



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MARKA HUKUKUNDAKİ KARIŞTIRILMA İHTİMALİ VE
HAKSIZ REKABET İLİŞKİSİ**

Yüksek Lisans Tezi

Lale KESKİN

Fikri Mülkiyet Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Temmuz 2024



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MARKA HUKUKUNDAKİ KARIŞTIRILMA İHTİMALİ VE
HAKSIZ REKABET İLİŞKİSİ**

Yüksek Lisans Tezi

Lale KESKİN

Fikri Mülkiyet Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Salih POLATER

Temmuz 2024

TEZ ONAYI

Enstitümüzün Tezli Yüksek Lisans Programı numaralı öğrencisi'nın hazırladığı “.....” başlıklı tezi ile ilgili tez savunma sınavı, Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri gereğince / / günü saat 'da yapılmış, tezin onayına oy birliği/oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Başkan :(unvanı-adı-soyadı-imza)

Jüri Üyesi :(unvanı-adı-soyadı-imza)
(Danışman)

Jüri Üyesi :(unvanı-adı-soyadı-imza)

ONAY:

Bu tezin kabulü, Enstitü Yönetim Kurulu'nun / / tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

..... / /

.....

Enstitü Müdürü

İçindekiler

İçindekiler	i
Özet	iv
Abstract	v
Kısaltmalar	vi
Giriş	1

BİRİNCİ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU GENEL BAKIŞ VE MARKA HUKUKU ÖZELİNDE KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

1.1.Fikri Mülkiyet Hukuku Genel Bakış	3
1.1.1. Ayrı bir kavram olarak “Sınai Mülkiyet” Hakları	5
1.1.2. Sınai Mülkiyet Hukuku Konusu ve Amacı	9
1.2. Marka Kavramı	10
1.2.1. Markanın Unsurları	12
1.2.1.1. İşaret Unsuru.....	13
1.2.1.2. Ayırt Edicilik Unsuru	14
1.2.1.3.Sicilde Gösterilebilirlik Unsuru	16
1.3. Markanın Hukuki Niteliği ve Fonksiyonları.....	17
1.3.1. Hukuki Niteliği	17
1.3.2. Markanın Fonksiyonları	18
1.3.2.1. Ayırt Edicilik Fonksiyonu	19
1.3.2.2. Kaynak Gösterme Fonksiyonu	21
1.3.2.3. Garanti Fonksiyonu	22
1.3.2.4. Reklam Fonksiyonu	23
1.4. Markanın Türleri.....	24
1.4.1. Kullanım Amacına Göre: Ticaret Markası- Hizmet Markası	25
1.4.2. Sahiplerine Göre: Bireysel (Ferdî) Marka- Ortak Marka- Garanti Markası	25
1.4.3. Tanınmışlık Düzeyine Göre: Sıradan (Alelade) Marka- Tanınmış Marka	27
1.4.4. Tescil durumuna göre: Tescilli Marka- Tescilsiz Marka	29
1.5. Marka Koruması	30

1.5.1. Genel Olarak	30
1.5.2. Marka Korumasının Kazanılması ve Kapsamı	30
1.5.3. Marka Korumasının Sunduğu Hukuki Yollar	34
1.6. Karıştırılma İhtimali Tanımı ve Kapsamı	38
1.6.1. Karıştırılma İhtimalinin Unsurları	43
1.6.1.1. Mal ve/veya Hizmetin Aynılığı ya da Benzerliği	45
1.6.1.2. Markaların Aynılığı ya da Benzerliği	53
a) Görsel Benzerlik	56
b) İşitsel Benzerlik	58
c) Kavramsal Benzerlik.....	59
1.6.1.3. Benzerliklerin Karıştırılma İhtimaline Neden Olması	60
1.6.2. Karıştırılma İhtimalinin Tespitinde Etkili Faktörler	62
1.6.2.1. Bir Yaklaşım Olarak Global (Bütüncül) Değerlendirme	63
1.6.2.2. Ayırt Edicilikte Unsurlar (Asıl Unsur-Tali Unsur) ve Ayırt Edicilik Düzeyi (Zayıf-Güçlü Marka)	66
1.6.2.3. Markanın Tanınmışlığı	69
1.6.2.4. Hedef Kitlenin Dikkat Düzeyi	71
1.6.2.5. Marka Kullanımı (Markasal Kullanım ve Kullanma Şartı).....	75

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET HUKUKU VE HAKSIZ REKABET ŞARTLARINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ DÜZENLEMESİ

2.1. Rekabet ve Haksız Rekabet Kavramı	77
2.2.1. Haksız Rekabet Hukuku	80
2.2.2. Haksız Rekabet Hukuku'nun Konusu ve Amacı	84
2.2. TTK Haksız Rekabet Hükümleri	87
2.2.1. TTK md. 54 Özelinde Haksız Rekabet Amacı ve İlkesi	89
2.2.2. TTK md. 54 Gereğince Haksız Rekabetin Unsurları	90
2.2.2.1. Ticari Bir Davranış veya Uygulama	90
2.2.2.2. Aldatıcı Olma veya Dürüstlük Kuralına Aykırılık	91
2.2.2.3. Rekabete Katılanlar Arasındaki İlişkinin Etkilenmesi	93
2.3. TTK md. 55 Gereğince Haksız Rekabet Sayılan Uygulama ve Davranışlar	94
2.3.1. TTK md. 54 ve TTK md. 55 Arasındaki İlişki	96

2.3.2. TTK md. 55/1,a- 4. Hükümü ve Karıştırılma Yönünden Unsurları	98
2.3.2.1. Başkasının Malları, İş Ürünleri, Faaliyetleri veya İşlerinin Varlığı	100
2.3.2.2. Karıştırılmaya Yol Açan Önlemler Almak	102
2.3.2.3. Karıştırılmanın Varlığı	103
2.3.3. Karıştırılma İhtimaliyle yakın ilişkili olarak TTK md. 55/1,a- 5 Hükümü	105
2.4. Karıştırılma bakımından 6102 sayılı TTK md. 55/1,a-4 ve mülga 6762 sayılı TTK md. 57/5 hükümlerinin kıyaslanması	107
2.5. TTK hükümlerinin Sağladığı Haksız Rekabet Koruması	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKALAR YÖNÜNDEN TTK VE SMK'DAKİ KARIŞTIRILMA İHTİMALİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ VE KÜMÜLATİF KORUMA İLKESİ

3.1. Fikri Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku arasındaki İlişki ve Kümülatif Koruma İlkesi	117
3.1.1. Fikri Mülkiyet Hukuku İle Haksız Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki.....	117
3.1.2. Genel Olarak Kümülatif Koruma	121
3.1.3. Fikri Mülkiyet Ve Haksız Rekabet Hukukunda Kümülatif Koruma.....	122
3.1.3.1. Kümülatif Korumayı Kabul Eden Görüşler.....	124
3.1.3.2. Kümülatif Korumayı Mümkün Görmeyen Daraltıcı Görüşler.....	126
3.2. SMK ile TTK hükümleri kıyasen karıştırılma ihtimalinin farkları ve ortak yönleri.....	128
3.3. Karıştırılma İhtimalinin Varlığında SMK ve TTK Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu	130
SONUÇ	142
KAYNAKÇA.....	149

ÖZET

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte Kanun Hükmünde Kararnameler ile korunmakta olan marka, patent, tasarım, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adları tek bir çatı altında koruma altına alınmıştır. Mülga 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile büyük ölçüde benzerlik arz etse de Sınai Mülkiyet Kanunu ile marka tanımından markanın koruma kapsamına kadar birçok yeni düzenleme getirilmiştir.

Markalar, asıl olarak Sınai Mülkiyet Kanunu ile koruma altına alınsa da markaların 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında haksız rekabet hükümleri ile de korunabilmesi mümkündür. Ancak doktrinde ve yargı kararlarında markaların haksız rekabet hükümleri ile korunabilmesi için aranan şartlar bakımından tartışmalar bulunmaktadır.

Bu çalışmada markaların karıştırılma ihtimali durumunda Sınai Mülkiyet Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabet hükümlerinin kümülatif koruması ele alınacaktır. Çalışma ile kümülatif koruma ilkesinin uygulanmasının daha lehe olduğu görüşümüz savunulacaktır. Bu amaçla ilk bölümde sınai mülkiyet haklarının ve haksız rekabet hukukunun konusu, amacı ve düzenlemeleri bakımından genel bir çerçeve çizilecektir. Böylece mevcut düzenlemelerin amacı ve kapsamı belirlenecektir. İkinci bölümde ise markanın koruma şartları, fonksiyonları ve koruma kapsamı üzerinde durulacaktır. Üçüncü bölümde ise haksız rekabetin amacı, haksız rekabetin varlığı için gerekli unsurlar ve koruma kapsamı ele alınacaktır. Dördüncü bölümde ise markaların karıştırılma ihtimali, Sınai Mülkiyet Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin kümülatif uygulaması konusu güncel yargı kararları ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Marka Hukuku, Benzerlik, Karıştırılma Tehlikesi, Haksız Rekabet, Sınai Mülkiyet Hukuku

ABSTRACT

With the entry into force of the Industrial Property Law No. 6769, trademarks, patents, designs, geographical indications and traditional product names that were protected by the Decree Laws were taken under protection under a single roof. Although it is largely similar to the repealed Decree Law No. 556, many new regulations were introduced with the Industrial Property Law, from the definition of the trademark to the scope of protection of the trademark.

Although trademarks are primarily protected by the Industrial Property Law, it is also possible for trademarks to be protected by unfair competition provisions within the scope of the Turkish Commercial Code No. 6102. However, discussions continue in the doctrine and judicial decisions regarding the conditions sought for trademarks to be protected by unfair competition provisions.

In this study, the cumulative protection of the unfair competition provisions in the Industrial Property Law and the Turkish Commercial Code in the event of confusion of trademarks will be discussed. For this purpose, a general framework will be drawn in the first section in terms of the subject, purpose and regulations of industrial property rights and unfair competition law. Thus, the purpose and scope of the current regulations will be determined. In the second section, the protection conditions, functions and scope of protection of the trademark will be discussed. In the third section, the purpose of unfair competition, the elements necessary for the existence of unfair competition and the scope of protection will be discussed. In the fourth section, the possibility of confusion of trademarks, the cumulative application of the provisions of the Industrial Property Law and the Turkish Commercial Code will be examined in the light of current judicial decisions.

Keywords: Trademark Law, Similarity, Risk of Confusion, Unfair Competition, Industrial Property Law

KISALTMALAR

ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
BGE	: İsviçre Federal Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CJEU	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
E	: Esas
EUIPO	: Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi
H.D.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
s.	: Sayı
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türkiye Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TÜRKPATENT	: Türk Patent ve Marka Kurumu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TRIPS	: Trade Related Aspects of Intellectual Property (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
WIPO	: World Trade Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)

GİRİŞ

Marka, üretim ve tüketimde güven ve istikrar ortamının sağlanmasına hizmet eden, üretim, satın alma ve rekabet ortamlarını doğrudan ilgilendiren büyük öneme sahip bir olgudur. Üretici tarafında olan teşebbüslerin kendi mal ve hizmetlerini ayırıcı birer işaret olarak kullandıkları markalar, hem ticari hayatta mal ve hizmet sunarak aktif rol alanların üretimlerini özgün ve belirgin kılmak; hem de tüketici kesiminin seçimlerini somutlaştırabilmek adına etkilidir. Bir başka ifadeyle markalar, ürün ve hizmetleri kimliklendiren en etkili unsurlardan biridir.¹

Temelini bir fikir ürünü² olmaktan alan marka, sahibine mutlak bir koruma sağlayan kendine özgü haklardanır. Marka hakkı, mutlak bir haktır ve sahibine tekeli bir koruma sağlayan yetkiler vermektedir. Bunun yanında marka hakkı, sahibine malvarlığına ilişkin menfaatler ile manevi haklar ve kişisel menfaatler de sağlamaktadır.³

Ticaret hayatında aktif şekilde kullanılması ile birlikte marka, piyasadaki etkin rekabet alanına da dahil olmaktadır. Zira markalar, ticari hayatta teşebbüslerin adeta parmak izi gibi üretime özgü bir kimlik ihtiva eder. Markaların sağladıkları ayırt edicilik sayesinde de rekabet ortamının sağlıklı bir şekilde korunabilmesi daha gerekli ve aynı zamanda daha mümkün hale gelmektedir. İşte tam da bu noktada markaların birbiriyle benzerlik taşıması ile aynı veya benzer işaretler olarak intiba yaratacak şekilde kullanımlarda bulunulması ve özellikle tez konumuzu oluşturan markaların birbiriyle karıştırılma tehlikesi içinde bulunması söz konusu olduğunda marka hakkı ihlali ve haksız rekabet teşkili gündeme gelmektedir.

¹Önder Bayrak, *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları* (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 58.

²Erdal Noyan, *Marka Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2004), 47.

³Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Arıkan, 2005), 358.

Markaların, sahibinin izni olmadan aynı veya benzerinin aynı veya benzer mal ve/veya hizmetler yönünden kullanılması, markanın aynı veya benzeri kullanılarak taklit edilmesi, markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde taklit 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 veya marka sahibinin verdiği lisans haklarını izinsiz genişletmek veya üçüncü kişiye devretmek gibi durumlar markaya yönelik tecavüz fiillerindedir. Çalışmamızın ana konusunu oluşturduğu haliyle özellikle markanın aynı veya benzerinin markanın kapsadığı mal ve/veya hizmet yönünden ilişkilendirilme ihtimali de dâhil şekilde kullanımı karıştırılma ihtimali teşkil etmekte ve bu durum da hukuken korunması gereken bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin bu şekilde bir duruma sebebiyet verecek biçimde eylem içermesi hem SMK anlamında bir tescil engeli ve marka hakkı ihlali hem de TTK anlamında haksız rekabet teşkil eden bir ihlal olarak kabul edilmektedir.

Çalışmamızla, markalara fikri mülkiyet hukuku boyutuyla genel bir bakış ve açıklama getirmenin ardından haksız rekabet hukuku yönünden genel bir bakış açısı ve ilgili hükümlerine göre mevcut düzenlemelere değinilecektir. Çalışmamızın devamında ise markanın karıştırılma ihtimali kavramı ve içerdiği unsurlar detaylandırılarak karıştırılma ihtimali durumunda hem SMK hem de TTK'nın uygulanabilirliği farklı durum örnekleri halinde ayrı ayrı veya birlikte uygulanma şeklinde ele alınmaya çalışılacaktır. Bu inceleme yapılırken ayrıca tescilli markalar bakımından hangi hükümlerin uygulanacağı ya da kümülatif koruma ilkesi olarak adlandırdığımız birlikte uygulanma durumunun mümkün ya da ne kadar gerekli olup olmadığı açıklanmaya çalışılacaktır. Sonuç olarak, hukuken markanın karıştırılma ihtimali özelinde fikri mülkiyet ile haksız rekabet hükümleri arasındaki ilişkinin mahiyetinin ortaya konulması hedeflenmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU GENEL BAKIŞ VE MARKA HUKUKU ÖZELİNDE KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

1.1. Fikri Mülkiyet Hukuku Genel Bakış

Fikri mülkiyet hukuku, fikri bir ürünün; kime ait olduğu, sahibine hangi hakları ve tasarrufları edindirdiği ve nasıl hukuki işlem ve eylemlere konu edilebildiği noktalarında somutlaştırılmasıdır.⁴ Fikri mülkiyet hukukunun konusunu oluşturan fikri üründür ve fikri ürün esasen yaratıcı fikirlerin bilim, sanat, endüstri gibi alanlarda yeni ve özgün şekilde bir “ürün” ihtiva edebilecek formda ekonomik ve korunmaya değer bir varlık kazanmasıdır. Fikir temelli ortaya çıkan ürünlere ilişkin haklardan doğan fikri mülkiyet, yaratıcı ve yenilikçi fikirler sonucunda ortaya çıkan fikri ürünleri korumak amacıyla ortaya çıkmış bir hukuk dalıdır.⁵ Kısaca fikri mülkiyet hukuku, soyut fikirlerin somut bir düzlemde ifade edilmiş haline hukuki anlamda somut önemler atfedilmesidir diyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda, önceleri, fikri ve sınai hakların bir mülkiyet hakkı sayılmayacağını, ancak Anayasa’da koruma altına alınmış olan bilim ve sanat çalışmalarından doğan maddi ve manevi menfaatlerin korunmasını isteme hakkı olarak korunabileceğine hükmedilmişti.⁶ Ancak Anayasa Mahkemesi, bu karardan ⁷ özellikle 2004 ve 2008⁸ yılında

⁴ Habibe DİNÇ, *Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Konulması* (Ankara: Seçkin Yay., 2016), 50.

⁵ Feyzan Hayal Şehirli Çelik, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014), 5.

⁶ Salih Polater, “Sınai Mülkiyet Haklarına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnemelerin Anayasa’ya Uygunluğu Sorunu”, *Legal Hukuk Dergisi* 14, sy. 160, (2016): 1890.

⁷ AYM, 1967/10 E., 1967/49 K. sayılı ve 28.12.1967 tarihli kararı, erişim 15 haziran 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1967/49>

⁸ Anayasa Mahkemesi’nin farklı yönde yorumlar yapmaktan vazgeçtiği 2008 yılındaki kararlarından önce de fikri hakların mülkiyet hakkı kapsamına dahil olduğunu söylediği

markalar için verdiği “mülkiyet hakkı kapsamına dâhildir” içerikli verilen kararı ve devamındaki kararları ile bu içtihadından dönmüştür.⁹ Bu yeni içtihat ile birlikte Anayasa’mızın 35. Maddesi ile güvence altına alınmış olan mülkiyet hakları fikri mülkiyet yönünden de geçerli kabul edilmektedir. Bu kararlar ile, markaların mülkiyet hakkı kapsamında olduğu ve temel hakların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesinin mümkün olmadığından bahisle markaların da (hatta tüm fikri hakların) kanun hükmünde kararname ile düzenlenmemesi gerektiği kabul etmiştir. Bu dönüm noktası kararlarından sonra Anayasa Mahkemesi, özellikle fikri hakların ekonomik değer taşıyor olması sebebiyle, gayrimaddi mal statüsündeki fikri hakları da mülkiyet hakkı korumasına dahil etmiştir.¹⁰ Bu kararlar, bir diğer yönüyle de fikri mülkiyet haklarının ayrı bir kanunla yani SMK ile düzenlenmesine sebep olmaları nedeniyle de önem taşımaktadır.

Fikri mülkiyet haklarının birer mülkiyet hakkı olarak kabul edilmesi, bu hakların eşya hukuku anlamındaki mülkiyet hakkı ile birebir bir hak sağlama olmadığını önemle belirtmek gerekmektedir. Fikri mülkiyet hakları belirttiğimiz üzere “gayrimaddi mallar” statüsünde haklardır¹¹ ve bu nedenle somutlaştığı

kararları vardır. Bkz: AYM, 2002/92 E., 2004/25 K. sayılı ve 2.3.2004 tarihli kararı. Resmi Gazete tarih/sayı: 14.5.2004/25462. Erişim 15 Haziran 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2004-25-nrm.pdf>

⁹ Kararda:” ... *Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında yer almaktadır*” diyerek fikri ve sınai hakları mülkiyet hakkının konusuna gayrimaddi mallar kapsamında dahil etmiştir. Devamında ise “...*Bir markanın sahibine sağladığı haklar, “marka hakkı” olarak adlandırılmakta ve fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle marka hakkı üzerinde yapılacak sınırlandırmalarda, Anayasanın “Mülkiyet hakkı” başlıklı 35. maddesinin esas alınması gerekmekte ve marka hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi mümkün bulunmaktadır.*” Demekle marka hakkı özelinde fikri mülkiyet haklarına yönelik sınırlayıcı eylemlerin ancak kamu yararıyla ve kanunla mümkün olacağı belirtilerek temel haklardan olduğu açıkça kabul edilmiştir. AYM, 2004/3 E., 2008/47 K., T.31.1.2008; E.2004/81, K.2008/48, T.31.1.2008, erişim 29 Kasım 2022, https://anayasa.gov.tr/media/4875/aym45_2.pdf

¹⁰ Mülkiyet hakkı kapsamı için bkz. “MÜLKİYET HAKKI Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6” , Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz, erişim 29 Kasım 2022, https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf

¹¹ Gayri maddi mal üzerindeki hakkın hukuki niteliği bakımından detaylı bilgi için bkz: Hamdi Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* (3 Cilt Takım), (Ankara: Seçkin Yay. 2021),

eşya üzerinden ayrı bir varlık olarak sahibine kendine özgü haklar sağlamaktadır. Burada fikri mülkiyet haklarının birer mülkiyet hakkı olmasının sağladığı en önemli nitelik, sahibine en geniş kullanma yetkisini veren ve üçüncü kişilere karşı öne sürülebilme yönünden mutlak hak olmasıdır. Bu nedenle fikri hakların ihlaline dair kanunlarda özel koruma ve yaptırım mekanizmaları düzenlenmiştir.

Fikri mülkiyet hukuku kapsamında değerlendirilen haklar; özünde fikri bir çaba sonucu ortaya çıkan somutlaşmış ürünler üzerindeki fikri korur. Bir eşya sayılmadıkları gibi eşya üzerinde somutlaştırılırsalar dahi o eşyadan bağımsız varlıktadırlar. Eşya sayılmadıkları için kullanmakla tükenmezler ve aynı bir hak değildirler. Ancak yine de sahibine tekeli yetkilerle kendine özgü bir mülkiyet hakkı sağlar.

Fikri mülkiyet hukukunun, fikri haklara sağladığı hukuki koruma ülkeseldir; yani koruyuculuğu bulunduğu ülke ile sınırlıdır. Tüm bu yönleriyle fikri mülkiyet hukuku sui generis niteliklere sahip, temellerini ticaret hukukundan alan özel bir hukuk alanıdır.¹²

1.1.1. Ayrı bir kavram olarak “Sınai Mülkiyet” Hakları

Gayrimaddi varlıklar “fikri mülkiyet hukuku” genel başlığı altında anılmakla birlikte, aslında bu hakları telif hakları ve sınai mülkiyet hakları olarak ikiye ayırmak mümkündür.¹³ Ancak çoğunluğun görüşü ve özellikle kavramın doğuşu düşünüldüğünde “fikri mülkiyet” kavramı fikri hakları ve sınai hakları da içine alan üst bir başlık olarak kullanılmaktadır.¹⁴ Nitekim

1601-1607.

¹² Detaylı bilgi için bkz. Suluk v.dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1-22; Bayrak, *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*, 32-42.

¹³ Cahit Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2020), 1; Bayrak, *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*, 31.

¹⁴ İngilizce karşılığı “intellectual property” olan fikri mülkiyet kavramı, hukukumuzda bu hakların doğumu ve korunmasında esasa sahip olan Dünya Ticaret Örgütü (WTO) ve Türkçeye Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Haklar Anlaşması olarak çevrilen (TRIPS) anlaşması ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) sözleşmesi uluslararası anlaşmalarda bu hakların tümü

Türkiye'nin de 1976 yılında imzalayarak taraf olduğu Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO)'nun kuruluş metninde fikri mülkiyet hakları hem sanat, bilim ve edebiyat eserlerini hem de marka, patent, tasarım gibi hakları ve haksız rekabetle alınması gereken önlemleri dahi içeren geniş bir tanım yapmaktadır.

Doktrinde bazı kaynaklar tarafından fikir ve sanat eserleri kanunumuzdan doğan eser hakları için “fikri haklar”; marka, patent, tasarım, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı için ise “sınai mülkiyet hakları” şeklinde ikili bir ayırım da kullanılmaktadır. Ancak bu ayırımdan bağımsız olarak, fikri mülkiyet kavramı üst bir çatı olarak hepsini kapsayıcıdır.¹⁵ Nitekim *Hirsh* de fikir ve sanat eserleri haklarını ihtiva eden dar anlamıyla fikri hakların ve sınai hakların esasında aynı hukuk temeline dayandıklarını ve bu ayırımın tarihsel sürecin bir ürünü olduğunu belirtmektedir.¹⁶

“Fikri mülkiyet hukuku”, “fikri ve sınai mülkiyet” kavramları arasında sonuç itibariyle bir fark bulunmamaktadır diyebiliriz. Yabancı ülke kaynaklarında ve uluslararası sözleşmelerde geçtiği haliyle “Intellectual property” geniş anlamda tüm fikri hakları (telif hakları dahil) içine alan total bir hukuki başlıktır.¹⁷

“Sınai mülkiyet” hukuku veya hakları olarak ifade edilebilen diğer bir kavramsal ayırımımız, ilk olarak fikri mülkiyet haklarının doğuşunu sembolize eden uluslararası ilk sözleşme kabul edilen 1883 tarihli Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına ilişkin Paris Sözleşmesi’nde “Industrial Property Rights” şeklinde ayrı bir üst kavram olarak kullanılmıştır.¹⁸ Bu sözleşmenin devamında 1886 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) kuran 1967 tarihli

“fikri mülkiyet” terimi ile ifade edilmiştir.

¹⁵ Fikri ve Sınai Mülkiyet ayırımı Tekinalp tarafından da eleştirilmiştir. Bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Yay., 2012), 2.

¹⁶ Ernst E. Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say, 2. Cilt Fikri Haklar (Telif Hukuku)*, (İstanbul: İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1943), 65.

¹⁷ İlhami Güneş, *Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları* (Ankara: Adalet Yay., 2015), 10.

¹⁸ Sözleşme metni için bkz. “Paris Convention for the Protection of Industrial Property Rights”, erişim 24 Kasım 2022, https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514

Stockholm Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler ile bu alandaki düzenlemeler devamlılık göstermiştir. Türkiye zaman içinde gerek bu uluslararası anlaşmalara taraf olarak gerekse kendi imzaladığı sözleşmelerde sınai mülkiyet hakları özelindeki maddelere muhatap olarak zaman içinde iç hukukta da gerekli düzenlemeleri yapmış; bu düzenlemelerin birçoğunda “sınai mülkiyet” kavramı özellikle kullanılmıştır. Nitekim iç hukukumuzda bu kavram uluslararası anlaşmaları kabul etmemizle birlikte yer edinmeye başlamıştır. İlk önceleri Sevr anlaşmasında ve daha sonra 1923 yılında imzalanan Lozan Barış Andlaşması’nın ticaretle ilgili maddelerinde “sınai mülkiyet hakları” belirtilmiştir. Daha sonra 1925 yılından itibaren özellikle Paris Sözleşmesi’nin Türkiye tarafından kabulü üzerine görüşmeler yapılmaya başlanmış, ancak bu kabul 1930 yılını bulmuş ve sınai mülkiyet hakları yönündeki düzenlemeler bu tarihlerden sonra sıkılaştırmıştır. Ancak gerek 1883 yılında imzalanan Paris Sözleşmesi döneminde gerekse Cumhuriyet dönemine denk düşen sonraki dönemlerde ciddi ve derli toplu bir çalışma yapılmamış; daha çok talimatnameler ve nizamnamelerle sınai mülkiyet hakları ve daha çok marka alanı düzenlemelere konu olmuştur.¹⁹

Paris Sözleşmesi’ne taraf olmamızı takiben 1931 yılında yapılan yeni düzenleme ile markaların sicile tescili sistemine geçilmiş ve bu sebeple markaların-işaretlerin “Resmi Sınai Mülkiyet Gazetesi”nde yayınlanmasına karar verilmiştir. Markaların yayınlandığı bu kanun dönemindeki bültenin ismi, kanunun birkaç maddesinde de görüldüğü üzere “Resmi Sınai Mülkiyet Gazetesi” şeklinde kullanılmıştır. Kanun metninde “sınai mülkiyet” ifadesi, bu bültenin adının zikredilmesinden başka sadece tek bir yerde daha, kanunun 8. Maddesinde yabancı resmi işaretler başlığı altında sınai mülkiyetle ilgili devlet bayrak, arma ve alametlerinin ilgili devletlerin izni olmadan marka olarak tescil edilemeyeceği belirtilmiştir. Elbette burada özellikle markaların yayınlandığı

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Betül Katok, “Tarihsel Gelişim Süreci İçinde Türkiye’de Marka Tescilinde Hukuki Çerçevenin Oluşumu” (Yüksek Lisans tezi, Sakarya Üniversitesi, 2021).

bülten adının “Resmi Sınai Mülkiyet Gazetesi” olarak tercih edilmesi ile de anlaşılacağı üzere o dönem için sınai mülkiyet hakkı olarak sadece marka hakkı korunmaya değer görülmüş ve adeta marka eşittir sınai mülkiyet gibi bir dar kabul hukukumuzda uzun yıllar kabul görmüş diyebiliriz. Bu kanuni düzenlemeden çok sonra, 1995 tarihli 556 sayılı KHK 8. Maddesinde “telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkı” diyerek bu kavrama belli haklar genelinde bir üst kavram olarak yer vermiştir.²⁰

Sınai haklar, fikri çabanın bir sonucu olarak ortaya çıkan ürünlerin endüstriyel alanda sanayi ve ticarete konu olan alanıyla ilgilidir. Bu kategorideki hak sahiplerinin amacı sanayi ve ticarete kullanılabilir fikri bir emek ortaya koyabilmektir.²¹ Bu nedenle marka, patent, faydalı model, tasarım, coğrafi işaret ve hatta geleneksel ürün adları, sanayi ve ticaretle yakın ilgileri özelinde üst bir “sınai” çatıda birleşen endüstriyel haklar olarak değerlendirilebilir.

Nihayetinde mevzuatımızda fikri mülkiyet hukuku yönünden en yeni güncel düzenlememiz olan kanun “Sınai Mülkiyet Kanunu”²² adıyla yürürlüğe girerek bu ayrımı kanuni düzlemde kabul etmiştir. Kanun zaten “Sınai Mülkiyet Kanunu” başlığı altında marka, patent, tasarım, coğrafi işareti düzenleyerek kavramın bu hakların tümünü kavradığı açıkça ortaya konulmuştur. Aynı şekilde kanunun “Tanımlar” başlıklı 2. Maddesinde “*Sınai mülkiyet hakkı: Markayı, coğrafi işareti, tasarımı, patent ve faydalı modeli*” ifade eder diyerek bu kavramı ve hakları açıkça belirtmiştir.

SMK ile birlikte sınai mülkiyet hakları ayrı bir sistematik olarak kabul görmüştür. Bu cihetle fikri mülkiyet hakları ile sınai mülkiyet kavramı arasında net ve keskin bir kanuni ayırım bulunmamakla birlikte fikri mülkiyet hakları,

²⁰ Bu Kanun Hükmünde Kararname 27/6/1995 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. SMK’nın 191. Maddesi ile birlikte yürürlükten kalkmıştır. Ancak kanunun geçici maddeleri gereğince bazı hükümlerin uygulanmasına devam edilmiştir, erişim 19 Aralık 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=556&mevzuatTur=KHK&mevzuatTertip=5>

²¹ Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, (Ankara: Turhan Kit.,2021), 6 vd.

²² 6769 sayılı “Sınai Mülkiyet Kanunu”, Y.T.: 10.01.2017, T.C. Resmi Gazete.

sınai mülkiyet haklarını da kapsayan ama bazı yazarlarca kabul edildiği haliyle sadece telif hakları için de kullanılan ikili bir kavramdır. Çalışmamızda bu kadarını belirtmekle yetinilecek olup asıl inceleme konumuzu oluşturan “marka hakkı”nın bir fikri mülkiyet hakkı olduğunu ve kimi ulusal ve uluslararası mevzuatta “sınai mülkiyet hakları” olarak da anılıp düzenlendiğini belirtmekle yetinmekteyiz.

1.1.2. Sınai Mülkiyet Hukuku Konusu ve Amacı

Sınai mülkiyet hukukunun amacı esasen, endüstriyel alanın kapsamına giren ve ticari hayatta aktif olarak kullanılan fikri mülkiyet haklarının hem ticari üretimi hem de teknolojik gelişmeyi teşvik edici şekilde kullanılmasını sağlamaktır. Çağın da gerektirdiği haliyle artık en önemli ve korunmaya değer sermaye bilgisidir.²³ O kadar ki gelişmiş ülkelerin en büyük ticari ve ekonomik faaliyet hacmini oluşturan değerlerin başında artık fikri mülkiyet hakları gelmektedir. Uluslararası alanda fikri mülkiyet haklarının önemini arttırması ile birlikte hukuk sistemlerinde fikri mülkiyet haklarına alan açılması ve düzenlemelerde bulunulması kaçınılmaz olmuştur. Hukukun genel işleyişinde olduğu gibi önce ticari hayatta fikri mülkiyet hakları aktif şekilde kullanılmaya ve önem kazanmaya başlamış, ardından da hukuki düzenlemeler ve koruma ihtiyacı da beraberinde doğmuştur. Özellikle sanayi devriminin de etkisi ve seri üretim, tanınma hali ve teknolojik devrimler kişilerin tekelci imtiyazlara sahip olma isteğini doğurmuş ve teknolojinin teşvikle daha çok gelişmesi hedeflenmiştir. *Suluk*'un da eserinde bağdaştırdığı üzere “marifet iltifata tabidir” ilkesiyle insan üreten bir varlık olma halini artık daha yaratıcı bir zeminde yeterli koruma altında sürdürmektedir. Bu nedenle fikri ürünün endüstriyel alandaki yansıması olan sınai mülkiyet hakları, temelde yaratıcılık ve ilerleme halini sürdürme amacı taşımaktadır diyebiliriz.

²³ Suluk v.dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 36.

Sınai mülkiyet haklarının düzenlendiği en önemli uluslararası metin olan Paris Sözleşmesi'nin ilk maddesi²⁴ sınai mülkiyet korumasının amacını markaların, patentlerin, endüstriyel tasarımların, faydalı modellerin, ticaret unvanlarının ve hatta kaynak işareti ve menşe isimlerinin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi olarak ifade etmiştir. Hatta devamında sınai mülkiyetin en geniş haliyle anlaşılması gerektiğini ifade ederek korumanın kapsamının gelişme ve ilerleme ile uyumlu şekilde artırılmasına da imkan tanımıştır. Ulusal mevzuatımızdaki SMK'mızda da benzer şekilde ilk maddesinde kanunun ve tabii sınai mülkiyetin ve kapsamını açıkça belirtmiştir. Bu düzenlemede de gördüğümüz üzere marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ve geleneksel ürün adlarının kanun gereğince korunması amaçlanmıştır. Madde devamında bu korumanın teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemeyi bu sayede sağlayacağı ve kanunun asıl amacının da bu olduğu açıkça belirtilmiştir.²⁵

Sonuç olarak sınai mülkiyetin amacı insanı yaratıcı olmaya teşvik ederek her anlamda gelişim ve ilerlemeyi sürdürmektir. Bunu da marka, patent, coğrafi işaret, tasarım ve faydalı model haklarını kapsayacak şekilde koruma ve yaptırımlar getirerek sağladığından amaç ve konusu bu çatıda toplanmaktadır.

1.2. Marka Kavramı

Marka, gerek 551 sayılı KHK gerekse 556 sayılı KHK dönemlerinde ve nihayetinde güncel marka hakkı düzenlemesini haiz SMK içerisinde kanuni bir tanıma sahip değildir. Ancak özü itibarıyla en yalın tabirle marka, ayırt edici

²⁴ "Paris Convention for the Protection of Industrial Property".

