

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA ELEKTRONİK
TİCARETTE MARKA HAKKINA TECAVÜZ VE MARKANIN
KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

Mehmet Asil YILMAZ

Ankara - 2023

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA
ELEKTRONİK TİCARETTE MARKA HAKKINA TECAVÜZ VE
MARKANIN KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

Mehmet Asil YILMAZ

Tez Danışmanı
Dr. Öğr. Üyesi Serdar HIZIR

Mart - 2023

KABUL VE ONAY

Mehmet Asil YILMAZ tarafından hazırlanan “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Elektronik Ticarete Marka Hakkına Tecavüz ve Markanın Korunması” başlıklı bu çalışma, 12/04/2023 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Özel Hukuk Programında Yüksek Lisans Tezi olarak oy birliği ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Celal GÖLE (Başkan)

Dr. Öğr. Üyesi Serdar HIZIR (Danışman)

Dr. Öğr. Üyesi Tamer BOZKURT (Üye)

Doç. Dr. Şule TUZLUKAYA

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kılavuzuna uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasını;

- Akademik ve etik kurallar çerçevesinde hazırladığımı,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu bildirir,

Aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

ÖZ

YILMAZ, Mehmet Asil. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Elektronik Ticarete Marka Hakkına Tecavüz ve Markanın Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022.

Çalışmamızın konusu 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında elektronik ticarete marka hakkına tecavüz ve markanın korunmasıdır.

Ticari faaliyetlerde elektronik aletlerin kullanılması ile beraber elektronik ticaret kavramı ortaya çıkmış, geleneksel ticarete bir dijital dönüşüm başlamıştır. Elektronik ticaret, çevrimiçi olarak gerçekleştirilen; mal veya hizmetlerin üretimi, alımı, satımı, reklamı, pazarlanması gibi her türlü ticari faaliyet olarak tanımlanabilir.

Marka, bir teşebbüse ait ürün veya hizmetlerin diğer teşebbüslerinkinden ayrılmasını sağlayan işaret olup kaynak gösterme, ayırt edicilik, reklam ve iletişim, garanti ve kalite gibi fonksiyonları ile değeri teşebbüsleri aşan ayrı bir ekonomik değer haline gelmiştir. Markaların ekonomik değeri ve fonksiyonları kullananlara rakipleri karşısında çeşitli avantajlar sağlamaktadır. Bu nedenle, üçüncü kişiler markanın sağladığı avantajlardan yararlanmak için 6749 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda tecavüz olarak adlandırılan şekilde başkalarına ait markaları sıklıkla kullanmaktadır.

Bu çalışmada elektronik ticaret faaliyetlerinde gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinin 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde konuya ilişkin temel kavramlar olan elektronik ticaret kavramı ve marka kavramı açıklanmış, ikinci bölümünde marka hakkına tecavüz halleri elektronik ticaret kapsamında değerlendirilmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise tecavüz halinde hukuken yapılabilecekler, konu ile ilgili önemli sorumluluk halleri ve hak ihlali halinde açılacak hukuk davaları açıklanmıştır.

Anahtar Sözcükler: Elektronik Ticaret, Elektronik Ortam, Marka, Marka Hakkına Tecavüz, Çevrimiçi Pazar Yerleri

ABSTRACT

YILMAZ, Mehmet Asil. Infringement of Trademark Rights and Protection of Trademarks in Electronic Commerce within the scope of Industrial Property Law No. 6769, Master Thesis, Ankara, 2022.

The subject of our study is Infringement of Trademark Rights and Protection of Trademarks in Electronic Commerce within the scope of Industrial Property Law No. 6769.

With the use of electronic tools in commercial activities, the concept of electronic commerce has emerged. Electronic commerce, can be defined as any kind of commercial activity such as the production, purchase, sale, advertisement, marketing of goods or services which are carried out online.

The trademark is a sign that distinguishes the products or services of a business organisations from the products or services of other business organisations. The trademark has become a separate economic value that exceeds business organisations with the functions of showing origin, distinctiveness, advertising and communication, guarantee and quality etc. The economic values and functions of trademarks provide business organisations with various advantages over their competitors. In order to benefit from these advantages, illegal use of trademarks is frequently encountered. These uses are called trademark violation in the Industrial Property Law No. 6749.

In this study, it is aimed to evaluate the situations of trademark infringement in electronic commerce activities within the scope of the Industrial Property Law No. 6769. The study consists of three parts. In the first part of the study, the concept of electronic commerce and the concept of brand, which are the basic concepts related to the subject, are explained. In the second part, infringement of trademark rights is evaluated within the scope of electronic commerce. In the third part of the study, defenses that can be put forward in situation of infringement and important liability situations related to the subject are explained.

Keywords: Electronic Commerce, Electronic Environment, Trademark, Trademark Infringement, Online Market Places

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
SİMGELER ve KISALTMALAR DİZİNİ	iv
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1: KONUYA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER.....	3
1.1 Elektronik Ticaret	3
1.1.1 Elektronik ticaret kavramı ve tanımı.....	3
1.1.1.1 Genel olarak	3
1.1.1.2 Elektronik ticaretin geniş anlamı hakkında yapılan tanımlar	4
1.1.1.3 Elektronik ticaretin dar anlamı hakkında yapılan tanımlar	5
1.1.1.4 Elektronik ticarete ilişkin hukuki düzenlemeler ve diğer hukuk sistemlerinde yer alan tanımlar.....	7
1.1.1.5 Ara değerlendirme	8
1.1.2 Elektronik ticaretin kapsamı	11
1.2 Marka	12
1.2.1 Marka kavramı ve tanımı	12
1.2.2 Markanın hukuki niteliği.....	14
1.2.3 Markanın süresi.....	15
1.2.4 Marka olabilecek işaretlerin özellikleri.....	16
1.2.4.1 Genel olarak	16

1.2.4.2	İşaret ve sicilde gösterilebilir olma	17
1.2.4.3	Ayırt edicilik	17
1.2.5	Markanın fonksiyonları	18
1.2.6	Marka hakkının kazanılması	20
BÖLÜM 2: SINAI MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE ELEKTRONİK TİCARET KAPSAMINDA MARKA HAKKININ KORUNMASI VE MARKAYA TECAVÜZ HALLERİ		22
2.1	SMK'da Markanın Korunması Hakkında Öngörülen Sistem.....	22
2.1.1	SMK'nın sağladığı koruma açısından marka hakkının tescili	22
2.1.2	SMK'nın sağladığı korumadan yararlanacak kişiler.....	24
2.1.3	SMK'nın sağladığı korumanın coğrafi sınırı	25
2.1.3.1	Genel olarak	25
2.1.3.2	Rüçhan hakkının korumanın coğrafi sınırına etkisi	25
2.1.3.3	Marka hakkının ihlaline ilişkin yabancı bir ülkede verilen kararın korumanın coğrafi sınırına etkisi.....	27
2.1.3.4	Menşe ülke kavramının korumanın coğrafi sınırına etkisi.....	28
2.1.3.5	Ticari vekil ya da temsilcinin yabancı ülkedeki marka sahibine ait markayı tescil ettirmesi.....	29
2.1.4	SMK'nın sağladığı korumanın markanın tescil edildiği mal veya hizmetler için geçerli olması	31
2.1.4.1	Genel olarak	31

2.1.4.2	Tescilli marka ile aynı olan işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetler için tescil edilememesi	32
2.1.4.3	Tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yaratan işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerle benzer mal veya hizmetler için tescil edilememesi.....	33
2.1.4.4	Tanınmış markalara ilişkin durum	35
2.2	Elektronik Ticaret Kapsamında Marka Hakkına Tecavüz	37
2.2.1	Genel olarak	37
2.2.2	Elektronik ticaret kapsamında marka hakkına tecavüzün söz konusu olabilmesi için ortak koşullar	38
2.2.2.1	Marka olarak kullanım.....	38
2.2.2.2	Elektronik ortamda çevrimiçi kullanım.....	39
2.2.2.3	Ticaret alanında veya ekonomik anlamda kullanım	41
2.2.2.4	Marka sahibinden izinsiz kullanım	45
2.2.3	SMK'nın 7'nci maddesine aykırılık halleri	48
2.2.3.1	Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması (SMK m. 7/2-a)	48
2.2.3.1.1	Genel olarak	48
2.2.3.1.2	Elektronik ticaret açısından değerlendirilmesi.....	49
2.2.3.2	Tescilli markanın aynı veya benzerinin karıştırılma ihtimali oluşturulacak şekilde kullanılması (SMK m. 7/2-b).....	50
2.2.3.2.1	Genel olarak	50

2.2.3.2.2 Elektronik ticaret açısından değerlendirilmesi.....	51
2.2.3.2.2.1 Tecavüzün gerçekleşme şekli	51
2.2.3.2.2.2 Karıştırılma ihtimali yaratan benzerliğin tespiti.....	52
2.2.3.2.2.2.1 Benzerlik ile ayniyet kavramlarının farkı	52
2.2.3.2.2.2.2 İşaretler arasındaki benzerlik	54
2.2.3.2.2.2.3 Mal veya Hizmet Sınıflarındaki benzerlik	56
2.2.3.3 Tanınmış markaya tecavüz (SMK m. 7/2-c).....	58
2.2.3.3.1 Genel olarak	58
2.2.3.3.2 Elektronik ticaret açısından değerlendirilmesi.....	58
2.2.3.3.2.1 Genel olarak.....	58
2.2.3.3.2.2 Paris Sözleşmesi'nin kapsamındaki tanınmış markaların SMK'nın tecavüze ilişkin korumadan yararlanıp yararlanmayacağı	59
2.2.3.3.2.3 Türkiye'de ulaşılan tanınmışlık düzeyi kavramı	60
2.2.3.3.2.4 Tanınmışlığın tespiti	61
2.2.3.3.2.5 Tecavüz halinin gerçekleşme şekli	64
2.2.3.3.2.5.1 Kanuni düzenleme.....	64
2.2.3.3.2.5.2 Haksız yararlanma.....	65
2.2.3.3.2.5.3 Ayırt edici karakterine zarar verme.....	66
2.2.3.3.2.5.4 İtibarına zarar verme	67
2.2.3.4 SMK m. 7/2 uyarınca yasaklanabilecek fiiller (SMK m. 7/3).....	67
2.2.3.4.1 Genel olarak	67
2.2.3.4.2 İşaretin mal veya ambalaj üzerinde kullanılması.....	69

2.2.3.4.3 İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi	72
2.2.3.4.3.1 Genel olarak.....	72
2.2.3.4.3.2 Piyasaya sürülmesi	72
2.2.3.4.3.3 Teslim edilebileceğinin teklif edilmesi	73
2.2.3.4.3.4 Piyasaya sürülme amacıyla stoklanması	73
2.2.3.4.4 İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi	74
2.2.3.4.4.1 İthalat ve ihracat	74
2.2.3.4.4.2 Transit mallara ilişkin durum	75
2.2.3.4.4.3 Elektronik ihracat ve ithalat.....	76
2.2.3.4.5 İşaretin teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması	77
2.2.3.4.5.1 Genel olarak.....	77
2.2.3.4.5.2 İş evrakında tecavüz teşkil eden işaretin kullanılması	77
2.2.3.4.5.3 Reklamlarda tecavüz teşkil eden işaretin kullanılması.....	78
2.2.3.4.5.4 Ticari elektronik iletilerin durumu	80
2.2.3.4.6 İhlal eden kullanımın internette gerçekleşmesi.....	80
2.2.3.4.6.1 Genel olarak.....	80
2.2.3.4.6.2 Kullanımın bir hak veya meşru bağlantıya dayanmaması....	81
2.2.3.4.6.2.1 Kullanımın bir hakka dayanması	81
2.2.3.4.6.2.2 Kullanımın bir meşru bağlantıya dayanması.....	82
2.2.3.4.6.3 Kullanımın ticari bir etki yaratması.....	82

2.2.3.4.6.4 İnternet alan adında tecavüz teşkil eden kullanım.....	83
2.2.3.4.6.4.1 Genel olarak	83
2.2.3.4.6.4.2 Üst seviye alan adları	84
2.2.3.4.6.4.3 İkinci seviye alan adları	85
2.2.3.4.6.4.4 Üçüncü seviye alan adları	85
2.2.3.4.6.4.5 Ara değerlendirme.....	85
2.2.3.4.6.4.6 Alan adının alınabilmesi için ayırt edici nitelik taşımasının zorunlu olmamasının marka açısından değerlendirilmesi.....	86
2.2.3.4.6.4.7 Alan adının ticari etki yaratacak şekilde kullanılması ...	87
2.2.3.4.6.4.8 Tescilli marka ile aynı olan bir işareti tescil kapsamındaki mal veya hizmetler için alan adı olarak kullanma.....	88
2.2.3.4.6.4.9 Tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yaratan bir işaretin alan adı olarak kullanılması	89
2.2.3.4.6.4.10 Tanınmış bir markaya tecavüz teşkil edecek işaretin alan adı olarak kullanılması	90
2.2.3.4.6.5 Yönlendirici kod ile tecavüz teşkil eden kullanım	91
2.2.3.4.6.6 Anahtar sözcükte tecavüz teşkil eden kullanım.....	92
2.2.3.4.7 İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması	94
2.2.3.4.8 İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması	96
2.2.4 SMK'nın 29'uncu maddesine aykırılık halleri.....	99

2.2.4.1	Markayı aynısını veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle taklit etmek (SMK m. 29/1-b)	99
2.2.4.2	Markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri ticaret alanında kullanmak (SMK m. 29/1-c)	101
2.2.4.3	Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek (SMK m. 29/1-ç) ..	102
BÖLÜM 3: ELEKTRONİK TİCARET SIRASINDA GERÇEKLEŞEN MARKAYA TECAVÜZ HALLERİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK SAVUNMALAR, İNTERNET AKTÖRLERİNİN SORUMLULUĞU VE AÇILABİLECEK HUKUK DAVALARI.....		105
3.1	İleri Sürülebilecek Savunmalar	105
3.1.1	Marka hakkının tükendiğine ilişkin savunma	105
3.1.2	Dürüst kullanıma ilişkin savunma.....	108
3.1.3	Gerçek hak sahipliği ve eskiye dayalı kullanım.....	109
3.1.4	Sessiz kalma yolu ile hak kaybı	110
3.1.5	Markanın kullanılmaması	111
3.2	İnternette Yapılan Marka Tecavüzlerinde Sorumluluk.....	113
3.2.1	Hak veya meşru bağlantı olması	113
3.2.2	Sorumluluk.....	114
3.2.2.1	Erişim sağlayıcıların sorumluluğu	114
3.2.2.2	Yer sağlayıcıların sorumluluğu	115
3.2.2.2.1	Genel olarak	115

3.2.2.2.2 Çevrimiçi pazar yerlerinin sorumluluğu	115
3.2.2.3 İçerik sağlayıcıların sorumluluğu	119
3.3 Elektronik Ticaret Kapsamında Gerçekleşen Tecavüz Hallerine Karşı Açılabilir Hukuk Davaları	123
3.3.1 Tecavüzün tespiti davası	123
3.3.2 Tecavüzün durdurulması ve önlenmesi davası	124
3.3.3 Tecavüzün kaldırılması davası	126
3.3.4 Tazminat davaları	128
3.3.4.1 Genel olarak	128
3.3.4.2 Maddi tazminat davası	128
3.3.4.3 Manevi tazminat davası	131
3.3.4.4 İtibar tazminatı	133
3.3.5 Kendilerine karşı dava açılmayacak kişiler	135
3.3.6 Zamanaşımı	135
3.3.7 Görevli ve yetkili mahkemeler	136
3.3.8 Dava şartı arabuluculuk	137
3.4 Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen tecavüz hallerinde hak sahibinin bulunabileceği diğer önemli talepler	138
3.4.1 Delil tespiti	138
3.4.2 İhtiyati tedbir	139
3.4.3 El koyma	141
3.4.4 Hükmün ilanı ve ilgililere tebliği	142

3.5 Marka hakkının alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları kapsamında ihlali	142
SONUÇ	144
KAYNAKÇA	152
TURNİTİN RAPOR	163
ÖZGEMİŞ.....	18180

SİMGELER ve KISALTMALAR DİZİNİ

AB	:	Avrupa Birliği
ABAD	:	Avrupa Birliği Adalet Divanı
EDI	:	Electronic Data Interchange (Elektronik Veri Değişimi)
EFT	:	Elektronik Fon Transferi
ETDK	:	6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
E-iş	:	Elektronik İş
E-posta	:	Elektronik Posta
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HTML	:	HyperText Markup Language (Hiper Metin İşaretleme Dili)
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
MarKHK	:	556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
OECD	:	Organisation for Economic Co-Operation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği) Teşkilatı
SMK	:	6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TPMK	:	Türk Patent ve Marka Kurumu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TRIPS	:	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Righths (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması)
UN/CEFACT	:	The United Nations Center for Trade Facilitation and Electronic Business (Birleşmiş Milletler Yönetim, Ticaret ve Ulaştırma İşlemlerini Kolaylaştırma Merkezi)
WTO	:	World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)
YİDK	:	Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
vb.	:	ve benzeri

GİRİŞ

Bir teşebbüse ait ürün veya hizmetlerin diğer teşebbüslerinkinden ayrılmasını sağlayan marka, gayri maddi nitelikte bir sınai mülkiyet hakkıdır. Marka; kayak gösterme, ayırt edicilik, reklam, garanti, kalite, iletişim gibi özellikleri nedeniyle tüketiciler nezdinde sembolleşmiş, ayrı bir ekonomik değer haline gelmiştir.¹ Bu nedenle üçüncü kişiler; sıfırdan bir marka oluşturmak yerine, lisans, acente, dağıtıcılık gibi marka sahibi ile aralarında kurdukları hukuki ilişkiler ile güçlü bir markanın ekonomik değerinden ve özelliklerinden yararlanmaktadır. Buna karşılık marka sahipleri de markasını bu kişilere kullandırmak suretiyle ekonomik menfaat elde etmektedir.²

Üçüncü kişiler, markanın sağladığı menfaatlerden yararlanmak için yukarıda bahsedilen hukuka uygun kullanımların dışında hukuka aykırı olarak marka konusu işareti veya benzerini kullanıp hak ihlaline sebep olabilmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (SMK)³ tecavüz olarak adlandırılan ve hak ihlaline neden olan izinsiz kullanımları engellemek için özel düzenlemelere yer vermiştir.

Elektronik aletlerin ticari süreçlerde etkin olarak kullanılması ile beraber geleneksel ticarete dijital bir dönüşüm yaşanmış ve elektronik ticaret kavramı ortaya çıkmıştır.⁴ Elektronik ortamda çevrimiçi⁵ olarak gerçekleştirilen, mal veya hizmetlerin üretimi, alımı, satımı, reklamı, pazarlaması gibi her türlü ticari faaliyet⁶ olarak kabul edilen elektronik ticaret; hem faaliyette bulunan teşebbüslerin hem de müşterilerinin zamandan ve mekândan bağımsız bir şekilde hukuki işlem gerçekleştirmelerine imkân tanımaktadır.⁷ Ancak, elektronik ortamda gerçekleştirilen faaliyetlerin denetiminin

¹ Hüseyin ÜLGÜN, Mehmet HELVACI, Arslan KAYA ve N. Füsün NOMER ERTAN, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022), 262.

² Tamer BOZKURT, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 367.

³ 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴ Orly CARVACHE-FRANCO, Jose LOAIZA-TORRES, Carolina SOTO-MONTENEGRO, Mauricio CARVACHE-FRANCO ve Wilmer CARVACHE-FRANCO, "The Risks Perceived By The Consumer In The Acceptance Of Electronic Commerce". *PLoS ONE*, 17(11), (2022) <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0276853> (İnternet Erişimi: 15.02.2023).

⁵ Bilgisayar sisteminde sunucuya bağlı ve çalışır durumda olma halini ifade eder. <https://sozluk.gov.tr/> (İnternet Erişimi: 05.08.2022)

⁶ Ticari faaliyetin tanımı için bkz. "1.1.2 Elektronik ticaretin kapsamı"

⁷ Costanzo MAZZANTI, *Electronic Commerce: Technologies, Challenges and Future Prospects* (New York: Nova Science Publisher, 2017), 2; Zheng Sophia TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*. (Oxford: Hart Publishing., 2015), 18; Esra Nur AKPUNAR, "Türkiye'de Elektronik Dış Ticaretin Gelişimi ve İstihdam İlişkisi", *Harman Maarif Dergisi*, 2 -2,(2017): 18-32, 18.

zorluğu ile elektronik ticaretin hızla değişerek gelişmesi ve farklı şekillere bürünmesi nedeniyle, üçüncü kişiler sıklıkla marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilen fiilleri gerçekleştirip marka sahibine zarar verebilmektedir. Bu nedenle çalışmamızın konusu, SMK kapsamında elektronik ticaret faaliyetlerinde gerçekleşen marka hakkına tecavüz halleri ve markanın korunması olarak belirlenmiştir.

Konuya ilişkin temel kavramların yer aldığı çalışmanın birinci bölümünde, ilk olarak elektronik ticaretin tanımı, elektronik ticaretin hukuki niteliği ve elektronik ticaretin kapsamı anlatılacaktır. Çalışmanın bu bölümünde ikinci olarak marka ve markaya tecavüz kavramlarının anlaşılabilmesi için markanın tanımı, hukuki niteliği, markaya konu edilebilecek işaretler ve markanın işlevleri açıklanacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise konunun esasına girilecektir. Bu bağlamda ilk olarak SMK'nın markanın korunmasına ilişkin öngördüğü koruma sistemi ele alınacak ve bu koruma sistemi elektronik ticaret kapsamında değerlendirilecektir. İkinci olarak ise SMK'da düzenlenen tecavüz halleri anlatılacak ve her bir tecavüz hali elektronik ticaret açısından tartışılacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise elektronik ticaret faaliyetleri sırasında yapılan markaya yapılan tecavüz hallerinde hukuki açıdan korunma yöntemleri, internet süjelerinin sorumluluğu, ileri sürülebilecek savunmalar ve açılacak hukuk davaları işlenecektir. Nihayet çalışma, incelemelerimiz neticesinde ulaştığımız temel değerlendirmelerimizi içeren sonuç kısmıyla tamamlanacaktır.

BÖLÜM 1: KONUYA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1.1 Elektronik Ticaret

1.1.1 Elektronik ticaret kavramı ve tanımı

1.1.1.1 Genel olarak

“Teşebbüs” kavramı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un⁸ 3’üncü maddesinde “Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak tanımlanmıştır. “Esnaf” ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK)⁹ 15’inci maddesinde “ekonomik faaliyetleri sermayesinden çok fiziksel çalışmaya dayanan, gezici veya sabit bir dükkân, büfe, tabla gibi yerlerde faaliyetlerini gerçekleştiren, geliri TTK’nın 11’inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi” şeklinde düzenlenmiştir. TTK’nın 11’inci maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşacak şekilde gelir sağlamayı hedefleyen, faaliyetlerini bağımsız olarak ve sürekli bir şekilde yürüten işletmeler” ise ticari işletmedir.

Teşebbüs kavramı, yukarıda yer verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere gerçek kişileri, tüzel kişileri, tüzel kişiliği olmayan şirketler topluluğu gibi oluşumları ve tacir olmayanları da kapsamı nedeniyle ticari işletme ve esnaf kavramlarını da içerisine alan bir üst kavramdır.¹⁰ Markanın sadece ticari işletmelerce değil, gerçek kişiler, esnaf ve tacir olmayanlar tarafından da kullanılmasının mümkün olması¹¹ nedeniyle çalışmanın devamında elektronik ticaret faaliyeti gerçekleştirenler için teşebbüs veya kişi kavramı kullanılacaktır.

Günümüzde teşebbüsler, ürün veya hizmetlerinin satımı, dağıtımı, sunumu, pazarlaması, ödemesi gibi ticari iş ve faaliyetlerini, sıklıkla bilgisayar, mobil cihaz, telefon, faks gibi elektronik aletleri kullanarak gerçekleştirmektedir. Teşebbüslerin

⁸ 13/12/1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁹ 14/2/2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁰ Rıza AYHAN, Hayrettin ÇAĞLAR ve Mehmet ÖZDAMAR, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 117; Özlem KAHRAMAN COŞGUN, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21-1, (2015): 107-166, 115.

¹¹ Şaban KAYIHAN, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 171.

bahsedilen elektronik imkânlarla ticari faaliyetlerini hayal dahi edemeyecekleri boyutlara ulaştırması ve elektronik aletler kullanılarak yapılan ticaretin geleneksel ticaretin yerini almaya başlaması nedeni ile elektronik ticareti tanımlamak önemlidir.¹²

Bilişim teknolojilerinin hızla gelişmesi ve elektronik ticaretin buna paralel olarak gelişip değişmesi¹³ nedeni ile elektronik ticaretin belirli bir tanımı yoktur. Gerçekten de elektronik ticaret tanımlanırken gerek öğreti, gerek ulusal gerekse de uluslararası mevzuatta faaliyet sırasında kullanılan elektronik aletler, teknoloji veya yapılan ticari işlemlere göre farklı tespitler ve görüşler ortaya çıkmıştır.¹⁴

Öğretide elektronik ticaret, fiillerin gerçekleştirildiği elektronik aletlerde internet altyapısının kullanılıp kullanılmamasına göre geniş ve dar anlamli olarak ele alınmıştır. Ticari faaliyeti elektronik ticaret olarak değerlendirmek için faaliyetin gerçekleştiği elektronik ortamın internet alt yapısını kullanmasının zorunlu olmadığına ilişkin görüşlerin elektronik ticareti geniş anlamıyla, internet alt yapısını kullanmasının zorunlu olduğuna ilişkin görüşlerin ise dar anlamıyla tanımladığı söylenebilir. Bunun yanında elektronik ticaretin bazı uluslararası hukuki düzenlemelere konu edildiği de görülmektedir. Aşağıda söz konusu görüşler ve düzenlemeler hakkında bilgi verilecektir.

1.1.1.2 Elektronik ticaretin geniş anlamı hakkında yapılan tanımlar

Ticari faaliyetler sırasında elektronik ortam kullanımını elektronik ticaret olarak nitelendiren tanımlamalar, elektronik ticareti geniş anlamı ile ele almaktadır. Buna göre gerçekleştirilen ticari faaliyet sırasında kullanılan elektronik ortamın internet altyapısı ile çalışıp çalışmadığı ticari faaliyetin elektronik ticaret olarak adlandırılması için önem arz etmez. Ancak ticari faaliyetin türü, fiilin elektronik ticaret faaliyeti olarak kabul edilmesinde dikkate alınabilir.

Elektronik ticareti geniş anlamda tanımlayan ilk yaklaşıma göre elektronik ticaret, bilgisayar ve iletişim teknolojileri kullanan ticari işlemlerin otomasyonu¹⁵ olup

¹² Mark T. LEUNG, ed., *Electronic Commerce* (New York: Nova Science Publishers, 2017), 2; Sema AY ve Hilal KESER ed. *Ticarette Dijital Dönüşüm ve E-ticaret* (İstanbul: Değişim Yayınları, 2020), 431.

¹³ Ali KELEŞ, “Türkiye’nin E-Ticaret İşlem Hacmi ve İletişim Teknolojilerindeki Gelişmeler”, *Journal of Turkish Studies*, 13,6 (2018): 84.

¹⁴ Ertuğrul AKÇAOĞLU, *Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi* (Ankara: Mali Akademi Yayınları, 2012), 3.

¹⁵ J. Christopher WESTLAND ve Theodore H. K. CLARK, *Global Electronic Commerce* (Massachusetts: The MIT Press, 1999), 1.

elektronik ticaret konusunu oluşturan ticari faaliyetler, firmalar veya bireyler arasındaki mal, hizmet veya yükümlülük değişimini amaçlayan fiillerdir. Bu fiiller dışında kalan diğer ticari faaliyetler, elektronik ticaretin konusunu oluşturmaz.¹⁶ Bu yaklaşım, ticari faaliyetin elektronik ticaret olup olmadığı hakkında kullanılan elektronik alet veya teknoloji için herhangi bir sınır belirlememişken yapılan fiiller açısından bir sınır getirmiştir.

Elektronik ticareti geniş anlamda tanımlayan diğer yaklaşıma göre ise teşebbüslerin çevrimiçi olarak yürütmüş olduğu ürün veya hizmetlerinin satımı, dağıtımı, sunumu, pazarlaması, ödemesi gibi işlemler ile tüketicinin veya müşterinin söz konusu işlemlere karşı davranışları ve ticari faaliyetlere destek sağlayan internet üzerinden öğrenme, araştırma, eğitim, reklam gibi faaliyetlerin hepsi elektronik ticaret olarak adlandırılabilir.¹⁷ Ticari faaliyet, çevrimiçi olarak gerçekleşmesi kaydıyla yapılan fiilin türü önem arz etmeksizin elektronik ticaretin konusudur.

1.1.1.3 Elektronik ticaretin dar anlamı hakkında yapılan tanımlar

İnternet altyapısını kullanan elektronik aletler ile gerçekleştirilen ticari faaliyetleri elektronik ticaret olarak nitelendiren yaklaşımlar, elektronik ticareti dar anlamı ile ele almaktadır. Elektronik ticaretin dar anlamı hakkında yapılan tanımlamalarda, internet altyapısının kullanımının yanında gerçekleştirilen faaliyetin türü, fiilin elektronik ticaret faaliyeti olarak kabul edilmesinde önem arz edebilir.

Elektronik ticareti dar anlamda tanımlayan ilk yaklaşıma göre “*elektronik iş (e-iş)*” ile “*elektronik ticaret*” kavramlarının birbirlerinden ayrılması gerekir. E-iş; elektronik ticaret de dâhil olmak üzere, bir teşebbüsün bilgisayar ve iletişim teknolojileri kullanarak ürün veya hizmet sunmak, almak, bilgi edinmek ve ödemeler ile tedarik zincirini yönetmek gibi tüm ticari faaliyetleri kapsar. Oysa elektronik ticaret, sadece internet üzerinden yapılan alış ve satış işlemlerini ifade eder.¹⁸

¹⁶ WESTLAND ve CLARK, *Global Electronic Commerce*, 1.

¹⁷ LEUNG, *Electronic Commerce*, 2; LUCAS JR., *Strategies for Electronic Commerce and the Internet*, 7; AKÇAOĞLU, *Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi*, 9; Lorna E. GILLIES, *Electronic Commerce and International Private Law* (England: Routledge, 2008), 24; Fatih Çağatay BAZ, *Dijital Dönüşümde Herkes İçin Elektronik Ticaret* (Adana: Karahan Kitabevi, 2020), 1; Mehmet Akif ÇAKIRER, *Elektronik Ticaret* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 10.; Mustafa AKKAYA, “Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi” (http://enoter.hukuk.tripod.com/mustafa_akkaya.htm) (İnternet Erişimi: 29.07.2022); Zakir AVŞAR ve Gürsel ÖNGÖREN, *Bilişim Hukuku* (İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği, 2010), 180; Zeinab KARAKE-SHALHOUB, *Trust and Loyalty in Electronic Commerce: An Agency Theory Perspective : An Agency Theory Perspective*. (Westport: Qourum Books, 2002), 57.

¹⁸ Hossein BIDGOLI, *Electronic Commerce* (San Diego: Academic Press, 2002), 5; Arati UNNI, Satya NAND, Vimal BHATT ve Binod SINHA, "A Study on the Customer Buying Behaviour on E-

Elektronik ticareti internet kullanılarak yapılan ¹⁹sözleşmeler olarak tanımlayan görüş de bu yaklaşım içerisinde değerlendirilebilir.

Elektronik ticareti dar anlamda tanımlayan diğer yaklaşım ise elektronik ticareti, ticari faaliyetleri yürütmek veya desteklemek için internetin kullanımı olarak kabul etmiştir.²⁰ Faaliyet gösterilen sektöre bağlı olarak elektronik ticaretin konusunu oluşturan fiiller, araştırma ve geliştirme, tasarım ve geliştirme, satın alma, operasyonlar, imalat, pazarlama, satış, lojistik, altyapı, insan kaynakları, finans ve tedarik zinciri koordinasyonu gibi destek faaliyetlerini içerebilir. Her ne kadar bu görüş önceki paragrafta bahsedilen elektronik ticaret kavramını dar anlamda tanımlayan yaklaşım ile benzer olarak ticari faaliyet sırasında kullanılan elektronik aletleri internet kullanımı ile sınırlasa da ticari faaliyet sırasında gerçekleşen fiilleri sadece alış ve satış işlemlerinden ibaret görmemiş, teşebbüslerin diğer işlemlerini de elektronik ticaret kavramına dâhil etmiştir.

Günümüzde elektronik ticarete kullanılan ana araç internet olup elektronik ticaret internet ile birlikte yaygınlaşmıştır.²¹ Ancak, elektronik ticaretin internet teknolojisi ile beraber ortaya çıkan bir kavram olmaması ve internet kullanılmadan telefon, faks, elektronik veri değişimi (EDI)²² gibi elektronik araçlarla da elektronik ticaret konusu faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesi nedeniyle, elektronik ticareti dar anlamı ile tanımlayan görüşler eleştirilmektedir.²³

Commerce Websites with Respect to Electronics during Covid-19," *2023 International Conference On Cyber Management And Engineering (CyMaEn)*, (2023)479-482, 479.

¹⁹ Charles WILD, Stuart WEINSTEIN, Neil MACEWAN and Neal GEACH, *Electronic and Mobile Commerce Law: An Analysis of Trade, Finance, Media and Cybercrime in the Digital Age* (Hertfordshire: University of Hertfordshire Press, 2011), 3.

²⁰ Kenneth L. KRAEMER, Jason DEDRICK, Nigel P. MELVILLE ve Kevin ZHU, *Global Electronic Commerce* (New York: Cambridge University Press, 2006), 17; Catherine L. MANN, Sue ECKERT ve Sarah Cleeland KNIGHT, *Global Electronic Commerce: A Policy Primer. Peterson Institute for International Economics* (Washington DC: Institute for International Economics, 2000), 1.

²¹ Ferman KAYA, *E-ticaret Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2021), 44-48.

²² Elektronik ortamdaki belgelerin teşebbüsler arasında standart şekilde gönderilmesi ve alınması işlemidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAZ, *Dijital Dönüşümde Herkes İçin Elektronik Ticaret*, 21.

²³ Yun ZHAO, *Dispute Resolution in Electronic Commerce* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005), 14; Henry C LUCAS JR., *Strategies for Electronic Commerce and the Internet* (Massachusetts: The MIT Press, 2002), 7.

1.1.1.4 Elektronik ticarete ilişkin hukuki düzenlemeler ve diğer hukuk sistemlerinde yer alan tanımlar

Dünya Ticaret Örgütü (WTO) elektronik ticaret kavramını, “*mal ve hizmetlerin elektronik yollarla üretimi, dağıtımı, pazarlanması, satışı veya teslimi*” olarak geniş anlamda tanımlamıştır.²⁴

Birleşmiş Milletler Yönetim, Ticaret ve Ulaştırma İşlemlerini Kolaylaştırma Merkezi (UN/CEFACT) elektronik ticaret kavramını, çevrimiçi bir platformda başlatılan alıcı ve satıcı arasındaki ticari işlemler olarak ifade etmiştir.²⁵ UN/CEFACT’a göre bilgisayardan bilgisayara yapılan ticari işlemler e-iş niteliğinde olup, bir ticari işlemin elektronik ticaret kapsamında değerlendirilmesini sağlayan özelliği işlemin çevrimiçi yapılıp yapılmamasıdır. UN/CEFACT, ticari işlemin elektronik ticaret işlemi olabilmesi için çevrimiçi karakterini vurgulayarak kavramı WTO’ya göre daha dar yorumlamıştır.

Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Teşkilatı (OECD) ise elektronik ticaret kavramını, bilgisayar ağları üzerinden gerçekleştirilen ve özellikle sipariş alma veya verme amacıyla tasarlanmış yöntemler kullanılarak mal veya hizmetlerin alınması olarak tanımlamıştır.²⁶ OECD’e göre mal veya hizmetin çevrimiçi olarak sipariş alınması veya verilmesi işlemin elektronik ticaret işlemi olarak nitelendirilmesi için yeterlidir. Bunun için ayrıca mal veya hizmetin tesliminin, ödemesinin veya diğer unsurların çevrimiçi olması şart değildir. Ancak çevrimiçi olarak yapılan işlemin internet, extranet veya EDI ile yapılması gerekmektedir. Telefon, faks veya elle yazılan elektronik posta yolu ile yapılan işlemler elektronik ticaret kapsamında değerlendirilemez. Bu kapsamda OECD’in yaklaşımı uyarınca bir ticari işlemin elektronik ticaret kapsamında değerlendirilebilmesi için işlemin çevrimiçi gerçekleştirilmesinin yanında açık ya da kapalı bir ağ dâhilinde yapılması

²⁴ Bu tanımlama, elektronik ticaretin ticaretle ilgili tüm yönlerini incelemek ve daha fazla eylem için önerilerde bulunmak amacıyla 1998 yılında kabul edilen Elektronik Ticaret Çalışma programı kapsamında yapılan tanımlamadır. Ayrıntı için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/ecom_work_programme_e.htm#:~:text=The%20Work%20Programme%20on%20Electronic%20Commerce%20states%3A%20%E2%80%9CExclusively%20for%20the,and%20services%20by%20electronic%20means%E2%80%9D. (İnternet Erişimi: 29.07.2022)

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. https://unece.org/fileadmin/DAM/cefact/GuidanceMaterials/ExecutiveGuides/eCommerce-ExecGuide_Eng.pdf. (İnternet Erişimi: 29.07.2022)

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4721> (İnternet Erişimi: 29.07.2022)

gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu teşkilatın elektronik ticareti gerek WTO gerekse de UN/CEFACT'a göre daha dar tanımladığı görülmektedir.

5/11/2014 tarih ve 29166 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu'n (ETDK) 2'nci maddesinde elektronik ticaret *“Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrimiçi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet”* şeklinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu elektronik ticaret kavramını geniş anlamda tanımlamış olup, bir ticari işlemin elektronik ticaret kapsamına dâhil eden özelliklerini; fiziki olarak karşı karşıya gelmeme, işlemin elektronik ortamda gerçekleşmesi ve çevrimiçi yapılması olarak belirlemiştir.

1.1.1.5 Ara değerlendirme

Her ne kadar elektronik ticaretin tanımına ilişkin ortak bir görüş bulunmasa da söz konusu kavramın *“elektronik ortamda çevrimiçi olarak gerçekleştirilen; mal veya hizmetlerin üretimi, alımı, satımı, reklamı, pazarlanması gibi her türlü ticari faaliyet”* şeklinde tanımlanabileceği görüşündeyiz. İnternet kullanılmadan intranet gibi kapalı ağlar²⁷ veya televizyon, elektronik ödeme ile para transfer sistemleri ve EDI gibi açık ya da kapalı ağlara bağlı elektronik ortamlarda da ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesinin mümkün olması nedeniyle, elektronik ticareti dar anlamlı olarak yorumlayan görüşlere katılmıyoruz.

Bize göre ETDK'nın 2'nci maddesinde yer alan *“fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin”* ifadesi, elektronik ticaret konusu maddi malların sadece fiziki olarak teslim edilebilmesi ve fiziki olarak karşı karşıya olan kişilerin de elektronik ticaret konusu işlemi yapabilmesinin mümkün olması nedeniyle anlam karmaşasına yol açmaktadır. Örneğin bir teşebbüse ait mağaza veya ofise alışverişe giden kişi, teşebbüsün kendisine ait internet sitesinden yapılan alışverişlere teşvik için uyguladığı kampanyalar veya iskontolar nedeni ile mağaza içerisinde internet sitesinden işlemi gerçekleştirip teşebbüsten malı fiziki olarak teslim alabilir. İnternet aracılığı ile satın alınan ürün teşebbüs tarafından bizzat teslim edilebilir. Ayrıca ticari hayatta teşebbüsler, kargo, kurye vb. masraflardan kaçınmak için internetten alınan ürünlerin

²⁷ Gazanfer ERBAŞLAR ve Şükrü DOKUR, *Elektronik Ticaret* (Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2016), 5.

mağaza veya iş yerine gelinip alınması halinde iskonto yapma gibi uygulamaları sıklıkla gerçekleştirmektedir.

Kanun koyucu hiç şüphesiz ki ETDK'nın 2'nci maddesinde yer alan “*fiziken karşı karşıya gelmeksizin*” ifadesi ile geleneksel yolla yapılan ticari işlemlerin aksine işlem için kullanılan elektronik ortamı ve çevrimiçi yöntemi kastetmektedir. Diğer bir deyişle, taraflardan birinin hukuki iradesi elektronik vasıta ile açığa çıktığı sürece, taraflar işlemin tamamı veya bir bölümünde fiziki olarak karşı karşıya olsalar dahi işlem elektronik ticaret faaliyeti olarak kabul edilmelidir. Ancak bu husus Kanun hükmünde açıkça yer almadığından karışıklığa neden olabilecektir.²⁸

Tüm bu açıklamalara paralel olarak, ticari faaliyetler sırasında elektronik ortamda çevrimiçi gerçekleştirilen tüm faaliyetlerin elektronik ticaret kapsamında değerlendirilmeyeceği kanaatindeyiz. Gerçekten de kanun koyucu yapmış olduğu bazı hukuki düzenlemeler ile ticari faaliyetlerin bir kısmında elektronik ortam kullanımını zorunlu hale getirmiştir. Bahsedilen duruma örnek vermek gerekirse, Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No: 509)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in²⁹ (Sıra No: 535) 1'inci maddesinde, 2022 yılı için brüt satış hasılatı 3 milyon Türk Lirası ve üzerinde olan mükelleflerin elektronik fatura kullanımı zorunlu tutulmuştur. Burada elektronik fatura düzenlenmesi, bir internet sitesi, bir bilgisayar ya da mobil uygulama gibi elektronik ortam aracılığı ile çevrimiçi olarak gerçekleştirilmektedir. Benzer şekilde, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda³⁰ içerisinde bazı ticari işlemler de dâhil olmak üzere çeşitli hukuki işlemlerde elektronik imzanın kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Elektronik imza ile kişiler, el yazısı imzaların veya diğer imzaların işlevlerinin bir kısmının veya tamamının elektronik ortamda gerçekleştirebilir.³¹ Kanaatimizce bu tip elektronik ortamda gerçekleşen işlemlerin ticari faaliyete elektronik ticaret niteliğini kazandırdığını kabul etmek isabetli değildir. Nitekim geleneksel şekilde işyerinde ürünlerini satan veya hizmetlerini sunan bir teşebbüsün kanuni zorunluluk nedeniyle elektronik fatura düzenlediği için tüm satış faaliyetlerini elektronik ticaret kapsamında değerlendirmek doğru olmaz. Aynı şekilde, tüm

²⁸ Aksi yönde görüş için bkz. KAYA, *E-ticaret Hukuku*, 68.

²⁹ 22.01.2022 tarihli ve 31727 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁰ 23.01.2004 tarihli ve 23355 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³¹ United Nations Commission on International Trade Law, *Promoting Confidence in Electronic Commerce : Legal Issues on International Use of Electronic Authentication and Signature Methods* VİYANA: United Nations Publications, 2009), 13.

işlemlerini geleneksel ticarete uygun şekilde gerçekleştirip, sadece sözleşmeyi elektronik imza ile imzalayan bir kişinin faaliyetini sözleşmenin elektronik imza ile imzalanmasından bahisle elektronik ticaret kapsamında değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyiz.

İş yerlerinde iş takibi için bilgisayar veya mobil ortamlarda çeşitli otomasyon sistemlerinin kullanılması mümkündür. Bu sistemlerle beraber, çalışanlarının performansları veya yaptıkları işler kontrol edilebilir, ürün gönderimi, stok kontrolü vb. faaliyetlerin çeşitli şube veya iş yerlerinden kontrolü ve iş yeri düzeni ile koordinasyonu sağlanabilir. Bahsedilen sistemlerde gerçekleşen faaliyetler birbirlerine kapalı veya açık ağ ile bağlı bilgisayar ortamları ya da mobil ortam aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. Örnek vermek gerekirse, bir giyim mağazasından satın alınan ürünün bedeninin temin edilememesi nedeniyle ürünün müşteri tarafından talep edilen bedeni başka bir mağazadan alışveriş yapılan mağazaya getirilmesi, bu otomasyon sistemleri aracılığı ile sıklıkla gerçekleştirilmektedir. Benzer şekilde, tükenen stoklara ilişkin diğer mağazalara ya da depoya yapılan bildirim, sözü edilen otomasyon sistemleri aracılığı ile gerçekleştirilebilmektedir. Her ne kadar söz konusu faaliyetler elektronik ticaret tanımına uysa da kanaatimizce elektronik ticaret kapsamında değerlendirilmez. Gerçekten de müşteri tarafından geleneksel yöntemlerle satın alınan ürünün şube stoğunda olmaması nedeniyle otomasyon sistemleri aracılığıyla başka şubelerden satın alınan şubeye gönderilmesi, faaliyetin elektronik ticaret kapsamına sokmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, bir ticari faaliyete elektronik ticaret niteliğini kazandıran unsurun ticari kazanç elde etme amacıyla gerçekleştirilen ve elektronik ortamda açığa çıkan hukuki irade olduğu görüşündeyiz. Diğer faaliyetler arasında yer alan elektronik ortamda fatura kesme ve elektronik ortamda gerçekleşen iş takibi gibi asıl amacın yanında gerçekleştirilen yan işlemler, geleneksel ticareti tamamen ortadan kaldırıp her ticari faaliyeti elektronik ticaret kapsamına dâhil edeceğinden, ticari faaliyetlere tek başına elektronik ticaret niteliği kazandırmaz. Bu kapsamda, video paylaşım internet siteleri³² veya uygulamalarında kazanç sağlama amacıyla gerçekleştirilen reklamlar,

³² Video barındırma hizmeti veren internet siteleridir. Video ekleme veya izleme imkânı sağlarlar. Hizmet bireysel son kullanıcıların kişisel, ticari veya telif ücretsiz videoları yükleyip paylaşmasına ve bunları izlemesine olanak tanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Video_bar%C4%B1nd%C4%B1rma#:~:text=Video%20bar%C4%B1nd%C4%B1rma%20hizmeti%20veren%20internet,ve%20bunlar%C4%B1%20izlemesine%20olanak%20tan%C4%B1r (İnternet Erişimi: 15.02.2023).

mobil uygulamalarda bulunulan icaplar, internet sitelerinden alınan siparişler, çevrimiçi pazar yerlerinde kazanç sağlama amacıyla verilen reklamlar, internet sitelerinde veya mobil uygulamalarda satılan ürün veya hizmetler, sosyal medya internet siteleri veya uygulamaları aracılığı ile kazanç sağlama amacıyla gerçekleştirilen ürün bilgilendirmeleri, reklam veya bulunan icaplar, dijital olarak satılan ürün veya hizmetlerin elektronik posta (e-posta), bulut sistemleri vb. elektronik ortamlardan gönderilmesi işlemi gibi faaliyetler, elektronik ticaret kapsamında sayılabilir.

1.1.2 Elektronik ticaretin kapsamı

“Elektronik ortam”, sayısal değerlerle dijital/elektronik veri haline getirilen bilgi, belge, ses, görüntü, resim, sonuç doğurmaya yönelik irade gibi olguların yer aldığı ortamlardır. Bir fiilin elektronik ticaret kapsamında değerlendirilebilmesi için fiilin tamamının veya bir kısmının elektronik ortamda gerçekleşmesi gerekmektedir. Elektronik ortamın ne olduğuna ilişkin çeşitli kanuni düzenlemeler, yüksek yargı içtihatları ve öğretide farklı tartışmalar mevcut olup bu hususların tamamı ayrıntılı olarak çalışmanın “2.2.2.2 Elektronik ortamda çevrimiçi kullanım” başlığında ele alınacaktır.

Çevrimiçi olma durumu, ağda (iletişim standartlarını destekleyen birbirlerine bağlı bilgisayar topluluklarında) diğer kullanıcılar tarafından erişilen kaynakları barındıran elektronik ortamı ifade eder. Çevrimiçi elektronik ortamlara, çevrimiçi pazar yerleri, sosyal medya uygulamaları ve programları, internet siteleri, mobil uygulama ya da programlar, internet altyapısını kullanan cihazlar, EDI, elektronik fon transferi (EFT), ağa bağlı telefon, televizyon, faks vb. tüm elektronik ortam ve cihazlar örnek verilebilir. Bir fiilin elektronik ticaret kapsamında değerlendirilebilmesi için fiilin çevrimiçi olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

Bir mal ya da hizmeti ekonomik kazanç sağlamak amacıyla piyasaya sunma ve bu amaç doğrultusunda gerçekleştirilen üretim, değişim ve tüketim³³ faaliyetleri “ticari faaliyet” olarak adlandırılmaktadır.³⁴ Kişilerin temel ihtiyaçlarını karşılamak,

³³ Sabih ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022), 1.

³⁴ Alper Çağlar KOYUNCU, *Tüketici Uygulamaları Çerçevesinde Haksız Ticari Uygulamalar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 31.

yaşam şartlarını düzenlemek ve refah düzeylerini arttırmak için gerçekleştirdikleri faaliyetler ise iktisadi faaliyetlerdir.³⁵

Yukarıdaki açıklamalarımızdan hareketle, kanaatimizce elektronik ticaret; fiziki olarak mal veya hizmetin alımı, satımı, reklamı, bilgilendirmesi, pazarlaması gibi çevrimiçi olarak elektronik ortamda gerçekleştirilebilen her türlü ticari ve iktisadi faaliyete konu işlemleri kapsar. Bunun yanında, fiziki olmayan sayısal/dijital hale getirilmiş bir mal veya hizmetin; fiziki bir mal veya hizmetle benzer şekilde elektronik ortamda çevrimiçi olarak gerçekleştirilen alımı, satımı, reklamı gibi faaliyetleri ve fiziki bir mal veya hizmetten farklı olarak sayısal/dijital bir mal veya hizmetin üretilmesi, yayımlanması, dinletilmesi, sevkiyatı gibi elektronik ortamda çevrimiçi olarak gerçekleştirilebilen her türlü ticari ve iktisadi faaliyetler de elektronik ticaret kavramı kapsamında değerlendirilmelidir.

Ayrıca elektronik ortamda çevrimiçi olarak gerçekleşen elektronik sözleşmelerin kurulması, yine çevrimiçi gerçekleşen elektronik ihaleler, ticari kayıtların tutulması, elektronik bankacılık işlemleri, satış sonrası destek gibi tüm ticari ve iktisadi faaliyetler de bu kapsama dâhildir.³⁶

1.2 Marka

1.2.1 Marka kavramı ve tanımı

Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin³⁷ (MarKHK) markayı düzenleyen hükmü olan 5'inci maddesinde marka, *"bir teşebbüse ait mal veya hizmetlerin diğer teşebbüse ait mal veya hizmetlerden ayrılmasını sağlayan, çizim, baskı vb. şekillerde ifade edilebilen, yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret"* olarak ifade edilmiştir. MarKHK'yi yürürlükten kaldıran ve şu an yürürlükte olan SMK'nın 4'üncü maddesi uyarınca ise marka, *"bir teşebbüse ait mal veya hizmetlerin diğer teşebbüslerinkinden ayırt edilmesini ve sahibine sağlanan koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla"* her tür işarettir.

³⁵ Paul KRUGMAN ve Robin WELLS, *Makro İktisat*, çev. Fuat OĞUZ, M. Murat ARSLAN, K. Ali AKKEMİK ve Koray GÖKSAL (Ankara: Palme Yayıncılık, 2013), 2.

³⁶ ÇAKIRER, *Elektronik Ticaret*, 102.

³⁷ Bu kanun hükmünde kararname (KHK) 22/12/2016 tarihli ve 6769 sayılı Kanunun 191'inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Uluslararası ticarete fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin esasların belirlendiği ve 26 Mart 1995 tarihinde ülkemizde yürürlüğe giren Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)’nın 15’inci maddesinde marka, “*bir işletmenin mal veya hizmetlerinin diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu*” olarak ifade edilmiştir.

Tüm bu kanuni düzenlemelerden yola çıkılarak markanın, teşebbüslere ait malların veya sunmuş oldukları hizmetlerin diğer teşebbüslerinkinden ayırt edilmesini sağlayan işaret olduğu söylenebilir. Her ne kadar MarKHK ve SMK’da markayı oluşturan işaret sözcük, şekil, renk, harf, sayı, ses, ambalaj biçimi gibi kavramlarla anlatıldıysa da bu kavramlar markayı oluşturan işaretleri sınırlamaz. Her iki hükümde de yer alan “*her türlü işaret*” ifadesi kanun koyucunun marka olabilecek işaretleri sınırlı sayıda düzenlemediğini ve örnekleme yoluna gittiğini göstermektedir.³⁸

SMK’nın 4’üncü maddesinde yer alan “*sicilde gösterilebilir olması şartıyla*” ifadesi marka hakkı sahipliğinin tescil ile doğacağı şeklinde bir anlam ortaya çıkarabilecek olsa da marka hakkının sahibi olmak için tescil zorunluluğu yoktur.³⁹ Kanun koyucunun hükümde bu ifadeye yer verme amacı Avrupa Birliği (AB) direktifleri ve Avrupa Birliği Marka Tüzüğüne tam olarak uyum sağlayıp MarKHK’den farklı olarak çizilemeyen işaretlerin de marka olabileceğini ifade etmektir.⁴⁰

Marka tecilli veya tescilsiz bir marka olabilir.⁴¹ Markanın tescilli veya tescilsiz olması durumu markanın korunması ve tâbi olduğu hukuki rejim açısından özellik göstermekte⁴² olup bu husus çalışmanın “2.1 SMK’da Markanın Korunması Hakkında Öngörülen Sistem” başlığında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

³⁸Celal GÖLE ve Ali BOZER, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020), 259; Yasama Dönemi: 26, Yasama yılı: Sıra Sayısı: 341: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf> (İnternet Erişimi 16.07.2022)

³⁹İsmail KAYAR, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 243.

⁴⁰Canan KÜÇÜKALİ, “6769 Sayılı Kanun Kapsamında Markanın Hükümsüzlüğü”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı*, 19-38, (2020): 120-141, 122.

⁴¹Özge ÖZŞAHİN, *Sınai Mülkiyet Hukuku El Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 34.

⁴²KAYIHAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 175.

