imajından yararlanacak mallar ile markanın ilişkin olduğu mallar arasında gerekse her iki malın alıcı çevresi arasında ortak noktaların bulunması gerektiğini savunmaktadır¹⁵². Kanaatimizce de tanınmış markanın itibarının istismarına dair uyuşmazlıklarda olayın özelliklerine göre ve *Şenocak*'ın değindiği kriterler göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır. Son dönem Yargıtay kararlarını incelediğimizde tanınmış markanın farklı mal ve hizmetler için tescilinin itibardan haksız yararlanmanın varlığı için tek başına yeterli görülmediğini tescil talep edilen mal veya hizmet sınıflarını da göz önünde bulunduran bilirkişi raporlarının incelenerek karar verildiğini görmekteyiz¹⁵³.

Kısaca açıklamış olduğumuz KHK m. 9/I uyarınca yasaklanabilecek fiiller ise aynı maddenin ikinci fıkrasında sınırlı sayıda olmaksızın sayılmıştır¹⁵⁴.

A. İşaretin Mal veya Ambalajı Üzerine Konulması

Tescil edilmiş markanın aynı veya benzeri olan işaretin, marka sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişi tarafından mal veya ambalajın üzerine konulması markaya tecavüz olarak nitelendirilmektedir. İşaretin mal ya da ambalaj üzerine konuluş biçimi önemli olmamakla beraber tecavüzün varlığından söz edebilmemiz için malları piyasaya sürme amacının bulunması gerekmektedir¹⁵⁵. Bu bağlamda eski model otomobil sahibinin, pahalı ve lüks bir otomobilin logosunu otomobiline monte etmesi marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilemeyecektir¹⁵⁶; çünkü örnekte kullanıcının piyasaya sürme amacı bulunmamaktadır. Ancak söz konusu işlem piyasaya sürme niyetiyle yapılmış ve fakat bu amaç gerçekleşmemiş başka bir

¹⁵² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ŞENOCAK**, Tanınmış Markanın Korunması, s. 150-157.

¹⁵³ Bkz. Yarg. 11. HD., E. 2015/1094, K. 2015/6427, T. 06.05.2015; Yarg. 11. HD., E. 2015/675, K. 2015/6428 T. 06.05.2015; Yarg. 11. HD., E. 2015/4408, K. 2015/11546, T. 04.11.2015 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 27.04.2016).

¹⁵⁴ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı, bu kullanım hallerine işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması ile işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını da eklemiştir (m. 7/2-e,f).

¹⁵⁵ **ARKAN**, C. II, s. 211.

¹⁵⁶ **ÇOLAK**, s. 387.

deyişle mal fiilen piyasaya sunulmamış olsa dahi tecavüzün varlığından söz edebiliriz¹⁵⁷. Madde metninde açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen niteliğine uygun düştüğü ölçüde hizmetlerin de madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi, Bu Amaçla Stoklanması, Tesliminin Teklif Edilmesi

Marka sahibi dışında veya onun rızası olmaksızın malın piyasaya sürülmesi¹⁵⁸, bu amaçla stoklanması¹⁵⁹, teslim edileceğinin teklif edilmesi¹⁶⁰ ve de o işaret altında hizmetlerin sunulması marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilmektedir. KHK m. 9/II-a'dan farklı olarak m. 9/II-b işaret altında hizmetin sunulmasını da bir başka tecavüz hali olarak saymıştır. Hizmetin tescilli marka sahibi tarafından verildiği izlenimi uyandırılacak şekilde markanın kullanımı marka sahibi tarafından yasaklanabilecektir. Örneğin; taşımacılık hizmeti veren bir firmanın

¹⁵⁷ Tescilli markayı izinsiz olarak taşıyan malın piyasaya sunulmuş olması durumu m. 9/II-b'de ayrıca düzenlenmiştir.

¹⁵⁸ Mal veya hizmetin piyasaya sürülmesinden anlaşılması gereken, mal veya hizmetlerin ticaret hayatına ya da ticaret hayatında etkili olan alanlara sunulmasıdır. Malın piyasaya sürülmesine örnek olarak herhangi bir yerde satılması, fuarda satışa konulması verilebilir. Satışa konu olmaksızın malın sergilenmek üzere fuarda yer almasının nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş fuarda yer almayı markanın reklamlarda kullanılmasına eşdeğer sayarken bir başka görüşe göre ise bu icaba davet niteliğinde olup KHK 9/II-b kapsamında değerlendirilmelidir (bkz. **ÇİÇEKÇİ, Ç.**, Markaya Özgü Kullanım Kavramı ve Markaya Tecavüz Fiilleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007, s. 111). Sonuçsal açıdan yaklaştığımızda markalı malın fiyat gösterilmeksizin fuarda yer almasının reklamlarda kullanım ya da teslim edileceğinin teklif edilmesi olarak nitelendirilmesi arasında bir fark olmadığını görmekteyiz. İlk durum 9/II-d kapsamında değerlendirilirken ikinci durum 9/II-b kapsamında değerlendirilecektir. Her iki fıkra da markaya tecavüz teşkil eden fiiller arasında yer almaktadır.

¹⁵⁹ Bu stoklama ticarî amaçlarla olmalıdır, şahsi kullanımlar için yapılan stoklar tecavüz olarak nitelendirilmeyecektir.

¹⁶⁰ Malın tesliminin teklif edilmesi, mal henüz üretilmemiş ya da üretilmiş olmasına rağmen üzerine marka niteliğindeki işaret konulmamış olsa dahi tek başına tecavüz için yeterlidir (**TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 446).

otobüslerinin üzerine “Nilüfer” yazması gibi.

C. İşareti Taşıyan Malın Gümrük Bölgesine Girmesi, Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem veya Kullanıma Tabi Tutulması

İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine¹⁶¹ girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma¹⁶² tabi tutulması tecavüz halleri içerisinde yer almaktadır. 5833 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce KHK m. 9/II-c yalnızca işareti taşıyan malın ithalini ve ihracını haksız kullanım olarak belirlemişken değişiklik ile maddenin kapsamı genişletilmiştir¹⁶³. Yapılan değişikliğin ardından tecavüz teşkil eden fiiller transit ticarete konu olma, serbest bölgeye konulma, gümrük hattı dışındaki satış mağazalarında satışa sunulmayı da kapsamaktadır¹⁶⁴.

5833 sayılı Kanunla yapılan değişiklik tartışmalı durumda bulunan transit geçiş konusuna da netlik kazandırmıştır. Malların, yurt dışından gelip iç piyasaya sürülmeden, Türkiye üzerinden geçerek, başka bir ülkeye götürülmesi olarak nitelendirilen transit geçiş gümrükçe onaya tabi tutulan bir işlem olduğundan 9/II-c kapsamında markaya tecavüz halleri arasında yer almaktadır.

D. İşaretin Teşebbüsün İş Evrakı ve Reklamlarında Kullanılması

KHK m. 9/II-d’ye göre markanın marka sahibi dışındaki kişilerce iş evrakı veya reklamlarda kullanılması marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerdendir. İş evrakı; mektup, posta kartı, katalog, fiyat listeleri, mönü gibi yazılı kâğıtlardır¹⁶⁵. Bu

¹⁶¹ 4458 sayılı Gümrük Kanunu’na göre gümrük bölgesi, Türkiye kara suları, iç suları ve hava sahası da dâhil olmak üzere Türkiye Cumhuriyeti topraklarını kapsar.

¹⁶² Eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması deyimi, 4458 sayılı Kanun m. 3/14’e göre; bir gümrük rejimine tabi tutulmasını, bir serbest bölgeye girmesini, Türkiye Gümrük Bölgesi dışına yeniden ihracını, imhasını, gümrüğe terk edilmesini ifade eder.

¹⁶³ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı m. 7/3-c’de “işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi” ifadesi kullanılarak 5833 sayılı Kanun değişikliğinden önceki duruma dönülmüştür.

¹⁶⁴ ARKAN, S., 5833 Sayılı Kanun ile 556 Sayılı KHK’da Yapılan Değişiklikler (*Değişiklikler*), BATİDER 2009, C. XXV, S. 1, s. 8.

¹⁶⁵ ARKAN, C. II, s. 215; Yarg. 11. HD., E. 2005/13204, K. 2006/13704, T. 21.12.2006 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.02.2015).

bağlamda markanın fatura ya da irsaliye üzerinde, sipariş makbuzunda, kartvizitte, el ilanında, broşürlerde, gazete ilanlarında kullanılması da söz konusu madde kapsamında yer alan bir ihlaldir¹⁶⁶. Ayrıca TSE, garanti markasının TSEK kullanma izni olmaksızın kullanılmasını da m. 9/II-d'ye göre tecavüz olarak değerlendirmektedir¹⁶⁷.

Markanın üçüncü kişi tarafından reklamlarda kullanımı açıkça tecavüz olarak belirlenmiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus ise markanın karşılaştırmalı reklamlarda kullanımının tecavüz oluşturup oluşturmayacağıdır.

Karşılaştırmalı reklam, bir mal veya hizmetin rakip bir mal veya hizmet ile karşılaştırılması suretiyle reklamı yapan tarafa ait mal veya hizmetin daha üstün olduğuna dair tanıtım faaliyeti olarak ifade edilmektedir¹⁶⁸.

Mevzuatımızdaki yerini 4077 sayılı Tüketiciyi Koruma Kanunu'nun 16'ncı maddesine 2003 yılında (4822 sayılı yasayla) yapılan ekleme¹⁶⁹ ile alan karşılaştırmalı reklam kavramı ticari faaliyetlerle ilişkili olarak 6102 sayılı TTK m. 55/1-(a) 5' de düzenlenmiştir. Karşılaştırmalı reklama ilişkin detaylı açıklamalar ise Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde¹⁷⁰ yer almaktadır. Yönetmeliğin 8'inci maddesine göre karşılaştırmalı reklamlar ancak;

- a) Aldatıcı ve yanıltıcı olmaması,
- b) Haksız rekabete yol açmaması,
- c) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte olması ve aynı istek ya da ihtiyaca cevap vermesi,

¹⁶⁶ ÇOLAK, s. 453.

¹⁶⁷ ÇOLAK, s. 454.

¹⁶⁸ RÜZGAR, E., Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi, İstanbul 2013, s. 169; BOZBEL, S., Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder mi? Avrupa Adalet Divanı'nın Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme (*Adwords Reklamlar*), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2010/2, Y. 9, S. 18, s. 99.

¹⁶⁹ Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.

¹⁷⁰ RG. 10.01.2015, S. 29232.

- ç) Tüketicie fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılması,
- d) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması,
- e) Nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması,
- f) Rakiplerin fikri ve sınai mülkiyet haklarını, ticaret unvanını, işletme adını, diğer ayırt edici işaretlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması,
- g) Menşei belirtilmiş mal veya hizmete ilişkin karşılaştırmada, mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olması,
- ğ) Reklam veren ile rakibinin markası, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili karışıklığa yol açmaması, koşullarıyla yapılabilir.

(2) Karşılaştırmalı reklamlarda, rakiplere ait isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret unvanı veya işletme adlarına, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hükümlere uygun olması koşuluyla yer verilebilir¹⁷¹.”

Bir reklamın karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilebilmesi için mal veya hizmetlerin tüketicinin iradesini etkileyebilecek şekilde ve de reklam veren tarafından karşılaştırılması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle söz konusu mal ya da hizmeti rakipleriyle karşılaştırma işini tüketicie bırakarak sadece karşılaştırma çağrısında bulunan reklamlar hukuken karşılaştırmalı reklam olarak

¹⁷¹ Mülga Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesinin a fıkrasında “*Karşılaştırmalı reklamlarda karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi*” şartı konmuştu. Bahsi geçen yönetmelik hükmü çeşitli sebeplerden ötürü eleştirilere maruz kalmıştır. Konu ile ilgili kanuni düzenlemelerde rakibin mal, hizmet veya markasının açıkça belirtilmeyeceğine dair hükmün bulunmayışı sebebiyle kanun ile yasaklanmayan bir hususun yönetmelikle düzenlenmesinin normlar hiyerarşisine aykırı olması ve de Avrupa Birliği'nin ilgili düzenlemelerinde rakibin mal, hizmet veya marka adının belirtilmesinin yasaklanmamış olması bu sebeplere örnek olarak verilebilir (**BOZBEL**, Adwords Reklamlar, s. 112). Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 8/2 ile söz konusu uyumsuzluk giderilmiştir.

nitelenmemektedir¹⁷². Karşılaştırmalı reklamlarda reklam veren, rakibin kendisi veya ürettiği mal ya da hizmetle bağlantı kurarak kendisinin daha üstün ya da rakibiyle denk olduğunu vurgulamaktadır. Bu açıklamalar doğrultusunda markanın yasaya uygun olarak karşılaştırmalı reklamlarda kullanımı tecavüz teşkil etmeyecektir. Ancak aynı ihtiyaca yönelik mal ve hizmetlerin karşılaştırılmadığı, objektif ölçülü ve dürüst olmayan, aldatıcı ve markanın ticari itibarından haksız yere yararlanan karşılaştırmalı reklamlar hukuka aykırıdır¹⁷³. Markanın bu tür reklamlarda kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil edecektir.

E. İşaretin Aynı veya Benzerinin İnternet Ortamında Ticarî Etki Yaratacak Biçimde, Alan Adı, Yönlendirici Kod, Anahtar Sözcük veya Benzeri Biçimlerde Kullanılması

Bilgi-iletişim teknolojisi bakımından devrim niteliği taşıyan internetin gelişimi hayatın pek çok alanında olduğu gibi hukuk açısından da uyum çalışmalarını beraberinde getirmiştir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu¹⁷⁴, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun¹⁷⁵, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu¹⁷⁶ söz konusu uyum çalışmalarının neticesi niteliğindeki düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerden bir diğeri ise marka hakkının internet ortamında korunması amacına hizmet eden ve 5833 sayılı Kanun Değişikliği ile 556 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasına eklenen "e" bendidir.

KHK m. 9/II-e'ye¹⁷⁷ göre; *"İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya*

¹⁷² **BOZBEL**, Adwords Reklamlar, s. 110, dñn. 22.

¹⁷³ **KIRCI, N. B.**, Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı, Ankara 2009, s. 172.

¹⁷⁴ RG. 23.01.2004, S. 25355.

¹⁷⁵ RG. 05.11.2014, S. 29166.

¹⁷⁶ RG. 10.11.2008, S. 27050.

¹⁷⁷ Maddenin hükümet gerekçesinde, *"Maddenin ikinci fıkrasının beş numaralı bendinde markanın internette kullanılması hali düzenlenmiştir. Bu bent Topluluk Marka Tüzüğü ve Alman Marka Kanunu'nda yer almamaktadır. Ancak internette marka kullanımının marka hakkı kapsamına*

benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması” haksız kullanım halidir. KHK’da belirtilen kullanım biçimleri sınırlı sayıda olmayıp ihlal niteliği taşıyan farklı kullanımlar da m. 9/II-e kapsamına dahil edilebilecektir.

Madde hükmünün uygulanabilmesi için işaretin internet ortamında haklı neden olmaksızın, ticari etki yaratacak biçimde kullanılması gerekmektedir. İnternet ortamında kullanımın ihlal sayılabilmesi için gerekli şartlar ve kullanım şekilleri çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.



girdiği hususunda hem yerli ve yabancı doktrinde hem de yerli ve yabancı mahkeme içtihatlarında tam bir görüş birliği mevcuttur. Fiilen karşımıza yeni çıkan bir olgunun, markalar ile ilgili düzenleme yapılırken açıkça vazedilmesinin faydalı olacağı düşüncesiyle mezkûr hüküm konulmuştur. Hüküm konulurken aralarında WIPO tahkim ve arabuluculuk merkezinin de bulunduğu internet alan adı ile marka arasındaki uyumsuzlukları çözen merkezlerin kuralları esas alınmıştır”(https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss319.pdf, erişim tarihi: 12.08.2015). Bu gerekçe Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nda da aynen korunmuştur (bkz. Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı m. 7’nin gerekçesi). Markanın internet ortamında kullanımına ilişkin madde metni Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nda olduğu gibi korunduğundan yapacağımız açıklamalar Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı açısından da geçerliliğe sahip olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

İNTERNET KAVRAMI VE İNTERNET ORTAMINDA MARKA İHLALİNE YOL AÇAN KULLANIM ŞEKİLLERİ

I. İNTERNET KAVRAMI VE İNTERNETİN GELİŞİM SÜRECİ

1. İnternet Kavramı

Yaygınlaşma hızı bakımından diğer kitle iletişim araçlarını geride bırakan internet (International Network- Uluslararası Bilgisayar Ağı)¹⁷⁸, son zamanların en hızlı gelişen teknolojik yeniliği olup dünya çapında birçok bilgisayar sistemini TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*)¹⁷⁹, protokolleri ile birbirine bağlayan bir iletişim ağı¹⁸⁰, veri iletişim hizmetlerini (elektronik posta, elektronik bülten gibi) mümkün kılan bilgisayar ağlarının oluşturduğu sistemdir¹⁸¹. İnternette birbirleriyle bağlantı halinde bulunan bilgisayarların her birine ev sahibi

¹⁷⁸ Arıkan, İTU'nun (*International Telecommunication Unity*- Uluslararası Telekomünikasyon Birliği) 1999 yılı verilerine dayanarak; telefonun 50 milyon kişiye ulaşmasının 74 yıl, radyonun 38 yıl, televizyonunun 13 yıl, internetin ise sadece 4 yıl aldığını belirterek internetin ne kadar hızlı yayıldığını vurgulamıştır (ARIKAN, A. S., İnternetin Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları üzerindeki Etkisi (*İnternetin Etkisi*), Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2001). Ayrıca İTU'nun 2015 yılı verilerine bakıldığında dünya çapında kişisel internet kullanım oranı 2001 yılında %8 iken bu oran 2014 yılında %40,4'e çıktığı görülmektedir (bkz. <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>, erişim tarihi: 20.02.2015).

¹⁷⁹ TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*), bilgisayarlar ile veri iletme/alma birimleri arasında organizasyonu sağlayan, böylece bir yerden diğerine veri iletişimini olanaklı kılan pek çok veri iletişim protokolüne verilen genel addır. TCP/IP protokolleri ile var olan pek çok ağ ve bilgisayar arasında iletişim mümkün hale gelmiştir. Veriler bir bilgisayardan diğerine aktarılırken küçük parçalara bölünerek farklı yollardan aynı anda gönderilir. IP söz konusu veri parçacıklarının doğru adreslere iletilmesini sağlarken, TCP birbirinden bağımsız olarak alıcıya ulaşmış verileri bir araya getirir. FTP (*File Transfer Protocol*- dosya alma/gönderme Protokolü), SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol*- Elektronik Posta İletişim Protokolü) bu protokollere örnek olarak verilebilir.

¹⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. https://cc.boun.edu.tr/training/internet_tur.pdf, erişim tarihi: 25.02.2015.

¹⁸¹ KIRCI, s. 50.

(*host*) bilgisayar denir. Bu bilgisayarlar arasındaki bağlantı ise kablo, fiber optik kablo, uydu ya da kablosuz erişimle sağlanmaktadır.

2. İnternetin Gelişim Süreci

Hükümete ihtiyacı olmayan ilk küresel kuruluş niteliği taşıyan¹⁸² internetin kökeni 20. yüzyılın ortalarına dayanmaktadır. 1969 yılında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından askeri birimler, araştırma enstitüleri ve devlet kurumları arasında haberleşmeyi sağlamak amacıyla geliştirilmiştir¹⁸³. Gelişmiş Savunma Araştırmaları Dairesi Ağı (*Advanced Research Projects Agency Network-ARPANET*) adıyla anılan ilk internet ağı daha ziyade Amerikan savunmasını güçlü kılmak ve gelecek tehlikelere karşı güçlü bir iletişim mekanizması sağlama amacını taşımaktaydı. 1983'e kadar laboratuvar çalışması yapılan internet bu tarihten sonra sınırlı sayıda ticari ağın ve kamunun kullanımına açılmıştır. Ayrıca Ulusal Bilim Vakfı (*National Science Foundation- NSF*), mevcut internet ağını tüm ABD'ye hizmet verecek bir ağa dönüştürmek amacıyla gerekli desteği verme sorumluluğunu üstlenmiştir. 1995 yılına gelindiğinde ise dünya internetin önemini fark etmiş NSF'nin desteğini sınırlamasıyla beraber aynı yıl internet ticari bir ağı olarak kullanılmaya başlanmıştır¹⁸⁴.

Türkiye'de internetin tarihçesine baktığımızda, 1986 yılında kurulan Türkiye Üniversiteler ve Araştırma Kurumu Ağları'nın (TUVAKA) üniversiteler ve araştırma kurumları tarafından kullanıldığını görmekteyiz. Bir başka ifade ile ülkemizde internetin ilk kullanıcıları üniversiteler ve araştırma kurumlarıdır. Tüm sektörlerin internet dünyasına kazandırılmasına ilişkin çalışmalar 1991 yılında Ortadoğu Teknik Üniversitesi (ODTÜ) ve Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma

¹⁸² TERRETT, A./MONAGHAN, I., *The Internet-An Introduction for Lawyers, Law & Internet; A Framework For Electronic Commerce*, Oxford-Portland Oregon 2000, s. 1.

¹⁸³ BAŞPINAR V./KOCABEY D., *İnternette Fikri Hakların Korunması*, Ankara 2007, s.71; AKİPEK Ş./DARDAĞAN, E., *Sanal Ortamda Telif Hakları*, BATİDER, C. XXI, S. 2, s. 49; MEMİŞ, T., *Fikri Hukuk Bakımından İnternette Müzik Sunumu (İnternette Müzik Sunumu)*, Ankara 2002, s. 21.

¹⁸⁴ AKGÜL, M., *İnternet Yasakları ve Hukuk*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (*TBB Dergisi*) 2008, S. 78, s. 357.

Kurumu (TÜBİTAK) işbirliğiyle başlamış, 1993 yılında ise internet genel kullanıma açılmıştır¹⁸⁵.

İnternet kullanıcı sayısının hızla artması¹⁸⁶, firmalara müşterilerine daha az maliyetle daha hızlı bir şekilde ulaşma imkânını sağlamıştır. Ticari hayattaki ilişkilerin internet ortamına yansması ise beraberinde hukuk sistemlerinin çözmesi gereken birtakım problemleri getirmiştir. Marka hakkının internet ortamında farklı kullanım biçimleriyle ihlali de bu problemlerden biridir.

II. İNTERNET ORTAMINDA İHLALİN ÖN ŞARTLARI

KHK m. 9/II-e metninden de anlaşılacağı üzere markanın internet ortamında kullanımının ihlal oluşturabilmesi için markanın aynı veya benzeri işareti kullanan kişinin hakkı ya da meşru bağlantısının bulunmaması ve söz konusu kullanımın ticari etki yaratması gerekmektedir.

1. Markanın İnternette Hak veya Meşru Bağlantı Olmaksızın Kullanımı

A. Markanın İnternette Hak Olmaksızın Kullanımı

a. Genel Olarak

Markanın internette kullanımının ihlal sayılabilmesi için markayı internet ortamında kullanan kişinin hakkının ya da meşru bağlantısının bulunmaması aranacak ön şartlardan ilkidir. İşaretin kullanılmasına ilişkin hak, bizzat tescilli markanın sahibi olmaktan kaynaklanabileceği gibi¹⁸⁷, tescilli olmayan bir işaretin uzun süre kullanılmış olmasından da kaynaklanabilir. İnternet ortamında kullanılan işaretin kullanan kişinin medeni adı, ticaret unvanı ya da işletme adı olması gibi durumlarda

¹⁸⁵ KIRCI, s. 55.

¹⁸⁶ Türkiye İstatistik Kurumu'nun (TÜİK) verilerine göre; 2014 yılının ilk üç ayında interneti haftada en az bir defa kullanan bireylerin oranı %44,9 iken, internet erişimi olan hane sayısı %60,2'dir (ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=16198>, erişim tarihi: 01.03.2015).

¹⁸⁷ RÜZGAR, s. 68.

da hakkın varlığından söz edilebilir.

Konuya ilişkin uyuşmazlıklarda, markayı bahsi geçen haklardan birine dayanarak internet ortamında kullanan kişinin bu kullanımına dayanak oluşturan hakkı ne zaman kazandığının, kazanım esnasında kötünietli olup olmadığının ve bu hakkını çizilen hukuki çerçeve içerisinde kullanıp kullanmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Biz bu belirlemeyi yaparken uygulamada en sık karşılaşılan durumları (her iki tarafın marka hakkına dayanması, taraflardan birinin marka hakkına dayanmasına karşın diğer tarafın ticaret unvanı ya da işletme adından kaynaklanan hakkına dayanması) ayrı ayrı inceleyeceğiz. Bu incelememizi gerçekleştirirken marka ile internet ortamında kullanılan işaret arasında karıştırılma tehlikesinin mevcut olduğu varsayımından hareket ettiğimizden konuyu gereksiz olarak genişletmemek adına marka ile ticari ad ve işaretler arasındaki karıştırılma tehlikesinin şartlarını ayrıca irdeleneceğiz.

b. Markayı İnternet Ortamında Kullanan Kişinin Marka Hakkına Dayanması

Çalışmamızın birinci bölümünde ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere aynı ya da aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markanın tescili yönündeki talep, mutlak tescil engeli ile karşılaşır (KHK m. 42/a). Bu şekilde bir marka mutlak tescil engeline rağmen her nasılsa tescil edilmişse hak sahibinin, Cumhuriyet savcılarının veya ilgili resmi makamların talebi üzerine ilgili mahkemelerce hükümsüz kılınabilir (KHK m. 43). Tanınmış markanın ayırt edici karakterinin zedelendiği, itibarına zarar verildiği veya itibarından haksız yarar sağlandığı durumlarda farklı mal ve hizmetler için tescil edilmiş olsa dahi tanınmış markanın aynısı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzeri olan marka da aynı yaptırımlarla karşılaşır. Tescilli bir markanın aynısı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzeri olan bir işaret saydığımız engellere takılmamak kaydıyla farklı mal ve hizmetler için tescil edilebilir. Bu durumda hak sahibi markasını alan adı, yönlendirici kod ya da farklı şekillerde internet ortamında da kullanabilir. Bu tür bir

tescil sonraki tarihli olsa bile ilgisine hukuken korunan bir hak sağlar. Konuya ilişkin olarak Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹⁸⁸.

c. Markayı İnternet Ortamında Kullanan Kişinin Ticaret Unvanından Doğan Hakkına Dayanması

Tacirin ticari faaliyetlerinde kullandığı ad olarak tanımlanan ticaret unvanı, bir taciri diğerlerinden ayırır¹⁸⁹. Her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren ticari işletmesini ve ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmek zorundadır (TTK m. 40/1). Tescil edilmiş ticaret unvanları TTK m. 52’de yer alan korumaya tabi iken tescil edilmemiş olan ticaret unvanları ise haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunur.

Hak sahibi, ticaret unvanını unvandaki belirli sözcük ya da sözcüklerin, farklı renklerle, büyük puntolarla yazılmış ya da başka şekilde ön plana çıkarılmamış olması kaydıyla sicilde kayıtlı olduğu şekliyle kullanma (unvansal kullanım) yetkisine sahiptir¹⁹⁰. Ticaret unvanı sahibi bu yetkisine dayanarak unvanını internet ortamında da kullanabilecektir. Yasal bir korumaya sahip olan ticaret unvanı ile marka arasında bir üstünlük ya da birinin diğerine tercih edilmesini sağlayacak haklı

¹⁸⁸ “Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; davacı adına 1996 yılında tescil olunan domain adının nezdindeki tahkim kurulu tarafından davalıya devrine karar verilmiş olduğu, alan adındaki esash unsur niteliğindeki ... ibaresinin davalı şirketin ... nezdinde tescilli ... ibareli markası ile bire bir aynı olduğu ve davalının adıyla tanınmış büyük bir enerji firması olduğu, 30 yılı aşkın süreden bu yana da aynı ibare ile ticaret sicilinde tescilli olduğu, ... gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” (Yarg. 11. HD., E. 2015/6578, K. 2016/880, T. 27.01.2016, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.08.2016). Benzer karar için bkz. (Yarg. 11. HD., E. 2015/7129, K. 2016/4933, T. 02.05.2016, www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.08.2016).

¹⁸⁹ **ARKAN, S.**, Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2015, s. 261; **AYHAN R./ÇAĞLAR H./ÖZDAMAR M.**, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 8. Baskı, s. 291; **BİLGE, M. E.**, Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2014, s. 114.

¹⁹⁰ Ticaret unvanının, unvandaki belirli sözcük ya da sözcüklerin farklı renklerle, büyük puntolarla ya da başka şekillerde ön plana çıkarılmış halde kullanımının ticaret unvanı olarak kullanım sınırlarını aştığı yönündeki Yargıtay değerlendirmesi için bkz. 11. HD., E. 2009/13563, K. 2011/6033, T. 17.05.2011 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 05.08.2016)

bir neden bulunmamaktadır¹⁹¹. Bu sebeple marka sahibi, üstün bir hakkı bulunduğu iddiası ile ticaret unvanının kullanımına engel olamayacaktır. Bu durumun istisnasını ticaret unvanının unvansal kullanım sınırlarını aşarak markasal kullanımı oluşturmaktadır¹⁹². Ticaret unvanının belirli bir ya da birkaç unsurunun ön plana çıkarılarak ürünler üzerinde, ürün reklam ve kataloglarında kullanılması markasal kullanıma örnek olarak verilebilir. Bu durumda marka sahibi, ticaret unvanının markadan önce ya da daha sonra tescil edilmiş olup olmadığına bakmaksızın itirazda bulunabilir¹⁹³.

Bir ticaret unvanının internet ortamında özellikle internet alan adı olarak kullanıldığı durumlarda yukarıdaki ölçütler çerçevesinde değerlendirme yapılmadan ihlalin varlığına karar verilemez. Eğer tescilli ticaret unvanı markasal olarak kullanılmayıp birtakım eklerle birlikte yeterli farklılığı sağlıyorsa veya farklı mal ve hizmetler için kullanılıyorsa bu durumda marka ihlalden söz edilemeyecektir¹⁹⁴.

¹⁹¹ **BİLGE**, s. 113.

¹⁹² **EPÇELİ**, s. 126; **UZUNALLI**, Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi, s. 181 vd.; **UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 138 vd. Aksi görüş için bkz. **PASLI**, s. 505 vd.

¹⁹³ **BİLGE**, s. 154.

¹⁹⁴ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay 11. HD., önüne gelen bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesinin benzer ölçütler çerçevesinde verdiği kararı onamıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta; *“Davacı vekili, müvekkilinin Polipa ibareli markanın sahibi olduğunu, aynı ibarenin davalının ticaret unvanında ve internet alan adında kullanıldığını ileri sürerek, davalının markaya tecavüzünün tespitine, markanın ticaret unvanından terkinine, haksız rekabet ve tecavüzün önlenmesine ve internet sitesinin aynı unvanla kullanılmasının durdurulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre; tarafların ürünlerinin farklı olduğu, davacının tanınmış marka iddiasının olmadığı ve bu yönde delil bulunmadığı, davalının ticaret sicilinde yer alan unvanının kılavuz sözcüğünü içeren alan adını kullanmasında yanlışlık olmadığı, davalı unvanındaki eklerin tarafların unvanlarını ayırt etmek için yeterli olduğu ve davalının haksız rekabette bulunduğu kanıtlanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” Yargıtay ise *“... tarafların ticari faaliyet alanlarının farklı olmasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir”* şeklindeki kararı ile ilk derece mahkemesinin belirli ölçütlere göre verdiği kararı onamıştır (Yarg. 11. HD., E. 2009/11957, K. 2011/4550, T. 18.04.2011, **ÇOLAK**, s. 471).

d. Markayı İnternet Ortamında Kullanan Kişinin İşletme Adından Doğan Hakkına Dayanması

İşletme adı, bir işletmeyi diğerlerinden ayırt etmek üzere kullanılan addır. Tescilli işletme adları TTK m. 38, 45, 47, 50, 51 ve 52'ye tabi olurlar (TTK m. 53). Her ne kadar ticaret unvanıyla aynı hükümlere tabi olsalar da işletme adları markalar ile daha yakın ilişki içerisindedirler. Gerek işletme adlarının pek çok sektörde markasal kullanımı gerekse markaların köken gösterme işlevleri nedeniyle üreten veya sunan işletmeyi işaret etmeleri bu yakınlığın temel sebepleridir¹⁹⁵. Aralarında yakın ilişki bulunsa da markanın internet ortamında işletme adına dayanılarak kullanıldığı durumlarda ticaret unvanı ile marka arasındaki değerlendirme ölçütleri burada da geçerli olacaktır.

B. Markanın Meşru Bağlantı Olmaksızın Kullanımı

Meşru bağlantı, markanın kullanımının doğrudan doğruya marka hakkına değil marka sahibiyle yapılan tek satıcı, acente, yetkili bayi, *franchising*, *know-how* veya lisans sözleşmelerine dayanmasıdır¹⁹⁶. Yargıtay, marka hakkının alan adı vasıtasıyla ihlalini konu edinen bir kararında söz konusu internet sitesinde satılan ürünler orijinal olsa bile meşru bağlantı olmadığı müddetçe ihlalin mevcudiyetini kabul etmiştir¹⁹⁷. Meşru bağlantının kullanım devam ettiği müddetçe mevcut olması gerekmektedir. Marka sahibi ile markayı internet ortamında kullanan kişi arasındaki

¹⁹⁵ BİLGE, s. 179-180.

¹⁹⁶ ÇOLAK, s. 457.

¹⁹⁷ Söz konusu davada bir ve iki numaralı davalılar, TPE nezdinde tescilli FORMULA7 markasını sırasıyla www.endersaracformula7.com, www.formula7satis.com şeklinde alan adı olarak tescil ettirmişlerdir. Ayrıca bu markayı taşıyan ürünleri de bahsi geçen sitelerde satmışlardır. Bir numaralı davalı söz konusu ürünleri eczanelerden fatura ile satın alarak sitesinde sattığını ve ürünlerin orijinal olduğunu ifade ederek kendini savunmuştur. Burada Yargıtay, satılan malların orijinal olmasını meşru bir bağlantının varlığı için yeterli görmemiş ve marka ihlalinin varlığına karar vermiştir (Yarg. 11. HD., E. 2012/9670, K. 2013/9502, T. 09.05.2013, UYAP, erişim tarihi: 02.02.2015); Benzer karar için bkz. (Yarg. 11. HD., E. 2012/13312, K. 2013/11811, T. 06.06.2013, ÇOLAK, s. 460).

hukuki ilişki sona ermiş ise üçüncü kişinin bundan sonraki kullanımları haksız kullanım teşkil edecektir¹⁹⁸.

2. Markanın İnternette Ticari Etki Yaratacak Şekilde Kullanımı

A. Kavram Olarak Ticari Etki Yaratacak Şekilde Kullanım

Marka sahibinin, markasının internet ortamında kullanılmasını engelleyebilmesi için aranan bir diğer şart ise haksız kullanımın “*ticari etki*” yaratacak biçimde gerçekleşmesidir. Doktrinde “*ticari muamelatta kullanma*¹⁹⁹” şeklinde ifade edilen ticari etki yaratacak şekilde kullanma, ekonomik bir fayda elde etmek için özel amaç dışında kullanım olarak tanımlanan²⁰⁰ ticari etki yaratacak şekilde kullanımın ne olduğu ve hangi tür kullanımların bu kapsama dahil olacağı hakkında KHK’da herhangi bir hüküm bulunmadığından konuya ilişkin uluslararası düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda inceleyeceğimiz ilk hüküm TRIPs m. 16/1’dir. KHK m. 61’e ve buradaki atıf dolayısıyla m. 9’a mehz teşkil eden, marka hakkı sahibine tanınan hakları düzenleyen TRIPs m. 16/1 şu şekildedir:

¹⁹⁸ Konuya ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta “*Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacılar ile davalı şirket arasında 2001 yılında bayilik ilişkisinin kurulduğu, 2005 yılında ise münhasır yetkili dağıtıcılık sözleşmesinin imzalandığı, davacıların bayilik ilişkisini tek yanlı irade ile sona erdirdiği, davalının elinde bulunan ürünlerin hiçbirinin iade alınmadığı, davaya konu internet sitelerinin tamamının davalının bayilik ilişkisinin olduğu dönemde kurulduğunun ve davalı işyerinde bulunan ürünlerin orjinal olduğunun anlaşıldığı, davalı şirketin 11 yıldan fazla davacının bayiliğini yaptığı ve ürünlerini sattığı, bu dönemde internet sitelerinin davacıların bilgisi ve rızası ile kullanıldığı, bayilik ilişkisi sona erince elde kalan ürünlerin satışını yapmak için internet alan adlarının kullanılmasının ticari hayatın bir zorunluğu olduğu, davalı eyleminin ticari dürüstlüğe uygun bulunduğu gerekçesiyle verdiği ret kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur (Yarg. 11. HD., E. 2015/6062, K. 2015/13423, T. 14.12.2015, www.kazancı.com, erişim tarihi: 02.05.2016).*

¹⁹⁹ **ŞENOCAK, K.**, Tescilli Bir Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) , Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali (*Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı*), BATİDER 2009, C. XXV, S. 3, s. 109; **ARKAN**, Değişiklikler, s. 9.

²⁰⁰ **ŞENOCAK**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 109.

“Tescilli bir markanın sahibi, aşağıda belirtilen kullanım şekli karışıklık olasılığına neden olacak ise, marka sahibinin iznini almamış bütün üçüncü şahısların, ticaretin olağan gidişatı içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını engelleme hakkına münhasıran sahip olacaklardır. Aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılacaktır. Yukarıda tanımlanan haklar önceden tanınmış mevcut haklara zarar vermeyeceği gibi, Üyelerin kullanım esasına göre hak elde etme olasılığını da etkilemeyecektir.”

Madde ile bir markanın üçüncü bir kişi tarafından kullanımına marka hakkı sahibinin müdahale edebilmesinin şartları düzenlenmiştir. Bu şartlar, söz konusu kullanımın; marka sahibinin izni olmaksızın gerçekleşmesi, karışıklık ihtimali doğurması ve ticaretin olağan gidişatı içinde gerçekleşmesidir. Konumuz ile ilgisinden dolayı biz bunlardan “*ticaretin olağan gidişatı*” şartı üzerinde duracağız. Bu şart ile ilgili açıklamalarımızdan önce madde metninde yer alan “*ticaret*” kavramının malların üretim aşamasından tüketiciye ulaştığı aşamaya kadarki tüm süreçleri kapsayacak şekilde geniş yorumlandığını ifade etmemiz gerekmektedir²⁰¹.

TRIPs metninde “*ticaretin olağan gidişatı*” şartına yer verilmesi, özellikle şahsi kullanımların marka sahibinin engelleme yetkisinin dışında bırakılması amacına hizmet eder. Şahsi kullanımların dışında ticari hayatın bir aktörü olan üçüncü kişinin kâr amacı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın markayı ticari faaliyeti içerisinde kullanımı, *ticaretin olağan gidişatı* içerisinde kullanım olarak değerlendirilmektedir²⁰². Bu bağlamda bir markayı taşıyan malların ya da hizmetlerin fuarlarda sergilenmesi, promosyonlarda kullanılması ya da bunlara kataloglarda yer verilmesi gibi kullanımlar da bu kapsama dahil edilmektedir.

Bu kavrama İnternet Üzerinde Marka ve Diğer Endüstriyel Mülkiyet Haklarının Kullanımına İlişkin Birleşik WIPO Tavsiyesi’nde²⁰³ de rastlamaktayız. Gerek KHK’da gerek WIPO metninde “ticari kullanım” değil de “ticari etki

²⁰¹ PASLI, s. 502.

²⁰² PASLI, s. 500.

²⁰³ Metin için bkz. <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf>, erişim tarihi: 02.05.2015.

yaratacak şekilde kullanımdan” bahsedilmiş olması söz konusu kavramın doktrinin yaptığı tanımdan daha geniş bir muhtevaya sahip olduğu sonucuna varmamızı sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle bir markanın fonksiyonlarını zedeleyen kullanımlar kâr amacı taşımasa dahi ticari etkinin varlığından söz edilebilecektir.

Ticari etki yaratacak şekilde kullanım hallerini örnek mahiyetinde sayan WIPO metnine göre kullanıcının; üye ülke içerisinde ikamet eden tüketiciye hizmet sunması, bir mal teslimi niyeti olmaksızın ticari etki yaratacak niyet belirtmesi, garanti veya satış sonrası servis sunması, gelecekte internet kanalıyla yapılamayacak bir ticari faaliyet yükümlülüğüne girmesi ticari etki yaratacak şekilde kullanım hallerinin bir kısmıdır.

Marka, özel kullanım dışında kullananın ya da üçüncü bir kişinin iktisadi menfaatlerini korumak veya geliştirmek amacıyla yönelik olarak kullanılıyorsa ticari kullanımın varlığından söz edilecektir²⁰⁴. Bir işaretin alan adı ya da yönlendirici kod olarak kullanılması durumunda ticari etkinin mevcut olup olmadığı somut olayın niteliğine göre kararlaştırılacaktır. Örneğin markanın alan adı olarak kullanıldığı durumlarda sitenin içeriği ticari faaliyetlerle ilişkilendirilebiliyorsa ya da site sahibi tacirse ticari etkinin varlığı kabul edilecektir²⁰⁵.