²⁵ Maddenin tamamı için bkz. "**Amaç ve kapsam Madde 1-** (1) Bu Kanunun amacı; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır. (2) Bu Kanun; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin başvuruları, tescil ve tescil sonrası işlemleri ve bu hakların ihlaline dair hukuki ve cezai yaptırımları kapsar."

işarettir.²⁶ İşte hukuk düzeninin ticari hayatta kullanılan bu ayırt edici işaretleri koruma altına almasıyla marka hakkı ortaya çıkmıştır.²⁷

SMK'nın 4. Maddesinde “marka olabilecek işaretler” başlıklı madde ile aslında markanın dolaylı bir tanımının yapıldığını ifade etmektedirler.²⁸ Bu maddeye göre markanın dolaylı tanımı, yapılarak hukuken korunmaya değer görülebilecek işaretlerin neler olduğu unsurların belirlenmesi suretiyle ortaya konulmuştur. Marka hakkı, özellikle teknolojinin ve sanayinin hızla gelişmesi ile birlikte farklı formlara ve imkânlarla kavuşabilmektedir. Bu nedenle net bir tanımlama yapmaktan kaçınılmakta yarar vardır. Zira marka hakkı, fikri mülkiyet hakları başlığında da ayrıntılarıyla belirttiğimiz üzere sahibine münhasır tekeli haklar sağlayan sui generis bir haktır. Bu nedenle geniş tanımlama hakkın özüne de uygun düşecektir.²⁹

SMK md. 4'e göre “*Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.*” Bu düzenlemeden yola çıkaran teşebbüslerin mal ve hizmetlerini diğerlerinden ayırmaya yarayan, sicilde gösterilebilir her türlü işaret marka olarak kabul edilebilecektir. Burada özellikle kanun koyucunun işletme yerine teşebbüs ifadesini seçmesi doktrinde bazı yazarlarca yerinde görülmekte bazıları tarafındansa işletme denmesi gerektiği savunulmaktadır.³⁰ Ancak neticeden

²⁶ TDK Sözlükteki birinci anlamı: “Bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret; alametifarika.” Erişim 28 Mart 2023, <https://sozluk.gov.tr/>

²⁷ Onur Sarı, *Türk ve ABD Hukuku Bağlamında Marka Hakkı Edinme Süreci* (Ankara: Seçkin Yay., 2020), 23.

²⁸ Suluk v.dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 155; Güneş, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 159; Bayrak, *Uygulamada Fikri- Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*, 58.

²⁹ Elif Kara, *Türk Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi* (Ankara: Onikilevha Yay., 2018), 14.

³⁰ Tekinalp, teşebbüs ibaresinin bilinçli bir kullanım olduğunu belirtmektedir, Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 343; Yine Nomer Ertan bu ibarenin markanın kökenini ifade etmek için

ticari hayatta aktif mal ve hizmet sunma teşebbüsünde bulunan herkesi kapsama almayı tercih ederek yine hakkın özüne uygun bir genişletmede bulunulmuştur diyebiliriz.

Uluslararası düzenlemelerdeki marka tanımlamaları ya da marka olabileceği belirtilen ifadeler de kanunumuzdaki düzenleme ile örtüşmektedir. Nitekim TRIPS md. 15³¹ “Korunabilir Marka Konusu” başlığıyla SMK md. 4’teki ifadelere yer vermiş ve üye ülkelerin markaları görsel olarak gösterilebilir şekilde tercih edebilmesi konusunda serbest bırakmıştır. Aynı şekilde AB Marka Tüzüğü, md. 2 ile marka oluşturabilen işaretlerde kanunumuzdaki tanımlamaya yer vermiştir. Tüm düzenlemelerde “her türlü işaretler” ibarelerinin kullanılması aslında net bir tanımlamadan kaçınılmasının uluslararası düzlemde asgari sınır olarak belirlendiğini göstermektedir.

SMK anlamında marka, ticari alanda sunulan mal ve hizmetlerin kimliklendirilmesini³² sağlamak maksadıyla ortaya çıkan sınai mülkiyet alanındaki en önemli haklardan birisidir.³³

1.2.1. Markanın Unsurları

Marka, kanunumuzun marka olacak işaretler başlıklı maddesi ile yasal unsurlar ile tespit edilmektedir. Bunlar bir işaret, işaretin taşıdığı ayırt edicilik ve sicilde gösterilebilirliktir.³⁴ Burada özellikle SMK md. 4 ile iki önemli yenilik getirilmiştir. Bunlardan ilki işaretlerin niteliği hususunda ses ve renk gibi

özellikle ve yerinde bir seçim olarak yapıldığını belirtmektedir. Hüseyin Ülgen v.dğr., *Ticari İşletme Hukuku*, (İstanbul: Vedat Yay., 2021), 452. Arkan ise işletme ifadesinin daha yerinde bir kullanım olacağını kabul etmektedir. Sabih Arkan, *Marka Hukuku C. I.* (Ankara: AÜHF, 1997), 36.

³¹ “Ticaretile Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması”, Erişim 28 Mart 2023, <https://fikrimulkiyet.com/mevzuat/ticaretile-baglantili-fikri-mulkiyet-haklari/>.

³² Bu ifade için bkz. Bayrak, *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*, 58.

³³ Hamdi Yasaman, “Tanınmış Markalar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy. 1 (2005): 209; Suluk v.dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 155.

³⁴ Güneş, *Uygulamada Fikri Ve Sınai Mülkiyet Hakları Ve Haksız Rekabet Davaları*, 160. Suluk, markanın 3. Unsuru olarak sicilde gösterilebilir olma kriterini “Açıklık-Kesinlik” unsurunu olarak ifade etmektedir. Suluk v.dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 157.

durumların da marka olabilecek işaretler arasında sayılmasıdır. İkincisi ise markaların sicilde gösterilebilir olmasının aranmasıdır.³⁵

1.2.1.1. İşaret Unsuru

İlk unsurumuz olarak işaret, kanun metninde “her türlü işaret” denilerek herhangi bir sınırlama getirilmeden bu unsurun varlığı yeterli görülmüştür. Bu hususa Tekinalp “seçimde genişlik ilkesi”³⁶ adını vermiştir. Gerçekten de diğer şartların varlığı halinde her türlü simgesel figürün işaret olarak tescili kanun gereği kural olarak mümkün hale gelmiştir.³⁷ Kaldı ki, marka olarak tescil edilecek işaretin bir anlam içermesi de gerekmez. Gerçekte var olmayan şeyler dahi marka anlamında işaret kategorisinde kabul edilebilir.³⁸ Özellikle yeni SMK ile eklenen renk, tat ve koku gibi durumların da işaret olarak kullanılarak marka tesciline konu edilebilmesi uygulamada bazı teknik zorunlulukları beraberinde getirmiştir. Ancak özellikle koku ve tatların, marka olarak tescil edilmesi, SMK md. 4 kapsamında koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak biçimde sicilde mevcut teknoloji ile gösterilemediğinden, mümkün değildir.³⁹ Bu noktada işaret unsuru sicilde gösterilebilir olma unsuru ile bütünlük göstermek durumunda kalmaktadır. Örneğin bir kokunun marka olarak tescil edilebilmesi için mutlaka kimyasal formülasyona kavuşturulması gerekmektedir.⁴⁰ Aynı şekilde bir renk ya da hareket marka olabilecek bir işaret olarak geçerli görülebilir; yeter ki görsel olarak anlatıma dökülebilsinler.⁴¹ Nihayetinde işaret unsuru tek başına SMK

³⁵ Efe Dündar, “Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Marka Hukukuna Getirilen Yenilikler”, *Fasikül Dergisi*, sy. 108 (kasım 2018): 11.

³⁶ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 344.

³⁷ Dilek İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, (Ankara: Adalet Yay., 2018), 5.

³⁸ HIRŞ, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 155.

³⁹ “Marka İnceleme Kılavuzu”, 18-19.

⁴⁰ Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Beta Yay., 2014), 120.

⁴¹ Lerzan Yılmaz, *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri* (İstanbul: Beta Yay., 2008): 41-43; Rauf Karasu, “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları(Hareket Markaları)”,

anlamında marka olabilmek için yeterli bir unsur değildir⁴², diğer unsurlarla birlikte ve özellikle SMK md. 5 ve 6 ile birlikte önem taşıyan genel bir unsurdur.

1.2.1.2. Ayırt Edicilik Unsuru

Markanın ikinci ve aslında markayı marka yapan en önemli unsur ayırt edicilik unsurudur. Markayı belirleyen ve bir işarete marka vasfını veren işaretin niteliği değil aslında ayırt edicilik sağlamasıdır.⁴³ Ayırt edicilik unsuru aynı zamanda markanın temel işlevi olarak da kabul edilebilir. Markanın mal ve hizmetlere aidiyet ve ayırıştırma sağlaması aynı zamanda markanın köken gösterme yani ayırt edilme fonksiyonu olarak da anılmaktadır.⁴⁴ Esasen bir işareti marka yapan, mal ve hizmetlere ayrı bir şahsiyet tanınmasını sağlayan ve markanın asıl amacını gerçekleştirmesi anlamına gelen esas işlev ayırt edicilik unsurudur.⁴⁵

Bir işaret ancak ayırt ediciliğe sahip olması halinde marka olarak tescil edilebilir.⁴⁶ Bir diğer ifadeyle ayırt edicilik bir işaretin marka olabileceği kapasitesini ortaya koymaktadır.⁴⁷ İşaretin ayırt ediciliğe sahip olması ise iki türlü mümkün olabilir. Bir işaret ya en başından beri mal ve hizmetler için ayırt ediciliğe sahiptir; ya da başta o mal ve hizmet için ayırt edici değilken sonradan⁴⁸ ayırt edici hale gelmiştir.⁴⁹ Burada işarete en başından beri ya da

Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 24, sy. 3, (Haziran 2008): 341.

⁴² Her marka bir işarettir ancak her işaret marka olamaz. Bunun için bkz. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 22; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 344.

⁴³ Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması* (Ankara: Seçkin Yay., 2015), 30.

⁴⁴ Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku* (Ankara: Adalet Yay., 2021), 27; Yılmaz, *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri*, 53; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 14.

⁴⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 14; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Onikilevha Yay., 2015), 345; Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 156.

⁴⁶ Yasaman v.dğr., *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 55; Yılmaz, *Marka olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri*, 45; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 348.

⁴⁷ Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sinai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 162.

⁴⁸ Burada kullanım yoluyla ayırt edici hale gelebilen işaretler için “olgunlaşmamış” tabiri kullanılarak hedef kitle nazarında kullanımla geliştirilmesi gereken bir işaretin var olduğu kabul edilebilir. Bkz. Bayrak, *Uygulamada Fikri- Sinai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*, 63.

⁴⁹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 391; Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 27; İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 6; Noyan, *Marka*

kullanım sonucu olması beklenen ayırt edicilik doktrinde somut ayırt edicilik ve soyut ayırt edicilik ayrımı ile ifade edilmektedir.⁵⁰Markanın unsurlarını tanımlayan SMK md. 4 anlamında ilk başta aranan soyut ayırt ediciliktir. Soyut ayırt ediciliğe göre bir işaret teorik olarak mal veya hizmetler açısından ayırt edicilik taşımaktadır. Yani aslında soyut ayırt edicilikten anlaşılması gereken, bir işaretin marka olabilirlik şartının sağlanmasıdır.⁵¹Somut ayırt edicilik ise, bu aşamanın varlığından sonra tescili istenen işaretin bir tescil engeli taşımaması halidir. Yani işaretin tescil edilmek istenen mal ve hizmetler yönünden bu mal ve hizmetleri diğerlerinden ayırt etme gücünün olup olmaması somut ayırt ediciliktir.⁵² Bu nedenle soyut ayırt edicilik aslında mutlak bir engel oluştururken; somut ayırt edicilik özellikle kullanım yolu ile sonradan tamamlanabilir daha esnek bir niteliktedir.⁵³Markanın unsuru olarak aranan ayırt edicilik soyut ayırt ediciliktir ve SMK md 4 ile düzenlenmiştir. Somut ayırt edicilik ise SMK md. 5/1-b'deki düzenleme ile aranan ikincil ayırt ediciliktir.⁵⁴

Marka olarak kullanılacak işaret, kullanılacağı mal ve hizmetten ilgi ve alaka kurulması bakımından ne kadar uzaklaşırsa ayırt ediciliği o kadar artmaktadır.⁵⁵ Nitekim bu husus aynı zamanda markalar arasında ayırım yapılırken ve özellikle markaların benzerliğinin tespitinde önemli bir yer tutan zayıf marka ve kuvvetli marka ayrımı da doğurmaktadır. Buna göre bir marka kavram ve ilgi yönünden kullanıldığı mal ve hizmete yakınlaştıkça zayıflar; bunlardan ilgisiz ve alakasız oldukça kuvvetlenir.⁵⁶ Ayırt edicilik unsuru aynı

Hukuku, 101.

⁵⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 24; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 12; Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 157; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 360.

⁵¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 24.

⁵² Beşir Fatih Doğan, "Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü* 24, sy. 1 (Haziran 2007): 219.

⁵³ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 361.

⁵⁴ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 157; Hazal Mintaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi* (Ankara: Seçkin Yay., 2019), 22.

⁵⁵ Noyan, *Marka Hukuku*, 47; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 362.

⁵⁶ Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 55; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 26; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 362; İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 6.

zamanda markanın en önemli unsurlarından biri olduğu için ve özellikle markaların karıştırılma ihtimalinin tespitinde çok önemli bir işlev üstlendiği için bu husus çalışmamızın ilerleyen kısımlarında daha detaylı olarak açıklanacaktır.

1.2.1.3. Sicilde Gösterilebilirlik Unsuru

Markanın son unsuru olarak belirtebileceğimiz sicilde gösterilebilir olma⁵⁷ unsuru, markanın hukuki korumadan hangi sınırlar dâhilinde yararlanacağıının çerçevesini oluşturmaktadır. Markanın sicilde açıkça gösterilebilir olması demek, diğer markaların sınırlarını belirleyen ve mevcut markanın da elde edeceği korumayı somutlaştıran unsurdur. Marka olarak kullanılacak işaret görsel olmasa bile görsel anlatımı mümkün olmalıdır. Önceki düzenlemede “çizimle ifade edilebilen”⁵⁸ yerine “sicilde gösterilebilen” ifadesinin seçilmesi teknolojinin de getirdiği yeni teknik imkânları da kapsamı yönünden oldukça isabetlidir. Burada aranan şart, görselliğe hitap etmesi değil, markanın çizim ya da benzeri yollarla görsel anlatıma kavuşturulabilmesidir.⁵⁹ Aksi halde işaret alenileşemeyeceği gibi marka olarak korunması da mümkün olmayacaktır. Bu konuda en tartışma yaratan konu ses, hareket, tat, koku gibi işaretlerin marka olarak tescil edilmek istenmesinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle ses markaları melodiye dökülebildiği için yine sicilde gösterilebilme özelliğini sağlayabilmektedir. Ancak özellikle tat ve kokuların marka⁶⁰ olarak tescil

⁵⁷ Suluk, Karasu ve Nal bu ilkeye öğretide “açıklık ve kesinlik” adını vermektedir. Bkz. Suluk v.dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 157.

⁵⁸ 556 sayılı KHK’da bu husus için geçen ifade aynen şu şekildedir: “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir”

⁵⁹ İlhami Güneş, *Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler* (Ankara: Seçkin Yay., 2015), 29.

⁶⁰ Örneğin bu konuda AB Marka Ofisinde “taze biçilmiş çim kokusu”nun marka olarak tescil edilmiş olması önemli bir öncülük etmektedir. Bu duruma birçok eserde yer verilmiştir. Bkz. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 34; Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 53. Yine koku markasına örnek Türk Hava Yolları “TK 1933” markası Özkan Burak Özmen, *Marka Hakkına Tecavüz Suçu* (Ankara: Adalet Yay., 2020), 28.

dilebilmesi TÜRKPATENT nezdinde de tam anlamıyla kabul görememiştir ve sicilde gösterilebilir olma kriteri yönünden zorluk yaşanmaktadır.⁶¹

1.3. Markanın Hukuki Niteliği ve Fonksiyonları

1.3.1. Hukuki Niteliği

Marka, hem ekonomik değeri olan hem de fikri çabanın ürünü olan, başlı başına bir değer ve itibar alanı yaratan özel bir mülkiyet hakkı çeşididir.⁶² Marka hakkı, temelde eşyadan bağımsız olan soyut⁶³, sahibine tekeli haklar sağlayan ve hukuki işlemlere ayrı olarak konu edilebilen inhisari bir haktır.⁶⁴ Bu haklar sahibine; sicile tescil edilmiş olanlar, tanınmış markalar ve kullanılmak suretiyle ayırt edici hale gelmiş markalar şeklindeki kullanımlar vasıtasıyla sağlanabilmektedir.⁶⁵

Markalar, hem ekonomik ve ticari alanı hem de mülkiyet hakkı olarak temel haklardan olmakla manevi değerini de içinde barındıran çok yönlü bir hukuki nitelik taşımaktadır. Özellikle sahibinin mal ve hizmetlerini biricik hale getirirken aynı zamanda bir itibar ve tanınma da sağladığından aynı zamanda kişilikle de ilgilidir.⁶⁶

Markalar sahibine inhisari haklar sağlarken aynı zamanda bu hakların korunması için kişileri engelleyici yapmama görevi yükleyen yetkiler de sağlamaktadır.⁶⁷

⁶¹ Hayrettin Çağlar v.dğr., *Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık* (Ankara: Adalet Yay.,2019), 57.

⁶² Bayrak, *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*, 59.

⁶³ Arslan Kaya, *Marka Hukuku* (İstanbul: Arıkan Yay., 2006), 37; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 12.

⁶⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 9; Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 111.

⁶⁵ Muhammed Mekin Durceylan, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 29.

⁶⁶ Ahmet Alparıslan Çankaya, *Marka Hakkına İktibas Veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu* (Ankara: Adalet Yay., 2022), 48.

⁶⁷ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 348; Suluk v.dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 214; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 13; Durceylan, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 30.

Marka hakkı, her ne kadar SMK da on yılda bir yenilenme şartı getirilmiş olsa da süreye bağlı ama aslında süresiz korunması mümkün bir mahiyettedir. Çünkü yenilemenin bir üst süre sınırı yoktur. Yenileme iradesi sunulmaya devam edildiği müddetçe marka da sahibine özel yetkiler sağlamaya devam etmektedir.⁶⁸

Marka hakkı mutlak bir haktır.⁶⁹ Ancak bu hak, kullanılmaya devam ettiği müddetçe varlığını korumaktadır. Nitekim SMK bu anlamda bir kullanma zorunluluğu getirmiştir⁷⁰ ve bir marka hakkı tescilli olsa bile beş yıl kullanılmaması halinde sağladığı koruma sona erebilmektedir. Bu anlamda marka hakkının sağladığı mutlaklık, beş yıl veya daha uzun süre kullanılmama durumunda üçüncü kişilere karşı etkisini koruyamamaktadır. Aynı şekilde marka hukukunda ülkesellik ilkesinin geçerlidir ve herkese karşı ileri sürülebilme o ülke sınırları içindekilerle sınırlıdır ve sadece tescil edilip tanındığı ülke hukuku özelinde koruma sağlar. Bir başka ülkenin mevzuatına göre korunan marka başka ülkede korunmayabilir.⁷¹

Nihayetinde markalar, ticari hayatta ekonomik değer ifade ederken aynı zamanda sahibine itibar sağlayan kendine özgü yetkiler tanıyan fikri hakların sınai mülkiyet hakları olarak ifade edilen genel bağlılığının en önemli konusudur.⁷²

1.3.2. Markanın Fonksiyonları

⁶⁸ Kaya, *Marka Hukuku*, 43; Suluk v dğr. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 226; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 9, Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 2456.

⁶⁹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 22; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 23; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 358.

⁷⁰ Bu husus; SMK md. 9 da iptal sebebi olarak mevcut olmakla birlikte aynı zamanda hükümsüzlük hallerinde ve tecavüz hallerinde defi olarak da öne sürülebilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Emrah Biçimli ve Yılmaz Yördem, “Markanın Kullanım Yükümlülüğü Ve Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, sy. 51 (Temmuz 2022).

⁷¹ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 477.

⁷² Çankaya, *Marka Hakkına İktibas Veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu*, 48.

Markanın gelişen ticari hayat ve teknolojik imkânlarla doğrudan ilişkili olması markaya birçok yönden işlevsellik sağlamaktadır. Markaların bu fonksiyonların hangilerini içerip içermedikleri kullanılma şekilleri ve algılanma biçimlerine göre değişkenlik göstermektedir.⁷³ Yaşanan ekonomik, ticari ve teknolojik gelişmeler de markalara ekonomik ve hukuki birçok farklı fonksiyon kazandırmıştır.⁷⁴ Türk doktrininde markanın fonksiyonlarının da marka korumasına dahil olup olmadığı yani marka korumasıyla markanın fonksiyonlarının da ayrıca korunabilirliği değerlendirilmemiş; markanın ekonomik ve hukuki fonksiyonları arasında bir ayırım yapılmamıştır.⁷⁵ Bu nedenle markalar için birçok işlev mümkün olmakla doktrinde büyük çoğunluğun uzlaştığımız haliyle temel dört işlev markanın fonksiyonları olarak zikredilebilir. Bunlar kaynak gösterme fonksiyonu, ayırt edicilik fonksiyonu, garanti fonksiyonu ve reklam fonksiyonudur. Bu sayım belirttiğimiz üzere tahdidi değildir, markaların kullanım şekilleri ve etkinliklerine göre fonksiyonlar çeşitlilik arz edebilmektedir.⁷⁶

1.3.2.1. Ayırt Edicilik Fonksiyonu

Ayırt edicilik, yukarıda markanın unsurlarında da belirttiğimiz üzere hem bir unsur olarak hem de markanın en önemli fonksiyonlarından biri olarak büyük önem taşımaktadır.⁷⁷ Hatta bu husus için *Tekinalp*, ayırt ediciliğin

⁷³ Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 40.

⁷⁴ Muhammed Enes Bayram, *Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması* (İstanbul: Onikilevha Yay., 2021), 26.

⁷⁵ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 356. Arkan, *Marka Hukuku*, 40. Güneş, Markanın ayırt etme işlevini ve kaynak gösterme işlevini “marka hakkının hukuken korunan işlevleri” başlığıyla düzenlemiştir. Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 95-100.

⁷⁶ Özellikle Tekinalp’e göre bu fonksiyonlar tekelleştirme ve koruma fonksiyonları da eklenerek altı fonksiyon olarak belirtilmiştir. Bkz: Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 356. Yine Uzunallı, markanın ayırt etme (köken gösterme) işlevini temel işlev olarak kabul edip bu temel işleve dayalı başka işlevler de olduğunu belirterek bu işlevleri iletişim işlevi, yatırım işlevi, kalite ve reklam işlevleri olarak örneklendirmiştir. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 28. Poroy ve Yasaman markanın önemli fonksiyonları arasında “alıcıyı çekme ve itibar fonksiyonu”nu da saymaktadır. Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 475.

⁷⁷ İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 5;

markanın tanımına dâhil bir kavram olduğunu ifade etmiştir.⁷⁸Nitekim SMK md. 4 de ayırt edicilik fonksiyonunu özellikle vurgulamaktadır.

Ayırt edicilik fonksiyonu en temel haliyle bir işletme veya kanundaki ifadesiyle teşebbüsün mal ve hizmetlerine bir kimlik kazandırarak diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayrılıp fark edilebilmesini sağlamaktadır.⁷⁹ Bunu yaparken ayırt edicilik fonksiyonu, aynı zamanda o markaya ait mal ve hizmetin içeriği, kalitesi, üreticisi gibi konularda tüketici nazarında o markaya özel bir farkındalık oluşturmaktadır.

Markanın ayırt ediciliği, özellikle mal ve hizmetin üreticisini işaret ederek bir kimlik etki sağlaması yönünden doktrinde bazı yazarlar tarafından bu fonksiyonun kaynak gösterme fonksiyonu ile iç içe geçtiği kabul edilmektedir.⁸⁰Hatta daha da ileri gidip kaynak gösterme işlevinin zaman içinde önemini yitirdiği de belirtilmektedir.⁸¹Ancak özellikle AB Marka direktifinde kaynak gösterme fonksiyonunun esas işlevlerden biri olarak sayılması nedeniyle aksi görüşler mevcuttur.⁸²Bu durum için aslında, ayırt edicilik fonksiyonunun aynı zamanda markanın bir unsuru olmasından dolayı daha kapsayıcı olduğu ve ayırt ediciliğin fonksiyonlar arasında bir kesişim yarattığı söylenebilir.⁸³

Markaların ayırt edicilik fonksiyonu sadece bir işletme ya da teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırmaz. Ayrıca aynı teşebbüse ait farklı mal ve hizmetleri de birbirinden ayırmaktadır.⁸⁴Bu yönden

Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 345; Çankaya, *Marka Hakkına İktibas Veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu*, 36.

⁷⁸ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 356.

⁷⁹ Suluk v. dğr., *Fikri mülkiyet Hukuku*, 158; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 378; Kara, *Türk Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi*, 7; Bayrak, *Uygulamada Fikri- Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*, 62.

⁸⁰ Hatta *Uzunallı* ayırt edicilik fonksiyonu ile kaynak gösterme fonksiyonunun bir madalyonun iki yüzü gibi olduğunu ifade etmiştir. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 26.

⁸¹ Arkan, *Marka Hukuku*, 38; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 13-14; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 356; Kaya, *Marka Hukuku*, 59.

⁸² Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 345.

⁸³ Doktrinde bu konuda markanın diğer fonksiyonlarının ayırt edicilik fonksiyonunun bir uzantısı olduğu da söylenmektedir. Bkz: İsa Başbüyük, *Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk* (Ankara: Adalet Yay., 2018), 14.

⁸⁴ Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (Ankara: Adalet Yay., 2015), 33.

değerlendirildiğinde ayırt edicilik fonksiyonunun tezimiz konusunu da yakından ilgilendiren en önemli katkılarından birisi mal ve hizmetlerinde birbirlerinden ayrılmasını sağlayarak karıştırılma tehlikesinin de gerçekleşmesine engel olma özelliğidir.⁸⁵

1.3.2.2. Kaynak Gösterme Fonksiyonu

Markanın kaynak gösterme fonksiyonu, özellikle 2008/95 sayılı AB Marka Direktifinde hem de ABAD kararlarında⁸⁶ markanın esas işlevleri arasında gösterilmesi yönünden oldukça önemlidir.⁸⁷ Bu fonksiyon özet bir ifadeyle, bir markanın mal ve hizmetlerin hangi işletme veya teşebbüse ait olduğunu göstermesi işlevidir.⁸⁸ Mal veya hizmet ile işletme arasında bağ kurulmaktadır.⁸⁹

Markanın mal ve hizmeti üreten işletme veya teşebbüsü işaret etme işlevi, düzenli olarak bu işareti taşıması ve tüketicilerde bir tanınırlık yaratması ile işlerlik kazanır. Bu sayede marka üreticisine itibar kazandırıp onu kimliklendirir. Yani mal ve hizmetin ilgili hedef kitlesi markayı görünce sahibini tanırsa bu işlev ancak bu şekilde gerçekleşmiş olur. Aksi halde markanın kaynak gösterme fonksiyonundan söz edilemez.⁹⁰ Bu tanınma şartından da anlaşılacağı üzere bir markanın tanınırlık düzeyi arttıkça o markanın kaynak gösterme fonksiyonu da kuvvetlenecektir.⁹¹

⁸⁵Ali Pash, *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 102.

⁸⁶ ABAD yerleşik içtihatlarında kaynak gösterme fonksiyonu için markanın, sahibine üründen sorumlu ticari kaynak olma özelliğini sağladığına yönelik bkz: Durceylan, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 51.

⁸⁷ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 344-345; İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 7; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 13.

⁸⁸ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 356; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 33; Durceylan, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 50.

⁸⁹ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 474.

⁹⁰Sarı, *Türk ve ABD Hukuku Bağlamında Marka Hakkı Edinme Süreci*, 54.

⁹¹ Çankaya, *Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu*, 38.

Bu fonksiyon sayesinde, markanın piyasaya sunulan mal veya hizmetin hangi kaynaktan geldiği bilgisinin yaratması, hukuki korumanın da en ikna edici gerekçelerinden birisidir.⁹²

Marka olarak kullanılan işaret, taşıdığı ayırt edicilik ile ilgili kesim nazarında mal veya hizmetlerin ticari kökenlerine yönelik bir bilinç oluşturur.⁹³ Bu nedenle kaynak gösterme fonksiyonunun ayırt edicilik ile yakın ilişki içinde olması kaçınılmazdır. Kaynak gösterme fonksiyonunun ayırt edicilik fonksiyonu ile yakın ilişkisi nedeniyle doktrinde bazı yazarlar tarafından kaynak gösterme işlevinin ayırt edicilik işlevinin varlığı ve etkinliği sebebiyle zaman içinde önemini yitirdiği fikri ortaya atılmış olsa da özellikle ABAD kararlarının etkisiyle bu fonksiyon tekrar önemini korur hale gelmiştir.⁹⁴ Neticede bu iki fonksiyon arasında yadsınamaz bir bağ olduğunu söyleyebiliriz.⁹⁵

Mal veya hizmetlerin kaynağını göstermek markaların işlevidir. Özellikle markalarla karıştırılma ihtimaline sebep olabilen işaretlerden biri olan ticaret unvanının TTK md. 39/2 gereğince kullanımının, beraberinde sunulan mal ve hizmetin kaynağını gösterme işlevini de doğurduğu söylenebilir.⁹⁶

Kaynak gösterme fonksiyonu çalışmamızın konusunu oluşturan karıştırılma tehlikesi yönünden de oldukça etkilidir. Zira karıştırılma ihtimalinde halk mal ve hizmetin üreticisi yönünden yanılgıya düşmektedir. Bu nedenle karıştırılma tehlikesinin var olduğu durumlarda markanın kaynak gösterme fonksiyonun tehlikeye düştüğü söylenebilir.⁹⁷

1.3.2.3. Garanti Fonksiyonu

⁹² Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 96.

⁹³ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 23.

⁹⁴ Çağlar v.dğr., *Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık*, 66.

⁹⁵ İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 6-7; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 26.

⁹⁶ Mehmet Emin Bilge, "Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, sy. 2 (2015): 7-8.

⁹⁷ Durceylan, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 51.

Markalar, tüketiciye tercih ettiği mal veya hizmetin belli bir kalitede olacağına dair bir güven yaratır. Bu durum markanın garanti fonksiyonu olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüketiciler bir mal veya hizmetin belirli bir kalitede olmasını isterler ve kullanıp istediği kalitede olduğunu gördüğü markaların aynı kalitede devam edeceği varsayımıyla hareket ederler. Yani markalar kural olarak alıcısına belirli nitelikleri ve belirli bir kalitede olmayı garanti etmektedir.⁹⁸ Bu durum tüketicileri farklı markaları deneme zahmetinden ve kötü deneyimler riskinden kurtarır.⁹⁹ Ancak bu kalite garantisi yüksek kalite olmak zorunda değil, belli kalitede olma beklentisini karşılması bu işlevin yerine gelmesi için yeterlidir. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki markanın garanti fonksiyonu markalara belli bir kalitede üretim yükümlülüğü getirmez¹⁰⁰, sadece tüketicilerde bir beklenti oluşturur. Zaten markanın mal veya hizmetin kalitesini düşürmesinin hukuki bir yaptırımı da yoktur. Ancak bu kalitenin sahibinin rızası dışında düşürülmesi halinde kanun SMK md. 152/2 kötüleşmeye engel olma hakkı olarak anılan bir hukuki koruma sağlamaktadır.¹⁰¹

1.3.2.4. Reklam Fonksiyonu

Markanın bilinirliğinin ve tercih edilmesinin artması markanın ne kadar çok tüketiciye ulaştığı ile doğru orantılıdır. Markaların ürüne sağladığı tanıklık markanın aynı zamanda reklamını da yapmaktadır. Bir başka deyişle markanın tanınırlığı ile reklam işlevi arasında doğrudan bağlantı bulunmakta ve tanınırlık arttıkça markanın reklam işlevi de artış göstermektedir.¹⁰² Bu durum markanın reklam fonksiyonu olarak karşımıza çıkmaktadır. Markanın

⁹⁸ Mehmet Emin Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, (Ankara: Yetkin Yay., 2014): 39.

⁹⁹ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 159; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 34.

¹⁰⁰ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 356; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 346; Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 159; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 474.

¹⁰¹ Bu durum marka hukukunda tükenme ilkesinin istisnası olarak kabul edilmektedir. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 15.

¹⁰² Bilge, *Karıştırılma Tehlikesi*, 39.

özgünlüğü ve tüketiciler nezdinde oluşturduğu iyi imaj markanın pazarlama ve satışını sağlar.¹⁰³ Markalar tüketici ile bir bağ kurulmasını sağlayarak da yine reklam fonksiyonuna hizmet ederler.¹⁰⁴ Böylece marka bizzat reklam etkisi yaratır ve geniş kitlelere ulaşılmasını sağlar.¹⁰⁵

1.4. Markanın Türleri

Markalar farklı yönleriyle çeşitli kategorilere ayrılarak sınıflandırılmaktadır. Markalar her şeyden önce ilk olarak işaret ettikleri ürünün mal veya hizmet olmasına göre “ticaret markası” ve “hizmet markası” olarak ikiye ayrılırlar.¹⁰⁶ Doktrinde farklı alternatifler de öne sürülse de çoğunluk markaları kullanım amaçlarına göre, sahiplerine göre, tanınmışlık düzeylerine göre tescil durumlarına göre gruplara ayırmaktadır.¹⁰⁷ Özellikle SMK

¹⁰³ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 159.

¹⁰⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 14; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 39; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 346. Mintaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 32.

¹⁰⁵ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 475.

¹⁰⁶ Bu ayırım en temel ayırım olarak Markaların TÜRK PATENT tarafından sicile tescil edilmesi sırasında “Marka Türü” başlığı ile Ticaret Markası ya da Hizmet Markası olarak belirtilmektedir.

¹⁰⁷ Bazı yazarlar kullanım amacı ayırımı ile sahibine göre yapılan ikili ayırımla yetinmektedir. Bkz: Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 33-36; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 31-41. Kullanım amacı, sahipleri ve tanınmışlık düzeylerine göre yapılan ayırımı kabul edenler daha yaygındır: Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 25-32; Bu üçlü ayırma tescil durumuna göre yapılan ayırımı dahil edenler için bkz. Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 53 vd.; Bozbel, *Fikri mülkiyet Hukuku*, 364; Yasaman v. dğr. Bu dört sınıfa ek olarak markanın etki alanına göre ulusal-uluslararası marka ayırımı da eklemektedir: Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 58-68; Çolak ise daha farklı bir yaklaşım ile markaları tescil amacına göre, “normal marka”, “ihtiyat markaları” ve “koruyucu markalar” olarak da ayırmaktadır. Burada koruyucu marka ayırımı önemlidir. Zira Çolak’a göre koruyucu markalar tescilli bir markanın koruma alanını genişletmek için kullandığı normal marka ile karıştırılma ihtimali bulunan markayı rakiplerini uzak tutmak için tescil ettirmesidir. Bkz: Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 19; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 347. Yargıtay içtihatları ile kabul edilen ve markanın asli unsuru muhafaza edilerek üretilen aynı markayla bağlantı kurularak kullanılan seri markalar ayırımı da yapılmaktadır: Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 367-368. Seri marka tanımı için: Yargıtay H.G.K. 2017/1729 E., 2017/1186 K. sayılı 14.06.2017 tarihli “Yargıtay kararı”, erişim 15 Mart 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hgk-e-2017-1729-k-2017-1186-t-14-6-2017>. Yargıtay aynı zamanda seri markalar için zamanla markanın geliştirilmesi için seri markaların edinilmesi gerekliliğine değinmiştir. Yargıtay HGK 2013/11-1573 E., 2015/1055 K. sayılı 18.03.2015 tarihli kararda “...markaların birbirinin devamı niteliğinde seri marka olarak değerlendirilmesinin gerektiği, markalardaki kısmi

anlamında ferdi marka-ortak marka ayrımı, tanınmış marka ve garanti markası ile tescilli marka ayrımları bulunmaktadır.¹⁰⁸

1.4.1. Kullanım Amacına Göre: Ticaret Markası- Hizmet Markası

Ticaret markası¹⁰⁹, bir teşebbüsün ürettiği ve ticaretini yaptığı malları diğer teşebbüslerin ürettiği mallardan ayırmak amacıyla kullanılan markalardır.¹¹⁰Bu markalar ürünlerin üzerine konulmaktadır.¹¹¹Korunmaya başlanılan ilk marka türü ticaret markalarıdır. Hizmet markaları daha sonra hukuki koruma kapsamına dâhil edilmiştir.¹¹² Markalara ilişkin Nice mal ve hizmet sınıflandırılmasında ilk 34 sınıf ticaret markaları sınıflandırmasına aittir.

Hizmet markası, teşebbüslere tıpkı mallarını ayırmaları gibi sundukları hizmetleri diğer teşebbüslerden ayırarak sunma imkânı vermektedir. Burada markanın kullanıldığı alanın konusu mal değil hizmettir¹¹³ ve marka, hizmetlerin tanıtımına hizmet etmektedir.¹¹⁴Nice sınıflandırmasında 35-45. Sınıflar arasında toplam 11 adet hizmet markası sınıflandırması bulunmaktadır.

