

**T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
DİŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ
ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU
DOKTORA PROGRAMI**

**MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA
İHTİMALİ**

Doktora Tezi

Ali YAŞAR

Öğrenci no: 1350D92103

İstanbul, 2016

**T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ
ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU
DOKTORA PROGRAMI**

**MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA
İHTİMALİ**

Doktora Tezi

Ali YAŞAR

1350D92103

Tez Danışmanı

PROF. DR. ÖMER ÖZKAN

İstanbul, 2016

DOKTORA TEZİ ONAY FORMU

..... Uluslararası Ticaret ve Avrupa Birliği Hukuku.....
Anabilim Dalı Uluslararası Ticaret ve Avrupa Birliği Hukuku.....
doktora programı ..1350.D.92103... numaralı öğrencisi..... ALİ YAZAR.....'ın
".....Merkus Hukukunda Karşıtılıma İhtimali....."
başlıklı tez çalışması jürimiz tarafından oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunmuştur.

TEZ DANIŞMANI

: Prof. Dr. Ömer ÖZKAN

JÜRİ ÜYESİ

: Prof. Dr. Hüseyin HATİMİ

JÜRİ ÜYESİ

: Prof. Dr. Saban KAYLIHAN

JÜRİ ÜYESİ

: Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ

JÜRİ ÜYESİ

: Prof. Dr. Mehmet MELEME

İstanbul Ticaret Üniversitesi Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun/...../20....
Tarih,/..... sayılı kararı ile onaylanmıştır.

Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İTİCÜ Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamiyla uyduğumu; yararlandığım tüm kaynakları gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesinin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.

Ali YAŞAR

21.06.2016



ÖZET

MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

Karıştırılma yoluyla markaya tecavüz sıklıkla ve çeşitli şekillerde görülmektedir. Karıştırılma ihtimali suretiyle marka hakkına tecavüzün önüne geçmek diğer tecavüz hallerine göre daha güçtür. Bu çalışmanın temel gayesi, marka hukuku bakımından karıştırılma ihtimali kavramının tanımlanması ve marka hakkına tecavüzün nasıl gerçekleştiğinin ve tespit edilebileceğinin Avrupa Adalet Divanı, Temyiz Mahkemeleri ve Yargıtay Kararları ışığında açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu çalışma aynı zamanda karıştırılma ihtimalinin çeşitleri ile unsurlarını da irdelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Marka, Marka Hukuku, Karıştırılma İhtimali, Bağlantı Kurulma İhtimali, Ret ve Hükümsüzlük Nedenleri.

ABSTRACT

THE LIKELIHOOD OF CONFUSION ON TRADEMARK LAW

Trademark infringement in practice can be observed frequently and variously by the way of confusion. The likelihood of confusion is more difficult to prevent than other ways of infringement. The main objective of this study is to define and clarify what “likelihood of confusion” in trademark law means and to determine how trademark infringement could be identified under the light of decisions of European Court of Justice, Court of Appeals and Turkish Supreme Court. In this study types and components of “likelihood of confusion” is evaluated as well.

Keywords: Trademark, Trademark Law, Likelihood of Confusion, Likelihood of Association, Grounds for Refusal or Invalidity.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
MARKA, MARKA HAKKI VE YASAL DÜZENLEMELER	3
I. MARKA	3
A. MARKANIN TANIMI	3
B. MARKANIN UNSURLARI	7
1. İşaret Unsuru	7
2. Ayırt Etme Unsuru	12
II. MARKA HAKKI VE KAZANILMASI	18
A. MARKA HAKKI	18
B. MARKA HAKKININ ÖZELLİKLERİ	19
1. Marka Hakkının Gayrimaddi Mal Üzerindeki Hakkı İfade Etmesi	19
2. Marka Hakkının Mutlak Hak Niteliği	20
3. Marka Hakkının Tekel Niteliği	21
4. Süreye Bağlı ve Yenilenebilir Olma	21
C. MARKA ÜZERİNDEKİ HAKKIN DOĞUMU	22
1. Genel Olarak	22
2. Türk Hukuku'nda Marka Hakkının Kazanılması ve Tescil İlkesi	23
III. MARKA HUKUKU'NA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER	27
A. ULUSAL MEVZUAT	28
1. Markaya İlişkin İlk Düzenlemeler	28
2. 551 Sayılı Markalar Kanunu	29
3. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	30
B. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER	33
1. Paris Anlaşması	34
2. 1891 Tarihli Madrid Sözleşmesi ve 1989 Tarihli Madrid Protokolü	35
3. TRIPS Anlaşması	37
4. Markaların Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması	39
5. Türkiye'nin Taraf Olduğu Diğer Anlaşmalar	39
6. Avrupa Birliği Düzenlemeleri	41
a) Avrupa Birliği Konseyi'nin 89/104 Sayılı Yönergesi	42
b) 40/94 Sayılı Topluluk Marka Tüzüğü	43
c) Avrupa Birliği Marka Mevzuatında Güncel Gelişmeler	45
İKİNCİ BÖLÜM	48
KARIŞTIRILMA İHTİMALİ KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	48
I. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	48
A. KAVRAM	48
B. DAR (KLASİK) MANADA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	49
C. GENİŞ MANADA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ (BAĞLANTI BULUNDUĞU YANILGISI)	50
II. BENZER KAVRAMLAR	55
A. İLTİBAS VE İKTİBAS	55

B. HAKSIZ REKABET	60
III. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ'NE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER.....	62
A. 556 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME'DE KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	62
1. Genel Olarak.....	62
2. Mutlak Tescil Engeli Olarak	64
3. Nispi Tescil Engeli Olarak	66
4. Hükümsüzlük Sebebi Olarak.....	70
5. Markaya Tecavüz Eylemi Olarak	75
B. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER	78
1. TRİPS Anlaşması	78
2. Nis Anlaşması	79
3. AB Mevzuatı	83
C. DİĞER DÜZENLEMELER.....	85
1. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenlemeler	85
2. Borçlar Kanunu'ndaki Düzenleme	88
3. Türk Medeni Kanunu'ndaki Düzenleme	88
4. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Düzenlemesi	89
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	94
KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TÜRLERİ VE UNSURLARI	94
I. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TÜRLERİ	94
A. DOĞRUDAN KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	94
B. DOLAYLI KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	94
C. GENİŞ ANLAMDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	95
II. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN UNSURLARI	96
A. AYNI, AYIRT EDİLEMİYECİ KADAR BENZER VE BENZER İŞARETLER	96
1. Genel Olarak.....	96
2. Aynı yahut Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaret	98
3. Benzer İşaret	103
a) Genel Olarak	103
b) Görsel Benzerlik	104
c) İşitsel Benzerlik	106
d) Kavram (Anlam) Benzerliği	108
B. AYNI, AYNI TÜR VE BENZER MAL VE HİZMETLER	111
1. Genel Olarak.....	111
2. Aynı mal veya hizmet	112
3. Aynı tür mal veya hizmet	114
4. Benzer Mal veya Hizmet	115
5. Tanınmış Markalarda Özel Genişletilmiş Koruma	122
C. ALICILARIN BENZER MARKA VE İŞARETLERİ KARIŞTIRMALARI	126
1. Genel Olarak.....	126
2. Karıştırma ihtimalinin tespitinde dikkate alınacak alıcılar (toplumsal çevre).....	127
a) Toplumun Her Kesiminden Alıcılar	129
b) Özel Alıcı Grupları	130
c) Uzman Alıcı Gruplar	132
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.....	137
KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TESPİTİNDE KULLANILACAK KRİTERLER VE USUL	137
I. GENEL OLARAK	137
II. AYIRT EDİCİLİK	140
A. KUVVETLİ MARKA-ZAYIF MARKA	141
B. KULLANIM SONUCU AYIRT EDİCİLİĞİN KAZANIMI VE KAYBI	144

1. Kullanım Sonucu Ayırt Ediciliğin Kazanımı	144
2. Kullanım Sonucu Ayırt Ediciliğin Kaybı (Serbest İşaret)	146
C. TANINMIŞLIK DÜZEYİ	147
III. MARKADA ESAS UNSUR - YARDIMCI UNSUR AYIRIMI VE DEĞERLENDİRMEDE BÜTÜNLÜK KRİTERİ	149
A. ESAS UNSUR- YARDIMCI UNSUR	149
B. BÜTÜNLÜK ÖLÇÜTÜ	153
IV. GÖRSEL, İŞİTSEL VE KAVRAMSAL BENZERLİK	155
V. MARKA VE/YA İŞLETMELER ARASINDA BAĞLANTI OLDUĞU İHTİMALİ	156
VI. MARKAYI KULLANMA	159
A. MARKA SAHİBİNİN MARKAYI KULLANMAMASI	159
B. SONRAKİ İŞARETİN KULLANILMA ŞEKLİ	160
C. MARKASAL KULLANIM SORUNU	162
VII. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN NORMATİF OLUŞU	162
VIII. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TEK AŞAMADA VE BÜTÜNCÜL İNCELENMESİ	164
IX. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE BİLİRKİŞİLİK	166
BEŞİNCİ BÖLÜM	169
MARKA İLE DİĞER TANITICI İŞARETLER ARASINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	169
I. GENEL OLARAK	169
II. MARKA İLE İNTERNET ALAN ADI ARASINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	170
A. GENEL OLARAK	170
B. İNTERNET ALAN ADI: TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	171
C. İNTERNET ALAN ADI İLE MARKA ARASINDAKİ KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	174
1. İnternet Alan Adı ile Marka Arasındaki Ayniyet veya Benzerlik	176
2. İnternet Alan Adı ile Markanın Kapsadığı Mal veya Hizmetler Arasındaki Ayniyet veya Benzerlik	179
3. Dikkate Alınacak Toplumsal Çevre	181
III. MARKA İLE TİCARET ÜNVANI ARASINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	182
A. TİCARET ÜNVANININ MARKADAN ÖNCE TESCİL EDİLMİŞ OLMASI	184
B. MARKANIN TİCARET ÜNVANINDAN ÖNCE TESCİL EDİLMİŞ OLMASI	185
IV. MARKA İLE TİCARİ İŞLETME ADI ARASINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ	187
SONUÇ	191
KAYNAKÇA	195

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliğı
Art	: Artikel
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AFN	: Alameti Farika Nizamnamesi
AT	: Avrupa Topluluğu
Aufl.	: Auflage
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Betriebs-Berater
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BİK	: Basın İlan Kurumu
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CTM	: Community Trade Mark
Çev.	: Çeviren
Da	: Danıştay
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
Diss.	: Dissertation
Dn.	: Dipnot
Dr.	: Doktor
E.	: Esas numarası
ECJ	: The European Court Of Justice
Einl.	: Einleitung
E.I.P.R	: European Intellectual Property Review
E.T.	: Erişim Tarihi
EuGH	: Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften Avrupa Topluluğu Adalet Divanı)
EUTM	: European Union Trade Mark

EUIPO	: European Union Intellectual Property Office
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
Fr.	: Fransızca
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması)
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber
ICANN	: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
Int.	: International
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
K.	: Karar numarası
Kararname	: 556 sayılı sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
Karş.	: Karşılaştırınız
Kn.	: Kenar Numarası
KHK	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
LG	: Landgericht
MarkK	: 551 sayılı Markalar Kanunu
Mark. İnc. Klav.	: Marka İnceleme Klavuzu
MarkenG	: Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (1994 Tarihli Alman Markalar Kanunu)
MarkenR	: Markenrecht
MIR	: Medien Internet und Recht
MSchG	: Markenschutzgesetz
m.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜİİBFD	: Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
Mük.	: Mükerrer
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

No.	: Numara
Nr.	: Number
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
ODTÜ	: Orta Doğu Teknik Üniversitesi
OJ	: Official Journal (Avrupa Birliği Resmi Gazetesi)
OHIM	: The Office for Harmonization in the Internal Market (İç Pazarda Uyum Sağlama Ofisi)
OLG	: Oberlandesgericht
parg.	: Paragraf
Prof.	: Profesör
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
sy.	: sayılı
Rn.	: Randnummer
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
THD	: Terazî Hukuk Dergisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UnlWb	: Unlauteres Wettbewerb
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı ve diğerleri
WIPO	: World Intellectual Property Organization
WTO	: World Trade Organisation (Dünya Ticaret Örgütü)
WRP	: Wettbewerb in Recht und Praxis
Y.	: Yıl
YD.	: Yargıtay Dairesi
YİDK	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
YKD	: Yargıtay kararlar Dergisi
YTD	: Yargıtay Ticaret Dairesi
Yönetmelik	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şekli ni Gösterir yönetmelik

GİRİŞ

Serbest ve bozulmamış rekabetin esas olduğu ekonomik sistemlerde marka, rekabetçi düzenin işlemlerini sağlayan temel faktörlerden biridir. Markalar, gerçek veya tüzel kişilerin ürün ve hizmetlerini başkalarınınkinden ayırt etmeye yarayan ayırıcı işaretlerdendir. Bir taraftan üzerine konuldukları mal yahut hizmetin hangi işletmeye ait olduğuna işaret ederken, diğer taraftan sahip oldukları imgesel gücün etkisiyle o mal ya da hizmeti piyasadaki benzerlerinden ayırt etmeye yararlar. Bu bakımdan, bir markanın aynının ya da benzerinin bir başkası tarafından karıştırılmaya neden olacak tarzda kullanımı işleyen ekonomik düzeni de olumsuz etkileyecektir.

Karıştırılma ihtimali, esas marka ile benzeşme, çağrıştırma ya da bağlantı kurma yoluyla ortaya çıkan, böylece kişilerin aslında istemedikleri farklı tercihler yapmalarına yol açan; böylelikle kimi ticari aktörlerin haksız menfaat elde etmelerine olanak sağlayan bir hukuki kavramdır. Bu karakteri itibarıyla dünya çapında birçok ülkede hukuki düzenlemelere konu olmaktadır. Ülkeden ülkeye değışen bu hukuki düzenlemeler Paris Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler vasıtasıyla yaklaştırılmaya çalışılmaktadır. Avrupa Birliği marka mevzuatı, bölgesel düzenlemeler olmaları yanında yürürlüğe koyduğu tüzük ve yönergelerle bizim de hukukumuza kaynak teşkil etmesi bakımından üzerinde durulması gerekli önemli yasal normlar barındırmaktadır.

Marka hakkına tecavüz birçok şekilde gerçekleştirilebilmekte ise de, uygulamada marka hakkına tecavüz çoğunlukla karıştırılma ihtimali yaratmak suretiyle gerçekleşmektedir. İltibas suretiyle marka hakkına tecavüz diğer tecavüz hallerine göre tespiti ve önlenmesi güç bir hukuki fiildir. Bu nedenle de marka hukukunda karıştırılma ihtimalinin, yani iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün nasıl gerçekleştirildiğinin ve tespitinde uygulanacak usul ve kriterlerin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bu çalışmada, kimi yazarlarca iltibas tehlikesi olarak da ifade edilebilen karıştırılma ihtimali kavramının iç hukukumuzu tanzim eden farklı yasal

düzenlemelerde yer alış şekli, iltibasın nasıl gerçekleştirildiği ve tespit edilebileceği gibi hususlar Yargıtay kararları ışığında belirlenmeye çalışılmıştır. Konu Türk marka hukuku temel alınarak incelenmiş; fakat diğer hukuk sistemlerindeki ve özellikle Avrupa Birliği Hukukundaki durum, yeri geldikçe karşılaştırmalı olarak doktrin ve yargı kararlarına da değinilmek suretiyle incelenmeye çalışılmıştır. Konunun işlenmesi sırasında, sistematik açıdan karıştırılma ihtimali kavramının Türk hukukundaki benzer diğer kavramlarla olan ilişkisi üzerinde durulmuştur. Karıştırma ihtimalinin uygulamadaki somutlaşmış örnekleri bakımından Türk yargı kararları büyük önem taşıdığından; konu ile ilgili Yargıtay görüş ve içtihatları ortaya konurken aynı zamanda ABAD'ın ilke kararlarına da değinilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA, MARKA HAKKI VE YASAL DÜZENLEMELER

I. MARKA

A. Markanın Tanımı

551 sayılı Markalar Kanunu'nun¹ 1'inci maddesi markayı; *“Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda; imal, izhar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır.”* şeklinde tanımlamaktaydı².

551 sayılı Markalar Kanunu'nu kesin olarak yürürlükten kaldıran 4128 sayılı kanunla³ birlikte cezai sorumluluğa ilişkin hükümler de eklenen 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname (KHK)⁴'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre hangi işaretlerin marka olabileceği hükme bağlanmış ve dolaylı biçimde marka şöyle tarif edilmiştir: *“marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları*

¹ 3 Mart 1965 kabul tarihli, 551 sayılı kanun RG. 12.3.1965, S.11951.

² Bu tanımdan hareketle marka kısaca, bir nesnenin ve özellikle ticari malların (emtianın) tanıtılmasına, benzerlerinden ayırt edilmesine yarayan işaretlerdir. Marka, belli bir şekil veya resim yahut çizgi veya kelime olabilir. Bkz.: İrfan SÖNMEZ; **En Son İctihatlarla, Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1987, s. 19.

³ 3 Kasım 1995 kabul tarihli, 12.9.1960 Tarihli ve 80 Sayılı, 29.6.1956 Tarihli ve 6762 Sayılı ve 10.6.1930 Tarihli ve 1705 Sayılı Kanunlar ile 24.6.1995 Tarihli ve 551, 552, 554, 555, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Karamameler ile 28.6.1995 Tarihli ve 560 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun. 551 Sayılı Kanun'un KHK ile yürürlükten kaldırılması (m.82) Anayasa Mahkemesi'nin, marka hakkını sınırlandıran bazı maddeleri Anayasa'nın 91. maddesi gereğince iptal etmesine sebep olmuştur. Değişikliğin KHK ile yapılması Markalar kanunundaki cezai hükümlerin (m.51-53) yürürlükte bırakılmasını gerektirmiştir. (Sabih ARKAN: **Ticari İşletme Hukuku**, 20. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2015, s. 276, dn.2).

⁴ 8.6.1995 tarih ve 4113 sayılı Yetki Kanunu'na dayanarak, 24.6.1995 tarih ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. 27.6.1995, S. 22326; 4128 sayılı Kanun'la değişik RG. 7.11.1995, S. 22456.

dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları⁵ gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işarettir”⁶.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmeliğin⁷ 4. maddesinde ise, marka; “*Bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya sunduğu hizmetleri, başka işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ticaret ve/veya hizmet markası olarak da nitelendirilebilen işaret*” olarak ifade edilmiştir.

Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı⁸ m.2/I-(I)’ye göre marka: “Bir teşebbüsün üretimini veya ticaretini yaptığı malları ya da sunduğu hizmetleri başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret” olarak tanımlanmıştır.

Tanımlardan hareketle marka, “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler” olarak

⁵ Metinde geçen "ambalajlarının" ibaresi 26/06/2004 tarihli ve 25504 sayılı RG.'de yayımlanan, 22.06.2004 kabul tarihli, 5194 sayılı Kanunun 12. maddesi ile "ambalajları" şeklinde değiştirilmiştir.

⁶ Bu tanımda yer alan “teşebbüs” ifadesi kararnamenin farklı yerlerinde kullanılan (m.16,19,54,55 gibi) işletme ibaresi ile eş manada kullanılmış görülmektedir. Bu husus eleştiri konusu olmuştur. Kanunda terminolojik birliğin sağlanması bakımından ortak bir ibarenin kullanılması gerektiği ifade edilmektedir. (Lerzan YILMAZ, **Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri**, İstanbul: Beta Basım-Yayım, 2008, s.35, dn.104). *Karayalçın*, ekonomide teşebbüs ile işletme kavramları arasında ayırım yapıldığını belirterek, teşebbüsün, iktisadi ve hukukî, işletmenin ise teknik ve iktisadî bir bütün olduğunu ifade etmektedir. (Yaşar KARAYALÇIN: **Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme (Ticaret Hukuku)**, 3.Bası, Ankara 1968, s.83.). *Arkan* ise, teşebbüs kavramı yerine işletme sözcüğünün kullanılmasının daha doğru olacağını savunmaktadır. (Sabih ARKAN: **Marka Hukuku C.I, (Marka Hukuku C.I)**, Ankara 1998, s.37). *Tekinalp*, teşebbüs sözcüğünün bilerek kullanıldığını ve bu şekilde marka hakkına sahip olabilecek çevrenin genişletildiğini ifade etmektedirler (Ünal TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku (Fikri Mülkiyet)**, 5.Bası, İstanbul: Arkan Yayınları, 2012, §22, Kn.1,34, §24, Kn.5). Aynı yönde görüşler için bkz.: Hamdi YASAMAN/Sıtkı Anlam ALTAY/Tolga AYOĞLU/Fülürya YUSUFOĞLU/Sinan YÜKSEL, **Marka Hukuku**, C.I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004, s.44; Arslan KAYA, **Marka Hukuku**, İstanbul: Arkan Basım-yayın, 2006, s. 15; Orhan SEKMEN: **Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuku Sonuçları**, Ankara: Bilge Yayınevi, 2013, s. 49. *Pekdinçer*, tartışmanın gereksiz olduğunu çünkü TTK’nın ticari işletme kavramını benimsediğini ifade etmiştir. (Remzi Tamer PEKDİNÇER, **Marka Hakkı ve Korunması**, (MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2001, s. 46, dn. 131). *Bahtiyar ve Uzunlallı*, doğrudan işletme kavramını kullanmaktadırlar. (Mehmet BAHTİYAR, **Ticari İşletme Hukuku**, 14.Bası, İstanbul 2013, s. 120 ve Sevilay UZUNALLI, **Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 4-5.). *Karan/Kılıç* ise, teşebbüs ya da işletme ifadeleri yerine kişi ifadesine yer verilmesini teklif etmektedirler. (Hakan KARAN/Mehmet KILIÇ, **Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat**, Ankara 2004, s.33).

⁷ Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, RG. T. 09.04.2005, S. 25781. Bu yönetmelikte de sonradan birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bkz. RG. T.30.3.2013, S. 28603.

⁸ 6.4.2016 tarihinde meclise sunulan Tasarı’nın komisyonunda görüşmeleri sürmektedir. Yakın bir tarihte meclis gündemine girmesi beklenmektedir. Tasarı metni için bkz.: <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0699.pdf>. veya [http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/D386475F-DF3B-4446-86EB-14B783211D78.pdf;jsessionid=173A4CC36E55A6A9BC175CF223B8F2AC,\(E.T. 0.05.2016\)](http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/D386475F-DF3B-4446-86EB-14B783211D78.pdf;jsessionid=173A4CC36E55A6A9BC175CF223B8F2AC,(E.T. 0.05.2016)).

tanımlanabilir⁹. Markalar, işletme ile mal veya hizmetler arasında ilişki kurarlar ve işletmelerin ürettikleri mal veya hizmetleri diğer işletmelerin ürettikleri mal veya hizmetlerden ayırt etmeye yararlar¹⁰. Bu bakımdan markanın, teşebbüslerin ürün ve hizmetlerinde görünen parmak izleri olduğu söylenebilir¹¹. Ancak markalar teşebbüsten bağımsız olarak devredilebilir, başkalarınınca kullanılmak üzere ruhsat işlemine konu olabilirler.

556 sayılı KHK'daki marka tanımı, kararnameye kaynak teşkil eden ve 1995 yılında taraf olduğumuz TRIPS anlaşmasının 15. maddesi ile bu anlaşmaya esas teşkil eden 89/104 sayılı Avrupa Topluluğu (AT) Yönergesinin 2. maddesinden alınmıştır¹². 89/104 sayılı AT Yönergesinin 2. maddesine göre; *“bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer bir işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan, çizimle görüntülenebilen her türlü işaret, özellikle kişi adları, kelimeler, resimler, harfler, sayılar, ürünün şekli veya ambalajı marka olabilir”*. TRIPS Anlaşmasının 15/I. maddesinde ise marka; *“Bir işletmenin ürün ya da hizmetlerini öteki işletmelerinkinden ayırt etmeye elverişli her türlü işaret ya da işaretler bileşimi bir marka oluşturabilir”*¹³. Bu gibi işaretler, kişi isimlerini içermek üzere özellikle kelimeler, harfler, sayılar, renkler, kişisel unsurlar ve renk bileşimleri ile bu tür işaretlerin herhangi bileşimleri marka olarak tescil edilebilir. İşaretlerin bağlantılı

⁹ İsviçre Markaların Korunması Hakkında Kanunu'un 1. maddesinde yer alan tanım şöyledir: Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğerlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir. (Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkuntangaben (Markenschutzgesetz, MSchG) vom 28 August 1992 (Stand am 13. Juni 2006). Bkz.: YILMAZ, s.36, dn.107.

¹⁰ Sabih ARKAN: **Ticari İşletme Hukuku** (Ticari İşletme), 18.Bası, Ankara: BTHEY, 2013, s. 271 vd.; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §1, Kn. 69; KAYA, s. 13-14; Akar ÖÇAL: **Türk Hukukunda Markaların Himayesi: İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Paralel Olarak**, Ankara 1967, s. 7; Merih Kemal OMAĞ, “Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması”, **Hukuk Araştırmaları**, MÜHF. Yayını, Y.1991, C.6, S.1-3, s.6; Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA/Fusun Nomer ERTAN: **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş IV.Bası, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015, s. 440-441, Kn. 891-892; SEKMEN, s.47; İlhami GÜNEŞ: **Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar** (Önceye Dayalı Haklar), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 25; İlhami GÜNEŞ: **Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları**, (Fikri Mülkiyet), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.62; Hayrettin ÇAĞLAR; **Marka Hukuku, Temel Esaslar**, 2.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s. 11; Rıza AYHAN/Mehmet ÖZDAMAR/Hayrettin ÇAĞLAR: **Ticari İşletme Hukuku: Genel Esaslar**, 8.Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 316.

¹¹ M. Kaan DERİCİOĞLU; “Türk Patent Enstitüsü Tarafından Hazırlanan Markaların Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Hakkında Görüş”, **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Y.2, S. 5, Mart 2006, s.36; SEKMEN, s. 50.

¹² YILMAZ, s.35-36.

¹³ Sekmen, TRIPS m.15/1'de geçen “işaret kombinasyonu” ifadesinin de marka tanımında yer almasının gerekli olduğunu; markayı, bir teşebbüsün mal ve/ya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal ve/ya hizmetlerinden ayıran işaret veya işaret kombinasyonu olarak tanımlamanın daha doğru olacağını ifade etmiştir (SEKMEN, s. 50).

mal veya hizmetleri, doğaları gereği ayırt edememeleri durumunda üyeler tescili, kullanım sonucu edinilen ayırt ediciliğe bağlı kılabilirler. Üyeler işaretlerin görsel algılanabilirliğini tescil için bir şart olarak arayabilirler” şeklinde düzenlenmiştir. TRIPS anlaşmasına göre, işletmelerin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırt etmeye elverişli her türlü işaret, marka olarak seçilip tescil edilebilir.

Görüleceği üzere marka olabilecek işaretler bakımından ne 89/104 sayılı direktif ne TRIPS sözleşmesi ne de 556 sayılı KHK bu hususta bir sınırlamaya yer vermektedir. Önemli olan, seçilen işarete ayırt etmeye elverişlilik ile çizimle veya benzer şekilde ifade edilebilir olmak kriterlerinin bulunup bulunmadığıdır¹⁴.

Yukarıdaki tanımlarda yer alan markanın ayırt etme fonksiyonunu öne çıkaran ifadeler, 2008/95 sayılı Avrupa Birliği Direktifi¹⁵,nin 2’nci maddesinde ve 207/2009 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü¹⁶nün 4’üncü maddesinde de yer almaktadır¹⁷.

551 sayılı Markalar Kanunu’nun kapsamına sadece malların hangi işletme tarafından üretildiğini veya dağıtıldığını gösteren işaretler alınmışken, 556 sayılı KHK kapsamına, ayrıca belli bir malla ilişkisi bulunmayan işletmelerin hizmetlerini birbirlerinden ayırt etmeye yarayan hizmet markaları da alınmıştır. Hizmet markalarının kapsama alınması ile turizm, bankacılık, sigortacılık ve taşımacılık gibi hizmetleri sunan işletmeler için de marka hakkındaki hükümler dairesinde koruma sağlanmış olundu.

¹⁴ YILMAZ, s.35; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn. 9, 11; Sevilay EROĞLU, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1/2003, s. 104-105; EuGH (ECJ), Société des Produits Nestlé SA-Cadbury UK Ltd, 11.06.2015 - C-215/14 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=167821&pageIndex=0&doclang=E N&mode=req&dir=&occ=first&part=1, E.T. 04.09.2016>); EuGH (ECJ)-Vorlage zur Marktfähigkeit abstrakter konturloser Farben- abstrakte Farbmarke, **GRUR** 2002, s. 432; BGH, 10.12.1998 I ZB 20/98-“Farbmarke gelb/schwarz”, **GRUR** 1999, s. 491. Bkz.: [https://beck-online.beck.de \(E.T.04.09.2016\)](https://beck-online.beck.de (E.T.04.09.2016)); Thomas SAMBUC, “Das Freihaltebedürfnis an beschreibenden Angaben und der Ware selbst nacyh dem Markengesetz” **GRUR** 1997, s. 403; Robert BAUER, “Dei Ware als Marke-Gedanken zur BH-Entscheidung, “Füll-Körper”, **GRUR** 1996, s. 320’den naklen, UZUNALLI, s. 4, dn.3.

¹⁵ OJ L 299/25, 8.11.2008.

¹⁶ OJ L 78/1, 24.3.2009.

¹⁷ Uğur ÇOLAK; **Türk Marka Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 6.

B. Markanın Unsurları

KHK' nın 5. maddesinde düzenlenen kanuni tanım dikkatle okunduğunda, markanın “işaret” ve “ayırt etme” olmak üzere iki ayrı unsurunun olduğu anlaşılmaktadır¹⁸.

1. İşaret Unsuru

Ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen her türlü işaret marka olarak seçilebilir¹⁹. KHK' nın 5/I. maddesindeki sayım sınırlayıcı değildir, ayırt ediciliği sağlaması koşuluyla her türlü işaret marka olarak seçilip kullanılabilir. Marka olarak seçilen işaretin belirli bir anlamı olabilir veya tamamen hayal mahsulü ve belli bir anlamı olmayan sözcükler karşımıza marka olarak çıkabilir. Ancak, bu işaretin, KHK'nın 7. ve 8. maddelerinde düzenlenen mutlak ve nispi ret nedenleri arasında sayılan işaretlerden olmaması gerekmektedir²⁰.

KHK'da kullanılan işaret sözcüğü sadece bir şekli ifade etmek için kullanılmamıştır. Burada sözcüğün oldukça geniş anlamda kullanıldığı kabul edilmelidir. Kişi adları, harfler, fotoğraflar, resimler, çizgiler, geometrik şekiller, rakamlar, grafikler, tasarımlar, logolar, malların veya ambalajların biçimi, üç boyutlu kombinasyonları çizimle görüntülenebilir olduklarından marka olarak tescil edilebilirler²¹.

¹⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.1. Benzer şekilde *Kaya*, marka kavramı ile ilgili iki önemli unsurun ön plana çıktığını söylemektedir. Bunlar (i)-grafik olarak tasvir edilebilir bir işaretin varlığı ve (ii)-bunun ayırt edici karakterde olması gereğidir. Bkz. Arslan KAYA; **Marka Hukuku**, İstanbul: Arıkan Basım-Yayın, 2006, s. 15; YILMAZ, s.37, dn.108. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de, 20.11.2000 tarihli, 2000/7674 E. ve 2000/9346 K. sayılı kararında; 556 sayılı KHK' nın 5. maddesinde dolaylı olarak markanın tanımı yapılırken tanımın işaret ve ayırt edici nitelik taşımak gibi iki unsurdan oluştuğunu belirtmiştir. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, <http://legalbank.net>; Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 19.04.2016).

¹⁹ Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı m. 4'de; korumanın konusunun açık ve net olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde Sicilde gösterilebilir olması koşulu aranmaktadır. Bu düzenleme ile “sicilde gösterilebilirlik” kavramı tercih edilerek daha doğru bir ifade tarzı seçilmiştir. Çünkü çizim ve benzeri şekilde ifade edilebilme kavramı koku, tat markaları gibi marka türlerinde duraksamalara neden olabilmekteydi.

²⁰ YILMAZ, s.37; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.3.

²¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn .4; YILMAZ, s. 37; Mücahit ÜNAL: **Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007, s. 18; Sami KARAHAN: **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları** (Hükümsüzlük Davaları), Konya:Mimoza Yay., 2002, s. 21; Rauf KARASU, “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları” (Hareket Markaları), **BATİDER.**, C.XXIV, S.3, (Haziran 2008), s. 333.

Marka tek bir işareten veya birkaç işareten oluşabilir, “markanın içereceği işaretler” başlıklı KHK’nın 5/I. maddesinde *"özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi"* tabirine yer verilmek suretiyle marka olabilecek işaretin birden fazla sözcükten, şekilden, harften, sayıdan, malların biçimleri veya ambalajları gibi işaretlerden oluşabileceği açıkça kabul edilmiştir. Örneğin marka, birden fazla sözcükten, hem harf hem de rakamdan, hem sözcük hem de şekilden oluşabilir²².

Her türlü üç boyutlu işaretin marka olarak seçilip seçilemeyeceği konusunda KHK’ da bir açıklık yoktur. Fakat 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 4/g hükmünde, iki boyutlu şekiller yanında marka niteliği taşıyan malın kendisini göstermeyen fakat malın ambalajı olarak kullanılma niteliği taşıyan ve KHK’nın diğer hükümlerine uygun üç boyutlu şekillerin markanın şekli olarak seçilip kullanılabileceği belirtilmektedir²³. Çünkü malın ambalajı dışında da üç boyutlu işaretlerin seçilerek kullanılması mümkün olmalıdır²⁴. KHK m.5’ de baskı yolu ile yayımlanabilme ve çoğaltılabilme yanında çizimle görüntülenebilme şartı aranmaktadır. Bu nedenle, üç boyutlu bir işaretin marka olarak seçildiği bilinerek onun iki boyutlu çizimi yapılmalıdır²⁵. AB Marka Yönergesi’nin 2.maddesinde çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen bir işaret olması şartı, işaretin grafik olarak tasvir edilmesi şeklinde ifade edilmiştir²⁶. Tescili talep edilen işaretlerin somut olarak belirtilmesi bir diğer ifadeyle çizimle görüntülenebilmesi şartı, tescil hukukunun belirlilik ilkesinin bir sonucudur²⁷. Belirlilik ilkesinin iki temel fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki markanın koruma

²² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.8,9.

²³ Ecevit Kerem SÖYLER: 556 sayılı KHK Hükümlerine Göre Marka Hakkına Tecavüz Halleri ve Marka Hakkının Hukuki Yoldan Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Ticaret Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 8.

²⁴ ARKAN: Marka Hukuku C.I, s. 42; Sevgi EPÇELİ: **Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006, s. 65.

²⁵ Kutlu OYTAÇ: **Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku**, (Markalar Hukuku), İstanbul: Beta Yayınevi, 1999, s.7-8.

²⁶ Kaya, Alman ve İsviçre hukuklarında da benzer şekilde grafik olarak tasvir edilebilme kriterinin, işaretin marka olarak tescil edilebilmesinin bir koşulu olarak kabul edilmekte olduğunu ifade etmektedir (KAYA, s.14).

²⁷ ARKAN, Marka Hukuku C.I, s.38; Beşir Fatih DOĞAN, “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, 2005, C.5, S.4, s. 46, Rauf KARASU, “Ses Markaları”, **FMR**, 2007, C.7, S.2, s. 39.

kapsamını belirlemek; ikincisi ise tescil edilebilecek olan markaları yayımlayarak üçüncü kişilerin marka başvurusundan haberdar olmasını sağlamak ve varsa itirazlarını bildirmelerini imkan tanımaktır²⁸.

Renklerin marka olarak tescili hususunda 556 sayılı KHK’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır²⁹. Renklerin marka olarak seçilebilmesinin dayanağı “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen baskı yoluyla çoğaltılabilen her türlü işaret” ibaresidir³⁰.

Yargıtay ise, renklerin bağımsız marka olarak tescilinin mümkün olmayıp, ancak, özel bir şekil verilen veya herhangi bir remiz, tezyinat, çizgi yahut resimle birlikte renklerin marka olarak tescilinin mümkün olduğu görüşündedir³¹. Renklerin oluşturduğu şekil markasında kullanılan renkler bizzat korunmazlar³².

²⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı (ECJ-ABAD) ilkesel nitelikteki “Sieckmann” kararında, grafiksel gösterim ile ilgili olarak şu hususlara vurgu yapmıştır: “marka teşkil edebilecek her türlü işaretin görsel olarak, özellikle görüntüler, çizgiler veya harfler yardımıyla temsiline (grafiksel gösteriminin) yapılabilmesi gerekmekte ve grafiksel gösterim; açık, kesin, müstakil, kolay erişilir, anlaşılır, dayanıklı (zamanla bozulmayan nitelikte) ve objektif olmalıdır”. Dolayısıyla bir marka; grafiksel olarak kesin şekilde teşhis edilebilmesi için özellikle görüntüler, çizgiler veya harfler yoluyla görsel olarak temsil edilmesi kaydıyla başlı başına görsel olarak algılanabilir olmayan bir işaretten oluşabilir. Bkz.: KARASU, Ses Markaları, s.39; Hasan Tolga KARADENİZLİ; “Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri”, **TPE Uzmanlık Tezi**, Ankara 2008, s.7.

²⁹ 556 sayılı KHK’ya kaynak teşkil eden 89/104/AET yönergesi’nin 2. maddesinde ve 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü’nde renker marka olabilecek işaretler arasında sayılmamıştır. Fakat TRIPS Sözleşmesinin 15. maddesinin 1. fıkrasında ve Alman Alman Markalar Kanunu’nun 3. maddesinde renk kombinasyonları marka olabilecek işaretler arasında sayılmıştır, (YILMAZ, s.43).

³⁰ Şule ÖZDAL: **556 Sayılı KHK’ nin 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2005, s. 120; ARKAN, Marka Hukuku C.I, s. 40,73; Reha POROY/Hamdi YASAMAN: **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s.447, Kn.449. ; KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s.28; Şaban KAYIHAN, “Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK Hükümleri Çerçevesinde Marka Kavramı ve Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler”, **Yargı Dünyası**, S.79, (Temmuz 2002), s. 20; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.20; PEKDİNÇER, s.52.

³¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 10.03.1997 tarihli, 1996/8650 E. ve 1997/1586 K. sayılı kararı şu şekildedir; “... (1) Gerek 551 s. Markalar Kanunu’nun 4.maddesi ve gerekse, davalının marka tescil tarihinin 20.6.1992 olmasına göre, somut olaya uygulama imkânı olmayan Markaların Korunması Hakkında 556 s. KHK’nin 5.maddesine göre, renklerin bağımsız marka olarak tescili mümkün olmayıp, ancak, 551 s. Kanun’un 4/son bendi gereğince, özel bir şekil verilen veya herhangi bir remiz, tezyinat, çizgi yahut resimle renklerin marka olarak tescili mümkündür. Dosyaya ibraz edilen taraflara ilişkin marka tescillerinin incelenmesinde, her iki tarafın da renk ile ilgili tescillerinin bu yönde ve kanuna uyarılı olduğu görülmektedir. Bu durumda, marka hakkı sahibinin, aynı rengi sair unsurlar ile birlikte tescil ettiren ve kullanan kimseye ileri sürebileceği bir öncelik ve inhisar hakkı yasaca himaye edilmemiş olup, mahkemece, bu sebebe dayalı istemin reddine karar vermek gerekirken, yazılı biçimde hüküm tesisi doğru olmamıştır...” (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com; Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net)

Benzer şekilde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 09.10.2006 tarihli, 2005/9358 E. ve 2006/9912 K.sayılı kararı şu şekildedir; “...Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak, davacının tescilini

Öğretide *Karasu*, hareketlerin de marka olarak tescil edilebilmesinin mümkün olduğu görüşündedir. Bu yazara göre, Türk hukukunda hareketlerin marka olarak tescil edilmesinde yasal açıdan herhangi bir engel bulunmamaktadır. Marka olarak seçilen hareketin ardışık çeşitli resimlerle gösterilmesi ve her resmin sözlü olarak tasvir edilmesi halinde, örneğin resmin konusu olan hareketin süresi, yönü gibi bazı özellikleri belirtilirse marka konusu tam olarak belirlenmiş olur ve dolayısıyla KHK'nın 5. maddesinde yer alan “işaretin çizimle görüntülenebilme veya benzer bir biçimde ifade edilebilme” şartı yerine gelmiş olur³³.

556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde ifade edilen, işaretin “çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme” koşulu, sadece iki boyutlu işaretlerin marka olabileceği anlamına gelmez. Bir ses veya melodinin de marka olarak kullanılabilmesi gerekir. Ses veya melodinin notaya dökülmüş şeklinin “çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme” kapsamında yer

istediği "ŞEKİL" markasının üç rengin bir araya gelmesi sonucunda oluşan bir renk kompozisyonu olduğu, bir bütün olarak bıraktığı izlenim dikkate alındığında özel olarak tasarlandığının, sıradan bir düşünce ürünü olmadığını ve ayırt edici niteliğinin bulunduğu açık olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. ...Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir”. Bkz.: Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com; SÖYLER, s. 9-10, dn.13-15; YILMAZ, s.41-43.

³² *Yargıtay*, dalgalı renk karışımından oluşan benzerliğin, markaya tecavüzün varlığı için yeterli olmadığı yönünde karar vermiştir. (YHGK. T. 26.3.2008, E. 2008/11-269, K. 2008/279, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com).

³³ Yazar, değişken hareketlerden oluşan uzun süreli markalar için; çok sayıda resimle ifade edilebildiğinden, bu tür markaların markalar bülteninde yayımlanması yer sorununa yol açacaktır. Bu nedenle ideal çözüm “işaretin çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme” şartından vazgeçilerek, hareket markası başvurularında hareketin CD-ROM veya DVD gibi dijital kaydı, çizimle görüntülenmenin alternatifi olarak geçerli kabul edilmelidir. Bkz.: KARASU, *Hareket Markaları*, s. 341 vd. *Bilgili*'ye göre; hareketli marka başvurularının peşinen reddini gerekmez. Örneğin, tamamen teknik imkânların gelişmesinin bir ürünü olan internetteki hareketli logolar (ve nihayet sürekli değişen görüntüler) hareketli marka koruması kapsamına alınabilecek niteliğe sahip görünmektedirler. Hareketli markalarda dikkat edilmesi gereken husus çizimle görüntülenme unsurunun birbiri ardınca takip eden çok sayıda görüntüyle sağlanmakta olmasıdır. Bkz.: Fatih BİLGİLİ: “Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukuki Koruma Şartları”, **e-akademi**, S.22, (Aralık 2003), Parg.35. (çevrimiçi) <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Avrupa%20Toplulu%F0u%20Uygulamas%FDnda%20Yeni%20Marka%20%20C7e%FEitlerinin%20Hukuki%20Koruma%20%20DEartlar%FD&kimlik=1070966598&url=makaleler/fbilgili-1.htm>. E.T.: 27.01.2016; Karl-Heinz FEZER: **Markenrecht, Kommentar** (MarkenR 2009), 4. Aufl., München 2009, § 3, Rn. 628 vd.

aldığı açıktır³⁴. Bu nedenle, sesin marka olarak kullanılıp tescil ettirilmesine engel bir durum yoktur³⁵.

Seste olduğu gibi, koku³⁶ ve tadın³⁷ da kimyasal formülle ifade edilerek ayırt edici nitelik kazanması koşuluyla marka olarak seçilip kullanılması mümkündür. Fakat TPE koku ve tat markalarının tescilini kabul etmekte tereddüt etmektedir³⁸. Marka olabilecek işaretler konusunda 556 sayılı KHK' nın 5. maddesinin sınırlayıcı olmadığı yukarıda ifade edilmişti. Ayrıca, KHK' nın 4. maddesi gereğince, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu KHK hükümlerinden daha elverişli olması halinde, 3. maddede belirtilen kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahiptir.

³⁴ ARKAN, Marka Hukuku C.I, s.41; POROY/YASAMAN, s. 449-450, Kn.450; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.21; PEKDİNÇER, s. 52; Hamdi YASAMAN, "Hizmet Markaları" (Hizmet Markaları), **BATİDER**, C.8, S.1, 1975, s. 80; Ünal TEKİNALP, "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması" (Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılma) **Prof. Dr. Oğuz İmregün' e Armağan**, İstanbul 1998, s. 637- 638; Hamdi YASAMAN: **Markalar Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi** (Markalar Hukuku), C.1, İstanbul 2004, s. 86 ; KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s. 30 ; ÖZDAL, s.128-133 ; Hasan DURSUN: **Marka Hukuku: Avrupa Topluluğu Marka Hukuku, Türk Marka Hukuku, Türk Marka Hukukunun Avrupa Birliği Müktesabatına Uyumunun Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler**, Ankara 2008, s. 91 ; Canan KÜÇÜKALİ: **Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009, s.77; Rauf KARASU, "Ses Markaları" (Ses Markaları), **FMR.**, Yıl:7, C.7, S.2, s.47 ; KARAHAN vd., **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s.145 ; EPÇELİ, s.57-58, dn.183; OYTAÇ, Markalar Hukuku, s. 7.

³⁵ Örneğin Volkswagen'in kaplumbağa otomobiline ilişkin egzoz veya motor sesi, Aygaz reklam jangılları, Metro-goldwyn Mayer'in aslanının kükremesi marka olarak tescil edilebilir. EPÇELİ, s.58, dn. 184-187; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.21. Fakat notaya dökülemeyen ve ayırt edici nitelik taşımayan seslerin tescili mümkün değildir. Bkz. KARAHAN vd., s. 162. OHİM Marka Kontrol Yönergesi no: 8.2'de ses markalarının tescil ettirilebileceğine işaret edilmektedir. Ancak bunun çizime aktarılabilir veya notaya aktarılabilir olması ve dolayısıyla da ayırt edilebilirlik vasfına sahip olması gerekir. Şu ana kadar tescili yapılan ses markaları çoğunlukla notayla ifade edilebilen melodilerden veya müzik tonlarından, bazıları çok sesli partiyonlardan ve bazıları da tek düze orkestra müziğinden oluşmaktadırlar. Bazı müzik markaları makam vs. unsurlara da yer vermektedir. Kasette kayıtlı bir ses ise ses markası olarak kabul edilmemiştir. Çünkü bu sesin çizimle görüntülenebilme imkanı mevcut değildir. Bkz. BİLGİLİ, parğ.24. (çevrimiçi) <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Avrupa%20Toplulu%F0u%20Uygulamas%FDnda%20Yeni%20Marka%20%C7e%FEitlerinin%20Hukuki%20Koruma%20DEartlar%FD&kimlik=1070966598&url=makaleler/fbilgili-1.htm>.

³⁶ Bkz.: ARKAN, Marka Hukuku C.I, s.42; POROY/YASAMAN, s.450, Kn.451; Ömer CAMCI: **Marka Davaları**, İstanbul 1999, s.13 ; ÖZDAL, s.134-136 ; KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s.30-31 ; KÜÇÜKALİ, s.79 ; Özge ÖZTÜRK, "Koku Markası", **FMR.**, Y.7, C.7, S.2, s.59 vd. ; *Karahan vd.*'ye göre kokular kimyasal bir formülle ifade edilmesi kaydıyla marka olarak tescil edilebilir. Bkz. KARAHAN vd., s.162; EPÇELİ, s.58; Turan Hakkı ER, " Markanın Doğuşu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları", **Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2010**, (Ed. Tekin Memiş), İstanbul: XII levha Yayınevi, 2011, s. 276; YILMAZ, s. 39. Aksi fikirdeki *Çağlar*, grafiksel olarak ifade edilme unsurunun kokularda şimdilik mümkün olmadığı, bu nedenle tescil edilemeyeceği yönünde fikir beyan etmiştir (ÇAĞLAR, s. 22-23).

³⁷ KÜÇÜKALİ, s.82 ; EPÇELİ, s.59; YILMAZ, s.39. Aksi yönde görüş için bkz.: KARAHAN vd., s.162; ER, s. 277; ÇAĞLAR, s. 23.

³⁸ KARAAHMET/YALÇINER, s. 54; ÇAĞLAR, s.23.

Türkiye' nin taraf olduğu Paris Sözleşmesinin 6. maddesinde koku, hareket ve tadın marka olarak tescili edilemeyeceğine ilişkin bir kısıtlama yoktur. Sözleşme m.6/(1) hükmü ile bu husustaki tercihi birlik ülkelerine bırakmıştır. Bu düzenlemeye göre, ticari markaların başvuru ve tescil koşulları, her bir Birlik ülkesinin, yerel yasaları ve mevzuatıyla belirlenecektir. Ancak herhangi bir birlik ülkesinde bir şekilde tescil edilmiş bir koku ya da tat markasının artık, yerel mevzuatta yer alan hükümler gerekçe gösterilerek taraf olan diğer ülkelerde tescilinin reddedilmesi mümkün olmayacaktır. İlgililer bunların marka olarak tescilini Türkiye'de Paris Sözleşmesine dayanarak talep edebileceklerdir.

2. Ayırt Etme Unsuru

Bir işaretin, bir teşebbüsün mal ya da hizmetlerini diğerlerinden ayırt etme gücüne sahip olması gerekir (m. 5)³⁹. 556 sayılı KHK işaret unsuru bakımından sınırlayıcı bir sayım yapmamıştır, ancak marka olarak seçilecek işaretin mutlaka ayırt edici nitelikte olmasını aramaktadır. Ayırt edicilik, bir teşebbüsün mal veya hizmetleri ile başka bir teşebbüsün mal veya hizmetleri arasında kullanılan işaret yoluyla bir farkın belirmesidir⁴⁰. Yani bir işaretin herhangi bir sebeple diğerlerinden farklı olmasını sağlayan özellikleri ve öğeleri ifade eder⁴¹. Ayırt edici niteliği haiz olmayan işaretler marka olarak tescil edilemez⁴². Bir işaret ya başlangıçtan beri ayırt edicidir ya

³⁹ Marka kelimesi lâtın kökenlidir ve dilimize Fransız Hukuku'ndan geçmiştir. 551 sayılı Markalar Kanunu'nda, markanın asıl kanunî ismi "alâmeti farika"dır. "Alâmeti farika" kelimesi markaların fârik (ayırtıcı) niteliğini hukukî terim içinde göstermesi nedeniyle dikkate değerdir. Bkz.: KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 280 vd.; Yıldırım KESER, Marka Hukuku'nda Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazandırma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Bilim Dalı Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014, s.10.

⁴⁰ ARKAN, Marka Hukuku C.I, s.36; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.24; KAYA, s. 32; ÖZDAL, s.37; CAMCI, s.6; EROĞLU, s.98; Osman Berat GÜRZUMAR, "Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Markalar Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler", **Yargıtay Dergisi**, C.20, S.4, s.503; Ernest HIRSH: **Ticaret Hukuku**, İstanbul 1948, s.154; Haydar ARSEVEN: **Nazari ve Tatbiki Alâmeti Farika Hukuku**, İstanbul 1951, s.74 vd. ; Yaşar KARAYALÇIN: **Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme** (Ticaret Hukuku), B.3, Ankara 1968, s.404-412; OYTAÇ, Markalar Hukuku, s.19; Çağlar ÖZEL: **Marka Lisansı Sözleşmesi**, Ankara 2002, s. 29.

⁴¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.23. Ayırt edicilik bir işaretin diğerlerinden farklı olarak algılanması anlamına gelir. Lionel BENTLY/ Brad SHERMAN, **Intellectual Property Law**, Oxford University Press, 2008, s.769; David I. BAINBRIDGE: **Cases and Materials In Intellectual Property Law**, London: Financial Times: Pitman Publishing 1999, s.597.

⁴² YILMAZ, s. 45; YASAMAN vd., Marka Hukuku, s. 60.

da kullanım sonucunda sonradan ayırt edicilik kazanabilir, aksi durumda işaret marka olamaz⁴³.

Ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler marka olarak tescil edilemese de, ayırt edici niteliği bulunmayan, piyasa tarafından serbest işaret olarak nitelendirilen veya ticari alanda herkes tarafından kullanılabilen bir işaret marka olarak kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış ise, artık bu işaret marka olarak tescil edilebilir (HKK m.7/II)⁴⁴. İşaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanabilmesi için, ilgili piyasada kullanılarak ayırt edici nitelik kazanmış olması gerekir. İlgili piyasada ayırt edici gücün kazanıldığıının kabul edilebilmesi için ise, piyasayı oluşturan bütün kesimlerde veyahut bu kesimlerin önemli bir bölümünde, kullanılan ürünün kökenini belirttiği yönünde bir kanaat oluşmalıdır. Ayırt edici gücün ilgili çevre (piyasa) nezdinde kazanılmış olması yeterli olup işaretin tüm toplumun kafasında yer etmiş olmasına gerek yoktur⁴⁵.

Marka olarak kullanılacak işaretin, tescilden önce ayırt edicilik vasfını kazanıp kazanmadığı tescil açısından önemli değildir. Ayırt edicilik vasfı, tescille birlikte de oluşabilir. Yani, işaretin marka olarak tescili anında, kullanıldığı mal veya hizmet ile bütünleşmesi veya kullanıldığı mal veya hizmeti çağrıştırması aranmamalıdır. Çünkü işaret tanıtıldıkça ilgili ürün bakımından ayırt edici nitelik kazanabilir. Diğer taraftan, markanın sık kullanılması ile markanın ayırt edici ve tanıtıcı niteliği artacağı gibi tanınmışlık düzeyi de daha belirgin hale gelir⁴⁶.

İcat edilmiş (uydurulmuş) işaretler, bir diğer ifade ile anlamsız, hiçbir dilde karşılığı olmayan sözcüklerin ayırt ediciliği yüksektir⁴⁷. Bir işaretin, mal ve

⁴³ Tekinalp, başlangıçta var olmayan ayırt ediciliğin zamanla kullanılarak, yatırım yaparak, yani ilanlar reklamlar, tanıtıcı programlar, kampanyalar ve yerleştirici çalışmalarla kazanılabileceğini ifade etmiştir. (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.23). Bkz.: J. Thomas McCARTHY, **Trademarks and Unfair Competition**, 2. Baskı, The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1984, §15:1, s.656; BENTLY/SHERMAN, s. 841.

⁴⁴ TEKİNALP, §22, Kn.23.

⁴⁵ Beşir Fatih DOĞAN, “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”, **BATİDER.**, Haziran 2007, C.XXIV, S.1, s.227-228; Ünal TEKİNALP, “Ayırt Edici Nitelik Kazanma” (Ayırt Edici Nitelik), **Prof. Dr. Fehiman TEKİL’ in Anısına Armağan**, İstanbul 2003, s. 184.

⁴⁶ Hamdi YASAMAN: **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları** (Mütalaalar), 2. Bası, İstanbul: 2004, , s. 33.

⁴⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.28; OYTAÇ, s.66; William CORNISH/David LLEWELYN; **Intellectual Property; Patents, Copyright, Trade Marks And Allied Rights**, London Sweet&Maxwell, London 2007, s.540.

hizmetlerin kavram⁴⁸ adına yakın olması ya da kavramı akla getirmesi ya da ürünün özelliklerini ortaya çıkarması ayırt edicilikten yoksun olduğunu gösterir⁴⁹. Örneğin birisi ürettiği saat için “saat” kelimesini veya şeklini kullanması halinde ayırt ediciliğin olmadığı kabul edilir⁵⁰. Ayırt ediciliğin değerlendirilmesinde zayıf bir ayırt etme bile yeterli sayılmalıdır. Şüphe halinde ise ayırt ediciliğin varlığının kabul edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁵¹. Fakat marka hakkının tekel hakkı sağlıyor olması karşısında bu görüşe katılmamaktayız.

İşletmelerin ayırt edici işareti işletme adı, tacirlerin ayırt edici işareti ticaret unvanıdır. Marka ise, işletmelerin kendilerinin ayırt edici unsuru değil, bunların ürettikleri mal veya hizmetlerin ayırt edici unsurudur⁵².

Bir işaretin özgün olup olmamasından daha çok; tescili talep edilen mal veya hizmet üzerinde somutlaşması ve böylelikle bu mal veya hizmetleri başkalarının mal ve hizmetlerinden ayırt etmesi önemlidir⁵³. Marka olarak seçilen işaretin orijinal olması veya bunun fikri haklarda aranan yaratanın özelliğini taşıması gerekmemektedir⁵⁴. Ayırt edici niteliği bulunmayan ve ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren işaretlerde, markalarda aranan ayırt edici nitelik bulunmamaktadır (m.7/I-c).

⁴⁸ Kavram, kavramsal manada mallar ve hizmetleri ifade eder. Örneğin kapı kilidi, ütü otomobil, peynir vs. kavram olarak tektir. “Kapı kilidi” kavram olarak bütün kapı kilitlerini ifade eder. Bunların sınıflara ayrılması kavramı değiştirmez. (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.24).

⁴⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.25; YASAMAN vd., Marka Hukuku, s.62; KAYA, s.81-82.

⁵⁰ *Tekinalp*, biri “kapı kilidi”, “kilit” kelimelerini veya kilit resmini marka olarak seçmek isterse, bu işaretlerden hiçbirisi A’nın ürettiği kilidi “kilit”den ayırt etmeyi sağlayamadığını; ancak kilide “çağlar” markasını koyarsa diğerlerinin kilidinden ayrılacağını, ayırt edicilik unsurunun var olacağını ifade etmektedir. Bkz. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.25 vd.

⁵¹ EROĞLU, s.131.

⁵² YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s.60; YILMAZ, s.45.

⁵³ KAYA, s. 81.

⁵⁴ YASAMAN, Mütalaalar, s.34; Hamdi YASAMAN; “Marka Olabilecek İşaretler” **Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları II** (Mütalaalar II), İstanbul 2005, s. 3; Dirk BOHMANN; “Ein Kessel Buntess-Anmerkungen zur Schutzfähigkeit der Farbmarke”, **GRUR** 2002, s. 660, dn.36’dan naklen, UZUNALLI, s. 6, dn. 8.

İşaretin ayırt ediciliğe sahip olup olmadığı, işaretin bütünü dikkate alınarak belirlenmelidir⁵⁵. Bir bütünlük arz etmeyen yahut sınırları tespit edilemeyen bir işaretin diğer işaretlerden ayırt edilmesi mümkün değildir.

Öğretide, markanın ayırt ediciliğın tespitinde dört kriterden faydalanılabileceğı ifade edilmektedir⁵⁶. Birinci kriter, bir işaretin tanımladığı ürün adına yakın olmamasıdır. Bir işaret, tanımladığı ürün adından veya tanımından ne kadar çok uzaklaşır, kavrama yabancılaşırsa o kadar ayırt edici nitelik kazanır. Gözlük markası olarak “humus” kelimesinin seçilmesi durumunda böyle bir uzaklıktan bahsedebiliriz⁵⁷. İkinci kriter, anlamsızlıktır (icat edilmiş olma). Marka olacak kelime, günlük hayatta herkes tarafından kullanılıyor ve birçok anlam çağrıştırıyorsa, ayırt edici niteliğı zayıftır. Örneğın “süper”, “high”, “ekstra” gibi sözcükeler anlamlı ve herkes tarafından günlük hayatta kullanılan sözcükler olduklarından ayırt edicilikleri zayıftır. Fakat BİM, OMSAN, TORKU gibi buluntu, anlamsız markalar bu niteliğe sahiptir⁵⁸. Üçüncü kriter, uzun süreden beridir kullanmadır. Markalar, kullanıldıkça ayırt edici nitelik kazanabilir. Bazı işaretler çeşitli nedenlerle ayırt edicilik yönünden başlangıçta güçsüz olmalarına rağmen kullanılarak ayırt edici niteliğe kavuşurlar ve güçlenirler. Örneğın “üç köşeli yıldız” Mercedes marka arabalarda uzun yıllar kullanılarak yüksek derecede ayırt edici nitelik kazanmıştır⁵⁹. Son olarak dördüncü

⁵⁵ “Başvuru sahibinin markasını salam dilimleri gibi ayırıp bu dilimlerin her birinin tescil edilebilirliğini araştırmaya gerek yoktur”, Jeremy PHILLIPS; **Trade Mark Law – A Practical Anatomy**, Oxford University Press, 2003, s.89; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.73; KARAHAN, s. 16; KAYA, s.84; EROĞLU, s.132; Eeva Liisa RAIKKONEN, A Brave New Word: A Neologism’s Dangerous Path to EU Trade Mark Registration, Katholieke Universiteit Leuven, LL. M. Tezi, Leuven 2011, s.12 (https://euipo.europa.eu/.../RAIKKONEN_Eeva_Liisa.pdf). KESER, s. 11, dn.39-40.

⁵⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.25-33; YILMAZ, s.46-51; FEZER, MarkenR 2009, § 14, Rn.309 vd.

⁵⁷ Yılmaz, bu duruma örnek olarak, bozdolabı markası olarak “sümbül” adının kullanılması durumunda ayırt ediciliğın sağlanacağını ifade ederken; *Tekinalp*, kapı kilidi üreten bir işletmenin marka olarak “kilit”, “kapı kilidi” kelimelerini veya kilit resmini kullanması halinde ayırt ediciliğın olmayacağını ancak bunlar yerine “çağlar” kelimesinin seçilmesi halinde ayırt edici bir niteliğın doğacağını ifade etmektedir. Bkz.: YILMAZ, s.46; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.25.

⁵⁸ Bir işaret, bir ürünü belli belirsiz sembolik olarak çağrıştırıyorsa, bu işaretin ayırt edici niteliğının var olduğu kabul edilmektedir. Alman Federal Mahkemesi, bira markası olarak kullanılan “VITA-MALZ” sözcüğünün, ürünü belli belirsiz, sembolik olarak çağrıştırdığına hükmetmiştir. Bkz.: BGH, Ib ZB 2/65 in **GRUR** 1966 S. 436 “Vita-Malz” (https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1966-03-09/Ib-ZB-2_65- E.T.19.04.2016). Ayrıca bkz.: “UNIPLAST” kararı, BGH 15.04.1966, Ib ZR 85/64, **GRUR**, 1966, 495, s. 496; FEZER, MarkenR 2009, § 14 Rn. 287.; “COMPOSIT” kararı, **GRUR**, 1973, s.4-5; YILMAZ, s.47, dn.144-167. *Tekinalp* ise, “Maccoc” kelimesinin ilk bakışta anlamsız gibi görüldüğünü ancak, mac –büyük ve coc-kola kelimelerinin bileşimi olduğunu ve belli bir ürünü tanımladığını ifade ederek, ayırt ediciliğın zayıf olduğunu ifade etmiştir. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.28.

⁵⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.30; YILMAZ, s.50.

kriter ise, karıştırılma olasılığının bulunmamasıdır. Bir işaretin diğerleriyle karıştırılma olasılığı yoksa o işaret ayırt edici nitelikte demektir⁶⁰.

Mal ve hizmetleri diğerlerinden ayırt etme niteliğine sahip şekiller de marka olarak tescil edilebileceğinden; şekil markaları bakımından, bunların tüketici tarafından sadece süsleyici bir işaret olarak alınıp algılanmadığı önem arzeder. Eğer tüketici tarafından köken göstermesinden çok süsleyici (tezyin edici) bir ifade olarak görülüyorsa, bu şekil marka işlevi taşımaz. Diğer taraftan bu çoğu basit şekilleri tek bir kullanıcının kullanımına vererek, rakiplerin bunları kullanmalarının önüne geçmek de adil olmayan hakkaniyete aykırı bir sonuç doğuracaktır⁶¹

Bir marka bir ya da birden çok işareten meydana gelebilir. Markanın tek unsurdan oluşması durumunda ayırt edicilik sağlayıp sağlamadığı bu unsuru üzerinden değerlendirilir⁶². Ancak marka “esas” ve “yardımcı” olarak tanımlanabilecek iki farklı unsurdan da meydana gelebilir⁶³. Esas unsur ve yardımcı unsur ayırımı 551 sayılı Markalar Kanunu’nda tanımlanmış olmasına karşın, 556 sayılı KHK’da tanımlanmamış ve böyle bir ayrıma ilişkin ölçütler konmamıştır. 551 sayılı Markalar Kanunu, esas unsuru markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur olarak tanımlamıştır (m 6/II). Esas unsurla ilişkili olup onunla birlikte tescil ettirilen unsurları da tanımlayıcı unsur olarak ifade etmiştir (m 6/III)⁶⁴. 556 sayılı KHK’ da ise, herhangi bir tanımlama yapılmamış ancak 7/I (c) ve 7/1 (d) maddelerinde açıkça bazı ad ve işaretlerin esas unsur olarak tescil edilemeyeceği öngörülmüştür⁶⁵. Netice itibarıyla, kanun koyucu esas unsur ve yardımcı unsur bakımından tanımlama yapmaktan kaçınmış, tanım ve içeriğinin tespitini ilmi ve kazai içtihatlara bırakmıştır. Esas unsur,

⁶⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.30; YILMAZ, s.50-51.

⁶¹ McCARTHY, § 7:6, s.193-194; KESER, s.11.

⁶² KESER, s.11

⁶³ *Karayalçın* bu iki unsuru “çekirdek ve ek”, *Öçal*, “asli ve tali”, *Sağlam*, *Yargıtay ve Karahan vd.* ise esas ve yardımcı unsur olarak isimlendirmişlerdir. Bkz.: KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 413; ÖÇAL, s. 115; M.Adil. SAĞLAM, **Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, Ankara 1973, s. 28; KARAHAN vd., s. 157; KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s.16.

⁶⁴ KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s.17.

⁶⁵ KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s.16.

markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsurdur. Ayrıca, ayırt edici nitelikte, özgün ve karakteristik olmalıdır⁶⁶.

Esas unsur, yardımcı unsurlara göre daha belirgin ve fark edilir olmalıdır. Bu nedenle ayırt edici nitelik özellikle markanın esas unsurunda bulunmalıdır⁶⁷. Yargıtay’a göre, bir işaretin marka olarak tescil edilebilip edilemeyeceğinin ve karıştırılma ihtimalinin tayininde münferit unsurlardan ziyade, onun bütünü bakımından bıraktığı izlenime bakılmalıdır⁶⁸.

Markaların esas unsurları yardımcı unsurlara nazaran daha ön plânda olduğundan, markaların esas unsurlarının aynı veya benzer olması halinde markaların benzer olduğu kabul edilmelidir⁶⁹.

Ayırt edicilik unsuru belirlenirken hitap edilen tüketici kitlesi de dikkate alınmalıdır⁷⁰. Örneğin, şişe mantarının üzerinde yer alan ve ancak şişe mantarı açıldıktan sonra görülebilen işaret, tüketici tarafından ürün satın alınmadan görülemeyeceğinden marka olarak tescil edilemez⁷¹.

Yardımcı unsurlar, ayırt edici nitelik taşımayan, kamuya ait olmaları nedeniyle, ilgili herkes tarafından serbestçe kullanılabilen unsurlardır. Bu nedenle esas

⁶⁶ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s.413 ; SAĞLAM, s.55-57; ARKAN, Ticari İşletme, s.260; ÖZDAL, s.37; YASAMAN vd., Markalar Hukuku, C.I, s. 62; ÜNAL, s.19; KARAHAN vd., s.157 ; EPÇELİ, s. 54 ; CENGİZ, , s. 18.

⁶⁷ KAYA, s. 84; KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s.18 ; KARAHAN vd., s. 157; EPÇELİ, s.54 ; CENGİZ, s.18; Yargıtay’ın konuya ilişkin bir kararı şöyledir: “Markanın, dikdörtgen bisküvi şekli üzerine noktalarla, deliklerle yazılmış TUC ibaresinden oluştuğu, dava konusu markanın, bisküvi şekli ile birlikte, bu şeklin içine yaygın bir biçimde yerleşen TUC harflerinden oluşup, markanın münhasıran kullanılacağı ürünün harflerinden oluşmadığı, şekil ve harflerden oluşan iki unsurun birbirini tamamlar nitelikte olduğu, harflerin şekilli ve şekilsiz olarak daha öce hem ülkemizde hem de diğer ülkelerde davacı adına tescilli olup, yaygın bir şekilde kullanıldığı, şekil içinde bulunan marka harflerinin esas unsur durumunda olup, tescil talebinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır”. Y. 11.H.D. E.2002/2383, K.2002/6410, T. 24.06.2002. Bkz: YASAMAN vd. Marka Hukuku, C.I, s.117.

⁶⁸ “... markalar arasındaki benzerliğin markanın bütünü itibarıyla bıraktığı etki, alıcıların satın almayı düşündükleri yerine bir başka mal alacak durumda kalmaları halinde söz konusu olabileceği, markalar farklı unsurlardan oluşsalar dahi bütünü bakımından bıraktıkları etkinin diğer bir markayı çağrıştırmaması gerektiği, markalar esas unsurlarının benzer olmaları halinde, markanın geneline etkisi az olan diğer hususlardaki farklılığa rağmen iltibasa yol açabileceği..” Y. 11.HD. 30.11.1999, E. 5356/K9805, KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s.17, dn.3.

⁶⁹ KARASU, Hareket Markaları, s.339.

⁷⁰ Guy TRITTON, Distinctiveness and Acquired Distinctiveness: The Approach and Territorial Aspects, **Era Forum**, (19 Haziran 2012), s. 229; KESER, s. 12.

⁷¹ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.73; KESER, s. 12-13.

unsur olarak tescil edilemezler, ancak belirli koşullar altında esas unsurların yanında tamamlayıcı unsur olarak tescil edilebilirler⁷².

II. MARKA HAKKI ve KAZANILMASI

A. Marka Hakkı

Marka üzerindeki hak, fikir ve sanat eserlerinden ve diğer sınai haklarından farklı olarak yaratma ile ortaya çıkmaz. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki hak yaratma ile doğarken bir işaretin marka olabilmesi için orijinal olması gerekmediği gibi yeni ve estetik olması da gerekmez. Ancak ayırt edici nitelikte olma kistası tescil için gereklidir⁷³. Bu nedenle marka üzerindeki hakkın yaratma ile değil, seçme, ayırma ve kullanma ile ortaya çıktığı; bir “işgal etme hakkı (droit d’occupation) olduğu kabul edilmektedir⁷⁴.

Marka hakkı sahibine inhisari yetkiler, malvarlıksal menfaatler ve sınırlı manevi haklar sağlar (556 sy. KHK m.9/son, 13/II, 68 vs.)⁷⁵. Bu hak sahibine izni olmaksızın markanın kullanılmasını önleme yetkisi veren aynı etkileri olan mutlak bir haktır⁷⁶. Bu haklar esasta malvarlıksal menfaatleri içerirlerse de kişisel menfaatlerle de ilişkilidirler, yani marka hakkı olumsuz yasaklama yetkileri ile olumlu kullanma haklarını içerir. Marka sahibi markasını kullanarak ya da başkasının kullanmasına izin vererek markasından ekonomik menfaat elde eder. Marka sahibinin ünü ve itibarı ile alakalı kişisel menfaatleri de vardır⁷⁷. Herkesin kullanımına açık olan bir işaret, marka olarak seçilmek suretiyle sicile tescil ettiren kişinin inhisarına bırakılmakta ve onun

⁷² KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s.18 ; KARAHAN vd., s.157. *Karahan*, yardımcı unsurun varlığı için üç şartın gerekli olduğunu ifade etmiştir: birincisi, yardımcı unsurun KHK’ nın 7/I (c), 7/I(d) ve 7/I (e) maddeleri ile 42/I (d) maddesinde sayılan ad ve işaretlerden olmalıdır. İkinci şart, esas unsura bağlı ve onunla ilişkili ve markanın bütününde esas unsurlara nazaran daha az belirgin ve fark edilir olmalıdır. Üçüncüsü ise, esas unsurla birlikte tescil edilmelidir. (KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s.19).

⁷³ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 173.

⁷⁴ Anne PÉLISSIER: **Possession et Meubles Incorporels**, Paris 2001, s. 225 vd.’den naklen YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 174.

⁷⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §1, Kn.69; § 23, Kn.1.

⁷⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §1, Kn.70.

⁷⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §23, Kn.1.

üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesçe uyulması gerekli mutlak bir hak sağlanmaktadır⁷⁸.

Marka hakkının sahibine “marka sahibi” denir. Marka üzerindeki hak markanın oluşturulması ile doğar ve markayı ilk kez kullanan veya tescil ettiren kişi, marka üzerinde hak sahibi olur⁷⁹. Bu hak tescille aslen ve mirasın geçmesi ya da hukuki bir işlemle devren kazanılır⁸⁰. Bir marka kural olarak marka sahibinin izniyle dahi olsa birden çok kişi adına tescil ettirilemez⁸¹. Çünkü aynı markanın birkaç kişi tarafından kullanılması, halk yönünden aldatıcı ve yanıltıcı olabilir⁸². Fakat marka rehin işlemine konu olabileceği gibi marka üzerindeki hak, hakkın devri veya ruhsat vermek suretiyle başkasının kullanımına da bırakılabilir.

B. Marka Hakkının Özellikleri

1. Marka Hakkının Gayrimaddi Mal Üzerindeki Hakkı İfade Etmesi

Marka, soyut⁸³, eşya niteliğinde olmayan⁸⁴, para ile ölçülen bir değere sahip⁸⁵ olan gayrimaddi mallardandır⁸⁶. İşte marka hakkı da bu gayrimaddi mal üzerindeki

⁷⁸ KARAN/KILIÇ, s. 258 vd.; KAYA, s. 34.

⁷⁹ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 174.

⁸⁰ *Karayalçın*, Türk hukukunda marka üzerindeki hakkın; parayla ölçülebilen, miras yoluyla iktisap edilebilen, devri ve dolayısıyla rehnedilmesi ve haczedilmesi caiz, herkese karşı dermeyan edilebilen mutlak bir hak olduğunu ifade etmektedir. (KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 412). Yargıtay bu hususa ilişkin bir kararında şöyle denmektedir: “... marka hakkının hukuki işlemlere konu olup olamayacağına gelince; gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir. Marka hakkı çeşitli hukuki işlemlere konu oluşturabilir...” 11.HD, T. 9.4.2001, E. 2001/844, K. 2001/3429 Bkz.: HukukTürk, www.hukukturk.com veya Kazancı İçtihat Bilgi Bankaları, www.kazanci.com.

⁸¹ Fakat Amerikan ve İngiliz marka rejimlerinde, her bir marka sahibi markayı dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanmak kaydıyla, aynı markayı aynı mal ve hizmetler için kullanabilir ve tescil ettirebilir. Bkz.: YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 177-179.

⁸² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §23, Kn.1.

⁸³ Soyutluk, gayri maddi malların ortak özelliği olarak, zamandan ve mekândan mücerret olmadır (KAYA, s. 36).

⁸⁴ Çünkü sadece nesneler eşya olarak kabul edilmekte, gayri maddi varlıklar eşya olarak kabul edilmemektedir. (YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 174); KAYA, s. 36.

⁸⁵ Para ile ölçülebilen (ekonomik) bir değeri olan haklara malvarlığı hakları (mamelek hakları) adı verilmektedir. (Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, **Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 137). Marka aynı zamanda para ile ölçülebilen bir değeri olması itibarıyla kişi veya işletmenin malvarlığı içinde yer alan unsurlardandır. (KAYA, s. 34).

⁸⁶ Mustafa DURAL/Suat SARI: **Türk Özel Hukuku**, C.I, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2014, s.150, Kn.935; s.161, Kn. 974; Rona SEROZAN: **Medeni Hukuk, (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, §4, Kn.3.

hakkı ifade eder⁸⁷. Dolayısıyla marka, üzerinde somutlaştığı eşyadan farklı bir varlığa sahip olduğundan farklı bir hukuki rejime tabidir. Ürün ya da hizmet veya bunların müttemmim cüzleri, markanın sağladığı hak veya yetkilerin kapsamı dışındadır⁸⁸. Ve fakat marka bir maddi bir ürünün üzerine yerleştirilmiş ise, bu ürün eşya hukukuna tabi olur⁸⁹. Bu itibarla marka bir taşınır eşya gibi zilyetliğe ve mülkiyete konu olamayacağından, markanın malik veya zilyedinden değil, marka hakkı sahibinden söz edilir⁹⁰.

2. Marka Hakkının Mutlak Hak Niteliği

Hakkın ileri sürebileceği çevre bakımından, hak sahibinin hakkı mutlak nitelikte ise, bunu herkese karşı ileri sürebilir⁹¹. Yani herkes, kişinin bu hakkını ihlal etmeme mükellefiyeti altındadır⁹². Teşebbüsün mallarını ya da hizmetlerini ayırt etmeye yarayan bir malvarlığı hakkı olarak marka üzerindeki hak, aynı zamanda mutlak hak niteliğindedir⁹³.

Mülkiyet hakkı sadece somut, cismani varlıklar üzerinde kurulabilir. Marka ise, eşya değildir, soyuttur ve bütünleştiği eşyadan ayrı bir varlığa sahiptir. Bu bakımdan fikri ürün (dolayısıyla marka) üzerindeki mutlak hak, gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklardandır⁹⁴. Marka hakkı, mutlak hak niteliği gereği sahibine hakkın konusu üzerinde doğrudan doğruya inhisari nitelikte hakimeyet sağlar. Bu

⁸⁷ KARAHAAN vd. s. 4

⁸⁸ KAYA, s. 37.

⁸⁹ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.1, s. 174; KARAHAAN vd. s. 4-5; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §1, Kn.64-67; UZUNALLI, s. 12.

⁹⁰ KAYA, s. 37; *Pléssier*'in savunduğu fikre göre, mülkiyet ile gayrimaddi mallar arasındaki ilişki çok sıkı bir ilişki olup, "eşya" kavramının daha geniş bir şekilde yorumlanması halinde, fikri ve sınai haklar üzerindeki haklar da mülkiyet hakkı olarak nitelendirilebilecektir. Yazar, eşya tanımının hakimiyet kavramı çerçevesinde geniş yorumlanması halinde mülkiyet hakkı için gerekli olan corpus ve animus unurlarının sağlanacağını ifade etmektedir. Bkz.: YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 175.

⁹¹ OĞUZMAN/BARLAS, s.150,152-153; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 175; Mutlak olmayan mal üzerinde mutlak malvarlığı hakları, marka patent vs. üzerindeki hakları kapsar. Bu haklar, mülkiyet hakkından farklı ve bazı sınırlı aynı haklara benzer biçimde bir süre geçmekle zayıflayan veya etkisizleşebilen haklardır (Hüseyin HATEMİ: **Medeni Hukuk'a Giriş**, 5. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2011, §9, Kn.42).

⁹² Mal üzerindeki mutlak haklara malvarlığı mutlak hakları, kişi üzerindeki mutlak haklara ise şahıs varlığı mutlak hakları denilmektedir. (Bülent KÖPRÜLÜ, **Medenî Hukuk Genel Prensipler Kişiler Hukuku**, 2.Bası, İstanbul 1984, s. 62-63).

⁹³ KAYA, s. 35; ÇOLAK, 2014, s. 9; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 175; Fikri haklar da , mutlak hak türü olup, herkese karşı ileri sürülebilir (DURAL/SARI, s. 161, Kn. 974).

⁹⁴ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 176.

sebeple herkese karşı ileri sürebilir⁹⁵. Kural olarak tescil ile elde edilen marka hakkı, sahibine üçüncü kişilerin markasını veya karıştırılmaya neden olacak derecede benzerini kullanmasını önleme hakkı verir⁹⁶.

3. Marka Hakkının Tekel Niteliği

Marka hakkı sahibi, markasını ekonomik olarak değerlendirme noktasında inhisari nitelikte bir hakka sahiptir. Bu inhisari yetki marka hakkı sahibine bir taraftan tasarruf yetkisi verirken diğer taraftan da üçüncü kişilerin haksız ve izinsiz kullanımlarını engelleme yetkisini verir⁹⁷. Ancak bu tekel hakkı KHK’da yer alan açık hükümlerle ve işin niteliği gereği sınırlandırılmıştır. Marka sahibi markasını tasarruf imkânı ve kullanıp kullanmama bakımından eşyanın maliki gibi bir özgürlüğe sahip olsa da, markanın KHK’nın öngördüğü şekil ve usulde belirli bir süre zarfında kullanılmaması, iptaline ve sicilden terkinine sebep olabilir⁹⁸. Mutlak ve inhisari nitelikteki marka üzerindeki hak, hukuk ve ceza davaları yoluyla korunmaktadır. Bu çerçevede 556 sayılı KHK’da ihtiyati tedbirlere, delillere, tazminat türlerine ilişkin çeşitli hükümlere yer verilmiştir⁹⁹.

4. Süreye Bağlı ve Yenilenebilir Olma

Tescil edilen bir markanın KHK kapsamında korunma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre onar yıllık dönemler şeklinde yenilenerek uzatılabilir (m.40). Yenilemenin kaç defa ve kaç yıla kadar yapılacağı noktasında bir sınırlama konmamıştır. Bu bakımdan yenilemenin usulüne uygun yapılması kaydıyla, marka hakkı bakımından, patent ve tasarımın aksine azami bir süreden bahsedilemez¹⁰⁰.

⁹⁵ KAYA, s.39.

⁹⁶ UZUNALLI, s.13; KAYA, s. 40.

⁹⁷ KAYA, s. 37; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 176.

⁹⁸ KAYA, s. 38-39.

⁹⁹ UZUNALLI, s.13.

¹⁰⁰ KAYA, s. 43.

C. Marka Üzerindeki Hakkın Doğumu

1. Genel Olarak

Marka üzerindeki hakkın kazanılmasının doğal yolu kullanım suretiyle kazanımdır. Zira kullanım sonucu, marka bir işletmenin mal veya hizmetlerinin bir diğer işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etme işlevini yerine getirir¹⁰¹. Bu nedenle bazı hukuk sistemleri, marka hakkının kazanılmasını kullanıma bağlamışlardır. TRİPS m. 16/I, marka hakkının kullanım sonucu elde edilmesine müsaade edecek tarzda kaleme alınmıştır. Âkit devletler bu yönde düzenleme yapmakta serbesttirler¹⁰².

Fakat hakkın ihlali halinde, bu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinin doğuracağı sakıncalar dikkate alınarak, markaya bağlı olan hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini kolaylaştırmak için açıklayıcı etkiyi haiz bir tescil sistemi öngörülmüştür¹⁰³. Sicile yalnızca açıklayıcı etki tanımak üçüncü kişilerin haklarının korunması açısından sakıncalı olabileceği düşünülmüştür. Çünkü bir kişinin markayı tescil etmeden önce, bunun varolan bir markayla aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadığını araştırması çıkması muhtemel ihtilafları ortadan kaldıracaktır. Marka siciline hakkın doğumu açısından kurucu bir etkinin tanınması durumunda, üçüncü kişilerin hakları daha da korunaklı olacaktır. Kaldı ki tescil, rüçhan hakkının ileri sürülmesi bakımından da kurucu bir etkiye sahiptir¹⁰⁴.