1.2.2 Markanın hukuki niteliği

Fikri mülkiyet haklarından biri olan marka, sınai bir hak olup gayri maddi bir mal varlığı niteliği taşır.⁴³

Özel hukuktan doğan haklar arasında yer alan fikri mülkiyet hakları, fikir ve çaba sonucu üretilen gayri maddi nitelikteki bir varlık üzerine kurulabilen mutlak haklar olarak tanımlanabilir.⁴⁴

Bir malvarlığı içerisinde yer alan ve değeri para ile ölçülebilen haklar malvarlığı haklarıdır.⁴⁵ Malvarlığı hakları, maddi varlığı olan veya gayri maddi (cismani varlığı olmayan) varlıklar üzerinde kurulabilir.⁴⁶ Fikri mülkiyet haklarının tanımında yer alan gayri maddi nitelikteki varlık kavramı, kişinin bilişsel ve düşünsel fikri çabası, zekâsı ve yaratıcılığı ile ortaya çıkardığı, iktisadi değeri olan⁴⁷, maddi olmayan bir olguyu ifade eder.⁴⁸ Söz konusu fikri çaba; kitap, müzik, alet, makine vb. şekilde maddi bir varlık haline gelse bile hak sahipliği bu maddi varlığı hayata geçiren fikir üzerinedir.⁴⁹

Fikri mülkiyet haklarının bir türü olan sınai haklar, sanayi ve endüstride kullanılan mal veya hizmetin arkasındaki fikir üzerindeki hak sahipliğini ifade eder.⁵⁰ Bu haklara iş yerinde kullanılan makinenin patenti, ürün ve hizmet üzerindeki marka, inşa edilen nesnenin planlanma aşamasındaki tasarımı, coğrafi işaret, ticaret unvanı vb. haklar örnek verilebilir.

İhlali halinde herkese karşı ileri sürülebilen haklar mutlak haklardır.⁵¹ Bu tip haklar, konusu üzerinde sahibine herkesin uymak zorunda olduğu geniş yetkiler verir.⁵² Kanun koyucu fikri ve sınai hakları düzenlerken bu haklara ilişkin çeşitli

⁴³ AYHAN, ÇAĞLAR ve ÖZDAMAR, *Ticari İşletme Hukuku*, 303.

⁴⁴ Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2019), 1.

⁴⁵ Süleyman YILMAZ ve Abdulkerim YILDIRIM, *Medeni Hukuk 1* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 95.

⁴⁶ O. Gökhan ANTALYA ve Murat TOPUZ, *Medeni Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 1: 128.

⁴⁷ Musa YILDIRIM, *Gayri Maddi Haklar ve Vergilendirilmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 19.

⁴⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, *Medeni Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 147; Sami KARAHAN, Cahit SULUK, Tahir SARAÇ ve Temel NAL, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 167; Ümit GEZDER, “Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22 (2016): 1119-1132, 1127.

⁴⁹ KILIÇOĞLU, *Fikri Haklar*, 2; A. Lale SİRMEN, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 4.

⁵⁰ KILIÇOĞLU, *Fikri Haklar*, 5.

⁵¹ OĞUZMAN ve BARLAS, *Medeni Hukuk*, 145; ANTALYA ve TOPUZ, *Medeni Hukuk*, 168.

⁵² ANTALYA ve TOPUZ, *Medeni Hukuk*, 168.

sınırlamalar öngörmüştür. Bunlara örnek olarak fikri ve sınai hakların diğer mutlak haklardan farklı olarak süreye bağlı olması gösterilebilir. Söz konusu haklar, Kanun'da düzenlenen koruma süreleri kadar korunur. Yine benzer şekilde hakkın kullanımı ve korunması yasal düzenlemelerle coğrafi olarak sınırlandırılmıştır. Fikri ve sınai hakların kullanımı ve korunması her ne kadar süreye bağlanmış ve yasal düzenlemeler ile sınırlandırılmışsa da sahibine ihlali halinde herkese karşı ileri sürülebilen hak ve inhisari yetkiler vermesinden dolayı mutlak bir haktır.⁵³

Marka hakkı da düşünsel çaba sonucunda ortaya çıkan bir işaret üzerindeki hak sahipliğidir. Bu işaret herhangi bir işaretten farklı olup özgünlüğü ile üzerinde bulunduğu mal veya hizmet için müşterisinde bir algı oluşturur.⁵⁴ Bu nedenle bir fikri hak olup resim, ses, ambalaj, görsel vb. cismani varlıklarla maddi hale gelebilse de korumanın konusu cismani varlığı benzerlerinden ayırt edilmesini sağlayan, menşeyi gösteren ve müşterisi nezdinde fikir oluşturan bir gayri maddi varlıktır. Anayasa Mahkemesi de yapılan bir başvuru sonucu MarKHK'nın 16'ncı maddesinin iptali için yapmış olduğu incelemede mülkiyet hakkının konusunun maddi ve gayri maddi mallar olduğunu, fikri ve sınai mülkiyet haklarının gayri maddi mallar kapsamında bulunduğunu ve marka hakkının da bunlardan biri olduğunu kabul etmiştir.⁵⁵

Ayrıca marka hakkı, markanın sanayi ve endüstriyel olarak ticari hayatta teşebbüsler tarafından üretilen ürün veya sağlanan hizmetlerin benzerlerinden veya diğer teşebbüslerin ürün veya hizmetlerinden ayrılması için kullanılması nedeniyle sınai bir haktır.

1.2.3 Markanın süresi

Marka hakkının korunması, tıpkı diğer sınai haklar gibi süreye bağlanmıştır. SMK'nın 23'üncü maddesi uyarınca markanın koruma süresi on yıldır. Kanun hükmü uyarınca bu süre markanın tescil başvurusu tarihinden itibaren başlar ve sürenin sona ermesinden önceki altı ay içerisinde yenileme başvurusunun yapıp yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin belgenin Türk Patent ve Marka Kurumu'na (TPMK) gönderilmesi halinde yenilenir. On yıllık sürenin sona ermesinden önceki altı ay

⁵³ Uğur ÇOLAK, "Türk Marka Hukuku" (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 11.

⁵⁴ KARAHAN, SULUK, SARAÇ ve NAL, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, 167.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi 13.05.2015 T, 2015/49 E., 2015/46 K. sayılı karar., <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/05/20150515-33.pdf> (İnternet Erişimi 20.07.2022); Benzer şekilde bkz. Anayasa Mahkemesi 27.05.2015 T, 2015/33 E., 2015/50 K. sayılı karar <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (İnternet Erişimi 15.07.2022).

içerisinde ilgili işlemlerin yapılmaması halinde, koruma süresinin sona erdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde, ek ücret ödenerek de yenileme yapılabilir.

Kanun koyucu, SMK'nın 23'üncü maddesinin gerekçesinde; 2015/2424 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü⁵⁶ ile tam uyum sağlamak amacıyla tüzüğün 46'ncı maddesine atıf yaparak koruma süresinin on yıl olduğunu, 47'nci maddesine atıf yaparak da onar yıllık süre ile yenilenebileceğini düzenlemiştir.

Markanın koruma süresi diğer sınai haklardan olan patent ve tasarımdan farklı olarak Kanun'da öngörülen usule uyulması kaydı ile her on sene sonunda yenilenerek sınırsız olarak uzatılabilir.⁵⁷

1.2.4 Marka olabilecek işaretlerin özellikleri

1.2.4.1 Genel olarak

SMK'nın 4'üncü maddesi uyarınca *“Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir.”* Hüküm metninden anlaşılacağı üzere, bir işaretin marka olabilmesi için, işaret kullanıldığı mal veya hizmet için ayırt edici olmalı ve koruma konusunu açık ve anlaşılır bir şekilde sicilde gösterebilmelidir.

SMK'nın 5'inci ve 6'ncı maddelerinde marka tescili için mutlak ve nispi ret nedenlerini düzenlemiştir. Bu maddeler tescil engeli olup bu hükümlere uymayan işaretler re'sen veya itiraz üzerine TPMK tarafından marka olarak tescil edilmez; tescil edilse dahi SMK'nın 25'inci maddesi uyarınca ilgilinin itirazı üzerine mahkeme tarafından hükümsüz kılınabilir veya iptal edilebilir.

⁵⁶ Avrupa Parlamentosu tarafından 16.12.2015 tarihinde kabul edilmiş, 26.03.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁷ Duygu TAŞKIN, *Markanın Tescili ve Marka Hakkının Sona Ermesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 152.

1.2.4.2 İşaret ve sicilde gösterilebilir olma

SMK'nın 4'üncü maddesi uyarınca ayırt edici ve koruma konusunu, kullanıldığı mal ve hizmet için açık ve kesin olarak sicilde gösterebilen her türlü işaret marka olabilir. Taşıdığı bu özellik nedeniyle, markayı oluşturan işaret marka konusu ürün ve hizmeti gerçekleştiren teşebbüsü gösterip müşteri nezdinde bir çağrışım yaratır.⁵⁸ Bu kapsamda her markanın bir işaret olduğu söylenebilecekken her işaretin marka olduğu söylenemez.⁵⁹

SMK'nın 4'üncü maddesinde yer alan “*kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir*” ifadesi, marka konusu işaretin neler olabileceğini sınırlandırmak amacıyla getirilmiş değildir. Kanun koyucu burada marka olabilecek işaretleri örnekleme yoluna gitmiş olup bu hususu Kanun'un gerekçesinde de belirtmiştir.⁶⁰

Son olarak SMK'nın 4'üncü maddesinde geçen “*sicilde gösterilebilir olması şartıyla*” ifadesi, ses ve hareketli markalar gibi çizimle gösterilmesi mümkün olmayan işaretlerin marka olarak tescilini mümkün kılmak, AB direktifleri ve AB Marka Tüzüğü'nde yer alan esnek yaklaşımı benimsemek amacıyla MarKHK'dan farklı olarak Kanun hükmüne eklenmiştir.⁶¹

1.2.4.3 Ayırt edicilik

Markalar için ayırt edicilik koşulu, marka olarak kullanılan işaretin o malın müşterisi nezdinde başka bir marka ya da işaret ile karıştırılıp karıştırılmaması olarak açıklanabilir.⁶² Ürün veya hizmet alan kişi almış olduğu ürün ya da hizmet için kullanılan işareti başka bir işaret ile karıştırıyor ve ayırt edemiyorsa o işaret marka olarak tescil edilemez.⁶³

⁵⁸ SULUK, KARASU ve NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 152.

⁵⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 24.

⁶⁰ GÖLE ve BOZER, *Ticari İşletme Hukuku*, 259; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Gerekçesi, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf> (İnternet Erişimi 16.07.2022)

⁶¹ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Gerekçesi, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf> (İnternet Erişimi 19.07.2022)

⁶² Richard STIM, *Patent, Copyright & Trademark* (California: Nolo, 2020), 367; FISHMAN, *Trademark*, 29.

⁶³ İlhami GÜNEŞ, *Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 28.

Markalarda ayırt edicilik kavramı “*soyut ayırt edicilik*” ve “*somut ayırt edicilik*” olmak üzere ikiye ayrılır.⁶⁴ Bu kavramlardan soyut ayırt edicilik kavramı, soyut olarak ayırt edici olmayan bir işaretin niteliği gereği hiçbir mal veya hizmet için ayırt edici olmamasını ifade eder.⁶⁵ Kanun koyucunun SMK’nın 4’üncü maddesinde düzenlediği ayırt edicilik kavramı da marka olabilmenin koşulu olduğu için soyut ayırt ediciliktir.⁶⁶

Bir işaretin tescil edilmek istenen mal veya hizmet için ayırt edici özelliğinin olup olmadığı hususu ise “*somut ayırt edicilik*”tır.⁶⁷ Öğretideki bir görüşe göre, soyut olarak ayırt edici olmayan işaret sonradan kullanıma dayalı olarak da ayırt edici nitelik kazanamaz; bu nedenle soyut olarak ayırt edici olmayan işaret hiçbir şekilde marka olarak tescil edilemez.⁶⁸ Diğer yaklaşım ise SMK’nın 5’inci maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca tescilden önce kullanım sonucu ayırt ediciliğin kazanılması mümkün olduğundan, soyut ayırt edici olmayan işaret sonradan marka niteliği kazanıp tescil ettirilebileceğini savunmaktadır.⁶⁹ Yargıtay içtihatlarında, marka konusu işaretin soyut olarak ayırt edici olmayan bir işaret olması halinde kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanabileceğini kabul etmektedir.⁷⁰ Kanaatimizce, marka olamayacak bir işaretin sonradan kullanım yolu ile de ayırt edicilik kazanması mümkün değildir.

Ayırt edicilik, SMK’nın 4’üncü maddesinde yer alan düzenlenmenin yanında Kanun’un 5’inci ve devam eden maddelerinde de mutlak veya nispi tescile engel haller açısından bir ölçüt olarak kabul edilmiştir.

1.2.5 Markanın fonksiyonları

Markanın asli fonksiyonu “*kaynak gösterme*”dir.⁷¹ Bu fonksiyon, işaretin kullanıldığı mal veya hizmetin hangi teşebbüsten kaynaklandığını ve mal veya

⁶⁴ ÜLGEN, HELVACI, KAYA VE NOMER ERTAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 268.

⁶⁵ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 26; SULUK, KARASU ve NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 152.

⁶⁶ Rıza AYHAN, Hayrettin ÇAĞLAR, Burçak YILDIZ, Dilek İMİRLOĞLU, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 28.

⁶⁷ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 26; GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 90.

⁶⁸ Beşir Fatih DOĞAN, “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, 6-3, (2006/3): 41; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 27; GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 90.

⁶⁹ Hazal MİNTAŞ, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 24.

⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK). E. 2011/59 K. 2011/271 T. 04.05.2011 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.07.2022); Yargıtay HGK. E. 2003/578 K. 2003/703 T. 19.11.2003 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.07.2022).

⁷¹ Hamdi YASAMAN, Tolga AYOĞLU, Fülürya YUSUF OĞLU BİLGİN, Pınar MEMİŞ KARTAL, Sinan H. YÜKSEL ve Zeynep YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* (ANKARA: Seçkin, 2021), 53; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 16.

hizmetle marka sahibi teşebbüs arasındaki bağlantıyı göstermektedir.⁷² Markanın günümüzdeki en temel fonksiyonu ise ayırt edicilik fonksiyonudur.⁷³ Bu fonksiyon markanın tescil edildiği mal veya hizmetin diğer teşebbüslere ait mal veya hizmetlerden ayrılmasını sağlar.⁷⁴

Bir marka kullanıldığı mal veya hizmetin karakteristik özelliğini gösterdiği sürece o kadar az ayırt edici ve zayıf bir markadır.⁷⁵ Fakat markanın zayıf olması ayırt edici olmadığı anlamına gelmez.⁷⁶ Mal veya hizmetin karakteristik özelliğini gösteren markalar zamanla ayırt edici özellik kazanabilir ya da ayırt edici bir marka, kullanıldığı mal veya hizmet ile özdeşleştirilerek bu özelliğini zamanla kaybedebilir.⁷⁷

SMK'nın 26'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde de markanın zamanla ayırt ediciliğini kaybetmesi durumu, markanın iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Bahsedilen hüküm uyarınca, marka sahibi tarafından gerekli önlemlerin alınmaması sonucu tescil edildiği mal veya hizmet için yaygın ad haline gelen markanın talep üzerine TPMK tarafından iptaline karar verilebilir. Örnek vermek gerekirse “*selülöz*” ve temiz anlamına gelen “*pak*” kelimesinin birleşiminden oluşan *SELPK* markası, saldırgan satış politikası ve reklamcılık başarısı ile kullanıldığı mal sınıfı için yaygın ad haline gelmiş, ayırt ediciliğini kaybetmiştir.⁷⁸ Benzer bir örnek, arazi tipi araçlar için kullanılan *CİP* veya *JİP* ibaresidir. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, *JEEP* markasının yaygın ad haline geldiği iddiası ile açılan hükümsüzlük davasında *CİP* ve *JİP* ibarelerinin arazi tipi araçlar için yaygın ad olduğunu kabul etmiştir. Kararda yüksek mahkeme; her ne kadar *CİP* ve *JİP* ibarelerinin arazi tipi araçlar için yaygın ad olduğunu kabul etse de *JEEP* markasının halen mal veya hizmetin tüketicisi nezdinde bir araç markası olarak bilinmesi ve

⁷² Sabih ARKAN, *Marka Hukuku*, 2 Cilt (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997) 1:38; GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 48; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 16.

⁷³ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 17.

⁷⁴ GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 68.

⁷⁵ Dilek İMİROĞLU, “Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2017), 5.

⁷⁶ SULUK, KARASU ve NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 152.

⁷⁷ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 55; Zhiling BEI, “The One-Party Versus Third-Party Platform Conundrum: How Can Brands Thrive?”, *Journal of Marketing*, 87-2, (2023): 253-274, 254.

⁷⁸ Onur SARI, Markanın Yaygın Ad Haline Gelmesine Karşı Korunması, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17.206, (2022): 71-105, 95.

markanın yaygın ad haline gelmesinde marka sahibinin bir ihmali olmaması nedenleriyle davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.⁷⁹

Marka, kullanıldığı mal veya hizmetlerin tüketicileri üzerinde bir izlenim bırakır.⁸⁰ Markanın tüketicileri üzerinde bıraktığı kalite ve güven duygusu nedeni ile seçim nedeni olması markanın kalite ve garanti fonksiyonudur.⁸¹

Markanın diğer bir fonksiyonu ise reklam ve iletişim fonksiyonudur. Günümüzde tüketiciler, bir mal veya hizmetin niteliğini üzerindeki marka ile tanımakta, marka tüketici üzerinde bir duygusal etki yaratmaktadır.⁸² Bu nedenle markanın iyi şekilde tanıtılması ve reklamının yapılması ekonomik açıdan önemlidir.⁸³ Reklam ve iletişim fonksiyonu sayesinde tüketici nezdinde imaj yaratan marka, müşteri kitlesini de arttırarak müşteri ile arasında bağlılık yaratır.⁸⁴

1.2.6 Marka hakkının kazanılması

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası "*marka tescilinden doğan hakların münhasıran marka sahibine*" ait olduğunu, aynı hükmün 1'inci fıkrası da "*bu kanunla sağlanan marka korumasının tescil yoluyla elde edileceğini*" düzenlemektedir. Söz konusu Kanun hükümlerinden anlaşılacağı üzere SMK'nın marka sahibine sağladığı haklar ve bu haklara ilişkin koruma, markanın TPMK nezdinde tutulan Marka Sicili'ne tescil yolu ile elde edilir. Bu husus öğretide *tescil ilkesi* olarak adlandırılmaktadır.⁸⁵ Tescil ve ilan marka sahibine herkese karşı ileri sürebileceği nitelikte haklar kazandırır.⁸⁶

Tescilin yanında gerçek hak sahipliği ilkesi uyarınca marka hakkını kullanma ile kazanmak da mümkündür.⁸⁷ Öğretide markanın kullanım ile kazanılması *kullanma*

⁷⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2013/6838 K. 2014/5657 T. 24.3.2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 15.02.2023)

⁸⁰ ⁸⁰ SULUK, KARASU ve NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 155.

⁸¹ GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 49.

⁸² ÜLGEN, HELVACI, KAYA ve ERTAN NOMER, *Ticari İşletme Hukuku*, 262.

⁸³ GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 49.

⁸⁴ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 17.

⁸⁵ Ünal TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 382; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 417; GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 243; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1608.

⁸⁶ GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 244.

⁸⁷ GÜNEŞ, *Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler*, 118.

sistemi olarak adlandırılmıştır ve bu sisteme göre markayı tescilden önce kullanıp ayırt edici nitelik kazandıran kişi o işaret üzerindeki marka hakkının sahibidir.⁸⁸

Marka tescili açıklayıcı veya kurucu nitelikte olabilir.⁸⁹ Marka, tescilden önce kullanılan bir marka ise tescil açıklayıcıdır.⁹⁰ Bu duruma örnek olarak markanın hak sahibi tarafından tescilden önceki tarihlerde kullanarak ayırt edici bir nitelik kazanması⁹¹ ve tescilli bir markanın başkasından devralınması⁹² gösterilebilir. Marka tescil ile beraber kullanılmaya başlayan bir marka ise tescil kurucu niteliktedir.⁹³

Markanın tescili, çalışmanın “2.1.1 *SMK’nın sağladığı koruma açısından marka hakkının tescili*” başlığında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁸⁸ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1607.

⁸⁹ Taner SAVAŞ ve Murat SAYGIN, *Türk Patent ve Marka Kurumu Uygulamaları ve Yargıtay Kararları Işığında Marka Tescil Süreci* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 212.

⁹⁰ TAŞKIN, *Markanın Tescili ve Marka Hakkının Sona Ermesi*, 66.

⁹¹ Yargıtay 11. HD. E. 2005/3886 K. 2006/3544 T. 04.04.2006 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 19.10.2022).

⁹² Yargıtay 11. HD. E. 2009/4473 K. 2009/8797 T. 16.7.2009 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 19.10.2022).

⁹³ Yargıtay 11. HD. E. 2011/1642 K. 2012/9499 T. 31.05.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 19.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2005/3886 K. 2006/3544 T. 04.04.2006 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 19.10.2022).

BÖLÜM 2: SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE ELEKTRONİK TİCARET KAPSAMINDA MARKA HAKKININ KORUNMASI VE MARKAYA TECAVÜZ HALLERİ

2.1 SMK'da Markanın Korunması Hakkında Öngörülen Sistem

2.1.1 SMK'nın sağladığı koruma açısından marka hakkının tescili

Marka tescilli veya tescilsiz olabilir.⁹⁴ Bu ayrım, marka hakkının korunması açısından özellik arz eder.⁹⁵ Nitekim tescilli marka SMK hükümlerinin öngördüğü şekilde korunacak iken, tescilsiz marka ise SMK'ya göre daha dar bir kapsama sahip olan TTK'nın 54'üncü maddesi ve devamında düzenlenen haksız rekabet hükümlerine göre korunur.⁹⁶

Tescilsiz markanın SMK'nın bazı hükümlerine göre sınırlı olarak korunabileceğine ilişkin ilk durum; Kanun'un 3'üncü maddesinin (c) bendinde düzenlenen, Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişilere ait tescil edilmeyen markaların SMK tarafından korunacağına ilişkin hükümdür. İkinci durum Kanun'un 3'üncü maddesinin (ç) bendinde düzenlenen, karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyuğuındaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyuğuındaki kişilerin ölkemizde tescil edilmeyen markalarının SMK tarafından korunacağına ilişkin kanuni düzenlemedir. Diğer durumlar ise söz konusu Kanun'un 25'inci maddesinde düzenlenen hükümsüzlük davası ve Kanun'un 6'ncı maddesinin 3'üncü maddesinde düzenlenen nispi tescil engelidir.

SMK'nın 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan “*bu kanunla sağlanan marka koruması tescil yolu ile elde edilir*” ifadesi ile Türk marka hukukunda tescil ilkesinin geçerli olduđu⁹⁷ düzenlenmiş olup kural olarak sadece tescil edilen markalar SMK kapsamında korunacaktır. Bu noktadan hareketle tescilli marka kavramı; SMK'da yer alan düzenlemeler uyarınca tescil edilen markalar olarak ifade edilebilir.

⁹⁴ Onur SARI, *Türk ve AB Hukukunda Marka Hakkı Edinme Süreci* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) 182.

⁹⁵ TAŞKIN, *Markanın Tescili ve Marka Hakkının Sona Ermesi*, 67.

⁹⁶ AYHAN, ÇAĞLAR ve ÖZDAMAR, *Ticari İşletme Hukuku*, 389; ÜLGİN, HELVACI, KAYA ve NOMER ERTAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 273; BOZKURT, *Ticari İşletme Hukuku*, 344.

⁹⁷ Cahit SULUK, Rauf KARASU ve Temel NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 164.

SMK'nın 11'inci maddesi ve devam hükümleri uyarınca marka tescil başvurusunun yapılacağı ve başvuru sonucunda tescil kararının verileceği kurum TPMK'dır.

Tescilin hak sahibine önemli ispat ve rekabet avantajları sağladığı söylenebilir.⁹⁸ Öğretide; marka hukukunun temel amacının “*marka sahiplerini rakiplerin rekabetine karşı korumak*” olmasından dolayı tescilli marka sahibinin marka hakkının ihlali halinde haksız rekabet hükümlerine başvurmasına herhangi bir engel olmadığı kabul edilmiştir.⁹⁹ Ancak geline nokta Yargıtay, TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen 55'inci maddesinde, Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹⁰⁰ haksız rekabeti düzenleyen 57'nci maddesinin 5'inci fıkrasından farklı olarak “*marka*” ifadesinin yer almaması ve TTK'nın 57'nci maddesinin gerekçesinde; “*marka*” ifadesinin sınai mülkiyet haklarının ayrıntılı olarak özel kanun ile korunması nedeniyle Kanun'dan çıkarıldığına yer verilmesi nedeniyle SMK kapsamında korunan hakların haksız rekabet olarak kabulünün mümkün olmadığına karar vermiştir.¹⁰¹

Kanaatimizce Yargıtay'ın bahsi geçen kararı haksız rekabetin amacına aykırı olup isabetli değildir. Haksız rekabet, iyi niyet kurallarına aykırı olan davranışları engelleyerek ekonomik rekabetin bozulmasının önüne geçmeyi amaçlar.¹⁰²

Öncelikle TTK'nın 55 'inci maddesinde haksız rekabet halleri sınırlı olarak sayılmamış olup Kanun Koyucu hüküm metninde “*aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır*” diyerek haksız rekabet hallerini örneklemiştir. Bu sebeple, Kanun hükmünde haksız rekabet halleri örneklenmişken, önceki Kanun'da yer alan marka ifadesinin çıkarılmasından hareketle marka hakkının Kanun kapsamına dâhil edilmediğini düşünmek, bize göre Kanun hükmünün amacına aykırı olarak dar yorumlanmasıdır. Burada önemli olan; marka hakkını ihlal eden işaretin TTK'nın 54'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında da öngörüldüğü üzere rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

⁹⁸ GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 7.

⁹⁹ ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 336.

¹⁰⁰ 09.07.1956 tarih ve 9353 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁰¹ Yargıtay 11. HD. E. 2019/5189 K. 2022/1852 T. 14.03.2022 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 24.03.2023)

¹⁰² Hamdi YASAMAN, *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı* (Ankara: Sekin Yayınları, 2021), 21.

İkinci olarak ise bahsedilen kararında yüksek mahkeme, markanın tescilli ya da tescilsiz olduğu ayırımına girmeden markanın SMK kapsamında korunduğunu bu sebeple de Haksız Rekabete konu edilmesinin gereksiz olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle, karar ile birlikte tescilsiz markanın SMK'nın öngördüğü sınırlı hallerin dışında korumasız kaldığı, TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen hükümleri çerçevesinde korunamayacağı söylenebilir. Kanaatimizce marka hakkını ihlal bir işaret tescilli olsun ya da olmasın; rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı olarak ticari işlemlere konu edilmiş ise haksız rekabet kapsamında değerlendirilmelidir. Bir markanın sahibi olmak veya bu markayı kullanabilmek için hak sahibinin markayı tescil ettirme zorunluluğu yoktur.¹⁰³

SMK'nın 7'nci maddesinde Kanun'un öngördüğü marka korumasının tescil ile doğacağı ifade edildiğinden, tescilsiz markanın TPMK nezdinde tescil edilmeyen markalar olduğu söylenebilir.

2.1.2 SMK'nın sağladığı korumadan yararlanacak kişiler

SMK'nın sağladığı korumadan; adı geçen Kanun'un 3'üncü maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler, Paris Sözleşmesi veya 15/4/1994 tarihli WTO Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler, karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyuğundaki kişiler yararlanır. Bu kapsamda, bahsedilen kişilerden elektronik ticaret faaliyetini gerçekleştirirken marka kullananların veya marka hakkı üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği elektronik ticaret faaliyeti nedeni ile ihlal edilen kişilerin korumadan yararlanabileceği söylenebilir.

¹⁰³ ÜLGEN, HELVACI, KAYA ve NOMER ERTAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 273; BOZKURT, *Ticari İşletme Hukuku*, 344.

2.1.3 SMK'nın sağladığı korumanın coğrafi sınırı

2.1.3.1 Genel olarak

Hukukumuzda markanın korunmasında kural olarak ülkesellik ilkesi geçerlidir.¹⁰⁴ Bu ilke uyarınca bir marka sadece tescil edildiği ülke sınırları içerisinde korunur.¹⁰⁵ Rüçhan hakkına¹⁰⁶ sahip olan kişiler, karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı korunması sağlayan devletlerin uyuğundaki kişiler ve tanınmış markalar bu ilkenin istisnalarıdır.¹⁰⁷

Rüçhan hakkına sahip olan kişiler, karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı korunması sağlayan devletlerin uyuğundaki kişiler ve tanınmış marka sahipleri istisna olmak üzere, elektronik ticaret sırasında markasını kullanan kişi, ülkesellik ilkesi gereği sadece ülkemizde gerçekleştirilen fiiller için marka hakkı korumasına sahiptir. Aynı şekilde elektronik ticaret faaliyeti gerçekleştiren diğer kişilerin marka hakkını ihlalinden söz edilebilmesi için marka ülkemizde tescilli olmalı ve ihlal konusu fiilin ülkemizde gerçekleşmelidir.

2.1.3.2 Rüçhan hakkının korumanın coğrafi sınırına etkisi

Rüçhan hakkı; Paris Sözleşmesi veya WTO Anlaşmasına taraf devletlerden birinin ülkesinde tescil edilen markanın, Türkiye’de tescilli olmadığı durumda altı ay boyunca markanın başkası adına tescilini engelleyen bir haktır.¹⁰⁸ Türkiye’de markasını tescil ettiren bir kişi de markasını anlaşmalara taraf olan diğer ülkelerde rüçhan hakkı ile kullanabilir. Bu nedenle, Paris Sözleşmesi’ne veya WTO Anlaşmasına taraf olan üye ülkelerde elektronik ticaret ile uğraşanların Türkiye’de internet, çevrimiçi pazar yeri vb. elektronik ticaret araçları ile sunduğu mal veya hizmetler için markasını rüçhan hakkını kullanarak Türkiye’de tescil ettirebilecektir. Benzer şekilde, Türkiye’de elektronik ticaret faaliyeti gerçekleştiren ve internet, çevrimiçi pazar yeri vb. elektronik ticaret araçları ile Paris Sözleşmesi taraf ülkelerde

¹⁰⁴ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 31; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 12.

¹⁰⁵ Necati MERAN, *Marka Hakları ve Korunması* (Ankara: Seçkin, 2015), 257.

¹⁰⁶ Marka hukukunda rüçhan hakkı, SMK’da öngörülen sebeplerin varlığı halinde, rüçhan hakkı sahibine ait markanın tescil talebinin aynı işarete ilişkin diğer başvurulardan önce yapıldığı kabul edilerek öncelikli olarak tescil edilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem GÖKMEN, “Marka Hukukunda Rüçhan Hakkı” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2015), 26.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık “3.1.1 Marka hakkının tükendiğine ilişkin savunma”

¹⁰⁸ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 37.

mal veya hizmet satışı yapan kişi Türkiye’de tescilli olan markasını, o ülkede de korumak için ilgili hukuk düzeninin öngördüğü şartları yerine getirerek rüçhan hakkı ile kullanabilir.

SMK’nın 12’nci maddesi ve devamındaki hükümler; marka sahibinin rüçhanlı markasını konu alan tescil başvurusunun, önceki tarihli ve rüçhanlı marka ile aynı ya da benzer işaret olan tescil başvurularından öncelikli olarak tescil edileceğini, diğer başvurulara ilişkin tescil talebinin de bahsedilen sebeple reddedileceğini düzenler. Bu kapsamda, elektronik ticaret faaliyetinde markasını kullanıp ve bu marka için ülkemizde rüçhan hakkına sahip olanlar markası için tescil talebinde bulunursa; tescili istenen marka ile aynı ya da benzer işareti konu alan önceki tarihli tescil başvurularının önüne geçerek markasını tescil ettirir ve rüçhanlı marka ile aynı ya da benzer olan diğer işaretlerin tescil edilmesine engel olur. Rüçhanlı marka ile aynı ya da benzer olan işaret bir şekilde marka olarak tescil edilirse, SMK’nın 25’inci maddesi uyarınca hak sahibi bu markanın hükümsüzlüğünü talep edebilir.

Rüçhan hakkı olan marka, markanın bu hak kapsamında korunduğu süre boyunca SMK’nın 7’nci ve 29’uncu maddesinde düzenlenen tecavüz fiillerine karşı da korunur.¹⁰⁹ Böyle bir uyuşmazlığın çıkması halinde mahkemenin tecavüzün olup olmadığını ayrıca araştırarak hüküm kurması gerektiğini Yargıtay kararlarında kabul etmiştir. Nitekim Yargıtay, konuya ilişkin bir kararında, rüçhan hakkı sahibi davacı tarafından ileri sürülen, davalının elektronik ticaret faaliyetlerinde kullandığı internet alan adının rüçhanlı markasını ihlal ettiği ve bu internet sitesinde rüçhanlı markasını ihlal eden ürünleri sattığı iddiasını, tecavüz teşkil ettiği iddia edilen mallara ilişkin cumhuriyet savcılığı tarafından takipsizlik kararı verilmesinden bahisle ayrıca araştırmayan ve taleplerin reddine karar veren ilk derece ve bölge adliye mahkemesi kararlarını eksik inceleme nedeniyle bozmuştur.¹¹⁰ Tecavüz ettiği iddia edilen markanın sahibi, SMK’nın 155’inci maddesi uyarınca sahip olduğu ve tecavüzü gerçekleştiren tescilli markasına ilişkin sınai mülkiyet haklarını savunma gerekçesi olarak ileri süremez.

¹⁰⁹ GÖKMEN, “Marka Hukukunda Rüçhan Hakkı”, 27; TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 385.

¹¹⁰ Yargıtay 11. HD. E. 2020/8380 K. 2022/3948 T. 24.5.2022 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 19.10.2022).

2.1.3.3 Marka hakkının ihlaline ilişkin yabancı bir ülkede verilen kararın korumanın coğrafi sınırına etkisi

Ülkesellik ilkesi gereği, yabancı bir ülkede verilen marka hakkının ihlaline ilişkin bir kararın Türkiye’de tescil edilmemiş bir marka için tanınması veya tenfizi mümkün değildir.

Yargıtay’ın da kabul ettiği üzere, tecavüze veya markanın ihlaline ilişkin verilen kararlar sadece hüküm verilen ülke egemenlik sınırlarında geçerli olup “*fikri mülkiyet haklarında ülkesellik ilkesinin bu haklar ile bulundukları ülke arasında oluşan bağı ifade etmesinden dolayı ülkesellik ilkesi gereğince her ülke maddi ve şekli (tescil gibi) koşulları yerine getirmek kaydıyla fikri mülkiyet haklarını kendi ülkesinin sınırları içerisinde korur, aynı şekilde her devlet sadece kendi ülkesi içindeki ihlallerde hak sahiplerinin, kendi ülkesinde tanınan hukuk yollarını kullanmasına imkân verir.*”

¹¹¹ Ancak, yüksek mahkemenin yukarıda verilen kararda da belirttiği üzere, yabancı mahkemece marka hakkının ihlaline ilişkin kararların yanında verilen masraf tespit gibi asıl kararın ferî nitelikteki kararların ülkesellik ilkesini ihlal etmeyeceğinden tanınması veya tenfizi mümkündür.

Yukarıda bahsedilen husus, elektronik ticaret faaliyetlerinde internetin sıklıkla kullanılması ve internet kullanıcıların Türkiye’den yabancı ülkeleri etkileyecek şekilde faaliyetlerini gerçekleştirmesi veya yabancı ülkeden gerçekleştirilen elektronik ticaret faaliyetlerinde internet kullananların Türkiye’yi etkileyecek şekilde fiillerini gerçekleştirmesi nedeniyle önem arz eder. Gerçekten de Türkiye’de elektronik ticaret ile uğraşan bir kişi internet sitesi veya *çevrimiçi pazar yerleri*¹¹² aracılığı ile istediği ülkeye mal veya hizmet satışında bulunabilir hatta Türkiye’de bulunmasına rağmen elektronik ortamda yabancı ülkede *elektronik ticaret mağazası*¹¹³ açabilir. Bu mağaza veya satış yerleri aracılığı ile kendi deposunda yer alan malları satıp kargolayabilir.

¹¹¹ Yargıtay HGK. E. 2017/52 K. 2021/671 T. 3.6.2021 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 19.10.2022).

¹¹² Tüketicileri ve üçüncü taraf satıcıları buluşturan elektronik ortamlardır. Tüketicilere farklı yerlerden alışverişe olanak sağlarken satıcılara çok sayıda müşteriye tek bir yerden ulaşma imkânı tanır. Bu ticari faaliyetlerde çevrimiçi pazar yeri hizmet sağlayan ve aracı olarak hareket ederler. N11, Amazon, Trendyol gibi elektronik platformlar örnek gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ceren ÇEHRELİ, “Assortment Games With Effort In Online Market Places” (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Boğaziçi Üniversitesi, 2018), 1.

¹¹³ Ürün veya hizmetlerin satıldığı internet sitesi, mobil uygulama, sosyal medya sayfası, çevrimiçi pazar yerinde yer bir sayfa vb. elektronik ortamda oluşturulmuş ticari faaliyetlerde araç olarak kullanılan yer. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan AKAR, *Elektronik ticaret, Sosyal Ticaret, Mobil Ticaret* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 59.

Hatta *drop-shipping*¹¹⁴ elektronik ticaret modeli ile uğraşan bir kişi, Türkiye’de olmasına rağmen Çin veya başka bir ülkedeki bir üreticinin ürettiği bir malı, fiziken teslim almadan veya görmeden Avrupa’da veya başka bir kıtadaki yabancı bir ülkede yer alan çevrimiçi pazar yerindeki elektronik mağazası aracılığı ile Çin’den veya başka bir ülkeden direkt müşteriye gönderimini yaptırarak satabilir. Bu tip elektronik ticaret faaliyetlerinde yabancı bir ülkede tescilli bir markayı ihlal edenin, marka Türkiye’de tescilli değilse SMK’yı ihlal ettiği kural olarak söylenemez ve yabancı ülkeden alınacak ihlal kararının Türkiye’de tanınması veya tenfizi mümkün değildir. Benzer şekilde Türkiye’de tescilli olan bir markanın sahibi, yabancı bir ülke sınırları içerisinde internet vb. araçlarla elektronik ticaret faaliyetleri ile marka hakkının ihlal edildiğinden bahisle SMK’da yer alan koruma hükümlerine başvuramaz.

2.1.3.4 Menşe ülke kavramının korumanın coğrafi sınırına etkisi

Paris Sözleşmesi’nin 5’inci mükerrer 6’ncı maddesinin (A) fıkrası hükmü *“menşe ülkesinde usulüne uygun olarak tescil edilen her ticaret markası, bu maddede belirtilen ihtirazi kayıtlar altında, diğer Birlik ülkelerinde olduğu gibi başvuru yapmak ve korunmak üzere kabul edileceğini”* düzenler. Aynı maddenin (B) fıkrası hükmü de tescilin kabul edilmesi için gerekli şartları düzenlemiştir. Hükümde öngörülen koruma tescile ilişkindir. Söz konusu Paris Sözleşmesi’nin 5’inci mükerrer 6’ncı maddesinin A ve B fıkrası uyarınca, *“hak sahibinin gerçek ve çalışır bir durumda olduğu veya sınai ya da ticari bir müessese sahibi olduğu (menşe ülke)¹¹⁵”* üye bir ülkede tescil edilmiş olan bir marka, *“başka bir üye ülkede önceden başkası tarafından tescil edilmediyse veya önceden tescil edilen hak sahibinin marka hakkını ihlal edecek nitelikte değilse, ayırt edici özelliği haiz ise veya münhasıran ticarete ürünlerin cinsini, kalitesini, miktarını, amacını, değerini, menşe yerini veya üretim zamanını göstermeye yarayan veya günlük konuşmalarda dile yerleşmiş olan veya korumanın istendiği ülkedeki iyi niyetli ve alışılmış ticari uygulamalarda kullanılan işaret ve*

¹¹⁴ Satıcının elektronik ticaret faaliyetlerinde gerçekte üretmediği veya satmak için depolamadığı, başka bir ifade ile sahip olmadığı ürünleri sattığı elektronik ticaret modelini ifade eder. Tüketici çevrimiçi mağazadan siparişte bulunur, sipariş üzerine çevrimiçi mağaza sahibi gerçek üretici veya tedarikçiye siparişi bildirip, ödemesini yapıp üretici veya tedarikçiye alıcı adresi olarak tüketicinin adresini vererek üretici veya tedarikçiden siparişin doğrudan alıcıya gönderimini sağlar. Online mağaza sahibi, mağazasında yer alan ürünün; ürün için toptancı veya üreticiye ödeyeceği miktar, kargo masrafları vb. maliyetlerinin üzerine kârını ekleyerek ticari faaliyetlerini gerçekleştirir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKAR, *Elektronik ticaret, Sosyal Ticaret, Mobil Ticaret*, 44.

¹¹⁵ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 35.

sembollerden ibaret değil ise, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olması ve özellikle kamuyu yanıltacak mahiyette değilse” tescil edilir.

Ülkemiz Paris Sözleşmesi’ne taraf olduğundan, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan ve internet, çevrimiçi pazar yeri vb. araçlarla Paris Sözleşmesi tarafı ülkelerde faaliyet gösteren hak sahiplerinin, Kanun hükmünün öngördüğü şartlar gerçekleşiyorsa ilgili ülkede markasını tescil ettirebileceği veya yabancı ülkede tescilli markası olan elektronik ticaret faaliyetinde bulunan marka sahibinin Kanun hükmünün öngördüğü şartların sağlanması halinde ülkemizde markasını tescil ettirebileceği söylenebilir.¹¹⁶

2.1.3.5 Ticari vekil ya da temsilcinin yabancı ülkedeki marka sahibine ait markayı tescil ettirmesi

SMK’nın 6’ncı maddesinin 2’nci fıkrasında, 10’uncu ve 25’inci maddesinde yabancı ülkede marka sahibinin ticari vekil veya temsilcisinin markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin haklı bir sebebi olmadan tescili halinde yabancı ülkedeki marka sahibinin marka hakkının korunacağı öngörülmüştür. Bu husus, elektronik ticaretin uygulayıcısına yer veya zaman sınırlarını kaldırarak¹¹⁷ bulunduğu ülkeden tüm dünyaya ulaşma ve mal veya hizmetlerini tedarik etme imkânı tanınması nedeni ile önem arz eder.

Yabancı bir ülkedeki marka sahibi, bulunduğu yerde internet sitesi, çevrimiçi pazar yeri vb. elektronik ticaret araçları ile mal veya hizmet satımında bulunabilir. Benzer şekilde Türkiye’deki tüketicinin elektronik ticaret araçları ile yabancı ülkedeki mal veya hizmet tedarikçisine ulaşması çok kolaydır. Böyle bir durumda yabancı ülkede yer alan teşebbüsün Türkiye’deki faaliyetleri için bir ticari vekil ya da temsilci ataması mümkündür. Bu ticari temsilci veya vekilin, yabancı markayı haklı bir neden olmaksızın kendi adına tescil başvurusuna konu etmesi halinde hak sahibi SMK’nın 6’ncı maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca talebin reddini isteyebilir; tescil yapılmışsa markanın kullanılmasının engellenmesini veya kendi adına tescilini talep edebilir.

Yargıtay’ın önüne gelen ve elektronik ticaret konusu için örnek olabilecek bir olayda; Türkiye’de ticari faaliyetlerini sürdüren ve Türkiye’de tescilli olmayan

¹¹⁶ Yargıtay 11. HD. E. 2001/8261 K. 2002/510 T. 28.01.2002 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 05.09.2022).

¹¹⁷ ERBAŞLAR ve DOKUR, *Elektronik Ticaret*, 50.

yabancı bir markanın dağıtıcılığını yapan teşebbüsün, dağıtıcılığını yaptığı markayı kendi adına ülkemizde tescil ettirmesi üzerine dağıtıcının aslında ticari temsilci olduğundan bahisle tescilin kötü niyetli olduğunu kabul eden ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır. Somut olayda markayı kendi adına tescil ettiren dağıtıcı, yabancı markanın gerçek sahibinin Türkiye’deki elektronik ticaret faaliyetlerini engellemek için, yabancı marka sahibinin Türkiye’de internet sitesi üzerinde yaptığı satışların kendi markasına tecavüz olduğunu iddia ederek dava açmıştır. Açılan dava üzerine yabancı marka sahibi, davacının markasının aslında kendisine ait olduğunu, davacının dağıtıcı olduğunu iddia ederek dağıtıcının tescil ettirdiği markanın hükümsüzlüğü için karşı dava açmıştır. İlk derece mahkemesi de davacıyı dağıtıcılık yapması nedeni ile yabancı marka sahibinin ticari temsilcisi olarak kabul edip davacı dağıtıcının marka tescilinin kötü niyetli olduğu sonucuna ulaşmış ve bu nedenle davacı markasının hükümsüzlüğüne karar vermiştir.¹¹⁸

MarKHK’nın 17’nci maddesinde düzenlenen ve ticari vekil ya da temsilci adına tescilli markanın devrini öngören hüküm SMK’nın 10’uncu maddesine göre farklılık içermektedir. SMK’nın 10’uncu maddesinde *“aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kendi adına tescili için yaptığı başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir”* şeklinde iken, MarKHK’da yer alan hüküm *“Marka sahibinin izni olmadan onun ticari vekili veya temsilcisi adına marka tescil edilmesi halinde, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa, marka sahibinin söz konusu tescilin kendi lehine devredilmesini isteme yetkisi vardır.”* şeklindedir. Görüldüğü üzere MarKHK’da yer alan kanun hükmünde ayırt edilemeyecek kadar benzer ibaresi yer almamaktadır. Bu nedenle Yargıtay, markanın temsilciden gerçek hak sahibine devrine ilişkin kararı vermek için işaretlerin aynı olması gerektiğini içtihat etmiş ve işaret benzer ise markanın devrine ilişkin talepleri reddetmiştir. Bir kararında CAPRONİ ve C-CAPRONİ markasını kendi adına yabancı bir ülkede tescil ettirmiş olan davacının, Türkiye’deki dağıtıcısının CAPRONİ C markasını kendi adına tescil ettirip elektronik ticaret faaliyetleri için internet sitesinde kullanması üzerine açmış olduğu markanın kendisine devrini ve internet sitesine erişimin engellenmesi talepli davasında *“davalı markasında, “c”, “a” ve “i” harfleri, davacı markasından farklı ve özgün bir biçimde yazıldığı gibi ayrıca markanın bütünü de gölgelendirme yapılmak*

¹¹⁸ Yargıtay 11. HD. E. 2019/3171 K. 2020/1234 T. 11.2.2020 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 05.10.2022).

suretiyle yine davacı markasından farklı bir şekilde düzenlendiği, taraf markalarının aynı olmadıkları ve ayniyet düzeyinde de benzemediklerinden bahisle” tescilin reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını bozmuş ve hükümsüzlük açısından değerlendirmek üzere yeniden ilk derece mahkemesine göndermiştir.¹¹⁹ SMK’nın 10’uncu maddesinde ayırt edilemeyecek kadar benzerlik ihtimali de düzenlendiğinden, uyuşmazlıklarda eski içtihatlardan farklı olarak bu devri istenen markanın ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadığı da ayrı olarak incelenmelidir.

2.1.4 SMK’nın sağladığı korumanın markanın tescil edildiği mal veya hizmetler için geçerli olması

2.1.4.1 Genel olarak

Marka, tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları için korunur.¹²⁰ Kural olarak ihlale neden olan işaretin tek başına aynı veya benzer olması, tescilli markanın bu kullanımdan korunması için yeterli değildir; korumanın söz konusu olabilmesi için, ihlal eden işaretin tescilli marka ile aynı veya benzer sınıflarda kullanılması gerekmektedir.¹²¹ Tanınmış markalar bu kuralın istisnasıdır.¹²² Bu sebeple elektronik ticaret faaliyetlerinde marka hakkı, tanınmış markalar istisna olmak üzere markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfı için korunur.

Markayı ihlal eden kullanım, markanın aynısının¹²³ veya marka ile karıştırılma ihtimali yaratan işaretin¹²⁴ kullanılması şeklinde ortaya çıkar. Markanın, markayı oluşturan işaretin aynısının kullanımından SMK uyarınca korunması için, aynen kullanım markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfında gerçekleşmelidir. Markanın, markayı oluşturan işaret ile karıştırılma ihtimali yaratacak işaretin kullanılmasından SMK uyarınca korunması için, karıştırılma ihtimali yaratan işaret markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları ile aynı ya da benzer sınıflarda kullanılmalıdır.

¹¹⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2014/4042 K. 2014/10256 T. 2.6.2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 05.10.2022).

¹²⁰ Mahmut Arif KOÇAK, "Markanın Tescilli Olduğu Mal veya Hizmetler Üzerine Bir Değerlendirme [Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Sky-Skykick Kararından Hareketle]", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 7 (2021): 111-131; 111.

¹²¹ Önder EGE, *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları* (Ankara: Seçkin, 2021), 37.

¹²² Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 261.

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık “2.2.3.1 Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması (SMK m. 7/2-a)”

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık “2.2.3.2 Tescilli markanın aynı veya benzerinin karıştırılma ihtimali oluşturulacak şekilde kullanılması (SMK m. 7/2-b)”

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, marka tescilinden doğan haklar münhasıran sahibine aittir. Bu haklar sahibine; marka hakkını kullanma, marka hakkının üçüncü kişiler tarafından kullanmasını yasaklama veya marka hakkının üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına izin verme şeklinde inhisari yetkiler verir.¹²⁵ Markanın sahibinden izinsiz kullanılması bir tecavüz hali olup markayı kullanan kişiler, bir teşebbüse ait markanın kullanılmasına ilişkin izni yazılı ya da zımni olarak alabilir. İzinsiz kullanıma ilişkin bir uyuşmazlığın çıkması halinde, markayı izinsiz kullandığı iddia edilen kişi iznin varlığını ispat ile yükümlüdür.¹²⁶ Bu kapsamda, elektronik ticaret faaliyetlerinde markasını kullanan hak sahibinin marka hakkını izinsiz kullananlara karşı bu fiilleri yasaklama yetkisi vardır. Aynı şekilde elektronik ticaret faaliyetinde bulunanlar izinsiz olarak başkasının markasını kullanamaz.

SMK'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının ilk cümlesinde “*markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade edeceği*” öngörülmüş olsa da hükmün devamında, marka başvurusu bültende yayımlanan kişinin başvurusunun yayımlanmasından sonra “*marka tescilinin ilan edilmiş olması halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle tazminat davası açmaya yetkili olduğu*” düzenlenmiştir. Dolayısıyla, SMK'nın sağladığı korumanın başvuru tarihi itibarı ile başlayacağı söylenebilir.¹²⁷ Böyle bir durumda mahkemece marka tescilinin yayımlanması bekletici mesele yapılacak, tescil ilan edilirse marka hakkının ihlal edilip edilmediği incelenecektir.

2.1.4.2 Tescilli marka ile aynı olan işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetler için tescil edilememesi

Markanın korunması ilk olarak tescil kapsamındaki marka ile aynı işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetler bakımından kullanılmasında ortaya çıkar.¹²⁸ Tescilli bir marka ile aynı olan işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmet için kullanımı SMK'nın 5'inci maddesi ve 6'ncı maddesi uyarınca tescil engeli olup Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca marka hakkına tecavüz halidir.¹²⁹

¹²⁵ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 11.

¹²⁶ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1623.

¹²⁷ M. Mekin DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri* (Ankara: Seçkin, 2022), 61.

¹²⁸ GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 258.

¹²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık 2.2.3.1 *Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması (SMK m. 7/2-a)*

SMK'nın 5'inci maddesinde mutlak tescil engelleri düzenlenmiştir. Mutlak tescil engelleri “toplumun ortak menfaatleri” göz önüne alınarak belirlenen ve marka tescili başvuru sürecinde TPMK tarafından re'sen dikkate alınarak tescil başvurusunun reddedilmesine neden olan sebeplerdir.¹³⁰ Ayrıca aynı Kanun'un 25'inci maddesi uyarınca bir şekilde tescil edilen ve mutlak tescil engeli olan marka ilgilinin talebi üzerine mahkeme tarafından hükümsüz kılınabilir.

SMK'nın 5'inci maddesinin (ç) bendinde “aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlerin” marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda elektronik ticaret faaliyetlerinde tescilli veya tescil başvurusunda bulunulmuş marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin tescil edilen veya tescil başvurusunda bulunulmuş sınıflarda tescil edilemeyeceği söylenebilir. Ayrıca hak sahibi, markasının aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin markasının tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları için bir şekilde tescil edilmesi halinde ilgili markanın hükümsüzlüğünü SMK'nın 25'inci maddesi uyarınca talep edebilir.

2.1.4.3 Tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yaratan işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerle benzer mal veya hizmetler için tescil edilememesi

Marka hakkı SMK ile karıştırılma ihtimali yaratan kullanımlara karşı korunmaktadır.¹³¹ Tescilli bir marka ile karıştırılma ihtimali yaratan işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmet ile benzer mal veya hizmetler için kullanımı SMK'nın 6'ncı maddesi uyarınca tescil engeli olup Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca da marka hakkına tecavüz halidir.

Karıştırılma ihtimalinin varlığında asıl olan tüketicilerin algısıdır.¹³² Mal veya hizmet üzerindeki işaret nedeniyle tüketicinin mal veya hizmetin başka bir teşebbüsten kaynaklandığını düşünmesi, karıştırılma ihtimalini ifade eder.¹³³ Tüketici; mal veya

¹³⁰ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 129.

¹³¹ Muhammet İkbâl KARADAŞ, *Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 93.

¹³² Ceren EYUBOĞLU, “Türk Patent ve Marka Kurumu ve Yargı Kararları Çerçevesinde 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre İltibas İhtimalinin Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15.169, (2020): 1849-1856, 1850.