1.4.2. Sahiplerine Göre: Bireysel (Ferdi) Marka-Ortak Marka-Garanti Markası

değişikliğinin markanın gençleştirilmesinden ibaret olduğu...” demektedir. “Yargıtay Kararı”, erişim 15 Mart 2023, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2013-11-1573.htm&kw=title:2015/1055+k&cr=yargitay#fm>. Yine sahibinin rızası ile temsilci adına tescil edilerek kullanılan vekil markası da ayrı bir marka türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 168; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 16; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 369; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 354.

¹⁰⁸ Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 53; Noyan, *Marka Hukuku*, 48.

¹⁰⁹ Suluk, ticaret markası yerine “mal markası” kavramını kullanmaktadır. Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 166.

¹¹⁰ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 475; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 351; Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 166. Noyan, *Marka Hukuku*, 48.

¹¹¹ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 364.

¹¹² Yasaman v. dğr., *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 58.

¹¹³ Mintaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 25.

¹¹⁴ Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 34.

Bireysel bir diğer ifadeyle ferdi markalar, marka üzerindeki tüm hakların tek bir gerçek veya tüzel kişiye ait olmasıdır.¹¹⁵ Bir marka üzerinde birden çok kişinin müşterek ya da iştirak halinde hak sahipliğinin bulunması markanın bireysel marka olmasında bir engel değildir.¹¹⁶ Bireysel marka, marka hukukunun üzerine kurulduğu temel marka türüdür.¹¹⁷

Ortak marka, SMK md. 31/3'te “*üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Ortak markada marka birden çok kişi tarafından ayrı ayrı kullanılabilen ve marka herkes için ayrıca tescil edilmektedir.¹¹⁸ Burada kanun maddesinin devamındaki 4. fıkrada açıkça belirtildiği üzere ortak markalar gruba ait işletmelerin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerinkilerden ayırmaktadır. Bu anlamda ortak markalar grup markası olarak da ifade edilebilen holdinglerin markaları ile karıştırılmamalıdır. Zira grup markası holding çatısı altında bulunan işletmelerin ortak başka bir ad altında tanımlanması olarak düşünülebilir. Ancak bu durumda da grup markası tek bir işletme adına tescilli olup bireysel marka statüsündedir.¹¹⁹

Garanti markası ise yine SMK md. 31/1'de “*marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir.*” Şeklinde tanımlanmıştır. Garanti markası ile mal ve hizmet üretecek işletmeler garanti markası sahibinin denetimi altında belli bir kalitede ve üretim usulleri ile ortak özelliklere sahip üretim yapmayı garanti etmektedir.¹²⁰ Garanti markası sahibi tarafından kullanılmaz¹²¹; fakat üretimin marka sahibi tarafından

¹¹⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 16; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 365; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 352.

¹¹⁶ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 44; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 16. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 39.

¹¹⁷ Yasaman v. dğr., *Sınai mülkiyet Kanunu Şerhi*, 59.

¹¹⁸ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 27.

¹¹⁹ Arkan ve Tekinalp holding markaları başlığı ile bu konuyu ele almıştır. Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 46; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 353.

¹²⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 19; Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 35; Noyan, *Marka Hukuku*, 51.

¹²¹ Bu husus SMK md. 31/2 ile açıkça yasaklanmıştır. Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 366.

belirlenen kriterlere uygun gerçekleşip gerçekleşmediği marka sahibince denetlenir.¹²² Bu anlamda garanti markaları esasen işletmeleri değil işletmelerin mal ve hizmetlerinin ortak yönlerini garanti etmektedir.¹²³

Ortak markası ve garanti markası SMK'da kabul edilen marka türlerinden olup kanunun yedinci kısım başlıklı bölümünde 31. ve 32. maddelerde düzenlenmiştir. Hem ortak markası hem de garanti markası için tescil şartı olarak teknik şartname¹²⁴ sunulması gerekli görülmüştür.

1.4.3. Tanınmışlık Düzeyine Göre: Sıradan (Alelade) Marka-Tanınmış Marka

Alelade diğer bir deyişle sıradan markalar tanınmış marka olmayan ve tescil edilmekle koruma hakkını elde eden markalardır.¹²⁵ Alelade markalar bir ürün ya da hizmetle bütünleşmemiştir.¹²⁶

Tanınmış marka ise, SMK da açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte kanunun çeşitli hükümlerinde tanınmış markaların varlığı halinde dikkate alınacak düzenlemelere yer verilmiştir.¹²⁷ Bir markanın tanınmış marka olarak kabul edilmesinde merciler farklı kriterler belirlemiştir. Markanın tanınmışlık düzeyi her somut olayın özelliklerine göre incelenmelidir. Marka dünyaca ünlü bir tanınmış marka olabileceği gibi belli bir kesimce tanınmış da olabilir.¹²⁸ Burada önemli olan korumadan yararlanılacak ülkede tanınırlığın olmasıdır.¹²⁹ Buradaki tanınırlık için markanın hitap ettiği çevrede o markanın akla gelmesi

¹²² Meran, Marka Hakları ve Korunması, 36.

¹²³ Arkan, *Marka Hukuku*, 30.

¹²⁴ SMK md. 32/2 Garanti markası için md. 32/3 ortak marka şartnamesini düzenler.

¹²⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 16.

¹²⁶ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 167.

¹²⁷ SMK md. 6/4, SMK md. 6/5 ve SMK md 7/2 de tanınmış marka düzenlemeleri mevcuttur.

¹²⁸ Markanın tanınmışlık düzeyine göre de sınıflandırılabilen Yasaman ve Yusufoglu tarafından belirtilmiştir. Buna göre tanınmış markalar, belli bir çevre ile sınırlı tanınmışlık için "maruf marka", yurt geneli ya da yurtdışına taşarsa "umuma malum marka", "toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka", "çok tanınmış marka", "uluslararası marka" ve "dünya markası" olarak isimlendirilebilir. Yasaman v. dğr., *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 61-62.

¹²⁹ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 101.

ve bilinmesi yeterlidir.¹³⁰ TÜRKPATENT ve WIPO bir markanın tanınmışlık düzeyini¹³¹ belirlemede dikkate alınacak esaslara ilişkin çeşitli kriterler belirlemiştir. TÜRKPATENT'in kriterleri¹³² Paris sözleşmesi ile uyumlu olarak WIPO tarafından tespit edilen öneri kriterlerindedir.¹³³ TÜRKPATENT tarafından tutulan ayrı bir tanınmış markalar sicili de mevcuttur. Ancak bu sicilde tescilli olmak bir markanın tanınmış marka olarak kabulü için aranan bir şart değildir. Hatta bu sicilin zaman içinde güncelliğini yitirebileceği eleştirileri de yapılmaktadır. Yine de bu sicile tescil ispat açısından delil oluşturmada önemli bir avantaj sağlamaktadır.¹³⁴

Tanınmış markaların çalışmamız özelinde en önemli etkisi kuşkusuz karıştırılma ihtimalinin varlığı durumunda daha geniş koruma alanına sahip olmasıdır. Bir marka tanınmış marka statüsünde olduğu takdirde farklı mal ve hizmetler için dahi olsa bir başkası tarafından kullanılmayacak ve koruma karıştırılma ihtimali bulunmasa dahi sağlanacaktır.¹³⁵ Markanın tanınmışlık düzeyi ileride daha detaylı değinileceği üzere başlı başına karıştırılma ihtimalinin tespitinde önemlidir. Burası özelinde şimdilik tanınmış bir marka olup olmadığı araştırmasının da karıştırılma ihtimali özelinde değerlendirilmesi gerektiği ABAD tarafından da belirtilmektedir.¹³⁶

¹³⁰ Uğur Aktekin v. dğr., “Türk Hukuku Uygulamasında Tanınmış Marka Kavramı Ve Koruma Kapsamı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, sy. 2 (2016): 14.

¹³¹ Doktrinde bazı yazarlar tanınmış marka ile tanınmışlık düzeyine erişmiş marka arasında ayırım yapsa da Çolak aksi görüşle farklı olanın marka türü değil; tanınmışlık derecesi ve buna bağlı olan sonuçlar olduğunu öne sürmektedir. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 319. Tanınmış marka ile tanınmışlık düzeyine erişmiş marka kavramlarını ayırma hususunda bkz: Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 399.

¹³²“Özel Korunan Markalar Bilgisi”, son güncelleme 12 Mart 2023, <https://www.turkpatent.gov.tr/ozel-korunan-markalar-bilgisi> .

¹³³ Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 60.

¹³⁴ Uğur Aktekin v. dğr., “Türk Hukuku Uygulamasında Tanınmış Marka Kavramı Ve Koruma Kapsamı”, 11.

¹³⁵ Arzu Oğuz, “Yargı Kararları Işığında Tanınmış Marka İtirazında Haklı Sebep Kavramı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, sy. 1 (2018): 432.

¹³⁶ Ali Yaşar, “Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali”(Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2016), 148.

1.4.4. Tescil Durumuna Göre: Tescilli Marka- Tescilsiz Marka

Bir işaretin mal ve hizmetleri ayırt etmek için piyasada kullanılması ile esasen marka hakkı doğmuş olur. Ancak markaların kayıt altına alınması yani tescil edilmesi de mümkün ve hatta marka hukuku bağlamında gereklidir. İşte bu tescil etmeden kullanım veya tescil ile kullanım markayı tescilli marka- tescilsiz marka olarak ayırmamıza neden olmaktadır. Marka hakkını düzenleyen SMK, marka korumasının tescil ile mümkün olduğunu açıkça düzenlemiştir. Marka hakkının hukuken tanınması ve SMK korumasından yararlanılması için tescil şarttır.¹³⁷ Ancak tescil, bir işaretin marka olabilme şartı değildir. Yani teşebbüsler tescil ettirmeden de markalarını ticari hayatta kullanabilirler. *Yasaman* bu hususta marka hakkının kazanılmasında doğal yolun kullanım olduğunu söylemektedir.¹³⁸ Nitekim bu sebeple SMK da tescilsiz markalar için istisnai olarak koruma sağlanmasına ilişkin düzenlemelerde bulunmuştur. Örneğin kullanım suretiyle ayırt edicilik kazanmış önceki tarihe ait tescilsiz markalar ve Paris sözleşmesi anlamında tanınmış sayılan markalar tescilsiz olsa bile kanuni korumadan yararlanabilmektedir.¹³⁹ *Tekinalp*, tescilli marka tescilsiz marka ayırımını bir marka türü ayırımı olarak kabul etmemektedir. Zira ona göre tescilsiz bir marka sadece bir işareten ibarettir. Bu anlamda tescilsiz markayı bir marka türü olarak değil kanun gereği dolaylı olarak, tescilli marka korumasının sınırlarını belirleme nedeniyle kabul etmektedir.¹⁴⁰

Tescilli marka tescilsiz marka ayırımı çalışmamız özelinde özellikle hangi hukuk kurallarının kapsama alanına girerek korunacağı yönünden önemlidir. Tescilsiz markalar karıştırılma ihtimali ile karşı karşıya kaldığında SMK korumasından yararlanamayacağı için tek seçenek olarak haksız rekabet

¹³⁷ *Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku*, 358.

¹³⁸ *Yasaman v. dğr., Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1607-1608.

¹³⁹ *Çağlar, Marka Hukuku Temel Esaslar*, 25.

¹⁴⁰ *Güneş, Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 54; *Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku*, 347-348.

hükümleri ile korunabilmektedir.¹⁴¹ Ancak tescilli markalar bakımından hangi hukuk kurallarının uygulanacağı somut duruma göre tespite muhtaçtır.

1.5. Marka Koruması

1.5.1. Genel Olarak

Marka koruması kısaca, hukuki yollarla markanın, sahibinin izni ile kullanılabilmesini ya da tam tersi kullanımın yasaklanması halini ifade eder.¹⁴² Bir başka ifadeyle marka koruması, sahibine münhasır yetkiler sağladığı için, markanın tamamının ya da unsurlarının marka sahibinin izni olmadan üçüncü kişilerce kullanılmama, yararlanamama ve tasarrufta bulunulamama halidir.¹⁴³ Bu yönüyle marka koruması, marka ile ayırt edilemeyecek kadar benzeri veya karıştırılma ihtimali doğuracak düzeydeki benzer işaretleri kullanmayı da engelleyici bir koruma sağlamaktadır.¹⁴⁴ Bu koruma hem hukuki hem de cezai yollarla mümkündür.¹⁴⁵

1.5.2. Marka Korumasının Kazanılması ve Kapsamı

Marka korumasının kazanılmasında ve kapsamının belirlenmesinde önemli rol oynayan ve marka hukukuna ait önemli birtakım ilkeler mevcuttur. Bu ilkelere bu kısımda kısaca marka korumasındaki etkisi özelinde değinmekte fayda vardır.

¹⁴¹ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 168; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 9.

¹⁴² Önder Öge, *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları* (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 23.

¹⁴³ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 401.

¹⁴⁴ SMK md. 7 marka hakkı sahibine hangi bu şekilde kullanım sayılabilecek fiillerin önlenmesini isteme hakkı tanımaktadır.

¹⁴⁵ SMK anlamında hukuki koruma hem tescili engelleme, hem hükümsüzlük talebi hem de tecavüzü engellemeyi kapsarken cezai koruma markaya tecavüz suçu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz: SMK 5., 6., 25., 29. Ve 30. Maddeler.

Marka, kural olarak tescil edilmekle SMK anlamında koruma hakkına kavuşur.¹⁴⁶ Bu durum SMK md. 7/1’de “*Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*” şeklinde ifade edilmektedir. Tescil, marka korumasında kurucu şarttır.¹⁴⁷ Bu durum doktrinde bazı yazarlar tarafından “tescil ilkesi”¹⁴⁸ olarak da anılmaktadır. Ancak burada önemle vurgulanması gereken husus şudur ki, tescilin kurucu etkisi, marka hakkının doğumu açısından değil marka hakkı korumasının SMK anlamında kazanılması açısından kurucu etkilidir.¹⁴⁹ İlk defa tescil ettirmekle kullanılacak olan markalar için elbette tescil kurucu etki doğuracaktır, ancak tescil markanın doğumu için zorunlu değildir. Kural SMK anlamında marka hakkı korumasının tescille kazanılmasıdır. Bu kuralla birlikte kanunda bunun istisnaları vardır.¹⁵⁰

Tescil ilkesi gereğince, SMK’da belirlenen 4. Ve 5. Maddelere uygun olduğu tespit edilen markalar tescil edilir ve marka sahibi tescil başvuru tarihinden itibaren, üçüncü kişilere karşı yayım tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu koruma esasen markanın tescilli olduğu bütünsel haliyle, sicilde nasıl tescil edilmişse o haliyle ve tescilli olduğu mal ve hizmet sınıfları ve onların benzer sınıfları özelinde tanınmaktadır. Markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerle sınırlı olarak koruma sağlamasına *Tekinalp “korumanın tescilin yapıldığı mal veya hizmetlerle ve benzeri mal ve hizmetlerle sınırlı olması ilkesi”*¹⁵¹ adını vermektedir.¹⁵² Bu ilkenin istisnası ise tescilli tanınmış markalardır. Tanınmış markalar tescilli olmadıkları mal ve hizmetler

¹⁴⁶ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 29.

¹⁴⁷ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 358. Güneş, *Uygulamada Fikri Ve Sınai Mülkiyet Hakları Ve Haksız Rekabet Davaları*, 201.

¹⁴⁸ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 358.

¹⁴⁹ Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 1004. Öge, *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukusal Korunma Yolları*, 39.

¹⁵⁰ Bu istisnalar genel olarak tanınmış markalar, önceye dayalı haklar (gerçek hak sahipliği ve rüçhan hakkı), yenilenmemiş markalardır. Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 168.

¹⁵¹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 401.

¹⁵² Markanın yalnızca tescilli olduğu mal ve hizmetler yönünden korunması aynı zamanda “*markada belirlilik ilkesi*” olarak da ifade edilmektedir. Bu tabir Yasaman öncülüğü ile kullanılmaktadır. Bkz: Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 2201 vd.

yönünden de korunmaktadır.¹⁵³ Tanınmış markalar hem tescil ilkesinin hem de aynı veya benzer mal ve hizmetlerde tescil edilememe durumunun istisnasını oluşturmaktadır.¹⁵⁴

Marka hakkının kazanılması yönünden önemli ve tescil ilkesiyle bütünsel¹⁵⁵ bir ilişki içinde olan diğer bir ilkemiz “öncelik ilkesi”dir.¹⁵⁶ Bu ilkeye göre markayı önce tescil ettiren¹⁵⁷ ya da varsa tescil başvurusunu daha önce yapan marka hakkının ve dolayısıyla korumanın sahibi olur.¹⁵⁸ Bu ilkenin bir diğer yansıması ise markanın esasen ilk kim tarafından kullanılmaya başlandığına göre marka hakkı sahibinin ve dolayısıyla marka korumasının esas sahibinin belirlenmesidir. Bu ilke de doktrinde “gerçek hak sahipliği”¹⁵⁹ olarak ifade edilmektedir. Bu ilke, öncelik ilkesinin, tescil durumundan da önce markanın kullanılması söz konusu ise o halde korumanın bu kişiye, yani işaretin esas sahibine tanınması gerektiğini içermektedir. Nitekim SMK’da da marka hakkının tanınması yönünden tescili kurucu şart olarak aramış ve bir markanın tescil edilmeden önce başkası tarafından kullanılmış olmasına haklar tanımıştır.¹⁶⁰ Gerçek hak sahipliği ilkesi bu yönüyle tescil ilkesinin en önemli istisnasıdır.¹⁶¹ Bu ilkenin benimsenmesi ile birlikte SMK anlamında markalar

¹⁵³ Yasaman, Makaleler Hukuki Mütalaalar birlikişi raporları III, 22.

¹⁵⁴ SMK md. 6/4 tescil durumu aranmadan tanınmış markanın korunacağını, SMK md. 6/5 ise Türkiye’de tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış tanınmışlık düzeyindeki markaların haklı sebep hali saklı kalmak kaydıyla farklı mal ve hizmetler yönünden de korunacağını düzenlemiştir.

¹⁵⁵ Öncelik ilkesinin tescille ilgili bir kavram olduğu konusunda bkz: Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 9.

¹⁵⁶ Bu ilke Tekinalp tarafından “Başvuru ve Tescilde Öncelik İlkesi” olarak ifade edilmektedir. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 360.

¹⁵⁷ SMK md. 155 hükmünde de bu durum önceki tarihli hakların etkisi denilerek tecavüz davasında tescilli bir sınai hakkın önceki başvuru veya rüçhan tarihli haklara karşı öne sürülemeyeceği şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁵⁸ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 360.

¹⁵⁹ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 8; Kaya, *Marka Hukuku*, 153; Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7; Güneş, *Ayrırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 116.

¹⁶⁰ SMK md. 6/3: “Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir.”

¹⁶¹ Güneş, *Ayrırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 111; Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 193.

tescil edilmeden önce kullanılmaya başlanarak daha önce bir hak elde edilmişse kanun bu kazanımı korumakta ve markanın tescilden önceki kullanımına öncelik sağlamaktadır.

Marka hakkı korumasının kazanılması açısından bir diğer önemli ilkemiz “marka sahibinin tekliği ilkesi”dir. Markanın kural olarak birden fazla kişi adına tescili mümkün değildir.¹⁶² Bu ilkeye göre bir markanın ya da onunla karıştırılma ihtimali de dâhil derecede benzeri olan bir işaretin aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından tek sahibi olabilir.¹⁶³ Bu husus SMK md. 5’te mutlak ret nedeni olarak sayılmış ve tescilden sonra fark edilmesi halinde de hükümsüzlük nedeni olarak kullanılma imkânı tanınmıştır.¹⁶⁴ SMK ile tanınan muvafakatname bu ilkenin istisnasını oluşturmaktadır. Muvafakatname, önceki tarihli marka sahibinin sonraki tarihli marka başvurusuna açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı bir belgedir ve bir markaya birden fazla sahiplik sağlayan kanuni bir imkândır.

Markanın korumasının kazanılmasından sonra, sağlanacak marka korumasının ne kapsamda tanınacağı kısmı önem taşımaktadır. Markanın koruma kapsamının belirlenmesinde iki önemli husus incelenmektedir. Birinci olarak, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetler somut olarak ortaya konulmalıdır.¹⁶⁵ Eğer bir marka tescil edildiği ve kullanıldığı mal ve hizmetlerle benzer mal veya hizmetlerde ihlal oluşturacak şekilde kullanılırsa ancak o zaman koruma ihlal edilmiş olacaktır. Zira aynı markanın başka kişiler

¹⁶² Burçak Yıldız, “Mükerrer Markanın Seri Markasının Tescili -SMK M. 5.1.Ç ve M. 6. Hükümlerine Yargıtay Kararları ile Getirilen İstisna, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi* 34, sy. 4 (Aralık 2018), 97.

¹⁶³ Cafer Eminoğlu, “Marka Sahibinin Tekliği İlkesi Ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, sy. 1, (2016), 233.

¹⁶⁴ Teklik ilkesinin istisnaları da vardır bu konuda özellikle SMK öncesi teklik ilkesinin tek istisnaları ortak marka ve önceki hak sahibinin sessiz kalma nedeniyle hak kaybına uğraması durumlarıydı. Ancak yeni kanun ile birlikte SMK md. 5/3’te açıkça düzenlendiği haliyle önceki marka sahibinin açık muvafakati ile tescil edilebilmesi yani birlikte var olabilmeleri mümkün hale gelmiştir. Bu durum Yasaman tarafından “tescil engelinin taraf iradesiyle aşılması” olarak ifade edilmiştir. Yasaman v. dğr., *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 526-527.

¹⁶⁵ Yasaman v. dğr., *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 2202.

tarafından farklı mal ve hizmetlerde kullanılabilmesi mümkündür.¹⁶⁶ Mal veya hizmet benzerliği kıstası çalışmamızın dördüncü bölümünde ayrıca detaylandırılacaktır.¹⁶⁷

Marka korumasından yararlanacak marka için ikinci olarak korumadan yararlanacak marka ile korumayı gerektirecek kullanım içeren işaret arasında ya doğrudan kullanılmak suretiyle ya da benzerlik yaratılarak SMK'nın tanıdığı marka hakkına yönelik bir ihlal olup olmadığına bakılır. Bunun için de marka olarak kullanılan işaretin benzerlik incelemesi yapılır. Markanın aynısı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzeri kullanılıyor olabilir ya da marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil olacak şekilde marka ile karıştırılma tehlikesi yaratacak derecede bir benzer işaret kullanılabilir. Eğer aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer bir işaret kullanılıyorsa bu durumda kanun ayrıca karıştırılma ihtimalinin olup olmadığına bakmaz; doğrudan karıştırılma ihtimali de var kabul edilir.¹⁶⁸ Marka ile üçüncü kişi tarafından kullanılan işaret arasında ikinci aşama olarak kanunun aradığı bu üç halden birini içerir şekilde benzerlik mevcutsa bu durumda SMK marka koruması devreye girer ve ilgili hükümler gereğince marka ve doğal olarak marka sahibi korunur.

1.5.3. Marka Korumasının Sunduğu Hukuki Yollar

Marka koruması, Marka mevzuatındaki hükümlerle açıkça ortaya konulduğu üzere tescilli markayı korumaya ilişkindir ve tescil marka korumasının kazanılmasında yukarıda da belirttiğimiz üzere kurucudur.¹⁶⁹Tescilsiz markalarda ise SMK ilgili maddeleri istisnai haklar tanımış olsa da asıl koruma yolu haksız rekabet hükümleridir.¹⁷⁰Bu kısımda

¹⁶⁶ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 402.

¹⁶⁷ Dördüncü bölüm, s. 87.

¹⁶⁸ Arkan, *Marka Hukuku*, 75.

¹⁶⁹ Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 114.

¹⁷⁰ Arkan, *Marka Hukuku*, 124; İsmail Kayar, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticaret Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2018), 190.

marka korumasının SMK hükümleri uyarınca hangi imkânları sağladığına kısaca değinilecektir.

SMK anlamında markanın özel bir korumaya kavuşmasında kuralın markanın tescil edilmesi yani TÜRK PATENT nezdinde markalar siciline kayıt olması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda tescilli bir markanın SMK anlamında hangi korumalara sahip olduğuna kısaca değinecek olursak bunlar kanunun 7. Maddesinde açıkça belirtilmiştir. Özetle, markanın yalnızca marka sahibi tarafından kullanılması¹⁷¹, marka sahibinin izni olmadığı takdirde marka ile aynı veya benzer işaretlerin veya tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali dâhil karıştırılma ihtimali bulunan işaretlerin tescilli oldukları mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer olanlar yönünden kullanılmasını engelleme¹⁷², Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle marka itibarından haksız yarar elde edileceği hallerde haklı bir sebep olmadan o işaretin hangi mal ve hizmetlerde tescilli olduğu fark edilmeksizin kullanılmasını engelleme¹⁷³ hakkıdır.¹⁷⁴ Aynı şekilde marka hakkı sahibi işaretin ticaret alanında kanunda belirtildiği şekilde kullanılmasını da aynı kapsamda yasaklayabilir.¹⁷⁵ Bu

¹⁷¹ SMK md. 7/2: “Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır: a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması,

¹⁷² SMK md. 7/2-b): “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,

¹⁷³ SMK md. 7/2-c): “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.”

¹⁷⁴ Öge, *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*, 39-40.

¹⁷⁵ SMK md. 7/3: “Aşağıda belirtilen durumlar, işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir: a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması. b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi. c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi. ç) İşaretin, teşebbüsün iş evraki ve reklamlarında kullanılması. d) 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. e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması. f) İşaretin hukuka

kullanma veya kullanılmasını engelleme imkânları SMK ile tanınan marka hakkı korumasının kapsamını oluşturur.

SMK anlamında sağlanan marka korumasının hangi yollarla elde edileceği de hangi aşamada ve şartlarda marka hakkının ihlal edildiğine göre farklılık göstermektedir. Buna göre eğer tescilli bir marka hakkı, henüz tescil başvurusu yapılmış aşamasında olan bir başka marka başvurusuna konu olursa bu durumda tescilli markanın tescil başvurusuna itiraz etme ve reddettirme imkânı vardır.¹⁷⁶ Ancak sonraki tarihli bir marka tescil edilmişse bu durumda önceki tarihli marka hakkı sahibi sonraki tarihli marka tescilinin hükümsüzlüğünü talep edebilmektedir.¹⁷⁷ Tabii ki bunun istinası da kabul edilmiştir ve marka sahibinin tescile açıkça muvafakat vermesi halinde aynı veya benzer markaların tescil edilebilmesi mümkündür ve koruma kapsamı dışında bırakılabilir.¹⁷⁸

SMK anlamında karıştırılma ihtimaline ilişkin bir diğer hukuki koruma, tescilli bir marka ile karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin kullanılmasının marka hakkına tecavüz oluşturmasıdır. Bu husus SMK md. 7/2-b de ve bu maddenin yollaması ile SMK md. 29'da tecavüz oluşturan eylemler olarak açıkça belirtilmiştir.¹⁷⁹ SMK anlamında marka hakkına tecavüz kusur şartı aranmayan özel bir haksız fiil türüdür. Ancak kusur tazminat sorumluluğu açısından önem arz etmektedir.¹⁸⁰ Bu hüküm gereğince marka hakkına tecavüz

uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması”

¹⁷⁶ Bu durumun önlenmesi, markanın teklik ilkesi gereğince öncelikle re'sen TÜRKPATENT incelemesi aşamasında sağlanmaktadır. Bu koruma, SMK md. 5/1-ç'de “*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 işaretler.*” Denilmekle marka başvurusunun mutlak ret nedenleri arasında sayılmıştır. Ancak fark edilmemesi ya da benzerliğin karıştırılma ihtimali düzeyinde kalması halleri için de SMK md. 6/1 gereğince nispi ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu korumanın kamu düzeninden olduğu yönünde bkz: Arkan, *Marka Hukuku*, 71.

¹⁷⁷ SMK md. 25/1: “*5 inci veya 6 ncı maddede sayılan hâllerden birinin mevcut olması hâlinde mahkeme tarafından markanın hükümsüzlüğüne karar verilir*”

¹⁷⁸ Bu durum için doktrinde “*Birlikte Var Olma Anlaşmaları*” tabiri kullanılmaktadır. Bkz: Buket Gün, *Marka Hukukunda Birlikte Var Olma* (İstanbul: Onikilevha Yay., 2019), 82 vd; Ahmet Hasan Kılıç, “*Markaların Birlikte Var Olma Sözleşmesi*”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 3, sy. 2, 81.

¹⁷⁹ Durceylan, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 82.

¹⁸⁰ Öge, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Göre Marka Hakkına Tecavüz Ve Hukuksal Korunma Yolları*, 47.

üç şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Tescilli marka ile benzer bir işaret benzer mal ve/veya hizmetler için kullanılabilir, tescilli marka ile benzer işaret aynı mal ve/veya hizmet için kullanılabilir veya tescilli marka ile aynı işaret benzer mal ve/veya hizmet için kullanılabilir. Bu üç durum da marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır. Ancak SMK md. 7/2-b anlamında tanınmış markalar istisna tutularak hem işaret benzerliği hem de mal ve/veya hizmet benzerliğinin varlığı şarttır.¹⁸¹ Bu durumun tespiti çalışmamızın ilerleyen bölümünde karıştırılma ihtimali başlığında ayrıca ele alınmaktadır. Kanunun SMK. Md. 7 ve 29. Maddeleri hasebiyle hem SMK md. 149'da tanınan davaları açma¹⁸², tazminat¹⁸³, ürün veya cihazların mülkiyetini talep etme, el koyma, imha gibi taleplerde bulunma hem de tecavüz sayılan fiillerin aynı zamanda SMK anlamında suç teşkil etmesi halinde yine SMK md. 30 da öngörülen cezai yaptırımlara başvurmamak mümkündür. Bu yönden SMK anlamında karıştırılma ihtimali yalnızca hukuki bir koruma değil, aynı zamanda SMK md. 30/1 "iltibas suretiyle tecavüz" ibaresini kullanarak karıştırılma ihtimali yaratarak tecavüz oluşturan fiilleri hapis ve adli para cezası yaptırımlarıyla karşı karşıya kalacak şekilde özel olarak düzenlemiştir.

Son olarak, SMK hükümleri istisnai olarak tescilsiz markalar ve işaretler bakımından da kanun gereği hukuki koruma sağlamaktadır. Buradaki en önemli istisna kuşkusuz yukarıda gerçek hak sahipliği ilkesi olarak açıkladığımız önceye dayalı kullanıma sağlanan üstünlüktür. Bu yöndeki istisnai koruma, kanunumuzda SMK md. 6/3'te düzenlenmiştir. Buna göre, tescilsiz bir marka veya ticaret hayatında kullanılan bir işaret, daha önceden bir başkası tarafından ayırt edicilik kazanacak şekilde kullanıldıysa, bu işaret, sahibine, sonraki tarihli marka başvurusuna itiraz hakkı tanımaktadır. Aynı şekilde SMK md. 25

¹⁸¹ Durceylan, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*, 83.

¹⁸² SMK md. 149'da sayılan davalar: "a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti. b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi. c) Tecavüz fiillerinin durdurulması. ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini"

¹⁸³ Tazminat hükümleri SMK md. 150. ve 151. Maddelerde düzenlenmiştir. Marka hakkı sahibinin tazmin edilecek zararı fiili zarar ve yoksun kalınan kazancı kapsamaktadır.

hükümsüzlük halleri SMK md. 6/3 hükmünü de kapsadığı için böyle bir marka tescili itiraz edilmeden tescili gerçekleşmişse, sonraki tarihli tescilli bir markanın hükümsüzlüğünü talep etme imkânı da yine SMK ile sağlanmaktadır. Ve elbette gerçek hak sahibi olduğunu kanıtlayan kişiler tescilli marka sahibi tarafından açılacak davalarda bu durumu savunma olarak kullanabilmekte ve davanın reddini sağlayabilmektedir.¹⁸⁴ Bu imkân da yine SMK tarafından sağlanan koruma kapsamında değerlendirilmelidir. Yine tescilsiz markaların istisnai olarak SMK kapsamında sahip oldukları korunmasına dair bir diğer düzenleme tanınmış markalardır. Yine tanınmış bir marka, tescil şartı aranmaksızın Paris Sözleşmesi gereğince sonraki tarihli marka başvurularına itiraz ve tescil edilmişse hükümsüzlük iddialarına konu edilebilmektedir.

Neticeten karıştırılma ihtimali, SMK anlamında hem bir tescil engeli hem de bir marka hakkına tecavüz halidir.¹⁸⁵

1.6. Karıştırılma İhtimali Tanımı ve Kapsamı

Karıştırılma ihtimali, marka hukukundaki en geniş etkili ve tartışmalı konusunu oluşturan; ayrıca marka hukukunun omurgası¹⁸⁶ olarak görülen bir konudur. Karıştırılma ihtimali hukuki bir kavram olup dinamik bir yapıdadır.¹⁸⁷ Her somut olayın şartlarına göre farklılık arz etmektedir. Bu nedenle karıştırılma ihtimalinin varlığını tespit için teknik inceleme yapılması bir gerekliliktir.

Karıştırılmayı, ilk bakışta, aralarında bulunan benzerlik oranı sebebiyle bir şeyin diğeri sanılması ve diğerrinin yerine konulması şeklinde tanımlamak mümkündür.¹⁸⁸ Karıştırılma ihtimali kavramı ile ilgili kanunda bir tanım bulunmamakla birlikte gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında

¹⁸⁴ Güneş, *Ayrırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 116.

¹⁸⁵ Bu yöndeki Yargıtay tanımlaması için bkz.: Yargıtay H.G.K. 2013/1521 E., 2015/852 K. sayılı ilamı. Erişim 04 Mart 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2013-1521-k-2015-852-t-25-2-2015> .

¹⁸⁶ Çolak, *Marka Hukuku*, 205.

¹⁸⁷ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 67.

¹⁸⁸ Bilge, *Karıştırılma Tehlikesi*, 57.

tanımlamalarda bulunmaktadır. *Tekinalp*'e göre karıştırılma ihtimali, tescilsiz bir işaret veya tescilli bir markanın daha önce tescil edilmiş bir başka marka ile görünüş, ses, genel izlenim gibi nedenlerle aynı veya benzer olması nedeniyle önceki tarihli marka zannedilmesi tehlikesidir.¹⁸⁹ *Çolak*, karıştırılma ihtimalini kısaca ortalama tüketicilerin iki işaret arasında bağlantı kurması olarak açıklamış; aynı zamanda AB Adalet Divanı'nın bu alanda önemli kararlardan Canon kararında karıştırılma ihtimalinin “*halkın söz konusu mal ve/veya hizmetlerin aynı ya da bağlantılı işletmelerden geldiğini düşünme tehlikesidir*” şeklinde tanımladığını belirtmiştir.¹⁹⁰ *Franko*, markada iltibas diyerek bugünkü karıştırılma ihtimalini bir kişi ya da işletme tarafından kullanan markanın, başkası tarafından aynen kopyası ya da markayı değiştirmek suretiyle veya benzeterek kullanmasıdır.¹⁹¹ *Çağlar*, iki ayrı markaya ilişkin kişilerin bu markaların benzerlikleri nedeniyle sundukları mal ve hizmetlerin aynı veya bağlantılı işletmelere ait olduğunu düşünmeleri ya da düşünme ihtimallerini karıştırılma tehlikesi olarak ifade etmektedir.¹⁹² *Asan ve dğr.* göre ise karıştırılma ihtimalini tüketicilerin belli bir mal veya hizmeti almayı düşünürken başka bir işletmeye ait benzer mal veya hizmeti alma tehlikesi ile karşı karşıya kalmasıdır.¹⁹³

Buradaki hükümde karıştırılmanın bir ihtimal olarak kapsam içine alınması kasıtlı bir tercihtir. Nitekim bu husus, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında da özenle ve özellikle ihtimal kelimesinin kullanıldığı vurgulanarak açıkça ortaya konulmaktadır.¹⁹⁴

¹⁸⁹ *Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku*, 407.