Site içeriğinin ticari faaliyetler ile ilişkilendirilmesinden kastedilen tek şey sitenin online alışveriş sitesi olması değildir. Bazı durumlarda bir site, marka ile ilgili görüşlerin açıklandığı alan niteliği taşımasına rağmen ticari amaçlı sitelerin linklerini içeriyorsa bu kapsamda değerlendirilebilecektir²⁰⁶. Site içeriğinin boş olması durumunda ise ticari etkinin söz konusu olmayacağına dair ilk derece mahkemesinin varmış olduğu kanaat Yargıtay tarafından dolaylı olarak kabul edilmiştir²⁰⁷.

²⁰⁴ **ŞENOCAK**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 110.

²⁰⁵ **BOZBEL, S.**, Markanın Domain Names, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması, (<http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf>, erişim tarihi: 01.03.2015).

²⁰⁶ **BARRETH, M.**, Trademarks and Digital Technologies; Use on the Net, Journal of Internet Law, May 2010, Vol. 13, N. 11, s. 14.

²⁰⁷ “... Mahkemece, 556 sayılı KHK'nın 9/II-e maddesi kapsamında site içeriğinin boş olması sebebiyle ticari etki yaratma koşulunun gerçekleşmediği kabul edilerek davanın reddine karar verilmiş ise de, dosya kapsamında alınmış bulunan 21.06.2012 tarihli bilirkişi raporunda, siteye

B. Markanın İfade Özgürlüğü Kapsamında Kullanımı

Bu başlık altında üzerinde durulacak konu ise internet ortamında ticari etki yaratmaya yönelik olmayan kullanımın ihlal sayılıp sayılmayacağı hususudur. Ticari etki yaratma niyeti taşımayan kullanım halinin en yaygın örneğini bir markanın ifade özgürlüğü bağlamında kullanımı oluşturmaktadır. Tüketici derneklerinin, tüketiciyi bilgilendirme amacı taşıyan kuruluşların internet siteleri aracılığıyla markaların adını kullanarak bu markalara ilişkin şikâyet ve eleştirilere yer vermesi markanın ifade özgürlüğü bağlamında kullanımının en yaygın halidir. *The Coalition Of Immokalee Farm Workers*'ın büyük tarım işletmelerini işçiler lehine değişiklikler yapmaya zorlamak ve bu işletmeler ile alım satım ilişkileri içerisinde bulunan restoran zincirlerini boykot etmek amacıyla başlattığı kampanya bu kullanım haline örnek olarak verilebilir. Söz konusu birlik, *McDonalds* markasını anahtar sözcük olarak alıp anahtar sözcük reklamcılığını kullanarak markanın geçmişteki kötü uygulamalarının sağlık açısından olumsuz sonuçlar doğurduğu ve obeziteye yol açtığı şeklinde iddialarda bulunmuştur. Birliğin söz konusu kullanımı ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmiştir²⁰⁸. Doktrinde bazı yazarlar, markaya ya da işletmeye hakaret edilmesini bunların eleştirilmesini fikir özgürlüğü kapsamında

ilişkin erişime engelleme kararından evvel bilirkişi heyetince sitede yapılan incelemede, sitede "Bu alan adı ... Lojistik firmasına aittir." ibaresinin bulunduğu, .. lojistik firmasının internet sitesi incelendiğinde ise "www.sahlojistik.com" uzantılı bir web sitesinin bulunduğu ve sitenin .. Lojistik Uluslararası Taşımacılık Ltd. Şti'ye ait olduğu bilgisine yer verildiği, sitenin "Hakkımızda" başlıklı bölümünde şirket genel müdürü ve Orta Asya sorumlusu olarak davalının isminin bulunduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda, dava dışı ..Lojistik firmasının kendi internet sitesinin bulunduğu, dava konusu sitede alan adının .. Lojistik firmasına ait olduğunun belirtilmesi karşısında dava konusu alan adı ile dava dışı firma arasında irtibat bulunduğu ve karıştırılma ihtimalinin doğduğu, ticari amaçla alınan alan adlarında "com." ibaresinin kullanıldığı da dikkate alındığında, dava konusu alan adının ticari amaçlı kullanılmak üzere alındığının anlaşıldığı, buna göre ticari etki yaratacak şekilde kullanım koşulunun oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, 556 sayılı KHK'nın 9/II-e maddesi koşullarının oluştuğu dikkate alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (Yarg. 11. HD., E. 2014/10178, K. 2014/18794, T. 02.12.2014 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 23.06.2016).

²⁰⁸ **BAYAMLIOĞLU, E.**, Arama Ağı Reklamcılığında Markanın Anahtar/Hedef Kelime Olarak Kullanımı, Legal FSHD 2011, S. 25, s. 39-41; **KIRCI**, s. 98; **RÜZGAR**, s. 73; **ÇOLAK**, s. 458.

değerlendirmenin KHK m. 9/II-e'ye aykırı olacağını ve alan adı korsanlarına fırsat sağlayacağını²⁰⁹ savunsa da biz bu görüşün ikinci bölümüne katılmamaktayız. Bir marka fikir özgürlüğüne aykırı olmadıkça eleştirilebilmelidir. Aksi durum marka hakkı sahibinin menfaatlerini kamuoyu aleyhine genişletmek olacaktır. Ancak buradan ifade özgürlüğü bağlamında yer alan tüm kullanım hallerinin ticari etki yaratmaktan tamamen uzaklaştığı sonucu çıkarılmamalıdır. Örneğin, markanın alan adı olarak kullanıldığı ve markaya ilişkin görüşlerin paylaşıldığı bir internet sitesinde söz konusu markaya ilişkin değerlendirmeler yapıldıktan sonra başka bir markanın ön plana çıkarılmış olması durumunda ticari etkinin varlığından söz edilebilecektir²¹⁰.

Ticari etki yaratmaya yönelik olmayan kullanım hallerinin bir diğer örneğini ise markanın konuya ilişkin ideolojik ya da dini bilgilerin yayımı amacıyla kullanımı oluşturmaktadır. Her ne kadar ticari etki yaratma amacı taşımasa da markanın bu tür kullanımının ifade özgürlüğü bağlamında ele alınmayıp, bir hizmet sunumu olarak nitelendiği dolayısıyla da ihlalin varlığına hükmedildiği kararlardan birkaçına ABD'de rastlamaktayız. *Planned Parenthood Federation of America Inc. & Bucci* davasında; davacı, *Planned Parenthood* doğum kontrol konusunda danışma ve de kürtaj hizmeti sağlayan bir kuruluştur. Davalı ise "*plannedparenthood.com*" alan adını tahsis ettiren, bu alan adı altında aile planlamasına ilişkin görüşlerini açıklayan ve bu konuda bir de kitap öneren kürtaj karşıtı Katolik bir aktivisttir. Burada Amerikan temyiz mahkemesi, dava konusu markanın alan adı içerisinde kullanılarak konuya ilişkin dini görüşlerin açıklanmasını bir hizmet sunumu olarak nitelemiş dolayısıyla ticari etkinin varlığına kanaat getirmiştir²¹¹.

²⁰⁹ **BOZBEL**, Markanın Domain Names, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması, (<http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf>, erişim tarihi: 01.03.2015).

²¹⁰ **KIRCI**, s. 99.

²¹¹ Karar metni için bkz. (<http://cyber.law.harvard.edu/property/domain/ppfa.html>); Benzer karar için bkz. **BARRETH**, s. 13.

III. İNTERNET ORTAMINDA MARKA İHLALİNE YOL AÇAN KULLANIM ŞEKİLLERİ

1. Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı

A. Alan Adı (*Domain Name*) Kavramı

İnternetin ticari amaçlar doğrultusunda kullanılması²¹² ve küresel bir nitelik kazanmasıyla beraber, reel yaşamın bir parçası olan alanlarda sık rastlanılır hale gelen alan adları web sayfalarının kullanıcılar için bir anlam ifade eden, hatırlanması kolay²¹³ elektronik adresleridir²¹⁴. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'na ve bu kanuna dayanılarak çıkarılmış İnternet Alan Adları Yönetmeliği'ne²¹⁵ (İAAY) göre alan adları, “internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adlardır”. Tanımdan da anlaşılacağı üzere özünde teknik bir işleve sahip alan adlarını incelemeye değer kılan husus ise zamanla ticari ad ve işaretler arasında yer edinmiş olmasıdır.

B. Alan Adları Sistemi

Alan adları sistemi geliştirilmeden önce, bilgisayarlar arasındaki iletişim, IP numarası olarak nitelendirilen rakamlar aracılığıyla sağlanmaktaydı. IP adresleme sistemi olarak adlandırılan bu sistemde uzun rakamlardan oluşan IP numarasını akılda tutmak oldukça zordu. Örnekleme gerekirse IP adresleme sisteminde “www.

²¹² İnternetin ticari alandaki yaygın kullanımını göz önünde bulunduran kanun koyucu, 6102 sayılı TTK'nın 1524'üncü maddesinde bağımsız denetime tabi olan sermaye şirketlerine (Bağımsız denetime tabi olacak şirketleri belirleme yetkisi 6102 sayılı TTK'da 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu'na verilmiştir.) web sitesi açma zorunluluğu getirmiştir. Benzer bir düzenlemeye 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer verilmiş olup m. 16 ile bankalara ana sözleşmelerini güncel olarak internet sitelerinde yayınlama yükümlülüğü getirilmiştir.

²¹³ **İŞIKLI, H.**, İnternet Alan İsimleri Sistemi, Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki, DPT Yayını 2001, s. 10.

²¹⁴ **ÇOLAK**, s. 459; **BİLGE**, s. 33.

²¹⁵ RG. 07.10.2010, S. 27752.

tubitak.gov.tr” adresine ulaşabilmek için “193.140.80.208” IP numarasını akılda tutmak gerekirdi. Bu zorluğu aşmak ve kullanıcıların internette dolaşımını kolaylaştırmak amacıyla alan adları sistemi geliştirilmiştir.

Alan adları sistemi (*Domain Name System-DNS*), IP sistemi üzerine kurulmuş olan²¹⁶, kullanıcıların internette dolaşımını kolaylaştıran ve iki temel unsurdan oluşan küresel bir sistemdir²¹⁷. Alan adları sistemini oluşturan iki unsur; alan adı (*domain name*) ve de internet protokol numarasıdır. Bu sistemde web sitesinden bilgi sunmak isteyen kişiler web sayfalarına erişimin kolay olabilmesi için bir IP numarasının yanı sıra bir de bu IP numarasına karşılık gelen alan adı almaktadırlar. Başka bir ifadeyle alan adları sistemi sayesinde IP numarasını bilmemize gerek kalmaksızın ulaşmak istediğimiz web sayfasının adını adres çubuğuna yazmamız bu sayfaya erişim sağlamamız için yeterli olacaktır. Saniyelerle ifade edilen çok kısa bir zaman dilimi içerisinde bilgisayar bu alan adını, geniş veri tabanlarında tutulan ve alan adına karşılık gelen sayı kombinasyonuna dönüştürür. Söz konusu sistemin iki temel unsurundan biri olan alan adı önceki başlık altında açıklandığından, alan adları sisteminin bir diğer unsuru olan IP numarası kavramı üzerine duracağız.

IP numarası, hem bilgisayarın bulunduğu ağı hem de bilgisayarın bu ağ içerisindeki yerini gösteren, telefon numarası gibi sayısal bir adrestir. Birbirinden noktalar aracılığıyla ayrılan bir dizi rakamdan oluşan IP adresi birlik düzende ve onluk düzende olmak üzere iki farklı şekilde yazılabilmektedir²¹⁸. Birlik düzendeki bir IP adresi birbirinden nokta ile ayrılmış, ‘0’ ve ‘1’ rakamlarını içeren ve her biri sekiz haneli olan dört bölümden oluşur. Örn. 10000011.01101011.00000001.00001100 gibi. Bu IP adresinin kullanımı zor olduğundan onluk sistem geliştirilmiştir. Yaygın olarak kullanılan onluk düzendeki

²¹⁶ OĞUZ, S., İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması, Ankara 2014, s. 147; YAŞAR, M., Alan Adları ve ICANN Tahkimi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*GÜHFD*) 2004, S.1, s. 625.

²¹⁷ IŞIKLI, s. 10; KIRCI, s. 76; Ayrıca bkz. (<http://www.wipo.int/amc/en/center/faq/domains.html#2> erişim tarihi: 20.03.2015).

²¹⁸ BOZBEL, S., İnternet Alan Adlarının (*Domain Names*) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü (*ICANN Tahkim Usulü*), Ankara 2006, s. 24; OĞUZ, s. 47.

yazımda ise IP adresi birbirinden nokta ile ayrılmış ‘0’ ile ‘255’ arasında yer alan rakamlardan oluşan dört bölümden meydana gelmektedir²¹⁹. Her IP numarasının karşılığı olarak bir alan adı alınması mümkündür; ancak web sayfası aracılığıyla internet üzerinden bilgi paylaşma amacı taşımayan kişilerin internete bağlanabilmesi için sadece IP adresi almaları yeterli olacaktır.

C. Alan Adlarının Yapısı

Alan adları soldan sağa doğru birbirinden noktalarla ayrılmış iki ya da üç bölümden oluşan hiyerarşik bir yapıdadır²²⁰. Alan adları, birinci derece ve ikinci derece olmak üzere en az iki dereceli bir yapıya sahip olmalıdır. Alan isimleri, ‘http’ ve ‘www’ ön ekleriyle kullanılmakta olup, soldan sağa doğru derecelendirilmektedir. Örneğin, ‘http://www.ankara.edu.tr’ adresinde;

Hiper metin aktarım protokolü (http), tüm internet adreslerinin başında bulunması teknik bir zorunluluk olan, ayırt edici ve tanıtıcı bir fonksiyonu bulunmayan HTML (*Hyper Text Markup Language*- Hiper Metin İşaretleme Dili) sayfalarının aktarımı için kullanılan standart programdır²²¹.

Dünyayı saran ağ kavramı (*world wide web-ww*), internet üzerinden yayınlanan birbiriyle bağlantılı hiper-metin dokümanlarının oluşturduğu bir bilgi sistemi olup, sayfalar arasında geçiş kolaylığı sağlamaktadır. Tıpkı ‘http’ kodu gibi ayırt edicilik özelliği bulunmamaktadır.

Birinci Düzey Alan Adları (*Top Level Domains-TLDs*), sitenin faaliyet sahasını, yayın yaptığı ülkeyi ya da her ikisini birden gösteren ve alan adı kompozisyonunun en sağında yer alan ögedir. Birinci düzey alan adları cins üst düzey alan adları (*Generic Top Level Domains-gTLDs*) ve ülke kodu üst düzey alan adı (*Country Code Top Level Domains- ccTLDs*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Cins üst düzey alan adları, alan adı sahibinin niteliğini gösteren ve organizasyon yapısı hakkında bilgi veren alan adlarıdır ve genellikle kullanıldıkları

²¹⁹ **BOZBEL**, ICANN Tahkim Usulü, s. 24.

²²⁰ **OĞUZ**, s. 46, **İŞIKLI**, s. 11; **ANIK, G.**, İnternet Alan Adı, FMR 2005, C. 5, S. 4, s. 67.

²²¹ Web sayfalarını oluşturmak için kullanılan programlama dilidir.

organizasyonların İngilizce kısaltmalarından oluşur. Örneğin, ‘.com’ ticari kuruluşlar, ‘.net’ bireyler, ‘.mil’ askeri kurumlar tarafından kullanılmaktadır. Bu alan adları herkesin kullanımına açık olan alan adları (.com, .net) ve yalnızca resmi kurumların kullandığı alan adları (.int, .edu, .gov, .mil) olarak ikiye ayrılmaktadır.

Ülke kodu niteliğindeki birinci düzey alan adları ise, ülkelerin iki harfli kodunun eklenmesiyle oluşturulmaktadır. Türkiye için ‘.tr’, Almanya için ‘.de’, Fransa için ‘.fr’ kısaltmaları ülke kodu niteliğindeki birinci düzey alan adlarıdır.

İkinci düzey alan adları (*Second Level Domains*), tescil makamının belirlediği sınırlara sadık kalmak suretiyle dilenildiği gibi seçilebilen ve alan adının uyumsuzluklara konu olan ayırt edici bölümleridir²²². Bu bölüm harf, rakam veya tire (-) işaretini içeren kombinasyonlardan oluşmaktadır. İkinci düzey alan adları, internet sayfasının içeriğini tasvir edebileceği gibi bu sayfanın kime ait olduğunu da belirtebilir. Örneğin, “www.haberler.com” adresinde ikinci düzey alan adını oluşturan “haberler” kelimesi sitenin içeriği hakkında bilgi verirken, “www.barrackobama.com” adresindeki ikinci düzey alan adı web sitesinin ait olduğu kişiyi belirtmektedir.

D. Alan Adlarının İşlevleri

Tanıtma, kaynak gösterme, garanti ve reklam işlevleri alan adlarının başlıca işlevleridir.

Tanıtma işlevi; alan adının sahibini diğer alan adı sahiplerinden ayırt ederek ferdileştirmesini ifade eder²²³. Alan adı bu işlevini doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleştirir. Alan adı sahibi kişi ya da organizasyonun veya markanın, alan adında yer almasıyla bu işlev doğrudan gerçekleştirilmiş olur. Alan adı içerisinde alan adı sahibine veya markaya yer verilmemiş olsa bile *whois*²²⁴ adı altındaki veri

²²² IŞIKLI, s. 11; OĞUZ, s. 57.

²²³ OĞUZ, s. 125.

²²⁴ Alan adı sahiplerinin gerçek kimliklerinin kayıtlı olduğu, ilgisi olup olmadığına bakılmaksızın herkesin kullanımına açık veri tabanıdır.

tabanlarında bir alan adının kime ait olduğunun açık bir şekilde görülebilmesi alan adının dolaylı da olsa tanıtma fonksiyonunu yerine getirmesini sağlar²²⁵.

Tanıtma işlevi ile oldukça yakın ilişki içerisinde bulunan kaynak gösterme işlevi, alan adının web sitesinde sunulan mal veya hizmetlerin menşeyini göstermesini ifade etmektedir²²⁶.

Garanti işlevi; aynı alan adına bağlı web sitesinde belirli bir işletme veya organizasyon tarafından o ana kadar belirli bir kalitede mal veya hizmetin sunulduğunu ifade etmektedir²²⁷. Alan adının garanti işlevi sayesinde hem mal ve hizmetin kalitesi hem internet üzerinden yapılan alımların güvenli bir ortamda gerçekleştirileceği hem de malların sorunsuz bir şekilde tüketicilere ulaştırılacağı konusunda müşterilerde güven duygusu oluşur.

Reklam işlevi; alan adının, bu alan adına bağlı web sitesinde sunulan mal ve hizmetleri halka tanıtmasını ve bunların alıcıların zihninde yer edinmesini ifade eden işlevidir. Reklam işlevi, alan adının ayırt edici olmasıyla bağlantılıdır. Alan adının ayırt ediciliği ve işlevselliği arttıkça reklam değeri de artacaktır. Bir başka ifadeyle başlangıçta reklam işlevi zayıf bir alan adının sürekli kullanılarak güçlü bir reklam değeri kazanması mümkündür.

Alan adlarının işlevleri ikinci düzey alan adları ile sınırlandırıldığından ikinci düzey alan adlarına müdahale ederek bu işlevleri zedelemek oldukça kolaydır. Örneğin, “Apple” markasına ait “www.apple.com” internet sitesinin “www.ihateapple.com” şeklinde bahsi geçen fonksiyonları zedeleyecek şekilde tescili mümkündür²²⁸.

²²⁵ OĞUZ, s. 126.

²²⁶ NÖMER, İnternet Alan Adının (*Domain Name*) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebepiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar (*İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği*) Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 1, s. 401; OĞUZ, s. 127.

²²⁷ YAŞAR, s. 627; OĞUZ, s. 128.

²²⁸ REED, S. R., Sensible Agnosticisim: An Updated Approach to Domain-Name Trademark Infringment, Duke Law Journal 2011, Vol. 61, s. 227.

E. Alan Adı Tahsis ve Tescilinde Uygulanacak Kurallar

Alan adları tescil usullerine baktığımızda, birinci düzey alan adlarından jenerik birinci düzey alan adları (gTLD) ile ülke kodu birinci düzey alan adlarının (ccTLD) tescilinin farklı usullere tabi olduğunu görmekteyiz.

a. Jenerik Birinci Düzey Alan Adlarının (gTLD) Tescili

İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers –ICANN*)²²⁹ tarafından akredite edilmiş kuruluşlarca tahsis edilen jenerik birinci düzey alan adlarının tescilinde hakim olan ilke “ilk gelen ilk alır- *first come first served*” ilkesidir. Bu ilke gereğince tescil esnasında esas alınan husus tescil talebinde bulunan kişinin üçüncü bir kişinin hakkını ihlal etmediğine dair beyanıdır. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer durum ise tahsisi talep edilen alan adının daha önce tescil edilmemiş olmasıdır. Ülke kodu içermeyen birinci derece alan adlarının hukuki yapısı ve tescil şartları doğrudan ICANN tarafından belirlendiğinden tescil başvurusunda bulunan kişi ayrıca ICANN tarafından geliştirilen tahkim usulüne tabi olduğunu kabul etmelidir²³⁰.

b. Ülke Kodu Birinci Düzey Alan Adlarının (ccTLD) Tescili

aa. Genel Olarak

Ülke kodu birinci düzey alan adlarının tahsisi ICANN tarafından belirli kurallar çerçevesinde her ülkede belirli bir kuruluşa devredilmiştir²³¹. Türkiye’de bu görev “.tr” uzantılı alan adlarının yönetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek

²²⁹ 1998 yılında Kaliforniya kanunlarına göre kurulmuş, kar amacı gütmeyen bir kuruluştur. İnternet sitesinde kendisini şu şekilde tanımlamaktadır: “ICANN, kar amacı gütmeyen, tüm dünyadan katılımcıları olan ve internet güvenliğini sabit ve birlikte işleyebilir tutmaya çalışan kamuya yararlı bir kuruluştur. İnternetin adlandırma sistemindeki koordinasyon rolü ile internetin gelişmesi ve dönüşmesi üzerinde önemli bir etkisi vardır.” (<https://www.icann.org/get-started>, erişim tarihi: 06.04.2015). Ayrıca ICANN tüm dünyada alan adı kaydı yapan şirketleri yetkilendirir.

²³⁰ **BOZBEL**, ICANN Tahkim Usulü, s. 30.

²³¹ **DAL**, s. 486.

amacıyla hazırlanan İAAY yürürlüğe girinceye kadar ODTÜ tarafından yürütülmekteydi. Yönetmelik ise söz konusu görevi Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na bağlı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (BTK) devretmiştir. BTK, “.tr” uzantılı internet alan ağı sistemi (TRABİS)²³² aracılığıyla alan adı tahsis faaliyetlerini gerçekleştirecektir; ancak Yönetmelik'in geçici 1'inci maddesi gereğince TRABİS etkin hale getirilinceye kadar mevcut işleyiş devam edecektir. Her ne kadar İAAY geçici m. 1/ 2'de “*bu Yönetmeliğin yayımlandığı tarihten itibaren en geç iki yıl içerisinde TRABİS faaliyete geçirilir*” hükmü yer alsada çalışmamızın hazırlandığı tarihte TRABİS henüz faaliyete geçirilmediğinden alan adı tescili hâlihazırda ODTÜ tarafından yürütülmektedir. Bu sebeple her iki uygulamayı ayrı ayrı incelememizde fayda bulunmaktadır.

bb. ODTÜ Tarafından Uygulanan Sistem

ODTÜ; InterNIC'e (*Internet's Network Information Center- İnternet Ağı Bilgi Merkezi*)²³³, kayıt olduğu 1992 yılından itibaren “.tr” uzantılı alan adlarının tahsisi, yönetimi ve koordinasyonundan sorumludur²³⁴. ODTÜ, alan adlarının tahsisinde ise “.tr” Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyiş Sürüm 5.1.2 isimli metni esas almaktadır²³⁵.

²³² .tr ağ bilgi sistemi (TRABİS): “.tr” uzantılı internet alan adı sisteminin ve buna ait merkezi veri tabanının işletilmesine, rehberin oluşturulmasına, güncellenmesine ve rehberlik hizmetinin sunulmasına ve alan adı başvuru işlemlerinin gerçek zamanlı olarak yapılmasına imkân veren, tüm bu faaliyetlerin güvenli ve iş sürekliliğini sağlayacak şekilde gerçekleştirildiği sistemi ifade eder (bkz. İAAY m. 3/n).

²³³ InterNIC 1972 yılında kurulan, internet alan adları ve IP numaralarının tahsisini sağlayan ICANN bünyesinde uluslararası bir kuruluştur.

²³⁴ **İŞIKLI**, s. 58-59; **DAL**, s. 486.

²³⁵ “.tr” alan adları politikaları, alan adı tahsis süreci kuralları ve işleyişine ilişkin tüm bilgilere erişebileceğimiz bu metin DNS Çalışma Grubu (DÇG) tarafından hazırlanmıştır. 2000 yılında oluşturulan DÇG, alan isimlerine ilişkin politika ve kuralları belirleme, alan adlarının sağlıklı işlemesi amacıyla öneriler hazırlama ve bu önerileri Alan Adı Yönetimi'ne ileterek uygulanmalarını sağlama amacı güder (https://www.nic.tr/index.php?USRACTN=STATICHTML&PAGE=about_corpident, erişim tarihi: 09.04.2015).

Temel ilke olarak sınıai haklara tecavüz edilmemesini ve alan adı ticaretinin teşvikinin engellenmesini esas alan metinde alan adı tahsisi belgeli ve belgesiz tahsis olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Belgesiz tahsis (web.tr, gen.tr, name.tr, tel.tr gibi) usulünde alan adı tahsisi anında gerçekleşmekteyken, belgeli tahsis usulünde (com.tr, info.tr, biz.tr, net.tr, org.tr gibi) ise tahsis işlemi, başvuru anında gerçekleşmeyip başvurular ODTÜ'nün alan adı tahsisine ilişkin kuralları çerçevesinde değerlendirilip sonuca bağlanır²³⁶.

ODTÜ, alan adı talebinde bulunan kişi ya da kurumlara tahsisini istedikleri alan adları ile ilişkili olmaları ve bu ilişkilerini belgelemeleri, “.tr” uzantılı alan adı tahsis etmek isteyen yabancılara ise bu alan adını Türkiye’de kullanma ya da en azından kullanma girişiminde bulunma zorunluluğu getirmiştir. ODTÜ'nün uygulaması bu yönüyle eleştirilere maruz kalmaktadır²³⁷. Bunun yanı sıra alan adı tahsisinde tek yetkili kuruluşun ODTÜ olmasının tekel oluşturduğu, ayrıca “*ilk gelen ilk alır*” ilkesi yerine belgeye dayanan uzun bir prosedür izlenmesinin alan adı tahsisini sınırlandırdığı ve bu alandaki taleplerin yurt dışından tescil suretiyle karşılandığı doktrinde eleştirilen diğer noktalar²³⁸. Benimsemiş olduğu politika her ne kadar eleştirilere maruz kalsa da ODTÜ'nün bu tutumunun alan adı uyuşmazlıklarının önlenmesinde önemli bir rol oynadığı yadsınamaz bir gerçektir.

cc. İAAY ile Uygulanacak Olan Sistem

İAAY’de de tıpkı ODTÜ uygulamasında olduğu gibi belgeli ve belgesiz tahsis ayrımı mevcuttur (m. 8). Belgesiz tahsis usulünde ilk gelen ilk alır ilkesinin geçerli olduğu açıkça zikredilmiştir. “.com.tr, .biz. tr, .gen.tr, .info.tr, .bbs.tr, .org.tr, .net tr” gibi alan adlarının tahsisinde bu ilke geçerlidir. İlk gelenin tespitinde ise

²³⁶ En az bir en fazla beş yıllık bir süre için yapılabilen başvurular, www.nic.tr adresi üzerinden online gerçekleştirilmektedir. Başvuru sırasında talepte bulunan kişilerin verdiği bilgiler aleni olup üçüncü kişilerin incelemesine açıktır. Ayrıca koşullu tahsis edilen alan adları, üçüncü kişilerin itirazına olanak tanınması için 6 ay süre ile itiraz askısında bekletilir (Ayrıntılı açıklama için bkz. “.tr” Alan Adları Politikalar, Kurallar, İşleyiş Sürüm 5.1.2 giriş kısmı ve 18. madde).

²³⁷ **NOMER**, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği, s. 405.

²³⁸ **İŞIKLI**, s. 62; **MEMİŞ, T.**, Alan Adları ve TR Alan Adı Politikalarına Eleştirel Bir Yaklaşım (<http://www.e-akademi.org/>, erişim tarihi: 27.03.2015).

başvuruların TRABİS'e ulaştığı an esas alınır. Belgeli tahsis usulünde ise alan adını tescil ettirmek isteyen taraf, alan adı ve uzantısını kullanma konusunda bir hak veya menfaati bulunduğunu belge ile ispat edecektir. “.av.tr, .dr.tr, .bel.tr, .gov.tr” bu şekilde tahsis edilecek alan adlarındandır. Gerçek veya tüzel kişiler tescil ettirmek istedikleri alan adlarının yapısına göre belgeli ya da belgesiz tahsis usulüne başvurabilirler. ODTÜ uygulamasının aksine İAAY'de yabancıların durumuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak İAAY'de konuya ilişkin hüküm bulunmaması yabancıların “.tr” uzantılı alan adı tahsisinde bulunamayacağı anlamına gelmemektedir²³⁹.

Alan adlarının tescili konusunda ODTÜ ile benzer sistemi kabul eden İAAY alan adlarının satışı veya devrini ise kolaylaştırmıştır. İAAY'den önce alan adlarının satışı ve devri ancak alan adlarının tahsisine esas teşkil eden belgelendirilmiş hakların devri halinde mümkünken Yönetmelik ile beraber bu şart kaldırılmıştır. Bir başka ifadeyle alan adının devri hakların devrine bağlı olmaktan çıkarılmıştır.

Yönetmelik ile getirilen bir başka yenilik ise hali hazırda kullanılmayan “.a.tr” yapısındaki alan adlarının tahsisine imkân sağlanmasıdır. Daha açık ifadeyle jenerik birinci düzey alan adına ihtiyaç olmaksızın sadece ikinci düzey alan adı ve ülke kodundan oluşan alan adlarının (ankara.tr, mudo.tr gibi) tahsisi mümkün hale gelmiştir. Sadece ülke kodundan oluşan bu tür alan adlarının yeni bir rekabet pazarı yaratacağı düşünülmektedir²⁴⁰.

F. Alan Adlarının Korunması

a. Genel Olarak

Gelişim sürecinin başlangıcında sadece teknik bir işleve sahip olan alan adları, elektronik ticaretin yaygınlaşmasıyla beraber ticari yaşamın bir parçası haline gelmiş bulunmaktadır. Esasen sayılardan oluşmaları ve kullanıcıları ilgili internet sitesine bağlamaları, başka bir deyişle sitenin siber uzaydaki konumunu belirlemeleri nedeniyle alan adları, doktrinde bazı yazarlar tarafından bir çeşit elektronik

²³⁹ OĞUZ, s. 83.

²⁴⁰ DAL, s. 11.

ikametgâh ya da telefon numarası gibi değerlendirilmiştir²⁴¹. Alan adlarının sayılan teknik özelliklerin yanı sıra kişiyi tanıtmaya, kaynak gösterme, güven ve reklam işlevlerine sahip olması onları hukuken korunmaya değer kılmaktadır.

b. Alan Adlarının Medeni Hukuk Anlamında Ad Olarak Korunabilmesi

Ad, “bir kimseyi, bir şeyi anlatmaya, tanımlamaya, açıklamaya, bildirmeye yarayan söz, isim, nam” olarak tanımlanır. Medeni hukuk anlamında ad ise “ bir kişiyi toplumdaki diğer kişilerden ayırmaya yarayan onu belirleyen ve ferdileştiren tanıtmaya aracısıdır²⁴².” Bu tanımdan hareketle adın bir hukuk kişisini diğerlerinden ayırmaya yönelik olduğunu görmekteyiz. TMK, adlara özel bir koruma sağlamıştır. TMK m. 26’ya göre; “*Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir. Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddî zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevî tazminat ödenmesini isteyebilir.*” Burada çözülmesi gereken sorun, alan adlarının TMK’da sağlanan bu koruma kapsamına dahil edilip edilemeyeceğidir.

Alan adlarının esas olarak internet siteleri vasıtasıyla başkalarıyla iletişime geçen gerçek veya tüzel kişileri tanımladığı, ekonomik anlamda bir varlığı temsil ettiği göz önünde bulundurulduğunda TMK’nın ilgili maddesinin sağladığı korumadan faydalanmasını engelleyecek herhangi bir durum olmadığının kabulü

²⁴¹ **DAL, S.**, Türk Hukukunda Alan Adları (Domain Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi 2010, C. XXVIII, S. 1, s. 483; **MEMİŞ, T.**, Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, (<http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm>, erişim tarihi: 27.03.2015); **ÖZDİLEK, A. O.**, Uygulamadan Örneklerle Bilişim Suçları ve Hukuku, İstanbul 2006, s. 2; **ÖZDEMİR, H.**, Türk ve İsviçre Medeni Hukuku’nda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD) 2008, C. 57, S. 3, s. 570.

²⁴² **HELVACI, S.**, Gerçek Kişiler, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 133; **DURAL, M./ ÖĞÜZ, T.**, Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, s. 165; **ÖZTAN, B.**, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 40. Baskı, Ankara 2015, s. 2017.

gerekir²⁴³.

c. Alan Adlarının Marka Olarak Korunabilmesi

Bir işaretin marka olarak tescili için gerekli şartları çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı olarak incelemiştik. Buna göre; çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen veya çoğaltılabilen her türlü işaret KHK'da belirtilen mutlak veya nisbi tescil engellerine aykırılık bulunmamak kaydıyla marka olarak tescil edilebilir. Bu koşullar bağlamında alan adları ile diğer işaretlerin marka olarak tescili arasında bir fark bulunmamaktadır²⁴⁴. Örneğin TPE "www.develi1912.com.tr"²⁴⁵, www.finansonline.com.tr²⁴⁶ gibi alan adlarını marka olarak koruma altına almıştır.

Bir alan adının marka olarak tescil edilmiş olması durumunda alan adında yer alan "www, .com, .tr" gibi ibarelerin ayırt edici nitelik taşıyıp taşımadığının da belirlenmesi gerekmektedir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere bu ibareler, alan adı içerisinde teknik işleve sahip ibarelerdir. Tıpkı alan adında olduğu gibi bir alan adının marka olarak tescil edildiği durumlarda da alan adına özgü bu ibareler, genel olarak, ortalama tüketici nezdinde ayırt edici bir nitelik göstermeyecektir²⁴⁷. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay'ın uygulamasına örnek olarak "www.interfarma.com.tr" kararını verebiliriz²⁴⁸. Söz konusu kararda "...internet alan adlarının da 556 sayılı KHK'nın 5'inci maddesindeki tanımlama uyarınca ürünün veya hizmetin kaynağını göstermek kaydıyla marka olarak tescil edilebilecekleri, başvuru konusu "www.....com.tr"

²⁴³ MEMİŞ, Alan Adları Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar (http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm, erişim tarihi: 27.03.2015).
NOMER, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği, s. 401.

²⁴⁴ OĞUZ, s. 54.

²⁴⁵ TPE Resmi Marka Bülteni, 2016/251, T. 27.04.2016.

²⁴⁶ TPE Resmi Marka Bülteni, 2016/249, T. 28.03.2016.

²⁴⁷ BİLGE, s. 196.

²⁴⁸ Yarg. 11. HD., E. 2005/2631, K. 2006/2520, T. 13.03.2006 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 10.08.2016).

ibarelerinin internet alan adıyla ilgili ve herkesin kullanımına açık yardımcı unsurlar olmaları nedeniyle ayırt edicilik vasıfları yoksa da, başvuru içerisinde yer alan "interfarma" ibaresinin ayırt edici olması nedeniyle esaslı ve yardımcı unsurların birlikte kullanıldığı "www.interfarma.com.tr" ibaresinin marka olarak tescilinin mümkün bulunduğu gerekçesiyle davanın... kabulüne... karar verilmiştir."

TPE de alan adına özgü ibarelerin ayırt edici niteliği olmadığını kabul etmiştir²⁴⁹. Herkesin kullanımına açık sözcükleri ikinci düzey alan adı olarak içeren marka tescil taleplerinin TPE tarafından reddedilmesi bunun göstergesidir. Eğer TPE, söz konusu ibareleri ayırt edici olarak nitelendirmiş olsaydı "www banka.com.tr" , "ticaret net"²⁵⁰ gibi alan adlarına marka koruması sağlardı; ancak mevcut uygulama bu tür taleplerin kabul edilmemesi yönündedir.

Bu konuya ilişkin olarak eklemek istediğimiz son husus ise alan adına özgü ibarelerin ayırt edici nitelik kazanmış olmaları durumunda genel uygulamadan ayrılarak değerlendirme yapılabileceğidir²⁵¹. Örneğin WIPO, "Sixnet" markasının üçüncü kişi tarafından "www.six.net" şeklinde tescil ettirilmesine yönelik uyuşmazlıkta ".net" ibaresinin ayırt edici niteliğe sahip olduğunu kabul etmiştir²⁵².

d. Alan Adlarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunabilmesi

Bir alan adı; marka hakkına, ticaret unvanı veya işletme adından doğan veya medeni hukuk anlamında addan kaynaklanan bir hakka dayanmadan tescil ettirilmiş ve kullanılıyor olabilir. Hatta "www.amazon.com, www.altavista.com, www.idefix.com" gibi bazı alan adları, bu kullanım neticesinde belirli bir tanınırlık

²⁴⁹ OĞUZ, s. 55. Bu konudaki açıklamalar için bkz. TPE Marka İnceleme Kılavuzu 2015, s. 78.

²⁵⁰ TPE'nin "ticaret net" ibaresinin marka olarak tescilini KHK m. 7/1-a,c ve d bentlerine göre reddettiği kararına itirazlar, ilk derece mahkemesi tarafından "ticaret ve net kelimelerinin herkesçe kullanılan ibareler olduğu, birleşik yazılımının da ayırt edici nitelik kazandırmayacağı..." gerekçesiyle reddedilmiştir. Yargıtay ise ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır (11. HD., E. 2002/4924, K. 2002/9251, T. 21.10.2002; www.kazanci.com, erişim tarihi: 10.08.2016).

²⁵¹ BİLGE, s. 197.

²⁵² Karar metni için bkz. (www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/word/.../d2000-0008.doc, erişim tarihi: 10.08.2016).

seviyesine ulaşmış olabilir. Bu tür alan adları, Türk hukukunda bir tanıtma işaretinin diğer bir tanıtma işaretine üstünlüğü kabul edilmediğinden²⁵³ diğer bir alan adına, tescil edilmeden kullanılan tanıtma işaretlerine, tescil edilmiş marka, tescil edilmiş ticaret unvanı veya işletme adına karşı korunabilir. Ancak hukukumuzda alan adlarına ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığından söz konusu koruma genel hükümler çerçevesinde sağlanacaktır. Buna göre internet alan adlarının başka alan adıyla veya marka, unvan, işletme adı gibi ayırt edici ad ve işaretlerle karıştırılmaya yol açacak şekilde kullanılması durumunda alan adı sahibi, TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin yanı sıra Türk Borçlar Kanunu²⁵⁴(TBK)'nın haksız fiile ilişkin hükümlerine de başvurabilecektir²⁵⁵.

Bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabeti sağlamayı amaçlayan haksız rekabete ilişkin hükümler TTK m. 54 ve devamında düzenlenmiştir. Rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerde aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı kabul edilirler. Bu davranışlar ve ticari uygulamalar TTK m. 55'de sınırlı sayıda olmayacak şekilde sayılmıştır. Alan adının korunması ise m. 55/1-a-4'e göre talep edilebilecektir²⁵⁶. Alan adının haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunabilmesi için zarar görme tehlikesinin varlığı yeterli olup, mevcut bir zararın ya da kusurun ispatına gerek yoktur. *Oğuz*, alan adlarının bu korumadan yararlanabilmesi için uyuşmazlığa konu diğer tanıtıcı ad veya işaretlerden önce kullanılması ve bu kullanımın hukuka uygun olması bir başka

²⁵³ **NOMER**, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği, s. 404.

²⁵⁴ RG. 04.02.2011, S. 27836.

²⁵⁵ **BİLGE**, s. 37; **NOMER**, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği, s. 407; **OĞUZ**, s. 314-315; **ŞENOCAK**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 107.

²⁵⁶ Alan adları haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunabildiği gibi bir alan adının korunan bir işareti ya da hakkı ihlal etmesi durumunda da TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerine gidilebilecektir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. "... Alan adlarına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından, alan adının korunan bir işareti ya da hakkı ihlal etmesi halinde TTK'nın ilgili maddelerine dayanarak haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açılması mümkündür ve alan adını tahsis eden kuruluş bu yetkisini kanundan almadığından dolayı, tahsis edilen alan adının sicilden terkin edilinceye kadar olan kullanımının da haksız rekabet oluşturmaması mümkündür." (Bkz. Yarg., 11. HD., E. 2007/1677, K. 2008/4071, T. 28.03.2008, **BİLGE**, s. 184).

deyişle alan adı sahibinin öncelikli ve üstün bir hakkının bulunması gerektiğini savunmaktadır²⁵⁷. Alan adının uzun bir süredir kullanılması neticesinde ayırt edicilik kazanmış olması ve ilgili çevrede alan adının işletmesel kaynağı gösteren bir işaret olarak algılanması öncelikli ve üstün bir hak sahibi olmaya örnektir²⁵⁸.