Görüleceği üzere marka hakkının elde edilmesi bakımından başlıca iki sistem bulunmaktadır. Bunlar tescil sistemi ve kullanma sistemidir¹⁰⁵. Tescil sistemine göre, marka üzerindeki hak ancak markanın tescili ile doğar. Burada tescil kurucu niteliktedir. Bu sistemde tescilden önce marka kullanılmış olsa bile bu markayı ilk defa kullanan kişi koruma talep edemez¹⁰⁶. Bir şahıs tescil ilkesine dayanan bir

¹⁰¹ KAYA, s. 46; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 176; POROY/YASAMAN, s. 502-503, Kn. 488.

¹⁰² YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 176, dn.15.

¹⁰³ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 176; KAYA, s. 46; CENGİZ, s. 38 vd.

¹⁰⁴ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 177.

¹⁰⁵ ŞANAL, Hükümsüzlük, s. 28; TEKİNALP, Tescil İlkesi, s. 467.

¹⁰⁶ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s.423; Dilek CENGİZ: **Türk Hukukunda İktibas Veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz**, İstanbul: Beta Yayınları, 1995, s.38; Öçal, Akar: **Türk Hukukunda Markaların Himayesi**, Ankara 1967, s.77; Rudolf BLUM: (Çev.Öçal, Akar), "Markaların Tescili", **Bursa İTİAD**, C.II, S.1, s. 536.

sistemde, aynı mal veya hizmetler için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve istimal ettiğini ve piyasada maruf (bilinir) hale getirdiğini, tescil edilmiş marka sahibine karşı ileri süremez¹⁰⁷.

Kullanma sisteminde ise marka üzerindeki hak, markanın ilk defa kullanılması ile doğar. Bu sistemde tescil bildirici niteliktedir ve tescil yoluyla oluşan hak sahipliği karanesi, markayı ilk defa kullanan tarafından yürütülebilir¹⁰⁸. Kullanma sisteminde, markayı bulup seçen ve onu marka hukukuna özgü tarzda kullanarak tanıtan kişinin hakkı, o markayı önce tescil ettiren kişinin hakkının önünde gelir¹⁰⁹. Bu kural “ilk kullananın hakkı, ilk tescil ettirenden üstündür” şeklinde de ifade edilebilir¹¹⁰. Bu durumda tescilin bir sahiplik karanesi oluşturduğu söylenebilir. Bu karinenin aksini ispat, tescilli markanın hükümsüzlüğüne sebep olur.

Avrupa Birliği markası olarak Topluluk Marka’sı, ayrı bir düzenlemeyle tescil ilkesini kabul etmiş görünmektedir. 40/94 sayılı Tüzük’ün 45. Maddesine göre, tescil aşamalarının tamamlanmasından sonra, marka bir topluluk markası olarak tescil edilir¹¹¹. Ancak diğer taraftan AB hukukunda da bir marka üzerindeki hakkın sadece tescille değil, kullanımla da doğabileceği kabul edilmektedir. Tüzük m.8/4’e göre, üye devletler hukukuna göre tescil edilmemiş bir markanın veya ticari sahada yerel kullanım ötesinde önemi haiz diğer bir işaretin sahibinin itirazı üzerine, marka tescil başvurusu reddedilir¹¹².

2. Türk Hukuku’nda Marka Hakkının Kazanılması ve Tescil İlkesi

Türk hukuku incelendiğinde prensip olarak korumanın tescil yoluyla elde edildiği görülecektir¹¹³. Kaldı ki tescil sistemi hemen her ülkede kabul edilen bir sistemdir. Bu hükmün bir düzen hükmü olduğu söylenmiştir¹¹⁴.

¹⁰⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §23, Kn.3.

¹⁰⁸ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.128; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s.424; CENGİZ, s.39; BLUM, s.536; KAYA, s. 46.

¹⁰⁹ TEKİNALP, İşaretler, s. 469.

¹¹⁰ POROY/TEKİNALP, s.334.

¹¹¹ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s.180.

¹¹² YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s.180.

¹¹³ UZUNALLI, s. 15.

¹¹⁴ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s.181

Türk Hukuku’nu iki döneme ayırmak mümkündür. İlk olarak 556 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önce yürürlükte bulunan 551 sayılı Markalar Kanunu’ndan bahsedilmelidir. Markalar Kanunu döneminde, karma bir sistem kabul edildiği söylenebilir¹¹⁵. Markalar Kanunu’nun 15. maddesi şu şekildeydi: “Bir markayı ilk defa tescil ettiren kimse o markanın hakiki sahibi sayılır. Şu kadar ki, başka şahıs aynı emtia için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve istimal ettiğini ve piyasada maruf hale getirdiğini tescil edilmiş marka sahibine karşı iddia ve bu iddiasını dava veya karşılık dava suretiyle ispat etmek hakkını haizdir. Bu hak, markanın tesciline veya kullanıldığına ittıla tarihinden itibaren 6 ay ve herhalde tescilin ilanından itibaren üç yıl geçmekle düşer.”

Maddeden de anlaşıldığı üzere, Markalar Kanunu döneminde bir markayı ilk kullanan, bu hakka dayanarak tescil ile doğan hakiki sahiplik karinesini çürütebilmekteydi¹¹⁶.

551 sayılı Markalar Kanunu döneminde marka hakkı iki şekilde elde edilebilmekteydi¹¹⁷. Birincisi, bu kanunun 15. maddesine göre bir markayı ilk defa tescil ettiren kimse o markanın hakiki sahibi sayıldığından tescil ile hak sahipliği karinesi ortaya çıkmaktaydı ve bu durumda tescilin kurucu bir etkisi vardı. Kısacası, kullanma tescili takip ediyorsa bu durumda tescil kurucu nitelikte olmaktaydı¹¹⁸. İkinci olarak, yine aynı maddeye göre, bir markayı ilk defa kullanan kimse tescile dayalı hak sahipliği karinesini çürütebilmekteydi. Kullanma yoluyla kazanılmış bir hakka dayanarak marka tescil edildiğinde, bu tescil bildirici nitelik taşımaktaydı.

Yürürlükte olan 556 sayılı KHK’nın “marka hakkının elde edilmesi” başlıklı 6. maddesine göre: “Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir”¹¹⁹. Sınai Mülkiyet Kanun Tasarısı m.7/(1) de aynı ifadeye

¹¹⁵ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s.424; ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s.128; CENGİZ, s.40. *Tekinalp*, 551 sayılı kanunla “kullanma” sisteminin, *Yasaaman vd.*, ise tescil sisteminin kabul edildiğini ileri sürmüşlerdir. Karş.: TEKİNALP, Tescil İlkesi, s. 467; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s.182. Nitekim 551 sayılı Markalar Kanunu m.3’de: “Bu Kanundaki haklardan faydalanabilmek için markanın Sanayi Bakanlığı’na tescil edilmiş olması şarttır” denmektedir.

¹¹⁶ POROY/TEKİNALP, s. 334.

¹¹⁷ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s.424; CENGİZ, s.40.

¹¹⁸ ÖÇAL, s.76

¹¹⁹ *Yargıtay* bir kararında şöyle demektedir: “...556 sayılı KHK’nin 6.ve 9/3. maddeleri hükümleri uyarınca, markanın sahibine sağladığı haklar tescil ile oluşur ve üçüncü kişilere karşı tescilin yayını tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Önce tescil ettiren kişi, o işaret üzerinde marka ile ilgili mal ve

yer vermiştir. Ayrıca m.9/III'e göre; markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade edecektir. Anılan hüküm, markanın sağladığı hakların üçüncü kişilere ileri sürülebileceği tarihi gösterirken, aynı zamanda, dolaylı bir şekilde, markanın sağladığı hakların tescil ile doğduğunu da ifade ettiği söylenmiştir¹²⁰.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, markanın sahibine sağladığı haklar tescil ile oluşmaktadır. Tescil kurucu etkiyi haizdir ve marka sahipliği tescil ile edinilir. Buna “marka hakkının kazanılmasında tescil ilkesi” denilmektedir¹²¹. Ancak m.6'da hakkın doğumundan değil, hakkın korunmasından söz edilmiştir. Bu hükmün yabancı mevzuatlardakine benzer şekilde bir düzen hükmü olduğu da söylenebilir¹²².

556 sayılı KHK'da tescil sistemine körü körüne bağlı kalınmamış ve bu sistem yumuşatılmıştır¹²³. Sistemin yumuşatılması ve karma sisteme yaklaşması, sisteme getirilen istisnalarla söz konusu olmuştur. Bu istisnalar 551 sayılı Markalar Kanunu'na göre sayıca daha fazla ve kapsam olarak daha geniştir¹²⁴. Kanaatimizce Markalar Kanunu döneminde var olan düzenlemenin karma sistem olduğu kabul edildiği takdirde, KHK'nın getirdiği sistemin de karma sistem olduğuna şüphe yoktur. Aşağıdaki istisnai durumlarda hak sahipleri tescil talebine itiraz edebilecekleri gibi sonradan hükümsüzlük davası ile tescili geçersiz kılabilirler:

1. Tescilden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış markalar (m.7/son).

hizmetler için inhisar ve daha sonra başkasının marka olarak tescil ettirmesini men etme hakkını kazanır. Öncelik ilkesi şöyle ifade edilebilir: Daha önce tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir işaret yada ondan ayırt edilemeyecek kadar onunla ayniyet içinde bulunan bir işaret, aynı mal veya hizmetler yahut aynı türdeki mal ve hizmetler için bir kere daha başkası tarafından marka olarak tescil edilemez; önce yapılan tescil sonrakileri önler. Tescil ilkesinin istisnasını tanınmış markalar ile tescilden önce kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazanan işaretler oluşturur...” 11.HD, 8.4.2002, E.2001/10860, K.2002/3275; Başka karara göre, “...davacının tescil başvurusunun değerlendirilmesine gelince, 556 sayılı MarkKHK'nın marka hakkını düzenleyen 6. maddesinde ilke olarak bu düzenlemenin getirdiği marka korumasının ancak tescille elde edilebileceği...” belirtilmiştir. YHGK, 27.02.2002, E.2002/11-62, K.2002/115 (KARAN/KILIÇ, s.71).

¹²⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §23, Kn.2.

¹²¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §23, Kn.2.

¹²² YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.1, s. 182.

¹²³ ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s.129; Hamdi YASAMAN, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, İstanbul 2004, s. 154-155. Türk hukukunda karma sistemin olduğuna dair bkz.: KAYA, s. 49.

¹²⁴ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.1, s. 182-183; KAYA, s. 49-50.

2. Paris Sözleşmesi'nin¹²⁵ 1. Mükerrer 6. Maddesi anlamında tanınmış markalar (m. 7/1, (i) bendi).
3. Rüçhan hakkından yararlanan markalar (m.25, 26).
4. Tescilli bir markaya nazaran bu markanın tescil için başvuru tarihinden veya rüçhan tarihinden önce bir hakkı olan ya da bu işaret sahibine sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkı veren tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan bir işaretin sahibi tescile itiraz edebilir ya da hükümsüzlük davası açabilir (m.8/3, 42). Bu bent kapsamına unvan, işletme adı, ticari ad, menşe ve mahreç işaretleri vb. işaretler girmektedir.
5. Tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamı halinde, hak sahibi tescile engel olabilir. (m.8/5). Bu bent kapsamına şahsiyet hakları ile ilgili ad ve müstear adlar, resim ve modeller, fikri haklardan doğan tasarım veya telif hakları vb. girmektedir.

Bu istisnalar kapsamında bir hakka sahip olan kişi, marka henüz başvuru aşamasında iken, buna itiraz ederek tescili engelleme; tescil edimiş ise, 42. maddeye göre markanın hükümsüzlüğünü isteme hakkına sahiptir. İstisnaların tümündeki ortak nokta, işaret üzerindeki hakkın tescilden önce doğması halinde önceki hakkın üstün tutulmasıdır¹²⁶.

Kısacası, eğer bir marka kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış ve bu kullanım markanın tescilinden önce ise, marka tanınmış bir marka ise¹²⁷ veya başka

¹²⁵ Sınai mülkiyet haklarının uluslararası planda korunmasını sağlamak amacıyla 1883'te Paris'te yapılan toplantıda Paris Sözleşmesi kabul edilmiştir. Daha sonra farklı tarihlerde bu sözleşmede birtakım değişiklikler yapılmıştır. Türkiye de bu sözleşmeye üye devletler arasındadır. Bu sözleşme ile üye devletler, sınai mülkiyetin korunması konusunda bir birlik oluşturmuşlardır (ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s.30).

¹²⁶ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 183.

¹²⁷ Yargıtay bu konuya ilişkin bir kararında markayı ilk kullananı ve tanınmış markayı korumuştur. Söz konusu davada, davacı vekili müvekkilinin "Dolce Vita" markasını ilk kez 20.11.1989 tarihinde İtalya'da ve akabinde dünyada birçok ülkede tescil ettirdiğini, davalının bu markayı Türkiye'de 11.02.1993 tarihinde tescil ettirdiğini ve bu markanın tanınmışlığından faydalanmak istediğini belirtmiş, bu nedenle de davalı markasının hükümsüzlüğü ile terkinini talep etmiştir. Yerel mahkeme, ülkemiz açısından markanın gerçek sahibinin tescil ettiren olduğundan bahisle davacının talebini reddetmiş ve bunun üzerine davacı taraf kararı temyize götürmüştür. Yargıtay ise kararında; "...İsviçre-Türk Markalar Hukuku, marka üzerindeki hakkın iktisabı ve korunması ile ilgili olarak üç önemli ilkeye dayanır. Marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı, ihdas ve istimal eden ve piyasada

bir kişinin ad ve soyadı, fikri ve sınai hakların konusu olan bir işaret söz konusu ise ya da ticaret ünvanı ve işletme adı gibi haklar tescilden önce elde edilmiş ise, bu hakların sonraki tescile nazaran öncelik hakkı vardır¹²⁸.

Bir de 556 sayılı KHK'nın 8/I-a, 9/III, 42/I-a,b 61, 61A gibi çeşitli maddelerinde ifadesini bulan “tescilde öncelik ilkesi” vardır. Buna göre, marka olarak tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir işaret, daha sonra aynı mal ve hizmetler için başkası tarafından marka olarak seçilip tescil ettirilemez. Markayı önce tescil ettiren markanın sahibi olur¹²⁹.

III. MARKA HUKUKU'NA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Antik çağda, Anadolu, Mısır, Suriye, İsrail gibi bölgelerde arkeolojik kazılarda çıkan çanak çömlek gibi hırdavat ürünlerinde üreticilerin adlarına veya

maruf hale getiren kişiye aittir. Buna “gerçek hak sahibi” denilir ve bu tescil açıklayıcı etkiye sahiptir. Buna mukabil bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin seçip tescil ettiren kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Ancak, bu tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etkiye sahipliği devam eder. Çünkü, hakiki, gerçek hak sahipliği ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak vermez. Markanın hakiki hak sahibi markasının aynısını veya tefrik edilemeyecek benzerini, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin, bu tecavüzü TTK'nun 56. maddesinde yer alan haksız rekabet hükümlerine ve 556 sayılı Markalar Hakkındaki KHK'nin 8/III ve 42/f ve 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47. maddesine göre sonradan tescil edilmiş markanın terkininin istenebileceği kabul edilmektedir...” diyerek davacının talebini kabul etmiştir. Görüldüğü gibi, Yargıtay gerçek hak sahibinin o markayı ilk defa kullanan olduğunu kabul ederek, markayı ilk defa kullananı korumuştur. Bkz.: 11.HD, 6.7.1998, E.1998/1734, K.1998/5146, (BATİDER, 1998, C.19, s.283-284; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com). Yargıtay aynı görüşünü sonraki tarihli benzer bir kararında da sürdürmüştür. Söz konusu davada, davacı vekili müvekkiline ait ve uluslararası tescili yapılmış olan “Alvorada” markasının Türkiye’de davalı tarafından aynısının tescil edilmesi nedeniyle iltibasa sebebiyet verdiğini ileri sürerek, davalı markasının hükümsüzlüğü ile sicilden terkinini talep etmiştir. Yerel mahkeme ise; davacı markasının Türkiye’de tanınmış olmadığı, markanın Türkiye’de davalı tarafından tanıtıldığı ve davalının da kötüniyetli olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Davalının bu kararı temyiz etmesi üzerine Yargıtay yukarıda belirtilen görüşlerini tekrarlamış ve ardından “...davalı da çay konusunda uluslararası ticari alanda faaliyet gösteren bir kuruluş olması nedeniyle dünyadaki bu konudaki gelişmeleri ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu zorunluluk basiretli bir tacir olmanın da zaruri sonucudur. O halde aynı sahada çalışan davalının 15 ülkede tescilli bir markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye’de tescil ettirdiğini ileri sürmesi, TTK’nun 21/2 nci maddesinde aykırı olduğu gibi, MK’nun 2.maddesine göre de mümkün görülemez. Şu halde, Paris Sözleşmesi’nin mükerrer 6.maddesi 3.bendi anlamında kötüniyetli bir tescil vardır ve bu şekilde oluşturulan tescilin terkinini gerçek marka sahibince talep edilebilir...” diyerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve markayı ilk kullananı korumuştur. 11.HD, 19.4.2002, E.2001/9903, K.2002/3699, YKD, C.28, S.9, Eylül 2002, s. 1346 vd. (YASAMAN, Marka Hakkının Niteliği, s.151-152; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.1, s. 187 vd., dn.39)

¹²⁸ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 183. Bkz. İleride, Beşinci Bölüm.

¹²⁹ Bu ilkeye göre, daha önce tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir işaret ya da ondan ayırtedilemeyecek kadar ayniyet içinde bulunan bir işaret, aynı mal veya hizmetler yahut aynı türdeki mal ve hizmetler için bir kere daha başkası tarafından marka olarak tescil edilemez; önce yapılan tescil sonraki tescilleri önler. Bkz.: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §23, Kn. 6.

inisiyallerine rastlanmıştır¹³⁰. Bu sanatçı yahut zanaatkâr, kendi ürünlerinin ayırt edilmesini veya kalitesini garanti ediyor olmalıdır¹³¹. Ortaçağ'da ise Avrupa'da lonca teşkilatları markanın oluşmasında önemli rol oynamıştır. Çünkü loncaya üye olmak mesleği icra etmek için zorunlu olduğu gibi, lonca tarafından belli ürünler için tespit edilen işaretleri kullanması da zorunlu idi¹³². Markaların kanunen korunması için 19. yüzyılı beklemek gerekmiştir. Almanya'da 1847 yılında Rhein ve Westfalen eyaletlerinde üretilen demir ve çelik eşyalar üzerine konan ürün markalarının korunmasına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır¹³³. Amerika Birleşik Devletleri'nde marka haklarını düzenleyen ilk Federal Kanun 1870 yılında çıkarılmıştır. Bundan beş yıl sonra da İngiltere benzer düzenlemelere yer vermiştir¹³⁴.

A. Ulusal Mevzuat

1. Markaya İlişkin İlk Düzenlemeler

Markaya ilişkin ilk düzenleme Osmanlı döneminde yürürlüğe konan 1288 (miladi 1872) tarihli Nizamnamedir. Söz konusu Nizamname, 1304 (miladi 1888) tarihli “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alamenti Farikalara Dair Nizamname”¹³⁵ ile yürürlükten kaldırılmıştır. İki Nizamnamede de 1857 tarihli Fransız Kanunu kaynak alınmıştır¹³⁶. 1955'te çıkartılan 6591 sayılı “28 Nisan 1304 Sayılı Alamenti Farika Nizamnamesine Müzeyyel (Ek) Kanun” ile anılan Nizamnamede değişikliğe gidilmiş, bu değişiklikle markaların tescil olmadan önce İktisat ve Ticaret

¹³⁰ KARAHAN vd., s.23.

¹³¹ *Braun ve Kohler'e göre Romada marka kullanımı çok yaygınlaşmış ve çok çeşitli eşya üzerinde kullanılıyordu. Çanak eşyası, madeni eşya, camlar, şarap ve hattâ peynir ekmek dahi bunlar arasında idi. Marka bazen tüccarın isminden, bazen bulunduğu mahallin isminden ve bazen de bir resimden ibaretti. Roma'da imalâtçılardan başka, tüccarlar da satışa çıkardıkları mallar üzerine alamenti farika koyarlardı. Roma Hukukunda marka hakkının ihlallerine karşı “actio injuriamum” veya “actio doli” dâvası mümkündü. Bkz.: Haydar ARSEVEN, “Alamenti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayrı Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu”, İÜHFİM, C.16, S.3-4, (İstanbul 1950), s. 823. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005259/1023004797>, (E.T. 03.02.2016)*

¹³² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §21, Kn.2.

¹³³ YILMAZ, s.4.

¹³⁴ Kutlu OYTAÇ: **Karşılaştırmalı markalar Hukuku, Endüstriyel Tasarımlar İçerikli (Karşılaştırmalı Markalar)**, 2.Bası, İstanbul: Nobel Kitapevi, 2002, s. 3.

¹³⁵ 1304 (1888) tarihli “Fabrikalar Mamulâtı İle Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alamenti Farikalara Dair Nizamname”ye kısaca “Alamenti Farika Nizamnamesi” denmekteydi.

¹³⁶ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 13; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §21, Kn.6; YILMAZ, s. 5-6.

Bakanlığınca¹³⁷ incelenmesi esası getirilmiştir. Buna göre, evvelce tescil edilmiş veya tescil talebinde bulunulmuş milli ya da milletlerarası markalara aynen veya ilk bakışta tefrik edilemeyecek derecede benzeyen markalarla, başkasının markasını taşıyan mamuller üzerine imal edenin muvafakati alınmadan konulmak istenen markaların tescilinin reddedileceği kurala bağlanmıştır (m. 1). Böylece sistem değişikliğine gidilmiş ve ön incelemeli tescil sistemi kabul edilmiştir¹³⁸.

2. 551 Sayılı Markalar Kanunu

551 sayılı Markalar Kanunu'nun 03.03.1965 tarihinde kabul edilmesiyle, 1304 (Miladi 1888) tarihli Nizamname ek ve tadilleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır (m.54)¹³⁹. Aynı yıl 551 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelik çıkarılmıştır¹⁴⁰. Ayrıca yine 1965 tarihinde markalarla ilgili olarak "Sınai Mülkiyet Hakları ile ilgili Hususlar Hakkında Yönetmelik" kabul edilmiştir¹⁴¹.

551 sayılı Markalar Kanunu, bir önceki düzenlemeden farklı olarak, marka tesciline, üçüncü kişiler tarafından, tescil öncesinde itiraz edilmesine olanak tanımamış; kanunla, üçüncü kişilerin, tescil sonrasında iptal davası açabilecekleri düzenlenmiştir (m. 15/II). Bu durum tescilin hukuki güvenlik sağlayıcı işlevini yerine getirememesi anlamına geliyordu¹⁴². Bu kanunda hizmet markaları düzenlenmiş değildi. Hizmet sektörü markalarını tescil ettirememekteydi. Diğer taraftan yabancı kelimeler, Türkiye'de üretilen ve piyasaya süreülen ürünler üzerine marka olarak konulamıyordu. Markaların korunması için "mal sınıf sistemi"¹⁴³ kabul edilmediği gibi

¹³⁷ 16.6.1994 tarih ve 4004 sayılı yetki Kanun'a dayanılarak hazırlanan 544 sayılı KHK ile patent marka ve diğer sınai mülkiyet haklarının tesisi, bu konudaki korumanın sağlanması vs. amacıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na bağlı, tüzel kişiliğe sahip ve özel bütçeli bir kamu kuruluşu olarak Türk Patent Enstitüsü'nün (TPE) kurulmasıyla, Bakanlıkça sürdürülen markaların tescili işlemlerini yürütme görevi, TPE'ye devredilmiştir (ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 21).

¹³⁸ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 13.

¹³⁹ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 14.

¹⁴⁰ Markalar Kanununun çeşitli maddelerinde bu kanunun uygulamasının bir yönetmelikle düzenleneceğinden bahsedildiği için, "551 sayılı Kanunun Uygulama Şekli Yönetmelik" kabul edilmiştir. RG, 11.6.1965, S.12020.

¹⁴¹ RG, 9.12.1965, S.12172. Bu yönetmelik tescil edilen marka ve ihtira beratlarıyla ilgili ilanların yayımlandığı Sınai Mülkiyet Gazetesiyle ilgili teknik hususları düzenlediğinden, yönetmeliğin başlığının isabetli olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz.: KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s.405.

¹⁴² YILMAZ, s.7.

¹⁴³ Markaların korunması hususunda dünya üzerinde iki sistem vardır. Bunlardan ilki "emtia sistemi" ikincisi ise " emtia sınıfı sistemi"dir. Emtia veya hizmet sisteminde markaya ilişkin kuruma sadece tescil edilmiş olan mal veya hizmetlerle sınırlı olarak tanınmıştır. Emtia sınıfı sisteminde ise, o mal

müşterek marka ve birlik markası kavramlarına da yer verilmemişti. Ticaret ünvanları hariç olmak üzere, beşten fazla sözcük içeren işaretler, tek renkten, tek harften veya rakamlardan oluşan işaretler marka olarak seçilemiyordu¹⁴⁴. Bu durum beşten fazla sözcük içeren sloganların marka olarak tesciline engel oluyordu.

3. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

1980’li yıllarda fikri ve sınai mülkiyet hakları konusunda dünyada bir takım çağdaş düzenlemeler hazırlanmaya başlanmıştı¹⁴⁵. Avrupa Birliği, 21.12.1988 tarihinde 89/104/AET sayılı Marka Yönergesi’ni, 20.12.1993 tarihinde ise 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğü’nü kabul etmiş, böylece birlik içinde yeknesak bir marka koruması sağlanmıştır. Daha sonra bu korumayı Türkiye’ye de genişletebilmek amacıyla, Gümrük Birliğine katılım çerçevesinde AT- Türkiye Ortaklık Konseyi tarafından 06.03.1995 tarihinde 1/95 sayılı bir karar alınmış¹⁴⁶ ve bu karar ile Türkiye markaların korunması ile ilgili olarak Avrupa Birliği devletlerinin tarafı oldukları uluslararası anlaşmalara taraf olmak ve 89/104 sayılı Marka Yönergesini esas alarak markaları düzenlemek taahhüdü altına girmiştir¹⁴⁷. Bu nedenle Türkiye’deki iç hukuk mevzuatının AB normlarıyla uyumlu hale getirilmesi bakımından, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretler ve markaların korunmasını sağlamak amacıyla, Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma yetkisini veren, 08.06.1995 tarih ve 4113 sayılı Kanun kabul edilmiştir¹⁴⁸. Bu yetki kapsamında gerekli kararnameler hazırlanmış ve markalarla ilgili olarak 27.06.1995 tarihinde 556 sayılı “Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁴⁹” yürürlüğe girmiştir¹⁵⁰.

veya hizmet bir sınıfa dahil edilmekte ve koruma o sınıf kapsamında sağlanmaktadır. Bkz.: Sami KARAHAN, Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili mevzuat, Konya , 1996, s. 16.

¹⁴⁴ YILMAZ, s.8.

¹⁴⁵ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 17.

¹⁴⁶ Alınan Kararın 29. maddesi şu şekildedir: “1.Taraflar fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının uygun ve etkin biçimde korunması ile uygulanmasını sağlamak konusuna verdikleri önemi teyit ederler. 2.Taraflar, fikri mülkiyet haklarına Gümrük Birliğini oluşturan iki tarafta da eş düzeyde verimli koruma sağlanması halinde Gümrük Birliğinin düzgün işleyebileceğini kabul etmektedirler. Bu doğrultuda, bu Kararın Ek 8’de belirlenen yükümlülükleri üstlenmektedirler.” Bu kararın tam metni için bkz. www.dtm.gov.tr.

¹⁴⁷ KARAN/KILIÇ, s.2.

¹⁴⁸ RG, 24.6.1995, S.22323. Yetki Kanunu’nun 1. Maddesinde açıkça kanunun amacının, marka gibi firki ve sınai mülkiyete konu hakların AB birliği standart ve normalarına uygunluğunun sağlamak ve dış ticaretin gelişimine uygun olarak gümrük mevzuatında değişiklik ve düzenlemeler yapmak olduğu ifade edilmiştir (ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.19).

¹⁴⁹ RG. T. 27.06.1995. S.22326.

Bu KHK'nin yürürlüğe girmesiyle, kararnamenin 82. maddesi gereği 551 sayılı Markalar Kanunu, cezai hükümler içeren 51,52 ve 53. maddeleri hariç, yürürlükten kalkmıştır. Daha sonra 03.11.1995 tarihinde kabul edilen 4128 sayılı kanunla¹⁵¹, 556 sayılı KHK'da bazı değişiklikler yapılmıştır ve ceza hükümleri eklenmiştir¹⁵². 22.06.2004 tarihinde kabul edilen 5194 sayılı Kanun¹⁵³ ile 556 sayılı KHK'nın 5, 7, 22, 42, 61/A, 71, 75, 78. maddeleri değiştirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 tarihli, 2002/92 Esas ve 2004/25 Karar sayılı, 14.05.2004 tarih ve 25463 sayılı RG.'de yayımlanan kararıyla, 556 sayılı KHK'nın marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen 61. maddesinin I. fıkrasının (d) bendi iptal edilmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarihli, 2005/15 Esas ve 2008/2 Karar sayılı, 05.07.2008 tarih ve 26927 sayılı RG.¹⁵⁴de yayımlanan kararıyla 556 sayılı KHK'nın marka tescilinden doğan hakların kapsamını belirleyen 9. maddesinin I. ve II. fıkralarının (b) bentleri ile, marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen 61. maddesinin I. fıkrasının (c) bendi iptal edilmiştir¹⁵⁵.

21.01.2009 tarihinde kabul edilen 5833 sayılı Kanun¹⁵⁶ ile 556 sayılı KHK'nın 9, 61, 61/A maddeleri değiştirilmiştir¹⁵⁷.

¹⁵⁰ YILMAZ, s.10.

¹⁵¹ RG, 7.11.1995, S.22456.

¹⁵² KHK ile ceza hükümleri getirilmesi mümkün olmadığından, 03.11.1995 tarihinde kabul edilen 4128 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK' da hem bazı ilave ve değişiklikler yapılmış hem de ceza hükümleri eklenerek Markalar Kanunu'nun 51-53. maddeleri de yürürlükten kaldırılmıştır. (SÖYLER, s.34).

¹⁵³ RG., 26.06.2004, S.25504.

¹⁵⁴ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/07/20080705-11.htm> (E.T.,03.02.2016)

¹⁵⁵ SÖYLER, s. 34. Anayasa mahkemesi esasa ilişkin değerlendirmesi şöyledir. "556 sayılı KHK'nin itiraz konusu 9. ve 61. maddelerinde belirtilen eylemlere, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 61/A maddesinde ceza yaptırımını öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlemesi de bu sonucu değiştirmez. Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleriyle 61. maddesinin anılan bentler yönünden incelenen (a) bendiyle (c) bendi Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

Bkz.: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/07/20080705-11.htm> (E.T.,03.02.2016).

¹⁵⁶ RG., 28.01.2009, S.27124.

¹⁵⁷ 5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'nın 9. maddesinde yapılan önemli değişikliklerden biri, birinci fıkranın "c" bendine yapılan eklemesidir. Buna göre artık tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması, marka sahibi tarafından önlenilebilecektir, Bkz.: Hayrettin ÇAĞLAR: "556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de

556 sayılı KHK'nin kabul edilmesinden sonra Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na hazırlanan "556 sayılı KHK'nin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik"¹⁵⁸ kabul edilmiştir¹⁵⁹. Ancak bu yönetmelik daha sonra "556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmelik"¹⁶⁰ 40. madde ile yürürlükten kaldırılmıştır¹⁶¹.

Taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi'nin 12. maddesi uyarınca, her birlik ülkesi, kamuyu patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar ve ticaret markaları gibi konularda bilgilendirmek için özel bir sınai haklar servisi ve bir merkez bürosu tesis etmeyi yükümlendiği için, 16.06.1994 tarihli ve 4004 sayılı Kanun'¹⁶²un verdiği yetkiye dayanarak hazırlanan 544 sayılı KHK¹⁶³ ile "Türk Patent Enstitüsü" kurulmuştur. Markalarla ilgili ulusal kaynaklardan bir diğeri de "Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği"¹⁶⁴dir.

Ayrıca mal ve hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin Nice Anlaşması hükümlerine göre uygulanacak sınıfların listesi ve uygulamasına ilişkin BİK-TPE 96/2 numaralı tebliğ yayımlanmıştır¹⁶⁵.

Son olarak, 556 sayılı KHK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde ulusal ve uluslararası gelişmeler dikkate alınarak 556 sayılı KHK' nın yerini almak üzere Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca markalara ilişkin düzenlemeleri de içeren Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı Taslağı hazırlanarak TBMM'ye sunulmuştur. Kanun

28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", **Yard.Doç.Dr. İbrahim ONGÜN'e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S.1-2, Y.2007 s. 99 (ss.97-112). http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11_5.pdf, (E.T. 03.02.2016).

¹⁵⁸ RG, 5.11.1995, S.22454.

¹⁵⁹ Bu yönetmelikle 18.04.1995 tarih 22262 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Markalar Kanunu'nun Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.(Arkan, Marka Hukuku, C. I, s.20, dn.33).

¹⁶⁰ RG, 9.4.2005, S.25781.

¹⁶¹ Bu yönetmelik için bkz. www.tpe.gov.tr.

¹⁶² RG, 19.6.1994, S.21965.

¹⁶³RG, 24.6.1994, S.21970. Bu KHK, 5000 sayılı "Türk Patent Enstitüsü'nün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde ve Devlet Memurları Kanunun da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile değiştirilmiştir. (RG. 19.11.2003, S.25294)

¹⁶⁴RG. 14.04.1995 tarih ve S.22258.

¹⁶⁵ RG. 27.08.1996 S.22740.

Tasarısı halen TBMM Adalet Komisyonu ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonunda görüşülmektedir¹⁶⁶.

B. Uluslararası Sözleşmeler

556 sayılı KHK'nın 4. Maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden daha elverişli olması halinde, marka korumasından yararlanma hakkı olan kişiler (m. 3) milletlerarası anlaşmaların elverişli hükümlerinin uygulanmasını talep etme hakkına sahiptir. Anayasanın 90. maddesi gereğince usulüne uygun yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bu nedenle KHK hükümlerinden daha elverişli olmaları halinde, Türkiye'nin taraf olduğu ve marka hukuku konusunda hükümler içeren uluslararası anlaşmaların uygulanması ilgililerce istenebilecektir¹⁶⁷. Aynı şekilde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası anlaşma hükümleri esas alınır¹⁶⁸.

Marka da hak sahibine mülkiyet hakkı benzeri bir hak bahsettiğinden ve mülkiyet hakkı¹⁶⁹ (AY m. 35) da temel haklardan olduğundan marka hukukuna ilişkin uluslararası anlaşmalar Anayasamız gereği özel bir öneme sahiptir.

¹⁶⁶ TPE'ce hazırlanan ilk Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı gerekçeli metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0681.pdf> veya tasarı taslağı için bkz.: <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/72B4960E-55EC-432B-9D15-9408083EBF03.pdf> (E.T. 03.02.2016); Sonrasında sınai mülkiyet haklarının geneline ilişkin düzenlemeler içeren Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı hazırlanarak ilgili komisyona gönderilmiştir. Bkz.: <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0699.pdf>.

¹⁶⁷ YILMAZ, s.20.

¹⁶⁸ Anayasa m. 90, Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 madde ile değiştirilerek bu halini almıştır. Anayasa m. 90 gereğince, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta ilgilinin talebi olmaksızın, kendiliğinden marka hukukuna ilişkin uluslararası anlaşmaları inceleyip elverişli hükümleri uygulamalıdır.

¹⁶⁹ Fikri mülkiyet hukukunda yer alan “mülkiyet” kavramı ile eşya hukukundaki “mülkiyet” kavramı birbirinden farklı kavramlar olarak ele alınmıştır. Eşya hukukunun konusu, maddi varlığı olan eşyadır (TMK m. 683). Kanun koyucu istisnai olarak, maddi varlığı olmayan bazı şeylere eşyaya ilişkin kuralların uygulanacağını kabul etmiştir. Fikri mülkiyet hakkı, maddi nitelikte olmayan varlıklar üzerindeki bir hakkı ifade etmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmet M. KILIÇOĞLU, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 2.Bası, Ankara: Turhan Yayınevi, 2013, s.2-3). Öğretide, “fikri hukuk” teriminin “fikri mülkiyet”den farklı ve dar anlamı olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan marka (fikir ve sanat eserleri ile patent ve tasarımlardan farklı olarak) bir fikrin sonucu olmadığı için fikrî hukukun kapsamında değildir. (TEKİNALP, §1, Kn. 6; KESER, s. 21).

1. Paris Anlaşması

Sınai mülkiyet haklarının uluslararası düzeyde korunabilmesi için 20 Mart 1883 tarihinde, Paris'te 11 ülkenin katılımıyla Paris Anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşma fikri ve sınai mülkiyet haklarına uluslararası koruma sağlayan bir çatı anlaşma olarak görülmüştür¹⁷⁰. Anlaşma ile sadece markaların değil, aynı zamanda patent, faydalı model, sınai resim ve modeller, ticaret ünvanı, coğrafi ad ve işaretlerin korunması amaçlanmış ve haksız rekabet yasaklanmıştır (m.1/II)¹⁷¹.

Paris Sözleşmesi'nde farklı tarihlerde birtakım değişiklikler yapılmıştır¹⁷². Türkiye, Lozan Barış Antlaşması'na bağlı Ticaret Mukavelenamesi'nin 14. maddesi ile 1883 tarihli Paris Sözleşmesi'nin 1911 değişikliğinden sonra kabul edilen şekline katılmayı taahhüt etmiştir. Türkiye 1925 yılında bu taahhüdünü yerine getirerek, Paris Sözleşmesi'ne katılmıştır. Ülkemiz, Paris Sözleşmesi'nin 14 Temmuz 1967 tarihli Stockholm metninin 1-12.maddeleri dışında kalan idari hükümlerine, 8.8.1975 tarih ve 7/10464 sayılı Bakalar Kurulu Kararı ile katılmıştır¹⁷³. Daha sonra Bakanlar Kurulu'nun 29.07.1994 tarih ve 94/5903 sayılı kararıyla¹⁷⁴ 1-12. maddelere konulan çekince de kaldırılmıştır¹⁷⁵.

Bu anlaşmaya katılan ülkeler sınai mülkiyetin korunması için bir birlik oluşturmuşlardır (m.1/I). Bu sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, birlik üyesi ülkelere her birinin vatandaşları, sınai hakların korunmasıyla ilgili hususlarda, diğer Birlik ülkelerinin kanunlarınca kendi vatandaşlarına tanınan veya bundan sonra tanıyabileceği bütün menfaatlerden bu sözleşme ile özel olarak sağlanmış olan haklara halletmemesi kaydıyla yararlanacaktır. Bunun için korumanın istendiği ülkede ikametgâh veya işletmeye sahip olma şartı aranmayacaktır (m.2)¹⁷⁶. Bu bakımdan yabancı gerçek veya tüzel kişiler Türkiye'de , 556 sayılı KHK'nın Türk vatandaşlarına

¹⁷⁰Karl-Heinz, FEZER; "Grundprinzipien und Entwicklungslinien im Europäischen und Internationalen Markenrecht" (Internationalen Markenrecht), **WRP**, 1/98, s.4'den naklen, YILMAZ, s.20, dn.64.

¹⁷¹ YILMAZ, s.20.

¹⁷² Bu anlaşma 1900 yılında Brüksel'de, 1911 yılında Washington'da, 1925 yılında Lahey (Haag)'de, 1934 yılında Londra'da, 1958 yılında Lizbon'da, 1967 yılında Stockholm'de değişiklikler yapılmıştır, daha sonra 1979'da Stockholm metninde bir değişiklik daha yapılmıştır. (YILMAZ, s. 20-21: **Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler**, Türk Patent Enstitüsü Yayınları, 2003, s.6)

¹⁷³ RG. 20.11.1975, S.15418.

¹⁷⁴ RG. 23.09.1994, S. 122060.

¹⁷⁵ YILMAZ, s.21.

¹⁷⁶ POROY/YASAMAN, s. 426, Kn.433; ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.31.

ve şirketlerine tanıdığı korumadan yararlanabilecek ve bir Türk vatandaşının veya şirketinin sahip olduğu aynı haklara sahip olabileceklerdir¹⁷⁷.

Paris anlaşmasının 6.maddesinin 1. mükerrer şekline göre; tanınmış markalar için özellikli bir koruma öngörülmüştür. Bu hükme göre, Birlik ülkeleri, herkesçe bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verecek sürette örneğini, takldini veya tercümesini yapan bir ticaret markasının (taklit marka) tescili talep edildiğinde, ülke mevzuatı müsait ise doğrudan doğruya, yoksa ilgilinin isteği üzerine ret etmeyi veya hükümsüz kılmayı taahhüt etmiştir. Ayrıca birlik ülkeleri birlik vatandaşlarına haksız rekabete karşı gerçek bir himaye sağlamaya mecburdurlar¹⁷⁸.

Sözleşmenin 15. maddesi ile birliğe ait idari görevleri yürütmek üzere uluslararası bir büro kurulmuştur.

2. 1891 Tarihli Madrid Sözleşmesi ve 1989 Tarihli Madrid Protokolü

Markalar alanında Paris Sözleşmesi'nden sonra diğer bir sözleşme 14 Nisan 1891 tarihinde Madrid'de imzalanan Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Anlaşmadır¹⁷⁹. Bu anlaşmayla, ulusal düzeyde tescil edilmiş bir markanın, uluslararası merkezi bir büroya bildirilerek, tescil edilmesi ve bu yolla markanın diğer üye devletlerde de aynı statüye sahip olması amaçlanmıştır¹⁸⁰. Bu sözleşmenin yapılış amacı marka korumasını kolaylaştırmaktır¹⁸¹.

Bu Anlaşma da, 1900 yılında Brüksel'de, 1911'de Washington'da, 1925'de Lahey'de, 1934 de Londra'da, 1957'de Nis'te, 1967'de Stockholm'de değişikliğe

¹⁷⁷ YILMAZ, s.21.

¹⁷⁸ YILMAZ, s.22.

¹⁷⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §6, Kn. 30.

¹⁸⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.32.

¹⁸¹ YILMAZ, s.23.

uğramıştır¹⁸². Stockholm metninde sonradan 1979 yılında bir değişiklik daha yapılmıştır¹⁸³.

Türkiye, 1930 yılında 1619 sayılı Kanun’la Madrid Anlaşması’nın 1925 tarihli Lahey metnine katılmıştır¹⁸⁴. Ancak daha sonra 1955 yılında, Bakanlar Kurulu bu anlaşmadan çekilmeye karar vermiştir¹⁸⁵. Bunun nedeni olarak, çok sayıda yabancı markanın Türkiye’de korunmasına karşılık, o tarihlerde bu imkândan yararlanacak yeterli Türk markasının bulunmaması ve yabancı markaların Türkiye’de korunabilmesi için ayrıca tescil edilmelerine gerek kalmamasının döviz kayıplarına neden olması gösterilmiştir¹⁸⁶.

Madrid Anlaşması sisteminin, uluslararası marka tescil başvurusunun ulusal tescile dayanması zorunluluğu ve üye ülkelerin başvuruya yönelik değerlendirmelerini en geç bir yıl içinde uluslararası ofise bildirmek durumunda olmaları, bazı ülkeleri sistemin dışında kalmaya yönlendirmiştir¹⁸⁷. Bu doğrultuda 27.06.1989 tarihinde imzalanan “Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşmasına Ek Protokol” ile sistemin sınırlılıkları düzenlenmiştir¹⁸⁸. Türkiye, AT-Türkiye Ortaklık Konseyinin 1/95 sayılı Kararı’nın 8 nolu eki ile Madrid Protokolü’ne katılmayı taahhüt etmiş, 1997 yılında da bu taahhüdünü yerine getirmiştir¹⁸⁹. Bu protokol ile uluslararası tescil yapılabilmesi için önce kendi ülkesinde tescilli marka olma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Yetkili ulusal makama marka tescili için başvuruda bulunulmuş olması (tevdi) yeterlidir (m.2). Madrid protokolü ayrı bir sözleşme

¹⁸² YILMAZ, s.23.

¹⁸³ YILMAZ, s. 23; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.32, KAYA, s.9, dn.20; İsmail KIRCA, “Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi)”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, Ankara 2005, s.5.

¹⁸⁴ R.G, 9.1.1957, S.9513.

¹⁸⁵ RG. 20.07.1955, S.9059; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §6, Kn.33; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.32; YASAMAN, Paris Anlaşması, s.301; KAYA, s.9

¹⁸⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §6, Kn.33.

¹⁸⁷ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.8-9. Bazı ülkelerde marka yetkili makamlarca yapılacak ön inceleme ile tescil edilirken bazılarında tevdi ile ön inceleme tescil öngörülmüştü. Bu ülkeler arasında bir dengesizlik yaratmış bazı ülkelerin zaman ve para kaybına yolaçmıştır. Bkz.: YILMAZ, s. 24.

¹⁸⁸ Değişikliklere ilişkin, uluslararası marka tescil başvurusunda ulusal tescil başvurusunun yeterli sayılması (m.2), inceleme süresinin 12 aydan 18 aya çıkartılması (m.5/2), devletlerin yanı sıra uluslararası örgütlerin de Protokole katılmalarına olanak tanınması (m. 14/1), örnek olarak gösterilebilir. Bkz.: Seher AÇIKEL, Mutlak Ve Nispi Red Nedenleri Kapsamında Karıştırılma İhtimalinin İncelenmesi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2008, s. 16.

¹⁸⁹ 5.8.1997 tarih ve 97/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 22.08.1997, S.23088.

olmakla birlikte; protokol ile 1891 tarihli Madrid Sözleşmesi ortadan kalkmamaktadır. Madrid Sözleşmesini onaylamış devletler Protokol'e katılmış olup olmadıklarına bakılmaksızın, sözleşme hükümleri le bağılırlar (m.1,10)¹⁹⁰.

Protokol ile getirilen diğer bir değişiklik ise, uluslararası marka (IR-Marke) olarak tescil edilmiş bir markanın sahibi, kendi ülkesinde markasını tescil ettirmek ister ve fakat 5 yıllık süre içinde bu başvurusu reddedilirse, marka sahibi bu süre içerisinde üye devletlerden herhangi birinde, uluslararası tescili ulusal başvuruya dönüştürebilir (m.9- 4. Mükerrer).

Madrid Protokolü'nün tarafı Paris Anlaşması'nı kabul etmiş bir ülke olabileceği gibi kendine mahsus marka koruma sistemi olan bir devletlerarası organizasyon da olabilir. (m.14/1). Böylelikle Avrupa Birliği vatandaşları hem Uluslararası Marka için hem de Topluluk Markası için tescil başvurusu yapma imkânına sahiplerdir¹⁹¹.

Madrid Protokolüne katılmamızdan sonra, 4458 sayılı, 4.11.1999 tarihli kanuna dayanılarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na "Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik"¹⁹² yayınlanarak yürürlüğe konulmuştur.

3. TRIPS Anlaşması

"Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması" olarak da adlandırılan TRIPS Anlaşması, fikri mülkiyet haklarının mevcudiyeti, kapsamı ve kullanılması ile ilgili standartları belirler (m.9-14). Türkiye, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na¹⁹³ katılarak, Anlaşma'nın 1C nolu eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'na (TRIPS¹⁹⁴) da taraf olmuştur. Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı Kararıyla TRIPS Anlaşması'nın, Kararın yürürlüğe girmesinden itibaren üç yıl içinde uygulanması taahhüt edilmiştir (8 nolu ek, m.1/II).

¹⁹⁰ YILMAZ, s.24.

¹⁹¹ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.9; FEZER, MarkenR 2009, s.2762, Rn. 10.

¹⁹² RG. 12.03.1999, S.23637.

¹⁹³ 26.1.1995 tarih ve 4067 sayılı Kanunla Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması onaylanmıştır.

¹⁹⁴ RG. 25.01.1995, S. 22213. Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS); YILMAZ, s.27.

556 sayılı KHK'nin hazırlanmasında TRIPS hükümleri de gözönünde tutulmuş, böylelikle Türkiye bu yükümlülüğünü de yerine getirmiştir¹⁹⁵.

TRIPS anlaşması'nın 15-21. maddeleri marka hakkının korumasına ilişkindir. Bu hükümler 89/104/AET sayılı AB Yönergesinden esinlenerek hazırlanmıştır. TRIPS Anlaşması'ndan önce, marka hakkının maddi anlamda uluslararası korunması Paris ve Madrid Anlaşmaları ile Madrid Protokolü hükümleri yoluyla sağlanıyordu. TRIPS anlaşması'nın 15-21. maddeleri arasında kalan hükümler yoluyla marka hakkının uluslararası korunmasının kapsamı genişletilmiştir. Anlaşma'nın 2. maddesinin 1. bendine göre; tüm üye devletler, Paris anlaşması'nın 1967 tarihli Stocholm Metni'nin 1-12 maddeleri ile 19. maddesine uymakla yükümlüdürler¹⁹⁶.

TRIPS Anlaşması m.15/I marka kavramının ve tescil şartlarının tek tip hale getirilmesi düşüncesiyle hazırlanmıştır. Anlaşma'nın m.15/I'in birinci cümlesine göre; bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmenin mal ve hizmetlerinden ayıran tüm işaret ve işaret kombinasyonları korunmaya değer bulunmuştur. İşaret formlarının ayırt etme özelliği tescil edilebilirliğe bağlanmıştır. Kişi adları, harfler, sayılar, mecazi unsur içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür işaretler marka olarak tescil edilebilir (m.15/I, 2. cümle)¹⁹⁷. Mal ve hizmetler bakımından işaretin doğası gereği ayırt ediciliğe sahip olmaması halinde Üye devletler tescil edilebilirliği, ayırt ediciliğin kullanım sonucunda kazanılması şartına bağlayabilirler (m 15/1, 3. cümle). Sözleşmeye göre, “bir işletmenin varlığı şartı”nın getirilmesi ve görsel olarak algılanabilirlikleri eksik ses veya koku gibi bazı marka formlarının tescil edilemiyor olması TRIPS Anlaşması'nın eksiklikleri olarak gösterilmiştir¹⁹⁸.

Anlaşma'ya göre tescilli markanın sahibi, ticari hayatın olağan akışı içerisinde üçüncü kişilerin karıştırılma ihtimaline neden olabilecek mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını engelleme hakkına sahiptir (m 16/1).

¹⁹⁵ Uğur YALÇINER; “Türkiye’de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK’nin Getirdikleri”, **Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları Semineri (6.7.1995)**, ITO Yayınları, No:1995/39, İstanbul, s.62-63, <http://www.ito.org.tr/itoyayin/0012627.pdf> (E.T. 04.02.2016) ; ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 12.

¹⁹⁶ YILMAZ, s.27, dn.92.

¹⁹⁷ YILMAZ, s.30.

¹⁹⁸ YILMAZ, s.30-31, dn.97.

4. Markaların Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması

Türkiye, 1957 tarihli ve çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramış olan “Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmalarına İlişkin Nice Anlaşması”na Bakanlar Kurulu’nun 95/7094 sayılı ve 12.07.1995 tarihli kararı uyarınca taraf olmuştur¹⁹⁹. Bu anlaşma; anlaşmayı uygulayan ülkelerin, markaların tescili amacına yönelik olarak, mal ve hizmetlerin ortak sınıflandırma sistemini kurmalarını, her bir mal veya hizmetin dâhil olduğu sınıf belirtilerek alfabetik listesinin düzenlenmesini öngörmüştür²⁰⁰.

Anlaşma hükümlerine uygun sınıflandırmanın iç hukukta uygulanabilmesi için, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından 1999 yılında BİK/TPE:99/2 No’lu “Marka Tescil Başvurularının Mal ve Hizmet Listelerinin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ²⁰¹” yayınlanmıştır. Tebliğin 3. maddesine göre, mal sınıfları 34, hizmet sınıfları 8 sınıftan oluşmaktadır.

Nis anlaşması’na taraf ülkelerde marka korunması isteyen başvuru sahipleri, başvuruları diğer ülkelerde de aynı sistemle sınıflandırılacağı için, kolaylıkla ve zaman kaybı olmaksızın markalarını koruma altına alabilmektedirler. Bu aynı zamanda ulusal ofisler ve kurumlar için de araştırma yapmayı kolaylaştırmıştır²⁰².

5. Türkiye’nin Taraf Olduğu Diğer Anlaşmalar

Türkiye, 27.10.1994 tarihinde imzalanarak 01.08.1996 tarihinde yürürlüğe giren Marka Kanunu Anlaşması’na 07.04.2004 tarihli ve 5118 sayılı kanunla katılmıştır²⁰³. Anlaşma ile genel olarak, marka tescilinde uyulması gereken usul düzenlenmiştir²⁰⁴. Yani marka başvurusu ve tescil ile ilgili ofislerce istenecek belgeler

¹⁹⁹ RG, 13.8.1995, S.22373.

²⁰⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.62.

²⁰¹ RG.13.08.1995, s.22373

²⁰² YILMAZ, s.32.

²⁰³ RG., 14.04.2004, S.25433.

²⁰⁴ Bu anlaşma ile, ilgili ofisler açısından, belge sayısının azaltılarak dosya yükünün hafifletilmesi, başvuru sahipleri için de belge tamamlama sürecinin ve yapılacak masrafların azaltılması hedeflenmektedir. (Erdal, NOYAN, **Marka Hukuku**, 4.Bası, Ankara. Adalet Yayınevi, 2009, s. 80)

vb. hususlarda uluslararası uyum amaçlanmıştır²⁰⁵. Anlaşmanın 2. maddesi gereğince Anlaşma, görülebilir işaretlerden oluşan markalara uygulanır, şu şartla ki sadece üç boyutlu markaların tescilini kabul eden sözleşmeciler taraflar bu Anlaşma hükümlerini üç boyutlu markalara da uygulama yükümlülüğünde olacaklardır. Ayrıca, Anlaşma mallarla ilgili (ticari markalar) veya hizmetlerle ilgili (hizmet markaları) veya mal ve hizmetlerin her ikisiyle birlikte ilgili olan markalara uygulanır. Anlaşma hologram markalara ve görsel olarak algılanamayan markalara, örneğin ses markalarına ve koku markalarına uygulanmaz. Yine ortak markalara ve garanti markalarına da uygulanmayacaktır²⁰⁶.

01.01.2005 tarihinde yürürlüğe giren Marka Kanunu Anlaşması'na dayalı olarak çıkarılan Marka Kanunu Anlaşması Uygulama Yönetmeliği ise, 23.09.2004 tarihli ve 25592 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

Türkiye, 14.07.1967 tarihinde Stockholm'de imzalanan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO²⁰⁷) Sözleşmesi'ne taraftır. Bu sözleşmeye katılım, 31.05.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanun'un 3. Maddesine göre Bakanlar Kurulu'nca 14.08.1975 tarihinde kararlaştırılmıştır²⁰⁸. Sözleşmeyle kurulan WIPO, fikrî ve sınai mülkiyetin bütün dünyada korunmasını teşvik etmek, ülkeler ve gerektiğinde diğer uluslararası teşkilatlar arasında işbirliği yaparak fikri mülkiyet haklarını geliştirmek, fikri mülkiyet birlikleri ve ulusal bürolar arasında idari işbirliği sağlamak gibi amaçlarla kurulmuştur²⁰⁹. WIPO, Paris Anlaşması gereği faaliyet gösteren "Büro"nun görevlerini

²⁰⁵ YILMAZ, s.33.

²⁰⁶ SÖYLER, s. 39.

²⁰⁷ "World Intellectual Property Organization". Fr.: "Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle" (OMPI).

²⁰⁸ RG, 19.01.1975, S.1517; YILMAZ, s.23.

²⁰⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §6, Kn.40; Hamdi PINAR: **Uluslararası Rekabette Fikrî Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye**, İstanbul: İTO Yayın No:2004-71, 2004, s. 74. Çevrimiçi: <http://www.ito.org.tr/itoyayin/0000509.pdf> (E.T. 05.02.2016); WIPO, amacıyla ilgili uluslararası anlaşmaların hazırlanması, yürütülmesi, fikri mülkiyet haklarının tüm dünya çapında tanıtılması ve korunması gibi önemli görevler üstlenmiştir. WIPO, bugün itibarıyla 23 anlaşmanın koordinatöründen ve yürütülmesinden sorumludur. Öte yandan bilhassa gelişmekte olan ülkelere, konuya ilişkin yasal düzenlemelerini modernize etmeleri için hukuki ve teknik yardım yapmakta, uzmanlarının yetişmesine yardımcı olmaktadır (KARAHAN vd., s. 25).

devralmıştır²¹⁰. Ayrıca 1974 yılında Birleşmiş Milletlerin uzman kuruluşlarından biri olmuştur²¹¹.

Paris Anlaşması'na üye ülkelerin isteği üzerine, 12.06.1973'de "Markaların Şekil Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırmasını Belirleyen Viyana Anlaşması" hazırlanmış ve 09.08.1985'de yürürlüğe girmiştir²¹². Bu sınıflandırma, şekilleri genelden özele doğru kategori, bölüm ve kısımlara ayırarak hazırlanmıştır²¹³. Viyana Anlaşması da markaların şekilli elemanları açısından tescile genel uygulama kazandıran standartları belirlemektedir²¹⁴

Ülkemiz bu anlaşmayı 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul etmiş ve Anlaşma 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir²¹⁵.

Nihayet, 13-28 Mart 2006 tarihlerinde Singapur'da diplomatik konferans düzenlenmiş ve ülkemizin de taraf olduğu fakat henüz üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği gerekçesiyle yürürlüğe koymadığı Marka Kanunları Hakkında Singapur Anlaşması imzalanmıştır²¹⁶. Bu anlaşma ile görsel olmayan markalar sınıfında ele alınan ses markalarına da anlaşmanın uygulanması kabul edilmiştir²¹⁷.

6. Avrupa Birliği Düzenlemeleri

Avrupa Birliği marka hukuku mevzuatının temelini yönerge ve tüzükler oluşturmaktadır. Zaman içerisinde değişen yönergeler dolaylı olarak, tüzükler ise doğrudan uygulama alanı bularak AB üyesi yahut aday olan ülkeleri etkilemektedir. Tarihsel seyrile bu düzenlemelerin başlıcaları şunlardır.

²¹⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.33; YILMAZ, s.23.

²¹¹ KARAHAN vd., s. 25.

²¹² 01.09.1994 tarihinde anlaşma tadil edilmiştir (YILMAZ, s.32).

²¹³ Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, s.20.

²¹⁴ TEKİNALP, Gümrük Birliği, s.69.

²¹⁵ R.G.13.08,1995, s.22373.

²¹⁶ Gülperi ELDENİZ, Ses ve Koku Markası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.23; KESER, s.31.

²¹⁷ ELDENİZ, s.24; KESER, s.31.

a) Avrupa Birliği Konseyi'nin 89/104 Sayılı Yönergesi

Avrupa Topluluğu Konseyi, 21.12.1988 tarihinde 89/104 sayılı²¹⁸ Yönergeyi kabul etmiştir. Bu yönerge ile Avrupa topluluğuna üye devletlerin markalara ilişkin kanunlarının uyumlu hale getirilmesi amaçlanmıştır. Bu Yönerge'nin Türkiye bakımından önemi büyüktür, çünkü ülkemiz Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyinin 06.03.1995 tarihli ve 1/95 sayılı kararı gereğince mevzuatını 89/104 sayılı Yönerge'ye uygun hale getirmeyi taahhüt etmiştir²¹⁹. Türkiye, bu taahhüdünü 556 sayılı KHK'yi çıkararak yerine getirmiştir. 556 sayılı KHK bu Yönerge ve TRIPS hükümleri dikkate alınarak hazırlanmıştır²²⁰.

Bu yönerge ile üye devletlerin markalara ilişkin mevzuatının mümkün mertebe uyumlu hale getirilmesi amaçlanmıştır. Yönerge'nin 16. maddesinin 1. fıkrasına göre, üye devletler 31.12.1992 tarihine kadar iç hukuk mevzuatlarını yönerge ile uyumlu hale getirmek zorundaydılar²²¹.

89/104 sayılı ve 22.12.1988 tarihli Marka Harmonizasyonu Konsey Yönergesi, 22.10.2008 tarihinde değiştirilerek 2008/95/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi ismini almıştır. Yönerge'de, üye devletlerin çeşitli yönlerden farklılık gösteren marka mevzuatlarının tümüyle birbirine uyumlu hale getirilmesi hedeflenmemiştir²²². Avrupa Birliği'nin sınırlı yetkisi nedeniyle AB Marka Yönergesi'nin uygulama alanı iç pazarın tamamlanması için zorunlu olan hükümler ile sınırlandırılmıştır²²³. Yönerge'de, marka olabilecek işaretler (m. 2), tescile engel durumlar (m. 3-4), marka sahibinin hakları (m. 5), marka hakkının tüketilmesi (m. 7), lisans verilmesi (m. 8), tescil olunan markayı kullanma zorunluluğu (m. 10),

²¹⁸ OJ L 40, 11.2.1989, p. 1.

²¹⁹ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.4; POROY/YASAMAN, s.428, Kn. 435; DURSUN, s.83; Fatih BİLGİLİ: **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s.25; UZUNALLI, s.24.

²²⁰ YILMAZ, s.11; POROY/YASAMAN, s.433, Kn. 438; ARKAN, Marka Hukuku, s.4.

²²¹ Reinhard INGERL/ Christian ROHNKE: "Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz", **NJW**, 1994, Heft 19, s. 1247; Hans Peter KUNZ-HALLSTEIN: "Europaisierung und modernisierung des deutschen warenzeichenrechts", **GRUR Int.** 1990, Heft 9, s. 747'den naklen, YILMAZ, s.10-11, dn.29-30.

²²² Üye devletlerin hukuk sistemlerinde marka hakkına tecavüz halinde uygulanması öngörülen yaptırımlar konusunda büyük farklılıklar olmaması böyle bir düzenlemenin gerekçesi olabilir. Marka hakkına tecavüz halinde açılacak davalar ve usuli işlemler konusunda ülkeler arasında bazı farklılıklar mevcuttur. Bkz.: ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.3, dn.9; Hanife DİRİKKAN; "Tescilli Markayı Kullanma Külfeti", **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul 1998, (s.219-280), s.278.

²²³ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.3, UZUNALLI, s.24, dn.7.

kullanmamanın yaptırımı (m. 11), ortak ve garanti markalar (m. 15) gibi konular düzenlenmiştir²²⁴. Yönerge’de bir markanın tescil edilebilmesi için bir işletmenin mevcut olması şartı aranmamıştır. Böylelikle bir işletmeye sahip olmayan kişilerin de markalarını tescil ettirmeleri mümkün hale gelmiştir²²⁵.

AB Marka Yönergesi’nde yer alan 5.5 maddesinin amacı markanın yalnızca marka hukukuna göre değil, aynı zaman haksız fiil veya haksız rekabet hükümlerine dayanılarak korunması hususunda üye devletlere düzenleme yapma yetkisi tanımak olduğu ifade edilmiştir²²⁶. Üye devletler, Yönerge’yi yürürlüğe sokarak yasal düzenlemelerinin denkleştirilmesi ve uyumlaştırılması için önemli bir adım atmışlardır²²⁷.

b) 40/94 Sayılı Topluluk Marka Tüzüğü

Marka hakkının korunması hususunda Avrupa Birliği içindeki ikinci önemli düzenleme 20.12.1993 tarihli ve 40/94 sayılı²²⁸ “Topluluk Markası Tüzüğü”dür²²⁹. Topluluk Marka Tüzüğü, 26.02 2009 yılında yapılan değişiklikle 207/2009 sayılı Tüzük adını almıştır²³⁰.

Bu tüzükle, Avrupa Birliği düzeyinde aynı hukuki geçerliliğe sahip ve aynı şekilde korunan bir markanın yaratılması hususunda gerekli bütün şekli ve maddi şartları içeren önemli bir adım atılmıştır²³¹. Avrupa Birliği Marka Tüzüğü ile Topluluk Markası (CTM²³²) uygulamaya konulmuş ve Avrupa Birliği Marka Ofisi (OHIM²³³)

²²⁴ KESER, s.35.

²²⁵ INGERL/ROHNKE, s.1248; YILMAZ, s.11; ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.3.

²²⁶ Sabih ARKAN; “Marka Hakkında Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, (Markasal Kullanım), **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2000, C.XX, S.3, s.10; DİRİKKAN, s.278.

²²⁷ ÖZSUNAY, s.128, Gül OKUTAN-NILSONN: “Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof.Dr. Gülseren TEKİNALP’e Armağan, Y.23, S.1-2, İstanbul 2003, s.579

²²⁸ OJ L 11/1, 14.1.1994.

²²⁹ YILMAZ, s.11.

²³⁰ KESER, s.31.

²³¹ ARKAN, Marka Hukuku C.I, s.5; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.55; YILMAZ, s.11-12; FEZER, Internationalen Markenrecht, s.3; Hanife DİRİKKAN; **Tanınmış Markanın Korunması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003, s.10.

²³² “Community Trade Mark”. 2015/2424 nolu Tüzük ile “European Union trade mark” olarak değiştirilmiştir.

²³³ “Office For The Hormanization Of The Internal Market”. 1980 yılından başlayarak uzun yıllar süren çalışmalar neticesinde nihayet 1993 yılında hükümet başkanları düzeyinde yapılan zirvede Topluluk Marka Ofisi (OHIM)’nin, Alicante’de (İspanya) kurulmasına ve İngilizce, Fransızca, Almanca,

oluşturulmuştur. Avrupa Birliği Marka Tüzüğü (40/94 sayılı) ile tek bir tescille Avrupa Birliği düzeyinde korumanın sağlanması amaçlanmıştır²³⁴. Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün 5. maddesi gereğince Paris Sözleşmesine üye ülkelerin vatandaşları da Avrupa Birliği Marka başvurusu yapabilir. Türkiye, Paris Sözleşmesine taraf olduğu için Türk vatandaşları ve Türk şirketleri Avrupa Birliği Markası almak için Avrupa Birliği Marka Ofisine başvurabilirler²³⁵. Tüzükle AB markası oluşturulmadan evvel, bir markanın AB içinde korunabilmesi için, markanın ya üye devletlerde ayrı ayrı tescil edilmiş olması ya da Madrid Anlaşması'na üye devletler bakımından WIPO nezdinde tescil edilmiş olması gerekli idi²³⁶.

Kimlerin Topluluk Markası (CTM) için başvurabileceği tüzüğün 5. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre AB'ye üye ülkelerin gerçek tüzel kişileri ile kamu tüzel kişileri, Paris Konvansiyonu'na ya da Dünya Ticaret Örtüğü Kuruluş anlaşma'na taraf diğer devlet vatandaşları ile Paris Konvansiyonu'na taraf olmayan bir devletin vatandaşı olmakla beraber, AB'de veya Paris Konvansiyonu'na taraf bir devlette ikamet eden veya iş merkezine sahip olan kimseler markalarını OHIM nezdinde tescil ettirerek korumadan faydalanabilirler. Türkiye, hem Paris Konvansiyonu'na hem de Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması (ve eki TRIPS)'na taraf olduğundan, Türk şirketleri veya vatandaşları markalarını OHIM nezdinde tescil ettirebileceklerdir²³⁷.

Eğer bir Türk gerçek veya tüzel kişisi, AB'nin herhangi bir yerinde, yasal ve geçerli bir işyerine sahip ise, AB'de bulunan bu kişi şüphesiz CTM için kendisi başvuru yapabilecektir. Bunun aksi durumda, bu Türk şirketi veya vatandaşı Birlik'te

İspanyolca ve İtalyanca'nın resmi lisan olaak kabulüne karar verilmiştir. Ofis 1 Ocak 1996 tarihinde faaliyete geçmiştir. (ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.5; OYTAÇ, Markalar Hukuku, s.124).

²³⁴ YILMAZ, s.12.

²³⁵ Türkiye 01.02.1995 tarihinde, 1883 tarihli Paris Sözleşmesi'nin 1 ve 12. maddelerine koyduğu çekinceyi kaldırarak sözleşmeye tam taraf olmuştur. Böylelikle Türk gerçek ve tüzel kişileri de topluluk markası başvurusunda bulunabileceklerdir. (Kutlu OYTAÇ; "Avrupa Birliği Markası Nasıl Elde Edilir?", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1996, C.70, S.7-8-9, s. 488.

²³⁶ YILMAZ, s.12.

²³⁷ Türk gerçek veya tüzel kişileri, statü gereği CTM sahibi olabilirler. Ayrıca, AB Paris Konvansiyonu ve TRIPS Antlaşması'na taraf ülkelerin vatandaşları da CTM sahibi olabilirler. Bu iki şarttan birisi sağlanmıyorsa, bu imkan artık mütakabiliyete tabi olur. Yani, bu iki şartı sağlayamayan devletler, CTM sahibi başka devlet vatandaşlarına koruma sağlıyorsa mütakabiliyet esası gereği, CTM sahibi olunabilir. (Juan Suarez MARTIN: İç Pazar Uyumlaştırma Ofisi (OHIM), AB'de Marka Sistemi, Ofis Öncesi Hazırlıklar, **Avrupa Birliği'nde Marka ve Tasarım Koruma Yolları, Seminer Kayıtları**, 23-24 Haziran 2003, , İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayını, No: 2003-46, 2003, s. 59; YILMAZ, s.12.

geçerli bir işyerine veya ikametgâha sahip değilse, bir temsilci atamaları gerekecektir. Bu temsilci, AB içerisinde çalışmakta olan herhangi bir vekil veya serbest avukat olabilir²³⁸.

Görüleceği üzere 40/94 sayılı Tüzük ile koruma talep edilen markaya ilişkin, AB'ye üye devletlerin her birinde ayrı başvuru, ayrı temsilci tayin etmek ve ayrı ayrı dillerde başvuru dilekçeleri hazırlamak yükümlülüğü ve ayrı harç yatırma gibi sorunlar son bulmuştur²³⁹. Bu tüzüğün getirdiği en önemli zorluk ise, AB'ye üye devletlerden herhangi birisine ait ret nedeni tüm AB Bölgesi'nde geçerli bir Topluluk Markası alınmasına engel olabilmektedir²⁴⁰.

556 sayılı KHK' nın hazırlanmasında 40/94 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nden de faydalanılmıştır. Türkiye'de marka olarak tescili mümkün olan işaretlerin tümü AB Markası olarak da tescil edilebilir²⁴¹.

c) Avrupa Birliği Marka Mevzuatında Güncel Gelişmeler

16.12.2015 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin aldığı kararla, 23 ve 24 Aralık 2015 tarihlerinde bir gün arayla AB Resmi Gazetesinde yayınlanan, 2015/2436 sayılı Yönerge²⁴² ile 2015/2424 sayılı Tüzük²⁴³ AB Marka mevzuatında birtakım değişiklikler öngörmüştür. Tüzük 23 Mart 2016'da yürürlüğe girmiştir²⁴⁴. Yönerge ve Tüzük birbiriyle uyumlu kaleme alınmıştır. 2015/2436 sayılı Yönerge'ye kısaca göz attığımızda bazı değişiklikler göze çarpmaktadır.

Yönergenin 3. maddesinde markanın tanımı şöyle verilmektedir. Buna göre;

“Bir marka, işaretin aşağıda sayılan şartları yerine getirmesi koşuluyla, kişi isimleri dahil kelimeler, şekiller, sayılar, renkler, malların veya ambalajlarının şekilleri veya sesler başta olmak üzere her tür işareten oluşabilir:

A. İşaretin, bir işletmenin mallarının veya hizmetlerinin diğer işletmelerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması.

²³⁸ MARTIN, s. 59.

²³⁹ Gülhüda Şerife KOYUNCU; “Markaların Uluslararası Tescili”, **İstanbul Barosu Dergisi fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı**, S.4, İstanbul: 2007, (ss.117-134), s.125.

²⁴⁰ KOYUNCU, s.128.

²⁴¹ KOYUNCU, s.126.

²⁴² OJ. L. 336/1, 23.12.2015.

²⁴³ OJ. L. 341/21, 24.12.2015.

²⁴⁴ <https://oami.europa.eu/ohimportal/en/eu-trade-mark-regulation>, (E.T. 9.2.2016)

B. *İşaretin, yetkili makamların veya kamunun, marka sahibine sağlanan korumanın kesin konusunu anlamalarını sağlayabilecek şekilde sunulmuş olması.”*

Görüleceği üzere yönerge, marka tanımında yer alan “grafik gösterim” zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Grafik gösterimin sunulması marka olmanın şartlarından birisi olmaktan çıkmıştır. Bu durum geleneksel olmayan marka türlerinden bazılarının (koku, tat gibi) tesciline yönelik önemli güçlüklerden birini bertaraf edecektir. Tüzükte ise bu marka tanımına, m.4/1-b’de “the Register of European Union trade marks” ibaresi eklenmiştir. Artık sicilden kastedilen “AB Marka Sicili”dir

Yönerge’de mutlak ret nedenlerini düzenleyen 4. maddeye eklenen (i), (j), (k) ve (l) bentleri ile tescilli coğrafi işaretler, koruma altındaki geleneksel ürün isimleri, geleneksel şarapçılık terimleri ve tescilli bitki çeşidi isminden oluşan markaların tüm üye ülkelerce reddedileceği hükme bağlanmıştır. Bu şekilde, tescilli coğrafi işaretlere, bitki çeşidi isimlerine ve koruma altındaki geleneksel ürün isimlerine, geleneksel şarapçılık terimlerine daha etkin bir koruma sağlanmak istenmiştir²⁴⁵.

Yönerge’nin 4. Maddesinin 2. bendi kapsamında mutlak ret nedenleri ile ilgili olarak takip eden düzenlemeye yer verilmiştir:

“Marka başvurusu, başvuru sahibi tarafından kötü niyetle yapılmış ise marka hükümsüz kılınmaya tabi olacaktır. Her üye ülke bu tip bir markanın tescil edilemeyeceği yönünde düzenleme de yapabilir.”

Direktifin 46. maddesi ile tüm üye ülkelere, tescilli markaların ofis nezdinde hükümsüzlük veya iptalini sağlayacak idari usuller oluşturulması zorunluluğu getirilmektedir. Bu şekilde, tescilli markaların hükümsüzlük veya iptalinin sadece mahkemeler eliyle uzun ve pahalı yollarla gerçekleştirilmesinin önüne geçilecek ve ulusal ofisler nezdinde daha hızlı, basit, ucuz ve etkili usuller oluşturulacaktır²⁴⁶.

²⁴⁵ Önder Erol ÜNSAL; “Avrupa Birliği Marka Mevzuatı Değişiyor – Taslak Direktif ve Taslak Tüzük’le Getirilen Yeni Düzen”, **IPR Gezgini**, (Blog) <http://ipargezgini.org/2015/06/21/avrupa-birligi-marka-mevzuati-degisiyor-taslak-direktif-ve-taslak-tuzukle-getirilen-yeni-duzen/> (E.T. 9.2.2016).

²⁴⁶ ÜNSAL; “Avrupa Birliği Marka Mevzuatı Değişiyor – Taslak Direktif ve Taslak Tüzük’le Getirilen Yeni Düzen”, **IPR Gezgini**,(Blog) <http://ipargezgini.org/2015/06/21/avrupa-birligi-marka-mevzuati-degisiyor-taslak-direktif-ve-taslak-tuzukle-getirilen-yeni-duzen/> (E.T. 9.2.2016).

Yönerge m. 10/3-d'ye eklenen bir cümle ile “tescilli işareti, ticaret unvanı veya şirket ismi (işletme adı) veya bunların bir parçası olarak kullanmanın marka sahibince engellenebileceği” düzenlenmiştir. Aynı maddeye eklenen (f) bendi ile “tescilli işaretin, karşılaştırmalı reklamda Direktif 2006/114²⁴⁷’e aykırı biçimde kullanılması halinde, bu durumun marka sahibince engellenebileceği” hükmü de getirilmektedir.

Ambalaj veya diğer araçların kullanımıyla ilgili olarak hazırlık fiillerini yasaklama hakkı Direktif m.11 uyarınca, malların üzerinde veya hizmetler için kullanılacak ambalajın, etiketlerin, güvenlik amaçlı veya orijinallik gösteren özellik veya cihazların, tescilli marka sahibinin haklarına tecavüz oluşturacağı riskinin ortaya çıkması halinde, tescilli marka sahibine bu tip unsurlar üzerinde markanın kullanılmasını yasaklama hakkı verilmektedir. Bu sayede, mallara uygulanmaları halinde tecavüz oluşturacakları açık olan, etiket, vb. araçların ele geçirilmeleri halindeki, yani tecavüz hazırlığı aşamasındaki, hukuka aykırılık açıklık kazanmıştır²⁴⁸.

207/2009 sayılı tüzüğü değiştiren, 2015/2424 sayılı bu yeni tüzüğün 1. maddesi yeni kavramsal çerçeveyi çizmektedir. Böylelikle OHIM’in yeni adı, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO²⁴⁹) olmuştur. Topluluk Markası ismi bundan sonra Avrupa Birliği Markası (EUTM²⁵⁰) olarak anılacaktır²⁵¹.

²⁴⁷ OJ. L 376/21, 27.12.2006

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0021:0027:EN:PDF>
(E.T. 9.2.2016).

²⁴⁸ ÜNSAL; “Avrupa Birliği Marka Mevzuatı Değişiyor – Taslak Direktif ve Taslak Tüzük’le Getirilen Yeni Düzen”, IPR Gezgini,(Blog) <http://ipargezgini.org/2015/06/21/avrupa-birligi-marka-mevzuati-degisiyor-taslak-direktif-ve-taslak-tuzukle-getirilen-yeni-duzen/> (E.T. 9.2.2016).

²⁴⁹ “European Union Intellectual Property Office”

²⁵⁰ “European Union Trade Mark.”

²⁵¹ “The Amending Regulation will enter into force on 23 March 2016. From that day, the Office will be called the European Union Intellectual Property Office (EUIPO) and the Community trade mark will be called the European Union trade mark.” Bkz.: <https://oami.europa.eu/ohimportal/en/eu-trade-mark-regulation>. (E.T. 9.2.2016).

İKİNCİ BÖLÜM

KARIŞTIRILMA İHTİMALİ KAVRAMI ve BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

I. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

A. Kavram

Karıştırılma ihtimali (ya da tehlikesi), bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın, daha önce tescil edilmiş bir marka ile şekil, görünüş, ses, genel izlenim vs. sebeple ya aynı ya da benzer olduğu için, önce tescil edilen markayla aynı olduğu zannını uyandırması tehlikesidir²⁵². Örneğin cam temelli ürünler için “billur” kelimesi önce tescil edilmiş ve fakat sonradan “dillur” kelimesi kullanılmış veya tescil edilmiş ise bu durumda “dillur” markasının “billur” markası zannedilmesi şüphesi “karıştırılma ihtimali” dir. Karıştırılma ihtimali objektif olarak değerlendirilmelidir. Tecavüzcünün karıştırılma tehlikesi oluşturma niyetinin bulunup bulunmadığının ehemmiyeti yoktur²⁵³. Tescilli bir marka ile karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin, aynı veya benzer mallar için tescilinin mümkün olmadığı, bunun mutlak veya nispi red nedeni sayılacağı; marka olarak tescil edilmiş ise markanın hükümsüzlüğü davasının açılacağı ya da böyle bir işaret tescilsiz olarak kullanılırsa tescilli markaya tecavüz oluşturacağı ifade edilmelidir. Yani karıştırılma ihtimali hem bir tescil engeli olurken hem de marka hakkına tecavüz eylemidir²⁵⁴.

556 sayılı KHK’nın sistemi dikkate alındığında markaya tecavüz eylemi; (1) kullanılan işaretin tescil edilmiş markanın aynısı veya onun benzeri olması ve (2)

²⁵² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.18.

²⁵³ BGH, 08.03.1990 T., I ZR 65/88, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1990-03-08/I-ZR-65_88 (25.03.2016); Reinhard, INGERL/Christian, ROHNKE: **Markengesetz**, 2. Bası, München 2003, § 14 Rn. 259.

²⁵⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.18.

tescil edilmiş markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması halinde gerçekleşecektir²⁵⁵.

Eski mevzuatımızda (551 sayılı Markalar Kanunu, TTK vs.) karıştırılma ihtimali yerine kullanılmış olan “iltibas” kavramının kelime anlamı “karıştırılma”, “benzeşim”, “karışıklık”tır²⁵⁶. Yani iltibas, bugün karıştırılma ihtimali olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir²⁵⁷. Hukuki bir terim olarak karıştırılma ise, kişinin kendi fikir ya da sanat eserini yahut işletmesini ve ürünlerini, başkasının önceden var olan ürününe benzetmesi ve bundan ekonomik menfaat sağlamak suretiyle dolaylı veya dolaysız olarak önceki hak veya ürün sahibine zarar vermesi biçiminde, olumsuz bir eylem olarak karşımıza çıkar²⁵⁸.

B. Dar (Klasik) Manada Karıştırılma İhtimali

Karıştırılma ihtimali, bir mal veya hizmetin alıcısı durumunda bulunan kimselerin almayı düşündüğü, duyduğu veya bildiği bir mal veya hizmeti aldığı zannıyla başka bir işletmenin aynı veya benzer malını veya hizmetini alma ihtimali (tehlikesi) ile karşı karşıya olması demektir²⁵⁹. Başka bir ifadeyle, markası nedeniyle belirli bir mal veya hizmeti alma iradesi bulunan bir kimse, o malın veya hizmetin almayı tasarladığı mal veya hizmet olmadığını, başka bir işletmenin aynı veya benzer malı olduğunu bilse, o mal veya hizmeti almayacak olmasına rağmen, marka ile işaret arasında ayniyet veya benzerlik nedeni ile diğer bir işletmeye ait mal ve hizmeti alma tehlikesi ile karşılaşılıyorsa “karıştırılma ihtimali” yahut “karıştırılma” vardır²⁶⁰. Karıştırılma ihtimali, işaretler ile mal ya da hizmetlerin aynılığından veya

²⁵⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.19.