¹⁹⁰ *Çolak, Marka Hukuku*, 205.

¹⁹¹ Nisim Franko, *Ticaret Hukuku ve Yargı Kararları Sempozyumu* “Yargıtay Kararları Açısından Marka İltibası Sebebiyle Haksız Rekabet”, (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Aralık 1993), 6-8.

¹⁹² *Çağlar, Marka Hukuku Temel Esaslar*, 67.

¹⁹³ Habip Asan ve dğr., *Sınai Mülkiyet Uygulamaları Kitap 3: Marka* (Ankara: Lykeion Yay., 2021), 103.

¹⁹⁴ Yargıtay H.G.K. 2023/11-694 E., 2023/1207 K. sayılı ve 6.12.2023 tarihli kararda geçen ifade aynen şu şekildedir: “...*Karıştırılma ihtimâlinde önemli olan husus, tüketicilerin bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde ve herhangi bir sebeple bağlantı kurma ihtimâlidir. Buradaki “ihtimal” kelimesi özenle ve özellikle kullanılmış bir kelime olup, şekil, ses, anlam,*

“İhtimal” kavramının tercihi kasıtlı olmakla beraber bir ihtimalin doğduğuna tam olarak hangi aşamada değer verileceği de aslında ayrı bir tespit sorunudur. Burada karıştırılma ihtimalinin standardı, karıştırma olasılığı ile kesin karıştırmanın tam ortasındaki ideal bir ölçüdür.¹⁹⁵

Karıştırılma ihtimalinde, düzenlendiği SMK md. 6/3’te de ifade edildiği üzere bağlantı kurma durumu içerisinde “ilişkilendirilme ihtimali” de koruma kapsamına dâhildir.¹⁹⁶ İlişkilendirilme ihtimali, karıştırılma durumundan farklıdır. Zira ilişkilendirme ihtimalinde hedef kitle mal ve hizmetin başkası tarafından üretildiğini fark etmektedir; ancak işletmelerin birbiriyle bağlantılı olduğunu zannederek tercihini bu ihtimale göre yönlendirmektedir.¹⁹⁷ İlişkilendirmede tüketiciler çoğunlukla sonraki tarihli markanın önceki markanın seri markası ya da alt markası olduğunu

genel görünüm, çağrışım veya bir seri içinde bulunma izlenimi bu kapsamda değerlendirilmektedir. Hatta markalar arasında birçok noktada fark bulunduğu tespit edilse bile “umumi intiba” bunların karıştırılabileceği yönünde ise iki işaret arasında karıştırma ihtimalinin bulunduğu kabul edilmelidir.” Erişim 03 Şubat 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2023-11-694.htm&kw=Buradaki+`ihtimal`+kelimesi+%C3%B6zenle+ve+%C3%B6zellikle+kullan%C4%B1m%C4%B1%C5%9F+bir+kelime+olup,+%C5%9Fekil,+ses,+anlam,+genel+g%C3%B6r%C3%BCn%C3%BCm,+%C3%A7a%C4%9Fr%C4%B1%C5%9F%C4%B1m+ve+bir+seri+i%C3%A7inde+bulunma+izlenimi+bu+kapsamda+de%C4%9Ferlendirilmektedir.&cr=yargitay#fm> Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 410; Asan v. dğr., *Marka*, 104.

¹⁹⁵ Herman T. Tavani and Richard A. Spinello, *Intellectual Property Rights in a Networked World* (Information Science Pub., 2005), 140.

¹⁹⁶ Yargıtay 11. H. D. 2022/4083 E., 2024/141 K. sayılı 10.01.2024 tarihli kararında “...somut olayda da taraf markalarının asli unsurları olan “POPSİ” ve “POPCİN” ibareleri arasında görsel, işitsel ve telaffuz olarak benzerlik bulunması yanında taraf markalarının ortalama tüketiciler nezdinde bıraktıkları genel izlenim de dikkate alındığında, işaretler arasında 6769 Sayılı Kanun’un 6. maddesinin birinci fıkrası anlamında ilişkilendirme ihtimalini de içerecek derecede benzerlik bulunduğu kabulüyle markaların kapsamlarındaki mal ve hizmetler yönünden bir inceleme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde taraf markaları arasında iltibasın oluşmayacağı gerekçesiyle davanın reddine dair İlk Derece Mahkemesi kararına yönelik davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden kaldırılması ve İlk Derece Mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.” Demekle ilişkilendirme ihtimalinin değerlendirilmeye katılmadan karıştırılma ihtimalinin olmadığına dair verilen kararı bozmuştur. Erişim 03 Şubat 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2022-4083.htm&kw=`ili%C5%9Fkilendirme`+`kar%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1lma`&cr=yargitay#fm>.

¹⁹⁷ Aslıhan Kart, *Marka Hakkına Tecavüz Suçları* (Ankara: Adalet Yay., 2019), 119.

düşünebilmektedir.¹⁹⁸İlişkilendirme ihtimali, karıştırılma ihtimaline bir alternatif değildir¹⁹⁹; aksine karıştırılma ihtimalinin kapsamını belirleyen ve bu kavrama dâhil bir karıştırılma ihtimalidir.²⁰⁰

İlişkilendirilme ihtimali SMK'da karıştırılma ihtimaline dâhil bir unsur olarak düzenlenmiştir. Buradaki ilişkilendirilme ihtimali karıştırılma ihtimalinden bağımsız düşünülebilir. Yani ilişkilendirilme ihtimali doğabilir ancak bu durum özellikle halk tarafından karıştırılma yaratacak şekilde ilişkilendirilmeyebilir.²⁰¹ Bu nedenle ilişkilendirilme ihtimalinin varlığı tek başına karıştırılma ihtimalinin söz konusu olması bakımından yeterli değildir. Nitekim bu konuda karıştırılma ihtimalinin kült kararlarından biri olan ABAD'ın 11.11.1997 tarihli C-251/95 sayılı SABEL kararındaki saptamalar önemlidir. Kararda da açıkça ortaya konulduğu üzere ilişkilendirilme ihtimali karıştırılma ihtimalinin bir alternatifi değil kapsamına hizmet eden bir olgudur ve ilişkilendirilme riskinin kesin varlığı tek başına karıştırılma ihtimalinin varlığını da doğurmaz. Karıştırılma ihtimalinin doğması mutlak koşuldur.²⁰²

AB direktifinde karıştırılma ihtimalinin kaynak gösterme fonksiyonu ile ilgili olduğundan bahsedilmektedir.²⁰³ Nitekim karıştırılma ihtimalinde esas olan mal ve hizmetlerin geldiği yerin karıştırılması ve başkasının mal ve hizmeti

¹⁹⁸ Mintaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 93.

¹⁹⁹ Yargıtay'ın ilişkilendirme ihtimalini karıştırma tehlikesine alternatif gördüğü ancak bunun doğru bir yaklaşım olmadığı ve karıştırılma tehlikesinin doğru belirlenmesine hizmet ettiği yönünde bkz: Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 87-88. Asan v. dğr., *Marka*, 128.

²⁰⁰ Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali* (İstanbul: Onikilevha Yay., 2020), 72.

²⁰¹ Çolak, İlişkilendirme ihtimali tabirinin hatalı olduğu ve aslında Topluluk Marka Tüzüğü'nün karıştırılma ihtimali ile ilgili olan maddesindeki karşılığının çağrıştırma ihtimali olduğu ve çağrıştırma kavramının yani esasen ilişkilendirilmenin ihtimal kavramının içinde olduğunu belirtmektedir. Bu konuda çağrıştırma (yeni kanundaki ifadeyle ilişkilendirme) ihtimalinin PUMA/SABEL kararında karıştırılma ihtimalinin varlığı için tek başına yeterli olmadığı yorumuna ulaşıldığını yine Yargıtay 11. H.D. 2009/6868 E., 2011/202 K. sayılı kararındaki SYH BYZ markasının Siyah Beyaz Tv BJK 1903 markası ile çağrıştırmasına rağmen karıştırılma ihtimali için yeterli olmadığına dair kararı onadığını örnek olarak vermektedir. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 280.

²⁰² Deniz Çelikel, *Marka Hukukunda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları ve Yorumu* (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 103.

²⁰³ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 206.

zannedilmesi olduğu için markanın temel işlevi ile birebir bağlantılı bir konudur. Bu cihetle AB direktifi karıştırılma ihtimalinin net bir tanımlamasını yapmamış olsa da; tanımlanmasının çok sayıda ögeye ve özellikle markanın pazardaki bilinirliğine, kullanılan veya tescil edilen işaretle arasında kurulabilen bağlantıya, marka ile işaret arasındaki ve tanımlanmış mallar veya hizmetler arasındaki benzerliğin derecesine bağlı olduğunu vurgulamıştır.²⁰⁴

Karıştırılma ihtimali, belli bir mal veya hizmet alacak hedef kitlenin teşebbüsün kimliği konusunda ve dolayısıyla üründe yanıtılmasıdır. Bu nedenle karıştırılma ihtimali bir yönüyle işletmede diğer yönüyle üründe yanılmadır.²⁰⁵

Karıştırılma ihtimaline ilişkin doktrinde doğrudan ve dolaylı karıştırılma ihtimali olarak ikili bir ayırım yapılmaktadır.²⁰⁶ Bu ayırma göre mal veya hizmetlerin aynı işletmeden çıktığına dair bir yanılığ doğuyor ve mal veya hizmet başka bir işletmenin zannedilerek alınıyorsa doğrudan karıştırılma söz konudur. Yani doğrudan karıştırılma ihtimalinde, mal ve hizmetler aynı işletmenin mal veya hizmeti zannedilmektedir.²⁰⁷ Ancak mal veya hizmet ayırt ediliyor yani iki işletmenin mal veya hizmetlerinin bağımsız olduğu anlaşılıyor ama işletmelerin bir şekilde ekonomik bağlantılı iki işletme olduğu sanılıyorsa bu durumda ise dolaylı bir karıştırılma ihtimalinin varlığından bahsedilmektedir.²⁰⁸ Bu ayırım Alman doktrini etkisiyle doktrinimizde yerini almış olup karıştırılma ihtimalini sınırlayıcı bir tutum sayılabileceğinden bizim de katıldığımız görüşle bu ayırım isabetsiz bulunmaktadır.²⁰⁹

Benzerlik durumunun bir ihlale yol açmasının temelinde karıştırılma ihtimali bulunmaktadır.²¹⁰ Karıştırılma ihtimali SMK anlamında hem tescil

²⁰⁴“DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL”, erişim 11 Haziran, 2023, <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/473893>.

²⁰⁵ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 410.

²⁰⁶ Bilge, *Karıştırılma Tehlikesi*, 59-60.

²⁰⁷ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 409.

²⁰⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 206.

²⁰⁹ Bazı yazarların kavramı bu iki hale indirgememek yönündeki görüşleriyle beraber bu görüşü de benimseyen Tekinalp için bkz: Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 411.

²¹⁰ Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması* (İstanbul: Onikilevha Yay., 2019), 43.

engeli hem de tecavüz²¹¹ teşkil eden eylemlerden biri olarak görülmektedir. Karıştırılma ihtimali SMK md. 6/1'de²¹² düzenlenmiş olup hüküm gereğince koruma tescilli markalar yönünden mümkündür.²¹³ Zira kanun maddesi tescil edilmiş veya daha önceki tarihte başvurusu yapılmış olan markanın tescil başvurusu yapılmış markaya karıştırılma ihtimali yönünden itiraz edebileceğini ya da SMK md. 7/2-b gereğince karıştırılma ihtimaline sebebiyet verecek herhangi bir işaretin kullanılmasını önleme hakkının tescilli marka sahibine tanındığı açıkça belirtmektedir. Karıştırılmaya sebep olacak işaretlerin tescilli markaya karşı kullanılması SMK md. 29/1-a gereğince marka hakkına tecavüz fiili de sayılmaktadır.

Marka hukuku anlamında karıştırılma ihtimalinin varlığı için hem markalar bakımından hem de mal veya hizmetler bakımından benzerlik bulunmalıdır ve bu benzerlikler nedeniyle karıştırılma ihtimali doğmalıdır. Karıştırılma ihtimalini oluşturan birden fazla unsur bir arada bulunmalıdır²¹⁴ ve bu unsurların varlığı ile nihayetinde karıştırılma ihtimalinin mevcut olduğunun tespitine yönelik birden çok ölçüt geliştirilmiştir.

1.6.1. Karıştırılma İhtimalinin Unsurları

Karıştırılma ihtimalinin unsurları SMK md. 6/1'de açıklandığı üzere aynı veya benzer bir işaretin varlığı, markanın kapsadığı mal veya hizmetin aynı veya benzer olması ve bunlarla birlikte karıştırılma ihtimalinin doğması²¹⁵ şeklinde

²¹¹ Meran, Markanın benzerinin kullanılmasının karıştırılmaya yol açacağı ama bunun markayı taklit etmek sayılmayacağı ve bu nedenle benzerinin kullanılmasının markaya tecavüz oluşturmayacağı görüşündedir. Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 500.

²¹² SMK md. 6/1: “Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir.”

²¹³ Tescilli olmayan markalar yönünden haksız rekabet hükümleri uygulanmalıdır. Bkz: Mintaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 84.

²¹⁴ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 76.

²¹⁵ Tekinalp karıştırılma ihtimalinin unsurlarında üçüncü unsur olarak “kullanma sorunu”nu

üç başlıkta toplanabilir. Karıştırılma ihtimali bu üç unsurun birlikte gerçekleşmesi ile söz konusu olur. Üç unsurun da kümülatif olarak bulunması gerekmektedir.

Karıştırılma ihtimali, unsurlarına göre farklı biçimlerde gerçekleşebilir. İlk ve en belirgin biçimi markanın ve mal ve/veya hizmetlerin aynı olması olarak karşımıza çıkabilir. Aynen kullanım halinde karıştırılma ihtimalinin varlığı için başkaca bir araştırma yapılmasına gerek yoktur.²¹⁶ İnceleme gerektiren esas haller ise “Aynı mal ve/veya hizmet ve benzer markalar”, “aynı markalar ve benzer mal ve/veya hizmet” ve son olarak “benzer mal ve/veya hizmet ve benzer markalar” şeklinde karşımıza çıkabilir ve karıştırılma ihtimali söz konusu olabilir.²¹⁷ Her üç durum için de karıştırılma ihtimalinin unsurları incelenirken burada hangi unsurların inceleneceği de öncelik sırasına sahiptir. İlk öncelikle markaların mal ve hizmetlerin birbirleriyle benzer olup olmadıkları unsurunun incelemesinden başlanmalıdır.²¹⁸ Mal ve hizmetlerde benzerlik bir ön koşuldur.²¹⁹

Karıştırılma ihtimali değerlendirilmesinde markaların benzerliği ile mal ve/veya hizmetlerin benzerliği arasında bir miktar karşılıklı bağımlılık olduğu söylenebilir.²²⁰ Buna göre mal ve/veya hizmetler arasındaki düşük benzerlik markalar arasındaki benzerliğin yüksekliği ile dengelenebilir ya da tam tersi de geçerlidir.²²¹

saymaktadır. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 413.

²¹⁶ Arkan, *Marka Hukuku*, 75; Sami Karahan, “Markalarda İltibas” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anabilim Dalı, Konya, (1990), erişim 22 ağustos 2023, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/hebb/files/dsp.php?fn=makalesamikarahan2.htm&kw=sami+karahan+iltibas&cr=hebb#fm>

²¹⁷ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 208; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 69-70. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 76.

²¹⁸ Suluk ve dğr. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 181; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 208. Aksi görüş olarak önce markaların benzer olup olmadığı incelemesinin yapılması gerektiği için bkz: Arkan, *Marka Hukuku*, 99.

²¹⁹ Richard A. Spinello, *A Defense of Intellectual Property Rights* (Edward Elgar Pub., 2009), 103.

²²⁰ Lionel Bentley and Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, (Oxford Press: 2003), 816-817.

²²¹ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 189-190. Bu husus ayrıca karıştırılma ihtimali yönünden en önemli ABAD kararlarından biri olan Canon kararı olmak üzere birçok kararda

1.6.1.1. Mal ve/veya Hizmetin Aynılığı ya da Benzerliği

Mal ve hizmetlere yönelik, gerek uluslararası anlaşmalarda kanunumuzda bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak marka hukuku anlamında ticarete konu olabilen her eşya için mal, üçüncü kişiler yararına soyut nitelikte olan eylemsel faydalar için de hizmet isimlendirmesini yapabiliriz.²²²

Markaların kullanıldığı ya da kullanılmak istendiği mal ve/veya hizmetlerin birbirleriyle aynı ya da benzer olmaları, karıştırılma ihtimaline sebep olacak ilk ve öncelikli unsurdur. Eğer mal ve/veya hizmetler arasında bir ayniyet veya benzer olma durumu söz konusu olursa ancak ondan sonra markaların benzer olup olmadıkları araştırılacaktır.²²³

Marka ile karıştırılma ihtimali doğurduğu düşünülen işaretin kapsadığı mal ve/veya hizmetler aynı veya benzer değilse karıştırılma ihtimalinden söz edilemeyecektir. İşaretler aynı olsa dahi kural olarak önceki tarihli marka sonraki tarihli markanın ya da işaretin kullanılmasını engelleyemeyecektir.²²⁴Bu nedenle mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzer olma durumunu tespit etmek oldukça önemlidir.

Mal ve/veya hizmetlerin aynı olması *Tekinalp*'e ve *Bozbel*'e göre özel bir açıklamaya ihtiyaç duyulmayacağı kadar net bir ifadedir. Asıl irdelenmesi gereken husus mal ve/veya hizmetlerin benzerliğidir.²²⁵

ilke halini almıştır. Bkz: “29 Eylül 1998 tarihli *Canon* kararı , C-39/97, ECR, EU:C:1998). :442, paragraf 17 ve 14 Aralık 2006, *Mast-Jägermeister v OHIM — Licorera Zaccapaneca (çerçevesi VENADO ve Diğerleri)* , T-81/03, T-82/03 ve T-103/03, ECR, EU:T :2006:397, paragraf 74” T-352-14 kararından naklen. Erişim 25 Nisan 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=207%252F2009&docid=165848&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=23114#ctx1> .

²²² 2021 tarihli Türk Patent ve Marka Kurumu “Marka İnceleme Kılavuzu”, 385-386, erişim 11 Ağustos 2023, <https://www.turkpatent.gov.tr/duyurular/marka-inceleme-kilavuzu-guncellendi-18082021> .

²²³ CJEU uygulaması da bu şekildedir. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 208.

²²⁴ Bu konuda örneğin Yargıtay’ın “Derby” kararı örnektir. Yargıtay 30.102017 tarihli kararında davalının 12. Sınıfta yer alan “inşaat malzemelerinin taşınabilmesi için kullanılan el arabaları ürünleri”ni davacı markasının kapsamında olmadığı ve tıraş bıçakları alanında tanınmış davacı markası ile bağlantısının da kurulmayacağı da belirtilerek reddedilen davayı onamıştır. Detaylı bilgi için bkz: Uzunallı, *Marka Hukuku*, 113.

²²⁵ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 413; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 415.

Markalar, daha önce de belirttiğimiz üzere, Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırmasına İlişkin Nis Anlaşması ile belli mal ve hizmet gruplarına ayrılmıştır. Hukuk sistemimizde de Nis Sınıflandırmasına uygun olarak, TÜRK PATENT’e yapılan marka tescil başvurularında esas alınmak üzere Mal ve Hizmet Sınıflandırma Listesini oluşturmak²²⁶ ve bu listeye ilişkin esasları düzenlemek amaç ve kapsamıyla 2016/2 nolu Tebliğ yayınlanmıştır.²²⁷ Tebliğ’de de açıkça belirtildiği üzere bu liste ve sınıflandırma sınırlı sayıda değildir; mal ve hizmetler benzer fonksiyon ve amaca sahip olan mal veya hizmetlerle aynı kapsamda değerlendirilebilir. Sınıflandırmadaki mal veya hizmetlerin aynı grupta yer almaları benzer olduklarına peşin bir kabul olarak değerlendirilmemelidir. Aynı şekilde aynı sınıflandırmada yer almayan mal ve hizmetler de sırf bu sebeple benzer değildir şeklinde yorumlanamayacaktır. Nitekim Nice (Nis) Anlaşması’nın 2. Maddesi de sınıflandırmaların bağlayıcılık içermediğini belirtmektedir. Bu durum paralel bir kabulle SMK md. 11/4 fıkrasında “*Mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmez.*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir.²²⁸ Neticeden aynı sınıfta yer alan mal veya hizmetler benzer olabileceği gibi aynı alt grupta olsalar dahi mal veya hizmetler farklı olabilecektir. Burada önemli olan mal ve/veya hizmetlerin ait oldukları sınıf veya alt gruptan bağımsız biçimde farklı faktörler dikkate alınarak benzer olup olunmadığının tespiti gerçekleştirilmelidir.²²⁹ Ancak elbette bu tespit

²²⁶ Bu amaçla görüleceği üzere sınıflandırmanın amacı benzerlik belirlemek değil tescil kolaylığı sağlamaktır. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 85.

²²⁷ “30.12.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ”, Türk Patent ve Marka Kurumu, erişim 09 Ağustos 2023, <https://www.turkpatent.gov.tr/marka-nice-siniflandirma>.

²²⁸ Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatının (WIPO) mal ve hizmetlerin benzerliğinin değerlendirilmesinde Nis sınıflandırılmasının kullanımını yönündeki yorumu: “*Markalar, çeşitli mallar için sadece idari amaçlarla oluşturulmuş sınıflarda tescil edilir. Malların sınıflandırılması bu yüzden benzerlik sorunu açısından belirleyici olamaz. Bazen tamamıyla farklı mallar aynı sınıfta yer alırken, kimi zaman da benzer mallar farklı sınıflarda yer alabilir.*” şeklindedir. “Marka İnceleme Kılavuzu”, 385-386.

²²⁹ Değerlendirme mekanik bir değerlendirme olmamalıdır. Birçok faktör yönünden

aşamasında Nis sınıflandırmasının yine de mal veya hizmetlerin ortak özelliklerini belirlemede yardımcı bir araç olduğu da göz ardı edilmemelidir ve yine benzerlik tespitinde yardımcı rolde kullanılmalıdır.²³⁰Bu duruma sınıfların değerlendirmesi de denebilir.²³¹ Sınıflandırmaya dair temel ilkeler dikkate alınarak mal ve/veya hizmetlerin kapsamı doğrultusunda bu sınıflar ve alt gruplar kendi içlerinde birtakım yöntemler de benimsenerek ayniyet veya benzerlik incelemesine tabi tutulmaktadır.

Mal ve hizmetlerin yer aldıkları sınıflar ve alt gruplar her ne kadar benzerlik yönünden kesin bir bağlayıcılık taşımasa da mal ve hizmetlerin tespitinde ve benzer olup olmadıkları özelinde kapsam belirleyicidir. Bu nedenle mal ve hizmetlerin hangi sınıfta ya da alt grupta yer aldığı da benzerlik incelemesinde etkili faktörlerdendir.

Mal ve hizmet sınıflandırma listelerinde yer alan malların veya hizmetlerin koruma kapsamının tespitinde bazı ifadelerin analizi de önem taşımaktadır. Listelerde kapsam açıklayıcı ya da sınırlayıcı ifadelerin bulunması halinde mal ve hizmetlerin aynı ya da benzer sayılma durumu etkilenir. Örneğin genel ifadeden sonra gelen “özellekle” ifadesinin kullanılması halinde bu ifadeden sonra gelenlerin sadece örnekleme olduğu anlaşılır. Yine örneğin “yani” ifadesinin kullanımı bir genellemeden ziyade sınırlayıcı bir etki oluşturur ve koruma kapsamı dolayısıyla benzerlik incelemesi de bu sınırlamaya göre yapılır.²³²

değerlendirmede bulunup somut olaya göre farklılık gösterecektir. *Asan v. dğr., Marka*, 108.

²³⁰ “Marka İnceleme Kılavuzu”, 386. Mal ve/veya hizmetlerin benzer olup olmadıklarının tespitinde sınıfsal bakımdan benzerlik incelemesi için *Çolak*, “sınıfsal benzerlik” tabirini kullanmaktadır. *Çolak, Türk Marka Hukuku*, 229.

²³¹ Sınıf benzerliği değerlendirmesinde iki sistemin mevcut olduğu söylenebilir. Bunlar Emtia Sistemi ve Sınıf Sistemidir. Emtia sisteminde tescil belgesinde tek tek yazan emtia veya hizmet ne ise koruma onunla sınırlı olmaktadır. Sınıf sisteminde ise tescil belgesinde emtia veya hizmetin yazılması yerine sınıflar ve alt gruplar belirtilmektedir. Koruma kapsamında sınıflarla bağlı kalınmaz ve farklı sınıflar da benzer olabilmektedir. *Çolak, Türk Marka Hukuku*, 230. Mevzuatımız yönünden hangi sistemin benimsendiği hususu açıkça belirtilmediği için tartışmalıdır.

²³² “Marka İnceleme Kılavuzu”, 389-391; *Mintaş, Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 116.

Marka Başvurularında Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ'e göre, farklı sınıflardaki ya da aynı sınıfın farklı alt gruplarında yer alan mal veya hizmetlerin benzerlik araştırmasında, genel olarak göz önüne alınması gereken kriterler 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 vb.'dir.²³³

TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu'nda mal ve/veya hizmetlerin benzerliği yönünden değerlendirilmesi gereken kriterler olarak AB Adalet Divanı'nın mal ve hizmetlerin benzerlik düzeylerinin bazı faktörlere bağlı olduğundan bahsedilmektedir. Bu faktörler mal ve hizmetlerin doğasının, kullanım amaçlarının ve kullanım alanlarının benzerlikleri, tüketici kesiminin benzer olması, malların dış görünüşünün benzer olması, mal ve hizmetlerin ikame edilebilir olmaları, birbirleriyle rekabet eden nitelikte olup olmamaları, dağıtım kanalları ve ticari kaynakları yönünden benzer olup olmamaları olarak sayılmıştır. Ancak kılavuzda da açıkça ifade edildiği üzere bu faktörler sınırlı sayıda değildir ve duruma göre farklı faktörler eklenebilir ya da değerlendirmeye katkısı olmayabilir. Bu cihetle bazı faktörler mal ve hizmetlerin benzerliğinde güçlü faktörler olarak karşımıza çıkarken bazı faktörler ise daha az önem taşıyabilir.²³⁴ Bu nedenle mal ve/veya hizmetlerin benzer olmalarının her somut olayda değerlendirilerek benzerliğin tespit edilmesi gerekmektedir.²³⁵

AB Fikri Mülkiyet Ofisi ise mal ve/veya hizmetlerin benzerliğine dair incelemesinde malların aynı amaca hizmet edip etmemeleri, aynı mağazada yan yana satılıp satılmadıkları, birbirleri yerine ikame edilebilirlikleri ve aynı

²³³ Yargıtay 11. H.D. 17.11.2008 tarihli 2007/10027 E., 2008/12932 K. sayılı kararı, erişim 11 Şubat 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2007-10027-k-2008-12932-t-17-11-2008>.

²³⁴ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 681.

²³⁵ "Marka İnceleme Kılavuzu", 395.

tüketici kesimine hitap edip etmediklerini esas almaktadır.²³⁶Neticeden ilgili tüm düzenlemeler genel ve paralel bir çerçeve çizerek benzerlik incelemesinde kullanılabilir benzer faktörler üzerinden değerlendirme yapılarak her somut olayda özel olarak tespit edilmesini sağlayan düzenlemelerde bulunmuştur.

Mal ve hizmetlerin benzer olup olmadıkları değerlendirilirken etkili ve ilişkili olabilecek bütün faktörler dikkate alınmalıdır. Bu durum ABAD kararlarına da yansımıştır. Divan, SERGIO ROSSİ kararında kadın ayakkabıları ve çantalarının aynı malzemeden üretilmesi ve ilgili tüketici kesiminin aynı olmasını tek başına belirleyici faktörler olarak kabul etmemiş; özellikle bu iki malın kullanım yerleri ve amaçlarının farklı olması, birbirleri ile rekabet etmedikleri ve birbirlerine ikame de olmadıkları faktörlerinin de dikkate alınması sonucunda tüm faktörlerin incelenmesine vurgu yapmıştır. Ayrıca bu faktörler bir diğerinin uygulama alanını da ortadan kaldırmamaktadır.²³⁷

Mal ve hizmetlerin birbirleriyle tamamlayıcı özellikte olmaları benzerliğe hizmet eden faktörlerden birisidir. Birbiriyle karşılaştırılan mal ve/veya hizmetlerden birinin diğerinin kullanımında gerekli ya da önemli olması nedeniyle bağlantılı olması durumu için tamamlayıcı mal veya hizmet durumu söz konusu olmaktadır. Bu tamamlayıcılık birlikte kullanımın tüketici tercihiyle bağlı olarak gerçekleşmesinden başkadır ve zorunlu bir birliklilik aranmaktadır. Tamamlayıcı mal ve/veya hizmetler benzer kabul edilirler. Marka inceleme kılavuzunda 9. Ve 16. Sınıflarda yer alan eğitim-öğretim materyalleri ile 41. Sınıftaki eğitim-öğretim hizmetleri, 28. Sınıfta yer alan kayak takımları ile 25. Sınıftaki kayak ayakkabıları tamamlayıcı mal ve hizmetlere örnek olarak verilmiştir.²³⁸

Perakende veya toptan satışlara konu mal ve/veya hizmetler, bir satış yöntemini ayrı bir marka altında hizmet olarak sunduğundan bu markalar

²³⁶ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 88.

²³⁷ CJEU General Court, T-196/03, SERGIO ROSSİ vs. OHİM, paragraf 54,55,57,63. Naklen Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 231. Asan v. dğr., *Marka*, 108.

²³⁸“ Marka İnceleme Kılavuzu”, 402.

arasında da karıştırılma ihtimali doğabilmekte mal ve/veya hizmet benzerliği gündeme gelmektedir. Burada 35.05.²³⁹ sınıfta kişinin kendi mallarını mı ürettiği yoksa başkalarının mal ve hizmetlerini de satışa konu ettiği önemlidir. Zira kişi kendi mallarını satışta 35.05. de tescilli olmasa da korumadan yararlanabilmektedir. Yargıtay'ın birçok kararı mallar ile 35.05. sınıftaki “mağazacılık-perakendecilik hizmetleri” arasında benzerlik olduğuna hükmetmiştir.²⁴⁰TÜRKPATENT 2011 yılında ABAD'ın PRAKTİKER kararına atıfta bulunarak bir değişikliğe gitmiş ve “*Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri*” bakımından uygulama değişikliği yapmıştır. TÜRKPATENT, 35. sınıftaki “*Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi*” hizmetlerinin, “*malın ya da malların satışı hizmeti*” olarak değerlendirilemeyeceği, belirtilen hizmetin “*tüketicilere perakende satış ortamlarında malların sunumu hizmeti*” olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Buna göre; bugüne kadar TÜRKPATENT tarafından tesciline izin verilen ve “*çok sayıda sektöre ait malların bir araya getirilerek sunulması*” ile “*sadece belirli bir sektöre ya da sektörler için malların bir araya getirilerek sunulması*” aynı ya da aynı türden olmayan hizmetler olarak kabul görmektedir. Yani çok farklı sektörlerin perakende mağazaların hizmetleri belli bir veya birkaç sektöre özgü perakende hizmetleri ile aynı tür sayılmayacaktır.²⁴¹

²³⁹ Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından yayımlanan Sınıflandırma Tebliği'nde Perakendecilik- mağaza hizmetleri 35.05. alt grupta şu ifadelerle yer almaktadır: “*Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için malların* bir araya getirilmesi hizmetleri (belirtilen hizmetler perakende, toptan satış mağazaları, elektronik ortamlar, katalog ve benzeri diğer yöntemler ile sağlanabilir). *Bu kısımda mal veya mal grubu belirtiniz.*” şeklinde ifade edilmektedir.

²⁴⁰ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 182; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 235-237.

²⁴¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 238. Nitekim Yargıtay 11. H.D. 2022/3683 E., 2023/7454 K. sayılı 18.12.2023 tarihli güncel kararında 16. Ve 28. Sınıflara ilişkin “GROSSERY” ibareli marka başvurusunun 16. Ve 35. Sınıflarda tescilli “groseri+şekil” ibareli marka ile benzer olduğu, karıştırılma ihtimali bulunduğu itirazları ile YİDK'ya başvurulmuş ve bu başvurunun reddi kararına ilişkin açılan davada davanın reddine karar verilmiş; buna karşılık yapılan istinaf başvurusunda “*...mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı, dava konusu başvurunun kapsamında yer ... 9. ve 28. Sınıflardaki*

Mal ve/veya hizmetlerin benzerliklerinde birçok faktör farklı ağırlıklarla etkili olsa da esasen benzerlikte, o mal ve/veya hizmetle ilgili kişilerin mal ve/veya hizmetlerin aynı işletmelerden ya da ekonomik bağlantılı oldukları düşünülecek işletmelerden geldiğini düşünüp düşünmeyecekleri belirleyicidir.²⁴²

Mal ve/veya hizmetler arasındaki benzerlik arttıkça karıştırılma ihtimali de artmaktadır.²⁴³ Ancak mal ve/veya hizmetlerin benzerlik düzeyi bağımsız ve tek başına değerlendirilir. Buradaki bağımsızlık markaların benzerliğinden bağımsız olarak yapılacak bir değerlendirme biçimidir. Bir mal ve hizmetin benzerliği, markalar ile işaretlerin benzerliğine ve önceki tarihli markanın ayırt edicilik gücüne bağlı değildir.²⁴⁴ Markaların ayırt etme güçleri ve benzerlikleri mal ve/veya hizmetlerin benzerliğinde değil, ancak mal ve/veya hizmetlerin benzerliği kabul edilirse birlikte değerlendirilerek karıştırılma ihtimalinin

mallarla davacının itirazına mesnet markaların kapsamındaki 35. sınıfta yer ... genel nitelikteki perakendecilik hizmetleri arasında benzerlik olmadığı, davacının genel nitelikte perakendecilik hizmetlerinde tescilli markasını dava konusu başvuru kapsamındaki mallar üzerinde kullanılmasının da varılan sonucu değiştirmeyeceği, davacı markasının tanınmış olduğunun ispat edilemediği, davacının ticaret unvanı ve kötüniyete dayalı iddialarının da yerinde olmadığı gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir...” denilerek genel perakendecilik hizmetlerinin benzer mal veya hizmet sayılmayacağı kabulü ile karıştırılma ihtimalinin olmadığına hükmedilmiştir. Yargıtay da bu kararın ONANMASINA karar vermiştir. Erişim 14 Mart 2024, www.kazanci.com.tr. Ancak burada her ne kadar “aynı tür” mal veya hizmet olarak kabul edilmeseler de karıştırılma ihtimali doğması mümkün olabilmektedir. Bu durumu engellemek için 35.05. alt grubun hangi mallar yönünden hizmet verileceği somutlaştırılmalıdır. Aksi halde ticari mal markası ile farkı sınıfta olsa da onun satışını içerip ilişkilendirilme ihtimali de dahil bağlantı kurulması hali nedeniyle benzerlik olduğu kabul edilebilecektir. Bu yönde yeni tarihli bir başka Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30. Sınıfta tescilli marka ile 35.05.’de tescilli markayı mal ve hizmet yönünden benzer kabul etmiş ve şöyle demektedir: “...davalı şirketin 35/08 (35.05) sınıfta genel olarak yazılan mağazacılık hizmetlerini kapsayan marka tescil başvurusunda, söz konusu hizmetlerin sunulacağı ürünlerin veya ürün gruplarının yukarıda açıklandığı biçimde ve karışıklık yaratmayacak bir şekilde belirtilmemesi nedeniyle, dava konusu başvurunun davacı adına tescilli markaların kapsadığı ürünlerin teşhir ve satışı hizmetlerini de içereceği ve mal ve hizmetler farklı sınıflarda olsalar dahi 556 sayılı KHK’nin 8/1- (b) bendi anlamında benzer olacağı ve iltibas tehlikesine yol açacağı kabul edilmelidir...” Yargıtay H.G.K. 2022/11-486 E., 2022/788 K. sayılı 31.05.2022 tarihli kararı, erişim 14 Mart 2024, www.kazanci.com.tr.