Kanaatimizce bir alan adı uyuşmazlık konusu işaretlerden sonra tescil edilmiş olsa dahi hukuken korunup korunamayacağı olayın özelliklerine göre kararlaştırılmalıdır. Eğer alan adı sahibi kötüniyetli değilse ve sitenin içerisinde sunulan mal ve hizmetler üçüncü kişinin hakkının ihlali sonucu doğurmuyorsa alan adı sonradan kullanılmaya başlanmış olsa bile diğer tanıtıcı ad ve işaretlere karşı korunabilmelidir.

TBK m. 49'a göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kişi bu zararı gidermekle yükümlüdür. Alan adı sahibi, alan adının kullanılması sonucunda zarar görmüş ise TBK'nın haksız fiile ilişkin 49. maddesi uyarınca zararının giderilmesi talebinde bulunabilecektir. Ancak alan adı sahibinin TBK m. 49'a dayanması zararını ve zarar verenin kusurunu ispatlaması şartına bağlanmıştır (TBK m. 50).

G. Marka Hakkının Alan Adı Aracılığıyla İhlali

a. İhlalin Genel Sebepleri

Çalışmamızın muhtelif yerlerinde de değinildiği üzere markanın tescili ve korunması KHK hükümleri çerçevesinde yürütölmekteyken alan adlarının korunmasına ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığından mevcut kanunlarda bulunan ilgili hükümler uygulanmaktadır. Hem ulusal hem de uluslararası alanda marka tescilini gerçekleştiren kurumlar ile alan adı tahsisini sağlayan kurumlar farklılık arz ettiğinden iki tescil sistemi arasında koordinasyon bulunmamaktadır²⁵⁹.

²⁵⁷ OĞUZ, s. 314.

²⁵⁸ ŞENOCAK, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 107-108.

²⁵⁹ MEMİŞ, T., İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar (*Hukuki Sorunlar*), AÜEHFD 2000, C. IV, S. 1-2, s. 467. Yargıtay'ın E. 2002/4924, K. 2002/951 sayılı ve de 21.10. 2002 tarihli kararına konu olan olay, alan adı tahsisi ile

Sayılan bu sebeplere bir de kötünıyetli kimselerin markaların itibarından yararlanmak suretiyle kazanç elde etme ya da markanın itibarını zedeleme çabaları eklenince alan adı ve marka arasındaki uyuşmazlıklar kaçınılmaz bir hal almıştır.

Alan adları ile markalar arasındaki ihtilafları sınıflandırdığımızda karşımıza genel anlamda iki ihlal durumu çıkmaktadır. Bunlardan ilki taraflardan birinin hukuken korunan hakkına dayanarak alan adı tescilinde bulunduğu ve diğer tarafın da yine kanunen tanınan hakkına dayanarak bu tescile itiraz ettiği uyuşmazlık halidir. Taraflardan birinin ticaret unvanı olarak kullandığı bir sözcüğu alan adı olarak da tahsis ettirmesi durumunda aynı sözcüğu marka olarak kullanan kişinin de bu sözcüğu alan adı olarak kullanmak istemesi bahsi geçen uyuşmazlık haline örnek olarak gösterilebilir²⁶⁰.

İhlal durumlarından ikincisi ise alan adı sahibinin marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi hukuken korunan herhangi bir hakkına dayanmaksızın markanın aynısının ya da benzerinin alan adı olarak kötünıyetle tescil ettirilmesidir.

b. Marka ile Alan Adları Arasındaki Ayniyet veya Benzerliğin Tespiti Sorunu

aa. Genel Olarak

Markanın aynısının veya benzerinin meşru bir bağlantı bulunmaksızın ve ticari etki yaratacak biçimde alan adı olarak kullanılması marka hakkının ihlali olarak nitelendirilmektedir. Alan adları ile markalar arasındaki uyuşmazlıklar, klasik

marka tescilinin farklı kurumlarca ve farklı kurallara tabi olarak yapılıyor olmasının yarattığı uyumsuzluğun örneklerinden birini oluşturmaktadır. Karara konu teşkil eden olayda “www.ticaret.com.tr” alan adı altında faaliyet gösteren şirket, önce “tradenet” ismi altında faaliyetlerine başlamış bu ismin tescili için TPE’ye başvurmuştur. Ancak TPE’den yanıt alamayınca “ticaret net” adını kullanma kararı almış ve ODTÜ’nün domain name vermeye yetkili kuruluşundan bu ismi alan adı olarak tescil ettirmiştir. Ardından aynı ismi marka olarak tescil ettirmek üzere TPE’ye başvuruda bulunmuştur. TPE ise m. 7/I-a, c ve d’yi gerekçe göstererek talebi geri çevirmiştir. Davacı, ODTÜ’nün kararı ile davalı TPE’nin kararı arasındaki çelişkiyi de itiraz sebepleri arasında göstermiş ve kararın yanlış olduğunu iddia etmiştir.

²⁶⁰ ÇOLAK, s. 470.

anlamda iki marka arasındaki uyumsuzluktan farklıdır. Şöyle ki; bir marka (tanınmış marka statüsünde olmamak kaydıyla), üçüncü kişi tarafından, tescilli olduğu mal ve hizmetlerle aynı sınıfta bulunmayan mal ve hizmetler için tescil edilebilmektedir. Başka bir ifadeyle birbirinden bağımsız kişilere ait olmasına rağmen aynı kelimelerden oluşan birden fazla marka bulunabilmekteyken, alan adları bloke edici etkiye sahip olduklarından aynı gTLD altında bir sözcüğün sadece bir kere tescili mümkündür. Siber uzay olarak adlandırılan internet ortamında bir alan adından sadece bir adet bulunmaktadır. Markalar ve alan adları yapı olarak birbirinden farklı olduklarından markalar arasındaki aynılık veya benzerliğin tespitiyle markalar ile alan adları arasındaki aynılık veya benzerliğin tespiti de birbirinden farklı olacaktır.

bb. Birinci Düzey Alan Adları Bakımından

Daha önce belirtildiği gibi birinci düzey alan adları; jenerik birinci düzey alan adları (gTLD) ve ülke kodu birinci düzey alan adları (ccTLD) olmak üzere ikiye ayrılan ve internet sitesinin faaliyet sahası, tescil edildiği ülke gibi konularda bilgi sağlayan alan adlarının en sağında yer alan öğelerdir. Söz konusu bu öğelerin marka ile alan adı benzerliğinin tespiti esnasında ayırt edici olup olmadıkları konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Baskın olan görüşe göre alan adlarının esaslı unsurunu oluşturan kısım ikinci düzey alan adlarıdır²⁶¹. Haksız kullanıldığı iddia edilen marka ile alan adı arasında benzerlik bulunup bulunmadığı tespit edilirken birinci düzey alan adları dikkate alınmamalıdır²⁶². Bu durumun altında yatan sebep ise alan adı bir bütün olarak ele alındığında jenerik üst düzey alan adının ve ülke kodunun ayırt edici nitelik kazandırmadığı düşüncesidir²⁶³. Bu görüşü savunanların dayanak noktasını gerek

²⁶¹ **KIRCA, İ.**, Tescilli Bir Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması (*Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı*), Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, s. 529; **ŞENOCAK**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 108.

²⁶² **OĞUZ**, s. 60.

²⁶³ WIPO'nun tahkim kararlarına baktığımızda birinci düzey alan adlarının ayırt ediciliğinin tespitinde göz önünde bulundurulmadığı ve bu konuda içtihatların olduğunu görmekteyiz. Örneğin, *Rollerblade, Inc.* ve *Chris McCrady* arasındaki 'rollerblade.net' alan adı uyumsuzluğunda WIPO hakem kararı; '.net' ve '.com' gibi birinci düzey alan adlarının, uyumsuzluk konusu alan adlarının

jenerik üst düzey alan adının gerekse ülke kodunun, alan adının zorunlu bir parçası olması ve ayırt edici bir fonksiyon teşkil etmemesi oluşturmaktadır. Bu görüş, birinci düzey alan adlarını ayırt edici niteliğe sahip olarak görmediğinden bir markanın ikinci düzey alan adında yer alması durumunda marka ile alan adı arasında ayniyetin mevcut olduğunu savunmaktadır. Bu tespite göre “*www.persil.com*” şeklindeki alan adı ile tescilli “*Persil*” markası aynıdır.

Memiş ise birinci düzey alan adlarının teknik olarak ayırıcı unsur olduğunun ve markaların korunması söz konusu olduğunda birinci düzey alan adlarının karıştırılma tehlikesini engellediğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. *Memiş*'in görüşlerinin hareket noktasını üst düzey alan adlarının tamamen anlamsız hale getirilemeyeceği ve de orta yetenekteki internet kullanıcılarının üst düzey alan adları arasındaki farkı anlayabilecekleri düşüncesi oluşturmaktadır²⁶⁴. Alan adlarının zorunlu unsurları niteliği taşıyan birinci düzey alan adlarının, alan adı ile markalar arasındaki ayniyet ya da benzerliğin tespiti hususunda dikkate alınması gerektiğini savunan bu görüşe göre; birinci düzey alan adlarının seçimi kısmen de olsa sahibinin iradesine bağlı olduğundan tescilli sözcüğü içeren alan adı ile marka arasında ayniyet değil benzerlik mevcuttur²⁶⁵. Bu görüş, marka ile alan adı arasında ayniyetin söz konusu olabilmesi için alan adının aynı zamanda marka olarak tescil edilmiş olmasını ve alan adı şeklinde tescil edilmiş olan markanın üçüncü bir kişi tarafından alan adı olarak kullanımını gerekli görmektedir. Şöyle ki “*www.persil.com*” gerçek hayatta kullanılan ve bu şekilde tescil edilen bir marka olsun, bu markanın üçüncü kişi tarafından alan adı olarak kullanılması durumunda benzerlik değil ayniyetin varlığı

aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadığının tespitinde etkili olmadığı yönündedir. (Kararın tam metni için bkz. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0429.html>, erişim tarihi: 24.03.2015). Ayrıca WIPO'nun benzer nitelikteki kararları için bkz. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1400.html>, erişim tarihi: 24.03.2015), <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0135.html>, erişim tarihi: 24.03.2015.

²⁶⁴ **MEMİŞ**, Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, (<http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm>, erişim tarihi: 27.03.2015)

²⁶⁵ **BURİ, U.**, Die Verwechselbarkeit der Internet Domain Names, Bern 2000, s. 78 (**KIRCA**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 529'dan naklen).

gündeme gelecektir. Kanaatimizce alan adı ile markanın aynı ya da benzer olduğu yönündeki bu tartışma gerekli değildir. Marka ile alan adının aynı ya da benzer olması varılacak sonuç açısından bir değişiklik yaratmayacak gerekli şartların sağlanması koşuluyla her iki durumda da tecavüzün varlığına karar verilecektir.

Uygulamada kabul gören baskın görüşe rağmen birinci düzey alan adlarının ayırt edici nitelik kazanmış olduğu durumlarda marka alan adı benzerliği tespit edilirken birinci düzey alan adlarının dikkate alındığı kararlara rastlamak mümkündür. Hamburg Eyalet Mahkemesi'nin "xtranet" markasının haksız yere "xtra.net" biçiminde alan adı olarak kullanıldığı uyuşmazlığa ilişkin vardığı sonuç istisnai uygulamaya örnektir. Söz konusu kararında mahkeme, "xtranet" markasında olduğu gibi alan adına özgü ibarelerle ayırt edici niteliğe sahip ikinci düzey alan adının birbirlerinden ayrılmayacak şekilde birlikte kullanıldığı durumlarda üçüncü kişilerin tecavüzüne karşı korumanın genişletilebileceği yönünde karar vermiştir²⁶⁶. Bir başka ifadesiyle bu markanın "xtra.net" şeklindeki alan adıyla arasında benzerlik bulunup bulunmadığının tespiti esnasında ".net" şeklindeki birinci düzey alan adı da dikkate alınmıştır.

cc. İkinci Düzey Alan Adları Bakımından

İkinci düzey alan adları, bir alan adı şeması içerisinde ikinci düzeyde yer alan kişiler tarafından serbestçe seçilip tescil ettirilen alan adı unsurudur. Alan adlarının bölümleri içerisinde ikinci düzey alan adları ayırt edici niteliğe sahip kabul edilirler²⁶⁷. Bu sebeple genel görüş marka alan adı benzerliğinin tespiti esnasında ikinci düzey alan adlarının dikkate alınması gerektiği yönündedir²⁶⁸.

Bu hususta üzerinde durulması gereken konu ise karıştırılma tehlikesinin dolayısıyla da ihlalin varlığının iddia edilebilmesi için tescilli sözcüğün alan adı içerisinde aynen yer almasının gerekip gerekmediğidir. Yönetmelik ve ODTÜ uygulamasına baktığımızda alan adının yapısal olarak;

²⁶⁶ BİLGE, s. 197.

²⁶⁷ OĞUZ, s. 58; KIRCA, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 59; ŞENOCAK, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 108; UZUNALLI, Tazminat Talebi, s. 301.

²⁶⁸ KIRCA, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 534; OĞUZ, s. 58.

- a. Yalnız harfler (a-z), rakamlar (0-9) ve tire (-) işaretinden oluşması²⁶⁹,
- b. En az iki en fazla altmış üç karakter uzunluğunda olması,
- c. Tire (-) işaretiyle başlamaması ve bitmemesi,
- ç. Yalnızca üçüncü ve dördüncü karakterlerinin birlikte tire (-) olmaması,
- d. Başkasına tahsisli olmaması
- e. Tahsise kapalı adlar listesinde yer almaması,

gibi özellikleri taşıması gerekmektedir. Sayılan kurallara uygun olmak kaydıyla alan adları harf, rakam ve tire işaretinin her türlü kombinasyonundan oluşabilir. Kurallara riayet etmek kaydıyla marka olarak tescilli bir sözcüğe tire ya da sayı ekleyerek (*www.per-sil.com* gibi) yapılan küçük değişiklikler karıştırılma tehlikesini ortadan kaldırmayacaktır²⁷⁰. Aynı şekilde markanın yazımında boşluk olmasına rağmen alan adının yazımında boşluk bırakılmaması, markaya bir harf eklenmesi ya da bir harf eksiltilmesi, markada yer alan noktalama işaretlerinin çıkarılmış olması ya da noktalama işareti eklenmiş olması da karıştırılma tehlikesine mahal verici olarak nitelendirilmektedir²⁷¹. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.

²⁶⁹ 2006 yılına kadar alan adlarında Türkçe karakterlere yer verilmemekteydi. ".tr" Alan Adı Yönetimi'nin önerisi ve DNS Çalışma Grubu'nun 19 Ekim 2006 tarihinde aldığı karar uyarınca, gerçek veya tüzel kişilere, Türkçe karakterler (ğ, ı, ü, ş, ö, ç) içeren alan adları tahsisi 04 Aralık 2006 tarihinde başlamıştır (https://www.nic.tr/index.php?USRACTN=STATICHTML&PAGE=idn_info_nt, erişim tarihi: 20.04.2015).

²⁷⁰ WIPO Tahkim Kurulu'nun *BIC Deutschland GmbH & Co KG Paul Tweed* kararı doğrudan bu konuyla alakalıdır. *BIC Deutschland GmbH*, yılında *TIPP-EX (Tipp-Ex)* markasını kendi adına tescil ettirip kullanmaya başlamıştır. Davalı *Paul Tweed* ise "*www.tippex.com*" ile "*www.tipp-ex.com*" adreslerini kendi adına tescil ettirmiştir. *Deutschland GmbH*'nin başvurusu üzerine gerekli incelemeleri yapan WIPO şikâyete konu alan adları ile davacının markası arasında karışıklığa sebebiyet verecek derecede benzerlik bulunduğu karar vermiştir. Kararın tam metni için bkz. (<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0418.html>, erişim tarihi: 20.04.2015).

²⁷¹ *Western Digital* markasının "*www.westerndijital.com*, *www.westerndijital.org* ve *www.westerndijital.net*" şeklinde tescil edilmesini konu alan WIPO kararında; hakem, bir harf olan "j" nin "g" yerine kullanılmasının da şikâyet edilenin ihtilafli alan adlarını, şikâyet edene ait markadan ayırmadığı kanısındadır. Karar için bkz.

Örneğin; *Evkur* markasının “*www.evurun.com*” şeklinde alan adı olarak kullanıldığı uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesinin *Evkur* ve *Evurun* ibarelerinin benzer olduğu ve *Evurun* ibaresinin farklı mal ve hizmetler için kullanıldığı durumlarda dahi karıştırılma tehlikesinin bulunduğu yönündeki kararı, Yargıtay tarafından onanmıştır²⁷².

Karıştırılma ihtimalinin tespiti esnasında marka ile alan adları arasındaki ufak değişikliklerin dikkate alınıp alınmaması konusunda dikkatli bir internet kullanıcısının değil, ortalama bir tüketicinin esas alınması gerekmektedir²⁷³. Her ne kadar dikkatli bir internet kullanıcısı alan adında yapılan bir harf değişikliğinin farklı sayfalara yönlendirilme sebebi olduğunu bilse de yönlendirilen sayfa ile marka arasında ekonomik ya da idari bağ olduğu izlenimine kapılabilir.

Alan adı yoluyla marka hakkı ihlallerinde tescilli sözcüğün alan adında ikinci düzeyde değil de üçüncü düzeyde yer alması sonucu değiştirmeyecektir. Örneğin; *Persil* markasının “*www.persil.com*” şeklinde kullanımı ile “*www.persil.deterjan.com*” şeklinde kullanımı arasında herhangi bir farklılık mevcut değildir. İltibasın tespitinde markanın alan adı unsurlarının dizilimi arasındaki yeri dikkate alınmayacaktır²⁷⁴. Önemli olan nokta markanın alan adı içerisindeki kullanımının orta düzeyde bir internet kullanıcısı tarafından söz konusu internet sitesi

(<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/text/2012/d2012-1684.html>, erişim tarihi: 20.04.2015). Konu ile ilgili olarak ayrıca aşağıda linki verilen kararlara da bakılabilir. (Telstra Corporation Limited v. Ozurls, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0046.html>, *Chi-Chi's Inc. v. Restaurant Commentary*, <http://arbitrator.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0321.html>, erişim tarihi: 13.04.2015), **BOZBEL**, ICANN Tahkim Usulü, s. 68.

²⁷² Yarg. 11. HD., E. 2012/13312, K. 2013/11811, T. 06.06.2013 (**ÇOLAK**, s. 460).

²⁷³ **KIRCA**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 538.

²⁷⁴ **KIRCA**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 535; Yargıtay E. 2012/3593 K. 2013/17284 sayılı ve 02.10.2013 tarihli kararında “DORMA” markasının “*www.dormaservis.com.tr*, *www.dormaservis.hizmetleri.com*” şeklinde üçüncü düzeyde yer alacak şekilde alan adı olarak kullanılmasını ihlal olarak tanımlamıştır. “*www.ankaraarasnakliyat.com*” alan adındaki “nakliyat” sözcüğünün tali unsur olarak görüldüğü “Aras” sözcüğünün alan adında kullanımının ihlal sayıldığı benzer yöndeki karar için bkz. Yarg. 11. HD., E. 2009/12226, K. 2011/4766, T. 21.04.2011 (**UYAP**, erişim tarihi: 20. 04. 2015).

ile marka arasında bir bağlantının varlığına dair izlenim oluşturulması, bu suretle markanın çeşitli işlevlerine zarar verilmesidir. Bir markanın tescil edilmiş olduğu alan dışında farklı bir üst düzey alan adı altında tescilinde diğer şartlar oluşmuşsa karıştırılma ihtimalinin varlığı kabul edilmektedir.

dd. Alan Adının Yönlendirdiği İnternet Sitesinin İçeriği Bakımından

KHK m. 9/II-e'nin aynı maddenin I. fıkrasına yapmış olduğu atıf dolayısıyla marka hakkının internet ortamında ihlale uğradığından söz edilebilmesi için aynı zamanda mal veya hizmet benzerliğinin de bulunması gerekmektedir²⁷⁵. Bu sebeple markanın alan adı aracılığıyla ihlali durumunda ikinci olarak incelenecek husus alan adının kullanıldığı sitede sunulan mal veya hizmetlerle markanın kullanıldığı mal veya hizmetler arasında aynılık veya benzerliğin bulunup bulunmadığıdır. Bu inceleme esnasında alan adının ilgili olduğu sayfada hangi malların satıldığı, hangi hizmetlerin sunulduğu ya da sayfanın nasıl bir içeriğe sahip olduğu dikkate alınır²⁷⁶. İnternet sitesinde sunulan mal veya hizmetlerle markanın ilişkin olduğu mal veya hizmetler arasındaki aynılık ya da benzerlik kıyaslaması çalışmamızın ilk bölümünde değindiğimiz ölçütler çerçevesinde yapılır²⁷⁷. Yapılan değerlendirme neticesinde mal veya hizmetlerin aynı ya da benzer olduğu sonucuna varılması durumunda ihlalin varlığından söz edilecektir. Yargıtay da konuya ilişkin olarak önüne gelen uyuşmazlıklarda aynı yönde hareket ederek alan adı marka benzerliğinin yanı sıra mal veya hizmet benzerliğinin de mevcut olup olmadığını araştırmaktadır. Yargıtay'ın 23.06.2014 tarihli Sera Gıda kararı²⁷⁸ mevcut uygulamanın bir örneği niteliğindedir. Söz konusu karar özetle şu şekildedir;

²⁷⁵ **BİLGE**, s. 185; **ÇOLAK**, s. 468; **KIRCA**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 540; **ŞENOCAK**; Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 128; **YASAMAN/AYOĞLU**, C. I, s. 494.

²⁷⁶ **BİLGE**, s. 186.

²⁷⁷ Söz konusu ölçütler için bkz. I. Bölüm, s. 23-25.

²⁷⁸ Yarg. 11. HD., E. 2014/5332, K. 2014/11891, T. 23.06.2014 (www.kazanci.com; erişim tarihi:15.08.2016).

“...Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacının SERA ibaresinden oluşan seri markalarının 1999 tarihinden itibaren başlangıçta 29, 30, 32. sınıflar için olmak üzere, sonraki yıllarda kapsamı genişletilerek tescil edildiği, hükümsüzlüğü istenilen davalının "SE-RA" markasının ise 39. sınıf için tescilli bulunduğu, taraf markalarının kapsamındaki ürün ve hizmetlerin aynı veya benzer olmadıkları, markanın bu sınıflarda kullanılmasının 556 Sayılı KHK'nın 8/4. maddesi anlamında davacının markasının ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurmayacağı, davalının tescili kapsamında gıda hizmetleri olmadığı halde www.seragida.com.tr alan adında davacının markasının ayırt edici unsurunu kullandığı, yine aynı sayfada "Sera Gıda'ya Hoşgeldiniz" şeklindeki markasal ibare altında su ve gazoz bayiliği yaptığına dair tanıtımlara yer verilmesinin markasal kullanım kabul edildiği, su ve gazoz ürününün davacının marka kapsamındaki maden suları, kaynak suları ile aynı, diğer gıda ürünleri bakımından da; ürünlerin yönelik olduğu tüketici gurubu, birlikte tüketilme zorunluluğu olduğu ve aynı noktalarda satışa sunulması sebebiyle benzer oldukları, bu şekilde kullanımın davacının marka haklarına tecavüz oluşturduğu gerekçesiyle markanın hükümsüzlüğüne dair talebin reddine, ticari unvanın 2007 yılında tescili sebebiyle ticari unvanın terkinine dair talebin hak düşürücü süre sebebiyle reddine, davalının marka tescil kapsamında gıda ürünleri bulunmadığı halde tanıtımlarında davacının markasının unsurunu oluşturan "SERA" ibaresini markasal olarak kullanması sebebiyle marka haklarına tecavüzün tespit ve önlenmesine, "SERA" ibaresinin gıda ürünlerinde ve bu ürünlere dair faaliyetlerde, bu sınıfa giren faaliyetlerin tanıtımında, bu amaçla ticari evrakında markasal kullanımının önlenmesine, markanın bu kullanımlardan çıkarılmasına, çıkarılması mümkün olmayanların imhasına, kararın ilanına karar verilmiştir” şeklindeki ilk derece mahkemesi hükmü Yargıtay tarafından onanmıştır. Yargıtay benzer konunun tartışıldığı “Kalite Sistem Kararı’nda²⁷⁹” ise markanın internet alan adında kısmen ya da tamamen yer almasının tek başına tecavüzün varlığı için yeterli olmadığı, davalının internet sitesinde davacının markasına tecavüz

²⁷⁹ Yarg. 11. HD., E. 2008/8834, K. 2010/4168, T. 13.04.2010 (ÇOLAK, s. 469).

oluşturacak şekilde hizmet sunumu yapılmadığından markaya tecavüz iddiasının ispat edilemediği sonucuna varmıştır²⁸⁰.

Marka alan adı uyuşmazlıklarının çözümü esnasında genel uygulama alan adı altındaki sayfa içeriklerinin incelenmesi yönünde olmasına rağmen doktrinde marka ile aynı veya benzer sözcüğün alan adında kullanılmasının tek başına ihlalin varlığı için yeterli olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır²⁸¹. Bu görüşü savunanlara göre internet sitesinde sunulan mal veya hizmet hakkında bilgi sahibi olunmadan önce alan adıyla sisteme girildiği anda karıştırılma tehlikesi mevcuttur. Alan adının aynı veya benzer mal ve hizmetler için kullanılması şartının aranmamasını savunan görüş, tescilli marka sahibine alan adı karşısında, alan adı üzerinde sunulan mal veya hizmetlerin farklı olması durumunda dahi koruma sağlamaktadır²⁸². 556 sayılı KHK'da tanınmış markalara getirilmiş olan farklı mal ve hizmetlere karşı korunabilme imkanını alan adlarında kullanılacak olan tüm markalar için sağlayacağından bu uygulama mevcut KHK sistemi ile çelişmektedir.

Çolak'a göre ise alan adının marka ile beraber markanın faaliyet alanını da içermesi durumunda site içeriğine bakmaya gerek olmaksızın marka hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Örneğin, reklamcılık alanında kullanılan *Papatya* markasının, www.papatyareklamcılık.com.tr şeklinde üçüncü kişi tarafından kullanılması durumunda alan adının kendisinden dolayı markanın kaynak gösterme fonksiyonu yönünden bir karıştırma meydana geleceğinden ayrıca sitenin içeriğinin incelenmesine gerek yoktur²⁸³.

Son olarak tanınmış markalar için geçerli olan genel kuralın, tanınmış markanın alan adında yer alması durumunda da uygulanacağını belirtmemiz

²⁸⁰ Yarg. 11. HD., E. 2008/8834, K. 2010/4168, T. 13.04.2010 (**ÇOLAK**, s. 468). Benzer kararlar için bkz. Yarg. 11. HD., E. 2010/3460, K. 2011/15243, T. 16.11.2011; Yarg. 11. HD., E. 2016/4090, K. 2016/4937, T. 02.05.2016; Yarg. 11. HD., E. 2015/7129; K. 2016/4933, T. 02.05.2016 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.08.2016). Yarg. 11. HD., E. 2009/11948, K. 2011/5267, T. 02.05.2011 (**BİLGE**, s. 188).

²⁸¹ Bu görüşteki yazarlar için bkz. **KIRCA**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 540.

²⁸² **ŞENOCAK**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 127-128.

²⁸³ **ÇOLAK**, s. 461.

gerekmektedir. Şöyle ki tanınmış markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesi, itibarından haksız yarar sağlanması veya itibarının zarar görmesi durumlarında site içeriğinde sunulan mal veya hizmetler farklı olsa bile marka hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir²⁸⁴.

c. Marka Alan Adı Uyuşmazlıklarında Öncelik Hakkı

aa. Genel Olarak

Marka ve alan adı uyuşmazlıklarının çözümü esnasında göz önünde bulundurulması gereken önemli konulardan bir diğeri ise marka ve alan adı sahiplerinden hangisinin öncelik hakkına sahip olduğunun belirlenmesidir. Öncelik hakkı, markanın aynı ya da benzeri olan işaretin alan adında kullanımına marka sahibinin müdahalesini engelleyerek alan adı sahibine özgür bir kullanım imkânı sağlar²⁸⁵.

bb. Alan Adı Kullanımının Bir Hakka Dayanması Durumunda

Alan adı sahibinin marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi bir hakka dayandığı marka alan adı uyuşmazlıklarında öncelik kıyaslaması marka ile alan adının dayandığı hak arasında yapılacaktır. Bu kıyaslama yapılırken alan adının dayandığı hakkın kazanılma zamanı ve de gerek kazanılma anında gerekse kullanım esnasında dürüstlük ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı sonuca etki eden iki önemli faktördür.

Alan adının daha önce kazanılmış bir hakka dayandığı kullanım hallerinde marka sahibi, markanın aynı ya da benzerinin alan adında kullanımına müdahale edemeyecektir²⁸⁶. Kendi ticaret unvanında kullandığı işareti aynı zamanda alan adı olarak tescil ettiren kişi ile aynı işareti marka olarak kullanan kişi arasındaki uyuşmazlığı çözmeye yönelik İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11 Şubat 1999 tarihli

²⁸⁴ BİLGE, s. 186.

²⁸⁵ BİLGE, s. 192.

²⁸⁶ BİLGE, s. 193; YASAMAN/AYOĞU, C. I, s. 494.

kararı²⁸⁷ doğrudan konumuz ile ilgilidir. Karara konu olan olayda *Kurt Rytz* isimli mühendis, 1974'ten itibaren ticaret unvanı olarak kullandığı “*Rytz*” işaretini, 1983 yılında “*Rytz Industrie Bau AG*” ticaret unvanı içerisinde tescil ettirmiştir. “*Rytz et Cie SA*” ifadesini 1987 yılında ticaret unvanı olarak tescil ettirmiş olan bir başka şirket ise 1995 yılında “*Rytz*” ifadesini marka olarak tescil ettirmiştir. *Rytz Industrie Bau AG*'nin “*rytz.ch*” alan adını kullanmaya başlaması üzerine, *Rytz et Cie SA*, marka sahibi olduğu iddiasıyla *Rytz Industrie* aleyhine dava açarak şirketin alan adını kullanmaktan men edilmesini talep etmiştir. Cenevre ilk derece mahkemesinin davacının talebine yönelik vermiş olduğu red kararı Federal Mahkeme tarafından da onaylanmıştır. Federal Mahkeme, davalının internet sitesini “*Rytz*” markasından menfaat sağlamak amacıyla açmadığı, markanın tescilinden önce “*Rytz*” işaretinin davalı tarafından kullanılıyor olmasının davalının markayı taklit etme niyetinde olmadığını göstergesi olduğu, davalının kullandığı alan adının objektif sebeplere dayandığı ve *Rytz* işaretini kullanmakta menfaati bulunduğu gibi gerekçelerle davalıyı haklı bulmuştur²⁸⁸. Ülkemizdeki benzer uyuşmazlıklara baktığımızda işareti haklı olarak ilk kullanan kişinin korunduğunu görmekteyiz²⁸⁹.

Söz konusu korumanın istisnasını ise dürüstlük kurallarına aykırı kullanım hali oluşturmaktadır. Örneğin, alan adının dayandığı ticaret unvanı markadan önce tescil edilmiş ve kullanılıyor olmasına rağmen marka yoğun reklam faaliyetleri neticesinde belli bir itibar kazanmışsa önceki tarihli ticaret unvanı sahibi, markanın

²⁸⁷ BGE 125 III 91 sayılı karar için bkz. **NOMER**, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği, s. 412.

²⁸⁸ **NOMER**, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği, s. 413.

²⁸⁹ Yargıtay 2013 tarihli bir kararında davalının, daha eski tarihli ve tescilli ticaret unvanına dayalı olarak “Batı” ibaresini “*www.groupbati.com*” ve “*www.batiozelguvenlik.com*” alan adlarında kullanmasını KHK m. 9/II-e’de yer alan haklı kullanım çerçevesinde değerlendirerek davacının taleplerinin reddi yönünde karar vermiştir. (Yarg. 11. HD., E. 2012/4771, K. 2013/18304, T. 21.10.2013, **ÇOLAK**, s. 463). “Koç” sözcüğünün uyuşmazlık konusu olduğu bir başka kararında ise Yargıtay, davacıya ait “*koc.com*” alan adının davalıya ait “*KOÇ*” esas unsurlu markalardan önce tescil edilmiş olduğunu kabul etmesine rağmen davacının bu kullanımını iyiniyetli bulmamış ve davacının iptalini istediği WIPO kararının yerinde olduğuna kanaat getirmiştir. (Yarg. 11. HD., E., 2001/1713, K. 2012/9089, T. 28.05.2012, **BİLGE**, s. 192).

itibarından faydalanmak amacıyla ticaret unvanını alan adı olarak tescil ettirirse marka sahibinin bu kullanıma müdahale etme hakkı mevcuttur²⁹⁰.

Markanın aynının ya da benzerinin internet alan adı olarak alınmasının üzerinden çok uzun zaman geçmiş ve hak sahibi bu duruma sessiz kalmış ise Yargıtay, marka sahibi aleyhine sessiz kalma yoluyla hak kaybı yaşandığı yönünde karar vermektedir²⁹¹.

Konumuz açısından önemli olan nokta ise alan adı tescilinin kötünietli olarak yapıldığı durumlarda marka sahibinin uzun süre sessiz kalmasının hak kaybına yol açıp açmayacağıdır. İki marka arasındaki benzer ihtilaflarda hak kazanımını sağlayacak sonraki tescilin kötünietli olmaması gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, markanın sonraki sahibinin başlangıçta iyiniyetli olmasa bile, marka sahibinin uzun süre sessiz kalmasıyla davranışına rıza gösterdiği izlenimine kapılarak sonradan iyiniyetli hale gelmiş olabileceğini savunmaktadır²⁹². Ancak bizim de katıldığımız üzere marka sahibinin uzun süre sessiz kalması nedeniyle marka hakkının sınırlandırılmasından söz edilebilmesi için, sonraki marka sahibinin kötünietli olmaması gerekir²⁹³. Bu durumun temel sebebi ise kötünietin hakkın geçerli bir biçimde kazanılmasına engel olması bir başka ifadeyle sonraki marka sahibinin korunmaya değer bir hakkının

²⁹⁰ **BİLGE**, s. 194.

²⁹¹ AKEL-AKER kararında tarafların yaklaşık 15 yıl boyunca birbirlerinin internet sitelerinden ve alan adlarından haberdar olmalarına rağmen sessiz kalmaları nedeniyle karşılıklı olarak hak kaybına uğradıkları yönündeki ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından onanmıştır (11. HD., E. 2011/5476, K. 2013/8863, T. 02.05.2013, **ÇOLAK**, s. 462). Benzer karar için bkz. (Yarg. 11. HD., E. 2010/391, K. 2011/8996, T. 18.07.2011; Yarg. 11. HD., E. 2015/7567, K. 2016/777, T. 26.01.2016, www.kazancı.com, erişim tarihi: 25.08.2016).

²⁹² **CENGİZ**, s. 179-180.

²⁹³ **BİLGİLİ, F.**, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 2006, s. 201. Sessiz kalma yoluyla hak kaybını düzenleyen Sınai Mülkiyet Kanunu m. 25/6'ya göre; “Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu duruma birbirini izleyen 5 yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötünietli olmadıkça, markasını hükümsüzlük nedeni olarak ileri süremeyecektir.” Madde metninden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu kötünietli korumamıştır.

bulunmamasıdır. Kanaatimizce bu kural alan adları için de uygulanmalı ve marka sahibi kötüniyetle yapılmış olan alan adı tesciline her zaman itiraz edebilmelidir.

Markanın aynı ya da benzeri bir işaretin sonraki tarihli bir hakka dayanarak alan adı olarak kullanılması durumunda sonraki hakka sağlanan koruma devam ettikçe marka sahibi bu işaretin alan adı olarak kullanımına engel olamayacaktır²⁹⁴. Bir başka deyişle ilgili sicil kaydı varlığını sürdürdüğü müddetçe marka hakkı sahibi bu kullanıma engel olamayacaktır. Bu tür durumlarda marka sahibinin unvan, işletme adı gibi sicile dayalı kayıtların silinmesini veya değiştirilmesini isteme hakkı vardır²⁹⁵.

d. Marka Hakkının Alan Adları Aracılığıyla İhlal Şekilleri

aa. Alan Adı Korsanlığı

Alan adları aracılığıyla marka hakkı ihlalinin en açık örneği olan alan adı gaspı (*domain-grabbing*) ya da uzay korsanlığı (*cybersquatting*) olarak bilinen bu ihlal halinde başkasına ait bir markanın kötüniyetli tescili söz konusudur²⁹⁶. *Domain-grabbing* ve *cybersquatting* genel olarak aynı anlamda kullanılmak ile birlikte *Bozbel* bu konuda bir kavram karışıklığı olduğunu savunmaktadır. *Bozbel*'e göre *domain-grabbing* ünlü bir markanın bilinirliğinden yararlanmak ve kar elde etmek amacıyla tescili ve sahibine yüksek meblağlar ile satılmasını ifade etmekten, *cybersquatting* ise günlük dilde kullanılan sözcüklerin, cins veya meslek isimlerinin mümkün olan tüm şekilleriyle birinci düzeyde (shop.com, shop.org gibi) tescil edilmesi ve bunların ilgililere satımını ifade etmektedir²⁹⁷.

Domain-grabbing, başkasına ait markanın tanınmışlığından yararlanmak niyetiyle alan adının tescili, kullanılması veya satılmasıdır. Uzay korsanları genelde tescil ettirmiş oldukları alan adlarını, marka hakkı sahibine yüksek meblağlar ile satıp haksız kazanç elde etmekteydiler. Alan adı korsanlığına en sık rastlanılan

²⁹⁴ BİLGE, s. 193.

²⁹⁵ PASLI, s. 510.

²⁹⁶ <https://www.icann.org/resources/pages/cybersquatting-2013-05-03>, erişim tarihi: 13.04.2015.

²⁹⁷ BOZBEL, ICANN Tahkim Usulü, s. 55, dpn. 1.

dönemler ise iş dünyasının büyük kısmının internetteki ticari seçeneklerinin bilincinde olmadığı dönemlerdir. Örneğin Ekim 1994 itibarıyla alan adı almamış olan beş yüz şirketin yetmişinin alan adı gasp edilmiştir²⁹⁸. *McDonalds*, *MTV*, *Avon*, *Panasonic*, *Hertz*, *Fry's Electronic* gibi dünyaca ünlü markalar da *domain-grabbing* kurbanları arasında yer almaktadır. Bu tür ihlal halinin bir diğer türü ise “*typosquatting*” olarak adlandırılan, tanınan bir markanın kasti olarak ufak değişiklikler içerecek şekilde yanlış yazılmış halinin alan adı olarak tescilidir²⁹⁹. Bu tür ihlal hallerinde siteyi marka sahibine satmayı düşünen uzay korsanlarının tek gelir kaynağı alan adını hak sahibine satarak elde edecekleri para değildir. Bu kişiler aynı zamanda siteye reklam olarak tıklama başına gelir de elde edebilir³⁰⁰. Ancak marka sahiplerinin elektronik ticaret ve alan adlarının önemini fark etmesiyle bu ihlal türünde büyük çaplı bir düşüş yaşanacaktır.

bb. Markanın Aynı veya Benzeri Olan Alan Adının Benzer Mal ve Hizmetler İçin Kullanımı

Tescilli bir markanın aynısının veya benzerinin aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan alan adı olarak kullanımı, markanın alan adı aracılığıyla ihlali hallerinden bir diğeridir. Alan adıyla marka arasında karıştırılma tehlikesinin bulunduğu iddia edilebilmesi için alan adı ile markanın aynı ya da benzer olması tek başına yeterli olmamaktadır. Şöyle ki; klasik anlamda marka hakkının ihlalden söz edebilmemiz için mal veya hizmetlerin de aynı ya da benzer olması gerekmektedir. Markanın alan adı aracılığıyla ihlalde de mal veya hizmetlerin benzerlik karşılaştırmasının yapılması gerekmektedir. Bu karşılaştırma esnasında internet sitesinin içeriği göz önünde bulundurulur. Bu içerikte sunulan mal veya hizmetler ile markanın ilişkin olduğu mal ve hizmetler aynı ya da benzer mal veya hizmetler kategorisine giriyorsa bu durumda ihlal tartışması gündeme gelir. Bu tür bir uyuşmazlıklarda karşımıza çıkacak ilk husus her iki tarafın da hukuken korunan

²⁹⁸ ANIK, s. 77.

²⁹⁹ STROMBOM, A. C. Internet Outlaws: Using Contributory Trademark Liability to Shut Down Rogue Sites, *Journal of Internet Law*, February 2014, Vol. 17/8, s. 7.