²⁵⁶ Hüseyin ÖZCAN: **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 7. Basım. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993, s.360; <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/Iltib%C3%A2s> (E.T.16.02.2016)

²⁵⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.22.; KÜÇÜKALİ, s.24. DPT’ye göre iltibas yaratmak; başkasına ait markayı , topluca bıraktığı genel izlenimle ilk bakışta kolayca ayırt edilemeyecek kadar benzeterek ve bu suretle iltibas yaratarak yani aldatıcı benzerlik meydana getirecek şekilde benzerini taklit ve tağyir ederek kullanmak anlamına gelir. (<http://www.dpt.com.tr/makale2.asp>, E.T.18.02.2016)

²⁵⁸ Ahmet BATTAL: “Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine ilişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, Y. 2000, s. 16. Canan KÜÇÜKALİ; **Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009, s. 18.

²⁵⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.23.

²⁶⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.23.

benzerliğinden ortaya çıkar²⁶¹. Yani, alıcıya sunulan veya sunulacak olan mal veya hizmetin taşıdığı işaret, alıcının almayı tasarladığı mal veya hizmeti simgeleyen işaretin alıcının zihninde bıraktığı görsel, şekilsel veya anlamsal izlenime veya kulağında kalan sese, o nispette benzemektedir ki, alıcı başka bir işletme tarafından ona sunulan mal veya hizmeti almayı düşündüğü mal veya hizmet zannetmektedir²⁶².

Karıştırılma ihtimalinin varlığı, markaların karıştırılması ve buna bağlı olarak markaların temsil ettiği mal veya hizmetlerin karıştırılması unsurlarının birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Bu durumda alıcılarda malların ya da hizmetlerin aynı işletme tarafından üretildiği ya da piyasaya sürüldüğü düşüncesi oluşabilir²⁶³. Bu dar anlamda işletmelerin karıştırılması anlamına gelir²⁶⁴. Markanın köken belirtme işlevi bakımından karıştırılma ihtimalinde hedef alıcı, mal veya hizmeti sunan işletmenin kimliğinde, dolayısıyla üründe yanılmaktadır. Alıcılar, almayı düşündüğü malın üreticisi işletmeyi tanımakta ve ona güvenmekte yahut işletmeyi tanımaksızın mal veya hizmeti beğenmekte ve marka yoluyla işletmeye ulaşmaktadır. Başka bir marka eğer sözkonusu marka ile aynı veya benzer bir işareti kullanarak, iki işaret arasında karışıklığa neden olup alıcı kitlesini yanıltırsa, bu yanılma bir açıdan işletmede diğer yandan da mal ve hizmette gerçekleşir²⁶⁵.

C. Geniş Manada Karıştırılma İhtimali (Bağlantı Bulunduğu Yanılgısı)

Geniş manada karıştırılma ihtimali ise, markalar arasında veya işaret ile tescilli marka arasında herhangi bir şekilde bağlantı kurulması tehlikesini de içerir²⁶⁶. Alıcıların malları ya da hizmetleri üreten veya piyasaya süren iki ayrı işletmenin varlığının farkında olmakla birlikte, işletmelerden birinin diğeri üzerinde ekonomik,

²⁶¹ David KITCHIN vd. (Llewelyn D. / Mellor, J. / Meade, R. / Moody, S. T. / Keeling, D); **Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names**, 14th Edition, London, 2005, s. 242; Seher AÇIKEL; Mutlak ve Nispi Red Nedenleri Kapsamında Karıştırılma İhtimalinin İncelenmesi, TPE Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, TPE, Ankara: 2008, s. 28.

²⁶² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.23.

²⁶³ Hamdi YASAMAN: “Tanınmış Markalar”, **Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan**, İstanbul: İÜHF Yayını, 1978, s. 699; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.24; Nazmi OCAK, “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı” **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Ankara: BTHAE Yayını, 1998, s. 275.

²⁶⁴ CENGİZ, s.71.

²⁶⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.24.

²⁶⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.25; AÇIKEL, s.29.

finansal ya da ticari olarak etkisi olduğu, işletmeler arasında bu anlamda bir bağlantı olduğunu sanmaları durumunda geniş anlamda karıştırılma ihtimali söz konusudur²⁶⁷. Yani muhatap çevrenin hem işaretleri hem de işletmeleri birbirinden ayırt ettiği, ancak yanlış biçimde işletmeler arasında özel ekonomik bağlantılar veya sıkı örgütsel ilişkiler bulunduğunu varsayması durumudur²⁶⁸. Burada klasik manada bir karıştırılma ihtimali mevcut olmamakla birlikte; marka sahibinin denetim ve gözetimi altında bir üretim ve satışın yapıldığı düşüncesi doğmaktadır²⁶⁹.

İçtihatlarla dayalı olarak karıştırılma ihtimali kavramı, markalar arasında “bağlantı olduğu ihtimali”ni de içerecek şekilde yorumlanarak genişletilmiştir. Bu yöndeki ilk gelişme Benelüks marka hukuku sisteminde ortaya çıkmıştır²⁷⁰.

Benelüks mahkemesi, ilgili yasaya göre karıştırma ve ilişkilendirmenin farklı kavramlar olduğunu ve her ikisinin de sorumluluk için yeterli olduğunu kurala bağlamıştır²⁷¹. Buna göre, markalar arasında herhangi bir şekilde ilişki kurulması ya da yeni markanın eski markayı çağrıştırması dahi benzerlik için yeterli görülecek ve markaların kökeni yani hangi işletmeye ait olduğu konusunda muhatap kitle nezdinde karıştırmaya neden olması şartı aranmayacaktır²⁷².

²⁶⁷ CENGİZ, s.71; DİRİKKAN, s. 164; KÜÇÜKALİ, s. 21.

²⁶⁸ DİRİKKAN, s.166.

²⁶⁹ Markanın lisans sözleşmesine konu edinildiği, marka sahibi ile mal veya hizmeti sunan işletme arasında bir ortaklık bağının bulunduğu şeklinde bir ilişki kurulması ihtimali, geniş anlamda karıştırılma tehlikesi olarak kabul edilebilir. Bkz.: DİRİKKAN, s.166, özellikle dn.12’deki atıflar.

²⁷⁰ OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar, s. 160.

²⁷¹ W.R CORNISH; **Intellectual Property; Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights**, Third Edition, London 1996, s.621.

²⁷² Benelüks Markalar Kanunu’nun 13. maddesinde, bir marka sahibinin kendisinin bir markasal işaretin kullanımından zarar göreceğini ya da maddi kayba uğrayacağını ispatlayabilmesi durumunda, bir başkasınca aynı işaretin kullanılmasını engelleme hakkı olduğu ifade edilmektedir. Geleneksel olarak, bu zarar veya kaybın, markalı mal ve hizmetlerin kaynağına (kökenine) ilişkin karıştırmadan oluştuğu öngörülmekteydi. Fakat 1983’de Julien/Verschuere davasında verilen ve Union kararı olarak da tanımlanan yargı kararı ile Benelüks Mahkemesi, markanın koruma kapsamını genişleterek, bir işaret ile bir marka ortalama bir tüketicinin bağlantı kurmasına yetecek kadar benzeşmekteyse, yasa bakımından aynı kabul edilir, demiştir. Bkz.: OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar, s. 159-166; Kanun’un 1.1.1996’da yürürlüğe giren yeni şeklinde, karıştırılma ihtimalinden bahsedilmeden, marka hakkı sahibine, markanın tescil olduğu malların ve hizmetlerin aynı veya benzeri ile ilgili olarak halkın zihninde marka ile bağlılık kurulmasına neden olabilecek bir işaretin kullanılmasını engelleme yetkisi verilmiştir. (Mansani, s. 831 naklen Sabih ARKAN; “İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (karıştırma) Tehlikesi”, (İşaret), **BATİDER**, 1999, C. 20, S. 2, s. 5, 11, s. 8, dn.13). Benelüks’e özgü olarak, karıştırılma ihtimalinin yerine bağlantı kurulması ihtimali geçmiştir. Bu yönde, artık tüketiciler bir işareti gördüğünde, karıştırmaya dahi eski markayı hatırlıyorsa, markanın kullanımının yasaklanması gündeme gelmiş, eski markanın satım gücü ya da özelliğinin azalabilecek

AB Hukukunda ise, 89/104 sayılı ve onu değiştiren 2008/95 sayılı Yönerge²⁷³’de; işaretin önceki marka ile aynı ya da benzer olması ve markanın üzerinde yer aldığı malların veya hizmetlerin aynı ya da benzer olması sebebiyle toplumun bir kısmında önceki marka ile bağlantı kurulması ihtimalini de içerecek şekilde, karıştırlma ihtimali meydana gelmesi durumunda, markanın tescil edilemeyeceği ya da tescil edilmişse bile hükümsüzlüğünün öne sürülebileceği düzenlenmiştir (m. 4/1-b, 5/1-b)²⁷⁴. Önceki iki yönergeyi değiştiren 16.12.2015 tarihli 2015/2436 sayılı AB Yönergesi’nde ise bağlantı kurulması ihtimalini de içeren karıştırlma ihtimali sadece m. 5/1-b’de nispi ret nedenleri arasında sayılmıştır. Bu düzenlemeler çerçevesinde, “eski markayla bağlantı kurulması ihtimalinin” karıştırlma ihtimalinin içinde mi yoksa ondan ayrı olarak mı ele alınacağı konusu tartiřılmıřtır²⁷⁵.

Bağlantı kurulması ihtimali kavramını geliştiren Benelüks uygulamasında, kavramın karıştırlma ihtimali ile birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü benimsendiğinden ve marka korumasında anımsatmayı içerecek şekilde geniş bir yoruma gidildiğinden, Yönerge hükümlerinin aynı yönde yorumlanıp yorumlanmayacağı tartişma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, söz konusu hüküm dar yorumlanmalı ve bağlantı kurulması ihtimali, markanın köken gösterme işlevinde karışıklığa sebep olması şartına bağlanmalıdır. Bu durumda bağlantı kurulması ihtimali, daha geniş bir kavram olan karıştırlma ihtimalinin alt bir kavramı olarak

durumda olması, yasaklama bakımından yeterli görülmüştür. Bkz.:OYTAÇ, Karşılaştırılmal Markalar, s. 159 vd.

²⁷³ OJ L 299, 8.11.2008.

²⁷⁴ 207/2009 sayılı AB tüzüğü’nün 8/1-b maddesinde de benzer ifadeler şöyle yer almaktadır: “...Önceki markayla ayniyet veya benzerliği ve her iki markanın kapsadığı mal veya hizmetlerdeki ayniyet veya benzerlik nedeniyle önceki markanın koruma kapsamında bulunduğu bölgede halk yönünden düşünsel bağlantı kurma tehlikesi de dahil, karıştırlma tehlikesi bulunuyor ise...” Bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32009R0207> (E.T. 18.02.2016). “if because of its identity with, or similarity to, the earlier trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade marks there exists a likelihood of confusion on the part of the public in the territory in which the earlier trade mark is protected; the likelihood of confusion includes the likelihood of association with the earlier trade mark”. Bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32009R0207> (E.T. 18.02.2016).

²⁷⁵ ARKAN, İşaret, s. 5.

onun kapsamında yer alır²⁷⁶. Diğer bir görüşe göre ise, bağlantı kurulması ihtimali malların ve hizmetlerin kökeni konusunda karışıklığa neden olma şartından bağımsız düşünülmelidir. Buna göre, markanın itibarından yararlanılması ya da ayırt edici gücünün zayıflatılması örneklerinde olduğu gibi, markalar arasında bağlantı kurulması ihtimali, karıştırma ihtimalinden bağımsız olarak da meydana gelebilir. Bağlantı kurulması ihtimali, karıştırılma ihtimalinden daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir²⁷⁷.

Alman Federal Mahkemesi ise Yönergeye ilişkin doğrudan bir yorumda bulunmayarak, Sabel IB v. Puma AG davasında karıştırma tehlikesinin bir markanın önceki bir marka ile arasında bağlantı kurulması ihtimalini içerip içermediğine ilişkin yorumun ne konuda önemli olduğu sorusunu Avrupa Adalet Divanı (ABAD)’na yöneltmiştir. ABAD 11 Kasım 1997 tarihli söz konusu kararında, sonuç olarak; Yönerge’nin 4/1-b maddesinde bahsedilen bağlantı kurulması ihtimalinin, karıştırılma ihtimalinin alternatifi olmadığı, söz konusu ifadenin karıştırılma ihtimalinin kapsamını belirlemeye hizmet ettiği belirtilmiştir²⁷⁸. Bu bakımdan bağlantı kurulması ihtimali,

²⁷⁶ Rolf SACK, “Doppelidentität” und “gedankliches Inverbindungbringen” im neuen deutschen und europäischen Markenrecht, **GRUR**, 1996, s. 664-665; UYSAL, s.121-122; MANSAL, s.831’den naklen ARKAN, İşaret, s. 6, dn. 3.

²⁷⁷ ARKAN, İşaret, s.7. İngiliz Yüksek Mahkemesi’nin 1995 yılında verdiği kararda, Yönerge’nin 5/1-b maddesi doğrultusunda hazırlanan 1994 tarihli Markalar Kanunu’nun (Trade Marks Act) 10/2 inci maddesinde öngörülen korumanın, eski düzenlemedeki gibi, markanın yalnız kaynak gösterme işlevinde karışıklığı engellemek amacına mı yönelik olduğu, yoksa daha geniş bir düzenleme getirerek, mallar ve hizmetlerin kaynağında karışıklığa neden olmaksızın markalar arasında bağlantı kurulması ihtimalini önlemeye dönük bir düzenleme mi olduğu tartışılmıştır. Kararda, Yönerge’de bu yönde açık bir düzenlemenin olmadığı ve Yönerge ile öngörülen korumanın özellikle kaynak (köken) belirtme işlevine yönelik olduğu ifade edilmiş ve bağlantı kurulması ihtimalinin bağımsız şekilde değerlendirilmesinin marka hakkının koruma çevresinin geçerli bir ekonomik gerekçe gösterilmeden genişletilmesine neden olacağı belirtilmiştir. (Waggamama v. City Centre Restaurants Ltd. Davası) Karar için bkz.: [1995] FSR 713, bkz: http://www.peteryu.com/intip_msu/wagamama.pdf (02.03.2016); Paul TORREMANS/Jon HOLYOAK: **Intellectual Property Law**, London: Butterworths, 1998, s. 377; OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar, s. 160, dn. 133. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme 1994 tarihli Markalar Kanunu’nun ilgili hükümleri çerçevesinde karıştırılma ihtimalinin, Benelüks ülkelerinin yaklaşımının tersine, geniş yorumlanamayacağına ve markalar arasındaki benzerliğin, markanın kaynak gösterme işlevinden bağımsız yorumlanamayacağına hükmetmiştir (AÇIKEL, s.31).

²⁷⁸ “Önceki markayla çatışır nitelikte olan diğer tescil engelleri veya geçersizlik hallerini tanımlayan Yönergenin 4. maddesi, fıkra 1 bent b’de, bir marka, eğer gerek markaların gerek ise kapsamlarındaki mal veya hizmetlerin aynıyet veya benzerliği nedeniyle düşünsel bağlantı kurma tehlikesi dahil olmak üzere halk tarafından karıştırılma tehlikesi bulunuyor ise, önceki markayla çatışma halinde olduğunu öngörmektedir.” (ABAD, Case no: C-251/95, 11.11.1997, **Sabel v. Puma kararı**, paragraf 18; European Court reports 1997 Page I-06191) www.curia.eu.int. Kararın özeti için bkz.: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0251\(E.T.19.02.2016\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0251(E.T.19.02.2016)). “Bu nedenle ön meseleye ilişkin sorunun şu şekilde cevaplandırılması gerekir; ilgili kesimin iki marka arasında anlamsal içeriğe ilişkin uyuşan salt çağrışımsal bağlantı kurması, başlı başına Yönerge madde 4 fıkra 1 bent b anlamında “markanın, önceki markayla düşünsel bağlantı kurma tehlikesi dahil olmak üzere,

karıştırılma ihtimalinden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmeyecektir. Karara göre, markaların dolayısıyla mal ve hizmetlerin hangi işletmeden kaynaklandığı konusunda karıştırılma tehlikesinin söz konusu olmadığı durumlarda, Yönerge'nin 4/1-b hükmü uygulanamayacaktır²⁷⁹. Ve fakat marka ile işaret arasında bağlantı kurulması ihtimali, karıştırılma ihtimalinin kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacak hususlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır²⁸⁰.

Bizde ise, 556 sayılı KHK, "karıştırılma ihtimali" kavramına "işaretle tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali" halini de ekleyerek kavramı genişletmiştir. Yani, tescilli marka ile mütecaviz tarafından kullanılan işaret arasında "bağlantı olduğu ihtimali" varsa iki işaret arasında "karıştırılma ihtimali"nin var olabileceği kabul edilmiştir. KHK m. 9/1- b'de; marka sahibinin, "tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılmasını" da yasaklayabileceği ifade edilmiştir²⁸¹. Buna göre "bağlantı ihtimali" bir bakıma "karıştırılma ihtimali"nin bir şeklini teşkil etmektedir²⁸². Dolayısı ile düzenleme bakımından bağlantı ihtimali kavramı karıştırılma ihtimalinin tespitinde

...karıştırılma tehlikesi..." niteliğinde değildir." (ABAD, C-251/95, 11.11.1997, **Sabel v. Puma kararı**, paragraf 32; European Court reports 1997 Page I-06191) [www.curia.eu.int](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0251). Karar özeti için bkz.:<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0251> (E.T.21.02.2016).

²⁷⁹ Mahkeme'nin bu kararıyla da konuya ilişkin tartışmalar sona ermemiş ve karar doktrinde farklı yorumlara neden olmuştur. *Fezer*, mahkemenin, karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde markanın tanınmışlık düzeyi üzerinde de durmasının, markanın çekici gücünün, reklam değerinin korunmasının da, karıştırılma ihtimaline karşı korumanın içinde yer aldığını gösterdiğini ifade etmektedir. Yazarın hareket noktası, ilgili kararda, karıştırılma ihtimaline karşı korumanın markanın malların veya hizmetlerin kaynağını gösterme işlevi ile sınırlı olduğu yönünde bir ifadeye yer verilmemiş olmasıdır. Tüm bunlardan hareketle yazar, AB Hukuku'nda kaynak itibariyle karıştırmadan bağımsız bir karıştırılma tehlikesinin (ihtimalinin) kabul edilmiş olduğu sonucuna varmıştır. (Karl-Heinz, FEZER: Erste Grundsätze des EuGH zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr-oder: "Wie weit springt die Raubkatze?", **NJW**, 1998, 713, 716; Bkz.: beck-online DIE DATENBANK: <https://beck-online.beck.de>; ARKAN, İşaret, s. 10) *Mannen* de, verilen kararla bağlantı ihtimali kavramının hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulmadığını, ancak kararda yer alan bağlantı ihtimali kavramının karıştırılma ihtimalinin kapsamının daha iyi belirlenmesi amacıyla yönelik olduğu yolundaki ifadenin, Benelüks devletlerinin görüşüne itibar edildiği şeklinde yorumlanabileceğini ve sorunun, Yönerge'nin bir uzlaşmayı ifade eden ve kendi içinde çelişkili olan 4/1-b maddesinin lafzı esas alınarak çözümlenemeyeceğini ileri sürmektedir. (Willem Von MANEN, Assoziationsgefahr, "Raubkatzen" Urteil des EuGH and Benelux- Markenrecht, **GRUR Int**, 1998, 471, s.473'den naklen, ARKAN, İşaret, s. 10-11; Sevgi EPÇELİ; **Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006, s.4.

²⁸⁰ AÇIKEL, s.32; EPÇELİ, s. 6.

²⁸¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.25; EPÇELİ, s.2.

²⁸² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.25.

göz önünde bulundurulması gerekli olan, ondan bağımsız bir anlam ifade etmeyen bir unsurdur²⁸³.

TPE tarafından hazırlanan “Markalar Kanunu Tasarısı”²⁸⁴nda benzer hükümlere yer verildiği görülmektedir. Tasarının 8/I-b ve 9/I-b maddelerinde ve yine Sınai Mülkiyet Kanun Tasarısı m. 6/(1)’de; işaret ile önceki marka arasında ilişkilendirilme olasılığını da kapsayacak şekilde halk nezdinde karıştırılma ihtimalinin varlığı, nispi red nedeni ve marka hakkına tecavüz olarak düzenlenmektedir.

Kısaca 556 sayılı KHK’nın koruma kapsamını belirleyen 9/1-b maddesinde markaların karıştırılması ihtimali, markalar arasında bağlantı bulunması ihtimalini de içerecek şekilde ifade edilmiştir. 556 sayılı KHK’nın 8/I-b bendinde de benzer düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeler 89/104 sayılı Yönerge’nin 4/1-b ve 5/1-b maddelerinden alınmıştır.

II. BENZER KAVRAMLAR

A. İltibas ve İktibas

Karıştırılma ihtimali ile bağlantılı olarak, marka ile işaret arasında benzerlik, özdeşlik, taklit ve aynılık yönünden; (1) marka hakkı sahibinin markasının aynen kullanılması, “iktibas”; buna karşılık, (2) başkasının hak sahibi olduğu markanın toplumca karıştırılabilecek biçimde benzerinin kullanılması, “iltibas” olarak ifade edilmektedir. İktibas veya iltibas, markanın tüm unsurları yönünden olabileceği gibi, belirli unsurları açısından da meydana gelebilir²⁸⁵. Ancak marka ve işaretlerin

²⁸³ EPÇELİ, s.6.

²⁸⁴<http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/72B4960E-55EC-432B-9D15-9408083EBF03.pdf> (E.T. 19.02.2016); DERİCİOĞLU, s. 45.

²⁸⁵ DİRİKKAN, s. 174; ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 99; ARKAN, Ticari İşletme, 2015, s. 310; OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar, s. 17.

benzerliğinin tespitinde münferit unsurlardan ziyade, genel görünüm yani bütünsel benzerlik dikkate alınacaktır²⁸⁶.

İktibas bir ürünün aynısını yapma, başkasının bir hizmetinin yahut faaliyetinin benimsenip aynı şekilde kullanılmasıdır. İktibasta ürünün aynen kopyalanması gerekmeyp, önemli birtakım parçalarının veya unsurlarının aynen kullanılması da yeterlidir²⁸⁷. İktibas suretiyle haksız rekabette, malın karıştırılması tehlikesini önlemek için kullananın hiçbir girişimde bulunmaması gerektiği ileri sürülmüştür²⁸⁸. Fakat hemen belirtmeli ki iktibas suretiyle haksız rekabetin varlığı için kusurun varlığına gerek yoktur²⁸⁹. Kısmi veya tümüyle yapılan iktibas, amaca uygun ve dürüstlük kuralının ihlal edilmemesi suretiyle gerçekleşmiş olmalıdır. Dürüstlük kuralının haklı göstereceği ölçüde KHK m. 12 ve FSEK m. 35 alıntıya (iktibasa) izin vermektedir. Fakat FSEK'teki düzenleme çerçevesinde serbest iktibastan söz edebilmek için, iktibasın eser ve sahibinin adı ile eserde alıntılanan yerin gösterilerek yapılması ve alıntının normal ölçüyü aşmaması gerekir²⁹⁰.

Yukarıda ifade edildiği üzere iltibas, “iki veya daha çok şeyin biri, öteki sanılacak surette birbirine benzemesi” manasına gelir²⁹¹ ve birebir kopya etme veya hedef kitle zihninde karışıklık meydana getirecek şekilde benzerlik yaratma biçiminde ortaya çıkar²⁹². Kelime anlamı olarak “ilk bakışta ayırt edilemeyecek benzerlik” olarak da tanımlanmaktadır²⁹³.

²⁸⁶ ARSEVEN, s. 142; KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 93. 551 sayılı mülga Markalar Kanunu m.7 şöyledir: “Herhangi bir işaretin marka olarak tescil edilip edilemeyeceğinin tayininde münferit unsurlardan ziyade, markanın bir bütün olarak bıraktığı genel intiba nazara alınır”.

²⁸⁷ KÜÇÜKALİ, s. 23.

²⁸⁸ Ömer TEOMAN; **Yaşayan Ticaret Hukuku Cilt 1, Hukuki Mütalaalar**, Kitap 5, İstanbul: BTHAE, 1992-1993, s. 10; CENGİZ, s. 8.

²⁸⁹ Kusurun varlığı, zarar ve ziyanın tazmini talebinin varlığı halinde, bu talebin karşılanıp karşılanmayacağı ve ne oranda karşılanacağı hususunda belirleyici olacaktır.

²⁹⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §13, Kn.7-8; KÜÇÜKALİ, s.23.

²⁹¹ Ferit DEVELLİOĞLU; **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Ankara: Aydın Kitapevi, 2015, s.430.

²⁹² Hilmi ERGÜNEY; **Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar**, İstanbul: Yenilik Basımevi, 1973, s.219; Ernest HIRSCH; **Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948, s.160; Haydar ARSEVEN; **Nazari ve Tatbiki Alamet-i Farika Hukuku**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1951, s.140.

²⁹³ İrfan DÖNMEZ; **Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 1987, s.178.

İltibas kavramı bugün varlığını “karıştırılma ihtimali (tehlikesi) olarak sürdürmektedir²⁹⁴. Fakat önceki mevzuatımız bakımından iltibas kavramının kapsamı ve unsurları biraz farklı idi. Bu bakımdan 551 sayılı Markalar Kanunu ve 6762 sayılı 29.06.1956 kabul tarihli Türk Ticaret Kanunu²⁹⁵,’nun iltibasa ilişkin maddeleri değerlendirilmelidir.

Kararname öncesinde yürürlükte bulunan 551 sayılı mülga Markalar Kanunu’nun 47. maddesinde²⁹⁶; tescilli bir markanın biçim, anlam veya bunlardan birisi itibarı ile eşini ya da ebat veya renk itibarı ile ya da dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak şekilde değiştirilmiş şeklini kullanan kişinin markayı aynen kullanmış sayılacağı belirtilmekteydi. Yine, tescilli bir marka ile toplu olarak bıraktığı genel izlenim nedeni ile ilk bakışta ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanarak iltibasa neden olacak şekilde bir markayı kullanan kişinin markanın benzerini kullanmış sayılacağı öngörülmüştü. Fakat yeni düzenlemede “benzerlik” ve “karıştırılma ihtimali” kavramları mevcutken, “aynen kullanma” kavramı yer almamaktadır²⁹⁷. 556 sayılı KHK’da hem mutlak ve nisbi red nedenlerine (m. 7, 8), hem de marka hakkına tecavüz hallerine ilişkin düzenlemede (m. 9, 61) “benzer” kelimesine yer verilmiştir. Başkasının hak sahibi olduğu bir markanın alıcıların karıştırmalarına neden olacak surette benzerinin kullanılması iltibas suretiyle marka hakkına tecavüze neden olur²⁹⁸. İltibas suretiyle marka hakkı tecavüzlerinde “aynen kullanma” söz konusu olduğundan alıcılar markayı kolaylıkla karıştırır²⁹⁹.

6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu m.57/5 düzenlemesi; başkasının emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya işletmesiyle iltibas meydana getirmeyi ve

²⁹⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.22.

²⁹⁵ RG. 09.07.1956, S. 9353.

²⁹⁶ “551 sayılı MK, m.47/I-a: Hak sahiplerinden gayri kişiler tarafından markaların veya benzerlerinin kullanılması, (marka hakkına tecavüz sayılır). Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibarıyla eşini veya ebat yahut renk itibarıyla veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış sayılır. Başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibarıyla ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış sayılır.”

²⁹⁷ Tekinalp’e göre: KHK’da yer alan “aynı işaret” ile “markanın aynı” ibareleri Markalar Kanunu’nda geçen “markayı aynen kullanma” kavramından tamamen farklıdır. Bu nedenle markalar Kanunun zamanında “markayı aynen kullanma” ile ilgili içtihatlar geçerliliklerini yitirmişlerdir. Bkz.: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.20-21.

²⁹⁸ CENGİZ, s.8.

²⁹⁹ OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar, s. 303.

buna müsait tedbirlere başvurmayı rekabetin suistimali olarak kabul etmekte olup; bu bakımdan haksız rekabete maruz kalan tacirin bunu yapana karşı yasada öngörülen biçimde korunma ve dava hakkı olduğunu ifade etmiştir.

Yukarıda açıkladığımız üç farklı düzenleme dikkate alındığında, 556 sayılı KHK'daki “karıştırılma ihtimali” kavramı, 551 sayılı markalar Kanunu’na ve 6762 sayılı TTK’da kullanılan “iltibas” kavramına göre daha geniş bir kavramdır³⁰⁰. Şöyle ki; iltibasta halk, marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanılgısına düşmektedir. Yani düşündüğü, tasarladığı işletmenin malını aldığını zannederken iltibas sonucu başka bir işletmenin malını almaktadır. “Karıştırılma ihtimalinde” ise, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde, herhangi bir nedenle bir bağlantı kurması yeterlidir. Çünkü yürürlükteki hukuka göre görsel, biçimsel ve işitsel benzerlik olmasa bile, halkın iki işaret arasında herhangi bir nedenle bağlantı kurması “karıştırılma ihtimali”nin varlığı için yeterli olabilmektedir³⁰¹.

Bilhassa tanınmış markalarda kullanılan işaretin “eski markanın yerine geçer, onun kadar iyi”, biçiminde bir mesaj iletmesi ile halkın işaretin kullanıldığı mal ve hizmetleri veya işletmeleri karıştırması veya aralarında bağlantı olduğu izlenimine kapılması söz konusu olmasa bile, karıştırma olmadan eski markanın tanınmışlığından faydalanma söz konusu olur³⁰². Karşılaştırmalı reklam kapsamında da karşılaşılan bu durumda haksız rekabet yahut tanınmış markaya tecavüz meydana gelmekte, ancak karıştırılma ihtimali oluşmamaktadır³⁰³.

6102 sayılı 13.01.2011 kabul tarihli yeni TTK³⁰⁴ m.55/1-a (4)’e göre ise:

³⁰⁰ Fakat geçmiş dönemde Markalar Kanunu’na göre oluşan içtihatların hala geçerli olup olmadığı sorusuna *Tekinalp*, “aynen kullanma” ile ilgili içtihatlar geçerliğini yitirirken, iltibasın tespitinde kullanılan ilkelerin geçerliliğini koruduğunu, bunlara “karıştırılma ihtimali”nin gerekli kıldığı yeni bir takım ilkelerin eklendiğini, ifade etmektedir. (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.21-22). Aynı yönde bkz.: KARAHAN, Hükümsüzlük, s.92.

³⁰¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.19.

³⁰² Bu durum marka taklidinin bir şekli olarak görülmüştür. Rakibin markasını aynen alarak ve ancak buna “sisteminde”, “tarzında”, “nevinde”, “tipinde” gibi ilave bir sözcük ekleyerek yapılmaktadır. Örneğin “valda pastilleri” taklid edilerek “valda nevinde mentol” ibaresi kullanılmaktadır. Fransa’da Nevers mahkemesi 15.04.1907 tarihli bir kararında “...bir markanın bu şartlar altında kullanılması malın menşe ve ayniyeti bakımından bir aldatma.. olduğunu” belirtmiştir. Bkz.: ARSEVEN, s. 139-140.

³⁰³ KÜÇÜKALİ, s.20-21.

³⁰⁴ RG. 14.2.2011 S. 27846.

“başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak”, haksız rekabet oluşturur.

Burada iltibas yerine “karıştırılma” kelimesi kullanılmıştır. Fakat eski düzenleme ile arasında sonuç itibariyle bir fark yoktur. Sadece düzenlemenin ifade olarak sadeleştirildiği görülmektedir. Madde gerekçesinde 556 sayılı KHK’da geçen “karıştırılma” teriminin öğretisi ve içtihatlarda yaygınlaşmaya başladığı, bu nedenle “iltibas” terimi yerine tercih edildiği ifade edilmiştir³⁰⁵. Bu düzenlemede de iltibas yahut karıştırılma kavramının kapsamı KHK’ya göre daha dar kaleme alınmıştır. Taklit yahut aşırma olarak niteleyebileceğimiz diğer bir durum da m.55/I-c (3)’te düzenlenmiş ve başkasının pazarlamaya hazır ürününün taklit edilerek kullanılması yasaklanmıştır.

Son olarak eski öğretisi ve içtihatlarda kendine yer edinen “taklit” ve “tağyir” kavramlarına değinilmelidir. Alamenti Farika Nizamnamesi, marka hakkının ihlallerini iki kısımda ele almaktaydı. Bunların ilki taklit (contrefaçon) diğeri ise tağyir (imitation) dir. Her ikisi de tescilli markaların bir haksız fiil ile ihlalden ibarettir. Taklit, markanın aynen veya aynen denecek kadar benzeri bir şekilde rakipler tarafından kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesidir. Tağyir ise, markanın değiştirilerek, farklılaştırılarak kullanılmasıdır³⁰⁶. Taklit, bir markayı oluşturan harf, rakam ve şekillerin aynen çağıtılması (teksiri) yani taklit edilmesidir. Fakat iltibasa meydan verecek şekilde bir değişikliğe tabi tutulması halinde, taklitten değil tağyirden bahsedilebilir³⁰⁷. Yürürlükte bulunan 556 sayılı KHK bakımından da benzer bir durum söz konusudur: Eğer markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması sözkonusu ise markanın taklidinden; eğer markanın benzeri kullanıldı ise iltibastan yani karıştırılma ihtimalinden söz edilecektir³⁰⁸. Fakat terim olarak 556 sayılı KHK’nın 61 vd. düzenlemesinde markanın taklidinden bahsedilmekle, marka hakkına tecavüze ilişkin düzenleme bakımından iltibas ve iltibastan sonuç itibariyle bazı hususlarda farklılaşan bir tanımlamaya gidildiği söylenebilir³⁰⁹.

³⁰⁵ Gerekçe, s.18. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (E.T. 24.02.2016).

³⁰⁶ ARSEVEN, s.135.

³⁰⁷ Bu hususta geniş bilgi için bkz.: ARSEVEN, s.136 vd.

³⁰⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §30, Kn. 13; §27, Kn.7; KÜÇÜKALİ, s.33,35.

³⁰⁹ Bkz.: İleride İkinci Bölüm, III, A, 5.

B. Haksız Rekabet

Rakipler arasındaki rekabetin amacı dışına taşırılması, “haksız rekabet” kavramını doğurmuştur³¹⁰. Bir haksız fiil olan “haksız rekabet” hallerine ilişkin düzenlemeler, BK³¹¹ m.57 ve TTK m.54 vd. hükümlerinde yer almaktadır. TTK’da yapılan düzenlemenin amacı, tacirleri kötü niyetli davranışlarla birbirlerine karşı üstünlük kurmaya çalışmalarını önlemek ve bu gibi davranışlardan tacirler ile müşteri ve tüketicileri korumaktır³¹². Taraflar tacir değilse, bu takdirde BK’nın 57. maddesi hükümlerine başvurmak gerekecektir. Çünkü bu madde tarafların tacir olması şartını aramamıştır. İktisadi hayatta faaliyette bulunan kişilere tacir olmasalar bile (ekonomik kazanç maksadı gütmeyen vakıf işletmesi vs.) haksız rekabet hükümlerine dayanarak dava açma hakkı tanımıştır³¹³.

TTK m.55/I-a,(4)’e göre, başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yönelik önlemler alınması, dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet teşkil eder³¹⁴. Bu hüküm, 6762 sayılı TTK’nın bu düzenlemeye karşılık gelen 57. maddesinin 5. bendi hükmü ile özdeş olmasına rağmen, lafız olarak farklıdır³¹⁵. Yukarıda belirtildiği üzere yeni düzenlemede “iltibas” kavramı yerine “karıştırılma”

³¹⁰ ARKAN, Ticari İşletme, s. 309 vd.; Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI: **Ticaret Hukuku Bilgisi**, Bursa: Dora Yayınları, 2014, s. 129 vd.; ÜLGİN vd., s. 519 vd., Kn. 1121 vd.; POROY/YASAMAN, s. 301, Kn.338 vd.; Ali YAŞAR; **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bakımından Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları Üzerinde Hak Sahipliği**, İstanbul: On İki levha Yayıncılık, 2011, s. 40.

³¹¹ 6098 sayılı 11.01.2011 kabul tarihli RG. 4.2.2011 S.27836.

³¹² İ.Yılmaz ASLAN; **Rekabet Hukuku Dersleri**, Bursa 2006, s.13; YAŞAR, s.41.

³¹³ ARSEVEN, s.134.

³¹⁴ “...Ayakkabıya ait bir markanın tescil belgesinde, taban şekli ve deseni de tescil edilmiş olmakla, bu şekil ve desen de hukuken korunmaya değer bir marka işareti kazandığı gözetilerek, bu markaya tecavüz TTK m. 57/5 anlamında bir haksız rekabettir” (11.HD 27.6.2000 E. 4387 K. 6071)

³¹⁵ TTK m.55/I-a (4)’ün gerekçesinde: 6762 Sayılı Kanun hükmü; başkasının “ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları ile iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları” ifadesine yer vermiştir. Oysa maddede geçen ayırt edici işaretlere ilişkin karıştırılma koşul, hüküm ve sonuçlarıyla birlikte kendi özel kanun hükmünde kararnamelerinde, yani 556 sayılı KHK, 554 sayılı KHK, 555 sayılı KHK’da ve unvanla ilgili olarak TTK’da ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğini; burada tekrar edilmeleri hem gereksiz olduğunu hem de yorum güçlüklerine sebep olduğunu ifade etmiştir. Anılan cümle lafızlarının burada yer almaları, haksız rekabete ilişkin hükümlerin fikri ve sınai mülkiyete ilişkin düzenlemelerde kümülatif koruma sağlaması bakımından da gerekli görülemez, denmektedir. (Gerekçe, s.19. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (E:T. 24.02.2016). “Alameti Farika Tüzüğü’nün uygulandığı bir davada TTK 57 ve 58. maddeleri hükümlerinin uygulanması istenemez” (HGK 22.11.1965 E. 152 K. 318) (Gönen ERİŞ; **Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004, s. 1075); “...Davacı sözcüğü marka olarak tescil ettirmiş olduğundan, bu marka terkin ve iptal ettirilmedikçe, Markalar Kanunu’nun Koruması altındadır” (HGK 20.4.1994 E. 11-965, K. 252; ERİŞ, s. 1077)

ibaresi kullanılmıştır³¹⁶. İltibas, haksız rekabetin önemli başlıklarından yahut kurumlarından biridir. İş mahsulleri ve diğer adlar bakımından da haksız kullanımı ve tecavüzü engeller³¹⁷. “Karıştırılma”, yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı da içerir. Düzenleme, karıştırılmayı dış görünüş ve duyuru bağlamında ele alır³¹⁸. Diğer ifadeyle, iç benzerlikten doğan karıştırılma, örneğin, elektrik (entegre) devrenin benzerliği hükmün kapsamı dışındadır³¹⁹. Yine TTK m. 55/I-8(3) düzenlemesine göre, kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle elde edip onlardan faydalanma şeklindeki eylem başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz faydalanma olarak kabul edilerek, dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabet olduğu ifade olunmuştur³²⁰. Bu da bir nevi başkasının ürününü taklitdir.

Netice olarak, bir kişinin belirli bir mal ve hizmet için tescil ettirmek veya belirli bir mal üzerinde tescilsiz olarak kullanmak suretiyle hak sahibi olduğu bir markanın, adın, unvanın veya işaretin aynının veya alıcı kitlenin karıştırmalarına neden olacak şekilde benzerinin başkaları tarafından aynı veya benzer mal ve hizmetler için tescil ettirilmesi veya aynı mallar üzerinde tescilsiz olarak kullanılması ve başkasının mallarıyla veya iş mahsulleriyle veya ticari işletmesiyle iltibas yaratmak suretiyle karıştırma meydana getirmesi halinde marka hakkına tecavüz yanında ayrıca haksız rekabetin varlığı da kabul edilecektir³²¹. Haksız rekabetin varlığı için kusur şart olmayıp; kusur bunun sonucunda doğmuş olan zarar ve ziyanın tazmini talebi bakımından bulunması gereken bir unsurdur³²². Haksız rekabete ilişkin hükümler ile 556 sayılı KHK hükümleri aynı tecavüz eylemi için aynı anda (birlikte) geçerliliklerini korumaktadır.

³¹⁶ Mustafa CAN; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet”, **TBB Dergisi**, S.69, Y. 2007, s. 160.

³¹⁷ DÖNMEZ, s.137.

³¹⁸ Gerekçe, s. 18, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (E:T. 24.02.2016).

³¹⁹ Gerekçe, s.19, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (E:T. 24.02.2016); CAN, s.160.

³²⁰ Bu madde de pazarlanmaya hazır bir mahsülün kopyalanması veya ondan ciddi oranda faydalanılması öngörülmüştür. Bu durumda bir ürünün tasarımı ve prototipi haksız olarak ele geçirilerek aynen kullanılmakta ve taklit edilmektedir.

³²¹ Hatice Özge DEMİR; TTK’daki “İltibas” ile 556 s. KHK’deki “Karıştırılma İhtimali” Kavramlarının Karşılaştırılması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s.12.

³²² KÜÇÜKALİ, s.25; İsmail DOĞANAY, **Ticaret Kanunu Şerhi**, C. I, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004, s.366.

III. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ'NE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

A. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Karıştırılma İhtimali

1. Genel Olarak

Karıştırılma ihtimali 556 sayılı KHK'da hem bir tescil engeli (KHK m. 7, 8), hem de bir tecavüz eylemi (KHK m. 9, 61) olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte tescile mani bir engelin varlığına rağmen her nasılsa marka tescili gerçekleşmiş ise, yetkili mahkemeler huzurunda ilgili kişiler tarafından süresinde yapılacak talep ile söz konusu markanın hükümsüzlüğü dava konusu edilebilir (KHK m. 42)³²³. Ayrıca karıştırılma ihtimali olan bir işaretin, tescilli ya da tescilsiz kullanımı marka sahibinin haklarına tecavüz fiilini oluşturacağından, KHK m.61 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunan yasal yollara da başvurulabilir³²⁴.

Marka hakkının ihlali için markalar arasında karıştırılma ihtimali olmasa dahi KHK'nın 9. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 1/b bendi, tescilli marka arasında bağlantı kurma ihtimali de dahil karıştırılma tehlikesine değinmekteydi. Karıştırılma ihtimali için bağlantı kurma olasılığı yeterlidir³²⁵. ABAD kararlarında da markanın belirli bir tanınmışlığa sahip olması varsayımında, halkın benzer olmayan mal ve hizmetler bakımından dahi iki marka arasında bir bağlantı kuracağı ve netice itibarıyla önceki markanın zarar göreceği belirtilmektedir³²⁶.

Korunma, 556 sayılı KHK'nın 6. maddesi uyarınca markanın tescili ile üçüncü kişiler yönünden ise, KHK'nın 9. maddesinin 3. fıkrası gereği tescilin ilan edilmesi ile başlar³²⁷. Fakat önceden dava açmak mümkündür. Bu takdirde mahkeme tescil konusunu bekletici mesele yapmalı ve tescilin ilanından önce karar vermemelidir. Üçüncü kişiler tarafından tescilli bir marka, dürüstlük kuralı ihlal

³²³ AÇIKEL, s. 44-45; EPÇELİ, s.7.

³²⁴ EPÇELİ, s.7.

³²⁵ KÜÇÜKALİ, s.30.

³²⁶ YASAMAN, Mütalaalar, C. I, s. 37; ECJ, C-375/97, 14. 09. 1999, General Motors Corporation-Yplon SA (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-375/97-E.T.22.03.2016>) ; Bkz.: YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 375.

³²⁷ KÜÇÜKALİ, s.30.

edilmediği sürece, sahibinin izni olmadan da kullanılabilir. Mal ve ambalaj marka ile birlikte tescil edildiğinde, mal ve ambalaj üzerinde inhisari hak doğmaz. Marka sahibine tanınan inhisari ve mutlak hakkın üçüncü kişilerin ticari faaliyetlerini kısıtlamaması amacıyla 556 sayılı KHK'nın 9 ve 12. maddesinde böyle bir istisna düzenlenmiştir. Buradaki inhisari hakkın mevcudiyeti konusunda doktrinde değişik görüşler mevcuttur³²⁸.

KHK'nın 61. maddesinin (a) bendinin atfı³²⁹ nedeniyle markaya tecavüz hallerinin tespitinde bakılacak olan 9. maddeye göre; başkasının tescilli markasıyla aynı olan işaretin, tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlere ilişkin olarak marka sahibinin izni alınmadan kullanılamayacağı ve marka sahibinin markasının kullanılmasının önlenmesini isteme yetkisinin bulunduğu ifade edilmiştir³³⁰. Bu durum için, markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması gerekmektedir. KHK'nın 9. maddesinin iptal edilen b bendi ve onunla bağlantılı olarak Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 61.maddenin (a) bendinde, 9. maddeye atıf yer alıyordu. 5833 sayılı 21.01.2009 tarihli Kanun'la³³¹ 61. ve 9. maddeler yeniden düzenlenmiştir. Böylelikle tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması hali markaya tecavüz hali olarak düzenlenmiştir³³².

³²⁸ *Küçükali*, markanın münhasır kullanım hakkı tescilli mal ve hizmetlere ilişkin olması gerektiğini, marka tescil ettirildiğinde, inhisari kullanım hakkı sadece tescilli olduğu mal ve hizmetler için doğacağını, hatta marka tanınmış olsa bile diğer mal ve hizmetler için de inhisari yahut öncelikli kullanma hakkı olmayacağını, ifade etmiştir (KÜÇÜKALİ, s.30.). *Tekinalp*, 556 sayılı KHK ile tescil ilkesine getirilen istisnaların hiçbirisinin tescil ile getirilen gerçek hak sahipliği karinesini kaldıramayacağını belirtmektedir. Bkz.: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §23, Kn.3; Ünal TEKİNALP, “Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu”, **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul: İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1997, s. 470; Benzer görüşteki *Karahan* için bkz.: Sami KARAHAN: **Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat**, Konya: Mimosza, 1996, s. 35; *Taylan* ise marka tescilsiz olsa bile haksız rekabet hükümlerine dayanılarak korunma talep etmek mümkün olduğundan, münhasıran bir hakkın var olduğunu söylemektedir. TAYLAN, s. 51-52; EPÇELİ, s. 29, dn. 91.

³²⁹ KHK m.61/I-a: “Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak”, marka hakkına tecavüz sayılır.

³³⁰ KÜÇÜKALİ, s.32.

³³¹ RG. T.28.01.2009, S.27124.

³³² KÜÇÜKALİ, s.32; ÜLGEN vd., s. 421

Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek, marka hakkına tecavüz oluşturur (KHK m.61/I-b). Aynı zamanda 61. maddenin 1/(a) bendi atfıyla 9. maddenin ihlali tecavüz hali sayıldığından, 9. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bendindeki düzenleme gereği zaten markanın aynının ya da iltibasa yol açacak benzerinin kullanılmasının yasaklanabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, Kararname'nin 61/1 (b) maddesinin konulma sebebi konusunda fikir ayrılıkları doğmuştur. *Arkan*, KHK'da 61. maddenin 1/ (b) bendine gerek olmadığını savunmuştur³³³. *Tekinalp* ise, KHK'nın m.61/I-c, 64, 65 ve bağlantılı olarak m.66, 67 düzenlemelerinde olduğu gibi, birçok yerinde markanın "taklit" edilmesinin ayrı olarak zikredildiğini ve diğer tecavüz hallerinden farklı hükümlere bağlandığının görüldüğünü, bu ayrıma anlam yüklemek ve bazı hükümleri münhasıran markanın taklit edilmesi haline uygulamak gerektiğini ifade etmektedir³³⁴. Markayı yahut ayırt edilemeyecek kadar benzerini, sahibinin izni olmaksızın kullanmak, markayı taklit etmektir. Markanın benzerini kullanmak ise markanın taklidi değil, eğer işaretle marka arasında iltibas varsa karıştırılma ihtimali olabilecektir³³⁵.

TPE, KHK'nın 8. maddesi gereği yapılacak incelemede itirazda bulunan ilgili kişiden iltibas ihtimalinin varlığını gösterir ek belge ve delilleri isteyerek, kendi uzmanlarının da teknik yardımı ile itirazı sonuca bağlar. Bu değerlendirme, 556 sayılı KHK'nın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin³³⁶ 34. maddesinde düzenlenmiştir³³⁷.

2. Mutlak Tescil Engeli Olarak

556 sayılı KHK'ya göre, bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer bir işaretin, aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetler için tescili talebi KHK'nın

³³³ ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 216.

³³⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §30, Kn. 13.

³³⁵ "Benzer" ve "ayırt edilemeyecek kadar benzer" kavramlarının eleştirisi için bkz.: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §27, Kn.7; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.II, s. 1012-1013.

³³⁶ RG. T. 09.04.2005, S.25781. "İtiraz" başlıklı (Değişik fıkra: RG-30.3.2013-28603) 34. maddede; "Tescil başvurusu yapılmış bir markanın, Kanun Hükmünde Kararnamenin 7 nci ve 8 inci maddeleri hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar marka başvurusunun yayımından itibaren 3 ay içerisinde ilgili kişilerce Enstitü tarafından duyurulan Marka Yayına İtiraz Formu örneğine uygun olarak hazırlanmış imzalı dilekçe ile yapılır. Enstitü, itiraz sahibinden, 1 ay içerisinde gönderilmek üzere ek belge ile kanıt ve gerekçelerle ilgili açıklamalar isteyebilir" denilmektedir.

³³⁷ *Küçükali*, KHK 8.madde kapsamının bir itiraz sebebi olması nedeniyle, itiraz için kanıtlarla birlikte başvurmak gerektiğini ifade etmektedir. Bkz.: KÜÇÜKALİ, s.34-35.

7. maddesinin 1/(b) bendi uyarınca mutlak olarak red edilir³³⁸. Mutlak red nedenleri, tescile konu işaret üzerinde üçüncü kişilerin hakkı olduğu için değil; işaretin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle herkese kapalı olduğundan, itirazdan feragat edilemez ve TPE tarafından re'sen nazara alınırlar³³⁹.

TRIPS Anlaşması'nın 16. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre; aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde, karıştırma ihtimalinin var olduğunun farzedileceği öngörülmüştür. Böyle bir ihtimalde, tescilli marka ile tescil talebinde bulunulan ikinci işaret veya marka arasında karıştırma tehlikesinin bulunup bulunmadığının tespitine yönelik ayrıca bir araştırmaya gerek yoktur³⁴⁰. Hâlbuki nispi tescil engellerinden biri olan ve KHK m.8/I-b'de düzenlenen, markanın bir benzerinin, başka bir kişi tarafından tescilinin talep edilerek, aynı veya aynı tür mal ya da hizmetler için kullanılmak istenmesi halinde ve iki marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dâhil halk arasında karıştırılma ihtimali mevcut olduğu takdirde³⁴¹; önceki marka sahibi tescile itiraz ederek tescili engelleyebilir³⁴². Eğer halk arasında karıştırılma ihtimali yoksa benzerliğe rağmen yeni işaretin tesciline bir engel yoktur³⁴³.

Benzer şekilde Markalar Kanunu Tasarısı m.7/1-b'de ve Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı m. 5/1 (ç)'de; aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markaların tescilinin Enstitüce

³³⁸ KHK'da "ayırt edilemeyecek kadar aynı mal ve hizmetle ilgili" ifadesi 22.06.2004 tarihli 4128 sayılı Kanun'la "aynı türdeki mal ve hizmetle ilgili olarak" şeklinde değiştirilmiştir. Kararname'nin 8. maddesinin 1/a bendinde aynı mal veya hizmetten, 1/b bendinde ise aynı veya benzer mal veya hizmetten bahsetmektedir.; KÜÇÜKALİ, s. 29.

³³⁹ Y.11 HD. 26.11.1999 tarih ve 5790 E, 9590 K sayılı kararında, mutlak ret nedenleri kategorisine giren işaretlerin herkese kapalı olduğunu belirtip, resen dikkate alınacaklarını vurgulaştır. Bu sebeple, herhangi bir kişinin itirazına gerek olmaksızın, mutlak ret sebeplerine dayanarak TPE başvurusu reddeder. Bkz: YKD, C.26, S.4 s. 556; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn. 3-4.

³⁴⁰ Markalar aynı ise karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığını araştırmak yersiz olup ilk adımda markanın tescil talebinin reddedilmesi gereklidir. Çünkü, tescil ile önce tescil edilmiş markaya mutlak koruma sağladığından ayrıca karıştırılma ihtimalinin varlığını ispata lüzum yoktur (KÜÇÜKALİ, s.29, 36).

³⁴¹ İki işaret arasında şekil, ses, anlam benzerliği, seri içine girme veya çağrıştırma yolu ile karıştırılma ihtimali doğabilir (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.33, dn.19-23).

³⁴² KÜÇÜKALİ, s.29.

³⁴³ ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 103; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C. II, s. 778; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn. 19; DİRİKKAN, s. 161, dn.3.

reddedileceği, bunun mutlak bir tescil engeli olduğu öngörülmüştür³⁴⁴. Eğer uyuşmazlık yargıya intikal edip mahkeme huzuruna gelmişse, mutlak ret nedenleri defi olmayıp itiraz niteliğinde olacağından mahkemece de re'sen dikkate alınacaktır³⁴⁵. Uyuşmazlık, gerek YİDK'ca gerekse mahkemece, ikinci markanın tescilini talep eden kişinin markasının tescili için TPE'ye yaptığı başvuru tarihi nazara alınarak çözümlenir³⁴⁶.

556 sayılı KHK'nın 7/I-b maddesinde yer alan; aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer markaların tescilinin mutlak olarak reddedileceğine dair düzenleme aynı zamanda, m.8/I-b'de nispi red nedeni olarak sayılmıştır³⁴⁷.

3. Nispi Tescil Engeli Olarak

556 sayılı KHK m. 8/I (a) uyarınca tescil için başvurusu yapılan marka, önce tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış marka ile aynı ise ve aynı mal ve hizmetleri kapsıyorsa tescil edilmiş ya da tescil için başvurusu yapılmış markanın sahibi tarafından itirazda bulunularak tescil önlenir. KHK m.8/I (b) hükmü ise, tescil edilmiş ya da tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ya da benzer olup halk tarafından karıştırılma ihtimali bulunan işaretlerin tesciline itiraz olunabileceğini ifade etmektedir³⁴⁸.

Zikredilen düzenlemelerden görüleceği üzere, tescil edilmiş ya da tescil için başvurusu yapılmış bir markanın aynısının aynı mal ve hizmetler için tescilinin

³⁴⁴ TASARI, s.3. <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/72B4960E-55EC-432B-9D15-9408083EBF03.pdf>, (E.T.29.02.2016)

³⁴⁵ KÜÇÜKALİ, s.36.

³⁴⁶ TPE'ye yapılan başvuru, herhangi bir eksiklik yoksa aylık olarak yayınlanan Resmi Marka Bülteni'nde yayınlanır. Markanın tescil edilmemesi gereğine ilişkin itirazlar 556 sayılı KHK 35. madde uyarınca yayınlanmadan başlayarak 3 ay içerisinde yapılır. TPE. itirazı yerinde görmediği takdirde reddeder. TPE'nin kararına karşı iki ay içinde itiraz yapılır. Markalar Dairesi itirazı inceler, yerinde görürse kararını düzeltebilir. Ancak Daire, eğer itirazı kabul etmezse itiraz Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na gönderilir. Kurul'un kesinleşen kararlarına karşı bildirimden itibaren iki ay içinde görevli ve yetkili Ankara İhtisas mahkemelerine dava açılır. TPE ile birlikte marka başvurusuna itiraz edilen kişi de hasım gösterilir (556 sayılı KHK m.53). EPÇELİ, s.15-16. *Yargıtay*'ın bir kararı şöyledir: "... taraflar arasındaki uyuşmazlık, gerek Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nca ve gerekse Mahkemece davacının markasının tescili için yaptığı başvuru tarihine göre ve ileri sürdüğü hususlar çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir". Y. 11. HD., T. 30.09.2002, E. 2002/3967, K. 2002/8316, (FMR, 2003/1, s. 221 vd.).

³⁴⁷ KHK'nın 7. ve 8. maddelerinde yer almış olan mutlak ve nispi red nedenleri, 89/104 sayılı Konsey Yönergesi'nin 3. ve 4. maddelerinden ve 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün 7. ve 8. maddelerinden hukukumuza aktarılmıştır.(YILMAZ, s.154).

³⁴⁸ EPÇELİ, s.8.

istenmesi hem mutlak hem de nisbi red sebebi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır³⁴⁹. Diğer taraftan red nedenlerine ilişkin düzenlemenin bir benzeri de markanın korunma kapsamını tayin eden 9. madde metninde görülmektedir³⁵⁰.

Görüleceği üzere KHK'nın 7. ve 8. maddeleri bağlamında aynı durumun hem mutlak hem de nispi red nedeni olarak zikredilmesi öğretide eleştirilmiştir. *Arkan*, bu durumu eleştirmekte ve bu durumda eski hak sahibinin çıkarlarının korunmasının amaçlanmakta olduğunu ve zikrolunan halin nispi red nedenleri içinde düzenlenmesinin daha isabetli olacağını, ifade etmektedir. Benzer düzenlemenin aynı zamanda mutlak red nedenleri arasında yer almasının doğru olmadığı görüşündedir³⁵¹. Yine benzer şekilde *Yılmaz*, niteliği gereği nispi red nedenleri arasında sayılması gereken iki hal, mutlak red nedenleri arasında sayıldığını; bunlardan ilkinin, zaten tescilli bir markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri olan markalar (KHK m.7/I-b), ikincisinin Paris Sözleşmesi'nin 1'inci mükerrer 6'ıncı maddesine göre tanınmış markaların aynısı veya benzeri marka ve işaretler (KHK m.7/I-ı) olduğunu; her iki halin de eski marka hakkı sahibinin çıkarını koruduğundan nispi red nedenleri arasında yer alması gerektiğini ifade etmektedir³⁵². *Tekinalp* ise, aynı sebebin hem mutlak hem de nisbi red nedenleri arasında sayılmasının nedeninin; mükerrer tescilleri olabildiğince önlemek olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, aynı işareti daha önce marka olarak tescil ettirmiş veya bu işaretin tescili için başvuruda bulunmuş kimselere itiraz hakkı tanınarak, TPE'nin gözünden kaçan yahut TPE tarafından yanlış değerlendirilen tescil başvurularına müdahale edebilme imkânı sağlanmıştır³⁵³. Farklı aşamalarda marka hakkı sahibine tanınan koruma sayesinde, marka hakkının ihlalinin önüne geçilmeye çalışılmıştır³⁵⁴.

³⁴⁹ EPÇELİ, s.8; YILMAZ, s.154.

³⁵⁰ Buna göre; tescilli markanın aynısı olan (m.9/I-a) yahut tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali olan (m.9/I-b) herhangi bir işaretin kullanılması marka hakkı sahibince engellenebilir.

³⁵¹ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.71-72; Aynı yönde bkz.: EPÇELİ, s. 12, 15.

³⁵² YILMAZ, s.154.

³⁵³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn.7,47; EPÇELİ, s.9, 12; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.1, s.227.

³⁵⁴ KÜÇÜKALİ, s.38.

Alman Markalar Kanunu MarkenG § 9 Abs. 2’de benzer düzenleme mevcuttur³⁵⁵. 556 sayılı KHK’nın 8. maddesinin 1/ (b) bendinde; tescilli veya başvurusu yapılmış markayla aynı veya benzer bir markanın, her iki markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerin aynılığı veya benzerliği sebebiyle, markalar arasında bağlantı kurulması ihtimali de dâhil, toplumda karıştırma ihtimalinin bulunmasının nispi tescil engeli olduğu düzenlenmiştir.

Mutlak red sebepleri³⁵⁶, bir işaretin marka oluşturma özelliği ile yakından ilgili olup, esas itibari ile herhangi bir ayırt edici gücü olmayan veya ticaret alanında herkesin kullanımına açık tutulması gereken işaretlerin ya da halkı yanıltıcı³⁵⁷, kamu düzenine³⁵⁸, dini değerlere³⁵⁹ ve genel ahlaka aykırı³⁶⁰ işaretlerin tescilini önlemeye

³⁵⁵ DİRİKKAN, s. 172-173, dn. 21; KÜÇÜKALİ, s.38.

³⁵⁶ ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 71; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn.2-5.

³⁵⁷ İfade edilen durum 556 sayılı KHK m. 7/I (f) ‘de düzenlenmiştir. Buna göre, mal ya da hizmetin niteliği, kalitesi, üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi hususlarda halkı yanıltacak işaretler marka olarak tescil edilemez. Markanın, mal ya da hizmetin niteliği, kalitesi bakımından yanıltıcı olup olmadığı, tescil başvurusu sırasında verilen ve işaretin üzerinde kullanılacağı mal ya da hizmetleri gösteren liste dikkate alınarak belirlenir. TPE, tescili istenilen işaretin üzerinde kullanılacağı mal ve hizmetler için yanıltıcı olmaması için gerektiğinde bu listede 556 sayılı KHK Yönet. m. 14/III uyarınca değişiklik yapabilir. Nitekim tescil başvurusunun bir takım mal ve hizmetler için kabul bir takım mal ve hizmetler için ise reddedilmesi mümkündür.

İsviçre Federal Mahkemesi, “Bioclinique” adlı marka ile ilgili olarak vermiş olduğu kararda; bu markanın üzerinde yer aldığı güzellik müstahzarlarının sanki tedavi edici bir niteliği varmış veya bunların bir klinikte kullanılmaları mümkünmüş gibi halkı yanıltıcı bir etkiye neden olabileceği gerekçesi ile söz konusu markanın tescil edilemeyeceğine karar vermiştir. (BGE, 101 I 14, JDT 1975 I 534’dan naklen, Selahattin Sulhi TEKİNAY, “Esas Unsurları Dolayısı ile Koruma Dışı Bırakılan Markalar”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Günü Armağanı**, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988 , s. 71); EPÇELİ, s.9, dn.32. Federal Mahkeme, başka bir kararında Diamalt markasının tescil talebini, bu markayı taşıyacak ürünün içeriğinde “malt” isimli madde bulunmadığı gerekçesi ile kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, marka olarak tescili istenen sözcüğün ikinci hecesinin malt olması halkın bu marka adı altında satılan malın belirtilen maddeyi de içerdiğini düşünmesine ve böylelikle aldanmasına neden olabilecektir. Bkz.: BGE 93 I 573,; (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F93-I-573%3Ade- E.T. 23.05.2016); JDT 1968 I 626’dan naklen TEKİNAY, s.71). Buna karşılık plastikten üretilen çanta, bavul gibi ürünler üzerinde “plastik deri” (plasticleder) sözcüğünün yer alması yanıltıcı bulunmamıştır. Nitekim Federal Mahkeme’ye göre, nerdeyse herkes plastik kelimesinin suni (yapay) bir maddeyi çağrıştırdığını bilir. Bkz.: BGE 87/II, 348, (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&zoom=IN&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F87-II-345%3Afr- E.T. 23.05.2016); ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 87)

³⁵⁸ “...Bir markanın kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılığı o markanın unsurlarını oluşturan sözcükler, şekiller, harfler, sayılar ile işaretlerle bunların yarattıkları izlenim ve verdikleri mesajda ortaya çıkar. Bir markanın diğerine benzerliği, tescille ortaya çıkacak bir hak ihlali, kamu düzeni ile ilgili olamaz. Örneğin, suçu teşvik edici, insan ve hayvan haklarına, demokratik düzene aykırılık, bölücülük ve ayrımcılık içeren unsurları içeren markalar kamu düzenine, aile nizamı ve yerleşik örf ve adetlere aykırı unsur taşıyan markalar da genel ahlaka aykırı markalar sayılır. ...” 11. HD. 8.2.2000 E. 1999/7314, K. 2000/ 1195, (**BATİDER**, Y. 2000, C. XX, S. 3, s. 231-233)

³⁵⁹ Almanya’da bir azize olan St Marianne’nin likörlerde marda adı olarak kullanılmasına, Avusturya’da ise Roma’daki St. Pierre Kilisesi’nin isminin marka olarak kullanılmasına izin verilmemiştir.

yönelik olan ve bu itibarla TPE tarafından resen³⁶¹ nazara alınan sebepler olup, bunlarda kamunun yararı ön plandadır. Nispi ret nedenleri ise işaretin nitelik ve özelliklerinden değil, tescil başvurusundan önce üçüncü kişilerin bu işaret üzerinde bir hak elde etmiş olmalarından kaynaklandığından burada amaç bu kişilerin haklarını korumaktır³⁶². Nispi red nedenleri TPE tarafından re'sen dikkate alınamazlar³⁶³.

Diğer bir husus da ilgili kimsenin tescile ilişkin itirazda bulunabilmek için, itiraz konusunun sadece nisbi red sebepleri arasında sayılması zorunluluğunun olmamasıdır. Çünkü itirazı düzenleyen 35. madde gereğince tescil başvurusu yapılmış markanın, KHK 7. ve 8. madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiği yönündeki itirazların ilgililerce, başvurunun yayınından itibaren 3 ay içerisinde yapılacağı belirtilmiştir. Yani tescil için başvurusu yapılan işaret ya da markanın, kararnamede sayılan mutlak yahut nispi red nedenleri arasında bulunmasının itiraz edilebilirlik bakımından bir önemi yoktur. Bu itibarla yukarda bahsedildiği üzere, KHK m. 8/I-a hükmünün bir de m.7/I-b hükmünde yer alması gereksiz görülerek eleştirilmiştir³⁶⁴.

Tescil talep edilen mal veya hizmetlerin kapsamı dışında kullanılan tescilsiz işaretler haksız rekabet hükümlerine göre korunur. Tescilli marka sahibinin markaya

İsviçre’de hamileliğe engel olan araçlar için alınmak istenen rahat- tasasız gelecek anlamına gelen “Frohe Zukunft” kelimelerinden oluşan işaretin marka olarak tescili talebi İsviçre Tescil Bürosu tarafından reddedilmiştir, (ARSEVEN, s. 94). İngiltere’de, İbranice’de “Elhamdülillah” anlamına gelen “Hallelujah” kelimesinin kadın giyimi için marka olarak kullanılması ahlaka aykırı bulunmuştur. (W.R. CORNISH, **Intellectual Property**, Fourth ed., London 2002, s. 595, 17/48’den naklen, TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn.36). Y.11. HD. 13.05.2002 tarihli, 868/4651 sayılı kararında, kamasurta sözcüğünü, cinsellikle ilgili olduğu halde ahlaka aykırı bulmamıştır.(TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn.35). Diğer taraftan Alman Patent Mahkemesi, kutsal ruh anlamına gelen “seelenheil” sözcüğünün tesciline izin vermemeştir (Werner ALTHAMMER/ Paul STRÖBELE/Rainer KLAKE: Markengesetz, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 2000, §8, Kn.203, dn.470’den naklen, TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn.34, dn.40).

³⁶¹ *Yargıtay* bir kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “...mutlak ret nedenini oluşturan işaretler, üzerlerinde bir başkasının hakkı olduğu gerekçesiyle değil, nitelik ve özellikleri itibari ile herkese kapalı olan işaretlerdir. Bu nedenle KHK’nın 32. maddesinin emredici hükmü uyarınca mutlak ret sebepleri, Enstitü’ce resen dikkate alınarak incelenmesi gerektiği gibi, uyuşmazlığın yargıya intikal etmesi halinde mahkemelerce de bu sebeplerin bir defa değil, itiraz niteliğinde olduklarından bu hususun kendiliğinden dikkate alınarak incelenmesi gerekir. Bu nedenle, davalı Enstitü’nün mutlak ret sebeplerini yargılama sırasında değiştirmesinin, savunmanın genişletilmesi olarak kabulü mümkün değildir...” Y.11.HD. 26.11.1999 E. 1999/5790, K. 1999/9590 (YKD, Nisan 2000, s. 556); EPÇELİ, s.11-12.

³⁶² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn.45; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.71-72; EPÇELİ, s. 12.

³⁶³ Bkz.: Y. 11. HD. 8.2.2000 T., E.1999/7314, K. 2000/ 1195, (BATİDER, Y. 2000, C. XX, S. 3, s. 231-233); EPÇELİ, s.12, dn.38.

³⁶⁴ EPÇELİ, s.12-13.

itirazında yapılacak incelemede mal ve hizmetlerin benzerliği yönünden yapılacak inceleme tescilli markanın kapsadığı mal ve hizmetler ile başvuruda bulunanın tescil talebinde belirttiği türdeki mal ve hizmetler ile sınırlıdır. Tarafların fiilen kullandığı mal ve hizmetler dikkate alınmamalıdır³⁶⁵. Markaya tecavüz edildiği gerekçesiyle açılan davada tescilli markanın korunması yönünden mal ve hizmet benzerliği davacı markasının tescilli olduğu mal ve hizmet listesine göre ve üçüncü kişinin işareti kullandığı mal veya hizmetler dikkate alınarak tespiti gerekir³⁶⁶.

Markanın devrinde, devralan kişi markanın simgelediği mal ve hizmetler yönünden coğrafi kaynak, kalite veya markanın kendisi bakımından halkı yanılgıya düşürecek tarzda kullanması halinde, TPE markanın kapsamının daraltılmasını ister, aksi halde devir işlemi yapılmaz. Aksi durumda marka sahibi kullandığı marka yoluyla devrettiği işletme ile kendi işletmesi arasında karıştırmaya sebep olabilecektir. TPE'nin tescil talebini reddetmesindeki amaç, tüketicinin işletmenin devrine rağmen iki farklı işletme tarafından üretilen aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer mal veya hizmetlerin aynı işletme tarafından üretildiği yanılgısına düşmesi tehlikesini ortadan kaldırmaktır³⁶⁷.

4. Hükümsüzlük Sebebi Olarak

Markaların hükümsüzlük halleri 556 sayılı KHK'nın 42. maddesinde sayılmıştır. Öğretide bu hallerin sınırlı sayı prensibine göre sayıldığı kural olarak örnekseme yoluyla bunların haricinde başka bir sebeple hükümsüzlük istenemeyeceği kabul edilmektedir³⁶⁸. Aksi fikirde olanlar ise kötü niyetli marka tescilinin de

³⁶⁵ Sadece tescilli marka korunduğundan, marka sahibinin mal ve hizmet listesinde olmayan, fakat, fiilen markasını kullandığı mal ya da hizmetlerin, işaretler arasındaki benzerliğin tespiti için yapılacak incelemeye dahil edilmemesi gerekir.(KÜÇÜKALİ, s.38).

³⁶⁶ DİRİKAN, s. 182; KÜÇÜKALİ, s.38.

³⁶⁷ Tehlikenin kaynağı birbirine yakın yaşam standartlarına sahip olan ve benzer tüketim alışkanlıklarını benimseyen benzer tüketici çevresine hitap etme veya mal ve hizmetlerin benzer ihtiyaçlara ilişkin olması ihtimalidir, (YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.II, s. 682).

³⁶⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §29, Kn.1; KARAHAN, Hükümsüzlük, s.6; Sami KARAHAN, “556 Sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”(İçtihatlar), **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002**, C.I, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2002, s. 514; Karş.: KAYA, s.323.

hükümsüzlük nedenleri arasında yer aldığını belirterek sınırlı sayı prensibinin geçerli olmadığını ifade etmektedirler³⁶⁹. Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir³⁷⁰.

Karıştırılma ihtimaline neden olacak biçimde tescilli markanın aynı ya da benzeri olan bir işaret bir şekilde marka olarak tescil edildiğinde KHK'nın 43. maddesinde belirtilen zarar gören kişi, cumhuriyet savcısı ve ilgili resmi makamlar hükümsüzlük davası açabilirler³⁷¹. Mahkemece verilebilen bu karar, istisnalar dışında geçmişe etkilidir (ex tunc) ve sadece taraflara karşı değil herkese karşı hüküm doğurur³⁷². *Arkan*, hükümsüzlük davası açma hakkı konusunda, kamu yararı gözetilerek yapılacak yeni düzenlemeyle nispi ret nedenlerine göre açılacak hükümsüzlük davalarının sadece eski hak sahibince açılabilmesinin yerinde olacağını söylemektedir³⁷³.

Bu davanın açılabilmesi, ilgili kişilerin dava konusu tescil işlemine itiraz etmiş olmaları koşuluna bağlı değildir³⁷⁴. İtiraz hakkına sahip ilgili kişiler bu haklarını

³⁶⁹ Bu görüşü savunanlar, TMK m.2'nin emredici norm niteliğinin, sınırlı sayı ilkesine tekaddüm ettiğini ve mehz AB tüzük ve yönergelerinin de kötü niyeti hükümsüzlük nedeni olarak kabul ettiğini söylemektedirler. Geniş açıklamalar için bkz.: KAYA, s. 323-324; ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 158; SEKMEN, s.93-94; ÇOLAK, 2012, s. 890.

³⁷⁰ Y.HGK, T. 15.4.2015, E. 2013/11-1831, K. 2015/1198; Y.HGK, T. 16.07.2008, E. 2008/11-501, K. 2008/507; Y.11. HD. T. 2.7.2014, E. 2014/745, K. 2014/12723; Y.11. HD. T. 9.6.2014, E. 2014/6997, K. 2014/10890; Y.11.HD, T.28.05.2010, E. 2008/10827, K.2010/6039 (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com).

³⁷¹ ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 166; ARKAN, Ticari İşletme, s. 289; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet §29, Kn.6 vd.; EPÇELİ, s. 17-18, dn.57; KHK' nın 22.06.2004 tarihli 5194 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile değiştirilen 71. maddesinde, görevli mahkemenin ihtisas mahkemeleri olduğunu, mahkemelerin tek hakimli olarak görev yaptıkları asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirleyeceğini düzenlemiştir. TPE. nin bu KHK hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Enstitünün kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Enstitü aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkemenin Ankara ihtisas mahkemeleri olduğu belirtilmiştir.

³⁷² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §29, Kn. 1, 37, 38; KAYA, s. 323.

³⁷³ ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 165-166.

³⁷⁴ Diğer taraftan 551 Sayılı PatKHK md. 165/II uyarınca, zarar gören üçüncü kişilerin ve ilgili resmi makamların faydalı model belgesinin hükümsüzlüğünü talep edebilmeleri, 551 sayılı KHK'nın 161. Maddesine göre itirazda bulunmaları koşuluna bağlanmıştır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda adı geçen hükmü, dava şartı olarak kabul ettiğini açıklamış ve tescili için başvurulmuş faydalı model belgesine, ilan süresi içinde itiraz etmemiş bulunan kimselerin açtıkları hükümsüzlük davasını, dava şartının oluşmamış olması gerekçesi ile reddetmiştir. Bkz.: Y. 11. HD. 21.9.1998 E. 1998/5766 K. 1998/5770 sayılı ve Y. 11. HD. 03.04.2000 E. 1998/863 K. 2001/403 sayılı kararlar. (Uğur YALÇINER, "Patent ve Faydalı Model Belgelerinin Hükümsüzlük Davaları", *FMR*, Y.1, C.1, S.3, s. 77-78) ; Karş.: Y. 11. HD. 12.10.2000 E. 2000/6597 K.2000/7733,(*FMR*, C.1,S.3,s.177-179); Y.11. HD. 23.1.2001 E. 2000/8883, K.2001/403, (*FMR*, C.1,S.3, s. 187-189). Yalçiner, adı geçen hükmün anayasanın hak arama hürriyeti ile ilgili maddelerine açıkça aykırı olduğunu, bu nedenle de adı geçen hükmün anayasaya aykırılığı nedeni ile iptali için usulüne uygun olarak Anayasa Mahkemesi'ne

kullanmamış olsalar veya bu haklarını kullanmış olup da yaptıkları itiraz TPE tarafından reddedilmiş olsa dahi hükümsüzlük davası açabilirler³⁷⁵. Nitekim KHK m. 42 gereğince hükümsüzlük davasının açılabilmesini hiçbir şarta bağlanmış değildir³⁷⁶. *Epçeli*, itiraza hakkı olanların tescil için yapılan başvuru ilanını görmemiş olabileceğini bu bakımdan bu düzenlemenin yerinde olduğunu ifade ederken³⁷⁷, *Teoman*, düzenlemeyi eleştirmektedir. Yazara göre, 556 sayılı KHK’da bir markanın tescil edilmesinden önceki safhalarda ilgililere itiraz olanağı tanınmasına ve söz konusu itirazın çeşitli kademe ve mercilerden geçerek çözümlenmesine ilişkin bir dizi kural getirilmesine karşın, gerek tescilden önce itirazda bulunmayan gerekse itirazı reddolunan ilgili kişilere markanın tescilinden sonra bir de hükümsüzlük davası açma olanağı tanınmasındaki gerekçeyi anlamanın mümkün olmadığını ifade etmektedir³⁷⁸. Fakat itiraz hakkına sahip bulunanların tescil aşamasında bu haklarını kullanmayıp tescil talebinde bulunanda tescilin hukuka uygunluğu zehabının doğmasına sebep olmalarında olduğu gibi belli bir süre itirazda bulunmayarak susma dürüstlük kuralına aykırılık oluşturuyorsa, hükümsüzlük davası bu nedenle reddolunabilir³⁷⁹.

556 sayılı KHK’nın 53. maddesindeki YİDK’nun kesinleşen kararlarına karşı tescile mani olmak için açılan davanın sonucu KHK’nın 42. maddesinde düzenlenen hükümsüzlük davası bakımından kesin hüküm oluşturmaz³⁸⁰. TPE’nin kararına karşı

götürülmesi gerektiğini savunmaktadır. (YALÇINER, s. 78-80). Aynı yönde KARAHAN, İçtihatlar, s. 524, dn. 42.

³⁷⁵TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §29, Kn.20 vd.; ARKAN, Marka Hukuku C.II, s.160; KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 6

³⁷⁶ *Epçeli*’ye göre, sadece bir ihtimalde hükümsüzlük davasının açılabilmesinin bir şarta bağlanmış olduğu söylenebilir. Şöyle ki; MarkKHK m. 8/son uyarınca bir hükümsüzlük davası açılabilmesi için, markanın önceki hak sahibi tarafından koruma süresinin bitiminden itibaren 2 yıl içinde kullanılmış olması gerekir, (EPÇELİ, s. 19, dn.62).

³⁷⁷ EPÇELİ, s.19.

³⁷⁸ Yazar, özel hukukumuzda hakim olan ilkelerden birinin de hukuki işlemlerin imkanlar ölçüsünde ayakta tutulması olduğunu, yine hukukun en önde gelen görevlerinden birinin de uygulamadaki tekdüzeliği ve sürekliliğe bağlı hukuki güveni sağlamak ve sürdürmek olduğunu ifade ettikten sonra eski Markalar Kanunu’nun yürürlükte bulunduğu dönemdeki sistemin daha doğru ve somut olayda her iki markanın da tescilli olduğu durumlarda, artık terkin ya da hükümsüzlük (iptal) davası açılmasına izin vermemenin yerinde olduğunu ifade etmektedir, (TEOMAN, Kitap:9, Mütalaa: 100, s. 70)

³⁷⁹ EPÇELİ, s.20, dn.65; İtiraz sahiplerinin itiraz etmeleri, dürüstlük kuralına aykırı ise, açılan dva bu sebeple reddedilebilir. Marka hakkı sahibinin zarara uğramasını amacıyla itirazda nkaçınılmış olması ddürüstlük ilkelerine aykırılık oluşturur (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §29, Kn.21); TEOMAN, Kitap:9, Mütalaa: 100, s. 69-70.

³⁸⁰ *Epçeli*’ye göre: Tescile yapılan itiraz, TPE tarafından reddedilmiş ise ilgili kimsenin hükümsüzlük davası açabilmesi, onun KHK m. 47vd.’da öngörülen prosedürü takip etmesine bağlı olmadığı gibi, adı geçen prosedüre başvurulması halinde, TPE Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu’nun kararına karşı KHK md. 53’de öngörülen davanın açılmış olmasına da bağlı değildir. Nitekim, her

yargı yoluna giderek tescili sağlayan kişiye karşı *Arkan*, kesin hüküm nedeniyle hükümsüzlük davası açılmayacağını belirtmektedir³⁸¹. Hükümsüzlük kararı sonuçları geçmişe etkilidir. Fakat karar öncesinde verilmiş, kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar istisnadır³⁸². Hükümsüzlük kararı öncesi yapılan sözleşmeler de yerine getirilmiş oldukları nispette bu karardan etkilenmeyeceklerdir. Sözleşme gereğince ödenmiş bir bedel var ise hakkaniyet ölçüsünde iadesi istenir³⁸³.

Hükümsüzlük davası *Arkan*'a göre zamanaşımına uğramaz. Çünkü tescil süreklilik gösterir³⁸⁴. Fakat tescilden çok sonra hükümsüzlüğün ileri sürülmesi halin icabına göre MK'nın 2. maddesi gereği davanın reddini gerekli kılar³⁸⁵. *Karahan*, Alman hukukundaki ve Yönerge'deki 5 yıllık süre gibi dava açmayarak bilerek sessiz kalan kimsenin artık dava açamayacağını dava hakkının zamanaşımına uğrayacağını hükümsüzlük davasının haksız rekabetteki men davalarıyla benzerlik gösterdiğini ifade etmektedir.³⁸⁶ *Tekinalp* ise, 556 sayılı KHK'nın 70. maddesindeki zamanaşımı süresinin 42. maddesindeki istisnalar göz önüne alınarak hükümsüzlük davalarında uygulanması gerektiğini söylemektedir³⁸⁷. *Teoman*, haksız rekabete ilişkin TTK m. 62'nin burada da uygulanacağı görüşündedir, yazara göre KHK'nın "zamanaşımı" başlıklı 70. maddesinin burada uygulanması mümkün değildir, zira bu madde yasadaki sistematik yeri itibarı ile m. 64 ve m. 66'dan sonra gelmektedir³⁸⁸. Son olarak *Sekmen*, KHK'nın düzenleniş amacına ve mehzaz düzenlemelerine uygun olarak tanınmış

iki davanın tarafları ve konusu birbirinden farklı olduğu gibi hizmet ettikleri amaçlar da farklıdır. Şöyle ki; KHK m. 53'deki dava, markanın tesciline engel olmak amacı ile açılırken KHK m. 42'de öngörülen dava markanın tescilinden sonra gündeme gelmektedir. Her iki davanın konu ve tarafları birbirinden farklı olduğundan KHK m. 53'e göre açılan davanın reddedilmiş olması da hükümsüzlük davası için kesin hüküm oluşturmaz. Bkz.: EPÇELİ, s.20, dn. 67.

³⁸¹ ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 161-162, *Karahan* da benzer görüştedir bkz.: KARAHAN, İçtihatlar, s. 517.

³⁸² KÜÇÜKALİ, s.41.

³⁸³ ARKAN, Ticari İşletme, s. 299.