¹³³ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1637.

hizmet için kullanılan işaret nedeniyle, mal veya hizmeti sunan teşebbüsün başka bir teşebbüs ile bağlantılı olduğunu düşünmesi hali de ilişkilendirilme ihtimalidir.¹³⁴ SMK'nın 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında ve 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde ilişkilendirilme ihtimali de karıştırılma ihtimalinin içerisinde değerlendirilmektedir. Bu noktadan hareketle, bir işaret kullanıldığı mal veya hizmet için ortalama tüketici nezdinde elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan başka bir marka sahibinden kaynaklandığı imajı yaratıyorsa, işaret ile marka arasında karıştırılma ihtimali olduğu söylenebilir. Yine kullanılan işaret, kullanıldığı mal veya hizmet için ortalama tüketici nezdinde elektronik ticarete kullanılan marka sahibinden kaynaklanmıyor ancak o marka sahibi teşebbüs ile ilgili olduğu imajı yaratıyorsa, işaret ile marka arasında ilişkilendirilme ihtimalinin varlığı söz konusudur.¹³⁵

SMK'nın 6'ncı maddesinde nispi tescil engelleri düzenlenmiştir. Nispi tescil engelleri *önceki haklara* ilişkin olup toplumsal menfaate ilişkin değildir.¹³⁶ Nispi tescil engellerin varlığı halinde ilgilinin itirazı üzerine TPMK tescil talebinin reddine karar verir. Kanun hükmünün 1'inci fıkrası uyarınca; elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan, tescilli veya tescil başvurusunda bulunulmuş işaret ile ayniyet veya benzerlik nedeniyle karıştırılma ihtimali yaratan işaretin tescil başvurusu yapılan mal veya hizmetler ve benzerleri için tescilin talep edilmesi halinde tescil talebi itiraz üzerine reddedilir.

SMK'nın 6'ncı maddesinde düzenlenen nispi tescil engellerinden biri de gerçek hak sahipliğidir. Kanun hükmünün 3'üncü fıkrası uyarınca *“başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir.”* Bu kapsamda, tescil başvurusunda bulunulan bir işareti elektronik ticaret faaliyetinde tescil talebinden önceki tarihlerde tescilsiz marka olarak kullanan hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusunun reddedileceği ve markanın bir şekilde tescil edilmesi halinde hak sahibinin SMK'nın 25'inci maddesi uyarınca hükümsüzlük davası açılabileceği söylenebilir. Elektronik ticaret faaliyetinde internet

¹³⁴ MINTAŞ, *Marka Hukukuna Karıştırılma Tehlikesi*, 93; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1637.

¹³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık *“2.2.3.2 Tescilli markanın aynı veya benzerinin karıştırılma ihtimali oluşturulacak şekilde kullanılması (SMK m. 7/2-b)”*

¹³⁶ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 197.

sitesini kullanan kişi, önceki tarihli kullanımı internet sitesi kayıtlarından ispatlayabilir.¹³⁷

2.1.4.4 Tanınmış markalara ilişkin durum

Tanınmış marka her somut olay için farklılık göstermesi ve belirli ölçütleri olmaması nedeni ile mevzuatta tanımlanmamıştır.¹³⁸ Yargıtay içtihatları uyarınca tanınmış marka, “bir kişiye veya girişime sıkı bir biçimde bağlılık, güvence, kalite, reklam gücü, yaygın bir dağıtım ağına bağlı, müşteri ve diğer subjektif ilgi ve ilişkiler ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredekilerce refleks halinde beliren bir çağrışım”¹³⁹ olarak ifade edilebilir. Tanınmış markalar, haksız bir yararın sağlanması, markanın itibarına zarar verilmesi ve markanın ayırt edici karakterine zarar verilmesi hallerine karşı korunur.¹⁴⁰ Kanun’un 6’ncı maddesinde düzenlenen haller nispi tescil engeli olup 7’nci maddesinde düzenlenen hal tecavüz halidir.¹⁴¹

Kanun’un 6’ncı maddesinin 4’üncü fıkrası Paris Sözleşmesi’nin¹⁴² 1’inci mükerrer 6’ncı maddesi bağlamındaki tanınmış markalara ilişkin korumayı düzenlerken, 6’ncı maddenin 5’inci fıkrası ve 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendi ülkemizde belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmış markalara ilişkin korumayı düzenlemektedir.

SMK’nın nispi tescil engellerini inceleyen 6’ncı maddesinin 4’üncü fıkrası uyarınca “Paris Sözleşmesinin 1’inci mükerrer 6’nci maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya

¹³⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2013/5923 K. 2013/23449 T. 23.12.2013. Yargıtay bu kararında Avrupa’da tur operatörlüğü yapıp internet sitesi aracılığı ile yıllardır Türkiye’de de faaliyet gösteren şirketin, Türkiye’de tescilli olmayan markasını tescil ettiren davalıya karşı açmış olduğu hükümsüzlük davasında internet sitesinden yapılan faaliyetler nedeniyle başvurudan önce markayı kullandığını kabul eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 02.11.2022).

¹³⁸ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1649.

¹³⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2004/12807 K. 2005/10230 T. 24.10.2005 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 15.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2005/14028 K. 2007/5223 T. 03.04.2007 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 15.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2006/10222 K. 2007/13328 T. 25.10.2007 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 15.10.2022).

¹⁴⁰ Uğur AKTEKİN, Gül Deniz Doğan ALKAN ve İbrahim Barış SAYAR, “Türk Hukuku Kapsamında Tanınmış Marka Kavramı ve Koruma Kapsamı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 2, (2016): 6.

¹⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık “2.2.3.3 Tanınmış markaya tecavüz (SMK m. 7/2-c)”

¹⁴² 20 Mart 1883 tarihinde imzalanmış, 14 Aralık 1900’de Brüksel’de, 2 Haziran 1911’de Washington’da, 6 Kasım 1925’te La Haye’de, 2 Haziran 1934’te Londra’da, 31 Ekim 1958 Lizbon’da ve 14 Temmuz 1967’de Stockholm’de revize edilmiştir. Paris Sözleşmesi Metni <https://wipo.lex.wipo.int/en/text/287556> (İnternet Erişimi: 13.12.2022)

hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir.” Paris Sözleşmesinin 6’ncı maddesinde tanınmış marka kavramı “well known” Türkçe tercümesiyle “iyi bilinen marka” olarak ifade edilmiştir.¹⁴³ Hükümde yer alan tanınmışlık kavramı SMK’nın 6’ncı maddesinin 5’inci fıkrasında ve 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendinde yer alan tanınmışlık kavramından farklı olup Paris Sözleşmesine göre tanınmış markalar Türkiye’de tescilli olmasalar da Türkiye’de ilgili kesimce biliniyor ise tescil edilemez.¹⁴⁴ Açıklanan nedenle Paris Sözleşmesine göre tanınmış marka için istisnai bir koruma türü öngörüldüğü söylenebilir.¹⁴⁵

Bir markanın Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış bir marka olabilmesi için markanın tescilli olduğu ülkede tanınmış olması ve Türkiye’de ilgili sektörce bilinmesi gerekmektedir.¹⁴⁶ Bu kapsamda elektronik ticaret faaliyetinde kendi markasını kullanan kişinin markası Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış bir marka ise, bu marka ile aynı ya da benzer işaretin tescili için yapılan başvurular marka Türkiye’de ilgili sektörce biliniyorsa Türkiye’de tescilli olup olmaması önem arz etmeksizin ilgilinin itirazı üzerine reddedilecektir. Ayrıca işaretin tanınmış markayı ihlal eden bir şekilde tescil edilmesi halinde ilgili kişi işaretin SMK’nın 25’inci maddesi uyarınca hükümsüzlüğünü talep edebilir.

Tanınmış markaya ilişkin diğer bir nispi tescil engeli, SMK’nın 6’ncı maddesinin 5’inci fıkrasında düzenlenmiştir. Bahsedilen hüküm uyarınca, *“tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hâllerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı bir sebebe dayanma hâli saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.”*

Kanun koyucu, hükümde markanın Türkiye’de tanınmışlık düzeyini dikkate alırken, tescil talep edilen işaretin aynı ya da benzer mal veya hizmetler için tescil

¹⁴³ Paris Sözleşmesi Metni <https://wipo.lex.wipo.int/en/text/287556> (İnternet Erişimi: 15.10.2022)

¹⁴⁴ Sabih ARKAN, “Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 20-1, (1999): 8; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1650.

¹⁴⁵ Efe DÜNDAR, *Advocate General Görüşleri ile Marka Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları* (Ankara: Seçkin, 2021), 15; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1650.

¹⁴⁶ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1024.

edilmesini koruma için zorunlu görmemiştir. Diğer bir deyişle, elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan marka Türkiye’de belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaştı ise bu marka ile aynı ya da benzer bir işaretin marka olarak tescili için yapılan başvuru, tescil başvurusu yapılan işaret tanınmış markanın tanınmışlık düzeyi nedeni ile haksız bir yarar sağlayabileceği, tanınmışlık düzeyine zarar verebileceği veya ayırt edici karakterini zedeleyebileceği hallerde ilgilinin itirazı üzerine reddedilir. Ayrıca, tanınmış markayı ihlal eden bir şekilde tescil edilmesi halinde ilgili kişi işaretin SMK’nın 25’inci maddesi uyarınca hükümsüzlüğünü talep edebilir.

2.2 Elektronik Ticaret Kapsamında Marka Hakkına Tecavüz

2.2.1 Genel olarak

SMK’nın 29’uncu maddesi uyarınca marka hakkına tecavüz sayılan fiiller; *“marka sahibi olmaksızın markayı SMK’nın 7’nci maddesinde belirtilen biçimde kullanmak, marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak sureti ile markayı taklit etmek, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak ve marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek”* şeklindedir. Kanun koyucu söz konusu fiilleri sınırlı sayı ilkesine¹⁴⁷ göre tahdidi olarak düzenlemiştir.¹⁴⁸

Elektronik ticaret kapsamında marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için tecavüz konusu işaret öncelikle marka olarak kullanılmalı, kullanım elektronik ortamda çevrimiçi olarak gerçekleştirilmeli, kullanım ticaret alanında olmalı ve marka sahibinden izinsiz olarak gerçekleştirilmelidir. Çalışmanın bu başlığında öncelikle marka olarak kullanım, elektronik ortamda çevrimiçi kullanım, ticaret alanında kullanım ve marka sahibinden izinsiz kullanım anlatılacaktır. Devamında da marka hakkına tecavüz halleri açıklanıp tecavüz halleri elektronik ticaret konusu fiiller açısından değerlendirilecektir.

¹⁴⁷ GÖLE ve BOZER, *Ticari İşletme Hukuku*, 303.

¹⁴⁸ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Gereğesi, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf> (İnternet Erişimi 24.08.2022)

2.2.2 Elektronik ticaret kapsamında marka hakkına tecavüzün söz konusu olabilmesi için ortak koşullar

2.2.2.1 Marka olarak kullanım

Markaya tecavüzden söz edilebilmesi için bir işaret, üçüncü kişilerce hukuka aykırı şekilde marka olarak kullanılmalıdır.¹⁴⁹

Marka olarak kullanımın ne olduğu hakkında öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre işaretin köken olarak diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesi için kullanılması marka olarak kullanım olarak adlandırılır.¹⁵⁰ Bu görüş, kanuni düzenlemelerde markanın köken gösterme fonksiyonunun yanında ayırt edicilik, reklam, garanti gibi fonksiyonlarının da dikkate alınarak korunması nedeniyle marka hakkına tecavüz için marka olarak kullanımın şart olmadığını kabul eder.¹⁵¹

Diğer görüşe göre ise markanın tek fonksiyonu köken gösterme fonksiyonu olmadığı için marka olarak kullanımın sınırları köken gösterme fonksiyonu ile birlikte *reklam, iletişim, yatırım, kalite ve garanti* fonksiyonları da dâhil edilerek belirlenmelidir.¹⁵² Marka olarak kullanımı markanın tüm fonksiyonlarına yönelik kullanım olarak geniş yorumlayan bu görüş, markaya tecavüzden söz edilebilmesi için marka olarak kullanımın zorunlu olduğunu savunmaktadır. Her ne kadar köken gösterme fonksiyonu markanın asli fonksiyonu olsa da günümüzde markanın diğer fonksiyonlarının da en az bu fonksiyon kadar önem arz etmesi ve asli fonksiyonun yanında markanın diğer fonksiyonlardan yararlanmak için de ticari hayatta sıklıkla kullanılması ve tescil ettirilmesi¹⁵³ nedenleriyle marka olarak kullanımın tüm fonksiyonları kapsayacak şekilde geniş tutan bu görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Yargıtay içtihatlarında tecavüzü tespit ederken fiilin marka olarak kullanım niteliği taşıyıp taşımadığı incelemektedir. Marka olarak kullanımı “*markasal*

¹⁴⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 433.

¹⁵⁰ Sabih ARKAN, “Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 20.3, (2000): 7-9; Esra DİŞLİ, “Marka Hakkının İnternet Ortamında İhlali” (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2016), 38; Mustafa ÖKSÜZ, *Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 34(156): 301-339, 306; Ahmet SELÇUK, “Marka Hukukunda Kullanıma Dayalı Öncelik Hakkı” (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2020), 78; Tarık MUTLUOĞLU, “Markanın Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanması” (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2010), 39.

¹⁵¹ ARKAN, *Marka Hakkına Tecavüz*, 9; ÖKSÜZ, *Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları*, 303.

¹⁵² ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 437.

¹⁵³ GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 47.

kullanım” olarak adlandıran Yargıtay’a göre “*markasal kullanımdan söz edebilmek için de işaretin, ilgili bulunduğu mal veya hizmet ile bağlantıyı gösterecek biçimde ve işleve uygun olarak kullanılması gerekmektedir.*”¹⁵⁴ Elektronik ticaret için marka olarak kullanım da elektronik ortamdaki çevrimiçi ticari ve iktisadi faaliyetlerde, markanın fonksiyonlarından en az birinden yararlanacak şekilde gerçekleşen faaliyet olarak ifade edilebilir.

2.2.2.2 Elektronik ortamda çevrimiçi kullanım

Elektronik ticaretin elektronik ortamda gerçekleşen çevrimiçi ticari veya iktisadi faaliyetler olması nedeniyle¹⁵⁵ bir fiilin tamamının veya bir kısmının elektronik ortamda çevrimiçi olarak gerçekleşmesi halinde elektronik ticaret kapsamında marka hakkına tecavüzden söz edilebilir.

Elektronik ticaretin geleneksel ticaretten ayrılıp farklı bir nitelik kazanmasını sağlayan özelliği, fiilin tamamının veya bir kısmının elektronik ortamda gerçekleşmesidir. Elektronik ortamın ne olduğuna dair çeşitli tanımlamalar mevcuttur. Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in¹⁵⁶ 4’üncü maddesinin (f) bendinde elektronik ortam, “*Verilerin sayısallaştırılarak işlenmesi, saklanması ve iletilmesinin sağlandığı ortam*” olarak tanımlanmıştır. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik’in¹⁵⁷ 4’üncü maddesinin (k) bendinde ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği’nin¹⁵⁸ 4’üncü maddesinin (ğ) bendinde elektronik ortam, “*Bilişim sistemi ve bilişim ağından oluşan toplam ortamı*” olarak düzenlenmiştir.

Öğretide bir görüşe göre elektronik ortam, “*sayısallaştırılmış verilerin üzerine kaydedilip saklandığı ortamların genel adıdır.*”¹⁵⁹ Diğer bir görüşe göre ise elektronik ortam, “*elektronik haberleşme veri ve iletim sistemine dayanan, bilgisayar ve benzeri*

¹⁵⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2013/16785 K. 2014/6143 T. 28.3.2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 05.11.2022).

¹⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Başlık “*1.1.1 Elektronik ticaret Kavramı ve Tanımı*”

¹⁵⁶ 04.01.2020 tarih, 30998 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁵⁷ 06.08.2015 tarih, 29437 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁵⁸ 02.06.2018 tarih, 30439 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁵⁹ Habip OĞUZ, “Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 3 (Mart 2013), 3; Sinan Sami AKKURT, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60-1 (Mart 2011): 25.

araçlarla bu bilgi ve verilerin işlenmesine ve başka ortamlara aktarılmasına imkân tanıyan teknolojilerden faydalanan, internet alt yapısını kullanan ortamdır.”¹⁶⁰

Elektronik ortama ilişkin “bilgisayar ve benzeri araçlarla sayısal verilerin saklanabildiği, işlenebildiği ve internet ortamına erişim imkânı sağlayan cihazların internet alt yapısı vasıtasıyla kişilere çeşitli verileri paylaşma imkânı sağladığı dijital ortama verilen genel addır.”¹⁶¹ istikâmetinde bir görüş de mevcuttur.

Tüm bu görüşler ve tanımlamalar uyarınca, elektronik ortamın sayısal verileri konu aldığı hususunda şüphe yoktur. Görüşler arasındaki temel farklılık, elektronik ortamın internet altyapısını kullanıp kullanmadığına veya elektronik ortamın internet ortamına erişim sağlayıp sağlamadığına ilişkindir. Elektronik ortam olarak adlandırmak için internetin varlığını gerek gören görüşün kavramı dar olarak, internet varlığını gerek görmeyen görüşün ise kavramı geniş yorumladığı söylenebilir.¹⁶² Dar yaklaşıma göre elektronik ortamdan söz edilebilmesi için ortamın internet altyapısını kullanması veya internete erişim imkânı sağlaması gerektiğinden elektronik ticaret sadece internette yapılan işlemlerdir. Geniş yaklaşıma göre ise elektronik ortamdan söz edilebilmesi için internetin varlığı şart olmadığından her türlü elektronik iletişim cihazı ile yapılan işlem elektronik ticaret konusudur.¹⁶³

Kanaatimizce, sayısal değerlerle dijital/elektronik veri haline getirilen bilgi, belge, ses, görüntü, resim, sonuç doğurmaya yönelik irade gibi olguların saklandığı ortam elektronik ortamdır. Elektronik ortamı internet altyapısını kullanma ile sınırlandırmak, günümüzde sıklıkla kullanılan hard disk, flash disk, telefon, fax, EDI gibi bilgi, belge, görsel, ses gibi olguları elektronik veri haline getiren ya da saklayan ortamları elektronik ortam olmasına rağmen kapsam dışı bırakmaktır.¹⁶⁴ Bu sebeple elektronik ticaretin; daha sonra anlatılacak çevrimiçi koşulunun gerçekleşmesine imkân veren bilgi, belge, resim, ses, görüntü, gibi olguların sayısal değerlerle ifade edildiği her türlü elektronik ortamı kapsadığı kabul edilmelidir. Ayrıca önemle belirtilmelidir ki kanun koyucu elektronik ortam kavramını dijital mal veya hizmetle

¹⁶⁰ Mine KAYA, “Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme – İnternet – Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması” (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 60.

¹⁶¹ Ali Galip KAPLAN, “Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri”, (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2019), 6.

¹⁶² Merve ARSLAN, “Elektronik Ticaret ve Bu Kapsamda Akdedilen Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması” (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 24.

¹⁶³ ARSLAN, “Elektronik Ticaret ve Bu Kapsamda Akdedilen Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, 23.

¹⁶⁴ ARSLAN, “Elektronik Ticaret ve Bu Kapsamda Akdedilen Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, 24.

sınırlandırmamış, elektronik ortamda gerçekleştirilen herhangi bir faaliyet olarak değerlendirmiştir. Sonuç olarak maddi bir varlık ya da hizmetin alım, satım veya başka bir işleminin gerçekleştirilmesi sırasında elektronik ortamda sayısallaşarak açığa vurulan hukuki irade de elektronik ticaret kapsamındadır.¹⁶⁵

Tanım olarak çevrimiçi, “*bilgisayar sisteminde sunucuya bağlı ve çalışır durumda olma*” halidir. Bu tanımda yer alan sunucu kavramı, bir ağda diğer kullanıcılar tarafından erişilen kaynakları barındıran bilgisayar ortamını¹⁶⁶, ağ ise ortak iletişim standartlarını destekleyen birbirlerine bağlı bilgisayar topluluklarını ifade eder.¹⁶⁷ Dolayısıyla ticari ya da iktisadi bir faaliyetin elektronik ticaret kavramı çerçevesinde kabul edilebilmesi için öncelikle o işlemin bir bilgisayar ağı üzerinden gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu ağ kapalı ya da açık her türlü ağ olabilir ve bu sebeple televizyon, telefon, faks gibi elektronik aletlerin bilgisayar ağı ile birlikte kullanılması halinde, bu aletlerle gerçekleştirilen faaliyetlerin elektronik ticaret dâhilinde değerlendirilebileceği söylenebilir.¹⁶⁸ Çevrimiçi elektronik ortamlara çevrimiçi pazar yerleri, sosyal medya uygulamaları ve programları, internet siteleri, mobil uygulama ya da programlar, internet altyapısını kullanan cihazlar, EDI, EFT, ağa bağlı telefon, televizyon, faks vb. tüm elektronik ortam ve cihazlar örnek verilebilir.

Sonuç olarak marka hakkına tecavüz olarak kabul edilen bir fiil elektronik ortamda çevrimiçi bir faaliyette gerçekleşmişse elektronik ticaret kapsamında marka hakkına tecavüzden söz edilebilir.

2.2.2.3 Ticaret alanında veya ekonomik anlamda kullanım

Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen bir “*marka olarak kullanım*” fiilinin marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilebilmesi için kullanımın ticari veya ekonomik amaçla gerçekleşmesi gerekmektedir. Ticari veya ekonomik alanda kullanım, markanın ticari alanda doğrudan veya dolaylı olarak bir kazanç elde etmeye yönelik kullanımıdır.¹⁶⁹ Bu kapsamda doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik kazanç sağlama amacıyla yapılmayan kullanımların ticari kullanım olduğundan söz edilemez.

¹⁶⁵ AKKURT, Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu, 26.

¹⁶⁶ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/> (İnternet erişimi 02.08.2022)

¹⁶⁷ John DICKIE, *Producers And Consumers In Eu Elektronik Commerce Law* (Oregon: Hart Publishing, 2005), 3.

¹⁶⁸ AKÇAOĞLU, *Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi*, 9.

¹⁶⁹ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 16.

Ticari kullanım elektronik ortamda çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. İnternet sitesi, çevrimiçi pazar yerleri, sosyal medya siteleri ve uygulamaları, mobil uygulamalar, EDI vb. elektronik ortamlarda; bir işaretin mal veya hizmetlerin alımı, satımı, reklamı, tanıtımı, gönderilmesi gibi ticari faaliyetlerde kullanılması işaretin ticaret alanında elektronik ticaret kapsamında marka olarak kullanımına örnek gösterilebilir.

Yargıtay bir kararında, tescilli markanın birebir aynısını taşıyan ürünü internet sitesinde satışa sunanın kişinin sadece elektronik ticaret yaptığı, bu ürüne talep olmadığı ve bu nedenlerle ürünü satmayıp sadece görsel olarak kullandığı yönündeki iddialarını kabul etmeyen ve söz konusu fiilin ticari anlamda kullanım nedeniyle marka hakkına tecavüz olduğunu kabul eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.¹⁷⁰ Bu kapsamda, kazanç sağlama amacıyla kullanılan ve internet sitelerinde yer alan işaretlerin gelir sağlamasa da elektronik ticaret kapsamında ticari olarak kullanım olduğu söylenebilir.

Mal veya hizmetlerin satımına aracılık eden çevrimiçi pazar yerlerinde satılan ürünler marka hakkını ihlal ediyorsa, çevrimiçi pazar yerlerinin bu ürünün satımında gerçekleştirdiği aracılık veya depolama faaliyetlerinin marka hakkı ihlal edilen kişi açısından ticari olup olmadığı önem arz eder. Çevrimiçi pazar yeri olarak hizmet veren bir teşebbüse karşı, çevrimiçi pazar yerinde satılan ürünlerin markayı taklit eden ürünler olması nedeni ile açılan tecavüzün refi, meni ve tazminat davasında Yargıtay, davalının kullandığı internet adresinin *“elektronik ticaret alanında tanınan ve güvenilir bir yer olduğu, bu internet adresinde hiçbir ürünün satışı, pazarlaması, reklamı, ithalatı, üretimi ve dağıtımını yapılmadığını sadece kullanıcıların kendi aralarında alış veriş yapmaları için gerekli teknik altyapıyı ve iletişim platformunu oluşturduğunu, yapılan alış verişe aracılık yapıldığını, bu nedenle müvekkiline husumet yöneltilemeyeceğini, satışı yapanın “pntpnt” kullanıcı adını kullanan N. T. olduğunun tespit edildiğini, davanın bu şahsa karşı açılması gerektiğine”* ilişkin savunmasını kabul eden ilk derece mahkemesi kararını¹⁷¹ bozmuştur. Kabul kararında ilk derece mahkemesi, çevrimiçi pazar yerinin, aracılık ettiği iş yerinin taklit marka satıp satmadığını bilemeyeceğinden asıl davanın pasif husumet yokluğundan davanın

¹⁷⁰ Yargıtay 11. HD. E. 2016/11214 K. 2018/3371 T. 9.5.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.08.2022).

¹⁷¹ İstanbul 1.Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi 20/11/2007 tarih ve 2006/409-2007/271 sayılı kararı.

reddine ilişkin karar vermiştir. Yargıtay bozma kararında gerekçe olarak “*taklit markayı taşıyan ürünleri ticaret alanında kullanmanın marka hakkına tecaviüz fiillerinden biri olması, taklit olduğu çekişmesiz olan davacı markasını taşıyan ürünlerin sanal ortamda alım ve satımına olanak sağlayan, kendisine ait sitede ticaret alanına çıkmasına ekonomik menfaat karşılığında zemin hazırlayan, tacir olan ve basiretli davranması gerektiğinden ve elektronik ticarete ilişkin AB direktiflerinin uyumsuzluğa uygulanması gerektiği, anılan mevzuatın somut uyumsuzlukta uygulanmasını gerektirir dayanaklarının mahkemece karar yerinde gösterilmemesi*” nedenlerini göstermiş ve davacı yararına bozma kararı vermiştir.¹⁷² Bahsedilen karardan anlaşılacağı üzere, çevrimiçi pazar yerlerinin gerçekleştirdiği aracılık ve depolama faaliyetleri de ticari bir faaliyettir ve bu faaliyetlerden sorumluluğu olup olmadığı somut uyumsuzluğa göre değerlendirilmelidir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı olarak izah edileceği üzere¹⁷³ çevrimiçi pazar yerinin marka hakkını ihlal eden ürün veya hizmet satışı için gerçekleştirdiği aracılık veya depolama gibi ticari faaliyetlerinden doğan sorumluluklardan kurtulması için satımına aracılık ettiği, depoladığı vb. ticari faaliyetlerine konu ürünün marka hakkını ihlal ettiğini bilmemesi¹⁷⁴ ve bundan haberdar olur olmaz yayından kaldırması gerekmektedir.¹⁷⁵

Markanın sosyal medya kullanımlarında marka hakkını ihlal teşkil etmesi için kullanımın ticari olmasına dikkat edilmelidir. İnternet kullanıcılarının yalnızca bilgi edinen konumundan çıkıp internet araçlarının, yazılımlarının, uygulamalarının ve içeriklerinin geliştirilmesine aktif olarak katılıp, birbirleri arasında paylaşım ve fikir alışverişlerinde bulunmasına imkân veren sistem “Web 2.0” olarak adlandırılır.¹⁷⁶ Web 2.0 tabanı ile kullanıcılar, fotoğraf, video, yorum gibi içeriklerini paylaşp çift yönlü iletişim sağladıkları sosyal medya uygulamalarını oluşturmuştur.¹⁷⁷ Kullanıcılarının elektronik ortamdaki bir ağ dâhilinde birbirleri ile bilgi alışverişinde

¹⁷² Yargıtay 11. HD. E. 2008/3936 K. 2009/7618 T. 22.06.2009 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.08.2022).

¹⁷³ Bkz. “2.2.3.4.3 İşareti Taşıyan Malların Piyasaya Sürülmesi, Teslim Edilebileceğinin Teklif Edilmesi, Bu Amaçlarla Stoklanması veya İşaret Altında Hizmetlerin Sunulması ya da Sunulabileceğinin Teklif Edilmesi”

¹⁷⁴ ABAD C- 324/09, 12.07.2011. T. Loreal v. Ebay. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8566996BF9901DEA165A1F09A8E915F8?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=336380> (İnternet Erişimi: 28.10.2022).

¹⁷⁵ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 682.

¹⁷⁶ AKAR, *Elektronik ticaret, Sosyal Ticaret, Mobil Ticaret*, 145.

¹⁷⁷ Yasemin GEDİK, “Pazarlamada Yeni Bir Çerçeve: Sosyal medya ve Web 2.0”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 1, (2020): 252-269, 253.

bulunup iletişim kurmalarına imkân tanıyan internet uygulamalarına sosyal medya denir.¹⁷⁸ Sosyal ağ, *“bireyin, sosyal kimliğinin tanındığı, desteklendiği ve güçlendirildiği aile üyeleri, akrabalar, arkadaşlar, meslektaşlar ve komşular gibi çevresinde etkileşimde olduğu insanlardan oluşan yapı”* olarak tanımlanabilir.¹⁷⁹

Milyarlarca insanın¹⁸⁰ buluşma noktası olan, bireylerin sosyal kimliğinin tanındığı ve çevresi ile etkileşimde bulunduğu sosyal medyaya ilişkin elektronik ortamlarda, kullanıcıların sosyal medyayı bireysel kullanmasının yanında teşebbüsler de daha büyük müşteri kitlesine ulaşmak için sosyal medyayı ticari anlamda kullanıp elektronik ticaret kapsamında faaliyetlerde bulunması mümkündür. Bu şekilde sosyal mecralar üzerinden yapılan ticaret sosyal ticaret olarak adlandırılır.¹⁸¹

Yargıtay kararlarında, sosyal medyada ticari amaç gütmeyen bireysel kullanımın ön planda olması nedeniyle sosyal medya hesabında başkasına ait markayı kullanan kişilerin kullanımının ticari kullanım olup olmadığını ayrıca tespit edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bu nedenle kullanım ticari ve marka olarak kullanım değilse marka hakkının ihlalden söz edilemez. Bir kararında Yargıtay, intranet ve sosyal medya ortamında sendikal amaçla kullanılan tescilli marka ile aynı işaretin kullanımının *“bu haliyle ticari bir kullanım olmadığı, faaliyetin örgütlenme hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi aşamasında olduğu ve bu hareketin davacının kurumsal kimliği ile bir ilgisinin bulunmadığını”* kabul edip ilk derece mahkemesi tarafından verilen tazminat talebinin reddine ilişkin kararı onamıştır.¹⁸²

Elektronik ticaret faaliyetleri, elektronik ortamda gerçekleşen çevrimiçi ticari ve iktisadi faaliyetler olduğu için bu faaliyetler sırasında yapılan tüm marka kullanımları ticaret alanında yapılmış kullanımlardır. Ticari veya ekonomik olmayan bir kullanım elektronik ticaret faaliyeti değildir. Bu sebeple, marka hakkına tecavüz

¹⁷⁸ Ersan ŞEN, İrem ŞEN ve Selvacan AKPINAR, “İnternet Haberciliğine ve Sosyal Ağ Kullanımına Müdahale Sınırı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 181 (Eylül 2021): 1797-1806.

¹⁷⁹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük www.sozluk.gov.tr (İnternet erişimi: 26.10.2022)

¹⁸⁰ Digital 2021: The Latest Insights Into The State Of Digital raporuna 2021 yılında dünya genelinde 4.2 milyar sosyal medya kullanıcısı bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://wearesocial.com/uk/blog/2021/01/digital-2021-thelektronik-latest-insights-into-thelektronik-statelektronik-of-digital/> (İnternet Erişimi: 09.08.2022)

¹⁸¹ Onur ÖZTÜRK, Ahmet Akif KARADAMAR, Dilek TAŞKIN ve Çağatan TAŞKIN, *Instagram ve Sosyal Ticaret* (Bursa: Dora Basım-Yayım-Dağıtım, 2018), 40.

¹⁸² Yargıtay 11. HD. E. 2014/18266 K. 2015/2187 T. 18.2.2015 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022). İşaretin marka olarak kullanıldığı ve ticari anlamda kullanıldığı için hak ihlali olduğuna ilişkin Yargıtay kararları için bkz. 11. HD. E. 2015/12196 K. 2016/6137 T. 2.6.2016 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 26.10.2022); 11. HD. E. 2017/1564 K. 2018/7143 T. 19.11.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 26.10.2022).

teşkil eden kullanım elektronik ticaret faaliyeti ise faaliyetin ayrıca ticaret alanında veya ekonomik anlamda kullanıldığına ilişkin inceleme yapılmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz.

2.2.2.4 Marka sahibinden izinsiz kullanım

Marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için kural olarak ihlal eden kullanım marka sahibinden izinsiz gerçekleşmelidir. Elektronik ticaret faaliyetleri kapsamında yapılan izinsiz kullanım halleri de tecavüzü oluşturur.¹⁸³

Marka sahibi tarafından markanın kullanımına ilişkin izin, yazılı veya zımni olarak verilebilir. Yazılı izin, marka sahibinin bir sözleşme veya muvafakatname gibi yazılı metinler aracılığıyla üçüncü bir şahıs tarafından kendisine ait markanın kullanımına izin vermesidir. Lisans sözleşmeleri, bayilik sözleşmeleri, acentelik sözleşmeleri veya yazılı muvafakatname ile verilen izinler yazılı olarak verilen izinlere örnek gösterilebilir.

Zımni olarak verilen izin ise marka sahibinin sözlü olarak veya hal ve hareketleri ile markasını üçüncü bir şahsın kullanımına izin vermesidir. SMK'nın 25'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında yer alan *“marka sahibinin sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalma hali”* hükmü, zımni verilen izne örnek olarak gösterilebilir.

Markanın sahibinden izinsiz kullanıldığı iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, fiil marka sahibinin izni ile gerçekleşmiş ise iznin varlığı izinsiz olarak markayı kullandığı iddia edilen tarafından ispatlanmalıdır.¹⁸⁴ Bu sebeple, markayı izinsiz kullandığı iddia edilen iznin varlığını ispat edemedikçe gerçekleştirdiği fiil tecavüz olarak kabul edilecektir. Nitekim Yargıtay bir kararında; tescilli marka ile aynı işareti taşıyan ürünleri satan davalının, ürünleri elektronik ticaret yolu ile sattığı, bu nedenle sattığı ürünün marka sahibinin izni olmaksızın üretilen ürün olduğunu ve üretici ile lisans sahibi arasında anlaşmazlık olduğunu bilmesinin

¹⁸³ Yargıtay 11. HD. E. 2015/14762 K. 2017/2418 T. 25.4.2017 Kararda ilk derece mahkemesinin elektronik ticaret faaliyetlerinde internet sitesinde tescilli markayı aynı mal için izinsiz kullanan davalının tecavüzünün men'i kararında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamış ve onanmıştır. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022); Aynı yöndeki karar için bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2016/2030 K. 2017/5063 T. 4.10.2017 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022).

¹⁸⁴ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1623.

mümkün olmadığına ilişkin savunmasını kabul etmeyip “*davalının ibareli ürünlerin bulunmasını ve satışa sunulmasını haklı gösterecek bayilik sözleşmesi veya marka lisans sözleşmesi sunmadığı, davacıya ait tescilli marka ve şekil ibaresinin birebir benzerinin davalı tarafça ticari amaçla elinde bulundurularak marka hakkına tecavüz edildiği, kusurlu olmasa dahi 556 sayılı KHK’nin 61/a maddesi gereğince markanın izinsiz kullanımından dolayı sorumlu olduğuna*” ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.¹⁸⁵

Muvafakatin kaldırılması, lisans, franchise, bayilik vb. sözleşmelerin sona ermesi veya feshi gibi hukuki ilişkiyi sona erdiren hallerde, markanın kullanım izni hukuki ilişkinin veya iradenin sona erdiği tarihte kalkar. Bu tarihten sonraki kullanımlar izinsiz kullanım olarak kabul edilir. Yargıtay bir içtihadında taraflar arasındaki lisans sözleşmesi feshedildikten sonra internet sitesinde sona eren lisans konusu markanın aynısı olan işareti kullanan davalının fesih tarihinden sonraki kullanımının tecavüz olduğunu kabul etmiştir.¹⁸⁶ Yine başka bir kararında Yargıtay, “*davacının lisans sözleşmesini tek taraflı olarak feshettiği, bu nedenle fesih tarihinden sonraki tarihlerde internet sitesinde lisans konusu markalı ürünlerin aynısını kullanan davalının marka hakkına tecavüz ettiği iddiasını; davacının sözleşmeyi feshettiğini iddia ettiği ihtar metninde sadece fesih tehdidi bulunduğu, fesih iradesinin söz konusu olmadığı, sözleşmenin feshedildiğine dair kesin irade beyanı içermediğinden, TTK’nın ilgili hükümleri gereğince feshin gerçekleşmediği, bu ihtarnamenin davalıya fesih sonrasındaki yükümlülükleri hatırlatan ve fesih tehdidi içeren ihtarname olduğu, geçerliliği sona ermeyen lisans sözleşmesi çerçevesinde davalının markaya tecavüzünden söz edilemeyeceğini*” kabul ederek reddetmiştir.¹⁸⁷

SMK’nın 28’inci maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca marka hakkının sona ermesinin sonuçları “*sona erme sebebinin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren hüküm ifade eder.*” O hâlde elektronik ticaret faaliyetlerinde, sona ermiş bir marka ile aynı olan bir işaret tescil kapsamındaki mal veya hizmetler için markanın sona erdiği

¹⁸⁵ Yargıtay 11. HD. E. 2016/2030 K. 2017/5063 T. 4.10.2017. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022).

¹⁸⁶ Yargıtay 11. HD. E. 2012/15911 K. 2013/13928 T. 01.07.2013. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022); Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2013/10254 K. 2014/1067 T. 20.1.2014. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2015/11764 K. 2016/8894 T. 17.11.2016. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2016/513 K. 2017/3642 T. 12.6.2017. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2019/2608 K. 2020/982 T. 5.2.2020 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022).

¹⁸⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2013/15963 K. 2013/22684 T. 12.12.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022).

tarihten sonra marka sahibinden izinsiz olarak kullanılmış ise bu fiil tecavüz oluşturmaz. Bu duruma, koruma süresi sona eren ve yenilenmeyen markanın, hükümsüzlük kararı verilen markanın veya iptal kararı verilen markanın elektronik ticaret kapsamında izinsiz kullanımı örnek verilebilir. Marka hakkının yenilenmemesi nedeni ile sona ermesi halinde sona erme sebebi markanın yenilenmemesi olduğu için, sona erme marka koruma süresinin bittiği tarihten sonraki tarihlerde ileriye dönük olarak sonuç doğurur.¹⁸⁸ Bu sebeple markanın koruma süresinin bittiği tarihten sonraki kullanımların tecavüz olmayacağı, koruma süresi devam ederken yapılan kullanımın tecavüz olacağı; marka sahibinin tescil devam ederken açmış olduğu tecavüz davalarının dava tarihinde koruma devam ettiğinden markanın sonradan koruma sona erse dahi devam ettirilip sonuçlandırılması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.¹⁸⁹

SMK'nın 27'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde, *“karar markanın başvuru tarihinden itibaren etkili olup markaya bu Kanunla sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır.”* Bu nedenle hükümsüzlük davasının sonucu geçmişe etkilidir. Hükümsüzlük kararının geçmişe etkili olması nedeniyle hükümsüz kılınan bir markanın aynısının kullanımı SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendi uyarınca tecavüz sayılmayacaktır. Hükümsüzlük kararının geçmişe etkili olması olmasından dolayı, devam eden tecavüz davalarında tecavüz edildiği iddia edilen markanın hükümsüzlüğüne ilişkin bir uyuşmazlık mevcutsa hükümsüzlük davasının sonucu beklenilmelidir.¹⁹⁰ Yargıtay da bir kararında, markanın aynısını internet sitesinde marka sahibinin izni olmaksızın ticari olarak kullanan davalıya karşı açılan tecavüz davasında; markanın hükümsüzlüğüne ilişkin bir derdest dava olması nedeniyle, bu davanın sonucunda hükümsüzlük kararı verilmesi halinde markanın tescili ve korunmasının geçmişe etkili şekilde ortadan kalkacağından ve bu nedenle tecavüzden bahsedilemeyeceğinden hükümsüzlük davasının sonucunun beklenilmesi gerektiğini kabul etmiştir.¹⁹¹

¹⁸⁸ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 926.

¹⁸⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2006/10659 K. 2008/2206 T. 26.02.2008. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022).

¹⁹⁰ TAŞKIN, *Markanın Tescili ve Markanın Sona Ermesi*, 152.

¹⁹¹ Yargıtay 11. HD. E. 2014/15464 K. 2015/1980 T. 16.2.2015 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.10.2022).

2.2.3 SMK'nın 7'nci maddesine aykırılık halleri

2.2.3.1 Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması (SMK m. 7/2-a)

2.2.3.1.1 Genel olarak

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendi uyarınca tescilli bir markanın aynısı olan bir işareti, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerde kullanmak marka hakkına tecavüz halidir.

Kanun koyucu, SMK'nın hem 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde hem de 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde tescilli markanın aynısının kullanımını tecavüz olarak düzenlemiştir. İki kanun hükmü arasındaki temel fark, 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen hükümde yer alan *“markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek”* ifadesidir. Her ne kadar 29'uncu maddede *“markayı”* ifadesi yer alsada 7'nci maddede *“tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması”* ayrı olarak düzenlendiğinden marka hakkı işaretin aynısının kullanılması sureti ile ihlal edilirse Kanun'un 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendine aykırılığın söz konusu olacağı, işaretin ayırt edilemeyecek kadar benzeri kullanılması sureti ile ihlal edilirse Kanun'un 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendine aykırılığın söz konusu olacağı söylenebilir.¹⁹²

Açıklanan tecavüz halinin gerçekleşmesi için ihlal eden işaret tecavüz edilen marka ile aynı olmalı ve sonrasında tecavüz edilen marka ile aynı mal veya hizmet için kullanılmalıdır. Bu husus öğretide *“çifte ayniyet”* olarak adlandırılmıştır.¹⁹³ İşaretin birebir aynı olmaması, fiilin hükümde yer alan tecavüz hali kapsamında değerlendirilmesine engeldir. Benzer şekilde, tescilli marka ile aynı olan işaret tescilli markanın tescil kapsamındaki mal veya hizmetler dışındaki mal veya hizmetler için kullanılırsa, fiil bahsedilen Kanun hükmü kapsamında tecavüz olarak değerlendirilemez. Yargıtay da içtihatlarında işaretin aynı olmasına rağmen tescilli

¹⁹² ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 464.

¹⁹³ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1625.

marka ile farklı sınıflarda kullanılan işaretin bu hüküm kapsamında tecavüz olmadığını kabul etmiştir.¹⁹⁴

2.2.3.1.2 Elektronik ticaret açısından değerlendirilmesi

Elektronik ticaretin elektronik ortamda çevrimiçi olarak gerçekleştirilen ticari ve iktisadi faaliyetler olduğundan bahsedilmişti.¹⁹⁵ SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde düzenlenen tecavüz hali elektronik ticaret kapsamında değerlendirilecek olursa, tescilli bir marka ile aynı olan bir işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetler için çevrimiçi elektronik ortamda marka sahibinden izinsiz olarak kullanımı elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinden biri olarak kabul edilebilir.

Elektronik ticaret faaliyetlerinde aynen kullanım şeklindeki tecavüz fiilleri sıklıkla internet alan adı kullanımında gerçekleşmektedir. Tescilli marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan internet alan adının üçüncü kişiler tarafından alınmasını otomatik olarak kontrol eden bir mekanizma yoktur. Tecavüze yol açan alan adı kullanımının veya içeriğin engellenmesi ancak mahkemelerden talep edilebilir. Böyle bir talep halinde mahkeme alan adının terkinin, internet sitesinin kullanılmasının engellenmesi veya içeriğin kaldırılması istikametinde karar verecektir.¹⁹⁶ Benzer şekilde, çevrimiçi pazar yerlerinde yer alan sanal mağaza isimlerinde de marka hakkına tecavüz teşkil eden aynen kullanım halleri ile karşılaşilmektedir.

Yine elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan internet sitelerinin içeriğinde tescilli bir markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri, satılan ürün, reklam, görsel, yönlendirici kod, anahtar sözcük vb. şekillerde sıklıkla kullanılabilmektedir.

¹⁹⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2014/6168 K. 2014/11688 T. 17.6.2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.08.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2014/18263 K. 2015/3408 T. 12.3.2015 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.08.2022).

¹⁹⁵ Ayrıntı için bkz. yuk. başlık 1.1.1 “Elektronik Ticaret Kavramı ve Tanımı”.

¹⁹⁶ Yargıtay 11. HD. E. 2014/17240 K. 2015/2765 T. 2.3.2015 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2010/7395 K. 2012/8068 T. 17.05.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 02.10.2022); Bu tip kullanımlar için SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (d) bendinde özel olarak düzenlenmiş olup çalışmanın “2.2.3.4.6 İşareti Kullanan Kişinin, İşaretin Kullanımına İlişkin Hakkı veya Meşru Bağlantısı Olmaması Şartıyla İşaretin Aynı Veya Benzerinin İnternet Ortamında Ticari Etki Yaratacak Biçimde Alan Adı, Yönlendirici Kod, Anahtar Sözcük Ya Da Benzeri Biçimlerde Kullanılması” başlığında ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

2.2.3.2 Tescilli markanın aynı veya benzerinin karıştırılma ihtimali oluşturulacak şekilde kullanılması (SMK m. 7/2-b)

2.2.3.2.1 Genel olarak

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi uyarınca “*Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması*” marka hakkına tecavüz hallerinden biridir. Kanun koyucu hükümde özetle tescilli bir marka ile karıştırılma ihtimali ya da ilişkilendirilme ihtimali yaratan işaretin kullanımının tecavüz oluşturma halini düzenlemiştir.¹⁹⁷

Karıştırılma ihtimalinin ne olduğu konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) karıştırılma ihtimalini Canon kararının 29'uncu paragrafında “*Halkın, ihtilaf konusu mal ve hizmetlerin aynı teşebbüsten, ya da duruma göre iktisaden birbirine bağlı teşebbüslerden geldiğine inanabilmesi riski, karıştırılma ihtimali teşkil eder.*” şeklinde tanımlamıştır.¹⁹⁸ Yargıtay ise içtihatlarında karıştırma ihtimalini “*markanın aynısının veya benzerinin kullanılması dolayısıyla alıcı zihninde gerek emtiaların (veya hizmetlerin), gerekse bu mal veya hizmetlerin kaynağı açısından yanlış kanaatler uyandırması hali, işletmeler arasında ekonomik ve idari bağlantı bulunduğu yönde çağrışımlar yapması*” olarak kabul etmiştir.¹⁹⁹

Tekinalp'e göre karıştırılma ihtimali, “*bir tescilsiz 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 edilmiş marka olduğu zannını uyandırma tehlikesi*”dir.²⁰⁰ Çolak'a göre karıştırılma ihtimali “*çok genel ifade ile ortalama tüketicilerin her iki işaret arasında bağlantı kurması*”²⁰¹ olup karıştırılma ihtimali daha çok markanın kaynak gösterme fonksiyonu ile ilgilidir. Mal veya

¹⁹⁷ DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 82.

¹⁹⁸ ABAD C- 39/97, 29.09.1998 T. “Canon Kabushki Kaisha v. Pathe Communications Co., paragraf 29.

¹⁹⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2016/6598 K. 2018/183 T. 11.1.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay HGK. E. 2013/52 K. 2013/1416 T. 2.10.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay HGK. E. 2013/52 K. 2013/1416 T. 2.10.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022). Diğer tanımlar için bkz. Yargıtay HGK. E. 2013/1521 K. 2015/852 T. 25.2.2015 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay HGK. E. 2017/67 K. 2019/444 T. 11.4.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay HGK. E. 2015/3127 K. 2016/114 T. 29.1.2016 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022).

²⁰⁰ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 436.

²⁰¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 198.

hizmetin tüketicileri ve potansiyel alıcıları arasında iki farklı teşebbüse ait mal veya hizmetin aynı teşebbüsten kaynaklandığı ya da bu mal veya hizmetin farklı teşebbüslerden kaynaklandığı fark edilse dahi teşebbüsler arasında bağlantı olduğu algısı ortaya çıkarsa karıştırılma ihtimali vardır.²⁰² Başka bir görüşe göre ise karıştırılma ihtimali, karıştırma ihtimalini ortaya çıkaran işaret nedeniyle müşterinin satın almayı amaçladığından farklı mal veya hizmeti alması ya da alma ihtimali veya karıştırma ihtimalini ortaya çıkaran işaret nedeniyle müşterinin bir ürün veya hizmetin aslında ilişkili olmadığı halde başka bir ürün veya hizmet ile ilişkili olduğu izlemine kapılması veya kapılma ihtimalidir.²⁰³

Karıştırılma konusu malların veya hizmetlerin aynı teşebbüsten çıktığı izlenimi varsa doğrudan karıştırılma ihtimali, farklı teşebbüslerden çıktığı ancak teşebbüsler arasında bağlantı bulunduğu izlenimi varsa dolaylı karıştırılma ihtimali (ilişkilendirilme ihtimali) söz konusudur.²⁰⁴ Kanun koyucu ilişkilendirilme ihtimalini karıştırılma ihtimalinin içerisinde düzenlemiştir.

Karıştırılma veya ilişkilendirilme ihtimalinden söz edebilmek için hem işaretin tescilli marka ile aynı veya benzer olması hem de işaretin kullanıldığı mal veya hizmetlerin markanın tescil edildiği mal veya hizmetler ile aynı veya benzer olması gerekmektedir.²⁰⁵ Aksi takdirde karıştırılma ya da ilişkilendirilme ihtimalinin varlığından söz edilemez.²⁰⁶

2.2.3.2.2 Elektronik ticaret açısından değerlendirilmesi

2.2.3.2.2.1 Tecavüzün gerçekleşme şekli

Tescilli marka ile aynı veya benzer olan, tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde kullanılan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin elektronik ortamda çevrimiçi iktisadi ve ticari faaliyetlerde kullanılması, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi

²⁰² ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 199.

²⁰³ FISHMAN, *Trademark*, 143.

²⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. MİNTAŞ, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 68-87.

²⁰⁵ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 472.

²⁰⁶ Harun SARIGÜL, "Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali" (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2019), 10.

uyarınca elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinden biridir.

Tecavüz hali, “*tescilli marka ile aynı işaretin benzer mal veya hizmetlerde kullanılması, tescilli marka ile benzer işaretin aynı mal veya hizmet için kullanılması veya tescilli marka ile benzer işaretin benzer mal veya hizmet için kullanılması*” fiilleri ile karıştırılma ihtimalinin yaratılması şeklinde gerçekleşir.²⁰⁷ Tescilli marka ile aynı olan işaretin aynı mal veya hizmet kapsamında kullanılması SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (a) bendinde düzenlendiğinden aynı olan işaretin aynı mal veya hizmet için kullanılması fiili söz konusu Kanun hükmü çerçevesinde tecavüz olarak değerlendirilemez; böyle bir halde ayrıca karıştırılma ihtimalinin incelenmesine gerek yoktur.^{208 209}

Elektronik ticaret faaliyetinde mal veya hizmetler için kullanılan bir işaret, tescilli bir markanın aynısı veya benzeri olup tescilli marka ile aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılarak ortalama tüketici nezdinde kullanılan işaretin tescilli marka sahibinden kaynaklandığı algısı yaratıyorsa karıştırılma ihtimali, tescilli marka sahibinden farklı bir teşebbüsten kaynaklandığı ancak iki işaret arasında bağlantı olduğu algısı yaratıyorsa ilişkilendirilme ihtimali söz konusudur.²¹⁰

2.2.3.2.2.2 Karıştırılma ihtimali yaratan benzerliğin tespiti

2.2.3.2.2.2.1 Benzerlik ile ayniyet kavramlarının farkı

Birbirinin aynısı olan ya da küçük de olsa herhangi bir farklılığı olmayan işaretler, aynı işaretlerdir. Bu durum karıştırılma veya ilişkilendirilme ihtimali içerisinde değerlendirilmez.²¹¹ Yargıtay’a göre “*işaretlerin örneğin farklı renk veya büyüklükte olması, yazı karakteri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişiklikler de aynı olma durumunu etkilemez.*”²¹² İşaretler arasında markanın tescil edilmiş olduğu

²⁰⁷ DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 83; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 200.

²⁰⁸ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 226.

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. başlık “2.2.3.1 Tescilli Marka ile Aynı Olan Herhangi Bir İşaretin Tescil Kapsamına Giren Mal veya Hizmetlerde Kullanılması (SMK m. 7/2-a)”

²¹⁰ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1637.

²¹¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 225.

²¹² Yargıtay 11. HD. E. 2015/6804 K. 2016/883 T. 27.1.2016 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2011/12833 K. 2013/10610 T. 22.05.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2012/13561 K. 2013/11754 T. 05.06.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2011/1664 K. 2012/17034 T. 31.10.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2010/8474 K.

mal veya hizmetin ortalama tüketicisi üzerinde önemsenmeyecek ve dikkate alınamayacak kadar az bir farklılık varsa, işaretlerin ayırt edilemeyecek kadar benzer oldukları söylenebilir.²¹³ Bu kapsamda öncelikle değerlendirilmesi gereken husus, elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan işaretin tescilli bir marka ile aynı ya da benzer bir işaret olup olmadığıdır.

Elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan işaret ile tescilli marka birbirlerinin tamamen aynısı olup aralarında küçük bir fark dahi yoksa iki marka aynıdır.²¹⁴ Aynı markalar tüketicileri nezdinde görsel, işitsel ve anlamsal olarak aynı işaret olduğu algısı yaratmalıdır.²¹⁵ Aksi takdirde, işaretler arasında küçük bir farklılık olsa dahi, işaretlerin aynılığı değil karıştırılma ya da ilişkilendirilme ihtimali yaratan kullanımı söz konusu olabilir.²¹⁶ Gerçekten de Yargıtay içtihatlarında uyuşmazlık konusu aralarında çok küçük farklılık olan işaretleri görsel, işitsel ve anlamsal olarak değerlendirilerek işaretlerin benzer olduğuna karar vermektedir. Örnek vermek gerekirse Yargıtay, “*www.spormarket.com.tr*” internet alan adı kullanımını kelime unsuru dikkate alındığında işitsel ve anlamsal olarak “*www.spormarketim.com.tr*” internet alan adı ile aynı olmasına rağmen görsel kullanımında farklılıklar olmasından dolayı işaretin benzer olduğunu kabul eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.²¹⁷ Başka bir uyuşmazlıkta da Yargıtay, “*MORHPO*” işaretinin; çevrimiçi pazar yeri markası olan “*MORHIPO*” işareti ile görsel ve işitsel olarak aynı değil benzer olduğunu kabul eden ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmuştur.²¹⁸

Elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan işaret bir markanın aynısının yanına eklenti olarak eklenmesi sureti ile kullanılıyorsa marka artık değişmiş olup aynılık söz konusu değildir. Bu durumda karıştırılma ya da ilişkilendirilme ihtimali yaratan kullanımı gündeme gelebilir. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, internet

2012/9165 T. 29.05.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay HGK. E. 2012/154 K. 2012/659 T. 5.10.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022).