³⁰⁰ STROMBOM, s. 7.

bir hakkına dayanması durumudur. Taraflardan birinin ticaret unvanından kaynaklanan hakkına dayanarak alan adı tescilinde bulunduğu bir durumda diğer tarafın marka hakkına dayanarak itirazda bulunması bu tür uyuşmazlığa örnektir. Söz konusu uyuşmazlıklarda hukuken korunan bir hakka dayanarak alan adı tescilinde ilk bulunan kişi korunacaktır³⁰¹.

cc. Markanın Aynı veya Benzeri Olan Alan Adının Benzer Olmayan Mal ve Hizmetler İçin Kullanımı

Markanın aynısı ya da benzeri olan alan adının, tescilli markanın kapsamında yer almayan mal ve hizmetler için kullanılması durumunda da alan adı ile marka arasında bağlantı olduğu izlenimi uyanabilir. Ancak böyle bir izlenimin uyanması tek başına alan adının kullanımının engellenmesi için yeterli olmayacaktır. Söz konusu durumda alan adının markanın itibarını zedeleyip zedelediği tespit edilmelidir. Eğer benzer adresli internet sitesi markanın itibarını zedeleyici bir içeriğe sahip ise bu durumda alan adının kullanımı engellenebilecektir. Markanın itibarını zedeleyici kullanımın en bilinen örneği “*Candyland*” davasıdır³⁰². Amerikan oyuncak şirketi *Hasbro*’ya ait olan “*Candyland*” markası *Internet Entertainment* şirketi tarafından “*www.candyland.com*” şeklinde alan adı içerisinde kullanılmış ve bu alan adı altında müstehcen içeriklere yer verilmiştir. Oyuncak şirketinin itibarını zedeleyici bu kötüniyetli kullanım mahkeme tarafından marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilmiştir. Alan adı tescilinin marka sahibinin faaliyetlerini engellemek, markanın itibarını zedelemek veya markanın itibarından haksız yarar sağlamak amacıyla yapıldığı haller de bu başlık altında değerlendirilebilecektir. Sayılan hususların olmaması durumunda alan adını ilk tescil ettirenin kullanmasında bir mahsur bulunmamalıdır³⁰³.

³⁰¹ **ARIKAN, F. M.**, Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması, İstanbul Barosu Dergisi (*İBD*) 2000, C. 74, S. 7-8-9, s. 787.

³⁰² Karar için bkz. (http://www.louandy.com/CASES/Hasbro_v_IEG.html, erişim tarihi: 13.04.2015).

³⁰³ Bu duruma örnek olarak ünlü mücevher markası Pandora’nın “*www.pandora.com*” alan adını rezerve ettirememiş olması verilebilir. Bunun sebebi ise söz konusu alan adının internet

e. Markanın Alan Adı Olarak Kullanımında Hukuka Uygunluk Sebepleri

Markayı alan adı olarak kullanma hakkı marka sahibine veya onun rıza gösterdiği üçüncü kişilere aittir. Ancak marka sahibi işaret üzerinde hakkı bulunan ve bu işareti alan adı olarak tescil ettirmiş olan üçüncü kişinin iyi niyetli kullanımına müdahale edemeyecektir³⁰⁴.

Bu başlık altında cevabını aradığımız soru ise üçüncü kişinin markayı KHK m. 12’de düzenlenen dürüst kullanım çerçevesinde alan adı olarak tescilinin mümkün olup olmadığıdır.

KHK m. 12, dürüstçe ve de ticari ya da sanayi konularıyla ilgili olmak üzere üçüncü kişilerin ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmalarının marka sahibi tarafından engellenemeyeceğini düzenlemiştir. Alan adının bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine dair doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, kişi, tescilli bir marka ile karıştırılma tehlikesi yaratsa dahi adını, alan adı içerisinde kullanabilmelidir. Marka sahibi gerçek kişiden adını alan adında kullanmasından vazgeçmesini talep edemeyecektir. Alan adları, aynı zamanda adres olduklarından KHK m. 12 kapsamına dahil edilmelidir³⁰⁵.

Çoğunlukta olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise marka ile karıştırılma tehlikesi yaratacak bir ismin alan adında kullanımı KHK m. 12 kapsamında değerlendirilmemelidir. Bu durumun temel nedeni ise kişilerin alan adlarının belirlenmesi esnasında seçme serbestisine sahip olmasıdır. Başka bir

radyoculuğu faaliyeti yürüten aynı isimli radyo servisi tarafından daha önceden rezerve edilmiş olmasıdır. Pandora mücevher şirketi, radyo servisinden 18 sene önce kurulmuş olmasına rağmen alan adını ilk rezerve ettiren ve internet ortamında faaliyetlerini yürüten radyo servisi olduğundan alan adını kullanım önceliği radyo servisine verilmiştir (**REED**, s. 212).

³⁰⁴ **NOMER**, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği, s. 414.

³⁰⁵ Görüş sahipleri için bkz. **KIRCA**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 542, dpn. 62,63; **ŞENOCAK**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 136.

ifadeyle gerçek kişilerin ticaret unvanlarını belirlerken adlarını ve soyadlarını kullanma zorunlulukları gibi bir zorunluluğun alan adı seçiminde söz konusu olmaması marka ile karıştırılma tehlikesi yaratan kişi adlarının alan adı içerisinde kullanımını KHK m. 12 kapsamında değerlendirmeye engeldir³⁰⁶. Bu açıklamalar alan adının adres olarak kabul edildiği durumlar için de geçerlidir. Şöyle ki gerçek hayattaki adresten farklı olan ve kullanıcının tercihine göre belirlenen alan adlarında marka ile karıştırılma tehlikesi yaratacak işaretin kullanılması KHK m. 12 kapsamında değerlendirilmemelidir³⁰⁷.

Bu başlık altında aklımıza gelen bir diğer soru ise üreticilerin yetkili kanalları dışındaki işletmelerin kendi alan adları içerisinde markayı kullanmalarının engellenip engellenemeyeceği ve bu tür bir kullanımın yukarıda açıklamış olduğumuz dürüst kullanım kapsamına dahil edilip edilemeyeceğidir.

Toyota ve Tabari arasında görülen dava, bu tür bir kullanımın ihlal sayılıp sayılmayacağına örneklerinden biridir. Söz konusu davada *Tabari* yetkili satıcılarla irtibata geçerek müşterilerin istedikleri aracı bulmalarına aracılık etmektedir. *Tabari* “*Lexus*” marka otomobillerinin distribütörü olan *Toyota* tarafından yetkilendirilmemiş olmasına rağmen “*www.buyorleaselexus.com*” şeklindeki alan adında “*Lexus*” markasını kullanmıştır; ancak siteye büyük puntolarla “Biz yetkili satıcı değiliz, *Lexus* ile herhangi bir bağlantımız yoktur. Biz bağımsız araç simsarıyız.” ibaresini eklemiştir. *Toyota* ise *Tabari*’nin yaptığı işe herhangi bir itirazda bulunmamasına rağmen alan adında markanın kullanımının yasal olmadığı iddiasıyla dava ikame etmiştir. *Tabari*’nin markayı ticari amaçla ve izinsiz kullandığı ve bu kullanımın yasaklanması gerektiği kararını veren ilk derece mahkemesinin aksine Amerikan temyiz mahkemesi bu tür kullanımları dürüst kullanım çerçevesinde değerlendirmiştir³⁰⁸.

Yargıtay, bir markanın alan adı içerisinde kullanımının bir hakka ya da meşru bağlantıya dayanması yönündeki ön şartta sıkı bir bağlılık içerisinde. Bu sebeple

³⁰⁶ **KIRCA**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 543; **BİLGE**, s. 195.

³⁰⁷ **KIRCA**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 543; **BİLGE**, s. 195.

³⁰⁸ *Toyota Motor Sales v. Tabari*, No. 07-55344 (<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/07-55344/07-55344-2011-02-25.html>, erişim tarihi: 15.09.2015).

Tabari'nin kullanımına benzer kullanımların Yargıtay tarafından dürüst kullanım çerçevesinde değerlendirilmediğini ifade edebiliriz. Konuya ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta "... Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacılar ile davalı şirket arasında 2001 yılında bayilik ilişkisinin kurulduğu, 2005 yılında ise münhasır yetkili dağıtıcılık sözleşmesinin imzalandığı, davacıların bayilik ilişkisini tek yanlı irade ile sona erdirdiği, davalının elinde bulunan ürünlerin hiçbirinin iade alınmadığı, davaya konu internet sitelerinin tamamının davalının bayilik ilişkisinin olduğu dönemde kurulduğunun ve davalı işyerinde bulunan ürünlerin orijinal olduğunun anlaşıldığı, davalı şirketin 11 yıldan fazla davacının bayiliğini yaptığı ve ürünlerini sattığı, bu dönemde internet sitelerinin davacıların bilgisi ve rızası ile kullanıldığı, bayilik ilişkisi sona erince elde kalan ürünlerin satışını yapmak için internet alan adlarının kullanılmasının ticari hayatın bir zorunluğu olduğu, davalı eyleminin ticari dürüstlüğe uygun bulunduğu gerekçesiyle verilen davacının taleplerinin reddi yönündeki karar Yargıtay tarafından bozulmuştur³⁰⁹.

Kanaatimizce bu tür kullanımlarda, *Toyota & Tabari* davasında olduğu gibi birtakım şartların sağlanması durumunda markanın alan adında kullanımına izin verilmelidir. Bu şartları şu şekilde özetleyebiliriz:

Alan adı sahibi; alan adı altında erişilen sitede gerçekten mal ve hizmet pazarlaması yapmalıdır, marka ile karıştırılma tehlikesi yaratmak suretiyle kullanıcıları internet sitesine çekme amacı taşımamalıdır, marka sahibi ile olan ilişkisini doğru bir şekilde ortaya koymalıdır, marka sahibini kendi markasını alan adında kullanmaktan mahrum etme amacı taşımamalıdır³¹⁰.

³⁰⁹ Yarg. 11. HD., E. 2015/6062, K. 2015/13423, T. 14.12.2015, www.kazanci.com, erişim tarihi: 02.05.2016.

³¹⁰ **ŞENOCAK**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı, s. 138.

2. Markanın Yönlendirici Kod Olarak Kullanımı Yoluyla İhlal

A. Yönlendirici Kod (*Metatag*) Kavramı

Gelişen bilgisayar teknolojisinin bir başka sonucu olarak hukuk terminolojisinde kendine yer bulmuş olan yönlendirici kod teknik ifadesiyle *metatag*, web sayfası hakkında bilgi sağlayan özel bir etikettir³¹¹. Normal bir HTML etiketinin aksine yönlendirici kodlar web sayfasının nasıl görüldüğünü etkilemezler. Bunun yerine, sayfayı kimin oluşturduğu, sayfanın ne zaman güncellendiği, neyle ilgili olduğu ve hangi kelimelerin sayfa içeriğini gösterdiği hakkında bilgi sağlarlar³¹². Yönlendirici kodlar alan adlarından farklı olarak arama motorları ve onların çalışma sistemleri ile yakından ilgilidir. Yönlendirici kod kavramından kast edilenin net olarak anlaşılabilmesi için arama motorlarının (*Google, Yandex, Yahoo* vb.) çalışma usulleri hakkında bilgi sahibi olmak gerekmektedir.

İnternet üzerinde bulunan bir içeriğe ulaşmak için kullanılan arama motorları üç temel bölümden oluşmaktadır. Bunlar, web robotu (*spider*), arama indeksi (*index*) ve sıralama yazılımı (*sorting software*)'dır. Web robotu internet sitelerini otomatik olarak dolaşır, onları okur ve içerikleri hakkındaki özet bilgileri indekse göndermek için seçer. Karşılaştırmayı devam ettirmek için web robotu ve indeks benzer bir konu kataloğu oluşturmak amacıyla etkileşir. Bir kullanıcı araştırma yaptığında sıralama yazılımı indeks aracılığıyla eleme yapar ve aranan kelimeyle bağlantılı olabilecek bir liste oluşturur³¹³. Günümüzde arama motorları liste oluşturma esnasında kendi geliştirdikleri metotları kullanmanın yanı sıra yönlendirici kodlardan da yararlanmaktadır. Yönlendirici kodlar, arama esnasında kullanıcılar tarafından görülemeyen ve web sayfalarının HTML kodları arasına gömülmüş bulunan ve web

³¹¹ **BAKKEN, E.**, Unauthorized Use of Another Trademark On Internet, s. 5 (http://www.lawtechjournal.com/articles/2003/03_030629_bakken.pdf, erişim tarihi: 15.05.2015).

CANAAN, K./ LENAHAN, J. C., Making the Demand For the “Cessation of Trademark Infringement via Metatag Use” More Convincing, Intellectual Property & Technology Law Journal,, January 2002, V. 14, N. 1, s. 7.

³¹² http://www.webopedia.com/TERM/M/meta_tag.html, erişim tarihi: 15.05.2015.

³¹³ **ALLGROVE, B.**, Metatag Abuse; When The Law Falls Short, 22 Adelaide Law Review 2001, s. 184.

sitelerinin içerikleri hakkında bilgi sağlayan etiketlerdir³¹⁴. Bu etiketler, arama sonucu ile ilgili sayfaların sınıflandırılmasında arama motorlarına yardımcı olmaktadır.

Yönlendirici kodlar, anahtar sözcük etiketi (*keywords tag*) ve tanımlayıcı etiketler (*description tag*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Anahtar sözcük etiketleri ile web sitelerinin içerikleri kelimeler kullanılarak ifade edilmekteyken tanımlayıcı etiketlerde ise web sayfasının içeriği ile ilgili ayrıntılı bilgi verilmektedir³¹⁵. Marka hakkı ihlalleri iddiası ise tam bu noktada başlamaktadır. Web sayfası ile bu sayfada kullanılan *metatagler* arasında aynı bir bağlantı bulunması zorunluluğu olmadığından web tasarımcıları diledikleri kelimeleri *metatag* olarak kullanabilmektedir. Kötüniyetli site sahipleri milyonlarca verinin, binlerce sitenin arasında yer edinmek ve kullanıcıların dikkatlerini toplamak amacıyla kendi siteleri ya da konularıyla alakalı olmasa dahi markaları *metatag* olarak belirleyip sitelerinin tanınırlığını ve reklam değerlerini arttırmayı amaçlamaktadırlar. Hatta bazı web site geliştiricileri aynı kelimeyi birçok defa *metatag* içerisine yerleştirerek arama motoru listesine birden fazla görünmeyi amaçlamaktadır³¹⁶. Spor ayakkabı satışı yapan bir online alışveriş sitesinin, yalnızca “*Adidas* ve *Reebok*” markalı ayakkabı satışında bulunmasına rağmen *metatag* olarak “*Nike*” markasını da kullanması bu duruma örnek olarak verilebilir.

³¹⁴ **KORKUT, Ö.**, Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu, *BATİDER* 2007, C. XXIV, S. 2, s. 304; **BOZBEL, S.**, Markanın Domain Names, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması, (<http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf>, erişim tarihi: 01.03.2015); **KIRCI**, s. 101.

³¹⁵ Örneğin, fotoğrafçılıkla ilgili bir web sitesi oluşturduk bu durumda *keywords metatag*, <meta name="keywords" content="Fotograf, Fotograf, fotoğraf, fotoğraf, Foto, Flash, Tab, Film, film">; *description metatag* ise, <meta name="description" content="Fotoğraf sanatları hakkında her şey, İyi bir fotoğrafçı olmak istiyorsanız, size en iyi hizmeti vermeyi bir görev biliriz..."> şeklinde oluşturulur (<http://www.webdersleri.com/sayfa.asp?id=250>, erişim tarihi: 16.05.2015).

³¹⁶ **SIDBURY, F. B.**, Comperative Advertising on the Internet: Defining the Boundaries of Trademark Fair Use for Internet Metatags and Trigger Ads, *North Carplina Journal Of Law & Tecnology* Vol. 3, I. 1, Fall 2001, s. 40.

B. Marka Hakkının Yönlendirici Kodlar Aracılığıyla İhlali

KHK hükmüne göre bir markanın ticari etki yaratacak şekilde ve meşru bağlantı bulunmaksızın üçüncü kişi tarafından yönlendirici kod olarak kullanılması marka hakkının ihlal hallerinden bir diğeridir. Her ne kadar kanun koyucu kesin bir dille bu tür bir kullanımın ihlal olacağını belirtmiş olsa da başlangıçta özellikle Amerikan doktrininde konuya dair tartışmalar mevcuttu. *Metatag* savaşları, başkasının markasını *metatag* olarak kullanmanın web site trafiğini inşa etmenin yasal yolu olduğunu iddia eden girişimciler ile bu tür bir kullanımın spekülasyon yaratmak suretiyle bir kişinin borsadaki hisselerine el koymaktan farklı olmadığını savunanları karşı karşıya getirmiştir³¹⁷. Ayrıca *metataglerin* işlevlerini yerine getirirken kullanıcılar tarafından görülememeleri “görülemeyen bir sözcüğün” karıştırılma tehlikesine yol açıp açamayacağı tartışmalarını doğurmuştur. Bilindiği üzere klasik anlamda marka ihlalden söz edilebilmesi için hem marka ile işaret arasında hem de mal veya hizmetler arasında ayniyet ya da benzerliğin bulunması gerekmektedir. Ancak *metatagler* gizli kodlar olduğundan kullanıcı çoğunlukla bu kodları göremez. Dolayısıyla da marka ile kod arasında ayniyet ya da benzerlik kıyaslaması yapamaz. Çalışmamızın devamında da değinileceği üzere her ne kadar görülemiyor olsalar da bir markayı yazıldığı gibi içermeleri ve benzer mal veya hizmetlerin sunulduğu sitelere yönlendirmeleri karıştırılma tehlikesini barındırır.

Yönlendirici kodların kullanıcılar tarafından görülemiyor olmaları Amerikan hukukundaki tartışmaların Alman hukukunda da yaşanmasına sebep olmuştur. Alman hukukunda hakim olan görüş markanın *metatag* olarak kullanımının ihlal sayılması yönünde olmasına rağmen yönlendirici kodların arama motorları için sadece yardımcı rol oynamakta olduğu, görülemeyen bu kodların kullanıcılarda bir çağrışım uyandıramayacağı dolayısıyla da ihlale sebep olmadıklarını savunan görüşler de bulunmaktadır³¹⁸. Doktrindeki tartışmalar Alman mahkeme kararlarına da yansımış olup konuya ilişkin farklı kararlar bulunmaktadır. Alman mahkemelerinin genel kabulü markanın *metatag* olarak kullanımının ihlal sayılacağı

³¹⁷ **MONAGAN, T.**, Can an Invisible Word Create Confusion? The Need for Clarity in the Law of Trademark Infringement through Internet Metatags, OHIO State Law Journal, Vol. 62/973, s. 974.

³¹⁸ Görüş sahipleri için bkz. **KORKUT**, s. 512, dph. 40,41.

yönüdeyken Köln Eyalet mahkemesi “*Anwalt Suchservice*” ifadesinin yönlendirici kod olarak kullanımını markasal kullanım olarak nitelendirmemiştir³¹⁹.

a. İhlalin Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Markanın yönlendirici kod olarak kullanılması, bir markanın klasik anlamda kullanılmasından (mal veya ambalajı üzerinde kullanılması, iş evrakı veya reklamlarında kullanılması vb.) farklı olduğu gibi domain name olarak kullanımdan da oldukça farklıdır. Bu farklılığın temel sebeplerinden ilki bu kodların kullanıcı tarafından özel olarak incelenmediği müddetçe görülemiyor olmalarıdır. Bir başka ifadeyle kullanıcılar arama sonucunda karşılaştıkları sitelerin başkalarının markasını kullandığını bilmemektedir. *Metataglerin* söz konusu özelliği, bir markanın bir sitenin içerisinde *metatag* olarak kullanımının yalnız başına ihlal için yeterli olup olmadığı sorununu da beraberinde getirmiştir³²⁰.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, markanın ticari etki yaratacak şekilde ve meşru bağlantı olmaksızın *metatag* olarak kullanımı KHK kapsamında yer alan bir ihlal halidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, markanın *metatag* olarak kullanılmasının ihlalden söz edilebilmesi için tek başına yeterli olmadığıdır. Değerlendirme yapılırken markanın *metatag* olarak kullanıldığı sayfaların içeriğinin de incelenmesi gerekmektedir³²¹. Tanınmış markanın söz konusu olduğu

³¹⁹ Karar örnekleri için bkz. **KORKUT**, s. 509-511.

³²⁰ Ebershön, *metataglerin* gizli olmasının ihlali engellemediğine ilişkin görüşünü *Esquire Electronics v. Executive Video* davasına dayandırmıştır. Davacının markası Esquire, videoteyp, video kasetlerin de dahil olduğu video kayıt araçları ve elektronik aparatlar için tescil edilmişti. Bu kasetlerden biri kasetçalara yerleştirildiğinde davacının markası görülmekteydi. Davalı ise davacının kasetlerini hukuksuz bir şekilde çoğaltmıştır. Bu kasetlerin dış yüzeyinde davacının markasına yer verilmemiş olmakla beraber bu kasetler kasetçalara yerleştirildiğinde davalının markası görülmekteydi. Davacı, bu kullanımın marka hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle mahkemeye başvurmuştur. Ebershön, videokaset içerisine gömülmüş olan marka nasıl ihlal teşkil ediyorsa, *metatag* içerisine gömülmüş markanın da aynı ölçüde ihlal oluşturduğu görüşündedir (**EBERSÖHN, G.**, *Metatags and Trademark Infringement*, *Juta's Bussines Law Review*, Vol. 12, Part. 4, s. 176).

³²¹ **MONAGAN**, s. 973.

kullanımlarda ise mal ve hizmetlerin benzer olup olmadığına bakılmasına gerek yoktur³²².

İkinci önemli farklılık ise *metataglerin* doğrudan doğruya kullanıldığı sayfaya kullanıcıyı yönlendirmekten ziyade söz konusu sayfayı arama sonuçları arasında göstermesi hususudur. *Metataglerin* bu özelliği marka hukuku açısından tereddütsüz bir şekilde ihlalin varlığının kabulünü engellemiştir. Fakat Amerikan mahkemeleri *metataglerin* bu özelliklerini de göz önünde bulundurarak ve aynı nitelikli davalara uygulanabilecek şekilde ilk ilgi karışıklığı (*initial interest confusion*) teorisini geliştirmişlerdir³²³. Satış öncesi karışıklık olarak da tanımlanan bu teorinin kuramsal örneği; “A isimli bir restoranın B isimli bir restoranın adını kullanarak tıpkı onu tarif ediyormuş gibi yol kenarına tabelalar koyması sonucunda, bir kişinin B’ye gittiğini düşünerek tabelaları takip etmesi ve sonuçta A’ya varmasıdır. Kişi A’ya ulaştığında aradığı restoranın burası olmadığını anlamasına rağmen çeşitli koşulların da etkisiyle burada yemek yemeyi tercih eder³²⁴.” Kuramsal örneğini yukarıda tasvir ettiğimiz bu teoride *metatagler* de arama motorları açısından yola potansiyel müşterileri aldatmak için konulan tabelalara benzetilmektedir.

Markanın *metatag* olarak kullanımına ilişkin ABD Federal Mahkemesi’nin ilkesel nitelikteki *Brookfield Communication Inc. v. West Coast Entertainment Corp.*³²⁵ Kararı’nda mahkeme *West Coast’in Brookfield’e* ait olan “*moviebuff*” markasını *metatag* olarak kullanmasını aynı markanın domain name olarak kullanımı kadar önemli görmemiş ve kullanıcıların ulaştıkları sitenin *West Coast’a* ait olduğu konusunda tereddüt yaşamayacakları sonucuna varmıştır. Ancak bu tür bir kullanımın müşterilerde ilk ilgi karışıklığı yaratmak suretiyle marka hakkını ihlal

³²² ÇİÇEKÇİ, s. 166.

³²³ Bu teorinin temelini internetin gelişiminden çok önceye 1975 yılındaki *Grotrian, Helfferich, Schulz, The. Steinweg Nach v. Steinway&Sons* davasına dayandıran görüş için bkz. **DEVOE, D.**, Applying Liability Rules to Metatag Cases And Other Instances of Trademark Infringement on The Internet: How to Get to “No Harm, No Foul”, Boston University Law Review 2010, Vol. 90, s. 1230; **BAKKEN**, s. 10.

³²⁴ **DEVOE**, s. 1223.

³²⁵ Uyuşmazlık konusu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **MONAGAN**, s. 984.

ettiğine karar vermiştir³²⁶. İlk ilgi karışıklığı, bir markayı arama motoruna yazan müşterinin *metatagler* kullanılarak oluşturulmuş rakip markaya ait sayfaya ulaşmasını ve alacağı mal ve hizmetleri bu sayfadan temin etme ihtimalini ifade etmektedir³²⁷. Bu teoriye göre; müşteri davalının markasının davacınıninki ile aynı olmadığını anlasa bile yine de ilk ilgi karışıklığından söz edilebilecektir³²⁸. Web siteleri arasında geçişin son derece kolay olması ve kullanıcıların düşük dikkat seviyeleri göz önünde bulundurularak oluşturulan bu teoride ihlalin varlığı kullanıcının işlem yapma ihtimaline dayandırılmıştır³²⁹. İlk ilgi karışıklığından söz edilebilmesi için markanın *metatag* olarak yer aldığı web sayfası ile markanın tescilli olduğu alanın aynı kategoride yer alması gerekmekte olup tanınmış markalar için bu şart aranmayacaktır.

İlk ilgi karışıklığı teorisinin doktrin tarafından tamamen kabul gördüğünü söylemek doğru olmayacaktır. Teoriye yöneltilen eleştirilerin başında zorlama bir yorum neticesinde ortaya çıkmış olduğu ve marka hakkı sahibini korumak amacıyla kanunların gereksiz bir şekilde genişletildiği yer almaktadır³³⁰. Bu teoriye getirilen bir diğer eleştiri ise mahkemenin kuramsal örneğe dayanırken gerçek dünya ile siber dünya arasındaki farklılıkları göz ardı ettiği yönündedir. Örnekte olduğu gibi otobanda araç kullanan ve yanıltıcı tabelalara göre hareket eden bir kişinin gösterdiği fiziksel çaba ile internetin kolaylığı kıyaslanamaz. İnternet kullanıcısı yönlendirildiği internet sitesinin aradığı site ile aynı olmadığını fark ettiği esnada yalnızca bir tıklamayla aramaya kaldığı yerden devam edebilir. Bu farklılıklardan ötürü ilk ilgi karışıklığı siber dünyadan ziyade reel dünyadaki bu tarz uyumsuzluklara uygulanmaya daha uygundur³³¹.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle bir markanın yalnızca *metatag* olarak kullanımının tabiatı gereği aldatici olduğunu kabul etmek uygun görülmemiştir. Bu

³²⁶ **BAKKEN**, s. 9.

³²⁷ **CANAAN/ LENAAN**, s. 8.

³²⁸ **BAKKEN**, s. 9; **KIRCI**, s. 105; **SIDBURY**, s. 44.

³²⁹ **ESER**, s. 216; **MONAGAN**, s. 985.

³³⁰ **DEVOE**, s. 1234; **MONAGAN**, s. 998.

³³¹ **BAKKEN**, s. 11.

tür kullanımların tamamının bireysel koşullar incelenmeden marka hakkının ihlal edildiğini söylemek marka sahibinin çıkarlarını çoğu internet kullanıcısı aleyhine genişletmek olacaktır³³². İhlalin varlığı için sayfanın içeriği, haklı kullanım hallerinin mevcut olup olmadığı, farklı mal ve hizmetler için kullanılan tanınmış markanın itibarının zedelenip zedelenmediği göz önünde bulundurulmalıdır³³³.

b. Markanın Yönlendirici Kod Olarak Kullanımında Hukuka Uygunluk Sebepleri

Markanın *metatag* olarak kullanımında hukuka uygunluk sebeplerinin tespiti için KHK lafzından hareket edecek olursak, meşru bir bağlantının ya da haklı bir sebebin bulunması durumunda ihlalden söz edilemeyecektir. Bir markanın *metatag* olarak kullanımının hangi durumlarda dürüst kullanım kapsamında değerlendirileceğine dair detaylı açıklamalara Amerikan doktrininde rastlamaktayız.

Amerikan doktrininde “*fair use*” olarak nitelendirilen dürüst kullanım ilkesi iyi niyetli ve haklı kullanım hallerinde uygulanır. Bu kullanım halleri bahsedeceğimiz üç unsurdan birine dayanmalıdır³³⁴.

aa. Klasik Dürüst Kullanım

İhlali söz konusu olan markanın yine aynı marka sahibinin mal ve hizmetlerini tanımlamak için kullanılmış olması klasik anlamda dürüst kullanım olarak tanımlanır. Bu kullanım tarzına verilebilecek en açık örnek internet üzerinden bilgisayar satışı yapan bir firmanın sattığı bilgisayarların markalarını *metatag* olarak kullanmasıdır.

bb. Nominatif Dürüst Kullanım

İhlali söz konusu olan markanın kullanımının, davalının mal ve hizmetlerini tanımlamanın bir yolu olmasını ifade eden kullanım halidir. Bu tür bir kullanımda

³³² ALLGROVE, s. 194.

³³³ KIRCI, s. 106

³³⁴ SIDBURY, s. 55.

davalı markayı kötüniyetli olarak ve de markanın itibarından yararlanmak amacıyla kullanmadığını ispatlamalıdır. Söz konusu kullanımın en bilinen örneğini 1881 *Playboy* güzeli olan *Terri Welles*'in davalı, *Playboy Enterprises*'in ise davacı konumunda bulunduğu 1999 tarihli dava oluşturmaktadır³³⁵. *Terri Welles*, kariyerine 1981 yılında *Playboy* dergisinde başlayan ve 1981 yılında ise *Playmate of the Year* ödülünü alan ve bu tarihten itibaren *Playboy* dergisinin bilgisi dahilinde kendisini bu unvanlarla tanıtan bir modeldir. 1997 yılında kendi ismini taşıyan, fotoğraflarını ve kendisiyle ilgili bilgileri içeren bir web sitesi açmıştır. *Welles*, bu sitede aynı zamanda günlük hayatta kullanmış olduğu *Playboy* ve *Playmate* kelimelerini *metatag* etiketinin içerisine yerleştirmiş ayrıca aynı markaları sitede *banner* (afiş) reklam³³⁶ olarak da kullanmıştır. Bunun üzerine davacı *Playboy Entertainment Inc.* markasının ayırt edicilik işlevinin zedelendiği, markasının bilinirliğinden haksız yararlandığı gerekçesiyle dava ikame etmiştir. Bu olayda marka ihlalinin söz konusu olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesinin ve de ilk derece mahkemesinin kararını onaylayan Federal Mahkeme'nin gerekçelerinden bir tanesi davalının kendini tanıtmak için söz konusu ibareleri kullanmasının makul ve gerekli olduğu ve bunun ihlal teşkil etmediği görüşüdür. Karşılaştırmak, eleştirmek, referans olarak göstermek gibi hallerde marka kullanılmaksızın amaca ulaşılması mümkün olmadığından bu tür kullanım hallerinin ihlal oluşturmaması gerekmektedir.

³³⁵ Karar metni için bkz. http://www.loundy.com/CASES/Playboy_v_Wells.html, erişim tarihi: 20.05.2015. Bu davanın neticesi, ününü bir pazarlama aracı olarak kullanmak isteyen kişiler için önemli olduğu kadar markasını eskiden hukuki ilişki içerisinde bulunduğunu kişilerden koruma amacı taşıyan marka sahipleri için de oldukça önemlidir.

³³⁶ *Bannerlar* bir web sitesine kullanıcı kitlesine göre belirli bir ücret karşılığı konulan reklam panolarıdır. Genelde internet sitelerinin üst kısımlarına konulan bu panolar tıklandığında ise reklamı yapılan web sitesi açılmaktadır (<http://www.reklamuzmani.com/banner-nedir/>, erişim tarihi: 16.07.2016).

cc. Markalar Arasında Bağlantı Olduğu İzlenimi Yaratmayacak Şekilde Kullanım

İhlali söz konusu olan markanın kullanımı esnasında asıl marka sahibinin mal ve hizmetleri ile başka mal ve hizmetlerin ilişkilendirilmemesi gerekmektedir³³⁷. Bir başka ifadesiyle markayı *metatag* olarak kullanan üçüncü kişi, marka sahibi ile arasında idari ya da ekonomik bağlantı varmış izlenimi yaratmamalıdır. Markanın kaynak gösterme fonksiyonunu zedeleyen bu tür bir kullanım halinin mevcut olup olmadığı ise somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir³³⁸.

3. Markanın Anahtar Sözcük (*Keywords*) Olarak Kullanımı Yoluyla İhlal

A. Anahtar Sözcük (*Keyword*) Kavramı ve Anahtar Sözcük Reklamcılığı

a. Anahtar Sözcük (*Keyword*) – Yönlendirici Kod (*Metatag*) Ayrımı Bağlamında Anahtar Sözcük Kavramı

Anahtar sözcükler, arama motorları tarafından satışa çıkarılan yönlendirici kodlar olarak tanımlanabilir³³⁹. Markanın kullanıcılar tarafından görülmediği bu kullanım halinde öncelikli amaç, kullanıcıların dikkatini çekmek ve onları niyetlerindeki rakip siteden uzaklaştırmaktır³⁴⁰.

Markanın anahtar sözcük (*keyword*) olarak kullanımı ile yönlendirici kod (*metatag*) olarak kullanımı arasında azımsanmayacak derecede benzerlik bulunmaktadır. KHK lafzına rağmen kullanım şekli ve kullanım amacı arasındaki benzerlik bazı yazarların her iki kavram arasında ayniyet ilişkisi kurmasına sebebiyet vermiştir³⁴¹. Buna karşılık bazı yorumcular anahtar sözcük ile yönlendirici kodun birbirinden ayrılabilceğini, yani farklı kavramlar olduğunu savunmaktadır. Bu

³³⁷ SIDBURY, s. 58.

³³⁸ ÇOLAK, s. 465.

³³⁹ KIRCI, s. 109.

³⁴⁰ SHEA, G., Trademark and Keyword Banner Advertising, Southern California Law Review 2002, Vol. 75, s. 547.

³⁴¹ RÜZGAR, s. 157.

görüşün temelini ise anahtar sözcüklerin, yönlendirici kodlardan farklı olarak, rakip siteyi arama sonuçlarının arasına karıştırılmış şekilde değil de onlardan ayrı olarak sayfanın üst kısmında ya da yan tarafında göstermesi oluşturmaktadır³⁴².

Kanaatimizce bu kavramlar birbirlerinden keskin çizgilerle ayrılmış olmayıp küçük işlevsel farklılıklara rağmen benzer niteliktedirler.

b. Anahtar Sözcük Reklamcılığı (*Keywords Advertising*)

Anahtar sözcük olarak kullanımın yaygın halini ise anahtar sözcük reklamcılığı olarak tanımlanan “*keywords advertising*” oluşturmaktadır. Söz konusu reklam türünde anahtar sözcük, internet kullanıcısı tarafından arama motoruna ilgili siteyi bulmak maksadı ile yazılan ve reklam veren tarafından iyi tahmin edilip belirlenmesi gereken ibareleri ifade etmektedir³⁴³. Bireysel müşterilerin tercih ve arzularını hedeflemeyen geleneksel radyo veya televizyon reklamcılığının aksine, arama motoru reklamcılığı kullanıcıların ne aradığını tahmin ederek bu arama sonuçlarına uygun reklamları anahtar sözcükler vasıtasıyla göstermektedir³⁴⁴. Davranışsal hedefleme olarak tanımlanan bu yöntem ile arama motorları, mal veya hizmet satanlara anahtar sözcüklerle kendi ürünlerini ilişkilendirme imkânı sunmaktadır³⁴⁵.

Bir ibarenin ya da markanın anahtar sözcük olarak kullanıldığı en yaygın reklam sistemi, arama motoru devi Google tarafından geliştirilen *adwords* (*advertising words*) reklam sistemidir³⁴⁶. Söz konusu reklam sisteminde internet

³⁴² SHEA, s. 548.

³⁴³ AKIN, İ., Adwords Reklam Sisteminde Marka Kullanımı, TBB Dergisi 2008, S. 78, s. 206.

³⁴⁴ DARROW, J. J./FERRERA G. R., The Search Engine Advertising Market: Lucrative Space or Trademark Liability?, Texas Intellectual Property Law Journal, Winter 2009, Vol. 17:2, s. 228.

³⁴⁵ BAYAMLIOĞLU, s. 18.

³⁴⁶ Google’ın yanı sıra Yahoo, Ask, Alta Vista benzeri arama motorları da benzer reklam politikaları yürütmektedir. Çalışmamızda ise daha yaygın kullanımı sebebiyle Google reklamcılığı irdelenecektir. Google, aranan kelime ile anahtar sözcükleri eşleştiren sistemler aracılığıyla söz konusu reklamcılığı gerçekleştirmektedir. Bu sistemleri kısaca açıklayacak olursak;

kullanıcısı reklam verenlerce önceden satın alınmış herhangi bir kavram ya da sözcüğü arama motoruna yazdığında bu sözcük ile bağlantılı reklam ilanını arama sonuçlarından bağımsız olarak sayfanın üst kısmında ya da yan tarafında görmektedir. Aynı sözcük için birden fazla reklam ilanı verilebildiğinden işletmelerin reklamlarının sırası tıklama başına verecekleri ücretle doğru orantılı olarak belirlenmektedir. Yani tıklama başına en fazla ücret vermeyi taahhüt eden işletmenin reklamı ilk sırada yer almaktadır. İlk etapta herkes tarafından kullanımında sakınca bulunmayan kavramlar anahtar sözcük olarak pazarlanmaktayken ilerleyen süreçle beraber arama motorları, istenilen kavram ya da kelimeleri hatta başkasına ait markaları anahtar sözcük olarak kullandırmışlardır³⁴⁷.

B. Markanın Anahtar Sözcük Olarak Kullanımının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi

Bir markanın internet reklamcılığında anahtar sözcük olarak kullanımı yalnızca marka hukukunun kuralları çerçevesinde ele alınması gereken bir konu olmayıp aynı zamanda karşılaştırmalı reklam konusunu da ilgilendirmektedir.

Geniş eşleme; Google tarafından varsayılan bu sistemde belirlenen anahtar kelimelerin yanı sıra bunların tekil ve çoğul halleri, eş anlamlıları ve diğer alakalı varyasyonları arandığında reklam yayınlanmaktadır.

Sıralı eşleme; Kullanıcıların anahtar kelimeyi tam olarak ya da başına veya sonuna ekleme yaparak yazması durumunda reklamı gösteren eşleme sistemidir. Bu sistemde aranan sözcük öbeğinin tırnak içine alınması yeterlidir.

Tam eşleme; Kullanıcıların başka kelime olmadan yalnızca anahtar kelimeyi arama motoruna girmesi neticesinde reklamı gösteren sistemdir. Burada söz konusu kelimenin köşeli parantez içerisinde yer alması gerekmektedir.

Negatif eşleme; Reklam verenin anahtar kelime grubuna negatif anahtar kelime eklemesi durumunda, o kelimeleri içeren arama sonucunda reklamın gösterilmediği eşleme türüdür. (<https://support.google.com/adwords/answer/2497836?hl=tr>, erişim tarihi: 05.03.2015).

³⁴⁷ **BOZBEL, S.**, Markanın Domain Names, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması, (<http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf>, erişim tarihi: 01.03.2015).

a. Marka Hukuku Açısından Değerlendirme

aa. Markanın Fonksiyonlarının Zedelenmesi

Markanın internet reklamcılığında anahtar sözcük olarak kullanımının ihlal sayılması için markayı anahtar sözcük olarak seçen kişinin hakkı ya da meşru bağlantısı olmaması, markanın ticari etki yaratacak şekilde kullanımı ve bu kullanımın markanın fonksiyonlarını zedelemesi gerekmektedir. Bir başka deyişle markanın anahtar sözcük olarak kullanımı markanın köken belirtme, reklam ya da garanti fonksiyonlarına zarar veriyorsa marka hukuku açısından ihlalin varlığından söz edilebilecektir. Markanın anahtar sözcük olarak kullanıldığı durumlarda rakip site doğrudan arama sonuçları arasında görülmeyip sayfanın üst kısmında ve reklam olduğu anlaşılacak şekilde yer almaktadır. Bu sebeple aslında marka hakkı ihlallerinde dolaylı olarak varlığı kabul edilen marka fonksiyonlarının zedelenmesi durumu bu tür kullanım halinde Yargıtay tarafından özellikle araştırılmaktadır³⁴⁸.

Markanın söz konusu fonksiyonlarının zedelenip zedelenmediği ise her olayın özelliğine göre belirlenecektir. Örneğin, bir reklamın sunuluş tarzının orijinal markalı malların üreticisiyle herhangi bir bağlantı taşımadığının fark edilmesini zorlaştırması veya imkânsız hale getirmesi bu hallerdendir³⁴⁹. Aksi takdirde bir markanın *adwords*

³⁴⁸ Örneğin; “*Bursa Kartuş*” ibaresinin davalı tarafından anahtar sözcük olarak kullanıldığı tespit edilmiş olmasına rağmen Yargıtay, söz konusu markanın anahtar kelime olarak kullanımını ihlalin varlığı için yeterli görmemiştir. Ayrıca davacı markasını inceleyen Yargıtay, marka içerisinde yer alan kelimelerin ayırt ediciliğinin düşük olduğu ve bu markanın davacıya geniş koruma sağlamayacağı sonucuna ulaşmıştır (Yarg. 11. HD., E. 2015/8530, K. 2016/3550, T. 04.04.2016, www.kazanci.com erişim tarihi: 15.08.2016). Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Essi markasının anahtar sözcük olarak kullanımının ihlal sayıldığı karar (Yarg. 11. HD., E. 2010/16576, K. 2012/676, T. 25.04.2012, UYAP, erişim tarihi: 20.05. 2015) ile (Yarg. 11. HD., E. 2013/11325, K. 2014/19, T. 06.01.2014, www.kazanci.com, erişim tarihi: 27.06.2016).