³⁸⁴ ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 167.

³⁸⁵ EPÇELİ, s.21, dn.68; KÜÇÜKALİ, s.41; ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 257, dn. 22; Benzer görüş için bkz.: POROY/YASAMAN, s. 532, Kn. 513..

³⁸⁶ EPÇELİ, s.21, dn. 69; KÜÇÜKALİ, s. 41; KARAHAN, İçtihatlar, s. 534, 535.

³⁸⁷ KÜÇÜKALİ, s. 41; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, §29, Kn. 13; Aksi görüş için bkz.: Ömer TEOMAN, *Yaşayan Ticaret Hukuku*, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8, İstanbul, Beta, 1997, s. 43, 44.

³⁸⁸ TEOMAN, Kitap 8, s. 43-44; *Epçeli* ise, hükümsüzlük davasının zamanaşımına uğrayacağı noktasında Teoman ve Tekinalp'e katılırken, Tekinalp'in aksine KHK m.70'de yer alan sürenin değil, Teoman'la aynı yönde TTK m.60'da haksız rekabete ilişkin davalar için düzenlenen sürenin (1 ve 3 yıl) uygulanacağı görüşündedir (EPÇELİ, s. 24-25).

markalardaki 5 yıllık hak düşürücü sürenin tüm markalar bakımından uygulanması gerektiğini ifade etmektedir³⁸⁹.

Yargıtay'ın "hükümsüzlük davaları"nda zamanaşımına ilişkin görüşüne gelince; Yüksek Mahkeme Paris Sözleşmesinin tanınmış markalara ilişkin düzenlemesi ile AB direktif ve tüzüklerine atıfta bulunarak 5 yıllık hak düşürücü sürenin varlığını kabul etmektedir³⁹⁰. Bu süre markanın sicile kaydedildiği tarihten itibaren işlemeye başlar³⁹¹. 40/94 sayılı Tüzüğün 53. maddesinde ve onun yerini alan 207/2009 sayılı Tüzüğün 54. maddesinin 2. bendine göre, 5 yıllık sürenin bitiminden itibaren eski marka sahibi, sonraki tarihli marka sahibine karşı hükümsüzlük davası açamayacağı gibi tersi de mümkün olamayacaktır. Aynı şekilde 89/104, 2008/95 ve 2015/2436 sayılı Birlik Yönergeleri'nin 9. maddesinin 1. bendi³⁹² ile Alman ve İngiliz Marka kanunları da aynı yönde düzenlemeler içermektedir³⁹³. Yeni Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 50. maddesinde bu durum, Tüzük ve Yönerge hükümleri doğrultusunda kaleme alınmış fakat hak düşürücü süre yerine tasarıda hükümsüzlük davalarında nedenin öğrenilmesinden itibaren başlayacak 5 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür³⁹⁴. Sınai Mülkiyet Kanun Tasarısı m.25/I-6'da ise sonraki tarihli

³⁸⁹ SEKMEN, s. 266, 269.

³⁹⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §29, Kn. 5; ARKAN, Ticari İşletme, s.298. YHGK. T.21.09.2005, E. 2005/11-476 K. 2005/483; Y.11.HD. 25.12.1997, E. 1997/5417, K.1997/9676; Y.11.HD.T. 18.10.2012, E. 2010/12137, K. 2012/16604 (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 23.04.2016).

³⁹¹ YHGK. T.12.12.2007, E. 2007/11-974, K. 2007/962, (YKD, 2008, C.34, S.5, s.843); Y.11. HD. T. 27.3.2008, E. 2008/649, K. 2008/3957 (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 23.04.2016)

³⁹² Directive (Eu) 2015/2436 of The European Parliament and of The Council, Article 9/1: "Where, in a Member State, the proprietor of an earlier trade mark as referred to in Article 5(2) or Article 5(3)(a) has acquiesced, for a period of five successive years, in the use of a later trade mark registered in that Member State while being aware of such use, that proprietor shall no longer be entitled on the basis of the earlier trade mark to apply for a declaration that the later trade mark is invalid in respect of the goods or services for which the later trade mark has been used, unless registration of the later trade mark was applied for in bad faith." Bkz.: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436#ntr3-L_2015336EN.01000101-E0003 (E.T. 29.02.2016).

³⁹³ Karl-Heinz FEZER; **Markenrecht** (auf der Grundlage von Baumbach-Hefermehl, Warenzeichenrecht, 12. Auflage, 1985) München 1997, §21, Anm. 18; Carlos NOVOA, "Die Verwirkung durch Duldung im System der Gemeinschaftsmarke", **GRUR Int**, 1996, s. 444,' den naklen; ARKAN, Marka Hukuku C. II, s. 160; David KITCHEN/David LLEWELEYN/James MELLOR/Richard MEADE/Thomas Moody STUART/David KEELING/Robin JACOB: **Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names**, 14. Edition, London: Sweet & Maxwell Ltd., 2005, s. 285-286.

³⁹⁴ Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı için bkz:

<http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/72B4960E-55EC-432B-9D15-9408083EBF03.pdf> (E.T.29.02.2016).

markanın kullanıldığını bilmesine rağmen aralıksız 5 yıl süreyle sessiz kalınması halinde hükümsüzlüğün talep edilemeyeceği düzenlenmiştir³⁹⁵.

5. Markaya Tecavüz Eylemi Olarak

Marka hakkına tecavüz bir haksız fiildir ve tecavüzün varlığı için KHK'da belirtilen eylemin gerçekleşmiş olması ve ayrıca somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunmaması gerekir³⁹⁶. Marka hakkına tecavüz oluşturan eylemler ise, KHK'nın 61. maddesinde sınırlayıcı (tahdidi) tarzda sayılmıştır³⁹⁷. Bu maddenin (a) bendine göre, KHK'nın 9. maddesinin ihlal edilmesi, marka hakkına tecavüz kabul edilir³⁹⁸.

556 sayılı KHK m. 9/I uyarınca marka sahibi, tescilli markasının aynının başkaları tarafından aynı tür mal ve hizmetler için kullanılmasına (iktibas) mani olabileceği gibi tescilli markası ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetleri kapsayan ve bu nedenle karıştırılma ihtimali bulunan (iltibas) bir marka yahut işaretin kullanılmasını da önleme hakkına sahiptir. İktibas veya iltibas suretiyle yani karıştırılma ihtimali yaratarak marka hakkına tecavüz eylemi bir haksız rekabet eylemidir. Bu bakımdan haksız rekabete ilişkin hukuki düzenlemeler genel hüküm, markalar ilişkin hukuki düzenlemeler ise özel hüküm niteliğindedir³⁹⁹. Çünkü başkasının hak sahibi olduğu bir markanın aynının veya alıcıların karıştırmalarına neden olacak surette benzerinin tescil ettirilmesi veya kullanılması suretiyle serbest ticari rekabet alanında objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kazanç sağlanması söz konusudur⁴⁰⁰.

KHK'nın 61. maddesinin (b) bendinde ise; marka sahibinin izni olmaksızın, markayı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit

³⁹⁵ Tasarı için bkz.: <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0699.pdf> (E.T. 01.03.2016).

³⁹⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §30, Kn.5.

³⁹⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §30, Kn.8; EPÇELİ, s.28; KÜÇÜKALİ, s.42.

³⁹⁸ *Arkan*, tescilli markanın sağladığı hakların kapsamı 556 sayılı KHK m. 9'da düzenlenmiş olduğundan, tecavüz oluşturan eylemlere bu madde içerisinde yer verilmemiş olmasını eleştirmekte, bunun bir takım sakıncalara neden olabileceğini ileri sürmektedir (ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 209, aynı yönde bkz.: TAYLAN, s. 52; EPÇELİ, s.28, dn.90-91).

³⁹⁹ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 431; ARSEVEN, s. 41, 53-54; ÖÇAL, s.31-32; CENGİZ, s.51.

⁴⁰⁰ ARSEVEN, s.42; CENGİZ, s.59.

etmek tecavüz fiili olarak düzenlenmiştir⁴⁰¹. Burada dikkat edilmesi gereken iki nokta vardır. Birincisi izinsiz kullanım; ikincisi ise taklit eylemidir. İzinsiz kullanma; markanın izin istenmeden ya da iznin reddedilmiş veya herhangi bir sebeple sona ermiş olmasına rağmen veya verilen iznin kapsamı aşılacak tarzda kullanılmasıdır⁴⁰². Taklit ise, markanın aynen kendisinin veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasıdır⁴⁰³. Buradaki aynen kullanma (taklit) tam veya kısmi olabilir⁴⁰⁴. Marka üzerindeki ufak bir takım değişiklikler dışında aynının kullanılması da aynen kullanma yani taklit oluşturur⁴⁰⁵.

Taklit fiili KHK m.61/I-b'deki düzenleme bakımından markayı üzerinde taşıyan ürünün taklidini de kapsayıp kapsamadığı tartışılmıştır. *Kaya*, bu düzenlemenin sadece markanın taklidini düzenlediğini, markanın üzerine konulduğu malın taklidinin hükmün kapsamı dışında olduğunu ifade etmektedir⁴⁰⁶. *Tekinalp* ise, hükümden açıkça anlaşılmasa da markanın taklidinde bazen ürün taklidinin de olduğunu, ancak markanın taklidi için ürün taklidinin zorunlu olmadığını, yani bunun marka taklidinin bir unsuru kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir⁴⁰⁷.

Yargıtay, bazı özel durumlarda markanın üzerine konulduğu mallarla ilgili tasarrufları da marka hakkına tecavüz olarak nitelendirmiştir. Yargıtay 11. HD. Bir kararında davacıya ait Valeo ve Verda markalı otomobil devriyaj ürünlerinin kullanılmış hurdalarını toplayıp üzerine düşük kaliteli balata çekerek, kumlayıp revize ederek yeni ürün görüntüsü vermek suretiyle Valeo ve Verda markasını taşıyan

⁴⁰¹ Bu hükmün aslında m.61/I (a) hükmü ile paralel olduğu ve bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz.: KAYA, s.269; ARKAN, Marka Hukuku C.II, s. 216-217.

⁴⁰² TEKİNALP, 12.

⁴⁰³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §30, Kn.13.

⁴⁰⁴ Bu hususta *Yargıtay* bir kararında, Türkiye’de tescilli BOSCH tanınmış markası sahibinin, davalının ithal edip sattığı BOCH markalı arabacanı sileceği ile ilgili açtığı davada, 556 sayılı KHK’nın 61/I-b hükmü uyarınca marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanılması suretiyle markayı teklit etmenin marka hakkına tecavüz oluşturduğunu, her iki marka arasında “S” harfi dışında büyük yazılım ve okunuş benzerliği olduğunu belirterek marka hakkına tecavüzün varlığına hükmetmiştir. (Y. 11.HD. 19.02.2001 tarih, E.2000/10455, K.2001/1394, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com- E.T. 26.04.2016; KARAN/KILIÇ, s. 462; KAYA, s. 268).

⁴⁰⁵ *Kaya*, bir markanın aynı nitelikte sayılacak tarzda kısmi bir farklılıkla kullanılmasını aynen kullanma kabul etmektedir, (KAYA, , s.266).

⁴⁰⁶ KAYA, s.269.

⁴⁰⁷ Çoğu kez mütecaviz yalnız markanın aynını veya benzerini kullanmakla kalmaz, aynı zamanda, markanın üzerine konulduğu ürünü de taklit eder, örneğin A’nın B’nin ütüsünün markası “Primapres”i aynen kullanmakla kalmayıp ütünün şeklini de B’nin ütüsüne benzetmesi böyledir, (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §30, Kn.13).

ambalajlar ve poşetler içerisinde piyasaya sürmesini marka hakkına tecavüz olarak değerlendirmiştir⁴⁰⁸.

Taklit edilmiş markayı kullanan kimse, markanın sahibince uyarılması ve tecavüzü durdurması talep edildiği takdirde yahut kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁴⁰⁹. 556 sayılı KHK'nın 9. maddesinin 2. fıkrasının iptal edilen (b) bendinde, işaretin mal ya da ambalajı üzerine konulması, işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya stoklanması, işareti taşıyan malın tesliminin teklif edilmesi, işareti taşıyan malın ithali ve ihracı, işaretin iş evrakı ve reklamlarda kullanılmasının marka sahibince engellenebileceği örnek olarak sayılmıştır⁴¹⁰. 5833 sayılı Kanun'la yeniden düzeltilen madde, zamanın gereklerine uygun benzer düzenlemelere yer vermiştir⁴¹¹. Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda da benzer düzenleme yer almıştır⁴¹². KHK'nın 9. maddesine aykırılık halinde her zaman kusurun varlığı şart değildir⁴¹³. Markasal koruma bakımından mal yahut ürün ambalajı ile bir bütün oluşturduğundan ve bu satıcının, malı orijinal ambalajından çıkararak yeniden ambalajlaması ve yeni ambalaj üzerine marka sahibinin markasını koyması dahi marka hakkına tecavüz sayılır⁴¹⁴.

KHK'nın 70. Maddesine göre marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, zamanaşımı süresi için, Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin

⁴⁰⁸ Y.11.HD. T.03.04.2000, E. 2000/1243 K.2000/2610 (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com-E.T. 25.04.2016), KARAN/KILIÇ, s. 460; KAYA, s. 269.

⁴⁰⁹ ARKAN, Ticari İşletme, s. 302-304; TRİPS'in Zararlar başlıklı 45. maddesinin 2. Paragrafı; "üyeler, ihlal eden kişi, bilmeden veya bilmesini gerektiren makul zeminde tecavüz eylemine katılmış olsa bile yitirilen kârların telafisi ve/veya önce belirlenmiş tazminatın ödenmesini emretme konusunda adli mercileri yetkili kılabilirler." demektedir, (KÜÇÜKALİ, s.43, dn.51).

⁴¹⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C. II., s. 211; DİRİKKAN, s. 266-267.

⁴¹¹ KHK m.9/II'in yeni şekli şöyledir: "Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir: a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması. b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması. c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması. d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması. e) 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."

⁴¹² <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/72B4960E-55EC-432B-9D15-9408083EBF03.pdf>

⁴¹³ YASAMAN vd., Marka Hukuku, s. 1121, 1126; ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 211-212, 234; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet §30, Kn. 22.

⁴¹⁴ KÜÇÜKALİ, s. 43; FEZER, 1997, § 24 Anm. 50-51; BGH, 17.11.1983 - I ZR 168/81, **GRUR** 1984, 352; **NJW**, 1984, s. 1298. Bkz.: https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1983-11-17/I-ZR-168_81, (E.T. 12.05.2016); Sabih ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi" (Tüketilme), **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, BTHEY 1998, s. 207.

hükümleri uygulanır. Özel Hukuka ilişkin haksız fiil kaynaklı taleplerde TBK. 72 ve sözleşme ilişkisinden kaynaklanan taleplerde 146. (on yıl), 147. (beş yıl) maddeler dikkate alınır. KHK'nın 62. maddesindeki hukuk davaları marka hakkına yapılan tecavüzleri kapsamakla, zamanaşımı TBK. 72. maddesindeki haksız fiillere ilişkin olarak, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmeden itibaren iki yıl; herhalde fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıldır⁴¹⁵. Marka hakkına tecavüzün durdurulması (men'i) davası bakımından, tecavüz fiili devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeye başlamayacağından zamanaşımı sözkonusu olmayacaktır⁴¹⁶.

B. Uluslararası Düzenlemeler

556 sayılı KHK'nın 4. maddesinde; yürürlüğe konulan milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu kararname hükümlerinden daha elverişli olması halinde 3. maddede belirtilen kişilerin, daha elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme haklarının olduğu düzenlenmiştir.

1. TRIPS Anlaşması

Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS), Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın eki olup, fikri mülkiyetle ilgili uluslararası düzeyde asgari standartları belirleyen bir anlaşma halini almıştır⁴¹⁷. Anlaşmanın Fikri Mülkiyet Sözleşmeleri başlıklı 2. maddesine göre “üye devletler, Paris Sözleşmesi'nin 1-12 ve 19. maddelerine riayet edeceklerini kabul etmişler ve 15 ile 21. maddeleri arasında markalara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır⁴¹⁸.

TRIPS'in 15 ile 21. Maddeleri arasında markalara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁴¹⁹. Anlaşmanın 15. maddesinde marka olabilecek işaretler sınırlandırılmadan sayılmış, TRIPS 16. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması durumunda karıştırılma tehlikesinin

⁴¹⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet §26, Kn. 61; KHK m.61/I-d'de yer alan lisans alanın, lisansın kapsamını genişletmesi veya devretmesi fiili, sözleşmeye aykırılık gibi görünes de; marka hakkına tecavüz halleri arasında sayıldığından BK m.72'de düzenlenen zamanaşımı hükümlerine tabi olmalıdır (TEKİNALP, §30, Kn. 17, 114); Aksi görüşte olup burada EBK. 125. maddesindeki 10 yıllık sürenin uygulanması gerektiğini belirtenler için bkz.: POROY/YASAMAN, s. 551, Kn. 537.

⁴¹⁶ ARKAN, Ticari İşletme, s. 307.

⁴¹⁷ Bkz. Birinci Bölüm, III, B, 3; YILMAZ, s.26-31; KARAHAN vd., s. 25.

⁴¹⁸ KÜÇÜKALİ, s. 56.

⁴¹⁹ KÜÇÜKALİ, s. 56; ARKAN, Ticari İşletme, s.274.

varsayıldığını belirtmiştir. Maddenin 2. fıkrası ise Paris Sözleşmesi'nin (1967) 6'ncı mükerrer maddesine atıfla tanınmış markalara ilişkin ölçüyü hizmet markalarını da kapsayacak şekilde genişletmiştir. TRIPS m.16/1'e göre; tescilli marka sahipleri, eğer izin alınmamış ve markasal kullanım bir karışıklık ihtimali doğuracak ise, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanılmasını engelleme hakkına münhasıran sahip olacaklardır. Buradaki karıştırılma tehlikesinin iki marka arasında bağlantı olduğu ihtimalini de kapsadığı ileri sürülmüştür⁴²⁰. Halk tarafından karıştırılma tehlikesinin olmadığı durumlarda işaret ya da markanın tescili mümkündür⁴²¹. Üye ülkeler, mevzuatını anlaşılmaya uydurmadıklarında TRİPS Konseyi'nce denetlenmekte, gerekli görüldüğünde panellerde yargılanıp tazminata ve mevzuatı değiştirmeye mahkûm edilmektedirler⁴²².

TRIPS'in 61. maddesi: "Üyeler en azından ticari ölçekte marka sahtekârlığı veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usulü ve cezaları hükme bağlayacaklardır..." hükmünü içermektedir⁴²³.

2. Nis Anlaşması

Bu anlaşma; anlaşmayı uygulayan ülkelerin, markaların tescili amacına yönelik olarak, mal ve hizmetlerin ortak sınıflandırma sistemini kurmalarını, her bir mal veya hizmetin dâhil olduğu sınıf belirtilerek alfabetik listesinin düzenlenmesini öngörmüştür⁴²⁴.

Bu anlaşmayı uygulayan ülkeler özel bir birlik oluşturarak markaların tescil amacına yönelik mal ve hizmetlerin ortak sınıflandırılması sisteminin kurulması sağlanacaktır (m.1). Nis sınıflandırma sistemi hem başvuru sahiplerine hem de tescil

⁴²⁰ Bkz.: KÜÇÜKALİ, s. 56

⁴²¹ KÜÇÜKALİ, s. 56.

⁴²² KARAHAN vd., s. 26.

⁴²³ TRIPS'in Türkçe metni için bkz:

https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj4h_Le6qzLAhUiqHIKHXXHHA6YQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fteftis.kulturturizm.gov.tr%2FEklenti%2F34660%2Cticaretle-baglantili-fikri-mulkiyet-anlasmasi-TRIPS-199-.doc%3F0&usq=AFQjCNFoDkZ3uA5pt4QwXZVqN2PoOwZMQQ&bvm=bv.116274245,d.bGQ (E.T. 02.03.2016).

⁴²⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.62; §6, Kn.36; Bkz.: Yukarıda, Birinci Bölüm, III, B, 4.

işlemlerini yürüten ofislere büyük kolaylık getirmiştir⁴²⁵. Anlaşma'da, birlik ülkeleri sınıflandırmanın etkisini belirleme yetkisine sahip olmakta (m.2/2); isterlerse, esas sistem olarak isterlerse yardımcı sistem olarak sınıflandırmayı kabul edebilmektedirler. Nis Anlaşması'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında, koruma kapsamı açısından tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının tespiti hususunda Anlaşma'da yer alan sınıflandırmanın özellikle bağlayıcı olmadığı açıkça ifade edilmiştir⁴²⁶.

Mal veya hizmetlerin türünün yahut benzerliğinin tespitinde kural olarak Nis Anlaşması dikkate alınır da, halk arasında karıştırılma ihtimalinin bulunduğu durumlarda farklı sınıflarda dahi olsalar mal veya hizmetler benzer sayılırlar⁴²⁷. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinin varlığı halinde farklı sınıf ve gruplardaki mal ya da hizmet için de ilk marka sahibinin iltibas nedeniyle itiraz hakkı olması gerekir⁴²⁸.

Ülkemizde ise, 556 sayılı KHK'nin 24. maddesi ve bu madde kapsamında düzenlenen TPE tebliği (TPE: 2014/2 Sayılı Tebliğ⁴²⁹) gereğince sınıflandırma tescile esas sistem olarak benimsenmiş⁴³⁰ ve KHK'nin m.7/1 (b) bendinde sözü edilen "aynı veya aynı tür mal veya hizmetler" terimlerinin her sınıf ve onun alt grupları bakımından gözönünde tutulacağı ancak Enstitü'nün marka tescil başvurularının veya

⁴²⁵ FEZER, MarkenR 2009, s.2674 vd., NKA Art.1; YILMAZ, s.32; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.II, s.779.

⁴²⁶ KÜÇÜKALİ, s.58.

⁴²⁷ ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 102; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn. 15; OYTAÇ, Karşılaştırmalı Marka, s. 229.

⁴²⁸ YASAMAN vd., C. II., s. 780. Yargıtay 11. HD.'nin önceki uygulaması aynı markanın hem ticaret hem de hizmet markası olarak ayrı kişiler adına tescil edilebileceği şeklinde ise de, bu uygulamanın özellikle ticaret ve hizmet sınıfları kapsamındaki bazı mal ve hizmetlerin birbiri ile iç içe geçmiş olduğu durumlarda markaların karıştırılması olasılığı nedeniyle görüş değişikliği olmuştur. Dairenin kararında; "Her ne kadar Dairemizin önceki uygulaması aynı markanın hem ticaret hem de hizmet markası olarak ayrı kişiler adına tescil edilebileceği yolunda ise de, bu uygulamanın, özellikle ticaret ve hizmet sınıfları kapsamındaki bazı mal ve hizmetlerin birbiri ile iç içe geçmiş olduğu durumlarda markaların karıştırılması olasılığı karşısında yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir." denmiştir. (YHGK. T.28.3.2007, E. 2007/11-184, K. 2007/166, İstanbul Barosu Yargıtay Karar Arşivi <https://baronet.istanbulbarosu.org.tr>).

⁴²⁹ Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ: RG. T.08.12.2014, S. 29199.

⁴³⁰ OCAK, s. 282; KÜÇÜKALİ, s.61. Bu konuda farklı görüşler olduğu ifade edilmelidir. Öğretie markaların uluslararası sınıflandırılmasının veya bu sınıflandırmanın ulusal hukuka yansıyan sınıflarının sadece tescil amacına hizmet ettiğini, koruma sınırlarını ilgilendirmedigini savunmuşlardır; (Selçuk ÖZTEK; "556 Sayılı KHK'da Benzer Mal ve Hizmetler", **İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı**, 4 Temmuz 2007, s. 213-214). Ancak bu değerlendirmeler daha çok 2007/2 sayılı tebliğden önceki 2001/2 ve 2002/2 sayılı tebliğlerin yürürlükte olduğu dönemlere ilişkindir. Tartışmalar için bkz.: ÖZTEK, s. 214 vd.

itirazların incelenmesi aşamalarında bu grupları daha dar veya geniş yorumlayabileceği kabul edilmiştir⁴³¹. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın TPE:2014/2 sayılı Tebliği ile aynı tür mal veya hizmetlerin sınıflandırılmasına ilişkin Nis Anlaşması hükümlerine göre uygulanacak sınıfların listesi ve uygulama esasları tespit edilmiştir⁴³². Buna göre mal ve hizmetlerin sınıflandırma listesinde 34 mal ve 11 hizmet sınıfı yer almıştır. Birden fazla kişiler adına tescil edilmiş ya da tescil başvurusu yapılmış markaların kullanılacağı mal veya hizmetlerin benzer olup olmadıklarının tespitinde markada belirlilik ilkesi ve tescilli markanın koruma sınırının saptanmasında birliği sağlamak amacıyla öncelikle TPE Başkanlığınca yayınlanan sınıflandırmaya ilişkin tebliğler uygulanacaktır⁴³³. Ancak, TPE tebliğine göre farklı sınıflarda yer almalarına rağmen halk nezdinde karıştırılma ihtimaline yol açacak nitelikteki ticaret ve hizmet markalarının kapsadıkları mal ve hizmetlerin "benzer" olarak değerlendirilmesi de mümkündür⁴³⁴. Sınıflandırma esas sistem olarak kabul edilse dahi tescilli markanın koruma sınırı, somut uyumsuzluğun özelliğine göre belirlenmelidir⁴³⁵. Burada dikkate alınması gereken ölçüt, halkın karıştırma ihtimalinin bulunup bulunmadığıdır⁴³⁶.

⁴³¹ Tebliğin 3. maddesinin 4. fıkrasına göre: “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 7 ncimaddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, bu Tebliğ ekindeki listede yer alan gruplar esas alınır. Ancak, Enstitü marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında bu grupları, aynı tür malın veya hizmetin tespitinde daha dar veya farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebilir.” <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/8977CC5D-0053-40F7-BF7A-B588FED46BC9.pdf>, (E.T. 29.02.2016).

⁴³² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.63; “Bu Tebliğin amacı, 12/7/1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile taraf olunan Markaların Tescilli Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırmasına İlişkin Nis Anlaşması hükümlerine göre düzenlenen Nis Sınıflandırmasına uygun olarak, Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı (Enstitü)’na yapılan marka tescil başvurularında esas alınacak Mal ve Hizmet Sınıflandırma Listesini oluşturmak ve bu listeye ilişkin esasları düzenlemektir” (BİK/TPE:2014/2, m.1) 1.1.2015 yılında yapılan değişikliklerle birlikte tebliğin son hali için bkz.: <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/commonContent/MClassification/>, (29.02.2016).

⁴³³ KÜÇÜKALİ, s.59. Yargıtay önüne gelen bir davada, tescili talep edilen “BERİL” markasının temizlik ürünlerine ilişkin 3. Sınıfta yer aldığını; itiraz eden davacının “BEROL” markasının ise kimyasal ürünlere ilişkin 1. Sınıftaki malları kapsayacak şekilde tescil edildiğini, malların satış noktalarının dahi farklı olduğunu, bu nedenle ürünler arasında karışıklığa neden olacak bir benzerlik olmadığını ifade ederek kararı onamıştır, (Y.11.HD. 4.6.2002 tarih, E.2002/3055, K. 2002/5770). Karar için bkz.: ÖZTEK, s. 217-218.

⁴³⁴ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.II, s.779.

⁴³⁵ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.II, s.781; Yargıtay 11. HD. Bir kararında: “CASA tescilli markasına benzer ürünlerde kullanmak üzere "CASAMİA" ibaresinin tescili talebine ilişkin davada daire; “O halde, mahkemece, 556 Sayılı KHK'nın ve atıf yapılan uluslararası anlaşmanın hükümleri gözetilerek benzerlik, iltibas ve halk nazarında karıştırılma olasılığı açısından somut olaya ilişkin durum ve veriler birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir iken, salt tebliğ

Diğer taraftan *Yargıtay*, eskiden beri yerleşik olan, hizmet ve ticaret markalarının kendi aralarında iltibas yaratmayacağı görüşünden vazgeçmiştir. 11. HD. 2005 yılında verdiği “Çelebi” kararında; hazır yemek ürünleri ile ilgili bir ticaret markasıyla aynı veya benzer olan işaretin başkası tarafından, yemek servisleri, ikram, catering türü hizmetlerde hizmet markası olarak kullanılması durumunda iltibas yaratacağı görüşü benimsenmiştir⁴³⁷.

Aynı yahut aynı tür mal veya hizmetin varlığının saptanmasında fazla sorun yaşanmazken benzer mal veya hizmetin saptanmasında ise titiz bir inceleme yapmak gerekebilir. Mal ve hizmetlerin tescili hususunda Nis Anlaşması’na göre oluşturulan sınıflar, mal ve hizmetlerin benzerliğinin tespiti konusunda ancak bir yardımcıdır⁴³⁸. Marka Kanunu Anlaşması 9. maddesinin 2/ (a) bendinde, mal veya hizmetlerin ofis tarafından herhangi bir tescilde veya yayında, Nis sınıflandırmasına göre aynı sınıfta olduğu gerekçesiyle benzer olduğu; aynı fıkranın (b) bendinde ise, mal ve hizmetlerin farklı sınıflarda yer aldıklarından bahisle benzer olmadıklarının varsayılamayacağı düzenlenmiştir. Anlaşma’nın 1. maddesinin 1. fıkrasına göre bu şekil bir sınıflandırma sistemi yetkili makamların, tescilde kolaylık sağlamaları ve ortak bir sınıflandırma oluşturmaları amacına hizmet eder⁴³⁹.

Benzer düzenleme Markaların Şekli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması’nın 1. ve 4. maddesinde de yer alır⁴⁴⁰.

hükümlerine dayanılarak taraf markalarının farklı sınıflar için tescilli olduğu gerekçesiyle " diyerek salt sınıflandırmanın değerlendirmede yeterli olmadığını belirtmiştir. (11.HD. 5.2.2007 T., E. 2005/13645, K. 2007/1319); Aynı dairenin ÜLKER RONDO ve DONDO markalarına ilişkin kararı için bkz.: 11. HD. T. 7.7.2005, E. 2004/9333, K. 2005/7363, (Kazancı ve HukukTürk Mevzuat İçtihat Bankası, E.T.03.03.2016); KÜÇÜKALİ, s.60.

⁴³⁶Levent YAVUZ; Soru-Yanıt, **İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı**, 4 Temmuz 2007, s. 222; “Davacının, “Bonjour” logosu ve kuş martı şeklindeki markasının pastacılık ticaret sınıfında tescilli olduğu, davalının aynı marka için restoran hizmet sınıfında kullanıma dayalı önceliği olup kafeterya, kantin kokteyl salonlarına ilişkin marka tescil talebinde sırf taraf markalarının farklı olması nedeniyle hüküm kurulması yersiz olup, *benzerlik, iltibas, halk nazarında karıştırılma olasılığı* somut olay açısından incelenmesi gerekir.” Y.11.HD. T. 21.07.2005, E. 2004/9414, K. 2005/7845, ORHAN, s. 345-347.

⁴³⁷ YAVUZ, s.222; Aynı yönde: ÖZTEK, s.223.

⁴³⁸ Aksi yönde bkz.: KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 34 vd; OCAK, s. 275-276.

⁴³⁹ KÜÇÜKALİ, s.60.

⁴⁴⁰ RG. T.13.08.1995, S.22373. Bu anlaşmaya Türkiye 12.07.1995 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmıştır.

3. AB Mevzuatı

556 sayılı KHK'nın kaynağını oluşturan AB'nin 89/104 sayılı Yönergesi'nin önceki haklarla ilgili olarak (nispi) hükümsüzlük ve red nedenlerinin sayıldığı m.4/1 ve marka ile sağlanan korumanın kapsamını belirleyen m. 5/1'de, karıştırılma ihtimali düzenlenmiştir. Yönerge m.4/1'de markanın aşağıdaki hallerde tescil edilemeyeceği, tescil edildiği takdirde ise hükümsüzlüğünün öne sürülebileceği düzenlenmiştir⁴⁴¹. Buna göre⁴⁴²:

a. Eğer marka önceki marka ile aynı ise ve önceki markanın koruma kapsamında olan mallar ya da hizmetlerle aynı mallar veya hizmetler için başvurusu yapılmış ya da tescil edilmiş ise (m.4/1-a, benzer şekilde m.5/1-a),

b. Markanın önceki marka ile aynılığı ya da benzerliği ve markaların kapsamında olan malların veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, toplumun bir kesiminde önceki marka ile bağlantı kurulması ihtimalini de içerecek şekilde karıştırılma ihtimali meydana geliyorsa (m.4/1-b, benzer şekilde m.5/1-b), marka tescil edilemez tescil edildi ise hükümsüz ilan edilir.

Bu yönerge yerine geçmek üzere düzenlenen yeni 2015/2436/AB sayılı direktifte ise içerik aynı kalmak kaydıyla düzenleme şekli biraz değiştirilmiş, madde numaraları ve başlıkları yeniden düzenlenmiştir. Buna göre tescil edilebilecek işaretler m.4'de düzenlenirken, “*karıştırılma ihtimali*” kavramı “*nispi red ve hükümsüzlük nedenleri*” başlığı altında bu sefer m. 5/1'de düzenlenmiştir⁴⁴³. Ayrıca hükümsüzlük talebinin kapsamına ilişkin m.8/I-b'ye göre⁴⁴⁴; önceki markanın, m.5/1-b düzenlemesi

⁴⁴¹ 2008/65/AT Yönergesi de aynı hükümlere yer vermiştir.

⁴⁴² AÇIKEL, s.35.

⁴⁴³ Düzenleme şu şekildedir: m.5/I: “A trade mark shall not be registered or, if registered, shall be liable to be declared invalid where: (a) it is identical with an earlier trade mark, and the goods or services for which the trade mark is applied for or is registered are identical with the goods or services for which the earlier trade mark is protected; (b) because of its identity with, or similarity to, the earlier trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade marks, there exists a likelihood of confusion on the part of the public; the likelihood of confusion includes the likelihood of association with the earlier trade mark.” (1) Bir marka aşağıdaki hallerde tescil edilemez veya tescil olunmuş ise hükümsüz kılınır, eğer, (a) Önceki markanın aynısı niteliğindeyse ve önceki markanın koruma elde ettiği mal veya hizmetlerle aynısı mal veya hizmetler için başvuru yapılmış veya tescil olunmuş ise; (b) Önceki markayla ayniyet veya benzerliği ve her iki markanın kapsadığı mal veya hizmetlerdeki ayniyet veya benzerlik nedeniyle markanın, önceki markayla düşünsel bağlantı kurma tehlikesi dahil olmak üzere halk tarafından karıştırılma tehlikesi bulunuyor ise.

⁴⁴⁴ Düzenleme m.8/I (b) şöyledir: “the application for a declaration of invalidity is based on Article 5(1)(b) and the earlier trade mark had not yet become sufficiently distinctive to support a finding of

bağlamında karıştırılma ihtimali bulgusunu destekleyecek tarzda yeterli ayırt ediciliğe sahip olmaması halinde; önceki marka sahibi, müseccel markanın iptali yahut hükümsüzlüğünü talep edemeyecektir.

89/104 sayılı Yönerge'nin 4/1-a ve ona karşılık gelen 2015/2436 sayılı Yönerge'nin 5/1-a maddelerinde düzenlenen durumlarda karıştırılmanın mutlak olduğu kabul edilir. TRIPS Anlaşması'nın 16.1 maddesinde düzenlenen hükme göre de aynı ibarenin aynı mallar yahut hizmetler için kullanılması durumunda karıştırılmanın mevcut olduğu varsayılacaktır. Bu durumda karıştırılmanın ortaya çıkıp çıkmadığının ayrıca araştırılmasına, ispatlanmasına gerek yoktur. Buna karşılık, benzerini kullanma halinin mevcut olduğu ihtimalde, bu kullanımın karıştırmaya neden olup olmayacağı hususu araştırılmalıdır⁴⁴⁵. Bu incelemede: i) markalar benzer mi, ii) mallar yahut hizmetler benzer mi, iii) markaların ve malların yahut hizmetlerin birlikte benzerliği karıştırılma ihtimaline neden oluyor mu soru kriterleri dikkate alınmalıdır. Bir benzerlik değil de önceki marka ile bağlantılı olma ihtimali söz konusu ise, bu bağlantının muhatap alıcada oluşup oluşmadığı sorunu çözülecektir.

AB'nin 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nü değiştiren 207/2009 sayılı Tüzüğün "nispi red nedenleri" başlığı altında karıştırılma ihtimalini düzenleyen 8'nci maddesinin 1'nci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ve Topluluk Markasından kaynaklanan hakların kapsamını düzenleyen 9'ncü maddenin 2'nci fıkrasının (a) ve (b) bentleri, yukarıda belirttiğimiz 2015/2436 sayılı Birlik Yönergesi hükümleri ile benzer düzenlemeler içermektedir. Tekrara düşmemek bakımından benzerliği ifade etmekle yetiniyoruz. KHK'nin hazırlanmasına kaynaklık eden söz konusu Yönerge ve Tüzük

likelihood of confusion within the meaning of Article 5(1)(b)". (Madde 8: *Tescil Olunmuş Bir Markanın Koruma Kapsamı Bakımından Önceki Markanın Ayırt Ediciliğinin veya Tanınmışlığının Bulunmaması*: Önceki marka nedeniyle hükümsüzlük talebi, talep tarihi dikkate alınarak, eğer sonraki markanın başvuru tarihi veya rüçhan hakkı elde ettiği tarih itibarı ile aşağıda belirtilen nedenlerden biri mevcutsa buna dayanılarak talep reddolunabilir; (a) Madde 4 (1), bent b, c veya d'ye göre, hükümsüz kılınacak önceki markanın henüz madde 4 (4)'e uygun şekilde ayırt edici güç kazanmamış olması (b)Hükümsüzlük talebi madde 5 (1) bent b'ye dayanmakta ise ve madde 5 (1) bent b bağlamında karıştırılma tehlikesine dayanmak için önceki markanın henüz yeterli ölçüde ayırt edici güç kazanmamış olması...)

⁴⁴⁵ KARAHAN, Hükümsüzlük, s.42.

doğrultusunda, Türkiye gibi diğer Avrupa Birliği ülkeleri de ulusal yasalarını yeniden düzenlemişlerdir⁴⁴⁶.

C. Diğer Düzenlemeler

1. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenlemeler

Türk Ticaret Kanunu'nun 54 ile 63 üncü maddeleri arasında düzenlenen haksız rekabetin; aldatıcı hareket veya iyiniyet kurallarına aykırı hareketlerle ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanılması olduğu ifade edilmiştir⁴⁴⁷. TTK'da sayılan haksız rekabet halleri arasında karıştırılmaya yol açacak önlemler alma da sayılmıştır. TTK m.55/I-a (4) hükmüne göre; başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak dürüstlük kuralına aykırıdır⁴⁴⁸. Karıştırılmada araç olarak kullanılabilecek olan şeylerin kapsamı geniş tutulmuştur. Yani “mal” terimi gerçek manada ticarete konu, bir gereksinimi karşılayan herhangi bir ürünü; “iş ürünü” ise, bir marka, tasarım, makale, film, sahneleme, icra gibi daha geniş bir kapsamı ifade eder⁴⁴⁹.

Haksız rekabetin varlığı için, haksız bir davranış, korunacak bir hak ve bu hakka haksız olarak tecavüz edilmesi gereklidir. Ticari unvan, işletme adı veya markanın tescilli olmadığı durumlarda bunlara tecavüze ilişkin hususlar için iltibasa dayanılarak haksız rekabet davaları açılabilir⁴⁵⁰. Serbest yararlanma ve benzetmenin,

⁴⁴⁶ Örneğin, 1994 tarihli İngiliz Markalar Kanunu (Trade Marks Act; Bkz.: A. COLEMAN.; **Intellectual Propety Law**, First Edition, London 1994, s. 150) ve yine 1994 tarihli Alman Marka Kanunu (MarkenG; Bkz.: ARKAN, İltibas, s.1) Yönerge hükümleri paralelinde ve Tüzükle uyumlu olarak düzenlenmiştir. Anılan kanunlar da karıştırılma ihtimaline ilişkin olarak benzer düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte uygulamada incelemenin kapsamı ülkelere göre farklılık gösterebilmektedir. Bkz.:AÇIKEL, s.35 vd.

⁴⁴⁷ Bkz.: Yukarıda, İkinci bölüm, II, B.

⁴⁴⁸ Sami KARAHAN: **Ticari İşletme Hukuku**, (Ticari İşletme), 26.Bası, Konya: Mimoza Yayınları, 2014, s.230; “Her iki ürün arasında gözle görülür bir benzerlik bulunup bulunmadığı, aşık bir benzerlik varsa bu benzerliğin teknik ir zarurettten ileri gelip gelmediği, benzerlik teknik bir zaruretin sonucu değilse davalının imal ettiği ürünün ne sebeple davacının ürününe benzetilmek istendiği... gözönünde bulundurulmalıdır.” 11.HD. T.14.03.1989, E. 88/5517, K. 89/ 1602 (**BATİDER**, C.XIV, S.4, s.97).

⁴⁴⁹ Gerekçe, m.55; KARAHAN, Ticari İşletme, s.230.

⁴⁵⁰ KÜÇÜKALİ, s. 46.

taklit ve halkı aldatıcı olacak derecede olması ve bir işletmenin yatırımla oluşturduğu imajı taşıyan bir ürünün taklidi halinde haksız rekabet vardır⁴⁵¹.

Karıştırılma yoluyla haksız rekabet ülkemizde en yaygın haksız rekabet türüdür. Bu yolla pazarda tutunan yahut tanınan bir işletmenin isminden, ünvanından, markasından veya üretilen malın şeklinden, ambalajının renk ve kompozisyonundan faydalanılarak, bunun aynısının veya benzerinin kullanılması suretiyle başkasının emeğinden haksız olarak yararlanılmakta ve haksız menfaat temini hedeflenmektedir⁴⁵².

İltibasın varlığı bakımından, yanıltma ve aldatma geniş yorumlanmakta olup, yanıltma ve aldatma tehlikesinin varlığı yeterlidir. Bir başka ifadeyle, somut olayda karıştırma eylemi ve bunun kanıtlanması gerekmeyip, karıştırılma ihtimalinin varlığı yeterli görülmelidir⁴⁵³.

Yargıtay yerleşik kararlarında; orta düzeyli bir alıcının iki rakip marka arasındaki şekil ve söyleyiş bakımından, taklit edilmiş markayı taşıyan bir mal ile piyasadaki aslını alırken aldanıp aldanmayacağını tespitini gerekli görmüştür⁴⁵⁴.

Karıştırılma ihtimalinin varlığı için her şeyden önce uyumsuzluk konusu olan işaret yahut markanın orijinal olmaması, bilakis başkalarının malları, iş mahsulleri, faaliyeti ve ticari işletmesiyle karışıklığa meydan vermesi veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurulması, özellikle başkasının haklı olarak kullandığı, isim, ünvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarının kullanılması gereklidir⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ KÜÇÜKALİ, s. 46.

⁴⁵² POROY/YASAMAN, s. 328, Kn. 353. Ayrıca bkz.: İsmail KAYAR: **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Bası, Ankara: Detay Yayıncılık, , 2006, s. 259- 260; Serdar KALE : **Haksız Rekabet Hukuku”nda Eski Hale Getirme Davası**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004, s. 20; Nazlı Hilal ÇELİK: “Haksız Rekabet”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan**, C. IX, S. 2, Yıl: 2012, (s. 659-693), s. 675- 676.

⁴⁵³ Cahit SULUK/Alı ORHAN: **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku**, C. III Tasarımlar, 1.Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, , 2008, s. 797; Ahmet TAMER: **Yanlış ve Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 165.

⁴⁵⁴ YTD. T. 13.09.1967, E. 1965/4131, K. 1967/4003, Bkz.: İsmail DOĞANAY: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. 1, 4. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağ. A.Ş., 2004, s.401, dn. 32; KÜÇÜKALİ, s. 47.

⁴⁵⁵Hamdi PINAR: “Marka, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından LPG - Tüp Piyasasındaki Bazı Uygulamalar”, **FMR**, C. 6, S. 2006/3, (s. 117-149), s. 130; POROY/YASAMAN, s. 328-329, Kn.353.

TTK m.55/I-a (4) metni sadeleştirilerek “iltibas” ibaresi yerine “karıştırılma” terimi kullanılmıştır. Mülga 6762 sayılı TTK düzenlemesinden farklı olarak ayırt edici işaretlerin madde metninde ayrı ayrı sayılmamış olması; fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerle haksız rekabet hükümlerinin kümülatif (birikmiş) uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir⁴⁵⁶.

Haksız rekabete ilişkin davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakkın doğumunu öğrendiği günden itibaren 1 yıl ve herhalde bunların doğumundan itibaren 3 yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Haksız rekabet fiili aynı zamanda TCK gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise bu süre hukuk davaları için de geçerli olacaktır (6102 sayılı TTK m. 60)⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ POROY/YASAMAN, s. 327, Kn.353. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, haksız rekabet hukuku kuralları, fikri mülkiyet haklarını kümülatif biçimde onlarla bağlantılı olarak korumaktadır. Patent, marka, tasarım veya eser sahibinin koruma süresince aynı zamanda haksız rekabete ilişkin hükümlere de dayanması mümkündür. Bir başka ifadeyle, haksız rekabet hükümleri fikri mülkiyet hukuku, örneğin patent veya marka hukuku yanında, ikinci derecede değil, gerektiğinde ve şartları varsa, doğrudan ve birinci dereceden uygulanabilecektir. Çünkü, fikir ve sanat eserleri hukukunun, marka hukukunun, endüstriyel tasarım ve patent hukukunun konusu, sırasıyla eser, marka, tasarım ve patent üzerindeki haklar ile bunların sahiplerinin korunması iken, haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı emek ilkesi gereğince, işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır. Yani, korumanın dayandığı ilkeler birbirinden farklıdır. (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §3, Kn.6). Geniş bilgi ve açıklamalar için bkz.: Fatma KARAMAN ODABAŞI: Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2014, s.48 vd.; Cahit SULUK: “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması”, **FMR**, C. 1, S. 2001/3, Yıl: 1, s. 54; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C. I, s. 495; POROY/YASAMAN, s. 305-307, Kn.342a; İlhami GÜNEŞ: **Açıklamalı - İctihath Uygulamada Sinai Mülkiyet Hakları ve Cezai Koruma**, İzmir: Turhan Kitapevi, 2007, s. 42; KARAHAN vd., s. 302-303; Zeynep DEMİRÇİVİ MİNELİLER, Ticaret Ünvanı ve Haksız Rekabete İlişkin Bir Yargıtay Kararının TTK ve TTK Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde MarkHKH Hükümleri de Dikkate Alınarak İncelenmesi, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 24; TAMER, s. 84-85; Cemalettin GÜRLER: Takı Tasarımlarında Hukuki Koruma, **FMR**, C. 2, S. 2002/4, Yıl: 2, s. 53; Erdal NOYAN: **Marka Hukuku**, 4. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, , 2009, s. 615; Ayrıca bkz.: UZUNALLI, s. 516 vd.; Ferzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK: Fikri Mülkiyet Hukukunda Tescile Dayalı Kullanımın Hukuka Uygunluğu Sorunu: Şekil Esastan Üstün müdür?, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar**, XXVI, 14 Aralık 2012, s. 65.

⁴⁵⁷ KÜKÜÇALİ, s.48; Arkan, haksız rekabet devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeye başlamayacağı için men davalarında zamanaşımı süresinin söz konusu olamayacağını ifade etmiştir, (ARKAN, Ticari İşletme, (2013), s. 332). *Şehirali Çelik*, haksız rekabetin men”i ve maddi durumun ortadan kaldırılması taleplerinin zamanaşımına uğramadığını söylemektedir, (Ferzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK, **Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Fikri Mülkiyet-Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi Odaklı Bir İnceleme**, Ankara: BATİDER Yayınları, , 2014, s. 353-355).

2. Borçlar Kanunu'ndaki Düzenleme

6098 sayılı TBK'da, gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişinin, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında TTK hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir (TBK m. 57).

Bu kapsamda, mülga 818 sayılı BK'nın 48. maddesinde yer alan, "yanlış ilanlar" ibaresi 6098 sayılı TBK'nın 57. maddesinde, "gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması" şeklinde değiştirilerek hükmün kapsamı bu yönüyle genişletilmiş olsa da, mülga BK'nın 48. maddesi ile TBK'nın 57. maddesi temelde aynı düzenlemeyi içermektedir. TBK'nın 57. maddesinin uygulanabilmesi için müşterilerin azalması veya kaybedilmesi tehlikesinin ortaya çıkmış olması gerekmektedir⁴⁵⁸.

Bu madde kapsamında TTK'de yer alan haksız rekabet hükümlerine benzer şekilde başkasına ait markanın, dürüstlük kuralına aykırı şekilde ilanlarda kullanılarak veya başkaca bir şekilde kullanılmak suretiyle karıştırılma ihtimaline sebebiyet vermek ve böylelikle marka hakkı sahibinin müşterilerinde azalma veya azalma tehlikesi doğurmak yasaklanmıştır.

3. Türk Medeni Kanunu'ndaki Düzenleme

TMK'nın 2. maddesi dürüstlük kuralını düzenlemektedir⁴⁵⁹. Markanın hükümsüzlüğü davalarında, önceki tescilli marka sahibi, başka bir kişi tarafından markasının veya benzerinin kullanılmasına veya tescil edilmesine sessiz kalmış ve bunun sonucunda marka tescil edilmişse, dava hakkını makul bir süre zarfında kullanmayan kişi, TMK'nın 2. maddesi uyarınca hak sahibinin belli bir davranışta bulunması gerekirken sessiz kalması nedeniyle markayı iyi niyetli bir şekilde tescil ettiren ve kullanan kişiye karşı dava açma hakkını kaybeder. Buna sessiz kalma yoluyla hak kaybı denilmekte ve dayanağını TMK'nın 2. maddesindeki dürüstlük

⁴⁵⁸ ARKAN, Ticari İşletme, s.312-313.

⁴⁵⁹ HATEMİ, s. 180-185; SEROZAN, II, §9, Kn. 9-13; OĞUZMAN/BARLAS, s. 230, 244, 268 vd.; DURAL/SARI, s. 229 vd.

kuralında bulunmaktadır⁴⁶⁰. Marka sahibi geçerli bir mazeret olmadan bir başkasının iyi niyetle aynı veya benzer markayı kullanmasına ve piyasada tanıtmasına uzun süre ses çıkarmamışsa açılan dava TMK'nın 2. maddesi gereği reddedilebilir⁴⁶¹.

Yargıtay Telsim kararında, "Telsim" sözcüğünün 1982 yılından itibaren tescilli olarak kullanılmasına rağmen, 1990 yılında marka sicilinden silinmesinin talep edilmesinin iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir⁴⁶².

4. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Düzenlemesi

6502 sayılı⁴⁶³ 7.11.2013 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'un 61 ve 62. maddelerinde ticari reklam ve haksız ticari uygulamalar hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Kanun'un 61. maddesinin 1. fıkrasında ticari reklamın tanımı yapıldıktan sonra⁴⁶⁴, 2. fıkrada uyulması gereken ilkelere yer verilmiştir. Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır. Bu ilkeler ticari reklamların içeriğine ilişkin başlıca sınırları tespit etmektedir⁴⁶⁵. Reklamların kişilik haklarına saygılı, doğru ve dürüst olmaları demek aynı zamanda reklamlarda kullanılan unsurlar içerisinde yer alan markanın da bu ilkelere uygun kullanılması anlamına gelmektedir. MK 2. madde düzenlemesi bakımından açıklanan hususlar reklamların doğru ve dürüstlüğü bakımından da dikkate alınmalıdır⁴⁶⁶. Örneğin anlam karışıklığına yol açarak yanlış izlenim yaratmak suretiyle tüketicinin aldatılması

⁴⁶⁰ KÜÇÜKALİ, s.48.

⁴⁶¹ ARKAN, Ticari İşletme, s. 297 dn. 4; YHGK. T. 30.04.1968, E. 1968/3837, K. 1968/2562, (ERİŞ, s. 370, dn. 500); Y.11.HD. T. 30. 06. 2000, E. 5841, K. 6238, (BATİDER, Y. 2000, C. 20. S. 4, s. 246-247); Y.11.HD. T. 11.10.2004, E. 2004/544, K. 2004/9548 (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 25.03.2016).

⁴⁶² KÜÇÜKALİ, s.49. Yargıtay 11.HD. 10/03/1997 tarihli 9094/1587 sayılı kararında: "Telsim" sözcüğünün 19/02/1982 tarihinden itibaren marka olarak kullanılmasına rağmen, yıllar sonra 17/09/1990 tarihinde markanın sicilden terkinin davası açılmasını mümkün görmemiştir. Benzer bir "Telsim" kararı için bkz.: Y.11. HD. T. 2.3.2000, E. 1999/8169, K. 2000/1726 (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 25.03.2016).

⁴⁶³ RG. T. 28 Kasım 2013, S. 28835

⁴⁶⁴ "Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır." (m.61/1).

⁴⁶⁵ Madde gerekçesi için bkz.: Lütfü BAŞÖZ/Ramazan ÇAKMAKÇI: **Gerekçeleri, Komisyon Raporları ve TBMM Tutanakları ile Birlikte Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013, s.125; KÜÇÜKALİ, s.50.

⁴⁶⁶ Emrehan İNAL; **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000, s. 34-35.

dürüstlük ve doğruluk kuralına aykırı kabul edilmiştir⁴⁶⁷. Dürüstlük kuralı iki ayrı yönden rekabet hakkının sınırını teşkil eder, tüketiciler karşısında doğruluk ve dürüstlük ve rakipler karşısında doğruluk ve dürüstlük⁴⁶⁸.

Markalar, mal ya da hizmet ile tüketici arasında bağlantı kurarak, onların kamuoyunca bilinmesini sağlarken aynı zamanda reklam için en uygun aracı da oluştururlar. Markanın tanıtımında eksik ve yanlış ifadelerle yönlendirici reklam yapılmamalı ve haksız rekabete neden olunmamalıdır. Yanıltıcı ve karıştırıcı (iltibas yaratan) markaların kullanılmasını engellemede hem üreticinin hem de tüketicinin ortak çıkarı bulunmaktadır⁴⁶⁹.

TKHK m.61'in 3. fıkrasında tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici reklamlar yasaklanmıştır. Reklamlar tüketici tercihlerini doğrudan etkileyen ve tüketicinin bilgilendirilmesini sağlayan hayati bir araçtır. Bu nedenle reklamlarda başka bir markayla iltibas yaratacak eylemlere girişilmesi de olağandır. Reklamlarda kötü niyetli bir tacirin taklit ettiği ürünün resmini yahut görüntüsünü kullanması mümkün olduğu gibi taklit ürüne yer verilmeksizin sadece karıştırılma ihtimali doğuracak işaretin kullanılması da mümkündür. İhlale neden olacak markasal kullanımın özellikle reklam mecrasında görülmesi sık karşılaşılan bir durumdur. Tüketicinin bilgi ve tecrübe noksanını kullanarak iltibas yaratılması da olasıdır. Uzman alıcılar nezdinde karıştırılmayacak olan bir ürünün, alıcı çevresi genişleyerek sıradan alıcıya, halka hitap eder hale gelmesi durumunda markalar arasında karıştırılmayı doğuracak şekilde bir işaretin kullanılması hukuka aykırıdır. Örneğin yakın geçmişte sadece askeri sahada kullanılan birçok ürün zamanla sıradan

⁴⁶⁷ YAŞAR, s.34-35; Y.11.HD.'nin 06.02.2007 tarih ve E. 2005/11256, K. 2007/2983 sayılı kararında da; davacı tarafından emek ve masraf harcanarak piyasaya sunulan temizlik deterjanı ürününün tanıtımı için yayınlanan ve belli bir izleme oranına ulaşan reklam filmlerinde kullandığı sloganların dikkat çekici ve zihinde kalan unsuru oluşturan "Kırk" sözcüğünün, davalıya ait aynı türden ürünün tanıtımı için sonraki bir tarihte hazırlanan reklam filmlerindeki sloganlarda da dikkat çekici unsur olarak kullanılmış olmasına, reklamların hedef aldığı tüketici kitlesinin seçimlerini iltibas yoluyla etkileme ihtimali bulunmasına ve reklamlarındaki "Türkiye'nin deterjanı", "bir numaralı deterjan" ibarelerinin üstünlük belirtmesine karşın, davalı ürünlerinin davacınınakilere üstünlüğünün kanıtlanamamış olması nedeniyle de, uyuşmazlık konusu ibarelerin davalı reklamlarında kullanılmasının TTK'nin 56. ve 57/3. maddeleri uyarınca haksız rekabet oluşturduğu sonucuna varılmıştır (www.kazanci.com.tr; E.T. 09.03.2016).

⁴⁶⁸ Emrehan İNAL/Başak BAYSAL; **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2008, s.22-23.

⁴⁶⁹ KÜÇÜKALİ, s.50.

kullanıcıya hitap eder hale gelmiştir. Cep telefonları, geçe görüş kameraları, dronlar bunların sadece birkaçıdır.

Hukukumuzda reklam hukukuna ilişkin diğerk bir düzenleme de 6112 sayılı⁴⁷⁰ Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın hizmetleri Hakkında Kanun’dur. Kanun’un 8. maddesinin 1/j bendinde; televizyon yayınlarının haksız çıkarlara hizmet eden ve haksız rekabete yol açan unsurlar ieremeyeceği ifade edilirken; m.9/6-a,c’de ticari iletişimin adalet, hakkaniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olması; yanıltıcı ve tüketicinin çıkarlarına zarar verici olmaması gerektiği ifade edilmiřtir⁴⁷¹. Televizyon reklamlarında tescilli bir markanın aynı veya benzerinin, haksız olarak kullanılması, marka ve şletmeler arasında bağlantı olduğu ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali doğurabilecektir.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Ynetmeliđi⁴⁷² m.7/5-f’de ise, reklamların, Fikri ve Sınai Haklar dâhil hiçbir konuda tüketiciyi doğrudan veya dolaylı olarak yanıltabilecek ifade ya da görüntüler ieremeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca Yönetmelik’in “taklit” başlıklı 12. maddesinin 2. fıkrasında, reklamlarda bir mal veya hizmetin, koruma altındaki bir marka veya ticaret unvanına sahip başka bir mal veya hizmetin taklidi veya kopyası olarak sunulamayacağı ifade edilmiştir.

Karşılaştırmalı reklamlar, marka ve şaretlerde iltibasa neden olabilecek diğerk bir reklam trdr⁴⁷³. Karşılaştırmalı reklamda, marka hukuku anlamında bir kullanımdan bahsedebilmek için, markayı kullanan kimsenin markayı kendi ürününün kaynağına yahut menşeine şaret etmek için kullanması gereklidir⁴⁷⁴. Karşılaştırma esnasında “X gibi” veya “X’in yerine” tarzında ifadeler kullanılması kolaylıkla marka ve şletmeler arasında bağlantı olduğu izlenimi yaratabilir⁴⁷⁵. Alman Federal

⁴⁷⁰ RG. T.3.3.2011, S. 27863.

⁴⁷¹ YAşAR, s.36 vd.; KÜÇÜKALİ, s.50-51.

⁴⁷² RG. T. 10.01.2015, S. 29232.

⁴⁷³ Karşılaştırmalı reklamlar için bkz.: İNAL, s. 61 vd.; Savaş BOZBEL; **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s.34 vd; 199 vd.; İNAL/BAYSAL, s.54 vd.

⁴⁷⁴ Reinhard INGERL: Kongressvortrag, Aufsatz, Rechtsverletzende und rechtserhaltende Benutzung im Markenrecht, **WRP**, 2002, 861, 866; BOZBEL, Karşılaştırmalı Reklam, s. 200.

⁴⁷⁵ İNAL, s. 67; Rakip ürüne denk tutulma şeklinde olan bu reklamlar rakibin tanınmışlığından faydalanılan reklamlardır. Reklamı yapılan bir ürünün orijinal bir ürünün “yedek parçası” veya “aksesuarı” olduğunu ihtiva eden reklamlarda denk tutma imasının olmadığı kabul edilmektedir, (BOZBEL, Karşılaştırmalı Reklam, s. 43, 202).

Mahkemesi (BGH) bir malın objektif ve kullanma amacını tanımlamak için orijinal ürünün markasına ve ismine açıkça işaret edilmesini; adı geçen aksesuar veya yedek parçanın orijinal üretici tarafından üretildiği izlenimini doğurmadığı ihtimalde hukuka uygun bulmuştur⁴⁷⁶. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin karşılaştırmalı reklamlarla ilgili m. 8/1'in (ğ) bendinde; karşılaştırmalı reklamların ancak 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 yapılabileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik, m.8/2'de ise, 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 verilebilir, denilmektedir⁴⁷⁷. Karşılaştırmalı reklamlarda bir başkasının markası ancak aldatıcı ve yanıltıcı olmamak ve haksız rekabete yol açmamak şartıyla kullanılabilir (m.8/1-a,b).

Karşılaştırmalı reklamlarda hukuka aykırılığın varlığı için iltibasın fiilen gerçekleşmesine gerek olmayıp, karıştırılma ihtimalinin var olması yeterlidir⁴⁷⁸. Burada dikkat edilecek husus, marka hukukundaki ile rekabet hukukundaki iltibas tehlikesinin aynı şekilde yorumlanmasının şart olmadığıdır. Yorum yapılırken bu iki hukuk dalının özel şartları ve amaçları nazara alınmalıdır. Reklamlar bakımından soyut iltibas tehlikesi değil somut iltibas tehlikesi aranmalıdır⁴⁷⁹. Çünkü reklamların hukuka uygunluğu denetlenirken amaç, marka hakkında olduğu gibi münhasır hakların yerine getirilmesi değil, haksız rekabet hallerinin engellenmesidir.

TKHK m.62/1'de tüketicilerin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozan veya önemli ölçüde bozma ihtimali olan, bilhassa

⁴⁷⁶ BGH, 24.05.1962 - KZR 4/61, **NJW** 1962, 1565, s.1568. Karar için bkz.: https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1962-05-24/KZR-4_61 (E.T. 23.04.2016); BOZBEL, Karşılaştırmalı Reklam, s. 43, dn. 82. Karş.: FEZER, MarkenR 2009, §14, Rn. 496; §23, Rn. 56.

⁴⁷⁷ KÜÇÜKALİ, s.52-53.

⁴⁷⁸ Bir iltibas tehlikesini içinde barındıran bir karşılaştırma, ne tüketicinin nesnel bilgilendirilmesine ne de piyasada şeffaflığın artmasına hizmet eder. Bu bakımdan tüketicinin bilgilendirilmesi ve reklamda zikredilen rakibin korunması amacıyla, içinde iltibas tehlikesi barındıran karşılaştırmalar hukuka aykırı görülmelidir, (BOZBEL, Karşılaştırmalı Reklam, s.202, dn.314-315)

⁴⁷⁹ Rolf SACK: Vergleichende Werbung nach der UWG-Novelle, **WRP**, 2001, 327, 345; Rolf SACK: Markenschutz und UWG; **WRP** 2004, 1405,1416; Frauhe, HENNİNG-BODEWİG: Vergleichende Werbung –Liberalisierung des deutschen Rechts?, **GRUR Int.** 1999, 385, 388; Paul STRÖBELE/ Franz HACKER: **Markengesetz: Kommentar**, 9.Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009, §14, Rn.214; Aksi yönde bkz.:Volker EMMERICH: **Unlauterer Wettbewerb**, 7.Auflage, München 2004, §7, III, 2c, 6b'den naklen, BOZBEL, Karşılaştırmalı Reklam, s. 203, dn. 320.

aldatıcı veya saldırgan nitelikteki uygulamalar, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamalar olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre de ticari reklam kapsamına girmeyen başka bir yolla bir markanın itibarından haksız olarak faydalanmak maksadıyla marka ve işaretler arasında iltibas yaratmak, tüketici tercihlerini bozucu karışıklık yaratmak, haksız ticari uygulama kabul edilerek yasaklanmıştır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TÜRLERİ VE UNSURLARI

I. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TÜRLERİ

A. Doğrudan Karıştırılma İhtimali

Markaların köken belirtme fonksiyonu ile doğrudan bağlantılı olduğu için bu adla anılan ve klasik karıştırılma tehlikesiyle aynı anlama gelen karıştırılma ihtimalidir⁴⁸⁰. Bu tür karıştırılma ihtimali, muhatap kitlenin yani halkın markayla aynı veya benzer işaret nedeniyle, marka ve işareti karıştırarak, malların veya hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığı yanılgısına düşmesidir. Markanın köken belirtme işlevini olumsuz etkileyen, halkta mal veya hizmetlerin aynı işletmeye ait olduğu zehabına neden olan bu tür bir karıştırma ihtimalinde, alıcı kitlenin böyle bir karıştırma tehlikesi yaşamadağı takdirde sözkonusu mal yahut hizmeti satın alma davranışına girişmeyeceğı söylenebilir⁴⁸¹.

Bu manada karıştırılma ihtimalinde muhatap kitle hem işaret yahut markalar hem de işletmeler bakımından yanılgı tehlikesi altındadır⁴⁸².

B. Dolaylı Karıştırılma İhtimali

Dolaylı karıştırılma ihtimali, muhatap alıcı kitlenin, işaretler arasındaki benzerlikten hareketle, onları birbirinden ayırt etmesine rağmen marka sahibinin

⁴⁸⁰ Klasik Manada Karıştırılma İhtimali için bkz.: Yukarıda, II.Bölüm, I, B.; Ayrıca bkz.: DİRİKKAN, s. 164; KÜÇÜKALİ, s. 66.

⁴⁸¹ DİRİKKAN, s. 164, dn.8; KÜÇÜKALİ, s.66, dn.6.

⁴⁸² Brunhilde STECKLER: **Der Sonderschutz Berühmter Geschäftszeichen gegen Verwässerungsgefahr. Ein Tatbestand ohne Rechtsgrundlage?**, Göttingen, 1984, s.26'den naklen DİRİKKAN, s. 165.

markasında kısaltmalar yaptığı veya seri markalar kullandığı varsayımıyla sözkonusu mal ve hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığı sonucuna varma ihtimalidir⁴⁸³. Genellikle markanın yanına başkaca unsurların ilave edilmesi suretiyle yahut markanın belli unsurlarının kullanılması suretiyle meydana gelir.

Diğer taraftan bilhassa markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerden farklı mal veya hizmetler için kullanılması halinde de, muhatap kitlenin markanın kullanıldığı mal grubu ile aynı olmadığını bilmesine rağmen işaretlerin özdeş ve benzer olmaları nedeniyle marka sahibinin farklı tür ve nitelikte mal veya hizmet üretmeye başladığı fikrine kapılmaları da dolaylı karıştırılma ihtimali kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁸⁴. Bu durumun tanınmış markalarda daha sık rastlanan bir olasılık olduğu çünkü alıcılar nezdinde tanınmış markanın farklı mal ve hizmetler için kullanılması halinde kendiliğinden bu düşüncenin doğacağı ifade edilmiştir⁴⁸⁵.

C. Geniş Anlamda Karıştırılma İhtimali

Muhatap kitlenin hem işaretleri hem de işletmeleri ayırt edebildiği ve fakat yanlış bir şekilde işletmeler arasında özel ekonomik bağlantılar veya sıkı örgütsel ilişkiler bulunduğunu sanmaları halinde meydana gelecek olan karıştırılma tehlikesidir. Bu konuya yukarıda değinildiği cihette tekrara düşmemek bakımından atıf yapmakla yetinilmiştir⁴⁸⁶.

Öte yandan işaretler arasında düşünsel bağlantı kurulması halinde de karıştırılma ihtimalinden bahsedilmeli midir? Bazı durumlarda muhatap kitle ikinci işaretle karşılaştığında önceki markayı (özellikle tanınmış marka) hatırlamakla birlikte bu malın ilk marka sahibi yahut onunla bir şekilde bağlantılı olan işletme tarafından pazara sunulmadığını tespit edebilmekte ve klasik ya da geniş manada karıştırılma ihtimali doğmamaktadır. Ama yine de tanınmış bir markanın cezbedici gücünden haksız olarak faydalanmak mümkün olabilmektedir. *Dirikkan* bu hususta, markalar arasındaki düşünsel bağlantının karıştırılma ihtimali kavramının alternatifi olmadığını karıştırılma ihtimali olmamasına rağmen marka ile işaret arasında düşünsel bir

⁴⁸³ DİRİKKAN, s. 165; KÜÇÜKALİ, s.67.

⁴⁸⁴ DİRİKKAN, s. 165; KÜÇÜKALİ, s.67.

⁴⁸⁵ DİRİKKAN, s. 165, dn. 10'da sayılan atıflar; ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.98.

⁴⁸⁶ Bkz.: Yukarıda, II.Bölüm, I, C.; DİRİKKAN, s. 166; KÜÇÜKALİ, s.67.

bağlantı kurulmasının markanın karıştırılma ihtimali kavramı çerçevesinde korunmasına yeterli olmayacağını ifade etmektedir⁴⁸⁷.

II. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN UNSURLARI

A. Aynı, Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer ve Benzer İşaretler

1. Genel Olarak

Marka hakkı sahibi tescilli markası ile aynı yahut ayırt edilemeyecek kadar benzer olan herhangi bir işaretin kullanılmasını yasaklayabilir⁴⁸⁸ ve tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerin aynı veya benzerleri için tescilli marka ile karıştırılma ihtimali bulunan aynı veya benzerinin kullanılmasına engel olunmasını talep edebilir. Karıştırılma tehlikesi bulunan bu durumlar; (1) benzer işaretin aynı mal veya hizmetler için kullanılması, (2) aynı işaretin benzer mal ve hizmetler için kullanılması, (3) benzer işaretin benzer mal veya hizmetler için kullanılması halleridir. Marka tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerle sınırlı olarak korunur. Bunun istisnası tanınmış markalardır⁴⁸⁹. “Aynı”, “ayırt edilemeyecek kadar benzer” ve “benzer” işaretlerin, halk tarafından karıştırılma tehlikesi yaratacak şekilde, benzer mal ve hizmetlerle ilgili olarak kullanılması markaya tecavüz fiilini oluşturur. Bu durumda marka sahibi KHK’nın 62. maddesi gereği hukuki ve 61/A maddesi gereği ise cezai taleplerini ileri sürebilir⁴⁹⁰.

556 sayılı KHK ilgili maddelerinde “aynı”, “ayırt edilemeyecek kadar benzer” ve “benzer” kavramlarına yer vermiş, ancak bu kavramları tanımlamamıştır. Hâlbuki 551 sayılı Markalar K. m. 47’de markanın aynen kullanılması ile markanın benzerinin kullanılması tanımlanmış ve her ikisi için de bir takım ölçütler öngörülmüştü. Bu maddeye göre, başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibari ile eşini veya ebat yahut renk itibarıyla ya da dikkatlice

⁴⁸⁷ Geniş açıklama için bkz.: DİRİKKAN, s. 168-170.

⁴⁸⁸ Bu ihtimalde artık karıştırılma ihtimalinin varlığı araştırılmaz. Karıştırılma tehlikesinin var olduğu ipso iure kabul olunabilir. Karş.: ÇOLAK, 2012, s. 234; UZUNALLI, s. 29.

⁴⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: DİRİKKAN, s. 194 vd.; ÇOLAK, 2012, s. 103.

⁴⁹⁰ KÜÇÜKALİ, s. 96-97.

bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüz'i surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış kabul ediliyor, buna karşılık, başkasına ait tescilli markaya, toplu olarak bıraktığı genel intiba itibari ile ilk bakışta kolayca ayırt edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu surette iltibasa sebebiyet veren bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış sayılıyordu⁴⁹¹.

Yürürlükteki 556 sayılı KHK'nın 7. maddesinde "tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar" mutlak red nedenleri arasında sayılırken, m.8'de "tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer" olan bir markanın tescili talebi nispi red nedenleri arasında düzenlenmiştir. Marka hakkının kapsamını belirleyen 9. maddenin 1. fıkrasında marka sahibinin inhisari hakkı kapsamında tescilli markası ile aynı veya benzer olan markaların kullanılmasını engelleyebileceği ifade edilmektedir⁴⁹². Tanınmış markalar haricinde bahsedilen red ve hükümsüzlük nedenlerinin ileri sürülebilmesi yahut izinsiz kullanımın engellenebilmesi için ayrıca tescilli marka ile aynı ya da benzer olan marka ve işaretlerin aynı veya benzer mal ve hizmetler için tescilinin talep edimiş olması veya tescilsiz kullanılması gereklidir⁴⁹³.

Tanınmış markaların farklı mal ve hizmetler bakımından aynı ya da benzerinin kullanılması durumunda, bu eylem tanınmış markanın ayırt edici niteliğini zedeliyor ise marka sahibi, markanın şöhretinin sömürülmesi suretiyle bir haksız yararlanmanın olduğunu öne sürerek bu kullanıma mani olabilir⁴⁹⁴.

KHK'de benimsenen "bağlantı olduğu ihtimali" kavramı ise, herhangi bir nedenle "halk"ın tescilli marka ile kullanılan işaret arasında bir bağlantı (ilişki) olduğunu düşünmesi olup, bu durum iki işaret arasındaki benzerliğin varlığı için yeterli kabul edilmiştir. Bu durumda karıştırılma ihtimalinin var olduğu kabul edilir⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ CENGİZ, s. 9 vd.; EPÇELİ, s. 33.

⁴⁹² UZUNALLI, s. 29 vd

⁴⁹³ ÇOLAK, 2012, s.102-103; DİRİKKAN, s. 171 vd.; KÜÇÜKALİ, s. 97-98.

⁴⁹⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.15.: KÜÇÜKALİ, s.97-98.

⁴⁹⁵ "Mahkemece, başvuru ve itiraza dayanak markanın/markaların işitsel, görsel ve kavramsal olarak benzer oldukları, davacının "KİPA" ibareli markalarının ayırt ediciliği yüksek ve özellikle "mağazacılık" hizmetleri yönünden KHK 8/4 hükmü anlamında tanınmış marka olduğu, bu durumun karıştırma ihtimalini ve bağlantı kurulması ihtimali ile karıştırılma riskini doğurabileceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir... bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA..." 11. Hukuk Dairesi E. 2015/1564, K. 2015/6284, T. 4.5.2015

2. Aynı yahut Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaret

556 sayılı KHK m.7/I-b’de ifade edilen “aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olma”⁴⁹⁶ kavramı mutlak red nedeni olarak; yine m.8/I-a’de düzenlenen “marka ile aynı olma” kavramı nispi red nedeni olarak; ayrıca marka hakkının kapsamını belirleyen m.9/I-a’da ifade edilen “tescilli marka ile aynı olma” kavramı haksız kullanımı engelleme, yasaklama nedeni olarak düzenlenmişlerdir. Öğretide tartışılmakla birlikte, bu üç düzenlemenin aynı şeyi ifade ettiği söylenebilir. Sınai Mülkiyet Kanun Tasarısı’nda ise, m.5/(1)/ç’de mutlak ret nedeni ve 6/(1)’de nispi ret nedeni olarak aynı kavramlara yer verildiği görülmektedir. Diğer yandan KHK’nın 7. ve 8. maddelerindeki düzenlemeler m.42/1-a hükmü gereği aynı zamanda bir hükümsüzlük nedenidir⁴⁹⁷.

Uygulamada en sık karşılaşılan ret ve hükümsüzlük nedenlerinden birisi, tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir marka ile “aynı” yahut “ayırt edilemeyecek kadar benzer” olması halidir⁴⁹⁸. “Ayniyet” ya da “ayırt edilemeyecek derecede benzerlik” incelenirken önceki marka ile sonraki markanın aynı olup olmadığı belirlenmeli, aynı ise, sınıfsal ayniyetin yahut benzerliğin bulunup bulunmamasına göre ret ya da hükümsüzlük nedeni incelenmelidir. Şayet her iki marka aynı değilse, o durumda ayırt edilemeyecek derecede benzer olup olmadıkları araştırılmalı ve sınıfsal benzerlik böylece irdelenmelidir⁴⁹⁹.

KHK’da aynı ve ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramlarının açıklanmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Ve fakat öğretide bu husus etraflıca tartışılmıştır. *Arkan*, markalar arasında ayniyet bulunup bulunmadığının markanın bütün olarak bıraktığı izlenime göre değerlendirilmesi gerektiğini, markanın esas

(Kazancı İçtihat Veritabanı, www.kazanci.com, E.T. 22.02.2016) “...Davacının "PINAR" ve "PİZATTO PINAR + Şekil" markaları ile davalının tescil başvurusunda bulunduğu "K+KIRKPINAR" markasının, görsel, biçimsel, anlamsal, sescil benzerlik, çağrıştırma, genel görünüm ölçütleri bakımından karşılaştırılması yapıldığında, davalı markasının davacı markası ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı ya da benzer olmadığı, halk tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı, davacı markası ile ilişkili olduğu ihtimalini kapsamadığı sonucuna varılmalıdır...” Y.11. HD. 15.9.2003 T. E. 2003/1717, K. 2003/7742. (KÜÇÜKALİ, s. 97, dn.151).

⁴⁹⁶ 5194 sayılı Kanun ile 22.06.2004 tarihinde yapılan değişiklik öncesi fıkra “aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı” şeklinde idi. Yapılan bu değişikliğin maddi bir yanlışlığı gidermekle yerinde bir değişiklik olduğu; bu iki ifade arasında fark olmadığı; markanın ayırt edilemeyecek kadar aynı olması halinin tescilli markanın ayırt edilemeyecek derecede benzeri işareti ifade etmekte olduğu belirtilmiştir (KÜÇÜKALİ, s. 101).

⁴⁹⁷ SEKMEN, s.110.

⁴⁹⁸ ÇOLAK, 2012, s. 102.

⁴⁹⁹ ÇOLAK, 2012, s. 102.

unsurunu oluşturan sözcüğün, sonraki markada farklı büyüklükte olmasının veya farklı yazı biçimi ile ifade edilmesinin ya da başka bir renk içinde verilmesinin markalar arasındaki ayniyeti ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir⁵⁰⁰. *Tekinalp*'e göre ise; bir işaretin KHK anlamında tescilli markanın aynısı olması, “iki işaretin tıpa tıp birbirinin aynı olması, ikisi arasında hiçbir noktada, çok küçük de olsa, bir fark bulunmaması” anlamına gelmektedir⁵⁰¹. Yazara göre, bir marka sadece bir renkte kullanılabilirse, ayniyet için işaretin “aynı renkte” kullanımı gerekir⁵⁰². *Özsunay*, KHK'nin bu konuda herhangi bir ölçüt getirmemekle, konuyu uygulama ve doktrine bıraktığını, bu konunun esasen bir yorum problemi olduğunu ve bu yorum yapılırken Markalar Kanunu zamanında verilmiş içtihatlardan yararlanılabileceğini ifade etmiştir⁵⁰³. *Epçeli*, bir markanın esas unsurunun diğer bir markada farklı büyüklükte olması, farklı yazı biçimi ile ifade edilmesi, başka renk içinde verilmesi halinde bunlar arasında ayniyet değil, fakat benzerlik olduğu kabul edilse bile, bu benzerliğin, ayırt edilemeyecek, yani karışıklığa yol açıp açmayacağını ayrıca inceleme yapılmasını gereksiz kılacak, derecede güçlü ve açık olduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmiştir⁵⁰⁴. *Çolak* ise, önceki marka ile sonraki markanın aynı olmasından kastın, her iki markanın sözcük, şekil, rakam, renk gibi tüm unsurlarının özdeş olmasının olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, iki marka eğer her bakımdan özdeş ise, ayniyetin varlığının kabulü gereklidir. Yazar, *Arkan*'la paralel şekilde markaların tüm unsurlarının aynı olmasına rağmen, yazı, rakam, şekil gibi unsurlarının boyutunun

⁵⁰⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 75-76. *Fransız Mahkemesi* kararına göre: “Aynen kullanmadan söz edebilmek için markanın en ince ayrıntısına kadar taklit edilmesi gerekmez. Esaslı unsurların taklit edilmesi yeterlidir.”; *Seine Mahkemesi* bir kararında: “Esaslı unsurlarını tekrar edilen bir markaya ayrıntı sayılabilecek eklemelerin yapılması aynen kullanmanın varlığına engel değildir”; Fransız Mahkemeleri “Bryh- Byrrh”, “ Graetzin- Gretzine”, “Paradis Voyage- Paris Voyage” markaları arasında aynen kullanmanın varlığını kabul etmişlerdir. Bkz.: ARSEVEN, s.137.

⁵⁰¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.29.

⁵⁰² Bunun gibi, yazılışı farklı, kulakta kalan ses tıpa tıpa aynı ise yine ayniyet yok benzerlik vardır. Buna göre, “Neks” ile “Nex” “Piriz” ile “Priz”, “piril” ile “pril” (TD. 11.11.1958, 2094-2700, **BATİDER** 1961, C.1, S. 2, s. 245), “lûx” ile “lüks” (YASAMAN vd., Marka Hukuku, C. I, s. 228) benzer veya ayırt edilemeyecek kadar benzer kabul edilebilir, fakat aynı sayılamaz. Yazar, “aynı” kavramının KHK’de bu derece sıkı tanımlanmasının nedeninin, KHK’nin çeşitli hükümlerinde (m. 61/I (b) (c) , m. 64 vd.) bu kavrama “taklit” adı altında yer verilmiş olmasını göstermektedir. Yazar bu sebeplerle, KHK’nin “aynı işaret” ile “markanın aynı” kavramlarının, MarkK’da ifadesini bulan “markayı aynen kullanma” kavramından tamamen farklı olduğunu kabul etmekte ve MarkK döneminde “markayı aynen kullanma” ile ilgili verilmiş içtihatların geçerliliğini yitirdiğini ileri sürmektedir. Bkz.: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.30.

⁵⁰³ Ergun ÖZSUNAY: “Tartışmalar”, **Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları –3- Markalar Hukuku’nun Avrupa Birliği’ne Uyum ve Sorunları Semineri (6 Temmuz 1995)**, İTO Yayını, s. 75.