²⁴² Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 681.

²⁴³ Marka İnceleme Kılavuzu, 384. Canan Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi* (Ankara: Seçkin Yay., 2009), 106.

²⁴⁴ Sevilay Uzunallı, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan “Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu”* (İstanbul: Onikilevha Yay.,2017), 678.

tespitini gerektiren ayrı bir unsur olarak önem taşımaktadır. Bu durum ABAD kararlarında da bu şekilde açıklanmaktadır.²⁴⁵ Mal ve hizmetlerin benzerlik değerlendirmesinin marka benzerliğinden bağımsız değerlendirmesi hukuk güvenliğindedir.²⁴⁶

Mal ve hizmetler arasındaki benzerlik malların mallarla hizmetlerin de hizmetlerle benzerliği olabileceği gibi mallarla hizmetlerin benzer olup olmamasını da kapsamaktadır.²⁴⁷ Bir başka deyişle, mallar hizmetlerle de benzer sayılabilir ve karıştırılma ihtimaline sebebiyet verebilmektedir. Bu cihetle mal ve/veya hizmetlerin koruma kapsamı sadece benzer mal ya da hizmetle sınırlı değildir; koruma, mallar bakımından benzer hizmetleri; hizmetler bakımından da benzer malları da içermektedir.²⁴⁸

Mal ve/veya hizmetlerin genel nitelikli veya özel nitelikli olması durumları da aynı mal veya hizmeti kapsayıcılık nedeniyle önceki tarihli tescil sonraki tarihli tescil ile karıştırılma ihtimaline sebebiyet verebilecektir. Yine önceki tarihli markanın sonraki tarihli marka veya işaretle aynı şekilde genel bir üst grupta yer alması durumunda mal ve/veya hizmetler çakışabilmektedir. Bunlar *Çağlar* tarafından “kısmi ayniyet” olarak ifade edilmektedir.²⁴⁹

²⁴⁵ Canon kararı bu anlamda kült bir karardır. Birçok yazar tarafından da örnek olarak bu karara değinilmiştir.

²⁴⁶ Uzunallı, “Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu”, 678.

²⁴⁷ Yargıtay 11. H.D. 2005/8081 E., 2005/8578 K. sayılı 22.09.2005 tarihli kararında “...Somut uyumsuzluğa döndüğümüzde, davacı ticaret sınıfı için markanın tescilini istemiştir. Davalının markası hizmet sınıfı için tescillidir. Ancak, farklı mal ve hizmetler ile ilgili olmasına rağmen davacının tescilini istediği marka ile davalı adına tescilli markanın kullanılacağı mal ve hizmetler açısından benzerlik ve bu benzerliğin halk arasında karıştırılma olasılığı bulunduğu savunmasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Dairemizin 2004/9414 Esas, 2005/7845 Karar sayılı ilamında da anılan eksikliğe işaret edilerek yerel mahkeme kararı bozulmuştur...” demekle mal ve hizmet ayrımının benzerlik incelemesinde bir engel oluşturmadan yine benzer olup olmadıklarının incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Erişim 14 Mart 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2005-8081.htm&kw=Somut+uyumsuzlu%C5%9Fmazu%C4%B1%C4%9Fa+d%C3%B6nd%C3%BC%C4%9F%C3%BCm%C3%BCzde,+dovac%C4%B1+ticaret+s%C4%B1n%C4%B1f%C4%B1+i%C3%A7in+marka%C4%B1n+tescilini+istemi%C5%9Ftir.+Daval%C4%B1n%C4%B1n+makas%C4%B1+ise+hizmet+s%C4%B1n%C4%B1f+i%C3%A7in+tescillidir.&cr=yargitay#m>. Benzer kararlar için bkz: Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 238-240.

²⁴⁸ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 92-93.

²⁴⁹ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 71.

Mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzer olması durumu *Çağlar*'ın da “kısmi ayniyet” olarak ifade ettiği gibi kısmen de gerçekleşebilir.²⁵⁰ Yani markanın karıştırılma ihtimali, koruma kapsamındaki tüm mal ve hizmetler yönünden değil de bazı mal ve/veya hizmetler yönünden mümkün olabilir. Örneğin aynı alt grupta fakat farklı mallarda tescil söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda bazı mal ve/veya hizmetler yönünden karıştırılma ihtimali bulunduğu bazıları yönünden ise karıştırılma ihtimali bulunmadığı sonucuna varılacaktır.²⁵¹

Mal ve/veya hizmetlerin benzerliğine ilişkin, mal ve hizmetlerin kapsamı ve ilgili faktörler ile yapılacak değerlendirme sonucunda mal ve/veya hizmetlerin aynı olduğu, benzer olduğu ya da farklı oldukları sonucuna varılacaktır. Bu husus benzerliğin derecesi ile ilgilidir. Mal ve hizmetlerin aynı olması ya da benzer olması cevabı bizi karıştırılma ihtimaline götürecek ilk ve esasen en büyük adımdır. Bu cevaba göre işaretlerin benzer olup olmadığı gündeme gelir.

1.6.1.2. Markaların Aynılığı ya da Benzerliği

Markalar ve işaretler karıştırılma ihtimali doğurması yönünden aynı veya en azından benzer olmalıdır.²⁵² Markaların veya marka ile bir işaretin benzerliği görsel, işitsel veya kavramsal yönden benzerlikleri incelenerek tespit edilmektedir. Bu tespit, karıştırılma ihtimali değerlendirme safhalarından biridir.²⁵³ Bu benzerlik türlerinden herhangi biri yeterli olabileceği gibi²⁵⁴ üçü yönünden benzerlik bulunsa dahi karıştırılma ihtimali yönünden yeterli bir benzerlik düzeyine ulaşamayabilir. Markalar arasındaki benzerlik değerlendirmesi, mal ve/veya hizmetlerdeki benzerlik incelemesinde olduğu

²⁵⁰ Uzunallı, “Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu”, 683.

²⁵¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 243.

²⁵² Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 182.

²⁵³ Asan v. dğr., *Marka*, 109; Yasaman v. dğr., *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 930.

²⁵⁴ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 77; Yasaman v. dğr., *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 931.

gibi birçok faktör dikkate alınarak gerçekleştirilecektir. İnceleme, markanın türüne göre farklı faktörlerin dikkate alınmasını gerekli kılabılır.²⁵⁵ Bu anlamda görsel, işitsel veya kavramsal benzerlik karşılaştırması benzerliğe yönelik tespit unsur ve kriterlerinden sadece birisi olarak görülebilir. Bunların dışında, çalışmamızın buradaki bölümünün üçüncü başlığında daha ayrıntılı olarak değinileceği üzere bütünsel değerlendirme yani bir diğer ifade ile bütünsel olarak oluşan genel izlenim, önceki markanın ayırt edicilik gücü ve işaretlerin ayırt edicilik düzeyleri, tanınırlık ve hedef kitle gibi kriterler de bulunmaktadır. Bu kriterler sınırlı sayıda olmadığı gibi hem işaretler arasındaki benzerliği hem de karıştırılma ihtimalinin doğru doğmadığı yönünde yeterli benzerliği tespit etmekte geçerlidir.²⁵⁶

Mal ve/veya hizmetlerde olduğu gibi marka ile aynı ya da benzer olacak işaretler incelemesinde işaretler arasındaki benzerlik ne kadar artarsa karıştırılma ihtimali de o kadar artmaktadır.²⁵⁷

İki işaretin aynı olması aralarında ufak bir farklılık dahi bulunmayacak kadar tıpa tıp aynıdır. Bu anlamda aynılık, bir markayı sahibi nasıl kullanıyorsa bir başkasının da birebir o şekilde kullanması anlamına gelmektedir.²⁵⁸ Markalar arasında küçük farklar bulunması halinde aynılıktan söz edilemezse de bazı yazarlar tarafından işaretlerin boyutlarının, yazı tipinin değişmesi gibi farklılıkların aynı olma durumunu etkilemeyeceği öne sürülmektedir.²⁵⁹ Bu farklılıklar orta düzeydeki tüketiciler tarafından fark edilemez derecede önemsiz ise işaretler aynı kabul edilecektir. Ancak aralarında küçük de olsa farklılıklar bulunan işaretler tüketiciler nezdinde fark edilecek şekilde ise markalar aynı sayılmayacaktır.²⁶⁰ İşaretler arası aynılık varsa mal

²⁵⁵ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 70.

²⁵⁶ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 183.

²⁵⁷ Asan v.dğr., *Marka*, 109.

²⁵⁸ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 412.

²⁵⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 217.

²⁶⁰ Asan v. dğr., *Marka*, 110.

ve/veya hizmetler arasındaki aynı veya benzerlik durumuna göre karıştırılma ihtimali doğabilecektir.²⁶¹

Karıştırılma ihtimalinde benzerlik, iki işaret arasında görsellik, ses, anlam benzerliğinden biri, birkaçı veya tümünden meydana gelecek genel bir izlenim ya da bir diğer ifadesi ile umumi intibadan doğar.²⁶² Genel izlenim, markayı oluşturan renk, şekil, kelime, sayı, yazı tipi gibi birçok unsurun ilgili kesimde yarattığı bir algıdır. Bunun için yapılan değerlendirmede ilgili kesimin bir mal ve/veya hizmeti hangi etki alanında tercih ettiği tespit edilmeye çalışılmaktadır.²⁶³ Genel izlenim ise bir markanın bir başka marka ile karıştırılmasında esas olan o markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetin ortalama dikkat düzeyindeki alıcısının onu almak ve ayırt etmek için ayırdığı alım süresi içinde doğar.²⁶⁴

Marka ile aynı veya benzer olma durumunda değindiğimiz üzere markalar asıl unsur ve tali unsurlardan oluşmakta ve benzerlik incelemesinde bu unsurlara göre benzerlik derecesi artmakta ya da azalmaktadır. Marka ile bir işaret arasındaki benzerlikte de bu iki işaretin asli unsurları ve tali unsurlarına göre inceleme yapılır. Hem bu unsurların ayırt ediciliklere etkisi hem de işaretler arasında ortak unsurlar varsa bunların ayırt edicilikleri değerlendirilir. Buradaki unsurlar, markaların ya da benzerlik incelemesine konu bir başka işaret ile markanın unsurlarından farklı olmasına rağmen önceki tarihli markayı çağrıştırabilir²⁶⁵ veya tam tersi ortak unsurların varlığı ve benzerliğine rağmen genel izlenim açısından tamamen farklı bir marka olarak da benzerlik doğurmayabilir.²⁶⁶

²⁶¹ Yaşar, “Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali”, 98.

²⁶² Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 414.

²⁶³ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 47.

²⁶⁴ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 414.

²⁶⁵ Bu yönde *Çelikel* karıştırılma ihtimaline dair temel saptamalardan biri olarak tüketici iki marka arasındaki farklı unsurları fark etse bile markaların aynı kişiye ait olduğu varsayımında bulunabilir başlığı ile EUPIO'nun T-224/01 Durferrit v OHIM- Kolnır (NUTRIDE) 2003 tarihli kararını örnek göstermiştir. Bu durum aslında ilişkilendirilme ihtimalinin bir yansımasıdır. *Çelikel*, *ABAD Kararları ve Yorumu*, 113.

²⁶⁶ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 183.

Karşılaştırma her ne kadar genel izlenime göre yapılırsa da işaretlerin esas unsurlarına göre benzerlik tespiti yapılmaktadır.²⁶⁷

Markaların baskın unsurları, kelime unsurunun varlığı, işaretlerin benzer kısımlarının başlangıç olup olmaması, ek unsurların ayırt edicilikte etkileri benzerlik yönünden önemlidir ve neticeden işaretlerin görsel, işitsel, kavramsal veya üçü yönünden benzer olup olmadıkları sonucunu doğurmaktadır.²⁶⁸

a) Görsel Benzerlik

Karıştırılma ihtimaline sebebiyet verecek derecede markalar veya marka ile işaret arasında göze hitap eden bir benzerliğin bulunması görsel benzerlik olarak ifade edilmektedir.²⁶⁹ Markalar kelime unsurundan oluşuyorsa yazılışı, markayı oluşturan şekil, renk gibi yönler görsel benzerlik kapsamında değerlendirilir.²⁷⁰ Markayı oluşturan öğelerin konumlanmaları ve biçimlerinden kaynaklı olarak belirgin bir benzerlik bulunması durumunda görsel benzerlik söz konusu olmaktadır.²⁷¹

Görsel benzerlik, bazı türdeki mal ve hizmetler yönünden daha belirleyici bir etkiye sahiptir. Örneğin giysi ve gıda maddeleri bakımından görsellik daha önemlidir. Renk markaları veya renk unsuru belirgin olan şekil markalarında da görsel benzerlik başlıca incelenen en önemli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁷²

Özü itibariyle markaların görsel benzerlikleri tüketicilerin işarete baktıklarında gördükleri unsurlara göre yapılan bir değerlendirmedir. Bu anlamda markaların şekil unsurundan oluşması veya şekille beraber kelime unsuru taşıması hangi unsurun ayırt edicilik yaratacak derecede baskın olduğuna

²⁶⁷ Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 930.

²⁶⁸ Çelikel, *ABAD Kararları ve Yorumu*, 116-121.

²⁶⁹ Arkan, *Marka Hukuku*, 101; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 218.

²⁷⁰ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 55.

²⁷¹ Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 171.

²⁷² Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 219.

göre belirleyici olmakta ve dikkate alınmaktadır. Bu durum da her somut olaya ve işarete göre farklılık içermektedir. Ancak görsel benzerliğin meydana gelmesinde etkili birtakım genel tespitler de geliştirilmiştir. Örneğin kelime unsurundan oluşan markalarda kelimelerin başlangıcında yer alan harflerin aynılığı işaretlerin benzer olmasını arttıran bir husus olarak gerek Yargıtay gerekse ABAD kararlarında²⁷³ yer almaktadır. Aynı şekilde kelimedenden oluşan markalardaki harf sayısı arttıkça markaların ayırt edilme ihtimali azalmakta, az harfli markalarda tek harf bile benzerliği ortadan kaldıracak kadar uzun kelimelerde daha çok harf farklılığı gerekmektedir²⁷⁴

Markanın şekil unsurundan oluşması ya da baskın unsurunu şekil oluşturması durumunda boyut farklılığı, simetrik şekilde kullanılması, siyah beyaz bir şeklin renklendirilmiş olması gibi durumlar görsel benzerliği ortadan kaldırmamaktadır.²⁷⁵ Nitekim TÜRK PATENT Marka inceleme kılavuzunda da belirtildiği haliyle kelime unsurlarında kelimelerin yazım şekli ya da boyutu değil kendisi korumadan yararlanmaktadır.²⁷⁶

Şekil markalarında doğal olarak görsel benzerlik asıl olarak önem taşıırken şekil ve kelime bileşenlerinden oluşan karma nitelikteki markalarda ise “söz görünümünden daha yüksek sesle konuşur” ilkesi gereği genellikle kelime bileşeni baskın ve ayırt edici unsur olarak kabul edilir.²⁷⁷ Nitekim ayırt edicilik algısının ortaya çıkmasında, şekil unsuruna kıyasla yazı ve ses unsurunun insan zihninde daha fazla bir etkisinin olacağı ve daha kolay iz bırakacağı kabul edilmektedir.²⁷⁸ Ancak bu kesin bir kural değil genel bir varsayımdan ibarettir. Zira şekil unsuru kimi zaman kelimeyi arka planda bırakacak kadar dikkat çekici olabilir veya her iki unsur da eşit değerde olabilir. Unsurların önem düzeyi somut olayın

²⁷³ 03.07.2006 tarihli ve R 334/2005-2- DERBY QUEEN- DERBI ve T-34/04 TURKISH POWER/POWER OHIM (yeni adı EUPIO) kararları bu hususa örnek olarak belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz: Deniz Çelikel, *Avrupa Birliği Adalet Divanı (Abad) Kararları Doğrultusunda Smk Yorumu* (Ankara: Seçkin Yay., 2024).

²⁷⁴ Asan v. dğr., *Marka*, 111-112.

²⁷⁵ Asan v. dğr., *Marka*, 112.

²⁷⁶ Mintaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 105.

²⁷⁷ Bentley and Sherman, *Intellectual Property Law*, 817-818.

²⁷⁸ “Marka İnceleme Kılavuzu”, 590.

özelliklerine göre değişmektedir ve bu nedenle değerlendirme yapılarak önem derecesi ve ayırt ediciliğe etkisi tespit edilmelidir. Bu değerlendirmeleri içeren ABAD kararları bulunmaktadır.²⁷⁹

b) İşitsel Benzerlik

Sözcük içeren markalardaki telaffuzun kulakta bıraktığı iz işitsel benzerlik olarak adlandırılabilir.²⁸⁰ Burada kelime veya ses markaları yönünden ortaya çıkan benzerlikten bahsedilmektedir ve işitsel benzerlik değerlendirmesinde kelimelerin telaffuzuyla beraber hece sayısı ve sırası dikkate alınmaktadır. Bu nedenle işitsel benzerlik tespitinde esas unsur hecelerin dizilimi ve vurgusudur.²⁸¹

Bazı kelime markaları görsel açıdan farklı olmakla beraber fonetik açıdan benzer olabilmektedir. Örneğin “BY” sözcüğü ile “BUY” sözcüğü görsel ve kavramsal yönden farklı olmakla birlikte işitsel yönden benzerdirler.²⁸² Aynı şekilde işaretlerin Türkçe kelimelerden oluşmaması halinde kelimenin Türkçe okunuşunun marka olarak kullanılması işitsel benzerliği doğurmaktadır.²⁸³ Yine kelimelerin hangi dilde tercih edildikleri işitsel benzerlik yönünden önem taşımaktadır. Türkçe kelimelerde işitsel benzerlik bulunması için daha kuvvetli bir ses benzerliği aranırken yabancı kökenli ve Türkiye’de sık kullanımı olmayan kelimeler görsel ve anlamsal yönden farklı olsalar da işitsel yönden daha kolay benzer sayılabilmekte ve karıştırılma ihtimalini doğurabilmektedir.²⁸⁴

Birden fazla sözcükten oluşan markalarda işitsel benzerlik yönünden sözcüklerin yerlerinin değiştirilmesi durumu işitsel benzerliği ortadan kaldırmaz ve yine markalar işitsel yönden benzer kabul edilirler.²⁸⁵

²⁷⁹ Çelikel, (Abad) Kararları Doğrultusunda Smk Yorumu, 68-69.

²⁸⁰ Güneş, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, 171.

²⁸¹ Asan v. dğr., Marka, 112.

²⁸² Çolak, Türk Marka Hukuku, 219-220.

²⁸³ Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, 57.

²⁸⁴ Çolak, Türk Marka Hukuku, 224.

²⁸⁵ Çolak, Türk Marka Hukuku, 221.

Görsel benzerlikte olduğu gibi işitsel benzerlik yönünden de başlangıç kısmı işitsel benzerliğin olmasında daha etkilidir. Zira tüketicinin dikkatinin kelimelerin başlangıç kısmı üzerinde yoğunlaştığı kabul edilmektedir.²⁸⁶

c) Kavramsal Benzerlik

Markaların içerdikleri bir anlam bulunmaktadır. Tüketicide bulunan bu anlam bilgisinin aynı veya benzer bulunması zihinde aynı etkiyi bırakarak karıştırılma ihtimalini doğurmaktadır.²⁸⁷ Kavramsal benzerlik, işaretin okunuşu, eş anlamlısı veya tercümesi olması ile karşımıza çıkabilir. Aynı şekilde markanın yalnızca işaretten oluşması halinde bu şekli anlatan kavram ya da onu çağrıştıran anlamsal ifade kavramsal benzerliğe sebebiyet verebilir.²⁸⁸

Kavramsal benzerlikte iki işaret de bir anlama sahiptir ve yöneldiği tüketici kesiminin zihninde aynı veya benzer bir konsept uyanmaktadır. Bu yönüyle anlamsız kelimeler veya şekillerden oluşan markalar yönünden kavramsal benzerlik incelemesi söz konusu olmayacaktır.²⁸⁹

Kavramsal benzerliğin olmaması kimi zaman görsel ve işitsel benzerlik durumunu etkisiz hale getirebilmektedir. Yani kavramsal farklılık benzerliği ortadan kaldırmaktadır.²⁹⁰ Nitekim ABAD CJEU T-554/14 numaralı ve 2014 tarihli “MESSI” ve “MASSI” markaları arasında bulunan anlamsal farklılığın işaretler arasındaki görsel ve işitsel benzerliği kaldırdığı sonucuna varılmıştır.²⁹¹

²⁸⁶ “Marka İnceleme Kılavuzu”, 591; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 220.

²⁸⁷ Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 171.

²⁸⁸ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 56.

²⁸⁹ Asan v. dğr., *Marka*, 113.

²⁹⁰ Bu durum nötralisasyon teorisi olarak da isimlendirilmektedir. Kavramsal farklılığın görsel ve işitsel benzerliği yok etmesi ile karıştırılma ihtimalinin reddi sonucu doğmaktadır. Study on the Overall Functioning of the European Trademark System, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, (Munih: 2011), 106. Naklen Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 931.

²⁹¹ Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 932.

Kavramsal benzerlik, işaretin yöneldiği tüketici kesimi tarafından anlaşılabilir bir anlamsal yakınlığa sahip olması halinde söz konusu olabilmektedir. Örneğin Türkiye’de yaşayan ilgili tüketici kesimine yönelmiş işaretin o kesimce bilinmesi beklenemeyecek şekilde Slovence’de bir anlamının olması kavramsal benzerlik değerlendirmesi açısından bir etki yaratmayacak ve dikkate alınmayacaktır.²⁹²

Kavramsal benzerliğin mevcut olması için markaların aynı anlama gelen kelimelerden oluşması şart değildir. Farklı anlama gelen sözcükler veya şekiller de aynı anlamsal etkiyi bırakabilmektedir. Örneğin “GORİLLA” markası ile yöneldiği mal ve hizmet aynı veya benzer olan goril şekli veya goril fotoğrafından oluşan bir şekil markası arasında kavramsal benzerlik doğacaktır.²⁹³

İşaretlere kavramsal benzerliği ortadan kaldıracak eklemeler yapılması da kavramsal benzerliği ortadan kaldıran ve karıştırılma ihtimalinin doğmasına engel olan bir etkidir. Örneğin “Beverly Hills” ayırt ediciliği olmayan bir coğrafi isimken başına “Giorgo Beverly Hills” eklemesi yapıldığında önceki markalardan kavramsal bir fark yaratmaktadır.²⁹⁴

1.6.1.3. Benzerliklerin Karıştırılma İhtimaline Neden Olması

Karıştırılma ihtimali, marka korumasında başlı başına bir ölçüdür.²⁹⁵ Kanunda aranan hali ile benzerliğin karıştırılma ihtimaline neden olması halk tarafından karıştırılma ihtimalidir. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinin varlığı doktrinde ancak ilk iki unsurun da gerçekleşmesi durumunda inceleme konusu haline gelebileceği öne sürülmektedir.²⁹⁶

²⁹² Asan v. dğr., *Marka*, 114.

²⁹³ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 226.

²⁹⁴ Çelikel, *Abad Kararları ve Yorumu*, 118.

²⁹⁵ Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 108.

²⁹⁶ Tamer Pekdiğer v. dğr., Gerekeçeli Notlu İçtihatlı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve ilgili Mevzuat (Ankara, Seçkin Yay. 2019).

Hem markanın hem de mal ve/veya hizmetin aynı olması durumu söz konusu olduğunda karıştırılma ihtimalinin tespiti ayrıca aranmayacaktır. Burada karıştırılma ihtimalinin var olduğu kabul edilmektedir. Nitekim TRIPS md. 16 bu hususu “*aynı mal ve hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde karışıklık olasılığının var olduğu varsayılacaktır*” şeklinde ifade etmektedir.²⁹⁷ Aynı şekilde aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların bulunması halinde ayrıca karıştırılma ihtimali tespiti gerekmez. Karıştırılma tehlikesi benzerlik durumunda ortaya çıkar.²⁹⁸

Karıştırılma ihtimalinin varlığı, markanın yer aldığı ürünü kullanan çevreye göre belirlenir.²⁹⁹ Buradaki çevreden anlaşılması gereken o alandaki uzmanlar değil tüketici kesimidir. Ancak mal ve/veya hizmetin yöneldiği çevre sadece uzman kesimden de oluşabilmektedir. Bu durumu etkileyen çeşitli etmenler olduğu gibi yöneldiği kesim spesifik oldukça ilgili kesimin dikkat düzeyi ve doğal olarak karıştırılma ihtimalinin doğması da o oranda zorlaşmaktadır. Bu nedenle dikkat düzeyi de benzerliği yani karıştırılma ihtimalini etkileyen bir diğer önemli faktörlerden olduğu için çalışmamızda ayrı bir başlıkta yer verilmiştir.³⁰⁰

Marka ile işaretler arasındaki her benzerlik karıştırılma ihtimaline neden olmaz.³⁰¹ Herhangi bir benzerlik değil karıştırılma ihtimaline yol açacak derecede bir benzerlik söz konusu olmalıdır. Ancak bu şartın da gerçekleşmesi ile karıştırılma ihtimalinden söz edilebilecektir. Yani mal ve/veya hizmet benzerliği ile marka ve işaret aynı veya benzerliği karıştırılma ihtimali için tek başına bir anlam ifade etmemektedir.

Karıştırılma ihtimalinin var olması için fiili bir karıştırılma şartı aranmaz. Aksi halde karıştırılma durumunda fiili mevcudiyet aranması Marka korumasını

²⁹⁷ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 217.

²⁹⁸ Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 124.

²⁹⁹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 43.

³⁰⁰ Birinci bölüm 1.6.2.4. Başlık.

³⁰¹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 50.

daraltıcı bir etki yaratırdı.³⁰²Karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığı ortalama tüketici ya da özel ve dar alandaki mal ve hizmetler yönünden dikkatli ve bilinçli tüketici bakışıyla yasal ilkelerden hareket ederek yapılacak araştırmalarla çözülecek hukuki bir sorundur.³⁰³

Karıştırılma ihtimali doktrinde bazı yazarlar tarafından ortaya çıkış şekli, kaynağı ya da zamanlaması yönünden farklı türlere ayrılarak ifade edilmektedir. Satış öncesi ve satış sonrası karıştırılma ihtimali, bilinçaltından kaynaklanan karıştırılma ihtimali şeklinde adlandırılarak karıştırılma ihtimalinin hangi ana göre belirleneceği özel bir kategorizasyona tabi tutulabilir.³⁰⁴ Ancak bu türler karıştırılma ihtimali çeşitlendirmesinin doğru olmadığına hizmet eden çıkarımlardan yola çıkılarak doğduğu düşünüldüğünde karıştırılma ihtimali değerlendirmesi ve ulaşılabilecek sonuç bakımından bir fark doğurmamakta, daha çok ABD menşeli ve doktriner yönünden gündeme getirilen bir ayrım oluşturmaktadır.

Karıştırılma ihtimalinin var olup olmadığı, sayılan faktörlerin somut olaya uyarlanması neticesinde ortaya çıkan sonuçların birlikte değerlendirilmesi sonucunda karara bağlanır.³⁰⁵

1.6.2. Karıştırılma İhtimalinin Tespitinde Etkili Faktörler

Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde mal ve/veya hizmetlerin benzerliği ya da markaların benzerliği değerlendirilirken ve bu benzerliklerin karıştırılma ihtimaline neden olması unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmelerde etkili olan birtakım faktörler de söz konusudur. Bu faktörler hem bu unsurların tespitinde yol göstericidir hem de karıştırılma ihtimalinin mevcudiyetinde etkilidir. Değerlendirme bu

³⁰² Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 103.

³⁰³ Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Haklar ve Haksız Rekabet Davaları*, 41.

³⁰⁴ Bu ayrımı Çolak detaylı bir şekilde ortaya koymaktadır. Detaylı bilgi için bkz: Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 209-212.

³⁰⁵ Asan v. dğr., *Marka*, 125.

faktörlerin birlikte değerlendirilmesi ile esas sonucuna kavuşmaktadır.³⁰⁶ Global (bütüncül) değerlendirmede bulunma, Markaların ayırt edicilik unsurları ve ayırt edicilik düzeyleri, markanın tanınmışlığı, hedef kitlesi ve onun dikkat düzeyi, markanın kullanılması gibi hususlar³⁰⁷ karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde etkili faktörler olup bu kısımda kısaca değinilecektir.

1.6.2.1. Bir Yaklaşım Olarak Global (Bütüncül) Değerlendirme³⁰⁸

Renk, şekil, kelime, sayı gibi birçok farklı farklı unsurdan oluşabilen markalar bunlara muhatap olan alıcı kitlesi nezdinde bir algı oluştururlar.³⁰⁹ Benzerlik incelemesi yönünden ilgili tüm kriterlerin birlikte ele alınması ve bunların kümülatif etkisine göre benzerlik sonucuna varılması global değerlendirme olarak ifade edilen bir yaklaşımdır. İlk olarak AB’de karıştırılma ihtimaline ilişkin uyuşmazlıklarda ortaya çıkmıştır.³¹⁰ Bu bazı yazarlar tarafından kabul edildiği üzere markalar arasındaki benzerlik incelemesindeki temel bir ilkedir.³¹¹

Global (bütüncül) değerlendirme büyük ölçüde “genel izlenim” tabiriyle kesişse de esasen ondan daha geniş bir durumu kapsamaktadır. Zira iki işaretin benzer olup olmadığı değerlendirilirken işaretlerin görsel, işitsel ve anlamsal benzerlikleri sonucunda doğacak genel izlenime göre karıştırılma ihtimalinin doğup doğmadığı gündeme gelecektir. Ama bu da bir ölçüttür ve diğer ölçütlerle beraber bütüncül şekilde dikkate alınmalıdır. Nitekim ABAD kararlarında görsel, işitsel ve kavramsal benzerliği de içerecek şekilde³¹² tüm faktörler yönünden global değerlendirme yapılmasını belirtmektedir.³¹³ ABAD’ın global

³⁰⁶ Asan v. dğr., *Marka*, 105.

³⁰⁷ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 77.

³⁰⁸ Bütüncül ifadesi için bkz: Yaşar, “Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali”, 165-166.

³⁰⁹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 47.

³¹⁰ Gül Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması* (İstanbul: Onikilevha Yay., 2019), 276.

³¹¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 214.

³¹² CJEU C-251/95 Puma-Sabel paragraf 22

³¹³ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 214.

değerlendirme yapılması gerektiği yönündeki kararlarda somut olaydaki tüm koşulların, makro düzeyde ilgili tüm kriterlerin global şekilde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³¹⁴

Global değerlendirme, tüm faktörleri de içine alan genel izlemine de kapsayan asıl değerlendirme yöntemi olarak görülebilir. Bu anlamda değerlendirmede etkili tüm faktörler birbirinden bağımsızdır ve benzerlik bulunsa da genel izlenim aksini söylese karıştırılma ihtimaline yol açmayacaktır.³¹⁵ Karıştırılma ihtimalinin bütüncül incelenmesi gerekmektedir. Yani bu ihtimalin varlığını etkileme kabiliyeti olan tüm faktörler bir arada değerlendirilerek karıştırılma ihtimali doğuracak bir benzerliğin olup olmadığı sonucuna varılmalıdır.³¹⁶

Global değerlendirmede tüm kriterler birbiriyle etkileşim içindedir. Bu nedenle herhangi bir kriter benzerlik yönünden eksik olursa bir başka kriterdeki fazlalık bunu telafi edebilmektedir. Azlık veya çokluk değerlendirilerek telafi edilebilir ve şekilde karıştırılma ihtimali doğabilir. Örneğin mal ve/ veya hizmetler arasındaki düşük düzeydeki benzerlik işaretler arasındaki yüksek benzerlik ile telafi edilebilir ve bağlantı olduğu sonucuyla karıştırılma ihtimalinin varlığına sebep olabilecektir.³¹⁷ Buna kriterlerin telafi edici etkisi de denir Telafi edici etki burada global değerlendirmeye uygun olarak tek aşamada ve bütünsel olarak değerlendirilmelidir, aksi halde yanıltıcı olabilir.³¹⁸

³¹⁴ Mahkeme kararlarının ilki Adidas davasıdır. Devamında Intel davası da aynı şekilde global değerlendirmeye ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Intel davasında mahkeme bağlantının tespitinde hangi kriterlerin belirleyici rol oynadığının tespit edilmesi gerektiğini vurgulamış ve bunları tespit etmeye çalışmıştır. Bu cihetle taraf işaretleri arası bağlantı, taraf işaretleri arası benzerlik düzeyi, taraf mal/hizmetleri arasındaki yakınlık, önceki markanın tanınmışlığı, ayırt edicilik gücü ve ilgili kesim nazarında taraf işaretleri arasında karıştırmanın varlığı kriterlerinin dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*, 276-277.

³¹⁵Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 215.

³¹⁶ Yaşar, “Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali”, 165.

³¹⁷ Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*, 277; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 82.

³¹⁸ Yaşar, “Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali”, 166.

Yargıtay tarafından da her ne kadar kararlarda global değerlendirmeye konu edilen kriterler açıkça belirtilmese³¹⁹ de global değerlendirme ve bütüncül değerlendirme kavramları ile yapılan değerlendirmenin bu ilke gereğince bir bütün olarak yapılması gerektiği dikkate alınmaktadır.³²⁰

Markalar arasında veya marka ile diğer işaretler arasında yapılacak benzerlik değerlendirmesi işaretlerin ortalama tüketici üzerinde bıraktığı genel izlenime göre ayırt edicilik ve baskın unsurlar da dahil bütün faktörler dikkate alınarak global bir değerlendirme yapılmalıdır.³²¹

³¹⁹ Ankara 5. Fikri Ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 2022/345 E., 2023/15 K. sayılı ve =6.=1.2023 tarihli gerekçeli kararında “...Markaların ortalama tüketici tarafından ne şekilde algılandıkları, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik incelemesinde yapılacak global değerlendirme bakımından belirleyici role sahiptir...” demekle global değerlendirmede ilgili faktörlerin değerlendirildiğini ve bazı faktörlerin belirleyici olabileceğine hükmetmiştir. Yine kararın devamında “...Global değerlendirmeye göre, karşılaştırılan markalar arasında karıştırılma ihtimalinin mevcut olup olmadığı incelenirken, ilgili alıcısı nezdinde bıraktıkları genel intibaya göre markaların benzer olup olmadığı, markalar arasında görsel, işitsel ve kavramsal benzerlik bulunup bulunmadığı, ortalama alıcısının algısının ve satın alma kararı verirken göstereceği özen ve dikkat derecesinin ne olduğu, markalar veya işletmeler arasında bağlantı ihtimalinin söz konusu olup olmadığı gibi hususlar incelenerek değerlendirme yapılmalıdır. Bu şekilde inceleme yapılırken, markanın toplumda ne kadar tanındığı, markaların ayırt edici unsurlarının neler olduğu, markanın hitap ettiği ürün ya da hizmetin tüketici kitlesinin kimler olduğu, bu kitlenin satın alma sürecinde göstermeleri beklenen dikkat ve algılama düzeyinin ne olduğu, mal veya hizmetin niteliğinin ve fiyatının ne olduğu, markanın ne kadar özgün, ayırt edici ya da tanımlayıcı olduğu, seri marka algılamasına yol açıp açmadığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır...” demekle global değerlendirmenin somut olayla ilgili tüm faktörlerin değerlendirilmesi gerektiğini içerdiği ortaya konulmuştur. Erişim 20 mart 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/ankr-5-fikri-ve-sinai-haklar-hukuk-mahkemesi-e-2022-345-k-2023-15-t-6-1-2023>. Benzer kararlar için bkz: Ankara 5. Fikri Ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2020/55 E., 2021/36 K., T. 22.1.2021; İstanbul 1. Fikri Ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2020/36 E., 2021/28 K., T. 26.1.2021; global değerlendirme yapılırken markanın unsurlara bölünerek değerlendirilmesinin hatalı olacağına ilişkin: Ankara 3. Fikri Ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2022/327 E., 2023/48 K., T. 9.2.2023; Ankara 5. Fikri Ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2019/406 E., 2023/72 K., T. 15.2.2023 www.lexpera.com.tr

³²⁰ Yargıtay 11. H.D. 2021/5511 E., 2022/9573 K. sayılı ve 28.12.2022 tarihli kararında “... taraflara ait markaların tüketici açısından aynı mal ve hizmetlere ait olduğu ve aynı sınıflarda kullanıldığı, davacıya ait markalar ile davalıya ait markaların görsel anlamsal ve işitsel olarak yüksek düzeyde benzerlik gösterdiği, markaların bütününde kullanılan vekil unsurları renkler yazı karakterleri ve puntoları birbiriyle benzer olduğu, markaların genel anlamda global değerlendirmede benzer olduğu...” ile davanın bu yönlerden kabulüne diğer talepler yönünden reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Erişim 20 Mart 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2021-5511.htm&kw=`global+de%C4%9Ferlendirme`&cr=yargitay#fm>.