³⁴⁹ Yargıtay da karıştırılma tehlikesi yaratacak şekilde *adwords* reklamlarda kullanımı ihlal saymaktadır. “*Mahkemece; toplanan deliller, alınan bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre; davalı yanın, Google arama motorunda Google adwords isimli sistemdeki davalının www.i...com olan adı tıklanığında ve p... sözcüğü arandığında davalının reklam sitesine ulaşıldığı, p... ibaresinin davacı adına tescilli marka ibaresi olduğu ve bilgisayar kullanıcıları olan tüketicilerin davacı ve davalının aynı alanda iştirak etmeleri sebebiyle davacının markası ile*

reklam sisteminde kullanılması, markanın asıl sahibinin ticari stratejisini olumsuz etkilese dahi tek başına ihlal olarak değerlendirilmemektedir. Markasını *adwords* reklam sisteminde kullanmak isteyen marka sahibinin üçüncü kişilerin markayı anahtar sözcük olarak kullanmasından ötürü daha üst sıralarda yer almak için daha fazla para ödemek zorunda kalması ticari stratejinin olumsuz etkilenmesi anlamına gelmektedir³⁵⁰. Aynı şekilde söz konusu durum, markanın sahibi tarafından *adwords* reklam sisteminde kullanımını engellese dahi ihlalin varlığından bahsedilemeyecektir³⁵¹.

Markanın fonksiyonlarına zarar verilmemesi ve ayırt edici karakterinin zedelenmemesi kaydı ile internet reklamcılığında kullanılması eczanede aynı türden ürünlerin yan yana konmasına benzetilmektedir. Örneğin; eczaneye *Tylenol* almak için giren bir müşterinin *Tylenol*'ün bulunduğu rafların yanında Aspirin, *Ibuprofen* gibi ağrı kesicileri görmesi ile arama motoruna anahtar kelimeyi yazdıktan sonra arama sonuçları arasında söz konusu malın alternatiflerinin reklamını görmesi arasında fark olmadığı ifade edilmektedir³⁵².

bb. Markanın İtibarından Haksız Yarar Sağlanması

Marka hukuku açısından ihlalin gündeme geleceği diğer bir durum ise anahtar sözcük olarak kullanım yoluyla markanın itibarından haksız yarar sağlanmasıdır. Hak sahibi olmayan üçüncü kişinin markanın yoğun çabalar neticesinde tüketici nezdinde edindiği itibarı kullanarak herhangi bir menfaat elde etmesi hukuken korunmayacaktır. Hukuken korunmayan bu kullanım hallerine markanın *adwords* reklamlarda kullanımını da dahildir.

davalının sitesine ve reklamlarına ulaşması sebebiyle karışıklığın ve dolayısıyla karıştırılma tehlikesinin olacağı, bu halde de davacı markasının davalı tarafça haksız olarak kullanılmak suretiyle markaya tecavüzde bulunduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.” Bkz. 11 HD'nin E. 2012/12304, K. 2013/14141 sayılı 03.07.2013 tarihli kararı (www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.05.2015).

³⁵⁰ ÇOLAK, s. 465.

³⁵¹ BOZBEL, Adwords Reklamlar , s. 109.

³⁵² SHEA, s. 554.

Yargıtay bir kararında; “*adwords reklam uygulamalarında da reklam veren herkesin kullanabileceği genel geçer bir kavramı veya kendi işiyle ilgili bir kavramı kullanmasının engellenmesinin mümkün olmadığı, ancak geniş özgürlüğün varlığına rağmen rakip şirketlerin markasının, ticaret unvanlarının veya tanınmış özelliklerinin anahtar kelime olarak kullanılması durumunda burada dürüstçe bir kullanımdan bahsetmenin mümkün olmayacağını*” ifade ederek bu konudaki sınırı çizmiştir³⁵³.

b. Karşılaştırmalı Reklam Açısından Değerlendirme

Adwords reklamların karşılaştırmalı reklam teşkil edip etmediğinin tespiti, KHK m. 9’da yer alan hukuka uygunluk sebeplerinden meşru bağlantının varlığının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Daha açık ifadesiyle *adwords* reklamların karşılaştırmalı reklam olduğu sonucuna varılması bu reklam sisteminde markanın kullanımını hukuka uygun hale getirecektir.

Karşılaştırmalı reklama ilişkin açıklamalar doğrultusunda³⁵⁴ tespiti gereken husus *adwords* reklamların karşılaştırmalı reklam sayılıp sayılmayacağıdır. Bu bağlamda üzerinde durulacak ilk konu aranan kelime ile reklam arasındaki bağlantının açıkça görülemiyor olmasının *adwords* reklamın karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilmesine etkisidir. Karşılaştırmalı reklamın ana unsurunun iki mal veya hizmet arasında objektif ölçütler çerçevesinde yapılan karşılaştırma olduğu (Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 8/d) göz önünde bulundurulduğunda *adwords* reklamların bu kategoride değerlendirilmesi için

³⁵³ Yarg. 11. HD., E. 2013/3630, K. 2014/10378, T. 03.06.2014 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 27.06.2016). “Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacının “*enocta*” markasının davalının web sayfalarına yönlendirme yapan sayfalarda kullanarak bu markadan paraziter şekilde yararlandığı ve bunun da paraziter haksız rekabeti oluşturduğu gerekçesi ile davalının www.infinityteknoloji.com isimli sitesinde tanıtım maksadıyla www.google.com sitesinin *Google Adwords* reklamları içinde davacı şirketin tescilli markası olan “*enocta*” kelimesinin kullanılmasının önlenmesine fazla talebin reddine karar verilmiştir.” şeklindeki ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından onanmıştır (Yarg. 11. HD., E. 2011/4710, K. 2012/10662, T. 15.06.2012 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 26.06.2016).

³⁵⁴ Bkz. I. Bölüm, s. 55-57.

aranacak şart da bu ölçüttür. Bu ölçüte göre en az iki mal veya hizmet bulunmalı ve bunlar belirli kıstaslar çerçevesinde karşılaştırılmalıdır. Bilindiği üzere *adwords* reklam sisteminde aranan kelimeyle bağlantılı olan reklamlar, arama sonuçlarından bağımsız olarak sayfanın üst kısmında ya da sağ tarafında görünmektedir. Her ne kadar arama yapan kullanıcı, aranan kelime ile reklam arasındaki bağlantıyı açıkça göremese de internet hakkında ortalama düzeyde bilgiye sahip olması aranan sözcük ile reklam arasındaki bağlantının farkında olduğu varsayımını doğurmaktadır. Söz konusu kullanıcı, arama ağı reklamına konu mal veya hizmetin anahtar sözcük olarak kullandığı markanın rakibi olduğunu ya da reklama konu mal veya hizmet marka ile farklı sınıflarda yer alıyorsa markanın itibarından yararlanılmaya çalışıldığını idrak edebilir. *Adwords* reklamın karşılaştırmalı reklam teşkil edip etmediğinin tespiti noktasında dikkat edilecek bir diğer husus söz konusu reklamın içeriğidir. *Adwords* reklamın içeriğinde rakip işletmenin ürünleri açıkça zikrediliyor, bu ürünlere atıf yapılıyor ya da ürünlere ilişkin linkler yer alıyorsa karşılaştırmalı reklamın varlığından söz edebiliriz.

Karşılaştırmalı reklam niteliği taşıyan *adwords* reklamlar, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinde yer alan şartlara aykırı olmamak kaydıyla hukuka uygun kabul edilir. Karşılaştırmalı reklam niteliği taşıyan *adwords* reklamda bir markanın kullanımı, hukuka uygunluk sebeplerinden meşru bir hakkın varlığının görünüm şekillerinden biridir³⁵⁵.

4. İnternet Ortamında Markanın Diğer Kullanım Şekilleri

Kanun koyucu, markanın internet ortamında kullanım hallerinin sayıldığı madde metninde "...veya benzeri biçimlerde kullanılması" ifadesine yer vererek, söz konusu saymanın sınırlı bir sayma olmadığı ve gelişen teknolojiye bağlı olarak ortaya çıkacak farklı kullanım hallerinin de ihlal kapsamında değerlendirilebileceğini vurgulamıştır.

³⁵⁵ BOZBEL, *Adwords Reklamlar*, s. 112.

A. Bağlantı (Link/Hyperlink) Verme

Link verme, ziyaret edilen sitenin sayfasında yer alan bağlantıya tıklanarak üçüncü kişinin sitesine erişim imkânı sağlanmasını ifade eder. Kullanıcı çoğu zaman ziyaret edilen sitenin içeriğinden farklı renk ve yazı tipinde bulunan linklere tıklayarak başka herhangi bir içerik, rehber ya da arama motoruna başvurmaksızın veya herhangi bir lokasyon bilgisi girmeksizin üçüncü kişinin web sitesine otomatik olarak yönlendirilir. Başlangıçta işletmelerin üzerinde fazlaca durmadığı link verme, zamanla markaya ilişkin uyumsuzluk nedenlerinden biri haline gelmiştir. Link vermenin uyumsuzluk konusu olmasının sebebi ise kullanıcıların, ziyaret ettikleri web sitesi ile linki verilen site arasında bağlantı olduğu algısına kapılmalarıdır. Örneğin, ünlü bir gazetenin işten çıkarmış olduğu gazetecinin, kendine ait bir web sayfası açarak bu sayfada eski gazetesine yönlendiren linkler kullanması marka hakkının link verme yoluyla ihlaline örnek olarak gösterilebilir.

B. Çerçeveleme (Framing)

Çevirimiçi link (*in-line links*) adı da verilen çerçeveleme yöntemi link vermenin bir başka türünü oluşturmaktadır. Bu yöntemde site içerisinde yer alan link tıkladığında, ziyaret edilen sitenin alan adı ve çerçevesi içerisinde linki verilen site açılmaktadır³⁵⁶. Normal link verme metodundan farklı olarak çerçeveleme yönteminde ziyaret edilen asıl sayfa da açık kalmaya devam etmektedir. Bu yüzden, söz konusu site diğerlerinin içeriği ile bağlantılı görünmektedir³⁵⁷. Bu tür kullanıma Amerika'daki. *Total News* adlı online haber sağlayıcısının, *Washington Post*, *Time*, *CNN* gibi büyük medya kuruluşlarının adlarını kendi sitesine link olarak yerleştirilmesi örnek olarak verilebilir. Bu linklerden biri tıkladığında gazetenin içeriği *Total News*'in alan adının ve reklamlarının bulunduğu çerçeve içerisinde görülüyordu. Örnekten de anlayacağımız üzere aralarında benzerlik bulunan markaların bu yöntemde kullanımı karıştırılma tehlikesi dolayısıyla da ihlal ihtimalini arttırmaktadır.

³⁵⁶ LURIA, M. M., Controlling Web Advertising: Spamming, Linking, Framing, and Privacy, *The Computer Lawyer*, Vol. 14, N. 11, November 1997, s. 14.

³⁵⁷ LURIA, s. 15.

Sayılan kullanım şekillerinin yanı sıra teknolojinin gelişimi ile beraber ortaya çıkacak yeni kullanımlar da KHK kapsamına dahil edilebilecektir. Bu tür kullanım hallerinde KHK’da yer alan kriterler ve somut olayın özellikleri göz önüne alınarak ihlalin mevcut olup olmadığı belirlenecektir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKANIN İNTERNET ORTAMINDA İHLALİNDE MARKA SAHİBİNİN TALEPLERİ VE HUKUKİ SORUMLULUK

I. MARKA SAHİBİNİN TALEPLERİ

1. Tespit Talepleri

A. Tecavüzün Tespiti Davası

Tecavüzün tespiti davası, ika edilen fiilin tecavüz teşkil edip etmediğinin belirlenmesi amacıyla tecavüzün etkilerinin devam ettiği bir dönemde ve hukuki yararı bulunan kişilerce açılan dava olarak tanımlanmaktadır³⁵⁸. Bu dava ile ilgili olarak belirtmemiz gereken ilk husus menfi tespit davası ile karıştırılmaması gerektiğidir. Menfi tespit davası, menfaati bulunan herkes tarafından fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğinin tespiti amacıyla marka sahibine karşı açılan ve KHK m. 74’de ayrıntılı olarak düzenlenen dava türüdür³⁵⁹. Menfi tespit davasını ayrıntılı bir şekilde düzenleyen KHK, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK³⁶⁰ (m.49/I-a) ve Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK³⁶¹ (m.25/I-a)’nın aksine tecavüzün tespiti davasına yer vermemiştir; ancak KHK’da düzenlenmemiş olması marka sahibinin tecavüzün tespiti talebinde bulunamayacağı

³⁵⁸ RÜZGAR, s. 278.

³⁵⁹ Menfi tespit davası Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nda da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı, dava açılmadan önce markayı kullanacak kişinin, marka sahibinden bu kullanımının tecavüz oluşturup oluşturmadığı hakkındaki görüşlerini bildirmesini isterken aranan “*noter aracılığıyla talep*” şartını kaldırmıştır. Tasarı’nın gerekçesinde bu değişikliğin temel sebebi ise noter aracılığıyla ihtarın yurtiçinde ikametgâhi bulunmayanlar için ciddi sorunlara yol açtığı yurt dışındakiler açısından ise bürokrasiyi arttırdığı ve ihtarı imkânsız hale getirdiği olarak gösterilmektedir (bkz. m. 154 gerekçesi).

³⁶⁰ RG. 27.06.1995, S. 22326.

³⁶¹ RG. 27.06.1995, S. 22326.

anlamına gelmemelidir. Şöyle ki, marka hakkına tecavüz fiilleri aynı zamanda haksız rekabet oluşturduklarından haksız rekabete ilişkin TTK m. 56/1-a gereğince marka sahibi fiilin tecavüz oluşturup oluşturmadığı talebinde bulunabilecektir³⁶².

B. Delillerin Tespiti

5194 sayılı Kanun³⁶³ ile yapılan değişiklikten önce KHK m. 75 “delillerin tespiti davası” madde başlığını taşımaktaydı. Bu dava doktrinde bazı yazarlarca o dönemki adıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda (HMUK) yer alan delillerin tespitinden farklı olarak hukukumuzda yeni dahil olan bir dava türü olarak nitelendiriliyorken³⁶⁴; bazı yazarlar ise “delillerin tespiti davası” başlığının yanlış kullanıldığını, ortada yeni bir dava türü bulunmadığını kastedilenin HMUK m. 368-374 anlamında delillerin tespiti olduğu görüşünü savunmaktaydı³⁶⁵. 5194 sayılı Kanun ile madde başlığı “delillerin tespiti” olarak yeniden düzenlenmiş ve bu durum tartışmaları kısmen sonlandırmıştır. Doktrindeki baskın görüş m. 75’te kastedilen davanın HMK’ da yer alan delillerin tespitine yönelik davanın tekrarı olduğu yönündedir³⁶⁶. Aksi görüşü savunan *Meran*’a göre ise; delillerin tespiti, mahkemenin delilleri toplayıp ulaşacağı sonuca göre marka hakkına m. 61’de sayılan fiillerden biri ya da bir kaçı yoluyla tecavüzün bulunup bulunmadığını saptadığı bir dava türüdür³⁶⁷.

KHK m. 75’i incelediğimizde söz konusu maddedeki düzenlemenin delillerin tespitini içeren HMK m. 400 ile uyumlu olduğunu görmekteyiz. Kanaatimizce 5194

³⁶² RÜZGAR, s. 277. Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı, sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri süreceği talepleri düzenleyen 149. maddesinde “*fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti*” talebine de yer vererek KHK’daki eksikliği gidermiştir.

³⁶³ RG. 26.06.2004, S. 25504.

³⁶⁴ ARKAN, C. II, s. 238; TEKİNALP, Ü., Gümrük Birliği’nin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri (*Gümrük Birliğinin Etkileri*), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1996, C. IV, s. 78.

³⁶⁵ ŞEHİRALİ, F. H., Patent Hakkının Korunması (*Patent Hakkı*), Ankara 1998, s. 147-148.

³⁶⁶ RÜZGAR, s. 277; YASAMAN/YÜKSEL, C. II, s. 1207; ÇOLAK, s. 657; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 496.

³⁶⁷ MERAN, s. 516.

sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ihtilafı durumu ortadan kaldırmış oluğundan baskın görüşe katılmak yerinde olacaktır³⁶⁸.

2. İhtiyati Tedbir Talebi

İhtiyati tedbir, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı, tamamen imkânsız hale geleceği veya gecikme sebebiyle ciddi bir zararın doğacağı konusunda endişelerin bulunması halinde mahkemeler aracılığıyla elde edilen geçici hukuki koruma olarak tanımlanabilir³⁶⁹. İhtiyati tedbire ilişkin hususlar HMK 389 vd. maddelerde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. KHK m. 76 ve 77’de de özel olarak yer bulan söz konusu müessesenin amacı davanın etkinliğini temin etmektir³⁷⁰. Buna göre; KHK’da öngörülen türde dava açan veya açacak olan kişiler davaya konu markanın kendi marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi çalışmalar yapıldığını ispatlamak şartıyla dava açılmadan önce, dava ile beraber ya da dava devam ederken ihtiyati tedbire karar verilmesini isteyebilir.

Bir ihtiyati tedbir talebi, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması üretimi veya ithalini; marka hakkına tecavüz neticesinde gerçekleşen şeylere gümrük, serbest liman veya bölgeler de dahil olmak üzere Türkiye sınırları içerisinde buldukları her yerde el konulmasını ve bunların saklanmasını; herhangi bir zararın tazmini için teminat verilmesini kapsamaktadır. KHK’da örnek mahiyetinde sayılan tedbirlerin yanı sıra olayın özelliklerine göre ihtiyati tedbir kararının kapsamı da değişebilir. Bu bağlamda markası internet ortamında ihlal

³⁶⁸ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nı incelediğimizde ise “delillerin tespitinin” ayrı bir madde olarak düzenlenmediğini görmekteyiz. Ancak Tasarı’nın tazminat başlıklı 150. maddesinin nc fıkrasında hak sahibinin, sınai mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin tazminat davası açmadan önce delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini talep hakkı bulunmaktadır.

³⁶⁹ **KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E., Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 558.**

³⁷⁰ KHK’da yer alan ihtiyati tedbire ilişkin hükümler Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nda da korunduğundan yapacağımız açıklamalar Sınai Mülkiyet Kanunu açısından da geçerli olacaktır.

edilen hak sahibinin ihtiyati tedbir olarak internet sitesine erişimin engellenmesi talebinde bulunup bulunamayacağını tespiti gerekmektedir. KHK' da konuya ilişkin hüküm yer almadığından farklı kanunları incelememiz sonuca ulaşmamız açısından yol gösterici olacaktır.

Marka hakkının internet ortamında ihlali durumunda internet sitelerine erişimin engellenmesi yoluyla ihtiyati tedbir talebi değerlendirilirken internet hizmet sağlayıcılarının türleri, tanımları ve bunlara uygulanacak yaptırımları düzenleyen ilk kanun olması hasebiyle 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun³⁷¹, un ilgili maddelerine göre hareket edilip edilemeyeceğinin tespiti gerekmektedir. 5651 sayılı Kanun'un internet sitelerine erişimin engellenmesi başlığı taşıyan sekizinci maddesini incelediğimizde erişimin engellenmesi kararının ceza hukukunun kapsamına dâhil olan fiillere uygulandığını ve söz konusu hükmün kıyasen sınaî hak ihlallerine uygulanması olanağı bulunmadığını görmekteyiz³⁷².

Marka hakkının internet ortamında ihlali aynı zamanda haksız rekabet olarak kabul edildiğinden³⁷³ yukarıdaki tartışmalara girmeksizin TTK'nın haksız rekabetin varlığı durumunda uygulanacak tedbirlere ilişkin ilgili maddesini dayanak alarak değerlendirme yapmamız daha uygun olacaktır. Konuya ilişkin TTK hükmü; basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen m. 58/4'tür. İlk cümlesine internet hizmet sağlayıcılarının sorumluluklarını incelerken değineceğimiz maddenin ikinci cümlesi ise hizmet sağlayıcılarına karşı çeşitli tedbirler uygulanabileceğini düzenlemiştir. Madde hükmüne göre; “...Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin

³⁷¹ RG. 20.05.2007, S. 26530.

³⁷² **BOZBEL, S.**, Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi? (*İhtiyati Tedbir*), Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı (FMHY) 2009, s. 141; **RÜZGAR**, s. 288.

³⁷³ Markanın internet ortamında kullanımının haksız rekabet olarak değerlendirildiği örnek Yargıtay kararları; Yarg. 11. HD., E. 2015/11138, K. 2016/5911, T. 30.05.2016; Yarg. 11. HD., E. 2015/6992, K. 2016/1129, T. 08.02.2016; Yarg. 11. HD., E. 2015/4386, K. 2015/11801, T. 10.11.2015, www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.08.2016).

sona erdirilmesine veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.” Madde hükmünden de anlayacağımız üzere mahkeme ilgili hizmet sağlayıcısını dinlemek kaydıyla somut olaya uygun tedbir kararını verebilecektir. Bu bağlamda erişimin engellenmesi de verilebilecek ihtiyati tedbir kararlarından biridir.

Doktrinde bazı yazarların da haklı olarak vurguladığı üzere sitenin tamamına erişimin engellenmesinin orantılılık ilkesine aykırı olacağı durumlarda sitenin tamamı yerine ihlal teşkil eden içeriğe erişimin engellenmesi ya da söz konusu içeriğin kaldırılması daha uygun olacaktır³⁷⁴. Yargıtay da bir kararında aynı yönde hareket etmiş ve de erişimin engellenmesi talebini içeren bir davada ihlal teşkil eden içeriğin kaldırılmasının daha uygun olacağı yönünde görüş bildirmiştir³⁷⁵. Kanaatimizce ihlal internet sitesinin tamamı aracılığıyla gerçekleşiyorsa örneğin marka alan adı olarak tescil edilmişse bu durumda sitenin bir kısmına erişimin engellenmesi ihtiyati tedbirin amacına ulaşması konusunda herhangi bir fayda sağlamayacağından sitenin tamamına erişim engeli konabilmelidir.

3. Marka Hakkına Tecavüzün Durdurulması

KHK m. 62/a'ya göre marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi mahkemeden marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin durdurulması talebinde bulunabilir. Marka hakkı sahibinin tecavüz durumunda açabileceği ilk dava türü olan tecavüzün

³⁷⁴ **BOZBEL**, İhtiyati Tedbir, s. 161.

³⁷⁵ “*Ancak, mahkemece, mümeyyiz davalıların davacıya ait ve ticaret unvanını kullandığı www.nakliyerehberim.com /evden eve nakliye ibareli internet sitesine erişimin engellenmesine karar verilmişse de anılan sitenin mümeyyiz davalılara ait olduğu ya da bu sitede sadece mümeyyiz davalıların davacıya ait markayı ve ticaret unvanını kullandığı haberin yayınlandığına dair bir belirleme yoktur. Bu itibarla, mahkemece sadece anılan siteden mümeyyiz davalıların haksız olarak davacının markasını ve ticaret unvanını kullandıkları haberin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde internet sitesine erişimin engellenmesi yönünde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeplerle mümeyyiz davalılar yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”* (Yarg. 11. HD., E. 2014/120, K. 2014/12653, T. 02.07.2014 www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.11.2015).

durdurulması davası, markaya karşı süregelen tecavüz niteliğindeki eylemlere son verilmesi taleplerini içeren bir eda davasıdır³⁷⁶. Bu dava tecavüz devam ettiği müddetçe zamanaşımına tabi olmaksızın açılacaktır.

Tecavüzün durdurulması davasının açılabilmesi için kural olarak tecavüz niteliğindeki fiilleri gerçekleştiren kişinin kusuru aranmaz³⁷⁷. Bu kuralın istisnasını ise KHK m. 61/c oluşturmaktadır. KHK m. 61/c'ye göre; taklit markayı satan, dağıtan, ithal eden veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak kişinin davranışının tecavüz teşkil etmesi durumu bilmesi veya bilmesi gerektiği şartlarına bağlandığından bu kişilere karşı tecavüzün durdurulması davasının açılabilmesi de bu şartları sağlamış olmalarına yani kusurlu olmalarına bağlıdır.

Marka hakkına tecavüzün durdurulması davasının aynı zamanda tecavüz oluşturacak fiillerin önlenmesi talebini kapsayıp kapsamayacağı bazı yazarlarca³⁷⁸ ayrıca incelenmiştir. Konunun ayrıca açıklanmaya muhtaç olmasının altında yatan temel sebep ise EndTasKHK'da³⁷⁹ aynı konuya ilişkin m. 49/I-b ve CoğışKHK m. 25/I-b'de tecavüzün durdurulmasının yanı sıra önleme talebine yer verilmiş olmasına rağmen KHK'nın ilgili maddesinde önleme talebinin açıkça belirtilmemiş olmasıdır. Her ne kadar KHK'da açıkça belirtilmemiş olsa da genel kanaat somutlaşmış bir tehlikenin varlığı durumunda tecavüzün durdurulması davasının tecavüzü önleme talebini de içerecek tarzda yorumlanması gerektiği yönündedir³⁸⁰.

4. Tecavüzün Giderilmesi

Tecavüzün giderilmesi davası, tecavüz neticesinde ortaya çıkmış ve marka sahibinin menfaatlerine zarar veren maddi durumun ortadan kaldırılmasına veya eski

³⁷⁶ ARKAN, C. II, s. 234; MERAN, s. 517; KARAN/KILIÇ, s. 492; YASAMAN/YÜKSEL, C. II, s. 1121.

³⁷⁷ ÇOLAK, s. 661.

³⁷⁸ KARAN/KILIÇ, s. 493; TEKİNALP, s. 461.

³⁷⁹ RG. 27.06.1995, S. 22326.

³⁸⁰ KARAN/KILIÇ, s. 493; TEKİNALP, s. 461; YASAMAN, C. II, s. 1121. Sımai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nın, KHK'nın aksine marka sahibine muhtemel tecavüzün önlenmesini talep hakkı tanımış olması bu sorunu ortadan kaldıracaktır (m. 149/1-b).

hale döndürülmesine yönelik davadır³⁸¹. Taraflarını marka sahibi ya da onun gibi dava açma hakkı bulunan kişiler ile mütecevazın oluşturduğu bu dava, tekrarlama tehlikesinin olup olmadığına bakılmaksızın³⁸² sona eren tecavüz eyleminden sonra açılabilir.

Tecavüzün giderilmesi davasına konu olabilecek taleplerin KHK m. 62/c-f’de ayrıca düzenlenmiş olması söz konusu davanın gerekli olmadığı yönünde görüşlere sebebiyet vermiştir. Bu görüşün savunucularına göre; marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan vasıtalarla el konulması, bu eşyalar üzerinde marka sahibi lehine mülkiyet hakkı tesisi, bu ürünler üzerindeki markaların silinmesi mümkün değilse ürünlerin imhası gibi KHK m. 62/c-f arasında yer alan düzenlemeler tecavüzün giderilmesi talebiyle amaçlanan neticeleri gerçekleştirmeye yöneliktir. Bu sebepten ayrıca tecavüzün giderilmesi davasına gerek yoktur³⁸³. Ancak tecavüzün giderilmesi talebinin daha geniş yorumlanmaya müsait olması ileri sürülen görüşe katılmamızı engellemektedir. 62/c-f’de yer alan yaptırımların ihlalin maddi vasıtalarla gerçekleştiği durumlarda uygulanması mümkünken tecavüzün giderilmesi talebi sayılanların yanı sıra markanın ticaret unvanı, işletme adı ya da alan adı olarak kullanımı gibi nispeten daha soyut kullanım durumlarında da ileri sürülebilecektir³⁸⁴.

Son olarak üzerinde duracağımız husus ise tecavüzün giderilmesi kararının uygulanma şekli olacaktır. Tecavüz teşkil eden fiiller farklılık gösterdiğinden giderim kararının uygulanması da farklılık gösterebilecektir. Örneğin marka alan adı

³⁸¹ **ARKAN**, C. II, s. 234; **RÜZGAR**, s. 280. Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı’nda “*tecavüzün giderilmesi*” yerine “*tecavüzün kaldırılması*” ifadesi tercih edilmiştir (m. 149/1-ç). Tecavüzün giderilmesine yönelik yapmış olduğumuz açıklamalar Tasarı için de geçerliliğini korumaktadır. Şöyle ki KHK m. 62/c-f’de yer alan düzenlemeler Tasarı m. 149/1’in “d, e, f” fıkralarında aynen korunmuştur. Söz konusu fıkraların tecavüzün kaldırılması davasını gereksiz hale getirdiği yönündeki eleştirilere burada da rastlanılması durumunda tecavüzün kaldırılması talebinin belirtilen fıkralardan daha geniş kapsamlı olduğu savunmasına dayanılması mümkündür.

³⁸² **KAYA**, s. 285.

³⁸³ **YASAMAN/YÜKSEL**, C. II, s. 1124.

³⁸⁴ **YASAMAN/YÜKSEL**, C. II, s. 1124.

olarak kullanılıyorsa hak sahibinin açacağı giderim davasının konusunu markanın alan adından kaldırılması talebi oluşturacaktır.

5. Tazminat Talebi

KHK'nın diğer taleplerden farklı olarak ayrıntılı bir şekilde düzenlediği tazminat talebi, belirli şartların varlığı halinde hak sahibine ihlal dolayısıyla uğradığı zararları tazmin imkânı sunmaktadır. Söz konusu şartlar ise, tazminat sorumluluğu özünde bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan bu sorumluluğun kurulabilmesi için gerekli olan; tecavüz teşkil eden fiil, kusur, zarar ve fiil ile zarar arasında illiyet bağının mevcudiyetidir. Bu şartlara göz atmadan önce marka hukuku açısından tazminat talebini düzenleyen KHK hükümleri ile ilgili olarak doktrinde tartışmalı bir hususa değinmemizde fayda olacaktır.

Markanın taklit edilmesi konusuyla irtibatlı olması sebebiyle kısaca değindiğimiz üzere marka hakkının ihlaline ilişkin tazminat talepleri iki ayrı maddede (m. 62, m. 64) düzenlenmiştir. KHK m. 62/b'de kanun koyucu herhangi bir ayrıntıya girmeksizin marka hakkı tecavüze uğrayan kişinin maddi ve manevi zararının tazminini talep edebileceğini belirtmiştir. Aynı konu, tazminat başlıklı 64. maddenin birinci fıkrasında ise m. 62'den farklı olarak daha ayrıntılı düzenlenmiş olup taklit markalı malların üretimi, satımı, dağıtımı veya başka yollarla ticaret alanına çıkarılması ya da ticari amaçlarla elde bulundurulması tazminata sebep olan fiiller olarak sayılmıştır. Bu maddede “*taklit markalı mallar*” ifadesinin kullanılmış olması, bahsi geçen tazminat talebinin taklit yoluyla ihlal söz konusu olduğunda gündeme gelebileceği şeklinde yorumlara sebebiyet vermiştir³⁸⁵. Ancak, her ne kadar m. 64/I'de taklit markalı mallar ifadesi kullanılmış olsa da *Yasaman'ın* haklı olarak vurguladığı üzere bu maddede sayılan fiiller aslında m. 61'de yer alan tecavüz fiillerinin aynısıdır³⁸⁶. Bu durum, m. 64/I'i, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillere

³⁸⁵ Bu düzenlemeden hareketle markanın taklit edilmesinin münhasır bir tecavüz hali olduğu ve kanun koyucunun bu maddede “*taklit marka*” kavramını bilerek kullandığı yönündeki yorum ve bu bağlamdaki tartışmalar için bkz. Markanın Taklit Edilmesi, s. 32; **KARAN/KILIÇ**, s. 518.

³⁸⁶ **YASAMAN, H.**, Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri (*Tazminat Talepleri*), GÜHFD Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, S. 1, s. 56; **UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 334.

karşı maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulabileceğini düzenleyen KHK m. 62/b ile paralel hale getirmiştir. Başka bir ifadeyle kanun koyucu aynı konuya yönelik lafızları farklı ancak içerikleri hemen hemen aynı iki ayrı hüküm tesis etmiştir³⁸⁷. KHK m. 64'ün ilk fıkrasında gereksiz tekrara düşen kanun koyucu ikinci fıkrada ise markayı mesleki faaliyetleri gereği kullanan kişilerin tazminat sorumluluğunu düzenlenmiştir³⁸⁸.

A. Tazminat Talebinin Koşulları

Tazminat talebinde bulunulmasının ilk koşulu hukuka aykırı yani markaya tecavüz niteliğindeki fiilin varlığıdır. Hukuka aykırı fiilin varlığı tek başına yeterli olmamakta aynı zamanda marka hakkını ihlalle itham edilen kişinin kusurlu olması gerekmektedir. Tazminat sorumluluğuna ilişkin KHK m. 64/II'de açıkça kusur sorumluluğundan söz edilmiş olmasına karşın aynı maddenin birinci fıkrasında mütecevizin kusurlu olmasına ilişkin herhangi bir ibare yer almamaktadır. Her ne kadar metnin ifade tarzı bahsi geçen ihlal hallerinin kusursuz sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde yorumlara³⁸⁹ sebebiyet verse de kusursuz sorumluluğun söz konusu olması için kanunda açıkça zikredilmesi gerekmektedir. Bu sebeple marka ihlalden doğan tazminat taleplerinde asıl olan

³⁸⁷ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahiplerinin taleplerini düzenleyen 149. maddede bu kişilerin maddi ve manevi zararlarını tazmin edebilecekleri düzenlenmiştir. 150. maddede ise maddi ya da manevi zarar ayırımına girmeksizin tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişilerin hak sahibinin zararlarını tazmin etmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. Tazminatın iki ayrı maddede düzenlenmiş olması KHK sistematığının terk edilmediği sonucuna varmamızı sağlamaktadır. KHK m. 64'den farklı olarak Tasarı m. 150'de tazminata sebep olacak fiiller tek tek sayılmayıp "*sınai mülkiyet hakkına tecavüz sayılan fiiller*" ifadesi kullanılmıştır. Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller Tasarı metninin 29. maddesinde 7. maddede sayılan halleri de kapsayacak şekilde bir bütün olarak düzenlendiğinden m. 149/1-ç ile m. 150/1'in farklı fiillere yönelik iki ayrı tazminat talebini düzenlediği tartışması gündeme gelmeyecektir. Tasarı metni her ne kadar böyle bir tartışmadan uzak olsa da tazminat konusunun iki ayrı maddede yer alması eleştiriye açıktır.

³⁸⁸ ÇOLAK, s. 687; YASAMAN, Tazminat Talepleri, s. 56; RÜZGAR, s. 280; UZUNALLI, Tazminat Talebi, s. 341.

³⁸⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 500.

kusur sorumluluğudur³⁹⁰. Bir başka ifadesiyle madde metninde açıkça düzenlenmemiş olsa dahi m. 64/I'de yer alan kişilerin sorumluluğu kusurlu olmalarına bağlıdır³⁹¹. Kusurun ihmalden ya da kasıttan kaynaklanmış olması ve derecesi sorumluluğun tespiti esnasında göz önünde bulundurulmaz. Ancak kusurun derecesi tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz eder³⁹².

Tazminatın bir diğer şartı ise zararın varlığıdır. Zarar kavramı, bir olay ya da eylem neticesinde kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen her türlü azalmanın yanı sıra manevi kayıplarını da kapsamaktadır. Aranan son şart ise zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının olmasıdır. Başka bir ifadeyle marka hakkı sahibinin uğradığı zarar hukuka aykırı fiilin neticesi olmalıdır.

B. Tazminat Miktarının Belirlenmesi

KHK m. 64 ve m. 66'dan hareketle tazminat miktarının belirlenmesinde fiili zarar ile yoksun kalınan kazanç gibi iki temel unsurun dikkate alındığını görmekteyiz.

a. Maddi Tazminat Miktarının Belirlenmesi

aa. Fiili Zarar

Fiili zarar, hak sahibinin mal varlığını aktifinde azalma ya da pasifinde artma şeklinde ortaya çıkabilir³⁹³. KHK'da zararın hesaplanmasında hangi hususların esas alınacağı ve hesaplamanın nasıl yapılacağı düzenlenmediğinden konuya ilişkin olarak genel hükümlere (TBK m. 50, 51) gidilmesi gerekmektedir. Buna göre uğranılan zararın miktarının tam olarak tespit edilememesi durumunda hâkim,

³⁹⁰ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda; tazminat hukukunun genel prensibinin kusur şartı olması sebebiyle önceki düzenlemelerde yer alan kusur kelimesinin gereksiz olduğu düşünülmüş ve metinde kusur kelimesine yer verilmemiştir (m. 150'nin gerekçesi).

³⁹¹ **DIRİKKAN**, s. 307, dpn. 388; **YASAMAN**, Tazminat Talepleri, s. 57; **GÖNEN, C.**, Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, İstanbul 2011, s. 50.

³⁹² **UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 335.

³⁹³ **UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 344.

olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir. Geleneksel anlamda marka ihlallerinde reklam giderleri, delil tespit giderleri, tecavüz neticesinde zarar gören markanın itibarının yeniden tesisi ve kamuoyunu konu ile ilgili olarak bilgilendirmek amacıyla yapılan ilan giderleri tazminatın belirlenmesinde esas alınan giderlerden bazılarıdır. İhlalin internet ortamında gerçekleşmiş olması durumunda ise zararın hesaplanmasında farklı gider kalemleri söz konusu olabilmektedir. Örneğin, markası ülke kodu ile üçüncü kişilerce alan adı olarak tahsis edilen kişinin uluslararası kuruluşlarca ülke kodu olmaksızın yapılan tahsise başvurması sebebiyle yaptığı ek harcamalar bu giderlerdendir.

bb. Yoksun Kalınan Kazanç

Yoksun kalınan kazanç, tecavüz eylemleri neticesinde marka sahibinin mal varlığının aktifinde meydana gelecek muhtemel artışların önüne geçilmesini ifade eder³⁹⁴. Fiili zarar miktarının tespitine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer vermemiş olmasının aksine kanun koyucu yoksun kalınan kazanç miktarının nasıl hesaplanacağını ayrıntılı olarak düzenlemiştir. KHK yoksun kalınan kazanç miktarının belirlenmesinde markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz gerçekleştiği anda geçerlilik süresi, tecavüz sırasında markaya ait lisansların sayısı gibi çeşitli etkenleri göz önünde bulundurarak marka sahibine birtakım haklar tanımıştır. KHK m. 66'ya göre hak sahibi;

a) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanılması ile elde edebileceği muhtemel gelir,

b) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde edebileceği kazanç³⁹⁵,

c) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli,

³⁹⁴ GÖNEN, s. 48; UZUNALLI, Tazminat Talebi, s. 358.

³⁹⁵ Bu fıkra, Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda "Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç" şeklinde değişikliğe uğramıştır. Burada yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında "kârın" esas alınacağı vurgulanmıştır (bkz. m.151 gerekçe).

seçeneklerinden birine göre yoksun kalınan kazanç miktarının belirlenmesi talebinde bulunabilir. Marka sahibi dava dilekçesinde yukarıdaki usullerden hangisini tercih ettiğini belirtmelidir. Ancak davacı, dilekçesinde söz konusu usullerden herhangi birine yer vermeksizin yalnızca belirli bir miktar tazminat talebinde bulunabilir. Bu durumda tazminat miktarının hangi yöntemle göre belirleneceği sorunu gündeme gelir. Bu konuda Yargıtay'ın genel uygulaması davacıya tercihinin tereddütsüz şekilde açıklattırılmasının ardından tazminat miktarının belirlenmesi gerektiği yönündedir³⁹⁶.

Tartışmalı olan husus ise davacının tercihini sonradan değiştirip değiştiremeyeceğidir. Bu tartışmanın temel sebebi ise mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun dava konusunun belirli olması şartını aramış olması ve dava konusunda değişikliklerin ıslah yoluyla yapılabilmesiydi. *Yasaman*, bu düzenlemelerden hareketle davacının, tazminat miktarının belirlenmesine yönelik tercihini değiştirmesinin doğrudan talep edilen miktarı dolayısıyla da dava konusunu değiştireceğini bu yüzden tercihin değiştirilmesinin ancak ıslah yoluyla mümkün olduğunu savunmuştur³⁹⁷. Ancak yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile belirsiz alacak davalarına imkân tanındığından davacı, asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir ve de zararın belirlenmesiyle beraber davanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talep ettiği miktarı arttırabilir. HMK'nın getirdiği bu yenilik seçimin değiştirilmesine ilişkin usulü bir engeli kaldırmıştır³⁹⁸.