⁵⁰⁴ EPÇELİ, s. 35.

hepsi birden ve bir bütün olarak küçük ya da büyük olmasının ayniyeti ortadadan kaldırmayacağını ileri sürmektedir⁵⁰⁵. Ancak iki marka arasında küçük de olsa farklılıklar var ise artık bu iki markanın aynı olduğundan değil, ayırt edilemeyecek kadar benzer yahut benzer olduğundan söz edilebilecektir⁵⁰⁶. *Sekmen*'in ifade ettiği gibi, aynı markadan bahsedebilmek için önceki markada hiçbir değişiklik veya ilave yapılmaksızın, bir bütün olarak bakıldığında markayı oluşturan unsurların sonraki markada aynen yer alması, yani sonraki markanın yalnızca önceki markanın unsurlarının tamamından oluşması gereklidir⁵⁰⁷. Yargıtay “Pover Pack” ibareli önceki markanın, bir başkası tarafından tüm unsurlarıyla, yani ekleme eksiltme yapılmaksızın yine “Pover Pack” ya da “POVER pack” olarak tescil edilmesi halini önceki markayla aynı işaret olarak kabul etmiştir⁵⁰⁸.

Markanın aynısının yahut ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması KHK'nın bazı maddelerinde taklit olarak ifade edilmiştir⁵⁰⁹. KHK m.61/I-b'de, marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek, marka hakkına tecavüz halleri arasında sayılmıştır. Bu durumda artık marka ile işaret arasında karıştırılma ihtimalinin araştırılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir⁵¹⁰.

Diğer bir husus KHK m.9/I-a düzenlemesi kapsamında tescilli marka ile aynı olan işaretin, tescile konu mallar ve hizmetler için markasal olarak kullanılması halidir. Bu bendin uygulanması bakımından üçüncü kişinin tescilli markayı bu tarzda kullanması halinde “karıştırılma ihtimali” unsuru ayrıca aranmayacaktır⁵¹¹. Çünkü TRIPS m.16/ (1)'in 2. cümle hükmüne göre, aynı mal ve hizmetler için aynı işaretin

⁵⁰⁵ Çünkü bir bütün olarak her ne kadar farklı boyutta da olsa, her zaman için emtia üzerine daha büyük veya küçük boyutlarda basılma olanağı doğabilecektir (ÇOLAK, 2012, s.102). Aynı yönde bkz.: SEKMEN, s. 119.

⁵⁰⁶ ÇOLAK, 2012, s.102.

⁵⁰⁷ SEKMEN, s. 119; KITCHEN vd., s. 244.

⁵⁰⁸ Y.11.HD. 20.06.2011, E.,2009/14409, K. 2011/7481(Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 11.04.2016); SEKMEN, s. 119, dn. 355.

⁵⁰⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §30, Kn. 13; §27, Kn.7; KÜÇÜKALİ, s.33,35,100.

⁵¹⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.30; KÜÇÜKALİ, s.100. *Çolak* ise, markaların aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olmaları halinde karıştırılma ihtimalinin belirlenmesi, KHK'nın 8/I-b maddesindeki karıştırılma ihtimaline göre nispeten daha kolay olacağını ifade etmiştir (ÇOLAK, 2012, s.103). Tescilli marka ve işaret ile mal veya hizmetler özdeş olduğu takdirde markaya sağlanan koruma mutlaklıdır. Bu durumda ayrıca karıştırma tehlikesinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın koruma sağlanmakta, karıştırma tehlikesinin bulunduğu yasal bir varsayım olarak kabul edilmektedir (DİRİKKAN, s. 171).

⁵¹¹ UZUNALLI, s.29; DİRİKKAN, s. 171.

kullanılması halinde karıştırılma tehlikesinin var olduğu kabul olunacaktır⁵¹². *Uzunalli*, KHK'nın 9. maddesi bağlamında, üçüncü kişi tarafından kullanılan markanın tescilli marka ile aynı olup olmadığının tespitinde, işaretin tescilli markayı oluşturan tüm unsurları, değişiklik veya herhangi bir ilave olmaksızın içermesi halinde veya işaretin bütün olarak incelenmesi halinde tescilli markaya göre ortalama bir tüketicinin fark edemeyeceği kadar ufak farklılıklar içermesi halinde, üçüncü kişi tarafından kullanılan işaretin tescilli marka ile aynı olduğunun kabul edileceğini ifade etmiştir⁵¹³. Örneğin “BUFFALO” ile “BUFAALO” markaları arasında ortalama bir tüketicinin fark edemeyeceği kadar ufak farklılıklar bulunduğu söylenebilir⁵¹⁴. Tescilli markanın esas unsurunun aynı mal ve hizmetlerde aynen kullanılmasına rağmen, buna malın yahut hizmetin cinsi veya niteliğini belirten bir ifadenin eklenmesi halinde de markanın aynı olduğu kabul edilerek karıştırılma ihtimali yönünden araştırma yapılmasına gerek yoktur. Örneğin, “Sultanahmet Köfteci” markasının “Meşhur Sultanahmet Köfteci” olarak kullanılması durumu böyle kabul edilebilir⁵¹⁵. *Sekmen* ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramından, önceki marka ile sonraki marka arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmasını anlamaktadır⁵¹⁶. Markalar arasında çok az da olsa farklılıklar varsa markaların aynılıklarından değil, ayırt edilemeyecek kadar benzer olduklarından söz edilmelidir.

Kanaatimizce, KHK m.7/I-b’de bahsedilen aynı ve ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramları, mehz AB direktif ve tüzük düzenlemelerinin aksine mutlak red nedenleri arasında yer verilmesi de dikkate alınarak şu şekilde yorumlanmalıdır: (1) “Aynı ve ayırt edilemeyecek kadar benzer” ibareleri bir üst kavram olarak kabul edebileceğimiz, marka ve işaretler arasındaki “aynıyet”i tanımlayan ifadelerdir⁵¹⁷.

⁵¹² TRIPS Anlaşması fikri mülkiyet hakları için asgari sınırları belirlediği için (m.1/(1) cümle 2), KHK düzenlemesinde karıştırılma ihtimalinin aranmaması sözleşmeye uygundur (UZUNALLI, s.29)

⁵¹³ FEZER, MarkenR 2009, §14, Rn. 208 vd.; *Uzunalli*, tescilli markaya göre ortalama bir tüketicinin fark edebileceği farklılıklar ilave edilerek markanın kullanılması halinde 9. Maddenin I.fikrasının (b) bendine göre inceleme yapılması gerektiğini ifade etmiştir (UZUNALLI, s.30).

⁵¹⁴ Y. 11.HD. 20.02.2007 T. E. 2005/11912, K. 2007/3207, Bkz.: Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, (E.T. 22.03.2016); UZUNALLI, s. 31.

⁵¹⁵ Bkz.: YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s. 396.

⁵¹⁶ SEKMEN, s.119.

⁵¹⁷ Markalar arasındaki ayniyete ilişkin olarak yürürlükten kaldırılan 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 47/I-a. maddesinde; başkasına ait tescilli markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibarıyla eşini veya ebat yahut renk itibarıyla veya dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimselerin bu markayı *aynen kullanmış* sayılacağı; başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibarıyla ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu surette iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimsenin o markanın

Yani “benzer işaret” tanımlamasına girmeyecek kadar ufak bir takım farklılıkların yer aldığı markalar için ayırt edilemeyecek kadar benzer işaret ya da marka denilebilmektedir. Bu takdirde muhatap kitle/halk tarafından karıştırılma ihtimalinin aranmasına lüzum duyulmaksızın tescil talebi mutlak red nedenlerinin varlığı nedeniyle TPE’ce reddedilecektir. Bir şekilde tescil edilmişse artık m.8/I-b gereği de hükümsüzlük nedeni sayılacağından “benzer” markalar geniş manada karıştırılma ihtimali çerçevesinde incelemeye tabi tutulacaklardır. (2) KHK m.7/I-b metninin 22/6/2004 tarihli 5194 sayılı Kanun’un 13 maddesi ile değiştirilmeden önceki halinde “ayırt edilemeyecek kadar aynı” ifadesinin yer aldığı da düşünüldüğünde, “benzer marka” ile “ayırt edilemeyecek kadar benzer marka” arasında bir fark gözetildiği kolaylıkla anlaşılabacaktır. Benden önceki halindeki ifade Türkçe ifade bozukluğunun düzeltilmesi maksadıyla yeniden düzenlenmiştir. Yani halk nezdinde aynı marka olduğu yanılgısı yaratacak derecede benzerliğin varlığına yani markanın taklit edilmesine işaret edilmek istenmiştir. “Benzer marka” denildiğinde ise bu derecede bir benzeme aranmamakta, markanın unsurlarında ekleme çıkarma şeklinde ciddi değişiklikler yapılmasına rağmen karıştırılma ihtimalinin doğabileceği kabul edilmektedir. (3) Ayırt edilemeyecek kadar benzer markalar, iltibas çeşitlerinden doğrudan iltibas olarak tanımlanan sınıfta yer alıp, seri markalardan biri olduğu intibainı uyandırma şeklinde gerçekleşen dolaylı iltibas veya marka ya da işletmeler arasında bağlantı olduğu ihtimali kavramlarının dışında kalmaktadır.

Diğer yandan yukarda belirtildiği üzere, 556 sayılı KHK m. 7/I’in (a) bendinde mutlak red nedenleri arasında tescilli markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması halinin de sayılmaş olması öğretilde eleştirilmiştir⁵¹⁸. Ancak *Tekinalp*, bu halin hem mutlak red nedenleri hem de nispi red nedenleri arasında sayılmasının amacının, TPE’nin dikkatinden kaçan tescil şartlarını taşımayan işaretlerin itiraz üzerine tescilinin engellenmesini sağlamak olduğunu ifade ederek düzenlemeyi yerinde görmekteyken⁵¹⁹; *Yılmaz ve Sekmen*, bu halin mehzada mutlak

benzerini kullanmış sayılacağı ifade edilmişti. *Tekinalp*, Markalar Kanunu’nun 47/I-a düzenlenmesinde yer alan “markayı aynen kullanma” ölçütlerinin 556 sayılı KHK bakımından uygulanmayacağını; bir markanın aynını kullanmanın, başkasının markasını sahibi nasıl kullanıyorsa aynen onun gibi kullanmak demek olduğunu ifade etmiştir (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.29-30).

⁵¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, III, A, 3.

⁵¹⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn.7,47.

değil nispi red nedenleri arasında sayıldığını ifade ederek, zikredilen m.7/I-b düzenlemesinin yersiz olduğunu ifade etmişlerdir⁵²⁰.

3. Benzer İşaret

a) Genel Olarak

KHK'nın 8/I-b ve 9/I-b düzenlemelerine göre, tescilli bir markanın benzeri olan bir marka yahut işaretin, tescilli markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetleri kapsamaları halinde, marka ile ilişkili olma ihtimali dâhil karıştırılma ihtimali mevcutsa, sonraki işaret ya da markanın kullanılması yasaklanabileceği gibi tescil talebi ilgililerin istemi üzerine reddedilebilir ya da hükümsüzlüğü istenebilir⁵²¹.

Bu düzenlemeler çerçevesinde markanın korunması için karıştırılma ihtimalinin bulunması gerektiği ve karıştırılma tehlikesinin belirlenmesi yönünden ise, işaretlerin ve mal ya da hizmetlerin benzerliğinin önemli olduğu ortaya çıkmaktadır⁵²². Benzerliğin belirlenmesi bakımından korunacak markanın tanınmışlık derecesi ve ayırt etme gücünün incelenmesi de gerekecektir⁵²³. Burada benzer işaretin aynı veya benzer mal ve hizmetler için karıştırılma ihtimali yaratacak şekilde kullanılması temel noktadır. Harf, sözcük yahut rakamdan oluşan markalar arasında tam bir özdeşlik olması ayniyet yaratacağından, bunun dışındaki benzerliklerde karıştırılma ihtimali bakımından araştırma yapılmalıdır. Fonetik, anlam ya da yazım tarzı yönünden farkların bulunması marka ile işaret arasında ayniyeti ortadan kaldırırsa bile benzerlik unsurunun varlığı karıştırılma ihtimaline sebep olabilecektir⁵²⁴.

Prensip olarak karıştırılma ihtimalinden söz edebilmek için önceki marka ile sonraki işaret arasında benzerliğin bulunması gerekir. Marka ile işaret arasındaki benzerlik yüksek olduğu oranda karıştırılma ihtimali de o oranda artacaktır.

⁵²⁰YILMAZ, s.154-156; Meha AB direktif ve tüzükleri hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz.: SEKMEN, s. 112 vd.

⁵²¹DİRİKKAN, s. 172, dn.21.

⁵²²DİRİKKAN, s. 173.

⁵²³ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.100; FEZER, MarkenR 2009, §14, Rn.122; Inge SCHERER: "Normative Bestimmung von Verwechslungs und Irreführungsgefahr im Markenrecht", **GRUR**, 2000, s.274; Marianne LEVIN (Überstezt von Annette KUR): "Der Schutz ausserhalb des Gleichartigkeitsbereichs in der EU aus schwedischer Sicht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Internationaler Sicht", **GRUR Int.**, 1996, s.460.

⁵²⁴DİRİKKAN, s. 175.

İncelemede özellikle markaların hafızada kalmaya en müsait unsurlarının dikkate alınması gerekir. Karma markalar söz konusu olduğunda sözcük unsuru hafızada kalmaya daha uygun olduğundan benzerliğin tespiti yönünden bu unsura bilhassa önem verilmelidir⁵²⁵. Benzerlikten kasıt iki marka ya da işaretin halk arasında karıştırılmaya müsait şekilde ses, görüntü veya anlam (kavram) itibariyle birbirlerine yakın olmalarıdır⁵²⁶.

b) Görsel Benzerlik

İltibas karşılaştırmasına konu markalar arasında göze hitap eden bir benzerliğin yani şekil benzerliğinin olması durumunda görsel benzerlik vardır⁵²⁷. Karıştırılma ihtimalinin tespitinde en sık kullanılan ve sonuca tesir eden benzerlik türü görsel benzerliktir. Bu benzerlik markaları oluşturan harflerin, sözcüklerin ya da resim, logo, desen, grafik veya benzeri şekil unsurlarının aynı yahut benzer olması şeklinde ortaya çıkabilir⁵²⁸. Markayı oluşturan işaretlerin şekillerinde benzerlik olabileceği gibi malın ambalajının⁵²⁹ ya da dış görünüşünün benzetilmesi suretiyle de bir benzerlik oluşturulabilir⁵³⁰. Ancak işin doğası gereği, ses, tat ve koku markaları gibi markalar bakımından görsel benzerliğin söz konusu olmayacağı açıktır⁵³¹.

KHK'nın m.5/II düzenlemesi marka ile birlikte tescil edilen ambalaj ve biçimin korunmayacağını ve tekel hakkı vermeyeceğini belirtse de malın zorunluluktan doğmayan özgün bir biçimi veya ambalajı varsa bu marka olarak tescil

⁵²⁵ DİRİKKAN, s. 177.

⁵²⁶ DİRİKKAN, s. 176; ÇOLAK, 2012, s.234.

⁵²⁷ CENGİZ, s.12; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 101; ÇOLAK, 2012, s. 234; EPÇELİ, s. 118.

⁵²⁸ ÇOLAK, 2012, s. 234.

⁵²⁹ "...Davacı markasının yazı stili ve sair grafik özelliğini renk kompozisyonu ile birlikte tescil ettirmiştir. Davalı pazarladığı çayların ambalajında davacının ambalaj dizaynını aynen alarak, diğer bir anlatımla, aynı ebatla ve biçimde aynı renk kompozisyonunda ve aynı grafik şekillerini ihtiva eden kutu üzerine, "Çay Paş" kelimelerinin alt kısmında büyük harflerle "RİZE ÖZEL" ve bunun altına da küçük harflerle markasını ifade eden "Altın Boynuz Çayı" ibarelerini yazmak suretiyle davacının ambalajı ile açıkça iltibas yarattığı anlaşılmaktadır..." Y 11. HD. 4.6.1991 E. 2171/K. 3734 (Gönen ERİŞ: Madde Açıklamalı- En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. 1, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, Genişletilmiş 2. baskı, Ankara: En-Kay Yayınevi, 1992, s. 407'den naklen EPÇELİ s. 119, dn.430)

⁵³⁰ KÜÇÜKALİ, s.103; EPÇELİ, s.118-119.

⁵³¹ ÇOLAK, 2012, s. 234.

edilerek korunacaktır. Bu itibarla malın biçimi de karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi sırasında görsel benzerlik bakımından incelenecektir⁵³².

Bir malın ambalajının karıştırılmaya sebep olacak şekilde benzerinin kullanılması haksız rekabet sayılacaktır. Ambalajın aynının kullanılması taklitken, az ya da çok benzerlinin kullanılması iltibas olarak değerlendirilebilecektir. Ve fakat marka olarak tescil edilmişse marka hakkı korumasından faydalanacağı açıktır⁵³³. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun (HGK) ambalajlara ilişkin, pişmaniye kutularındaki renk, desen ve motif vs. işaretleri aynen taklit ederek helva ve pişmaniye satma fiilinin, yine Nestle çikolatalarının ambalajlarının ebadı, şekli ve renginin davalı tarafından aynen kullanılması eyleminin, haksız rekabet oluşturacağına ilişkin kararları mevcuttur⁵³⁴.

Görsel benzerlik dendiğinde şekil ve/ya sözcükten oluşan markalar arasındaki bir karıştırılmadan bahsedilmektedir. Markanın göze hitap eden ve baskın olan şekliyle bir benzerlik kurularak sonuca ulaşılmaktadır⁵³⁵. Bilhassa her kesime hitap eden giyim ürünleri; çikolata gofret gibi çocuklara hitap eden hazır gıdalar; temizlik ve deterjan ürünleri gibi ev hanımlarına hitap eden ürünler bakımından görsel benzerlik oldukça belirleyici olabilmektedir⁵³⁶.

Yargıtay 11.HD.'nin görsel benzerliğe ilişkin birçok kararı mevcuttur. Yargıtayın "POLO" ile "POLOTO" markaları arasında görsel, fonetik ve işitsel açıdan benzerlik olduğunu, baskın unsurun ise "POLO" olduğunu ifade eden kararı

⁵³² "Tobleron"un pramid şekilli ürünü, malın biçiminin korunduğu markalara örnek olarak verilebilir. (KÜÇÜKALİ, s.103).

⁵³³ DOĞANAY, s.402.

⁵³⁴ "...Davacının satışa arzettiği "M.... Saray Helvası" kutusunun davalılarca benzetilmek istendiği görülmektedir. Mahkeme'ce kutu ve ambalaj yönünden bilirkişiye mukayeseli bir inceleme yaptırılmak ve davacıya ait kutuların öncelikle kullanılmaya başlanmış ve piyasaya tanıtılmış olup olmadığı saptandıktan sonra şayet kullanma ve tanıtma önceliği var ise kutulardaki renk, desen, üzerindeki motif ve işaretler ve yazılar ve grafik yönünden davalılardan hangisinin kutularının iltibas yaratacak bir benzerlik arzettiği tesbit edilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir..." YHGK, 26.10.1994 T., E.1999/11-455, K.1994/630; "...bilimsel içerikli raporda da tarafların imal ettikleri mamullerinin tanıtım aracı olarak kullandıkları ambalajın ebadı şekli ve renginde ayniyet veya aldatıcı mahiyette olan benzerliğin iltibasa yol açabileceği açıkça belirtilmiş durumdadır... bu itibarla davanın kabulünü..." YHGK, T. 14.10.1992 ,E. 1992/11.445, K. 1992/573, Bkz.: Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (E.T. 20.04.2016); DOĞANAY, s. 403, dn. 37.

⁵³⁵ KÜÇÜKALİ, s. 104.

⁵³⁶ ÇOLAK, 2012, s. 235.

mevcuttur⁵³⁷. Yine “LOTUS” ile “Vİ-KO LUTUX” markaları arasında görsel açıdan karıştırılma ihtimali doğuracak benzerlik olmadığına karar verdiği görülmektedir⁵³⁸.

c) İşitsel Benzerlik

İşitsel benzerlik marka ve işaretlerin telaffuzlarına göre kulakta bıraktıkları sese göre söz konusu olan benzerlik türüdür. Burada doğal olarak sözcük ya da ses markaları bakımından ortaya çıkan bir benzerlikten söz edilmektedir⁵³⁹. Eğer iki marka ya da işaret telaffuz olarak yakınlarsa, yazılış olarak benzer olmasalar dahi benzer kabul edilirler. İşitsel benzerlik kelimelerin yazıldığı gibi okunduğu dillerde genellikle görsel ve anlam açısından benzerlik ile birlikte ortaya çıkarken, telaffuz ile yazılışın farklılaştığı dillerde tek başına da önem taşımaktadır⁵⁴⁰.

Karıştırma ihtimalinin varlığı için, işitsel benzerlik yanında görsel benzerlik yahut kavramsal benzerliğin de bulunması gerekmez. Örneğin, “by” sözcüğü ile “buy” sözcüğü, görsel ve kavramsal bakımlardan farklı olsa dahi, bu iki marka arasında işitsel bakımdan bir benzerlik söz konusudur. Yargıtay ve Avrupa Adalet Divanı, işitsel benzerliğin tek başına karıştırma ihtimaline yola açabileceğini kabul etmektedirler⁵⁴¹. Ses markalarında işitsel benzerlik söz konusu olabilecekken, koku markaları ile sadece şekil unsurundan, yani resim, figür ya da logolardan oluşan markalarda işitsel benzerlikten söz edilemeyecektir⁵⁴².

İşitsel benzerliğin karıştırılma ihtimali doğurduğu hallere örnek olarak Yargıtay 11.HD.’nin; “Pasha-Pacha⁵⁴³”, “Tic Tac-Zik Zak⁵⁴⁴”, “Chanel-Şanel⁵⁴⁵”,

⁵³⁷ Y.11.HD. T.07.06.2010, E.2009/449, K.2010/6551 (ÇOLAK, 2012, s. 235)

⁵³⁸ Y.11.HD. T.20.10.2009, E.2009/6984, K.2009/10717 (ÇOLAK, 2012, s.236).

⁵³⁹ ÇOLAK, 2012, s. 237.

⁵⁴⁰ EPÇELİ, s. 114; KÜÇÜKALİ, s.102.

⁵⁴¹ ÇOLAK, 2012, s.237.

⁵⁴² ÇOLAK, 2012, s.237.

⁵⁴³ Y.11.HD. T. 22.03.2004, E. 2003/8281, K. 2004/2892, (ORHAN, s. 200-201).

⁵⁴⁴ Y.11. HD. T. 01.06.2006, E. 2005/4005, K. 2006/6569,(ORHAN, s. 455, 456).

⁵⁴⁵ Y.11. HD. T.16.10.1953, E. 1953/1697, K. 1953/527, Tatbikatta Yargıtay Kararları 1954, s. 1460-1461; EPÇELİ, s. 115, dn.408; KÜÇÜKALİ, s. 102.

markaları hakkında kararları sayılabilir. Danıştayın ise “Tursil-Pursil⁵⁴⁶”, “Türkmen Sucuğu-Türkmenoğlu Sucuğu⁵⁴⁷” kararları örnek gösterilebilir.

İşitsel benzerlik incelemesinde dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de sözcüklerin ilk heceleri, ilk sesleridir. Çünkü ortalama tüketiciler, sözcüklerin başlangıcına daha çok dikkat ederler⁵⁴⁸. Örneğin OHIM, “beck” ile “isenbeck” markaları arasında bu bakımdan karıştırılma ihtimali görmezken; “eucerin” ve “eudermis” markaları arasında aynı nedenle karıştırma ihtimalinin bulunduğu karar vermiştir⁵⁴⁹. ABAD da “OLLY GAN” ile “HOOLIGAN” markaları arasında işitsel benzerliğe dayanan karıştırılma ihtimali olduğunu ifade etmiştir⁵⁵⁰.

İşitsel benzerlik kavramı kapsamına, yabancı dillerdeki sözcüklerin telaffuzu da dahildir. Yargıtay “VILEDA” markasının telaffuzu ile benzer olan “VAYLEYD” ibareli ürünlerin iltibas yaratacağını ifade etmiştir⁵⁵¹. Yine “PENTİ” ile “P&T” markaları arasında da İngilizce telaffuz nedeniyle benzerlik olduğuna hükmedilmiştir⁵⁵². Yargıtay aynı şekilde “W” şeklindeki tek harften ibaret olan markanın telaffuzunun “dabil yu” biçiminde olması sebebiyle aynı şekilde telaffuz edilen İngilizce “DOUBLE YOU” şeklindeki markanın tecavüz oluşturduğunu kabul etmiştir⁵⁵³.

Türkçe sözcüklerde işitsel benzerlik için daha güçlü ses benzerliği gerekli iken, Türkiye’de sık ve yaygın kullanımı olmayan yabancı kökenli sözcükler bakımından benzerlik daha kolay kabul edilebilmektedir. Bu hususta *Çolak*, aynı sınıfta yer alan “CREATIVE” ile “REACTIVE” ibareli sözcük markalarının Yargıtayca incelenmesinde, tüketici algılamasında belirleyici olan sözcüklerin ilk bölümleri bakımından farklı olsalar ve farklı anlamlara sahip olsalar da, İngilizce

⁵⁴⁶ D. 12. Dairesi, T.14. 3. 1972, E. 1970/3129, K. 1972/793, Danıştay 12. Daire Kararları, s. 527; KÜÇÜKALİ, s.102.

⁵⁴⁷ D. 12. Dairesi, T.12.10.1965, E. 1965/3332, K. 1965/700, Danıştay 12. Daire Kararları, s. 524; KÜÇÜKALİ, s.102.

⁵⁴⁸ ÇOLAK, 237.

⁵⁴⁹ Lionel BENTLY/Brad SHERMAN: **Intellectual Property Law**, Oxford University Press, 2002, s.818; ÇOLAK, 2012, s.237, dn. 81.

⁵⁵⁰ ABAD (ECJ), 25.11.2005, SPAG v. OHIM, Case No. T-57/03, Karar için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-57/03> (E.T. 22.02.2016).

⁵⁵¹ Y.11.HD. T. 30.06.1994, E.1994/333, K.1994/5642 (ÇOLAK, 239-240).

⁵⁵² ÇOLAK, 2012, s.237.

⁵⁵³ Y.11.HD. T.02.06.2008, E. 2007/5035, K. 2008/7178.

telafluzları itibarıyla ortaya çıkan işitsel benzerlik nedeniyle benzer bulunarak, sonraki tescilin hükümsüzlüğüne dair verilen kararın onandığını ifade etmektedir⁵⁵⁴.

Karıştırılma ihtimalinin incelenmesine, markalar arasında benzerlik bulunup bulunmadığından başlanmalıdır ve benzerliğin olup olmadığına markanın bütünü itibarıyla bıraktığı etki dikkate alınarak karar verileceği akıldan çıkarılmamalıdır⁵⁵⁵. Sözcük markalarında, sözcüğün belirttiği anlam hâkim durumda ise başka bir işaretin ses ve şekil açısından bu marka ile karıştırılma tehlikesi azalacaktır⁵⁵⁶. Bu açıdan bakıldığında şef, patron anlamına gelen “boss” sözcüğünden oluşan marka ile “boks” sözcüğünden oluşan ve farklı anlama gelen marka arasında karıştırılma ihtimalinin olmadığına karar verilmiştir⁵⁵⁷. Bu nedenle iltibas şüphesinin varlığı halinde kavramsal benzerliğin de irdelenmesi önemlidir.

d) Kavram (Anlam) Benzerliği

İnceleme konusu her iki işaret, anlam bakımından halk zihninde bıraktıkları kavramsal izlenim olarak, benzer iseler bu takdirde bir anlam ya da kavram benzerliğinden bahsedilecektir⁵⁵⁸. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir markanın anlam bakımından benzerinin kullanılması hususu ancak yazılış ve şekilleri farklı olan markalar arasında mevzubahis olduğunda anlamlı olacaktır⁵⁵⁹. Çünkü yazılışta özdeşlik varsa bu zaten aynen yahut benzer kullanım sayılacaktır⁵⁶⁰. Bu konuda bilindik bir örnek, mahkemece ABD’de sahip oldukları anlam açısından benzer markalar olarak değerlendirilen “Cyclone” ve “Tornado” markalarıdır⁵⁶¹. İlki şiddetli fırtına, diğeri de fırtınadan doğan hortum anlamlarına gelmektedirler. Ancak her iki kavram da basınç farkı nedeniyle havanın şiddetli döngüsel hareketi neticesi meydana gelirler.

⁵⁵⁴ ÇOLAK, 2012, s. 238.

⁵⁵⁵ ARKAN, Marka Hukuku, s.99; KÜÇÜKALİ, s. 102.

⁵⁵⁶ ARKAN, Marka Hukuku, s.102; EPÇELİ, s. 115.

⁵⁵⁷ BGH (10.10.1995), **GRUR Int.** , 1996, s. 1236’dan naklen ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s. 102; EPÇELİ, s. 115.

⁵⁵⁸ EPÇELİ, s. 115.

⁵⁵⁹ KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 49.

⁵⁶⁰ CENGİZ, s. 9; ÖÇAL, s.110.

⁵⁶¹ Sheldon W. HALPERN/Craig Allen NARD/Kenneth L. PORT; **Fundamentals of United States Intellectual Property Law**, The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 344’dan naklen Önder Erol ÜNSAL, “Marka İncelemesinde Karıştırılma Olasılığı Kavramı”, **TPE Bülteni**, Y.1, S.3, s. 17.

Kavramsal benzerlik, iki markanın ortalama tüketici nezdinde, onların zihinlerinde bıraktıkları kavramsal etki bakımından söz konusu olabilmektedir. Kavramsal benzerlikten bahsedebilmek için markaların aynı anlama gelen sözcükler olması şart değildir. Farklı anlama gelmekle birlikte bazı sözcükler zihinlerde aynı kavramsal etkiyi uyandırabilmektedirler. Örneğin 25. sınıfta yer alan “gorilla” markası ile aynı sınıftaki goril şekli veya fotoğrafı içeren başka bir marka kavramsal olarak benzerdir⁵⁶². Çünkü her iki markaya muhatap olan ortalama tüketici, zihninde bir çeşit maymunu yahut gorili canlandıracaktır. Bu bakımdan markalardan birisinin şekil diğerinin sözcük markası olması sonucu etkilemeyecektir. Ancak çağrıştırma tek başına karıştırma ihtimaline neden olmaz. ABAD Sabel v. Puma davasında⁵⁶³, markalarda benzer kavramlara işaret eden şekiller kullanılması nedeniyle halkın iki markanın birbirini çağrıştırdığını düşünmesi, tek başına, karıştırılma ihtimalinin varlığı sonucuna ulaşılmasını sağlamayacağını belirtmiştir (prf. 26). *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*, timsah şeklinden oluşan marka (Lacoste) ile “Crocodile” sözcük markası arasında karıştırılma ihtimalinin olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme burada İngilizcede timsah manasına gelen “CROCODILE” sözcüğünün manasının ortalama tüketici tarafından bilindiği ve Türkçede timsah derisi manasında “krokodil” olarak Türkçeleşmiş yaygın kullanımının olduğu gerekçesiyle iltibasın varlığına hükmetmiştir⁵⁶⁴.

⁵⁶² ÇOLAK, 2012, s. 246. Kirpi şekli ile “kirpi” sözcük markası arasında biçim ve söyleyiş itibarıyla ayniyet olmadığı halde anlam itibarıyla ayniyet olduğu söylenmiştir. Bkz.: D. 12.D. 20.02.1973, E. 71/2335, K. 73/446, (KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 49, dn.2)

⁵⁶³ İki büyük kedi (puma vs.) tasvirini marka olarak kullanan Puma ve Sabel markaları arasındaki uyumla ilgili ABAD kararı için bkz.: Puma-Sabel Kararı, C-251/95. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5b4843cd72f564bd196c58355d3101b66.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbxv0?text=&docid=43450&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=942447> (E.T. 21.03.2016).

⁵⁶⁴ “...Somut olayda, davalı şirketin "Crocodile+şekil" ibaresini 11, 20, 21 ve 24. sınıflarda yer alan mal ve hizmetlerde kullanılmak üzere marka olarak tescili istemiyle davalı TPE'ne başvuruda bulunduğu, başvurudan 24. sınıftaki malların re'sen çıkartıldığı, kalan 11, 20 ve 21. sınıflardaki mal ve hizmetlere ilişkin başvurunun ilanı üzerine davacı şirketin tanınmış "Timsah şekli" markası nedeniyle itirazda bulunduğu, ancak nihai olarak itirazın reddedildiği anlaşılmakta olup, esasen davacının tanınmış “TİMSAH ŞEKLİ” markası ile davalı başvurusu “CROCODİLE” ibaresinin benzer olduğu mahkemenin kabulündedir. Uyuşmazlık, davalı markasının farklı mal ve hizmetlerde kullanılmasının davacının tanınmış markasının itibarına zarar verip vermeyeceği noktasında toplanmakta olup, mahkemece, yazılı gerekçelerle davacının tanınmış markasına zarar vermeyeceği sonucuna varılarak yazılı şekilde hüküm tesis edilmiştir. Oysa, "Crocodile" sözcüğünün İngilizce'de "timsah" anlamına geldiği ve ülkemizde de ortalama tüketici tarafından da bu hususun bilindiği kuşkusuz olup, davacının "TİMSAH ŞEKLİ" markasının özellikle giyim sektöründe çok tanınmış olması karşısında davalı markasının emtia listesindeki mal ve hizmetler farklı türden olsa bile "CROCODİLE" ibareli davalı başvurusunun, tescili istenilen mal ve hizmet sınıfında davacı markası aleyhine haksız bir yarar

Yabancı dildeki sözcüklerin Türkçe anlamlarının karıştırılma ihtimaline neden olup olmayacakları da incelenmelidir⁵⁶⁵. Biri yabancı ve diğeri Türkçe sözcükten oluşan iki markanın anlamı aynı ise benzer markanın varlığı kabul edilmeli karıştırılma ihtimali araştırılmalıdır⁵⁶⁶.

Paris Sözleşmesi'nin birinci mükerrer 6. maddesinde, tanınmış markaların tercümelerinin karışıklığa yol açacak şekilde aynı veya benzer mallarda kullanılmasının engellenebileceği düzenlenmiştir⁵⁶⁷. Ülkemizde öğretide ve Yargıtay içtihatlarında, markanın ilgili olduğu mal vey hizmet pazarında Türkiye'de yaygın olarak bilinen bir dil (İngilizce gibi) ve Türkiye'de de belli ölçüde bilinen tanınan bir marka söz konusu olduğunda, yabancı markanın Türkçe karşılığının karıştırılma tehlikesine yol açması mümkün görülmektedir. *Çolak* buna örnek olarak, "lion" sözcüğünün Türkiye'de "aslan" olarak aynı mal veya hizmetler için tescil edilmek istenmesi halinde, İngilizce "lion" sözcüğünün anlamının toplumun büyük kesimi tarafından bilindiği düşünülerek, karıştırılma ihtimalinin oluşabileceğini belirtmektedir⁵⁶⁸. Diğer yandan Türkçede Arapça ve Farsça kökenli kelimeler de Osmanlıcadan miras alınmış ve kullanılagelmiştir. Bunların artık yabancı dildeki kelimeler olduğunu kabul etmek mümkün olmasa da yaşayan dilde kullanılmıyor olabilir. Anlam benzerliğinin bu bakımdan iltibas yaratıp yaratmadığını ayrıca düşünmek gereklidir. Örneğin Farsça "afıtap" güneş nanasındadır ve fakat toplumca bilinirliği gayet az olduğundan iltibas yaratmayabilecekken⁵⁶⁹, Arapça "şems" de

sağlayacağı, markasının itibarına zarar verebileceği veya ayırt edici karakterini zedelemesine imkan verebileceğinin kabulü gerekir. Başka bir deyişle, örtüşen veya benzer olan emtia grubu olmasa bile davacının tanınmış markası ile iltibas oluşturan benzerinin marka olarak tescili halinde tanınmış markanın itibarından davalı marka sahibinin haksız şekilde faydalanma imkanı bulacağı, ürettiği ürünlerle tanınmış markanın itibarını zedeleyeceği, ayırt edici niteliğine zarar verebileceği ve sulandıracağı kuşkusuzdur..." Bkz.: Y. HGK., T. 8.4.2015, E. 2013/11-1885, K. 2015/1161; Y.11.HD. E. 2005/5061, K. 2006/4930, T. 1.5.2006; Y.11.HD. E. 2005/13104, K. 2005/11243, T. 18.11.2005, (Kazancı İctihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 28.03.2016); Y.11.HD,18.01.2007 T, 2006/11719 E, 2007/372 K ve Y.11. HD. 12.03.2007 T., 2006/1246 E., 2007/4266 K. Sayılı kararları için bkz.: ÇOLAK, 2012, s. 249-250.

⁵⁶⁵ ÇOLAK, 2012, s. 246.

⁵⁶⁶ KÜÇÜKALİ, s.105.

⁵⁶⁷ ÖÇAL, s.110, dn.75.

⁵⁶⁸ ÇOLAK, 2012, s.246.

⁵⁶⁹ Öçal, Anlam benzerliği olan markalarda kullanılan şekiller iltibası kuvvetlendirebilir. Ancak tek başına kullanılan sözcüğün tecavüzü oluşturmayacağını bu bakımdan "güneş-afıtap" kelimeleri arasında bir karışıklığa yol açacak benzerlik olmadığını belirtmiştir (ÖÇAL, s.111).

güneş manasına gelmekle birlikte toplum nezdinde daha bilinir olduğundan karıştırılma tehlikesi yaratabilecektir⁵⁷⁰.

Bazı durumlarda aynı sözcüğün sadece alfabesi değiştirilerek kullanılması söz konusu olmakta, tescil talep edildi ise karıştırılma ihtimali bakımından incelenmesi gerekmektedir. Bu durumda bir tercümeden ya da kavramsal benzerlikten ziyade doğrudan sözcüğün işitsel olarak aynen kullanımı söz konusu olurken, yazılış olarak farklı bir alfabe kullanılmaktadır. Sözcüğü bir Rus votkasının Kiril alfabesiyle yazılı bir sözcükten oluşan tescilli markasının Türkiye’de Latin alfabesine transkripsiyonu yapılarak kullanılması halinde karıştırılma ihtimalinin araştırılması gereklidir⁵⁷¹. Kaynak alfabedeki markanın ülkedeki tanınmışlığından, telaffuzunun halkça bilinirliğine kadar bir dizi meselenin açıklığa kavuşturulmasıyla sonuca ulaşılmalıdır.

B. Aynı, Aynı Tür ve Benzer Mal ve Hizmetler

1. Genel Olarak

Karıştırılma eylemi markalar arasında olduğu kadar, markaların temsil ettiği mal ve hizmetler bakımından da söz konusu olmalıdır⁵⁷². 556 sayılı KHK’nın ret nedenlerine ilişkin m.7/I-b ve m.8/I-a,b ile hakkın kapsamına ilişkin m.9/I-a,b ayrıca hükümsüzlüğe dair m.42 ve marka hakkına tecavüze ilişkin m.61 vd. hükümlerinin uygulanabilmesinin ikinci şartı marka ya da işaretlerin aynı yahut aynı tür ya da benzer mal veya hizmetleri kapsamasıdır. Karıştırılma ihtimali için her iki işaretin kullanıldığı mal ve hizmetler aynı ya da benzer olmalıdır. Mal ve hizmetlerin benzerliği değerlendirilirken, inceleme konusu mallara veya hizmetlere ilişkin tüm etkenler dikkate alınmalıdır. Bu etkenler, mal ve hizmetlerin niteliğini, kullanım amaçlarını, kullanım biçimlerini ve birbirleriyle bağlantılı veya tamamlayıcı olup

⁵⁷⁰ Karş.: ÖÇAL, s. 112; Benzer şekilde *Cengiz*, Türk diline tarihi ve siyasi ilişkiler nedeniyle Arap ve Fars dillerine ait pek çok kelime yerleştiğini, “güneş-afitap”, “ay-kamer”, “göz-çeşm” gibi eş anlamlı kelimelerin marka olarak farklı kişiler tarafından kullanılması durumunda alıcıların bu markaları muhakkak karıştırdıklarının söylenemeyeceğini ifade etmiştir (CENGİZ, s.9).

⁵⁷¹ KHK’nın 5. maddesinde “harfler”den bahsedilmekte ancak Latin alfabesindeki harfler biçiminde bir sınırlandırma getirmemektedir. Çin, Kiril ve Arap alfabesi gibi Türkçeye yabancı alfabedeki harflerden oluşan markalar da birer sözcük markası olup buna göre değerlendirilmeli, Türkiye’de belli derecede biliniyor ise, bu dilin Türkiye’de ilgili mal ve hizmetler açısından ilgili kesimde bilinirliği varsa karıştırılma ihtimali ortaya çıkabilir (ÇOLAK, 2012, s.247).

⁵⁷² YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.1, s. 396

olmadıkları hususlarını içerir⁵⁷³. Yukarıda bahsedildiği üzere karıştırılma ihtimalinin varlığı tespit edilirken marka ve işaretlerin benzerliği yanında; mal ve hizmetlerin benzerliği veya tüketicilerce bu mal ve hizmetlerin ilişkilendirilebilir nitelikte olmaları da göz önünde tutulacaktır.

Markaların tescili aşamasında kolaylık ve belli düzeyde yeknesaklık sağlamak amacıyla birtakım uluslararası sınıflandırma ölçütleri belirlenmiştir. Bu bakımdan Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın TPE:2014/2 sayılı Tebliği ile aynı tür mal veya hizmetlerin sınıflandırılmasına ilişkin Nis Anlaşması hükümlerine göre uygulanacak sınıfların listesi ve uygulama esasları tespit edilmiştir. Buna göre mal ve hizmetlerin sınıflandırma listesinde 34 mal ve 11 hizmet sınıfı yer almıştır⁵⁷⁴.

Ticaret markası, bir işletmenin emtiasını, ürünlerini diğer işletmelerin mal ve ürünlerinden ayırmaya yarayan işaretlerken, hizmet markası ise bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırmaya yarayan işaret olarak tanımlanabilir⁵⁷⁵. Uygulamada prensip olarak markalar, farklı mal veya hizmeti temsil ettikleri takdirde bir karıştırılma ihtimaline yol açmamaktadır. Ancak markanın tanınmışlığı, malların ve hizmetlerin birbiriyle ilgili olması ve işaretin ayırt ediciliğinin zayıf olması hallerinde bu ilkeden ayrılmanın mümkün olduğu ifade edilmelidir⁵⁷⁶. Bir hizmet markası ile ticaret markası arasında iltibasın var olup olamayacağına ilişkin tartışmalarda varılan nokta ise, iltibasın olabileceği şeklindedir⁵⁷⁷.

2. Aynı mal veya hizmet

Mal ve hizmetlerin aynılığı ile kast edilen durum bellidir. Mal ve hizmetlerin aynılığı, ilke olarak mal ve hizmetlerin tescil talebinde aynı şekilde yazılmış, belirtilmiş olmalarından kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan, aynı mal ve hizmetin

⁵⁷³ Türk Patent Enstitüsü, **Marka İncleme Klavuzu 2015**, s. 118. Bkz.: <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf;jsessionid=0C568AD256848BD66649C3449D56C44A> (E.T. 29.03.2016).

⁵⁷⁴ Bkz.: İkinci Bölüm, III, B, 2.

⁵⁷⁵ BAŞER, s.40; KÜÇÜKALİ, s.106.

⁵⁷⁶ Aynı markanın farklı mal veya hizmetler için kullanılması markanın ayırt edici niteliğini zedeleyebilir ya da itibarından haksız biçimde yararlanılması sonucunu doğurabilir. Ancak marka sadece kullanıldığı mal ve hizmet kategorisinde orijinal nitelikte ise farklı mallar için kullanılması onun ayırt edici karakterine zarar vermez (KÜÇÜKALİ, s.106).

⁵⁷⁷ Bkz.: ÖZTEK, s.211-213, 223.

birden fazla ada sahip olması veya piyasada anıldığı isimle teknik ya da bilimsel, literatüre geçmiş adının farklı olması veya yabancı dildeki adının Türkçeye de geçmiş olması durumlarında mal ve hizmetler farklı şekilde ifade edilmiş olsalar da aynı olarak kabul edilecektir⁵⁷⁸.

Sonraki marka yahut işaretin aynı veya aynı tür mal ve hizmetleri kapsayıp kapsamadığının tespiti bakımında KHK m.23/I-c düzenlemesi gereği, tescili istenen markanın kullanılacağı mal veya hizmetlerin bir listesinin TPE'ye verilmesi gerekmektedir. Önceki markanın tescilli olduğu mal ve hizmet listesi, başvuru kapsamındaki mal veya hizmetleri (ya da bir kısmını) kapsayan genel bir ifadeyi içeriyorsa, mal veya hizmetlerin (ya da bir kısmının) aynı olduğu kabul edilecektir⁵⁷⁹. Örneğin, önceki marka motorlu taşıtlar için tescil edilmişken, yeni başvuru motosiklet ve mobileti içeriyorsa malların aynı olduğu kabul edilecektir⁵⁸⁰. Ya da önceki marka 33 ve 34. sınıflardaki tüm malları kapsayacak şekilde (tek tek alt gruplar yazılarak) tescil edilmişken sonraki marka sadece 34. sınıfta tescil edilmek istense dahi aynı mal ve hizmetten bahsedilecektir⁵⁸¹. Kanaatimizce, tescil başvurusu ekinde yazılan ifadelerle göre aynılık tespit edilecektir. Sonradan tescili istenen ya da fiilen kullanılan işaret (marka), eğer önceki markanın tescil belgesinde yer alan ile aynı koyu renkli genel grup başlığını içeriyorsa aynılık oluşacağı gibi genel başlık belirtilmeksizin aynı gruba dahil herhangi bir veya birkaç mal veya hizmet zikredilmiş ise gene mal ve hizmetlerin aynılığından bahsedilecektir. Çünkü zaten koyu karakterde yazılı grup başlıkları, grupta yer alan tüm mal ve hizmetleri kapsamaktadır. TPE:2014/2 nolu tebliğ m.3/2'de; listede yer alan bazı grupların genel başlıklar halinde düzenlendiği; bu gruplara ilişkin genel başlıkların, tanımlama kapsamına giren ve ilgili Nis sınıfında bulunan malların veya hizmetlerin tamamını kapsadığı ifade edilmiştir.

⁵⁷⁸ TPE, Mark.İnc.Klav. s.118.

⁵⁷⁹ Benzer şekilde, önceki marka belirli mal ve hizmetler için tescil edilmişken, sonraki başvuru söz konusu malları veya hizmetleri (veya bunların bir bölümünü) içeren genel bir ifadenin tescili talebiyle yapılmışsa, mal ve hizmetlerin (veya bunların bir bölümünün) aynı olduğu kabul edilecektir. Örneğin, önceki marka otomobiller için tescil edilmişken, yeni başvuru motorlu taşıtları içeriyorsa malların aynı olduğu kabul edilecektir.

⁵⁸⁰ TPE, Mark.İnc.Klav. s.119; ÇOLAK, 2012, s.103; SEKMEN, s.122.

⁵⁸¹ KAYA, s.90; SEKMEN, s. 122.

3. Aynı tür mal veya hizmet

Mal ve hizmetlerin benzerliği kavramı ile aynı tür olmaları hali farklıdır. KHK m.7/1(b) kapsamında yer alan aynı tür mal ve hizmet tanımlaması, 8'inci maddede yer alan "mal ve hizmetlerin benzerliği" kavramı ile aynı değildir⁵⁸². KHK'nın 24. maddesinde mal ve hizmetlerin Nis Anlaşması'nda⁵⁸³ belirlenen kategoriler çerçevesinde Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenecek ilkelere göre sınıflandırılacağı öngörülmüştür⁵⁸⁴. Bu doğrultuda TPE tarafından yayımlanan Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ (TPE.2014/2) çerçevesinde kapsamı belirlenen aynı tür mal ve hizmetler, benzer mal ve hizmet tanımlamasından daha dar içeriklidir. Başka bir ifadeyle; benzer mal ve hizmet tanımlaması, aynı tür mal ve hizmeti mutlak surette kapsamakla birlikte daha geniş bir yaklaşımla, benzer oldukları öngörülebilecek, tüketicilerce bir şekilde ilişkilendirilerek aynı kaynaktan geldikleri varsayılabilir mal ve hizmetleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla, Tebliğ kapsamında belirlenmiş olan aynı tür mal ve hizmetler, benzer mal ve hizmetlerin tespit edilmesi bakımından tek başına yeterli değildir⁵⁸⁵.

Tebliğ m.3/(4)'e göre; KHK'nın 7/1 (b) maddesinde sözü edilen "aynı tür mal veya hizmetler"le ilgili olma ölçütünün tebliğ ekindeki listede yer alan her sınıf ve onun alt grupları göz önünde tutularak belirleneceği ancak Enstitü'nün marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında bu grupları aynı tür malın veya hizmetin tespitinde daha dar veya geniş yorumlayabileceği kabul edilmiştir^{586 587}.

⁵⁸² Çolak ve Yasaman vd., aksi fikirdedir. Bu yazarlarca m.8/I-b'de yer alan "...markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı veya benzer ise" ibaresi ile m.7/I-b'de ifade edilen "...aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetler" ibaresinin aynı şeyi ifade ettiği ve "aynı tür" ifadesinin "benzer" olarak algılanması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür (ÇOLAK, 2012, s.251; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.1, s.770). Karahan da benzer şekilde, bu iki kavram arasında bir fark olsaydı buna ilişkin bir açıklamaya ya da sınıflandırmaya KHK'da yer verilmesi gerektiğini, ancak bunun ne uluslararası hukukta ne de bizim hukukumuzda yer almadığını ifade etmiştir (KARAHAN, Hükümsüzlük, s.36).

⁵⁸³ Nis anlaşması ile ilgili bkz.: İkinci bölüm, III, B, 2.

⁵⁸⁴ EPÇELİ, s. 38-39; KÜÇÜKALİ, s. 106; ÇOLAK, 2012, s. 251.

⁵⁸⁵ TPE, Mark.İnc.Klav. s.119.

⁵⁸⁶ Tebliğin 3. maddesinin 4. fıkrasına göre: "556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 7'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, bu Tebliğ ekindeki listede yer alan gruplar esas alınır. Ancak, Enstitü marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında bu grupları, aynı tür malın veya hizmetin tespitinde daha dar veya farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebilir". <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/8977CC5D-0053-40F7-BF7A-B588FED46BC9.pdf>, (E.T. 29.02.2016).

⁵⁸⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.31; SEKMEN, s.123.

Çünkü markaların uluslararası sınıflandırılması sadece “tescil” aşamasında kolaylık amacına hizmet etmekte, koruma kapsamının sınırlarını tayinde tek başına belirleyici olmamaktadır⁵⁸⁸.

Genel tanımı yapılan mal veya hizmetler için tescil başvurusunda o başlığa (yani genel başlığa) dahil olan malların tümüne başvuru yapılmış sayılır. Fakat Türk Marka Hukukunda markanın bir sınıf için tescil edilmesi halinde, bu tescilin ilgili sınıfta yer alan bütün mal veya hizmetlere sirayet edeceğine dair bir düzenleme yoktur⁵⁸⁹.

Başlık kullanmaksızın herhangi bir alt grup içinde yer alan belli mal veya hizmetler için yapılacak tescil başvurusu bu alt grup içindeki diğer mal veya hizmetler için aynı tür mal veya hizmet kabul edilecekken, aynı sınıfın diğer alt grupları bakımından ise benzer mal ve hizmet olarak kabul edilebilmesi yerinde bir değerlendirme olacaktır⁵⁹⁰.

4. Benzer Mal veya Hizmet

Marka sadece tescil edildiği mal ve hizmetler alanındaki gasp ve ihlallere karşı değil aynı zamanda benzer mal veya hizmetler alanındaki gasp ve ihlallere karşı da korunur⁵⁹¹. Bir markanın benzeri, aynı mal ve hizmetlerde kullanılabileceği gibi, aynı ya da benzer markanın “benzer” mal ve hizmetlerde kullanılması da karıştırılma ihtimali doğurabilecektir. Aksi takdirde, önce de ifade ettiğimiz gibi tanınmış markalar

⁵⁸⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.31; ÇOLAK, 2012, s. 253. Aksi fikirde olan *Karahan* ise, KHK m.24’ün mal ve hizmetlere ilişkin korumanın kapsamının sınırlarını tayinde sınıf sistemini kabul ettiğini, dolayısıyla tescilli marka sahibi ile marka başvurusu sahibinin markalarının korunmasını sadece bu sınıfa ilişkin olarak talep edebileceğini, tanınmış markalar dışında, sınıf haricinde kalan mal ve hizmetler bakımından markanın kullanımına engel olamayacağını ifade etmiştir, (KARAHAN, Hükümsüzlük, s.35).

⁵⁸⁹ ÖZTEK, s. 220.

⁵⁹⁰ Aynı yönde bkz.: ÖZTEK, s. 216-217. Karş.: KÜÇÜKALİ, s.106; EPÇELİ, s.40. Önceki BİK/TPE:2001/2 sayılı tebliğin 5. maddesinde herhangi bir sınıfa ait alt grup içerisindeki herhangi bir mal veya hizmet belirtilmiş ise, bu mal veya hizmet aynı alt grup içerisindeki diğer mal veya hizmetler ile aynı türden kabul edileceği ifade edilmişti. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/12/20011231.htm/20011231.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/12/20011231.htm> (E.T. 04.04.2016) ; Ayrıca bkz.: KARAHAN, Hükümsüzlük, s.37.

⁵⁹¹ ÖZTEK, s. 208.

dışındaki markaların aynı veya benzerlerinin farklı mal ve hizmetler için kullanılmasının önünde bir engel yoktur⁵⁹².

551 sayılı mülga Markalar Kanunu'nda yapılan tescil sadece tescil kapsamındaki mal ve hizmetler için koruma sağlanmaktayken, 556 sayılı KHK, benzer mal ve hizmetler için de koruma sağlanabilmesine imkan tanıyarak, 89/104 sayılı yönergeye ve 40/94 sayılı Avrupa Birliği tüzüğüne uyumu sağlamıştır⁵⁹³.

Benzer mal ve hizmetlerin ne olduğu, hangi mal ve hizmetlerin aralarında benzerlik olduğu KHK'da belirtilmiş değildir. *Tekinalp*, “benzer” kavramının tayininde ne markaların uluslararası sınıflandırılmasının ne de onun ulusal hukuka yansıyan sınıflarının esas alınabileceğini ifade ederken⁵⁹⁴; *Yasaman vd.*, tescil sırasında belirlenen sınıflar ve alt gruplara göre benzer mal ve hizmetlerin tespit edilebileceğini ifade etmiştir⁵⁹⁵. *Arkan* ise, markanın tescil olunan şekli ve bu tescilin kapsadığı mal ve hizmet listesinin esas alınacağını, çünkü markanın sadece tescil edilen şeklinin koruma altına alındığını ileri sürmüştür⁵⁹⁶.

Tebliğ m.3/4 kapsamında sadece aynı gruba giren mal veya hizmetler aynı tür mal veya hizmet sayılırken TPE’ce farklı alt gruplara giren mal veya hizmetleri de aynı tür mal veya hizmet olarak daha geniş yorumlayabileceği ifade edilmiştir. Ancak haklı olarak *Öztek*, buna itiraz ederek burada TPE’nin farklı alt gruplardaki mal veya hizmetleri “aynı tür” yerine “benzer” mal veya hizmetler şeklinde değerlendirip kapsamı genişletebileceğini bu ifadenin daha doğru olacağını ifade etmiştir⁵⁹⁷. Bu yoruma katılıyoruz, çünkü Nis Anlaşması çerçevesinde akit devletlerce yapılacak sınıflandırma mutlak değildir ve korumanın kapsamı noktasında bağlayıcı değil; sadece yardımcı olabilecektir⁵⁹⁸. Aynı sınıfın alt grupları arasında mutlak manada benzerlik olduğu kabul edilemez.

Markanın koruma sınırlarının belirlenmesinde, tanınmış markalar dışında, doğal olarak ilk başta markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları bakımından bir

⁵⁹² ÇOLAK, 2012, s.250.

⁵⁹³ ÖZTEK, s. 208; KÜÇÜKALİ, s. 108.

⁵⁹⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.31.

⁵⁹⁵ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.1, s. 397.

⁵⁹⁶ ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.101.

⁵⁹⁷ ÖZTEK, s. 216-217.

⁵⁹⁸ YAVUZ, s.222.

koruma akla gelecektir. Ancak burada gözönünde bulundurulması gereken temel ilke halkın karıştırma ihtimalinin bulunup bulunmamasıdır. Herhangi bir sınıfta yer alan alt gruplar içerisinde sayılan mal ve hizmetler bakımından kendi aralarındaki aynı türde olma niteliği genellikle tartışılmayacaktır. Ve fakat aynı sınıfın diğer alt grupları arasında yer alan mal ve hizmetler açısından benzerlik bulunmayabilir⁵⁹⁹.

Benzerliğin tespitinde öncelikle tescil başvurusunda ibraz edilecek listede ifade edilen sınıf ve grupların kapsamı incelenecektir. Tescilde sunulan mal ve hizmet listesinde, “özellikle”, “yani”, (uluslararası markalar söz konusu olduğunda “in particular”, “namely”, vb.) gibi içerikle ilgili kapsamı belirten, özelleştirici ifadelerin bulunması halinde listenin kapsamı kullanılan ibareye göre belirlenecektir. Genel bir ifadeden sonra gelen “özellikle (in particular)” kelimesiyle oluşturulan ifadenin, söz konusu ifadeden sonra gelen mal ve hizmetlerle sınırlı olmayacağı, genel ifadenin de kapsandığı kabul edilecektir⁶⁰⁰. Örneğin; “Oyuncaklar, özellikle maket uçak biçimindeki oyuncaklar” ifadesi tüm oyuncakları kapsayan bir ifade olarak değerlendirilecektir. Buna karşılık, genel bir ifadeden sonra gelen “yani (namely)” kelimesiyle oluşturulan ifadenin, genel ifadeyi kapsamadığı, bu ifadeden sonra gelen mal ve hizmetlerle sınırlı olduğu kabul edilecektir. Örneğin; “Elektronik cihazlar, yani taşınabilir ses kayıt cihazı” ifadesi tüm elektronik cihazları kapsayan bir ifade olarak değerlendirilemeyecektir⁶⁰¹.

Listede yer alan mal ve hizmetlerin türü ve kapsamı tespit edildikten sonra, sonraki marka ya da işaretin kapsadığı mal ve hizmetlerin aynı veya benzer mal veya hizmetler olup olmadığına bakılacak, sonra mal ve hizmetlerin türlerine göre kullanılış amaçlarına bakılacak ve nihayet mal ve hizmetlerin nitelikleri ve amaçları dışında, onları kapsamına alan (işaret eden) markanın özellikleri dikkate alınacaktır⁶⁰². Bu durumda, *Öztek*, müşteri kitlesi tarafından tescilli markayı taşıyan mal veya hizmetler ile aynı kaynağa atfedilen mal veya hizmetlerin benzer mal veya hizmetleri oluşturacağının söylenebileceğini ifade etmektedir⁶⁰³. Ancak bu yorum daha çok

⁵⁹⁹ YAVUZ, s.222.

⁶⁰⁰ TPE, Mark.İnc.Klav. s.119.

⁶⁰¹ TPE, Mark.İnc.Klav. s.119.

⁶⁰² ÖZTEK, s. 209.

⁶⁰³ *Öztek*, müşteri kitlesi mal veya hizmetin aynı üreticiden geldiğini zannetmekte haklı ise, o zaman benzer mal veya hizmet var olduğunu; bu görüşün sübjektif ve hukuki olmaktan çok ekonomik

marka ve işarettteki benzerliğin, mal ve hizmetteki zayıf benzerliği telafi edici etkisine ilişkin olarak doğru kabul edilmelidir. İlke olarak sırf aynı marka veya işareti taşımaları nedeniyle, farklı mal veya hizmetlerin benzer olduklarını kabul etmek mümkün değildir⁶⁰⁴.

Benzer mal ve hizmetler ifadesi, ortalama tüketicilerce aynı (veya ilişkili) kaynaktan geldikleri varsayımıyla karıştırılma ihtimalinin konusu olabilecek mal ve hizmetleri içermektedir. Bu çerçevede, aynı (veya ilişkili) kaynaktan geldikleri varsayılabilir, ilişkili mal ve hizmetler de benzer mal ve hizmet tanımlamasının kapsamına dahildir⁶⁰⁵.

556 sayılı KHK m. 7/I ve 8/I kapsamında, mal ve hizmetlerin aynılığı veya benzerliği incelenirken yalnızca tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış mal ve hizmetler dikkate alınmalıdır; listede yer almayan, ancak fiilen kullanıldığı veya kullanılma niyeti olduğu belirtilen mal ve hizmetler değerlendirmede dikkate alınmamalıdır⁶⁰⁶.

Nice sınıflandırmasının benzer mal ve hizmetlerin tespit edilmesi bakımından tek başına yeterli olmadığı yukarıda ifade edilmişti. WIPO'nun mal ve hizmetlerin benzerliğinin değerlendirilmesinde Nice sınıflandırılmasının kullanımı yönündeki yorumu; markaların, çeşitli mallar için sadece idari amaçlarla oluşturulmuş sınıflarda tescil edileceği ve malların sınıflandırılmasının bu yüzden benzerlik sorunu açısından belirleyici olamayacağı yönündedir⁶⁰⁷. Bazen tamamıyla farklı mallar aynı sınıfta yer alırken (9'uncu sınıfta yer alan bilgisayarlar, gözlükler, yangın söndürücüler ve telefonlar), bazen de benzer mallar farklı sınıflarda yer alabilmektedir (yapıştırıcılar 1,3,5 ve 16. sınıflardadır). Dolayısıyla, mal ve hizmetlerin benzerliği veya ilişkisi

içerikli olduğunu, avantajının ise oldukça esnek olmasından kaynaklandığını ifade etmiştir (ÖZTEK, s.209).

⁶⁰⁴ Aynı yönde *Küçükali*, tanınmış markalarda, tüketici tanınmış markayı görünce tamamen farklı mallar veya hizmetler için bile olsa, marka sahibinin bu malı da üretmeye başladığını düşünerek karıştırmasına sebep olabileceğini ancak bu ihtimalde dahi mal veya hizmetlerin tamamen farklı olduğunun açık olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: KÜÇÜKALİ, s. 108.

⁶⁰⁵ TPE, Mark.İnc.Klav. s.119.

⁶⁰⁶ TPE, Mark.İnc.Klav. s.120.

⁶⁰⁷ TPE, Mark.İnc.Klav. s.120.

araştırılırken Nice sınıf numaraları yardımcı araçlar olarak kullanılmaktan fazla bir yarar sağlamayacaktır⁶⁰⁸.

Dirikkan, karıştırılma tehlikesinin tespiti bakımından, marka ile işaret arasındaki benzerlik ile mal ve hizmetler arasındaki benzerliğin ayrı ayrı değil toplu bir değerlendirme yaparak tek aşamada ele alınıp incelenmesi gerektiğini, aksi durumda yapay bir ayırma yol açılarak adil bir marka korumasının önüne geçilebileceğini, marka ve işaretler ile mal ve hizmetler arasındaki benzerlik unsurunun birbirini tamamlar yahut telafi eder nitelikte olduğunun akılda tutulması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁰⁹.

ABAD (ECJ) ise, “MYSTERY” kararında karıştırılma ihtimali yönünden yapılan incelemede, öncelikle mal ve hizmetlerin birbirine benzeyip benzemediğinin tespit edilip; eğer benzerlik varsa markaların benzerliği de araştırılmak suretiyle karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığına karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶¹⁰. ABAD markaların ve mal veya hizmetlerin benzerliğini aynı anda birlikte incelemeyerek, önce malların benzerliği konusunda değerlendirme yapmakta, benzerlik varsa, işaretlerin benzerliği yolunda iki aşamalı inceleme yapmaktadır⁶¹¹.

Mal ve hizmetlerin benzerliği veya ilişkilendirilebilir niteliği TPE’ye, öğretiyi ve genel kabullere göre aşağıda belirtilen durumlarda ortaya çıkabilir⁶¹²:

⁶⁰⁸ TPE, Mark.İnc.Klav. s.120.

⁶⁰⁹ *Dirikkan*’a göre: Markanın korunması bakımından karıştırma tehlikesi tek başına bir ölçüdür ve en önemli unsuru marka ve işaret ile mal veya hizmetler arasındaki oluşacak benzerliktir. İşaret ve marka ile mal veya hizmetler arasındaki benzerliğin ayrı ayrı incelenmesi yapay bir ayırma yol açacağı gibi marka ve işaret arasındaki benzerlik ile mal veya hizmetler arasındaki benzerliğin, karşılıklı değişim ve telafi edici etki ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek somut olayın özelliklerine göre adil bir marka korumasının sağlanması mümkün olmayacaktır. Çünkü karıştırılma ihtimali kavramı, bu iki unsurla sıkı sıkıya bağlıdır (DİRİKKAN, s. 191; KÜÇÜKALİ, s.108).

⁶¹⁰ “Bu değerlendirmeler ışığında, MYSTERY işaretinin tescilinin önceki marka olan Mixery ile karıştırılma ihtimaline yol açıp açmadığını açıklığa kavuşturmak için ilk olarak ilişkili olan mallar ve ikinci olarak söz konusu işaretler birbiriyle karşılaştırılmalıdır.”. Bkz.: Ecr 15.01.2003, Rs T-99/01, *Mystery drinks v OHMI - Karlsberg Brauerei (MYSTERY)*, Rn. 38 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d59da13f4fc58c4880b45a9b064cf5d890.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbNr0?text=&docid=47966&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=346562>, E.T. 31.03.2016).

⁶¹¹ DİRİKKAN, s. 191; ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 99; KÜÇÜKALİ, s. 108; ÇOLAK, 2012, s. 251.

⁶¹² TPE, Mark.İnc.Klav. s.120; David. I. BAINBRIDGE: **Intellectual Property**, Glasgow: Bell & Bain Ltd, 2007, s. 636, 673; Çolak, benzer alıcı çevresine hitap edip etmediğine, benzer ihtiyaçları karşılayıp karşılamadığına, aralarında hammadde-mamül ilişkisinin bulunup bulunmadığına, ikame imkanı olup olmadığına, dağıtım kanallarının ortak olup olmadığına, marketlerde aynı reyon veya

- i.** Mal ve hizmetlerin kullanım amacı ve alanlarının benzerliği,
- ii.** Mal ve hizmetlerin kullanıcılarının benzerliği,
- iii.** Malların fiziksel görünümünün benzerliği, hammadde-mamül madde ilişkisinin bulunup bulunmadığı,
- iv.** Mal ve hizmetlerin ticari pazara ulaşmasında kullanılan satış yollarının benzerliği,
- v.** Mal ve hizmetlerin birbirleriyle rekabet eder nitelikte bulunmasından kaynaklanan benzerlik,
- vi.** Mal ve hizmetlerin birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olmasından kaynaklanan benzerlik,
- vii.** Malların mağazalarda aynı reyonda veya rafta bulunmasından kaynaklanan benzerlik.

Fransız Lyon Mahkemesi mal ve hizmetlerin benzerliğinde sınıfların genişletilmesi ile ilgili kararında, otomobiller için kullanılmakta ve genellikle beraber satılmakta olan yağlar ve yakıtların marka hukuku bakımından benzer mal olarak kabul edilmesi gerektiğini, çünkü müşterilerin yağlar ve yakıtlar üzerinde aynı markayı gördüklerinde, bu malların aynı kaynaktan geldiği ve aynı işletmeye ait olduğunu sanarak yanılabileceklerini kabul etmiştir⁶¹³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2006 tarihinde verdiği “PAPATYA” markasına ilişkin bir kararında, farklı alt gruplarda yer alan ürünler yönünden sınıf benzerliği incelemesinde; ürünlerin piyasa anlayışı, benzer alıcı çevrelerine hitap etmeleri, benzer ihtiyaçları gidermede kullanılmaları, son kullanıcıları, biribiri yerine ikame edilebilmeleri, rekabet etme olanaklarının bulunması, kullanım amaçları, birinin diğerini tamamlama imkanının bulunması, dağıtım kanallarının ortak olması, kullanım

raflarda yahut aynı toptancılarda satılıp satılmadığına, hedef kitlenin aynı olup olmadığına, bakılarak mal ve hizmetlerin benzerliğinin tespit edileceğini ifade etmiştir (ÇOLAK, 2012, s. 252-253). Karş.: CENGİZ s.65 vd.

⁶¹³ L.A.TARNEC; (Çev. Akar Öçal) “Markalara Sağlanan Himayenin Benzer Mamüllere Teşmili”, **EİTİAD**, Y.1966, S.1, s. 235; CENGİZ, s.65, dn.93; EPÇELİ, s.51.

yöntemleri ve hedeflenen halk kesimlerinin dikkate alınarak bir karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶¹⁴.

Parakende mal satım hizmetiyle ilgili uygulamada çıkan bazı sorunlar nedeniyle oluşan ABAD ve Yargıtay içtihatları Enstitü ve mahkemelere yol gösterici olmuştur. Sorun 35.08. sınıfta yer alan perakende mal satımı hizmetlerinin tescili sırasında yapılacak tanımlama ve açıklamaların, markanın koruma kapsamını nasıl etkileyeceği noktasında düğümlenmiştir. TPE, ABAD'ın "PRAKTIKER" kararına⁶¹⁵ atıf yaparak, 21 Kasım 2011 tarihinden itibaren uygulama değişikliğine gitmiştir. TPE 35. sınıftaki "müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri"ni ilgili hizmetlerin "malın ya da malların satış hizmeti" olarak değerlendirilemeyeceği, belirtilen hizmetin "tüketicilere perakende satış ortamlarında malların sunumu hizmeti" olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁶¹⁶. Yeni tanımlama (TPE:2014/2 m.35/6); "Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için ...(sayılacak) malların bir araya getirilmesi hizmetleri (belirtilen hizmetler perakende, toptan satış mağazaları, elektronik ortamlar, katalog ve benzeri diğer yöntemler ile sağlanabilir)" şeklindedir. Bu ayrımın sonucu olarak *Çolak*; çok sayıda farklı sektöre ait malların bir araya getirilerek sunulduğu büyük ya da küçük ölçekli perakende mağazalarının sunduğu hizmetler ile sadece belirli bir sektöre veya birkaç sektöre ait malların örneğin ayakkabı, parfümeri, kırtasiye gibi, bir araya getirilerek sunulduğu büyük ya da küçük

⁶¹⁴ "...Davacının markalarında yer alan ürünler ile davalı başvurusunda yer alan ürünlerin aynı sınıfın aynı alt grubunda yer alanlar yönünden, başvuru anında yürürlükte bulunan Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına ilişkin BİK/TPE2002/2 sayılı Tebliğin 6. maddesi uyarınca aynılık olduğu açıktır. Farklı alt gruplarda yer alanlar yönünden ise; davacı markalarında yer alan ürünler ile davalı başvurusunda yer alan ürünlerin piyasa anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap etmeleri, benzer ihtiyaçları gidermede kullanılmaları, son kullanıcıları, birbiri yerine ikame edilebilme ile rekabet etme olanaklarının bulunması, kullanım amaçları, birinin diğerini tamamlama imkanının olması, dağıtım kanallarının ortak bulunması, kullanım yöntemleri ve hedeflenen halk kesimleri nazara alındığında aynı tür olarak nitelendirilmeleri de zorunludur. Sonuçta, 29 ve 30. sınıf emtialar yönünden davacı markaları ile davalı başvurusuna konu marka aynı tür malları kapsamaktadır..." , Y.HGK, 07.06.2006 T., 2006/11-338 E, 2006/338 K. Sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Programı, www.kazanci.com, ÇOLAK, 2012, s.265-69)

⁶¹⁵ ABAD, direktifin (89/104) ikinci maddesinde geçen "hizmetler" kavramının, "malların perakende satışı ile sağlanan hizmetleri" de kapsadığını, bu gibi hizmetlerin marka olarak tescili bakımından, başvuru sahipleri tarafından, söz konusu hizmetlerin detaylı olarak gösterilmesinin gerekli olmadığını, ancak bu hizmetlerin ilişkili olduğu malların ya da mal türlerinin detaylı olarak göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: ECJ, Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte AG, (PRAKTIKER), C-418/02, 7.7.2005;

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59889&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=799862>, (E.T. 04.04.2016); ÇOLAK, 2012, s. 255-256.

⁶¹⁶ ÇOLAK, 2012, s.258.

ölçekli perakende mağazalarının sunduğu hizmetler 556 sayılı KHK anılmamında “aynı türden” hizmetler olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir⁶¹⁷. Bu görüşe katılmadığımızı belirtmeliyiz, örneğin her tür ürünün satıldığı bir gros market ile sadece mobilya ve brikolaj malzemelerinin satıldığı orta ölçekli bir marketin 35’inci (6 prg.) sınıfta tescil edilmeleri halinde halin icabına göre aynı tür ya da benzer hizmetten bahsedilebilmelidir. *Yargıtay* ise, spesifik olarak market, parfümeri gibi bir hizmetin adı belirtilmeksizin, genel ifadeyle “müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri” hizmet sınıfı olarak tescil edilmesi halinde; herhangi bir emtia (ürün, mal) için tescil edilmiş diğer bir markanın, genel anlamda bir mağazacılık hizmet sınıfına tescile, KHK m.8/I-b kapsamında benzer mal ve hizmet sınıfının varlığı ileri sürülerek engel olmasının mümkün olmayacağına karar vermiştir⁶¹⁸.

5. Tanınmış Markalarda Özel Genişletilmiş Koruma

Bir marka, kapsadığı mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici çevresinde veya ilgili olduğu sektörlerde tanınıyorsa, tanınmış marka olarak kabul edilir⁶¹⁹. Bununla birlikte, tanınmış markanın varlığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmeli

⁶¹⁷ ÇOLAK, 2012, s.258. Ayrıca bkz.: Ali PASLI/ İsmail Cem SOYKAN: “Marka Tescilinde 35.08 Sınıfın Anlamı ve Kapsamı”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2010*, İstanbul: On İki Levya Yayınları, 2011, s.452 vd.

⁶¹⁸ Y.11.HD. 03.12.2009 T. 2009/9221 E, 2009/12410 K sayılı karar için bkz.: ÇOLAK, 2012, s.258-260. *Yargıtay*, “ETİMEK” ile benzer “UNO MİNİMEK” markasının 35. sınıfta tescilinde belli gruptaki ürünlerle hizmetin sınırlandırılmamasının sonuçlarına ilişkin kararında ise: “Davalı şirket başvurusu Tebliğ’in 35/8 alt grubunda genel olarak mağazacılık hizmetlerini içermekte olup, davalı şirket başvurusunda bu alt gruba giren hizmetleri belirli gruplardaki ürünlerin müşterilere sunulması hizmetleri ile sınırlandırmamıştır. O halde dava konusu başvurunun davacı adına tescilli markalarda sayılan ürünlerin müşterileri tarafından elverişli bir şekilde görülmesi ve satın alınması için bir araya getirilmesi hizmetlerini kapsayacağına da kabulü gerekir. Bu durum ise, halkın söz konusu ürünlerin ve hizmetlerin aynı şirketten ya da ekonomik olarak birbirine bağlı şirketlerden geldiği düşüncesine kapılma tehlikesini ve karıştırma ihtimalini doğurmaktadır. Çünkü, davacı adına tescilli ticaret markalarının kapsadıkları ürünlerin ticareti ile 35/8. alt gruptaki hizmetler arasında yakın bağlantı bulunmakta ve birbirlerini tamamlamaktadırlar. Davalı şirketin 35/8.alt grupta genel olarak yazılan mağazacılık hizmetlerini kapsayan marka tescil başvurusunda, söz konusu hizmetlerin sunulacağı ürünlerin veya ürün gruplarının yukarıda açıklandığı biçimde ve karışıklık yaratmayacak bir şekilde belirtilmemesi nedeniyle, dava konusu başvurunun davacı adına tescilli markaların kapsadığı ürünlerin teşhir ve satışı hizmetlerini de içereceği ve Tebliğ’e göre mal ve hizmetler farklı sınıflarda olsalar dahi 556 sayılı KHK’ nin 8/1-(b) bendi anlamında benzer olacağı ve iltibas tehlikesine yol açacağı kabul edilmelidir. Bu açıklamalar ışığında mahkemece 35. sınıf yönünden davanın tamamen reddi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir” demiştir. Bkz.: Y.11. H.D. E. 2012/16045, K. 2013/13994, T. 2.7.2013. (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com; E.T. 11.04.2016)

⁶¹⁹ KÜÇÜKALİ, s. 109.

gerekirse markanın toplumun ilgili kesimindeki tanınma derecesine ilişkin doğru değerlendirmelerin yapılabilmesi için konunun uzmanı bilirkişilere başvurulmalıdır⁶²⁰.

Tescilli bir marka ile benzer olan bir marka farklı mal ve hizmet grupları için kullanılabilir, önceki marka sahibinin bunu önleme yetkisi yoktur. Sadece tanınmış markalar açısından benzer olmayan mal veya hizmetler için genişletilmiş bir koruma sağlanmaktadır⁶²¹. KHK m. 8/IV ve 9/I-c'ye göre; “tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal yahut hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması durumunda; toplumda ulaştığı tanınmışlık nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarını zedeleyecek ya da ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikte olan herhangi bir işaretin tescilini ve kullanılmasını marka sahibi engelleyebilir. Bu tür kullanıma haksız yararlanma, sulandırma veya şöreti sömürme denilebilir⁶²². Karıştırılma ihtimalinde öncelikli olarak tüketiciler yanıltılmaya karşı korunmakta iken, sulandırma ihtimalinde hak sahibinin mal varlığı içinde yer alan bir değer olarak markanın ayırt edici gücü ve rekabet imkanının üçüncü kişi tarafından zedelenmesine karşı korunması söz konusu olmaktadır⁶²³.

Her ne kadar KHK’da “tanınmış marka” terimi açıkça kullanılmıyorsa da bu hükümlerin TRIPS m.16 ile 89/104 sayılı AB Yönergesi’nin tanınmış markaları koruyan 4.(3) hükümleri dikkate alınarak oluşturulduğu düşünüldüğünde “toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi” ibaresinin “tanınmış marka” terimine işaret ettiği kuşkusuzdur⁶²⁴ ⁶²⁵. Toplumda ulaşılan tanınmışlık düzeyinden kastın, markanın tanınma derecesinin, kalite ve güven yani reklam imajının, marka çok farklı mal ve

⁶²⁰ UZUNALLI, s.164.

⁶²¹ Bu açıdan malların benzerliği ve farklılığı, bağımsız bir hukuki kavramdır denilebilir (DİRİKKAN, s.229).

⁶²² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.15; DİRİKKAN, s. 194.

⁶²³ Sebastian GRUSON: *Die Verwaesserungsschutzwürdige Marke*, Bern 2003, s. 14.

⁶²⁴ DİRİKKAN, s. 195; KAYA, s.160.

⁶²⁵ Öğretide bu husus tartışılmıştır. KHK m.7/I-ı maddesi Anayasa Mahkemesince 27/5/2015 tarihli ve E.: 2015/33, K.: 2015/50 sayılı Kararı ile iptal edilmeden önce bu iki kavramın farklı olduğunu ileri süren yazarlar olsa da (YASAMAN vd. Marka Hukuku, C.I, s.410), farkın sadece tanınmışlığın derecesinde ve buna bağlanan hukuki sonuçlarda olduğu ileri sürülmüştür (ÇOLAK, 2012, s. 362). Ve fakat maddenin (ı) bendinin iptalinden sonra bu tartışmanın hukuki düzenleme açısından pratik bir önemi kalmamıştır.

hizmetlerde kullanılsa bile, hala tanınmış markanın sahibi olan işletmeden geldiği kanısını uyandırması halidir⁶²⁶.

Bu düzenlemeler çerçevesinde, tanınmış markalarda tescil engelinin ya da marka hakkı ihlalinin varlığı için mal ve hizmetlerin aynı yahut benzer olmalarının gerekmediği, haksız bir kazanç elde edilmesi ya da ayırt ediciliğe veya itibara zarar verilmesi halinde, tanınmış markanın aynı veya benzerinin kullanılmasının tek başına yeterli olacağını, halk tarafından karıştırılma ihtimalinin olmasının da aranmayacağını söyleyebiliriz⁶²⁷.

KHK'da benzer olan veya olmayan mal ve hizmetlerin tanımı yapılmamış olduğundan, bunların neler olduğuna dair m.8/I-b ve 9/I-b dikkate alınarak; aynı, aynı tür ya da benzer olduğu kabul edilemeyecek mal ve hizmetlerin “farklı” olduğu kabul edilmelidir⁶²⁸. Diğer taraftan, *Türk* öğretisinde bazı yazarlara göre; tanınmış marka sahibi markasının aynı ya da benzerinin kullanılmasını mutlak olarak tüm mal ve hizmet sınıflarında yasaklama hakkına sahip olmalıdır⁶²⁹. *Alman* öğretisine göre ise, sınırsız olarak bütün mal ve hizmetler için marka hukukuna dayalı koruma söz konusu olmayıp; tanınmış markaların korunması için konulan hükümlerin amaçları nazara alınarak benzer olmayan mal ve hizmet alanının tespiti gereklidir. Bilhassa tanınmış markanın tescilli olduğu veya sahibi tarafından kullanıldığı bütün mal ve hizmetler için markanın “tanınmış” olduğundan söz edilemeyeceği dikkate alınmalı ve sadece tanınmış marka imajının söz konusu olduğu mal ve hizmetler esas alınmak suretiyle üçüncü kişilerin kullanımı değerlendirilmelidir^{630 631}.

⁶²⁶ ÇOLAK, 2012, s.362; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.100, dn.126.

⁶²⁷ KÜÇÜKALİ, s.110,116; DİRİKKAN, s. 195-196, 229.

⁶²⁸ DİRİKKAN, s.229.

⁶²⁹ ÖÇAL, s. 41-43; CENGİZ, s. 67. Karş: Hamdi YASAMAN; “Tanınmış Marklar”, **Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan**, İstanbul: İÜHFY, 1978, s 697 vd.; KÜÇÜKALİ, s. 111; YASAMAN, Hukuki Mütelaalar, C.I, s. 61-63.

⁶³⁰ Stephan REDANT: **Bereicherungsansprüche und Schadenersatz bei Ausbeutung des guten Rufes**, Diss., Starnberg, 2000, s.97; Anja MEYER: **Der Begriff “bekannte marke” im Markengesetz**, Diss.: Frankfurt am Main/Berlin/Bonn/New York/Paris/Wien 1999, s.70; Rolf SACK: “Sonderschutz bekannter Marken de lege ferenda”, **BB**, 1993, s.870.