²¹³ Yargıtay 11. HD. E. 2010/10214 K. 2012/1446 T. 06.02.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2011/7053 K. 2012/14542 T. 27.09.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 07.10.2022).

²¹⁴ Yargıtay HGK E. 2012/11154 K. 2012/659 T. 05.10.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.11.2022).

²¹⁵ Sami Özgür MEMİŞOĞLU, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri* (Ankara: Sekin Yayıncılık, 2019), 467.

²¹⁶ MEMİŞOĞLU, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri*, 469.

²¹⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2016/4267 K. 2017/6433 T. 22.11.2017 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022).

²¹⁸ Yargıtay 11. HD. E. 2019/409 K. 2019/8057 T. 11.12.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022).

adresi üzerinden elektronik ticaret yapan ve elektronik ticaret faaliyetleri için kullandığı internet sitesinin *ikinci seviye alan adı unsurunu*²¹⁹ tescilli bir markanın aynısının sonuna başka bir eklenti ekleme sureti ile oluşturan davalının kullanımını görsel, işitsel ve kavramsal açıdan bir bütün olarak değerlendirildiğinde tescilli marka ile benzer kullanım kabul eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.²²⁰

2.2.3.2.2.2.2 İşaretler arasındaki benzerlik

Benzerlik tespit edilirken, tescilli marka ve karıştırılma ya da ilişkilendirilme ihtimali yarattığı iddia edilen işaretin ortalama tüketici nezdinde bıraktığı izlenim önem arz eder.²²¹ Benzerlik her ne kadar somut olaya göre farklılık gösterecekse de mahkeme kararlarının “*öngörülebilir*” olması için “*bilimsel ve objektif ölçütler*” belirlenip bu ölçütlerden hareketle somut olay değerlendirilmelidir.²²² Bu kapsamda, öncelikle tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yaratan işaretin kullanıldığı mal veya hizmetin tescilli marka ile aynı ya da benzer mal veya hizmet için kullanıp kullanılmadığı tespit edilmelidir.²²³ Kullanıldıkları mal veya hizmetler arasında ayniyet ya da benzerlik varsa marka ve işaretin aynı ya da benzer olup olmadıkları incelenmelidir. Daha sonrasında da tescilli marka ile işaretin bütün olarak bıraktığı *intiba*²²⁴ değerlendirilerek tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yarattığı iddia edilen işaretin görsel, işitsel veya anlamsal olarak ortalama tüketici nezdinde karıştırma ihtimali ya da teşebbüsler veya işaretler arası bağlantı kurma ihtimali yaratıp yaratmadığına bakılmalıdır.²²⁵

İşaretler arasındaki benzerlik görsel, işitsel veya anlamsal bir benzerlik olabileceği gibi genel izlenim benzerliği de olabilir.²²⁶ Görsel benzerlik; markayı oluşturan renk, şekil, harf, sayı vb. gözle görünen unsurların ikinci seviye alan adında kullanılan işaret ile benzerliğini ifade eder.²²⁷ İşitsel benzerlik; markayı oluşturan

²¹⁹ Alan adlarının diğer alan adlarından ayrılmasını sağlayan ve serbestçe seçilip tescil ettirilebilen kısımdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. “2.2.3.4.6 *İhlal eden kullanımın internette gerçekleşmesi*”

²²⁰ Yargıtay 11. HD. E. 2012/13312 K. 2013/11811 T. 6.6.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022).

²²¹ FISHMAN, *Trademark*, 144.

²²² ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 201.

²²³ Ali YAŞAR, “Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali” (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2016), 111.

²²⁴ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 963.

²²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 207-247.

²²⁶ DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 85.

²²⁷ Berk KARAYEL, “Türk marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali Ekseninde Ortalama Tüketici Kavramı” (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2019), 98.

işaretin telaffuzu ile marka hakkını ihlal eden işaretin telaffuzu arasındaki benzerliktir.²²⁸ Anlamsal benzerlik ise marka hakkını ihlal eden işaret ile marka konusu işaretin tüketicilerinin zihinlerinde benzer olduğu imajı yaratmasıdır.²²⁹

Elektronik ticaret konusu mal veya hizmet genellikle fiziksel olarak yan yana olmayanlar arasında hukuki iradelerin elektronik ortam vasıtası ile aktarılması sureti ile gerçekleştiğinden görsel benzerlik önemlidir. Uygulamada elektronik ticaret faaliyeti gerçekleştiren teşebbüs veya şahısların mal veya hizmetlerini satarken, mal veya hizmet üzerindeki görsel işaretler, şekil resim vb. görsel unsurlarla tescilli bir marka ile bağlantılı ya da o marka sahibi teşebbüsten kaynaklandığı izlenimini tüketicilere sıklıkla hissettirebilmektedir. Tescilli marka ile görsel olarak benzer sözcük, harf veya sayı gibi internet alan adında kullanımı mümkün işaretlerin internet alan adında kullanımı bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Böyle bir halde Yargıtay, tescilli marka ile görsel olarak benzer kullanımından dolayı internet alan adının tescilli marka sahibi teşebbüsten kaynaklandığı veya internet sitesinin marka sahibi teşebbüs ile bağlantılı olduğu izlenimi tüketiciler nezdinde oluşabileceğinden karıştırma ihtimalinin bulunduğunu kabul etmektedir.²³⁰

İşitsel benzerlik tek başına karıştırma ihtimaline sebebiyet verebileceği gibi görsel ya da anlamsal benzerlikle beraber de karıştırma ihtimaline sebebiyet verebilir. Yargıtay bir içtihadında elektronik ticaret alanında kullanılmak üzere tescil edilmek istenen “*yakalagidiyor*” şeklindeki markanın tescilli “*gittigidiyor*” şeklindeki elektronik ticaret markası ile son kelimelerinin aynı olması nedeniyle markaların telaffuzunda bir kafiye oluşturması ve her iki işaretin anlamsal olarak benzer olması beraber düşünüldüğünde hem seri marka yaratıldığı izlenimi uyandırması nedeniyle

²²⁸ MİNTAŞ, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 105.

²²⁹ YAŞAR, “Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali”, 50.

²³⁰ “evinemode.com” şeklindeki internet alan adının ve aynı şekilde markanın, elektronik ticaret markası olan “EVİMEMODA” markası ve “evimemoda.com” internet alan adı görsel benzerlik nedeni ile karıştırma ihtimali yarattığına ve tecavüz ettiğine ilişkin karar Yargıtay 11. HD. E. 2019/3713 K. 2020/1939 T. 24.2.2020. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022); “n1” markasının elektronik ticaret markası olan “n11” markası arasında görsel benzerliğin bulunduğu bu nedenle karıştırma ihtimalinin olduğuna ilişkin karar Yargıtay 11. HD. E. 2017/3663 K. 2019/795 T. 4.2.2019. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022); Elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan internet sitesinin alan adında tescilli markanın kullanılmasının karıştırma ihtimali yarattığına ilişkin karar Yargıtay 11. HD. E. 2012/13312 K. 2013/11811 T. 6.6.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022); “www.spormarketim.com.tr” şeklindeki tescilli marka ile görsel olarak benzeyen “www.spormarketim.com.tr” şeklindeki internet alan adının görsel benzerlik nedeniyle tecavüz oluşturduğuna ilişkin karar Yargıtay 11. HD. E. 2016/4267 K. 2017/6433 T. 22.11.2017. www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022).

anlamsal hem de kafiye nedeniyle işitsel benzerliğin ilişkilendirme ihtimali oluşturduğunu kabul etmiştir.²³¹ Başka bir kararında ise “n1” markasının elektronik ticaret markası olan “n11” markası arasında görsel ve işitsel benzerliği bulunması nedeni ile karıştırma ihtimali yarattığına karar vermiştir.²³²

Anlamsal benzerlik tek başına veya görsel ya da işitsel benzerliklerle birlikte ortaya çıkabilir. Örneğin Yargıtay tescili talep edilen “b sahibi bu” markasının anlamsal olarak “SAHİBİNDEN” şeklindeki elektronik ticaret markası ile benzer olması nedeniyle karıştırma ihtimali yarattığını kabul etmiştir.²³³ Başka bir kararında da “bilet11.com” şeklinde yapılan marka başvurusunun elektronik ticaret markası olan “n11.com” markası ile “11” ibaresi ön plana çıkarılması nedeni ile anlamsal, görsel ve işitsel olarak benzerliğin varlığından bahisle karıştırma ihtimalinin olduğunu kabul eden Bölge Adliye Mahkemesi kararını onamıştır.²³⁴

İşaretler arasında benzerlik sadece görsel, işitsel ve anlamsal benzerliklerden biri için olabileceği gibi ikisinde veya hepsinde de olabilir.²³⁵ Ancak benzerliğin varlığı hem görsel hem işitsel hem de anlamsal olsa bile tek başına karıştırılma ihtimalinin olduğu anlamına gelmez. Karıştırılma ihtimali tespit edilirken markalar arası benzerlik *global* olarak değerlendirilmelidir.²³⁶ Global değerlendirme, “her iki markanın ortalama tüketici nezdinde tüm faktörler bir arada gözetilerek bıraktığı genel intibadır.”²³⁷ Daha kısa ifadeyle, asıl olan benzerliğin tüketici nezdinde bıraktığı izlenimdir.²³⁸

2.2.3.2.2.2.3 Mal veya Hizmet Sınıflarındaki benzerlik

SMK’nın 11’inci maddesinin 3’üncü fıkrası uyarınca “markaların tescil edildiği mal veya hizmetler 12/7/1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin

²³¹ Yargıtay 11. HD. E. 2017/3142 K. 2019/412 T. 16.1.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022).

²³² Yargıtay 11. HD. E. 2017/3663 K. 2019/795 T. 4.2.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022).

²³³ Yargıtay 11. HD. E. 2019/445 K. 2019/7479 T. 25.11.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022).

²³⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2019/1055 K. 2019/7828 T. 4.12.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022).

²³⁵ KARADAŞ, *Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, 51.

²³⁶ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 208.

²³⁷ YAŞAR, “Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali”, 139.

²³⁸ Dilek CENGİZ, *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz* (İstanbul: Beta Basın Yayın, 1995), 7.

Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşmasına göre sınıflandırılır.” Ancak mal veya hizmet sınıflarının benzerliğinin tespitinde, bu sınıflandırmalar Nis Anlaşması’nın 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasında markaya sağlanan korumanın sınırlarının tespitinde anlaşmanın bağlayıcı olmadığı düzenlendiğinden Türk mahkemeleri için herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Yargıtay da bir kararında “... tescil başvurusu yapılan markaların kullanılacağı mal veya hizmetlerin benzer olup olmadıklarının tespitinde öncelikle TPE’nce yayınlanan sınıflandırmaya ilişkin tebliğler uygulanacaktır. Bu durum marka tescil ve sınıflandırmada belirlilik ve tescilli markanın koruma sınırının saptanmasında da birlik ve istikrarın koşuludur. Öte yandan, Nice Anlaşması’nın 2/1 nci maddesi uyarınca, "Bu anlaşma ile tanımlanan gereklere göre sınıflandırmanın etkisi özel Birlik Ülkeleri'nin her biri tarafından belirlenecektir. Sınıflandırma tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi veya hizmet markalarının tanınması konusunda bağlayıcı olmayacaktır". Gerçekten, TPE’nce yayınlanan tebliğe göre farklı sınıflarda yer almalarına rağmen halk nezdinde karıştırmaya yol açacak nitelikteki ticaret ve hizmet markalarının kapsadıkları mal ve hizmetlerin benzer olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Burada dikkate alınması gereken ölçüt halkın karıştırma ihtimali bulunup bulunmadığıdır.” diyerek hem TPMK tarafından hazırlanan hem de Nis Anlaşması’nda yer alan sınıflandırmanın mal veya hizmetlerin benzerliğinin tespitinde bağlayıcı olmadığını kabul etmiştir.²³⁹

Karıştırılma ya da ilişkilendirilme ihtimali yaratan işaretin kullanıldığı mal veya hizmet sınıfları birbirine yaklaştıkça karıştırılma ihtimali de artacaktır.²⁴⁰ Mal veya hizmet sınıflarının benzerliği tespit edilirken mal veya hizmetler arasındaki tüm ilişkiler dikkate alınmalı²⁴¹, “piyasanın anlayış, benzer alıcı çevresine hitap edilip edilmediği benzer ihtiyaçların giderilip giderilmediği, birbirleri yerine ikame edilebilme ve rekabet etme olanağı olup olmadığı, dağıtım kanallarının ortak olup olmadığı ve mal veya hizmetlerin kullanım yöntemleri, amaçları hedeflenen halk kitlesi” ve benzeri ölçütler değerlendirilmelidir.²⁴²

²³⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2007/10027 K. 2008/12932 T. 17.11.2008 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022).

²⁴⁰ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 442; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 210; MİNTAŞ, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 111.

²⁴¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 212.

²⁴² Yargıtay 11. HD. E. 2016/7808 K. 2018/1281 T. 21.2.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2015/6186 K. 2015/13578 T. 16.12.2015 www.lexpera.com.tr

2.2.3.3 Tanınmış markaya tecavüz (SMK m. 7/2-c)

2.2.3.3.1 Genel olarak

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası tanınmış markalara ilişkin tecavüz halini düzenlemiştir. Bu hüküm uyarınca, *“aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması”* marka hakkına tecavüz halidir. Diğer bir ifade ile tanınmış markalar; haksız bir yararın sağlanması, markanın itibarına zarar verilmesi ve markanın ayırt edici karakterine zarar verilmesi hallerine karşı korunur.²⁴³

Kanun koyucu ilgili hükümde, ihlal konusu tecavüz halinin gerçekleşebilmesini, işaretin aynen kullanımı ya da işaretin karıştırma ihtimali doğuracak şekilde kullanımı gibi olgulara bağlamamıştır. Bu nedenle tanınmış markalara SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) ve (b) bendinden daha geniş bir koruma sağlandığı söylenebilir.²⁴⁴ Tanınmış markalara normal markalardan daha geniş bir koruma öngörülmesinin amacı tanınmış markaların *“sadece mal veya hizmetin kaynağı ile ilgili mesaj iletmemesi”* markanın imajının tüketici nezdinde yarattığı kalite ve itibar algısıdır.²⁴⁵

2.2.3.3.2 Elektronik ticaret açısından değerlendirilmesi

2.2.3.3.2.1 Genel olarak

Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın elektronik ortamda çevrimiçi faaliyetlerde kullanılması SMK'nın 7'nci

(İnternet Erişimi: 04.10.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2007/10027 K. 2008/12932 T. 17.11.2008 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.10.2022).

²⁴³ AKTEKİN, ALKAN ve SAYAR, “Türk Hukuku Kapsamında Tanınmış Marka Kavramı ve Koruma Kapsamı”, 6.

²⁴⁴ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1648.

²⁴⁵ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1649.

maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendi uyarınca elektronik ticaret kapsamında yapılan marka hakkına tecavüz hallerinden biridir.

2.2.3.3.2.2 Paris Sözleşmesi’nin kapsamındaki tanınmış markaların SMK’nın tecavüze ilişkin korumadan yararlanıp yararlanmayacağı

Paris Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesinde tanınmış marka kavramı “*iyi bilinen marka*” olarak ifade edilmiştir.²⁴⁶ Dünya çapında olmasa bile, yurtiçi ve yurtdışında ilgili çevrelerce bilinen, Paris Sözleşmesine üye devletlerden birisinin vatandaşlığında bulunan veya o ülkelerden birisinde yerleşik olan ya da ticari veya sınaî işletmeye sahip kişilere ait bulunan geniş halk kitlelerinin tanıdığı, yüksek ekonomik değere sahip markalar, Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış markalardır. Bir markanın ülkemizde Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış bir marka olarak değerlendirilebilmesi için markanın tescilli olduğu ülkede tanınmış olması ve Türkiye’de ilgili sektörce bilinmesi gerekmektedir.²⁴⁷

Paris Sözleşmesi’nin devamı niteliğindeki TRIPS Anlaşması’nda tanınmış markaya ilişkin koruma genişletilerek markanın kullanıldığı mal veya hizmetin tüketicileri nezdinde markanın tanınmış olup olmadığı ve markanın tanıtımı sonucu elde edilen bilgi tanınmış markanın tespitinde kriter olarak belirlenmiştir.²⁴⁸

SMK’nın markaya tecavüz hallerini düzenleyen 7’nci maddesinin 5’inci fıkrası, markanın sadece tescilli ise Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyine göre haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hâllerde korunacağını düzenlemiştir. Bu nedenle Paris Sözleşmesi’nde ve TRIPS Anlaşması’na göre bir tanınmış olan bir marka, sırf bu sözleşmeler nedeniyle SMK’nın sağladığı tecavüze ilişkin korumadan yararlanmaz. Tanınmış olan bir markanın SMK kapsamında tecavüzden korunabilmesi için marka Türkiye’de tescilli olmalı, belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmalı ve ulaşmış olduğu tanınmışlık düzeyine göre haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği şekillerde kullanılmalıdır.

²⁴⁶ Paris Sözleşmesi Metni <https://wipo.int/en/text/287556> (İnternet Erişimi: 06.11.2022)

²⁴⁷ ARKAN, *Marka Hukuku*, 1:93; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1024.

²⁴⁸ Zeynep Binnur DEMİRCİ, “Tanınmış Marka ve Nispi Tescil Engelleri” (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, 2022), 62.

Yukarıda açıklanan nedenlere, elektronik ticaret faaliyetlerinde markasını kullanan hak sahibine ait ülkemizde tescil edilmiş ve Paris Sözleşmesi ile TRIPS Anlaşması anlamında tanınmış bir marka, Türkiye’de belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmadıysa yine SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendinde düzenlenen tecavüze karşı korunmayacaktır. Ayrıca, elektronik ticaret faaliyetlerinde haklı bir neden olmaksızın kullanılan işaretin, Paris Sözleşmesi ile TRIPS Anlaşmaları kapsamında tanınmış ve ülkemizde tescil edilmiş bir markayı ihlal etmesi halinde, marka ülkemizde belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmadıysa SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendi kapsamında tecavüzden söz edilemez. Yargıtay bir kararında, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış bir marka olduğunu, internet aracılığı ile Türkiye’de mal veya hizmet sattığını iddia eden davacının iddiasını araştırmadan kabul eden ilk derece mahkemesi kararını “*Tek başına bir markanın yurtdışındaki ülkelerde tanınmış olması veya çok sayıda ülkede tescilli olması, o markanın Türkiye’de de Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka olduğu anlamına gelmeyeceğinden*” bozmuştur.²⁴⁹

2.2.3.3.2.3 Türkiye’de ulaşılan tanınmışlık düzeyi kavramı

SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendinde yer alan “*Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka*” kavramının ne olduğunun tespiti, bu hüküm kapsamında elektronik ticaret faaliyetleri sırasında gerçekleşen tecavüzlerin konusunu anlamak için önemlidir.

Kanun hükmünde yer alan “*Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi*” ifadesi markanın ne ölçüde tanınması gerektiğini ifade eder. Bu ifadeye göre tanınmış marka, marka konusu işaret tescil edildiği mal veya hizmetten farklı mal veya hizmetler için kullanılsa dahi işaretin kullanıldığı mal veya hizmetin tescilli marka sahibinden kaynaklandığı imajı yaratmasıdır.²⁵⁰ Marka konusu işaretin kullanıldığı mal veya hizmet için toplumun bu mal veya hizmetle ilgili kesimi tarafından tescilli marka sahibinden kaynaklandığı imajının algılanması, markanın tanınmış olarak kabul edilmesi için yeterlidir.²⁵¹

²⁴⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2017/3943 K. 2019/1154 T. 13.2.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 06.11.2022).

²⁵⁰ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 363.

²⁵¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 363.

Kanun hükmünde yer alan “*Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi*” ibaresi aslında işaretin tüm Türkiye’de yaşayanlar tarafından tanınmasını değil, işaretin kullanıldığı mal veya hizmetlerle Türkiye’de ilgilenenler tarafından tanınmasını ifade etmektedir.²⁵² Fakat bu ibare, Kanun hükmünde düzenleniş biçimi açısından marka konusu işaretin tanınmış olabilmesi için sanki toplumun markanın tescil edilmiş olduğu mal veya hizmetlerle ilgili kesimi tarafından değil de bu kavramdan daha geniş olan “*tüm Türkiye’de yaşayanlar tarafından*” tescilli marka sahibinden kaynaklandığı imajının algılanması şeklinde yanlış anlaşılmaya neden olabilir.²⁵³ Nitekim Yargıtay da içtihatlarında markanın tanınmışlığının tespitinde toplumun ilgili kesimi tarafından tanınmış olmasını yeterli görmektedir.²⁵⁴ Ayrıca Yargıtay, içtihatlarında markanın tanınmış olması için toplumun ilgili kesiminin tamamında değil, önemli bir kısmı tarafından bilinmesinin markanın tanınmış marka olarak kabulü için yeterli olduğunu kabul etmiştir.²⁵⁵

2.2.3.3.2.4 Tanınmışlığın tespiti

Markalar için tanınmışlık niteliğinin her somut olaya göre farklılık göstermesi nedeniyle tanınmış markaya ilişkin yapılmış özel bir tanım gerek ulusal gerekse de uluslararası mevzuatta yoktur.²⁵⁶ Bu sebeple, elektronik ticaret faaliyetlerinde ihlal edilen bir markanın tanınmış olup olmadığı somut olaya göre belirlenmelidir.

Tanınmışlığın hangi ölçütlere göre belirleneceği hususu tartışmalıdır. Yargıtay, markanın ulaştığı tanınmışlık düzeyinin tespitinde mahkeme tarafından bilirkişi görevlendirilerek bir rapor alınması gerektiğini içtihatlarında kabul etmiştir. Bitemim bir kararında Yargıtay; davacıya ait tanınmış marka olduğu iddia edilen markanın aynısını internet alan adı olarak alan davalının, bilirkişi raporu alınmaksızın davacıya ait markanın Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka olduğu kabulünden yola

²⁵² Asena İrem OKUDUR, “Paris Sözleşmesi’ne Göre Tanınmış Marka İle Türkiye’de Belirli Bir Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın Korunması” (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Başkent Üniversitesi, 2022), 43.

²⁵³ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 364.

²⁵⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2013/17698 K. 2014/5836 T. 26.03.2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 08.11.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2004/12807 K. 2005/10230 T. 24.10.2005 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 08.11.2022). Ayrıca aynı yöndeki Bölge Adliye Mahkemesi Kararı için bkz. Ankara BAM, 20. HD. E. 2020/114 K. 2020/1008 T. 18.11.2020 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 08.11.2022).

²⁵⁵ Yargıtay 11. HD. E. 2010/9324 K. 2012/1409 T. 06.02.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 08.11.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2010/8690 K. 2012/991 T. 30.01.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 08.11.2022).

²⁵⁶ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1649; DEMİRCİ, “Tanınmış Marka ve Nispi Tescil Engelleri”, 27.

çıkarak karar veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlgili kararda bozma nedeni olarak, öncelikle davacı tarafça markanın Türkiye’deki ilgili çevrede tanınmış marka niteliğinde olduğunun ispatı gerekirken, markanın Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyine ilişkin bilirkişi raporu alınmaksızın karar verilmesi gösterilmiştir.²⁵⁷

Yargıtay içtihatları uyarınca tanınmışlık düzeyi tespit edilirken somut deliller gösterilmeli ve rapor bu deliller dikkate alınarak hazırlanmalıdır. Başka bir kararında Yargıtay, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararda hükme esas somut delilleri göstermemesi, markanın tanınmışlık düzeyinin yeterince incelenmeden hüküm kurulması, hangi hukuki gerekçeye dayalı olduğu anlaşılmayacak şekilde davacının markasının tanınmış marka olduğunun kabulü ve koruma konusunun tartışılmadan karar verilmesi nedeniyle bozma kararı vermiştir.²⁵⁸

Uygulamada mahkemeler genellikle üç kişilik bilirkişi heyeti seçmektedir.²⁵⁹ Seçilen bilirkişiler kendi bulundukları ekonomik ve sosyal çevreye, cinsiyetine, hobilerine ve diğer kişisel tercihlerine göre raporlarını hazırlamaktadırlar.²⁶⁰ Bu husus öğretide eleştirilmekte olup bizim de katıldığımız üzere bilirkişilerin yapacağı araştırma için sorulacak sorular mahkemece detaylı bir şekilde belirlenmeden ve raporda tespitlere ilişkin yeterli gerekçe açıklanmadan hazırlanacak olan rapor objektiflikten uzak, sübjektif bir nitelik taşıyacaktır.²⁶¹

Yargıtay bir markanın tanınmış olup olmadığını değerlendirirken WIPO tarafından Ortak Tavsiye Kararı md.2.1.b’de altı madde halinde belirlenen “*markanın toplumun ilgili kesimindeki tanınma derecesi, markanın kullanıldığı coğrafi alan, kullanımın süresi ve derecesi, markanın promosyonlarının kapsadığı coğrafi alan, süresi ve derecesi, markanın kullanıldığını gösteren tescillerin kapsadığı coğrafi alan, markanın tanınmışlığına ilişkin yetkili makam kararları ve markanın değeri*” göz önüne alınması gerektiğini kabul etmiştir.²⁶² Bu ölçütler tavsiye niteliğinde olup

²⁵⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2017/1345 K. 2018/7216 T. 20.11.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 06.11.2022).

²⁵⁸ Yargıtay 11. HD. E. 2017/3943 K. 2019/1154 T. 13.2.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 06.11.2022).

²⁵⁹ Arzu OĞUZ, Tanınmış Marka ve Tanınmış Marka Ölçütlerinin Uygulanması, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 140, (2018): 35-48, 39; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 350.

²⁶⁰ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 351.

²⁶¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 351.

²⁶² Yargıtay HGK. E. 2015/3127 K. 2016/114 T. 29.1.2016 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 06.11.2022).

bağlayıcı değildir. Ayrıca söz konusu ölçütler sınırlı sayıda düzenlenmemiştir; yargı kararları ile yeni kriterlerin belirlenmesi mümkündür.²⁶³

Bu noktada önemle belirtilmelidir ki elektronik ticaret faaliyetlerinde bulunanlar markalarını elektronik ortamlar aracılığı ile hızla dünya veya ülke genelinde tanınmış hale getirebilir. Gerçekten de elektronik ortamlar gerek tüketicileri gerekse de ticari faaliyette bulunanları zaman ve mekân sınırlarından kurtarmaktadır.

Elektronik ticaret faaliyetinde bulunanlar, bulundukları ülkeden dünyanın herhangi bir ülkesine sanal mağaza açıp mal veya hizmetlerini satabilir, ürünlerinin hammaddelelerini veya satacağı ürünün kendisini iş yeri, il, ilçe, ülke veya kıta gezmeden elektronik ortamdan yapacağı bir işlemle tedarik edebilir, ajans vb. yerlerle görüşmeden arama motoru hizmet sağlayıcılarına vereceği ücretle reklam vererek müşterilerine ulaşabilir. Yine benzer şekilde, tüketiciler; çevrimiçi pazar yerleri, internet siteleri, sosyal medya sayfaları, mobil uygulamalar vb. elektronik ortamlara girerek dilediği mal veya hizmeti dilediği ülkeden alabilir. Ayrıca, çevrimiçi pazar yerleri, internet adresleri, arama motorları, sosyal medya hesapları vb. elektronik ticaret araçlarının doğru kullanımı, bu elektronik ticaret araçlarında yapılacak reklamlar vb. tanıtım faaliyetleri ile beraber bir markanın çok kısa sürede tescilli olduğu mal veya hizmet için SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendinde öngörülen Türkiye'deki tanınmışlık düzeyine ulaşabilir.²⁶⁴

Elektronik ticaret faaliyetlerinde internet adresini kullananların internet sitesinin günlük ortalama ziyaretçi sayısı veya internet adresinde yapılan işlem sayısı tanınmış marka tespitinde kullanılacak bir gösterge olabilir.²⁶⁵ Benzer şekilde, çevrimiçi pazar yeri aracılığı ile satış yapanların markaları bu satış yerlerinde yapılan işlem sayısı, çevrimiçi pazar yeri sanal mağazasına ortalama ziyaret sayısı, çevrimiçi pazar yeri arama motorunda tanınmış olduğu iddia edilen marka için yapılan arama sayısı ve sıklığı markanın tanınmış olup olmadığı hususunda önemlidir. Yine, tanınmış olduğu iddia edilen marka hakkında yapılan arama sıklığı ve sayısı markanın tanınmış olup olmadığının tespitinde yol gösterebilir. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında, davacının tanınmış markasına tecavüz eden davalının ticaret

²⁶³ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1023.

²⁶⁴ Berkan KARA, "Türk Hukukunda Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın Korunması" (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Atılım Üniversitesi, 2022), 20.

²⁶⁵ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 360.

unvanı, internet alan adı ve diğer kullanımlarının terkin talebini davacının markasının tanınmış marka olmaması nedeniyle reddeden ilk derece mahkemesi kararını; tanınmışlığın tespitinde “*web sitesinin internette günlük ortalama ziyaretçi sayısı, arama motorlarında aranma sıklığı ve sayısı ve pazar payı*” bilgilerinin tanınmışlığın tespitinde araştırılması gerektiğini kabul etmiş ve ilk derece mahkemesi kararını kaldırmıştır.²⁶⁶

2.2.3.3.2.5 Tecavüz halinin gerçekleşme şekli

2.2.3.3.2.5.1 Kanuni düzenleme

Elektronik ticaret faaliyetlerinde SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendinde öngörülen tecavüz halinin söz konusu olması için tanınmış markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanımı haklı bir nedene dayanmamalıdır.

Elektronik ticaret faaliyetleri sırasında SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendi uyarınca tecavüzden söz edilebilmesi için, Kanun hükmünü ihlal eden kullanım, tanınmış marka ile aynı ya da benzer işaret kullanımı şeklinde olmalıdır. Kanun hükmünde yer alan aynı işaret kavramı tescilli tanınmış marka ile aynı olan işareti ifade eder. İşaret ile tanınmış marka arasında ufak da olsa farklılık mevcutsa işaretlerin aynılığından değil, ayırt edilemeyecek kadar benzerliğinden ya da benzerliğinden söz edilebilir.²⁶⁷ Kanun hükmünde yer alan benzer işaret kavramı, tecavüz konusu kullanılan işaretin tanınmış marka ile arasında toplumun ilgili kesimi tarafından bir bağlantı kuracağı kadar imaj bırakmasıdır.²⁶⁸ Benzerlik anlamsal, görsel ya da işitsel olabilir. Kanun hükmünde öngörülen benzerlik karıştırılma ve ilişkilendirilme ihtimali oluşması için gereken benzerlikten farklıdır.²⁶⁹

²⁶⁶ İstanbul BAM, 16. HD. E. 2017/3336 K. 2019/2716 T. 10.12.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 06.11.2022).

²⁶⁷ Aynılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Başlık “2.2.3.1 Tescilli Marka ile Aynı Olan Herhangi Bir İşaretin Tescil Kapsamına Giren Mal veya Hizmetlerde Kullanılması (SMK m. 7/2-a)”

²⁶⁸ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 380.

²⁶⁹ OKUDUR, “Paris Sözleşmesi’ne Göre Tanınmış Marka İle Türkiye’de Belirli Bir Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın Korunması”, 45.

2.2.3.3.2.5.2 Haksız yararlanma

Bir işaret tanınmış bir markanın imajı, reklam değeri veya popülerliği gibi o markaya tanınmış niteliğini kazandıran özelliklerinden veya ayırt ediciliğinden yararlanmak için kullanılıyorsa, tanınmış markanın itibarından haksız yararlanma söz konusudur.²⁷⁰ Kanun koyucu hükmü düzenlerken “*haksız*” kavramına yer vermiş olup bu kavram uyarınca tanınmış marka ile aynı ya da benzer işareti kullananın bu işareti kullanmak için makul bir gerekçesi yoksa tecavüzden söz edilebilir.²⁷¹ Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, tecavüzün gerçekleşmesi için işareti kullananın menfaat sağlayacak şekilde kullanması yeterlidir. Tanınmış marka sahibinin bu kullanımdan ayrıca zarar görmesi tecavüz halinin gerçekleşmesi için gerekli değildir.²⁷² Bu kapsamda, elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan bir işaret tanınmış bir markanın tanınmışlığından veya ayırt edici karakterinden yararlanılmak amacıyla haklı bir sebep olmaksızın kullanılıyorsa bu kullanım tecavüzdür. Benzer şekilde elektronik ticaret faaliyetlerinde tanınmış markasını kullanan hak sahibine ait marka ile aynı ya da benzer işareti haklı bir neden olmaksızın markanın tanınmışlığından veya ayırt edici karakterinden yararlanmak amacıyla kullanmak bir tecavüz halidir.

Haksız yararlanma ile tanınmış marka hakkına tecavüz elektronik ticaret faaliyetlerinde sıklıkla gerçekleştirilmektedir. Gerçekten de elektronik ortam aracılığı ile alışveriş işlemlerini gerçekleştiren müşterilerin aldığı ürünlerin gerçek veya orijinal olduğunu ya da marka sahibi, lisans sahibi, dağıtıcı vb. hak sahipleri tarafından satıldığını tespiti hem müşterilerin ürünleri fiziksel olarak görememesi hem de satıcılarla yüz yüze gelmemeleri nedeniyle sınırlıdır. Bu sebeple elektronik ticaret faaliyetinde bulunanlar, tanınmış markalardan menfaat elde etmek için internet sitelerinde, çevrimiçi mağaza isimlerinde, ürün görsellerinde, alan adlarında, ürün şekillerinde, ürün ambalajlarında vb. yerlerde tanınmış marka ile aynı ya da benzer işareti kullanmaktadır. Örnek vermek gerekirse, Yargıtay bir kararında davalının “*soyakcartering.com*” şeklindeki alan adı ile ikram, yemek satışı vb. elektronik ticaret faaliyetleri gerçekleştirmesini “*SOYAK*” tanınmış markasının tanınmışlığından haksız

²⁷⁰ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 386; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1085.

²⁷¹ Hamdi YASAMAN, Tanınmış Marka ile İlgili Sorunlar, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4.1, (2005): 209-222, 220; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 387.

²⁷² ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 386.

yarar elde etmek amacıyla kullanılması olduğunu kabul eden ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmuştur.²⁷³

Tanınmış marka haline gelen çevrimiçi pazar yeri platformlarının, markalarının veya alan adlarının benzerlerini alan adı olarak alma, kendi adına marka olarak tescil ettirme, sosyal medya hesabı açarak kullanma gibi davranışlarla tüketicileri yanıltarak menfaat elde etmeye çalışma fiiliyle de sıklıkla karşılaşmaktadır. Örnek vermek gerekirse, Yargıtay bir kararında “*sahibikim*” şeklindeki işaretin, tanınmış çevrimiçi pazar yeri markası olan “*SAHİBİNDEN*” markası ile anlamsal olarak benzediğini ve markanın tescili için haksız yararlanma amacıyla kötü niyetli olarak başvuruda bulunulduğunu kabul eden ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.²⁷⁴

2.2.3.3.2.5.3 Ayırt edici karakterine zarar verme

Tanınmış bir marka ile aynı ya da benzer olan bir işaret, tanınmış markanın tüketici nezdinde hatırlanmasını sağlayıp fark yaratan unsurlarına zarar verilerek sıradanlaştıracak şekilde kullanılıyorsa, tanınmış markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesi nedeniyle tecavüz söz konusudur.²⁷⁵ Tanınmış markanın ayırt ediciliğine zarar verildiğinin tespiti ancak objektif değerlendirme ile mümkün olup, tanınmış markanın kullanıldığı mal veya hizmet için ortalama tüketicinin ekonomik davranışında değişiklik olmalıdır.²⁷⁶ Bu kapsamda, elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan ve tanınmış marka ile aynı ya da benzer olan işaretin kullanımı; tanınmış markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerde tanınmış markayı sıradanlaştırıyor, bu mal veya hizmetlerin ortalama tüketicilerin davranışlarını değiştiriyorsa, elektronik ticaret faaliyetleri sırasında SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (c) bendi uyarınca tecavüz söz konusudur.

Yukarıda bahsedilen tecavüz halinin varlığı için zarar ya da ortalama tüketici davranışında değişiklik olması şart değildir, aynı ya da benzer işaretin kullanımı

²⁷³ Yargıtay 11. HD. E. 2013/1662 K. 2013/3659 T. 28.2.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 08.11.2022).

²⁷⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2017/2813 K. 2019/149 T. 9.1.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 08.11.2022).

²⁷⁵ OKUDUR, “Paris Sözleşmesi’ne Göre Tanınmış Marka İle Türkiye’de Belirli Bir Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın Korunması”, 45.

²⁷⁶ DEMİRCİ, “Tanınmış Marka ve Nispi Tescil Engelleri”, 65; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 389.

nedeniyle gelecekte böyle bir sonucun çıkacağına ilişkin çıkarım varsa tecavüzün varlığı kabul edilmelidir.²⁷⁷

2.2.3.3.2.5.4 İtibarına zarar verme

Elektronik ticaret faaliyetlerinde tanınmış bir marka ile aynı ya da benzer olan bir işaret ya da elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan tanınmış marka ile aynı ya da benzer olan bir işaret, tanınmış markanın itibarına zarar verecek şekilde kullanılırsa SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendi uyarınca tecavüz söz konusudur.

Tecavüz halinin gerçekleşmesi için işaret, tanınmış markanın değeri, imajı veya kalitesi gibi itibar unsurlarını zarar verecek şekilde kullanılmalıdır.²⁷⁸ Markanın yasa dışı bahis sitelerinde, pornografik sitelerde veya yasal olan ancak markanın itibarına zarar verebilecek mal veya hizmetlerde kullanılması bu duruma örnek gösterilebilir.

Ürün veya hizmetlere ilişkin şikâyetlerin dile getirildiği internet sitelerine yazılan ve marka sahiplerini ve markayı kötüleyen yazılar kişilik haklarına saldırmadığı sürece; şikâyetin Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden biri olması nedeniyle tanınmış markanın itibarına zarar vermez. Yargıtay şikâyetlerin yapıldığı internet sitesinde yer alan yazıların tanınmış markanın itibarına zarar verdiğini ve haksız rekabet oluşturduğunu kabul eden ilk derece mahkemesi kararını, *“şikâyetin, eleştirinin ve ifade özgürlüğünün Anayasal hak olması, TMK ile korunan kişilik hakkına saldırı olmaksızın, bu hakkın kullanılmasının engellenemeyeceği, bu nedenle şikâyet sitelerinde tüketicilerce bildirilen muhtelif şikâyetlerin yayınlanmasının haksız rekabet veya tecavüz olarak nitelendirilmesinin mümkün bulunmadığından”* bahisle bozmuştur.²⁷⁹

2.2.3.4 SMK m. 7/2 uyarınca yasaklanabilecek fiiller (SMK m. 7/3)

2.2.3.4.1 Genel olarak

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ticaret alanında kullanılan ve marka hakkını ihlal *“işaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması, işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla*

²⁷⁷ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 389.

²⁷⁸ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 391.

²⁷⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2016/14891 K. 2018/6357 T. 16.10.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 08.11.2022).

stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi, işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi, işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması, işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması, işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması, işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması” fiillerinin SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca yasaklanabileceği düzenlenmiştir. Bu fiiller sınırlı sayıda olmayıp marka hakkı sahibi ilgili hükmün 2’nci fıkrasında yer alan ve marka hakkını ihlal eden kullanımların da yasaklanmasını talep edebilir.²⁸⁰

Kanun hükmünde yer alan fiillerin yasaklanabilmesi için aynı hükmün 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasında yer alan marka hakkını ihlal eden kullanım şekillerinden birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. İhlal eden kullanım halleri; işaretin aynen, ilişkilendirilme ihtimali dâhil karıştırılma ihtimali yaratacak şekilde ve işaretin Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki kullanımlardır.²⁸¹

Ticaret alanında kullanım şartı, ilk defa SMK’da yer almıştır. MarKHK’nın 9’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında düzenlenen yasaklanabilecek fiillere ilişkin hükümde bu şarta yer verilmemiştir. Ancak Yargıtay, MarKHK döneminde önüne gelen tecavüz ve yasaklanması talep edilen fiillere ilişkin uyuşmazlıklarda marka kullanımının ticari kullanım olup olmadığını incelemiş ve ticaret alanında kullanım niteliği taşıyan marka kullanımlarının tecavüz olduğunu kabul etmiştir.²⁸²

Ticaret alanında kullanım, markanın ticari ve ekonomik faaliyetlere konu olmasıdır.²⁸³ Ekonomik olmayan fiillerin markanın fonksiyonlarına zarar vermesi mümkün olmadığından ticari olmayan kullanımlara karşı marka hakkı korunmaz.²⁸⁴ Buradaki amaç, “*kişisel kullanımlar ile ekonomik fayda sağlama*” amacıyla yapılanları

²⁸⁰ Fatma ÖZER, *Sinai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?* (Ankara: Sekin Yayıncılık, 2017), 47.

²⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık “2.2.3 SMK’nın 7’nci maddesine aykırılık halleri”

²⁸² Yargıtay 11. HD. E. 2018/3688 K. 2018/5727 T. 26.9.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 08.11.2022).

²⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık “2.2.2.3 Ticaret alanında veya ekonomik anlamda kullanım”

²⁸⁴ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1672.

ayırmaktır.²⁸⁵ Ticaret alanında kullanım; sadece ticari ya da tacirler tarafından gerçekleştirilen kullanımları değil, ekonomik gaye ile gerçekleştirilen tüm kullanımları kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır.²⁸⁶

Ekonomik gayenin gerçekleşmesi için kullanımın ücret karşılığı, kâr elde etmek veya para kazanmak amacıyla gerçekleşmesi gerekmez. Kişinin ekonomik faaliyetlerini gerçekleştirmek, devam ettirmek veya geliştirmek için yaptığı tüm faaliyetler ekonomik gaye ile gerçekleşmektedir.²⁸⁷

Dernek veya vakıfların marka kullanımı da ticaret alanında kullanım olarak kabul edilebilir. Bu kuruluşlar her ne kadar ticari kazanç veya kâr amacı gütmeyen yapılar olsa da amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işletebilmeleri, ticari faaliyetlerde bulunabilmeleri, gelirleri, giderleri, üyelik aidatları vb. ödenekler toplamaları nedeniyle ticaret alanında faaliyet göstermeleri mümkündür.²⁸⁸

Elektronik ticaret faaliyetleri, elektronik ortamda gerçekleşen çevrimiçi ticari ve iktisadi faaliyetler olduğu için bu faaliyetler sırasında yapılan tüm marka kullanımları ticaret alanında yapılmış kullanımlardır. Bu nedenle SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen ve marka hakkını ihlal eden fiiller elektronik ticaret faaliyeti sırasında gerçekleşti ise fiilin SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca yasaklanması talep edilebilir.

2.2.3.4.2 İşaretin mal veya ambalaj üzerinde kullanılması

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendi uyarınca, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasını ihlal eden işaretin ambalaj üzerinde kullanılması hak sahibinin talebi üzerine yasaklanabilir.

Elektronik ticaret konusu mal, fiziki varlığı bulunmayan, gayri maddi nitelikteki dijital bir varlık olabilir ve bu varlık üzerinde SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasını ihlal eden işaret kullanılabilir. Gayri maddi mal veya hizmetler, insan

²⁸⁵ SULUK, KARASU ve NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 222; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1676.

²⁸⁶ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1676.

²⁸⁷ Diren ŞAHİN SİPAHİOĞLU, "Marka Hakkına Tecavüz Sayılan ve Sayılmayan Fiiller" (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019), 64; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1677.

²⁸⁸ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1679.

zekâsının ürünü ve iktisadi bir değeri olan²⁸⁹, cismani bir varlığı bulunmayıp elle tutulamayan, gözle görülemeyen ve bir fiziki yer kaplamayan mal veya hizmetlerdir.²⁹⁰

Elektronik ticaret için gayri maddi mal veya hizmetler, cismani olmayan mal veya hizmetler olup elektronik ortamdaki sayısallaştırılmış/ dijitalleştirilmiş mal veya hizmetleri ifade eder.²⁹¹ Elektronik ticaret konusu gayri maddi mal veya hizmetler, maddi mal veya hizmetlerden farklı olarak doğrudan ifaya yönelik işlemlere elektronik ortamda konu edilebildiği (elektronik ortamda üretilebilmesi, elektronik ortamda yayımlanabilmesi, elektronik ortamlar kullanılarak teslim edilebilmesi, elektronik ortamlardan dinletilebilmesi, elektronik ortamlardan gösterilebilmesi gibi işlemler) için elektronik ticaret konusu mal veya hizmet dijital varlık ise *doğrudan elektronik ticaret* söz konusudur.²⁹² Bu modelde tarafların sadece hukuki iradeleri değil, hukuki irade sonucu doğan tüm sözleşmesel yükümlülükler elektronik ortamda gerçekleşir.²⁹³

Benzer şekilde, elektronik ticaret konusu mal, fiziki bir mal olabilir ve malvarlığı üzerinde SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasını ihlal eden bir işaret kullanılmış olabilir. Maddi varlıklar, cismani varlığı olan, hissedilebilen ve belirli bir yer kaplayan varlıklardır.²⁹⁴ Elektronik ticaret konusu mal veya hizmet, maddi bir mal veya hizmet ise cismani bir varlığın elektronik ortamda üretilmesi, teslim edilmesi veya yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu tip iş ve faaliyetlerde tarafların hukuki iradeleri elektronik ortamda açığa çıkıp²⁹⁵, hukuki irade sonucu doğan ifaya yönelik iş ve faaliyetler kargo, basım, posta vb. geleneksel işlem ve faaliyetlerle gerçekleşir.²⁹⁶ Bu şekilde yapılan elektronik ticaret dolaylı elektronik ticaret olarak adlandırılır.

Hem doğrudan elektronik ticaret hem de dolaylı elektronik ticaret modellerinde malın üzerinde marka hakkını ihlal eden işaretin kullanılması mümkündür. Ancak ambalaj sadece fiziki varlıklar için kullanılabilir. Bu nedenle kanaatimize göre,

²⁸⁹ YILDIRIM, *Gayri Maddi Haklar ve Vergilendirilmesi*, 19.

²⁹⁰ KILIOĞLU, *Fikri Haklar*, 1.

²⁹¹ GEZDER, “Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği”, 1127.

²⁹² AKÇAOĞLU, *Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi*, 7.

²⁹³ AKÇAOĞLU, *Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi*, 8.

²⁹⁴ Şaban KAYIHAN ve Mustafa ÜNLÜTEPE, *Medeni Hukuk Bilgisi* (Ankara: Sekin Yayıncılık, 2017), 434.

²⁹⁵ GEZDER, “Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği”, 1122.

²⁹⁶ AKÇAOĞLU, *Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi*, 7.

ambalaj üzerinde SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasını ihlal eden bir kullanımın sadece dolaylı elektronik ticaret modelinde gerçekleşebilir.

Ürünün paketi, poşeti, kutuları vb. ürünü koruma, sunma, gönderme paketleme gibi amaçlarla ürünün çevresinde olan yapıya işaretin eklenmesi ambalaj üzerine işaretin konması, ürünün üzerine işaretin kazınması, yapıştırılması, dokunması, basılması gibi fiiller, malın üzerine işaretin konulması demektir. SMK'nın öngördüğü yasaklama halinin gerçekleşmesi için işaretin ne şekilde veya nasıl konduğunun herhangi bir önemi yoktur.²⁹⁷ Markanın mal veya hizmet üzerinde ya da ambalajında kullanılması münhasıran marka sahibine ait bir haktır.²⁹⁸

Marka hakkını ihlal eden işaretin ambalajda üzerinde kullanıldığı hallerde malın ambalajlanmış olması tecavüzden bahsedilmesi için zorunlu değildir. Marka hakkını ihlal eden ambalaj henüz paketlenmese dahi mal ile arasında ilişki bulunacak şekilde duruyorsa ihlal söz konusudur.²⁹⁹

Elektronik ticaret faaliyetlerinde mal veya ambalaj üzerine işaretin konulmasının yasaklanabilmesi için Kanun'un öngördüğü ilk durum SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendi uyarınca işaretin tescilli marka ile aynı olan bir işaret olup tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin üzerine veya ambalajının üzerine konulmasıdır. İkinci durum ise SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi uyarınca tescilli marka ile aynı ya da benzer bir işaretin tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer mal ve hizmetler kapsamında karıştırılma ve ilişkilendirilme ihtimali yaratacak şekilde kullanılmasıdır. Elektronik ticaret faaliyetlerinde mal veya ambalaj üzerine işaretin konulmasının yasaklanabilmesi için Kanun'un öngördüğü son durum ise SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendi uyarınca işaretin tescilli markanın Türkiye'deki tanınırlık düzeyi nedeniyle itibarından haksız yarar elde edilecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek şekilde kullanılmasıdır.

²⁹⁷ SİPAHİOĞLU, Marka Hakkına Tecavüz Sayılan ve Sayılmayan Fiiller, 67; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1683.

²⁹⁸ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1683.

²⁹⁹ DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 106; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1684.

2.2.3.4.3 İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi

2.2.3.4.3.1 Genel olarak

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca marka hakkını ihlal eden bir işareti taşıyan malların bir kişi ya da teşebbüs tarafından piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi ve bu amaçlarla stoklanması hak sahibinin talebi üzerine Kanun'un aynı hükmünün 3'üncü fıkrası uyarınca yasaklanabilir. Benzer şekilde, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca bir kişi ya da teşebbüs tarafından marka hakkını ihlal eden bir işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi hak sahibinin talebi üzerine yasaklanabilir.

2.2.3.4.3.2 Piyasaya sürülmesi

Kanun hükmünde yer alan, malın piyasaya sürülmesi kavramı; *“genellikle ekonomik sonuçları olan, malın üretim, istifleme ve depolama alanlarından çıkarılarak son kullanıcıların satın alımına veya bu amaçla satmak veya dağıtmak isteyen başka araçlara ulaştırılması olarak tanımlanabilir.”*³⁰⁰ Diğer bir ifadeyle, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan kimse, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca marka hakkını ihlal eden bir işareti taşıyan malı; satmak, dağıtmak, başkasına ulaştırmak gibi malın el değiştirmesi amacını güden faaliyetler için kullanırsa, marka hakkı sahibi bu faaliyetin yasaklanmasını talep edebilir.

Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan kişi ya da teşebbüs marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan malı piyasaya internet sitesi, mobil uygulama, sosyal medya hesapları ve uygulamaları vb. elektronik ticaret araçları ile sunabilir. Yargıtay, içtihatlarında bu tarz elektronik ortam olan elektronik ticaret araçlarında mallara ilişkin görsel, işitsel veya kavramsal kayıtları kullananların kullanımını piyasaya sunma olarak kabul etmektedir.³⁰¹ Bir kararında Yargıtay, tüketiciyi bilgilendirmek amacıyla internet sitesinde markayı kullandığını iddia eden davalının savunmasını kabul etmeyen ve bunun marka sahibinin izni olmaksızın malın piyasaya sürülmesi olduğunu

³⁰⁰ Hayri BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 65.

³⁰¹ Yargıtay 11. HD. E. 2009/6787 K. 2010/12713 T. 09.12.2010 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 09.11.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2016/12417 K. 2018/5906 T. 2.10.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 09.11.2022).

değerlendiren ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmuştur.³⁰² Başka bir kararında da Yargıtay, marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan görseli üretmediği, satmadığını ve tüketicilerden herhangi bir talep olmadığını iddia eden davalının savunmasını kabul etmeyen ve görseli internet sitesinde kullanan davalının hem tasarım hem de marka hakkına tecavüz ettiğini sonucuna varan ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.³⁰³

2.2.3.4.3.3 Teslim edilebileceğinin teklif edilmesi

Kanun hükmünde yer alan malın teslim edilebileceğinin teklif edilmesi kavramı bir nevi öneri olup, tüketicilerin teklif edilen ürün veya hizmeti almasına davettir.³⁰⁴ Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan kimse, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca marka hakkını ihlal eden bir işareti taşıyan malı teslim edebileceğini teklif ederse, marka hakkı sahibi bu faaliyetin yasaklanmasını talep edebilir.

Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan kişi ya da teşebbüs; marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan malı teslim edebileceğini internet sitesi, mobil uygulama, sosyal medya hesapları ve uygulamaları vb. elektronik ticaret araçları ile teklif edebilir.³⁰⁵ Teklif etme fiilinin gerçekleşmesi için malın hazır olması ya da üretilmesi önemli olmayıp sadece elektronik ortamda bir reklam veya teklifin olması yeterlidir.³⁰⁶ Bu kapsamda; internet sitelerinde, sosyal medya site ya da uygulamalarında, çevrimiçi pazar yerlerinde, mobil uygulamalar ya da oyunlarda verilen reklamlar ile tanıtımlar, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca marka hakkını ihlal ediyorsa SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca yasaklanabileceği söylenebilir.

2.2.3.4.3.4 Piyasaya sürülme amacıyla stoklanması

Kanun hükmünde yer alan diğer bir yasaklanabilecek fiil, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca marka hakkını ihlal eden bir işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi amacıyla stoklanmasıdır.

³⁰² Yargıtay 11. HD. E. 2015/5588 K. 2015/13073 T. 7.12.2015 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 09.11.2022).

³⁰³ Yargıtay 11. HD. E. 2016/11214 K. 2018/3371 T. 9.5.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 09.11.2022).

³⁰⁴ BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 69.

³⁰⁵ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 491.

³⁰⁶ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1688.