Marka sahibi seçeneklerden ancak birinin esas alınmasını talep edebilir. Hak sahibinin belirtilen yöntemlerden birini seçmesinin ardından mahkeme markanın

³⁹⁶ Yarg. 11. HD., E. 2001/10185, K. 2002/2000, T. 07.03.2002; Yarg. 11. HD., E. 2004/7923, K. 2005/5758, T. 02.06.2005; Yarg. 11. HD., E. 2006/122, K. 2006/1085; T. 07.02.2006; Yarg. 11. HD., E. 2003/8468, K. 2004/3076, T. 25.03.2004 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 04.05.2016). *Yasaman*, KHK m. 66/II-a'yı genel kural olarak kabul edip, davacının herhangi bir tercihte bulunmadığı durumlarda tazminat miktarının belirlenmesinde bu fıkranın esas alınması yönünde görüş bildirmiştir (**YASAMAN**, Tazminat Talepleri, s. 53).

³⁹⁷ **YASAMAN**, Tazminat Talepleri, s. 53.

³⁹⁸ **UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 373.

ekonomik değerine göre tazminat miktarının arttırılmasına karar verebilir (KHK m. 67).

Yoksun kalınan kazancın belirlenmesi esnasında markanın ekonomik önemi, tecavüz anında markanın geçerlilik süresi, markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler de göz önünde tutulur³⁹⁹ (KHK m. 66/3).

b. Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi

Tecavüz niteliğindeki eylemlerin, marka sahibi üzerinde doğuracağı olumsuz etkileri (marka sahibinin itibarının zedelenmesi, müşteri çevresi içerisinde markaya duyulan güvenin sarsılması gibi) göz önünde bulunduran kanun koyucu marka sahibine maddi tazminatın yanı sıra manevi tazminat talebinde de bulunma hakkı (m. 62/b) tanımıştır. Manevi tazminatın hangi hallerde talep edilebileceği ve miktarının nasıl belirleneceği genel hükümlerden hareketle tespit edilmelidir. Borçlar Kanunu m. 58'in kıyasen uygulanacağı bu tür davalarda hâkim zarar görenin manevi acılarını giderecek, zarar veren açısından caydırıcı ancak zarar gören tarafından zenginleşme aracı olarak kullanılmayacak bir miktar kararlaştırmalıdır. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde somut olayın özelliklerinin yanı sıra tarafların sosyal ve ekonomik durumu, ihlalin etkileri göz önünde bulundurulacak diğer hususlardır.

c. İtibar Tazminatı Miktarının Belirlenmesi

Tazminat miktarının belirlenmesi açısından inceleyeceğimiz son konu ise itibar tazminatı adı altında KHK m. 68'de düzenlenen, markanın kötü ve uygun olmayan şekilde kullanımı neticesinde talep edilebilen tazminattır. Tazminatın niteliği ve konusu bakımından doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. *Tekinalp*, bu tazminatın hem maddi hem manevi tazminatın unsurlarını taşıyan çift yönlü bir yapıda olduğunu; *Yasaman* ise bu tazminat türünün manevi tazminat yönü

³⁹⁹ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda bu sayılanlara "*ihlalin nitelikleri ve boyutları*" da eklenmiştir. Söz konusu yenilik çerçevesinde markanın birebir taklit edilmesi tazminatta artırım sebebi olabileceken, sadece karıştırılma tehlikesinin olması ise indirim sebebi olabilecektir (bkz. m.151 gerekçe).

bulunmadığını savunmaktadır⁴⁰⁰. Ayrıca yazar söz konusu tazminat ile karşılanacak zararın zaten maddi tazminat ile karşılandığını itibar tazminatının gerekli olmadığını savunmaktadır. Ancak Yargıtay uygulamasını incelediğimizde tazminat taleplerinin maddi, manevi ve de itibar tazminatı başlıkları altında üç kalemde ele alındığını görmekteyiz⁴⁰¹.

İtibar tazminatının miktarının belirlenmesinde ise fiili zarar esas alınabileceği gibi yoksun kalınan kazanç da esas alınabilir. Ayrıca markanın itibarının yeniden tesisi için yapılan harcamalar da göz önünde bulundurulabilir⁴⁰².

II. MARKA SAHİBİNİN TALEPLERİNİ YÖNLENDİREBİLECEĞİ KİŞİLERİN TESPİTİ VE SORUMLULUK HALLERİ

İnternet ortamında markası ihlale uğrayan hak sahibinin önceki başlıklar altında bahsi geçen taleplerini yönlendirebileceği kişilerin tespiti, internet hizmet sağlayıcılarının tanımlanmasına ve hangi durumlarda sorumlu olacaklarının belirlenmesine bağlıdır.

İnternet hizmet sağlayıcıları; internet bağlantısı için gerekli olan alt yapı ve teknik donanımı hazırlayan, internette yer alan verilerin içeriğini sağlayan, bu verileri depolayan ya da depolamaksızın doğrudan iletim yoluyla kullanıcıların hizmetine sunan gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir⁴⁰³. İnternet hizmet

⁴⁰⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 505; **YASAMAN**, Tazminat Talepleri, s. 64-65. Manevi tazminatın kişi varlığındaki objektif eksikliği gidermeye yönelik olduğu bu sebeple itibar tazminatının manevi tazminat niteliği taşımadığı yönündeki açıklamalar için ayrıca bkz. **UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 434.

⁴⁰¹ Örnek mahiyetinde bkz. Yarg. 11. HD., E. 2015/5437, K. 2015/12845, T. 02.12.2015; Yarg. 11. HD., E. 2015/4006, K. 2015/11039, T. 26.10.2015; Yarg. 11. HD., E. 2014/14113, K. 2015/840, T. 22.01.2015 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 30.04.2016). Bu tazminat türü Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı'nda da korunmuştur (m. 150/2).

⁴⁰² **UZUNALLI**, Tazminat Talebi, s. 435.

⁴⁰³ **AYHAN İZMİRLİ, L.**, Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması, Ankara 2012, s. 205; **KILINÇ, B.**, İnternet Süjelerinin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan Kaynaklanan Sorumlulukları, Legal FSHD 2014, C. 10, S. 40, s. 116.

sağlayıcılarına ilişkin açıklamalarımızdan önce bunları görev bakımından birbirinden kesin çizgilerle ayırmanın internetin yapısıyla bağdaşmayacağını belirtmemiz faydalı olacaktır. Örneğin, erişim sağlayıcı olarak faaliyet gösteren bir internet hizmet sağlayıcısı aynı zamanda içerik ve yer sağlayıcı da olabilir.

1. İnternet Hizmet Sağlayıcıları

A. Denetim Kuruluşları

aa. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

Telekomünikasyon Kurumu'nun 5809 sayılı Kanun ile düzenlemeye tabi tutulmuş halini oluşturan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), telekomünikasyon sektörünü düzenleme ve denetleme görevini yerine getiren bağımsız bir idari otoritedir⁴⁰⁴. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na bağlı olan BTK, telekomünikasyon sektöründeki düzenleme ve denetleme ihtiyacını karşılayan idari bir otorite olduğundan internet ortamında gerçekleşen ihlal hallerinde sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

bb. Erişim Sağlayıcıları Birliği

Erişim Sağlayıcıları Birliği 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu Kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmelerin katılımıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir kuruluştur (5651 sayılı Kanun m. 6/A-2, 5). Çalışma usul ve esasları BTK tarafından belirlenen Birlik, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde sayılan durumlar dışında kalan erişimin engellenmesi kararlarını yerine getirir (5651 sayılı Kanun m. 6/A-6). Bir koordinasyon kurumu niteliği taşıyan ve görevi kendine gelen erişimin engellenmesi kararlarını uygulamak olan Birlik'in marka hakkının ihlali hallerinde sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

⁴⁰⁴ <http://www.btk.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Kurulus>, erişim tarihi: 15.08.2016.

B. Telefon/ Telekomünikasyon İdareleri

Bildiğimiz üzere internete bağlantının sağlanabilmesi telefon hatlarından oluşan belirli bir alt yapıyı gerektirmektedir. Telekomünikasyon idareleri, tamamen teknik bir fonksiyona sahip olan ve internet servis sağlayıcılarına internete bağlantıyı sağlamaları için gerekli telefon hatlarını tahsis eden kuruluşlardır⁴⁰⁵. Ülkemizde bu hizmet Türk Telekom tarafından yürütülmektedir.

C. Erişim Sağlayıcı

Kullanıcılarına internet ortamına erişim imkânı sağlayan her türlü gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır. Erişim sağlayıcılar bu hizmeti kendilerine ait bilgisayar donanımları ve de telekomünikasyon idaresinden kiralamış oldukları hatlar aracılığıyla gerçekleştirmektedirler. Dünya çapında internet servis sağlayıcı olarak anılmasına rağmen 5651 sayılı Kanun'da internet servis sağlayıcı yerine erişim sağlayıcı terimi tercih edilmiştir. TTnet, Superonline, Kablonet bu tanım bağlamında erişim sağlayıcıya örnek olarak verilebilir.

D. Yer Sağlayıcı

Kullandıkları bilgisayarlar ya da programlar aracılığıyla kullanıcılardan gelen verileri depolayan ve de diğer kullanıcılara bu verilere erişim imkânı sağlayan internet hizmet sağlayıcılarıdır⁴⁰⁶. “Sahibinden.com, amazon.com, gittigidiyor.com” gibi internet siteleri yer sağlayıcılara örnek olarak gösterilebilir.

E. İçerik Sağlayıcı

5651 sayılı Kanun'da içerik sağlayıcı; “İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Örneğin, “sahibinden.com” internet adresi bir yer sağlayıcıdır. Bu siteye satılık otomobil ilanı veren,

⁴⁰⁵ SOYSAL, T., İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları, TBB Dergisi, Kasım-Aralık 2005, S. 61, s. 307.

⁴⁰⁶ SOYSAL, s. 309; RÜZGAR, s. 124.

otomobiliyle ilgili verileri giren, otomobilinin fotoğraflarını yükleyen kişi ise içerik sağlayıcıdır. Konunun başlangıcında da değindiğimiz üzere internet hizmet sağlayıcılarını keskin çizgilerle ayırmamız pek mümkün olmadığından örnek vermiş olduğumuz site sahibi kendi de siteye birtakım veriler yüklerse aynı zamanda içerik sağlayıcı sıfatını da kazanabilir.

2. İnternet Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluk Halleri

A. Genel Olarak

KHK, markanın internet ortamında yetkisiz kişilerce ve de marka hukukuna aykırı olarak kullanımını marka hakkının ihlali olarak belirlemiş olmasına rağmen bu tür kullanım halinde erişim, yer ve içerik sağlayıcı gibi önceki başlık altında tanımlamış olduğumuz internet hizmet sağlayıcılarından hangilerinin nasıl sorumlu olacağına dair herhangi bir hüküm taşımamaktadır. Bu sebepten internet hizmet sağlayıcılarının sorumlulukları belirlenirken konuya ilişkin ilgili kanunlarda yer alan hükümler çerçevesinde hareket edilecektir. Söz konusu hükümlere değinmeden önce bu hükümlerin dayanak noktasını oluşturan 2000/31 sayılı AB Elektronik Ticaret Yönergesi⁴⁰⁷, nin ilgili maddelerini incelememiz gerekmektedir.

B. 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesi Çerçevesinde İnternet Hizmet Sağlayıcılarının Sorumlulukları

2000/31 sayılı AB Yönergesi internet hizmet sağlayıcılarının sorumluluklarını tespit ederken bilgi toplumu hizmet kavramı ve bilgi toplumu hizmet sağlayıcısı kavramlarından hareket etmektedir.

Yönerge'ye göre bilgi toplumunda hizmet kavramı; elektronik işlem ve veri

⁴⁰⁷ 2000/31/CEE sayılı ve 8 Haziran 2000 tarihli İç Pazarda Bilgi Toplumunda Hizmetlerin Bazı Hukuki Yönlerine ve Özellikle Elektronik Ticarete İlişkin (elektronik ticaret üzerine yönerge) Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi [(Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), OJ L. 178, 17.07.2000, P. 0001-0016].

depolama donanımıyla, hizmet alıcısının talebi üzerine uzaktan ve de bir ücret karşılığında verilen hizmetleri kapsamaktadır. Bu hizmetleri sunanlar ise bilgi toplumu hizmet sağlayıcısı olarak tanımlanmakta ve Yönerge'nin 12, 13 ve 14'üncü maddelerinde bunlara yönelik sorumsuzluk kayıtları yer almaktadır. 2000/31 sayılı Yönerge'nin 12, 13 ve 14'üncü maddelerini birlikte değerlendirdiğimizde internet hizmet sağlayıcılarının sorumluluklarının tespitinde faaliyetlerini yürütürken genel anlamda iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun davranıp davranmadıklarının esas alındığını söyleyebiliriz. Örneğin Yönerge'nin 12. maddesine göre; doğrudan iletim yapan bir başka ifadesiyle müşterilerinden gelen bilgileri depolamaksızın ileten bir yer sağlayıcının sorumluluğu bazı durumlarla sınırlandırılmıştır. Eğer söz konusu yer sağlayıcı; iletimi başlatmamış, iletimin alıcısını seçmemiş ya da iletimde yer alan bilgiyi seçip değiştirmemişse bu durumda sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Aynı şekilde 14. maddeye göre de bilgileri depolayan bir hizmet sağlayıcısının sorumlu tutulabilmesi bu bilgilerin ihlal oluşturduğunu bilmesine ya da uyarıya rağmen söz konusu içeriği kaldırmamasına bağlıdır. Bu tür ihlal hallerinde Yönerge'nin sorumsuzluğa dair maddelerine gidilebilmesi için internet hizmet sağlayıcılarının sahip olması gereken ihlale ilişkin bilgi seviyesinin doğru şekilde tespiti gerekmektedir. Örneğin, yer sağlayıcı konumundaki bir alışveriş sitesi sahibi kendi sitesi kullanılarak taklit markalı malların da satılabileceğini öngörebilir. Ancak bir ihlal halinde bu genellenmiş bilgiye dayanarak internet sitesinin sorumlu tutulmaması gerekmektedir⁴⁰⁸.

C. Ülkemizdeki Düzenlemeler Çerçevesinde İnternet Hizmet Sağlayıcılarının Sorumlulukları

Konuya ilişkin TTK' da⁴⁰⁹, 5651 sayılı Kanun'da ve de 6563 sayılı Kanun'da birbirine yakın hükümler yer almaktadır. Her ne kadar 5651 sayılı Kanun cezai

⁴⁰⁸ SAUNDERS, K. M./BERGER-WALLISER, G., The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 32/37, 2011, s. 39.

⁴⁰⁹ Bahsi geçen TTK hükmü m. 58/4'tür. Haksız rekabet halinde basın, yayın, iletişim ve bilişim kurumlarının sorumluluğunu düzenleyen maddenin internet ortamında ihlal durumunda da

yaptırımları düzenleyen bir niteliği haiz olsa da cezai yaptırımların uygulanabilmesi için bu kanunda aranan sorumluluk şartları, internet hizmet sağlayıcılarının hukuki sorumlulukları tespit edilirken göz ardı edilmemelidir⁴¹⁰.

5651 sayılı Kanun'da içerik, yer ve erişim sağlayıcının yükümlülükleri ayrı ayrı düzenlenmiş olsa da 6563 sayılı Kanun'da ve basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 58/4'te böyle bir ayrıma gidilmeden genel bir sorumluluk öngörülmüştür. Söz konusu hükümlere ilişkin açıklamalarımızdan önce belirtmekte fayda gördüğümüz nokta telekomünikasyon idarelerinin durumudur. Telekomünikasyon idareleri zorunlu iletişim alt yapısını sağlayan tamamen teknik fonksiyona sahip kuruluşlar olduğundan internet ortamında ihlal konusunda sorumlu tutulmayacaklardır. Dünyadaki genel kabul de bu yöndedir⁴¹¹.

6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, bu kanuna dayanılarak çıkarılan elektronik ticarete hizmet sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğunu düzenleyen yönetmelik⁴¹² ve de TTK, internet hizmet sağlayıcılarını 2000/31 sayılı AB Yönergesi'nden hareketle bilgi toplumu hizmet sağlayıcısı olarak görmekte ve sorumluluklarını da Yönerge ile uyumlu olacak şekilde düzenlemektedir.

uygulama alanı bulmasının temel sebebi marka ihlalinin geniş anlamda bir haksız rekabet hali oluşturmasıdır.

⁴¹⁰ İnternet hizmet sağlayıcılarının hukuki sorumluluğu belirlenirken 5651 sayılı Kanun gibi cezai niteliği ağır basan kanunun uygulama alanı olmadığını belirten görüşler (**RÜZGAR**, s. 144) olmasına rağmen bu görüşe katıldığımızı söyleyemeyiz. Bunun temel sebebi ise Elektronik Ticaretin Düzenlenmesine ilişkin Kanun Tasarı metninin 2'nci maddesinin gerekçesidir. Söz konusu gerekçe; "...5651 sayılı Kanunda yapılan içerik, erişim ve yer sağlayıcı tanımları ve getirilen sorumluluk düzenlemesi, Tasarının uygulaması bakımından da geçerlidir. Bu maddede yapılan hizmet sağlayıcı tanımı 5651 sayılı Kanunda yer verilen erişim ve yer sağlayıcı kavramlarını da kapsamaktadır. Bu nedenle, Tasarıda, 5651 sayılı Kanunda getirilmiş olan sorumluluk hükümleri tekrarlanmamıştır. 5651 sayılı Kanunda tesis edilmiş sorumluluk hükümleri geçerli olmaya devam edecektir."

⁴¹¹ **KILINÇ**, s. 118.

⁴¹² Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik bkz. RG. 26.08.2015, S. 29457.

Konuya ilişkin TTK m 58/4 internet hizmet sağlayıcısının sorumluluğunu tespit ederken haksız rekabet oluşturan fiilin iletimini başlatmamış, iletimini alıcısını veya fiili oluşturacak içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemiş olup olmadığını göz önünde bulundurmaktadır. Belirtilen işlemlerden herhangi birini gerçekleştirilmemiş olan internet hizmet sağlayıcısını sorumluluktan muaf tutmuştur. 6563 sayılı Kanun m. 9'a göre; *“Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.”* 5651 sayılı Kanun m. 5/1'de de hemen hemen aynı ifadeye yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise internet hizmet sağlayıcısının hukuka aykırı içeriği haberdar edildiği takdirde kaldırma yükümlülüğünün bulunduğu düzenlenmiştir⁴¹³.

Kısacası ne TTK'da ne de ilgili diğer kanunlarda hizmet sağlayıcısına erişim imkânı sağladığı içeriği kontrol etme yükümlülüğü getirilmemiştir⁴¹⁴; ancak hizmet

⁴¹³ Konuya ilişkin Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Örneğin; *“Davacı vekili, davalı şirketin, ilgili alan adının yer sağlayıcısı olması nedeniyle sorumlu olduğunu belirtmiş, davalı şirket ise bu konuda herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığını bildirmiştir. internet alan adının tescilinin ardından davacı tarafça davalı yer sağlayıcı şirkete ihtarname gönderilerek, marka hakkına tecavüzün durdurulmasının istendiği ve davalı yer sağlayıcı tarafın söz konusu ihtara rağmen herhangi bir girişimde bulunmadığı açıktır. Bu durumda mahkemece davalı yer sağlayıcı şirkete husumet düştüğü kabul edilerek, işin esasına girilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davanın reddi yönünde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”* (11. HD., E. 2012/3350 K. 2013/3597, T. 27.02.2013, **ÇOLAK**, s. 485).

⁴¹⁴ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 9/1;

“Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.” Benzer hüküm için bkz. Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik m. 6/4.

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, m. 5/1;

“Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.”

sağlayıcı haberdar olduğu anda içeriği kaldırmak ve gerekli önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Yükümlülüklerine aykırı davranan internet hizmet sağlayıcılarının sorumlulukları doğacak ve marka hakkı sahibi bahsi geçen taleplerini hizmet sağlayıcısına da yönlendirebilecektir⁴¹⁵.

D. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Türkiye'deki Uygulama

Önceki başlık altında yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda ülkemizde internet hizmet sağlayıcılarının sorumluluğunun tespitinde nasıl bir yol izlendiğine dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına⁴¹⁶ özel olarak değinme gereğinde bulduk. Taraflarını bir online alışveriş sitesi ve de markası ile karışıklık yaratacak işaretleri taşıyan taklit ürünlerin söz konusu sitede satışa sunulduğunu iddia eden marka sahibinin oluşturduğu dava ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun değerlendirmesi özetle şu şekildedir:

“Davacı vekili, davalı şirketin müvekkili şirketin tescilli ve tanınmış markaları ile iltibas yaratacak şekilde aynı ibareleri ve tanıtma vasıtalarını içeren taklit ürünleri “www.gittigidiyor.com” adresi üzerinden ticaretini yapmak suretiyle satışa arz ettiğini, bu eylemlerinin marka haklarına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek, haksız rekabetin hükmen tespitine, men'ine ve yasaklanmasına, müvekkiline ait markalardan faydalanma haklarına tecavüzlerinin ref ve men' ine, dilekçede belirtilen markaları taşıyan parfüm ve her türlü kozmetik ürünlerin davalının söz konusu internet sitesi üzerinden yayınının ve satışlarının durdurulmasına, satışa arzının önlenmesine, iltibasa sebebiyet veren ürünlerin ve ambalajların toplatılmasına ve imhasına, 10.000 YTL manevi tazminatın davalıdan faizi ile birlikte tahsiline, mahkeme kararının ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirket tarafından oluşturulan portalın çalışma sisteminin tamamen kullanıcılar arasında iletişimi sağlama ve yapılan alışverişlerde

⁴¹⁵ KILINÇ, s. 22.

⁴¹⁶ Yarg. HGK E. 2013/11-1138, K. 2014/16, T. 15.01.2014 (www. kazanci.com, erişim tarihi: 22.12.2015).

ödemenin güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesi üzerine kurulduğunu, hiçbir ürünün satış, pazarlama, reklam ve dağıtımının müvekkili tarafından yapılmadığını, satışa arz olunan ürünlerin müvekkili şirket nezdinde bulunmadığını, site üzerinden gerçekleştirilen işlemlerle ilgili tüm hukuki sorumluluğun kullanıcılara ait olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.”

İlk derece mahkemesi, “*davacı adına tescilli markayı taşıyan ürünlerin internet sitesinde satışa sunulduğu tespit edilmişse de, davalı firmanın servis sağlayıcı konumunda olduğu, elektronik ticarete ilişkin Avrupa Birliği Direktifi’ne göre servis sağlayıcıların sorumluluğunun, ürünün taklit olduğu uyarısına rağmen satışa arzına devamı halinde söz konusu olduğu, davacının böyle bir girişimde bulunmadan doğrudan dava açtığı ve ayrıca davalının servis sağlayıcısı olarak kendiliğinden ürünlerin taklit olup olmadığını bilebilecek durumda olmaması, talep halinde koşulları varsa ancak erişimi engelleme yetkisi bulunduğundan davalının haksız rekabetinden söz edilemeyeceği”* gerekçesi ile davanın husumetten reddine; ancak ürünlerin taklit olduğu tespit edildiğinden taklit kozmetik ürünlerin yayın ve satışının önlenmesine karar vermiştir. Karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

11. HD, kararı “*Marka hakkına tecavüz sayılan eylemlerin 556 sayılı KHK'nin 61.maddesinde düzenlendiği, dava tarihinde yürürlükte olan ilgili maddenin “e” bendinde (a) ve (c) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmanın marka hakkına tecavüz sayıldığı, davacının markasını taşıyan taklit kozmetik ürünlerinin davalının kendisine ait internet sitesi aracılığı ile satışa sunulması sonucu anılan madde uyarınca markaya tecavüz halinin gerçekleştiğinin kabulünün gerektiği, çünkü söz konusu maddede hangi şekil ve şartlarda olursa olsun marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin yapılmasını kolaylaştırmanın da marka hakkına tecavüz sayıldığı, 556 sayılı KHK’da davalı servis sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi için ürünlerin taklit olduğuna ilişkin olarak önceden bir uyarıda bulunulması zorunluluğu da getirilmemiş olduğundan mahkemenin bu yöndeki gerekçesinin yerinde olmadığı, mahkemece, davalının kendisine ait internet sitesi aracılığı ile taklit ürünlerin satışa arz edilmesinin, satışının kolaylaştırılması suretiyle marka hakkına tecavüz olarak kabulü ile*

davacının tüm istemleri yönünden bu doğrultuda bir inceleme yapılarak hüküm tesis edilmesi gerektiği” gerekçesi ile bozmuştur.

Kararında direnen ilk derece mahkemesi, “davanın açıldığı tarihte "internet üzerinde faaliyet gösteren platform işleticilerinin sorumluluğu konusunda Türk Hukukunda yasal düzenleme bulunmadığından Elektronik Ticarete İlişkin AB Direktifi emsal alınarak kanun boşluğunun giderilmeye çalışıldığı, zaten kararda AB direktifinin önerdiği çözümün yanı sıra özellikle servis sağlayıcının kendiliğinden ürünlerin taklit olup olmadığını bilebilecek durumda olmaması ve ancak talep halinde şartları varsa erişimi engelleme yetkisi bulunduğu vurgulandığı, bu kanun boşluğunun davanın devamı sırasında ilk karardan sonra yürürlüğe giren 5651 sayılı Yasa ile doldurulduğu, 5651 sayılı İnternet Üzerinden Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun'un, kararda değinilen AB direktifinin uyarlanmasından ibaret olduğu, anılan kanununun 5.maddesine göre yer sağlayıcının, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı, kanununun 8. ve 9.maddelerine göre de, yer sağlayıcının, haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkan bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlü olduğu, yasanın karar tarihinden sonra yürürlüğe girdiği ve Türkiye AB ülkesi olmadığı için söz konusu direktifin Türk Hukuku yönünden bağlayıcılığının olmadığı, ancak bu konuda yasal boşluk bulunması nedeniyle boşluğun doldurulmasında söz konusu direktif hükümlerinden yararlandığı, öte yandan AB direktifinin ilgili hükümlerinin daha önce sadece 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ek 4.maddesinin 4.fıkrasını değiştiren 12/03/2004 tarih ve 5101 sayılı yasa ile öngörüldüğü, davalının faaliyetinin konusunun zaten kullanıcılara bu verileri iletmekten ibaret olduğundan, gerek 5651 sayılı Yasa, gerek yasanın alındığı AB direktifi, ABD Digital Milenium Copyright Yasası ve gerekse bu konudaki lehte ve aleyhteki tüm yabancı mahkeme kararlarında internet üzerinde teknik araçların salt bu hizmetleri nedeniyle sorumlu olmadıkları vurgulandıktan sonra taklit satışı öğrendikten sonra erişimi engellememeleri veya uyarılara rağmen tedbir almamaları halinde istisnai olarak sorumlu olacaklarının benimsendiği, platform işleticiliği teknik alt yapı hizmetlerinin bizzat kendisininin taklit fiillerini kolaylaştırmaya katkı fiilleri kapsamında

değerlendirilerek marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin yapılmasını kolaylaştırma olarak düşünülemez. gerekçesiyle önceki hükümde direndiğini belirtmiştir.

HGK, önüne gelen dosyada yerel mahkemenin kararının direnme kararı değil yeni bir hüküm olduğu gerekçesiyle kararın özel dairece (11. Hukuk Dairesi) incelenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. 11. HD, önüne gelen kararı aynı gerekçelerle bozmuştur.

Yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine dava, tekrar Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. HGK, önüne gelen davada çeşitli yönlerden incelemelerde bulunmuş ve konuya ilişkin kanaatini belirtmiştir. HGK kararını konumuz açısından önem taşıyan iki husus ile ilgili olarak ele alacağız. Bunlardan ilki HGK'nın da öncelikli olarak incelediği ve yerel mahkemenin direnme kararında vurguladığı üzere marka hakkının ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda internet yer sağlayıcısının sorumluluğuna ilişkin kanun boşluğu bulunup bulunmadığı, ikinci ise yer sağlayıcısının sorumlu tutulabilmesi için kendisine önceden haber verilmesinin gerekli olması ve bu bağlamda dava dilekçesinin ihtarname niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Bildiğimiz üzere gerek yerel mahkeme gerek önceki başlık altında değindiğimiz ulusal ve uluslararası metinler yer sağlayıcısının sorumluluğunun tespitinde durumdan haberdar olup olmamasını göz önünde bulundurmaktadır.

Konuya ilişkin olarak Türk Hukuku'nda boşluk bulunup bulunmadığını değerlendirirken HGK, 556 sayılı KHK'daki markanın korunmasına dair özel ve BK'daki genel hükümlerden hareket etmiştir. HGK, "*...haksız fiilden kaynaklanan kusura dayalı sorumluluk türleri dava tarihinde yürürlükteki 818 sayılı mülga BK m. 50'de (6098 sayılı TBK'da m. 61) genel hüküm niteliğinde 556 sayılı KHK 61/e (bu fıkra davanın açıldığı dönemde yürürlükte olup ve daha sonra 5833 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır.) bendinde de özel hüküm niteliğinde düzenlenmiş olup, davalı eyleminin de bu maddelerde belirtilen iştirak halinde sorumluluk halleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Yargılama sırasında 23.05.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli*

suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usuller; 5, 8 ve 9.maddelerinde de internet servis sağlayıcısının yükümlülükleri ve bu kapsamda kalan eylemlerden dolayı sorumluluk koşulları düzenlenmiştir. Ancak, dava tarihinden sonra bu konuda özel bir yasal düzenleme yapılmış olması nedeniyle dava tarihinde yürürlükte olan yukarıda bahsedilen genel ve özel hükümlerin varlığı karşısında internet yer sağlayıcısının sorumluluğu hususunda mevzuatta yasal boşluk bulunduğu sonucuna da varılamaz.

Öyle ise, yerel mahkemenin dava tarihinde internet yer sağlayıcısının sorumluluğu hakkında mevzuatta özel bir düzenleme bulunmayıp bu hususta yasal boşluk olduğuna dair direnme gerekçesi yerinde değildir.” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.

Özetle HGK, online alışveriş sitelerinin dolayısıyla da yer sağlayıcılarının sorumluluğunu tayin ederken özelde KHK'nın tecavüz fiillerine iştirake ilişkin genel anlamda ise Borçlar Kanunu'nun müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmiştir. KHK mülga m. 61/e “hangi şekil ve şartta olursa olsun tecavüz fiillerinin yapılmasını kolaylaştırmayı” marka hakkına tecavüz kapsamında değerlendirmekteydi. Kanaatimizce HGK'nın davalının sorumluluğu tespit edilirken bu hükme dayanmış olması uygun değildir. Bunun temel sebebi ise davalının yürüttüğü ticari faaliyetin niteliğinin klasik anlamda ihlale sebebiyet veren faaliyetlerden farklı olmasıdır. İlk derece mahkemesinin de haklı olarak belirttiği üzere davalının ticari işlevi zaten mal sahiplerine daha fazla tüketiciye ulaşmalarını sağlamak amacıyla internet üzerinde teknik alt yapı vermekten ibaret olup, bu faaliyetinde ise hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Davalının ticari faaliyetini yürütürken sitesinde satışa sunulan bütün ürünleri kontrol etme yükümlülüğünün bulunması ticari faaliyetini gerçekleştirmesini imkânsız kılacağından söz konusu site üzerinden taklit markalı malın piyasaya sunulmuş olması da davalının tecavüze iştirak ettiği anlamına gelmemelidir. Aksi bir uygulama internet üzerinde faaliyet yürüten sitelerin risk almak istememeleri ve bunun neticesi olarak bu alandan çekilmelerine neden olabilir. İnternet üzerinde ticareti engelleyen bu uygulama aynı zamanda ticaret serbestisine de aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple KHK mülga 61/e ve BK'nın müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümleri davalıya ve onunla benzer faaliyet yürütenlere uygulanmaya müsait değildir. Bu bağlamda yerel mahkemenin

söz konusu kararı verdiği dönemde bir hukuk boşluğunun mevcudiyetinden söz edilebilir.

HGK kararında konumuza ilişkin olarak dikkatimizi çeken bir diğer husus ise alışveriş sitesinin sorumluluğunun tesisi esnasında nasıl bir yol izleneceğidir. HGK, sorumluluğun tesisi esnasında genel hükümlerden hareket ederek;

“...internetin yapısı, internet ortamının teknik özellikleri ve işletilme koşulları itibariyle davalının işlettiği web sitesinde üçüncü kişilerce gerçekleştirilen tecavüzleri bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun kabulü mümkün olamayacağından; somut uyuşmazlıkta ileri sürülen talepler bakımından da kusur şartının gerçekleşmesi ve dolayısıyla da davalının iştirak halinde sorumluluğuna gidilebilmesi için önceden haberdar edilmesi ve buna rağmen haklı veya yasal bir neden olmaksızın ihlal oluşturan içeriğin davalı tarafından web sitesinden çıkartılmaması gereklidir. Açıklanan bu gerekçe itibariyle, davalı internet yer sağlayıcısı aleyhine açılan tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve tecavüz sonuçlarının ortadan kaldırılması davası bakımından da davalının iştirak halinde tecavüz nedeniyle sorumlu tutulabilmesi kusur şartına bağlı olduğundan; yerel mahkemenin direnme kararı açıklanan bu değişik gerekçe itibariyle yerindedir.” sonucuna varmıştır. Her ne kadar genel hükümlerden hareket etmiş olsa da HGK, davalının sorumlu tutulabilmesi için ihlalden haberdar olması gerektiği yönünde kanaat bildirerek yerel mahkeme ile aynı sonuca varmıştır. Fakat kararlar arasındaki farklılık haberdar olma anının tespiti esnasında ortaya çıkmaktadır. HGK'ya göre; dava dilekçesi aynı zamanda bir ihtarname niteliği taşıdığından *“tecavüzün varlığından haberdar olan davalının yasal ve haklı bir neden olmaksızın ihtarname gereğinin yerine getirilmemesinden dolayı kusurlu davrandığı ve artık bu talepler bakımından da davalıya husumet düşeceğinin kabulü ile anılan hususlarda davalıyı da bağlayıcı nitelikte eda hükmü kurulması gerekirken, yerel mahkemenin önceden ihtarname gönderilmediğinden bahisle davanın husumetten reddine ilişkin direnme gerekçesi isabetli değildir.”*

Kanaatimizce bu konu bakımından da HGK kararı eleştiriye açıktır. Bunun temel sebebi ise internet aktörlerinin sorumluluğunun tespitinde klasik anlamda sorumluluk tespitinden farklı bir yol izlenmesi gerektiğidir. Bu sebeple yerel

mahkemenin internet sitesinin husumetin yönlendirilebilmesine ilişkin tespiti yerindedir. Yerel Mahkeme: “*Türk Hukuku’nda internet ortamında yer sağlayıcısı olan davalının marka hakkına tecavüzden kaynaklanan sorumluluğunu düzenleyen yasal bir mevzuat bulunmadığından, bu konuda Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Direktifi ve ABD Dijital Milenyum Telif Hakları Yasası hükümleri ile 5846 Sayılı FSEK ek 4. maddesindeki servis ve bilgi içerik sağlayıcılarının sorumluluk şartını düzenleyen kısaca “uyar/kaldır” olarak ifade edilen sistemin kıyasen dava konusu uyumsuzluğa da uygulanması suretiyle bu konudaki yasal boşluğun doldurulması gerektiği, buna göre de öncelikle ihlal teşkil eden içeriğin web sitesinden çıkartılması için davalıya ihtarname gönderilmesinin zorunlu olduğu, ihtara rağmen söz konusu içerik web sitesinden çıkartılmadığı takdirde ancak davalının sorumluluğuna gidilebileceği, nitekim ilk karar tarihinden sonra yürürlüğe giren 5651 Sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun’un da aynı sistemi kabul ettiği” görüşünü haklı olarak savunmaktadır.*

“n11” isimli alışveriş sitesinin davalı konumunda bulunduğu benzer bir davada⁴¹⁷ davacı vekili; “*müvekkiline ait 'MERİNOS', 'PADİŞAH', 'DİNARSU' markalarının tescilli ve koruma altında olduklarını, ancak davalı ile müvekkilleri arasında herhangi bir lisans sözleşmesi bulunmamasına rağmen, davalı tarafından işletilen “www.n11.com” adlı internet sitesinde bu markaların üçüncü kişileri yanıltacak şekilde kullanıldığını, internet sitesinde yayınlandığını ve teşhir edildiğini, ürünlerin rayiçlerinin çok altında satılarak haksız rekabet yaratıldığını ileri sürerek, “www.n11.com” adlı internet sitesi üzerinden yapılan yayının tedbiren durdurulmasına ve nihai olarak davalıya ait bu internet sitesinin, uzantılarının tamamen kapatılmasına, internetten kaldırılmasına, erişimin engellenmesine, davaya konu markaların tespit tarihi olan 17.7.2001 tarihinden beri izinsiz, haksız ve hukuka aykırı olarak kullanıldığının ve müvekkillerinin marka hakkına tecavüz edildiğinin, üçüncü kişilerin yanıltılmaya çalışıldığının tespitine, değişik iş dosyası üzerinden verilen tespit kararının nihai karara dönüştürülmesine, müvekkillerinin marka*

⁴¹⁷ Yarg. 11. HD., E. 2014/6429, K. 2014/1208, T. 25.06.2014, www.kazanci.com, erişim tarihi: 02.02.2016.

haklarına, ticari itibarlarına yapılan saldırı ve ihlal sebebiyle fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000 TL maddi, 20.000 TL manevi tazminatın tespit tarihinden, tecavüzün daha önceden olduğunun tespiti halinde ise bu tarihten itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline ve hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.”

Davalı şirket vekili ise; “*www.n11.com* sitesinin bir alış- veriş platformu ve müvekkili şirketin yer sağlayıcı olduğunu, üye olan satıcılara sanal mağaza alanı verildiğini, üyelerin kendi alanlarını ürün satışı için kullandıklarını ve doğrudan doğruya müvekkilinin satış yapmadığını, müvekkilinin sorumluluğunun bulunmadığını savunarak” davanın reddini istemiştir.

Söz konusu davada Yargıtay tarafından onanan ilk derece mahkemesinin kararı şu şekildedir: “*Mahkemece, davalı şirketin ileri sürüldüğü şekilde doğrudan doğruya anılan markaları kullanarak emtia üretimi ve satışı yaptığı yolunda bir delil bulunmadığı, davalının bir yer sağlayıcı olarak web sitesinde ticaret yapanlara olanak sağladığı ve üye tacirlerin bu sitede hukuki anlamda herhangi bir çekişme konusu olmayan, marka taklidi olduğu belirlenmeyen ve özgün nitelik taşıyan ürünleri satışa sundukları, yer sağlayıcının teknik olarak olanak sağladığı yerde, malları ile ilgili duyuru yaptıkları ve duyuru amacını aşar mahiyette bir marka kullanımları olmadığı, tüketicilerin veya müşterilerin malın geldiği kaynak konusunda yanılığa uğradıklarına dair bir delil bulunmadığı, 556 Sayılı KHK'nın 13. maddesi uyarınca tescilli markayı taşıyan ürünler bir kez piyasa çıktıktan sonra, marka sahibinin, tescil kapsamındaki bu mallara dair sonraki satışları marka tesciline dayanarak engelleme hakkı bulunmadığı, tescilli markayı taşıyan ürünlerin çok daha önce piyasa sürüldüklerinin belli olduğu, özgün ürünlerle ilgili olarak, marka hakkının tükendiği, internet ortamındaki satışların, tükenme kuralının kapsamı dışında tutulabilmesi için marka itibarının zarar görebileceği biçimde, taklit satışları, sunum biçimi açısından itibar zedeleyici hallerinin oluşmasının gerektiği, bu şekilde herhangi bir kanıtın bulunmadığı, somut mağaza satışlarına paralel olarak, internet ortamındaki mağazalarda da özgün ürünlerin satışa sunulmasının serbest rekabet hakkı kapsamında olduğu, ürünlerin daha ucuza satılmasının ise kendi başına marka ihlali anlamına gelmeyeceği, ayrıca sadece marka sahibinin*

internetten satış yapabileceğini kabul etmenin, mal ve hizmetlerin serbest rekabet ortamında piyasaya sunumunun sağlanması ve arz/talep çerçevesinde gerçek fiyatlarının oluşmasının sağlanması şeklindeki serbest rekabet ve piyasa ilkelerine aykırı olacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.”

İlk derece mahkemesinin söz konusu uyuşmazlığın çözümü konusunda yer sağlayıcı konumunda bulunan alışveriş sitesinin sorumluluğunu tek cümle ile geçip kararı verirken özellikle KHK m. 13'den hareket etmiş olması HGK kararı ile çelişkili bir sonucun ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Kanaatimizce ilk derece mahkemesinin kararı yer sağlayıcıların sorumluluğu tartışılmadığından eksiktir. Bu sebeple 11. HD'nin uyuşmazlık konusunun yer sağlayıcının sorumluluğu açısından değerlendirilmesi yönünde karar vermesi gerekirken ilk derece mahkemesinin kararını onaması eleştiriye açıktır.

3. Markanın İnternet Reklamcılığında Kullanımında Arama Motorunun Sorumluluğu

Markanın *adwords* reklam sisteminde anahtar sözcük olarak kullanımının ihlal sayıldığı bir başka ifadeyle hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmadığı durumlarda markayı anahtar kelime olarak satın alanın marka hukuku çerçevesinde sorumluluğu doğacaktır. Hak sahibi, markanın anahtar sözcük olarak kullanımının sebep olduğu zararı hukuki rakiplerine yönlendirmekle yetinmekteydi⁴¹⁸. Zamanla arama motorlarına yönelik davalar açılmaya ve arama motorlarının sorumluluğu tartışılmaya başlandı.