⁶³¹ Yargıtay benzer şekilde tanınmış markanın tescilli olduğu sınıf ve grupları dikkate alarak verdiği kararda tanınmış markanın kapsadığı sınıflardan farklı olan 43. sınıfta yapılan tescil başvurusuna ilişkin itirazı reddeden YİDK kararını haklı bulmuştur. Karar kısmı şöyledir: “Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının markalarının “ALTINYILDIZ” ibareli olduğu, ticaret unvanının ayırıcı unsurunun da bu ibareden oluştuğu, genel olarak 18, 23, 24, 25, 35, 40. sınıf ürün ve hizmetleri içerdiği, kumaş ve giyim ürünleri bakımından tanınırlık vasfının

Ticaret ve hizmet markaları arasındaki ilişki bakımından, KHK’da bir ayrım yer almadığından; tanınmış bir ticaret markasının, diğer bir hizmet markasına ya da tanınmış bir hizmet markasının diğer bir ticaret markasına karşı korunmasına engel yoktur. *Dirikkan*, mal veya hizmetler arasında istismar veya zarar vermeye uygun bir ilişkinin olması durumunda, farklı faaliyet alanlarında korunması amaçlanan tanınmış bir ticaret markasının hizmet markasına karşı (ya da tam tersi) korunması gerektiğini ifade etmiştir⁶³².

İçecek markası olan “Coca Cola”nın aynen veya “Coca Mola” şeklinde benzerinin deterjan markası ya da hizmet markası olarak kullanılması veya tescili mümkün değildir⁶³³. Tanınmış markaya ilişkin olarak bir kararında Fransız Mahkemesi “Coca Cola” markasının diş macunlarında ve banyo köpürtücüsünde kullanılmasını yasaklayan bir karara imza atmıştır⁶³⁴.

Bir marka başlangıçta tanınmış marka olmamakla birlikte zamanla yapılan yatırım ve kampanyalarla, süreklilik taşıyan reklam konseptleriyle tanınır hale gelirler⁶³⁵. Bazı durumlarda ise markalar daha tescil başvurusu yapılmadan önce kullanım sonucu tanınır hale gelebilir ve sonradan tescil edilebilirler. Ancak KHK m.6 gereği kararname kapsamındaki koruma tescil ile elde edileceğinden bu hakkı tescilli marka sahibi veya halefleri kullanabilecektir. Ancak KHK m.8/IV’deki düzenleme

bulunduğu, davalı başvurusunun konusu olan işaretin de "ALTINYILDIZ" ibareli olduğu, kapsamında 43.sınıftaki yiyecek ve içecek sağlanması, geçici konaklama, gündüz bakımı ve hayvan bakımevleri hizmetlerinin bulunduğu, bu haliyle marka ve başvuru konusu işaret benzer olmasına karşın kapsamlarının farklı bulunduğu, davacının iltibas vakıasına ya da tanınmış marka olmasına dayanarak davalının marka tescil başvurusunu engelleme olanağının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine...” Yargıtay 11. HD., E. 2015/4421, K. 2015/11545, T. 4.11.2015. (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 11.04.2016).

⁶³² Tanınmış bir otomobil markasının, motorlu taşıt servisi hizmeti için başkası adına tescilinde tanınmış markanın korunması bu bağlamda ele alınmalıdır, (DİRİKKAN, s.230).

⁶³³ KAYA, s. 160.

⁶³⁴ ÖZTEK, s. 208.

⁶³⁵ “...davalı tarafından “İş ortağım” ibareli markalar altında bir çok ürün ve kampanya üretildiği ve kampanyalar için önemli ölçüde yatırım harcamaları yapıldığı, yapılan reklam yatırımları ile markaların zaman içinde ayırtedicilik özelliği kazandığı ve güçlenerek pekiştiği, dava tarihi itibarı ile “iş ortağım” ibareli markaların tanınmış marka haline geldiği, 556 sayılı KHK’nin 7/son hükmü gereğince markaların tescil yasağı kapsamında kalmadığı gerekçesiyle davanın reddine...” Y.11.HD. T. 21.12.2015, E. 2015/6256, K. 2015/13687 sayılı kararı için bkz.: Kazancı İçtihat Bankası, (www.kazanci.com; E.T. 09.04.2016).

gereği nispi red nedenleri bakımından tanınmış markanın tescilli olmasının gerekmediği, tescil başvurusunun varlığının yeterli olduğu açıktır⁶³⁶.

C. Alıcıların Benzer Marka ve İşaretleri Karıştırmaları

1. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüz ya da bir tescil engeli oluşturan markada iltibas hallerinde alıcıların markaları karıştırıp karıştırmadıklarının saptanması gerekir⁶³⁷. Karıştırılma ihtimalinin tespitinde temel nokta, sadece iki işaret arasında benzerliğin azlığı çokluğu değil, mal ya da hizmetin alıcısı durumunda bulunan kimselerin içinde bulundukları sosyal durum ve bilgi ve ayırt etme seviyeleri göz önünde bulundurularak bir mal veya hizmet yerine diğerini tercih edip etmedikleri ya da iki işaret arasındaki benzerlik nedeni ile işaretlere sahip kişiler yahut işletmeler arasında herhangi bir bağlantı kurup kurmadıklarıdır⁶³⁸.

Karıştırılma ihtimalinin tespitinde mal ve hizmetlerin alıcı çevrelerinin de tespit edilmesi gereklidir. Çünkü KHK m.8/I-b ve m.9/I-b gereği karıştırılma ihtimalinin varlığı için gerekli olan son unsur, markanın halk tarafından karıştırılma tehlikesinin varlığıdır. Buradaki “halk” ibaresinin neye işaret ettiği, hangi toplumsal çevrenin dikkate alınacağı meselesi karıştırılma tehlikesinin varlığı bakımından kritik bir öneme sahiptir. Halktan kastın bütün toplum değil, karıştırma tehlikesi ile karşı karşıya kalan ilgili toplumsal çevre olduğu söylenebilir⁶³⁹. İlgili toplumsal çevreden ise önceki markaya tecavüz ettiği yahut iltibas yarattığı ileri sürülen sonraki markanın kullanıldığı mal ve hizmetlerin alıcı çevresi anlaşılmalıdır. Çoğunlukla bu toplumsal çevre aynı zamanda ilk markanın da muhatapları olan çevre olacaktır⁶⁴⁰. Alıcı

⁶³⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: DİRİKKAN, s. 244-246, bilhassa dn. 224-225.

⁶³⁷ CENGİZ, s.9; KÜÇÜKALİ, s. 118.

⁶³⁸ TD. 8.6.1955 2520-4162, (Tatbikatta Yargıtay Kararları, 1955, s. 1983-1985’den naklen, CENGİZ, s. 246-247). EPÇELİ, s.44-45; KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 104, dn.3.

⁶³⁹ DİRİKKAN, s. 188, dn.63. Yargıtay (Temyiz) Ticaret Dairesi Alameti Farika Nizamnamesi’nin yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararında, her çeşit toplumsal sınıfın dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir: “..İki marka arasında iltibasın mevcut olup olmadığının kabulü için, bilirkişinin estetik ve grafik bakımından verdiği rapor yeterli addedilemez; ayrıca her çeşit içtimai sınıfa mensup alıcılar bakımından iltibasın ve haksız rekabetin bulunup bulunmadığı da incelenmelidir. ...”. Bkz: TD. 18.11.1958 E. 2175 K. 2765, (BATİDER, C.I, S.2, s. 243)

⁶⁴⁰ DİRİKKAN, s. 188; KÜÇÜKALİ, s. 117. Cengiz, iltibasa muhatap çevrenin tespitinde, herhangi bir işletmeye ait emtiayı değil de belirli bir işletmeye ait emtiayı satın almak düşüncesine sahip olan

çevresinin sadece fiili alıcılardan değil, potansiyel alıcılardan da oluştuğu akılda tutulmalıdır, Çünkü “muhtemel” alıcılar da iltibas yaratan marka yahut işareti kullanan kişinin hedef kitlesinde yer alırlar⁶⁴¹.

Tüketici, ürünün önemine göre tanıdığı, beğendiği, bilinen ve güvenilir bir markayı seçerek; fazla zaman sarfetmeksizin, markanın garanti fonksiyonundan da istifade etmeyi hedefler⁶⁴². Karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde esas kriter, tespit edilen ilgili toplumsal çevreyi temsil edecek ortalama alıcının dikkat ve düşüncesi olmalıdır⁶⁴³. Bu bakımdan karıştırılma ihtimalinin tespitinde dikkate alınacak alıcı grubunun yani toplumsal çevrenin tespiti oldukça önem taşımaktadır.

2. Karıştırma İhtimalinin Tespitinde Dikkate Alınacak Alıcılar (Toplumsal Çevre)

Karıştırılma ihtimalinin incelenmesi sırasında ilgili alıcı grubunun yani toplumsal çevrenin saptanmasında, iltibasa yol açtığı iddia edilen mal ve hizmetin alıcısı olan ortalama bir kişinin izlenim ve düşünceleri dikkate alınmalıdır⁶⁴⁴. İlgili tüketici profili şartlara göre gösterilmesi gereken dikkate ilişkin normatif koşulların belirlenmesine hizmet etmekle kalmaz, aynı zamanda fiili olguların tespitinde de önem taşır. Bu bakımdan günlük tüketim mallarının muhatabı olan toplumsal çevre geniş bir halk kitlesidir ve genellikle mal ve hizmet alımında çok dikkatli davranması beklenmez⁶⁴⁵. Buna karşın özel nitelikli malların tüketicileri ile meslek mensuplarına hitap eden mal ve hizmetler bakımından aynı durum söz konusu değildir. Örneğin, bir yoğurt alıcısı ile iş makinesi alıcısı aynı dikkat düzeyinde değildir. Bir “Forklift” satın

alıcıların kanıları dikkate alınmalıdır, demektedir. Bkz.: CENGİZ, s.29; Yaşar KARAYALÇIN: **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, C.II**, Ankara: BATİDER, 1983, s.71.

⁶⁴¹ Kathrin KLETT: “Die durchschnittlich aufmerksame Verbraucherin und der durchschnittlich gut ausgebildete Fachmann”, **GRUR**, Y.2001, s.549.

⁶⁴² YHGK. E. 2006/11-338 K. 2006/338 T. 7. 6. 2006. (www.kazanci.com, E.T: 11. 04. 2016). OHİM.’in altın rengi şeker ambalajı kâğıdının şekline ilişkin vermiş olduğu bir kararda dikkate alınacak tüketiciyi, bilinçli, yeterli derecede gözlemci, ortalama tüketici (an average consumer, reasonably well informed and reasonably observant) olarak ifade etmiştir. Bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/> (E.T. 25. 03. 2016); KÜÇÜKALİ, s.117.

⁶⁴³ DİRİKKAN, s.188.

⁶⁴⁴ EPÇELİ, s.45; KÜÇÜKALİ, s. 118. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında; iltibasın tayininde genel olarak alıcıların, yerine göre örneğin ev kadınlarının, hizmetçilerin, çocukların dikkat derecesini göz önünde bulundurmak gerektiğine hükmetmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi T.8.3.1925, JDT, 1926, I 467(Selim KANETİ; “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları” **BATİDER**, Y.1961, C.1, S.2, s. 236).

⁶⁴⁵ DİRİKKAN, s.188.

alan işletme sahibi, marka veya işaretlere daha özenle yaklaşacak, gerektiğinde malı birtakım deneme ve testlere tabi tutacaktır.

İltibasın varlığının araştırılacağı toplumsal çevredeki normal düzeyde bilgilenmiş ve ortalama dikkate sahip tüketiciler ölçü alınmalıdır. Ortalama tüketicinin dikkati de ilgili mal ve hizmetlerin türüne göre büyük ölçüde değişmektedir⁶⁴⁶.

Diğer taraftan benzer markaları taşıyan mal ve hizmetler doğrudan son tüketiciye ulaşmayabilir. Arada toptancılar gibi ticari araçlar olması halinde bu kişilerin tüketicilere nazaran daha bilgili ve dikkatli oldukları düşünülmelidir. Ticari aracı olan alıcılar markaları karıştırmaları bile; onların aksine nihai tüketicilerin marka ve işaretleri karıştırmaları mümkündür⁶⁴⁷. Nitekim *Yargıtay* da; karıştırılma ihtimalinin tespitinde işin uzmanı ve ilgilisi değil, tüketici olan halkın dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁴⁸. Diğer taraftan mal ve hizmetlerin, eczacı, doktor gibi uzmanların tavsiyesi ile alınması ile işyerinden ya da raftan tüketicinin kendi arzu ve iradesiyle serbestçe alması hallerinde, malların hitap ettiği halk kitlesinin aynı olması beklenemez. İlaçlarda son tüketici hastalar olsa da karıştırılma ihtimalinin doğduğu, hangi mal ve hizmetin alınacağına dair süreçte karar verme fiilinin öznesi (süjesi)

⁶⁴⁶ Bkz.: ABAD (ECJ), 22.06.1999 T. Case Nr. C-342/97 "Lloyd Schuhfabrik Meyer" davası, Kn. 25,26 (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-342/97>) ve ECJ 15.01.2003 T., Case Nr. T-99/01 "Mystery drinks v OHIM – Karlsberg Brauerei", (MYSTERY) davası Kn.32. (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-99/01>; E.T. 11.04.2016).

⁶⁴⁷ CENGİZ, s.30.

⁶⁴⁸ Yargıtay 11. HD. "şekil+ETİ PAPATYAKEK" ve "PAPATYA" markalarının 29 ve 30. sınıf ürünleri için tescilli markanın "GİZ PAPATYA" adlı markayı 29, 30 ve 32. sınıf ürünler için tescil ettirilmek üzere başvurulmasına ilişkin; "Şu halde, burada üzerinde durulması gereken husus halk tarafından karıştırılma kavramından ne anlaşılacağıdır. Doktrinde, halk tarafından karıştırılma ihtimalinin iki koşulun bir araya gelmesi halinde irdelenebileceği kabul edilmiş ve bu iki koşuldaki birincisinin tescili istenen markanın, daha önce tescilli bulunan markanın aynısı veya benzeri olması, ikincisinin ise her iki markanın aynı mal ve hizmetlerde kullanılması olacaktır. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise, bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halkın olduğu gözönünde tutulacaktır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel veya görsel bir benzerlik ve hatta genel görünüş açısından "umumi intiba"olmasa bile, halk tarafından iki marka arasında bir bağlantı kurulması ve hatta çağrıştırması dahi karıştırılma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir. (Bkz. Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku İst. 1999, Birinci Baskı sh. 400vd.) Somut olayda da her iki markanın aynı emtia sınıfında kullanılması söz konusu olup, her ikisinin de benzer olduğu iddia edildiğine göre, halk tarafından karıştırma ihtimalinin irdelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mahkemece, özellikle davacı vekilinin her iki markanın "karıştırılma ihtimali" bulunduğu yönündeki itirazları dikkate alınarak ve davaya konu emtianın niteliği itibarıyla alıcısı olan halk kitlesinin "ayırt etme, bağlantı kurma" durumu göz önünde tutularak bu konuda uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılarak, oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken..." demektedir. Bkz.: Y.11. HD. E. 2003/4003, K. 2003/10839; ayrıca bkz.: Y. 11. HD., 2004/12143 E., 2005/9700 K, 13. 05. 2005 T. (www.kazanci.com, E.T.: 23.03.2016.)

doktor yahut eczacıdır⁶⁴⁹. Yargıtay, “Camsil” davasında, iltibasın tespitinde her iki malı kullanacak olan ev kadınları, hizmetçiler ve satın alacak sorumlu kişilerin özen derecesinin dikkate alınacağına hükmetmiştir⁶⁵⁰.

a) Toplumun Her Kesiminden Alıcılar

Mal veya hizmetler, ucuz ve günlük tüketime yönelik, şişe suları ve kâğıt mendil, diş macunu örneklerinde olduğu gibi, her kesimden alıcı grubuna hitap ediyorsa geniş halk kitlesi nezdinde bilinirlik ve iltibas aranmalıdır⁶⁵¹. Benzer işaretleri taşıyan mal veya hizmet çoğunlukla her kesimden tüketiciye hitap ediyorsa alıcıların benzer işaretleri karıştırıp karıştırmadıklarının belirlenmesinde herhangi bir orta yetenekteki alıcının yani ortalama tüketicinin edindiği izlenim göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁵². Bilinçsiz (saf), hiç düşünmeden karar veren bir alıcının aldanma ihtimali pek tabiidir ki diğer alıcılara nazaran daha yüksektir. Bu itibarla marka belirli bir kitleye değil de, tüm alıcılara hitap ediyorsa, karıştırılma ihtimalinin tespitinde ortalama alıcı kitlesi dikkate alınmalıdır⁶⁵³. 551 sayılı Markalar Kanunu Döneminde Yargıtay’ca oluşturulan bu kriter⁶⁵⁴ 556 sayılı KHK döneminde de geçerliğini korumaktadır⁶⁵⁵.

Avrupa’da ise, ABAD tarafından geliştirilen “tüketici” tipi normal olarak bilgilendirilmiş, yeterince dikkatli ve makul ortalama tüketici tipidir⁶⁵⁶. Adalet Divanı tarafından çerçevesi çizilen bu tüketici tipi üye ülkelerde haksız rekabet ve marka hukuku bakımından bağlayıcıdır ve buna uygun olarak karıştırılma ihtimalinin

⁶⁴⁹ KARAHAN, Hükümsüzlük, s.104-105; DİRİKKAN, s. 189; KÜÇÜKALİ, s.119.

⁶⁵⁰ Y. 11.HD., 27.09.1979 T, E.1979/4091, K. 1979/4234 (İsmail DOĞANAY, **Ticaret Kanunu Şerhi**, C. I, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004, s. 406, dn. 44; KÜÇÜKALİ, s.120, dn.245).

⁶⁵¹ TPE, Mark.İnc.Klav. s.138.

⁶⁵² CENGİZ, s. 30; EPÇELİ, s.46; KÜÇÜKALİ, s.121; TEOMAN, Kitap 1, Mütalaa 5, s.34; Mütalaa 12, s.117; TEOMAN, Kitap 5, Mütalaa 8, s.52.

⁶⁵³ KARAHAN, Hükümsüzlük, s.105.

⁶⁵⁴ “orta zekalı” veya “orta seviyeli” alıcılar olarak içtihatlarda ifade edilen bu kriter hem iltibas suretiyle haksız rekabet hem de iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz ihlallerde kullanılmıştır. “...dava konusu markalar arasında ayniyete yakın bir benzerlik olduğu ve orta zekalı alıcı açısından iltibas varsa markalar arasında haksız rekabetin varlığını kabulü gerekir”. Y.11.HD. 9.2.1991 T. 4354 E., 6526 K. (ERİŞ, s. 408’den naklen). “...bu her iki marka ve biçimleri orta seviyedeki alıcılar ayırdeemez. Bu nedenle iltibasın varlığını kabul etmek gerekir”. Y.11.HD. 23.10.1989 T. 8859 E, 5596 K. (ERİŞ, s. 399’dan naklen KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 105, dn.2).

⁶⁵⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.34.

⁶⁵⁶ UZUNALLI, s. 96.

tespitinde ölçük olarak kullanılmalıdır⁶⁵⁷. İlgili çevrede belirleyici olan bu çevrenin önemsiz olmayan kısmının izlenimi ve görüşüdür⁶⁵⁸. Ayrıca yabancı markaların tescilinde, markanın tescil edildiği ülkedeki ortalama tüketicinin düşünceleri ve izlenimi esas alınmalıdır⁶⁵⁹.

Karahan, ortalama alıcıların (tüketiciler) bir kısmı bilinçsiz olduğu için, ortalama alıcılar içerisinde ayrıma gidilerek sadece bilinçli olanların düşüncelerinin ölçüt alınması gerektiğini belirtmiştir. Çünkü bilinçsiz alıcılar için önemli olan malı satın almaktır, markanın oluşan tercihlerinde bir önemi yoktur⁶⁶⁰. Ortalama bilinçli alıcıların tamamının aldanmış veya aldatılmış olması gerekmez, bir kısmının aldanma ihtimalinin varlığı yeterlidir⁶⁶¹. Ortalama tüketicinin özelliği markayı bir bütün olarak algılaması ve detaylı inceleme yoluna gitmemesidir. İşte ortalama tüketicinin bu bütüne ilişkin değerlendirmesinde, bilgili, dikkatli ve basiretli olduğu varsayılmaktadır⁶⁶². *Tekinalp* ise, mal ve hizmeti alacak ortalama dikkat sahibi kişinin mal ve hizmetin niteliğine göre değişen “alım süresi”nde edindiği toplu izlenimin burada esas alınacağını ifade etmiştir⁶⁶³.

b) Özel Alıcı Grupları

Benzer marka yahut işaretleri taşıyan mal ya da hizmet özel bir alıcı grubuna hitap ediyorsa, alıcıların benzer işaretleri karıştırıp karıştırmadıklarının belirlenmesinde bütün yönleriyle bu özel alıcı grubunun düşünce ve izlenimleri göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁶⁴. Özürlü hastaların kullandıkları tekerlekli sandalyeler, duyma engelliler için üretilmiş işitme cihazları sadece bu kişileri ve yakınlarını

⁶⁵⁷ BGH, 27.04.2000, I Zr 236/97, Davidoff, (<http://openjur.de/u/64991.html>, E.T.23.04.2016), **GRUR** 2000, s.877; BGH, 20.10.1999, I ZR 167/97- Orient-Teppichmuster, (https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1999-10-20/I-ZR-167_97, E.T. 23.04.2016), **GRUR** 2000, s. 621; UZUNALLI, s. 96, dn. 173.

⁶⁵⁸ BGH, 28.5.1971, I ZR 35/70- (OLG Hamburg)- Stallmeister, **GRUR** 1971, s.410’dan naklen UZUNALLI, s. 96, dn. 172.

⁶⁵⁹ ABAD (ECJ) Case Nr. C-421/04 ECR 9.3.2006 s. I-02303, Kn. 24. Karar için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-421/04>, (E.T. 11.04.2016).

⁶⁶⁰ KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 105; KARAYALÇIN, Meseleler, s.71.

⁶⁶¹ KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 106.

⁶⁶² Alper Çağrı YILMAZ: **Türk Marka Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri**, Ankara: DPT Y.No.2769, 2008, s.95.

⁶⁶³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.34.

⁶⁶⁴ CENGİZ, s. 30, dn.128; EPÇELİ, s.46; ARSEVEN, s. 147; TEOMAN, C.I, Kitap 1, Mütalaa 5, s. 34-36; Mütalaa 12, s.117-120; Mütalaa 17, s. 185.

ilgilendirir. Bunlar gibi yine, resim fırça ve boyaları da ressamı ilgilendirir⁶⁶⁵. Bir ülkede yaşayan herkes, her tür mal ve hizmetle ilgilenmediğinden, ilgisiz grupların ortalama alıcı/tüketici kavramının belirlenmesinde dikkate alınması uygun değildir⁶⁶⁶.

Mal veya hizmetlerin belirli bir kitleye hitap etmesi halinde de karıştırılma ihtimalinin tespitinde o kitlenin içindeki ortalama bilgi ve tecrübeye sahip alıcılar nazara alınarak bir sonuca varılmalıdır⁶⁶⁷. Benzer işaretleri taşıyan mal ya da hizmet özel birkaç alıcı grubuna (yaş grupları, farklı eğitim düzeyindekiler gibi) hitap ediyorsa işaretlerin bu alıcı gruplarından biri tarafından karıştırılması yeterlidir⁶⁶⁸. Örneğin hem dağcılıkta hem de balıkçılıkta kullanılan halat ve kanca ekipmanının, bu özel iki kesimden sadece birindeki alıcılar tarafından karıştırılması yeterlidir. Yartıgay şekerleme ürünleri için tescilli “ülker hobi” markası ile aynı tür mallarda tescil edilmek istenen olan “ülfet lobi” markası arasında benzerliğin özel alıcı kitlesi olan çocuklar bakımından karıştırılma ihtimaline neden olacağını belirterek tescilin terkinine karar vermiştir⁶⁶⁹.

ABAD kararlarında da aynı ilkeleri kabul etmiştir. Tanınmışlığın tespitinde esas alınacak toplumsal çevreye ilişkin bir kararında; “General Motors/Yplon Sa.” kararında, markanın tanınmışlık derecesinin belirlenmesinde, markanın hitap ettiği çevrenin esas alınması gerektiği; bu çevrenin markanın kullanıldığı mal ve hizmetin türüne göre geniş bir kitle veya özel bir grup olabileceği, ancak markanın

⁶⁶⁵ KÜÇÜKALİ, s. 123, dn.256; DİRİKAN, s. 125; "Springer Pinsel" markası ile ilgili davada sadece ressamlar nazara alınarak markanın tanınmış olduğu ve Türkiye'de tescil edilmemiş olmasına rağmen, Paris Sözleşmesi uyarınca Türkiye'de tescilli markanın terkinini talep edebileceği kabul edilmiştir.11.HD. 29.04.1999 T., E. 1998/8415, K. 1999/3351.(www.kazanci.com; E.T.11.03.2016)

⁶⁶⁶ KÜÇÜKALİ, s. 123.

⁶⁶⁷ KARAHAN, Hükümsüzlük, s.106.

⁶⁶⁸ CENGİZ, s.31; ARSEVEN, s.146-147; EPÇELİ, s.47.

⁶⁶⁹ “...Davacı vekili, davalılardan U...A.Ş.'ce şekerleme ürünlerinde kullanılmak üzere "LOBİ" ibaresinin esas unsuru oluşturduğu markanın tescili için yaptığı başvuruya karşı bu markayı müvekkili adına aynı tür emtialar için önceden tescilli "Ülker-HOBBY, HOBİ" markalarına haksız tecavüz oluşturacağından bahisle yapılan itirazın davalı kurumca reddedildiğini ileri sürerek, "LOBİ" sözcüğünün markadan çıkarılmasını davalı kurumun red kararlarının iptalini talep ve dava etmiştir... markalar arasındaki benzerliğin markanın bütünü itibarıyla bıraktığı etki, alıcıların satın almayı düşündükleri yerine bir başka mal alacak durumda kalmaları halinde söz konusu olabileceği, markalar farklı unsurlardan oluşsalar dahi bütünü bakımından bıraktıkları etkinin diğer bir markayı çağrıştırmaması gerektiği, markalar esas unsurların benzer olması halinde, markanın geneline etkisi az olan diğer hususlardaki farklılığa rağmen iltibasa yol açabileceği, taraflara ait markalar arası da açık farklılık bulunmadığı, özel alıcı kitlesi olan çocukların yanı sıra ve davalı ürünün davacı ürünü ile karıştırılma ihtimali bulunduğu sonucuna varılarak davanın kabulüyle...” Y.11.HD. T.30.11.1999, E.1999/5356, K. 1999/9805. Bkz.: Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (E.T. 11.04.2016); KARAHAN, Hükümsüzlük, s.106, dn.1.

tanınmışlığını değerlendirmede, peşinen muhatap çevrenin belirli bir yüzdesi tarafından bilinmesi şeklinde bir ölçüteün kabul edilemeyeceği; bu açıdan muhatap çevrenin önemli bir bölümü tarafından bilinmesinin, markanın tanınmışlığı bakımından yeterli görüleceği; muhatap çevrenin önemli bir bölümünden ne anlaşılması gerektiği ve tanınmışlığı, özellikle markanın pazar payı, kullanım yoğunluğu, coğrafi genişliği ve süresinin de dahil olduğu birtakım koşulların yardımı ile tespit edileceğini ifade etmiştir⁶⁷⁰.

c) Uzman Alıcı Gruplar

Mal veya hizmete ilişkin bir marka, ortalama alıcı kitlesine değil de uzman bir alıcı kitleye hitap ediyorsa, bu kimselerin markayı taşıyan mal ve hizmetleri seçerken daha fazla dikkat ve özen gösterecekleri kabul edileceği için ufak farklılıklar dahi karıştırılmaya mani olmaya yeterli olabilir⁶⁷¹. Doktorlar, mimarlar, uzmanlık gerektiren spor alanlarında (paraşüt, dalış vs.) faaliyet gösterenler gibi belli uzmanlığa sahip kesimler kendi mesleklerine ait mal ve hizmet hakkında geniş bilgi sahibi oldukları için, dikkat ve özen derecelerinin daha fazla olacağı muhakkaktır⁶⁷².

Uzman alıcı gruplarının görüş ve tercihlerini belirlerken, mal veya hizmeti satın alırken uzmanlıkları ölçüsünde göstermeleri gereken dikkat ve özen kıstas olarak alınmalıdır. Çünkü bu kimseler kendi uzmanlık alanları ile ilgili mal ve hizmetler konusunda özel bilgi sahibidirler ve mal ve hizmet alırken uzmanlıklarının gerektirdiği dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdürler⁶⁷³. Bu tür özel nitelikli mal ve hizmetler, muhatapları tarafından özenle araştırılmakta, denenmekte ve daha sonra satın alınmakta olduğundan; bu tür mallar arasındaki karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde alelade birinin anlayış ve görüşünün esas alınması doğru değildir^{674 675}. ABAD, bir kararında mal veya hizmetlerin özel bir tüketici kitlesine

⁶⁷⁰ ABAD (ECJ) 14.09.1999, Case No. C-375/97, General Motors Corporation/Yplon Sa. Kn. 24, 27, (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-375/97>, E.T. 12.04.2016), **GRUR Int.** 2001, s.73. vd.; **DİRİKKAN**, s. 126, dn. 115.

⁶⁷¹ **KARAHAN**, s.106-107.

⁶⁷² **ARSEVEN**, s. 146; **CENGİZ**, s.32; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 107.

⁶⁷³ **CENGİZ**, s. 32.

⁶⁷⁴ **FEZER**, **MarkenR** 2009, §14, Rn. 437; **KLETT**, **GRUR**, 2001, s.551; **ARSEVEN**, s.146; **ARKAN**, **Marka Hukuku**, C.I, s.103; **DİRİKKAN**, s.190; **TEOMAN**, C.I, Kitap 9, s.67; Kitap 7, s.28.

⁶⁷⁵ “Mahkemece, tarafların markalarının birbirleri ile karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla görüşlerine başvurulmuş ve içinde bir ilaç uzmanının da yer aldığı bilirkişi kurulu raporunda, gerekçeleri de ayrıntılı bir şekilde açıklanmak suretiyle, tarafların markalarının aynı tür

hitap etmesi durumunda bu grubun genel tüketiciye oranla daha fazla bilgili ve dikkatli olduğunu ifade etmiştir⁶⁷⁶. Yine AB ilk derece mahkemesi “LIMO” ibaresinin “uzman tüketiciler” tarafından “Laser Intensity Modulation” ibaresinin kısaltılmış biçimi olarak algılanacağına ve bu durumun 40/94 sayılı tüzüğün 7/1 (c) maddesine aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir⁶⁷⁷.

Mal ve hizmetlerin türü, karıştırılma ihtimalinin tespitinde oldukça kritik öneme sahiptir. Çünkü ayrıntılı değerlendirme ve inceleme sonucunda alınan ve değeri yüksek olan mallarda karıştırılma tehlikesi, ilke olarak günlük ihtiyaçları karıştıran ve nispeten düşük değerli mal ve hizmetlere göre daha azdır⁶⁷⁸. Bu bakımdan mutad kullanımı olmayan, pahalı mal ve hizmetleri kullanan alıcı kitlesi söz konusu olduğunda, ortalama alıcı grubu ölçüt olarak kullanılamaz⁶⁷⁹.

İlaç markaları ile ecza ürünlerinin alıcıları bakımından ayrı bir parantez açılmalıdır. İlaçlarda alıcılar, söz konusu olan insan sağlığı ve beden bütünlüğü olduğundan daha dikkatli ve özenli davranırlar. İlaçların çoğu reçeteyeyle satılırken bir kısmı da market ve eczanelerde reçetesiz satılabilmektedir. Reçete ile satılan ilaçlarda ilgili toplumsal çevre olarak eczacı ve doktorlar dikkate alınacağından karıştırılma ihtimali azalacağı gibi ortadan da kalkabilir⁶⁸⁰. Reçetesiz ilaçlarda ise ortalama tüketici

ürünleri kapsadığı, esas unsurlarının "RİMO" ve "NİMO" ibareleri olduğu, markaların kullanımında şeklin bir katkısı olmayacağından değerlendirmenin sadece okunan kısım üzerinde yapılması gerektiği, bu açıdan yapılan değerlendirmede ise, davalı markasının tescili halinde, reçeteyeyle satılması zorunlu bulunan emtialar yönünden ve doktor ve eczacı olan kullanıcı kitlesi için dahi karıştırma ihtimalinin bulunduğu sonucuna varılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durum karşısında mahkemece, konusunda uzman bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” Y.11.HD. E. 2005/10841, K. 2006/11573, T. 13.11.2006 (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 8.4.2016)

⁶⁷⁶ “Somut olayda İtiraz Dairesi, tartışılan mal ve hizmetlerin gündelik hayata ilişkin sınıflandırılmayıp, bilakis hususi müşteri çevresine sahip hususi bir alana dahil olduğunu tespit etmiştir. İlgili kesim, normal tüketiciye nazaran yüksek derecede bilgi ve dikkate sahip özel hedef gurubu teşkil etmektedir. Bununla beraber belirtilen kesim, davacının dolaylı olarak iddia ettiğinin aksine ne her bir mal ve hizmet için uzmanlardan ne de Makam’ın sözlü duruşmada tanımladığının aksine uzmanlaşmamış genel ilgili kesimlerden oluşmaktadır.”. ABAD (ECJ), T. 09.10.2002, Case No. T-173/00 “KWS Saat”, Kn.31. (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-173/00>, E.T. 11.04.2016; DİRİKKAN, s.190, dn.68).

⁶⁷⁷ First Chamber, 20.7.2004, Case No. T-311/02 - Lissotschenko and Hentze v OHIM (LIMO), page. II-02957, Kn. (parg). 28,45. Bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-311/02> (E.T. 11.04.2016).

⁶⁷⁸ DİRİKKAN, s.190, dn.69; KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 107.

⁶⁷⁹ KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 107.

⁶⁸⁰ DİRİKKAN, s.190; CENGİZ, s. 32; Bkz.: Fed.Mah. 22.1.1035 T., JdT 1035, I, 409 (KANETİ, s. 236).

kriteri esas alınarak hareket edilmeli ve fakat bu alıcıların ilaçlar konusunda asgari bir bilgiye sahip oldukları, sağlık gibi ciddi bir konuda gelişigüzel tercihlerde bulunmayacakları kabul edilmelidir⁶⁸¹. Bu konuda ABAD ve Yargıtayın farklı kararları vardır.

ABAD, önüne gelen “TRIVASTAN/TRAVATAN” davasında, davacının ilaçlarda hedef kitlenin münhasıran eczacı ve doktorlar olduğu iddiasını reddederek, markanın temel işlevinin tüketicilere ve nihai kullanıcılara markalı mal ve hizmetlerin menşe ve kimliklerini garanti etmek olduğunu ifade etmiş ve bu açıdan sağlık uzmanlarıyla birlikte nihai tüketicileri de hedef kitle içinde mütalaa etmiştir⁶⁸². Yargıtay ise birçok kararında ilaç markaları bakımından hedef kitlenin bilinçli tüketici çevresi yani doktor ve eczacılar olduğunu, bu bakımdan karıştırılma ihtimalinin daha düşük olduğunu ifade etmiştir. Örneğin “Lipidil” ile “Lipidrol” ve yine “Actos” ile “Atoks” ibareli ilaç markaları arasında karıştırılma ihtimalinin olmadığını, bu ürünlerin bilinçli tüketici çevresine hitap ettiğini ve bu nedenle muhatap çevrenin iki markayı ayırt edebileceğini belirtmiştir⁶⁸³. Diğer taraftan Yargıtay bu konuya ilişkin

⁶⁸¹ Reçetesiz ilaçlar, doktor ve eczacıların zorunlu aracılığına gerek olmaksızın doğrudan ilacı kullanacak olan tüketiciler tarafından seçilebilirler. Bu durumda orta yetenekteki herhangi bir tüketicinin görüş ve izlenimleri dikkate alınmalıdır. Ancak ilaç markalarındaki yanlışlar sağlık açısından ciddi tehlikelere neden olabileceğinden iltibasın varlığının saptanmasında çok titiz davranılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz.: ÖÇAL, s.123; CENGİZ, s. 32-33; TEOMAN, C.I, Kitap 1, Mütalaa 12, s. 119-120,

⁶⁸² Divan, ilk derece mahkemesi tarafından markalar arasında benzerliğin tespitinde nihai kullanıcıların baz alınmasını ve sağlık uzmanlarının (doktor ve eczacılar) ise değerlendirme dışı bırakılmasını haklı bulmamakla birlikte, sağlık uzmanlarının görüşünün alınmasının benzerlik değerlendirmesinde neticeyi değiştirmeyeceği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını iptal etmemiştir. Bkz.: ABAD (ECJ), 26.5.2007, C-412/05 P - Alcon v OHIM, (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-412/05>, E.T. 12.04.2016).

⁶⁸³ “...Bilirkişi kurulu raporunda ,... LIPIDIL ve LIPIDROL kelimelerini arasında kulak algılaması yönünden yeterince farklılık olduğu, ayırt edici ekler nedeniyle bilgilenmiş tüketici grubu (doktor ve eczacılar) açısından yeterli ayırt ediciliğe sahip olduğu açıkça belirtildiği halde, doktor tarafından bilinçli olarak tercih edilen ve reçeteye doğru olarak hızlı ve okunaksız bir biçimde yazılan iki kelimedenden birinin reçeteyi okuyan eczacı ya da kalfası tarafından diğeriyle karıştırılması riski olduğundan raporun sonuç kısmında markalar arasında iltibasa yol açacak benzerliğin bulunduğu bahsedilmiştir. Objektif ilkelere göre bilinçli kullanıcı grubu (doktor ve eczacılar) yönünden markaların aynı yada ayırt edilemeyecek ölçüde benzer olmadıkları açık olarak tesbit edildiği halde subjektif ölçülere ve yasal olmayan bilirkişi heyeti gerekçesine itibar edilerek markalar arasında benzerlik bulunduğu kabulü ve davanın reddi doğru değildir”, Y.11. HD.13.1.2003 T., 2002/7864 E, 2003/48 K.; “...ürünlerin, insan sağlığı için gerekli ilaçlar olup, bu ürünlerin potansiyel tüketicilerinin doktor ve eczacılar olduğu düşünüldüğünde bu alıcıların hayli dikkatli olduğu, her iki ibarenin semantik olarak birbirlerinin aynısı olmadıkları gibi, telaffuzları ve yazılışlarının farklı olduğu, görsel, sözel ve mana anlamlarında benzerliğin olmadığı, davalının davacının önünden yararlanacağı veya ona zarar verdiğinin de ispatlanmadığı, 556 s. KHKnin 8/1-b anlamında benzerlik ve iltibas bulunmadığı, davacı markasının 7/1-i madde uyarınca tanınmış marka olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.”, Y.11.HD. 9.10.2006 T. 2005/9355 E., 2006/9933 K.

AFN dönemindeki önceki bazı kararlarında, toplum gerçeğini dikkate alarak uygulamada reçeteye satılması gereken birçok ilacın ülkemizde reçetesiz satıldığından bahisle uzman grubun karıştırma ihtimalinin değilde nihai tüketicinin görüş ve düşüncelerinin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir⁶⁸⁴. Örneğin, “Oftalin” ve “Oktarjin” adlarındaki ilaçların reçete ile satılması kanun icabı olmasına rağmen cari hayatta bunların reçetesiz olarak satıldıkları bir vakıa olduğu anlaşılmaktadır. Halin bu merkezde olması muvacehesinde bu iki müstahzaratın gerek isimleri gerekse ambalaj kompozisyonları bakımından aralarında iltibasın bulunup bulunmadığının nazarı itibare alınması icap eder”, demektedir⁶⁸⁵. *Cengiz*, hukuka aykırı bir fiili duruma dayanılarak başka hukuki değerlendirmelerin yapılmasının doğru olmadığını ifade ederek bu kararı eleştirmiştir⁶⁸⁶.

Burada Avrupa ile Türkiye arasında birtakım kültür ve uygulama farklarından bahsedilmelidir. İngiltere gibi bazı Avrupa ülkelerinde Türkiye’de reçete ile satılan birtakım ilaçların marketlerde özel raflarda reçetesiz satışa sunulduğu görülecektir ki, buna hukuki bir engel yoktur. Bu bakımdan halk kitlelerinin nihai tüketici olarak ilaçlar ve hastalıklar hakkında daha fazla bilgi sahibi oldukları düşünülebilir. Ortalama bir tüketici, doktor ve eczacılarla kullanacakları ilaç markası hakkında müzakerede bulunabilir, belli markaları öncelikle tercih edebilirler. Bu nedenle, iltibasın tespitinde dikkate alınacak hedef kitlenin sağlık uzmanlarıyla birlikte, nihai tüketicilerden

Kararlar için bkz.: UZUNALLI, s. 96-98; Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com. (E.T. 12.03.2016).

⁶⁸⁴ CENGİZ, s. 33.

⁶⁸⁵ Y.TD, 22.6.1954 T, E.53/3804, K.4715 (CENGİZ, s. 33, dn. 137; ÖÇAL, s.123); Yine Yargıtay başka bir kararında şöyle denmektedir: “...her iki ilacın reçete ile satılmak mecburiyeti de durumu değiştirmez. Kaldı ki tatbikatta ve hayatın günlük işleyişine göre cezai müeyyide ile men edilmiş olmasına rağmen reçete ile satılması gereken ilaçların reçetesiz olarak satıldığı ve kolaylıkla tedarik edildiği gerçektir.” Y.11.HD, 22.1.1963 T, E.3483, K.63/6925 (BATİDER, Y.1967, C.III, S.1, s.193; ÖÇAL, s.123, dn.138).

⁶⁸⁶ CENGİZ, s.33. *Öztek*’e göre ise; Yargıtay’ın ilaç markaları arasında iltibasın araştırılmasında eczacılık ve tıp alanında bilgi sahibi olan uzman alıcıları değil, gerekli bilgiye sahip olmayan alıcıları göz önüne aldığı teşhisi doğru ise de, bu teşhisten hareketle onun sadece ortalama düzeyde dikkat sarf eden bir alıcıyı esas aldığı söylemek de mümkün değildir. Yargıtay’ın bu konudaki kararlarına bakıldığında dava konusu ilaç adlarının özel bir dikkat sarf eden alıcıları dahi yanıltabilecek nitelikte olduğu görülmekte ve bu nedenle şu veya bu görüş lehine bir sonuç çıkarmanın isabetli olmadığını ifade etmektedir, (Selçuk ÖZTEK: “İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Marka Hukukunun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları”, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.6, S.1-3,1991, s.18)

oluştuğuna ilişkin ABAD kararlarının markette satılması serbest ürünler bakımından isabetli olduğu söylenebilir⁶⁸⁷.



⁶⁸⁷ *D.Yılmaz*, ilaçlar gerçekten çok hassas ve insan sağlığıyla ilgili ürünler olduğundan bu konuda her somut olayın ayrı değerlendirilmesini ve hâkime takdir yetkisi tanınmasını önermektedir. konu. Bkz.: Deniz YILMAZ: Marka Hukukunda İltibas Kavramı ve Uygulaması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007, s.91.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TESPİTİNDE KULLANILACAK KRİTERLER ve USUL

I. GENEL OLARAK

Aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olan işaretler bakımından halk tarafından karıştırılma ihtimalinin varlığının araştırılması zorunluluğu yotur. Yani marka ile işaretler arasındaki iltibasın varlığının ispatına gerek yoktur⁶⁸⁸. Karıştırılma ihtimali vakiasının varlığının araştırılması ve tespiti, tescilli yahut tescil başvurusu yapılmış marka ile marka hakkını ihlal ettiği iddia edilen işaret arasında benzerliğin olduğu durumlarda sözkonusu olacaktır⁶⁸⁹. Hem marka ve işaretler, hem de mal ve hizmetler arasında bir ayniyetin varlığı sabit olduğu hallerde artık ne emtia, ne de işaretler açısından iltibasın varlığının ayrıca incelenmesine gerek yoktur⁶⁹⁰.

Diğer taraftan karıştırılma ihtimali 556 sayılı KHK düzenlemesi gereği “halk” bakımından gerçekleşmelidir. Yoksa ilgililerin, işin uzmanlarının ya da dikkatli kişilerin kullanılan işaretleri karıştırmayacak olmaları marka hakkına tecavüzü engellemez⁶⁹¹. İltibasın tespiti, tem teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmekte hem de bazı vakıalar açısından toplumsal araştırma yöntemlerine başvurmayı zorunlu kılmaktadır⁶⁹².

⁶⁸⁸ EPÇELİ, s. 49; KÜÇÜKALİ, s.124; ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.75; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.II, s.777.

⁶⁸⁹ Karıştırılma ihtimali karmaşık bir yapıya sahip olup, büyük ölçüde hukuki normlar ve hukuki niteliğe benzeyen tecrübe kuralları, kısmen de fiili tespitlerce belirlenmektedir. Bkz.; Paul, STRÖBELE/Franz, HACKER/Irmgard KIRSCHNECK, Markengesetz, 8. Bası, Köln 2006, § 9 Rn. 15.

⁶⁹⁰ KÜÇÜKALİ, s.125.

⁶⁹¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.19.

⁶⁹² EPÇELİ, s. 49; ÖÇAL, s.107; ARSEVEN, s.139; CENGİZ, s.16.

Diğer bir kriter de, halk tarafından yapılacak değerlendirme de “genel izlenim (umumi intiba)” dikkate alınacaktır. Yani, görsel, işitsel ve kavramsal bir ayniyet veya benzerlik olmasa dahi genel görünüm bakımından halk işaretler arasında bir bağlantı kuruyorsa, gene karıştırılma ihtimali doğacaktır⁶⁹³. Yargıtay 11. HD. karıştırılma ihtimalinin tespit kriterlerini değerlendirirken, toplu intibayı göz önünü almaktadır. Marka ve işaretler arasında benzerlik olup olmadığının tespiti, markanın bütünü itibariyle bıraktığı etki, umumi intiba, göz önünde bulundurularak gerçekleşir. Farklı unsurlar barındırmasına rağmen bütünü itibariyle eski markayı çağrıştırır bir izlenim bırakan marka olabileceği gibi aksine, unsurlardaki benzerliğe rağmen tamamen farklı etki ve izlenim bırakan markalar da olabilir. Karıştırmada asıl olan ortalama tüketicinin algılamasıdır⁶⁹⁴.

Markanın yardımcı unsuru bakımından tam bir özdeşlik yoksa işitsel, görsel ve kavramsal olarak farklılık varsa ve ortalama alıcı genel izlenim itibariyle işaretleri birbirinden ayırabiliyorsa markaların benzer olmadığına karar verilmelidir⁶⁹⁵. Benzerliğin tespitindeki ölçütlere daha önce değinildiğinden kavramsal, görsel ve işitsel benzerliğin tespitindeki ölçütler bakımından önceki bölümlere atıf yapmakla yetiniyoruz⁶⁹⁶.

KHK’nin 61. maddesinin yollamasıyla 9. maddesinin 1/ b bendi hükmündeki karıştırılma ihtimalinin varlığı halinde de tecavüzün olduğu kabul edilmiş ve önlenmesi amaçlanmıştır. Yani fiili olarak bir tecavüzün gerçekleşmesi⁶⁹⁷ ya da kusurun ve zararın varlığı şart olmayıp, iltibas tehlikesi de yeterlidir⁶⁹⁸.

⁶⁹³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.19.

⁶⁹⁴ Yargıtay HGK bir kararında: “...aynen yer alması nedeniyle doğan benzerlik, işaret ile markalar arasında genel çağrışım itibariyle bağlantı kurulabilecek türden olup, her ikisinin aynı işletmeye ait olduğu yönünde iltibasa yol açabilecek seviyededir. Burada, önceki tarihli bir markanın ayırt edici unsurunun sonraki tarihli bir başvuruda yine asli unsurlardan biri olarak yer alması ayırt edilemeyecek derecede benzerliği doğurmaktadır”...“Ortalama alıcı kitlesinin tamamı karıştırma tehlikesine maruz kalmasa bile bir kısmının bu risk altında bulunması dahi karıştırılma ihtimalinin gerçekleştiğinin kabulü için yeterlidir” demiştir. Bkz.: Y.HGK. T. 7.6.2006, E. 2006/11-338 K., 2006/338, (www.kazanci.com, E.T. 11.04.2016).

⁶⁹⁵ KÜÇÜKALİ, s.125.

⁶⁹⁶ Bkz.yukarıda: Üçüncü Bölüm, II, A, 3.

⁶⁹⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §30, Kn.22; DİRİKAN, s. 324.

⁶⁹⁸ KÜÇÜKALİ, s. 129. Y.HGK, T. 7. 6. 2006, E. 2006/11-338 K. 2006/338, (Kazancı İçtihat Programı, www.kazanci.com, E.T. 14.04.2016).

ABAD'ın yerleşik içtihatlarına göre; karıştırılma ihtimalinin, bütüncül (global) değerlendirmesi, bir markanın diğer markayla benzerliği dolayısıyla görsel, işitsel ve kavramsal olarak işaretin zihinde oluşturduğu belirgin ve ayırt edici kısımlarının değerlendirilmesi üzerine kurulmalıdır⁶⁹⁹. Markanın esas fonksiyonu markanın yerleştirildiği mal veya hizmetlerin diğer farklı kaynaklardan üretilen mal veya hizmetler ile herhangi bir karıştırmaya meydan vermeden ayırt etme ve nihai tüketiciye mal veya hizmetin kaynağını belirtmesidir⁷⁰⁰. Burada aranan kıstas halkta mal veya hizmetlerin 40/94 nolu Topluluk Marka Tüzüğündeki 8/1. (b) bendi anlamında aynı işletmenin malı olduğu veya işletmeler arasında ekonomik olarak bağlantı bulunduğu zannı ile karıştırılma tehlikesinin bulunmasıdır⁷⁰¹.

Karıştırılma ihtimalinin incelenmesinde, markaların bir bütün olarak bıraktığı izlenimin ne olduğu, mal ve hizmetlerin aynı veya benzer olup olmadığı, markaların

⁶⁹⁹ ABAD İlk derece mahkemesi kararı şöyledir: : “Nihayetinde Divanın içtihatlarından, karıştırılma ihtimalinin global değerlendirmesi yapılırken ilgili markaların görsel, işitsel ve kavramsal benzerliğinde markaların yol açtığı bütünsel izlenime dayanılmalıdır, bununla birlikte hususiyetle ayırt edici güce sahip ve baskın unsurların nazara alınması gerekir.”:: Judgment of the Court of First Instance: Case No. T-292/01 Phillips-Van Heusen v OHIM – Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS) [2003] ECR II-4335, Kn.47.<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48686&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=841994> (E.T. 13.04.2016).

⁷⁰⁰ “...according to the case-law of the Court, the essential function of a trade mark is to guarantee the identity of the origin of the marked product to the consumer or end-user by enabling him, without any possibility of confusion, to distinguish the product or service from others which have another origin, and for the trade mark to be able to fulfil its essential role in the system of undistorted competition which the Treaty seeks to establish, it must offer a guarantee that all the goods or services bearing it have originated under the control of a single undertaking which is responsible for their quality (see, in particular, Case C-349/95 Loendersloot (1997) ECR I-6227, paragraphs 22 and 24, and Case C-39/97 Canon [1998] ECR I-5507, paragraph 28)”. Karar metni için bkz.: ABAD, (ECJ) Case No. C-299/99 Philips [2002] ECR I-5475, Kn.(parg). 30. (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47423&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=842053>, E.T.11.04.2016); Benzer bir kararda ABAD şöyle demektedir: “O bakımdan ilk önce markanın temel fonksiyonunun, bir malı veya hizmeti karıştırılma tehlikesi bulunmadan başkaca menşeli mal ve hizmetlerden ayırma imkanı sağlamak suretiyle, onun tüketici veya son kullanıcıya markayı taşıyan malın veya hizmetin kaynağıyla özdeşliğini garanti etmesi anımsanmalıdır (karşılaştırınız ayrıca 23.05.1978 tarih 102/77, Hoffmann-La Roche uyuşmazlığı Slg. 1978, 1139, kn. 7 ve 18.06.2002 tarih C-299/99, Philips uyuşmazlığı, Slg. 2002, I-5475, kn. 30). 40/94 sayılı Tüzüğü madde 7 fıkra 1 bent b böylece, ayırt etme gücü olmayan markaların tescilini engellemeye amaçlamaktadır. Zira sadece bu nitelik markaları temel fonksiyonunu yerine getirmeye elverişli kılmaktadır (16.09.2004 tarih 329/02 P, SAT. 1/HABM uyuşmazlığı, Slg. 2004, I-8317, kn. 23)” Karar için bkz.: ABAD, (EUGH) Case No. C-37/03 P BioID v OHIM (2005) ECR I-7975, Kn.(parg) 27, <http://curia.europa.eu/juris/> (E.T. 13.04.2016).

⁷⁰¹ KÜÇÜKALİ, s. 127, dn. 270; Bkz.: ABAD (ECJ), “Canon v. Metro”, Case Nr. C-39/97, Kn.(parg). 9, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44123&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1114960>; Ayrıca bkz.: Case No. C-342/97 Lloyd Schuhfabrik Meyer [1999], ECR, I-3819, Kn. (parg). 17. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44270&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1113811>. (E.T. 23.04.2016).

aynı ya da benzer olup olmadığı, mal ve hizmet benzerliği ile marka benzerliğinin ne kadar az ya da çok olduğu, birinin azlığının, ötekinin çokluğu ile nasıl telafi edildiği, markanın ne derecede ayırt edici olduğu, mal veya hizmet itibarıyla hedef tüketici kitlesinin ve buna göre ortalama tüketicinin kimlerden oluştuğu, ortalama tüketicinin somut olayda göstereceği dikkat derecesinin ne olduğu, tanınmışlığın söz konusu olup olmadığı, çağrıştırmaya ihtimali varsa bunun somut olayda karıştırmaya ihtimaline yol açıp açmadığı, işletmesel bağlantı izleniminin ve seri marka algılamasının söz konusu olup olmadığı gibi hususlar belirleyici olabilir⁷⁰².

II. AYIRT EDİCİLİK

Marka olarak tescil edilecek işaretlerde KHK m.5 uyarınca aranan ayırt edicilik unsuruna yukarıda değinilmişti⁷⁰³. Karıştırmaya ihtimalinin tespitinde ölçü olarak kullanılacak olan ayırt edicilik unsurunun tescil başvurusu sırasında ya da kullanım sonucu sonradan elde edilmiş olmasının bir önemi yoktur. Marka, piyasadaki herhangi bir mal veya hizmetin kökeninin, başka mal veya hizmetlerin kökeninden ayırt edilmesine olanak sağlar. Bu ayırt edilme mal veya hizmetlerde karıştırmaya ihtimaline imkan vermeyecek şekilde bir ayırt edilme şeklinde olması gerekir⁷⁰⁴. Bir marka, o mal veya hizmeti belli bir teşebbüse ait olduğunu belirtirken, ilgili çevre tarafından o markanın algılanışı ve ilgili sektörde kaynak işareti olarak mutad kullanımı bu aidiyeti tespitinde önem taşır⁷⁰⁵. Korunacak markanın tanınmışlık derecesi ve ayırt etme gücü karıştırmaya ihtimalinin tespitinde önemli rol oynar. Markanın kendi yapısından ya da pazardaki tanınmışlığından kaynaklanan güçlü bir ayırt etme özelliği var ise, koruma bu özelliğe sahip olmayan markalara oranla daha kapsamlı olmalıdır. Bunun gerekçesi, markanın tanınmışlık derecesinin ve ayırt etme gücünün yüksek olmasının o markanın zarar görmesini kolaylaştırdığı düşüncesidir⁷⁰⁶.

⁷⁰² ÇOLAK, 2014, s.199.

⁷⁰³ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 2.

⁷⁰⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, §22, Kn. 5.

⁷⁰⁵ KÜÇÜKALİ, s. 129.

⁷⁰⁶ Bu hususta ABAD bir kararında şöyle içtihat etmiştir: “...Milli Mahkeme tetkikinde, hem ilgili kesim nezdinde hem de söz konusu yer yönünden tanınmışlığın şartlarının oluştuğu kanaatine varır ise, bu durumda yönerge madde 5/2’de yer alan ikinci şartın varlığını yani önceki markanın haklı bir sebep olmaksızın tecavüze uğrayıp uğramadığını tetkik edecektir. Bu yapılırken bir markanın ayırt edici karakteri ve tahmini değeri ne kadar yüksekse zarar da o kadar yüksek olacaktır”. ABAD (ECJ), 14.09.1999, Case No. C-375/97, General Motors/Chevy, Kn. (parg.) .30.

Diğer yandan karıştırma ihtimali, markanın tanınırlık derecesi ve ayırt etme gücü yanında diğer birtakım etkenlerin de yardımıyla malların ve/ya hizmetlerin benzer kabul edilmesi durumunda söz konusu olacaktır.

Ayırt ediciliğin iki görünümü vardır. Birincisi soyut ayırt edicilik olarak ifade edilen, işaretin bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edebilme kabiliyetine sahip olmasıdır. İkincisi ise, tescili talep edilen markanın, tescile konu mal ve hizmetleri, diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edebilmesi olarak tarif edebileceğimiz somut ayırt ediciliktir. Bir işaretin hem soyut hem de somut ayırt edici niteliğe sahip olması gereklidir⁷⁰⁷.

Karıştırılma ihtimalinin tespiti yönünden ise, ayırt ediciliğin gücüne göre tanımlanacak olan kuvvetli marka ile zayıf marka ayrımı önemli bir kriterdir.

A. Kuvvetli Marka-Zayıf Marka

Kuvvetli marka – zayıf marka ayrımının yasal bir dayanağı yoktur, ancak bu ayrım marka olarak tescil edilen işarete sağlanan korumanın kapsamı bakımından belirleyici olmaktadır⁷⁰⁸. Yani, bir tanıtıcı işaretin ayırt edici gücü ne kadar kuvvetli ise ona sağlanan koruma da o denli kapsamlı olur⁷⁰⁹. Gerek öğretide, gerekse OHIM ve ABAD uygulamalarında “zayıf marka” ve “güçlü marka” ayrımı yapıldığı görülmektedir. Bu anlamda zayıf marka, tescil edildikleri mal ve hizmetlere göre ayırt edicilikleri düşük olan markadır. “Güçlü marka” ise tescil edildikleri mal veya hizmete göre ayırt edicilik gücü yüksek olan markadır.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5e8988fda446243d486dde1a765391d7.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchmKe0?text=&docid=44685&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1162676> (E.T.12.04.2016); DİRİKKAN, s.184.

⁷⁰⁷ Beşir Fatih DOĞAN: “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, **FMR**, S. 2006/3, s. 18; KÜÇÜKALİ, s. 131.

⁷⁰⁸ CENGİZ, s. 22-23; ÖZTEK, İlaç Markaları, s. 16-17; EPÇELİ, s.51.

⁷⁰⁹ ÇOLAK, 2014, s. 232. *Arkan*, tanınmış markaya benzer bir markanın kullanılması halinde de alıcıların, bu markayı taşıyan malların da tanınmış marka sahibi tarafından üretildiği ya da ticaret alanına sürüldüğü düşüncesine kapılmalarına ve böylece yanılgıya düşmelerine neden olabileceğini belirtmekte, ayırım gücü yüksek tanınmış markanın da karıştırılma tehlikesine karşı korunması gerektiğine işaret etmektedir. (ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 100, dn. 126). Ancak burada karıştırılma ihtimali değil de “sulandırma” olduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır.

Diğer yandan karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığı saptanırken marka olarak tescil edilen işaretin başlangıçtaki şekli ve ayırt edici niteliğinin göz önüne alınacağı ifade edilmiştir⁷¹⁰. Bütün marka ve işaretlerinin ayırt edici gücünün aynı olduğu söylenemez. Bazı tanıtmaya işaretleri başlangıçtan itibaren güçlü bir ayırt ediciliğe sahip iken bazı işaretlerin bu gücü zayıftır⁷¹¹. Örneğin hammadde isimlerinden esinlenilerek oluşturulan ilaç markaları başlangıçtan itibaren “zayıf marka” niteliğinde kabul edilirler. Bu tür zayıf markalar bakımından küçük bir harf değişikliği bile karıştırılma ihtimalini bertaraf edebilir⁷¹². Ayırt ediciliğin kazanılmasında rol oynayan çeşitli etkenler vardır. Markanın mal ve hizmetin kavram adına yakın olması, kavramı akla getirmesi, ürünü öne çıkaran unsurlardan birini akla getirmesi, bellekte kalan bir işaret olması, anlamsızlık ve estetik güç ve kullanma süresi gibi etkenler ayırt ediciliğin kuvvetini etkileyecektir. Ürüne yabancı kelimelerin ayırt ediciliği daha fazladır⁷¹³. Örneğin kibrit mamülü için uzun süre kaplumbağa figürü kullanılması halinde ayırt edicilik güçlü olacaktır.

İşaret ilgi çekici bir şekle sahipse ve ilgi çekiyorsa, akıllarda kalacak tarzda halkın dikkatine sunuluyorsa, ürün kullanımı kalitesiyle tatmin ediyorsa ayırt edici nitelikleri haizdir. Diğer yandan bir işaret uzun zamandan beridir kullanılarak, gazetelerde, televizyonda veya diğer reklam araçlarında toplumun dikkatine sunulmak suretiyle belleklerde yer ederek de ayırt edici niteliğini kuvvetlendirebilir. Ayrıca bir işaret ya başlangıçtan itibaren ayırt edicidir ya da zamanla kullanım sonucu tanınması için yoğun ve sürekli yatırım yapılarak, ilan ve reklamlar, tanıtıcı programlar, kampanyalar ile bu niteliğe kavuşabilir⁷¹⁴.

⁷¹⁰ ÖZTEK, İlaç Markaları, s. 16-17, CENGİZ, s. 22-23, ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 100; UZUNALLI, s. 90; FEZER, MarkenR 2009, § 14, Rn.287; STRÖBELE/HACKER, §9, Rn.61. ABAD vermiş olduğu kararlarda bir işaretin sahip olduğu ayırt ediciliğin karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılacağını belirtmiştir. Bu yöndeki kararların bazıları şunlardır: Case No. C-251/95, 11.11.1997 T. , Sabel BV v. Puma AG, Rudolf Dassler Sport , Kn.22, Case No. C-39/97, 29.9.1998 T, Canon Kabusahiki Kaisaha v. Metro Goldwyn Mayer Inc , Kn. 18; Case No. C 425/98, 22.06.2000 T., Marca Mode CV v. Adidas AG, Adidas Benelux BV, Kn. (parg.) 39-40 (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/. E.T. 21.03.2016).

⁷¹¹Bu konuda bkz.: ÖZTEK, İlaç Markaları, s. 16; CENGİZ, s. 23; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 100; Tekin MEMİŞ, “Alman Federal Mahkeme Kararı (I ZR 232/98) ve Değerlendirilmesi”, AÜEHFD, Y. 2001, C. V, S.1-4, s. 647; EPÇELİ, s.51.

⁷¹² ÇOLAK, 2014, s.232-233.

⁷¹³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.25-29.

⁷¹⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §22, Kn.23.

Markalarda iltibasın tespiti bakımından markanın ayırt ediciliği güçlü ise kuvvetli markadan bahsedilebilecektir. Kuvvetli ve tanınmış markaların koruma kapsamı zayıf markalara göre daha geniştir. Diğer bir deyişle markanın ayırt edicilik derecesi ne kadar yüksek ise, yani marka ne kadar güçlü ise, karıştırma ihtimali de o ölçüde büyük olacaktır⁷¹⁵.

Birden fazla sözcükten meydana gelen kompozit markalarda ayırt ediciliğin zayıflığı ya da yokluğu unsurlardan herhangi birisi için de söz konusu olabilir. Bu durumda sadece o unsur bakımından bir iltibas değerlendirmesinde, karıştırılma ihtimalinin olmadığı kabul edilecektir. Örneğin Yargıtay “ULUDAĞ ZERO” ile “COCA COLA ZERO” arasındaki incelemede, “zero” ibaresinin sıvı içecekler sınıfı için ayırt ediciliğinin bulunmadığı gerekçesiyle karıştırılma ihtimali olmadığına hükmetmiştir⁷¹⁶.

Kanaatimizce sonraki markanın ayırt ediciliğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Eğer önceki marka zayıf ayırt ediciliğe sahipken sonraki marka kuvvetli bir marka ise, işaretler ile mal ve hizmetlerdeki benzerliğin düşük olduğu ihtimalde karıştırılma ihtimalinin azaldığı kabul edilmelidir.

Markanın kullanım sonucunda sonradan ayırt edicilik kazanması halinde, başlangıçta var olan red ve hükümsüzlük nedenleri artık ortadan kalkacaktır. Alman hukukunda kullanım sonucu bir işaretin, kapsadığı mal ve hizmetleri işaret eden bağımsız bir güç yani ayırt edicilik kazanıp kazanmadığı hususu objektif ölçütlere bağlanmıştır. Zorunlu olmamakla birlikte genellikle ayırt edicilik piyasa araştırması sonucu tespit edilir. Diğer kriterler ise: İşaretin kullanım yoğunluğu, kullanımın coğrafi olarak yaygınlığı ve süresi, bu amaçla yapılan yatırım miktarı ve ticaret ve sanayi odalarının veya diğer ticaret erbabı ile profesyonel şirketlerin raporlarının dikkate alınması gerekmektedir⁷¹⁷.

⁷¹⁵ ABAD (ECJ), Case No. C-251/95, Puma-Sabel, Kn. (parg). 24,

(http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/. E.T. 21.03.2016); ÇOLAK, 2014, s. 232.

⁷¹⁶ Y.11.HD. 17.09.2013 T, 2012/2652 E, 2013/ 15909 K.; Bkz. ÇOLAK, 2014, s.233, dn.311.

⁷¹⁷ KÜÇÜKALİ, s.131

B. Kullanım Sonucu Ayırt Ediciliğin Kazanımı ve Kaybı

1. Kullanım Sonucu Ayırt Ediciliğin Kazanımı

Bir işaretin soyut ayırt edicilik özelliğe sahip olmamasına, diğer deyimle KHK m.7/a, c, d bentlerini kapsamına girmesine rağmen tescil öncesinde kullanılmış olması ve tescile konu mal ve hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması halinde, tescil talebi reddedilemez (m.7/son).

Kullanma ile ayırt edicilik kazanan bir işaretin daha önce tescil edilmiş marka sahibince tesciline engel olunamaz⁷¹⁸. İşaretin pazarda ayırt edici güç kazandığının kabulü, ilgili piyasayı oluşturan bütün kesimlerde yahut bu kesimlerin önemli bir kısmında, markanın köken belirttiği yönünde kanı oluşturmaya ile mümkün olur. Tekinalp, ilgili piyasanın çoğunluğu nezdinde ayırt edicilik, gücün kazanılmasını yeterli görmektedir⁷¹⁹.

Kullanım sonucu ayırt edicilik kazanan marka tescille ulusal düzeyde koruma sağladığından vasıf veya coğrafi kaynak bildiren bir işaretin ulusal düzeyde ayırt edici güç kazanmış olması gerekir. Bu olayın özelliklerine göre KHK'nin 8. maddesinin 4. fıkrası kapsamındaki piyasada bilinir hale gelme olgusu için yeterli kabul edilebilir⁷²⁰

556 sayılı KHK'nın 42/son fıkrası hükmü 2004 yılında 5194 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde kullanma ile ayırt edicilik kazanan betimleyici işaretlerin 7. maddenin 1/(b), (c) ve (d) bentlerine göre hükümsüzlüğüne karar verilmesinin istenemeyeceğini belirtmekteydi. Ve yine m.7/II hükmü de (b), (c), (d) bentlerine atıf yaparak, kullanım sonucu ayırt edicilik kazanan markaların tescil talebinin reddedilmeyeceğini düzenlemekteydi. Düzenlemede (b) bendine yapılan atfın anlamı, ayırt edicilik kazanmış olmak şartı ile tescilli bir markanın aynının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin tescili mümkündür. Yani birbirinin aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri olan iki veya daha fazla markanın piyasada aynı anda bulunmasına imkan sağlanıyordu⁷²¹. 5194 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra

⁷¹⁸ KÜÇÜKALİ, s. 133.

⁷¹⁹ DOĞAN, s. 227; Ünal TEKİNALP: Ayırt Edici Nitelik Kazanma, **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, İstanbul 2003, s. 184.

⁷²⁰ DOĞAN, s. 230.

⁷²¹ Yargıtay kararlarında ve öğretide bazı yazarlarca bu görüş kabul görmüştür. Bkz.: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn.40, dn. 49.

m.7/II'de (b) bendine yapılan atıf yerine (a) bendine atıf yapılmıştır. Bu değişikliğin uygulamadaki sonucu artık, birbirinin aynı ve benzeri olan iki markanın birlikte, daha sonra tescil edilmiş bulunan marka isterse ayırt edici nitelik kazanmış olsun, aynı veya benzer mal ve hizmetler için tescil edilmesine izin verilmemesi olmuştur⁷²². Diğer bir sonucu ise önceki düzenlemede kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanan markanın artık (b) bendi kapsamında karıştırılma ihtimalinin varlığı nedeniyle red ya da itiraza konu olamazken, artık bu düzenlemeden sonra her ne kadar marka ayırt edicilik kazanmış olsa da önceki marka ile aynı ya da benzer olması nedeniyle karıştırılma ihtimali doğuyorsa, markanın tescili reddedilecektir⁷²³.

Bir sözcük ya da işaret ne denli sıradan ise marka olabilmesi, kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanması da o kadar güç olacaktır. Kullanımın ayırt edicilik sağlayacağı süre ve yoğunluğun ne olacağı husunda kesin ölçütler konması mümkün olmadığından, yargı mercileri somut olaya göre değerlendirme yapacaklardır. Ancak markaya yapılan yatırım, talep sıklığı ve markanın kullanıldığı mal ve hizmetin niteliği süreye etki eden önemli hususlardır⁷²⁴. Kullanma ile ayırt edicilik kazanma bakımından gereken süre, ilgili toplum kesiminde, ibarenin tanımlayıcı niteliğinin unutulup, bir işletmeye bağlılığının ön plana çıkması için gereken süredir⁷²⁵. *TekinlP*, bu sürenin öğretideki hakim görüşe göre beş yıl civarında olduğunu ifade etmektedir⁷²⁶.

Ön karar ile Avrupa Birliği Mahkemesine (ABAD) gelen CHIEMSEE kararında⁷²⁷ ABAD, bir işaretin, bir işletmenin mallarını diğer bir işletmenin mallarından ayırt etme niteliği kazanması halinde, isterse olaydaki gibi Bavyera'daki bir gölün adı olması dolayısıyla kullanımı serbest işaret olsun, marka olarak tescil

⁷²² TEKİANLP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn.40; POROY/YASAMAN, s. 482, Kn.466; YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.I, s.176 vd.; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.76; C.II, s. 156, dn.5.

⁷²³ KÜÇÜKALİ, s.136.

⁷²⁴ Halkın hergün karşısına çıkan markalar, daha kısa sürede ayırt edicilik kazanırlar, örneğin ulusal TV kanalları ve gazeteler gibi toplumun karşılaşma sıklığının yüksek olduğu mal ve hizmetlerde kullanılan markalar (NTV, SHOW TV vs.), kalem, pantolon gibi ürünlerde kullanılanlara nazaran daha kısa sürede ayırt ediciliğe kavuşabilirler. (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 22, Kn.31-33).

⁷²⁵ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.84.

⁷²⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, § 22, Kn.30.

⁷²⁷ ECJ, Cases C-108/97 and C-109/97, 4.5.1999 T., Kn. (parg). 54.; Bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44568&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=49063> (E.T. 16.03.2016).

edilebilir sonucuna varmıştır. ABAD, ayırt edici nitelik kazanmanın soyutlanma ve bir işletmeye bağlanma (köken işlevi) gibi iki şartının olduğunu belirtir⁷²⁸.

2. Kullanım Sonucu Ayırt Ediciliğin Kaybı (Serbest İşaret)

Başlangıçta ayırt etme gücüne sahip bulunan bir marka veya işaretin sonradan bu niteliğini kaybederek betimleyici işaret haline dönüşmesi ve özellikle cins ismi olarak algılanması mümkündür⁷²⁹. Bu durum, marka sahibinin işini terk etmesi nedeniyle başka kişilerin bu markayı kullanmaları veya marka sahibinin haklarını korumadaki ihmali nedeniyle markasının başkaları tarafından kullanılmasına karşı tepki göstermemesi ya da geç müdahale etmesi⁷³⁰, markasını çok sayıda lisans sözleşmesine konu yapması ya da yürütülen yoğun reklam kampanyası nedeni ile markanın eşya ile özdeşleşmesi biçiminde ortaya çıkabilir⁷³¹.

Yargıtay, “Fırızga” markasının fırın ve ızgaradan oluşan bir eşyanın genel adı haline geldiğini ve bu bakımdan herkes tarafından kullanılmasının önünde yasal bir engel olmadığına hükmetmiştir⁷³².

KHK m.42/I (d)’ye göre marka sahibinin davranışları nedeniyle, marka mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelmişse hükümsüzlüğüne karar verilebilir. Yalnız burada üzerinde durulması gereken husus, ayırt edici nitelik kaybının marka sahibinin davranışları sonucu gerçekleşmesidir. Aksi halde markanın hükümsüzlüğü talep edilemeyecektir.

İsviçre Fedaral Mahkemesi içtihatlarına göre; bir marka serbest işaret olma yolunda o denli ilerlemiş olmalıdır ki bu işaretin bugün ve gelecekte bu niteliği yitirmeyeceği ve tekrar ayırt edici nitelik kazanmayacağı, ilgili tüm çevrelerin görüşü alındıktan sonra kabul edilebilmelidir⁷³³.

⁷²⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, § 25, Kn. 42; EPÇELİ, s.103.

⁷²⁹ ARSEVEN, s. 90; CENGİZ, s. 25; ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s.81; OYTAÇ, Markalar Hukuku 1999, s. 15; EPÇELİ, s.92.

⁷³⁰ Sony firmasına ait olan tescilli “Walkman” markası marka sahibinin haklarını korumadaki ihmali sebebi ile cins ismi haline gelmiştir. (Wolfgang BERLİT; Das Neue Markenrecht, München 1995, s. 91, Nr.212’den naklen, ARKAN, Marka Hukuku, C.2, s. 164, dn. 33).

⁷³¹ ARSEVEN, s. 90; CENGİZ, s. 26; ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s. 81.

⁷³² Y. 11.HD. T. 8.3.1990 E. 1989/443 K. 1990/ 1935 (DÖNMEZ, s. 67-68).

⁷³³ İsviçre Mahkemelerince verilen çeşitli kararlarda; vakit geçirmek için özel toplantılarda oynanan oyunlar için “Eile mit Weile” (acele işe şeytan karışır) işareti, tekstil ürünleri için “Spandeks” işareti

Karıştırılma ihtimalinin tespitinde, eğer tescilli bir marka ihmal ya da yanlış kullanım sonucu ayırt edici niteliği kaybederek yaygın bir ad haline gelmişse artık ayniyet veya benzerlik nedeniyle bir iltibastan söz edilmeyip tescilli markanın hükümsüzlüğü yoluna gidilecektir. Ancak bir markanın yaygın ad haline gelerek serbest işarete dönüşmesinde marka sahibinin davranışları etken olmadıysa bu durumda markanın hükümsüzlüğü yoluna gidilemeyecektir. Fakat ayırt edicilik ortadan kalktığı için, benzer bir işaretin aynı veya benzer mallar için tescili talebi halinde karıştırılma ihtimalinin olmadığı yahut oldukça düşük olduğu varsayılabilir. Çünkü artık marka köken belirtme işlevini yitirmiş ve karıştırılma ihtimali büyük ölçüde ortadan kalkmıştır⁷³⁴. Fakat hükümsüz kılınmadığı için hala tescilli olan ve zamanla tanımlayıcı işaret haline gelen markanın, tescilden doğan korunmadan faydalanamaması, KHK m. 6'da ifade edilen tescil ilkesiyle çelişmektedir. *Yargıtay*'a göre, önceki marka ayırt ediciliği zayıf olsa dahi karıştırılma ihtimali incelemesinde dikkate alınmalıdır, tescil yok sayılamaz. Yüksek Mahkeme, "AKILLI İPLİK" ibaresinin örgü ipliği sektöründe kullanılan, ayırt ediciliği düşük, cins ve vasıf bildiren tanımlayıcı bir niteliğe sahip olduğunu, bu bakımdan ayırt ediciliği yüksek bir işaretin yanında yardımcı unsur olarak kullanılabileceğini belirten YİDK' kararını iptal eden ilk derece mahkemesinin kararını yerinde bulmamıştır. *Yargıtay* kararında, henüz tescilli olan "AKILLI İPLİK" markasının, hükümsüz kılınmadığı sürece hukuken koruma altında olduğunu ve başvuru konusu "AKKON AKILLI İPLİK" ibaresinin KHK m.8/1-b bendine göre, ilişkilendirilme ihtimali de dahil iltibasa yol açabilecek derecede benzer olduğunu belirtmiştir⁷³⁵.

C. Tanınmışlık Düzeyi

Tanınmış markalarda iltibasa ilişkin olarak; markası sonradan tanınmışlık düzeyine erişmiş bir marka sahibinin, farklı mal veya hizmetlere ilişkin önceki tescillere karşı KHK m.9/1(c) hükmünden kaynaklanan hakkını ileri sürüp

ve pastörize süt ürünleri için "UP" işaretini serbest işaret olarak değerlendirirken, çocuk oyun pantolonları için "Farmerli" ve "Farmerhösli" işaretleri, imla lügatları için "Duden" işareti ve dalma sporu malzemeleri için "bir dalgıcın resmi" işareti ise serbest işaret olarak kabul edilmemiştir (KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 132).

⁷³⁴ Benzer şekilde *Çolak*, tescilli de olsa, tamamen tanımlayıcı bir markanın, ayırt edicilikten yoksun olduğunun karıştırılma ihtimali incelemesinde de tartışılması gerektiğini belirtmiştir. (ÇOLAK, 2014, s.268).

⁷³⁵ Y.11.HD. T.21.09.2012, E. 2010/1517, K.2012/14012, (ÇOLAK, 2014, s. 268-269).

süremeyeceğinin belirlenmesinde fayda vardır. Buna ilişkin olarak bir Yargıtay kararında, markanın tescilinden sonra tanınmışlık kazanması halinde, bu markanın sahibinin, farklı mal veya hizmetlere ilişkin önceki marka tescillerine karşı tanınmış markadan kaynaklanan haklarını ileri süremeyeceğini ifade edilmiştir⁷³⁶.

Diğer taraftan tanınmışlık düzeyinin karıştırılma ihtimalinin tespitinde nasıl değerlendirileceği de önemlidir. ABAD, karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde, önceki markanın tanınmış marka olup olmadığı hususunun da araştırılması gerektiği ifade etmiştir⁷³⁷. Çünkü önceki marka ne kadar tanınmış ise sonraki markayla arasında iltibas oluşturma ihtimali de o denli artacaktır. *Yargıtay* da benzer şekilde kararlar vermiştir. Örneğin “KODAK” ile “KODA” markaları arasında ileri sürülen iltibas iddiasına ilişkin davada yerel mahkemenin, davacı markasının tanınmış marka olmasının karıştırılma ihtimalini artıracak yönündeki değerlendirmesini yerinde bularak onamıştır⁷³⁸.

Alman Federal Mahkemesi’ne göre tecrübelerle ilgili kesim yönünden yüksek ayırt ediciliğe sahip ve bilhassa da tanınmış işaretler hafızada evleviyetle kalacaktır. Bundan ötürü söz konusu halk kesiminin bu nevi tanınmış işaretleri başka bir işaretin içinde evleviyetle teşhis edeceği düşünülmelidir⁷³⁹.

Nispi red nedenlerini düzenleyen KHK m. 8/4 düzenlemesinde ise ilke olarak dar manada karıştırma ihtimali söz konusu değildir. Ve markanın yüksek tanınma derecesi ve ayırt ediciliği nedeniyle, iltibas şartı aranmaksızın bu tanınmışlıktan haksız yararlanma, ayırt ediciliğin zedelenmesi veya markanın itibarının zarar görmesi söz konusudur. Buna karşılık, önceki markanın tanınmış marka olmasına bağlı karıştırılma ihtimalinde, markanın yüksek oranda tanınmışlığı nedeniyle, ortalama tüketici sonraki markayı gördüğünde derhal önceki tanınmış markayı hatırlayacak ve onunla bağlantı

⁷³⁶ Y.11. HD. T. 12.02.2008, E. 2006/10229, K. 2008/1519, (UZUNALLI, s. 180-181).

⁷³⁷ ABAD (ECJ), Case No. C-39/97, Canon-Meto kararı, Kn. (parg.) 18-24. Karar için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=44123&doclang=en> (25.03.2016); ÇOLAK, 2014, s.233.

⁷³⁸ Y.11. HD. 21.05.2013 T., 2011/13483 E., 2013/10457 K. sayılı karar. Yine Yargıtay 11.HD. bir kararında “RED BULL” ile “PIZZA BULLS” markaları arasında iltibas tehlikesinin, ilk markanın enerji içecekleri sektöründe tanınmış marka olması nedeniyle arttığını belirtmiştir. (Y.11.HD. 01.07.2013 T. 2012/16106 E., 2013/1965 K. sayılı karar. ÇOLAK, 2014, s. 233-234).

⁷³⁹ BGH, 06.07.2000 T., I ZR 21/98. Karar için bkz.: <http://lexetius.com/2000,2257>, (E.T. 25.03.2016).

kuracak, böylece çağrıştırma ve işletmesel bağlantı yoluyla daha kolay bir biçimde karıştırma ihtimali ortaya çıkabilecektir⁷⁴⁰.

III. MARKADA ESAS UNSUR - YARDIMCI UNSUR AYRIMI VE DEĞERLENDİRMEDE BÜTÜNLÜK KRİTERİ

A. Esas Unsur- Yardımcı Unsur

Marka, birden fazla işaretten oluşuyorsa “esas unsur” ve “tali unsur” olmak üzere iki temel unsurdan oluşabilir. Esas unsur, markanın ayırt edici nitelik taşıyan ve ilk anda dikkati çeken kısmını oluşturur. Tali unsur ise, esas unsura bağlı olarak kullanılan ilave hususları kapsar. Örneğin, “Kirpi Seyehat” markasında “Kirpi” kelimesi esas unsuru oluştururken, “Seyehat” kelimesi tali unsur niteliği taşır.