Stoklama veya depolama eylemleri sayısal/dijital varlıklar için elektronik ortamda gerçekleştirilebilir. Günümüzde en sık kullanılan elektronik ortam depolama donanımlarına, harici sabit sürücüler, SSD sürücüler, ağa bağlı depolama kasaları, USB thumb sürücüler, flash sürücüler, optik sürücüler ve bulut depolama sistemleri örnek gösterilebilir. Elektronik ticaret faaliyetinde bulunanlar SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan dijital/sayısal varlıkları piyasaya sunma amacıyla bahsedilen elektronik ortamlarda internet sitesi, mobil uygulama, sosyal medya hesapları ve uygulamaları vb. elektronik ticaret araçları ile satabilir ve hatta optik okuyucu (CD/ DVD), flash sürücü (flash disk), taşınabilir harici sürücü (*hard disk*), USB thumb sürücü vb. içerisinde elektronik ortam barındıran ancak fiziksel bir varlığı da olan elektronik cihazlara depolayıp fiziki olarak satımını da gerçekleştirebilir. Bu durumda yapılan depolama işlemi her ne kadar fiziki bir depolama olmasa da dijital/ sayısal varlıkların piyasaya sürülmesi için yapıldığından SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca yasaklanabileceği görüşündeyiz.

2.2.3.4.4 İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi

2.2.3.4.4.1 İthalat ve ihracat

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (c) bendi uyarınca, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan malı ithal ya da ihraç etmek marka hakkına tecavüz hallerinden biridir. İthalat, “*başka bir ülkeden mal getirme veya satın alma, dış alım*” olarak; ihracat ise “*bir ülkenin ürettiği malları başka bir ülkeye veya ülkelere satması, dış satım*” olarak tanımlanabilir.³⁰⁷

Tecavüzden söz edilebilmesi için ithal ya da ihraç edilmesi yasaklanacak olan ürünün taşıdığı işaret kullanımı; SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca marka sahibinin izni olmaksızın tescilli marka ile aynı olan işaretin tescil kapsamına giren mal veya hizmetler için kullanılması, tescilli marka ile aynı ya da benzer bir işaretin tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer mal ve hizmetler kapsamında karıştırılma veya ilişkilendirilme ihtimali yaratacak şekilde kullanılması ya da tescilli marka ile aynı veya benzer işaretin tescilli markanın Türkiye'deki

³⁰⁷ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/> (İnternet Erişimi: 14.11.2022)

tanınmışlık düzeyi nedeniyle itibarından haksız yarar elde edilecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek şekilde kullanım olmalıdır.

MarKHK'nın 9'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendinde markaya tecavüz eden işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesine ilişkin tecavüz hali *“işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması”* şeklinde düzenlenmiştir. Hükümde yer alan gümrük bölgesi ifadesi 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun³⁰⁸ 2'nci maddesi uyarınca Türkiye kara suları dâhil, iç suları ve hava sahası ile birlikte Türkiye Cumhuriyeti gümrük bölgesini ifade eder. Hükümde yer alan gümrükçe onaylanmış işlem veya kullanım ifadesi ise yine Gümrük Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 14'üncü fıkrası uyarınca *“bir gümrük rejimine tabi tutulmasını, bir serbest bölgeye girmesini, Türkiye Gümrük Bölgesi dışına yeniden ihracını, imhasını, gümrüğe terk edilmesi”* işlemleridir. Görüleceği üzere Kanun koyucu SMK'da yaptığı düzenleme ile tecavüz konusu eylemleri MarKHK dönemine göre sınırlamış, sadece ithalat ve ihracat eylemlerinin tecavüz olacağını kabul etmiştir.³⁰⁹

2.2.3.4.4.2 Transit mallara ilişkin durum

Bir mal, bulunduğu ülkeden diğer bir ülkeye geçişi sırasında üçüncü bir ülkenin gümrük bölgesinde duruyor ancak o ülkenin iç piyasasına sürülmüyorsa o mal transit bir maldır.³¹⁰ SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında marka hakkını ihlal eden işaretin sadece ithal ya da ihraç edilmesinin yasaklanabileceği düzenlendiğinden, marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan transit mallar ithalat ve ihracat işlemine tabi olmayıp transit mal rejimine tâbi olmasından dolayı marka hakkına tecavüz oluşturmaz.³¹¹ Gerçekten de Yargıtay, SMK'nın tecavüzü düzenleyen 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında MarKHK'nın 9'uncu maddesinden farklı olarak malların herhangi bir gümrük rejimine tabi tutulmasından bahsedilmeden sadece malın ithal ya da ihraç edilmesinin tecavüz olarak kabul edilmesi nedeniyle transit işlemlere yönelik fiillerin markaya tecavüz teşkil etmediğini kabul eden bölge adliye mahkemesi kararını onamıştır.³¹² Öğretide, SMK'nın yeni düzenlenme şekli her ne kadar AB

³⁰⁸ 04.11.1999 tarih ve 23866 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

³⁰⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 498.

³¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://ticaret.gov.tr/gumruk-islemleri/sikca-sorulan-sorular/ticari/transit> (İnternet Erişimi: 12.11.2022)

³¹¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 498.

³¹² Yargıtay 11. HD. E. 2021/1014 K. 2022/4799 T. 13.6.2022 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 14.11.2022); 6769 sayılı SMK'nın 7.maddesinde malların herhangi bir gümrük rejimine tabi

Mevzuatı ve TRIPS Anlaşması ile uyumlu olsa da MarKHK’da öngörülen korumaya göre marka hakkının korunmasını zayıflattığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.³¹³

SMK’nın 159’uncu maddesinin 2’nci fıkrasının (b) bendinde sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan veya tecavüze uğraması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat eden kişinin talebi üzerine “*Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, bulundukları her yerde el konulması ve bunların saklanması*” ilişkin ihtiyati tedbir düzenlenmiştir. Hüküm, MarKHK’nın 77’nci 1’inci fıkrasının (b) bendi ile aynı şekilde düzenlenmiştir. Bu noktada, SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan transit mallar her ne kadar SMK’ya göre marka hakkına tecavüz oluşturmada da SMK’nın 159’uncu maddesi uyarınca marka hakkını ihlal ettiğinden bahisle bu malların ihtiyati tedbire konu edilebileceği düşünülebilir. Ancak, transit mallar SMK kapsamında tecavüz oluşturmadiğundan, böyle bir tedbire konu olması hukuken mümkün değildir.³¹⁴

2.2.3.4.4.3 Elektronik ihracat ve ithalat

Dünya ticaretinin geçirdiği dijital dönüşüm ile beraber elektronik ticaret kapsamında gerçekleştirilen dış ticaret faaliyetleri elektronik dış ticaret olarak³¹⁵; ithalat ve ihracat faaliyetleri ise elektronik ihracat ve elektronik ithalat olarak adlandırılmaktadır.³¹⁶ Bu noktadan hareketle, elektronik ihracat ve elektronik ithalat faaliyetlerinin elektronik ortamda çevrimiçi olarak gerçekleştirilen ihracat veya ithalat faaliyetleri olduğu söylenebileceği kanaatindeyiz.

Elektronik ihracat ya da elektronik ithalat faaliyetlerine SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasına göre marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan ürünler konu olabilir. Elektronik ihracat ve elektronik ithalat faaliyetleri birer ihracat ve ithalat faaliyeti olduğundan hareketle SMK’nın 7’nci maddesinin 3’üncü fıkrasının (c) bendi

tutulmasından bahsedilmeyip, malın ithal veya ihracının marka hakkına tecavüz olarak görüldüğü bu nedenle transit malların marka hakkına tecavüz oluşturmayaacağına ilişkin bölge adliye mahkemesi kararları için bkz. İstanbul BAM, 16. HD. E. 2020/2171 K. 2020/2220 T. 18.12.2020 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 14.11.2022); İstanbul BAM, 16. HD. E. 2018/901 K. 2018/734 T. 20.3.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 14.11.2022).;

³¹³ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 498.

³¹⁴ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 500.

³¹⁵ ERBAŞLAR ve DOKUR, *Elektronik Ticaret*, 217.

³¹⁶ AY ve KESER, *Ticarette Dijital Dönüşüm ve Elektronik ticaret*, 89.

uyarınca marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan ürünleri konu alan elektronik ihracat ve elektronik ithalat faaliyetlerinin yasaklanabileceği ifade edilebilir.

2.2.3.4.5 İşaretin teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması

2.2.3.4.5.1 Genel olarak

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (ç) bendi uyarınca, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre marka hakkını ihlal eden işaretin teşebbüslere ait iş evrakında ve reklamlarda kullanılması ilgilinin talebi üzerine yasaklanabilir. Hüküm düzenlenirken MarKHK'nın 9'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının (d) bendi aynen korunmuştur.

Elektronik ticaret faaliyetlerinde iş evrakının ve reklamların kullanıldığı elektronik ortamlar çeşitlidir. Bu kullanımlara, çevrimiçi pazar yerlerinde verilen reklamlar, çevrimiçi yemek sipariş platformlarında yer alan iş yerlerine ait mönü, youtube vb. video paylaşım platformlarında yer alan reklamlar veya bu yerlere teşebbüslerce yüklenen videolar, internet sitelerine verilen reklamlar, ticari elektronik iletiler, mobil uygulamalarda verilen reklamlar, sosyal medya platformlarında yer alan bilgilendirme sayfaları veya reklamlar örnek olarak gösterilebilir.

SMK'nın 152'nci maddesi hakkın tükenme ilkesini düzenler. Bu hüküm *“uyarınca sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiiller hakkın kapsamı dışında kalır.”* Bu sebeple, bir iş yeri marka sahibinin hakkının tükendiği ürünü iş evrakı veya reklamlarda kullanması marka hakkına tecavüz teşkil etmeyecektir.³¹⁷

2.2.3.4.5.2 İş evrakında tecavüz teşkil eden işaretin kullanılması

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (ç) bendinde yer alan iş evrakı kavramı tecavüz halinin tespitinde önemlidir. Yargıtay iş evrakının ne olduğunu çeşitli kararlarında tanımlamış olup bu kararlara göre iş evrakı *“iş evrakı; kart ziyaret, mektup, posta kartı, katalog, fiyat listeleri, mönü gibi yazılı kâğıtlardır.”*³¹⁸

³¹⁷ ARKAN, *Marka Hukuku*, 2:215.

³¹⁸ Yargıtay 11. HD. E. 2005/11215 K. 2006/11908 T. 20.11.2006 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 14.11.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2005/2902 K. 2006/3448 T. 03.04.2006 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 14.11.2022).; Yargıtay 11. HD. E. 2005/13204 K. 2006/13704 T. 21.12.2006 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 14.11.2022).

Her ne kadar Yargıtay kararları basılı evrakı kastetmiş olsa da, bize göre Yargıtay kararları eski tarihli olmasından dolayı elektronik ortamlarda düzenlenen iş evrakını da kapsar. Gerçekten de ticaretin geçirdiği dijital dönüşümle, elektronik ortamların teşebbüslere kazandırdığı zaman ve mekândan bağımsızlık, teşebbüslerin elektronik kataloglarını, elektronik kartvizitlerini, fiyat listelerini, mönülerini dünyanın her yerine ulaştırma imkânı tanımaktadır. Bu kapsamda iş evrakının sadece basılı kâğıtlardan ibaret olmadığı, elektronik ortamda oluşturulan veya dağıtılan evrakın da iş evrakı olarak kabul edilebileceği ve marka hakkını ihlal eden işareti taşıyorsa bu evrakın kullanılmasının da SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (ç) bendi uyarınca yasaklanabileceği kabul edilmelidir.

2.2.3.4.5.3 Reklamlarda tecavüz teşkil eden işaretin kullanılması

Ticari reklam, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin³¹⁹ 4'üncü maddesinin (n) bendi uyarınca *“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.”* Günümüzde ticari reklamlar; sosyal medya siteleri veya uygulamalarında, video paylaşım platformlarında, internet sitelerinde, çevrimiçi pazar yerlerinde ve diğer elektronik ticaret faaliyetlerin gerçekleştiği elektronik ortamda etkili bir şekilde kullanılmaktadır.³²⁰ Tanımdan anlaşılacağı üzere ticari reklamın herhangi bir mecrada yapılabilmesi düzenlenmiş olup bu kapsamda elektronik ortamda yapılan reklamın da gerekli diğer koşulları taşımak kaydı ile ticari reklam olarak kabul edilebileceği söylenebilir. Milyonlarca kullanıcısı olan elektronik ortamlarda klasik reklamlara göre daha az maliyet ile çok daha fazla potansiyel müşteriye ulaşan teşebbüslerin ticari reklamları SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre marka hakkını ihlal eden işareti içerebilir. Böyle bir halin varlığında hak sahibi, yapılan reklamın yasaklanmasını SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (ç) bendi uyarınca talep edebilecektir.

³¹⁹ 10.01.2015 tarih, 29232 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³²⁰ KAYA, *E-ticaret Hukuku*, 75.

Elektronik ticaret faaliyetlerinde internet reklamcılığı çeşitli şekillerde uygulanabilmektedir. Bu duruma ilk olarak “*hedef internet sitesi reklamcılığı*” örnek olarak gösterilebilir. Hedef internet sitesi reklamcılığında internet adresini kullanarak mal veya hizmet satışını gerçekleştirenler; internet site içeriklerinde farklı türden insan gruplarına ulaşabilmek için sattığı ürün veya hizmetin satış işlemleri dışında kalan markasına, işletmesine, hisselerine, ürün içeriklerine, güncel konulara vb. hususlara ilişkin bilgilere yer vererek müşterilerin dikkatini çekmeye çalışır.³²¹

Diğer bir internet reklamcılığı türü “*arama motoru reklamcılığı*”dır. Arama motoru “*kullanıcıların, aradıkları bilgiye ulaşmalarını sağlamak için genel ağ üzerindeki ağ sitelerini başlıklarına, açıklamalarına, anahtar kelimelerine ve içeriklerine göre bir dizin olarak sıralayan sistemdir.*”³²² Bu tür internet reklamcılığında reklam vermek isteyenler, hedef kitlesinin kullanacağı ve arama yaptığı arama motorundan kendi internet sitelerini bulabilecekleri; Türkçe sırasıyla “*reklam*” ve “*kelime*” anlamına gelen İngilizce “*advertising*” ve “*words*” kelimelerinin birleştirilmiş ve kısaltılmış hali olan “*adwords*” olarak adlandırılan anahtar kelimeleri seçer.³²³

Elektronik posta reklamcılığı, içerik ağı reklamcılığı, sosyal medya ve oyun reklamcılığı diğer internet reklamcılıklarına örnek gösterilebilir. Elektronik posta reklamcılığı geleneksel afiş, broşür dağıtımı vb. reklamlara benzer şekilde bireylere ilgilendikleri konulara ilişkin bilgi vermek amacıyla posta gönderilmesi sureti ile yapılan reklamlardır.³²⁴ İçerik ağı reklamcılığı ise bir reklam verenin uygun gördüğü internet sitesinde istediği içeriğin reklam olarak yayımlanmasını, reklama tıklayanın reklam verenin internet sitesine yönlendirmesini içeren internet reklamcılığıdır.³²⁵ Sosyal medya reklamcılığı sosyal mecralarda verilen reklamları, oyun reklamcılığı ise çevrimiçi oyunlarda verilen reklamları ifade eder.³²⁶

³²¹ Eser RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 17.

³²² TDK Güncel Türkçe Sözlük www.sozluk.gov.tr (İnternet Erişimi:28.11.2022).

³²³ RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, 153.

³²⁴ Oğuzhan KUNDAK, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Ticarete Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması” (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Bağımsız Üniversitesi, 2022), 58; RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, 19.

³²⁵ Hayriye Dilara ABBASOĞLU, “Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet” (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 2020), 8; RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, 18.

³²⁶ RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, 20.

2.2.3.4.5.4 Ticari elektronik iletilerin durumu

ETDK'nın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde ticari elektronik iletiler tanımlanmıştır. Bu hüküm uyarınca “*telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletiler*” ticari elektronik iletilerdir. İletinin ticari amaçla gönderilmesi ve işlemin elektronik ortamda gerçekleşmesi ticari elektronik ileti olarak kabulü için yeterlidir.³²⁷

Ticari elektronik iletiler vasıtası ile iş evrakı ve reklamlar teşebbüslerin mevcut veya potansiyel müşterilerine gönderilebilmektedir. Kanaatimizce bu iletiler, iş yerinin bilgileri olan kampanya, indirim, iş yerinin yeri, mönü, promosyon gibi unsurları içerdiğinden ve iş yerine kazanım sağlama amacıyla gönderildiğinden iş evrakı olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, ticari elektronik ileti, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'inci maddesine göre marka hakkını ihlal eden işaretler taşıyorsa SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (ç) bendi uyarınca yasaklanabilir. Benzer şekilde, reklam amacıyla gönderilen ticari elektronik iletiler de marka hakkını ihlal ediyorsa SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (ç) bendi uyarınca gönderilmesi engellenebilir.

2.2.3.4.6 İhlal eden kullanımın internette gerçekleşmesi

2.2.3.4.6.1 Genel olarak

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (d) bendi uyarınca, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre marka hakkını ihlal eden “*işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması*” hak sahibinin talebi üzerine önlenebilir. Kullanılması önlenebilecek olan bu durumlar Kanun hükmünde yer alan “*ya da benzeri biçimlerde kullanılması*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere tahdidi değildir; kanun koyucu örnekleme yolu ile tecavüz hallerini açıklamıştır. Bahsedilen tecavüz hali, SMK öncesi dönemde MarKHK'nın 9'uncu

³²⁷ Mehmet Bedii KAYA, *Elektronik Ticaret Hukuku – Ticari Elektronik İletiler* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 51.

maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendine, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³²⁸ ile eklenmiştir.

Bir elektronik ortam olan internet, bilgisayar sistemlerini birbirine bağlayan elektronik iletişim ağıdır.³²⁹ İnternet ortamı ise *haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı* ifade eder.³³⁰ İnternetin açık bir ağ olması ve gerçekleştirilen işlemlerin sunucuya bağlı, çevrimiçi olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle internet aracılığı ile gerçekleştirilen ticari ve iktisadi faaliyetlerin elektronik ticaret kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir.³³¹ İnternetin geniş kitlelerce kullanılması, internette yapılan ticareti ekonominin itici gücü haline getirmiştir.³³²

2.2.3.4.6.2 Kullanımın bir hak veya meşru bağlantıya dayanmaması

2.2.3.4.6.2.1 Kullanımın bir hakka dayanması

Markanın internet ortamında kullanımından dolayı tecavüzden söz edilebilmesi için kullanımın bir hakka dayanmaması veya meşru bir bağlantı olmaması gerekmektedir. Buradaki “*bir hakka dayanma*” kavramı, hak sahipliğini ifade eder.³³³

Markanın tescil edilmeden önce kullanılması nedeniyle doğan kullanım hakkı, bahsedilen duruma örnektir.³³⁴ Bu kapsamda, tescilli bir marka konusu işaret; bir teşebbüs tarafından marka tescil edilmeden önce alan adı, yönlendirici kod, anahtar kelime gibi internet ortamında kullanılıyorsa kullanım bir hakka dayanmaktadır. Yine, tescilli bir marka konusu işareti marka henüz tescil edilmeden önce kullanan kişinin, markanın üçüncü kişi tarafından tescil tarihinden sonraki bir tarihte internette kullanması, internette işaret kullanımı markanın tescil edilmesinden önceki tarihli kullanımına dayanmasından dolayı hukuka uygundur.³³⁵ Benzer şekilde, internet

³²⁸ 29.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³²⁹ KAYA, *Elektronik ticaret Hukuku*, 44.

³³⁰ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (5651 sayılı Kanun) m.2/1 (g). 23.05.2006 tarihli ve 26530 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³³¹ N. Berkay KIRICI, *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), 74.

³³² KAYA, *E-ticaret Hukuku*, 75.

³³³ DİŞLİ, “Marka Hakkının İnternet Ortamında İhlali”, 61.

³³⁴ Önceki kullanıma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık “3.1.3 Gerçek hak sahipliği ve eskiye dayalı kullanım”

³³⁵ RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, 68.

ortamında yapılan kullanımın ticaret unvanından doğan bir hakka dayanması³³⁶, kullanılan işaretin kullananın isim ve soy isim olması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

2.2.3.4.6.2.2 Kullanımın bir meşru bağlantıya dayanması

Meşru bağlantı kavramı, markayı kullanan kişinin kullanım hakkının marka sahipliğine değil, başka hukuki ilişkilere dayandığını ifade eder.³³⁷ Örnek vermek gerekirse, lisans hakkı sahibi, acente veya dağıtıcı markanın kullanım hakkına marka sahibi ile arasındaki hukuki ilişki nedeni ile sahiptir. Bu kullanım meşru bağlantıya dayanır.³³⁸

Yukarıda anlatılan ile benzer şekilde, SMK'nın 25'inci maddesinin 6'ncı fıkrası uyarınca marka sahibi, tescilden sonraki bir tarihte markasının internet alan adı, anahtar kelime veya yönlendirici kod olarak kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, kullanım kötü niyetli olmadıkça kullanımın meşru bir bağlantıya dayandığı söylenebilir.³³⁹

2.2.3.4.6.3 Kullanımın ticari bir etki yaratması

Markanın internet ortamında kullanımından dolayı tecavüzden söz edilebilmesi için kullanım ticari etki yaratacak bir şekilde olmalıdır. Ticari etki yaratacak kullanımın ne anlama geldiği açık olmayıp, öğretide bu ifade marka olarak kullanımın zaten ticari bir kullanım olacağı bu nedenle ayrı bir şekilde belirtilmesinin anlamlı olmaması nedeni ile eleştirilmektedir.³⁴⁰

Ticari etki yaratan kullanım ile anlaşılması gereken, kullanımın ticari bir sonuç doğurma amacıyla gerçekleşmesidir.³⁴¹ Yargıtay da içtihatlarında bu hususun incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Örnek vermek gerekirse bir uyumsuzlukta ilk derece mahkemesi, tescilli bir markayı alan adı olarak kullanan bir öğretmenin kullanımını, öğretmenin internet sitesinde ücretsiz hizmet vermesi, kar amacı gütmemesi ve öğrencilere yardım sağlama saikiyle hareket etmesinden bahisle ticari etki yaratmadığı yönünde değerlendirmiştir. Yargıtay ise ilk derece mahkemesi

³³⁶ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 520.

³³⁷ DİŞLİ, "Marka Hakkının İnternet Ortamında İhlali", 64.

³³⁸ RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, 69.

³³⁹ RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, 69.

³⁴⁰ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 521.

³⁴¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 521.

kararını, “dosyada mevcut web sayfası ve bilirkişi raporu itibariyle davalının uyumsuzluk konusu alan adını taşıyan web sitesinde eğitim öğretim faaliyetleriyle birlikte eğitime yönelik dergi satış reklamları teşhir edilmek suretiyle gelir elde ettiği ve böylece faaliyetinin ticari olduğu” gerekçesi ile bozmuştur.³⁴²

İnternet ortamında yapılan kullanımın ticari veya ekonomik anlamda kullanım olarak nitelendirilmesi için satış, reklam vb. fiilen kullanım faaliyetlerinin gerekmediğini Yargıtay bir kararında kabul etmiştir. Dava konusu olayda, davacıya ait marka ile karıştırılma ya da ilişkilendirilme ihtimali yaratacak internet alan adını alan davalının fiilinin “haksız tecavüz olduğundan söz edebilmek için fiilen kullanımın faaliyetin yapıldığı bir sitenin ve sunumun olması gerektiği, böyle bir fiili kullanımın söz konusu olmadığı” gerekçesiyle davayı kabul etmeyen ilk derece kararını Yargıtay “.... tecavüzün önlenmesi davası, muhtemel bir tecavüz tehlikesinin (ihtimalinin) varlığı halinde de açılabilir. Bu durumda ise fiili kullanım koşulu aranmaz. Uyumsuzluk konusu alan adı halen davalı adına kayıtlı olduğuna ve bu alan adı ile ilgili meşru bir hakkın bulunduğu da kanıtlanamamasına göre, tanıtıcı işaret olarak internet ortamında ticari etki yaratacak bir şekilde kullanılması ve iltibas tehlikesi ve yol açması muhtemel bu durumun davacının marka hakkına tecavüz tehlikesi oluşturduğunu” ileri sürerek bozmuştur.³⁴³

2.2.3.4.6.4 İnternet alan adında tecavüz teşkil eden kullanım

2.2.3.4.6.4.1 Genel olarak

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanun’un 3’üncü maddesinin (v) bendi uyarınca “internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adlar” internet alan adlarıdır. Alan adlarının internete bağlı cihazların kimlik numarası olan IP numaralarının kolayca hatırlanabilmesi için kullanılan sembolik adresler olduğu söylenebilir.³⁴⁴

³⁴² Yargıtay 11. HD. E. 2018/3688 K. 2018/5727 T. 26.9.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.11.2022).

³⁴³ Yargıtay 11. HD. E. 2016/6743 K. 2018/1054 T. 14.2.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.11.2022).

³⁴⁴ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 122.

İnternet alan adları; müşterilerin internet sitelerini bulmasında, fiziksel bir mekândan bağımsız olarak teşebbüslerin ürünlerini sergilemesinde³⁴⁵ ve gerek teşebbüslere gerekse müşterilerine zamandan tasarruf sağlaması nedenleriyle teşebbüslerden ayrı bir ekonomik değeri olan önemli bir gayri maddi malvarlığı ve fikri mülkiyet hakkı haline getirmiştir.³⁴⁶ Gerçekten de alan adları adres belirtmesinin yanında internet sitesinin hangi teşebbüse ait olduğunu göstererek diğer internet sitelerinden ayrılmasını sağlamakta, tanıtım, iletişim ve reklam aracı olarak kullanılmaktadır.³⁴⁷

Alan adları; marka, ticaret unvanı veya ticari işletme adı gibi ayırt edici işaretlerden biridir.³⁴⁸ Bir markanın, ticaret unvanının veya işletme adının alan adı olarak alınması mümkün olduğu gibi bir alan adının marka, ticaret unvanı veya işletme adı olarak tescil ettirilmesi de mümkündür. Gerçekten de internet alan adında tescilli markasını kullanan teşebbüslere veya internet alan adının ayırt edici nitelik kazanması nedeni ile internet alan adını marka olarak tescil ettiren teşebbüslere sıklıkla rastlanmaktadır.

Alan adları iki temel unsurdan oluşur. Bunlar üst seviye alan adları ve ikinci seviye alan adlarıdır. Alan adının en solunda yer alan ve kullanılması için herhangi bir kurum veya kuruluştan izin alınması gerekmeyen kısım da üçüncü seviye alan adı olarak adlandırılır.³⁴⁹

2.2.3.4.6.4.2 Üst seviye alan adları

Üst seviye alan adları, “jenerik üst seviye alan adı” ve “ülke kodu üst seviye alan adı” olmak üzere iki bölümün sırası ile soldan sağa doğru yan yana gelmesi ile oluşur. Jenerik üst seviye alan adı faaliyet sahasını, ülke kodu üst seviye alan adı ise alan adının ait olduğu ülkeyi işaret eder.³⁵⁰ Örnek vermek gerekirse, jenerik üst seviye alan adları “.edu”, “.com”, “.org”, “.gov”, “.av”³⁵¹ gibi herhangi bir dilde faaliyet

³⁴⁵ Zeliha KAHRAMAN, *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları: Karşılaştırmalı Bir Analiz* (Ankara: Seçkin, 2017), 44.

³⁴⁶ Çağla AKYOL, “Markaların İnternet Alan Adı Olarak Kullanılmasından Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çevrimiçi (Online) Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi İle Çözümü” (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2022), 55.

³⁴⁷ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 123.

³⁴⁸ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 143.

³⁴⁹ Sefer OĞUZ, *İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2012), 37.

³⁵⁰ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 125.

³⁵¹ “.edu” Türkçe eğitim anlamına gelen İngilizce *education* kelimesinin kısaltılmışı olup alan adının faaliyet alanının eğitim olduğunu, “.com” Türkçe ticari anlamına gelen İngilizce *commerical*

alanını ifade eden bir terimin kısaltılmışı şeklindedir ve alan adının bu faaliyet alanında kullanıldığını gösterir. Ülke kodu üst seviye alan adı ise “.tr”, “.uk”, “.de”³⁵² gibi ülke isimlerinin kendi dilinde kısaltılmışı halidir ve alan adının ait olduğu ülkeyi gösterir.

2.2.3.4.6.4.3 İkinci seviye alan adları

İkinci seviye alan adları, üst seviye alan adının solunda yer alan, alan adlarının diğer alan adlarından ayrılmasını sağlayan ve serbestçe seçilip tescil ettirilebilen kısımdır.³⁵³ Bu nedenle, marka ihlali nedeni ile çıkan uyuşmazlıkların konusu ikinci seviye alan adlarıdır.³⁵⁴

2.2.3.4.6.4.4 Üçüncü seviye alan adları

Alan adının en solunda, ikinci seviye alan adından önce yer alan kısım üçüncü seviye alan adıdır. Bu kısmın kullanımı için herhangi bir kurum veya kuruluştan izin alınması gerekmemektedir. Üçüncü seviye alan adlarına “giriş”, “mezun” gibi ifadeler örnek verilebilir.

2.2.3.4.6.4.5 Ara değerlendirme

Alan adının bütün unsurlarını beraber incelemek gerekirse, “https://etbis.eticaret.gov.tr”³⁵⁵ internet alan adının; “.gov.tr” kısmı üst seviye alan adıdır. Burada “.gov” ifadesi Türkçesi devlet yönetimi anlamına gelen İngilizce “government” kelimesinin kısaltılmışıdır. Alan adının bir devlet kurumuna ait olduğunu, devlet yönetimi alanında faaliyet gösterdiğini ifade eder. “.tr” ifadesi ise Türkiye’nin kısaltılmışı olup alan adının Türkiye’de birine ait olduğunu gösterir. Alan

kelimesinin kısaltılmışı olup alan adının faaliyet alanının ticaret olduğunu, “.org” Türkçe kuruluş/örgüt anlamına gelen İngilizce *organisation* kelimesinin kısaltılmışı olup alan adının faaliyet alanının kar amacı gütmeyen sivil vakıf, dernek vb. kuruluşlar olduğunu, “.gov” Türkçe idare/devlet yönetimi anlamına gelen İngilizce *government* kelimesinin kısaltılmışı olup alan adının faaliyet alanının devlet kurumları ile ilgili olduğunu, “.av” ifadesi avukatın kısaltılmışı olup alan adının avukatlık faaliyetlerinde kullanıldığını ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. KAHRAMAN, *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları: Karşılaştırmalı Bir Analiz*, 29.

³⁵² “.tr” Türkiye’nin kısaltılmışı hali, “.uk” Türkçesi Birleşik Krallık İngilizcesi United Kingdom’ın kısaltılmışı hali, “.de” Türkçesi Almanya Almancası Deutschland’ın kısaltılmışı hali. Ayrıntılı bilgi için bkz. YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 128 – 133.

³⁵³ KAHRAMAN, *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları: Karşılaştırmalı Bir Analiz*, 32.
³⁵⁴

³⁵⁵ Elektronik ticaret Dairesi Başkanlığı tarafından kurulan, internet alışverişlerinde elektronik ticaret işlemlerini kayıt altına almayı, elektronik ticaret verilerini toplamayı ve doğru elektronik ticaret politikaları üretmeyi amaçlayan bir platformdur. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.eticaret.gov.tr/cevrimiciegitim/etbis-kayit-26> (İnternet Erişimi: 23.11.2022).

adının “eticaret” kısmı serbestçe seçilebilen ikinci seviye alan adıdır. Alan adının “etbis” kısmı ise üçüncü seviye alan adıdır.

2.2.3.4.6.4.6 Alan adının alınabilmesi için ayırt edici nitelik taşımasının zorunlu olmamasının marka açısından değerlendirilmesi

Alan adlarının alınması için alan adının markalar gibi ayırt edici niteliğe sahip olması şartı yoktur. Başka bir ifadeyle, daha önce alınmamış ve diğer şartları sağlayan her türlü işaret alan adı olarak alınabilir.³⁵⁶ Bu noktada, SMK’nın 4’üncü maddesi ve 5’inci maddesinin (a) ve (b) fıkraları uyarınca ayırt edici olmayan alan adlarının marka olarak tescil edilemeyeceği söylenebilir. Fakat elektronik ticaretin faaliyette bulunan teşebbüs veya kişilere zamandan ve mekândan bağımsız olarak müşterilerine ulaşma imkânı tanınması nedeniyle elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan ayırt edici olmayan alan adlarının ayırt edici nitelik kazandığı durumlar mevcuttur. Örnek vermek gerekirse, “*supplementler.com*” alan adı ile internetten sporcu gıdaları satarak elektronik ticaret faaliyetleri gerçekleştiren ve kullanımları sonucu alan adının ayırt edici nitelik kazandığından bahisle “*supplementler.com*” alan adını marka olarak tescil ettirmeye çalışan teşebbüsün tescil başvurusu YİDK tarafından reddedilmiştir. Ret kararı üzerine davacının açmış olduğu YİDK kararının iptali istemli davada Yargıtay, “*supplementler.com* ibaresinin özel bir anlam taşımadığı, başvuru kapsamındaki ilaçlar ve sporcu gıda takviyeleri açısından cins, çeşit, vasıf bildirmesi nedeniyle tasviri olduğu” gerekçesi ile davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını “alan adının kullanımlar sonucu ayırt edicilik kazandığından” bahisle bozmuştur.³⁵⁷

Yine benzer şekilde, “*sahibinden*” ikinci seviye alan adı ile çevrimiçi pazar yeri olarak hizmet veren ve aynı ikinci seviye alan adını ancak farklı üst seviye alan adını içeren “*www.sahibinden.net*” şeklindeki alan adını marka olarak tescil ettirmek isteyen teşebbüs tescil başvurusunun TPMK ve YİDK tarafından reddedilmesi üzerine YİDK kararının iptali istemli dava açmıştır. Davada Yargıtay, “*başvuru konusu işaretin somut ayırt ediciliğinin bulunmadığı, yapılan hizmetin niteliğini, karakteristik bir özelliğini doğrudan doğruya tanımladığı, ayrıca davacı tarafça bu marka altında yapılacak hizmetin gerçekten "SAHİBİNDEN" olmaması halinde 556 sayılı KHK'nın*

³⁵⁶ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 143.

³⁵⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2020/6996 K. 2022/1738 T. 10.3.2022 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 23.11.2022).

7/1-f maddesi anlamında yanıltıcı olacağı, bu nedenle bu ibarenin bir kişinin tekeline verilemeyeceği, davacının "SAHİBİNDEN " isimli tescilli bir çok markası mevcut ise de, reddedilen hizmetler için müktesep hak sağlayacak "SAHİBİNDEN NET" isimli tescilli bir markasının bulunmadığı ve söz konusu hizmetler yönünden "www.sahibinden.net" markasının kullanımla ayırt edicilik kazandığının kanıtlanamadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını davacının "SAHİBİNDEN" asıl unsurlu internet alan adı altında 1999 yılından beri elektronik ticaretle iştirak ettiği de dosyadaki açıklama ve belgelerden de anlaşılmaktadır. Bu durumda, dava konusu başvuruyu oluşturan işaretin ayırt edicilik vasfının bulunması" nedeniyle bozmuştur.³⁵⁸

İnternet alan adının alınması, alan adını oluşturan işaretin marka olarak tescil edilemeyeceği anlamına gelmez. Bu noktada, elektronik ticaretin sağladığı kolaylıklar nedeni ile ayırt edici nitelik kazanan alan adından haksız olarak faydalanmak için alan adının marka tesciline konu edilmesi mümkündür.³⁵⁹

SMK'nın 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca "başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir." Bahsedilen hüküm uyarınca, alan adı ticaret sırasında kullanımı nedeniyle ayırt edici bir işaret haline gelmiş ise alan adını konu alan marka tescil başvurusuna itiraz edilebilir veya işaret marka olarak tescil edilmiş ise markanın hükümsüzlüğü talep edilebilir.³⁶⁰

2.2.3.4.6.4.7 Alan adının ticari etki yaratacak şekilde kullanılması

Marka hakkına tecavüz eden bir internet alan adını içeren internet sitesi, fiili olarak kullanılmasa dahi içeriğinde ziyaretçilerini başka bir internet sitesine yönlendiriyorsa, bu internet alan adının ticari etki yaratacak şekilde kullanıldığını Yargıtay içtihatlarında kabul etmektedir. Örnek vermek gerekirse, bir kararında Yargıtay, marka hakkına tecavüz ettiği iddia edilen alan adının yer aldığı internet sitesi kullanılmadığından bahisle ticari etki yaratacak bir kullanımın olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararını internet adresinde sitenin davalı firmaya ait olduğuna

³⁵⁸ Yargıtay 11. HD. E. 2011/13756 K. 2013/14368 T. 05.07.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 23.11.2022).

³⁵⁹ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 149.

³⁶⁰ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 151.

ilişkin bir ibare yer almasının ticari bir kullanım olduğundan bozmuştur.³⁶¹ Yine başka bir kararında, içeriğinde tescilli markaya ilişkin ibare bulunduran ve ziyaretçilerini başka bir internet adresine yönlendiren alan adı kullanımının alan adı fiili olarak kullanılmadığı için ticari etki yaratacak bir kullanım söz konusu olmadığından davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını, kullanımın ticari etki yaratacak şekilde olduğundan hukuka aykırı bulmuştur.³⁶²

2.2.3.4.6.4.8 Tescilli marka ile aynı olan bir işareti tescil kapsamındaki mal veya hizmetler için alan adı olarak kullanma

Alan adı kullanımı ile marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için öncelikle alan adı SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasını ihlal etmelidir. SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendi uyarınca alan adının tescilli marka ile aynı olan bir işaret olması ve tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerde kullanılması tecavüz hallerinden ilkidir.

Alan adları üst seviye, ikinci seviye ve üçüncü seviye alan adı unsurlarından oluşmasından ve başına “www.” gibi ön ekler ya da sonuna çeşitli son ekler alabilmesi nedeniyle aynılığın tespitinde hangi unsurların dikkate alınması gerektiği tartışmalıdır. İlk görüşe göre marka ancak alan adı şeklinde tescil edilmiş ise ayniyet söz konusudur.³⁶³ Bu görüş, marka alan adının üst seviye, ikinci seviye ve üçüncü seviye alan adı unsurlarının tamamı ile ön ve son eklentilerinin tamamını içeriyorsa alan adı marka hakkına tecavüz edeceğini savunmaktadır. Eğer marka ikincil düzey alan adı olarak kullanılıyorsa aynılık değil benzerlik söz konusudur. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise alan adlarının ayırt edici unsuru ikinci seviye alan adı unsuru olduğu için ikinci seviye alan adı unsuru ile tescilli marka aynı ise ayniyet söz konusudur. Alan adında zorunlu bulunması gereken üst seviye alan adı unsurlarının ya da “www”, “https://” gibi unsurlar ayniyetin değerlendirilmesinde bir önem arz etmez.³⁶⁴ Ayrıca SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendi uyarınca

³⁶¹ Yargıtay 11. HD. E. 2014/10178 K. 2014/18794 T. 2.12.2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.11.2022).

³⁶² Yargıtay 11. HD. E. 2016/6743 K. 2018/1054 T. 14.2.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.11.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2018/4155 K. 2019/5829 T. 25.9.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.11.2022)

³⁶³ Guşan SÖYLEYENSOY, “Tescilli Markanın İnternette Alan Adı Olarak Kullanılarak Tecavüze Uğraması” (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2011), 45.

³⁶⁴ Kemal ŞENOCAK, “Tescilli Markanın Aynısının ve Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 25 (2009): 113-118,

tecavüzden söz edilebilmesi için tescilli marka ile aynı olan alan adı markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları ile aynı mal veya hizmet sınıflarında kullanılmalıdır.

2.2.3.4.6.4.9 Tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yaratan bir işaretin alan adı olarak kullanılması

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi uyarınca tescilli marka ile aynı ya da benzer bir işaretten oluşan internet alan adının markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer mal ve hizmetler kapsamında karıştırılma ve ilişkilendirilme ihtimali yaratacak şekilde kullanılmasıdır. Yukarıdaki paragrafta ayrıntılı olarak izah edildiği üzere alan adının üst seviye alan adı unsuru veya diğer eklentileri benzerlik tespit edilirken dikkate alınmaz; sadece alan adına ayırt edici özellik kazandıran ikinci seviye alan adı unsuru ile markayı oluşturan işaretin birbirine benzer olması yeterlidir.³⁶⁵ Fakat bazı durumlarda alan adı üst seviye alan adı ile ikinci seviye alan adını birlikte kullanarak benzerlik yaratabilir.³⁶⁶

Elektronik ticaret faaliyetlerinde karıştırılma ya da ilişkilendirilme ihtimali yaratacak bir işaretin kullanımı ile internet alan adlarında karşılaşabilmektedir. Yargıtay bir kararında, tescilli marka ile aynı olan işaretin yanına başka unsurlar ekleyerek oluşturulan internet alan adının terkin talebini, "*davacının tescilli markasını birebir karşılamadığından web sitesini kullanmanın davacının marka hakkına tecavüz teşkil etmeyeceğinden*" bahisle reddeden ilk derece mahkemesi kararını davalının kullanımının karıştırılma ihtimali yarattığı gerekçesiyle bozmuştur.³⁶⁷ Başka bir kararında Yargıtay, tescilli markasının bir unsurunu arama motorlarında ön sırada çıkmak için reklam verirken anahtar kelime olarak belirleyen davalının kullanımını iltibas yaratacak şekilde kullanım olarak kabul eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.³⁶⁸ Yine Yargıtay, tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yaratacak nitelikte ticaret unvanı tescil ettiren davalının ticaret unvanı kullanımının hem ticaret anlamında hem de marka olarak kullanım olmadığından bahisle davanın reddine karar veren ilk

116; YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 194; Arda ALTINOK, "Markanın İnternet Alan Adı Olarak Kullanılması" (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019), 69.

³⁶⁵ Elif GÜREL, "Marka Hakkının İnternet Ortamında İhlali" (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 2023), 81.

³⁶⁶ OĞUZ, *İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması*, 312; YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 228.

³⁶⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2010/7395 K. 2012/8068 T. 17.05.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 02.11.2022).

³⁶⁸ Yargıtay 11. HD. E. 2016/10542 K. 2018/3077 T. 25.4.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 02.11.2022).

derece mahkemesi kararını; davalının kullandığı işaret her ne kadar ticaret unvanı olsa da işaretin ticaret unvanının yanında internet alan adı olarak da kullanılmasının markasal kullanım olduğunu kabul etmiş ve ilk derece kararını bozmuştur.³⁶⁹

Alan adının marka ile benzer olarak kullanılmasının en tipik örneği yazım hataları kullanılarak yapılan “*klavye korsanlığı*” ile alınan alan adlarıdır.³⁷⁰ Bu şekilde alınan alan adlarında; alan adını alan kişi ya da teşebbüs, benzerlik oluşturmak istediği markanın harfleri ile benzer harfler kullanma, klavyede markanın harflerinden birinin yanında yer alan harfi kullanma, işitsel olarak aynı sesi çıkartan ancak farklı harflerden oluşan kelimeleri kullanma, markayı oluşturan harfleri büyük ya da küçük harflerle değiştirme gibi fiillerle benzerliği sağlayabilir.³⁷¹

2.2.3.4.6.4.10 Tanınmış bir markaya tecavüz teşkil edecek işaretin alan adı olarak kullanılması

SMK’nın 7’nci maddesinin 2’inci fıkrasının (c) bendi uyarınca internet alan adının tescilli markanın Türkiye’deki tanınmışlık düzeyi nedeniyle itibarından haksız yarar elde edilecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek şekilde kullanımı halinde de marka hakkına tecavüz söz konusudur. Markanın alan adı olarak aynen veya karıştırılma ihtimali yaratacak şekilde kullanılmasında alan adının ticari olarak aktif şekilde kullanılması gerekirken, bu tecavüz halinde diğerlerinden farklı olarak tanınmış markanın alan adı olarak alınması tecavüzün oluşmasında yeterlidir.³⁷² Ayrıca alan adının tanınmış marka ile aynı ya da benzer mal veya hizmet sınıfları için kullanılmasına gerek yoktur. Tecavüzden söz edilebilmesi için alan adını oluşturan işaretin bir markanın Türkiye’deki tanınmışlık düzeyi nedeniyle itibarından haksız yarar elde edilecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek şekilde kullanılması yeterlidir.³⁷³

³⁶⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2015/9915 K. 2016/4605 T. 25.4.2016 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.11.2022).

³⁷⁰ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 235.

³⁷¹ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 235.

³⁷² YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 246.

³⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Başlık “2.2.3.3 Tanınmış markaya tecavüz (SMK m. 7/2-c)”

2.2.3.4.6.5 Yönlendirici kod ile tecavüz teşkil eden kullanım

Yönlendirici kodlar (meta tag); HTML’de³⁷⁴ internet sayfasının kaynak kodunda yer alması nedeniyle internet kullanıcısı tarafından görülemeyen, internet adresinin içeriğini tanımlamak için kullanılan anahtar sözcüklerin kodlanmasını ifade eder.³⁷⁵ Yönlendirici kod olan bir kelime, internet arama motorunda aratıldığı zaman arama motorunda bu yönlendirici kodun yer aldığı internet adresleri arama sonucu olarak çıkar.³⁷⁶

Elektronik ticaret faaliyetlerinde kendi markasını kullanan marka sahibinin, arama motorunda üst sıralarda bulunabilmek için markasını oluşturan işareti veya markasını tanımlayan ifadeleri yönlendirici kod olarak kullanması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.³⁷⁷ Marka sahipleri markalarını yönlendirici kod olarak kullanarak arama motorlarında üst sıralara çıkarak bulunurluğunu arttırıp ve daha çok müşteriye daha hızlı şekilde ulaşır. Marka sahibi, markası yönlendirici kod olarak üçüncü kişiler tarafından kullanıldığı zaman üçüncü kişilerin markasından haksız bir şekilde fayda sağladığı ve kullananlar rakipleri ise markasının ayırt edici karakterinin zarar gördüğü söylenebilir.³⁷⁸

Markanın yönlendirici kod olarak kullanılması ile marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için öncelikle yönlendirici kod SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasını ihlal etmelidir. Bu kapsamda, yönlendirici kod olan işaretin marka hakkına tecavüz teşkil ettiğinden söz edilebilmesi için ilk durum, SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (a) bendi uyarınca yönlendirici kodun tescilli marka ile aynı olan bir işaret olması ve tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerde kullanılmasıdır. Ayrıca tescilli marka ile aynı olan yönlendirici kod markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları ile aynı mal veya hizmet sınıflarında kullanılmalıdır.³⁷⁹ İkinci durum ise,

³⁷⁴ Hiper Metin İşaretleme Dili; web sayfalarını oluşturmak için kullanılan standart metin işaretleme dilidir. <https://tr.wikipedia.org/wiki/HTML> (İnternet Erişimi: 25.11.2022)

³⁷⁵ Savaş BOZBEL, “Markanın Domain Names, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması”, XIV. Türkiye’de İnternet Konferansı Bildirileri içinde, der. Mustafa AKGÜL, Ethem Derman, M. Ufuk Çağlayan ve Attila Özgüt, (İstanbul: İnternet Teknolojileri Derneği, 2009.), 101.

³⁷⁶ Tamer SOYSAL, Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 1, .12 (2018): 693 - 722, 696.

³⁷⁷ Ömer KORKUT, Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24.2, (2007): 501-519, 501; YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 372.

³⁷⁸ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 373.

³⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Başlık “2.2.3.1 Tescilli Marka ile Aynı Olan Herhangi Bir İşaretin Tescil Kapsamına Giren Mal veya Hizmetlerde Kullanılması (SMK m. 7/2-a)”.

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi uyarınca tescilli marka ile aynı ya da benzer bir işareten oluşan yönlendirici kodun markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer mal veya hizmetler kapsamında karıştırılma ve ilişkilendirilme ihtimali yaratacak şekilde kullanılmasıdır.

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca; yönlendirici kod, tescilli markanın Türkiye'deki tanınmışlık düzeyi nedeniyle itibarından haksız yarar elde edilecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek şekilde kullanımı halinde de marka hakkına tecavüz söz konusudur. Hükümden anlaşılabacağı üzere yönlendirici kodun tanınmış marka ile aynı ya da benzer işareten oluşması gerekir. Ancak, aynı ya da benzer mal veya hizmet sınıfları için kullanılmasına gerek yoktur. Tecavüzden söz edilebilmesi için yönlendirici kodu oluşturan işaretin bir markanın Türkiye'deki tanınmışlık düzeyi nedeniyle itibarından haksız yarar elde edilecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek şekilde kullanılması yeterlidir.³⁸⁰

2.2.3.4.6.6 Anahtar sözcükte tecavüz teşkil eden kullanım

İnternet kullanıcılarının arama motorlarında internet adreslerine ulaşmak için kullandıkları kelimelere anahtar sözcük denir.³⁸¹ Elektronik ticaret siteleri, belirledikleri anahtar kelimeler ile en çok ulaşılabilir site olmaya çalışırlar. Bu sebeple arama motorlarında anahtar kelimenin aratılması ile beraber bulunurluklarını arttıracak şekilde arama bazlı reklamlar yapabilirler.³⁸²

Teşebbüsler tarafından genellikle markalarını ve markalarını tanımlayan ifadeler anahtar sözcük olarak seçilmektedir.³⁸³ Ancak yönlendirici kodlarla benzer şekilde üçüncü kişiler haksız fayda sağlamak için başkasına ait markayı anahtar sözcük olarak seçebilir ve bu anahtar sözcüğü reklam olarak verebilir.³⁸⁴ Böyle bir durumun varlığında, başkasının markasını anahtar sözcük olarak kullanan üçüncü kişiler fayda sağlarken marka hakkı sahibi reklamlar nedeniyle ortaya çıkan; markası ile arama motorunda üst sırada çıkan internet adresi arasında bağlantı olduğunun sanılması ve

³⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Başlık “2.2.3.3 Tanınmış markaya tecavüz (SMK m. 7/2-c)”

³⁸¹ SOYSAL, Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) Ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları”, 696.

³⁸² Miyale Tanla ÖZEN, “Haksız Rekabetin Elektronik Ortamda Görünüm Şekilleri” (Yayınlanmamış yüksek Lisans tezi, 2023), 112; YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 282.

³⁸³ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 290.

³⁸⁴ DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 121.

bu nedenle tüketicinin karıştırılma ya da ilişkilendirilme ihtimali yaşaması, arama motorunda üst sırada çıkan site taklit ürünler satıyorsa markasına tecavüzün söz konusu olması, çıkan sonuçlardan dolayı markasının ayırt edici karakterinin zarar görmesi, markasının itibarının zedelenmesi, markasının tanınmışlığından faydalanılması gibi sebeplerden zarar görmektedir.³⁸⁵

Markanın anahtar sözcük olarak kullanılması ile marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için öncelikle anahtar sözcük SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasını ihlal etmelidir. Bu kapsamda, anahtar sözcük olan işaretin marka hakkına tecavüz ettiğinden söz edilebilmesi için ilk durum SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendi uyarınca anahtar sözcüğün tescilli marka ile aynı olan işaret olması ve tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerde kullanılması gerekmektedir. Ayrıca tescilli marka ile aynı olan anahtar sözcük markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları ile aynı mal veya hizmet sınıflarında kullanılmalıdır.³⁸⁶

İkinci durum SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi uyarınca tescilli marka ile aynı ya da benzer bir işareten oluşan anahtar sözcüğün markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer mal veya hizmetler kapsamında karıştırılma ve ilişkilendirilme ihtimali yaratacak şekilde kullanılmasıdır.

Marka ile anahtar sözcük arasındaki benzerlik karıştırılma ihtimali ya da ilişkilendirilme ihtimali yaratmıyorsa ihlalden söz edilemez. Anahtar sözcük ile marka arasındaki benzerlik nedeniyle ortalama tüketici nezdinde alan adının tescilli marka sahibinden kaynaklandığı algısı oluşmuşsa karıştırılma ihtimali söz konusudur. Anahtar sözcük ile marka arasındaki benzerlik nedeniyle ortalama tüketici, mal veya hizmetin farklı teşebbüslerden kaynaklandığını anlasa bile mal veya hizmetin başka bir teşebbüs veya marka sahibi ile bağlantılı olduğunu düşünüyorsa ilişkilendirilme ihtimali söz konusudur. Ayrıca karıştırılma ihtimali nedeniyle tecavüzden söz edilebilmesi için anahtar sözcüğün karıştırılma ihtimali yarattığı markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları ile benzer mal veya hizmet sınıfları için kullanılmalıdır.³⁸⁷

³⁸⁵ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 291.

³⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Başlık “2.2.3.1 Tescilli Marka ile Aynı Olan Herhangi Bir İşaretin Tescil Kapsamına Giren Mal veya Hizmetlerde Kullanılması (SMK m. 7/2-a)”.

³⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Başlık “2.2.3.2 Tescilli Markanın Aynı veya Benzerinin Karıştırılma İhtimali Oluşturulacak Şekilde Kullanılması (SMK m. 7/2-b)”

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca anahtar sözcüğün tescilli markanın Türkiye'deki tanınmışlık düzeyi nedeniyle itibarından haksız yarar elde edilecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek şekilde kullanımı halinde de marka hakkına tecavüz söz konusudur. Anahtar sözcüğün tanınmış marka ile aynı ya da benzer işareten oluşması gerekir. Ancak aynı ya da benzer mal veya hizmet sınıfları için kullanılmasına gerek yoktur. Tecavüzden söz edilebilmesi için anahtar sözcüğü oluşturan işaretin bir markanın Türkiye'deki tanınmışlık düzeyi nedeniyle itibarından haksız yarar elde edilecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek şekilde kullanılması yeterlidir.³⁸⁸

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un³⁸⁹ 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca “*Elektronik ticaret hizmet sağlayıcı, olumlu irade beyanını yazılı şekilde ya da elektronik ortamda almadığı sürece, ekonomik bütünlük içinde bulunmadığı kişilerin ETBİS'e kayıtlı alan adının ana unsurunu oluşturan tescilli markasını kullanarak çevrim içi arama motorlarında pazarlama ve tanıtım faaliyetinde bulunamaz.*” Hükümde yer alan hizmet sağlayıcı kavramı ETDK'nın 2'inci maddesinin (ç) bendi uyarınca elektronik ticaret faaliyetinde bulunanı ifade eder.