³²¹ Yasaman v. dğr., Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, 935.

1.6.2.2. Ayırt Edicilikte Unsurlar (Asıl Unsur-Tali Unsur) ve Ayırt Edicilik Düzeyi (Zayıf-Güçlü Marka)

Markaların ayırt edicilikleri ve ayırt edicilik düzeyleri hem markaların benzerliklerinin tespitinde hem de doğal olarak karıştırılma ihtimalinin varlığında etkili bir husustur. Bu nedenle hem markanın ayırt ediciliği hem de karıştırılma ihtimali yönünden ayırt edicilik düzeyi önem taşımaktadır.

Marka ile aynı veya benzer olma durumunda değindiğimiz üzere markalar asıl unsur ve tali unsurlardan oluşmaktadır. Asli unsur işarete ayırt edicilik sağlayan özgün nitelikte olan, tali unsur ise ayırt ediciliğe hizmet etmeyen genel nitelikli ek unsurlardır.³²² Tali veya diğer bir deyişle yardımcı unsurlar daha çok mal ve/veya hizmeti tanımlayıcı ve jenerik unsur olarak karşımıza çıkar. Markalarda ayırt edici olmayan bu tanımlayıcı, jenerik unsurlar karıştırılma ihtimali yönünden dikkate alınmamaktadır.³²³ Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde markaların asli ve baskın unsurları belirlenmelidir. Nitekim ABAD birçok kararında çok unsurlu markalarda jenerik ve tanımlayıcı unsurların karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yönünden dışarda bırakılması gerektiğine vurgu yapmıştır.³²⁴

Markaların ayırt edicilikleri zaman içinde değişebilir. Ayırt edicilik seviyesi kullanımla birlikte artan ya da azalan bir değişkenliktedir.³²⁵

Markanın ayırt ediciliği ile karıştırılma ihtimalindeki ayırt edicilik farklılık arz etmektedir. Karıştırılma ihtimalindeki ayırt edicilikte marka ile karşılaştırılan işaretin karıştırılmasını veya karıştırılmasa dahi benzerlikleri dolayısıyla aralarında bağlantı kurulmasına engel olmayı sağlayan nitelikteki bir ayırt edicilikten söz edilmektedir. Buradaki ayırt edicilik bir nevi piyasada kendini fark ettirmiş olmaktadır³²⁶ Karıştırılma ihtimalinin tespiti yönünden ayırt

³²² Mintaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 128.

³²³ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 253.

³²⁴ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 186.

³²⁵ Mintaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 129.

³²⁶ Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 128-129.

edicilik seviyesine dayalı yapılan ayırım önemli bir kriter olarak karşımıza çıkar.³²⁷

Karıştırılma ihtimaline engel olacak şekilde ayırt edicilik kazanmak markanın sahip olduğu ayırt edicilik gücü ile ilişkilidir. Bir markanın ayırt edicilik seviyesine ilişkin gerek doktrinde gerekse ulusal ve uluslararası içtihatlarda “güçlü marka” ve “zayıf marka” ayırımı yapılmaktadır.³²⁸ Adından da anlaşılacağı üzere markanın ayırt edicilik seviyesi yüksekse bu markalar güçlü marka, ayırt edicilikleri düşük olan markalar da zayıf marka olarak nitelendirilmektedir. Burada karıştırılma ihtimali özelinde önemli olan etki şudur ki; ayırt ediciliği zayıf olan markaların karıştırılma ihtimali de daha az mümkün olacaktır. Tersine deyişle ayırt ediciliği güçlü olan markalarda ise karıştırılma ihtimali daha fazla ve kolay biçimde karşımıza çıkacaktır.³²⁹

Güçlü ayırt etme üçüne sahip olan markalar ayırt etme gücü zayıf olan markalardan daha kapsamlı korunurlar.³³⁰ Markanın ayırt etme gücünün zayıf olması halinde üçüncü bir kişinin markada küçük değişiklikler yaparak kullanması karıştırılma tehlikesini ortadan kaldıracı bir etki de doğurabilir.³³¹ Zira zayıf markaların koruma kapsamı oldukça dardır ve bir harf değişikliği bile karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmaya yetebilmektedir.³³² Zayıf bir markanın bir işaret veya marka ile benzerliği yalnızca zayıf unsurlar yönünden olursa karıştırılma ihtimali de doğmayacaktır. Ayırt edicilik gücü yükseldikçe marka korumasının kapsamının genişlemesine dair tespitler diğer yönüyle zayıf markaların dar koruma kapsamı olduğunu vurgulamaktadır diyebiliriz.³³³

Tescilli markanın veya tescil başvurusu önce yapılmış olan markanın ayırt ediciliğinin güçlü olması karıştırılma riskini oluşturur.³³⁴ Bu durum doktrinde

³²⁷ Mıntaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 128.

³²⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 248.

³²⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 248; CJEU C-251/95 Puma-Sabel, p. 24.

³³⁰ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 185.

³³¹ Arkan, *Marka Hukuku*, 100. Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 84.

³³² Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 250.

³³³ Çelikel, *ABAD Kararları ve Yorumu*, 84-85.

³³⁴ Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 17.

önceki markanın ayırt edici gücü olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira koruma sonraki tarihli markaya göre değil önceki tarihli markaya göre belirlenmektedir.³³⁵ Bu nedenle önceki tarihli markanın ayırt edici niteliğine göre ayırt ediciliği düşükse karıştırılma ihtimali de düşük, yüksekse karıştırılma ihtimali de aynı şekilde yüksek riskli olur ve engellenmesi de daha büyük farklılıklar bulunmasını gerektirir.³³⁶

Markaların ayırt edicilik gücünün yüksek olup olmadığı tespit edilmesi gereken bir olgudur. Bu konuda ABAD’ın C-342/97 sayılı Lyod Schunfabrik Meyer kararı önemlidir. Kararın 22. Paragrafında belirtildiği üzere markanın ayırt edici karakteri ve ayırt ediciliğinin yüksek olup olmadığı, markanın tescil kapsamındaki mal ve/veya hizmetleri belli bir işletmeden geldiğini gösterebilme ve böylece diğer işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlama yeterliliği bakımından bütünsel şekilde incelenmelidir.³³⁷ Nitekim ABAD kararlarında EUIPO (eski adıyla OHIM) tarafından yayınlanan 02.10.2014 tarihli Ortak Bildirge bu konuya ilişkin “Ayırt Edici Olmayan veya Zayıf Unsurların Karıştırılma Olasılığına Etkisi” başlıklı bölümde bu hususun karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde kullanılan genel ilkeleri dört genel ilkede özetlemiştir. Buna göre önceki markanın ayırt ediciliği bütün olarak değerlendirilir ve çakışan unsurlar tespit edilir, karıştırılma ihtimali yönünden benzerlik incelemesinde asgari ayırt edicilik değil değişen ayırt edicilik düzeyi dikkate alınır, işaretlerin ortak unsurlarının ayırt ediciliği düşükse veya ayırt ediciliği yoksa diğer unsurların genel izlenimine odaklanarak inceleme yapılır.³³⁸

Ayırt edicilik düzeyi tek başına karıştırılma ihtimalinin varlığı veya yokluğu açısından yeterli bir değerlendirme değildir. Ayırt edicilik faktörü de diğer faktörlerle beraber değerlendirilmesi gereken faktörlerden sadece birisidir.³³⁹

³³⁵ “Marka İnceleme Kılavuzu”, 471.

³³⁶ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 185.

³³⁷ Asan v. dğr., *Marka*, 121.

³³⁸ Asan v. dğr., *Marka*, 122-124; Çelikel, *ABAD Kararları ve Yorumu*, 86-88.

³³⁹ Bu yönde EUIPO’nun “HAPPY HOURS” ve “HAPPY TIME” markalarının önceki tarihli

1.6.2.3. Markanın Tanınmışlığı

Karıştırılma tehlikesi markanın tanınmışlık³⁴⁰ derecesine de bağlıdır. Bir markanın tanınmışlık düzeyi arttıkça ayırt etme gücü de artacaktır.³⁴¹ Burada tanınmış marka bölümünde yapılan açıklamalarla tekrara düşmeden önemle belirtilmek gerekirse bir markanın tanınmışlık düzeyi ile tanınmış marka olması elbette aynı şey olmasa da etkilidir. Zira tanınmış markalar tanınmışlık düzeyi en yüksek derecede olduğundan gerek uluslararası gerekse ulusal düzenlemelerle daha kapsamlı bir korumaya kavuşturulmuştur. Bunun nedeni tanınmış marka iltibas ihtimalinin arttıran bir unsur olmasıdır. Nitekim tüketiciler bir işaretin tanınmış markanın unsurunu içermesi durumunda iki işaret arasında düşünsel bir bağlantıyı daha kolay kurabilmektedir.³⁴²

Burada karıştırılma ihtimali yönünden yapılacak inceleme SMK md. 6/5'tekinden farklıdır. Tanınmış markalara ilişkin düzenleme ayrı bir nispi ret nedeni olarak kanunda ayrıca düzenlenmiştir. Konumuz özelinde önceki markanın tanınmış olmasının benzerliğin ve karıştırılma ihtimalinin doğması üzerinde etkili faktörlerden biri olması önem taşımaktadır. Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde önceki tarihli markanın ne derece tanınmış olup olmadığı dikkate alınması gereken önemli kriterlerden birisidir. Önceki markanın tanınmışlığı karıştırılma ihtimalinin tespiti ile ilgili bir unsurdur.³⁴³ Zira önceki

markanın ayırt ediciliği zayıf bir marka olsa da diğer faktörlerle beraber değerlendirildiğinde karıştırılma olasılığı vardır diyerek reddedilen marka başvurusu kararı mahkeme tarafından onanmıştır. Kararda özellikle 15 Temmuz 2015 tarihli T-352/14 kararı tam metin erişim 25 Nisan 2024, bkz:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=207%252F2009&docid=165848&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=23114#ctx1>.

³⁴⁰ Tanınmışlık, halk tarafından bilinme seviyesini ifade eden ve kullanım, reklam, tanıtım gibi faktörlerle etkisi şekillenen hukuki bir statüdür. Hayri Bozgeyik, *Görüşler ve Kararlar Hukuki Mütalaalar (Marka, Tasarım, Telif, Haksız Rekabet, Kıymetli Evrak)* (Ankara: Adalet Yay., 2018), 66.

³⁴¹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 83.

³⁴² Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 187.

³⁴³ Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 933.

marka ne derece tanınmışsa karıştırılma ihtimalinin çıkma ihtimali de aynı oranda artacaktır.³⁴⁴

Diğer faktörlerde olduğu gibi tanınmışlık kriteri de tek başına karıştırılma ihtimali yönünden etkili değildir. Zira bir markanın tanınmışlığı yüksek olsa dahi diğer unsurlar ve faktörler yönünden karıştırılma ihtimali doğmaması sonucuna varılabilir. Bu açıdan Yargıtay 11. H. D. 30.10.2017 tarihli “DERBY” kararı önemlidir. Zira önceki tarihli DERBY ibareli marka TÜRKPATENT tanınmış marka siciline kayıtlı markalardan olduğu ve tanınmış marka olduğu kanıtlanmış olmasına rağmen kelime itibariyle birçok farklı sektörde kullanıldığı ve ayırt ediciliği düşük bir sözcük olduğu değerlendirmesinde bulunulmuştur. Buradan da görüleceği üzere tek başına tanınmış marka olması da karıştırılma ihtimali tespitinde yeterli bir kriter değildir, markanın ayırt ediciliğinin düşük olması da ayrı bir etken olarak önemlidir.³⁴⁵

Objektif bir değerlendirmede tanınmışlığın birçok durumda marka ile işaretin benzer veya karıştırılma ihtimalini arttıran değil, zayıflatan ya da tamamen kaldıran bir etkide olması da mümkündür.³⁴⁶

Karıştırılma ihtimali yönünden markaların tanınmış olup olmadıkları her somut olaya göre incelenmeye muhtaçtır ve özellikle ilgili tüketici kitlesi yönünden tanınma derecesine dair bilirkişi incelemesine de konu edilebilmektedir.³⁴⁷

³⁴⁴Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 426-427; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 252-253.

³⁴⁵ İbrahim Bektaş, “Yargıtay Kararları- Tanınmış Marka - Zayıf Ayırt Edicilik”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi* 34, sy. 1, (Mart 2018): 241-214.

³⁴⁶ Bozgeyik, *Hukuki Mütalaalar*, 68. Bu konuda kitapta Yargıtay 11. H.D. 2004/150 E., 2004/407 K. sayılı kararındaki “T-Motion” ibareli markada “T” ibaresinin ayırt edicilik kazandığı ve aynı emtialar için “Motion” ibareli marka başvurusuna engel olamayacağına dair hükmü örnek gösterilmiştir.

³⁴⁷ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 164.

1.6.2.4. Hedef Kitlenin Dikkat Düzeyi

Karıştırılma ihtimalinde en önemli nokta benzerliğin bulunup bulunmadığı ve benzerlik varsa bunun derecesidir. Hem mal ve/veya hizmetlerin hem marka olarak kullanılan işaretlerin hem de karıştırılma ihtimaline sebep olacak düzeydeki benzerliğin tespit edilmesinde etkili bir ölçüt benzerliklerin kim nazarında benzer kabul edileceğidir. Burada karşımıza kanundaki anlamıyla halk, doktrindeki karşılığıyla orta düzeydeki tüketici ya da ilgili hedef kitle tabirleri karşımıza çıkmaktadır. Tabirler farklılaşsa da hepsi özünde aynı ölçütün karşılığıdır.

Halk tabiri SMK bakımından³⁴⁸ önemle vurgulansa da herhangi bir nitelendirme veya tanımlama yapılmamıştır. Ancak buradaki halk ne soyut ne de uzman bir kesimi ifade eder. Burada halk ile kast edilen kesim bütün toplum değil, marka ve mal ve/veya hizmet ile karşı karşıya kalan ilgili özel kesimdir.³⁴⁹ Gerek ABAD gerekse Yargıtay içtihatlarıyla³⁵⁰ halk nazarındaki algı düzeyinde “orta seviyedeki tüketici (average consumer)” gözünden değerlendirme yapılması ölçüt olarak kabul edilmiştir. Karıştırılma tehlikesinin varlığında dikkate alınacak halk ortalama tüketicidir.³⁵¹

³⁴⁸ SMK md. 6/1: “...halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali varsa...” ibaresi ile ifade edilmektedir.

³⁴⁹ Arkan, *Marka Hukuku*, 103.

³⁵⁰ Yargıtay H.G.K. 2023/11-878 E., 2024/134 K., sayılı ve 28.02.2024 tarihli kararında “...Bu itibarla markanın bir bütün olarak algılanmasına etki eden bütün unsurlar her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmeli ve halk tarafından karıştırılma ihtimali buna göre belirlenmelidir. Burada belirtilen halk; işin ilgilisi veya uzmanı olmayan ancak doğrudan muhatabı olan ortalama tüketicidir...” demekle halk tabirinden doğrudan ilgili ortalama tüketicinin anlaşılması gerektiğini açıkça belirtmektedir. Erişim 18 Nisan 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2022-11-621.htm&kw=halk+ortalama+t%C3%BCketici&cr=yargitay#fm>. Yine Yargıtay H.G.K. 2025/11-3127 E., 2016/114 K. sayılı ve 29.01.20216 tarihli kararında “...Buradaki "halk"tan kasıt, o markanın ayırt ettiği mal veya hizmetlerin arz olunduğu piyasada aynı veya benzeri mal veya hizmetleri talep eden "alelade üçüncü kişiler (müşteriler)"dir...” demektedir. Erişim 18 Nisan 2024, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2015-11-3127.htm&kw=ortalama+t%C3%BCketici_dir.&cr=yargitay#fm.

³⁵¹ Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 17.

Ortalama tüketici, ABAD tarafından geliştirilen haliyle “iyi bilgilenmiş, makul derecede gözlem yapan ve makul derecede dikkatli makul derecede tecrübeli ve ihtiyatlı kimse”dir.³⁵²Bu tüketici tipi üye ülkelerde marka hukuku ve haksız rekabet hukuku yönünden bağlayıcı niteliktedir ve karıştırılma ihtimalinin tespitinde kullanılan kriterlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁵³

Genel kural ortalama tüketici yönünden benzerliğin gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Ancak genel kural bu olmakla birlikte tüketiciler her zaman alelade ve özel bir çaba içine girmeyenlerden oluşmayabilir. Ortalama tüketici, mal ve/veya hizmetin hitap ettiği kesime göre değişmektedir.³⁵⁴ Bu nedenle tüketicinin dikkat düzeyi hitap ettiği kesime göre tespit edilmesi gereken ön bir olgudur.

Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde ilgili çevre esas alınmalıdır.³⁵⁵ İlgili çevre ise mal ve/veya hizmetin yöneldiği hedef kitledir. Buradaki kitle, genellikle orta düzeydeki alıcı olarak karşımıza çıkmaktadır. Alıcının dikkat düzeyine göre mal ve/veya hizmetler ve markalar aynı, benzer ya da farklı olarak değerlendirilir. Ancak burada orta düzeydeki alıcının dikkat düzeyi birçok farklı faktöre göre tespit edilmelidir. Bu nedenle gelir ve harcama düzeyi, yaş, alışveriş alışkanlığı gibi unsurlarla değişkenlik doğabilir ve aynı mal ve/veya hizmet için farklı halk kitleleri söz konusu olabilir.³⁵⁶Dikkat düzeyi, mal ve hizmetlerin türüne fiyatına ve niteliğine göre de değişmektedir.³⁵⁷ Bir mal ve/veya hizmet özel bir kesime hitap ediyorsa dikkat düzeyi de bu kesime göre belirlenecek ve benzerlik de ona göre daha kolay veya zor gerçekleşecektir. Bu çıkarım sonucunda ilgili tüketici kesimi ikiye ayrılarak genel anlamda halk

³⁵² Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 244.

³⁵³ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 96.

³⁵⁴ Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 117.

³⁵⁵ Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 117; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 96.

³⁵⁶ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 46.

³⁵⁷ Uzunallı, “Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu”, 684-685.

(ortalama tüketici) ve bilinçli tüketici (uzman) olarak değerlendirilmeli³⁵⁸ ve karıştırılma ihtimalindeki tüketicinin niteliğine göre dikkat düzeyi belirlenmelidir.

Hedef kitlenin dikkat düzeyini etkileyen birçok faktör vardır. Hedef kitlenin eğitim durumu, bilgi seviyesi, yaşı gibi özellikler algı düzeyinde etkilidir.³⁵⁹ Daha sıklıkla ve her kesimce tercih edilen mal ve/veya hizmetlerin satın alınması sırasında dikkat düzeyi daha düşük olacaktır.³⁶⁰ Tersine durumda ise örneğin daha az tercih edilen ve fiyatı yüksek olan bir mal ve/veya hizmet satın alınırken daha bilgili ve dikkatli davranılacaktır. Bir malın satın alınmasında geçirilen süre, araştırma yapılması gibi hususlar da söz konusu olabilmektedir. Örneğin inşaat malzemeleri, ilaç ve tıbbi alımlar, pahalı ürünler, motorlu araçlar ve parçalar gibi malların satın alınmasında dikkat düzeyi yüksekken günlük alışkanlıklar içerisinde satın alınan ucuz mal ve hizmetlerdeki dikkat düzeyi düşük olacaktır.³⁶¹ Aynı şekilde dikkat düzeyinde etkili olan bir diğer durum olarak, hedef kitle yalnızca satın alanlardan değil aynı zamanda potansiyel alıcılar yönünden de kapsayıcıdır.³⁶² Bu sebeple alıcı kitlesi her yönüyle ve etkili faktörlerle mal ve/veya hizmete göre tespit edilmeli ve benzerlik incelemesinin tüketici profili dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.³⁶³ Ortalama tüketici ile, marka ve mal ve/veya hizmetle karşı karşıya kalanların ortalama kavrayış ve dikkatleri kast edilmektedir diyebiliriz.³⁶⁴

Markaların ortalama tüketici nazarında nasıl algılandıkları global değerlendirme yönünden de önemli rol oynamaktadır.³⁶⁵

³⁵⁸ “Marka İnceleme Kılavuzu”, 452.

³⁵⁹ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 184.

³⁶⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 245.

³⁶¹ “Marka İnceleme Kılavuzu”, 462-470.

³⁶² Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 118.

³⁶³ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 244.

³⁶⁴ Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 344.

³⁶⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 244; Yasaman v. dğr., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 935.

Bir mal ve/veya hizmetin alıcı kitlesi bütünüyle uzmanlardan da oluşabilir. Örneğin özellikle ilaç ürünlerindeki tüketici kesiminin hastalardan oluşması ve ilaçların çoğunun reçete ile alınması sonucu daha bilinçli bir tüketim gerçekleştiği için Yargıtay ilaç emtiaları bakımından markalar arasında karıştırılma ihtimali doğmadığına karar vermiştir.³⁶⁶ Ancak bu durumda dahi ilaç emtialarındaki tüketici kesiminin bilinçli olması geniş seçenek özgürlüğü varken güçlü derecede benzer bir markanın kullanılabilmesini haklı kılmaz ve özellikle etken ya da ham madde isminden türetilmemiş markalar açısından bilinçli tüketici olsa bile karıştırılma ihtimalinin doğduğuna karar vermektedir.³⁶⁷

Ortalama tüketicinin dikkat düzeyi, mal ve/veya hizmetlerin türüne göre ve bazı diğer faktörlere göre değişkenlik gösterse de hedef alıcı kitlenin geneli karıştırılma ihtimalinde önemlidir. Yani ortalama alıcı kitlesinin tümü karıştırılma ihtimaline düşmese bile bir kısmının bu risk altında kalması karıştırılma ihtimalinin varlığı için yeterli olacaktır.³⁶⁸ Bu kabulle uyumlu şekilde, mal ve/veya hizmetlerle ilgili kesim elbette ki sadece halk veya sadece uzman çevreye hitap edecek net bir ayırımla karşımıza çıkmamaktadır. Her iki kesime de hitap eden mal ve/veya hizmetler söz konusu olduğunda ise daha düşük dikkat düzeyi olan tüketiciler dikkate alınarak inceleme yapılacaktır.³⁶⁹ Ancak iki marka arasında hitap ettikleri çevre bakımından biri yalnızca profesyonellere hitap ediyorsa, mal ve/veya hizmetleri sadece özel bir kesime

³⁶⁶ “Naksen-Taksen”, “Samumed-Sanimed”, “Novartis-Novitas” gibi markala yönünden karıştırılma ihtimali doğmadığına dair kararlar mevcuttur. Bu husus için bkz: Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 184. Benzer şekilde Yargıtay’ın “CITREX” ve “SİTRAKS” markası arasında, “LİPİDEKS” ve “LİPİTAX” markaları arasında işitsel benzerlik bulunsa da bilinçli tüketici kesimi nedeniyle karıştırılma ihtimalinin söz konusu olmadığına dair kararları için bkz: Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 246.

³⁶⁷ Yargıtay “ARVICA” ve “ABDICA” ilaç markaları arasında ve yine “Infanta” ve “Infantum” markalarının arasında karıştırılma ihtimalinin doğacağına hükmetmiştir. Bu kararlar ve açıklamalar için bkz: Yasaman v. dğr., *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 953.

³⁶⁸ Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 197; Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 125.

³⁶⁹ “Marka İnceleme Kılavuzu”, 454. Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 121.

yöneliyorsa bu durumda da dikkat düzeyi bakımından uzman kişilerin dikkat düzeyi karıştırılma ihtimalinin tespitinde dikkate alınacaktır.³⁷⁰

Sonuç olarak “halk” tabiri, her somut olaya göre ayrıca tespit edilmelidir.³⁷¹

1.6.2.5. Marka Kullanımı (Markasal kullanım ve kullanma şartı)

Markasal kullanım, mal ve/veya hizmetin yöneldiği ilgili tüketici kesimi tarafından işaretin bir kaynak gösterdiğinin³⁷² anlaşılmasını sağlayan nitelikteki kullanmadır. Bir mal ve/veya hizmetle bağdaşmayan kullanımlar ise markasal kullanım sayılmayacaktır.³⁷³

Markasal kullanım, özellikle markaya iltibas suretiyle tecavüz edilmesi durumunda aranan bir önkoşuldur.³⁷⁴ Markasal kullanım ihtiva etmeyen kullanımlar iltibas yani karıştırılma ihtimali doğuracak şekilde bir marka tecavüzü doğurmamaktadır. Zira işaret marka olarak tüketicide bir algı yaratmadığı için markayla karıştırılma ihtimalinden de söz edilemeyecektir. Burada şartları varsa haksız rekabet hükümlerine göre bir korumadan yararlanılabilir. Nitekim Yargıtay da markasal kullanım incelemesine önem vermekte ve markasal kullanım yoksa iltibas suretiyle tecavüzün de olmadığını ancak haksız rekabet doğabileceğini ifade etmektedir.³⁷⁵

³⁷⁰ “Marka İnceleme Kılavuzu”, 455.

³⁷¹ Mintaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, 123; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 244.

³⁷² Doktrinde bazı yazarlar kaynak gösterme işlevi dışında reklam ve garanti işlevi de ihtiva eden kullanımların markasal kullanım olacağını belirtmektedir. Özellikle *Dirikkan* bu kabuldedir. Ancak bazı yazarlar bu genişletmenin tanınmış markalar yönünden yerinde olsa da tanınmış olmayan markalarda karıştırılma ihtimali suretiyle tecavüzde söz konusu olmamalıdır ve kaynak gösterme işlevi öne çıkarak markasal kullanım değerlendirilmelidir demektedir. Detaylı bilgi için bkz: Kart, *Marka Hakkına Tecavüz Suçları*, 125; Çankaya, *Marka Hakkına İltibas Veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu*, 122.

³⁷³ İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 190.

³⁷⁴ Çankaya, *Marka Hakkına İltibas Veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu*, 123.

³⁷⁵ Yargıtay 11. H. D. 2013/12242 E., 2014/7516 K. sayılı ve 16.04.2014 tarihli kararında “2 boyutlu balık şekli” markasını izin almaksızın cam ürünleri üzerinde kullanan davalının kullanımını markasal bir kullanım olmadığı için marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet tespiti ile tazminat içeren kısmen kabul kararını bozarak davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Erişim 12 Mayıs 2023, www.kazanci.com.tr. Aynı şekilde dekoratif veya süsleme amaçlı kullanımın markaya tecavüz değil şartları varsa haksız rekabet veya başka bir fikri hak

AB ve Türk Marka mevzuatımızda markasal kullanım marka hakkı ihlalinin değerlendirilmesinde temel bir kriterdir.³⁷⁶İşaretin reklam, broşür, tabela, internet ortamı vb. kullanımlar ile ürün ve ambalaj üzerinde ticari amaçlı kullanımlar markasal olarak değerlendirilmektedir.

Karıştırılma ihtimali özelinde tespit, önleme, eksi hale iade ve tazminat davaları yönünden kural olarak markanın kullanılıyor olması aranmaktadır.³⁷⁷ Zira kullanılmayan marka ilgili tüketicinin karşısına çıkmadığı için karıştırılmaz. O kadar ki SMK md. 25/7 ve md. 29/2 düzenlemeleri ile de markanın beş yıl boyunca kullanılmaması hükümsüzlük ve tecavüz davalarında defa olarak öne sürülebilecek bir şart olarak düzenlenmiştir.

Markanın kullanılması aynı zamanda markanın ayırt edicilik kazanmasında ve koruma sağlanacak ticari alanın belirlenmesinde önemlidir.³⁷⁸

ihlali olarak değerlendirilebileceğine dair Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2005/7-143 E., “TWEETY” kararı da önem arz etmektedir. Kart, *Marka Hakkına Tecavüz Suçları*, 129.

³⁷⁶ Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 125.

³⁷⁷ Tekinalp bu hususu “Kullanma Sorunu” olarak ifade etmektedir. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 413.

³⁷⁸ Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 149.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET HUKUKU VE HAKSIZ REKABET ŞARTLARINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ DÜZENLEMESİ

2.1.Rekabet ve Haksız Rekabet Kavramı

Haksız rekabet kavramı ve haksız rekabet hukukuna değinmeden önce muhakkak, bu hakkın çıkış noktası olarak görebileceğimiz “rekabet” ve “rekabet hukuku” kavramları ile giriş yapmak daha doğru olacaktır. Rekabet, sözlükteki anlamıyla ve en basit tabiriyle, aynı amaca yönelik aksiyon almış ya da alacak olanlar arasındaki yarışır.³⁷⁹ Elbette birçok farklı alanda rekabet etmek mümkün olduğu gibi hukukun önem verdiği ve düzenleme ihtiyacı duyduğu rekabet aslında iktisadi anlamdaki rekabettir. Bu anlamda rekabetin, hukuku ilgilendiren boyuttaki tanımı, bu alandaki en önemli hukuki düzenlememiz olan 4054 sayılı Kanun’umuzda da “*mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*”³⁸⁰ olarak tanımlanmaktadır.

Rekabet, liberal ekonomilerde ve karma yapılı ekonomilerde serbest ekonomi için serbest rekabet olarak varlık kazanmıştır.³⁸¹ Serbest piyasanın lokomotifi olarak rekabet olmazsa olmazdır.

İktisadi alanı yakından etkileyen rekabette alınan özgür ekonomik kararlar, teşebbüsleri ve hatta öbür taraftaki tüketicileri de etkileyen bir mücadele ortamı yaratır. Rekabet, bu yarattığı ortam ile aslında bir yandan kamunun menfaatini de temin eder. Zira piyasada aktif rol alan teşebbüslerin, öne geçebilmek için en

³⁷⁹ TDK anlamındaki Rekabetin tam tanımı: “Aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme; rakiplik, yarışma, yarış” ve “Ticarette üstünlük kazanma çabası; yarış, yarışma” şeklinde ikili bir tanımdır. “Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, erişim 19 Ocak 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

³⁸⁰ 4054 sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun” md. 3, Y.T.: 13.12.1994, T.C. Resmi Gazete, erişim 15 Ocak 2022, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4054.pdf>.

³⁸¹ Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Ticari İşletme Hukuku* (Bursa: Dora Yay., 2016), 227.

azından aynı kalitedeki ürünü daha ucuza mal etmesi gerekmektedir.³⁸² Bu kalitede artış ama fiyatta düşüş teşviki kamunun korunmaya değer menfaatidir. Bu iktisadi yarış, aynı zamanda üretimde ve ekonomide yenilik ve gelişmeleri de beraberinde getirmektedir. Tüm bu sebeplerle, rekabet etmek aynı zamanda bir haktır ve temelini Anayasa'nın 48. Maddesiyle düzenlenen çalışma özgürlüğünden almaktadır. Hatta rekabet etme hakkı, kişiliğin bir parçası olan ekonomik kişiliğe ilişkin temel bir haktır.³⁸³ Rekabet hakkı, hem iktisadi hem kişiliğe bağlı dokunulamaz temel haklardan birisidir.³⁸⁴ Ancak Rekabet etme hakkı, meşru şekilde ve dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanıldığı takdirde hukuki korumadan yararlanır.³⁸⁵ Bu amaçla hukuk bu alanda da elbette kanuni düzenlemelerde bulunmuş ve bu cihetle Rekabet Hukuku oluşmuştur.

Rekabet ortamı yukarıda da belirttiğimiz üzere serbest piyasanın bir gereğidir. Aktif süjeler bu serbest piyasada aynı serbestlikle rekabet etmek ister. Ancak bu serbestlik “kontrol edilebilir bir serbestlik” olmalıdır. Aksi halde serbest rekabet kendi kendini yok eder.³⁸⁶ Rekabet edebilmek için de rekabeti koruyan sınırlar çizilmelidir. Bu da Rekabet Hukuku'nu beraberinde getirmiştir.

Rekabet konusu hem Anayasa'mızda hem de özel ve genel hükümler içeren kanunlarımızla düzenlenmiştir.³⁸⁷ Rekabet hukuku, 1994 yılında yürürlüğe giren 4054 sayılı Kanun ile asıl gelişmeyi göstermiş 30 yıllık bir hukuk öğretisidir.³⁸⁸ Türk Rekabet Hukuku, AB üyelik süreci ve Gümrük Birliğine katılım sürecimiz dolayısıyla 1994 yılı ve devamına hukuk mevzuatımızda yerini alan ayrı

³⁸² Erdem Akpınar, “Haksız Rekabet Düzenlemelerinin Tarihi Gelişimi ve Genişleyen Uygulama ve Koruma Alanı”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, s. 1 (Ocak 2019): 54, erişim 24 Ocak 2023, <https://www.jurix.com.tr/article/18368>.

³⁸³ Serhan Dinç, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar* (Ankara: Seçkin Yay., 2020), 18.

³⁸⁴ Yaşar Karayalçın, *Ticari İşletme Hukukuna Giriş- Ticari İşletme* (Ankara: 1968), 442.

³⁸⁵ Engin Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 29.

³⁸⁶ Fahri Halil Örs, *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi*, (Ankara: 1958), 4.

³⁸⁷ Anayasanın 12. Maddesi, 48. Maddesi ve özellikle 167. Maddesi Rekabet Hukuku'nun anayasal zemindir. Aynı şekilde Rekabet Hukuku'na dair en önemli özel düzenleme 4054 sayılı Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanundur.

³⁸⁸ Gönenç Gürkaynak, *Rekabet Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 45.

düzenlemelere konu edilmiştir. Bu sebeple rekabet hukuku sistemimiz fikri mülkiyet hukukumuz gibi büyük ölçüde Avrupa'dan etkilenmiştir.³⁸⁹

Rekabetin sağlıklı bir ortam sağlanarak yürütülmesi çift yönlü bir koruma ihtiva eder. Kanuni düzenlemeler, bir yandan ticaret hayatındaki rekabet edebilme özgürlüğünü sağlarken diğer yandan dürüst ve adil olmayan bir rekabet ortamı oluşmasını da engelleme amacını taşımaktadır. İşte bu adil rekabetin bozulmasına engel olma gerekliliğinden başlı başına ayrı bir alan doğmuştur diyebiliriz. Rekabet serbestisinde bu serbestliğin aşırıya kaçması ve keyfiyete göre şekil almaması adına birtakım tedbirler ile yaptırımlara ihtiyaç duyulmuştur.³⁹⁰ Rekabet hukukunu yakından ilgilene ve bizim çalışmamızın da asıl boyutunu oluşturan bu alan Türk hukuk sistemimizde “Haksız Rekabet Hükümleri” adı ile düzenleme alanı bulmuş olan “Haksız Rekabet Hukuku”- “Haksız Rekabet” alanıdır. Hukukumuzda haksız rekabet, TTK’da ayrı bir kısım oluşturularak düzenlenmiştir. Bu kavram, özellikle “haksız” kelimesinden de anlaşılacağı üzere özünde bir haksız fiil halidir.³⁹¹ Bu nedenle ortaya ilk çıktığı zamanlarda tacirler arasındaki haksız fiil durumları olarak görülse de zamanla haksız fiilden ayrı bir hukuki varlık kazanmıştır.³⁹² Kanunun 54-63. Maddeleri arasında düzenlenen haksız rekabet hukukunun ne olduğu, daha ilk maddeden amacı başlığıyla belirtilmiştir. Kanuna göre haksız rekabet hükümlerinin amacı dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının sağlanabilmesidir. Bu düzenlemenin mefhumu muhalifinden anlayacağımız üzere haksız rekabet, esasen dürüst olmayan ve rekabet ortamını bozan eylemlerin tümüdür şeklinde bir çıkarıma ulaşabiliriz. Haksız rekabet, çalışmamızın ana konularından birisini oluşturduğu için bu bölümde ayrı bir başlık olarak ele alınıp yine ilerleyen kısımlarda haksız rekabet hükümleri bir bölüm olarak detaylıca ele alınacaktır.