Markalar arasında karıştırma ihtimali incelenirken, markaların asli ve ayırt edici unsurlarının ne olduğunun da her somut olayda belirlenmesi gereklidir. Markalardaki tali ve jenerik (tanıtıcı) unsurlar, karıştırma ihtimalinde dikkate alınmamalıdır. Yargıtay’a göre, bir markadaki asli unsuru, ayırt edici ve baskın unsurları unutulmaksızın markanın bütünü itibarıyla bıraktığı izlenimin tümüne hakim olan görünüş ve ayırt ediciliği vurgulayan imajda aramak lazımdır⁷⁴¹. Markadaki, tali (yardımcı) unsurlar ise, asli unsur dışında yer alan, ayırt edicilik özelliği bulunmayan ve tek başlarına tescil edilmeleri mümkün olmayan, herkes tarafından kullanılabilen unsurlardır⁷⁴².

Öğretide seçimde genişlik ilkesi adı verilen genel ilke uyarınca; ayırt edici nitelik taşımak ve 556 sayılı KHK d. 7 ve 8’de belirtilen işaretlerden olmamak kaydı ile her türlü işaret bir markanın esas unsurunu oluşturabilir⁷⁴³. KHK m.5’e göre

⁷⁴⁰ Uğur ÇOLAK; “Türk Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali İncelemesi” (Karıştırma İhtimali), **Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi** (18 Mayıs 2013), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2014/2, s. 30.

⁷⁴¹ Y. 11. HD, 17.02.2006 T, 2004/14154 E, 2006/1555 K. sayılı “EVKUR” kararı. Yüksek Mahkeme bu kararında, tarafların markalarındaki “EVKUR ALIŞVERİŞ MERKEZLERİ” ve “EVSHOP ALIŞVERİŞ MERKEZLERİ” markalarında yer alan “ALIŞVERİŞ MERKEZLERİ” ibarelerinin ayırt ediciliklerinin bulunmadığı ve bu ibarelerin yardımcı unsur niteliğinde oldukları, ayırt edici unsurların ise, “EVKUR” ve “EVSHOP” ibareleri olduğuna hükmetmiştir. Bkz.: ÇOLAK, 2014, s.235, dn.320; Karıştırma İhtimali, s.28, dn.10.

⁷⁴² ÇOLAK, Karıştırma İhtimali, s.28-29.

⁷⁴³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 22, Kn.9.

“Marka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları⁷⁴⁴ dahil, özellikle sözcükler⁷⁴⁵, şekiller⁷⁴⁶, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajlarının gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir”.

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen 2012 tarihli “POLO-POLO” v “U.S. POLO ASSN”.’kararında, “U.S.” ile “ASSN.” ibarelerinin yeterli ayırt ediciliğe sahip olmadığı, bu markada asli ve ayırt edici unsur olarak kabul edilemeyeceği, markanın ayırt edici unsurunun “POLO” ibaresi olduğu kabul edilmiştir⁷⁴⁷.

Görsel, işitsel ve kavramsal benzerliğe ilişkin karıştırma ihtimali bakımından bütüncül (global) değerlendirme, prensip olarak markaların asli ve ayırt edici unsurları bakımından akılda bıraktıkları genel izlenime dayalı olmalıdır⁷⁴⁸. Birleşik markalarda karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi sadece asli unsurun dikkate alınmasıyla her zaman çözülebilecek bir mesele değildir. Bir veya birkaç unsur, markanın bıraktığı genel izlenim bakımından ilgili kitlede karıştırma yaratacak seviyede belirleyici olabilir. Diğer taraftan tescilli bir markanın veya onun bir unsurunun, sonraki marka

⁷⁴⁴ Kişi adlarının marka olarak kullanımı oldukça yaygındır: Örneğin, Kamil Koç, Sabancı, Eczacıbaşı, Ford, Calvin Klein, Hugo Boss, Donna Karan, Versace, Scholl, Philip Morris, kişi adlarıdır. Hemen belirtelim ki, kişisel adın marka olarak seçilebilmesi için adın sahibi olunması gerekmez. Ancak bu takdirde üçüncü kişinin kişilik hakları yasal olarak korunur. Şöyle ki, kendisinin veya mirasçılarının izni olmadan, üçüncü kişinin adı veya soyadı marka olarak tescil edilemez. Marka hakkının sınırını kişilik hakları (MK.m.24 oluşturur. (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 22, Kn.13; POROY/YASAMAN, s. 441, Kn.444).

⁷⁴⁵ Reklam sloganları dahil, her türlü sözcük ya da sözcük öbeği, ayırt edici olmak ve yasak işaretlerden olmamak kaydıyla, sözcük adedine bakılmaksızın marka olarak kullanılabilir (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 22, Kn.15; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 40).

⁷⁴⁶ Dini semboller, kamu düzenine ve ahlaka aykırı şekiller, kişilik haklarına giren fotoğraf, resim vs. izin alınmaksızın tescil edilemez.(KHK m.7). bkz.: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 22, Kn.16; § 25, Kn.55.

⁷⁴⁷ ABAD (ECJ), Case No. C-327/11, United States Polo Association v. OHIM, Kn. (parg). 59 vd. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=126439&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=296925>, (E.T.18.02.2016); ÇOLAK, 2014, s.239, dn.330.

⁷⁴⁸ ABAD (ECJ), Case No.C-120/04, “Medion AG v. Thomson Multimedia” kararı için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-120/04> (20.04.2016); ÇOLAK, 2014, s.234.

yahut işaretle hakim unsur olarak kullanılmamasına rağmen, yine de ilgili çevrede bu ortak unsurların karıştırma ihtimali yaratıp yaratmadığı incelenmelidir⁷⁴⁹.

Birkaç sözcükten oluşan markalarda tanımlayıcı unsur markanın kapsadığı mal ve hizmetler göz önünde bulundurularak belirlenir. Örneğin “Çınar Kafe” ibaresinde yer alan “Kafe” sözcüğü restoran hizmetleri için tanımlayıcı, iken “Çınar” sözcüğü ayırt edicidir. Şekil ve sözcüklerden oluşan birleşik markalarda ise karıştırılma ihtimali incelemesi sözcüğe ağırlık verilerek yapılmalıdır. Bunun sebebi, çoğunlukla hem sözle hem de yazıyla ifade edilen sözcük unsurunun daha ayırt edici olmasıdır. Ancak bazı markalarda şekil unsuru daha baskın ve ayırt edici olabilir. Bu takdirde inceleme şekle ağırlık verilerek yapılmalıdır. Örneğin Yargıtay HGK, “KOSKA” kararında, markalarda yer alan sözcük unsuru farklı olsa da her ikisinde yer alan yaşlı adam figürünün asli ve ayırt edici unsur olduğu yönünde hüküm vermiştir⁷⁵⁰. Şekil unsurunun hakim unsur olduğunun kabulü için, şeklin ilgili kitlede ve ortalama tüketicide sözcük unsurundan daha belirgin bir izlenim bırakmalıdır. Bu bakımdan şeklin büyüklüğü ve kullanılan renkler gibi özellikler birlikte değerlendirilmelidir⁷⁵¹.

ABAD da çeşitli kararlarında birleşik markalar bakımından karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde, jenerik ve tanımlayıcı unsurlar bir yana bırakılarak, markaların ayırt edici unsurlarına göre bir karara varılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁵². Diğer yandan, ABAD, “FLEX”-“FLEXI AIR” kararında, farklı bir kriter getirmiştir. Karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde markanın asli ve ayırt edici unsurlarının dikkate alınacak olması, kriterlerden sadece birisidir. Bu bakımdan dava konusu ilk markanın zayıf ayırt ediciliği olsa da, bütüncül değerlendirme yapıldığında, önceki markada hakim unsur “FLEX” olduğu, sonraki markada sözcüğe eklene “I” harfi ile “AIR” sözcüğünün, sonraki markanın da hakim unsurunun “FLEX” sözcüğü olmasını

⁷⁴⁹ UZUNALLI, s.103.

⁷⁵⁰ Yargıtay HGK. 22.05.2013 T. 2012/11-1569 E, 2013/750 K. (ÇOLAK, 2014, s.236).

⁷⁵¹ ÇOLAK, 2014, s.236.

⁷⁵² ABAD (ECJ), 6.10. 2005, C-120-04, THOMSON LIFE, **GRUR** 2005, s.1042 vd.(UZUNALLI, s. 104, dn.186); ABAD (ECJ), Case No.487/07, Kn. (parg). 61. Avrupa İlk Derece Mahkemesi, BUD-BUDMEN kararında, “MEN” ekinin erkeklerle yönelik elbise olarak algılanacağı için, BUDMEN markasındaki “MEN” ibaresinin tanımlayıcı olduğunu, ayırt edici ve öne çıkan unsurun ise “BUD” ibaresi olduğunu, ilk marka ile yapılacak değerlendirmenin buna göre yapılması gerektiğini ifade etmiştir. (Judgment of the Court of First Instance, Case No. T-129/01, 3.7.2003; <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62001TJ0129&lang1=fr&lang2=DE&type=TEXT&ancre=>)

etkilemediğini, markalarda işaret ve sınıf benzerliği olması nedeniyle karıştırılma ihtimaline yol açacağını ifade etmiştir. Yani markada yer alan herhangi bir unsurun ayırt ediciliğinin zayıf olmasının, karine olarak o unsurun hâkim unsur olmadığı sonucunu doğurmayacağını, markada yer alan diğer unsurların daha zayıf olması halinde, markalar arasında ortak işaret olan unsurun bıraktığı bütüncül izlenime bakılarak bir karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁵³. Birleşik markalarda markayı oluşturan unsurlardan hiçbirinin hakim unsur olmadığı durumlarda da karıştırılma tehlikesi doğabilir⁷⁵⁴.

Eğer bir markada iki sözcük iç içe geçmiş ve bunlardan hangisinin asli ve ayırt edici unsur olduğu açıkça belli değil ise, bu halde bu unsurlardan hangisini marka olarak alındığı hangisinin markanın yanına eklendiği araştırılmalıdır. ABAD, “WEST” ile “WESTLIFE” arasındaki iltibas değerlendirmesinde, birleşik marka olan ikinci markada hangi unsurun hakim olduğu hususunda yapay olarak birinin asli ve ayırt edici unsur sayılmasının mümkün olmadığını, yaptığı değerlendirme sonucunda “WEST” ibaresinin hakim unsur olduğunu “LIFE” ibaresinin ise yardımcı unsur olduğuna kanaat ederek, iki marka arasında görsel, işitsel ve kavramsal benzerlik olduğuna ve dolayısıyla karıştırılma ihtimalinin mevcut olduğuna karar vermiştir⁷⁵⁵.

Yargıtay ise bu hususta farklı kararlar vermiştir. Bazı kararlarında, birden fazla unsuru olan markalarda, asli unsuru markanın bütünü itibarıyla bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırt ediciliğini vurgulayan imajda aramak gerektiğine hükmetmiştir⁷⁵⁶. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2010 tarihli bir kararında, aşağıda “ShiffaHome Fitoform” markasal kullanımda, asli ve ayırt edici unsurun “Fitoform”

⁷⁵³ ABAD (ECJ), Case No. C-235/05, T. 27.04.2016; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=55340&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=323163>, (E.T.19.04.2016). *İsviçre Federal Mahkemesi* eski bir kararında: “.... İki markanın esaslı özelliklerle ayrılıp ayrılmadığını tayin ederken bu markaların elemanlarını ayrı ayrı incelemek doğru olmayıp bütün olarak markaların bellekte bıraktıkları etkiyi dikkate almak gerekir.” *İsviçre Federal Mahkemesi* 14.10.1952 RO 78 II 379 (Ekrem EDGÜ, “Fabrika Markaları”, **ABD**, 1954, S.1, s.68).

⁷⁵⁴ Böyle bir durumda karıştırılma tehlikesinin sebebinin sonraki markanın başkasına ait önceki markanın bir unsurunu taşıması nedeniyle işletmeler arsında ekonomik bağlantı olduğu izlenimini yaratması olduğu söylenebilir (UZUNALLI, s.104).

⁷⁵⁵ AB İlk Derece Mahkemesi (the Court of First Instance), Case No. T-22/04. 0.05.2005, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-22/04>; (E.T. 19.04.2016).

⁷⁵⁶ Y.11.HD. T.25.03.2010, E. 2008/7573, K. 2010/3371; T.01.12.2000, E.2000/7590, K. 2000/9528; T. 29.09.2009, E. 2007/1928, K. 2009/9762, sayılı kararlar. (ÇOLAK, 2014, s.241, dn.336).

ibaresi olduğunu ve buna bağlı olarak “Form” markası ile bu marka arasında karıştırma ihtimali bulunduğunu içtihat etmiştir⁷⁵⁷.

B. Bütünlük Ölçütü

Bu ilke, 551 sayılı mülga Markalar Kanunu’nda açıkça ifade edilmişti. Kanunun 7. Maddesinde: “Herhangi bir işaretin marka olarak tescil edilemeyeceğinin tayininde münferit unsurlardan ziyade markanın bütün olarak bıraktığı genel intiba nazara alınır” denilmiştir. 551 sayılı K. m. 47/a, 3’e göre ise: “... tescilli bir markaya toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibari ile ... benzer... bir markayı kullanan kimse, o markanın benzerini kullanmış sayılır”⁷⁵⁸. Her ne kadar 556 sayılı KHK’de açıkça bu yönde bir düzenleme yapılmamış ise de bu ilkenin yeni hukukumuz bakımından da geçerli ve uygulanabilir olduğu öğretide ifade edilmektedir⁷⁵⁹.

Marka, tek unsurlu olanlar dışında, esas unsurlarla tamamlayıcı unsurların birleşiminden oluşan bir bütündür ve bütün olarak korunur⁷⁶⁰. Dolayısı ile markalar arasındaki benzerliğin ve karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi, markada yer alan kelime ya da şekil unsurlarının birbirlerinden bağımsız olarak tek tek ele alınması yoluyla değil, markayı oluşturan tüm unsurların birlikte oluşturduğu bütünsel izlenime göre yapılmalıdır⁷⁶¹. Çünkü tüketici markayı ayrı ayrı unsurlardan oluşan bir işaretler dizini olarak değil, işaretlerin oluşturduğu bir bütün olarak algılar⁷⁶². Diğer bir deyişle,

⁷⁵⁷ Y.11. HD, T. 25.03.2010, E. 2008/7573, K. 2010/3371 (ÇOLAK, 2014, s.241; Karıştırma İhtimali, s.29).

⁷⁵⁸ “...Tescili talep edilen marka 16917 sayılı marka ile aynı şekli taşımakta , ancak tescilli şekil üzerinde bulunan kelimeleri bulunmamaktadır. Davacı marka üzerinde bulunan kelimelerin biçim, telaffuz ve mana bakımından tescilli markadan farklı bulunduğunu, şekil benzerliğinin ise , 551 Sayılı kanunun 7. maddesi hükmü karşısında tescile mani olmayacağını iddia etmekte ise de ; mezkur kanunun 7. maddesi markaların münferit unsurlardan ziyade markanın bir bütün olarak bıraktığı intibayı dikkate alınacağını belirttiği, tescili talep edilen markanın ise bir bütün olarak 19617 sayılı tescilli markaya benzerliği bulunduğu cihetle...” Da. 12. D. 5.4.1972 T., 71/984-72/1042, (DÖNMEZ, s. 88).

⁷⁵⁹ EPÇELİ, s. 121, dn.438; KÜÇÜKALİ, s.138-139.

⁷⁶⁰ ARSEVEN, s. 142-143; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 461; TEOMAN, Kitap 1, Mütalaa 5, s. 34; Mütalaa 12, s. 120-121; TEOMAN, Kitap 2, Mütalaa 28, s. 29; CENGİZ, s. 28; ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s. 99; EPÇELİ, s. 121; KÜÇÜKALİ, s. 139.

⁷⁶¹ Markalar arasındaki benzerlik incelemesinde tenel ilke her iki markanın, ortalma tüketici üzerinde bıraktığı genel intibaya göre, “tüm etkenler” birlikte gözetilerek “bütüncük değerlendirme” yapılması şeklinde kabul edilmektedir. Bkz.: ÇOLAK, 2014, s. 199; CORNISH/LLEWELYN/APLIN, s. 755; David I. BAINBRIDGE: **Intellectual Property**, 6th edition, London: Longman , 2007, s. 634.

⁷⁶² KÜÇÜKALİ, s. 139; ÇOLAK, 2014, s.199.

markalar, ilgili kitle tarafından aynı anda göz önünde bulundurulamayacağı, önceki markanın akılda kalan genel izleniminin iltibas tehlikesinde etkili olacağı, dolayısıyla ayrıntıların değil bütüne ilişkin benzerliğin değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir⁷⁶³.

Somut olayın niteliğine göre bazan, markaların bağımsız yahut hakim unsurları arasında benzerlik bulunmasına rağmen bunlar bütün olarak tamamen farklı etki bırakabilirler⁷⁶⁴. Yine bazan da, markaların bağımsız unsurları arasında tam bir benzerlik olmadığı halde bütün olarak bıraktıkları izlenim onları benzer kılabılır⁷⁶⁵. Diğer taraftan markada soyut ayırt edicilik bakımından unsurlar arasında bulunması gereken bütünlük, işlev bakımından biraz farklıdır. Marka, tüketici kitle tarafından görülür görülmez fark edilmiyor, uzun inceleme veya düşünme neticesinde anlaşılabiliriyorsa marka olarak kullanılan işaret ayırt edicilik bakımından bütünlük unsuru taşımaz⁷⁶⁶. Ancak bir işaret bu noksanlığa rağmen tescil edilmiş olabilir. Karıştırılma ihtimali açısından yapılan incelemede “bütünlük” açısından yapılacak değerlendirme, somut değerlendirmedir. Yani iki işaret arasında, bağlantı kurma ihtimali dahil, geniş manada karıştırılmaya neden olabilecek düzeyde bir benzerlik doğurmaya elverişli bütüncül bir izlenim var olmalıdır⁷⁶⁷.

ABAD, önceki kararlarında, karıştırma ihtimali bakımından markaların bütünü itibariyle bıraktıkları izlenimi değerlendirirken, hâkim unsuru önelemekteydi⁷⁶⁸. Bu yöndeki içtihatlardan tamamen dönülmüş olmamakla birlikte, birden çok unsurlu markalarda, unsurların hiçbirisi hâkim nitelikte olmayabilir. Fakat buna rağmen başkalarınca kullanılan markada, önceki markanın bir unsuru bağımsız ayırt edici bir konuma sahip olabilir. Bu nedenle, önceki markada hâkim konumda olmayan bir unsurun sonraki markada kullanım şekli dolayısıyla hâkim unsur karakterinde olması ve dolayısıyla karıştırılma ihtimaline neden olması mümkündür. *Uzunalli*’ya göre böyle bir durumda karıştırma tehlikesinin sebebi, sonraki markanın

⁷⁶³ Y. 11. HD. 05.10.2000 T, 2000/4309 E, 2000/7468 K, (ORHAN, s. 51- 52); KÜÇÜKALİ, s. 140.

⁷⁶⁴ ÇOLAK, 2014, s. 200.

⁷⁶⁵ ARSEVEN, s. 143, CENGİZ, s. 34, ARKAN, Marka Hukuku, C.1, s. 99; EPÇELİ, s.121-122.

⁷⁶⁶ DOĞAN, s. 24.

⁷⁶⁷ Karş.: KÜÇÜKALİ, s. 140.

⁷⁶⁸ Bkz: Dördüncü Bölüm, III, A.

başkasına ait markanın unsurunu taşıması sebebiyle işletmeler arasında ekonomik bağlantı olduğu izlenimini yaratmasıdır⁷⁶⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin "INTERCONNECT" ile "T-InterConnect" arasındaki uyuşmazlıkta verdiği kararda, her iki markada ortak olan "InterConnect" sözcüğünün karıştırılmaya sebep verip vermediğinin tespitinde, ABAD'ın "Thomson-Life" kararını⁷⁷⁰ benimsemiş olduğu görülmektedir. Federal mahkemesi karıştırılma ihtimali incelenirken somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini ifade ettikten sonra; sonraki markada "interconnect" sözcüğünün aynen kullanılmasının doğrudan karıştırılma ihtimalinin kabulü için yeterli olamayacağını, çünkü markada yer alan diğer unsur "T-" ibaresinin arka planında kaldığını ve bu bakımdan hakim unsur olmadığını belirtmiştir⁷⁷¹.

Yargıtay, "HATAY KRAL KÜNEFE SALONU" ile "KRAL ANTAKYALI KÜNEFECİ ESAT 1970'DEN BERİ + şekil" markalarıyla ilgili olarak verdiği bir başka kararında da bu iki markada asli ve ayırd edici unsurun "KRAL" ibaresi olduğu ve diğer unsurların, iltibas ortadan kaldırıcı mahiyette bulunmadığı sonucuna varmıştır⁷⁷².

IV. GÖRSEL, İŞİTSEL ve KAVRAMSAL BENZERLİK

Yukarıda markanın unsurlarını anlatırken değinilen, marka ile işaret arasında görsel, işitsel ve kavramsal benzerliğin varlığı, karıştırılma ihtimalinin temel ölçütlerinden biridir. Bu üç durumdan birisi söz konusuysa iltibas oluşacaktır⁷⁷³. Markalar arasındaki karıştırılma ihtimali markaların işitsel, görsel ve kavramsal benzerliğinden dolayı ortaya çıkabilmekte ise de; iltibasın varlığı için bu benzerliklerin

⁷⁶⁹ UZUNALLI, s.104.

⁷⁷⁰ Bkz. Yukarıda: dn.746.

⁷⁷¹ Federal Mahkeme (BGH); "...Önceki markada yer alan bir unsurun işlete işareti veya seri işaretin yanında bağımsız bir şekilde ayırt edii konumunu koruyarak kompleks bir markaya alması ve bu unsurun sonraki markada yer alması ile hitap elen çevrede markaya konu amlların veya hzetlerin ekonomik olarak biribine bağlı iletmelerden geldikleri ileni yartılması halinde geniş anlamd karıştırma tehlikesi mevcuttur. Cevrenin davacı markasını tanınmış seri ve işletme işareti "T-"nin sahibi olan davalı ile fikren bağlantılı olarak gmrmesi tehlikesi mevcuttur...". Bkz.: BGH, 28.6.2007, I ZR, 132/04, (OLG Stuttgart)- INTERCONNECT/T-İnterConnect, **GRUR** 2008, s.261, (UZUNALLI, s. 106).

⁷⁷² Y. 11. HD, 06.12.2010 T, 2009/6405 E, 2010/12556 K, (ÇOLAK, Karıştırma İhtimali, s.29).

⁷⁷³ UZUNALLI, s. 67.

üçünün bir arada bulunması gerekmekte, benzerliklerden herhangi birinin bulunması yeterli olabilmektedir.

Bazı durumlarda anlamsal farklılık nedeniyle karıştırma ihtimali ortadan kalabilir⁷⁷⁴. Sözcük ve biçim markası arasındaki karıştırma ihtimali incelenirken genellikle işitsel ve görsel benzerlik değil kavramsal benzerliğin olup olmadığı dikkate alınır⁷⁷⁵. Yukarıda konuya değinildiğinden tekrara düşmemek bakımından atıf yapmakla yetiniyoruz⁷⁷⁶.

V. MARKA ve/ya İŞLETMELER ARASINDA BAĞLANTI OLDUĞU İHTİMALİ

556 Sayılı KHK’ m.8/I-b ve m. 9/I-b’de “marka ile işaret arasında ilişkili olma ihtimali” olarak ifade edilen, marka ile işaret arasında düşünsel bir bağlantı kurmasından; tescilli markanın benzeri ile karşılaşan muhatabın aklında, genellikle bilinçsiz bir şekilde, tescilli markanın imajının oluşmasıdır⁷⁷⁷.

Karıştırılma tehlikesinde, halk bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde bağlantı olduğu ve herhangi bir nedenle aldığı malın başka bir işletmeye ait olduğunu bilse de; itibar ettiği işletme ile malını aldığı işletme arasında bir ekonomik bağlantı olduğunu düşünmesi halinde yine karıştırılma tehlikesi mevcuttur⁷⁷⁸. Ancak buradan, kullanılan işaret ile tescilli marka arasında bağlantı kurulabiliyorsa, artık karıştırılma ihtimalinin araştırılmasına gerek bulunmadığı sonucuna varılmamalıdır. İşaret ile tescilli marka arasında bir bağlantı olduğu düşüncesinin varlığı, karıştırılma ihtimali kavramının içinde kabul edilmelidir⁷⁷⁹. Tanınmışlığı yüksek markalarda, düşünsel bağlantı kurulması yoluyla iltibas tehlikesi daha fazladır. Çünkü güçlü ve kolay

⁷⁷⁴ BGH, 28.8.2003, I ZR 9/01-Kelly, **GRUR** 2003, s. 1046. Bkz.: <http://lexetius.com/2003,2291> (24.04.2016); BGH, 13.11.2003, I ZR 184/01- MİDAS/medAS, **GRUR** 2004, s. 240. Bkz.: <http://www.iww.de/quellenmaterial/id/10827> (E.T. 24.04.2016); UZUNALLI, s. 67.

⁷⁷⁵ BGH, 18.3.1999, I ZB 24/96-Schlüssel, **GRUR** 1999, s.991; **NJW-RR** 1999, s. 1646. Karar için bkz.: https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1999-03-18/I-ZB-24_96, (E.T. 12.05.2016).

⁷⁷⁶ Bkz.:Üçüncü Bölüm, II, A, 3.

⁷⁷⁷ DİRİKKAN, s.167.

⁷⁷⁸ KÜÇÜKALİ, s.142.

⁷⁷⁹ UZUNALLI, s.86. Bkz.: ARKAN, İşaret, s.6 vs.; EPÇELİ, s. 2-7; *Tekinalp ve Çolak*, ilişkili olma ihtimalinden, daha çok işaretin tescilli markayı çağrıştırmasını anlamaktadır. Marka ve işaret arasında benzerlik olmasa bile çağrışım yoluyla karıştırılma ihtimali doğabilir. (TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.35; ÇOLAK, 2014, s.257).

hatırlanan markalar, halkın markalar arasında bir bağlantı kurması bakımından daha elverişlidir⁷⁸⁰. KHK’de düzenlenen marka ve işaret arasındaki ilişkili olma ihtimalinin, karıştırılma ihtimalinin bir ön aşaması mı veya alternatifi mi olduğu sorusuna farklı cevaplar verilmiştir. Eğer düşünsel bağlantılı, ya da ilişkili olma kavramı iltibasın bir ön aşaması olarak düşünülürse, bu durumda düşünsel bağlantının yanında mal ve hizmetlerin kökeni ya da işletmeler arası ilişki konusunda yanılgıya düşme ihtimali de aranacaktır. Fakat iltibasa alternatif olduğu kabul edilirse, bu durumda köken ve işletmeler arasında ilişki konusunda karıştırma ihtimali olmamasına rağmen, bunların dışında bir düşünsel bağlantı kurulursa, örneğin tanınmış markanın itibarından faydalanılırsa, m. 8/I-b ve 9/I-b hükümlerinden yararlanmak mümkün olacaktır. Bu konuda öğreti ve içtihatlarda genel kabul gören görüş, ilişkili olma ihtimalinin iltibasın kapsamında yer aldığı, onun sınırlarını belirlediği bu nedenle karıştırılma ihtimalinin görünüş biçimlerinden biri olarak düşünülmesi gerektiği yönündedir⁷⁸¹.

Yargıtay bu hususta farklı kararlar vermiştir. 13.1.2003 tarihli kararında KHK m.8/I-b ve 8/IV gereği markaların benzer olması nedeniyle halk arasında karıştırılma ihtimali veya en azından iki markanın ilişkili olması nedeniyle halk arasında karıştırılma ihtimali doğurması muhakkak olacağından bahisle davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu karara göre bağlantı kurulması ihtimali, karıştırılma tehlikesi kavramının bir unsuru değil, ondan ayrı daha geniş ve ona alternatif bir kavram olduğu yönünde yorum yapılmıştır⁷⁸². Ancak *Yargıtay* sonradan içtihadını değiştirmiş, karıştırılma ihtimalinin uç noktasının çağrıştırma ihtimali olduğunu belirterek, bağlantı kurma ihtimalini, karıştırılma ihtimalinin unsuru olarak

⁷⁸⁰ DİRİKKAN, s.167.

⁷⁸¹ ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 98; UZUNALLI, s. 86-87; ÇOLAK, 2014, s.255. *Dirikkan*, somut olayda karıştırma tehlikesi mevcut olmamasına rağmen marka ile işaret arasında düşünsel bir bağlantının kurulması markanın KHK m.8/I-b ve 9/I-b hükümlerine göre korunması için yeterli olmadığı görüşündedir. (DİRİKKAN, s. 168); ABAD, doğrudan ve dolaylı karıştırılma tehlikesi olmamasına rağmen, münhasıran düşünsel bağlantı kurulması halinde Yönergenin 4/1 (b) bendi uygulanmasının mümkün olup olmadığı hususunda; düşünsel bağlantı kurul kavramının karıştırılma ihtimalinin alternatifi olamayacağını ifade etmiştir. Bkz. ECJ, 11.11.1997, Case no. C-251/95 (SABEL), Kn.(parg). 18 vd.; 22.06.2000, Case no. C-425/98 (ADİDAS), Kn. (parg). 34.

⁷⁸² Y.11.HD. T. 13.1.2003, E. 2002/9448, K. 2003/420. Ayrıca bkz.: Y.11.HD. T. 13.10.2005, E. 2004/12143, K. 2005/9700 (YKD.,C.XXXII, S.2, Şubat 2006, s.249 vd.); YHGK, T. 7.6.2006, E. 2006/11-388, K. 2006/338 (Kazancı İctihat Bankası, www.kazanci.com, E.T.27.04.2016).

kabul etmiştir⁷⁸³. Alman Federal Mahkemesi de her tür çağrışımın ve bağlantı kurma ihtimalinin, karıştırılma ihtimali sonucunu doğurmayacağını ifade etmiştir⁷⁸⁴.

Marka ve işaret arasındaki bağlantı bulunması, markalar arasında çağrıştırma yoluyla olabileceği gibi, markaların kökenleri yani işletmeler arasında bağlantı kurulması şeklinde de olabilir. Örneğin tüketici, markaları birbirinden ayırt etmekle birlikte, bu markaları taşıyan maların, aynı işletmeden geldiğini ya da bunların üreticileri arasında bir ekonomik ya da organik bağlantı bulunduğunu düşünmeleri, KHK'deki ifadeyle “ilişkili olma ihtimali” kavramı kapsamında değerlendirilmelidir. Yani işletmesel bağlantı olma ihtimali, karıştırılma ihtimali kavramına dahildir⁷⁸⁵.

TPE'ye göre ise, çağrıştırma ihtimalinde, sonraki marka ile önceki marka arasında kolaylıkla fark edilebilen farklılıklar bulunur ve bu nedenle sonraki marka ilgili tüketici kitlesince farklı bir işaret olarak değerlendirilebilir niteliktedir. Bununla birlikte sonraki markanın önceki markanın sahibiyle veya üreticisiyle ilişkilendirilmesi, tüketicinin markaların sahiplerinin ekonomik olarak bağlantılı olduklarını düşünmesi tehlikesi mevcuttur. İlişki veya bağlantı kurulması hali, sonraki markanın, tüketicilerce önceki markanın sahibine ait bir marka serisinin devamı veya alt markası olarak değerlendirilmesi hallerinde ortaya çıkabilir⁷⁸⁶. TPE, markaların birbirini çağrıştırması ile işletmesel bağlantı olma ihtimalini aynı kavram içerisinde değerlendirmektedir.

Çağrıştırmaya ilişkin *Tekinalp* şu örneği vermektedir: Markası “Siyah Bacı” olan ve üstünde yüzü siyah bir genç kızın resmi olan kahve ürünü ile “Arap Teyze” ibareli ve yaşlı, gözlüklü bir siyah yüzlü bir kadın resmi olan diğer kahve markası

⁷⁸³ *Yargıtay* kararında bağlantı kurma ihtimalini markalar arasında benzerlik olmasının bir sonucu olarak görmüştür. Hâlbuki “ilişkili olmanın” markalar arasında benzerlik kavramının değil geniş manada karıştırılma ihtimali kavramının bir unsuru olduğu yönünde bir karar verilmesinin daha isabetli olacağı söylenebilir. Bkz.: Y.11.HD. T.3.2.2009, E. 2007/6317, K. 2009/1165 (Kazancı İçtihat Bankası. www.kazanci.com; UZUNLALLI, s.88).

⁷⁸⁴ BGH, 22.9.2005, I-ZB 40/03-Cocodrillo, **GRUR** 2006, 60, s.63 (<http://lexetius.com/2005,2497-E.T. 29.04.2016>); BGH, 1.3.2001, I ZR 211/98 (Hamburg)- Tagesschau, **NJW** 2002, 372, s.374 (<http://lexetius.com/2001,1010-E.T. 29.04.2016>); UZUNLALLI, s. 88, dn. 161.

⁷⁸⁵ ÇOLAK, 2014, s. 256.

⁷⁸⁶ TPE, Marka İnc. Klav. s.124.

arasında görsel, işitsel ve kavramsal benzerlik olmamasına rağmen, “siyah” ile “arap” ve “baci” ile “teyze” sözcükleri arasında çağrıştırmaya yolu ile karıştırılma mevcuttur⁷⁸⁷.

ABAD, eğer ilgili halk kesimi nezdinde, mal veya hizmetlerin aynı işletmeden geldiği ve aralarında bir ekonomik, işletmesel bağlantı bulunduğu yönünde bir algı meydana geliyorsa, böyle bir tehlike varsa bu durumun karıştırma ihtimali meydana getirdiği yönünde içtihat etmiştir⁷⁸⁸. Yargıtay, “TIC TAC” – “ZİK ZAK” kararında⁷⁸⁹: “Markaların kapsadığı ürünlerin hitap ettiği ortalama tüketici nezdinde iki marka arasında bir bağlantı kurulması ve bir markanın diğerini çağrıştırması karıştırma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir. Davacının tanınmış TIC TAC markası ile aynı sınıf malları kapsamaması, bu markaların Türkçe okunuşu ile değil İngilizce telaffuzu ile okunup tanıtıldıkları olgusu, davalı markasının davacının markasını çağrıştırması ve arada bağlantı kurulması ihtimalini kaçınılmaz kılmaktadır”, demiştir.

Seri markalar söz konusu olduğunda ise karıştırılma ihtimali, tüketicinin mal ve hizmetlerin kökenine ilişkin olarak yanılma ya da yanlış düşünmesi ve hatayla markanın başka bir firmaya ait marka serisine dâhil olduğunu düşünmesi ihtimalinden kaynaklanır. Aynı kelimeye farklı grafik unsurlar veya yeni kelimeler eklenmesi veya farklı kelimelere sürekli biçimde aynı önek veya sonekin eklenmesi biçimiyle karakterize edilmiş markalar söz konusu olduğunda marka serilerinden bahsedilebilir⁷⁹⁰.

VI. MARKAYI KULLANMA

A. Marka Sahibinin Markayı Kullanmaması

⁷⁸⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.35.

⁷⁸⁸ ABAD (ECJ), 2.9.2013, Case No. T-285/12, “BOOMERANG”, Kn. (parg.) s.16. (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=142541&pageIndex=0&doclang=E N&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=508722>, E.T.20.03.2016).

⁷⁸⁹ Y.11.HD. E. 2003/4003 K. 2003/10839, T. 13.11.2003, (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 30.04.2016).

⁷⁹⁰ TPE, Marka İnc. Klav. s.124.

Tescil edilen markanın karıştırma ihtimaline karşı korunması için marka sahibince kullanılması zorunluluğu yoktur⁷⁹¹. Marka kullanılmıyor olsa da, 556 sayılı KHK'nin m. 42/I-c düzenlemesi gereğince hükümsüzlüğüne ve 14. madde gereği iptaline karar verilmedikçe karıştırılma ihtimaline karşı korunmaktadır. Koruma kapsamında, tespit, men, eski hale getirme ve tazminat davaları da açılabilir⁷⁹².

Tekinalp, tespit, men, eski hale iade ve tazminat davalarının ikame edilebilmesi için kural olarak markanın kullanılıyor olmasının gerektiğini; ancak kullanılmayan koruyucu markanın aynısı veya benzerinin kullanılmasının çoğu kez korunan asıl markayla da iltibasa neden olabileceğini ifade etmiştir. Yazara göre markasal olmayan kullanmalar da, markayı kullanma şartını yerine getirebilmektedir⁷⁹³.

Karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde marka sahibinin tescilli markasından hiç faydalanmamış, onu kullanmamış olması belirleyici değildir. Başka bir ifadeyle tescilli markanın sahibi tarafından bizzat veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından kullanılmamış olması halinde de karıştırılma ihtimaline ilişkin aynı değerlendirmeler yapılmalıdır⁷⁹⁴.

B. Sonraki İşaretin Kullanılma Şekli

Karıştırma ihtimalinin değerlendirilmesinde, marka hakkı sahibinin markasını fiili olarak kullandığı biçimin değil, tescilde yer aldığı biçiminin esas alınacağı daha önce ifade edilmişti. Marka hakkından doğan haklar tescille sağlanırken, kapsamı da tescil edildiği biçim ve şartlara bağlıdır. Ve fakat eğer sonraki marka da tescilli ise karıştırılma ihtimali bakımından artık mutlaka tescilli biçimiyle kullanılması gereği yoktur. Tescilde yer aldığı biçim ve şartlar haricinde kullanım da doğal olarak eğer bir karıştırılma varsa diğer marka bakımından tecavüz oluşturmaktadır⁷⁹⁵. Ancak davalı marka sahibinin markasını, tescildeki biçimi dışında, iltibasa neden olacak tarzda kullanması, KHK m. 9, 61 ve 61A maddeleri kapsamında bir ihlal oluştururken,

⁷⁹¹ Farklı görüşler için bkz.: Reha POROY / Ünal TEKİNALP: "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan**, Ankara: BTHEY 1990, s. 334-335.

⁷⁹² UZUNALLI, s.90.

⁷⁹³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn.32.

⁷⁹⁴ FEZER, MarkenR 2009, §14, Rn. 465.

⁷⁹⁵ UZUNALLI, s. 90.

markanın hükümsüz kılınmasına olanak sağlamaz. Diğer taraftan korunan bir marka, hükümsüz kılınıncaya dek amacına hizmet edeceğinden, önceki markalarla iltibas tehlikesi yarattığı halde bir şekilde tescil edilmiş ise, böyle bir kullanım haksız kabul edilemez ve fakat böyle bir tescilli marka kullanılması dahi esas (önceki) markayla arasında karıştırılma ihtimali varsa; bu hükümsüzlük nedeni olarak her zaman ileri sürülebilecek ve marka sicilden terkin ettirilebilecektir⁷⁹⁶.

Marka sahibinin KHK m.14/II-a gereğince markasını farklılaştırarak kullanma hakkı vardır. Ancak başkasının markasına benzeyecek şekilde farklılaştırması veya var olan zayıf benzerliğe ilave benzerlik yaratarak kullanması markaya tecavüz fiilini oluşturacaktır.

Yargıtay, 5.4.2007 tarihli “Ülker İçim” ile “Bekir Cömertoğulları Cömert İçim” markaları arasındaki iltibasa ilişkin kararında⁷⁹⁷; dava konusu markanın tescil edilmiş halinden farklı kullanıldığı, bu kullanımda, özellikle markanın kapsadığı portakal aromalı gazoz emtiasının ambalajlarında yer alan “içim” ibaresinin davacının “ülker içim” markasının tescilli şekil unsuru ile yazı tarzı, harf karakteri vs. bakımlarından benzer özellikler taşıdığı, bu durumun markaya tecavüz oluşturduğu iddiaları üzerinde durulması gerektiğine hükmetmiştir⁷⁹⁸. Yine Yüksek Mahkeme 17.5.2005 tarihli başka bir kararında⁷⁹⁹; davalı markasının tescil edildiği hali ile

⁷⁹⁶ Karş.: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 26, Kn. 32; Koruyucu marka için bkz.: § 22, Kn. 36.

⁷⁹⁷ “...Asıl davada davacı vekilinin davalılardan Tüfekçioğulları Gıda ve Tem.Ürün.Oto.İnş. San.Tic.Ltd.Şti.'ne ait 2000/3609 nolu "Bekir Cömertoğulları Cömert İçim" markasının sadece kelime markasından ibaret olduğu, herhangi bir şekil veya kompozisyon içermediği, bu markanın tescil edilmiş halinden farklı kullanıldığı, özellikle markanın kapsadığı portakal aromalı gazoz emtiasının ambalajında yer alan "İçim" ibaresinin asıl dava davacısına ait aynı emtiayı içeren 1997/182355 nolu "Ülker İçim" markasının tescilli şekil unsuru ile yazı tarzı, harf karakteri vs. bakımlarından benzer özellikler taşıdığı, bu durumun da davacının anılan markasına karşı iltibas oluşturduğu, markaya tecavüz ve haksız rekabete yol açtığı iddiaları üzerinde yeterince durulmamıştır...”, Y.11.HD. 5.4. 2007 T., 2005/14027 E, 2007/5338 K. (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com);

⁷⁹⁸ Kararın özeti için bkz.: UZUNALLI, s. 90-93.

⁷⁹⁹ “...Davalı Sedat Vefa 15.02.1984 tarihinde "İbrahim Sedat Vefa, Turşu, Vefa+Şekil"den oluşan markayı tescil ettirmiştir. "Vefa Bozacısı, Boza, Sirke, Şıra Gıda Maddeleri Sanayi ve Ticaret Markası", "Küp şekli+1876", "Vefa", "Vefadan", "Vefa Bozacısı 1876" markaları ise 1996 yılında davacı taraf adına tescil edilmiştir. Mahkemece 20.10.2003 tarihli bilirkişi raporu alınmış ise de, raporda davalı tarafın, markasını tescil edildiği şekilde kullanıp kullanmadığı ve böyle bir durum var ise, bu kullanım biçiminin davacı tarafın markasına tecavüz teşkil edip etmediği incelenmemiştir. Mahkemece, ceza mahkemesinde alınan bilirkişi raporu da dikkate alınarak, davacı tarafın bu yöndeki iddiası değerlendirilip, davalı tarafın davacı adına tescilli markaya tecavüz edip etmediği araştırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...” Y.11.HD. 17.5.2005 T., 2004/6939 E., 2005/5212 K. (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 30.04.2016; UZUNALLI, s.93-94, dn. 169).

kullanılmadığı iddiasına dayalı uyuşmazlıkta, davalı markanın tescil edildiği hali dışında kullanılıp kullanılmadığının ve bu kullanımın davacı markasına tecavüz teşkil edip etmediğinin tespiti için bilirkişi raporu alınması gerektiğini belirtmiştir.

C. Markasal Kullanım Sorunu

Marka hakkına tecavüzden (m.9) bahsedebilmek için, marka olarak tescil olunan işaretin aynısının ya da benzerinin markasal kullanıma konu olmasının zorunlu olup olmadığı tartışılmaktadır⁸⁰⁰. Öğretide çoğunluk görüşü, markasal kullanımın gerekli olmadığı yönündedir⁸⁰¹. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, markayı kullanan kişinin markayı kullanmada meşru bir hakkı varsa, örneğin bir fikri ve sınai haktan ileri gelen meşru kullanım varsa, bu takdirde marka hakkı sahibi ancak aynı veya benzer işaretin markasal kullanılmasına mani alabilecektir.

Markasal kullanm kısaca, bir işaretin kullanıldığı mal ve hizmetleri, diğerlerinden köken itibarıyla ayırt etmek amacıyla kullanılmasıdır. İşaretin markasal kullanımının tespitinde ilgili pazarın o işareti marka olarak algılayıp algılamadığına bakılmalıdır⁸⁰². İşaretin marka olarak kullanılmasından kastedilen, işaretin üretilip ticari dolaşıma sunulan mallar veya ambalajları üzerinde veya hizmet markasının hizmetlerle bağlantılı bir şekilde kullanılmasıdır⁸⁰³. Bir markanın, mal ve hizmetlerle birlikte ticaret sahasına sokulmaksızın tek başına kataloglarda, faturalarda, iş evraklarında, reklamlarda, promosyon ürünlerinde kullanılması markasal kullanım sayılmayacaktır⁸⁰⁴.

VII. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN NORMATİF OLUŞU

Karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde, ilgili toplumsal çevreyi temsil eder nitelikte, yeterince dikkatli, ortalama tüketicinin davranışları esas alındığından,

⁸⁰⁰ Sabih ARKAN: “Marka Hakkına Tecavüz- İşaretin Markasal Kullanma Zorunluluğu ?” (Kullanım Zorunluluğu), **BATİDER** 2000, C. XX, S.3, s. 5 vd.

⁸⁰¹ DİRİKKAN, s. 274-287; EPÇELİ, s. 126; ARKAN, Kullanma Zorunluluğu, s. 11; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 26, Kn. 37.

⁸⁰² ARKAN, Kullanma Zorunluluğu, s. 5, dn.1; FEZER, **GRUR** 1996, s. 566; DİRİKKAN, s. 272.

⁸⁰³ Ünal TEKİNALP; “Yeni marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu”, **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul 1997, s. 467.

⁸⁰⁴ DOĞAN, s. 226; DİRİKKAN, s. 273.

karıştırma tehlikesi normatif bir kavram niteliğini taşımaktadır. Yani yargıcın esas aldığı ortalama tüketici davranışı fiili gerçeklikle uyuşmadığı takdirde, normatif değerlendirmenin doğru yapılmadığı sonucu çıkacaktır. Bu bakımdan ilgili toplumsal kitleyi ve ortalama tüketiciyi temsil eden ideal bir kişinin yaratılması ve muhatap çevrenin önemli bir kısmının fiili davranışlarıyla uyumlu olması gerekmektedir. Ancak karıştırılma ihtimalinin tespitinde başvurulmuş bu değerlendirmeler zorunlu olarak, hâkimin görev alanına giren, bir yasa maddesinin uygulanması anlamında bir hukuki değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır⁸⁰⁵. Diğer bir ifadeyle, karıştırılma ihtimali soyut ve hukuki bir değerlendirme sonucunda tespit edilebilir⁸⁰⁶. Ancak buradan uyuşmazlığın taraflarının, markanın tanınmışlığı, kullanım şekli ve süresi, ya da fiili karıştırılma ile ilgili delilleri ibraz etmeyeceği anlamı çıkarılmamalıdır.

Karıştırılma ihtimali kavramının normatif oluşunun temel sonucu, itibasın varlığı için güncel, fiili olarak gerçekleşmiş bir karıştırmanın gerekli olmayıp böyle bir ihtimalin varlığının yeterli oluşudur^{807 808}. Bu nedenle ilgili toplumsal çevrede ileride karıştırılmaya dair makul bir olanağın bulunması yeterlidir⁸⁰⁹. Ayrıca karıştırılma ihtimalinin toplumsal çevrenin tamamında söz konusu olması da gerekli değildir⁸¹⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “PAPATYA” kararında⁸¹¹, ilgili toplum kesiminin bir kısmında dahi ihtimalin söz konusu olduğu hallerde, karıştırılma ihtimalinin varlığı kabul edilmelidir⁸¹².

⁸⁰⁵ KLETT, **GRUR** 2001, s.551. *Völp*, karıştırılma ihtimalinde fiili karıştırılmanın tespit edilmesi gerektiğini bunun için anket, keşif gibi yöntemlerin uygulanabileceğini ifade etmiştir. (Fromut VÖLP, “Kritische Bemerkungen zur Verwechslungsgefahr”, **GRUR** 1974, s. 758’den naklen DİRİKKAN, s. 192, dn. 73)

⁸⁰⁶ Hâkimin, olayda ilgili toplumsal çevreyi temsil eden ortalama tüketiciyi esas alması gerektiğinden, kendi görüşleri dikkate alınsa bile belirleyici olamayacaktır. Yani hakim kendinin fiilen markaları karıştırmaması, karıştırılma ihtimalinin olmadığı anlamına gelmez. (Winfried REMP: **Der Schutz sog. Schwacher und starker Zeichen. Darstellung und Analyse der Entscheidungspraxis ur Verwechslungsgefahr bis zum Ende des Zwetiten Weltkrieges**, Diss., Mainz 1977., s. 143-144’den naklen DİRİKKAN, s. 193, dn. 74).

⁸⁰⁷ ÇOLAK, 2014, s. 255; DİRİKKAN, s. 194; UZUNALLI, s.103.

⁸⁰⁸ YHGK. 02.07.2008 T., 2008/11-465 E., 2008/470 K. (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 01.05.2016)

⁸⁰⁹ FEZER, MarkenR 2009, §14, Rn. 479.

⁸¹⁰ ÇOLAK, 2014, s. 255.

⁸¹¹ “...şeklinde açıklandığı üzere direnme kararının bozulmasında temel gerekçe fiili itibasa neden olup olmamak değil, itibas tehlikesinin dahi bulunmadığı hususudur...” Bkz.: Y.HGK. 07.06.2006 T. 2006/11-338 E., 2006/338 K. (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com; ÇOLAK, 2014, s. 255).

⁸¹² ÇOLAK, 2014, s. 255.

Son olarak bu konuda, karıştırılma ihtimalinin varlığında, sonraki markayı kullanan kişinin karıştırılma ihtimali yaratma kastının bulunmasına gerek olmadığı belirtilmelidir⁸¹³. Önemli olan ortalama tüketici bakımından karşılaştırılan markalar arasında bir biçimde karıştırma ihtimalinin doğmasıdır. Yargıtay’a göre de, iltibas tehlikesinin varlığı için kast ya da kusur bulunması gerekmemektedir⁸¹⁴. Ayrıca mütecavizin iyi niyetli veya kötü niyetli bulunmasının ehemmiyeti bulunmamaktadır⁸¹⁵.

VIII. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TEK AŞAMADA ve BÜTÜNCÜL İNCELENMESİ

Karıştırılma ihtimalini oluşturan unsurların tek aşamada değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Marka hakkının korunması yönünden, “marka ile işaret” ve “mallar” ya da “hizmetler” arasındaki benzerlik kavramı ile “karıştırılma ihtimali” kavramı arasında bağlantı kurulmuş olması sebebiyle tek aşamalı inceleme yapılması gereklidir. Karıştırma ihtimalinin tespitinde, marka ve işaret ile mal veya hizmetler arasındaki benzerliğin ayrı ayrı incelenmemesi, aksine toplu bir değerlendirme yapılmak suretiyle sorunun, tek aşamada çözümlenmesi gerekir⁸¹⁶.

Karıştırılma ihtimalinin unsurları olan, marka ve işaret ile mal veya hizmetler arasındaki benzerliğin tespitinde karşılıklı değişim ve telafi edici etki ilkesi gözetilmelidir⁸¹⁷. Bu ilke somut olayın özelliklerine göre daha adil bir marka koruması sağlanması için gereklidir⁸¹⁸. Mal ve hizmetler arasındaki benzerliğin azlığı ve çokluğu, marka ve işaret arasındaki benzerliğin azlığı veya çokluğunu telafi ederek

⁸¹³ UZUNALLI, s. 132.

⁸¹⁴ “...Önceden tescilli bulunana marka ya da markalardaki unsurların tamamını ya da bunların bir kısmını kullandığı işaretin marka olarak tescilini isteyen, karıştırılma etkisi yaratmak istememesi, işareti bu kasıt altında kullanmaması, böyle bir sonuç istememesi halinde dahi, salt karıştırma tehlikesinin ortaya çıkmış olması, iltibas ihtimalinin varlığının kabulünü olanaklı kılar. Zira, iltibas tehlikesinin varlığı için kast ya da kusur bulunması gerekmemektedir”. Bkz.: YHGK., 7.6.2006 T., 2006/11-338 E. 2006/338 K. (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 01.05.2016; UZUNALLI, s. 133; ÇOLAK, 2014, s. 271).

⁸¹⁵ Roland, VON BÜREN/Lucas DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter-und Wettbewerbsrecht, Basel 1995, s. 291.

⁸¹⁶ DİRİKKAN, s.191.

⁸¹⁷ UZUNALLI, s. 82.

⁸¹⁸ DİRİKKAN, s.191.

karıştırılma ihtimali doğurabilir⁸¹⁹. İşte bu telafi edici etkinin değerlendirilmesi tek aşamada yapılmalı ve neticeye bağlanmalıdır. Aksi durumda yanıltıcı sonuçların çıkması mümkündür. Örneğin tescilli markanın tanınmışlık derecesi arttıkça mal veya hizmetler arasındaki benzerlik derecesi oldukça az olsa de karıştırma ihtimali söz konusu olabilir. Aşamalı inceleme yapılacaksa bile ilk inceleme, eğer tanınmışlık iddiası varsa tanınmışlık derecesinin tespiti bakımından almalıdır. Telafi edici etki, iki koşuldan birinin tümünden ortadan kalkması ve diğeri tarafından bütünün dengelenmesi sonucunu doğuracak boyutta olamayacaktır⁸²⁰. İşaretler ile mal veya hizmetlerdeki benzerliğin her ikisinin de düşük düzeyde olduğu hallerde artık yüksek ayırt edicilik telafi edici unsur olarak nazara alınamayacaktır⁸²¹.

Ancak Adalet Divanı (ABAD), karıştırma ihtimali bakımdan yapılan değerlendirmede, öncelikle malların birbirine benzer olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği; mallar arasında benzerliğin tespit edilmesi durumunda markaların benzerliği de araştırılmak suretiyle karıştırma ihtimalinin bulunduğu karar verilebileceği sonucuna varmıştır. Divan bu bakımdan iki aşamalı bir incelemeyi kabul etmiş görünmektedir⁸²². İnceleme pratiği açısından bazı kolaylıklar sağladığı ileri sürülse de, ister ilk aşamada ister sonraki aşamalarda olsun, benzerlikte telafi edicilik ilkesinin doğru uygulanması, bu iki hususun aynı anda ele alınmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

Karıştırılma ihtimalinin bütüncül incelenmesi gerekir. Yani bu ihtimali etkileme kapasitesi olan bütün faktörler bir arada değerlendirilerek sonuca varılması gereklidir⁸²³. Buna kimi yazarlarca global değerlendirme de denmektedir⁸²⁴. Markalar

⁸¹⁹ Bu konuda ABAD'ın birçok kararı mevcuttur: ECJ, 13.9.2007, C-234/06 P-II, Ponte Finanziaria Spa/HABM, **GRUR** 2008, s.345. Bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-234/06%20P> (E.T. 2.5.2016); Alman Federal Mahkemesi Kararları: BGH, 3.4.2008, I ZR 49/05 (OLG München)-Schuhpark, **GRUR** 2008, s.1004. Bkz.: <http://lexetius.com/2008,2434>; BGH, 19.7.2007, I ZR 93/04 (OLG Braunschweig)- WINDSOR Estate, **MDR** 2007, 1327. Bkz.: <http://lexetius.com/2007,2139> (02.05.2016); UZUNALLI, s. 82, dn.149.

⁸²⁰ ABAD (ECJ), Case No. C-39/97, Canon kararı Kn. (parg.) 22,(<http://lexetius.com/1998,925>, E.T. 21.04.2016); INGERL/ROHNKE, § 14 Rn. 275.

⁸²¹ INGERL/ROHNKE, § 14 Rn. 275.

⁸²² ABAD, 15.1.2003, Case No. T-99/-01 (Mystery), Kn. (parg.) 38; DİRİKKAN, s. 192; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.99.

⁸²³ Marka tescil edilirken, unsurları ayrıştırılarak ayrı ayrı değil bir bütün halinde değerlendirilerek, uygun olduğu takdirde tesciline karar verilir. Çünkü tüketici markayı ayrı ayrı unsurlarına ayrıştırarak değil bir bütün halinde algılar, (KÜÇÜKALİ, s. 139).

⁸²⁴ ÇOLAK, 2014, s.199.

arasındaki benzerliklerin tespitine ilişkin yukarıda yapılan değerlendirmeler burda da geçerlidir⁸²⁵. Çoğu kez ürünleri yan yana koyarak kıyaslama imkanı da olmayan ortalama bir tüketici, markayı çağrışım yoluyla hatırladığı kadarıyla yani aklında kalan imajı kadar hatırlar⁸²⁶. Karıştırılma ihtimali, somut olayın özelliklerine göre, markayı oluşturan bütün unsurlar ve kapsadığı mal ve hizmetler bakımından, yukarıda değindiğimiz kriterlerin tümü dikkate alınarak, doğru toplumsal çevre ve ortalama tüketici bakımından bütüncül bir incelemeden geçirildikten sonra doğru şekilde tespit edilebilir⁸²⁷.

Divan “Lloyd” kararında ise, karıştırılma ihtimalinin bütüncül değerlendirmesinde göz önünde bulundurulması gereken unsurları sıralanmıştır. Bunlar, markanın tescil edilen ürünü tasvir edip etmediği, markanın kullanımının yoğunluğu, markanın kullanım alanının coğrafi genişliği, markanın kullanım süresi, markaya teşebbüs tarafından yapılan yatırımın miktarı, markanın ilgili çevrede tanınmışlık düzeyi, sanayi ve ticaret odalarının marka hakkındaki beyanları şeklinde ifade edilmiştir⁸²⁸.

IX. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE BİLİRKİŞİLİK

Markalarda karıştırılma ihtimalinin tespiti aynen kullanım olgusu hariç zor ve uzmanlık gerektiren bir konudur. Birden çok faktörün, aynı anda veya tek tek dahil olduğu bir sürecin sonunda bütüncül nihai değerlendirmeye sonlanan usuli bir eylemdir. Bir markanın aynının aynı veya aynı tür mallarda kullanıldığı hallerde karıştırılma ihtimalinin ayrıca araştırılmasına gerek yoktur⁸²⁹. Fakat bir markanın benzerinin kullanıldığı hallerde karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek duyulmaktadır. Bu bakımdan alıcıların benzer işaretleri karıştırıp

⁸²⁵Yukarıda değinildiği için tekrara düşülmemesi bakımından atıf yapmakla yetiniyoruz. Bkz.: Dördüncü Bölüm, III, B.

⁸²⁶ ÇOLAK, 2014, s.199.

⁸²⁷ *Uzunalli*, karıştırılma tehlikesinin belirlenmesinde, markaların görsel, biçimsel, anlamsal ve işitsel benzerliğinin, markaların bıraktığı toplu izlenim, malın veya hizmetin hitap ettiği alıcı grubunun toplumsal durumu ve seviyesi, markayı taşıyan malın değeri ve alıcının bu malı almaya ayırdığı zaman, markanın esas unsurları ve tamamlayıcı unsurları gibi somut olaya ilişkin tüm özelliklerin dikkate alınması gerektiği ifade etmektedir, (UZUNALLI, s. 63); Ayrıcı bkz.: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §26, Kn. 33 vd.; KAYA, s.137.

⁸²⁸ ABAD (ECJ), Case No. C-342/97, Lloyd kararı Kn. (parg.) 23,(www.curia.eu.int, E.T. 21.04.2016).

⁸²⁹ ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s.75, ÖÇAL, s.108, KARAHAN, Markalarda İltibas, s.217.

karıştırmadıklarının belirlenmesi teknik bilgi ve toplumsal araştırma gerektiren bir husustur⁸³⁰.

Marka tescil edilirken ilgili toplum kesiminde oluşan izlenime göre, işaretin ayırt edici kuvvete haiz olup olmadığı, toplumda oluşan kanaat ise, her somut olaya göre ayrı ayrı belirlenir. Bu tespitte işaretin özgünlüğü, uydurma bir işaret oluşu, tanınmışlığı, ilgili pazarda genel olarak kullanılabilirliği, kullanım süresi ve yoğunluğu gibi objektif hususlar önemlidir⁸³¹. Edinilen izlenimin yoğunluğu ve ne yönde olduğu, ayırt ediciliğin yeterli olup olmadığı pazar araştırması ve anket yapılarak tespit edilebilir⁸³².

Yargılama safhasında genel kural, hakimin özel uzmanlık gerektirmeyen her konuda, ve özellikle hukuk bilgisi gerektiren konularda bizzat karar vermesidir. Hakim işaret ile markanın karıştırılmasına sebep olabilecek derecede ayniyet veya benzerlik gördüğü durumlarda bilirkişiye gitmeyerek uyuşmazlığı kendi çözebilir. Bizzat tespit edebileceği bir karıştırma olayı için bilirkişiye gitmesine gerek yoktur⁸³³. Zira, böyle bir durumda bilirkişi incelemesi yaptırmak davanın görülmesi sırasında zaman kaybı oluşturacağı gibi usul ekonomisine de aykırı olacaktır. Eğer hâkim bir olayda iltibasın gerçekleştiğini açıkça görebiliyorsa, yanılmanın gerçekleştiği objektif olarak belli oluyorsa bu durumda bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek duyulmamalıdır. Bu konuda Yargıtay bir kararında, bilirkişi incelemesi yapmaya gerek duymayan bir yerel mahkeme kararını onamıştır⁸³⁴. Yargıtay 11. HD'nin emsal kararlarında bu husus ifade edilmiştir⁸³⁵. Karıştırılma ihtimalinde işaretlerin aynı yahut ayırt edilemeyecek derecede benzer olmaları durumunda özellikle işaretlerin aynı olup renk, boyut veya

⁸³⁰ ÖÇAL, s.107; CENGİZ, s. 16; ARSEVEN, s. 139; EPÇELİ, s.49.

⁸³¹ KÜÇÜKALİ, s.143.

⁸³² DOĞAN, s.27-29.

⁸³³ KÜÇÜKALİ, s.144.

⁸³⁴ Karar şöyledir: "...Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre, sadece isim değişikliği dışında davalı broşürlerinde görülen arabaların, markaların, adreslerin, kredi kartı logolarının dizaynlarının aynı olduğu, bilirkişi incelemesine gerek görülmeyecek biçimde objektif olarak herkesçe görülüp anlaşılabileceği, objektif yanılmanın olduğunun anlaşıldığı ve haksız rekabetin önlenmesi gerektiği...", Y. 11.HD, T. 28.2.2000, E.2000/733, K.2000/1540, (Kazancı İçtihat Bankası. www.kazanci.com., E.T. 21.02.2016).

⁸³⁵ "DİDO" ile "DİTTO" markalarının okunuş ve telaffuz itibarıyla benzer olduğu ve markaların kullanıldığı malın alıcılarının çocuk olduğu dikkate alındığında, davacının meşhur "ÜLKER DİDO" markası ile davalının tescil başvurusunda bulunduğu "DİTTO" markaları arasında iltibas olduğunun bilirkişi incelemesine gerek görülmeksizin kabulü gerektir". Y. 11. HD, 1. 7. 2003 T, E. 2002/1728, K. 2003/7187. Ayrıca bkz.: YHGK, T. 18.2.1976, E.1974/11-213, K.1976/244, (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com., E.T. 21.02.2016).

yazılış farklılığı bulunması hallerinde bilirkişi incelemesine gerek duymadan, hakim uyuşmazlığı çözebilir⁸³⁶. Buna karşın Yargıtay 11. HD'nin markanın tanınmışlığının tespitinde hakimın kişisel bilgi ve tecrübesinin yeterli olmayacağını ve bilirkişiye başvurulması gerektiğini kabul eden kararı da mevcuttur⁸³⁷.

Bilhassa markaya tecavüz hallerinde inceleme yaptırılırken, düzenlenen raporun hükmü veren mahkeme ve Yargıtay tarafından değerlendirilebilmesi için, taklit ürün varsa ve temini mümkün olduğu takdirde orijinal ürünün, getirtilip dosya içine konularak yargıç ve bilirkişilerce keşif yapılması, bulunmaması veya temininin mümkün olmaması halinde ise, TPE'den marka tescil belgelerinin tasdikli suretleri ile karşılaştırmaya imkân tanıyacak fotoğrafların temin edilerek dosyaya eklenmesi suretiyle taklit ürün ile karşılaştırılmalı inceleme yaptırılması maksadıyla dosyanın bilirkişiye tevdi edilmesi yerinde olacaktır⁸³⁸.

⁸³⁶ ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 75.

⁸³⁷ "...mahkemece, işin teknik bilgiyi gerektiren yönü de dikkate alınarak, davalının, davacıya ait amblem ve logoyu da kullanım şekli ve biçimine göre, kullanımının bir iltibasa meydan verip vermeyeceğinin tespiti bakımından İstanbul veya Ankara Ticaret Mahkemeleri vasıtasıyla uzman bilirkişi incelemesi yaptırılması ve elde edilecek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır..." Y.11.HD, T.8.2.2001, E.2001/310, K.2001/934, Kazancı İçtihat Bankası. www.kazanci.com,, E.T. 10.02.2016; Ayrıca bkz.: Y.11.HD. 14.06.1999 T., 1999/3271 E., 1999/5256 K., (Kazancı İçtihat Bankası , www.kazanci.com, E.T. 10.02.2016).

⁸³⁸ KÜÇÜKALİ, s. 145.

BEŞİNCİ BÖLÜM

MARKA İLE DİĞER TANITICI İŞARETLER ARASINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

I. GENEL OLARAK

Karıştırılma ihtimali markalar arasında oluşabileceği gibi, markalar ile diğer tanıtıcı işaretler, örneğin internet alan adı, ticaret unvanı ya da ticari işletme adları arasında da söz konusu olabilir.

Türk hukukunda çeşitli tanıtıcı işaretler arasındaki ilişkiden kısaca bahsedilmelidir. Türk hukukunda bir tanıtıcı işaretin diğerine karşı kategorik üstünlüğü kabul edilmemiştir⁸³⁹. Örneğin marka, ticaret unvanı ya da işletme adından hiçbirine diğerlerine nispetle bir üstünlük tanınmamıştır. Ancak TTK m.55/I-a ve 556 sayılı KHK m. 8/III,V ve 9/I ile muhtelif tanıtma vasıtaları arasında iltibasın meydana gelebileceği kabul edilmiştir⁸⁴⁰. Farklı ad ve işaretler arasında karıştırılma söz konusu olduğu takdirde işareti haklı olarak ilk defa kullanan kişinin hakkı diğerlerine oranla üstün tutulmuştur⁸⁴¹. Örneğin, bir markayı ilk defa kullanan kimse, bu markayı firması için ticaret unvanı ve alan adı olarak kullanan kimseye karşı şartları oluştuğunda haksız rekabete ve marka hukukuna dayalı yasal yollara başvurabilir⁸⁴². AB’de ise 2015/2634 sayılı yönergenin 5/5.b hükmü gereğince tescilsiz markalar haricinde ayrıca

⁸³⁹ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 460.

⁸⁴⁰ Füsün NOMER: “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.I, İstanbul 2001, s.413

⁸⁴¹ İşletme adı veya ticaret unvanı kapsamında değerlendirilememekle birlikte, ticari işleri ferdileştirme imkanı veren işaretlerin/sembollerin de üstün hak sahipliği söz konusu olabilecektir. Örneğin teleks numarası, logo, mağaza dış dizaynı vb.; Bu yönde ayrıntılı değerlendirme için bkz.; Stephan, GRUBER, in; **Kommentar zum Markenrecht**, Detlef, VON SCHULTZ (Edit), 2. Bası, Frankfurt 2007, § 5, Rn. 11; FEZER, MarkenR 2009, § 15, Rn. 219 vd.

⁸⁴² KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku s. 460.

kişi isimleri, kişisel portreler, telif hakları ile sınai mülkiyet haklarına dayalı öncelik hakkının varlığı da kabul edilmiştir⁸⁴³.

II. MARKA İLE İNTERNET ALAN ADI ARASINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

A. Genel Olarak

Küresel düzeyde gün geçtikçe internet araçlarının çeşitlenmesi ve kullanımının yaygınlaşması, teşebbüslerin ürün ve hizmetlerini internet üzerinde e-ticaret yoluyla ticaret mevkiine koymalarına neden olmuştur. Böylelikle internet alan adları ticari hayatta ticaret markaları ve hizmet markaları ile aynı amaca hizmet eder hale gelmişlerdir⁸⁴⁴. Bu durum, gerçek veya tüzel kişilerin sahip oldukları marka haklarının başkalarınca kullanılan internet alan adları nedeniyle kolaylıkla ihlal edilebilmesine neden olmaktadır. İnternet alan adları da her üst alan adı (com, tr vb.) için tek seferliğine tahsis olunmaktadır. Bu da eğer alan adı aynı zamanda üçüncü bir kişinin hak sahibi bulunduğu markayla aynı olması durumunda, marka hak sahibinin markasını alan adı olarak kullanmasını engellemektedir⁸⁴⁵. Alan adı tahsisi öncelik hakkı doğuracak niteliktedir⁸⁴⁶. İnternet sitelerinde kullanılan isimler, çoğunlukla markalarının, unvanlarının veya ticari işletme adlarının kullanılması suretiyle oluşturulduklarından, internet alan adları ile bu tanıtıcı işaretler arasında sıklıkla karıştırılma ihtimali ortaya çıkmaktadır⁸⁴⁷.

6102 sayılı TTK'nin 39. maddesine göre şirketlerin kullanacakları her türlü kâğıt, belge ve defterde, tacirin sicil numarası, ticaret unvanı, işletmesinin merkezi, tacir sermaye şirketi ise taahhüt edilen ve ödenen sermaye, internet sitesinin adresi ve

⁸⁴³ 2008/95 sayılı bir önceki Yönergede ise benzer bir düzenleme m.4/4.c'de yer almaktaydı. Bkz.: OJ L 8.11.2008, 299/25 (GÜNEŞ: Önceye Dayalı Haklar, s. 144).

⁸⁴⁴ Seniha, DAL: Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Name) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler, **MÜİİBFD**, Y. 2010 C. XXVIII, S. I, s. 480; Dana SHİLLİNG: Essentials Of Trademarks and Unfair Competition, Wiley Publishing, New York, 2002, s. 33.

⁸⁴⁵ GRUBER, in; VON SCHULTZ, Anhang zu § 5, Rn. 1.

⁸⁴⁶ BGH, 17.05.2001 T. , I ZR 216/99, <http://lexetius.com/2001,1101>, (25.03.2016); FEZER, MarkenR 2009, § Einl. G, Rn. 101.

⁸⁴⁷ ÇAĞLAR, s. 80; E. Deborah BOUCHOUX: Protecting Your Company's Intellectual Property: A Practical Guide to Trademarks, Copyrights, Patents & Trade Secrets, New York: Amacom Publishing, 2001, s. 77; Hasan DURSUN: **Marka Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 20.

numarası gösterilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu şirketlere web sitesi hazırlama ve alan adı tescil ettirme zorunluluğu getirmiştir. TTK m. 1524, (1)' göre; denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. Hazırlanması gerekli internet sitesi ve sitenin yasal içeriği hakkında “Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik” yayınlanmıştır⁸⁴⁸.

556 sayılı KHK m.9/2,(e) hükmü gereğince; marka hakkı sahibi, işareti kullanan kişinin işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynısının veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılmasını yasaklayabilecektir. Başka bir ifadeyle, markanın üçüncü bir kişi tarafından ticari etki yaratacak biçimde kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. Bu hususa ilişkin olarak bir Yargıtay kararında⁸⁴⁹, internet alan adının başkasının marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi koruma haklarını ihlal etmesi halinde, hak sahibinin, internet alan adını veren kuruluş nezdinde itiraz edebileceği gibi, hakkının korunması için mahkemeye de başvurabileceği belirtilerek internet alan adının başkasına ait marka hakkını herhangi bir şekilde ihlal etmesi halinde marka hakkı sahibinin bu ihlalin önlenmesi için yasal yollara başvurabileceğini, başka bir ifadeyle bu ihlali önleyebileceği ifade edilmiştir⁸⁵⁰.

B. İnternet Alan Adı: Tanımı ve Hukuki Niteliği

5809 sayılı⁸⁵¹ Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 3. maddesinin (v) bendine göre ve İnternet Alan Adları Yönetmeliği⁸⁵²’nin 3. maddesinin (d) bendine göre internet alan adı; internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adlardır. Diğer bir ifadeyle, web sayfalarını tanımlayan ve bu sayfalara ulaşmayı sağlayan, kısa ve

⁸⁴⁸ RG. 31.05.2013 T, S. 28663.

⁸⁴⁹ Y.11. HD. T. 28.03.2008, E. 2007/1677, K. 2008/4071, (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com)

⁸⁵⁰ Ekin ÖZKAN: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Yargıtay Kararları Işığında Markada İltibas, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2015, s.71.

⁸⁵¹ RG. T. 10.11.2008 S. 27050.

⁸⁵² RG. T. 07.11.2010 S. 27752 .

kolayca akılda kalan kelimelerden oluşan elektronik adres olarak tanımlayabiliriz⁸⁵³. Alan adları temelde uzay alemde var olan web sayfalarını diğerlerinden ayırmaya yararlar⁸⁵⁴. Örneğin, Marmara Üniversitesinin alan adı “www.marmara.edu.tr” şeklinde olacaktır.

İnternet alan adları birbirinden noktalarla ayrılan birkaç bölümden oluşmaktadır. Örneğin, “www.marmara.edu.tr” internet adresinde “tr” ibaresi ülkeyi gösteren üst alan adı, “edu.” ibaresi jenerik üst alan adı, “marmara.” ibaresi ikinci düzey alan adıdır. Alan adlarının ayırt edicilik niteliği taşıyan kısmı ikinci düzey alan adı olduğundan, marka ile alan adı arasında yapılacak iltibas değerlendirmesinde ikinci düzey alan adı dikkate alınacaktır⁸⁵⁵.

Bir alan adı yalnız o alan adı için ilk başvuran tarafından kullanılabilir⁸⁵⁶. Dolayısıyla, daha önceden başkası tarafından kayıt ve/ya tescil olunmamış olmak kaydıyla, bir gerçek veya tüzel kişinin kullandığı tescilli markanın, ticaret unvanı veya işletme adının üçüncü bir kişi tarafından internet alan adı olarak alınmasında hiçbir engel bulunmamaktadır⁸⁵⁷.

Bir ürün veya hizmetten yararlanmak isteyen kimse, internet tarayıcısının adres kısmına, ilgili mal veya hizmetin markasını yazmakta ve bu şekilde bilgi ve hizmete ulaşmayı hedeflemektedir. Bu da internet kullanıcısının gözünde marka sahibi ile o alan adı ile ulaşılan web sitesinin sahibini özdeşleştirmektedir⁸⁵⁸. Marka, ticaret unvanı veya işletme adı gibi tanıtıcı ve ayırt edici bir işlevi olan internet alan adını kendisine tahsis eden bir gerçek veya tüzel kişi, internet alan adı üzerinde mutlak bir hakkı değil, ödediği ücret mukabilinde genelde belirli bir süre için akdi kullanım

⁸⁵³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §1, Kn. 81-82; NOMER, s.400; *Dursun* ise, internet alan adının internet yoluyla sağlanan hizmetlerden birisi olan birbirine bağlı bilgisayarların oluşturduğu bilgileri içeren alanlardan, İngilizce teknik bir deyişle, “world wide web”lerden oluştuğunu ifade etmektedir. (DURSUN, s.19)

⁸⁵⁴ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 281. İnternet alan adları, web sayfalarını birbirlerinden ayırmaya yarayan sayısal kodların sözel karşılıklarıdır (ÇAĞLAR, s. 80).

⁸⁵⁵ Kemal ŞENOCAK: “Tescilli Markanın Aynısının Veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, **BATİDER**, C. XXV, Sayı 3, Ankara, 2009, s.93; İsmail, KIRCA: “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, (Alan Adı), **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. I, İstanbul: Beta Yayıncılık, , 2002, s.528.

⁸⁵⁶ NOMER, s. 398-399.

⁸⁵⁷ NOMER, s. 399.

⁸⁵⁸ NOMER, s. 400; Savaş BOZBEL: “İnternet Alan Adları ve ICANN- Tahkim Usulü” (Alan Adları) , **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C.I, İstanbul: Beta Yayınları 2004, s. 216.

hakkını elde etmektedir⁸⁵⁹. Gerçekten de, İnternet Alan Adları Yönetmeliği m.8/4 düzenlemesinde internet alan adının gerçek veya tüzel kişi adına tahsis edilebilmesi için ücretinin ödenmiş olması koşulu yer almaktadır. Yine, aynı Yönetmeliğin m.9/2 hükmüne göre de; kendisine internet alan adı tahsis edilen gerçek veya tüzel kişi, tahsis edilen sürenin sonunda internet alan adının yenilenmesi için yenileme ücreti ödemek zorundadır⁸⁶⁰.

Bir ülkede tescil edilen alan adı başka bir ülkede de tescil edilebilir. Bu nedenle bir görüşe göre alan adı marka olarak kabul edilebilir ve marka korumasından yararlanabilir⁸⁶¹. Amerikan Ticaret Bakanlığı 1998 yılında yayınladığı bildiri (White paper) ile internet ad ve adreslerinin küreselleştirilmesi tavsiyesinde bulunmuş ve çalışmalar sonucunda internet alan adlarının, IP adres numaralarının ve protokol verilerinin ve port numaralarının tahsisi görevini yerine getiren ICANN oluşturulmuştur⁸⁶². Türkiye’de ise, “tr” adı altında yer alan ikinci düzey internet alan adı tahsisi ve tescil işlemini 1990 yılından beri Orta Doğu Teknik Üniversitesi yapmaktadır. ODTÜ “gen.tr” alt alanı dışındaki alt alan adlarının tahsis talebini değerlendirir⁸⁶³. Ticari alanda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından verilen Ticaret Tescil Belgesi veya TPE tarafından verilen Marka Tescil Belgesinin ibrazı suretiyle alan adı tahsis edildiğinden büyük ölçüde “tr” uzantılı alan adları ile ilgili ihtilaflar önlenmektedir⁸⁶⁴.

Marka ile internet alan adı arasındaki karıştırılma ihtimalini değerlendirirken iki marka arasındaki karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde kullanılan ölçütlerin kullanılması gerektiği, aksi halde 556 sayılı KHK’nin marka hakkı sahibine tanıdığı

⁸⁵⁹ GÜNEŞ, Ayırt Edici İşaretler, s. 85; NOMER, s. 401; ŞENOCAK, s. 96-97

⁸⁶⁰ ÖZKAN, s.73.

⁸⁶¹ Gülgün ANIK; “İnternet Alan Adı”, **FMR**, S. 2005/4, C.5, s.77; Andre BRUNEL; “Trademark Protection for Internet Domain Names”, **International Business Lawyer**, Nisan 1996, C.24, s. 174; *Durle*: “gerekli ayırt edici niteliği ve diğer kriterleri karşılamak şartıyla alan adları da marka olarak tescil edilebilirler.”demektedir. (R. DURLE: “Ticari Markalar ve İnternet”, **İnternette Çalışma Olanakları, IBA Semineri, 7-9 Mayıs 1997**, Ankara, s. 16); Bu hususta *Kaufman* ise, alan adlarının ticari ve ticari olmayan şeklinde ikiye ayrılması ve ticari olanların Nis sınıflandırmasına tabi tutulması gerektiğini ve alan adının “com” olarak tescil edilmesinin uygun olacağını ifade etmektedir. Ian Jay KAUFMAN: “The Domain Name System”, **International Business Lawyer**, Ocak 2000, C. 28, S. 1, s. 40’dan naklen Sefer OĞUZ: “İnternet Ortamında, Alan Adı Gaspına Karşı Tüketicilerin Korunması Kanunu’nun Serbest Çeviri Denemesi”, **FMR**, Y. 5, C. 5, S. 3, 2005, s. 77.

⁸⁶² OĞUZ, s. 74.

⁸⁶³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §1, Kn. 81; OĞUZ, s. 73.

⁸⁶⁴ DİRİKKAN, s. 155.

hakların kapsamının daraltılmasına neden olunacağı ifade edilmektedir⁸⁶⁵. Bu nedenle, iki marka arasında iltibasın belirlenmesinde, işaretlerin aynı veya benzer olması ve bununla birlikte mal veya hizmetlerin de aynı veya benzer olması şartı, marka ile internet alan adı arasındaki iltibasın değerlendirilmesinde de aranmalıdır. Aksi halde, internet alan adlarına, tanınmış markalar için öngörülen korumanın bir benzerinin sağlanacağı ve böylelikle internet alan adlarına özel bir “karıştırma” veya “sulandırma” ihtimali kavramı yaratılacağı ifade edilmektedir⁸⁶⁶.

C. İnternet Alan Adı ile Marka Arasındaki Karıştırılma İhtimali

KHK m.9/II, (e) bendine göre; marka hakkı sahibi, markasının aynısı veya benzeri olan internet alan adının, kullanıma ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantı olmaksızın ticari etki yaratabilecek şekilde kullanılmasını yasaklayabilmektedir. Hükümden anlaşılabileceği üzere, marka hakkı sahibinin internet alan adının kullanımını yasaklayabilmesi için bir takım şartların mevcudiyeti gerekmektedir. Bendin lafzında açıkça karıştırılma ihtimalinden bahsedilmese bile birinci fıkra hükmüne yapılan atıf nedeniyle bent kapsamında, bir işaretin aynı veya benzerinin ticari etki yaratacak şekilde kullanılması kavramının kapsamını markanın karıştırılma tehlikesi ve sulandırılması olguları çizmektedir.

Ticari hayatta internet alan adlarının ticaret ve hizmet markaları ile aynı amaca hizmet eder hale gelmeleri, gerçek veya tüzel kişilerin sahip oldukları marka haklarının, başkalarının aynı veya benzer sözcüklerden oluşan internet alan adları kullanılması suretiyle kolaylıkla iltibas yaratılarak ihlal edilebilmesine sebep olmaktadır⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ KIRCA, Alan Adı, s. 538-539.

⁸⁶⁶ ŞENOCAK, s. 127; Alan adı gaspının önlenmesine ilişkin, iletişim ve fikri mülkiyete ilişkin kanunlarda yapılan reform ile Amerikan Markalar Kanunu 43. kısmına yapılan eklemeler sonucu; kullanılan alan adı, tescil edildiği tarihte markasal olarak ayırt edici niteliğinin varlığına rağmen, markasal alan adının aynısını veya karıştırılacak şekilde benzerinin üçüncü kişiye başka alan adı olarak kullanılması hali, alan adına tecavüz eylemidir. Sözkonusu maddede “kullanılan alan adı, tescil edildiği tarihte marka olarak meşhur olmasına rağmen, markayı sulandıran ya da karıştırılacak şekilde benzerini ya da aynısının alan adı olarak kullanan kimse, işaret korunan marka ise, marka sahibi tarafından açılan hukuk davasında sorumlu tutulacaktır.” demektedir. (OĞUZ, s. 69)

⁸⁶⁷ Özellikle de işletmelerin kullanmak istedikleri internet sitelerinde kullanılan isimler, çoğunlukla markalarının ve unvanlarının kullanılması suretiyle oluşturulduklarından, benzer sözcükleri kullanan internet alan adları ile marka ve unvanlar arasında sıklıkla iltibas ihtimali ortaya çıkmaktadır (BOUCHOUX, s. 77; DURSUN, s. 20).