Verilen hükümden anlaşılaçağı üzere; çevrimiçi elektronik ticaret faaliyeti gerçekleştirenler kendilerine ait olmayan markaları taşıyan ürünleri satarken, marka sahiplerinin onayını almadan marka konusu işareti arama motorlarında reklam olarak veremeyeceklerdir.

2.2.3.4.7 İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (e) bendi uyarınca, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'inci fıkrasına göre marka hakkını ihlal eden işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması ilgilinin talebi üzerine yasaklanabilir. Her ne kadar SMK öncesi dönemde marka hakkını ihlal eden işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması MarKHK'da tecavüz olarak düzenlenmemiş olsa da

³⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. Başlık “2.2.3.3 Tanınmış markaya tecavüz (SMK m. 7/2-c)”

³⁸⁹ 07.07.2022 tarih ve 31889 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Yargıtay bu dönemde bahsedilen kullanım markasal ise kullanımın tecavüz olduğunu kabul etmiştir.³⁹⁰

Yeni düzenlemede kanun koyucu marka hakkını ihlal eden işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanımı yasaklanabilecek fiiller içerisinde verip kullanımın marka olarak kullanım olması gerektiğine dair bir düzenleme ayrıca öngörmemiştir. Buna bağlı olarak, marka hakkını ihlal eden işaretin işletme adı veya ticaret unvanı olarak kullanıldığı ya da tescil edildiği takdirde kullanımın niteliğine bakılmaksızın direkt olarak tecavüz olduğu düşünülebilir. Ancak markanın fonksiyonlarından yararlanma amacı ile gerçekleşmeyen, başka bir ifadeyle marka olarak kullanılmayan ticaret unvanı ya da işletme adının marka hakkına tecavüz olarak kabulü kanaatimizce mümkün değildir. Nitekim Yargıtay da içtihatlarında, ticaret unvanı ya da işletme adı kullanımlarını SMK öncesi dönemde incelediği şekilde kullanımın *markasal* (marka olarak kullanım) kullanım olup olmadığını incelemekte, kullanım markasal ise tecavüz olduğuna karar vermektedir.³⁹¹

TTK'nın 53'üncü maddesi uyarınca işletme adı, doğrudan ticari işletmeyi tanıtmak ve diğer işletmelerden ayırmak için kullanılan isimdir. Ticaret unvanı taciri nitelerken işletme adı ticari işletmeyi niteler. Esnaf da işletme adını kullanabilir.³⁹² Bu noktada elektronik ticaret faaliyetlerinde markasını kullanan hak sahibinin markası biri tarafından işletme adı olarak kullanıldığı takdirde elektronik ticaret kapsamında marka hakkının ihlalinden söz edilebilir.

Tescilli markanın işletme adı olarak kullanılması, marka hakkına tecavüz nedeniyle yasaklanabilecek fiillerden biri olduğu için çevrimiçi pazar yerlerinde yer alan çevrimiçi mağazaların isimleri marka hakkına tecavüz teşkil ediyorsa SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (e) bendinin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı bize göre önem arz eder. Gerçekten de sanal mağaza olarak adlandırılabilen bu yerler isim olarak başkasına ait bir markayı kullandığı takdirde, markanın sahibine sağladığı avantajlardan kolaylıkla yararlanacak ve haksız kazançlar elde edebilecektir.

³⁹⁰ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1750.

³⁹¹ Yargıtay 11. HD. E. 2021/1211 K. 2022/5220 T. 23.6.2022 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 22.11.2022) Kararda Yargıtay ilk derece mahkemesinin ticaret unvanı kullanımının markasal olmadığından tecavüze ilişkin taleplerin reddine ilişkin verdiği kararı onamıştır.

³⁹² ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 292.

TTK'nın 11'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca *“ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.”* Ticaret Sicili Yönetmeliğinin³⁹³ 118'inci maddesinde şubenin tanımı yapılmıştır. Bahsedilen Kanun hükmü uyarınca *“bir ticari işletmeye bağlı olup ister merkezinin bulunduğu sicil çevresi içerisinde isterse başka bir sicil çevresi içinde olsun, bağımsız sermayesi veya muhasebesi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kendi başına sınai veya ticari faaliyetin yürütüldüğü yerler ve satış mağazaları şubedir.”* İşletme adı ise TTK'nın 53'üncü maddesi uyarınca işletme sahibi ile ilgili olmayan, doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak için kullanılan ayırt edici nitelikte bir sınai mülkiyet hakkıdır.³⁹⁴ İşletme adının kullanılması için tescil ettirilmesi, TTK'nın 53'üncü maddesi uyarınca zorunludur.

Kanaatimizce sanal mağaza isimleri; sanal mağazanın diğer sanal mağazalardan ayrılmasını sağlaması, işletme sahibini nitelememesi ve elektronik ticaret faaliyetlerini gerçekleştiren ticari işletmeyi çevrimiçi pazar yerinde tanıtmak ve belirtmek için kullanılması nedenleriyle işletme adı ile benzerlik taşır. Her ne kadar sanal mağaza adı kullanmak için işletme adı gibi tescil zorunlu olmasa da; işletme adı ve sanal mağaza isimlerinin amaç ve hukuki nitelik olarak benzerliği ve kanun koyucunun SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında tecavüz nedeni ile yasaklanabilecek fiilleri örnek göstermek amacıyla sayması nedenleri birlikte düşünüldüğünde sanal mağazanın ismi SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca tecavüz teşkil ediyorsa, sanal mağaza isim kullanımının SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (e) bendi uyarınca yasaklanabileceği kanaatindeyiz.

2.2.3.4.8 İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (f) bendi uyarınca, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre marka hakkını ihlal eden işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması ilgilinin talebi üzerine yasaklanabilir. Hükmün öngördüğü yasaklama hali MarKHK'da düzenlenmemiştir.

³⁹³ 19/12/2012 tarih, 2012/4093 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilip, 27/1/2013 tarih ve 28541 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

³⁹⁴ Gürkan ORMANCI, Türk Hukuku Kapsamında İşletme Adının Haksız Rekabet Hükümleri Uyarınca Korunması, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 6 (2020): 108-127, 108.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (ğ) bendi karşılaştırmalı reklamı *“tanıtımı yapılan mal veya hizmete ilişkin hususlarla aynı amaca ya da aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik rakip mal veya hizmetlere ilişkin hususların karşılaştırıldığı reklamlar”* olarak tanımlamıştır.

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (f) bendinde yer alan *“hukuka uygun olmayan”* ifadesinden anlaşılması gerekenin ne olduğu hususu Kanun hükmünde açık değildir.³⁹⁵ Bu noktada karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olup olmadığının tespit ederken karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 8'inci maddesi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61'inci maddesi ve devam hükümleri ve TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen 54'üncü ve devam maddelerine dikkat edilmelidir.³⁹⁶

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 8'inci maddesi uyarınca karşılaştırmalı reklamlar; ancak rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi, aldatıcı ve yanıltıcı olmaması, haksız rekabete yol açmaması, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması, tüketiciye fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılması, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması, nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması, rakiplerin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması, menşei belirtilmiş mal veya hizmete ilişkin karşılaştırmada, mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olması, 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, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere aykırı olmaması koşullarıyla yapılabilir. Yine aynı hüküm uyarınca gıda reklamlarında, ilgili mevzuata göre sağlık beyanı kapsamına giren hususlar karşılaştırmaya konu edilemez. Beslenme beyanı kapsamındaki hususların reklamlarda karşılaştırma unsuru olarak kullanılması ilgili mevzuat

³⁹⁵ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 556.

³⁹⁶ Gamze SARIGÜL, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka İhlalinin Hukuki Sonuçları” (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, 2022), 87; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 557.

hükümlerine göre yapılır. Takviye edici gıdaların karşılaştırmalı reklamı ise hiçbir şekilde yapılamaz. Fiyat düzenlemeleri ile etkin piyasa gücü yükümlülükleri ilgili idari otoriteler tarafından belirlenen sektörlerle ilişkin reklamlarda fiyat karşılaştırması yapılamaz.

Elektronik ticaret faaliyetlerinde internet reklamcılığına hedef internet sitesi, arama motoru, elektronik posta, içerik ağı, sosyal medya veya oyun reklamcılıkları örnek olarak gösterilebilir.³⁹⁷

Elektronik ticaret faaliyetlerinde gerçekleştirilen karşılaştırmalı reklamların hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için, reklamın Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 8'inci maddesine uygun olmalıdır. Bahsedilen hüküm uyarınca; reklam, rakiplere ait marka içermemeli, aldatıcı ve yanıltıcı olmamalı ve haksız rekabete yol açmamalıdır. Yine aynı hükmü uyarınca; karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması, tüketiciye fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılması, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dâhil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması, nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması gerekmektedir.

Reklamın, *“rakiplerin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması, menşei belirtilmiş mal veya hizmete ilişkin karşılaştırmada, mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olması, 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”* gerekmektedir.³⁹⁸ Ayrıca reklamlar değerlendirilirken, bahsedilen ölçütlerle beraber Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61'inci maddesi ve devam hükümleri ve TTK'nın Hakız Rekabeti düzenleyen 54'üncü ve devam maddelerine dikkat edilmelidir.³⁹⁹

³⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. “2.2.3.4.5.3 Reklamlarda tecavüz teşkil eden işaretin kullanılması”

³⁹⁸ İfakat BALIK, *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 91.

³⁹⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 557.

2.2.4 SMK'nın 29'uncu maddesine aykırılık halleri

2.2.4.1 Markayı aynısını veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle taklit etmek (SMK m. 29/1-b)

SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca *“marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek”* marka hakkına tecavüz hallerinden biridir. Hükmün aynısı MarKHK'nın 61'inci maddesinin (b) bendinde de yer almaktadır.

SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen hükmün aynı Kanun'un 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde düzenlenen *“tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması”* hükmünün tekrarı olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır.

Arkan'a göre tescilli marka ile aynı olan işaret veya karıştırılma ihtimaline sebep olacak kadar benzer işaretin marka hakkına tecavüz olması MarKHK'nın 9'uncu maddesinde (SMK'nın 7'nci maddesi) düzenlendiği için MarKHK'nın ayrıca 61'inci maddesinin (b) bendinde (SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi) doğru değildir. Ayırt edilemeyecek kadar benzer işaret, benzer işaret olarak değerlendirilmelidir.⁴⁰⁰

Tekinalp ve Yasaman'a göre benzer ve ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramları birbirinden farklı kavramlar olup benzer işaretler karıştırmaya, ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler taklide neden olur.⁴⁰¹

Çolak'a göre ise SMK'nın 7'nci maddesinde tescilli marka ile aynı olan işaret kullanımının tecavüze neden olduğu düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 29'uncu maddesinde ise aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaret kullanımının tecavüze neden olduğu düzenlenmiştir. Bir mal üzerine markanın aynısı veya esas unsurları itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzeri işaret marka sahibinden izinsiz olarak konulmuşsa o mal sahtedir. Bu sebeple marka ile benzer olan işaret sadece benzer ise taklit mal söz konusu değildir.⁴⁰²

⁴⁰⁰ ARKAN, *Marka Hukuku*, 2:216.

⁴⁰¹ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 464; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 2703.

⁴⁰² ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 469.

Durceylan'a göre aynılık, benzerlik ve ayırt edilemeyecek kadar benzerlik farklı kavramlar olup farklı hükümlere bağlanmıştır. Bu sebeple SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi, aynı Kanun'un 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde düzenlenen tecavüz halinden farklı olup bu hükümde ayrıca "markayı taklit etmek" fiili yer aldığından SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi kapsamında tecavüzden söz edilebilmesi için tecavüz edenin markayı taklit etme yönünde bir iradenin de bulunması gerekir.⁴⁰³

Yargıtaya göre ise "aynı markadan kasıt, bir markada kullanılan işaretlerin diğerine tıpa tıp benzemesi ve müşteriler nezdinde tamamen aynı şeyi ifade etmeleri, aynı markanın bir diğer markanın "tıpkısı" yani onun "özdeşi", "aynen kopyası", "tıpa tıp taklididir. Aralarında en küçük fark olan markalar ayniyet arz etmez, bir markanın bir başka marka ile ayırt edilmeyecek derecede benzer olup olmadığı müşterisi hafızasında bıraktığı imaja göre belirlenebilir. Bir başka markanın tıpkısı olmayan bir markaya, orta düzeydeki müşterileri tarafından sahip olduğu farklılıkların önemsizliğinden dolayı sanki diğerinin aynısıymış gibi muamele ediliyorsa, "ayırt edilemeyecek kadar benzer" bir markadan söz edilebilir."⁴⁰⁴

Biz de Yargıtay kararından hareketle, SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen tecavüz halinin aynı Kanun'un 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde düzenlenen tecavüz halinden farklı olup daha kapsamlı olduğu düşüncesindeyiz. Gerçekten de SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde, tescilli marka ile aynı olan işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerde kullanılırsa tecavüzün söz konusu olacağı düzenlenmiştir. SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi ise aynı Kanun'un 7'nci maddesinin 2'nci maddesinden daha geniş olarak "ayırt edilemeyecek kadar benzer" işaretlerin tecavüz hali de düzenlenmiştir. Ayrıca SMK'nın 29'uncu maddesinde tescilli marka ve markanın tescil edildiği mal veya hizmetler için kullanılması halinde tecavüzün söz konusu olacağına ilişkin ifadeler yer almamaktadır ve Kanun'un 29'uncu maddesi kapsamında tecavüzden söz edilebilmesi için markanın taklit olması gerektiği düzenlenmiştir.

⁴⁰³ DURCEYLAN, *Marka Hakkında Tecavüz Halleri*, 133.

⁴⁰⁴ Yargıtay HGK. E. 2015/3127 K. 2016/114 T. 29.1.2016 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 21.11.2022).

Gümrük Yönetmeliği'nin⁴⁰⁵ 100'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde sahte eşya, “*ambalajı da dâhil olmak üzere, yetkisiz olarak hak sahibinin aynı tip eşya için geçerli tescilli markası ile aynı ticari markayı veya esas yönleri itibariyle bu ticari markadan ayırt edilemeyen bir ticari markayı taşıyan ve bu yolla fikri ve sınai hakların korunması mevzuatına göre güvence altına alınan hakkı ihlal eder nitelikteki eşya*” olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda, sahte ya da taklit maldan söz edebilmek için malın üzerinde markanın aynısı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerini içeren bir işaretin yer alması gerekmektedir. Malın kalitesinin taklit ya da sahte mal değerlendirmesinde herhangi bir önemi yoktur.⁴⁰⁶

Elektronik ticaret konusu mal ya da hizmetler tescilli marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer işaret içeriyorsa malın taklit ya da sahte olduğundan söz edilebilir. Bu noktada benzer olan mal veya hizmetler taklit ya da sahte değildir, Kanun'un 29'uncu maddesi kapsamında tecavüz olarak kabul edilemez.

2.2.4.2 Markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri ticaret alanında kullanmak (SMK m. 29/1-c)

SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca “*Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak*” marka hakkına tecavüz hallerinden biridir. Anılan hüküm ile taklit bir markanın ticari işlemlere konu edilmesini engellemek ve taklit mallar ile etkili bir mücadele sağlanması amaçlanmaktadır.⁴⁰⁷ Hükümde, MarKHK'nın 61'inci maddesinin (c) bendinden yer alan “*gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak*” ifadesi çıkarılmış, yerine *ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek*” ifadesi getirilmiştir.

Kanun hükmü kapsamında tecavüzden söz edilebilmesi için öncelikle taklit bir marka olmalı ve ilgili Kanun hükmünün öngördüğü hukuka aykırı eylemleri gerçekleştiren kişinin markanın taklit olduğunu bilmesi veya bilecek durumda olması

⁴⁰⁵ 07.10.2009 tarihli ve 27369 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁴⁰⁶ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 470.

⁴⁰⁷ ARKAN, *Marka Hukuku*, 2:218; DURCEYLAN, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 136.

gerekir. Markanın taklit değilse veya eylemi gerçekleştiren markanın taklit olduğunu bilmiyor ya da bilemeyecek durumdaysa söz konusu hüküm kapsamında tecavüz söz konusu değildir. Taklit markayı taşıyan mal sahte eşya anlamına gelmektedir.⁴⁰⁸

TRIPS Anlaşması'nın 51'inci maddesinde taklit marka, tescilli marka ile aynı veya esas unsurları ile ayırt edilemeyen marka olarak tanımlanmıştır.⁴⁰⁹ Gümrük Yönetmeliği'nin 100'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde sahte eşya, *“ambalajı da dahil olmak üzere, yetkisiz olarak hak sahibinin aynı tip eşya için geçerli tescilli markası ile aynı ticari markayı veya esas yönleri itibarıyla bu ticari markadan ayırt edilemeyen bir ticari markayı taşıyan ve bu yolla fikri ve sınai hakların korunması mevzuatına göre güvence altına alınan hakkı ihlal eder nitelikteki eşya”* olarak tanımlanmıştır. Belirtilen hükümler uyarınca bir malın üzerindeki işaret tescilli marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer değilse taklit değildir, o ürünü üzerinde taşıyan mal da sahte mal olarak kabul edilemez. Bu kapsamda SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca tecavüz yoktur.

SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde yer alan *“taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde”* ifadesinden anlaşılması gereken eylemi gerçekleştirenin markanın taklit olduğunun bilincinde olması veya taklit olduğu hakkında bilgi sahibi olabilecek, bilgi edinebilecek ya da taklit olduğunu öngörebilecek durumda olmasıdır.⁴¹⁰

Elektronik ticaret konusu mal ya da hizmetler tescilli marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer işaret içeriyorsa malın taklit ya da sahte olduğundan söz edilebilir. Bu noktada benzer olan mal veya hizmetler taklit ya da sahte değildir, Kanun'un 29'uncu maddesi kapsamında tecavüz olarak kabul edilemez.

2.2.4.3 Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek (SMK m. 29/1-ç)

SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (ç) bendi uyarınca *“marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek”* marka hakkına tecavüz hallerinden biridir. Hüküm, MarKHK'nın 61'inci maddesinin (d) bendi ile aynı şekildedir.

⁴⁰⁸ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 469.

⁴⁰⁹ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf (İnternet Erişimi: 21.11.2022)

⁴¹⁰ BOZGEYİK, *Marka Hakkının Korunması*, 75.

Markanın lisans hakkı belirli bir süre dâhilinde verilmiş olabilir. Bu sürenin sona ermesinden sonraki tarihlerde markanın kullanımı halinde tecavüz söz konusudur.⁴¹¹ Lisans sözleşmesinin süresi dolmadan sözleşmenin feshi halinde, fesih tek taraflı irade beyanı olması nedeniyle irade beyanının karşı tarafa ulaşmasından itibaren sonuç doğurur. Bu nedenle fesih bildirimin lisans alana ulaştığı tarihten sonraki tarihlerde yapılan kullanımın marka hakkına tecavüz olduğu söylenebilir. Yargıtay içtihatlarında bu şekilde gerçekleştirilen kullanımları izinsiz kullanım olarak değerlendirmektedir. Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan lisans sözleşme süresi sona erdikten sonra markayı taşıyan ürünleri satabilir. Konu ayrıntılı olarak çalışmanın “2.2.2.4 Marka Sahibinden İzinsiz Kullanım” başlığında açıklanmıştır.

Lisans sözleşmesinde markanın belli bir sayıda ürün veya hizmet kullanımı için izin verilmesi düzenlenebilir. Elektronik ticaret faaliyetinde bulunanlar lisans sözleşmesinde belirlenen sayı üzerinde marka konusu işareti kullanırsa, aşan kullanımlar sözleşmenin miktar bakımından genişletilmesi olup marka hakkına tecavüzdür.⁴¹²

Lisan sözleşmesinde markanın kullanımı yer bakımından sınırlandırılabilir. Markanın kullanımı lisans sözleşmesinde yer bakımından sınırlandırılmış ise elektronik ticaret faaliyetlerinde bulunanlar lisans sözleşmesinin öngördüğü coğrafi alan dışında markayı kullanırsa, bu kullanım marka hakkına tecavüzdür.⁴¹³

Lisans sözleşmesinde markanın hangi mal veya hizmetler açısından kullanılacağı belirlenmiş olabilir. Markanın kullanımı, kullanılacağı mal veya hizmetler açısından sınırlandırılmış ise elektronik ticaret faaliyetlerinde bulunanlar lisans sözleşmesinin öngördüğü mal veya hizmetlerden farklı mal veya hizmetler için markayı kullanırsa kullanımı marka hakkına tecavüzdür.⁴¹⁴

Aksine hüküm yoksa markayı lisans yoluyla kullananın lisansı üçüncü bir kişiye devretmesi veya üçüncü bir kişiye markayı kullanması için alt lisans vermesi marka hakkına tecavüzdür. Bu sebeple, elektronik ticaret faaliyetinde marka hakkını lisans ile kullanan bu lisansı devretmeye veya alt lisansa konu etmeye ilişkin kendisine

⁴¹¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 558.

⁴¹² Çağlar ÖZEL, *Marka Lisansı Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 190.

⁴¹³ GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 428; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 560.

⁴¹⁴ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 560.

hak tanınmamışsa lisansı devreder veya üçüncü kişilere alt lisans verirse marka hakkını ihlal eder.⁴¹⁵

Lisans sözleşmesinde bir markanın hangi kalitede mal veya hizmetler için kullanılabileceği öngörülmüş olabilir. Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan lisans sözleşmesinde öngörülen kaliteden farklı kalitede mal veya hizmetlerinde markayı kullanması halinde gerçekleştirdiği fiiller marka hakkına tecavüzdür.

Lisans sözleşmesinde lisans konusu markanın ne şekilde kullanılacağı öngörülmüş olabilir. Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan, markayı lisans sözleşmesinde yer alandan farklı şekilde kullanması marka hakkına tecavüzdür.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Mücahit ÜNAL ve Sevgican AYDIN, Marka Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi ve Üçüncü Kişilere Devredilmesi, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 31(1): 189-228, 211.

⁴¹⁶ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 567.

BÖLÜM 3: ELEKTRONİK TİCARET SIRASINDA GERÇEKLEŞEN MARKAYA TECAVÜZ HALLERİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK SAVUNMALAR, İNTERNET AKTÖRLERİNİN SORUMLULUĞU VE AÇILABİLECEK HUKUK DAVALARI

3.1 İleri Sürülebilecek Savunmalar

3.1.1 Marka hakkının tükendiğine ilişkin savunma

Marka hakkının tükenmesi; ülkesel tükenme, bölgesel tükenme veya uluslararası tükenme şeklinde gerçekleşebilir.⁴¹⁷

Üzerinde marka olan mal veya marka altında gerçekleştirilen hizmet piyasaya sunulduğu takdirde, ürün veya hizmetin piyasaya sunulduğu ülke sınırları içerisinde “ilk satış hakkı” tükeniyorsa ülkesel tükenme ilkesi söz konusudur.⁴¹⁸ Bu ilke uyarınca, marka sahibi piyasaya sunmuş olduğu ürün üzerinde piyasaya sunulan ülke sınırları içerisinde bir daha marka hakkına ilişkin talepte bulunamaz.⁴¹⁹

Birden çok ülkeyi kapsayan bir bölge içerisindeki ülkeler için ilk satış hakkı tükeniyorsa bölgesel tükenme ilkesi söz konusudur.⁴²⁰ Bu ilke uyarınca, marka sahibi piyasaya sunmuş olduğu ürün üzerinde piyasaya sunulan bölgede yer alan ülkeler içerisinde bir daha marka hakkına ilişkin talepte bulunamaz.⁴²¹

Üzerinde marka olan mal veya marka altında gerçekleştirilen hizmet piyasaya sunulduğunda, piyasaya sunulan mal veya hizmetin dünya genelinde ilk satış hakkı tükeniyorsa uluslararası tükenme ilkesi gündeme gelir.⁴²² Bu ilkeye göre, marka sahibi piyasaya sunmuş olduğu ürün üzerinde tüm dünya genelinde bir daha marka hakkına ilişkin talepte bulunamaz.⁴²³

⁴¹⁷ Sefa Bedirhan BOLAT, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Haklarında Tükenme İlkesi” (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2021), 38.

⁴¹⁸ Emir YAKIN, “Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Marka Hakkının Uluslararası Tükenme İlkesi” (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2020), 111.

⁴¹⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 610.

⁴²⁰ BOLAT, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Haklarında Tükenme İlkesi”, 40.

⁴²¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 611.

⁴²² YAKIN, “Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Marka Hakkının Uluslararası Tükenme İlkesi”, 114.

⁴²³ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 611.

Türkiye’de ülkesel tükenme ilkesinin kabul edildiği SMK’nın 152’nci maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenmiştir.⁴²⁴ Bahsi geçen Kanun hükmü uyarınca, üzerinde marka kullanılan ürün hak sahibi ve hak sahibinin izni ile diğer kişiler tarafından piyasaya sunulduğu takdirde bu ürün ile ilgili fiiller marka hakkının kapsamı dışında kalır.

Ülkesel tükenme ilkesi gereği, elektronik ticaret faaliyetinde bulunanlar sadece ülkemizde gerçekleştirilen fiiller için marka hakkı korumasına sahiptir. Aynı şekilde elektronik ticaret faaliyeti gerçekleştirenlerin, diğer kişilerin marka hakkını ihlal ettiğinden söz edilebilmesi için marka ülkemizde tescilli olmalı ve ihlal konusu fiilin ülkemizde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu husus, elektronik ticaret faaliyetlerinde internetin sıklıkla kullanılması, internet kullanıcıların Türkiye’den yabancı ülkeleri etkileyecek şekilde faaliyetlerini gerçekleştirmesi veya yabancı ülkeden gerçekleştirilen elektronik ticaret faaliyetlerinde internet kullananların Türkiye’yi etkileyecek şekilde faaliyetlerde bulunması nedeniyle önem arz eder.

Yukarıda izah edildiği üzere⁴²⁵, elektronik ticaret ile uğraşan bir kişi internet sitesi veya çevrimiçi pazar yerleri aracılığı ile istediği ülkeye mal veya hizmet satışında bulunabilir. Hatta Türkiye’de bulunmasına rağmen elektronik ortamda yabancı ülkede elektronik ticaret mağazası açarak dünya çapında ticari faaliyetlerini gerçekleştirebilir. Bu tip elektronik ticaret faaliyetlerinde yabancı bir ülkede tescilli bir markayı ihlal edenin, marka Türkiye’de tescilli değilse SMK’yı ihlal ettiği kural olarak söylenemez. Benzer şekilde Türkiye’de tescilli olan bir markanın sahibi, yabancı bir ülke sınırları içerisinde internet vb. a-raçlarla elektronik ticaret faaliyetleri ile marka hakkının ihlal edildiğinden bahisle SMK’da yer alan koruma hükümlerine başvuramaz.

SMK’nın 152’nci maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca marka sahibi, üzerindeki marka hakkı tükenen ürünün üçüncü kişiler tarafından kötüleştirilerek ya da değiştirilerek ticari amaçlı olarak kullanılmasını önleyebilir.⁴²⁶ Bu hüküm tükenme ilkesinin istisnası olup, Yargıtay kararlarında tükenme iddiası incelenirken ürünlerin değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı olarak kullanıp kullanılmadığını irdelemektedir. Önüne gelen bir olayda Yargıtay; çevrimiçi pazar yerinde satılan ürünün davacının markasını taşıyan ürünler olduğu ve bu nedenle çevrimiçi pazar

⁴²⁴ ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 322.

⁴²⁵ Bkz. yuk. başlık “2.1.3 SMK’nın sağladığı korumanın coğrafi sınırı”

⁴²⁶ BOZKURT, *Ticari İşletme Hukuku*, 365.

yerinin fiilinin marka hakkına tecavüz olduğu iddiası ile açılan davada; “markayı taşıyan ürünler bir kez piyasa çıktıktan sonra, marka sahibinin, tescil kapsamındaki bu mallara ilişkin sonraki satışları marka tesciline dayanarak engelleme hakkı bulunmadığı, tescilli markayı taşıyan ürünlerin çok daha önce piyasa sürüldüklerinin belli olduğu, özgün ürünlerle ilgili olarak, marka hakkının tükendiği, internet ortamındaki satışların, tükenme kuralının kapsamı dışında tutulabilmesi için marka itibarının zarar görebileceği biçimde, taklit satışları, sunum biçimi açısından itibar zedeleyici hallerinin oluşmasının gerektiği” nedeniyle davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.⁴²⁷

Bu noktada belirtilmelidir ki son kullanma tarihi geçmiş veya defolu olan ürünlerin üçüncü kişiler tarafından satımı da SMK’nın 152’nci maddesinin 2’nci fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir. Gerçekten de elektronik ticaret faaliyetlerinde denetimin mümkün olmaması nedeniyle bu tarz ürünlerin ticaretinin yapılmasıyla sıklıkla karşılaşilmektedir. Nitekim önüne gelen bir uyuşmazlıkta Yargıtay, uyuşmazlık konusu ürünler defolu ve son kullanma tarihi geçmiş olsa da ürünlerin yurt dışından gelmemesi ve satımının markanın değiştirilme veya kötüleştirilme amacı taşınamaması nedeniyle davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını bozup “*orijinal nitelikleri değişmiş, bozulmuş ve kötüleşmiş kozmetik ürünleri bu durumu bilerek satma*” fiilinin markanın değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi amacı taşıdığından bahisle davanın kabulü kararı veren Bölge Adliye Mahkemesi kararını onamıştır.⁴²⁸

Elektronik ticaret internet sitelerinde satılan ürünler üzerinde marka sahibinin hakkı tükense de elektronik ticaret internet sitesi sahipleri marka sahibinin ilgili ürün üzerindeki hakkı tükendiğinden bahisle ürün üzerindeki işareti kullanarak yetkili satıcı, tek satıcı, dağıtıcı vb. imajı yaratamaz. Nitekim Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta elektronik ticaret sitesinde sattığı ürünü markalarımız başlığı altında yetkili satıcı imajı vererek satan davalının davacının ürün üzerindeki hakkının tükendiği iddiasını kabul etmeyen ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.⁴²⁹

⁴²⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2014/6429 K. 2014/12088 T. 25.6.2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 11.12.2022); Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD.E. 2015/13657 K. 2017/1702 T. 21.3.2017 2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 11.12.2022).

⁴²⁸ Yargıtay 11. HD. E. 2017/4617 K. 2019/1562 T. 26.2.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 11.12.2022).

⁴²⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2015/6471 K. 2016/888 T. 27.1.2016 Yargıtay 11. HD. E. 2017/4617 K. 2019/1562 T. 26.2.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 11.12.2022).

3.1.2 Dürüst kullanıma ilişkin savunma

SMK'nın 7'nci maddesinin 5'inci fıkrasında markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılmasının marka sahibi tarafından engellenemeyeceği düzenlenmiştir. Bahsi geçen hüküm uyarınca, marka kullanılırken gerçek kişiler kendi ad veya adresini belirtirse, kullananlar malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunursa ve özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde amaç belirtilirse yapılan kullanım dürüst kullanımdır.

Belirtilen Kanun hükmünde geçen “*dürüstçe*” ifadesinin ne anlama geldiği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre Kanun hükmünde yer alan ibare 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'n (TMK)⁴³⁰ 2'nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına uygun kullanımı ifade eder.⁴³¹ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise Kanun hükmünde yer alan ibare ticari teamüllere ve ticari dürüstlük kurallarına uygunluğu anlamındadır.⁴³² Ticari anlamda marka konusu işareti kullanmak için bir zorunluluk yoksa başkasına ait bir markayı kullanmak marka hakkının ihlali olacağını kabul etmenin doğru olduğu kanaatindeyiz.

Elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan internet sitelerinde yapılan marka kullanımları, internet sitelerinin sahiplerine aynı anda milyonlarca insana ulaşma imkânı sağlar. Bu nedenle kullanımın ticari boyutu dürüstlük ilkesinin önüne geçerek kullanımın dürüst kullanım kapsamından çıkması ile karşılaşılabilir. Örnek vermek gerekirse, bir uyuşmazlıkta Yargıtay, emlak komisyonculuğu yapan davalının internet sitesinde konut sattığı projenin ismini kullanıp proje sahibinden daha düşük fiyatla daire satması fiilini ticari olarak değerlendirmiş, davalının internet sitesinde sattığı taşınmazlara ilişkin proje ismini kullanmasından daha doğal bir kullanım olmayacağı, kullanımının dürüst kullanım olduğu iddiasını kabul etmemiş ve “*her iki tarafın da aynı tür ticari faaliyetle iştigal ettiği, bu kapsamda davalının eyleminin marka hakkına tecavüz etmek suretiyle davacının ticari faaliyet alanında zarar görmesine yol açacağı*

⁴³⁰ 8/12/2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁴³¹ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 452.

⁴³² ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 633; YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 511.

gözetilmek suretiyle davacının maddi tazminat talebinin hesaplanması gerektiğinden” ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.⁴³³

İnternette müşterilerin memnuniyet ve şikâyetlerini dile getirdiği internet sitelerinde yapılan marka kullanımları dürüst kullanım olarak değerlendirilebilir. Nitekim bir kararında Yargıtay, “*internet sitesinde tüketicilerin girdiği şikâyetlerin yayınlandığı, ... bir çoğunun hastalar tarafından ya da hasta yakınları tarafından yapıldığı, davalının bu şikâyeti yazanlarla ilgili çalışma yapmasının mümkün olmadığı, yazışma yapılsa dahi bu yazışma ile ilgili davalıya herhangi bir bildirim yapılmadığı takdirde teknik inceleme yapılmasının da mümkün olmadığı, davacının üç adet elektronik posta göndererek içeriklerin silinmesini istediği, ancak davacının gönderdiği elektronik postalar genel ibareler içerdiğinden ve hangi içeriğe yönelik talepte bulunulduğu belirtilmediğinden, başka bir deyişle, talebin somut olmadığı anlaşıldığından, davalı yanın bu talebi karşılamaması fiilin markaya tecavüz olamayacağı gibi, haksız rekabet oluşturmamasının da mümkün olmadığı, davalı fiilin 556 sayılı KHK’nın 12. maddesi kapsamında dürüst kullanım istisnası kapsamında kaldığından”* bahisle ret kararı veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.⁴³⁴

3.1.3 Gerçek hak sahipliği ve eskiye dayalı kullanım

Bir marka, tescil edilmeden önce başka biri tarafından kullanılıyorsa, kullanan kişinin faaliyetleri marka hakkına tecavüz teşkil etmez.⁴³⁵ Bu kapsamda elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan işaret başkasına ait bir markanın tescilinden önce kullanılıyorsa marka hakkına tecavüzden söz konusu değildir.

Böyle bir durumda, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan kişi, eskiye dayalı kullanımını internet alan adı kullanımı ile⁴³⁶ veya sanal mağaza adı gibi kullanımlarla ispat edebilir. SMK’nın 155’inci maddesi uyarınca marka hakkı sahibi sahip olduğu marka hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez.

⁴³³ Yargıtay 11. HD. E. 2015/13409 K. 2015/13557 T. 16.12.2015 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 11.12.2022).

⁴³⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2017/2735 K. 2019/1894 T. 7.3.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 11.12.2022).

⁴³⁵ YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 3262; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 654.

⁴³⁶ Yargıtay 11. HD. E. 2016/416 K. 2017/3406 T. 05.06.2017 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 09.12.2022).

Elektronik ticaret faaliyetinde bulunanın internet alan adını aldığı tarih, tecavüz teşkil eden fiilin gerçekleştiği tarihten daha eski bir tarih ise elektronik ticaret faaliyetinde bulunan bu tarihi göstererek gerçek hak sahipliğini ve eskiye dayalı kullanımını ispat edebilir. Nitekim Yargıtay da internet alan adı kullanımı markasal ise internet alan adı kullanımını eskiye dayalı kullanım olarak kabul etmektedir. Örnek vermek gerekirse önüne gelen bir uyuşmazlıkta Yargıtay, davalı tarafından tescil edilen markanın davacının almış olduğu internet alan adından sonra tescil edildiğini ve bu nedenle alan adını daha önceki tarihlerde kullanan davacının gerçek hak sahibi olduğunu kabul eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.⁴³⁷

Değinilen karardan hareketle, tescilli markadan önce ticari amaçla kullanılmaya başlayan sanal mağaza isimleri, mobil mağaza isimleri, sosyal medya sayfa isimleri gibi dijital kullanımların da eskiye dayalı kullanım ve gerçek hak sahipliği iddiasının ispatında kullanılabileceği kanaatindeyiz. Benzer şekilde, işaretin yer aldığı elektronik postalar, ticari elektronik iletiler, internet reklamları, yönlendirici kodlar veya anahtar sözcükler de gerçek hak sahipliği ve eskiye dayalı kullanım iddiasının ispatında kullanılabilir.

3.1.4 Sessiz kalma yolu ile hak kaybı

SMK'nın 25'inci maddesinin 6'ncı fıkrası uyarınca bir marka sahibi, markasının tescilinden sonra marka hakkını ihlal eden bir işaretin tesciline karşı bilmesi veya bilmesi gereken bir durumda üst üste beş sene sessiz kalmışsa, sonraki tarihli markanın tescili kötü niyetli olmadıkça, bu markanın hükümsüzlüğü talep edilemez. Kanun hükmü, hükümsüzlüğe ilişkin olup marka hakkına tecavüz halleri için sessiz kalmanın bir hak kaybına neden olup olmayacağına dair SMK'da herhangi bir hüküm yoktur.

Çolak, Yasaman ve Şahin'e göre, sessiz kalma yolu ile hak kaybının kıyasen tecavüz davalarına da uygulanabileceğini kabul edilmelidir.⁴³⁸ Güneş'e göre ise sessiz kalma ile hak kaybı Kanun'da sadece hükümsüzlük davaları için öngörüldüğünden tecavüz davalarına uygulanamaz. Bu noktada marka hakkına tecavüz hallerinde süre

⁴³⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2014/14432 K. 2015/2132 T. 18.2.2015 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 09.12.2022).

⁴³⁸ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 878; YASAMAN, AYOĞLU, BİLGİN, KARTAL, YÜKSEL ve YASAMAN, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 2569; Mehmet ŞAHİN, "Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı" (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2020), 97.

bakımından TMK'nın 2'nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralları hükümleri uygulanmalıdır.⁴³⁹

Kanaatimizce, elektronik ticaret faaliyetlerinde gerçekleşen tecavüz hallerinde SMK'nın hükümsüzlüğe ilişkin 25'inci maddesinde düzenlenen sessiz kalma yolu ile hak kaybı kıyasen uygulanabilir. Bu kapsamda elektronik ticaret faaliyetinde bulunan kişi, kullandığı işaretin marka hakkını ihlal edildiğini iddia edenin bildiğini veya bilmesi gerektiğini ve beş yıl süre ile sessiz kaldığını ispat edebilirse kullanımı tecavüz teşkil etmeyecektir. Nitekim Yargıtay da içtihatlarında marka hakkına tecavüz hallerinde sessiz kalma yolu ile hak kaybının uygulanabileceğini kabul etmektedir.⁴⁴⁰ Ancak Yüksek Mahkeme'nin hem sessiz kalma yolu ile hak kaybını hem de TMK'nın 2'nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralını somut olay için beraber değerlendirdiği kararları da mevcuttur.⁴⁴¹ Örnek vermek gerekirse önüne gelen bir uyuşmazlıkta Yargıtay, davalının elektronik ticaret faaliyetlerinde kullandığı internet sitesinde markasına tecavüz eden işaretin kullanıldığı iddiası tecavüzün tespiti, tecavüzün menı ve tecavüzlü ürünlerin imhası talepli dava açan davacının davalıya ihtar gönderdikten dört yıla yakın bir süre boyunca sessiz kalıp sonra dava açmasının TMK'nın 2'nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olduğunu kabul eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.⁴⁴²

3.1.5 Markanın kullanılmaması

SMK'nın 29'uncu maddesinin 2'nci fıkrası, aynı Kanun'un 9'uncu maddesine atıf yaparak tecavüze ilişkin davalarda bir markanın sahibi tarafından beş yıl süre ile ciddi olarak kullanılmaması halinde marka sahibinin markayı kullandığını ispat etmesi gerektiğini; aksi takdirde fiilin tecavüz teşkil etmeyeceğini düzenlemektedir.

Kanun'un 9'uncu maddesinde markanın kullanılmaması sadece tescilli marka ile aynı veya benzer işaret için düzenlenmiş olup tanınmış markalara ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Bu nedenle tanınmış markalara tecavüz teşkil eden işaret kullanımlarına karşı kullanmama def'inin uygulanıp uygulanmayacağı açık değildir.

⁴³⁹ GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku*, 361.

⁴⁴⁰ Yargıtay 11. HD. E. 2017/2922 K. 2019/294 T. 14.1.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 09.12.2022).

⁴⁴¹ Yargıtay HGK. E. 2017/27 K. 2020/225 T. 26.2.2020 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 09.12.2022); Yargıtay HGK. E. 2020/532 K. 2020/1011 T. 9.12.2020 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 09.12.2022)

⁴⁴² Yargıtay 11. HD. E. 2015/9054 K. 2016/6752 T. 17.6.2016 2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 11.12.2022).

Kullanmama defii'nin sadece aynı veya benzer işaret kullanımı için uygulanıp, tanınmış markalara tecavüz teşkil eden kullanımlarda ileri sürülemeyeceğinin kabulü, markanın korunması amacına aykırıdır. Bu nedenler, tanınmış markalara tecavüzün söz konusu olduğu uyuşmazlıklar için de kabulü doğru olacaktır.⁴⁴³

Bu kapsamda, elektronik ticaret faaliyetinde bulunanların kullandıkları işaretlerin marka hakkına tecavüz olduğu iddia edildiği takdirde, marka sahibi markasını birbirini izleyen beş yıl süre ile ilgili markayı kullanmamışsa, kullanmama defini ileri sürülebilir. Böyle bir durumda marka sahibi markayı kullandığını ispat ile yükümlüdür. Elektronik ticaret için örnek gösterilebilecek uyuşmazlıkta Yargıtay; davacının markasına tecavüz teşkil eden işaretin davalıya ait internet sitesinde kullanılması nedeniyle açılan davada, davalının markanın beş yıldır kullanılmadığı savunmasını dikkate almayan ve markanın tescil edildiği emtia için beş yıl boyunca ciddi olarak kullanıldığı davacı tarafından ispat edilmeden verilen tecavüze ilişkin kararı hukuka aykırı bulmuştur.⁴⁴⁴

⁴⁴³ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 687.

⁴⁴⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2012/9599 K. 2013/9029 T. 03.05.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 15.02.2023); Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2020/7011 K. 2022/1123 T. 15.2.2022 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 15.02.2023), Yargıtay 11. HD. E. 2021/1153 K. 2022/4840 T. 14.6.2022 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 15.02.2023).

3.2 İnternette Yapılan Marka Tecavüzlerinde Sorumluluk

3.2.1 Hak veya meşru bağlantı olması

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (d) bendinde internet kullanımlarında marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için, marka konusu işareti kullananın “işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması” gerektiği düzenlenmiştir. Bu sebeple marka konusu işareti internette kullananın kullanımı bir hakkın varlığına veya meşru bir bağlantıya dayanıyorsa kullanım tecavüz oluşturmaz.⁴⁴⁵

İnternette marka kullanımında hakkın varlığı kavramı, kullanımın marka sahipliğine veya lisans, acentelik gibi hukuki ilişkiden doğan bir hakkın varlığına dayanmasını ifade eder.⁴⁴⁶ İnternette marka kullanımında meşru bağlantı kavramı ise ticaret unvanı olarak kullanımı, eskiye dayalı kullanım gibi sebeplerin mevcut olduğu hallerdir.⁴⁴⁷ Bu kapsamda, elektronik ticaret sırasında alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde bir markayı SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasına aykırı olarak kullanan kişinin kullanımı bir hakka veya meşru bağlantıya dayanıyorsa marka hakkına tecavüz söz konusu değildir.⁴⁴⁸

İnternet alan adı, yönlendirici kod veya anahtar sözcük gibi internet kullanımlarının tecavüz teşkil ettiği iddiası ile açılan davalarda, davalının marka hakkını ihlal ettiği iddia edilen internet kullanımına ilişkin bir hak doğuracak veya meşru bir bağlantı oluşturacak dava tarihinden önce yapılmış marka tescili başvurusu varsa, bu tescil başvurusunun sonucu beklenilmelidir. Markanın tescili halinde tescil internette marka konusu işareti kullanana kullanım için bir hak doğuruyor veya meşru bağlantı oluşturuyorsa kullanım hukuka uygundur. Nitekim önüne gelen bir olayda Yargıtay, internet alan adının marka hakkına tecavüz teşkil ettiği iddiası ile açılan davada, alan adı kullananın alan adına ilişkin dava tarihinden önceki tarihte marka başvurusunda bulunduğu, dava sırasında bu markanın tescil edildiği, bu noktada

⁴⁴⁵ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 488.

⁴⁴⁶ RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, 69.

⁴⁴⁷ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 520; RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, 69.

⁴⁴⁸ Markanın elektronik ticaret kapsamında alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde marka hakkına tecavüz oluşturacak şekillerde kullanımı çalışmanın “2.2.6.4.6 İşareti Kullanan Kişinin, İşaretin Kullanımına İlişkin Hakkı veya Meşru Bağlantısı Olmaması Şartıyla İşaretin Aynı veya Benzerinin İnternet Ortamında Ticari Etki Yaratacak Biçimde Alan Adı, Yönlendirici Kod, Anahtar Sözcük Ya Da Benzeri Biçimlerde Kullanılması” başlığında ayrıntılı olarak anlatılmıştır.

tecavüz teşkil ettiği iddia edilen alan adı kullanımının tescil edilen marka kapsamında bir hak ya da meşru bağlantı dâhilinde gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmeden verilen alan adı kullanımının engeline ilişkin kararın bozulması gerektiğine karar vermiştir.⁴⁴⁹

3.2.2 Sorumluluk

Elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan ana aracın internet olması nedeniyle, internet süjelerinin ve bunların sorumluluklarının tespiti önem arz eder. Erişim sağlayıcılar, yer sağlayıcılar, içerik sağlayıcılar,   evrimi  i pazar yerleri, arama motorları ve içerik sağlayıcılar (kullanıcılar) internet s  jelerine örnek olarak gösterilebilir.

3.2.2.1 Erişim sağlayıcıların sorumluluğu

5651 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin (1)'inci fıkrasının (e) bendinde erişim sağlayıcıların kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler olduğu düzenlenmiştir. Kanun hükmünden hareketle erişim sağlayıcının internet kullanıcılarına internet alt yapısını sağlayanlar olduğu söylenebilir. Bu nedenle erişim sağlayıcılar marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilen hukuka aykırı işlemin tarafı değildir.⁴⁵⁰

Ancak 5651 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde erişim sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin özel bir durum düzenlenmiştir. Bahsi geçen Kanun hükmü uyarınca erişim sağlayıcılar; herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde erişimi engellemekle, sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğ  ni sağlamakla ve erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.

Yukarıda verilen Kanun hükmünde görüldüğü üzere hukukumuzda erişim sağlayıcının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilden sorumluluğu sadece hak

⁴⁴⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2016/7502 K. 2018/1419 T. 26.2.2018 www.lexpera.com.tr (  nternet Erişimi: 11.12.2022).

⁴⁵⁰ YASAMAN, *  nternette Marka Hakkının   hlali*, 587; Yargıtay 11. HD. E. 2013/12742 K. 2014/2254 T. 10.2.2014 www.lexpera.com.tr (  nternet Erişimi: 11.12.2022).

ihlaline sebebiyet veren fiil kendisine bildirildikten sonra erişim engeli getirmemesi halinde mümkün olacak iken AB hukukunda bu durum farklıdır. Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Yönergesi'nin 12'nci maddesi uyarınca erişim sağlayıcının sorumluluğunun olmaması için iletimi kendisinin başlatmaması, iletimin alıcısını kendi seçmemesi ve iletimin içeriğini kendi seçmemiş veya belirlememiş olması gerekmektedir.⁴⁵¹

3.2.2.2 Yer sağlayıcıların sorumluluğu

3.2.2.2.1 Genel olarak

Yer sağlayıcı, 5651 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin (1)'inci fıkrasının (m) bendinde *“hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler”* olarak tanımlanmıştır. Yer sağlama, hizmeti alanın bilgilerinin depolanıp saklanması faaliyetidir.⁴⁵²

Yer sağlayıcıların elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüzlerden doğan sorumlulukları tecavüz konusu olayı öğrenmelerinden itibaren başlar.⁴⁵³ Nitekim 5651 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde *“yer sağlayıcının yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı”* ve aynı Kanun hükmünün 2'nci fıkrasında *“yer sağlayıcının yer sağladığı hukuka aykırı içeriği haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlü olduğu”* düzenlenmiştir.

3.2.2.2.2 Çevrimiçi pazar yerlerinin sorumluluğu

İnternet aktörlerinden biri olan çevrimiçi pazar yerlerinin sorumluluğu elektronik ticaret açısından önem arz eder. Müşterilerinin ürün veya hizmetlerinin alıcılar ile buluşması için bir elektronik ticaret internet sitesi veya mobil uygulaması gibi araçları kullanarak bir nevi aracılık ile hizmet sağlayan çevrimiçi pazar yerleri aracı hizmet sağlayıcısıdır. Nitekim ETDK'nın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (ç) bendinde aracı hizmet sağlayıcılar *“başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişiler”* olarak tanımlanmıştır.

⁴⁵¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN> (İnternet Erişimi: 11.12.2022).

⁴⁵² YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 603.

⁴⁵³ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 603.

ETDK'nın 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında “*aracı hizmet sağlayıcıların hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı*” düzenlenmiştir. Bu kapsamda aracı hizmet sağlayıcı olan çevrimiçi pazar yerlerinin aracılık faaliyetlerini gerçekleştirdiği elektronik ticaret internet sitelerinde, ticari faaliyetlerde bulunan çevrimiçi mağaza sahiplerinin marka hakkına tecavüz eden ürün veya hizmetleri ticari faaliyetlerine konu etmesi halinde herhangi bir sorumluluklarının olmayacağı söylenebilir.

Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Direktifi'nin 14'üncü maddesi uyarınca, yer sağlayıcısı depoladığı yasa dışı bilgi veya verilerin farkında olmadığı ve bu bilgilerin yasa dışı olduğunu fark ettiği anda bilgi ve verileri kaldırdığı ya da erişimi engellediği takdirde depoladığı bilgilerden sorumlu değildir. Bu hüküm, somut olaya göre çevrimiçi pazar yerlerini yer sağlayıcılığı olarak nitelendirip sorumluluğunu tespit eden ABAD içtihatları açısından önem arz eder.

ABAD'ın konu ile ilgili birçok kararı olup *Loreal v. Ebay* kararında⁴⁵⁴ çevrimiçi pazar yerlerinin hak ihlal eden ürünlere ilişkin sorumluluktan muaf olabilmesi için çevrimiçi pazar yerinin somut uyuşmazlıktaki rolünün alıcılar ve satıcılar arasındaki ilişkileri kolaylaştıran ve tarafsız hareket eden yer sağlayıcısı olması gerektiğini kabul etmiştir. Tutulan elektronik veriler açısından; veri işlenmesi tarafsız olarak yapılmıyorsa hak ihlali söz konusudur. Nitekim kararda *Ebay'in* işlediği verilerin tarafsız tutulmadığı, verilerin otomatik işlenmeyip *Ebay'in* veriler hakkında bilgi sahibi olduğu ve veriler üzerinde kontrol yetkisi olmasından dolayı sorumluluktan muaf olmayacağı yer almaktadır.⁴⁵⁵

Çevrimiçi pazar yerinin kendisine ait elektronik platformda, sanal mağazalar tarafından satılan ürün veya hizmetlerin alıcıları ile buluşması için bilgi ve görsellere yer vermesi, piyasaya sunma işlemi ya da teslim edileceğini teklif etmesi ve gerçekleştirdiği aracılık gibi faaliyetleri ticari faaliyetlerdir. Ancak bu faaliyetler, çevrimiçi pazar yerinin müşterisinin alıcı değil satıcı olması ve sergilediği ürünün

⁴⁵⁴ ABAD C- 324/09, 12.07.2011. T. Loreal v. Ebay <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8566996BF9901DEA165A1F09A8E915F8?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3336380> İnternet Erişimi: 09.11.2022)

⁴⁵⁵ ABAD C- 324/09, 12.07.2011. T. Loreal v. Ebay, p. 116.

alıcısının kendi müşterisi olmaması nedeniyle ABAD içtihatlarında tecavüz olarak kabul edilmemektedir.⁴⁵⁶ Ayrıca çevrimiçi pazar yerinin elektronik ticaret platformunda satıcının ürününü sergilemek için ücret alması da yine marka hakkını kullandığı anlamına gelmez.⁴⁵⁷

Çevrimiçi pazar yerleri kendisine ait depolarda müşterisi olan satıcının ürünlerini depolama hizmeti verebilir. Bu hizmetin amacı ürünlerin piyasaya arz amacıyla depolanması değil, vermiş olduğu hizmeti hem müşterileri olan satıcılar hem de satıcılara ait ürünleri almasına aracılık ettiği müşterilere daha iyi bir deneyim sunma ve bundan para kazanmaktır. Bu kapsamda çevrimiçi pazar yerinin depoladığı ürünler marka hakkını ihlal eden ürünler olabilir. ABAD içtihatlarında ve vermiş olduğu görüşlerde habersiz bir şekilde marka hakkını ihlal eden malı depolayan çevrimiçi pazar yerlerinin malları kendi adına satışa sunma amacıyla piyasaya sürmediğinden depolama faaliyetlerinin tecavüz olmadığını kabul etmektedir.⁴⁵⁸

Yargıtay daha eski tarihli içtihatlarında, hukukumuzda çevrimiçi pazar yerinin sorumluluğunu veya elektronik ticaret faaliyetlerini düzenleyen bir mevzuat olmadığı için bu tarz elektronik ticarete ilişkin uyumsuzluklarda AB Direktiflerinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Bu kapsamda önüne gelen bir olayda Yargıtay, çevrimiçi pazar yerinin aracılık faaliyeti gerçekleştirmesi, elektronik ticaret platformunda ticari işlemlerde bulunan sanal mağazanın taklit marka satıp satmadığını bilmesinin mümkün olmaması ve ticari işlemlerin sanal mağaza tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle asıl davanın pasif husumet yokluğundan reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Söz konusu kararında Yargıtay, ilk bozma sebebi olarak AB direktiflerinin somut uyumsuzlukta uygulanmasını gerektiğini göstermiştir. Aynı kararın diğer bozma olarak da *“taklit markayı taşıyan ürünleri ticaret alanında kullanmayı marka hakkına tecavüz fiillerinden biri olması, taklit olduğu çekışmesiz olan davacı markasını taşıyan ürünlerin sanal ortamda alım ve satımına olanak sağlayan, kendisine ait sitede ticaret alanına çıkmasına ekonomik menfaat*

⁴⁵⁶ ABAD C- 324/09, 12.07.2011. T. Loreal v. Ebay, p. 102.