³⁸⁹ Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 46-47.

³⁹⁰ Ernest Hırş, *Ticaret Hukuku Dersleri* (Ticaret Hukuku), 2. Bası, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay., 1946), 162.

³⁹¹ “Haksız rekabet, haksız fiilin ticaret hukukundaki özel görünüm şeklidir.” Ahmet Galip Kaplan, *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri* (İstanbul: Onikilevha Yay., 2020),33.

³⁹² Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2015), 4.

Bu nedenle burada yalnızca kavramsal olarak zikredilmekle yetinilecektir. Yine haksız rekabete ilişkin 6098 sayılı TBK'nın 57. Maddesinde³⁹³ de ayrı bir düzenleme mevcuttur ancak bu çalışmamızın konusu olmadığı için yalnızca zikredilmekle yetinilecektir.

2.1.1. Haksız Rekabet Hukuku

Haksız rekabet, ilk olarak Fransa'da adlandırılmıştır ve en temel haliyle dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden eylemler sonucu rekabetin bozulması olarak tanımlanabilir.³⁹⁴ Haksız rekabetin tek ve herkes tarafından kabul görmüş herhangi bir tanımı bulunmamakla birlikte doktrinde birçok yazar tarafından farklı tanımlamalarda bulunmaktadır. ÖRS'e göre haksız rekabet *“Rakipleri alt etmek ve onları ekonomik faaliyet alanından uzaklaştırmak amacıyla iyiniyet kurallarına aykırı şekilde başvuru, kanuna ve geleneğe göre kabul edilmesi mümkün olmayan hareketlerin tamamıdır”*³⁹⁵

ERTAN'a göre *“haksız rekabet, tüketicileri ve piyasadaki tüm katılımcıları dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla haksız rekabet oluşturacak davranışlardan korumak ve kamuya dürüst ve kurallara uygun işleyebilen bir rekabet ortamı sağlanmasıdır”*³⁹⁶

BAYRAK'a göre haksız rekabet, *“olağan yarış olan rekabetin kötü ve onaylanmayan şekilde yapılmasıdır”*³⁹⁷

ERDİL'e göre ise haksız rekabet, *“dürüstlük kuralına aykırı biçimde ekonomik düzeni bozan ve bu düzenin aktörleri aleyhine sonuçlar doğuran hareketlerin tamamıdır.”*³⁹⁸

GÜNEŞ'e göre haksız rekabet, *“rekabet serbestçe uygulanırken, rakiplerin*

³⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 36-38.

³⁹⁴ Ezgi Çırak Karalı, *Haksız Rekabet Suçları* (Ankara: Seçkin Yay.,2023), 27.

³⁹⁵ Örs, *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi*, 27.

³⁹⁶ Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku* (İstanbul: Onikilevha Yay., 2016), 84.

³⁹⁷ Bayrak, *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*, 482.

³⁹⁸ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 55.

haksız eylemlerinin sebep olduğu çekişmeler bütünüdür. En kısa tanımıyla ise rekabetin hukuka aykırı biçimde yapılmasıdır.”³⁹⁹

Hukukumuzu yakından etkileyen ve tarafı olduğumuz sözleşmelere baktığımızda ise net bir tanıma ulaşmamakla birlikte, 1967 tarihli Paris Sözleşmesi’nin 10. Maddesi mükerrer 1 bölümü “Haksız Rekabet” başlıklı bir düzenlemeye sahiptir ve 2. Bendinde “*ticari ve sınai alanlardaki dürüst uygulamalara aykırı rekabet davranışı*” haksız rekabet oluşturur diyerek genel bir çerçeve tanım yapıldığı söylenebilir. Maddenin devamında ise haksız rekabet sayılacak hallere örnekleme yapılmıştır.⁴⁰⁰ WIPO da haksız rekabete ilişkin bir tanımlama yapmamakta, ancak tanımlar kısmında haksız rekabete dair genel bir korumayı da içerdiğini belirten bir ifade içermektedir. Yine 1994 tarihli TRIPS Anlaşmasında da haksız rekabet koruması için Paris Sözleşmesi’ndeki ilgili hükümlere atıf yapılmakla yetinilmiş ve ayrıca bir tanımda bulunulmamıştır.

Haksız rekabetin tanımlaması üzerinden haksız rekabet kurumunu anlayabileceğimiz gibi bu alanın nasıl ortaya çıktığı ve hangi düzenlemeler temeline dayandığına da bakmamız gerekmektedir. Diğer ülke hukukundaki düzenlemelere baktığımızda, haksız rekabetin ortaya ilk çıktığı ülke olan Fransa’da haksız rekabet, mahkeme içtihatları ile gelişmiş ve dayanağını Medeni Kanun’daki haksız fiilden almaktadır.⁴⁰¹ İngiltere’de de bu konuda özel bir hukuki düzenleme olmamakla birlikte “haksız rekabet” kavram olarak dahi kullanılmamaktadır. Onun yerine “passing-off”, “malicious falsefood” gibi içtihatlarla geliştirilmiş dava türleri mevcuttur ve haksız rekabet önleyici ya da yaptırım uygulayıcı davalar vasıtasıyla korunmaktadır. ABD’de ise 1914 tarihli Federal Ticaret Kanunu’nda haksız rekabetin “*dürüst olmayan rekabet*

³⁹⁹ İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 18.

⁴⁰⁰ Bu üç örnek haksız rekabet hali maddede aynen şu şekilde sayılmıştır: “1. Rakibinin ticari işletmesi, malları veya ticari-sınai faaliyetleriyle karışıklığa neden olacak davranışlarda bulunmak, 2. Rakibin işletmesini, mallarını veya faaliyetlerini kötüleyerek itibarına zarar vermek, 3. Ürünlerin üretim tarzı, nitelikleri, amaca uygulukları, miktarları gibi konularda kamuyu yanıltabilecek iddialarda bulunmak” detaylı bilgi için bkz. <https://pem.org.tr/wp-content/uploads/2020/05/30-Paris-So%CC%88zles%CC%A7mesi.pdf>.

⁴⁰¹ Karayalçın, *İşletme Hukuku*, 447; Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 33.

yöntemleri” şeklinde genel bir tanımı yapılmış ve devamında farklı kanuni düzenlemelerde bulunulmuştur. Bunlardan en önemlisi de yine “Unfair Competition Act” olarak çıkarılan Haksız Rekabet Yasasıdır. Bu yasa fikri mülkiyet haklarına uygun kullanımların yapılması ve ihlallerin önüne geçilmesi açısından ciddi bir çalışma niteliğindedir.⁴⁰²Türk hukuk sistemimizin direkt etkilendiği ve özellikle TTK’yı iktibas ettiğimiz İsviçre’de ise başlarda Fransa gibi durum içtihatlarla idare edilmeye çalışılsa da yeterli gelmemiş ve ilk düzenleme 1943 yılındaki Haksız Rekabet Kanunu olmuştur. Bu tarih öncesinde İsviçre, 1874 tarihli Federal Anayasa’da ticaret serbestisini benimsemenin sonucunda yaygınlaşan düzen bozucu davranışları bağlamış ve Fransa’nın etkisiyle bu durumları haksız rekabet olarak nitelendirmeye başlamıştır.⁴⁰³ Daha sonra 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu ihtiyaca binaen daha kapsamlı ve piyasada rol alan tüm aktörleri de haksız rekabete muhatap kılan düzenlemeler getirmiştir. TTK’daki haksız rekabet hükümlerinin de kaynağı bu düzenlemeler olmuştur.⁴⁰⁴ Son olarak haksız rekabeti ayrı bir alan olarak görüp daha geniş kapsamlı düzenleme yapan Avrupa ülkesi Almanya’da ise Fransa ve İsviçre’deki haksız fiil yaklaşımından ayrı olarak daha iktisadi temelleri olan bir haksız rekabet kurumu benimsenmiş; bu yönde özel bir kanuni düzenleme ihtiyacı ile ilk olarak 1896 yılında Alman Haksız Rekabet Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun da yetersiz görülerek esas 1909 tarihinde Alman Haksız Rekabet Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun önceki düzenlemenin aksine bir haksız rekabet tanımı yapmıştır ve *iş ilişkilerinde rekabet amaçlı eylemlerde iyiniyet kurallarına aykırı davranışların* haksız rekabet olarak ifade nitelendirildiği belirtilmiştir.⁴⁰⁵ Nihayetinde daha geniş bir kapsama alanı ve tarafları olduğu

⁴⁰² Oktay Uygun, “ABD Haksız Rekabet Yasası Çerçevesinde Fikri Mülkiyet Haklarına Uyumun Bilişim Teknolojisi Sektörü Özelinde Sürdürülebilir Ekonomik Kalkınmaya Etkisi ve Sağlayacağı Avantajlar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sy. 2 (Mayıs2014): 101.

⁴⁰³ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 74.

⁴⁰⁴ Şirin Güven, “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler”(Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011), 29 vd.

⁴⁰⁵ Şeref Ünal, *Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Haksız Rekabet* (İstanbul: İstanbul Üni., 2011), 76.

kabul edilen haksız rekabetin kapsayıcılığını arttıran 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu çıkarılmış (Gesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb (UWG)) ve 2008 yılında AB uyum süreci dolayısıyla önemli değişikliklere uğrayarak günümüzdeki mevcut düzenleme haline kavuşmuştur.⁴⁰⁶ Bu kanunun en önemli yanı tüketiminin haksız rekabet korumasında üst düzey korunması gerektiğine vurgu yapıyor olmasıdır.⁴⁰⁷

Sonuç olarak birçok farklı kaynakta ve farklı ülke düzenlemelerinde haksız rekabetin ne olduğuna ilişkin birçok kabul mevcuttur. Ancak hepsinin ortak objektif bir kriteri vardır ki o da “dürüstlük ve iyiniyet kurallarına aykırılık”tır. Yapılan tüm tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere haksız rekabet sınırlayıcı kalıplarla çevrelenmemiş ve gelişime açık bir alandır. Özellikle teknolojinin de ilerlemesi ile yeni haksız rekabet usulleri gelişebilmekte ve ticari hayatta dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilecek yeni yollar keşfedilebilmektedir. Bu nedenle haksız rekabeti, ticari hayatta dürüstlük kuralına aykırı olarak gerçekleştirilen eylemler olarak geniş bir tanımda bırakabiliriz.

Nitekim haksız rekabeti düzenleyen TTK'nın 54. Maddesinde haksız rekabet için amaç ve ilke kenar başlığı tercih edilse de 2. Bendinde “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*”⁴⁰⁸ demekle, haksız rekabete yönelik net ve kesin bir tanımlama yapmak yerine olabildiğince geniş bir perspektif kazandırılmıştır. Burada da gördüğümüz üzere diğer düzenlemelerle paralel olarak dürüstlük kuralına aykırı olan eylemlerin haksız rekabet oluşturacağıdır. Hatta kanunumuz, buradaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere sadece rekabet etme eylemi odağında değil, piyasanın tarafları arasındaki ilişkileri etkileyen tüm hukuka aykırı işlemleri kapsamına almaktadır. TTK, hem haksız rekabetin

⁴⁰⁶ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 35; Güven, “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, 12; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 64.

⁴⁰⁷ Mehmet Ali Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti” (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2011), 81.

⁴⁰⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 54, T.C. Resmi Gazete

belli bir tanımını yapmaktan hem de kapsamını sınırlamadan uzak bir düzenleme ile taraflar arasındaki ticari ilişkiyi etkileyecek düzeydeki dürüstlük kuralına aykırı eylemler söz konusu olduğunda haksız rekabete başvurulabilmesine olanak tanımaktadır.

2.1.2. Haksız Rekabet Hukuku'nun Konusu ve Amacı

Haksız rekabet hukukunun amacı TTK'nın 54. Maddesinde de açıkça belirtildiği üzere tüm katılanlar yararına olarak dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının sağlanması ve sürdürülmesidir. Doktrinde bu tanımla birlikte TTK'nın iyiniyet kurallarına aykırı hareketlerle hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek eylemleri engellemeyi ve rekabet hakkının kötüye kullanılması ile rekabet ortamının bozulmasına engel olmak istediği belirtilmiştir.⁴⁰⁹Bu hükümden de anlaşılacağı üzere haksız rekabetin amacını ve dayanak ilkelerini oluşturan iki ana dayanak bulunmaktadır. Bunlardan ilki “bütün katılanların menfaatine olacak şekilde dürüst ve bozulmamış rekabeti sağlamak” ve ikincisi ise “dürüst davranış kuralları”na riayet edilmesini sağlamaktır.⁴¹⁰

Menfaati korunacak bütün katılanlar denilerek kastedilenin kimler olduğu, dürüst ve bozulmamış rekabetten ne anlamamız gerektiği ve nihayetinde dürüst davranış kurallarının neler olduğuna dair verilecek cevaplar, haksız rekabeti ve haksız rekabetin konusunu oluşturan kavramlardır. Buna göre öncelikle tüm katılanlar ile kastedilen aktif veya pasif halde piyasada rol alan piyasa aktörleridir.⁴¹¹ Bu konuda katılanlar için ekonomi, tüketici ve kamu üçlüsünün

⁴⁰⁹ Hamdi Yasaman, *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı (Makaleler-Hukuki Mütalaalar-Bilirkişi Raporları)*, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 21.

⁴¹⁰ Bu konu TTK 54. Maddenin gerekçesinde “bu hüküm ile haksız rekabetin 2 taşıyıcı kolon üzerine inşa edildiğinden bahsedilmektedir. Birinci kolon, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması gerekliliğini ifade etmektedir. İkinci kolon, dürüst davranış kuralını tek başına temsil eder.” Şeklinde ifade edilmektedir.

⁴¹¹ Ozan Ali Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku* (İstanbul: Onikilevha Yay., 2023): 27.

kast edildiği⁴¹² TTK md. 54'ün gerekçesinde belirtilmiştir.⁴¹³ Ancak gerekçedeki tüm katılanlar ifadesinin bu üçlü ile ifade edilmesi doktrininde bazı yazarlar tarafından kabul⁴¹⁴ görse de bu ifadenin hatalı olduğunu öne sürenler de bulunmaktadır. Ancak rakipler bu kısımda ayrıca zikredilmese de rakipler de piyasadaki rekabete katılan ve hatta bizatihi rekabeti yaratan aktörlerden olup bu ifadeye dâhildir.⁴¹⁵ Zira kanun, tüm katılanlar diyerek bu denli geniş bir kitleyi haksız rekabetin tarafı ya da muhatabı olabilecek şekilde kabul etmiştir. Burada gerek eski 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu ve bunun gereği olarak Yargıtay ve gerekse eski İsviçre Haksız Rekabet Kanunu tarafların rakip olan ekonomik aktörlerden oluşması gerektiğini söylemekteydi.⁴¹⁶ Burada önemli olan kişilerin geniş anlamda bir rekabet ilişkisi içinde bulunuyor olmasıdır. Yani doğrudan rekabet etme ya da ticari eylemde bulunma amacı taşımasa dahi yaptığı eylemlerle örneğin ekonomik amaç taşımayan bir açıklama ya da görüş sunmakla dahi rekabet ilişkisinin etkilenmiş olması yeterlidir. Burada üçüncü kişi konumunda bulunan bu etkileyiciler de haksız rekabet hükümlerinin yöneldiği kişiler haline gelebilecektir. Bunun nedeni haksız rekabetin asıl amacının, alınan aksiyonların rekabete katılanlar arasındaki ilişkileri etkileyebilecek tüm ihtimalleri ortadan kaldırmak olmasıdır.⁴¹⁷

Dürüst ve bozulmamış rekabetten ne anlamamız gerektiği ile ilgili ise esasen “dürüst” kavramından ne anlayacağımız belirleyici olacaktır. TTK burada dürüst ve bozulmamış olanın ne demek olduğuyla ilgili hukuki bir tanımlamada bulunmamıştır. Ancak yine kanun gerekçesinde “dürüst” terimi için kanunun

⁴¹²Yasaman, *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı (Makaleler-Hukuki Mütalaalar- Birlikli Raporları)*, 15.

⁴¹³ Burada haksız rekabetin gündemine girecek davranışların rakipleri, müşterileri ve tedarik edenleri etkileyerek üç boyutlu taraftan birini etkilemesi beklenmektedir. Ünal Tekinalp, “Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk” *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., 2016), 43.

⁴¹⁴ Poroy/Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 371.

⁴¹⁵ Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku*, 27.

⁴¹⁶ Ballı, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet Kavramı ve Unsurları*, 70; Güven, “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler”, 59.

⁴¹⁷ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 79; Yasaman, *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı*, 15.

iktibas edildiği metnin Almanca ve Fransızca metinlerinde kullanıldığı “lauter” ve “loyale” kelimelerine gönderme yaparak buradaki dürüstlükten anlaşılması gerekenin saf, katışıksız ve haksız olmayan anlamlarını içermesi gerektiği belirtilmiştir. Yani kısaca dürüst rekabet sadece kurallara uyan rekabet demek değildir, daha geniş bir centilmenlik içeren saf olma halidir. “Bozulmamış” ifadesinden ise güven duyulan “hilesiz” olma halinin anlaşılacağı gerekçede belirtilmiştir. Doktrinde de kanunun gerekçesiyle uyumlu olacak şekilde bozulmamış rekabetten dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar sonucunda saflığını kaybetmemiş haldeki rekabetin anlaşılması gerektiği öne sürülmüştür.⁴¹⁸

Haksız rekabetin amaç ve ilkelerini ortaya koyan ikinci kolon “dürüst davranış kuralları”dır. Bu kavram haksız rekabetin tespit edilmesinde belirleyicidir. Buradaki dürüst davranışlar TMK md. 2 anlamındaki davranışlarla birebir örtüşmemektedir. TMK md. 2 gereğince dürüst davranışlar daha çok taraf odaklıyken haksız rekabet anlamında taraflardan bağımsız haksız eylemlerden doğan zarar odaklıdır.

Haksız rekabet; en temeldeki haliyle bir rekabetin varlığı, dürüstlük kuralına aykırı hareket, zarar veya zarar tehlikesi olma şartının bulunmaması ve uygun illiyet bağı ve ekonomik menfaatin tehlikeye giren tarafların varlığı unsurlarından oluşmaktadır.⁴¹⁹ Ancak haksız rekabetin mevcudiyeti için haksız rekabet tekil eden eylemlerden etkilenen taraflar arasında bir rekabetin var olması her zaman için şart değildir. Nitekim bu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yansımıştır.⁴²⁰

⁴¹⁸ Ünal Tekinalp, *Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., 2016), 30.

⁴¹⁹ Haksız Rekabetin unsurları başlıklı konular için bkz. Hasan Karşlıoğlu, *Ticari Sırrın Kapsamı Hukuki Niteliği Ve Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Korunması* (Ankara: Adalet Yay.,2022), 191-204; Nihal Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları* (Ankara: Seçkin Yay., 2019), 34-41; Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 61-65.

⁴²⁰ Yasaman, *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı* (Makaleler, Birlikli Raporları, Mütalaalar, 19.

Haksız rekabetin konusu ise; serbest piyasada oluşan doğal rekabet ortamı düzleminde meydana gelen davranışların tamamıdır.⁴²¹

Haksız rekabet hukukuna hâkim olan ilkeler bakımından doktrinde haksız rekabetin tanımı, amacı ve kapsamı yönündeki farklı bakış açıları sonucu farklı ilkeler benimseyen yazarlar olmuştur.⁴²²Çoğunluk tarafından ortak olarak ifade edilen ve kanunumuzdaki düzenleme çerçevesinde haksız rekabete hâkim olan ilkeleri tarafların birbiriyle rakip olmasının gerekmemesi, haksız rekabet oluşturan eylemde bulunan kişinin yarar sağlaması ya da kusurunun bulunmasının gerekmemesi, zarar ya da zarar görme tehlikesinin yeterli olması olarak belirtebiliriz.⁴²³

Sonuç itibariyle haksız rekabet, amacı ve koruduğu menfaatler doğrultusunda kendi içinde gelişen ilkelerine bağlı durum ve şartlara göre esneme göstermeye devam edebilmesi gereken kapsama alanı oldukça geniş bir alandır.⁴²⁴

2.2. TTK Haksız Rekabet Hükümleri

⁴²¹ Feyzan Hayal Şehriali Çelik, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması Fikri Mülkiyet-Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi Odaklı Bir İnceleme*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay.,2014), 17. (Tasarımların Korunması).

⁴²² Bu hususta özellikle *Karşoğlu*, Dürüstlük Kuralına Aykırılık, Kamu Yararının Korunması İlkesi, Emek İlkesi, Rekabetin Korunması İlkesi, Tarafların Birbirine Rakip Olmasının Gerekmemesi İlkesi, Failin Yarar Sağlamasının Gerekmemesi, Kusurun Zorunlu Olmaması ilkelerini benimsemiştir *Karşoğlu*, *Ticari Sırrın Kapsamı Hukuki Niteliği Ve Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Korunması*, 204-222; Emeğin Korunması ilkesini haksız rekabet ilkelerinden sayan bir başka görüş için bkz. Murat Oruç, *Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası*, (İstanbul: Onikilevha Yay., 2009), 44; Karabağ, *Tarafların Rakip Olma Zorunluluğunun Bulunmaması, Failin Yarar Sağlamasının Gerekli Olmaması, Failin Kusurunun Aranmaması Zarar Görme Şartının Aranmaması* ilkelerini açıklamıştır *Karabağ*, *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 45-47; *Erdil* tarafından, *Tarafların Rakip olmasına gerek olmaması, failin yarar sağlamasına gerek olmaması, eylem yapanın kusurlu olmasının gerekmemesi zarar tehlikesine uğranmış olmasının yeterli olması ve zarar görme şartının sadece tazminat için aranması* olarak belirtilmiştir bkz. *Erdil*, *Haksız Rekabet Hukuku*, 56-61.

⁴²³ Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 33-34.

⁴²⁴ Haksız rekabetin amacını net şekilde düzenlemeye gerek olmadığına ve mevcut hükmün uyum olmadığına ilişkin eleştiriler için bkz. Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 84-85.

Haksız rekabet, ticari hayatta dürüstlük kuralına uyması gereken ekonomik düzenin tüm aktörleri tarafından gerçekleştirilen rekabeti bozucu haksız fiillerin tamamıdır.⁴²⁵ Zaman içerisinde bu fiillere karşı koruma oluşturma ihtiyacı ile ortaya çıkmış ve mevzuatımızda hem TBK hem de TTK'da düzenlemelere sebep olmuştur. Bu ikiliğin tarihsel gelişim sürecinden ve mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminden TBK'ya geçen TBK md. 57'nin varlığından kaynaklandığı belirtilebilir.⁴²⁶

Haksız Rekabet, TTK'ya 1943 yılında İsviçre Kanunu'ndan alınarak haksız rekabet hükümleri oluşturulmuştur.⁴²⁷ Haksız rekabet hükümleri TTK'nın 54. ve 63. Maddelerinde düzenlenmiştir. Haksız rekabete ilişkin TBK md. 57⁴²⁸ ve tüketiciler yönünden özel olarak TKHK 61. ve 62. Maddelerindeki düzenlemeler, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine Dair Kanun gibi kanunlarımızda da mevcuttur. Ancak hem çalışmamız konusu özelinde hem de daha genel ve geniş düzenleme alanına sahip hükümler TTK'daki hükümler olduğu için bu bölümde yalnızca bu hükümlere değinilecektir. Zira her türlü haksız rekabete ilişkin esas düzenleme TTK'daki düzenlemedir ve diğer düzenlemeleri de içerir düzeydedir.⁴²⁹

Haksız rekabete dair en kapsamlı düzenlemeye sahip olan TTK da, hükümlerinde haksız rekabetin amaç ve ilkesi, örneklendirme niteliğinde başlıca

⁴²⁵ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 55.

⁴²⁶ Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku*, 3.

⁴²⁷ Sabih Arkan, "Haksız Rekabet -Gelişmeler- Sorunlar", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi* 22, sy. 4 (Aralık 2004): 5-6.

⁴²⁸ Ahmet Galip Kaplan, *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri*, 31.

⁴²⁹ Mehmet Fatih Arıcı, *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (İstanbul: Onikilevha Yay., 2018), 11-12. Doktrinde bazı yazarlar TTK'daki Haksız Rekabet Hükümlerinin sadece tacirler ve ticari nitelikteki durumlar özelinde uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna büyük ölçüde Mülga 6762 sayılı TTK hükümlerindeki düzenlemeler sebep olmaktadır. Ancak gerek mülga TTK döneminde gerekse yeni TTK düzenlemesiyle daha mümkün hale geldiği haliyle ticari olsun olmasın ekonomik rekabeti etkileyen her haksız rekabet eyleminde TTK'nın uygulanabildiğini savunan yazarlar da olmuştur. Nitekim *Arslanlı, Karayalçın, Moroğlu* bu yazarlara örnektir. Bu konuya ilişkin tartışmanın yer aldığı eser için bkz: Dinç, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar*, 27-29.

haksız rekabet davranışları ve başvurulabilecek hukuki ve cezai yolların neler olduğu düzenlenmiştir.

2.2.1. TTK md. 54 özelinde Haksız Rekabet Amacı ve İlkesi

TTK md. 54’de haksız rekabetin amacı ve ilkeleri belirtilmektedir. Bu düzenleme ile TTK haksız rekabet ile korunmak istenen menfaati daha açık bir şekilde ortaya koymuştur.⁴³⁰

TTK md. 54/1 gereğince haksız rekabetin amacı bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.⁴³¹ Burada bütün katılanların menfaati tabiri, kanun koyucu tarafından kasten seçilerek, haksız rekabet hükümleriyle tacirler ve rakipler dâhil olmak üzere ekonomi, tüketici ve kamu üçlemesiyle piyasadaki tüm aktörler koruma kapsamına muhatap kılınmıştır.⁴³² Kanun koyucu bu tercihi ile, haksız rekabeti, yalnızca tacirlere ait bir haksız fiil mekanizması olmaktan çıkarak tüketiciler, meslek birlikleri, teşebbüsler dahil kamuyu da içine alan bir yapıya kavuşturmuştur.⁴³³ “Dürüst ve bozulmamış rekabet” kavramı mülga kanunda tercih edilen iktisadi rekabet kavramından farklı olarak modern haksız rekabet hukuku anlayışına daha uygun olarak hükümlerin uygulama alanını genişletici bir etkiye sahiptir.⁴³⁴

⁴³⁰ Tekinalp, "Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk", 29.

⁴³¹ Haksız rekabet hukukunun amacını belirten 54. Maddenin kullandığı ifadenin amacı ortaya koymakta yeterli olmadığı, yazara göre dürüst ve bozulmamış rekabetin asıl amaca ulaşma yolunda elde edilen dolaylı bir sonuç olduğu, asıl amacın ise katılımcıların iktisadi menfaatini korumak olduğu yönündeki görüşleri için bkz.: Pınar Uzun Şenol, *Haksız Rekabet ile Rekabetin Korunması Alanları Arasındaki Hukuki İlişki* (İstanbul, Onikilevha Yay., 2022): 87. Yine burada “iktisadi rekabet” in korunmak istendiği yönündeki görüş için bkz.: Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku*, 23; TTK ile iktisadi rekabet anlayışının terk edilerek “dürüst ve bozulmamış” rekabet tabirinin daha kapsayıcı bir ifade olduğu yönünde bkz.: Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 30.

⁴³² TTK Gerekeç Madde 54; Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 54; Orhan Gazi Sarıdağ, *Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale İade*, (İstanbul: Onikilevha Yay., 2021), 202.

⁴³³ Kaplan, *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri*, 35; Sarıdağ, *Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale İade*, 11.

⁴³⁴ Kayar, *6102 sayılı Kanuna Göre Ticaret Hukuku*, 202.

TTK md. 54 hükmü ile haksız rekabet hukukuna bir amaç tayin edilmesinin gereksiz bir düzenleme olduğunu söyleyen yazarlar⁴³⁵ olsa da; bu hükmün varlığı işlevseldir. Zira kanunun 55. Maddesi ile sayılan haksız rekabet halleri sınırlı sayıda değildir ve kanunda sayılmayan hallerin haksız rekabet teşkil edip etmediği bu hükümle kanuni bir kıstasa kavuşmuştur.⁴³⁶

2.2.2. TTK md. 54 gereğince Haksız Rekabetin Unsurları

TTK md. 54'te haksız rekabete ilişkin genel ilkeleri ve haksız rekabetin unsurları hükme bağlanmıştır. Madde her ne kadar haksız rekabet hükümlerinin amacını düzenlemiş olsa da hükmün içeriğinden bir eylemin haksız rekabet teşkil etmesi için gerekli olan unsurların neler olduğu da tespit edilmektedir.⁴³⁷ Bu düzenleme ışığında, haksız rekabetin varlığından söz edebilmemiz için öncelikle rekabeti etkileyen bir davranış veya uygulama olmalıdır, bu davranış veya uygulama aldatıcı ya da dürüstlük kuralına aykırı olmalıdır ve nihayetinde bu hukuka aykırılık rakipler arası ya da tedarikçi ile müşteriler arasındaki ilişkiyi etkilemiş olmalıdır.⁴³⁸

2.2.2.1. Rekabeti Etkileyen Bir Davranış veya Uygulamanın Varlığı

⁴³⁵ Nomer Ertan, kanunda haksız rekabet hükümlerinin amacının gösterilmesini gereksiz bulmaktadır. TTK md. 54'ün sadece genel ilkeyi gösteren bir düzenlemenin yeterli olduğunu söylemektedir. Hatta eserinde TTK md. 54'ün "İktisadi rekabeti etkileyen ve dürüstlük kurallarına aykırı her türlü davranış ve uygulama hukuka aykırıdır." Şeklinde bir cümleden ibaret olabileceğini söyleyerek olası bir kanun maddesi de önermiştir. Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 125.

⁴³⁶ İbrahim Bektaş, "Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m. 54) ve 'İşleyen Rekabet' Ölçütü", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi* 34, sy. 3 (Eylül 2018), 281.

⁴³⁷ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 61.

⁴³⁸ TTK md. 54/2: "Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."

TTK md. 54 gereğince haksız rekabetin unsurlarından ilki olarak belirtilebilecek unsur, öncelikle ticari nitelikte bir davranış veya uygulamanın varlığıdır. Bu unsuru haksız fiilin özel bir türü olan haksız rekabetin haksız fiildeki eyleme karşılık gelen unsuru olarak ifade etmek mümkündür.⁴³⁹

“Davranış veya uygulama”dan⁴⁴⁰ anlamamız gereken piyasayı, rekabet ortamını veya ticari hayatı etkileme ihtimali bulunan durumlardır.⁴⁴¹

Haksız rekabetin bir unsuru olan davranış veya uygulamanın haksız rekabet oluşturabilmesi için rekabet iktisadi nitelikte olmalıdır.⁴⁴² Bu cihetle iktisadi rekabeti etkileyen ve ticari nitelikte olan tüm davranış ve uygulamalar haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı içerisinde yer almaktadır.⁴⁴³

Haksız rekabet teşkil eden ticari uygulama veya davranışlar haksız fiillerde olduğu gibi menfi ve müspet filler olarak gerçekleşebilmektedir. Haksız fiil, saldırgan ticari uygulamalar, kötüleme, yanıltıcı fiillerde bulunma gibi müspet fiillerle söz konusu olabileceği gibi yapma ödevinin söz konusu olduğu durumlarda menfi filler yoluyla mümkün olabilmektedir.⁴⁴⁴

Bu unsur bakımından haksız rekabetin söz konusu olması için davranış veya uygulamada bulunan kişinin veya karşı tarafının tacir ya da rakip olması gerekmediği gibi ekonomik çıkarlar elde etmek amacıyla bu davranış veya uygulamada bulunması gerekli değildir. Ticari nitelikli bir uygulama veya davranışın iktisadi hayatta sonuçlarını doğurması ve rekabet ortamını etkilemesi gerekli ve yeterlidir.⁴⁴⁵

2.2.2.2. Aldatıcı Olma veya Dürüstlük Kuralına Aykırılık

⁴³⁹ Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku*, 32.

⁴⁴⁰ Ticari uygulamaların da davranış kapsamına giren eylemler olduğu yönündeki görüş için bkz.: Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 61.

⁴⁴¹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 100.

⁴⁴² Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 34.

⁴⁴³ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 101.

⁴⁴⁴ Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Tespiti”, 34.

⁴⁴⁵ Franko, Nisim. “Ticaret Hukuku ve Yargı Kararları Sempozyumu (Yargıtay Kararları Açısından Marka İltibası Sebebiyle Haksız Rekabet)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü*, 116-117.

Haksız rekabetin bir diğ er unsuru ticari davranış veya uygulamanın aynı zamanda aldatıcı olması veya dürüstlük kuralına aykırı olması halidir. Davranışın aldatıcı olması veya dürüstlük kuralına aykırı olması soyut bir kavram olup somut olaya göre değerlendirilmeye muhtaç olan ve dayanağını TMK md. 2'den alan bir unsurdur. Burada dürüstlük kuralı haksız rekabetin varlığını teşhiste önemlidir. Ancak buradaki dürüstlük kuralı ile TMK md. 2'deki dürüstlük kuralı tam örtüşmeyebilir. Zira TMK md. 2'de sözleşmesel ve tarafları olan bir ilişki varken haksız rekabet temelde haksız fiil olarak ortaya çıktığı için tarafları olmaya da bilir.⁴⁴⁶ Fakat yine de TMK md. 2 anlamında bir ihlal durumunda haksız rekabet söz konusu olmaktadır.⁴⁴⁷

Dürüstlük kuralı, hukukun birçok alanında etkili olan temel bir hukuk prensibidir ve haksız rekabet açısından TTK gerekçesinde taşıyıcı kolon olarak ifade edilmektedir.⁴⁴⁸ Kanunda önce ve dürüstlük kuralına aykırılıktan ayrı biçimde “aldatıcı” ifadesine yer verilmesinin gerekli olmadığı, aldatıcı nitelikteki ticari davranış veya uygulamaların dürüstlük kuralı kapsamının dışında olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır.⁴⁴⁹ Aldatıcı olmasının daha çok yanıltıcı, karıştırıcı bir fiil grubuna işaret etmek amacıyla kullanıldığından söz edilebilir.⁴⁵⁰ Ancak daha sık karşılaşılan haksız rekabet hallerinde aldatıcılığın daha etkin rol oynaması nedeniyle aldatıcı olmanın ayrıca vurgulandığından bahsetmek de mümkün olabilir.⁴⁵¹ Ancak tek sebep de aldatıcı olma olamayacağı için bunun dışında gerçekleşebilecek dürüstlük kuralına aykırılıklar da bulunmaktadır. Sonuç olarak, haksız rekabetin en önemli unsurlarından biri olarak karşımıza çıkan dürüstlük kuralına aykırılık unsuru

⁴⁴⁶ TTK md. 54 Gerekçesi.

⁴⁴⁷ Oğuz İmregün, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005), 81.

⁴⁴⁸ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 110-112; TTK md. 54 Gerekçesi.

⁴⁴⁹ Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 39; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 113. Asıl unsurun dürüstlük kuralına aykırılık olduğu yönündeki görüş için bkz.: Aysoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Tespiti”, 42.

⁴⁵⁰ Tekinalp, “Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk”, s.39.

⁴⁵¹ Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku*, 37.

somut olayın özelliklerine göre değerlendirilip tespit edilmesi gereken ana unsurdur.