Anahtar sözcük reklamcılığında arama motorunun sorumluluğu irdelenirken, ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir. İkili ayrımın ilk ayağını arama motorunun markayı satışa çıkarmasından doğan sorumluluğu, ikincisini ise arama motorunun üçüncü kişilere markayı anahtar sözcük olarak kullanacak alt yapıyı sağlamış olması oluşturmaktadır.

Arama motorlarının marka niteliği taşıyan kelimeleri depolayıp daha sonra

⁴¹⁸ SANGSUVAN, K., Trademark Infringement Rules in Google Keyword Advertising, University of Detroit Mercy Law Review, Winter 2012, Vol. 89, s. 144.

bunları üçüncü kişilere ücret karşılığında kullandırması işlemi arama motorlarına ciddi anlamda gelir sağlayan ekonomik bir faaliyettir. Ancak, gerek doktrin⁴¹⁹ gerek Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) bahse konu işlemi marka hakkının ihlali için yeterli görmemiştir. ABAD'ın konu ile ilgili kararı⁴²⁰ incelendiğinde (bu kararda davalı arama motoru Google'dır); ABAD'ın, arama motorunun markanın kullanımına imkân sağlamış olması işaretin bizzat arama motoru tarafından kullanılması anlamına gelmediği dolayısıyla arama motorunun markayı markasal şekilde kullanarak haksız yarar sağladığı sonucuna varılamayacağı kanaatinde olduğu görülmektedir.

Arama motorunun sorumluluğu değerlendirilirken üzerinde durulan ikinci husus; arama motorunun hak sahibi olmayan üçüncü kişilerin marka hakkının ihlalini doğuracak şekilde markayı reklamlarında kullanmaları için gerekli altyapıyı sağlamış olmasının sorumluluğa sebebiyet verip vermediğidir.

ABAD, bahse konu kararında arama motorunun sorumluluğunu değerlendirirken 2000/31 sayılı Yönerge'ye atıfta bulunarak arama motorunun bilgi toplumunda hizmet sağlayıcı olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı bu bağlamda sorumluluğun tespiti yoluna gitmiştir. Bilgi toplumunda hizmet kavramının elektronik işlem ve veri depolama donatısıyla, hizmet alıcısının talebi üzerine uzaktan ve de bir ücret karşılığında verilen hizmetleri kapsadığı hususu göz önünde bulundurulduğunda arama motorlarının verdiği hizmetin bir bilgi toplumu hizmeti olduğu anlaşılacaktır⁴²¹. Yine aynı Yönerge kapsamında bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarına birtakım şartları taşımaları kaydı ile 14. maddedeki sorumsuzluğa ilişkin hükümlerden yararlanma imkânı sağlanmıştır. Buna göre arama motoru söz konusu reklamın hukuka aykırı olduğu hakkında bilgi sahibi değilse ve farkına vardığı anda içeriği kaldırmışsa m. 14'deki sorumsuzluktan yararlanacaktır.

Türk hukuku açısından baktığımızda ise arama motorlarının markayı kendi mal ve hizmetlerine ilişkin olarak kullanmadığı bu sebeple sorumsuz tutulması gerektiği yönündeki ABAD kararından hareketle sorumluluk tespitinin yerinde

⁴¹⁹ KIRCI, s. 111; RÜZGAR, s. 191; BAYAMLIOĞLU, s. 23.

⁴²⁰ Google France Sarl Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier SA, C- 236/08.

⁴²¹ KANDEMİR, Z., Vuitton-Google Kararı, FMHY 2010, s. 110.

olmadığı görülecektir. Bu durumun asıl sebebi ise arama motorunun dolaylı olarak sorumluluğunu doğuracak KHK m. 61/c'dir. Madde hükmüne göre ; *“Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak”* tecavüz halleri arasında yer almaktadır. Arama motorunun markayı anahtar kelime olarak satması maddedeki ticaret alanına çıkarmak ifadesiyle örtüşmektedir. Arama motorlarının sorumluluğunun tespiti esnasında KHK m. 61/c ve arama motorlarının sorumluluğuna ilişkin diğer kanuni düzenlemeleri birlikte değerlendirmemiz daha sağlıklı sonuçlara ulaşmamızı sağlayacaktır.

Türk hukukunda arama motorlarının statüsüne ilişkin en yakın tanımı 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da görmekteyiz; m.2/d'ye göre; *“Aracı hizmet sağlayıcı, başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri ifade eder.”* Arama motorlarının, kural olarak kullanıcıların hazırladıkları içeriklere müdahale etmedikleri, ilgili verileri depolayıp iletimi için gerekli şartları hazırladıkları ve talep halinde kullanıcılara sundukları göz önünde tutulduğunda ve bu özellikler kanun lafzı ile birlikte yorumlandığında aracı hizmet sağlayıcı tanımının kapsamına dâhil olduklarının kabulü gerekmektedir. Daha önce de değindiğimiz üzere hukuk sistemimizde aracı hizmet sağlayıcılar, yer sağladıkları içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü tutulmamıştır. Ancak arama motorlarının sorumluluğu tespit edilirken KHK m. 61/c ve de arama motorlarının aynı zamanda basiretli birer tacir oldukları göz önünde bulundurularak sorumsuzluk kayıtları sınırlandırılmalıdır. Bir başka ifadesiyle gerekli denetim sistemini kurmuş olmalarına rağmen ihlalin varlığını bilmiyor ya da bilebilecek durumda değillerse 6563 sayılı Kanun'da yer alan sorumsuzluk hükümlerinden yararlanabilmelidir. Aksi tutum marka ihlaline sebebiyet veren *adwords* reklamları arama motorları için bir gelir kaynağı haline getirecektir⁴²².

⁴²² RÜZGAR, s. 198.

4. Hukuk Davalarında Yetkili Mahkemelerin Tespiti Sorunu

Siber-uzay olarak tanımlanan internet ortamı ülkelerin coğrafi sınırları gibi sınırlara tabi olmadığından dünyanın herhangi bir yerinde gerçekleşen ihlal fiili etkisini internete erişimin mümkün olduğu her yerde eş zamanlı olarak gösterir. Bu durum, marka hakkının ihlal edildiğine ilişkin davanın dünyanın herhangi bir yerinde açılıp açılmayacağı ve de milletlerarası yetkiyi haiz mahkemelerin tespiti sorununu gündeme getirmiştir. İnternete erişimin mümkün olduğu her ülkede dava açılabilmesi, elektronik ticarete internetin kullanımını ciddi anlamda sınırlandıracığından sorunun çözümüne ilişkin alternatif yollar aranmış ve bu bağlamda çeşitli görüşler ortaya konulmuştur. Söz konusu soruna ilişkin iki temel çözüm önerisinin sunulduğunu görmekteyiz. Bunlardan ilki siber mahkemelerin kurulması ve belirlenecek kurallar çerçevesinde yargılamanın bu mahkemeler üzerinden yapılması fikrini içeren yeni milletlerarası yetki kurallarının oluşturulması gerektiğini savunan görüştür⁴²³. İkinci ve de daha uygulanabilir olan öneri ise mevcut milletlerarası hukuk kurallarının bu tür davalarla uyumlu olacak şekilde ıslahını savunan görüştür. Milletlerarası özel hukuk bağlamında yetkili mahkemelerin tespiti ise genel olarak davalının mutad meskeni ya da fiilin etki yerine göre yapılmaktadır. Ancak devletler, yetkili olup olmadıklarını belirlerken yalnızca fiilin etki yerinden hareket etmemekte bunun yanı sıra fiil ile aralarında ika yeri dışında minimum bağlantı noktaları aramaktalar⁴²⁴. Örneğin, sitenin yapısı, kullandığı dil, ülke pazarında kapladığı yer gibi kıstaslara bakılmaktadır.

KHK'ya göre ise; marka ihlallerine karşı açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme KHK m. 63'de belirlenmiştir. Madde metnine göre yetkili mahkeme, "...davacının ikametgâhının olduğu veya suçun⁴²⁵ işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir. Davacının Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer

⁴²³ SARGIN, F., İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Ankara 2005 s. 34,37.

⁴²⁴ SARGIN, s. 66.

⁴²⁵ Suç kavramı ceza hukukuna ilişkin olduğundan özel hukukla ilgili söz konusu madde metninde fiil kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. ARKAN, C. II, s. 259, dpn. 33.

vekillik kaydı silinmiş ise Enstitü'nün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. Üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgâhının bulunduğu yerdeki mahkemedir.”

Madde metninden de anlayacağımız üzere KHK marka ihlallerinde yetkili mahkemeyi marka sahibinin davacı veya davalı olması durumuna göre ayrı ayrı düzenlemiş; davacının ikametgâhına alternatif olarak fiilin işlendiği ya da etkilerinin görüldüğü yer mahkemelerini de yetkili kılmıştır. Söz konusu yetki kuralları KHK kapsamında korunan markaların yurt içinde veya yurt dışında ihlale uğraması durumunda yetkili mahkemeleri tayin etmektedir. Buradan hareketle KHK m. 63'ün marka ihlallerinde Türk mahkemelerini münhasır yetkili kıldığını söyleyebiliriz⁴²⁶. KHK m. 63'ün daima yetkili bir Türk mahkemesine işaret etmiş olması konuya ilişkin yabancı ülke mahkemelerinin vermiş olduğu kararların Türkiye’de tanınması ve tenfizi yolunu kapatmıştır⁴²⁷. Marka ihlalinin internet ortamında gerçekleşmesi durumunda dahi KHK m. 63'te yetkili mahkemenin tespitinde kaynak teşkil eden hususlardan birine dayanarak Türkiye’de dava açılacaktır.

5. Marka Alan Adı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Mekanizmaları

A. Genel Olarak

Marka ile alan adı uyuşmazlıklarının alternatif çözüm mekanizmaları aracılığıyla çözümü, söz konusu uyuşmazlıkların genel yetkili mahkemelere gitmeksizin yetkili tahkim kuruluşları eliyle bir sonuca bağlanmasını ifade eder.

Bugün, ülke kodu içermeyen “.com, .gov, .net vb.” uzantılı alan adlarına ilişkin uyuşmazlıklarda alternatif çözüm mekanizması, ICANN tarafından yetkilendirilen tahkim kuruluşları aracılığıyla işletilmektedir. Ayrıntılarını ilerleyen başlıklarda açıklayacağımız söz konusu çözüm usulü oldukça başarılı olduğundan bir

⁴²⁶ SARGIN, s. 370.

⁴²⁷ SARGIN, s. 371.

kısım ülkelerin alan adı idaresinde yetkili kurumları doğrudan ICANN çözüm usulüne tabi olmayı tercih etmişlerdir. Bir başka ifadeyle bu ülkeler ülke kodu (ccTLD) uzantılı alan adlarında dahi kendi kurallarını belirlemek yerine ICANN tahkim kurallarını uygulamayı kabul etmişlerdir⁴²⁸. Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu diğer kısım ise ICANN tahkim kurallarını doğrudan uygulamak yerine bu çözüm usulünde ortaya konan esasları göz önünde bulundurarak kendilerine uygun sistemler geliştirmişlerdir⁴²⁹.

Önceki paragrafta da değindiğimiz üzere ülkemiz ICANN tahkim usulünün doğrudan uygulanmasını kabul etmemiş “.tr” uzantılı alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kendi politikasını geliştirmiştir. Ancak, gerek benimsemiş olduğumuz alternatif çözüm mekanizmasının büyük ölçüde ICANN mekanizmasıyla benzer olması gerekse “.tr” uzantılı olmayan alan adlarını tescil eden Türk vatandaşlarının ICANN tahkimine başvuru haklarının mevcut olması çalışmamızda her iki usulün de ayrıntılı incelenmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Bu sebepten öncelikli olarak ICANN tahkim usulü ayrıntılı olarak incelenecek ardından ülkemizdeki uygulamaya değinilecektir.

B. ICANN Tahkim Usulü

a. ICANN Tahkiminin Tanımı ve Temel Metinleri

ICANN tahkimi; marka sahiplerini, markalarının kötüniyetle alan adı olarak kullanılmasına karşı korumayı ve alan adı uyuşmazlıklarının hızlı ve etkin bir şekilde çözüme kavuşturmayı amaçlayan bu bağlamda hukukun temel prensipleri ile çelişmeyen, menfaatler dengesine ve adalete uygun çözümler sağlayan yeknesak çözüm usulünü ifade eder⁴³⁰. Bu çözüm usulü uyuşmazlık konusu alan adının hak sahibine devri veya iptalini kapsamakta olup tazminat taleplerine ilişkin hususları ulusal mahkemelere bırakmıştır.

⁴²⁸ Bu ülkeler için bkz. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/ccld/>, erişim tarihi: 02.08.2016.

⁴²⁹ OĞUZ, s. 403.

⁴³⁰ OĞUZ, s. 354.

ICANN çözüm politikasının temel kaynakları ise UDRP (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*- Yeknesak Alan Adı Çözüm Politikası)⁴³¹ olarak adlandırılan metin ve bu metnin uygulanmasında geçerli olan usul kuralları RUDRP (*Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*- Yeknesak Alan Adı Çözüm Politikasına İlişkin Kurallar)'dır. İhtilafların çözümünde esas alınan bu metinlerde yer alan kurallar yetkilendirilmiş olan tahkim kuruluşları⁴³² eliyle uygulanmakta ve uyuşmazlıklar giderilmeye çalışılmaktadır. UDRP'yi dolayısıyla ICANN tahkim kurallarını uygulama konusunda ICANN tarafından yetkilendirilen kuruluşlardan en etkin olanı WIPO olduğundan bahse konu kuralların uygulanmasına açıklık getirmek amacıyla daha ziyade WIPO kararları ve uygulamalarından yararlanılacaktır⁴³³.

b. ICANN Tahkiminin Özellikleri

Ülke kodu içermeyen alan adlarının hukuki yapısı ve tescil şartları doğrudan ICANN tarafından belirlendiğinden bu tür alan adları için tescil talebinde bulunan kişilerin UDRP kurallarına tabi olmayı kabul ettikleri varsayılmaktadır. Bu husus

⁴³¹ 1999 yılı sonuna kadar gTLD dağıtımında tek yetkili organ olan NSI (Network Solution Inc.) tarafından NSI Alan Adı Uyuşmazlıkları Çözüm Politikası uygulanmaktaydı; ancak bu kuralların uyuşmazlık çözümünde yetersiz kalması üzerine 1 Aralık 1999 tarihinde UDRP yürürlüğe konulmuştur. UDRP özel, uluslararası, ucuz, nispeten hızlı ve ağırlıklı olarak alan adı kayıtlarının tartışmalı olduğu durumlarda uygulanan online uyuşmazlık çözüm prosedürüdür (**REED**, s. 232).

⁴³² Çalışmanın hazırlandığı dönem itibariyle bu kuruluşlar: Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (*World Intellectual Property Organization- WIPO*), Ulusal Hakemlik ve Arabuluculuk Merkezi (*National Arbitration Forum-NAF*), Asya Alan Adı Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (*Asian Domain Name Dispute Resolution-ADNDRC*), CPR İhtilaf Çözüm Enstitüsü (CPR: International Institute for Conflict Prevention and Resolution –CPR), Arap Alan Adı Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (*Arab Center for Domain Name Dispute Resolution- ACDR*), Çek İnternet Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Merkezi (*The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes*) (<https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en>, erişim tarihi: 28.04.2015).

⁴³³ WIPO hakemlerinin Kıta Avrupası hukuk sistemine daha yakın olmaları özellikle Avrupa merkezli şirketlerin WIPO'yu tercih sebebidir. gTLD'nin (.ero, .asia, .biz, .cat, .com, .coop, .info, .jobs, .mobi, .museum, .name, .net, .org, .pro, .tel, .travel) yanı sıra 71 ülke ccTLD'ye ilişkin uyuşmazlıklarda da WIPO'nun yetkili olduğunu kabul etmiştir (bkz. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/cctld/>, erişim tarihi: 28.04.2015).

doktrinin UDRP kurallarını genel işlem şartlarına benzetmesine sebep olmuştur⁴³⁴. Genel işlem şartlarından farklı olarak tescil talebinde bulunan kişi söz konusu şartların içeriği hakkında bilgi sahibi olmasa da bu usule tabi olmaktan kaçınmayacaktır.

ICANN tahkim usulünde hakem kararına karşı bir itiraz merci bulunmamakla beraber bir uyuşmazlığın çözümü için ICANN tahkim usulüne başvurulmuş olması tarafların aynı konu ile ilgili olarak milli mahkemelere gitmesine engel olmamaktadır. Taraflar gerek dava devam ederken gerekse sonuçlandıktan sonra milli mahkemelere müracaat edebileceklerdir⁴³⁵. ICANN kararlarının uygulanması için ilgili mahkemelerin kararları tanımalarına gerek olmadığından, tescil kuruluşu kararı hemen uygulayabilmektedir.

Hakemlerin duruşma yapma ve delil toplama yükümlülüğü bulunmadığından alışlagelen tahkim usulünden daha kısa ve ekonomik bir yol olarak nitelendirilen bu usulün eleştirilen yönü ise hakemlerin birbirlerinin kararları ile bağlı olmaması ve de bir temyiz merciinin bulunmamasından dolayı yakın konularla ilgili olarak birbirine zıt kararların çıkması hususudur⁴³⁶.

c. ICANN Tahkiminin Uygulama Alanları

ICANN tahkim usulünün uygulama alanı ticari mal veya hizmet markalarının kötüniyetli olarak tescili ile sınırlandırılmıştır (UDRP m. 4/a). İşletme adları, cins ve meslek isimlerinin yetkisiz şekilde alan adı olarak tescil edilmesi durumunda hak sahipleri, söz konusu tahkim usulünden yararlanamayacaklardır. Bir başka ifade ile ICANN tarafından belirlenen birinci düzey alan adları ve de tahkimi kabul eden ülkelerin ülke kodları altında kötüniyetle alan adı olarak tescil edilmiş ticaret veya hizmet markası sahipleri bu korumadan yararlanabilecektir. Doktrinde marka

⁴³⁴ **BOZBEL, S.**, Domain-Grabbing ve ICANN Tahkim Usulü, (<http://inet-tr.org.tr/inetconf9/bildiri/27.pdf>, erişim tarihi: 20.04.2015)

⁴³⁵ **BOZBEL**, ICANN Tahkim Usulü, s. 59; **YAŞAR**, s. 631; **KAPLAN, Y.**, İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü, AÜEHFD 2003, C.VII, S. 3-4, s. 700.

⁴³⁶ **YAŞAR**, s. 654; **OĞUZ**, s. 382.

dışındaki diğer fikri mülkiyet haklarının ICANN çözüm usulünden yararlanamamasının sebebi ise diğer fikri mülkiyet hakları konusunda ülkeler arasında kanuni uyumun sağlanamamış olması olarak açıklanmaktadır⁴³⁷. Aynı şekilde medeni adlar ile ilgili uyuşmazlıklarda da ICANN çözüm usulüne başvurulamamaktadır. Bu durumun istisnasını medeni adların kişiyi tanıtmaya vasfını aşip markalaşması oluşturmaktadır⁴³⁸.

d. ICANN Tahkimine Başvuru

ICANN tahkim usulü, gerçek veya tüzel kişilerin yetkili tahkim kuruluşlarından birine yazılı olarak yapacağı başvuru ile (genellikle e-posta ardından dilekçelerin posta ile gönderilmesi şeklinde) başlar. Ücretin ödenmesinden itibaren üç gün içerisinde dava dilekçesi davalıya tebliğ edilir. Davalı, dava dilekçesine davanın başladığı günden itibaren yirmi gün içerisinde varsa savunmaya ilişkin delilleri ile cevap vermelidir. Tahkim kuruluşu davalının cevap dilekçesini vermesinden veya süresi içerisinde cevap verilmemişse cevap için ayrılan sürenin dolmasından sonraki beş gün içerisinde hakemleri belirler. Hakemin tek kişi mi yoksa üç kişiden oluşan bir heyet mi olacağı tarafların isteğine göre belirlenir (RUDRP m.3). Ek delil sunulmasına imkân tanınmadığından tarafların tüm delillerini dilekçeler ile sunmaları gerekmektedir.

UDRP m. 4/a ya göre davacının idari davada,

⁴³⁷ OĞUZ, s. 357.

⁴³⁸ Konu ile ilgili WIPO kararına örnek olarak Julia Fiona Roberts v. Russel Boyd, (<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0210.html>, erişim tarihi: 30.04.2015), Jeanette Winterson v. Mark Hogart, (<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0235.html>, erişim tarihi: 30.04.2015) davaları verilebilir. Ancak WIPO'nun tanınmış kişilerce açılan tüm davalarda şikâyetçi taraf lehine karar verdiğini söylemek doğru olmayacaktır. Örneğin Tarkan Tevetoglu ve H.I.I.T. Müzik Prodüksiyon Tanıtım Turizm Sanayi ve Dış Ticaret Limited Şirketi'nin ABD'de yerleşik Deep.Net. Corporation'a karşı açmış oldukları "tarkan.com" alan adının devrine ilişkin davada WIPO kötüniyetli tescilin bulunmadığı gerekçesiyle alan adının şikâyet edilende kalmasına karar vermiştir (<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0278.html>, erişim tarihi: 30.04.2015).

i. İnternet alan adının kendi ticari ya da hizmet markası ile aynı veya karıştırılmaya mahal verecek kadar benzer olduğunu,

ii. Davalının alan adı üzerinde herhangi bir hakkı ya da haklı menfaati bulunmadığını,

iii. İnternet alan adının kötüniyetli olarak tescil edildiğini ve kullanıldığını, ispatlaması gerekmektedir⁴³⁹.

Eğer alan adı ilk defa tescil edilecekse ya da var olan alan adı yenilenecekse kötüniyetin mevcut olup olmadığının tespitinde tescil anı esas alınacakken, alan adının başka bir kişiye devredilmiş olması durumunda devir anına bakılacaktır⁴⁴⁰.

Sayılan hususların ispatlanması davalı için davaya katılım zorunluluğu doğurmaktadır. UDRP’de saymış olduğumuz hususlar açıklanmamış olmakla beraber kararların büyük kısmının dayanak noktasını oluşturan kötüniyetli tescil ve

⁴³⁹ Bu hüküm kötüniyetin varlığını hem kayıt hem de kullanım esnasında aradığından doktrin tarafından ispatı güçleştirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Söz konusu düzenleme tescil esnasında mevcut olan iyi niyetin kullanım esnasında ortadan kalktığı ya da tescil kötüniyetle gerçekleşmiş olsa bile kullanımın iyi niyetli olduğu olaylara UDRP’nin uygulanmasını engelleyici nitelik taşımaktadır. ICANN tahkiminin daha etkin hale getirilmesi ve de davacının ispat yükünün hafifletilmesi için hükümde yer alan “ve” ibaresinin “veya” olarak değiştirilmesi önerilmektedir (ZORLUOĞLU, A., Alan Adlarında Kötüniyet Kavramı, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, S. 2, s. 72-73). Kötüniyetin hem tescil hem de kullanma esnasında aranmasına bir eleştiri de WIPO hakemlerinden *M. Scoot Donahey*’den gelmiştir. “octogen.com, octogenpharmacal.com” alan adlarının devrine ilişkin açılan davada *Donahey*; “İyi niyetli kayıt ve kullanımın aranmasını UDRP’nin göz ardı edilemeyecek bir parçası olduğunu ve tescil ettirenin gerek kayıt esnasında gerekse kullanım esnasında başkalarının fikri mülkiyet hakları ve bunları koruyan hukukları ihlal etmeyeceğinin garantisini verdiğini ifade etmektedir. Fakat kişi kayıt esnasında iyi niyetli olmasına rağmen daha sonra başkalarının haklarını ihlal etmeyeceğine dair vermiş olduğu garantinin yerindeliğini sorgulatacak şekilde kullanımda bulunmuşsa bu durumda da geriye dönük kötüniyetin varlığı kabul edilmeli ve UDRP uygulanmalıdır.” Şeklinde genel uygulamadan farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Karar için bakınız; (<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0786.html>, erişim tarihi: 07.05.2015).

⁴⁴⁰ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0786.html>, erişim tarihi: 07.05.2015

kullanma kavramından anlaşılması gerekenler örnek mahiyetinde sayılmıştır. UDRP'ye m. 4/b'ye göre;

a) Alan adını tescilinin, esasen ticaret veya hizmet markası sahibi olan davacıya veya rakiplerinden birine belgelenmiş tescil ve alan adı ile doğrudan bağlantılı masrafları aşan meblağ karşılığında satmak, kiralamak veya başka şekilde devretmek amacıyla yapıldığını gösteren davranışlar,

b) Alan adı tescilinin, marka sahibinin markasını ticari hayatta kullanmasına engel olmak amacıyla ve ticari kazanç sağlamak gayesiyle yapılmış olması,

c) Alan adı tescilinin esasen rakiplerden birine zarar vermek saikiyle yapılmış olması,

d) Alan adı sahibinin, ticari hayatta marka ile karışıklık meydana getirip, kendisinin veya başka birisinin web sitesine internet kullanıcılarını çekmek suretiyle kazanç elde etmek amacıyla tescil işlemini gerçekleştirmiş olması, kötüninietin varlığını göstermektedir. İlk üç durum kötüninietli tescile örnek verilirken son durum ise kötüninietli kullanmaya örnektir. Tescil işleminin yapılırken iletişim bilgilerinin yanlış verilmiş olması, açılan davaya cevap verilmemiş olması, tanınmış bir marka ile özdeşleşmiş alan adını tescil ettirip pasif bir şekilde satılmasını beklemek gibi haller de kötüninietli tescil olarak tanımlanmaktadır⁴⁴¹. Bir uyuşmazlıkta kötüninietin varlığı mevcut olay göz önünde tutularak hakemler tarafından tespit edilmektedir.

⁴⁴¹ OĞUZ, s. 393; YAŞAR, s. 640; BOZBEL, ICANN Tahkim Usulü, s. 74-75; BAL, N., İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi, Gazi Üniversitesi HFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 331, dpn. 93. Ayrıca OĞUZ, “telstra.org” kararına da dayanarak tanınmış bir marka ile özdeşleşmiş alan adını tescil ettirip satmak için bekleyen kişinin de kötüninietle hareket ettiğini ve bu durumun *pasif alan adı gaspı* olarak nitelendirildiğini ifade etmektedir. Bahse konu uyuşmazlıkta Avustralya'nın en büyük borsa şirketi ve de telekomünikasyon devi olan *Telstra Corporation Limited*'e ait “Telstra” markası, “telstra.org” olarak üçüncü kişi tarafından tescil edilmiştir. Ancak alan adı sahibi söz konusu alan adı altında herhangi bir online faaliyette bulunmadığı gibi alan adını *Telstra*'ya satmak için teklifte de bulunmamıştır. Buna rağmen jüri kötüninietin varlığına ve de alan adının devrine karar vermiştir (<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0046.html>, erişim tarihi: 05.05.2015).

UDRP’de yalnızca kötünîyetin varlığının nasıl ispatlanacağı değil alan adı sahibinin iyi niyetini nasıl ispatlayacağı da düzenlenmiştir. UDRP m. 4/c’ye göre alan adı sahibinin;

a) Alan adını ya da benzeri bir ismi dava açıldığıının kendisine bildirilmesinden evvel mal ve hizmet arzında kullanması en azından kullanma hazırlığında olması,

b) Alan adı sahibinin mal veya hizmet markası bulunmamasına rağmen bu ad altında tanınmış olması,

c) Mal veya hizmet markalarının, ticari kazanç sağlamamak veya markanın itibarına zarar vermemek kaydıyla dürüst kullanılmasının ispatı alan adı sahibinin iyi niyetli olduğuna karinedir.

Tıpkı kötünîyetin varlığına karine sayılan durumlar gibi sayılan haller de tahdidi değildir. Sayılan hallerden birinin mevcut olup olmadığını hakemler resen kontrol etmelidir⁴⁴².

Kötü niyetin tespitine ilişkin objektif ölçütler bulunmadığından birbirine yakın davalarda farklı kararlar çıkabilmektedir. Hakem ya da hakem heyeti alan adını tescil ettirenin iyi niyetli olduğunu tespit ettiği hallerde şikâyetçinin taleplerini geri çevirebilmektedir. Bu tür kullanımlara örnek olarak ticari amaç taşımayan şahsi kullanımlar, eleştiri hakkı kapsamında değerlendirilebilecek kullanımlar örnek olarak verilebilir.

e. Tahkim Kararlarının Uygulanması

Tahkim kuruluşu şikâyete konu alan adının iptali, şikâyet edene devri yönünde kararlar verebileceği gibi şikâyetin reddine de karar verebilir. Şikâyetin reddine karar verilmiş olması durumunda alan adı sahibi alan adını kullanmaya devam edecektir. Alan adının iptali ya da şikâyet edene devri yönündeki kararların uygulanması ise alan adı tahsis kuruluşlarınca gerçekleştirilir. Tahkim kurumunun ilgili kararı kendisine iletilen tescil kuruluşu on iş günü bekledikten sonra kararı uygular. Karar aleyhine çıkan taraf bu süre içerisinde ilgili mahkemede dava açtığını

⁴⁴² YAŞAR, s. 639.

belgelerse tescil kuruluğu bu davanın sonuçlanmasını bekleyecek aksi takdirde tahkim kararını uygulayacaktır (UDRP m. 4/k).

Yapılan açıklamalardan da anlayacağımız üzere tahkim kuruluğu geniş bir hareket serbestisine sahip bulunmamakta, manevi tazminat ya da yoksun kalınan kazancın belirlenmesine ilişkin karar verememektedir. Bu durum, tahkim usulünün marka ve alan adı uyuşmazlığı gibi önemli bir sorunu çözüm aşamasında yetersiz kaldığı ve kısmi çözüm sunduğu şeklinde eleştirilere sebebiyet vermiştir⁴⁴³.

C. Türkiye Açısından Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

Alan adı tahsis işlemlerinin ODTÜ tarafından yapıldığı dönemde ICANN tahkim usulünü kabul etmemiş olan Türkiye bu tutumunu İAAY 'nin yürürlüğe girmesiyle de sürdürmüştür. Türkiye'nin ICANN tahkimini tanımamış olması ülke kodu taşımayan alan adı sahibi Türk vatandaşlarının UDRP'ye göre yapılmış bir şikâyetin tarafı olmayacakları anlamına gelmemektedir. “.com, .net, .aero, .org” gibi üst düzey alan adları altında ikinci düzey alan adını tescil ettirmiş olan Türk vatandaşları davacı ya da davalı olarak ICANN tahkimine tabi olmaya devam edeceklerdir. Bizim bu başlık altında inceleyeceğimiz husus ise “.tr” uzantılı alan adları ile markalar arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak ülkemizin izlediği politikalarıdır.

Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların ODTÜ'ye bağlı DNS Çalışma Grubu tarafından çözülmesi kararlaştırılmıştı. Yönetmelik ile beraber bu görev, özellikleri ve yükümlülükleri BTK tarafından çıkarılan Tebliğ⁴⁴⁴ ile belirlenen Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcı (UÇHS)⁴⁴⁵larına bırakılmıştır.

Alan adı – marka uyuşmazlıklarının yanı sıra alan adı ile ticaret unvanı,

⁴⁴³ KIRCI, s. 88.

⁴⁴⁴ UÇHS'lerin belirlenmesine ve yükümlülüklerine ilişkin kuralları düzenleyen İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği (*Tebliğ*), (RG. 21.08.2013, S. 28742).

⁴⁴⁵ UÇHS, Yönetmelik m. 3/1-o'da “Alan adları ile ilgili uyuşmazlıkların çözüm sürecini hakemler veya hakem heyetleri vasıtasıyla yürüten kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, üniversiteleri veya uluslararası kuruluşları ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü de amaçlayan uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işleyişi yönetmeliğin altıncı bölümünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvurulabilmesi için;

a) İhtilaf konusu alan adının, sahip olunan ya da ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretlerle benzer ya da aynı olması,

b) Alan adını tahsis ettiren tarafın bu alan adı ile ilgili yasal bir hakkı ya da bağlantısının olmaması,

c) Bu alan adının alan adı sahibi tarafından kötüniyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması şartlarının birlikte sağlanması gerekmektedir. Bu üç şartın birlikte sağlandığını iddia eden şikâyetçi uyuşmazlığın çözümü için UÇHS'lerden birini tercih ederek başvuruda bulunur. Bu başvurusu sonuçlanmadan bir başka UÇHS'ye aynı konuya ilişkin olarak başvuruda bulunamaz (İAAY m. 25).

Şikâyet, UÇHS'lerde yer alan fikri mülkiyet hukuku, marka hukuku, ticaret hukuku ya da bilişim hukuku alanında uzman olan tarafsız hakem ya da hakemlerce değerlendirilir. Şikâyetin tek bir hakem tarafından mı yoksa üç hakemden oluşan bir kurul tarafından değerlendirileceği tarafların talebine göre belirlenir. Taraflardan birinin talebi halinde uyuşmazlık, hakem heyeti tarafından görülür (Tebliğ m. 11/2). Hakem ya da hakemler kendilerine iletilen bilgi, belge ve dosyalar üzerinden karar verirler. Gerekli görmedikleri müddetçe tarafları şahsen dinlemezler (İAAY m.26/3).

Karar alınmadan taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlık çözüm sürecinin sona erdirilmesini talep ederlerse hakem ya da hakem heyeti çalışmasını sonlandırır (Tebliğ m. 14/4). Bu talebin şikâyetçi taraftan gelmesi durumunda ise çalışmanın durdurulup durdurulmayacağı hakem ya da hakem heyetinin kararına bağlıdır (Tebliğ m. 15/4).

Hakem veya hakem heyeti, ilgili mevzuat, içtihatlar ve yargı kararlarını da göz önüne alarak, şikâyetçi tarafın talebi doğrultusunda alan adlarının iptaline, şikâyetçi tarafa devrine veya şikâyetçi tarafın talebinin reddine karar verebilir. Hakem kurulunun kararları basit çoğunlukla alınır, çekimser oy kullanılamaz. UÇHS,

kendisine iletilen kararı bir gün içinde BTK'ya ve şikâyetle ilgili taraflara bildirir ve internet sitesinde yayımlar (İAAY m. 27).

Hakem ya da hakem heyeti tarafından verilen kararlar, BTK için de bağlayıcıdır ve BTK söz konusu kararın gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. BTK'nın bu yükümlülüğünün istisnasını ise alan adına ilişkin taraflardan birinin genel yetkili mahkemelerde açtığı davanın devam ediyor olması hususu oluşturmaktadır. Bu durumda BTK, UÇHS tarafından iletilen kararı uygulamayıp davanın sonuçlanmasını bekleyecektir (Tebliğ m. 15/2).

Konuya ilişkin olarak belirtilmesi gereken önemli hususlardan biri de tarafların UÇHS mekanizmasını işletmesinin genel mahkemelerde dava açılmasının önünde bir engel teşkil etmediğidir. Genel mahkemelerde açılacak dava, uyuşmazlık çözüm süreci devam ederken açılabilir gibi hakem ya da hakem heyeti tarafından kararın verilmesinin ardından da açılabilir. Kararın verilmesinin ardından genel mahkemede dava açan taraf bunu 10 iş günü içinde BTK'ya bildirmelidir. Aksi takdirde BTK, UÇHS tarafından verilen kararın gereğini yerine getirecektir.

Söz konusu maddeleri incelediğimizde gerek başvuru için aranan koşulların gerek kararın alınmasında esas alınan hususların UDRP tarafından düzenlenen koşullarla büyük ölçüde benzer olduklarını görmekteyiz. UÇHS sisteminde de tıpkı ICANN tahkiminde olduğu gibi verilen kararlar alan adının iptali, şikâyetçi tarafa iadesi ya da şikâyetin reddi ile sınırlı olup, hakemlerin tazminata karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak UDRP'den farklı olarak İAAYY, alan adı uyuşmazlıklarını yalnızca marka ile alan adı arasındakilerle sınırlı tutmamış, ticaret unvanı, işletme adı ve diğer tanıtıcı işaretlerle alan adı uyuşmazlıklarını da kapsamına dahil etmiştir. Gerekli teknik alt yapının hazırlanmasının ardından yürürlüğe girecek olan Yönetmeliğin düzenlediği çözüm mekanizmasının uluslararası bir boyut taşıyan ICANN tahkimi kadar etkili olup olmadığı görülecektir.

SONUÇ

Sanayi Devrimi ile beraber üretim ve ulaşım araçlarında meydana gelen gelişme ve değişme gerek üretilen malların miktarının ve çeşidinin gerekse bunların ulaştığı kişi sayısının artmasına sebep olmuştur. Bu durum ise bir işletmeye ait mal ve hizmetleri diğerlerinden ayıran işaretlerin, markaların, üreticiler nezdinde sahibinden bağımsız olarak ön plana çıkması ve başlı başına bir ekonomik değer oluşturması sonucunu doğurmuştur.

Markalar, *“bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal 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 türlü işaretleri içerir.”* Çalışmamızın hazırlandığı dönemde yürürlükte olan 556 sayılı KHK'nın benimsemiş olduğu bu tanımdan da anlaşılacağı üzere bir işaretin marka olarak kabulü iki temel şartın varlığına bağlıdır. Bunlar; *işaretin ayırt edici olması ve grafik olarak temsil edilebilmesidir.* Markalar, bir mal veya hizmeti benzerlerinden ayırır, kalitesini garanti eder ve bunların halk tarafından tanınmasını sağlar.

Marka hakkı ise marka niteliğini haiz bir işaretin, marka sahibi tarafından hukuken belirlenen sınırlar içerisinde kullanılabilmesini ve üçüncü kişinin rıza dışı kullanımının yine hak sahibi tarafından engellenebilmesini ifade etmektedir. Bir başka deyişle marka hakkı, sahibine olumlu kullanma ve olumsuz yasaklama yetkilerini sunan çift yönlü bir haktır.

Ülkemizde marka hakkı 556 sayılı KHK ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerine göre korunmaktadır. Bu düzenlemelerin temelinde ise Paris Sözleşmesi, DTÖ Kuruluş Anlaşması ve bu Anlaşma'nın eki olan TRIPS ayrıca Avrupa Birliği Marka Tüzüğü ve Avrupa Birliği Marka Yönergesi bulunmaktadır.

Marka hakkının hukuki niteliği hakkında görüş birliği bulunmamasına rağmen bu hak; sahibine kullanmada, yararlanmada ve marka üzerinde tasarrufta bulunmada inhisari yetkiler sağlayan mutlak bir hak olarak tanımlanabilir. Marka

sahibi; marka olarak tescil ettirdiği işaretin aynı mal ve hizmetler için, benzer işaretin aynı mal ve hizmetler için, benzer işaretin benzer mal ve hizmetler için kullanılmasını önleyebilir. Marka sahibinin, korumanın kendisine sağladığı bahse konu yetkilerini kullanabilmesi için üçüncü kişinin tecavüzü doğuran fiilin markasal kullanım kapsamında yer almasının gerekli olup olmadığı hususu da incelenmeye değerdir. Bir işaretin bu işareti taşıyan mal ve hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerden köken olarak ayrıldığı algısını uyandıracak şekilde kullanımını ifade eden markasal kullanım, KHK’da ve KHK’ya mehz teşkil eden uluslararası düzenlemelerde tecavüzün şartı olarak yer almamaktadır. Bir işaretin ayırt edicilik kazanmasında önemli bir işlevi bulunan markasal kullanımın haksız kullanımın tespiti bakımından aynı işleve sahip olduğunu söylemek güçtür.

Marka hakkına tecavüz oluşturan dolayısıyla marka hakkının ihlali sonucunu doğuran fiiller KHK m. 61’de ve bu maddenin ilk bendinde yapılan atıf ile KHK m. 9’da düzenlenmiştir. KHK’nın tecavüz niteliğindeki fiilleri iki ayrı maddede düzenlemiş olması doktrin tarafından haklı olarak eleştirilmektedir. Kanaatimizce de tecavüz teşkil eden fiillerin tek maddede düzenlenmesi kanun sistematığına daha uygun olacaktır.

Markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması suretiyle taklit edilmesi, tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünlerin ticari amaçlarla elde bulundurulması, lisans yoluyla tanınan hakların izinsiz genişletilmesi veya devri KHK m. 61’de sayılan tecavüz halleridir. KHK m. 9/I-a’nın markanın aynısının, 9/I-b’nin ise markanın aynısı ya da benzerinin üçüncü kişi tarafından marka sahibinin rızası dışında kullanılmasını ihlal halleri içinde düzenlemesi aynı konuya ilişkin m. 61/b’nin gereksiz bir tekrar olduğu şeklinde yorumlara sebebiyet vermektedir. Ancak bu yorumların aksine 61/a’da yer alan markanın taklit edilmesinin m. 9’un ilgili bentlerinden farklı bir ihlal halini düzenlediği yönündeki yorumlar da mevcuttur. Biz ilk görüşü isabetli bulmakta ve bu görüş doğrultusunda gerekli değişikliklerin yapılması fikrini desteklemekteyiz.