⁴⁵⁷ YASAMAN, *İnternette Marka İhlali*, 403.

⁴⁵⁸ ABAD C- 567/18, 02.04.2020. Coty Germany GmbH p. 34. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN> (İnternet Erişimi: 09.11.2022).

*karşılığında zemin hazırlayan, tacir olan ve basiretli davranması gerektiğini” kabul etmiştir.*⁴⁵⁹

Aracı hizmet sağlayıcı olan çevrimiçi pazar yerlerinin müşterilerinin alıcılara ürün veya hizmet satımı yapan sanal mağaza veya satıcılar olması, aracılık faaliyetlerini gerçekleştirdiği internet sitelerinde gerek sanal mağaza veya satıcıların, gerek müşterilerin gerekse de ürünlere ait bilgileri depolaması nedeni ile yer sağlayıcı olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu sebeple çevrimiçi pazar yerlerinin 5651 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca yer sağladığı marka hakkına tecavüz eden ürünlerin veya hizmetlerin kendisine bildirildiği tarihten sonra sorumluluğu olacaktır.

ETDK’nın 9’uncu maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca *“aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir”*.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir olayda, çevrimiçi pazar yerinin elektronik ticaret platformunda satılan bir ürünün marka hakkına tecavüz niteliği taşıdığını öğrendiği hallerde gerekli önlemi alması gerektiğini; aksi takdirde marka sahibinin çevrimiçi pazar yerinin öğrendiği tarihten sonraki tarihlerde doğan zararından sorumlu olacağını kabul etmiştir.⁴⁶⁰ Nitekim, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴⁶¹ ile ETDK’nın 9’uncu maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Yeni değişikliklere göre *“diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu değildir. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirir. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye*

⁴⁵⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2008/3936 K. 2009/7618 T. 22.06.2009 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 28.08.2022).

⁴⁶⁰ Yargıtay HGK. E. 2013/1138 K. 2014/16 T. 15.1.2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 16.11.2022).

⁴⁶¹ 07.07.2022 tarihli ve 31889 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

dayanan şikâyeti üzerine, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının şikâyete konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildirir. Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının, şikâyetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanan itirazını elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya sunması üzerine şikâyete konu ürünü yeniden yayımlar. Şikâyet ve itirazda; ilgililerin açık kimlik ve adres bilgileri, ihtilafa konu ürün hakkındaki bilgiler, ürünün yayımdan kaldırılması veya yayımlanmasının gerekliliğine dair gerekçeler ile yönetmelikle belirlenen diğer hususlar yer alır. İlgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma hakları saklıdır.”

Bu noktada kanun koyucunun Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun görüşünü benimsediği, kanun koyucu her ne kadar çevrimiçi pazar yerlerinin kendisine ait elektronik ticaret platformunda satılan marka hakkını ihlal eden ürünü bilmesinin mümkün olmamasını kabul etse de fikri ve sınai hakların ihlaline karşı özel bir hüküm öngördüğü, bu kapsamda çevrimiçi pazar yerlerinin kendisine marka hakkının ihlal edildiğine dair bilgi veya belge sunulması halinde ilgili içeriği kaldırmakla yükümlü olduğu, içeriği kaldırmadığı takdirde tecavüzden sorumlu olacağı söylenebilir. Ayrıca marka hakkını ihlal eden ürünü sattığı iddia edilen kişi, marka hakkını ihlal etmediğini gösterir belge sunarsa çevrimiçi pazar yeri ilgili ürünü yeniden yayımlayacaktır.

Tüm bunların yanında marka hakkı ihlal edilen teşebbüs, marka hakkına tecavüz oluşturan içeriğin davalı tarafından web sitesinden çıkartılması ya da erişiminin engellenmesi ve yine ileride muhtemel tecavüz tehlikesinin önlenmesi hususunda davalıyı da bağlayan bir eda hükmü verilmesini istemekte davacının hukuki yararının bulunduğu aşıkardır.⁴⁶² Bu sebeple çevrimiçi pazar yerlerinin internet sitelerinde veya kullanıcılarına sağladığı diğer ortamlarda satılan ürünleri kendilerinin satmadığı, müşterilerinin sattığı bu sebeple marka hakkını ihlal eden ürünler nedeniyle kendilerine husumet yönetilemeyeceğine ilişkin iddiaları kabul edilemez.⁴⁶³

3.2.2.3 İçerik sağlayıcıların sorumluluğu

5651 sayılı Kanun’un 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasının (f) bendi uyarınca “internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten,

⁴⁶² Yargıtay HGK. E. 2013/1138 K. 2014/16 T. 15.1.2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 16.11.2022).

⁴⁶³ Yargıtay 11. HD. E. 2019/618 K. 2019/8167 T. 16.12.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 16.11.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2016/1613 K. 2017/6599 T. 27.11.2017 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 16.11.2022).

değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler” içerik sağlayıcılardır. Aynı Kanun’un 4’üncü maddesinde içerik sağlayıcıların yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu Kanun hükmüne göre içerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. Bu kapsamda içerik sağlayıcı olan elektronik ticaret faaliyetinde bulunan mal veya hizmet satan kişi marka hakkına tecavüz oluşturan her türlü fiilinden sorumludur.

İçerik sağlayıcının yukarıda bahsedilen Kanun hükmünden doğan sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olup⁴⁶⁴, Yargıtay, içtihatlarında bu sorumluluğun bir tür kusursuz sorumluluk hali olduğunu kabul etmektedir.⁴⁶⁵ Ayrıca aynı Kanun hükmünün 2’nci fıkrası uyarınca *“içerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.”*

İnternet alan adı sahipleri, sahip oldukları alan adı SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasını ihlal ediyorsa tecavüzden sorumludur. Bu noktada alan adının alımı teknik bir süreç olduğundan, alan adı tahsis kuruluşlarının sorumluluğunun olup olmadığının tespiti önemlidir. Alan adı tahsis kuruluşları tahsis ettiği alan adlarını marka olarak kullanmadığı ve ticari veya ekonomik olarak kullanmadığı için marka hakkına tecavüz eden kullanımdan sorumlu olduğu söylenemez.⁴⁶⁶

Alan adları bir ekonomik değer ifade ettiğinden, alan adlarının alım satımını yapmak sıklıkla karşılaşılabilen bir durumdur. Alan adı alım satım işi ticari amaçla gerçekleştiğinden, bu amaçla alınan ve satılan alan adı marka hakkına tecavüz niteliğinde ise ve alan adı alım ve satım işlemlerine imkân veren aracı somut olaya göre yer sağlayıcı olarak faaliyetlerini gerçekleştiriyorsa, tecavüzden sorumlu olabilir.⁴⁶⁷

Arama motorunda verilen reklamlarda, reklam verenin kullandığı anahtar kelime SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasını ihlal eder şekilde ise reklam veren

⁴⁶⁴ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 637.

⁴⁶⁵ Yargıtay 4. HD. E. 2014/7834 K. 2014/11797 T. 16/09/2014 <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/4hd-2016-17043.htm> (İnternet Erişimi: 09.12.2022)

⁴⁶⁶ GÜREL, “Marka Hakkının İnternet Ortamında İhlali”, 74; YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 656.

⁴⁶⁷ YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 663.

içerik sağlayıcı olduğu için marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilinden sorumludur.⁴⁶⁸ Bu noktada *Google* veya *Yandex* gibi reklam alan arama motorlarının marka hakkına tecavüzden sorumlu olup olmayacağının tespiti önemlidir. Bizim de katıldığımız bir bir görüşe göre, öğretide reklam alan arama motorlarının yer sağlayıcı olarak nitelendirildiği durumlarda marka hakkına tecavüzden sorumlu olabilir.⁴⁶⁹ Bu kapsamda reklam alan arama motorları somut olaya göre yer sağlayıcı olarak 5651 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi uyarınca "*içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü* değildir. Ancak aynı Kanun hükmünün 2'nci fıkrası uyarınca *yer sağladığı hukuka aykırı içeriği haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür.*" Reklam alan arama motoru marka hakkına tecavüz teşkil eden olaylarda yer sağlayıcı konumunda ise, hukuka aykırı reklamın kendisine bildirilmesine rağmen kaldırmadığı veya erişimi engellemediği takdirde tecavüzden sorumlu tutulabilir.

Elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan araçlardan biri olan internet sitesinin içeriğinde; tescilli marka ile aynı ya da benzer bir işaretin tescilli marka ile aynı ya da benzer mal veya hizmetler için kullanımı karıştırılma ihtimali yaratabilir. Belirtilen şekilde karıştırılma ihtimali hem site içerisinde yer alan ürün veya hizmetlere ilişkin görseller veya diğer kayıtlar için hem site içeriğinde yer alan bilgi ve metinler için söz konusu olabilir. Yargıtay bir kararında, dava konusu alan adını içeren internet sitesinin içeriğinin boş olması nedeniyle ticari etki yaratacak bir kullanımdan söz edilemeyeceğinden ilk derece mahkemesi tarafından verilen davanın reddine ilişkin kararı, "... davalı internet sitesinde *"Bu alan adı .. Lojistik firmasına aittir."* ibaresinin bulunduğu, .. lojistik firmasının internet sitesi incelendiğinde ise *"www.sahlojistik.com"* uzantılı bir web sitesinin bulunduğu ve sitenin .. Lojistik Uluslararası Taşımacılık Ltd. Şti'ye ait olduğu bilgisine yer verildiği, sitenin *"Hakkımızda"* başlıklı bölümünde şirket genel müdürü ve Orta Asya sorumlusu olarak davalının isminin bulunduğu, bu kapsamda dava dışı ..Lojistik firmasının kendi internet sitesinin bulunduğu, dava konusu sitede alan adının .. Lojistik firmasına ait olduğunun belirtilmesi karşısında dava konusu alan adı ile dava dışı firma arasında

⁴⁶⁸ ÖZEN, "Haksız Rekabetin Elektronik Ortamda Görünüm Biçimleri", 127; YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 666.

⁴⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YASAMAN, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 669-673.

*irtibat bulunduğu ve karıştırılma ihtimalinin bulunduğu ve bu kullanımın ticari etki yaratacağından” bahisle bozmuştur.*⁴⁷⁰

Sosyal medyada, mobil uygulamalar veya bilgisayar programlarında gerçekleşen marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerden sorumluluk, tecavüzü gerçekleştirdiğı iddia edilenin yer sağlayıcı veya içerik sağlayıcı olup olmadığının tespitine göre farklılık arz eder Yukarıda da bahsedildiğı üzere yer sağlayıcıların sorumluluğı marka hakkına tecavüz teşkil eden kullanımlarının kendilerine haber verilmesinden sonra başlar.⁴⁷¹ Yer sağlayıcı kendisine yapılan bildirimden sonra içeriğı kaldırmazsa sorumluluğı doğacaktır. İçerik sağlayıcıların sorumluluğı ise hukuki açıdan haksız fiil sorumluluğı niteliğini taşır.⁴⁷²

⁴⁷⁰ Yargıtay 11. HD. E. 2014/10178 K. 2014/18794 T. 2.12.2014 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 04.11.2022).

⁴⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık “3.2.2.2Yer sağlayıcıların sorumluluğı”

⁴⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık “3.2.2.3 İçerik sağlayıcıların sorumluluğı”

3.3 Elektronik Ticaret Kapsamında Gerçekleşen Tecavüz Hallerine Karşı Açılabilir Hukuk Davaları

3.3.1 Tecavüzün tespiti davası

SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi uyarınca marka hakkına tecavüz edildiğini düşünen kişiler, fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti için dava açabilir. Bir tespit davası olan bu dava türünün açılabilmesi için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)⁴⁷³ 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, dava açanın dava açmakta hukuki yararı olması ve şarttır.⁴⁷⁴

Tespit davası, bir hak veya hukuki ilişkinin olup olmadığının tespit edildiği dava türüdür.⁴⁷⁵ Yine bu davalar bir belgenin sahteliğinin tespit edilmesi için de açılabilir.⁴⁷⁶ Marka hakkına tecavüzün tespiti davası, marka hakkına ihlalin tespiti için açılan bir davadır. Bu davada amaç dava konusu fiilin tecavüz olup olmadığının tespit edilmesidir. Açılacak tecavüzün tespiti davasında fiilin tecavüz olduğu tespit edilirse, tecavüzün tespiti davası daha sonra açılacak olan tazminat vb. eda davalarının öncüsüdür.⁴⁷⁷ Elektronik ticaret faaliyetinde markasının kullanan kişiler veya markasına elektronik ticaret faaliyetlerinde tecavüz edildiğini iddia eden kişiler bu davayı açabilir.

Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilin dava tarihinden önce sonlanmış olması ya da tecavüzün sonuçlarının davadan önce gerçekleşmesi, davanın açılmasına engel değildir. Sonuçlanan bir tecavüz için de hak sahibinin tespit davası açmasında hukuki yararı vardır.⁴⁷⁸

Elektronik ticaret faaliyetlerinde satılan ürünlerin mağaza, şube vb. fiziki iş yerlerinde satılmayıp elektronik ortamda satılmasından dolayı marka hakkına tecavüz teşkil eden ürünlerin satımının denetiminin ve izlenmesi zordur. Bu nedenle, çevrimiçi pazar yerlerinde, internet sitelerinde, mobil uygulamalarda, sosyal medya siteleri ya

⁴⁷³ 04.02.2011 tarihli 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁷⁴ Hakan PEKCANITEZ, Muhammet ÖZEKES, Mine AKKAN ve Hülya TAŞ KORKMAZ, *Medeni Usul Hukuku CII*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 973.

⁴⁷⁵ Murat ATALI, İbrahim ERMENEK ve Ersin ERDOĞAN, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 329.

⁴⁷⁶ Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ ve Emel HANAĞASI, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 315.

⁴⁷⁷ Baki KURU, *Medeni Usul Hukuku*, CI (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 401; ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ ve HANAĞASI, *Medeni Usul Hukuku*, 316.

⁴⁷⁸ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 741.

da uygulamalarında satılan ürünlerin marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediğinin tespiti için şüpheli ürünlerden sipariş verilip satın alınan ürünler için tespit davasının açılması ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Uygulamada hak sahipleri, delil tespiti taleplerini tecavüze ilişkin diğer talepleri ile birlikte ileri sürmektedir.⁴⁷⁹

3.3.2 Tecavüzün durdurulması ve önlenmesi davası

SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca hak sahibi marka hakkına muhtemel tecavüzün önlenmesi için ve aynı Kanun hükmünün aynı fıkrasının (c) bendi uyarınca marka hakkına tecavüz edilen devam eden tecavüz halinin durdurulması için dava açabilir.

Tecavüzün durdurulması ve önlenmesi davaları birer eda davası niteliği taşır. Bu davaların açılabilmesi için tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştirenin kusurlu olması veya marka hakkı ihlal edene tecavüz eden fiili nedeniyle zarar vermesi gerekmez.⁴⁸⁰ Eda davaları, bir şeyi yapmaya, yapmamaya, vermeye veya vermemeye ilişkin hükümlerin kurulduğu davalardır.⁴⁸¹

Muhtemel tecavüzün önlenmesi davası, henüz başlamamış ancak tecavüz teşkil edecek fiilin gerçekleşeceği hakkında emareler olan durumlar veya tecavüz sona ermiş ancak tekrarlayacağına ilişkin emareler olan durumlar için açılacak iken tecavüzün durdurulması davası sadece başlamış ve devam eden tecavüz teşkil eden fiiller için açılabilir.⁴⁸² Bu davalarda davacının hukuki yararının olduğunu kural olup davacının hukuki yararının olmadığının ispatı; iddiada bulunan davalıya aittir.⁴⁸³

Elektronik ticaret faaliyetlerinde markasını kullanan veya marka hakkına elektronik ticaret faaliyetlerinde tecavüz edilen kişiler gerek tecavüzün önlenmesi gerekse de tecavüzün durdurulması davasını açabilir. SMK'nın 158'inci maddesinin 1'inci fıkrasında inhisari lisans sahiplerinin marka hakkına tecavüz eden fiillere karşı marka hakkı sahibinin açabileceği davaları kendi adına dava konusu yapabileceği

⁴⁷⁹ Elektronik ticaret kapsamında örnek verilebilecek delil tespiti davaları için bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2016/8452 K. 2018/1702 T. 6.3.2018 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.12.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2015/6739 K. 2016/1454 T. 15.2.2016 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.12.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2018/712 K. 2019/2789 T. 9.4.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.12.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2019/1668 K. 2019/3385 T. 6.5.2019 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.12.2022)

⁴⁸⁰ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 744.

⁴⁸¹ Süha TANRIVER, *Medeni Usul Hukuku*, CI (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 623.

⁴⁸² ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 743.

⁴⁸³ KURU, *Medeni Usul Hukuku*, 1: 400; ATALI, ERMENEK ve ERDOĞAN, *Medeni Usul Hukuku*, 328.

düzenlenmiştir. Bu kapsamda, elektronik ticaret faaliyetlerinde inhisari lisans ile başkasına ait ürünleri satan veya hizmetleri sunan kişi tecavüzün durdurulması veya önlenmesini mahkemeden talep edebilir.

SMK'nın 158'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca elektronik ticaret faaliyetlerinde inhisari lisans olmayan lisans ile başkasına ait markayı kullananlar, kullandıkları markaya tecavüz edildiği takdirde hak sahibine tecavüzü bildirerek dava açmasını isteyebilir. Hak sahibinin talebi reddetmesi veya üç ay içerisinde cevap vermemesi halinde *“lisans alan dava açtığını bildirerek kendi adına kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde”* dava konusu edebilir.

Elektronik ticaret faaliyetinde marka hakkına tecavüzün önlenmesi davası, tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştiren veya haleflerine karşı açılabilir. Muhtemel tecavüzün önlenmesi davasının karşı tarafı ise tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştireceği hakkında emareler olan kişilerdir.⁴⁸⁴

Elektronik ticaret faaliyetinde gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde genellikle bu davalar, internet alan adının terkin ve internet sitesine erişimin durdurulması veya engellenmesi amaçlarıyla açılmaktadır. Yukarıda elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerine sıklıkla internet alan adı kullanımı sırasında karşılaşıldığından ve bu fiilin SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (d) bendi uyarınca yasaklanabileceğinden bahsedilmiştir.⁴⁸⁵ Bu kapsamda SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (d) bendi uyarınca elektronik ticaret kapsamında marka hakkına tecavüz teşkil eden işareti internet alan adı olarak meşru bir bağlantı veya bir hak olmaksızın ticari etki yaratacak şekilde kullanan kişiye ait internet alan adının terkin mahkemeden talep edilebilir.⁴⁸⁶

İnternet alan adının terkin ile benzer şekilde, elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüzün kaldırılması amacıyla marka hakkına tecavüz teşkil eden internet adresine erişimin durdurulması da talep edilebilir. Örnek vermek gerekirse, bir kararında Yargıtay, davacıya ait marka ile karıştırılma ihtimali yaratacak şekilde davalı tarafından alınan internet alan adının erişimin engellenmesi talebiyle

⁴⁸⁴ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 748.

⁴⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. başlık *“2.2.3.4.6 İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması”*

⁴⁸⁶ Yargıtay 11. HD. E. 2015/8797 K. 2016/2386 T. 3.3.2016 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.12.2022); Yargıtay 11. HD. E. 2015/1464 K. 2015/7929 T. 8.6.2015 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.12.2022).

açılan davada alan adının görsel, işitsel ve anlamsal açıdan bütün olarak tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yarattığını kabul eden ve internet sitesine erişim engeli kararı veren ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulup onamıştır.⁴⁸⁷

Elektronik ticaret faaliyetlerinde kullanılan internet sitesinin içeriği marka hakkına tecavüz teşkil eder nitelikte ise tecavüzün durdurulması ve önlenmesi için hak sahibinin internet sitesi içeriğinin kaldırılmasını talep edebileceği Yargıtay içtihatlarında kabul edilmektedir. Böyle bir talebin varlığında mahkemece satışın durdurulmasına ve içeriğin kaldırılmasına karar verilerek tecavüzün durdurulması ve önlenmesi sağlanacaktır. Bu kapsamda önemle belirtilmelidir ki internet yer sağlayıcıların sorumluluğu her ne kadar kendilerine yapılan bildirim sonrasında içeriği kaldırmadığı takdirde başlayacak olsa da marka hakkı ihlal edilen kişi tarafından internet yer sağlayıcısına karşı açılacak tecavüzün önlenmesi ve durdurulması talepli dava için önceden bildirim yapılmasına gerek yoktur. Nitekim önüne gelen bir olayda Yargıtay, yer sağlayıcıya karşı marka hakkının ihlaline ilişkin bildirim yapılmasa dahi internet sitesinde gerçekleşen ihlalin durdurulması ve önlenmesi amacıyla açılacak davalar için yer sağlayıcının kusurlu olmasının gerekmediğini ve ihtar göndermeksizin tecavüzün durdurulması ve önlenmesi talepli davaların açılabileceğini kabul etmiştir.⁴⁸⁸

3.3.3 Tecavüzün kaldırılması davası

SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (ç) bendi uyarınca marka hakkına tecavüz edildiğini düşünen, tecavüzün kaldırılmasına ilişkin dava açabilir. Davanın açılabilmesi için tecavüzün gerçekleşmesi yeterli olup devam etmesi veya tekrar etme ihtimalinin olması gibi şartların varlığı gerekmemektedir.⁴⁸⁹ Tecavüz henüz gerçekleşmemiş ise ancak tecavüzün gerçekleşeceğine dair emareler mevcutsa bu dava açılmaz. Yine bu davanın açılabilmesi için tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştirenin kusurlu olması gerekmez.⁴⁹⁰ Ancak tecavüzün kaldırılması davası tecavüz sonucu ortaya çıkan; maddi zararın ve manevi zararın ödenmesi, eski hale

⁴⁸⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2012/13312 K. 2013/11811 T. 6.6.2013 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.12.2022).

⁴⁸⁸ Yargıtay 11. HD. E. 2011/15509 K. 2012/540 T. 20.01.2012 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.12.2022).

⁴⁸⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 766.

⁴⁹⁰ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 766.

getirilmesi ve SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (d), (e), (f), (g) bentlerinde yer alan talepleri içerebilir.

Bu kapsamda davacı, SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendi uyarınca tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulmasını talep edebilir. (d) bendi uyarınca el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması isteyebilir. Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhasını dava konusu edebilir. Davacının haklı bir sebebinin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi gibi talepler içereceğinden bir sonuç ya da zarar doğurması gerekmektedir. Tecavüzün kaldırılması davası bir eda davasıdır.

Tecavüzün kaldırılması davasını, elektronik ticaret faaliyetlerinde markasını kullanan veya marka hakkına elektronik ticaret faaliyetlerinde tecavüz edilen kişiler açabilir. Yine, yukarıdaki başlıkta izah edildiği üzere SMK'nın 158'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca inhisari lisans sahipleri tecavüzün kaldırılması için dava açabilir. İnhisari olmayan lisans alan, aynı Kanun hükmünün 2'nci fıkrasında yer alan usule uyarak kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde tecavüzün kaldırılmasını dava konusu edebilir.

Tecavüzün kaldırılması davasının davalı tarafı, elektronik ticaret kapsamında tecavüz teşkil eden fiilleri gerçekleştirenler veya bu kişilerin halefleri olan ve SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası, 3'üncü fıkrası ile SMK'nın 29'uncu maddesine aykırı davranan kişilerdir.

Tecavüzün kaldırılması davası tecavüz teşkil eden fiil devam ettiği sürece veya bu fiil nedeniyle oluşan sonuçlar devam ettiği sürece açılabilir. Tecavüz teşkil eden fiil sona ermiş veya tecavüzün sonuçları ortadan kalkmış ise hak sahibi tecavüzün kaldırılması talebinde bulunulamaz.⁴⁹¹

⁴⁹¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 768.

Tecavüzün kaldırılması talebini içeren davalar, internet yer sağlayıcıların sorumluluğu nedeni ile internet yer sağlayıcılarına karşı da açılabilir. Daha önce de izah edildiği üzere internet yer sağlayıcıları, marka hakkına tecavüz teşkil eden içerikleri kendilerine bildirildiği takdirde kaldırmak ile yükümlüdür. İçeriği kaldırmadığı takdirde tecavüzün sonuçlarından sorumlulukları doğacaktır.⁴⁹²

3.3.4 Tazminat davaları

3.3.4.1 Genel olarak

SMK'nın 150'nci ve 151'inci maddesinde marka hakkına tecavüz edenin tazminat sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu tazminat sorumluluğu temel olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)⁴⁹³ 49'uncu maddesinde düzenlenen haksız fiil sorumluluğu ile aynıdır.⁴⁹⁴ TBK'nın 49'uncu maddesi uyarınca hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren vermiş olduğu zararı gidermek ile yükümlüdür.

Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka ihlallerinde tazminat sorumluluğundan söz edebilmek için, öncelikle SMK'nın 7'nci maddesini ve 29'uncu maddesini ihlal eden bir fiil olmalı, bu tecavüz teşkil eden fiil nedeniyle hak sahibi zarar görmeli, tecavüz teşkil eden fiilin gerçekleşmesinde fiili gerçekleştiren kusurlu olmalı ve zarar ile tecavüz teşkil eden fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

3.3.4.2 Maddi tazminat davası

Elektronik ticaret faaliyetleri kapsamında gerçekleşen marka tecavüzlerinde, marka hakkına tecavüz edilen, tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştirenden maddi zararlarını SMK'nın 149, 150 ve 151'inci maddesi uyarınca talep edebilir. Bu dava bir tür eda davasıdır.

SMK'nın 150'nci maddesinin 1'inci fıkrasında genel bir şekilde tecavüz teşkil eden fiili işleyen marka hakkı sahibinin zararını gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiş olup, maddi tazminat bağlamında, hak sahibinin uğramış olduğu fiili zararının bu hüküm kapsamında dava konusu edebileceği söylenebilir. SMK'nın 151'nci maddesinde tecavüz teşkil eden fiil nedeniyle hak sahibinin yoksun kaldığı kazancı talep edebileceği de hükme bağlanmıştır.

⁴⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık "3.2.2.2 Yer sağlayıcıların sorumluluğu".

⁴⁹³ 04.0.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁹⁴ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 771.

Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka ihlallerinde “*fiili zarar hak sahibinin mal varlığına meydana gelen net azalmadır.*”⁴⁹⁵ TBK’nın 50’nci maddesi uyarınca zarar gören taraf zararını ve zarar verenin kusurunu ispat ile mükelleftir. Aynı Kanun hükmü uyarınca zarar gören, uğradığı zararı tam olarak ispat etmelidir. Zarar, hâkim tarafından olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemler dikkate alınarak hakkaniyete uygun olarak belirlenir.⁴⁹⁶

Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka ihlallerinde yoksun kalınan kâr, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiil gerçekleşmemiş olsaydı hak sahibinin mal varlığı ileride hangi seviyede olacak ise mevcut durum ile bahsedilen seviye arasındaki farktır.⁴⁹⁷ TBK’nın 50’nci maddesi uyarınca hak sahibi yoksun kaldığı kazancı ispat ile mükelleftir.

Yoksun kalınan kazancın hangi şekilde hesaplanacağı SMK’nın 151’inci maddesinin 2’nci fıkrasında hak sahibine seçimlik hak olarak düzenlenmiştir. Bahsedilen Kanun hükmü uyarınca hak sahibi; tecavüz teşkil eden fiil olmasaydı elde edebileceği muhtemel gelir, tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştirenin elde ettiği net kazanç veya tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştiren markayı lisans ile kullanmış olsaydı ödemesi gereken lisans bedeli usullerinden birini seçerek yoksun kaldığı kazancın hesaplanmasını talep edebilir. SMK’nın 151’inci maddesinin 3’ncü fıkrasında yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında “*marka hakkına ilişkin lisansların sayısının, süresinin, çeşidinin ve ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenlerin göz önünde bulundurulacağı*” düzenlenmiştir. Yine aynı hükmün 4’üncü fıkrası uyarınca yoksun kalınan kazanç hesaplanırken Kanun hükmünün (a) veya (b) bendinde yer alan seçimlik haklar seçildi ise; marka hakkına tecavüz eden ürüne talebin oluşmasında belirleyici etken ihlal edilen marka ise yoksun kalınan kazanç hesaplanırken hakkaniyete uygun bir payın eklenmesine mahkeme tarafından karar verilebilir. Burada hakkaniyete uygun payın eklenmesi uygulamada bilirkişi marifetiyle belirlenmekte olup bu husus öğretide bizim de katıldığımız üzere tazminatı belirleme, arttırma ya da azaltma yetkisi sadece hâkime ait olduğundan arttırımın ne

⁴⁹⁵ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 775.

⁴⁹⁶ Fatih AYDIN, “Sınai Mülkiyet Kanunu Ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 122 (2017): 517-576, 536.

⁴⁹⁷ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 775.

oranda olacağıının bilirkşiye sorulması yargı yetkisinin bilirkşiye devredildiği anlamına geleceğinden eleştirilmektedir.⁴⁹⁸

SMK'nın 150'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca tazminat davası açılmadan önce delillerin tespiti veya tazminat davası açılmış ise uğranılan zararın tespiti için markanın kullanılmasına ilişkin belgelerin tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştiren tarafından mahkemeye sunulmasını talep edebilir. Öğretide zararın tespiti için istenilecek belgelerin, yoksun kalınan kazancın ödenmesine ilişkin maddi tazminat davalarında seçimlik hak kullanılmadan önce en uygun hesaplama usulünün seçilebilmesi için seçimlik hak belirlenmeden önce de talep edilebileceği savunulmaktadır.⁴⁹⁹ Ancak yoksun kalınan kazanca ilişkin açılan tazminat davalarında hak sahibi davayı açarken seçimlik hakkını belirlemelidir. Bu kapsamda yoksun kalınan kazanç talebinde hangi usulde hesaplama yapılacağı seçilmeden önce hak sahibinin ihtar veya delil tespiti yolu ile marka hakkının kullanılmasına ilişkin belgeleri tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştirenden istemesinin doğru olacağı kanaatindeyiz. HMK'nın ıslah kurumunu düzenleyen 176'ncı maddesi ve devam hükümleri uyarınca yoksun kalınan kazanca ilişkin açılan maddi tazminat davalarında hak sahibi davanın her aşamasında ıslah yolu ile kullanmış olduğu seçimlik hakkını değiştirebilir.⁵⁰⁰

Kanaatimize göre, tecavüz teşkil eden fiil çevrimiçi pazar yerinde gerçekleşmiş ise, çevrimiçi pazar yerinde yapılan satışların, fatura kayıtlarının, çevrimiçi pazar yeri tarafından yapılan ödemelere ilişkin kayıtların istenmesi maddi zararın hesaplanmasında etkili olacaktır. Benzer şekilde tecavüz teşkil eden fiil internet sitesinde, sosyal medya siteleri veya uygulamalarında, mobil uygulamada yapılan satışlarda gerçekleşmiş ise bu satışlara ilişkin kayıtların istenmesi maddi zararın hesaplanması için önemlidir. Ancak hak sahibi, elektronik ticaret faaliyeti gerçekleştirenin tüm kayıtlarını değil sadece tecavüz teşkil eden işaret kullanımına ilişkin olan ve maddi zararın hesaplanmasında yeterli nitelikteki kayıtları talep edebilir.⁵⁰¹

⁴⁹⁸ AYDIN, "Sınai Mülkiyet Kanunu Ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat", 542.

⁴⁹⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 776.

⁵⁰⁰ TANRIVER, *Medeni Usul Hukuku*, 812.

⁵⁰¹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 776.

Maddi tazminat davalarında faiz hesabına esas alınacak tarih ihlal tarihidir.⁵⁰² Ancak dava dilekçesinde ihlal tarihinden itibaren işleyecek faiz talep edilmemiş ise dava tarihi dikkate alınır. Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiil gerçekleştiği andan itibaren hak sahibi zarara uğradığından yargılama sırasında davacı ıslah etse dahi ıslah ettiği rakamın tamamı için faiz marka hakkına tecavüz eden fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren işleyecektir.⁵⁰³

Maddi tazminat davasını, elektronik ticaret faaliyetlerinde markasını kullanan veya marka hakkına elektronik ticaret faaliyetlerinde tecavüz edilen kişiler açabilir. Yine, yukarıda da izah edildiği üzere SMK'nın 158'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca inhisari lisans sahipleri maddi tazminat talep edebilir ve inhisari olmayan lisans alan aynı Kanun hükmünün 2'nci fıkrasında yer alan usule uyarak kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde zararını karşı tarftan isteyebilir.

SMK'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında marka başvurusu bültende yayımlananın, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci ve 3'üncü fıkralarında düzenlenen yasaklanabilecek fiiller nedeniyle tazminat davası açmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda marka tescil başvurusunda bulunan, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci ve 3'üncü fıkrasına göre ihlal eden bir fiile karşı maddi tazminat davası açabilecektir. Bu halde mahkeme, SMK'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca tescil başvurusunu bekletici mesele yapacak, tescil başvurusu başarı ile sonuçlanırsa ise davanın görülmesine devam edecektir.

SMK'nın 150'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca maddi tazminat davası elektronik ticaret kapsamında tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştirenlere ve bu kişilerin haleflerine karşı açılabilir.

3.3.4.3 Manevi tazminat davası

SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci maddesinin (ç) maddesinde marka hakkı tecavüze uğrayan kişinin manevi tazminat davası açabileceği, yine aynı Kanun'un 150'nci maddesinde de marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilleri gerçekleştirenlerin hak sahiplerinin zararını tazmin ile yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda; elektronik ticaret dâhilinde gerçekleştirilen marka hakkına tecavüz hallerinde, hak

⁵⁰² Çetin ARSLAN ve Mustafa KIRMIZI, *Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), 201.

⁵⁰³ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 781.

sahibinin uğramış olduğu manevi zarar için manevi tazminat talebinde bulunabileceği ve marka hakkına tecavüz edenin hak sahibinin manevi zararını karşılamakla yükümlü olduğu söylenebilir.

TBK'nın 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasında hukuka aykırı olarak gerçekleşen bir fiil nedeniyle kişilik hakları zarar görenin uğramış olduğu manevi zarara karşılık zarar verenden bir miktar paranın ödenmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda manevi tazminatın, bir kişinin uğramış olduğu manevi ıstırabını bir nebze olsun dindiren, ruhsal tahribatını onaran bir araç olduğu söylenebilir.⁵⁰⁴ Kanun koyucu bahsedilen manevi tazminata ilişkin düzenlemeleri ile marka sahibinin marka hakkına tecavüz edilmesi nedeniyle duyduğu acı, keder gibi zararlarını ortadan kaldırarak kişisel varlığını korumayı⁵⁰⁵ ve ileride marka hakkına tecavüz teşkil edecek fiilleri gerçekleştirecekleri bu fiillerinden caydırmayı⁵⁰⁶ amaçlamaktadır.

Manevi tazminatın talep edilebilmesi için hak sahibi üzerinde ortaya çıkan manevi zarar ile fiil arasında nedensellik bağı ve tecavüz teşkil eden fiilin gerçekleşmesinde fiili gerçekleştirenin kusuru olmalıdır.⁵⁰⁷ Marka hakkına tecavüz hallerinde manevi tazminata hükmedilirken tespit edilecek tazminatın takdir hakkı hâkime aittir.⁵⁰⁸

Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde hâkim manevi tazminat miktarını tespit ederken *“hak ve adalete uygun davranmalı, hukuk biliminden yararlanmalı, toplumun sosyal, ekonomik ve moral yapısını ve özellikle de somut olayın koşullarını gözetmelidir. Takdir edilecek tutar, bir yandan manevi acıları gidermeli, kamuoyu ve sosyal vicdanda kabul görmeli, diğer yandan ise zarar gören açısından zenginleşme aracı olmamalıdır.”*⁵⁰⁹ Gerçekten de elektronik ticaret için örnek verebileceğimiz bir olayda Yargıtay, ilk derece mahkemesi tarafından internet sitesi üzerinden davacıya ait tescilli markayı kullanan davalı

⁵⁰⁴ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 813.

⁵⁰⁵ EGE, *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*, 88.

⁵⁰⁶ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 814.

⁵⁰⁷ MERAN, *Marka Hakları ve Korunması*, 538.

⁵⁰⁸ MERAN, *Marka Hakları ve Korunması*, 538.

⁵⁰⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2015/1764 K. 2015/13611 T. 17.12.2015 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.12.2022).

aleyhine verilen manevi tazminatı “*olayın özellikleri dikkate alındığında*” “*yüksek olması*”, “*ılımlı ve adalete uygun olmaması*” nedeniyle bozmuştur.⁵¹⁰

Manevi tazminat davasını, elektronik ticaret faaliyetlerinde markasını kullanan veya marka hakkına elektronik ticaret faaliyetlerinde tecavüz edilen kişiler açabilir. Yine, yukarıda izah edildiği üzere SMK’nın 158’inci maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca inhisari lisans sahipleri manevi tazminat talebinde bulunabilir ve inhisari olmayan lisans alan aynı Kanun hükmünün 2’nci fıkrasında yer alan usule uyarak kendi menfaatlerinin gerektirdiği manevi tazminatı dava konusu edebilir.

SMK’nın 7’nci maddesinin 4’üncü fıkrasında marka başvurusu bültende yayımlananın, SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci ve 3’üncü fıkralarında düzenlenen yasaklanabilecek fiiller nedeniyle tazminat davası açmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda, elektronik ticaret faaliyetleri dâhilinde bir marka tescil başvurusuna konu edilmiş işareti SMK’nın 7’nci maddesinin 2’nci ve 3’üncü fıkrasına göre ihlal eden bir fiile karşı, başvuru sahibi manevi tazminat davası açabilecektir. Bu halde SMK’nın 7’nci maddesinin 4’üncü fıkrası uyarınca mahkeme tescil başvurusunu bekletici mesele yapacak, tescil başvurusu başarı ile sonuçlanmış ise davanın görülmesine devam edecektir.

3.3.4.4 İtibar tazminatı

SMK’nın 150’nci maddesinin 2’nci fıkrasında itibar tazminatı düzenlenmiştir. Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde hak sahibi “*hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarı zarara uğrarsa fiili zararından ayrı olarak*” itibar tazminatını tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştiren taleb edebilir. Burada zarar gören markanın üçüncü kişiler üzerindeki imajı olup ne fiili zarar ne yoksun kalınan kazanç ne de hak sahibinin yaşadığı ızdırıp söz konusudur.⁵¹¹

İtibarı tazminatı hem maddi tazminatın hem de manevi tazminatın özelliklerini taşıyan, ancak bu iki tazminat türünden de ayrı bir zarar kalemi olarak ele alınacak

⁵¹⁰ Yargıtay 11. HD. E. 2020/7632 K. 2022/5138 T. 22.6.2022 2022 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 20.12.2022).

⁵¹¹ MERAN, *Marka Hakları ve Korunması*, 539.

niteliktedir. Anılan tazminat, maddi veya manevi tazminat talepleri ile birlikte ileri sürülebilen ayrı bir tazminat türüdür.⁵¹² Gerçekten de hem malvarlığı değeri olan markanın itibarında yarattığı azalma ile maddi bir zarara neden olurken hem de ticari itibara zarar vermesi nedeniyle manevi tazminat özelliği taşımaktadır.⁵¹³

İtibar tazminatı hesaplanırken belirleyici unsurlar; markanın toplumda ulaştığı saygınlığı, tanınmışlığı ve müşterileridir.⁵¹⁴ Hâkim itibar tazminatını hesaplarken bahsedilen unsurları dikkate almalı, itibarı zedelenen markanın eski itibarının üçüncü kişiler nezdinde yeniden inşası için reklam, kampanya vb. giderleri ve itibarın zedelenmesinin marka sahibi nezdindeki manevi yönünü de hesaba katarak bir miktar belirlemelidir.⁵¹⁵

İtibar tazminatına ilişkin talepleri içeren davayı elektronik ticaret faaliyetlerinde markasını kullanan veya marka hakkına elektronik ticaret faaliyetlerinde tecavüz edilen kişiler açabilir. Yine, yukarıda izah edildiği üzere SMK'nın 158'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca inhisari lisans sahipleri itibar tazminatı talep edebilir ve inhisari olmayan lisans alan aynı Kanun hükmünün 2'nci fıkrasında yer alan usule uyarak kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde itibar tazminatını dava konusu edebilir.

SMK'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında marka başvurusu bültende yayımlananın, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci ve 3'üncü fıkralarında düzenlenen yasaklanabilecek fiiller nedeniyle tazminat davası açmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda, elektronik ticaret faaliyetleri kapsamında bir marka tescil başvurusuna konu edilmiş işareti, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci ve 3'üncü fıkrasına göre ihlal eden bir fiile karşı başvuru sahibi itibar tazminatı taleplerini içeren dava açabilecektir. Bu halde SMK'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca mahkeme tescil başvurusunu bekletici mesele yapacak, tescil başvurusu başarı ile sonuçlanmış ise davanın görülmesine devam edecektir.

⁵¹² MERAN, *Marka Hakları ve Korunması*, 539.

⁵¹³ EGE, *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*, 93; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 818.

⁵¹⁴ MERAN, *Marka Hakları ve Korunması*, 539.

⁵¹⁵ Serdar KALE, *Marka Davalarında Yargılama Usulü* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 223.

3.3.5 Kendilerine karşı dava açılmayacak kişiler

SMK'nın 153'üncü maddesinde marka hakkına tecavüz halinde kendilerine karşı dava açılmayacak kişiler düzenlenmiştir.

Yukarıda bahsedilen Kanun hükmü uyarınca, ilk olarak marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilleri gerçekleştirenler tarafından piyasaya sürülen ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullananlara karşı dava açılmaz.

İkinci olarak ise marka hakkı sahibi; tecavüz nedeniyle üçüncü bir kişiye açmış, bu kişiden tazminat almış ve davada tecavüz teşkil edilen ürünlere el konulmasını talep etmemişse, kendisine tazminat ödeyen bu üçüncü kişi tarafından piyasaya sürülen ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı dava açamaz.

3.3.6 Zamanaşımı

SMK'nın 157'nci maddesi uyarınca marka hakkına ilişkin taleplerin ileri sürülmesinde TBK'da öngörülen zamanaşımı süresi uygulanır.

TBK'nın 72'nci maddesinde tazminat davalarının zamanaşımı düzenlenmiştir. Bahsedilen hüküm doğrultusunda; elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde zarar gören, zararını ve marka hakkına tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştireni öğrendikten sonra iki yıl içerisinde, her halde fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl içerisinde tazminat talep talebinde bulunmaz ise talepleri zamanaşımına uğrayacaktır. Ayrıca, markaya tecavüz teşkil eden fiil ceza kanunları kapsamında daha uzun bir zamanaşımını öngören bir cezayı gerektiriyorsa, TBK'nın 70'inci maddesi uyarınca ceza zaman aşımı uygulanacaktır. Bahsedilen ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilin sadece cezayı gerektirmesi yeterli olup bu fiil nedeniyle şikâyetle bulunulması, ceza kovuşturulmasının başlamış olması ya da mahkûmiyet kararının verilmiş olması gerekmez.⁵¹⁶

Bu noktada önemle belirtilmelidir ki elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen tecavüz hallerinde tecavüzün durdurulması, muhtemel tecavüzün önlenmesi ve tecavüzün kaldırılması talepli davalarda zamanaşımı söz konusu değildir. Tecavüzün durdurulması talepli davalar, tecavüzün devam ettiği sürece

⁵¹⁶ Mehmet AYAN, *Borçlar Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 429; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 827.

açılabilirdi için tecavüzün durdurulması için zamanaşımı yoktur.⁵¹⁷ Muhtemel tecavüzün önlenmesi davaları da sadece tecavüz teşkil eden fiilin gerçekleşmesi ihtimali devam ettiği sürece açılabilirliğinden zamanaşımına uğramaz.⁵¹⁸ Benzer şekilde, eski hale getirme talepli tecavüzün kaldırılmasına ilişkin davalar sadece tecavüz devam ettiği sürece açılabilirliğinden zamanaşımı bu dava türü için de mümkün değildir.⁵¹⁹

3.3.7 Görevli ve yetkili mahkemeler

SMK'nın 156'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası, 4'üncü fıkrası ve 5'inci fıkrası uyarınca elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüze ilişkin davalarda yetkili mahkeme, *“davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir. Davacının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. Üçüncü kişiler tarafından sınai mülkiyet hakkı sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Sınai mülkiyet hakkı başvurusu veya sınai mülkiyet hak sahibinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde, dördüncü fıkra hükmü uygulanır.”*

SMK'nın 156'ncı maddesinde elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüze ilişkin davalarda görevli mahkemelerin fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemeleri olduğu düzenlenmiştir. Bahsedilen Kanun hükmünün devamı uyarınca fikri ve sınai haklar mahkemesinin kurulmadığı yerlerde elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüze ilişkin davalara asliye hukuk ve asliye ceza mahkemeleri bakacaktır.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun 31.05.2018 tarih ve 839 karar numaralı kararı⁵²⁰ uyarınca, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin kurulmadığı yargı çevrelerinde fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere; bir asliye hukuk mahkemesi varsa bu mahkeme, iki asliye hukuk mahkemesi varsa bir numaralı asliye hukuk mahkemesi, ikiden fazla asliye hukuk mahkemesi

⁵¹⁷ KALE, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 124.

⁵¹⁸ KALE, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 124.

⁵¹⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 827; ÖKSÜZ, *Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları*, 310.

⁵²⁰ 31.05.2018 tarih ve 30437 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

varsa üç numaralı asliye hukuk mahkemesi bakmakla görevlidir. Aynı usul ceza davalarında asliye ceza mahkemeleri için de söz konusudur.

3.3.8 Dava şartı arabuluculuk

TTK'nın 5/A maddesi uyarınca *“bu Kanunun 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.”* Yine TTK'nın 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendi uyarınca fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleridir. Bu kapsamda, elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz nedeniyle açılan davalar bir alacağı veya tazminatı konu alıyorsa zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu söylenebilir.

7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁵²¹ 31'inci maddesinde TTK'nın 5/A maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklik ile beraber, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da dava şartı arabuluculuk kapsamına dahil edilmiştir. Ancak 7445 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesi uyarınca menfi tespit ve istirdat davalarında dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler, 01.09.2023 tarihinde ve sonrasında açılacak davalar için uygulanacaktır.

Yukarıda bahsedilenlerin yanında, marka hakkına tecavüz ile ilgili açılacak olan tecavüzün tespitine, tecavüzün durdurulmasına, tecavüzün önlenmesine ve tecavüzün kaldırılmasına ilişkin davaların konusu bir alacak ya da tazminat olmadığı için arabuluculuğa tabi değildir.⁵²² Ancak uygulamada hak sahipleri dava açarken tecavüze ilişkin bahsedilen alacak veya tazminatı konu almayan talepler ile tazminat ve alacak taleplerini birlikte sunmaktadır. Bu şekilde açılacak olan davalardan önce, taleplerin bir kısmı alacak ve tazminat içerdiğinden arabuluculuğa başvurulması gerekmektedir.⁵²³

⁵²¹ 05.04.2023 tarih ve 32154 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵²² BOZKURT, *Ticari İşletme Hukuku*, 377.

⁵²³ Onur SARI, “Sınai Mülkiyet Kanununda Düzenlenen Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıklara Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanması”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18.2, (2019): 345-386, 369.

Arabuluculuk başvurusu 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun⁵²⁴ 18/A maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca uyuşmazlığın esasında yetkili mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna yapılır.⁵²⁵

3.4 Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen tecavüz hallerinde hak sahibinin bulunabileceği diğer önemli talepler

3.4.1 Delil tespiti

Delil tespiti, ileride açılacak olan bir davada kullanılacak olan delillerin veya görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin kaybolması veya sunulmasının zorlaşması nedeni ile mahkemeden talep edilen bir geçici hukuki koruma yöntemidir.⁵²⁶ Delil tespiti, tespit davasından farklı olup bir dava değildir. Davaya bağlı bir işlemdir.⁵²⁷ İhtiyati tedbirden farklı olarak dava ile talep edilen hak veya malın değil, bu davanın çözülebilmesi için gerekli olan delillerin korunması için öngörülen geçici hukuki bir korumadır.⁵²⁸

SMK'da delil tespitine ilişkin özel bir hüküm olmamakla birlikte HMK'nın 400'üncünü maddesinde delil tespitinin istenebileceği haller düzenlenmiştir. Bahsedilen hükmün 1'inci uyarınca *“görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir.”* Aynı Kanun hükmünün 2'nci fıkrasında delil tespiti talebinde bulunabilmesi için hukuki yararın varlığı gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde hak sahibi, ileride açacağı davalarda kullanmak veya görülmekte olan ancak henüz inceleme sırası gelmemiş davalar için hukuki yararı varsa delil tespiti talebinde bulunabilir.

Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilleri gerçekleştirenler, tecavüz konusu fiili gerçekleştirdiği kadar kolay bir şekilde fiili gerçekleştirdiğine ilişkin delilleri ortadan

⁵²⁴ 26.06.2012 tarih ve 28331 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. başlık *“3.3.1.7 Görevli ve yetkili mahkemeler”*

⁵²⁶ TANRIVER, *Medeni Usul Hukuku* CII, 237.

⁵²⁷ ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ ve HANAĞASI, *Medeni Usul Hukuku*, 644.

⁵²⁸ ATALI, ERMENEK ve ERDOĞAN, *Medeni Usul Hukuku*, 724.

kaldırabilir.⁵²⁹ Bu nedenle yapılacak delil tespiti uyuşmazlığın çözümünde kilit bir rol oynayabilir. Örnek vermek gerekirse, marka hakkı sahibi; sosyal medya internet siteleri veya mobil uygulamaları aracılığı ile herhangi bir kayıt tutulmaksızın mesajlaşma ve kapıdan ödeme ile satılan marka hakkına tecavüz teşkil eden ürünleri sipariş edip hem ürünler hem de mesajlaşma kayıtları ile delil tespiti yaptırarak kendine bir ispat aracı sağlayabilir. Ayrıca yine marka sahibi yaptırdığı delil tespiti ile ihtiyati tedbir talebinde bulunarak yaklaşık ispat şartını gerçekleştirebilir.⁵³⁰

3.4.2 İhtiyati tedbir

Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması, tamamen imkânsız hâle gelmesi veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın ya da ciddi bir zararın doğacağından hareketle mahkeme tarafından verilen hakkın korunması için geçici nitelikte kararlara ihtiyati tedbir denir.⁵³¹ İhtiyati tedbir kararı, mahkeme tarafından kesin hüküm verilinceye kadar devam eder.⁵³²

SMK'nın 159'uncu maddesinde marka hakkına tecavüz halinde talep edilebilecek ihtiyati tedbir ve bu tedbirin niteliği düzenlenmiştir. Bahsedilen Kanun hükmünün 1'inci fıkrası uyarınca, tedbir kararı alabilmek için hukuka aykırı fiil SMK'nın 7'ni veya 29'uncu maddesine göre tecavüz olmalı veya SMK'nın 7'nci veya 29'uncu maddesine göre tecavüz olan bir fiilin gerçekleşebilmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapılması gerekir.

SMK'nın 159'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde verilecek ihtiyati tedbir kararının hangi hususları içereceği düzenlenmiştir. Bahsedilen Kanun hükmü uyarınca tedbir kararı; tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulmasını, önlenmesini, tecavüze konu ürünlerin üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalara diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde bulundukları her yerde el konulmasını, bunların saklanması ve herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesini kapsamalıdır.⁵³³

⁵²⁹ Yasin DİNÇER, *Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 233.

⁵³⁰ DİNÇER, *Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar*, 234.

⁵³¹ Ejder YILMAZ, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, CI (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), 178; PEKCANITEZ, ÖZEKES, AKKAN ve TAŞ KORKMAZ, *Medeni Usul Hukuku CIII*, 2461.

⁵³² ATALI, ERMENEK ve ERDOĞAN, 700.

⁵³³ DİNÇER, *Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar*, 92.

SMK'nın 159'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde talep edilecek ihtiyati tedbire ilişkin SMK'da bir hüküm yoksa HMK'nın ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerini düzenleyen 389'uncu maddesi ve devam hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

HMK'da düzenlenen ihtiyati tedbir kurumu istisnai olup karar davanın esasını çözecek veya davanın sonucunu öne alacak nitelikte olamaz.⁵³⁴ Ancak SMK'nın 159'uncu maddesinde genel ihtiyati tedbir kurumundan farklı olarak “*verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere*” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade uyarınca, elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde verilecek hükmün etkinliğini temin etmek için ihtiyati tedbir kararı verileceğinden, verilen ihtiyati tedbir kararı davanın sonucunu öne çekecek ve esasını çözecek nitelikte olabilecektir.

HMK'nın 390'ıncı maddesinin 1'inci uyarınca elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde hak sahibi tarafından talep edilecek ihtiyati tedbir kararı esas hakkında görevli olan mahkemeden tecavüze ilişkin dava açılmadan önce, dava açıldıktan sonra ise asıl davanın görüldüğü mahkemeden istenebilir. Aynı Kanun hükmünün 3'üncü fıkrası uyarınca tedbir talep eden hak sahibi davanın esası yönünden haklılığını tedbir talebinde yaklaşık olarak ispat etmelidir. Kanun hükmünde yer alan yaklaşık ispat kavramı, hâkimin “*mevcut delil durumunda göre davanın davacı lehine sonuçlanmasını oldukça kuvvetli görmesidir.*”⁵³⁵

Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde hak sahibinin ihtiyati tedbir talebinde bulunabilmesi için öncelikle hakkının varlığı gerekmektedir. İkinci olarak ise bu hakkın SMK'nın 7'nci ve 29'uncu maddelerinde öngörülen şekilde tecavüz konusu fiiller ile kullanılması veya kullanılacağına ilişkin ciddi şekilde çalışmalar yapılması gerekmektedir.⁵³⁶ Bu kapsamda ihtiyati tedbir konusu hak, hak sahibinin marka tescilinden veya marka tescil başvurusundan doğan hakkıdır.⁵³⁷

⁵³⁴ ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ ve HANAĞASI, *Medeni Usul Hukuku*, 637.