Marka hakkı sahibince KHK m.9/II (e)'de ifade edilen yasal hakkın kullanılabilmesi yani alan adının kullanılmasının yasaklanabilmesi için, marka sahibinin öncelikli ve üstün hak sahibi olması gerekir. Öncelik hakkı, bir şey üzerindeki hakkın, onun aynı veya benzerini kullanmak yahut tescil ettirmek isteyenlere karşı ileri sürülebilmesi manasına gelmektedir⁸⁶⁸. Bu bakımdan, tescilli bir markanın aynısının veya benzerinin sonradan internet alan adı olarak kullanılması halinde marka hakkı sahibinin öncelikli hak sahibi olduğu düşünülebilir. Diğer bir deyişle, internet alan adı sahibi, kullandığı sözcükle ilgili öncelikli ve üstün bir hak sahibi değilse, sırf internet alan adını marka hakkı sahibinin markasından daha önce tescil ettirdiğini ileri sürerek, internet alan adının m.9/II (e) kapsamında yasaklanmasına mani olamayacaktır⁸⁶⁹. Ancak burada bir husus kanımızca gözden kaçırılmamalıdır. Zikredilen madde kapsamında alan adının yasaklanabilmesi için, kullanımın ticari etki yaratacak tarzda olması gereklidir⁸⁷⁰. Ticari etki yaratacak tarzda kullanım markasal kullanıma göre daha geniş bir kavram olarak yorumlanmalıdır.

Örneğin, tescilli bir markanın hakim unsurunun aynısının veya benzerinin internet alan adı olarak, ürün satışı gibi ekonomik bir kazanç elde etmeye yönelik kullanılması durumunda ticari etkiden söz etmek mümkündür. Diğer taraftan, marka ile aynı olan internet alan adının marka hakkı sahibinin rakibi tarafından internette tescil edilmesi suretiyle marka hakkı sahibinin internette marka adıyla yer almasının engellenmesi durumunda da ticari etkiden söz edilebilmektedir⁸⁷¹. Ancak, söz konusu markanın kamusal menfaatlere hizmet etmek amacıyla kullanılması durumunda ticari bir etkiden söz etmek mümkün olmayacaktır⁸⁷². Örneğin birtakım markalara ilişkin şikâyetlerin paylaşıldığı ve ilgili işletmelere iletildiği internet siteleri kamusal yarar önde olduğundan böyle kabul olunabilir.

İnternet alan adının haklı veya meşru bir bağlantı olmaksızın kullanılması da, marka hakkı sahibinin internet alan adının kullanımını yasaklayabilmesi için aranan

⁸⁶⁸ GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s. 112.

⁸⁶⁹ ŞENOCAK, s. 105.

⁸⁷⁰ Kullanımın ticari amaç taşıması gerektiği şeklinde de ifade edilmiştir. Bkz.: KÜÇÜKALİ, s. 157.

⁸⁷¹ UZUNALLI, s. 300. Birçok marka, ticaret unvanı, işletme adı ile ünlü kişilerin adları haksız kazanç elde etmek amacıyla tescil edildiğinden hak sahipleri kendi tanıtma işaretlerini tescil edememiş ve buna ilişkin ihtilaflar markalar kanunu ve haksız rekabet hükümlerine göre yetkili mahkemelerce çözülmeye çalışılmıştır, (KÜÇÜKALİ, s. 157).

⁸⁷² ŞENOCAK, s. 112.

şartlardan bir diğeridir. Eğer internet alan adı sahibi, alan adında yer alan ve tescilli markanın aynısı veya benzeri olan ad veya sözcüğü, haklı olarak veya meşru bir bağlantı dâhilinde kullanmakta ise, marka hakkı sahibi söz konusu kullanımı engelleyemez. Bunlardan birisi, internet alan adının gerçek veya tüzel kişinin tescilli marka işaretinden türetilmiş olması durumudur. Bu durumda, markaya ilişkin öncelik ve üstün haktan internet alan adı da yararlanacaktır⁸⁷³.

Öte yandan dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, internet üzerinden ticarete odaklanan işletmelerin özel olarak seçtikleri “www.ebay.com” veya “www.alibaba.com” gibi internet alan adlarıdır⁸⁷⁴. Bu türden internet alan adı kullanan işletmeler, internet alan adı ayırt edici nitelik kazandığında ve mal veya hizmetler için isim fonksiyonu görmeye başladığında, internet alan adı üzerinde öncelik hakkı kazanabileceklerdir⁸⁷⁵. İnternet alan adı sahibi, marka hakkı sahibine göre daha önce bir hak elde etmişse, marka hakkı sahibi tarafından internet alan adının ticari etki yaratacak şekilde kullanılması engellenemeyecektir.

1. İnternet Alan Adı ile Marka Arasındaki Ayniyet veya Benzerlik

KHK m.9/II (e) bendinde markanın aynı veya benzerinin alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimde kullanılmasından bahsedilmektedir. Bilhassa alan adları ile marka arasındaki ayniyet veya benzerliğin nasıl tespit edileceği hususu öğretilmiş ve tartışılmıştır. Baskın görüşe göre; alan adının ayırt edici hakim unsuru, ikincil düzey (alt) alan adı olup, gerek jenerik üst düzey alan adının, gerek ülke kodlu üst düzey alan adının ayırt edici bir işlevi bulunmamaktadır. Zira, söz konusu üst düzey alan adları, genelde alan adında zorunlu olarak yer almaktadırlar. Bu itibarla, marka ile alan adı arasındaki ayniyet veya benzerliğin değerlendirilmesinde bunlar göz önünde bulundurulmamalıdır. Bu yüzden, tescilli bir sözcük markasının alan adında ikincil düzey alan adı olarak aynen yer alması halinde, marka ile alan adı arasında benzerlik, değil ayniyetin var olduğu kabul edilmelidir⁸⁷⁶.

⁸⁷³ ŞENOCAK, s. 108.

⁸⁷⁴ NOMER, s. 407.

⁸⁷⁵ ŞENOCAK, s. 107.

⁸⁷⁶ Thomas UBBER, Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet- Domains, **WRP** 6/97, s. 505; Annette KUR: **Internet und Kennzeichenrecht**, in: Praxis des Online Rechts, (hrsg.) Loewenheim/Koch, München 2001, s. 347; LG Düsseldorf, 04.04.1997, CR 3/1998, s. 166’dan naklen KIRCA, Alan Adı, s. 528; EPÇELİ, s. 138; KÜÇÜKALİ, s. 157.

Farklı görüşte olanlara göre ise, her ne kadar ülke kodu (tr vs.) ile jenerik üst düzey alan adının (com, net vs.) tek başlarına alan adının ayırt edici hakim unsurları olmadığı yolundaki tespit doğruysa da, bazı şartlarda bunlar alan adının bütünü itibari ile bıraktığı izlenimin belirlenmesinde rol oynayabilirler. Kaldı ki, alan adının yapısını tanıyan, onu oluşturan unsurların ne anlama geldiğini, hangi unsurun alan adının sahibini gösterdiğini bilen bir kimse, genelde alan adının bağımsız unsurlarını değil, bütününe ilgili internet sitesinin ayırt edici işareti olarak zihninde tutar⁸⁷⁷.

Kanaatimizce prensip olarak alt düzey alan adları karıştırılma ihtimalinin tespitinde hakim unsur olarak değerlendirilecek ve ayniyet veya benzerliğin tespitinde öncelikle dikkate alınacaktır. Ancak bazı alan adlarında alt düzey alan adının ayırıcı niteliği zayıf olduğunda, bu hali telafi etmek amacıyla alan adı reklamlarda yahut sözlü iletişim yöntemi kullanılan hallerde, alt düzey alan adı ile birlikte üst düzey jenerik alan adı da kullanılmak suretiyle yer alırlar. Böylece alan adı bu tarz kullanım sonucu ilgili halk kesiminde bütünü itibariyle ayırt edicilik kazanır. Örneğin “sahibinden.com” ifadesi bütünü itibariyle ayırt edicidir. Bir diğer husus, birtakım alan adlarının tüm unsurlarıyla birlikte marka olarak tescil edilmiş olmaları halidir. Bu halde tescilli markanın esaslı unsurunun hangisi olduğu somut olaya göre belirlenmelidir.

Önceki bölümlerde defaatle değinildiği üzere, markalar arasında karıştırılma ihtimalinin varlığı tespit edilirken markaların bütünü itibariyle bıraktığı etki dikkate alınmaktadır. Alan adları ile markalar arasında iltibasın varlığı tespit edilirken; işaretin bütünü itibariyle bıraktığı etkinin belirlenmesinde, alan adında yer alan jenerik üst düzey alan adıyla ülke kodu da hesaba katılmalıdır. Ancak bu unsurların genel görünüme etkisinin az olduğu gözlerden uzak tutulmadan, alan adında esas (hakim) unsur alt alan adı olduğu için marka ile internet alan adının karıştırılmasında bu unsur birinci derecede rol oynar⁸⁷⁸. Buna göre, alt alan adının tescilli markayla aynı veya benzer olması durumunda, ülke kodu veya jenerik üst alan adı farklı bile olsa bu durum iltibasa yol açabilecektir⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ Ueli BURRI: **Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names**, Bern 2000, s. 77’den naklen KIRCA, Alan Adı, s. 529; EPÇELİ, s. 138, dn. 491; KÜÇÜKALİ, s. 157, dn. 48.

⁸⁷⁸ BURRI, s.80.

⁸⁷⁹ KIRCA, Alan Adı, s. 534.

Diğer taraftan, esas itibari ile bütün alan adlarının önünde bulunan ve alan adının bir internet sitesinin adresine ilişkin olduğunu belirten “www” işareti, tamamen betimleyici işaret niteliğinde kabul edilmelidir. Bu yüzden, alan adının bütünü itibari ile bıraktığı etkinin belirlenmesinde bu kısım dikkate alınmamalıdır⁸⁸⁰.

İnternet alan adları ile ilgili ihtilafların çözülmesi konusunda yetkili uluslararası bir kuruluş olan ICANN⁸⁸¹ da, alan adları ile markalar arasında iltibasın varlığını tespit ederken sadece alt alan adını dikkate almaktadır⁸⁸². Örneğin, tippex markasının tipp-ex.com şeklinde alan adı olarak alınması durumunda marka ile alan adı arasında karıştırma tehlikesi bulunmaktadır⁸⁸³.

Tescilli bir markanın aynısının internet alan adı olarak kullanılması durumunda, söz konusu ayniyetin iltibasa yol açıp açmadığının incelenmesine gerek kalmaksızın iltibasın varlığını kabul etmenin uygun olduğu ifade edilmiştir⁸⁸⁴. Eğer ticari etki yaratacak şekilde alan adının kullanıldığı sabitse, aynen kullanım hallerinde iltibasın varlığı mutlak kabul edilmelidir.

Markanın aynısının internet alan adı olarak kullanılması halinde, ayniyet kavramının ne şekilde anlaşılması gerektiği incelenmeye muhtaçtır. Örneğin, bir markayı oluşturan unsurlarda hiçbir değişiklik yapılmadan veya ayırt edilemeyecek derecede küçük değişiklikler yapılarak internet alan adı olarak kullanılması halinde ayniyetten söz etmek mümkündür. Benzer şekilde, markayı oluşturan ve ayrı ayrı yazılan birden fazla sözcüğün internet alan adı olarak kullanılırken zorunluluk gereği bitişik yazılması durumunda da ayniyetin varlığı kabul edilmelidir⁸⁸⁵. Çünkü alan adı oluşturulurken boşluk bırakılarak sözcüklerin sıralanması teknik olarak da mümkün değildir.

Benzerlik bakımından ise, marka hakkı sahibi, markasının benzerinin üçüncü bir kişi tarafından, markanın kapsadığı mal veya hizmetlere benzer mal veya hizmetler

⁸⁸⁰ BURRI, s. 80; KIRCA, Alan Adı, s. 532; EPÇELİ, s. 139.

⁸⁸¹ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, (ICANN) yani İnternet Tahsisli Adlar ve Sayılar Kurumu, 1998’de kurulan merkezi Los Angeles’ta bulunan, ticari gaye gütmeyen bir sivil bir örgüttür. Bkz. www.icann.org.

⁸⁸² BOZBEL, Alan Adları, s. 232.

⁸⁸³ BOZBEL, Alan Adları, s. 232.

⁸⁸⁴ KIRCA, Alan Adı, s. 530.

⁸⁸⁵ ŞENOCAK, s. 117.

için, internet alan adı olarak kullanılmasını önleyebilecektir. Markanın benzerinin internet alan adı olarak kullanılması durumunda, öncelikle markanın ayırt ediciliğinin ve dolayısıyla güçlü ya da zayıf bir marka olup olmadığının incelenmesi gereklidir. Tasvir edici, tanımlayıcı kavramlardan oluşan, özgün niteliği az olan ve dolayısıyla ayırt ediciliği de zayıf olan markalarda karıştırılma ihtimalinin önlenmesi için ufak değişikliklerin yapılmış olması yeterlidir⁸⁸⁶. Örneğin, şarap tanıtımı için tur düzenleyen bir işletmeye ait olan “WINETOURL” markası ile başkaca bir firmaya ait olan ve yine aynı amaca hizmet eden “www.wine-tours.com” internet alan adı arasında iltibas tehlikesinden bahsedilemeyecektir. Buna karşılık, tasvir edici kavramlardan oluşmayıp, ayırt edici niteliği güçlü olan markalarda yapılan ufak tefek değişiklikler marka ile internet alan adı arasındaki iltibas ihtimalini ortadan kaldırmayacaktır⁸⁸⁷.

İnternet alan adlarında şekil unsurunun bulunması mümkün olmadığından, marka ile internet alan adı arasındaki benzerliğin değerlendirilmesinde markanın sözcük unsurunun şekil unsurundan bağımsız olarak ele alınması gereklidir. Bu bakımdan, eğer kelime ile birlikte şekil unsurunu da içeren bir marka sadece şekil unsuru nedeniyle marka korumasına kavuşmuşsa, bu markanın kelime kısmı internet alan adına karşı bir korumadan yararlanamayacaktır⁸⁸⁸. Diğer bir ifadeyle, sözcük ve şekil unsurlarını birlikte ihtiva eden bir markanın sözcük kısmı tek başına tescil edilebilecek bir özelliğe sahip değilse, marka hakkı sahibi bu sözcüğün yer aldığı internet alan adına karşı KHK m.9/I (b) ve 9/II (e) hükmü uyarınca koruma elde edemeyecektir.

2. İnternet Alan Adı ile Markanın Kapsadığı Mal veya Hizmetler Arasındaki Ayniyet veya Benzerlik

Bir marka ile alan adı arasında iltibasın tespitinde alan adı ile markanın aynı veya benzer olmasının yanında, kullanıldıkları mal veya hizmetinde aynı veya benzer olması aranacaktır⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ ŞENOCAK, s. 121; ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 100.

⁸⁸⁷ ŞENOCAK, s. 122.

⁸⁸⁸ ŞENOCAK, s. 122.

⁸⁸⁹ KIRCA, Alan Adı, s.540.

KHK m.9/II (e) hükmünde, tescilli marka ile aynı veya benzer olan herhangi bir işaretin ticari etki yaratacak tarzda internet ortamında kullanılmasının marka hakkı ihlali olarak birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabileceği düzenlenmiştir. İltibas ihtimalini düzenleyen m.9/I hükmü, tanınmış markalar haricinde, ihlalin varlığı için sonraki işaretin tescilli marka ile aynı veya benzer mal ve hizmetleri kapsamasını aramaktadır. Bu bakımdan; marka ile internet alan adı arasındaki benzerliğin yanı sıra, kapsadıkları mal veya hizmetlerin benzerliğinin de araştırılması gerekmektedir. Aksi durumda, marka olarak tescilli internet alan adlarına, tanınmış markalara sağlanan korumanın sağlanmış olacağı ve böylece internet alan adlarına özgü özel bir karıştırılma ihtimali kurumunun doğacağı ifade edilmiştir⁸⁹⁰. Söz konusu inceleme yapılırken ise, iki marka arasındaki iltibas ihtimalinin değerlendirilmesinde kullanılan ölçütler kullanılacaktır⁸⁹¹.

İnternet alan adının kapsadığı mal ve hizmetlerin nasıl tespit edileceği hususu mahkeme kararlarında tartışılmıştır. Alman Düsseldorf Mahkemesi tartışılan bir kararında; karıştırılma değerlendirmesine esas alınacak mal veya hizmet, alan adı ile ulaşılan sitenin kendisi olup, orada sunulan mal ve hizmetler ya da onun içeriği olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, bu sonuca ulaşırken karşı karşıya bulunulan durumu, adları aynı olan iki farklı derginin karıştırılmasına benzetmiştir. Zira, aynı isimle kamuya sunulan dergiler arasında karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde, normal olarak onların içerikleri rol oynamaz⁸⁹².

Karıştırılma ihtimali, ancak bir markanın aynı veya benzeri olan internet alan adıyla ulaşılan bir internet sitesinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin aynı veya benzerinin satışa sunulması⁸⁹³ ya da bunların tanıtım ve reklamının yapılması halinde gerçekleşebilir⁸⁹⁴.

Tanınmış markalar bakımından ise, tanınmış bir markanın sahibi, markasının aynısının veya benzerinin üçüncü bir kişi tarafından internet alan adı olarak kullanılmasını önleme hakkına sahiptir. Üstelik tanınmış marka söz konusu

⁸⁹⁰ ŞENOCAK, s. 127.

⁸⁹¹ Bkz.: Üçüncü Bölüm, II, B.

⁸⁹² Bkz.: Alman LG Düsseldorf'un 04. 04. 1997 tarihli kararı, CR 3/1998, S. 165 vd. (naklen; KIRCA, Alan Adı, s. 539-540); KÜÇÜKALİ, s. 158; EPÇELİ, s.141, dn.505.

⁸⁹³ KUR, s. 350; KIRCA, s. 541

⁸⁹⁴ KIRCA, Alan Adı, s. 541.

olduğunda, pazarın diğer alanlarında olduğu gibi internet ortamında da, tescilli marka ile internet alan adının kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzer olması şartı aranmamakta ve böylece daha geniş bir koruma sağlanmaktadır.

Bazı olaylarda, tanınmış markaların aynısı değil bazı harfleri değiştirilerek alan adı olarak tahsis ettirilmektedir. Örneğin Citizen yerine, “Cetizen” sözcüğünün kullanılması böyledir. Burada güdülen amaç, arama motorlarına veya aders çubuğuna markaları yanlış yazan internet kullanıcılarını kendi sitelerine yönlendirmektir. Geleneksel dünyada bir markanın aynı veya benzerini karıştırılma ihtimali oluşturacak şekilde kullanmak nasıl marka tecavüzü ve haksız rekabet teşkil ediyorsa, internet ortamında da markalarda değişiklik yapılarak veya benzerlik yaratılarak alan adı olarak kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir⁸⁹⁵.

3. Dikkate Alınacak Toplumsal Çevre

Markalar arasında iltibasın varlığı tespit edilirken mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici kesime göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Mal veya hizmetin her kesimden alıcı grubuna, özel bir gruba veya uzman bir alıcı grubuna hitap etmesi durumlarında karıştırılma tehlikesinin tespitinde dikkate alınacak olan kişiler değişmektedir. Aynı şekilde, bir alan adı altında sunulan mal veya hizmetin hitap ettiği kesime göre, karıştırılma ihtimalinin var olup olmadığı hususunda doğal olarak farklı kişiler dikkate alınacaktır. Eğer bir alan adıyla internet ortamında sunulan mal veya hizmetler her kesimden alıcı grubuna hitap ediyorsa, bu takdirde orta seviyedeki bir tüketicinin tecrübe ve dikkati esas alınacaktır⁸⁹⁶. Bu elbette internet kullanıcısı ortalama bir tüketicidir. İnternet kullanımı hakkında bilgisi olmayan veya çok cüzi olan bir tüketicinin dikkati, internet ortamında mal veya hizmet alımı yapan birine göre daha farklı olacaktır. İnternet kullanıcısı sayısal ortamdaki adreslerin önemini ve bir harf değişikliği ile farklı adreslere gidilebileceğini bilirler. Ve fakat bu bilgi ve tecrübe yine de bir marka ile alan adının karıştırılma tehlikesini azaltsa bile tamamen ortadan kaldırmaz⁸⁹⁷.

⁸⁹⁵ Bekir GÜVEN: İnternet Alan Adı ve Marka Arasındaki İlişki, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara 2010, s. 54.

⁸⁹⁶ KIRCA, Alan Adı, s. 538.

⁸⁹⁷ EPÇELİ, s. 142; KIRCA, Alan Adı, s. 538.

Eğer tüketiciler, marka sahibi ile internet alan adı sahibinin aynı kişi olduğu veya marka sahibi ile alan adı sahibi arasında bir bağlantı olduğu kanısına varmışlarsa, bu durumda karıştırılma ihtimalinin gerçekleştiği kabul edilecektir.

Tüketici iltibas yaratan alan adını kullanarak internet sitesine girdikten sonra, alan adı sahibi ile marka sahibinin aynı olmadığını anlasa dahi, alan adı sahibi bu karıştırmadan ekonomik yarar sağlayabilir. Örneğin; tüketici bir marka sahibi ile alan adı sahibinin aynı olduğunu düşünerek, markayla aynı veya benzer olan alan adını kullanıp bir internet sitesine girdikten sonra yanıldığını fark edebilir, ancak girmiş olduğu sitede sunulan mal veya hizmetlerin tanıdığı marka ile ayrı mal veya hizmetler olduğunu bilmesine rağmen, bu arada bunları beğenip onları satın almak isteyebilir ve bu durumda markanın aynısını ya da benzerini alan adı olarak kullanan kişi haksız bir kazanç elde etmiş olur⁸⁹⁸.

III. MARKA İLE TİCARET ÜNVANI ARASINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

Ticaret unvanı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda açık olarak tanımlanmış değildir. Fakat Kanun'un 39. maddesindeki unvan kullanma zorunluluğu ile ilgili düzenlemelerden hareketle bir tanım yapabilmek mümkündür. Buradan hareketle ticaret unvanı, tacirin ticarî işletmesi ile ilgili tüm işlemlerinde kullandığı, ticari işletmesi ile ilgili senet ve evrakı imzalarken kullandığı ticari addır” diyebiliriz⁸⁹⁹. Ya da ticaret unvanı, tacirin, ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaparken kullandığı ad olarak da tanımlanabilir⁹⁰⁰. Ticaret ünvanı gerçek veya tüzel kişi tacirlere kimlik kazandırarak, onların diğer tacirlerden ayırt edilmesine yardımcı olduğu gibi sahibine inhisari bir hak da sağlar⁹⁰¹. Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilir; esnaf gibi tacir olmayan kişiler ticaret unvanı kullanamazlar⁹⁰².

⁸⁹⁸ Fahri Murat ARIKAN: “Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2000, C.74, S.7-8-9, s.784.

⁸⁹⁹ POROY/YASAMAN, s. 386, Kn.381; Oğuz İMREGÜN.; **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, Bursa, 1994, s. 85.

⁹⁰⁰ GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s. 51. *Arkan*, ticaret unvanı yerine “firma” teriminin de kullanıldığını fakat firma teriminin ticari işletmeyi de ifade edebildiği için kullanmanın yanlıya sebep olacağını belirtmiştir, (ARKAN, Ticari İşletme, s. 257, dn.1);

⁹⁰¹ UZUNALLI, s. 138; GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s. 23; ÇAĞLAR, s. 78.

⁹⁰² ARKAN, Ticari İşletme, s. 257.

6102 sayılı TTK m.50 gereğince, usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı sadece sahibine aittir. Dolayısıyla, ticaret unvanı hukuken koruma altına alınmıştır. Tescil olunmuş ticaret unvanına tecavüz edilmesi durumunda hak sahibi TTK m.52 gereğince unvanın korunmasını talep edebilir⁹⁰³. Diğer yandan, Paris Sözleşmesi m. 2 (milli muamele kuralı) atfı doğrultusunda m.8 hükmü de ticaret unvanının, bir fabrika veya ticaret markasının parçası olsun ya da olmasın, tevdi ve tescil zorunluluğu olmaksızın, anlaşmaya dâhil ülkelerde korunacağını düzenlemektedir⁹⁰⁴. Dolayısıyla bu ticaret unvanları Türkiye’de koruma imkânına kavuşacak ve iltibas yaratan eylemlere müsaade olunmayacaktır⁹⁰⁵.

Ticaret unvanı, esas unsur ve eklerden meydana gelir. Doğacak karışıklıkları mani olmak için, ticaret unvanının esas unsurunun ayırt edici karaktere sahip olması aranmaktadır. Ayrıca, ticaret unvanının ve eklerinin doğru bilgiler içermesi, başka bir ifadeyle yanıltıcı olmaması gerekmektedir⁹⁰⁶. TTK m.46 hükmü uyarınca, işletmenin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında üçüncü kişilerde yanlış bir kanının oluşmasına neden olacak nitelikte veya kamu düzenine aykırı olan eklerin kullanılması yasaklanmıştır.

Marka da ticaret unvanı gibi ayırt edici bir işarettir ve sahibine inhisari haklar sağlar. Ancak markalar tacirleri değil, işletmelerin mallarını ve hizmetlerini ayırt etmeye yarar. Bu itibarla, işlevleri farklı olan ve farklı hükümlere göre oluşturulan ve korunana bu iki ayırt edici işaret aynı ayırt edici unsurlardan oluşsa dahi, kural olarak farklı kişiler tarafından işlevlerine uygun olarak kullanılabileceklerdir⁹⁰⁷. Fakat bilhassa hizmet markası ve ticaret unvanının sahipleri farklı kişilerse ve bu işaretler aynı veya karıştırılmaya neden olacak şekilde benzer ise, pazarda yaratılan karışıklığın hangi hükümlere göre giderilebileceği, ihtilafların nasıl çözüleceği incelenmeye muhtaçtır⁹⁰⁸.

⁹⁰³ UZUNALLI, s. 138.

⁹⁰⁴ FEZER, MarkenR 2009, § 15, Rn. 10; GRUBER, in; VON SCHULTZ, § 5, Rn. 38; GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s.52; OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar, s. 9-10.

⁹⁰⁵ OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar, s. 10.

⁹⁰⁶ GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s.52.

⁹⁰⁷ Ticaret Unvanının ticari işler dışında kullanımı söz konusu olduğu hallerde medeni hukuk çerçevesinde korunması da gündeme gelecektir. Alman Hukuku yönünden bkz.; GRUBER, in; VON SCHULTZ (Edit), 2. Bası, Frankfurt 2007, § 5, Rn. 6; FEZER, MarkenR 2009, § 15, Rn. 129.

⁹⁰⁸ UZUNALLI, s. 138.

A. Ticaret Unvanının Markadan Önce Tescil Edilmiş Olması

556 sayılı KHK m.8/5 hükmüce, tescil için başvurusu yapılan markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaması halinde hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir. Bu hüküm gereği, ticaret unvanı sahibi de, unvanını içeren marka başvurusuna itiraz etme hakkına sahiptir⁹⁰⁹. Ticaret unvanı sahibi itiraz etmeden marka tescil edilmiş olsa bile, marka sahibi tescile dayanarak ticaret unvanının kullanılmasını önleyemeyeceği gibi, söz konusu unvanın terkinini de talep edemeyecektir⁹¹⁰. Aksi halde; tescil edilmiş ticaret unvanına TTK m.50 ile sağlanan koruma, KHK ile engellenmiş olacaktır⁹¹¹. Böyle bir durumda her iki ayırt edici işaretin sahibi de hakkını, dürüstlük kuralıyla sınırlı olmak kaydıyla, kullanabilecektir. Yargıtay'da bu yönde; korumanın, her iki taraf için de iyiniyet hükümleri çerçevesinde devam etmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹¹².

Diğer taraftan, ticaret unvanının sahibi, işaretini marka gibi kullanması halinde, tescilli marka sahibi bu tarz markasal kullanımı engelleyebilecektir⁹¹³. Ve fakat marka sahibi ticaret sicilinde tescilli olan ticaret unvanının yine de terkinini isteyemeyecektir⁹¹⁴. Ticaret unvanının tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yaratacak şekilde markasal olarak kullanılması söz konusu olduğunda, ticaret unvanı markadan

⁹⁰⁹ UZUNALLI, s. 138. Yargıtay, "CESA" markasına ilişkin verdiği kararında; ticaret unvanı markaya nazaran daha eski olan unvan sahibinin, üçüncü bir kişi tarafından daha sonra tescil edilen ve ticaret unvanı ile aynıyet veya benzerlik teşkil eden markanın iptalini isteme hakkının bulunduğu ifade edilmiştir, Y. 11. HD, T. 24.01.2008, E. 2007/12416, K. 2008/548, (GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s.182).

⁹¹⁰ UZUNALLI, s. 138. Aksi yönde bkz.: OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar, s.8.

⁹¹¹ Y.11.HD, T. 09.02.2004, E. 2003/6408, K. 2004/1022, (GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s. 134-135; GÜNEŞ, Fikri Mülkiyet, s. 268-269).

⁹¹² Yargıtay mezkur kararında : "... Davacı şirketin marka tescil başvurusunun ilanı üzerine davalı taraf itiraz etmemiş ve sonradan da hükümsüzlük davası açtığını temyiz dilekçesinde ileri sürmemiş ise de, önce tescilli unvan ile sonra tescilli marka kullanımının birbirine üstünlüğü ve önceliği bulunmadığının, diğer anlatımla davalının yasal öncelik hakkına dayanarak ünvanını kullandığının ve mutlaka davacı aleyhine marka iptal davası açmak zorunda olmadığının kabulü gerekir. Aksi halde, davalı ünvanını yasal olarak koruması başka bir yasa hükmü ile engellenmiş olacaktır. Davacı markasının korunması aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6 ncı maddesi hükmü uyarınca, tescil ile elde edilmesine karşın, davalı ünvanının korunması da TTK'nun 52 nci maddesi hükmü uyarınca ticaret siciline önce tescil ile başlar. Her iki madde hükmü ile başlayan korumanın, her iki taraf için de iyiniyet hükümleri çerçevesinde devam etmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Bu madde hükümleri bahane edilerek, bu hakkın kötüye kullanılmasının da hukuken himaye görmeyeceği açıktır," demiştir. Y.11.HD. Y.11.HD. 9.2.2004 T, 2003/6408 E, 2004/ 1022 K, (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T. 30.04.2016; UZUNALLI, s. 139-140)

⁹¹³ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s.214; KÜÇÜKALİ, s. 150.

⁹¹⁴ UZUNALLI, s. 139.

önce tescil edilmiş olsa da marka sahibi, ticaret unvanının bu şekilde kullanılmasının engellenmesini talep edebilecektir⁹¹⁵. Markasal kullanma, bir işaretin marka gibi kullanılması, başka bir ifadeyle, işaretin markanın etkilerini doğuracak şekilde kullanılmasıdır⁹¹⁶. Buna karşın, ticaret unvanını iltibasa yol açan markadan önce tescil ettirmiş olan tacir, KHK m.42/I-b gereği markanın hükümsüz kılınmasını talep edebilir⁹¹⁷.

Yargıtay 2.7.2007 tarihli bir kararında markasal kullanımı irdelemiş, davalının ticaret unvanında yer alan sözcüğün marka hakkını ihlal etmesi mümkün ise de, bu ibarenin davalı şirketin ticaret unvanının esaslı unsuru olması nedeniyle, iptal olununcaya kadar davalı yanca yasal kullanım hakkı bulunduğundan marka hakkına tecavüz oluşturmayaacağı; fakat davalının bu ibareyi sadece ticaret unvanında değil, davacının tescilli markası ile karıştırılma ihtimali yaratacak şekilde markasal olarak kullandığını belirtip, bir tecavüzün varlığının kabulü ile tazminat miktarının değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹¹⁸.

B. Markanın Ticaret Ünvanından Önce Tescil Edilmiş Olması

Marka hakkı sahibi, markasının tescilinden yahut tescil başvurusundan sonra üçüncü bir kişi tarafından bu marka ile karıştırılma ihtimali yaratacak bir ticaret unvanının tescil edilmesi halinde, kural olarak, yetkili merciden ticaret unvanının terkinini talep edemez. Fakat söz konusu ticaret unvanı kendi işlevine aykırı biçimde bir marka gibi kullanılıyorsa, marka hakkı sahibi bu kullanımı engelleyebilir. Bununla

⁹¹⁵ YASAMAN vd., Marka Hukuku, C.II, s. 1121.

⁹¹⁶ GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s. 97.

⁹¹⁷ “..556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 8/5 nci fıkra hükmüne göre, önce tescilli unvan sahibinin itirazı üzerine marka tescil başvurusu reddedilir...”. Y.11.HD. Y.11.HD. 9.2.2004 T,2003/6408 E, 2004/ 1022 K, (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com. E.T. 30.04.2016; UZUNALLI, s. 139-140)

⁹¹⁸ “...davalı yan davacı markasını tanıtım kitapçığının ve işyerinde “ODTÜLÜLER” biçiminde kullandığı, “ODTÜ” kelmesine eklenen “LÜLER” ibaresinin kök kelimeyi değiştiren, onu farklı kılan özellikte olmayıp, sadece aidiyet bildirir nitelikte olduğu, davalı eyleminimarka ihlali olarak olarak kabulü olanaklı ise de, bu ibare davalı şirketin ticaret unvanının esaslı unsuru olduğu için iptal edilinceye kadar davalının yasal kullanım hakkı bulunduğundan marka ihlali oluşturmayaacağı gerekçesiyle dava reddedilmiş ise de davalı bu ibareyi sadece ticaret unvanında değil, dosyadaki delillerden anlaşıldığı üzere davacı adına tescilli “ODTÜ” markası ile iltibas yaratacak şekilde marka olarak da kullandığından marka hakkına tecavüzün varlığının kabulü ile tazminat istemi değerlendirilerek sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiş...”Y.11.HD.14.4.2009 T., 2006/7458, E., 2007/9996 K, (Necati MERAN: **Marka Hakları ve Korunması**, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2008, s. 251; UZUNALLI, s. 141-143)

birlikte *Uzunalli*, önceden tescil edilmiş marka bir hizmet markası ise, sonradan tescil edilen ve karıştırılma ihtimali yaratan ticaret unvanı işlevine uygun kullanılıyor yani marka gibi kullanılmıyor olsa bile, marka hakkı sahibi tarafından bu ticaret unvanının terkinini talep edilebileceğini belirtmektedir⁹¹⁹. Elbette bu tür bir kullanımda unvanın terkininin talep edilebilmesi için, ticaret unvanını kullanan şirketin, hizmet markası ile aynı veya benzer hizmetleri sunuyor olmasının aranacağı unutulmamalıdır.

Bu konuyla ilgili Yargıtay verdiği bir kararda, ilk derece mahkemesinin “davalının davacı adına daha önce marka ve ticaret unvanı olarak tescilli ibaresini ticaret unvanı olarak tescil ettirip, fiilen de marka olarak kullanımının haksız rekaet ve marka hakkına tecavüz oluşturduğu...gerekçesiyle...davalının ‘SONAR-K’ ibaresinin iptaline, sicilden terkinine, ‘SONAR’ ibaresinin davalı tarafından basın araştırmalarında, araştırma ve anket faaliyetlerinden marka olarak kullanımının önlenmesine...” şeklindeki kararını onayarak, sonradan tescil edilen ticaret unvanının marka gibi kullanılması halinde, bu kullanımının engellenebileceği belirtilmiştir⁹²⁰.

Diğer taraftan bir işareti ayırıcı isim veya tescilsiz marka olarak kullanmaya başlayan kişinin, aynı işareti sonradan ticaret unvanı olarak tescil ettiren kişiye karşı ihtilaf halinde yasal öncelik hakkının olduğu kabul edilmeli ve marka ile ticaret unvanı arasında karıştırılma ihtimalinin söz konusu olduğu durumlarda, marka hakkı sahibinin marka hakkına tecavüz nedeniyle ticaret unvanının terkinini talep edebileceği unutulmamalıdır⁹²¹.

Ticaret unvanını oluşturan unsurların tescilli bir markanın esaslı unsurlarını ihtiva etmesi ve aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılması durumunda ticaret unvanının terkinini makul sürede istenebilir. Bu süre her somut olayın özelliğine göre tespit edilmelidir. Yargıtay bir kararında; ticaret unvanının tescilinden itibaren 10 yıl süre geçtiğini, işaretler arasında iltibas sabit olmakla birlikte, ticaret unvanlarının tescil ve ilana tabi bulunduğu da dikkate alındığında, somut olayda sessiz kalmak

⁹¹⁹ UZUNALLI, s. 143.

⁹²⁰ Y.11.HD, T. 14.04.2009, E.2007/9690, K. 2009/4586, (GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s. 128-129; UZUNALLI, s. 143-145).

⁹²¹ Ömer, KORKUT: “Ticaret Unvanı Kullanımıyla Marka Hakkına Tecavüz Hakkında Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)**, C. XXIV, Sayı 3, Ankara, 2008, s. 397.

suretiyle hak kaybının gerçekleştiğini belirterek, tescilin terkin talebini reddetmiştir⁹²².

IV. MARKA İLE TİCARİ İŞLETME ADI ARASINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

İşletme adı, ticari işletmenin adı olup, ticari işletmeyi tanıtmaya işlevine sahiptir⁹²³. Başka bir deyişle, işletme adı bir işletmenin diğerlerinden ayırtedilmesini sağlar. İşletme adı, işletme ile işletmeyi işleten kişi (tacir veya esnaf) arasında bir ilgi kurma amacı taşımadan⁹²⁴, tüketicilerin işletmeyi tanımasına ve diğerlerinden ayırt etmesine yarayan, işletmenin malvarlığına dâhil bir unsurdur (TTK 11/3, TTK 39)⁹²⁵. TTK'nın 53. maddesinde yer alan, işletme adına ilişkin düzenlemeye göre, işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan adların sahipleri tarafından tescil ettirilmesi gerekir. Tescil edilen işletme adları hakkında da yapılan atıf nedeniyle ticaret unvanlarına ilişkin 38, 45, 47, 50, 51 ve 52'nci maddeler uygulanır. Yani, işletme sahibi, işletmesi için bir ad seçip kullanmak zorunda olmamasına rağmen, işletme sahibinin bir ad seçip işletmesi için kullanmaya başlaması durumunda, Kanunun işletme adını düzenlemek için öngördüğü düzenlemelere tabi olacak ve TTK m. 45 gereği ülke çapında korunacaktır⁹²⁶. Örneğin bir işletme adı seçilmişse tescil ettirilmelidir⁹²⁷. Çünkü işletme sahibi, işletme adı seçip kullanmakla işletmesini ferdileştirip, halka bu ad altında tanıtarak, işletmesine yönelik talep sağlamaya

⁹²².. Dava, davalı şirketin ticaret ünvanında yer alan "F." ibaresinin terkinine ilişkin olarak açılmıştır. Her ne kadar TTK'nun 54. maddesi uyarınca davacı, iltibasa neden olan ticaret ünvanının terkinini isteyebilme hakkına sahip ise de; Dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre, böyle bir davanın makul sürede açılması gerekir. Ticaret ünvanları tescil ve ilana tabi bulunduğu için makul sürenin hesabında bunun da nazara alınması icap eder. Makul sürenin geçirilmesi halinde sessiz kalma nedeni ile hak kaybı oluşur. Somut uyuşmazlıkta, her ne kadar her iki tarafın ticaret ünvanının esas unsurları benzer ise de, davalının ünvanının tescilinden yaklaşık 10 yıl sonra dava açıldığından, kendisini mevcut ünvanı ile tanıtan davalının ünvanının terkinini istemez.”Y. 11. HD. T. 16.6.2015, E. 2015/2572, K. 2015/8392, (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, E.T.30.04.2016).

⁹²³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §1, Kn. 79.

⁹²⁴ DOMANIÇ, s. 236.

⁹²⁵ Seda Ş. GÜNGÖR: “Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında İşletme Adı ve İşletme Adının Korunması”, **EÜHFD**, C. XVIII, S. 1–2 (2014), s. 194.

⁹²⁶ GÜNGÖR, s. 194; GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s.143.

⁹²⁷ EPÇELİ, s. 131.

çalışır⁹²⁸. Usulünce tescil edilen işletme adını kullanmak hakkı, münhasıran sahibine ait olan mutlak bir haktır⁹²⁹.

Ticaret unvanı ile ticari işletme adı arasında birtakım farklılıklar vardır. Ticaret unvanı tacirleri birbirinden ayırt etme işlevi görürken, ticari işletme adı işletmeleri birbirinden ayırt etmeye yaramaktadır (m.53)⁹³⁰. Diğer yandan ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilirken, ticari işletme adını esnaflar da isterlerse tescil ettirerek kullanabilirler⁹³¹. Devredilebilir bir nitelikte olan ticari işletme adının, bu bakımdan bir ekonomik değer taşıdığı da belirtilmelidir. Ticaret unvanlarının da ekonomik değerleri olduğu halde ticari işletmeden bağımsız olarak devredilemezler⁹³². İşletme adlarına örnek olarak, “Kanaat Lokantası”, “Şifa Eczanesi” gösterilebilir.

Bir kimseye ait markanın başka bir kimse tarafından işletme adı olarak kullanılması halinde de bir karıştırılma ihtimalinden bahsedilebilir ve marka sahibi marka hakkına dayanarak bu duruma engel olabilir⁹³³.

KHK m.8/V hükmü uyarınca, tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilecektir. Ticari işletme adları da sınai mülkiyet haklarındandır ve bu bakımdan işletme adı sahibi, KHK m.8/V hükmüne dayanarak, işletme adını içeren bir markanın işletme adından sonra tescil edilmesi talebine itiraz ederek tescile engel olabilmektedir. Diğer taraftan eğer, işletme adı sahibince bir itiraz ileri sürülmemesi sebebiyle marka tescil edilmiş olsa dahi, marka sahibi işletme adının kullanılmasını önleyemeyecektir. Ancak, önceki tarihli işletme adı marka gibi kullanılıyor ve bu kullanım karıştırılma ihtimali yaratıyorsa, işletme adından sonra

⁹²⁸ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, C. I, s. 397; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 313; Halil H. ARSLANLI: **Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler)**, İstanbul 1960, s. 78

⁹²⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §1, Kn. 80.

⁹³⁰ *Oytaç*, bu hususta farklı bir tanımlama getirmektedir. Yazara göre, ticaret unvanı; ticari işletmelerin birbirlerinden ayırt edilmesine yarayan, bir ticarethanenin kapısında, telefon rehberinde yazılı isim olup, öreğin banka hesabı açılırken bu işletme ismi kullanılır. “Ticart unvanı” ve “şirket ismi” gibi kavramlar kullanan yazarın, Türk mevzuatındaki kavramlara farklı anlamlar yüklediği ve farklı terimler kuulandığı anlaşılmaktadır (OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar, s. 8 vd.).

⁹³¹ KÜÇÜKALİ, s. 151.

⁹³² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §1, Kn. 79; ARKAN, Ticari İşletme, s. 267, 270.

⁹³³ EPÇELİ, s. 131.

tescil edilen markanın sahibi, söz konusu işletme adının markasal kullanımını engelleyebilecektir⁹³⁴.

Marka hakkı sahibi, tescilli markasının sonradan kendi markasıyla karıştırılma ihtimali doğuracak şekilde bir ticari işletme adında yer almasının engellenmesini talep edebilir⁹³⁵. KHK m.9 düzenlemesi gereğince marka sahibine, markasının aynısı veya benzeri olan herhangi bir işaretin, iltibas tehlikesi yaratacak şekilde, aynı veya benzer sınıflarda kullanılmasını engelleme hakkı verilmiştir. Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan bir işletme adının, markanın kapsadığı mal veya hizmetler ile aynı veya benzer sınıflarda markasal kullanımı, işaretler arasında karıştırılma ihtimali oluşturacağından, marka hakkı sahibi söz konusu işletme adının kullanılmasını engelleyebilecektir⁹³⁶.

ABAD “Céline” kararında, işletme adının mal üzerine konulması halinde marka hakkını ihlal eden bir yararlanma fiilinin olduğuna karar vermiştir⁹³⁷. Divan’a göre, işletme adından, ilgili çevrenin işletme adı ile işletmece satılan mallar veya hizmetler arasında bağlantı kurabileceği tarzda yararlanılması halinde, malın üzerinde işletme adına yer verilmemesi ihtimalinde dahi korunan markanın köken ayırt etme işlevine zarar verildiğinden hareket edilmelidir. Bu nedenle, işletme adının sadece kendi işlevine uygun kullanılması halinde yasal olarak korunacak ve bu kullanım marka koruma kapsamı haricinde kalacaktır⁹³⁸.

Yargıtay, bir kişinin markasının başkası tarafından işletme adı olarak kullanılması neticesinde marka ile işletme adı arasında iltibas yaratılması hususuna ilişkin verdiği bir kararda, davalının, işyerinde kullandığı işletme adıyla, davacının markasının kapsamında yer alan mallar ile aynı veya benzer malların satışı işiyle uğraşması, davalının sunduğu hizmetin (parakendecilik), davacının ticaret markasıyla benzer olduğuna hükmetmiş; bir markanın üçüncü bir kişi tarafından aynı yahut benzer malların satımı hizmetinde işletme adı olarak kullanılmasının karıştırılma

⁹³⁴ ÖZKAN, s. 84.

⁹³⁵ GÜNEŞ, Önceye Dayalı Haklar, s. 130.

⁹³⁶ UZUNALLI, s.311.

⁹³⁷ ABAD, (ECJ), 11.9.2007, C-17/06- Céline SARL/ Céline SA, **GRUR** 2007, s. 972; Karar için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-17/06>, (E.T. 01.05.2016).

⁹³⁸ UZUNALLI, s. 311.

ihhtimali yaratması halinde bu kullanımın marka hakkına tecavüz niteliğinde olduğunu belirtmiřtir⁹³⁹.

Son olarak Alman Federal Mahkemesinin “The Home Depot”- “Bauhaus The Home Store” kararına değinilmelidir. Davacı 2000 yılında topluluk markası olarak tescil ettirdiği “The Home Depot” adıyla Amerika ve Meksika’da ev tamiri ve inşaat ürünleri satışı yaptığını ve aynı alanda ürün satışı yapan davalının “Bauhaus” markasına “the home store” ibaresini ek olarak yerleştirerek kullandığını, böylelikle marka hakkına tecavüz ettiğini iddia etmiştir. Federal Mahkeme, davalının kullanımının markasal olup olmadığina göre bir değerdendirme yaparak; satılan mallar veya sunulan hizmetler ile aynı zamanda bağlantı kuran işletme adını veya ticaret unvanını, işlevine uygun kullanmanın da markasal kullanma olarak değerdendirilebileceğini ve ilgili çevrenin, işaretin somut olarak katalogda tanıtılan ürünlerle bağlantılı olduğunu düşünmesinin de mümkün olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu bakımdan işletme adının katalog içeriğinde kullanılması, aynı zamanda katalogda tanıtılan mal ve hizmetlerin işletmesel kökenine işaret olarak algınabilir. Nitekim davalı, katalogda üçüncü kişi markası altında üretilen ürünleri değil, kendi işletmesinin ürünlerini tüketiciye sunduğundan, bu tür kullanımın markasal kullanım olarak kabulü gereklidir⁹⁴⁰.

⁹³⁹ Y.11.HD, T. 24.11.2007, E. 2007/11276, K. 2007/14587. Karar için bkz.: Gönen ERİş: **Açılmalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu**, C.II, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 1410-1411; UZUNALLI, s. 313.

⁹⁴⁰ BGH, 13.9.2007, I ZR 33/05 (OLG Hamburg)- THE HOME STORE. Karar için bkz.: **GRUR** 2008, s.256; **MIR** 2008, Dok. 013 (http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2008_013.pdf, E.T. 05.05.2016); UZUNALLI, s. 313.

SONUÇ

Marka bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler olarak tanımlanabilir. Markalar, işletme ile mal veya hizmetler arasında ilişki kurarlar ve işletmelerin ürettikleri mal veya hizmetleri diğer işletmelerin ürettikleri mal veya hizmetlerden ayırt etmeye yararlar.

Marka olabilecek işaretler bakımından ise ne 89/104 sayılı direktif ne TRİPs sözleşmesi ne de 556 sayılı KHK açık bir sınırlamaya yer vermektedir. Asıl olan, seçilecek işarete ayırt edicilik ve çizimle veya benzer şekilde ifade edilebilir olmak kriterlerinin bulunup bulunmadığıdır.

Marka üzerindeki hak, fikir ve sanat eserlerinden ve diğer bazı sınai haklarından farklı olarak yaratma ile doğmaz. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki hak yaratma ile doğarken bir işaretin marka olabilmesi için orijinal olması gerekmediği gibi yeni ve estetik olması da gerekmez. Fakat ayırt edici nitelikte olma kıstası tescil için aranacaktır. Bu nedenle marka üzerindeki hakkın yaratım ile değil, seçme, ayırma ve kullanma ile ortaya çıktığı; bir “işgal etme hakkı” olduğu kabul edilmektedir. Marka hakkı sahibine, KHK kapsamında inhisari yetkiler, malvarlıksal menfaatler ve sınırlı manevi haklar sağlar. Marka sahibine, izni olmaksızın markanın kullanılmasını önleme yetkisi veren aynı etkileri olan mutlak bir haktır.

Marka sahibi, markasının farklı işaretlerle karıştırılması ihtimaline karşı da korunmaktadır. Karıştırılma ihtimali ise, bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın, daha önce tescil edilmiş bir marka ile şekil, görünüş, ses, genel izlenim gibi kriterler bakımından ayniyet yahut benzerlik taşıması nedeniyle, önce tescil edilen markayla aynı ya da benzer olduğu zannını uyandırması tehlikesidir. Karıştırılma ihtimali objektif olarak değerlendirilmelidir. Tecavüzcünün karıştırılma tehlikesi oluşturma niyetinin bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur. Tescilli bir marka ile karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin, aynı veya benzer mallar için tescilinin mümkün olmadığı, bunun mutlak veya nispi red nedeni sayılabileceği; marka olarak tescil edilmiş ise

markanın hükümsüzlüğü davasının açılabilceğı ya da böyle bir işaret tescilsiz olarak kullanılırsa tescilli markaya tecavüz oluşturacağı bilinmelidir. Yani karıştırılma ihtimali hem bir tescil engeli olurken hem de marka hakkına tecavüz eylemidir.

Karıştırılma ihtimali doğrudan ya da dolaylı şekilde gerçekteşebilir. Doğrudan karıştırılma ihtimali, muhatap kitlenin yani halkın markayla aynı veya benzer işaret sebebiyle, marka ve işareti karıştırarak, malların veya hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığı yanlışlığına düşmesidir. Bu tür bir karıştırma ihtimalinde, alıcı kitlenin böyle bir karıştırma tehlikesi yaşamadağı takdirde sözkonusu mal yahut hizmeti satın alma davranışına girişmeyeceğı söylenebilir. Dolaylı karıştırılma ihtimali ise, muhatap alıcı kitlenin, işaretlar arasındaki benzerlikten hareketle, onları birbirinden ayırt etmesine rağmen marka sahibinin markasında kısaltmalar yaptığı veya seri markalar kullandığı varsayımından hareketle sözkonusu mal ve hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığı sonucuna varma ihtimalidir. Muhatap kitlenin hem işaretları hem de işletmeleri ayırt edebildiğı ve fakat yanlış bir şekilde işletmeler arasında özel ekonomik bağlantılar veya sıkı örgütsel ilişkiler bulunduğunu sanmaları halinde geniş manada karıştırılma tehlikesinin olduğı kabul edilecektir.

Karıştırılma ihtimali değerdendirmesinde, markaların bir bütün olarak bıraktığı izlenimin ne olduğı, mal ve hizmetlerin aynı veya benzer olup olmadığı, marka ve işaretların aynı ya da benzer olup olmadığı, mal ve hizmet benzerliğı ile işaretların benzerliğinin azlığı-çokluğu, birinin azlığının, ötekini çokluğu ile nasıl telafi edildiğı, markanın ne derecede ayırt edici olduğı, mal veya hizmet itibarıyla hedef tüketici kitlesinin ve buna göre ortalama tüketicinin kimlerden oluştuğı, ortalama tüketicinin somut olayda göstereceğı dikkat derecesinin ne olduğı, tanınmışlığın söz konusu olup olmadığı, çağrıştırma ihtimali varsa bunun somut olayda karıştırma ihtimaline yol açıp açmadığı, işletmesel bağlantı izleniminin ve seri marka algılamasının söz konusu olup olmadığı gibi hususlar belirleyici olabilir.

Korunacak markanın tanınmışlık derecesi ve ayırt etme gücü karıştırılma ihtimalinin tespitinde önemli rol oynar. Markanın kendinden ya da pazardaki tanınmışlığından kaynaklanan güçlü bir ayırt etme kuvveti var ise, koruma bu özelliğe sahip olmayan markalara nispeten daha kapsamlı olmalıdır. Bunun gerekçesi,

markanın tanınmışlık derecesinin ve ayırt etme gücünün yüksek olmasının o markanın zarar görmesini kolaylaştırdığı düşüncesidir.

Marka, tek unsurdan ibaret olanlar dışında, esas unsurlarla tamamlayıcı unsurların birleşiminden oluşan bir bütündür ve bütün olarak korunur. Dolayısı ile markalar arasındaki benzerliğin ve dolayısıyla karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi, markada yer alan kelime ya da şekil vb. unsurlarının birbirlerinden bağımsız olarak tek tek ele alınması yoluyla değil, markayı oluşturan tüm unsurların birlikte oluşturduğu bütünsel izlenime göre yapılmalıdır. Somut olayın niteliğine göre bazen, markaların bağımsız yahut hâkim unsurları arasında benzerlik bulunmasına rağmen bunlar bütünsel olarak tamamen farklı etki bırakabilirler. Yine bazen da, markaların bağımsız unsurları arasında tam bir benzerlik olmadığı halde bütün olarak bıraktıkları izlenim onları benzer kılabilir.

Markalar arasındaki karıştırılma ihtimali markaların işitsel, görsel ve kavramsal benzerliğinden dolayı ortaya çıkabilmekte ise de; iltibasın varlığı için bu benzerliklerin üçünün bir arada bulunması gerekmemekte, benzerliklerden herhangi birinin bulunması yeterli olabilmektedir. Bazı durumlarda anlamsal farklılık nedeniyle karıştırma ihtimali ortadan kalabilir. Sözcük ve biçim markası arasındaki karıştırma ihtimali incelenirken genellikle işitsel ve şekilsel benzerlik değil anlamsal benzerliğin olup olmadığı dikkate alınır.

Tescil edilen markanın karıştırma ihtimaline karşı korunması için marka sahibince kullanılması zorunluluğu yoktur. Marka kullanılmıyor olsa dahi, KHK çerçevesinde hükümsüzlüğüne veya iptaline karar verilmedikçe karıştırılma ihtimaline karşı korunmaktadır. Karıştırma ihtimalinin değerlendirilmesinde, marka hakkı sahibinin markasını fiili olarak kullandığı biçimin değil, markasının tescilde yer aldığı biçiminin esas alınacağı unutulmamalıdır.

Karıştırılma ihtimali normatif bir kavramdır ve bundan ötürü, iltibasın varlığı için güncel, fiili olarak gerçekleşmiş bir karıştırmanın gerekli olmayıp böyle bir ihtimali yeterlidir. Bu sebeple ilgili toplumsal çevrede ileride karıştırılmaya dair makul bir imkânın bulunması yeterli görülecektir. Ayrıca karıştırılma ihtimalinin toplumsal çevrenin tamamında söz konusu olması da gerekli değildir. Önemli kabul edilecek miktarda kişinin karıştırma ihtimaliyle karşılaşması kafidir.

Karıştırılma ihtimali markalar arasında oluşabileceği gibi, markalar ile diğer tanıtıcı işaretler örneğin internet alan adı, ticaret unvanı ya da ticari işletme adları arasında da söz konusu olabilir. Türk hukukunda bir tanıtıcı işaretin diğerine karşı kategorik üstünlüğü kabul edilmemiştir. Farklı ad ve işaretler arasında karıştırılma söz konusu olduğu takdirde işareti haklı olarak ilk defa kullanan kişinin hakkı diğerlerine oranla üstün tutulmuştur. Bir markayı ilk defa kullanan kimse, bu markayı firması için ticaret unvanı, işletme adı veya alan adı olarak kullanan kimselere karşı şartları oluştuğunda, haksız rekabet ve marka hukukundan doğan haklarını kullanabilir, tecavüzün durdurulması, giderilmesi veya tazminat davaları gibi hukuki yollara başvurabilir.



KAYNAKÇA

AÇIKEL, Seher: Mutlak ve Nispi Red Nedenleri Kapsamında Karıştırılma İhtimalinin İncelenmesi, TPE Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara: 2008.

ALTHAMMER, Werner / STRÖBELE, Paul / KLAKA, Rainer: Markengesetz, 6. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 2000.

ANIK, Gülgün: “İnternet Alan Adı”, FMR, S..2005/4, C.5, s.67-93.

ARIKAN, Fahri Murat: “Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması”, İstanbul Barosu Dergisi, 2000, C.74, S.7-8-9.

ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, C.I, Ankara: AÜHFY, 1997.

ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, C.II, Ankara: AÜHFY, 1998.

ARKAN, Sabih: “Marka Hakkının Tüketilmesi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BTHEY 1998. (Tüketilme)

ARKAN, Sabih; “Marka Hakkında Tecavüz-İşaretin Markasal olarak Kullanılması Zorunluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2000, C.XX, S.3, s.5-13.(Marka Hakkına Tecavüz).

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 18.Bası, Ankara: BTHEY 2013. (Ticari İşletme)

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 20.Bası, Ankara: BTHEY, 2015. (Ticari İşletme)

ARSEVEN, Haydar: “Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayrı Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu”, İÜHFM, C.16, S.3-4, (İstanbul 1950), ss.822-893.

ARSEVEN, Haydar: Nazari ve Tatbiki Alamet-i Farika Hukuku, İstanbul: Akgün Matbaası, 1951.

ARSLANLI, Halil; H. Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), İstanbul 1960, s. 78.

ASLAN, İ.Yılmaz: “Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler”, FMR, C. 1, S. 2001/1, s. 24.

ASLAN, İ.Yılmaz: Rekabet Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Kitapevi, 2006.

Avrupa Birliği’nda Marka ve Tasarım Koruma Yolları, Seminer Kayıtları, 23-24 Haziran 2003, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayını, No: 2003-46, 2003.

AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku: Genel Esaslar, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 8.Bası, Ankara: Yetkin Yayınları 2015.

BAHTİYAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 14.Bası, İstanbul 2013.

BAINBRIDGE, David I.: Cases and Materials In Intellectual Property Law, Financial Times Pitman Publishing 1999.

BAINBRIDGE, David I.: Intellectual Property, 6th edition, London: Longman, 2007.

BATTAL, Ahmet: “Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine ilişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, Y. 2000.

BAUER Robert: “Dei Ware als Marke-Gedanken zur BH-Entscheidung “füllkorper”, GRUR 1996.

BENTLY, Lionel/SHERMAN, Brad, Intellectual Property Law, Oxford University Press, 2008,

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Ticaret Hukuku Bilgisi, Bursa: Dora Yayınları, 2014.

BİLGİLİ, Fatih: “Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukuki Koruma Şartları”, e-akademi, S.22, (Aralık 2003)

BİLGİLİ, Fatih: Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

BLUM, Rudolf: (Çev.Öcal, Akar) “Markaların Tescili”, Bursa İTİAD, C.II, S.1.

BOHMANN, Dirk: “Ein Kessel Bunter-Anmerkungen zur Schutzfähigkeit der Farbmarke”, GRUR 2002.

BOUCHOUX, E. Deborah, Protecting Your Company’s Intellectual Property: A Practical Guide to Trademarks, Copyrights, Patents & Trade Secrets, Amacom Publishing, New York, 2001.

BOZBEL, Savaş: “İnternet Alan Adları ve ICANN- Tahkim Usulü” , Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul: Beta Yayınları 2004, ss. 215-254. (Alan Adları)

BOZBEL, Savaş: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006. (Karşılaştırmalı Reklam)

BURRI, Ueli: Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names, Bern 2000.

BRUNEL, Andre: “Trademark Protection for Internet Domain Names”, International Business Lawyer, Nisan 1996, C.24.

ÇAĞLAR, Hayrettin: Marka Hukuku, Temel Esaslar, 2.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

ÇAĞLAR, Hayrettin: “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, Yard.Doç.Dr. İbrahim ONGÜN’e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S.1-2, Y.2007, ss.97-112. http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11_5.pdf, (E.T. 03.02.2016).

CAMCI, Ömer: Marka Davaları, İstanbul: Ufuk Reklamcılık Matbaacılık, 1999.

CAN, Mustafa: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet”, TBB Dergisi, S.69, Y.2007, ss.151-176.

ÇELİK Nazlı Hilal: Haksız Rekabet, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, C. IX, S. 2, Yıl: 2012, s. 659-693.

ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014 (ÇOLAK, 2014).

ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012 (ÇOLAK, 2012).

ÇOLAK, Uğur; “Türk Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali İncelemesi”, Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi (18 Mayıs 2013), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2014/2, ss.24-38.

CORNISH, W.R: Intellectual Property; Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights, Third Edition, London 1996 (2000).

CORNISH, William / LLEWELİN, David: Intellectual Property; Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, London Sweet&Maxwell, London 2007.

DAL, Seniha: Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Name) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler, MÜİİBFD, Y. 2010 C. XXVIII, S. I.

DEMİR, Hatice Özge: TTK’daki “İltibas” ile 556 s. KHK’deki “Karıştırılma İhtimali” Kavramlarının Karşılaştırılması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

DEMİRÇİVİ MİNELİLER Zeynep: Ticaret Ünvanı ve Haksız Rekabete İlişkin Bir Yargıtay Kararının TTK ve TTK Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde MarkHKH Hükümleri de Dikkate Alınarak İncelenmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

DERİCİOĞLU, M. Kaan: “Türk Patent Enstitüsü Tarafından Hazırlanan Markaların Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Hakkında Görüş”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Mart 2006, Y.2, S. 5.

DEVELLIOĞLU, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara: Aydın Kitapevi, 2015.

DİRİKKAN, Hanife: “Tanınmış Markanın Korunması”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

DİRİKKAN, Hanife: “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, ss.219-280.

DOĞAN, Beşir Fatih, “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, FMR, S. 2006/3, ss. 17-42.

DOĞAN, Beşir Fatih: “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”, BATİDER., Haziran 2007, C.XXIV, S.1, s.227-228.

DOĞAN, Beşir Fatih: “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2005, C.5, S.4.

DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, 4. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.

DÖNMEZ, İrfan: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 1992.

DURAL, Mustafa /SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, C.I, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2014.

DURLE, R. : “Ticari Markalar ve İnternet”, İnternette Çalışma Olanakları, İBA Semineri, 7-9 Mayıs 1997, Ankara

DURSUN, Hasan: Marka Hukuku: Avrupa Topluluğu Marka Hukuku, Türk Marka Hukuku, Türk Marka Hukukunun Avrupa Birliği Müktesabatına Uyumunun Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler, Ankara 2008.

EDGÜ, Ekrem: “Fabrika Markaları”, ABD, 1954, S.1, ss. 68-71.

ELDENİZ, Gülperi: Ses ve Koku Markası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009.

EPÇELİ, Sevgi; Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006.

EMMERICH, Volker: Unlauterer Wettbewerb, 7.Auflage, München 2004.

ER, Turan Hakkı: “Markanın Doğuşu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, (Ed. Tekin Memiş), İstanbul: XII levha Yayınevi, 2011, ss. 259-282.

ERGÜNEY, Hilmi: Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar, İstanbul: Yenilik Basımevi, 1973.

ERİŞ, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara:Seçkin Yayınevi, 2004.

EROĞLU, Sevilay: “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1/2003,

FEZER, Karl-Heinz: Markenrecht (auf der Grundlage von Baumbach-Hefermehl, Warenzeichenrecht, 12. Auflage, 1985) München 1997

FEZER, Karl-Heinz: “Grundprinzipien und Entwicklungslinien im Europäischen und Internationalen markenrecht”, WRP, 1/98 (Internationalen Markenrecht).

FEZER, Karl-Heinz: Erste Grundsätze des EuGH zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr-oder: “Wie weit springt die Raubkatze?”, NJW, 1998.

FEZER, Karl-Heinz: Markenrecht, Kommentar, 4. Auflage, München 2009. (MarkenR 2009)

GRUSON, Sebastian: Die Verwaesserungsschutzwürdige Marke, Bern 2003.

GÜNEŞ İlhami: Açıklamalı - İctihatlı Uygulamada Sinai Mülkiyet Hakları ve Cezai Koruma, Turhan Kitapevi, İzmir, 2007.

GÜNEŞ, İlhami: Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013 (Önceye Dayalı Haklar).

GÜNEŞ, İlhami: Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

GÜNGÖR, Seda Ş.: “Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında İşletme Adı Ve İşletme Adının Korunması”, EÜHFD, C. XVIII, S. 1–2 (2014)

GÜRLER Cemalettin: Takı Tasarımlarında Hukuki Koruma, FMR, C. 2, S. 2002/4, Yıl: 2, s. 51-62.

GÜRZUMAR, Osman Berat, “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Markalar Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler”, Yargıtay Dergisi, C.20, S.4

GÜVEN, Bekir: İnternet Alan Adı ve Marka Arasındaki İlişki, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara 2010.

HALPERN, Sheldon W./NARD, Craig Allen / PORT, Kenneth L.; Fundamentals of United States Intellectual Property Law, The Hague: Kluwer Law International, 1999.

HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk’a Giriş, 5. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2011.

HENNING-BODEWIG, Frauke: Vergleichende Werbung - Liberalisierung des deutschen Rechts?, GRUR Int. 1999, 385.

HIRSCH, Ernest: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948.

İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa, 1994.

İNAL, Emrehan / BAYSAL, Başak: Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2008

İNAL, Emrehan: Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000,

INGERL, Reinhard/ ROHNKE, Christian: Markengesetz, 2. Bası, München 2003.

INGERL, Reinhard/ROHNKE, Christian: “Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz”, NJW, 1994, Heft 19.

INGERL, Reinhard: Kongressvortrag, Aufsatz, Rechtsverletzende und rechtserhaltende Benutzung im Markenrecht, WRP 2002, s. 861-870.

KALE Serdar: Haksız Rekabet Hukuku’nda Eski Hale Getirme Davası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.

KANETİ, Selim: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları” BATİDER, Y.1961, C.1, S.2.

KARADENİZLİ, Hasan Tolga: “Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri”, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2008.

KARAHAN vd., Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

KARAHAN, Sami: “556 Sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, C.I, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2002.

KARAHAN, Sami: Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları (Hükümsüzlük Davaları), Konya: Mimoza Yayınları, 2002.

KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 26.Bası, Konya: Mimoza Yayınları, 2014.

KARAHAN, Sami: Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat, Konya: Mimoza Yayınları, 1996.

KARAMAN ODABAŞI, Fatma: Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk

Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2014.

KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara: Turan Yayınevi, 2004.

KARASU Rauf: “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları” (Hareket Markaları), BATİDER, Haziran 2008, C.XXIV, S.3.

KARASU Rauf: “Ses Markaları”, FMR, 2007, C.7, S.2,

KARAYALÇIN, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler Görüşler, C.II, Ankara: BATİDER, 1983,

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, Ankara, 1957.

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme (Ticaret Hukuku), 3.Bası, Ankara 1968.

KAYA, Arslan: Marka Hukuku, İstanbul: Arıkan Basım-yayın, 2006.

KAYAR, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Ankara: Detay Yayıncılık, 2006.

KAYIHAN, Şaban: “Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK Hükümleri Çerçevesinde Marka Kavramı ve Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler”, Yargı Dünyası, S.79, Temmuz 2002.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Sınâî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2.Bası, Ankara: Turhan Yayınevi, 2013.

KIRCA, İsmail: “Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi)”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005. (Madrid Sistemi)

KIRCA, İsmail: “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002. (Alan Adı)

KITCHEN, David (David LLEWELEYN/ James MELLOR/ Richard MEADE/ Thomas Moody STUART/ David KEELING/Robin JACOB): Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, 14th Edition, London: Sweet & Maxwell Ltd, 2005.

KLETT, Kathrin: "Die durchschnittlich aufmerksame Verbraucherin und der durchschnittlich gut ausgebildete Fachmann", GRUR, Y.2001, ss.549-555.

KÖPRÜLÜ, Bülent: Medenî Hukuk Genel Prensipler Kişiler Hukuku, 2.Bası., İstanbul 1984.

KORKUT, Ömer: "Ticaret Unvanı Kullanımıyla Marka Hakkına Tecavüz Hakkında Bir İnceleme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXIV, Sayı 3, Ankara, 2008.

KOYUNCU, Gülhüda Şerife: "Markaların Uluslararası Tescili", İstanbul Barosu Dergisi fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, S.4, İstanbul: 2007, ss.117-134.

KÜÇÜKALİ, Canan: Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.

KUNZ-HALLSTEIN, Hans Peter: "Europaisierung und modernisierung des deutschen warenzeichenrechts", GRUR Int. 1990, Heft 9.

KUR, Annette: Internet und Kennzeichenrecht, in: Loewenheim, Ulrich/Koch, Frank A. (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, München 2001, s. 325-380.

LEVIN, Marianne (Überstezt von Annette KUR): "Der Schutz ausserhalb des Gleichartigkeitsbereichs in der EU aus schwedischer Sicht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Internationaler Sicht", GRUR Int., 1996, s.454-462.

McCARTHY, J. Thomas: Trademarks and Unfair Competition, 2. Baskı, The Lawyers Cooperative Publishing Company 1984.

MEMİŞ, Tekin: "Alman Federal Mahkeme Kararı (I ZR 232/98) ve Değerlendirilmesi", AÜEHFD, Y. 2001, C. V, S.1-4.

MERAN, Necati: Marka Hakları ve Korunması, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2008.

MEYER, Anja: Der Begriff “bekannte marke” im Markengesetz, Diss.: Frankfurt am Main/Berlin/Bonn/New York/Paris/Wien, 1999

NOMER, Fusun: “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar” , Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul: Beta Yayıncılık 2001, s. 395-416.

NOYAN, Erdal: Marka Hukuku, 4.Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

OCAK, Nazmi: “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı” Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, BTHAE, 1998.

OĞUZ, Sefer: “İnternet Ortamında, Alan Adı Gaspına Karşı Tüketicilerin Korunması Kanunu’nun Serbest Çeviri Denemesi”, FMR, Y. 5, C. 5, S. 3, 2005, s. 65-82.

OĞUZMAN, Kemal: Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul: Filz Kitapevi, 1994.

OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

OKUTAN-NILSONN, Gül: “Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof.Dr. Gülseren TEKİNALP’e Armağan, Y.23, S.1-2, İstanbul 2003.

OMAĞ, Merih Kemal: “Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması”, Hukuk Araştırmaları, MÜHF. Yayını, Y.1991, C.6, S.1-3.

ORHAN, Ali: Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Markalar, İstanbul: Arıkan Basım Yayın Dağıtım Ltd Şti, 2007.

OYTAÇ, Kutlu: “Avrupa Birliği Markası Nasıl Elde Edilir”, İstanbul Barosu Dergisi, 1996, C.70, S.7-8-9, ss. 488-497.

OYTAÇ, Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Endüstriyel Tasarımlar İçerikli, 2.Bası, İstanbul: Nobel Kitapevi, 2002.

OYTAÇ, Kutlu: Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku, İstanbul: Nobel Kitapevi, 1999.

ÖÇAL, Akar: Türk Hukukunda Markaların Himayesi: İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Paralel Olarak, Ankara: Sevinç Matbaası, 1967.

ÖZCAN, Hüseyin: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 7. Basım. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993.

ÖZDAL, Şule: 556 Sayılı KHK' nin 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul 2005.

ÖZEL, Çağlar: Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.

ÖZKAN, Ekin: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Yargıtay Kararları Işığında Markada İltibas, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimle Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2015.

ÖZSUNAY, Ergun: “Tartışmalar”, Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları –3- Markalar Hukuku’nun Avrupa Birliği’ne Uyum ve Sorunları Semineri (6 Temmuz 1995), İTO Yayını.1996.

ÖZTEK, Selçuk: “556 Sayılı KHK’da Benzer Mal ve Hizmetler”, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı 4, Temmuz 2007.

ÖZTEK, Selçuk: “İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Marka Hukukunun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları”, Hukuk Araştırmaları Dergisi,C.6,S.1-3,1991.

ÖZTÜRK, Özge: “Koku Markası”, FMR., Yıl:7, C.7, S.2.

PASLI, Ali/SOYKAN, İsmail Cem: “Marka Tescilinde 35.08 Sınıfın Anlamı ve Kapsamı”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul: On İki Levya Yayınları, 2011.

PEKDİNÇER, Remzi Tamer: Marka Hakkı ve Korunması, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001.

PÉLISSIER, Anne: Possession et Meubles Incorporels, Paris 2001.

PHILLIPS, Jeremy: Trade Mark Law – A Practical Anatomy, Oxford University Press, 2003.

PINAR Hamdi: Marka, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından LPG - Tüp Piyasasındaki Bazı Uygulamalar, FMR, C. 6, S. 2006/3, s. 117-149.

PINAR, Hamdi: Uluslararası Rekabette Fikrî Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul: İTO Yayın No:2004-71, 2004.

POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal: “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, BTHEY 1990.

RAIKKONEN, Eeva Liisa: A Brave New Word: A Neologism’s Dangerous Path to EU Trade Mark Registration, Katholieke Universiteit Leuven, LL. M. Tezi Leuven, 2011.

REDANT, Stephan: Bereicherungsansprüche und Schadenersatz bei Ausbeutung des guten Rufes, Diss., Starnberg, 2000.

REMP, Winfried: Der Schutz sog. Schwacher und starker Zeichen. Darstellung und Analyse der Entscheidungspraxis zur Verwechslungsgefahr bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges, Diss., Mainz 1977.

SACK, Rolf: “Vergleichende Werbung nach der UWG-Novelle”, WRP, 2001, 327.

SACK, Rolf: “Markenschutz und UWG”; WRP 2004, 1405.

SACK, Rolf: “Doppelidentität” und “gedankliches Inverbindungbringen” im neuen deutschen und europäischen Markenrecht, GRUR, 1996.

SACK, Rolf: “Sonderschutz bekannter Marken de lege ferenda”, BB, 1993, ss.869-873.

SAĞLAM, Mehmet Adil: Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara 1973.

SAMBUC, Thomas: “Das Freihaltebedürfnis an beschreibenden Angaben und der Ware selbst nacyh dem Markengesetz”, GRUR 1997, S. 403.

SCHERER, Inge: “Normative Bestimmung von Verwechslungs und Irreführungsgefahr im Markenrecht”, GRUR, 2000, s. 273-279.

SCHMIDT, Hedvig K. S.: “Likelihood of Confusion in European Trademarks: Where Are We Now?”, European Intellectual Property Review European Intellectual Property Review (E.I.P.R), S. 10, Y. 2002.

SEKMEN, Orhan: Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuku Sonuçları, Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.

ŞENOCAK, Kemal: “Tescilli Markanın Aynısının Veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, Sayı 3, Ankara, 2009.

SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

SHILLING, Dana: Essentials Of Trademarks and Unfair Competition, New York: Wiley Publishing, 2002.

Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, Türk Patent Enstitüsü Yayınları, 2003.

SÖNMEZ, İrfan: En Son İçtihatlarla, Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1987.

SÖYLER, Ecevit Kerem: “556 sayılı KHK Hükümlerine göre Marka Hakkına Tecavüz Halleri ve Marka Hakkının Hukuki Yoldan Korunması”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Ticaret Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010

STECKLER, Brunhilde: Der Sonderschutz Berühmter Geschäftszeichen gegen Verwässerungsgefahr. Ein Tatbestand ohne Rechtsgrundlage?, Göttingen, 1984.

STRÖBELE, Paul/HACKER, Franz/KIRSCHNECK, Irmgard: Markengesetz, 8. Auflage, Köln 2006.

STRÖBELE, Paul/HACKER, Franz: Markengesetz, Kommentar, 9.Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009.

SULUK Cahit/ORHAN Ali: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. III Tasarımlar, 1.Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.

SULUK, Cahit: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma), FMR, C. 1, S. 2001/3, Yıl: 1,

ŞEHİRALİ ÇELİK, Ferzan Hayal: Fikri Mülkiyet Hukukunda Tescile Dayalı Kullanımın Hukuka Uygunluğu Sorunu: Şekil Esastan Üstün müdür?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler - Tartışmalar, XXVI, 14 Aralık 2012, s. 53-81.

ŞEHİRALİ ÇELİK, Ferzan Hayal: Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Fikri Mülkiyet-Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi Odaklı Bir İnceleme, Ankara: BATİDER Yayınları, 2014.

TAMER, Ahmet: Yanlış ve Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

TARNEC, L. A.: (Çev. Akar Öçal) “Markalara Sağlanan Himayenin Benzer Mamüllere Teşmili”, EİTİAD, Y.1966, S.1, ss. 234-237.

TEKİNALP, Ünal: “Ayırt Edici Nitelik Kazanma” (Ayırt Edici Nitelik), Prof. Dr. Fehiman TEKİL’ in Anısına Armağan, İstanbul 2003.

TEKİNALP, Ünal: “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması” (Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması) Prof. Dr. Oğuz İmregün’ e Armağan, İstanbul 1998.

TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5.Bası, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2012.

TEKİNALP, Ünal; “Yeni marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul: İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını 1997, s. 467-480.

TEOMAN Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8, 9, İstanbul, Beta Yayınevi, 1997.

TEOMAN, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku Cilt 1, Hukuki Mütalaalar, Kitap 5, İstanbul: BTHAE, 1992-1993.

TORREMANS, Paul / HOLYOAK, Jon: Intellectual Property Law, London: Butterworths, 1998.

TRITTON, Guy: Distinctiveness and Acquired Distinctiveness: The Approach and Territorial Aspects, Era Forum (19 Haziran 2012), s. 227 – 239.

TÜRK PATENT ENSTITÜSÜ, Marka İnceleme Klavuzu 2015, <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf;jsessionid=0C568AD256848BD66649C3449D56C44A> (E.T. 29.03.2016).

UBBER, Thomas: Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet- Domains, WRP 6/97, s. 497-513.

ÜLGİN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ ERTAN, Füsün Nomer: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş IV.Bası, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.

ÜNAL, Mücahit: Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.

ÜNSAL Önder Erol: “Marka İncelemesinde Karıştırılma Olasılığı Kavramı” TPE Bülteni, Y.1, S.3, s.16-19.

ÜNSAL, Önder Erol: “Avrupa Birliği Marka Mevzuatı Değişiyor – Taslak Direktif ve Taslak Tüzük’le Getirilen Yeni Düzen”, İPR Gezini, (Blog) <http://iprgezini.org/2015/06/21/avrupa-birligi-marka-mevzuati-degisiyor-taslak-direktif-ve-taslak-tuzukle-getirilen-yeni-duzen/> (E.T. 9.2.2016).

UZUNALLI, Sevilay: Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012

Von BÜREN, Roland/DAVID, Lucas: Schweizerisches Immaterialgüter-und Wettbewerbsrecht, Basel 1995.

Von MANEN, Willem: Assoziationsgefahr, “Raubkatzen” Urteil des EuGH and Benelux- Markenrecht, GRUR Int, 1998, 471.

Von SCHULTZ, Detlef/GRUBER, Stephan: Kommentar zum Markenrecht, 2. Auflage, Frankfurt 2007.

VÖLP, Fromut: “Kritische Bemerkungen zur Verwechslungsgefahr”, GRUR 1974, s. 754-761.

YALÇINER, Uğur: “Patent ve Faydalı Model Belgelerinin Hükümsüzlük Davaları”, FMR, Y.1, C.1, S.3.

YALÇINER, Uğur: “Türkiye’de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK’nin Getirdikleri”, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu ve Sorunları, ITO Yayınları, No:1995/39, İstanbul, ss.59-69.

YASAMAN, Hamdi, (ALTAY, Sıtkı Anlam / AYOĞLU, Tolga / YUSUFOĞLU, Fülürya / YÜKSEL, Sinan), Marka Hukuku, C.I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.

YASAMAN, Hamdi: “Hizmet Markaları” (Hizmet Markaları), BATİDER. C.8, S.1, 1975.

YASAMAN, Hamdi: “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, İstanbul 2004.

YASAMAN, Hamdi: “Marka Olabilecek İşaretler” Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları II (İşaretler), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.

YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları (Mütalaalar), 2. Bası, İstanbul: 2004.

YASAMAN, Hamdi; “Tanınmış Marklar”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, ss.691-704.

YAŞAR Ali: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bakımından Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları Üzerinde Hak Sahipliği, İstanbul: On İki levha Yayıncılık, 2011.

YAVUZ, Levent: Soru-Yanıt, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 4 Temmuz 2007.

YILMAZ, Alper Çağrı: Türk Marka Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri, Ankara: DPT Yayını, No.2769, 2008.

YILMAZ, Deniz: Marka Hukukunda İltibas Kavramı ve Uygulaması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007.

YILMAZ, Lerzan: Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul: Beta Basım-Yayım, 2008.

Sürekli Yayınlar:

YKD, C.26, S.4.

YKD, C.28, S.9.

YKD, Nisan 2000, S.4.

YKD, 2008, C.34, S.5

BATİDER, Y.1967, C.3, S.1.

BATİDER, Y.1961, C.1, S.2.

BATİDER, Y.1998, C.19, S.3.

BATİDER, Y. 2000, C. 20. S. 4.

BATİDER, Y. 2000, C. 20, S. 3.

BATİDER, Y. 1989, C.14, S.4.

FMR, Y.1, C.1, S.3.

FMR, Y.2, C.1, S.3.

FMR, Y. 2003, C.3, S.1.

FSR (1995) 713.

Çevrimiçi:

İstanbul Barosu Yargıtay Karar Arşivi, <https://baronet.istanbulbarosu.org.tr>.

Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.

HukukTürk İçtihat Bankası, www.hukukturk.com.

Legalbank İçtihat Bankası. legalbank.net.

CURIA, <http://curia.europa.eu>.

EUR-Lex, <http://eur-lex.europa.eu>.

<https://dejure.org>.

www.resmigazete.gov.tr.

<https://oami.europa.eu>.

www.tpe.gov.tr.

www.resmigazete.gov.tr.