KHK m. 61/a’daki atıf dolayısıyla m. 9’da sayılan fiiller de tecavüz halleri arasında yer almaktadır. KHK m. 9’un ilk fıkrası ikinci fıkrada yer alan ve sınırlı sayıda olmayan kullanım şekillerinin ihlal sayılabilesinin ölçütü olarak

tanımlanabilir. KHK m. 9/I'e göre; tescilli bir marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren aynı mal ve hizmetlerle kullanımı; tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan bir işaretin tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynısı veya benzeri olan mal ve hizmetlerde kullanılması marka hakkının ihlaline sebebiyet verecektir. Tanınmış markalara benzer işaretlerin kullanılması durumunda mal veya hizmetlerin aynı ya da benzer olup olmadığına bakılmaksızın ihlalin varlığının kabul edileceği KHK m. 9/I'de yer alan bir diğer durumdur. Sayılan durumlar daha ziyade karıştırılma tehlikesi üzerine bina edilmiştir. Karıştırılma tehlikesi, markanın aynısı ya da benzeri olan işaretin aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde kullanılması neticesinde tüketicinin söz konusu işareti taşıyan mal ya da hizmetlerin kendisinde güven uyandıran marka sahibine ait olduğu izlenimine kapılmasını ifade eder. Tüketicinin söz konusu mal ya da hizmetin güvendiği marka sahibine ait olmadığını bilmesine rağmen işletmeler arasında ekonomik ya da örgütsel ilişkiler olduğu izlenimine kapılması da karıştırılma tehlikesinin varlığı için yeterli olacaktır. Son husus karıştırılma tehlikesi ile iltibas kavramlarını birbirinden ayırmakta olup karıştırılma tehlikesini iltibastan daha geniş kapsamlı hale getirmiştir. Çalışmamızda karıştırılma tehlikesi kavramı iltibas da kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır.

Karıştırılma ihtimali, mal veya hizmetler ve de markalar arasında aynılık ya da benzerliğin bulunup bulunmamasına bağlıdır.

Aynı mal veya hizmetten kastedilen aralarında hiçbir yönden farklılık bulunmayan mal veya hizmetlerdir. Bu sebeple aynı mal veya hizmetlerin tespiti oldukça kolaydır. Mal veya hizmetlerin benzerliği ise TPE tarafından çıkarılan tebliğlerin ekinde yer alan gruplar esas alınır. Enstitü, bu grupları daha dar veya geniş yorumlama hakkına sahiptir. Başka bir deyişle Enstitü aynı grupta yer almasına rağmen mal veya hizmetlerin benzer olmadığına karar verebileceği gibi bu durumun tersi de mümkündür. Konuyla ilgili olarak önemle belirtilmesi gereken bir diğer husus ise bu işlemler yapılırken mal veya hizmetlerin kullanılış amaçları, hitap ettikleri alıcı kitlesi, piyasaya sürülme yöntemleri de dikkate alınmalıdır.

Marka ile işaret arasındaki benzerlik ise malın mevcut ve potansiyel alıcılarının oluşturduğu ilgili toplumsal çevrede yer alan ortalama dikkat ve algılama

düzeyine sahip alıcılar esas alınarak tespit edilmelidir. Markaların bıraktıkları genel izlenim çerçevesinde görsel, işitsel ve anlamsal unsurları dikkate alınarak bir sonuca varılmalı ve markaların esas unsur olarak nitelendirilen baskın unsurları kıyaslanmalıdır.

KHK m. 9/II önceki fıkra hükmü çerçevesinde marka hakkının ihlali niteliğindeki fiilleri de saymıştır. Markanın internet ortamında marka sahibinin rızası olmaksızın hakkı ya da meşru bağlantısı bulunmayan üçüncü kişi tarafından ticari etki yaratacak şekilde kullanımı da bu fiillerden biridir.

Avrupa Birliği Marka Yönergesi ve Topluluk Markası Tüzüğü gibi 556 sayılı KHK'yi büyük ölçüde şekillendirmiş düzenlemelerde yer almamasına rağmen markanın internet ortamında ihlali, hem yerli ve yabancı doktrin hem de mahkeme içtihatlarının etkisiyle KHK'da hükme bağlanmıştır. KHK m. 9/II-e'de düzenlenen bu kullanım halinde ihlalin varlığından söz edebilmemiz için aranan ilk şart, markayı kullanan kişinin hakkı ya da meşru bağlantısının olmayışıdır. İşaretin kullanılmasına ilişkin hak, bizzat tescili markanın sahibi olmaktan kaynaklanabileceği gibi işaretin uzun süre kullanılıyor olmasından ya da işaretin kişinin ticaret unvanı, işletme adı ya da medeni adı olmasından da kaynaklanabilir. Meşru bağlantı ise markanın kullanımının doğrudan doğruya marka hakkına değil de üçüncü kişi ile marka sahibi arasındaki sözleşmeye dayanmasını ifade etmektedir. İkinci şart olan ticari etki yaratacak şekilde kullanımın ne olduğu ve kapsamına hangi tür kullanımların dahil olduğuna dair KHK'da hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple ticari etki yaratacak şekilde kullanımdan kastedilen hususların neler olduğu belirlenirken doktrindeki görüşler ve İnternet Üzerinde Marka ve Diğer Endüstriyel Mülkiyet Haklarının Kullanımına İlişkin Birleşik WIPO Tavsiyesi yol gösterici olmuştur. Doktrin tarafından ekonomik bir amaç elde etmek üzere özel amaç dışında kullanım olarak tanımlanan bu kullanım WIPO tavsiyesinde daha geniş anlamıyla ele alınmıştır. Buna göre markanın fonksiyonlarını zedeleyen kullanımlar kâr amacı taşımasa dahi ticari etki yaratacak şekilde kullanıma dahil edilecektir. Kanaatimizce de bu kullanım halinin geniş yorumlanması daha uygun olacaktır.

Kısaca web sayfalarının kullanıcılara bir anlam ifade eden, hatırlanması kolay elektronik adresleri olarak tanımlanan alan adları, soldan sağa doğru birbirinden

noktalarla ayrılmış iki ya da üç bölümden oluşan hiyerarşik bir yapıdadır. “www” ve “http” ön ekleriyle kullanılan alan adları, soldan sağa doğru derecelendirilmekte olup en az iki dereceden oluşmaktadır. Birinci düzey alan adları (*Top Level Domain Names-TLD*), alan adı kombinasyonunun en sağında yer almakta olup sitenin faaliyet sahasını, yayın yaptığı ülkeyi ya da her ikisini birden göstermektedir. Alan adının uyumsuzluklara konu olan bölümü ise ikinci düzey alan adlarıdır. Bunlar, tescil makamının belirlediği sınırlara sadık kalacak şekilde dilenildiği gibi seçilebilir.

Alan adlarının hukuki nitelikleriyle ilgili tartışmalar, bunların isim niteliği taşıyıp taşımadığı ve de marka, ticaret unvanı, işletme adı ile arasındaki ilişki üzerine yoğunlaşmıştır. Yargıtay ise alana adlarını 6762 sayılı TTK m. 57/5 kapsamında değerlendirmiştir.

Marka hakkının alan adı aracılığıyla ihlalini incelediğimizde ise karşımıza genel anlamda iki ihlal durumu çıkmaktadır. Bunlardan ilki uyumsuzluğun taraflarından birinin kanunen tanınan hakkına dayanarak alan adını tescil ettirdiği diğer tarafın yine kanunen tanınan hakkına dayanarak itirazda bulunduğu uyumsuzluk halidir. Diğer durum ise taraflardan birinin kötüniyetli olarak herhangi bir hakka istinat etmeksizin bir markanın aynısını ya da benzerini alan adı olarak kullanmasıdır.

Markanın alan adı kullanımının ihlal olup olmadığının belirlenmesi öncelikli olarak marka ile alan adı arasındaki ayniyet veya benzerliğin tespitine bağlıdır. Marka ile alan adı arasında ayniyet ya da benzerliğin tespitinin nasıl yapılacağı tartışmalıdır. Her ne kadar doktrinde farklı görüşü savunanlar bulunsada biz Yargıtay ve WIPO kararlarından hareketle alan adı ve marka arasındaki ayniyet ya da benzerlik tespit edilirken ikinci düzey alan adlarının esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Alan adı korsanlığı, markanın aynısının ya da benzerinin aynı ya da benzer mal ve hizmetlere ilişkin alan adlarında kullanılması veya markanın aynısının ya da benzerinin benzer olmaya mal ve hizmetlere ilişkin alan adlarında kullanılması markanın alan adı aracılığıyla ihlali hallerindedir.

Bir markanın yönlendirici kod olarak kullanımı internet ortamında ihlal hallerinden bir diğeridir. Yönlendirici kodlar (*metatag*), bir web sayfasının kim tarafından oluşturulduğu, ne zaman güncellendiği, neyle ilgili olduğu ve hangi

kelimelerin sayfa içeriğini gösterdiği hakkında bilgi sağlarlar. Alan adlarından farklı olarak yönlendirici kodlar, kullanıcılar tarafından görülememektedir. Ayrıca domain namelerin aksine yönlendirici kodlar doğrudan doğruya kullanıldığı sayfaya kullanıcıyı yönlendirmekten ziyade söz konusu sayfayı arama sonuçları arasında göstermektedir. Bu özellikleri markanın yönlendirici kodlarda kullanımının marka hakkının ihlali sonucu doğurduğunun tereddütsüz şekilde kabulünü engellemiştir. Konuya ilişkin yaygın olarak uygulanan teori ise Amerikan mahkemeleri tarafından ortaya atılan ilk ilgi karışıklığı (*initial interest confusion*) teorisidir. Bir müşterinin aradığı mal ve hizmetleri yönlendirici kodlar vasıtasıyla ulaştığı internet sitesinden temin etme ihtimali üzerine kurulu söz konusu teorinin tamamen kabul gördüğünü söylemek zordur. Markanın yönlendirici kod olarak kullanımının ihlal sayılabilmesi için şartlara göre değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Markaların arama motorları tarafından yönlendirici kod olarak hak sahibi dışında üçüncü bir kişiye satılmasını, söz konusu markanın arama motoruna yazılması neticesinde hak sahibi olmayan fakat bu markayı yönlendirici kod olarak satın alan üçüncü kişinin sitesinin arama sonuçları arasında görülmesini ifade eden anahtar sözcük reklamcılığı da KHK m. 9/II-e çerçevesinde bir diğer ihlal halidir. Ancak bu ihlalin gerçekleşmesi de çeşitli şartlara bağlanmıştır. Markanın fonksiyonlarının zedelenmesi, itibarının zarar görmesi, davacı ve davalı tarafların aynı iş koluna dahil olmaları bu şartlardan bazılarıdır. Bu bağlamda adwords reklamın karşılaştırmalı reklam niteliği taşıyıp taşımadığı da tartışılmalıdır.

Marka hakkı sayılan şekillerde ihlal edilen hak sahibi tecavüzün tespitini, durdurulmasını ve giderilmesini talep edebilir. Dava devam ederken marka sahibi hak kaybını engellemek amacıyla ihtiyati tedbir talebinde de bulunabilir. İnternet ortamında gerçekleşen marka ihlallerinde internet sitelerine erişimin engellenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilip verilemeyeceği tartışılmaktadır. Konuya ilişkin olarak KHK'da düzenleme olmadığından TTK m. 58/4'e göre hareket edilerek hak kayıpları engellenebilir. Ancak doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere tedbir kararları tüm siteyi kapsayacak şekilde verilmemelidir. Karar verilirken orantılılık ilkesine uygun davranılarak yalnızca ihlal teşkil eden içeriğe erişim engellenmelidir.

Marka hakkı sahibi KHK hükümlerinden hareketle maddi ve manevi tazminatın yanı sıra itibar tazminatı talebinde de bulunabilir. Her ne kadar bazı yazarlar markanın kötü veya uygun olmayan şekilde kullanılması sonucunda talep edilen itibar tazminatı ile sağlanan yararın aslında maddi tazminat ile sağlanan yararlarla aynı olduğunu düşünse de Yargıtay her üç tazminat talebini ayrı ayrı değerlendirmektedir.

Marka sahibi söz konusu bu taleplerini yer, erişim ve içerik sağlayıcılara karşı yönlendirebilmektedir. KHK'da söz konusu internet hizmet sağlayıcılarının sorumluluğunun tespitine dair hüküm bulunmadığından sorumluluklarının tespiti esnasında konuya ilişkin özel düzenlemelerden hareket edilmektedir. Söz konusu düzenlemelere değinmeden önce bu hükümlerin dayanak noktasını oluşturan 2000/31 sayılı AB Elektronik Ticaret Yönergesi'ni incelememiz gerekmektedir. 2000/31 sayılı Yönerge internet hizmet sağlayıcılarını bilgi toplumunda hizmet sağlayıcı olarak tanımlayıp sorumluluklarını ise sınırlamıştır. Yönerge internet hizmet sağlayıcılarının sorumluluklarını tespit ederken genel anlamda iyiniyet ve dürüstlük kurallarından hareket etmektedir. Örneğin yer sağlayıcı; iletimi başlatmamış, iletimin alıcısını seçmemiş ya da iletimde yer alan bilgiyi seçip değiştirmemişse bu durumda sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

Ulusal mevzuatımızı incelediğimizde ise konuya ilişkin hükümlerin TTK' da, 5651 sayılı Kanun'da ve de 6563 sayılı Kanun'da birbirine yakın olarak düzenlendiğini görmekteyiz. 5651 sayılı Kanun'da içerik, yer ve erişim sağlayıcının yükümlülüklerine ayrı ayrı yer verilmiş olsa da 6563 sayılı Kanun'da ve basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 58/4'te böyle bir ayrıma gidilmeden genel bir sorumluluk öngörülmüştür. 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, bu kanuna dayanılarak çıkarılan elektronik ticarete hizmet sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğunu düzenleyen yönetmelik ve de TTK, internet hizmet sağlayıcılarını 2000/31 sayılı AB Yönergesi'nden hareketle bilgi toplumu hizmet sağlayıcısı olarak görmekte ve sorumluluklarını da Yönerge ile uyumlu olacak şekilde düzenlemektedir. Bu bakımdan ne TTK'da ne de ilgili diğer kanunlarda hizmet sağlayıcısına erişim imkânı sağladığı içeriği kontrol etme yükümlülüğü getirilmemiştir; ancak hizmet sağlayıcı haberdar olduğu anda içeriği kaldırmak ve gerekli önlemleri almakla

yükümlü tutulmuştur. Yükümlülüklerine aykırı davranan internet hizmet sağlayıcılarının sorumlulukları doğacak ve marka hakkı sahibi bahsi geçen taleplerini hizmet sağlayıcısına da yönlendirebilecektir.

Markanın internet ortamında kullanımı esnasında sorumluluğu tartışılan hizmet sağlayıcılarından biri de arama motorlarıdır. Arama motorlarının konuya ilişkin sorumlulukları değerlendirilirken ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bu ayrımın ilk ayağını arama motorunun markayı satışa çıkarmasından doğan sorumluluğu, ikincisini ise arama motorunun üçüncü kişilere markayı anahtar sözcük olarak kullanacak alt yapıyı sağlamış olması oluşturmaktadır.

Arama motorlarının marka niteliği taşıyan kelimeleri depolayıp daha sonra bunları üçüncü kişilere ücret karşılığında kullandırması işlemi arama motorlarına ciddi anlamda gelir sağlayan ekonomik bir faaliyettir. Ancak, arama motorlarının bu kullanımı ne doktrin ne de ABAD tarafından markasal kullanım olarak nitelendirilmemektedir. ABAD, arama motorlarını bilgi toplumu hizmet sağlayıcısı olarak kabul edip 2000/31 sayılı Yönerge çerçevesinde sorumluluklarının belirlenmesi yoluna gitmektedir.

Türk hukuku açısından baktığımızda ise arama motorlarının markayı kendi mal ve hizmetlerine ilişkin olarak kullanmadığı bu sebeple sorumsuz tutulması gerektiği yönündeki ABAD kararından hareketle sorumluluk tespitinin yerinde olmadığı görülecektir. Bu durumun asıl sebebi ise arama motorunun dolaylı olarak sorumluluğunu doğuracak KHK m. 61/c'dir. Madde hükmüne göre ; *“Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak”* tecavüz halleri arasında yer almaktadır. Arama motorunun markayı anahtar kelime olarak satması maddedeki ticaret alanına çıkarmak ifadesiyle örtüşmektedir. Ancak her ne kadar arama motorlarının markayı anahtar sözcük olarak pazarlamasına dair faaliyetleri KHK m. 61/c kapsamında değerlendirilse de arama motorları, 6563 sayılı Kanun'da tanımlandığı üzere birer aracı hizmet sağlayıcı olduklarından yer sağladıkları içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildirler. Bir başka ifadesiyle 6563 sayılı kanun

arama motorları için sorumsuzluk kayıtları getirmiştir. Arama motorlarının sorumsuzluğuna ilişkin bu kayıtlar, KHK m. 61/c ve de arama motorlarının aynı zamanda basiretli birer tacir oldukları göz önünde bulundurularak sınırlandırılmalıdır. Bir başka ifadeyle gerekli denetim sistemini kurmuş olmalarına rağmen ihlalin varlığını bilmiyor ya da bilebilecek durumda değillerse 6563 sayılı Kanun'da yer alan sorumsuzluk hükümlerinden yararlanabilmelidir. Aksi tutum marka ihlaline sebebiyet veren *adwords* reklamları arama motorları için bir gelir kaynağı haline getirecektir.

Markanın internet ortamında ihlalinde görevli ve yetkili mahkemelerin tespiti sorunu çalışmamızda tartışılan konulardan bir diğeridir. Siber-uzay olarak tanımlanan internet ortamı ülkelerin coğrafi sınırları gibi sınırlara tabi olmadığından dünyanın herhangi bir yerinde gerçekleşen ihlal fiili etkisini internete erişimin mümkün olduğu her yerde eş zamanlı olarak gösterir. Bu durum, marka hakkının ihlal edildiğine ilişkin davanın dünyanın herhangi bir yerinde açılıp açılmayacağı ve de milletlerarası yetkiyi haiz mahkemelerin tespiti sorununu gündeme getirmiştir. İnternete erişimin mümkün olduğu her ülkede dava açılabilmesi, elektronik ticarete internetin kullanımını ciddi anlamda sınırlandıracağından sorunun çözümüne ilişkin alternatif yollar aranmış ve bu bağlamda çeşitli görüşler ortaya konulmuştur.

Bu görüşlerden ilki siber mahkemelerin kurulması ve yargılamanın bu mahkemeler üzerinden yapılması yönündeyken ikinci ve de daha uygulanabilir olan öneri ise mevcut milletlerarası hukuk kurallarının bu tür davalarla uyumlu olacak şekilde ıslahını savunan görüştür.

KHK'da ise marka ihlallerine karşı açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme KHK m. 63'de belirlenmiştir. KHK marka ihlallerinde yetkili mahkemeyi marka sahibinin davacı veya davalı olması durumuna göre ayrı ayrı düzenlemiş; davacının ikametgâhına alternatif olarak fiilin işlendiği ya da etkilerinin görüldüğü yer mahkemelerini de yetkili kılmıştır. Söz konusu yetki kuralları KHK kapsamında korunan markaların yurt içinde veya yurt dışında ihlale uğraması durumunda yetkili mahkemeleri tayin etmektedir. Buradan hareketle KHK m. 63'ün marka ihlallerinde Türk mahkemelerini münhasır yetkili kıldığını söyleyebiliriz. KHK m. 63'ün daima yetkili bir Türk mahkemesine işaret etmiş olması konuya ilişkin yabancı ülke

mahkemelerinin vermiş olduğu kararların Türkiye’de tanınması ve tenfizi yolunu kapatmıştır. Marka ihlalinin internet ortamında gerçekleşmesi durumunda dahi KHK m. 63’te yetkili mahkemenin tespitinde kaynak teşkil eden hususlardan birine dayanarak Türkiye’de dava açılacaktır.

Marka alan adı uyuşmazlıklarında dava yönteminin yanı sıra ICANN tarafından yetkilendirilen kuruluşlar eliyle yürütölen tahkim usulü de sık başvurulmuş uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır. ICANN tahkimi; marka sahiplerini, markalarının kötüniyetle alan adı olarak kullanılmasına karşı korumayı ve alan adı uyuşmazlıklarının hızlı ve etkin bir şekilde çözüme kavuşturmayı amaçlayan bu bağlamda hukukun temel prensipleri ile çelişmeyen, menfaatler dengesine ve adalete uygun çözümler sağlayan yeknesak çözüm usulünü ifade eder. Bu çözüm usulü, uyuşmazlık konusu alan adının hak sahibine devri veya iptalini kapsamakta olup tazminat taleplerine ilişkin hususları ulusal mahkemelere bırakmıştır. ICANN tahkim usulünün temel metinleri UDRP ve RUDRP olup yetkili tahkim kuruluşlarının en önemlisi ise WIPO’dur. Uygulama alanı ticari mal veya hizmet markalarının kötüniyetli olarak tescili ile sınırlandırılmış olan söz konusu tahkim usulünde hakem kararına karşı bir itiraz merci bulunmamakla beraber bir uyuşmazlığın çözümü için ICANN tahkim usulüne başvurulmuş olması tarafların aynı konu ile ilgili olarak milli mahkemelere gitmesine engel teşkil etmemektedir. Her ne kadar ölkemiz doğrudan bu tahkim usulüne tabi olmayı kabul etmemiş olsa da” jenerik birinci düzey alan adı” uzantılı alan adı sahibi her Türk vatandaşı ICANN tahkimine başvuru hakkına sahiptir. Türk vatandaşları ayrıca ölkö kodu uzantılı alan adlarına ilişkin uyuşmazlıklarda ise İAYY ile ayrıntıları düzenlenmiş olan ulusal alternatif çözüm mekanizmalarına başvuru hakkına da sahiplerdir.

KAYNAKÇA

- ALLGROVE, Ben** : Metatag Abuse; Where to Turn When the Law Falls Short, Adel Law Review 2000-2001, s. 181-258.
- AKGÜL, Mustafa** : İnternet Yasakları ve Hukuk, TBB Dergisi 2008, S. 78, s. 352-377.
- AKIN, İrfan** : Adwords Reklam Sisteminde Marka Kullanımı, TBB Dergisi 2008, S. 78, s. 205-226.
- AKİPEK, Şebnem / DARDAĞAN, Esra** : Sanal Ortamda Telif Hakları, BATİDER 2001, C. XXI, S. 2, s. 47-77.
- ANIK, Gülgün** : İnternet Alan Adı, FMR 2005, C. 5, S. 4, s. 65-93.
- ARI, Zekeriya** : Marka Hakkının Tüketilmesi, EÜHFD 2007, C. XI, S. 1-2, s. 279-305.
- ARIKAN, A. Saadet** : İnternetin Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Üzerindeki Etkisi (*İnternetin Etkisi*), Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2001.
- ARIKAN, A. Saadet** : Fikri ve Sınai Haklar Açısından Paralel İthalat –AB ve Türkiye- (*Paralel İthalat*), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara-2001.
- ARIKAN, F. Murat** : Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması, İBD 2000, C. 74, S. 7-8-9, s. 781-791.
- ARKAN, Sabih** : Marka Hukuku C. I (*C. I*), Ankara 1997.
- ARKAN, Sabih** : Marka Hukuku C. II (*C. II*), Ankara 1998.

- ARKAN, Sabih** : Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu (*Markasal Kullanım*), BATİDER 2000, C. XX, S. 3, s. 5-13.
- ARKAN, Sabih** : Marka Hakkının Tüketilmesi (*Tüketilme*), Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 197-208.
- ARKAN, Sabih** : Ticari İşletme Hukuku (*Ticari İşletme*), 20. Baskı, Ankara 2015.
- ARKAN, Sabih** : 5833 Sayılı Kanun İle KHK'da Yapılan Değişiklikler (*Değişiklikler*), BATİDER 2009, C. XXV, S. 1, s. 5-11.
- ARSLANOĞLU, M. Anıl/ DAĞCI, Aksu** : Marka Hakkının Korunmasına Getirilen Sınırlamalar Bağlamında Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi (İlk Satış İlkesi), Legal FSHD 2005, S. 3, s. 671-685.
- ASLAN DÜZGÜN, Ülgen** : Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat (*Paralel İthalat*), Ankara 2010.
- ASLAN DÜZGÜN, Ülgen** : Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi (*Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi*), Gazi Üniversitesi HFD 2012, C. 16, s. 47-67.
- AYHAN İZMİRLİ, Lâle** : Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması, Ankara 2012.
- AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin** : Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2015.
- BAKKEN, Erlend** : Unauthorized Use of Another Trademark on Internet, (http://www.lawtechjournal.com/articles/2003/03_030629_bakken.pdf, erişim tarihi: 15.05.2015).

- BAL, Nurullah** : İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi, Gazi Üniversitesi HFD 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 315-352.
- BARRETH, Margreth** : Trademarks and Digital Tecnologies; Use on the Net, Journal of Internet Law, May 2010, Vol. 13, N. 11, s. 7-21.
- BAŞPINAR, Veysel/ KOCABEY, Doğan** : İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara 2007.
- BAYAMLIOĞLU, Emre** : Arama Ağı Reklamcılığında Markanın Anahtar/Hedef Kelime Olarak Kullanımı, Legal FSHD 2011, S. 25, s. 17-50.
- BİLGE, Mehmet Emin** : Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2014.
- BİLGİLİ, Fatih** : Marka Hukukunda Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.
- BOZBEL, Savaş** : Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder mi? Avrupa Adalet Divanı'nın Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme (*Adwords Reklamlar*), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2010/2, Y. 9, S. 18, s. 97-113.
- BOZBEL, Savaş** : Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi? (*İhtiyati Tedbir*), FMHY 2009, s. 135-164.
- BOZBEL, Savaş** : İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü (*ICANN Tahkim Usulü*) , Ankara 2006.

- BOZBEL, Savaş** : Domain-Grabbing ve ICANN Tahkim Usulü, (<http://inet-tr.org.tr/inetconf9/bildiri/27.pdf>, erişim tarihi: 20.04.2015).
- BOZBEL, Savaş** : Markanın Domain Names, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması, (<http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf>, erişim tarihi: 01.03.2015)
- BURİ, Ueli** : Die Verwechselbarkeit der Internet Domain Names, Bern 2000, s. 78 (**KIRCA**, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı s. 529'dan naklen).
- CAMCI, Ömer** : Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 2001.
- CANAAN, Karen/**
LENAHAN, John C. : Making the Demand for the “Cessation of Trademark Infringement via Metatag Use More Convincing, Intellectual Property&TecnologyLaw Journal,, January 2002, Vol. 14, N. I, s.7-11.
- CENGİZ, Dilek** : Türk Hukuku'nda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz İlgili Mevzuat, Danıştay ve Yargıtay Kararları, İstanbul 1995.
- COOK, Trevor** : EU Intellectual Property Law, New York 2010.
- ÇAĞLAR, Hayrettin** : Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2015.
- ÇAMLİBEL TAYLAN, Esin** : Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.
- ÇİÇEKÇİ, Çiğdem** : Markaya Özgü Kullanım Kavramı ve Markaya Tecavüz Fiilleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir-2007.
- ÇOLAK, Uğur** : Türk Marka Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2016.

- DAL, Seniha** : Türk Hukukunda Alan Adları (*Domain Names*) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi 2010, C. XXVIII, S. 1, s. 479-497.
- DARDAĞAN, Esra** : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000.
- DARROW, Jonathan** : The Search Engine Advertising Market: Lucrative Space or Trademark Liability?, Texas Intellectual Property Law Journal, Winter 2009, Vol.17:2, s. 224-265.
- J./ FERRERA, Gerald R.**
- DEVOE, Daniel** : Applying Liability Rules to Metatag Cases And Other Instances of Trademark Infringement on the Internet: How to Get to “No Harm, No Foul”, Boston University Law Review 2010, Vol. 90/3, s. 1221-1290.
- DOĞAN, Beşir Fatih** : Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR C. 6, S. 2006/3, s. 17-42.
- DİRİKKAN, Hanife** : Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan** : Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2014.
- DURSUN, Hasan** : Marka Hukuku, Ankara 2008.
- EBERSÖHN, Gerrie** : Metatags and Trademark Infringement, Juta’s Bussines Law Review, Vol. 12/4, s. 174-179.
- EPÇELİ, Sevgi** : Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali, İstanbul 2006.
- ERDEM, Bahadır** : Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2002.

- GÖNEN**, Coşku : Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, İstanbul 2011.
- GÜNEŞ**, İlhami : Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, 2. Baskı, Ankara 2015.
- HELVACI**, Serap : Gerçek Kişiler, 6. Baskı, İstanbul 2016.
- İŞIKLI**, Hasibe : İnternet Alan İsimleri Sistemi, Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki, DPT Yayını 2001.
- KANDEMİR**, Zeynep : Vuitton-Google Kararı, FMHY 2010, s. 283-305.
- KAPLAN**, Yavuz : İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü, AÜEHFD 2003, C.VII, S. 3-4, s. 697-720.
- KARAN**, Hakan /
KILIÇ, Mehmet : Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.
- KARAYALÇIN**, Yaşar : Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme, Ankara 1968.
- KAYA**, Arslan : Marka Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2006.
- KAYHAN**, Fahrettin : Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, FMR 2000, S. 1, s. 51-73.
- KAYIHAN**, Şaban : Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka, AÜEHFD 2003, C. VII, S. 1-2, s. 423-448.
- KILINÇ**, Bilâl : İnternet Süjelerinin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan Kaynaklanan Sorumlulukları, Legal FSHD 2014, C. 10, S. 40, s. 107-127.

- KIRCA, İsmail** : Markaların Milletlerarası Tescili Madrid Sistemi (*Madrid Sistemi*), Ankara 2005.
- KIRCA, İsmail** : Tescilli Bir Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması (*Markanın Başvuru Eserlerinde Kullanımı*), BATİDER 2003, C. XXII, S. 2, s. 5-14.
- KIRCA, İsmail** : Tescilli Bir Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması (*Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı*), Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 527-544.
- KIRCI, N. Berkay** : Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı, Ankara 2009.
- KORKUT, Ömer** : Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu, BATİDER 2007, C. XXIV, S. 2, s. 501-519.
- KURU, Baki /** : Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013.
- ARSLAN, Ramazan /**
YILMAZ, Ejder
- LURIA, M. Mary** : Controlling Web Advertising: Spamming, Linking, Framing and Privacy, the Computer Lawyer, Vol.14, N.11, November 1997, s. 10-25.
- MEMİŞ, Tekin** : Alan Adları Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar (<http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm>, erişim tarihi: 27.03.2015).
- MEMİŞ, Tekin** : Alan Adları ve TR Alan Adı Politikalarına Eleştirel Bir Yaklaşım, (<http://www.e-akademi.org/>, erişim tarihi: 27.03.2015).

- MEMİŞ, Tekin** : Fikri Hukuk Bakımından İnternette Müzik Sunumu (*Müzik Sunumu*), Ankara 2002.
- MEMİŞ, Tekin** : İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar (*Hukuki Sorunlar*), AÜEHFD 2000, C. IV, S. 1-2, s. 463-478.
- MERAN, Necati** : Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara 2015.
- MONAGAN, Tom** : Can an Invisible Word Create Confusion? The Need for Clarity in the Law of Trademark Infringement through Internet Metatags, OHIO State Law Journal, Vol. 62/973, s. 973-1006.
- NOMER, Füsün** : Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-AUDI Örneği (*Markanın Reklam Amaçlı Kullanımı*), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, İstanbul 2002, Y. 22, S. 2, s. 1117-1137.
- NOMER, Füsün** : İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar (*İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği*), Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 1, s. 395-419.
- OĞUZ, Sefer** : İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması, Ankara 2014.
- OKUTAN NILSSON, Gül** : Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin Üç Kararı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni; Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan; Y. 23, S. 2003/1, s. 579-598.

- OYTAÇ**, Kutlu : Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul 2002.
- ÖZDAL**, Şule : 556 sayılı KHK'nın 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul 2005.
- ÖZDEMİR**, Hayrünnisa : Türk ve İsviçre Medeni Hukuku'nda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması, AÜHFD 2008, C. 57, S. 3, s. 561-598.
- ÖZDİLEK**, Ali Osman : Uygulamadan Örneklerle Bilişim Suçları ve Hukuku, İstanbul 2006.
- ÖZTAN**, Bilge : Medeni Hukukun Temel Kavramları, 40. Baskı, Ankara 2015.
- PASLI**, Ali : Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul 2014.
- PINAR**, Hamdi : Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 855-917.
- POROY**, Reha /
TEKİNALP, Ünal : Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 333-345.
- REED**, Shiveh Roxana : Sensible Agnosticisim: An Updated Approach to Domain-Name Trademark Infringement, Duke Law Journal 2011, Vol. 61, s. 211-251.
- RÜZGAR**, Eser : Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi, İstanbul 2013.
- SANGSUVAN**, Kitsuron : Trademark Infringement Rules in Google Keyword Advertising University of Detroit Mercy Law Review (Winter 2012), Vol. 89, s. 137-180.

- SARGIN, Fügen** : İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlâlleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Ankara 2005.
- SAUNDERS, Kurt M./
BERGER-WALLİSER,
GERLİNDE** : The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comperative Analysis of Secondary Trademark Infringment in the United States and Europe, Northwestern Journal of International Law & Business, Fall 2011, Vol. 32, I. 1, s. 38-88.
- SHEA, Gregory** : Trademark And Keyword Banner Advertising, Southern California Law Review 2002, Vol. 75, s. 529-558.
- SIDBURY, F. Benjamin** : Comperative Advertising on the Internet: Defining the Boundaries of Trademark Fair Use for Internet Metatags and Trigger Ads, North Carolina Journal of Law & Tecnology, Fall 2001, Vol.3, I. 1, s. 35-62.
- SOYSAL, Tamer** : İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları, TBB Dergisi, Kasım-Aralık 2005, S. 61, s. 304- 340.
- SÖYLEYENSOY, Guşan** : Tescilli Bir Markanın İnternette Alan Adı Olarak Kullanılarak Tecavüze Uğraması, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.
- STROMBOM, Ariane C.** : Internet Outlaws: Using Contributory Trademark Liability to Shut Down Rogue Sites, Journal of Internet Law, February 2014, Vol.17/8, s. 6-12.
- ŞANAL, Osman** : Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara 2004.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan
Hayal** : İltibastan Kötüniyetli Tescile Paskalya Tavşanlarının Hikayesi (*İltibastan Kötüniyetli Tescile*) BATİDER 2011, C.XXVII, S. 3, s. 65- 108.

- ŞEHİRALİ**, Feyzan Hayal : Patent Hakkının Korunması (*Patent Hakkı*), Ankara 1998.
- ŞENOCAK**, Kemal : Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Korunması (*Tanınmış Markanın Korunması*), BATİDER 2009, C. XXV, Sa. 2, s. 133-175.
- ŞENOCAK**, Kemal : Tescilli Bir Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali (*Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı*), BATİDER 2009, C. XXV, S. 3, s. 89-141.
- TAŞKAN**, Yusuf Ziya : Tescilli Markaların Korunmasına İlişkin Eski ve Yeni Düzenlemelerin Karşılaştırılması,
(<http://www.mevzuatdergisi.com/1999/07a/02.htm>, erişim tarihi: 31.01.2015)
- TDK** : Güncel Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr, erişim tarihi: 06.04.2016).
- TEKİNALP**, Ünal : Fikri Mülkiyet Hukuku (*Fikri Mülkiyet*), İstanbul 2012.
- TEKİNALP**, Ünal : Gümrük Birliği'nin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri (*Gümrük Birliğinin Etkileri*), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1996, C. IV, s. 27- 86.
- TEKİNALP**, Ünal : Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması (*Markanın Kullanımı*), Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 633-645.
- TEKİNALP**, Ünal : Yeni Marka Hukuku'nda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu (*Tescil İlkesi*), Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 467-480
- TERRETT**, Andrew /
MONAGHAN, Iain : The Internet-An Introduction for Lawyers, Law & Internet; A Framework for Electronic Commerce, Oxford-Portland Oregon 2000, s. 1-10.

- TPE** : Marka İnceleme Kılavuzu, 2015.
- UZUNALLI, Sevilay** : Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu (*Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi*), İzmir 2008.
- UZUNALLI, Sevilay** : Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi (*Tazminat Talebi*), Ankara 2012.
- ÜNAL, Mücahit /
AYDIN, Sevgican** : Marka Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi veya Üçüncü Kişilere Devri, BATİDER 2015, C. XXXI, S. 1, s. 189-228.
- YASAMAN, Hamdi** : Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri (*Tazminat Talepleri*), GÜHFD Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, S. 1, s. 51-68.
- YASAMAN, Hamdi /
ALTAY, Sıtkı Anlam /
AYOĞLU, Tolga /
YUSUFOĞLU, Fülürya/
YÜKSEL, Sinan** : Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi, C. I-II (*C. I, C. II*), İstanbul 2002.
- YAŞAR, Mert** : Alan Adları ve ICANN Tahkimi, GÜHFD 2004, S.1, s. 625-656.
- YILDIZ, Burçak** : Eser Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 579-618.
- YILMAZ, A. Lerzan** : Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2008.
- ZORLUOĞLU, Ayça** : Alan Adlarında Kötüniyet Kavramı, HÜHFD 2012, S. 2, s. 67-84.

Çevrimiçi Kaynaklar:

<http://www.wipo.int/about-wipo/en/>

<http://www.kararara.com/yargitay/yhdk8/yrgtyk17992.htm>

http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%9Cr%C3%BCn_ad%C4%B1_olmu%C5%9F_markalar

http://www.bdl-ip.com/upload/Etudes/uk/bdl_-exhaustion-of-trademark-rights-in-the-european-union.pdf

<http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>

<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=16198>

<http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf>

<http://www.wipo.int/amc/en/center/faq/domains.html#2>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0429.html>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1400.htm>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0135.html>

<https://www.icann.org/get-started>

https://www.nic.tr/index.php?USRACTN=STATICHTML&PAGE=about_corpident

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss319.pdf>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2012-1043>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0418.html>

<http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0321.html>

<https://louisville.edu/faculty/ddking01/cecs311/cases/Hasbro.htm>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/cctld>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0235.html>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0786.html>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0786.html>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0046.html>

http://www.webopedia.com/TERM/M/meta_tag.html

<http://www.webdersleri.com/sayfa.asp?id=250>

http://www.loundy.com/CASES/Playboy_v_Wells.html

<http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf>

<http://www.mevzuatdergisi.com/1999/07a/02.htm>

<https://www.icann.org/resources/pages/cybersquatting-2013-05-03>

ÖZET

556 sayılı KHK m. 9/II' ye 5833 sayılı Kanun ile eklenen “e” bendi, markanın hakkı ya da meşru bağlantısı olmayan üçüncü kişi tarafından internet ortamında kullanımını düzenlemiştir. Madde metninin gerekçesinde de belirtildiği üzere bu madde, internette marka kullanımının marka hakkı kapsamına girdiği yönündeki yerli ve yabancı mahkeme içtihatlarının ve de yerli ve yabancı doktrindeki görüş birliğinin neticesidir. Bu maddeden hareketle bir markanın alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük olarak kullanımının marka hakkının ihlali sonucunu doğuracağını ifade edebiliriz. Sayılan kullanım halleri sınırlı sayıda olmayıp gelişen teknoloji ile beraber ortaya çıkacak yeni kullanımlar da söz konusu düzenleme kapsamına dahil edilebilir. Markanın internet ortamında kullanımının KHK m. 9/II-e kapsamına dahil edilebilmesi, aynı maddede geçen ön şartların mevcut olmasına bağlıdır. Bu şartlar ise markayı internet ortamında kullanan kişinin hakkının veya meşru bağlantısının olmaması ve kullanımın ticari etki yaratmasıdır. KHK, internet ortamında kullanımın ön şartlarını açıkça belirtmiş olmasına rağmen bu şartlardan anlaşılması gereken hususların ne olduğu konusunda herhangi bir maddeye yer vermemiştir. Bu sebeple KHK'nın aradığı ön şartlar izaha muhtaçtır. Bahsi geçen temel konular etrafında şekillenen çalışmamızda; markanın internet ortamında kullanım halleri, bu kullanım hallerinin ihlal sayılabilmesi için gerekli olan ön koşullar ve markası internet ortamında ihlale uğrayan marka sahibinin hak ve talepleri ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Marka, Alan Adı, Yönlendirici Kod, Anahtar Sözcük, 556 sayılı KHK m. 9/II-e

ABSTRACT

The subparagraph (e) of the Article 9/II of the Decree Law no. 556 which is added with the Law no. 5833, regulates the use of a trademark on the internet by a third party who does not have any legal right or any legitimate claim to it. As it is stated in the official preamble, the aforementioned article is a result of the consensus reached both in national and in foreign jurisprudence and academic doctrine that the use of trademark on the internet falls within the scope of trademark rights. Pursuant to this Article, it can be concluded that the use of a trademark as a domain name, redirecting code or keyword constitutes a trademark infringement. Given types of use are not being enumerated in a *numerus clausus* manner, therefore new types of use that might result from technological advancements can as well be covered by this Article. The inclusion of the use of a trademark on internet into the scope of Decree Law No: 556, Article 9/II-e requires meeting the preconditions specified in the same article. These preconditions are the absence of the right or legal connection of the person using the trademark on internet, and the use should have commercial effect. Even though the Decree Law No: 556 clearly specified the preconditions of use on internet, it doesn't include any provision about what the points to be understood from these preconditions are. For this reason, the preconditions required by the Decree Law No: 556 are requiring further explanation. In our study that was shaped around the fundamental topics mentioned; the trademark's forms of utilization on internet, the preconditions of considering these forms of use as the infringement, and the rights and requests of the owner of trademark infringed on internet were analyzed in details.

Keywords: Trademark, Domain Name, Metatag, Keyword, Decree-Law No. 556

Article 9/II-e.