⁵³⁵ PEKCANITEZ, ÖZEKES, AKKAN ve TAŞ KORKMAZ, *Medeni Usul Hukuku CIII*, 2485; ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 834; DİNÇER, *Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar*, 179.

⁵³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. “*Bölüm 2: Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Elektronik Ticaret Kapsamında Marka Hakkına Tecavüz Halleri ve Hakkın Korunması*”

⁵³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. DİNÇER, *Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar*, 92 – 94.

İnternette gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde erişim engeli için verilen ihtiyati tedbir kararlarından sonra kararı kesinleştirmek için HMK'nın 397'nci maddesi uyarınca ihtiyati tedbir kararı talep edildikten sonra iki hafta içerisinde esasa ilişkin dava açılmalıdır. Ancak internet sitelerinde hayali isim ve iletişim bilgileri kullanılabildiğinden, IP adresleri değişkenlik gösterebildiğinden ve yer sağlayıcıların bilgileri belirli süre için saklamaları nedenleriyle tecavüz teşkil edilen fiili kimin gerçekleştirdiği tespit edilememektedir.⁵³⁸ Bu gibi durumlarda, bize göre de isabetli olarak esasa ilişkin davanın HMK'nın 382'nci maddesi ve devam hükümlerinde düzenlenen çekişmesiz yargı hükümlerine göre yapılması gerektiği öğretide savunulmaktadır.⁵³⁹

3.4.3 El koyma

SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendinde el koyma davası düzenlenmiştir. Bahsedilen hüküm uyarınca elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde, *“tecavüz konusu ürünler ve bu ürünlerin üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara tecavüz konusu dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulabilir.”* Bu noktada el konulabilecek ürünler, marka hakkına tecavüz teşkil eden ürünler ve sadece tecavüzlü ürünlerin üretiminde kullanılan, tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştirenin diğer ürünlerinin üretiminde kullanılmayan cihaz, makine vb. aletlerdir. Yargıtay elektronik ticaret için örnek verilebilecek bir uyuşmazlıkta; üretimde kullanılan cihaz, makine vb. aletlerin hangilerine el konulacağı somut olaya göre değerlendirileceğini kabul etmiştir.⁵⁴⁰ Kanun koyucunun tecavüz teşkil eden mal üretiminde kullanılan makine ve cihazlara el konulmasına ilişkin hükmü tecavüzün tekrar etme olanağını tamamen ortadan kaldırmak amacıyla düzenlediği söylenebilir.⁵⁴¹

SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendi uyarınca, elektronik ticaret kapsamında marka hakkına tecavüz edilen hak sahibi aynı Kanun hükmünün 1'inci fıkrasının (d) bendi uyarınca el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerine kendi lehine mülkiyet hakkı tesis edilmesini ve hak sahibi SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendi uyarınca bahsedilen ürün, cihaz veya makinelerin imhasını

⁵³⁸ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 867.

⁵³⁹ ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 868.

⁵⁴⁰ İstanbul BAM, 16. HD. E. 2020/2125 K. 2020/2330 T. 30.12.2020 www.lexpera.com.tr (İnternet Erişimi: 25.03.2023); ÇOLAK, *Marka Hukuku*, 844.

⁵⁴¹ EGE, *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukusal Korunma Yolları*, 104.

mahkemeden talep edebilir. El koyma, imha ve mülkiyet hakkı taleplerinin kabul edilebilmesi için tecavüz konusu fiili gerçekleştirenin kusurlu olması şarttır.⁵⁴²

3.4.4 Hükümün ilanı ve ilgililere tebliği

SMK'nın 149'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (g) bendi uyarınca “*elektronik ticaret kapsamında marka hakkına tecavüz edilen hak sahibi haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere açtığı davanın kesinleşmiş kararını günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesini*” talep edebilir.

3.5 Marka hakkının alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları kapsamında ihlali

Marka hakkı, internet alan adı kullanımı ile ihlal edildiği takdirde ortaya çıkan uyuşmazlıklar çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına taşınabilir. WIPO tarafından uyuşmazlıkların çözümü için Alan Adı Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Yeknesak Politikalar (UDPR) belirlenmiştir.⁵⁴³ Ülkemizde de “.tr” alan adlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nin⁵⁴⁴ 23'üncü maddesi ve devam maddelerinde alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması düzenlenmiştir.

İnternet Alan Adı Yönetmeliğinin 25'inci maddesini 1'inci fıkrasının (a) bendi uyarınca Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasına başvurmak için “*ihtilaf konusu alan adının, sahip olunan ya da ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretlerle benzer ya da aynı olması ve alan adını tahsis ettiren tarafın bu alan adı ile ilgili yasal bir hakkı ya da bağlantısının olmaması ve bu alan adının alan adı sahibi tarafından kötü niyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması*” gerekmektedir. Bu kapsamda tescilli marka ile aynı ya da benzer olan alan adının, alan adı sahibinin alan adını kullanmak için herhangi bir hakkı veya meşru menfaati yoksa ve kötü niyetli olarak alan adını almış ise uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvurabilir.⁵⁴⁵

⁵⁴² EGE, *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*, 106.

⁵⁴³ 24.10.1999 tarihinde İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurulu tarafından kabul edilmiştir.

⁵⁴⁴ 07.11.2010 tarihli 27752 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵⁴⁵ Çalışmamızın konusu elektronik ticaret kapsamında marka hakkına tecavüz hallerinin SMK kapsamında değerlendirilmesi olduğu için alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması hakkında daha fazla bilgi verilmemiştir.

SONUÇ

Teknolojinin gelişmesine paralel olarak elektronik ticaretin de gelişip değişmesi nedeniyle, “*elektronik ticaret*” kavramı için verilebilecek tek bir tanım yoktur. Bununla birlikte söz konusu kavram, ticari faaliyet sırasında internet kullanımı ile sınırlandırılmadan ele alınıyorsa geniş anlamıyla; internet kullanımı ile sınırlı olarak değerlendiriliyorsa dar anlamı ile tanımlanmaktadır. Kanaatimizce elektronik ticaret; elektronik ortamda çevrimiçi olarak gerçekleştirilen; mal veya hizmetlerin üretimi, alımı, satımı, reklamı, pazarlanması gibi her türlü ticari faaliyeti ifade eder. İnternet kullanılmadan intranet gibi kapalı ağlar veya telefon, faks makinesi, televizyon, elektronik ödeme ile para transfer sistemleri ve EDI gibi açık ya da kapalı ağlara bağlı elektronik ortamlarda da ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesinin mümkün olması nedeniyle elektronik ticareti dar anlamlı olarak tanımlayan görüşlere katılamıyoruz.

Elektronik ticaret faaliyetlerinde marka hakkına tecavüz; tescilli marka ile aynı işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetler için kullanılması, tescilli marka ile karıştırılma ihtimali yaratacak şekilde aynı veya benzer işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerle benzer mal veya hizmetler için kullanılması veya bir işaretin tanınmış bir markadan haksız bir yararın sağlanacak şekilde kullanılması, tanınmış markanın itibarına zarar verilecek şekilde kullanılması ve tanınmış markanın ayırt edici karakterine zarar verilecek şekilde kullanması fiilleri halinde söz konusudur. Kanun koyucu tecavüz halini tahdidi olarak düzenlemiştir.

Markaya tecavüzden söz edilebilmesi için bir işaret, marka olarak kullanılmalıdır. Her ne kadar köken gösterme fonksiyonu markanın asli fonksiyonu olarak kabul edilse de, günümüzde markanın diğer işlevlerinin de en az bu fonksiyon kadar önem arz etmesi nedeniyle, markanın tüm fonksiyonlarını kapsayacak şekilde gerçekleşen kullanımın markasal kullanım olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Elektronik ticaret için markasal kullanım, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrimiçi ticari ve iktisadi faaliyetlerde markanın fonksiyonlarından en az birinden yararlanacak şekilde kullanım olarak ifade edilebilir.

Elektronik ticaretin geleneksel ticaretten ayrılıp farklı bir nitelik kazanmasını sağlayan özelliği, fiilin tamamının veya bir kısmının elektronik ortamda gerçekleşmesidir. Bu nedenle bir fiilin tamamının veya bir kısmının elektronik

ortamda çevrimiçi olarak gerçekleşmesi halinde elektronik ticaret kapsamında marka hakkına tecavüzden söz edilebilir. Elektronik ortam, sayısal/dijital verileri konu alır. Elektronik ortamı internet altyapısını kullanma ile sınırlandırmanın günümüzde sıklıkla kullanılan hard disk, flash disk, telefon, fax, EDI gibi bilgi, belge, görsel, ses gibi olguları elektronik veri haline getiren ya da saklayan ortamları bu ortamlar elektronik ortam olmasına rağmen kapsam dışı bıraktığı kanaatindeyiz. Çevrimiçi, bilgisayar sisteminde sunucuya bağlı ve çalışır durumda olma halidir. Sunucu kavramı, bir ağda diğer kullanıcılar tarafından erişilen kaynakları barındıran bilgisayar ortamını, ağ ise ortak iletişim standartlarını destekleyen birbirlerine bağlı bilgisayar topluluklarını ifade eder. Dolayısıyla elektronik ticaretin tanımından hareketle, bir faaliyetin elektronik ticaret kavramı çerçevesinde kabul edilebilmesi için öncelikle o işlemin bir bilgisayar ağı üzerinden gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu ağ kapalı ya da açık her türlü ağ niteliğini taşıyabilir. Bu sebeple televizyon, telefon, faks gibi elektronik aletlerin bilgisayar ağı ile birlikte kullanılması halinde, bu aletlerle gerçekleştirilen faaliyetlerin de elektronik ticaret dâhilinde değerlendirilebileceği kabul edilebilir.

Elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen bir fiilin marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilebilmesi için kullanımın ticari veya ekonomik amaçla gerçekleşmesi gerekmektedir. Ticaret veya ekonomik alanda kullanım, markanın ticari alanda doğrudan veya dolaylı olarak bir kazanç elde etmeye yönelik kullanımıdır. Milyarlarca insanın buluşma noktası olan, bireylerin sosyal kimliğinin tanındığı ve çevresi ile etkileşimde bulunduğu sosyal medyaya ilişkin elektronik ortamlarda, kullanıcıların bireysel kullanımının yanında teşebbüslerin daha büyük müşteri kitlesine ulaşmak için ticari anlamda kullanması ve elektronik ticaret kapsamında faaliyetlerde bulunması mümkündür. Markanın sosyal medya kullanımlarının marka hakkına tecavüz teşkil etmesi için kullanımın ticari olmasına dikkat edilmelidir.

Marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için kural olarak ihlale neden olan kullanımın marka sahibinden izinsiz gerçekleşmesi gerekir. Elektronik ticaret faaliyetleri kapsamında yapılan izinsiz kullanım halleri de tecavüzü oluşturur.

SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendi uyarınca, tescilli bir marka ile aynı olan bir işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetler için elektronik ortamda marka sahibinden izinsiz olarak çevrimiçi faaliyetlerde kullanımı elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinden biridir. Tecavüz

konusu kullanım tescilli markanın aynısının kullanımı olmalı ve kullanım tescil kapsamındaki mal veya hizmetler için olmalıdır. Kanun'un bu hükmünde yer alan “*aynı*” kavramı, tescilli markanın tereddüde yer vermeyecek nitelikte aynısının kullanımını ifade eder.

Tescilli marka ile aynı veya benzer olan, tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde kullanılan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin elektronik ortamda çevrimiçi iktisadi ve ticari faaliyetlerde kullanılması SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi uyarınca elektronik ticaret kapsamında gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinden biridir. Elektronik ticaret faaliyetinde mal veya hizmetler için kullanılan bir işaret, tescilli bir markanın aynısı veya benzeri olup tescilli marka ile aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılarak ortalama tüketici nezdinde kullanılan işaretin tescilli marka sahibinden kaynaklandığı algısı yaratıyorsa karıştırılma ihtimali söz konusudur. Elektronik ticaret faaliyetinde mal veya hizmetler için kullanılan bir işaret, tescilli bir markanın aynısı veya benzeri olup tescilli marka ile aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılarak ortalama tüketici nezdinde işaretin tescilli marka sahibinden farklı bir teşebbüsten kaynaklandığı ancak iki işaret arasında bağlantı olduğu algısı yaratıyorsa ilişkilendirilme ihtimali söz konusudur.

Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın elektronik ortamda çevrimiçi faaliyetlerde kullanılması SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendi uyarınca elektronik ticaret kapsamında yapılan marka hakkına tecavüz hallerinden biridir. Elektronik ticaret faaliyetlerinde ihlal edilen bir markanın tanınmış olup olmadığı somut olaya göre belirlenmelidir. Tanınmış markaya tecavüzden söz edilebilmesi için marka Türkiye’de belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmalıdır. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki elektronik ticaret faaliyetlerinde bulunanlar markalarını elektronik ortamlar aracılığı ile hızla dünya veya ülke genelinde tanınmış hale getirebilir.

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasını ihlal eden kullanımlara örnek gösterilmiş ve bu kullanımların

yasaklanabileceği düzenlenmiştir. Anılan örneklerden ilki, bir işaretin mal veya hizmetin ambalajı üzerinde diğer mal veya hizmetlerden ayrılması için kullanılmasıdır. Elektronik ticaret konusu mal, fiziki varlığı bulunmayan, gayri maddi nitelikteki dijital bir varlık ise ambalaj sadece fiziki varlıklar için kullanılabileceğinden tecavüz söz konusu değildir. Ancak fiziki malları konu alan tecavüz hallerinde Kanun'un ilgili hükmü uyarınca tecavüzden söz edilebilir.

Anılan örneklerden ikincisi, marka hakkını ihlal eden bir işareti taşıyan malı; satmak, dağıtmak, başkasına ulaştırmak gibi malın el değiştirmesi amacını güden faaliyetler için kullanılmasıdır. Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan kişi ya da teşebbüs marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan malı piyasaya internet sitesi, mobil uygulama, sosyal medya hesapları ve uygulamaları vb. elektronik ticaret araçları ile sunabilir veya teslim edebileceğini teklif edebilir. Stoklama veya depolama eylemleri sayısal/dijital varlıklar için elektronik ortamda gerçekleşebilir. Elektronik ticaret faaliyetinde bulunanlar SMK'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan dijital/sayısal varlıkları piyasaya sunma amacıyla bahsedilen elektronik ortamlarda internet sitesi, mobil uygulama, sosyal medya hesapları ve uygulamaları vb. elektronik ticaret araçları ile satabilir ve hatta optik okuyucu (cd/DVD), flash sürücü (flash disk), taşınabilir harici sürücü (harddisk), USB thumb sürücü vb. içerisinde elektronik ortam barındıran ancak fiziksel bir varlığı da olan elektronik cihazlara depolayıp fiziki olarak satımını da gerçekleştirebilir. Bu durumda yapılan depolama işlemi her ne kadar fiziki bir depolama olmasa da dijital/sayısal varlıkların piyasaya sürülmesi için yapıldığından SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca yasaklanabileceği görüşündeyiz.

Konuya ilişkin olarak düzenlenen üçüncü örnek, marka hakkını ihlal eden işareti taşıyan malı ithal ya da ihraç etmektir. Dünya ticaretinin geçirdiği dijital dönüşüm ile beraber elektronik ticaret kapsamında gerçekleştirilen dış ticaret faaliyetleri elektronik dış ticaret olarak; ithalat ve ihracat faaliyetleri ise elektronik ihracat ve elektronik ithalat olarak adlandırılmaktadır. Kanaatimizce bu noktadan hareket ederek elektronik ihracat ve elektronik ithalat faaliyetlerinin elektronik ortamda çevrimiçi olarak gerçekleştirilen ihracat veya ithalat faaliyetleri olduğu söylenebilir.

Bu örneklerden dördüncüsü ise, marka hakkını ihlal eden işaretin teşebbüslere ait iş evrakı ve reklamlarda kullanılmasıdır. Yargıtay kararlarında "iş evrakı"

kavramıyla esasen basılı evrak kastetmiş olsa da bize göre konuya ilişkin Yargıtay kararlarının eski tarihli olduğu dikkate alınarak, söz konusu kavramın elektronik ortamlarda düzenlenen iş evrakını da kapsayacağı kabul edilmelidir. ETDK'nın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletiler ticari elektronik iletilerdir. Kanaatimizce bu iletiler iş yerinin bilgilerini içerip içeriğinde kampanya, indirim, iş yerinin yeri, mönü, promosyon gibi unsurları içerdiğinden ve iş yerine kazanım sağlama amacıyla gönderildiğinden iş evrakı olarak değerlendirilmelidir. Elektronik ticaret faaliyetlerinde internet reklamcılığı hedef internet sitesi reklamcılığı, arama motoru reklamcılığı, elektronik posta reklamcılığı, içerik ağı reklamcılığı, sosyal medya ve oyun reklamcılığı gibi şekillerde gerçekleştirilebilir.

SMK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında sayılan örneklerden beşincisi, marka hakkını ihlal eden işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılmasıdır. Markanın internet ortamında kullanımından dolayı tecavüzden söz edilebilmesi için kullanımın bir hakka dayanmaması veya meşru bir bağlantı olmaması ve kullanımın ticari etki yaratacak bir şekilde olması gerekmektedir.

İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adlar internet alan adı olarak ifade edilir. Alan adları üst seviye alan adları ve ikinci seviye alan adları olmak üzere 2 temel unsurdan oluşur. Alan adının en solunda yer alan ve kullanılması için herhangi bir kurum veya kuruluşun izin alınması gerekmeyen kısım da üçüncü seviye alan adı olarak adlandırılır. Üst seviye alan adları jenerik üst seviye alan adı ve ülke kodu üst seviye alan adı olmak üzere 2 bölümün sırası ile soldan sağa doğru yan yana gelmesi ile oluşur. Jenerik üst seviye alan adı, alan adının faaliyet sahasını, ülke kodu üst seviye alan adı ise alan adının ait olduğu ülkeyi işaret eder. İkinci seviye alan adları, üst seviye alan adının solunda yer alan, alan adlarının diğer alan adlarından ayrılmasını sağlayan ve serbestçe seçilip tescil ettirilebilen kısımdır. Bu nedenle,

marka ihlalinin bahisle ortaya çıkan uyuşmazlıkların konusu ikinci seviye alan adlarıdır.

Yönlendirici kodlar; HTML’de internet sayfasının kaynak kodunda yer alması nedeniyle internet kullanıcısı tarafından görülemeyen, internet adresinin içeriğini tanımlamak için kullanılan anahtar sözcüklerin kodlanmasını ifade eder. Yönlendirici kod olan kelime internet arama motorunda aratıldığı zaman arama motorunda bu yönlendirici kodun yer aldığı internet adresleri arama sonucu olarak çıkar. Elektronik ticaret faaliyetlerinde kendi markasını kullanan marka sahibinin, arama motorunda üst sıralarda bulunabilmek için markasını oluşturan işareti veya markasını tanımlayan ifadeleri yönlendirici kod olarak kullanması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

İnternet kullanıcılarının arama motorlarında internet adreslerine ulaşmak için kullandıkları kelimelere anahtar sözcük denir. Elektronik ticaret siteleri, belirledikleri anahtar kelimeler ile en çok ulaşılabilir site olmaya çalışırlar. Bu sebeple arama motorlarında anahtar kelimenin aratılması ile beraber bulunurluklarını arttıracak şekilde arama bazlı reklamlar yapabilirler. Teşebbüsler tarafından genellikle markaları ve markalarını tanımlayan ifadeler anahtar sözcük olarak seçilmektedir. Ancak üçüncü kişilerin haksız fayda sağlamak için başkasına ait markayı anahtar sözcük olarak seçmesi ve bu anahtar sözcüğü reklam olarak kullanması ile karşılaşılmaktadır. Böyle bir durumun varlığında başkasının markasını anahtar sözcük olarak kullanan üçüncü kişiler fayda sağlarken marka hakkı sahibi reklamlar nedeniyle ortaya çıkan; markası ile arama motorunda üst sırada çıkan internet adresi arasında bağlantı olduğunun sanılması ve bu nedenle tüketicinin karıştırılma ya da ilişkilendirilme ihtimali yaşaması, arama motorunda üst sırada çıkan site taklit ürünler satıyorsa markasına tecavüzün söz konusu olması, çıkan sonuçlardan dolayı markasının ayırt edici karakterinin zarar görmesi, markasının itibarının zedelenmesi, markasının tanınırlığından faydalanılması gibi sebeplerden zarar görmektedir.

SMK’nın 7’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında sayılan altıncı örnek, marka hakkını ihlal eden işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılmasıdır. Sanal mağaza isimlerinin işletme adı olarak kabul edilebileceği ve bu nedenle sanal mağaza isimleri marka hakkını ihlal eden nitelikte ise bahsedilen hüküm uyarınca sanal mağaza adı kullanımının yasaklanabileceği kanaatindeyiz.

Nihayet MK'nın 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca marka hakkını ihlal eden işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması da yasaklanabilecek fiiller arasında sayılmıştır. Anılan Kanun hükmünde yer alan *"hukuka uygun olmayan"* ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu noktada karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olup olmadığı tespit edilirken karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 8'inci maddesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61'inci maddesi ve devam hükümleri ve TTK'nın Hakız Rekabeti düzenleyen 54'üncü ve devam maddeleri dikkate alınmalıdır.

SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek marka hakkına tecavüz hallerinden biridir. Sahte eşya Gümrük Yönetmeliği'nin 100'üncü maddesinde ambalajı da dâhil olmak üzere, yetkisiz olarak hak sahibinin aynı tip eşya için geçerli tescilli markası ile aynı ticari markayı veya esas yönleri itibarıyla bu ticari markadan ayırt edilemeyen bir ticari markayı taşıyan ve bu yolla fikri ve sınai hakların korunması mevzuatına göre güvence altına alınan hakkı ihlal eder nitelikteki eşya olarak tanımlanmıştır. Bu noktada benzer olan mal veya hizmetler taklit ya da sahte değildir, Kanun'un 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi kapsamında tecavüz olarak kabul edilemez.

SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak marka hakkına tecavüz hallerinden biridir. Kanun hükmü kapsamında tecavüzden söz edilebilmesi için öncelikle taklit bir marka olmalı ve Kanun hükmünün öngördüğü eylemleri gerçekleştiren kişinin markanın taklit olduğunu bilmesi veya bilmesini gerektiren bir durum olmalıdır. Marka taklit değilse veya eylemi gerçekleştiren markanın taklit olduğunu bilmiyor ya da bilebilecek durumda değilse Kanun hükmü kapsamında tecavüz yoktur. Bir malın üzerindeki işaret tescilli marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer değilse taklit değildir, o ürünü üzerinde taşıyan mal da sahte mal olarak kabul edilemez.

SMK'nın 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (ç) bendi uyarınca marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek marka hakkına tecavüz hallerinden biridir.

Elektronik ticaret kapsamında gerçekleştirdiği faaliyetlerin marka hakkına tecavüz oluşturduğu iddia edilen kişiler, marka hakkının tükendiği, marka hakkının dürüst olarak kullanıldığı, kullanımın gerçek hak sahipliği ve eskiye dayalı kullanıma dayandığı, davacının uzun süredir sessiz kalarak hak kaybına uğradığı veya markasını kullanmadığı iddiasında bulunabilir.

İnternet alan adı, yönlendirici kod, anahtar kelime gibi internet kullanımlarında, sosyal medyada, mobil uygulamalarda veya bilgisayar programlarında gerçekleşen marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerden sorumluluk, tecavüzü gerçekleştirdiği iddia edilenin erişim sağlayıcı, yer sağlayıcı veya içerik sağlayıcı olup olmadığının tespiti ile mümkündür. Erişim sağlayıcılar internet ortamına kullanıcıların ulaşmasını sağlayan kişiler olup marka hakkına tecavüz teşkil eden fiil kendisine bildirilmediği sürece herhangi bir sorumluluğu ya da araştırma yükümlülüğü yoktur. Yer sağlayıcı, elektronik ortamda hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten kişilerdir. Yer sağlayıcıların sorumluluğu marka hakkına tecavüz teşkil eden kullanımın kendisine haber verilmesinden sonra başlar. Yer sağlayıcı kendisine yapılan bildirimden sonra içeriği kaldırmazsa sorumluluğu doğacaktır. İçerik sağlayıcıların sorumluluğu ise haksız fiil sorumluluğu olup aslında sosyal mecra, mobil uygulamalar veya bilgisayar programlarında marka hakkına tecavüz teşkil eden fiili gerçekleştirendir.

Elektronik ticaret faaliyetlerinde gerçekleşen marka hakkına tecavüz hallerinde hak sahibi tecavüzün tespiti davası, tecavüzün durdurulması ve önlenmesi davası, tecavüzün kaldırılması davası, maddi tazminat davası, manevi tazminat davası, itibar tazminatı davası açabilir. Ayrıca delil tespiti, çeşitli ihtiyati tedbirler, el koyma ve hükmün ilanı ve ilgililere tebliğini talep edebilir.

KAYNAKÇA

ABBASOĞLU, Hayriye Dilara. “Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2020.

AKAR, Erkan. *Elektronik ticaret, Sosyal Ticaret, Mobil Ticaret*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

AKÇAOĞLU, Ertuğrul. *Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi*. Ankara: Mali Akademi Yayınları, 2012.

AKKAYA, Mustafa. “*Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi*” (http://enoter_hukuk.tripod.com/mustafa_akkaya.htm)

AKKURT, Sinan Sami. “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”. *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60-1 (Mart 2011): 19-46.

AKPUNAR, Esra Nur. “Türkiye’de Elektronik Dış Ticaretin Gelişimi ve İstihdam İlişkisi”. *Harran Maarif Dergisi*. 2 -2 , (2017): 18-32.

AKTEKİN, Uğur, Güldeniz Doğan ALKAN ve İbrahim Barış SAYAR. “Türk Hukuku Kapsamında Tanınmış Marka Kavramı ve Koruma Kapsamı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 2, (2016),:1-25.

AKYOL, Çağla. “Markaların İnternet Alan Adı Olarak Kullanılmasından Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çevrimiçi (Online) Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi İle Çözümü.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2022.

ALTINOK, Arda. “Markanın İnternet Alan Adı Olarak Kullanılması”. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019.

ANTALYA, O. Gökhan ve Murat TOPUZ. *Medeni Hukuk*, 2 cilt. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

ARKAN, Sabih. “Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 20.3, (2000): 5-13.

ARKAN, Sabih. *Marka Hukuku*. 2 Cilt. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.

ARKAN, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022.

ARKAN, Sabih. “Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 20.1, (1999): 5-17.

ARSLAN Çetin ve Mustafa KIRMIZI. *Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.

ARSLAN, Merve. *Elektronik Ticaret ve Bu Kapsamda Akdedilen Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

ARSLAN, Ramazan, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ ve Emel HANAĞASI. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

ATALI, Murat, İbrahim ERMENEK ve Ersin ERDOĞAN. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

AVŞAR, Zakir ve Gürsel ÖNGÖREN. *Bilişim Hukuku*. İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği, 2010.

AY, Sema ve Hilal KESER ed. *Ticarete Dijital Dönüşüm ve Elektronik Ticaret*. İstanbul: Değişim Yayınları, 2020.

AYAN, Mehmet. *Borçlar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

AYDIN, Fatih. “Sınai Mülkiyet Kanunu Ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 122 (2017): 517-576.

AYHAN, Rıza, Hayrettin ÇAĞLAR ve Mehmet ÖZDAMAR. *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022).

AYHAN, Rıza, Hayrettin ÇAĞLAR, Burçak YILDIZ ve Dilek İMİRLOĞLU. *Sınai Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

BALIK, İfakat. *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırılmalı Reklam*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

BAZ, Fatih Çağatay. *Dijital Dönüşümde Herkes İçin Elektronik Ticaret*. Adana: Karahan Kitabevi, 2020.

BEI, Zhiling. “The One-Party Versus Third-Party Platform Conundrum: How Can Brands Thrive?”. *Journal of Marketing*, 87-2, (2023): 253-274.

BİDGOLİ, Hossein. *Electronic Commerce*. San Diego: Academic Press, 2002.

BOLAT, Sefa Bedirhan. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Haklarında Tükenme İlkesi.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2021.

BOZBEL, Savaş. “Markanın Domain Names, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması”. *XIV. Türkiye’de İnternet Konferansı Bildirileri* içinde derleyen Mustafa AKGÜL, Ethem Derman, M. Ufuk Çağlayan ve Attila Özgüt, 97-104. İstanbul: İnternet Teknolojileri Derneği, 2009.

BOZGEYİK, Hayri. *Marka Hakkının Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

BOZKURT, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023)

CARVACHE-FRANCO, Orly, Jose LOAIZA-TORRES, Carolina SOTO-MONTENEGRO, Mauricio CARVACHE-FRANCO ve Wilmer CARVACHE-FRANCO. “The Risks Perceived By The Consumer İn The Acceptance Of Electronic Commerce”. *PLoS ONE*, 17(11), (2022) (<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0276853>).

CENGİZ, Dilek. *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1995.

ÇAKIRER, Mehmet AKİF. *Elektronik Ticaret*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.

ÇEHRELİ, Ceren. “Assortment Games With Effort In Online Marketplaces”. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Boğaziçi Üniversitesi, 2018.

COŞGUN, Özlem Kahraman. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21-1, (2015): 107-166.

ÇOLAK, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2018.

DEMİRCİ, Zeynep Binnur. “Tanınmış Marka ve Nispi Tescil Engelleri”. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, 2022.

DICKIE, John. *Producers And Consumers In Eu Elektronik Commerce Law*. Oregon: Hart Publishing, 2005.

DİNÇER, Yasin. *Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

DİŞLİ, Esra. “Marka Hakkının İnternet Ortamında İhlali.” Yayımlanmamış yüksek lisans tezi. Ankara Üniversitesi, 2016.

DOĞAN, Beşir Fatih. “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, 6-3, (2006/3): 17-42.

DÜNDAR, Efe. *Advocate General Görüşleri ile Marka Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları*. Ankara: Seçkin, 2021.

DURCEYLAN, M. Mekin. *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*. Ankara: Seçkin, 2022.

EGE, Önder. *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*. Ankara: Seçkin, 2021.

ERBAŞLAR Gazanfer ve Şükrü DOKUR. *Elektronik Ticaret*. Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2016.

EYUBOĞLU, Ceren. “Türk Patent ve Marka Kurumu ve Yargı Kararları Çerçevesinde 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre İltibas İhtimalinin Değerlendirilmesi”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 15.169, (2020): 1849-1856.

FISHMAN, Stephen. *Trademark: Legal Care for Your Business and Product Name*. California: Nolo, 2019.

GEDİK, Yasemin. “Pazarlamada Yeni Bir Çerçeve: Sosyal medya ve Web 2.0”. *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 1, (2020): 252-269.

GEZDER, Ümit. “Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (2016): 1119-1132.

GİLLIES, Lorna E. *Electronik Commerce and International Private Law*. England: Routledge, 2008.

GÖLE, Celal ve Ali BOZER. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020.

GÖKMEN, Özlem. “Marka Hukukunda Rüçhan Hakkı”. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Çankaya Üniversitesi, 2015.

GÜREL, Elif. “Marka Hakkının İnternet Ortamında İhlali.” Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 2023.

GÜNEŞ, İlhami. *Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

GÜNEŞ, İlhami. *Uygulamalı Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

GÜRBÜZ GÜNGÖR, Emine. “Paris Sözleşmesi Kapsamında Tanınmış Markaların Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Korunması”. *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, (2017): 293-310.

İMİROĞLU, Dilek. “Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi.” Yayımlanmamış yüksek lisans tezi. Gazi Üniversitesi, 2017.

KAHRAMAN, Zeliha. *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları: Karşılaştırmalı Bir Analiz*. Ankara: Seçkin, 2017.

KARAHAN, Sami, Cahit SULUK, Tahir SARAÇ ve Temel NAL. *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

KAYA, Ferman. *Elektronik Ticaret Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

KAYA, Mehmet Bedii. *Elektronik Ticaret Hukuku – Ticari Elektronik İletiler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

KAYAR, İsmail. *Ticari İşletme Hukuku* Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.

KAYIHAN, Şaban. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

KELEŞ, Ali. “Türkiye’nin Elektronik Ticaret İşlem Hacmi ve İletişim Teknolojilerindeki Gelişmeler”. *Journal of Turkish Studies*, 13,6 (2018): 81-95.

KIRCI, N. Berkay. *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

KORKUT, Ömer. Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24.2, (2007): 501-519.

KUNDAK, Oğuzhan. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Ticarete Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2022.

KÜÇÜKALİ, Canan. “6769 Sayılı Kanun Kapsamında Markanın Hükümsüzlüğü”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı*, 19-38 , (2020): 120-141.

LEUNG, Mark T. ed. *Electronic Commerce*. New York: Nova Science Publishers, 2017.

LUCAS JR., Henry C. *Strategies for Electronic Commerce and the Internet*. Massachusetts: The MIT Press, 2002.

KALE, Serdar. *Marka Davalarında Yargılama Usulü*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

KAPLAN, Ali Galip. “Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri”. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2019.

KARA, Berkan. “Türk Hukukunda Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın Korunması”. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Atılım Üniversitesi, 2022.

KARADAŞ, Muhammet İkbal. *Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

KARAKE-SHALHOUB, Zeinab. *Trust and Loyalty in Electronic Commerce: An Agency Theory Perspective : An Agency Theory Perspective*. Westport: Qorum Books, 2002.

KARAYEL, Berk. “Türk marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali Ekseninde Ortalama Tüketici Kavramı.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2019.

KAYA, Mine. *Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme – İnternet – Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

KAYIHAN Şaban ve Mustafa ÜNLÜTEPE. *Medeni Hukuk Bilgisi*. Ankara: Sekin Yayıncılık, 2017.

KAYIHAN, Şaban. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2019.

KOÇAK, Mahmut Arif. "Markanın Tescilli Olduğu Mal Veya Hizmetler Üzerine Bir Değerlendirme [Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Sky-Skykick Kararından Hareketle]", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 7 (2021): 111-131.

KOYUNCU, Alper Çağlar. *Tüketici Uygulamaları Çerçevesinde Haksız Ticari Uygulamalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022

KRAEMER, Kenneth L., Jason DEDRİCK, Nigel P. MELVİLLE ve Kevin ZHU. *Global Electronic Commerce*. New York: Cambridge University Press, 2006.

KRUGMAN, Paul ve Robin WELLS. *Makro İktisat*. Çeviren Fuat OĞUZ, M. Murat ARSLAN, K. Ali AKKEMİK ve Koray GÖKSAL. Ankara: Palme Yayıncılık, 2013.

KURU, Baki. *Medeni Usul Hukuku*, 2 Cilt. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

MANN Catherine L., Sue ECKERT ve Sarah Cleeland KNIGT. *Global Electronic Commerce: A Policy Primer*. Peterson Institute for International Economics. Washington DC: Institute for International Economics, 2000.

MAZZANTI, Costanzo. *Electronic Commerce: Technologies, Challenges and Future Prospects*. New York: Nova Science Publisher, 2017.

MERAN, Necati. *Marka Hakları ve Korunması*. Ankara: Seçkin, 2015.

MİNTAŞ, Hazal. *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*. Ankara: Seçkin, 2019.

MUTLUOĞLU, Tarık. "Markanın Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanması". Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2010.

OĞUZ, Arzu. Tanınmış Marka ve Tanınmış Marka Ölçütlerinin Uygulanması. *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 140, (2018): 35-48, 39

OĞUZ, Habib. "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları Ve Ülkemizdeki Durum". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 3 (Mart 2013), 1-38.

OĞUZ, Sefer. *İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.

ÖĞÜZMAN, M. Kemal ve Nami BARLAS. *Medeni Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

OKUDUR, Asena İrem. “Paris Sözleşmesi’ne Göre Tanınmış Marka İle Türkiye’de Belirli Bir Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın Korunması.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Başkent Üniversitesi, 2022.

ORMANCI, Gürkan. Türk Hukuku Kapsamında İşletme Adının Haksız Rekabet Hükümleri Uyarınca Korunması. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 6 (2020): 108-127.

ÖKSÜZ, Mustafa. Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 34(156): 301-339.

ÖZEL, Çağlar. *Marka Lisansı Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

ÖZER, Fatma. *Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi*. Ankara: Sekin Yayıncılık, 2017.

ÖZŞAHİN, Özge. *Sınai Mülkiyet Hukuku El Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

ÖZTÜRK, Onur, Ahmet Akif KARADAMAR, Dilek TAŞKIN ve Çağatan TAŞKIN. *Instagram ve Sosyal Ticaret*. Bursa: Dora Basım-Yayım-Dağıtım, 2018.

PEKCANITEZ, Hakan, Muhammet ÖZEKES, Mine AKKAN ve Hülya TAŞKORKMAZ. *Medeni Usul Hukuku*. 3 Cilt. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

RÜZGÂR, Eser. *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.

SARI, Onur. Markanın Yaygın Ad Haline Gelmesine Karşı Korunması, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17.206, (2022): 71-105.

SARI, Onur. “Sınai Mülkiyet Kanununda Düzenlenen Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıklara Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanması”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18.2, (2019): 345-386.

SARI Onur. *Türk ve AB Hukukunda Marka Hakkı Edinme Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

SARIGÜL, Harun. “Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali”. Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2019.

SARIGÜL, Gamze. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka İhlalinin Hukuki Sonuçları.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, 2022.

SELÇUK, Ahmet, “Marka Hukukunda Kullanıma Dayalı Öncelik Hakkı”. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2020.

SİRMEN, A. Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

SOYSAL, Tamer. “Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) Ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 1, 12 (2018): 693 - 722.

SAVAŞ, Taner ve Murat SAYGIN. *Türk Patent ve Marka Kurumu Uygulamaları ve Yargıtay Kararları Işığında Marka Tescil Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

SÖYLEYENSOY, Guşan. “Tescilli Markanın İnternette Alan Adı Olarak Kullanılarak Tecavüze Uğraması”. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2011.

STIM, Richard. *Patent, Copyright & Trademark*. California: Nolo, 2020.

SULUK, Cahit, Rauf KARASU ve Temel NAL. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

ŞAHİN, Mehmet. “Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı”. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2020.

ŞAHİN SİPAHİOĞLU, Diren. “Marka Hakkına Tecavüz Sayılan ve Sayılmayan Fiiller.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019.

ŞEN, Ersan, İrem ŞEN ve Selvacan AKPINAR. “İnternet Haberciliğine ve Sosyal Ağ Kullanımına Müdahale Sınırı”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 181 (Eylül 2021): 1797-1806.

ŞENOCAK, Kemal. “Tescilli Markanın Aynısının ve Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 25 (2009): 113-118.

TANRIVER, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. 2 Cilt. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

TANG, Zheng Sophia . *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

ÖZEN, Miyale Tanla. “Haksız Rekabetin Elektronik Ortamda Görünüm Şekilleri.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 2023.

TAŞKIN, Duygu. *Markanın Tescili ve Marka Hakkının Sona Ermesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.

TEKİNALP, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

UNNI, Arati, Satya NAND, Vimal BHATT ve Binod SINHA, "A Study on the Customer Buying Behaviour on E-Commerce Websites with Respect to Electronics during Covid-19," *2023 International Conference On Cyber Management And Engineering (CyMaEn)*, 2023, 479-482.

United Nations Commission on International Trade Law. *Promoting Confidence in Electronic Commerce : Legal Issues on International Use of Electronic Authentication and Signature Methods*. VİYANA: United Nations Publications, 2009.

ÜLGEN, Hüseyin, Mehmet HELVACI, Arslan KAYA ve N. Füsün NOMER ERTAN. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.

ÜNAL Mücahit ve Sevgican AYDIN. Marka Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi ve Üçüncü Kişilere Devredilmesi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 31(1): 189-228, 211.

WILD, Charles, Stuart WEINSTEIN, Neil MACEWAN and Neal GEACH. *Electronic and Mobile Commerce Law : An Analysis of Trade, Finance, Media and Cybercrime in the Digital Age*. Hertfordshire: University of Heartfordshire Press, 2011.

WESTLAND J. Christopher ve Theodore H. K. CLARK. *Global Electronic Commerce*. Massachusetts: The MIT Press, 1999.

YAKIN, Emir. “Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Marka Hakkının Uluslararası Tükenme İlkesi.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2020.

YASAMAN, Zeynep. *İnternette Marka Hakkının İhlali*. Ankara: On İki Levha Yayınları, 2020.

YASAMAN, Hamdi. *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasası* (Ankara: Sekin Yayınları, 2021).

YASAMAN, Hamdi. Tanınmış Marka ile İlgili Sorunlar. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4.1, (2005): 209-222.

YASAMAN, Hamdi, Tolga AYOĞLU, Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN, Pınar MEMİŞ KARTAL, Sinan H. YÜKSEL ve Zeynep YASAMAN. *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*. ANKARA: Seçkin, 2021.

YAŞAR, Ali. “Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali.” Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2016.

YILDIRIM, Musa. *Gayri Maddi Haklar ve Vergilendirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.

YILMAZ, Ejder. *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, 2 Cilt. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.

YILMAZ Süleyman ve Abdulkerim YILDIRIM. *Medeni Hukuk 1*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

ZHAO, Yun. *Dispute Resolution in Electronic Commerce*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

TURNİTİN RAPORU

mehmetasil yılmaz

ORJİNALLİK RAPORU

% 15	% 14	% 4	% 7
BENZERLİK ENDEKSİ	İNTERNET KAYNAKLARI	YAYINLAR	ÖĞRENCİ ÖDEVLERİ

BİRİNCİL KAYNAKLAR

1	acikbilim.yok.gov.tr İnternet Kaynağı	% 3
2	hdl.handle.net İnternet Kaynağı	% 1
3	Submitted to Istanbul Medeniyet Üniversitesi Öğrenci Ödevi	% 1
4	acikerisim.aku.edu.tr İnternet Kaynağı	% 1
5	dergipark.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
6	yayin.taa.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
7	katalog.ticaret.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
8	taad.taa.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
9	openaccess.maltepe.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1

10	www.koksalpartners.com İnternet Kaynağı	<% 1
11	dspace.ankara.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
12	www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
13	www.atilim.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
14	Submitted to Bahcesehir University Öğrenci Ödevi	<% 1
15	Submitted to The Scientific & Technological Research Council of Turkey (TUBITAK) Öğrenci Ödevi	<% 1
16	www.muhamrembalci.com İnternet Kaynağı	<% 1
17	Submitted to Istanbul Aydin University Öğrenci Ödevi	<% 1
18	www.tbb.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
19	blog.bagatur.com İnternet Kaynağı	<% 1
20	acikerisim.ybu.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
21	dspace.yasar.edu.tr	

İnternet Kaynağı

<% 1

22

Submitted to Yeditepe University

Öğrenci Ödevi

<% 1

23

dspace.baskent.edu.tr

İnternet Kaynağı

<% 1

24

iprgezgini.org

İnternet Kaynağı

<% 1

25

www.lexpera.com.tr

İnternet Kaynağı

<% 1

26

nazaligundem.com

İnternet Kaynağı

<% 1

27

www.fatih.bel.tr

İnternet Kaynağı

<% 1

28

www.igmd.org.tr

İnternet Kaynağı

<% 1

29

Submitted to Istanbul Bilgi University

Öğrenci Ödevi

<% 1

30

acikerisim.akdeniz.edu.tr

İnternet Kaynağı

<% 1

31

jurix.com.tr

İnternet Kaynağı

<% 1

32

www.hukukihaber.net

İnternet Kaynağı

<% 1

33	tez.sdu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
34	Submitted to Galatasaray University Öğrenci Ödevi	<% 1
35	adaletmyo.erdogan.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
36	www.kurtuluspartners.com İnternet Kaynağı	<% 1
37	Submitted to Anadolu University Öğrenci Ödevi	<% 1
38	www.istanbulbarosu.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
39	yetkin.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
40	markanintescili.com İnternet Kaynağı	<% 1
41	nek.istanbul.edu.tr:4444 İnternet Kaynağı	<% 1
42	kongre.akademikiletisim.com İnternet Kaynağı	<% 1
43	GÜLTEKİN, Özkan. "Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda mağdur hakları", Türkiye Adalet Akademisi, 2012. Yayın	<% 1

44	www.emrekurt.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
45	www.teknolojitransferi.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
46	bilisimhukukudergisi.asbu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
47	acikerisim.akdeniz.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
48	ird01.stou.ac.th İnternet Kaynağı	<% 1
49	Submitted to Marmara University Öğrenci Ödevi	<% 1
50	Orly Carvache-Franco, Jose Loaiza-Torres, Carolina Soto-Montenegro, Mauricio Carvache-Franco, Wilmer Carvache-Franco. "The risks perceived by the consumer in the acceptance of electronic commerce. A study of Bolivia", PLOS ONE, 2022 Yayın	<% 1
51	Submitted to University of Western Sydney Öğrenci Ödevi	<% 1
52	blog.lexpera.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
53	dspace.akdeniz.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1

54	tr.wikipedia.org İnternet Kaynağı	<% 1
55	ankarabarusu.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
56	www.jurix.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
57	www.lexology.com İnternet Kaynağı	<% 1
58	Submitted to Hacettepe University Öğrenci Ödevi	<% 1
59	acikerisim.iku.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
60	www.turkmenkitabevi.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
61	earsiv.anadolu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
62	teknolojitransferi.turkpatent.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
63	BOLAYIR, Nur. "FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARINDA CEBRÎ İCRA SİSTEMİ", Dokuz Eylül Üniversitesi, 2014. Yayın	<% 1
64	earsiv.cankaya.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1

65	www.ajit-e.org İnternet Kaynağı	<% 1
66	www.emreheper.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
67	BAFRA, Erdem. "Danıştay Kararları Işığında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu açısından ticaret şirketlerinin rekabeti engelleyici davranışları ile ihalelere birden fazla teklif sunmalar", Kara Harp Okulu, 2014. Yayın	<% 1
68	Submitted to Cumhuriyet University Öğrenci Ödevi	<% 1
69	Submitted to University of Melbourne Öğrenci Ödevi	<% 1
70	adb.adalet.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
71	ets.anadolu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
72	tbbdergisi.barobirlik.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
73	GÜMÜŞLÜ, Gülce. "MİLLETLERARASI AKİTLERDE ELEKTRONİK İLETİŞİMİN KULLANILMASINA DAİR BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMESİ", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2014. Yayın	<% 1

74	Richard C. Vincent. "The Internet and Sustainable Development: Communication Dissemination and the Digital Divide", Perspectives on Global Development and Technology, 2016 Yayın	<% 1
75	acta.bibl.u-szeged.hu İnternet Kaynağı	<% 1
76	digitalcommons.usf.edu İnternet Kaynağı	<% 1
77	www.cetinbarut.com İnternet Kaynağı	<% 1
78	Submitted to Istanbul Gelisim University Öğrenci Ödevi	<% 1
79	earsiv.sehir.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
80	malisozluk.istanbulsmmmmodasi.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
81	www.cm.gov.nc.tr İnternet Kaynağı	<% 1
82	www.muhasibetr.com İnternet Kaynağı	<% 1
83	www.ulken.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1

84	Submitted to University of Maryland, University College Öğrenci Ödevi	<% 1
85	KONCA KURT, Nesibe. "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre asliye ticaret mahkemeleri", Türkiye Adalet Akademisi, 2013. Yayın	<% 1
86	Submitted to TechKnowledge Turkey Öğrenci Ödevi	<% 1
87	adudspace.adu.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
88	bilirkisiraporlari.com İnternet Kaynağı	<% 1
89	books-ebook.ciando.com İnternet Kaynağı	<% 1
90	openaccess.iku.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
91	www.ihaledanismani.com İnternet Kaynağı	<% 1
92	ÇELİK, Onur. "Türk Demir Çelik Sektörünün Karşılaştığı Ekonomik ve Mali Sorunlar İle Bazı Çözüm Önerileri Onur ÇELİK", Gelirler Kontrolörleri Deneği, 2017. Yayın	<% 1
93	Submitted to Özyegin Üniversitesi Öğrenci Ödevi	

		<% 1
94	Submitted to (school name not available) Öğrenci Ödevi	<% 1
95	Submitted to Dalhousie University Öğrenci Ödevi	<% 1
96	Submitted to Eskisehir Osmangazi University Öğrenci Ödevi	<% 1
97	Submitted to Istanbul Medipol Āniversitesi Öğrenci Ödevi	<% 1
98	search.trdizin.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
99	www.acarindex.com İnternet Kaynağı	<% 1
100	www.ilknokta.com İnternet Kaynağı	<% 1
101	www.tbmm.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
102	Submitted to Ankara University Öğrenci Ödevi	<% 1
103	Submitted to Colorado State University, Global Campus Öğrenci Ödevi	<% 1
104	Submitted to Gaziantep Aniversitesi Öğrenci Ödevi	

		<% 1
105	Submitted to Kadir Has University Öğrenci Ödevi	<% 1
106	Submitted to University of College Cork Öğrenci Ödevi	<% 1
107	acikders.ankara.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
108	bkm.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
109	link.umsl.edu İnternet Kaynağı	<% 1
110	www.ankarabarusu.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
111	www.etkiavukatlik.com İnternet Kaynağı	<% 1
112	KONURALP, Cengiz Serhat. "6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA GÖRE İHTİYATİ TEDBİRLER", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, 2013. Yayın	<% 1
113	KURTULAN, Gökçe. "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", Turhan Kitapevi Ofset Matbacılık Tesisleri, 2017. Yayın	<% 1

114	akts.adu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
115	openaccess.izu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
116	sinaimulkiyethukuku.com İnternet Kaynağı	<% 1
117	unece.org İnternet Kaynağı	<% 1
118	www.albaraka.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
119	www.filizkitabevi.com İnternet Kaynağı	<% 1
120	www.goksusafiisik.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
121	www.mutlakbutlan.com İnternet Kaynağı	<% 1
122	ADIGÜZEL, Burak. "Tescil edilmiş tanınmış markanın kullanmama nedeniyle kısmen hükümsüzlüğü sorunu (bir yargıtay hukuk genel kurul kararının değerlendirilmesi)", Dokuz Eylül Üniversitesi, 2013. Yayın	<% 1
123	Submitted to Ataturk Universitesi Öğrenci Ödevi	<% 1

124	abd.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
125	avesis.atauni.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
126	cdn.bartın.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
127	earsiv.medeniyet.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
128	gkd.dergi.comu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
129	icmimarlarodasi.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
130	openaccess.bilgi.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
131	pdffox.com İnternet Kaynağı	<% 1
132	vs1.doczz.fr İnternet Kaynağı	<% 1
133	www.mdpi.com İnternet Kaynağı	<% 1
134	TAHTACI, Ali and AKBAŞ, Uğur. "Taşıt alımlarında malul ve engellilere yönelik ötv istisnası", Vergi Müfettişleri Derneği, 2014. Yayın	<% 1

135	arabulucuyuz.net İnternet Kaynağı	<% 1
136	avukatmehmetsepin.com İnternet Kaynağı	<% 1
137	huseyinsahin.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
138	teknolojitransferi.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
139	www.dicle.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
140	www.olcuhukuk.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
141	www.rekabet.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
142	KAZAKER, Gözde. "VERGİ CEZA HUKUKUNDA KANUNÎLİK İLKESİNE İLİŞKİN BİR ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER", Dokuz Eylül Üniversitesi, 2014. Yayın	<% 1
143	acikerisim.selcuk.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
144	asbuhfd.asbu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
145	calisma.de İnternet Kaynağı	<% 1

146	dosya.gsu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
147	istanbulhda.com İnternet Kaynağı	<% 1
148	lolonolo.com İnternet Kaynağı	<% 1
149	ombudsman.gov.ct.tr İnternet Kaynağı	<% 1
150	openaccess.hacettepe.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
151	www.akfinansbank.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
152	www.eralp.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
153	www.kazanci.com İnternet Kaynağı	<% 1
154	www.lojistikcilerinsesi.biz İnternet Kaynağı	<% 1
155	www.tcmevzuat.com İnternet Kaynağı	<% 1
156	yyplaw.com İnternet Kaynağı	<% 1
157	app.trdizin.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1

158	forum.tercihiniyap.net İnternet Kaynağı	<% 1
159	www.mondaq.com İnternet Kaynağı	<% 1
160	"Security Rights in Intellectual Property", Springer Science and Business Media LLC, 2020 Yayın	<% 1
161	DEĞİRMENCİ, Olgun. "Adil yargılanma hakkı bakımından disiplin mahkemeleri (Avrupa insan hakları sözleşmesi madde 6)", TUBİTAK, 2010. Yayın	<% 1
162	acikerisim.maltepe.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
163	gumrukleme.wordpress.com İnternet Kaynağı	<% 1
164	mburakbozdog.wordpress.com İnternet Kaynağı	<% 1
165	mimhukuk.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
166	moam.info İnternet Kaynağı	<% 1
167	nedenisguvenligi.com İnternet Kaynağı	<% 1

168	www.noterlikrehberi.net İnternet Kaynağı	<% 1
169	www.selcukener.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
170	www.wiklundkurucuk.com İnternet Kaynağı	<% 1
171	Submitted to University of Reading Öğrenci Ödevi	<% 1
172	Submitted to Konya Necmettin Erbakan University Öğrenci Ödevi	<% 1
173	tbmm.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1

ÖZGEMİŞ

Adı ve Soyadı: Mehmet Asil YILMAZ

Öğrenim Durumu: Yüksek Lisans

Derece	Alan	Üniversite	Yıl
Lisans	Hukuk	Bilkent Üniversitesi	2018
Yüksek Lisans	Özel Hukuk A.B.D.	Atılım Üniversitesi	2023

İş Deneyimi:

Çalıştığı Yer	Görev	Yıl
Tayyar Yılmaz Avukatlık ve Arabuluculuk Bürosu	Avukat	2019- halen çalışıyor

Yabancı Diller: İngilizce

Tarih: 12.04.2023