2.2.2.3. Rekabete Katılanlar Arasındaki İlişkinin Etkilenmesi

Haksız rekabeti oluşturan son unsur, rakipler arası ilişkiler ya da tedarikçi ile müşteriler arasındaki ilişkinin etkilenmesi şartıdır. Fakat bu unsur ifade edildiğinden daha geniş bir kapsamda değerlendirilmektedir ve esasen ilk fıkra da geçen tüm katılanlar ifadesiyle aynı geniş kapsam kast ettiği kabul edilmelidir.⁴⁵² Nitekim kanun gerekçesinde de ilk cümlede “tüm katılanlar” olarak ifade edilmesinin kasten haksız rekabet kurallarının rakiplere özgülenmesinin yolunun kapandığı ifade edilmiştir.⁴⁵³ Bu nedenle doktrinde ve yargı kararlarında da kabul edildiği üzere kişiler olabildiğince geniş kapsamlı anlaşılmakta ve kanunun amacına uygun yorumlanmaktadır. Kanundaki rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen şeklindeki ifade tercihinin taraflar aynı iş kolunda bulunmasalar ya da birbirleriyle rakip olmasalar bile aralarındaki ilişkinin etkilenmesi durumunun haksız rekabet teşkil etmesi sebebine dayanmaktadır.⁴⁵⁴ Önemli olan husus, rekabete katılan taraflar arasındaki işleyişi bozabilecek yani bir etki doğurabilecek nitelikte bir davranış veya uygulamanın söz konusu olmasıdır. Kanun da bu ifade ile bu duruma vurgu yapmaktadır. Yine de ilk fıkra ile uyumlu bir ifade tercih edilerek bu çelişkinin tamamen ortadan kaldırılması kuşkusuz daha isabetli bir seçim olacaktır.

⁴⁵² Buradaki “rakipler arası ya da tedarikçiler ile müşteriler” ifadesinin talihsiz ve hatalı bir seçim olduğu yönünde bkz: Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 126. Aynı şekilde Çınar, madde gerekçesinde de açıkladığı üzere burada esasen haksız rekabet hükümlerinin rekabet ilişkisi olmasa da uygulanmasını vurgulamak istediğini belirtmekte; yine de kanun maddesinde her türlü rekabet ilişkisini kapsayacak bir ifadenin kullanılması gerektiğini söylemektedir. Nihal Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 36.

⁴⁵³ TTK md. 54 Gerekçesi.

⁴⁵⁴ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 114.

Son olarak haksız rekabetin bir unsuru olarak haksız fiildeki sorumlulukta kural olarak aranan kusur ve zarar şartları haksız rekabet yönünden somut olarak aranmamaktadır.⁴⁵⁵ Haksız rekabetin doğmasında buna sebebiyet veren tarafın bir kusuru olmasa da haksız rekabet hükümleri işletilebilir; aynı şekilde somut bir zarar oluşmamış olabilir. Ancak yine de haksız rekabetin olduğu yerde zarar tehlikesinin de var olduğu ön kabulü gerekmektedir. Zira TTK md. 56 anlamında dava açılabilmesinin bir şartı olarak görüldüğünden bazı yazarlar tarafından zarar tehlikesi de haksız rekabetin unsurları arasında gösterilmiştir.⁴⁵⁶

2.3.TTK md. 55 Gereğince Haksız Rekabet Sayılan Uygulama ve Davranışlar

Kanunun 55. maddesi “Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar” başlığı ile belli başlı haksız rekabet hallerini saymıştır.⁴⁵⁷ Haksız rekabet halleri burada sayılan hallerle sınırlı değildir. Bu hükümdeki sayma örnekleme maiyetinde olup haksız rekabet halleri burada sayılanlar dışında henüz hiç rastlanmamış şekillerle de karşımıza çıkabilir.⁴⁵⁸

TTK md. 55’te sayılan haksız rekabet halleri doktrinde “özel haksız rekabet halleri” olarak anılmaktadır.⁴⁵⁹ Burada sayılan örnekler İsviçre Haksız Rekabet Kanunu ile uyumlu şekilde altı kategori halinde gruplandırılmıştır ve burada sayılan haller uygulamada yargı önüne en çok gelen haksız rekabet halleridir.⁴⁶⁰

⁴⁵⁵ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 59.

⁴⁵⁶ Sadece dava açma yönünden değil, haksız rekabetin de bir unsurudur diyen bkz: Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 40; Mustafa İsmail Kaya ve Burçak Tatlı, *Ticaret Hukuku-I* (Ankara: Seçkin Yay.), 168. Aksi görüş için bkz: Kayar, *6102 sayılı Kanuna Göre Ticaret Hukuku*, 203.

⁴⁵⁷ Buradaki sayma tercihinin kazuistik bir yaklaşım olduğu ve kanunda hem haksız rekabete yönelik genel bir çerçeve çizilmesi hem de sayma yönteminin birlikte tercih edilmesinin kafa karıştırıcı ve gereksiz olduğu ile ilgili bkz: Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 357.

⁴⁵⁸ Kayar, *6102 sayılı Kanuna Göre Ticaret Hukuku*, 203.

⁴⁵⁹ Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 357; Kayar, *6102 sayılı Kanuna Göre Ticaret Hukuku*, 203.

⁴⁶⁰ TTK md. 55 Gereğesi.

Sistematik olarak altı ana başlık verilmiş ve bu başlıklar tanımlanmak yerine alt başlıklarla bu hallere yirmi bir tane alt örnek sayılabilecek örnek gösterilmiştir.⁴⁶¹

Altı ana başlık kanun gerekçesinde belirtildiği haliyle kısaca şu şekildedir: *“dürüstlük kurallarına aykırı reklâm ve satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlar, sözleşmeyi ihlâl ve sona erdirmeye yöneltmeler, başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma, üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme, iş şartlarına uymama ve dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanma.”*⁴⁶²

Dürüstlük kuralına aykırı reklam ve satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlar, kanunda en çok örnek verilmiş kategoridir. Yirmi bir alt örneğin on iki tanesi⁴⁶³ bu kısma örnektir. Nitekim dürüstlük kuralına aykırılık ve hukuka aykırı diğer davranışlar hâlihazırda yukarıda da değindiğimiz üzere haksız rekabeti oluşturan ana unsurdur.⁴⁶⁴ Çalışmamız özelinde bu kategori altında örnek olarak verilen ve özellikle itibas kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri yönünden 4. Ve 5. alt bentlerindeki örnekler ayrı bir başlık olarak ele alınacaktır.⁴⁶⁵

İkinci kategori olarak değerlendirebileceğimiz sözleşmeyi ihlal etmeye veya sona erdirmeye yöneltmek başlığı altında dört alt bent sayılmıştır.⁴⁶⁶

⁴⁶¹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 128.

⁴⁶² TTK md. 55 Gerekçesi

⁴⁶³ Bunların ilk 4 düzenlemesi mülga kanunda yer alanlara denk düşmektedir; kalan 8 tanesi yeni düzenlemedir. Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 131.

⁴⁶⁴ Dinç, , *6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar*, 35.

⁴⁶⁵ 2.3.2. TTK md. 55/1,a- 4. Hükmü ve Karıştırılma Yönünden Unsurları

⁴⁶⁶ TTK md. 55/1,b): *“1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,*

2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.”

Sözleşmeler her ne kadar kural olarak nispiyet ilkesi gereğince tarafları bağlasa da uygulamada üçüncü kişi konumundaki kişilerin sözleşmelere müdahale ederek müşterileri çekmeye çalıştıkları, işletmelere yönelik ticari sırları elde etmeye çalıştıkları veya müşterileri sözleşmeyi sona erdirmeye yönelttikleri haksız eylemlerle karşılaşmaktadır. Haksız rekabet hükümleri ile bu müdahaleler özel olarak düzenlenmiştir.⁴⁶⁷

Üçüncü kategoride başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak başlığı yer almakta ve üç alt bentle örneklendirmesi bulunmaktadır.⁴⁶⁸ Bu düzenleme ile korunmak istenen değer iş ürünüdür ve buradaki hükümde, özel bir hal olarak teknik vasıta kullanılarak iş ürününden yarar sağlanması söz konusudur.⁴⁶⁹

Dördüncü ve beşinci kategori alt bentlerde örneklendirmeye gitmemiştir. Burada da üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı ifşa etme ve iş şartlarına uymama halleri haksız rekabet olarak düzenlenmiştir.

Son olarak altıncı kategoride dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanılması hali de haksız rekabet olarak belirtilmiş olup bu kategori altında da iki alt bent ile örneklendirme yapılmıştır.⁴⁷⁰

2.3.1. TTK md. 54 ve TTK md. 55 arasındaki İlişki

TTK md. 54 haksız rekabetin ne olduğunu tanımlamış ve genel ilke belirlemiştir. Bu hükmün devamındaki TTK md. 55 ile tahdidi olmayacak

⁴⁶⁷ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 286.

⁴⁶⁸ TTK md. 55/1,c): “1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,

2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak,

3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak.”

⁴⁶⁹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 327.

⁴⁷⁰ TTK md. 55/1-f): “1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.”

biçimde haksız rekabet hallerine örnek teşkil eden rekabet hallerine yer verilmiştir.⁴⁷¹

TTK md. 54 bir ticari uygulama veya davranışın haksız rekabet teşkil edeceği genel çerçeveyi çizmektedir. TTK md. 55 ile ise haksız rekabet halleri “başlıca” denilmek suretiyle örnekleme olarak sayılmıştır. Ancak bir ticari davranış veya uygulamanın haksız rekabet teşkil etmesi için TTK. Md. 55’te sayılması gerekli olmadığı gibi⁴⁷², inceleme yapılırken TTK md. 55’te sayılan hallerden biri olması halinde aynı zamanda TTK md. 54/2 incelemesinin de ayrıca yapılması gerekip gerekmediği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Daha az kabul gören görüşe göre özel hükümde sayılan hallerin haksız rekabete vücut vermesi için öncelikle genel hükümdeki temel unsurları ihtiva etmelidir ve bu nedenle her iki hüküm yönünden de inceleme yapılmalıdır.⁴⁷³ Aksi ve bizim de katıldığımız görüşte ise TTK md. 55 ile TTK md. 54/2 arasında bir özel hüküm genel hüküm ilişkisi olduğundan söz edilmektedir.⁴⁷⁴ Bu görüşe göre TTK md. 54, TTK md. 55’i de içine alan ama TTK md. 55 ile sınırlı olmayan bir üst kümedir. TTK md. 55’te sayılan özel haksız rekabet halleri per se haksız rekabet teşkil etmektedir.⁴⁷⁵ Bu nedenle bir eylemin haksız rekabet teşkil edip etmediğini tespit ederken ilk olarak TTK md. 55’te sayılan hallerden birine girip girmediğine bakılır. Ancak eylem, TTK md. 55’te sayılan halleden birisine girmiyorsa bu sefer eylemin haksız rekabet teşkil edip etmediğini TTK md.54’e başvurarak tespit etmek gerekmektedir. Nitekim Yargıtay ve yargı mercileri de; haksız rekabet incelemesi yaparken, öncelikle TTK md 55 e bakıp, eğer söz konusu eylem burada sayılan hallerden birine dahil değilse ancak o zaman TTK md. 54 gereğince haksız rekabetin söz konusu olup olmadığının incelenmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.⁴⁷⁶ Bu kabul

⁴⁷¹Nomer Ertan, “Sınai Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması”, 104.

⁴⁷² Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 127.

⁴⁷³ Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 147-148.

⁴⁷⁴ Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku*, 49.

⁴⁷⁵ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 71; Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku*, 49.

⁴⁷⁶ Yargıtay H.G.K. 2021/11- 286 E., 2022/ 1697 K. sayılı ve 08.12.2022 tarihli kararında

kanaatimizce iş yükünü arttırmayan ve daha pratik olan bir görüş olduğundan yerinde bir uygulamadır. TTK md. 54 ile TTK md. 55 hükümleri arasındaki ilişkiyi bu cihetle kabul etmek daha isabetli olacaktır.

2.3.2. TTK md. 55/1,a- 4. Hükümü ve Karıştırılma Yönünden Unsurları

TTK md. 55/1,a-4 hükmünde özel haksız rekabet hallerinden birisi olarak düzenlenen ve hükümde aynen “*başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak*” olarak ifade edilen karıştırılmaya yol açan önlemler almak karıştırılma ihtimalinin TTK’da karşılık bulan maddesidir.⁴⁷⁷

TTK md. 55/1,a-4 doktrinde özellikle mülga TTK md. 57/5 ile birebir olmasa da oradaki iltibasın karşılığı⁴⁷⁸ olarak görülmekte ve çoğu yazar tarafından bu hüküm iltibas ya da yeni kanunlardaki karşılığı ile karıştırılma⁴⁷⁹

“...6102 sayılı TTK'nın 54. maddesinde haksız rekabetin amacı ve genel ilkesi belirtildikten sonra, aynı Kanun'un 55. maddesinde uygulamada sık karşılaşılan ve dürüstlük kurallarına aykırı olan bazı davranış ve fiil örnekleri sayılmıştır (Arkan, s. 350). Bu çerçevede bir davranış veya uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmediği belirlenirken öncelikle özel hüküm niteliğindeki 6102 sayılı TTK'nın 55. maddesinde sayılan hâllerden birinin var olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Bu maddede sayılan hâllerden birisi söz konusu ise haksız rekabetin varlığı kabul edilecek, somut davranış veya uygulama bu maddede sayılan haksız rekabet hâllerine tam olarak uymuyorsa veya bu hâllerin kapsamına örnekseme yoluyla dolaylı olarak da dahil edilemiyorsa, ancak bu takdirde genel hüküm niteliğindeki 6102 sayılı TTK'nın 54/2 maddesinin uygulanması mümkün olacaktır...” denilmektedir. Erişim 15 haziran 2024, <https://karamercanhukuk.com/yargitay-karari/firmanin-satin-alinmasi-dusunulen-bu-guclerde-herhangi-bir-referansi-ve-tecrubesi-yoktur-sekindeki-beyan-haksiz-rekabet-teskil-edecek-niteliktir>. Aynı yöndeki tespit için bkz.: İstanbul BAM 44. H.D. 2020/1172 E., 2022/1266 K. sayılı 22.09.2022 tarihli kararı, erişim 15 Haziran 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam44-hd-e-2020-1172-k-2022-1266-t-22-9-2022>.

⁴⁷⁷ Öğretide bazı yazarlar tarafından tanıtıcı işaretin taraflar arasında haksız rekabet yaratabilmesi için diğerinden önce haklı olarak kullanılıyor olması şartı da karıştırılma ihtimalinin doğumunda “önce kullanma” veya “haklı olarak kullanma” şeklinde unsur olarak kabul edilmektedir. Bu yöndeki kabuller için bkz.: Ülgen Aslan Düzgün, *Kötüleme-Yanıtıcı Gerçek Dışı Açıklamalar ve Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet* (Ankara: Yetkin Yay., 2023), 249 vd; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 190; İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 83.

⁴⁷⁸ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 390; TTK md. 55 Gerekeşi.

⁴⁷⁹ Burada Nomer Ertan, eski ifade olan iltibas yerine karıştırılma teriminin kullanılmasının kanunun çevirisinden kaynaklandığı ve bilinçli bir tercih olmadığı, iltibas gibi köklü bir hukuk kavramının terk edilmesinin doğru olmadığını ifade etmektedir. Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*

olarak ifade edilmektedir.⁴⁸⁰ Nitekim kanunun gerekçesinde bu düzenlemenin mülga TTK md. 57/5'te kullanılan iltibas kavramına denk geldiğini belirtmektedir.⁴⁸¹ Çalışmamız özellikle karıştırılma ihtimali özelinde olduğu için bu hüküm burada detaylı olarak incelenecektir.

Başlangıç olarak, iltibas⁴⁸² yeni adıyla karıştırılmadan ne anlamamız gerektiğini ortaya koymakta fayda vardır. Karıştırılma, bir teşebbüsün başkasının teşebbüsü ile ya da malları, işletmesi veya faaliyetleriyle benzemesi nedeniyle karışıklığa ve yanılgıya sebep olmasıdır.⁴⁸³ Burada ticari alanda varlık gösteren ve kişilerin aklında yer eden şeyler arasında fark edilirliliği birbirlerine karşı ortadan kaldıran bir benzerlik veya karışım söz konusudur.⁴⁸⁴ Karıştırılma iş ürünleri veya faaliyetler arasında olabileceği gibi ticaret unvanı, işletme adı, markalar ve diğer adlar arasında gerçekleşebilir.⁴⁸⁵ Karıştırılmanın varlığı somut duruma göre objektif olarak değerlendirilmelidir.⁴⁸⁶

Karıştırılmaya yönelik koruma, hem haksız rekabetin hem de Sınai Mülkiyetin esas alanıdır.⁴⁸⁷ Karıştırılma yaratan durumlarla haksız rekabet, uygulamada en sık karşılaşılan haksız rekabet hallerindedir.⁴⁸⁸ Burada iki alanın ayrımını TTK md. 55 gerekçesi açıklamıştır. Maddenin gerekçesinde marka hukukundaki iltibas-karıştırılma ile haksız rekabetteki iltibasın farklı olduğu, haksız rekabetteki karıştırılmanın basit ama kapsamı geniş bir terim

Hukuku, 170-171.

⁴⁸⁰ Çınar Karabağ, özellikle eserinde TTK md. 55/1,a-4'ü hem mülga TTK hem de 6102 sayılı TTK'da yer alan hükümler başlığı ile düzenlemiştir. Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 56-71.

⁴⁸¹ TTK md. 55 Gerekçesi. Gerekçede de açıkça belirtildiği üzere burada iltibas yerine karıştırılma ifadesinin kullanılması artık gerek Marka mevzuatı gerekse yargı kararlarında iltibas yerine karıştırılma kavramının yerleşmesinden kaynaklı bir Türkçeleştirme tercihidir.

⁴⁸² TDK sözlük tanımını "andıırşma" şeklindedir.

⁴⁸³ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 391.

⁴⁸⁴ Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 72.

⁴⁸⁵ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 390; Dinç, , 6102 sayılı *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar*, 62.

⁴⁸⁶ Dinç, 6102 sayılı *Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar*, 63.

⁴⁸⁷ Güneş, *Uygulamada Fikri Ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 403.

⁴⁸⁸ Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 72; Franko, "İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet", 123.

olduğu ifade edilmiştir. Buna göre haksız rekabetteki karıştırılma yanılmayı, yanlış algılatılmayı da kapsar niteliktedir. TTK md. 55/1,a-4, karıştırılmayı, dış görünüş ve ses bakımından benzerlik yönünden düzenlemektedir. İç benzerlikten doğan karıştırılma hükmün kapsamı dışındadır. Buradaki iç benzerlik örneğın elektrik devrenin veya yarı iletken topografyasının benzerliğı olarak örneklendirilebilir. İç benzerlik karıştırılma kavramı ile tanımlanmaz. Dış görünüş koruması, takdim, şekil, tasarım ve donanım korumasıdır. Karıştırılma tüm bu yönleriyle tespıte muhtaçtır ve nesnel değerdendirmeyi gerektirir.⁴⁸⁹ Bu değerdendirme özellikle dış görünüş yönünden oldukça çeşitli yönlerle yapılmaktadır. Örneğın bir ürünün piyasaya sunulurken tercih edilen ambalaj seçiminin benzer olmasının iltibas yarattığı kabul edilebilir.⁴⁹⁰ Ya da renkler tek başına iltibas yaratmazken renk kombinasyonları iltibas meydana getirebilmektedir. Hatta ürünlerin raflarda nasıl dizildikleri bile karıştırılma meydana getirebilmektedir.⁴⁹¹

2.3.2.1. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işlerinin varlığı

⁴⁸⁹ TTK md. 55 Gereğesi; Yargıtay H.G.K. E. 2021/ 944, K. 2023/62 sayılı ve 08.02.2023 tarihli kararında bu husus: "...Türk Ticaret Kanunu'nun 54/ (1)-a-4 maddesinde düzenlenen haksız rekabet hâlinin uygulanabilmesinin koşullarından biri de "karıştırılmaya yola açan" fiillerin objektif olarak mevcut olması gerekir. Nitekim anılan hükme dair madde gereğesinde bu husus "Karıştırılma nesnel değerdendirmeyi gerektirir." şeklinde ifade edilmekle anılan hüküm kapsamında ileri sürülen iddiaya dair yapılacak olan değerdendirmede "karıştırılma" hususunda hedef olan müşteri kitlesi nezdindeki izlenimlerin nazara alınması önem arz etmektedir. Bu kapsamda karıştırılmaya neden olacak fiillerin ilgili olduğu mallar, iş ürünleri, faaliyetleri yahut işlerin hedef kitlesi olan müşterilerin, taklit edilmiş ürün yahut iş mahsulleri karşısında aldanıp aldanmayacağıın objektif olarak belirlenmesi gereklidir. Bu değerdendirme neticesinde karıştırılmaya neden olacak düzeyde benzerliğın hedef müşteri kitlesini yanıtacak düzeyde olduğunun belirlenmesi neticesinde bu fiil, TTK'nın 55/ (1)-a-4 maddesi kapsamında haksız rekabet teşkil eder nitelikte bir fiil olarak kabul edilebilecektir..." şeklinde ifade edilmiştir. Erişim 01 Haziran 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2021-944.htm&kw=`kar%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1lmaya+yol+a%C3%A7an+%C3%B6nlemler+almak`&cr=yargitay#fm>.

⁴⁹⁰ Danino ve Büyümix markaları arasında markasal bir karıştırılma olmamasına rağmen sonradan Büyümix marka malların Danino marka kaplarla benzer kaplar ile piyasaya sunulmaya başlanması ve raflarda diziliş ile karıştırılmaya yol açacağı, özellikle bu tercihin teknik bir zorunluluk da içermiyor olması karıştırılma meydana getirdiğı sonucuna varılmıştır. Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 198.

⁴⁹¹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 197.

Karıştırılmaya yol açan önlemler alma olarak değerlendirilebilecek ticari uygulama ve davranışların haksız rekabet teşkil etmesi için bir başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işlerinin etki alanına girmesi gerekmektedir. Bu yönüyle TTK'ya göre karıştırılma, başkalarının iş ürünleri bakımından da söz konusu olabilmektedir.

Karıştırılmaya yol açabilecek unsurlardan birisi mallardır. Mallar ile ticari hayatta bir gereksinime cevap veren şeyler kast edilmektedir. Oysa iş ürünü tabii çok daha geniş bir alanı ifade ederek ekonomik değeri olan her türlü çıktıyı kapsamaktadır.⁴⁹² Bu anlamda iş ürünleri, aynı zamanda birer tanıtım vasıtası⁴⁹³ olan marka, işletme adı, ticaret unvanı ile patent, tasarım, internet alan adı vb. kapsamaktadır.⁴⁹⁴ Kanunda ifade edilen iş ürünleri ile kast edilen esasen icrai faaliyetler sonucu elde edilen her türlü ürün olarak değerlendirilebilir.⁴⁹⁵ Ticari faaliyeti ise, bir tacirin ticari şahsiyetini oluşturan ve ticaret yapmaya yönelik her türlü hareketi olarak ifade etmek mümkündür.⁴⁹⁶

Madde metnindeki bu sayıç tahdidi nitelikte değildir.⁴⁹⁷ Aynı şekilde üretilen mallar ve işler yönünden kullanılan ambalajlar, paketleme usulü, oluşturulan görüntü vb. tüm unsurları ile korunmayı içermektedir. Hatta ürünlerin tatları dahi bu incelemelerde etkilidir.⁴⁹⁸ Nitekim Yargıtay da bu kabuldedir.⁴⁹⁹

⁴⁹² Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 242.

⁴⁹³ Tanıtım vasıtası olan herhangi bir işaret, marka veya işletme adı üretilen ürünler ile üreten arasındaki bağlantının kurulmasını sağlamaktadır. Ömer Camcı, *Haksız Rekabet Davaları I*, (İstanbul: 2001): 58. Bu yönüyle de bu hüküm tanıtım vasıtalarını da kapsamaktadır.

⁴⁹⁴ Güneş, *Uygulamada Fikri Ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 403-404; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 40.

⁴⁹⁵ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 109.

⁴⁹⁶ Aslan Ülgen, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 242.

⁴⁹⁷ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 109; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 186.

⁴⁹⁸ Nitekim *Pekdiñçer*'in kitabında hem bilirkişi raporu hem de Yargıtay kararı olarak değindiği Yargıtay 11. H.D. 2010/6909 E., 2011/16935 K. sayılı kararda pastaların hem aynı isim hem de aynı şekil ve tatta olmalarının iltibas yarattığı tespit edilmiştir. Remzi Tamer Pekdiñçer, *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar II* (Ankara: Seçkin Yay., Ocak 2019), 89-109.

⁴⁹⁹ Yargıtay 11. H.D. 2022/3701 E., 2023/ 7659 K. sayılı ve 25.12.2023 tarihli kararında "BİZİM" ibareli markaya karşı piyasada "B Z M BAKKAL" olarak yalnızca bir işletmesi olan

2.3.2.2. Karıştırılmaya Yol Açan Önlemler Almak

Buradaki hükümde tercih edilen “önlem almak” ifadesine de bakmak gerekmektedir. Önlemler almak, işbu TTK maddesinin karşılığı olarak alındığı UWG. Art.3/d düzenlemesinin Türkçe tercümesinden gelmektedir.⁵⁰⁰ TDK’daki karşılığı ile önlem almak deyimini, “*kötü ve yanlış bir durumun ortaya çıkmasına engel olmak amacıyla hazırlık yapmak ve bu amacı gerçekleştirmek için birtakım çarelere başvurmak; tedbir almak*”⁵⁰¹ olarak tanımlanmaktadır. Karıştırılmaya yol açan önlemler almak ifadesi, doktrinde kimi yazarlar tarafından eleştirilmekte⁵⁰², kimi yazarlar tarafından ise yerinde görülmektedir. Kanun koyucu burada eylemde bulunmak vb. bir ifade yerine önlem almayı tercih ederek eylemsel sınırlamalardan kaçınmış ve birçok şekilde karıştırılmaya yol açabilme durumunu hükmün kapsamına dâhil etmiştir.⁵⁰³ Hatta burada kullanılan önlem almak ifadesi, aynı zamanda gerekli

kişinin tabelasında ve market poşetlerinde bu ibareyi kullanıyor olmasını iltibasa neden olacak bir kullanım olarak kabul etmiş; bu durumun tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğine hükmetmiştir. Nitekim kararda bu husus: “...*davanın kısmen kabulüne, davalının davacıya ait "BİZİM" esas unsurlu tescilli markalarının esas unsurunu oluşturan "BİZİM" ibaresini işyeri tabelası, naylon poşet ve ürün fiyat broşürlerinde kullanmak sureti ile marka hakkına tecavüz ettiğinin ve haksız rekabette bulunduğu tespitine, davalının marka tecavüzü ve haksız rekabet teşkil eden fiillerinin önlenmesine, durdurulmasına, sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, davalı tarafca davacıya ait markaların esas unsuru olan "BİZİM" ibaresinin naylon poşetler ile ürün fiyat broşürlerindeki kullanımının önlenerek, naylon poşet ve broşürlere el konularak tecavüzün ve haksız rekabetin ref'ine, hüküm özetinin ilanına, davalının işyeri tabelasındaki kullanımını kaldırdığı anlaşılmakla, tabelaya yönelik ref'i talebi konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına, davalının ticaret unvanında "BİZİM" ibaresini kullanmadığı anlaşıldığından, bu kısma yönelik davanın ve davacı tarafın sair taleplerinin reddine karar verilmiştir. Açıklanan sebeplerle; Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 6100 Sayılı Kanun'un 370. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMASINA, Aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, Dosyanın İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 25.12.2023 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”, erişim 26 Mart 2023 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-20223701.htm&kw=title:2022/3701`+&cr=yargitay#fm>.*

⁵⁰⁰ Dinç, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, 63.

⁵⁰¹ “TDK Güncel Türkçe Sözlük”, <https://sozluk.gov.tr/> .

⁵⁰² “önlem almak” ifadesinin tercih edilmesinin hatalı olduğu görüşleri için bkz: Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 109; Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 71.

⁵⁰³ Alptekin Küçükkince, “Özel Hukuk Davalarına Etkisi Bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda

önlemleri almamak nedeniyle ortaya çıkan haksız rekabet durumlarını dahi içermektedir.⁵⁰⁴

Lafzi olarak bu hüküm gereğince haksız rekabetin meydana gelmesi açısından karıştırılmanın meydana gelmiş olması şart olarak aranmamaktadır. Karıştırılmaya yol açabilecek her türlü önlem, alıcıların zihninde karıştırılma tehlikesi yaratması ile de yeterlidir.⁵⁰⁵ Aynı şekilde, önlemler almak suretiyle bu hüküm gereğince karıştırılmaya yol açılmış olunabilmesi için doğrudan bir mal veya ürünün piyasaya sunulması gibi bir durum aranmamakta, bunun çok öncesinde farklı durumlar nedeniyle de karıştırılma doğabilmektedir.⁵⁰⁶

2.3.2.3. Karıştırılmanın Varlığı

Kanun maddesinde açıkça belirtildiği haliyle, başkasının iş ürünleri, malları veya faaliyetlerine karşı alınan önlemlerin karıştırılmaya yol açar şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu anlamıyla başkasının malları, işleri, iş ürünleri veya faaliyetlerine yönelik alınan her önlem değil, karıştırılmaya sebep olabilecek olanlar haksız rekabet hükümleri gereğince karıştırılma ihtimalini meydana getirecektir.

Düzenlenen Haksız Rekabet Suçları” (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2022), 184.

⁵⁰⁴ Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku*, 104.

⁵⁰⁵ Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 171.

⁵⁰⁶ Yargıtay 11. H. D. 2020/1506 E., 2021/1247 K. sayılı ve 15.02.2021 tarihli kararında iki yazılım birbirinden farklı olmasına rağmen sunulmuş şekli itibariyle benzerlik gösterdiğinden “...Bilirkişi raporundaki tespitler göz önüne alındığında, davalıya ait E... adlı program ile davacıya ait İ... isimli programın aynı çalışma mantığında üretildiği, fikir ve sanat eseri olan yazılımın bizzat kendisinin benzer olmadığı ancak eserin sergilenme biçimi itibariyle programların benzer olduğu, bu hali ile davalının eylemlerinin 6102 Sayılı TTK'nın 55/1-a-4 maddesinde yerini bulan başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak şeklindeki haksız rekabet halini oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, bu yönler itibariyle haksız rekabet oluştuğu kabul edilerek neticesine göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi isabetli olmamış olup, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...” denilmek suretiyle farklı ürünler söz konusu olsa da haksız rekabetin alınan önlemler yani tercih edilen eylemler nedeniyle benzer duruma gelmesiyle de haksız rekabet söz konusu olabilmektedir. Erişim 07 Haziran 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2020-1506.htm&kw=`kar%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1lmaya+yol+a%C3%A7an+%C3.%B6nlemler+almak`&cr=yargitay#fm>.

TTK gereğince karıştırılma ihtimali, karıştırılmaya müsait bir benzerliği ihtiva eder.⁵⁰⁷ Karıştırılma kavramı yanıltmayı, kandırmayı ve yanlış algılatırmayı da kapsamaktadır.

TTK anlamında karıştırılmanın tespiti uzman bilirkişilerce tespit edilmeye muhtaçtır.⁵⁰⁸ Benzerlik incelemesi somut olayın özelliklerine göre ve objektif bir şekilde yapılmalıdır. Bu hususta kullanılan ölçüt ise karıştırılmaya muhatap olan tüketici kitlesinin satın alırken haksız rekabete konu mal, hizmet veya ürün ve faaliyetleri karıştırıp karıştırmadığıdır.⁵⁰⁹ TTK'ya göre karıştırılmanın mevcut olması için de tıpkı SMK'da olduğu gibi ilgili mal ve hizmetler yönünden ortalama tüketicinin dikkat düzeyi önem taşımaktadır. Yine SMK'da olduğu gibi karıştırılmanın söz konusu olup olmadığında tüketicinin satın alma ve inceleme için ayırdığı zaman, bilgi ve dikkat düzeyi gibi hususlar etkilidir.⁵¹⁰

TTK ile öngörülen hükümde karıştırılma, dış görünüş ve duyuruş yönünden söz konusu edilmektedir. Bu husus hükmün gerekçesinde de “*Hüküm, karıştırılmayı dış görünüş (tanıtım, takdim-görsellik) ve duyuruş (ses yönünden benzerlik) bağlamında düzenler.*”⁵¹¹ Şeklinde açıkça belirtilmiştir.⁵¹² Buradaki

⁵⁰⁷Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 186-187.

⁵⁰⁸ Karayalçın, *Ticari İşletme Hukukuna Giriş*, 462.

⁵⁰⁹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 188.

⁵¹⁰ Yargıtay H.G.K. 2023/83 E., 2023/7 K. sayılı ve 01.02.2023 tarihli kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “...*Hemen belirtilmesi gerekir ki; iltibas şeklinde gerçekleşen haksız rekabet hâllerinde iltibas ihtimalinin bulunup bulunmadığı tespit edilirken uzman bilirkişilere başvurulması gerekir. Ancak iltibas konusunda değerlendirme yapılırken ilgili mal ve hizmetlerin ortalama tüketicilerinin malı veya hizmeti satın alma sürecinde ayırdığı zaman, bilgi ve dikkat seviyesi, ürün ve hizmetlerin fiyatı gibi hususlar dikkate alınmalıdır (Ülgen, Hüseyin/Helvaci, .../Kendigelen, Abuzer/Kaya, Aslan/Nomer E., Füsün: Ticari İşletme Hukuku, ... 2015, s. 543). Bu değerlendirme sonucunda iltibas ihtimalinin ortaya çıktığı sonucuna varılması haksız rekabet için yeterli olup, iltibasın fiilen oluşması gerekli değildir. Nitekim aynı hususlar Hukuk Genel Kurulunun 18.03.2021 tarihli ve 2017/11-156 Esas, 2021/295 Karar sayılı kararında da vurgulanmıştır...*”. erişim 02 Mayıs 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2023-83.htm&kw=`sat%C4%B1%C5%9Fa+arz`+`elinde+bulundurmak`+`kar%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1lma`&cr=yargıtay#fm> .

⁵¹¹ TTK md. 55 Gerekçesi.

⁵¹² Yargıtay H.G.K. E. 2021/ 944, K. 2023/62 sayılı ve 08.02.2023 tarihli daha önce de değindiğimiz kararda bu husus “...*Türk Ticaret Kanunu'nun 54/ (1)-a-4 maddesinin gerekçesinde karıştırılmanın dış görünüş (tanıtım, takdim-görsellik) ve duyuruş (ses yönünden benzerlik) bağlamında düzenlendiği, iç benzerlikten doğan karıştırılmanın (dışarıdan görünmeyen işleyiş sistemlerindeki benzerlik gibi) hükmün kapsamı dışında olduğu, iç*

dış benzerlik takdim, şekil ve tasarım koruması olarak ifade edilebilir. İç benzerlik TTK anlamında karıştırılma ihtimaline dâhil edilmemektedir. Bu anlamda karıştırılma hedefteki tüketicilerin beş duyusuna ve algısına hitap edecek şekilde söz, anlam, şekil, görünüş, ses, renk, tasarım gibi hususlarda gerçekleşmelidir.⁵¹³

Doktrinde karıştırılma doğuran benzerliğin bulunması için tarafların malları, iş ürünleri, faaliyetleri vb. karıştırmaya konu olan mal veya hizmetler yönünden de benzer olmanın gerektiği genel kabul görmektedir. Nitekim karıştırılma ihtimali ile karşı karşıya kalacak kişiler yani ortalama tüketici kitlesi işletmelerin ilgili olduğu ve kullanıldığı sektör içindeki kesimdir. İlgili sektör dışındaki kişilerin tanınırlık bulunmadığı müddetçe karıştırılma ihtimali ile karşı karşıya kalması da söz konusu olmayacaktır.⁵¹⁴

Son olarak, TTK yönünden karıştırılmanın haksız rekabet teşkil etmesi için karıştırılmanın somut olarak gerçekleşmiş olması aranmaz. Karıştırılma ihtimalinin doğmuş olması karıştırılmanın haksız rekabet sayılması için gerekli ve yeterlidir.⁵¹⁵

2.3.3. Karıştırılma İhtimaliyle yakın ilişkili olarak TTK md. 55/1,a- 5 Hükümü

benzerliğin karıştırılma kavramı ile tanımlanamayacağı, dış görünüm korumasının, takdim, şekil, tasarım ve donanım korumasını olduğu ifade edilmiştir. Başka bir anlatımla TTK'nın 55/(1)-a-4 maddesi kapsamındaki koruma bir tacirin iş mahsulleri yahut faaliyetlerinin nihai tüketiciye sunumu sırasında sahip olduğu dış görünüm, sunum tarzı yahut donanımının işleyişinin nihai müşteri nezdindeki görünümü olup nihai müşteriye/tüketiciye sunulan ürün yahut faaliyetlerin görünümü taklit edilmek suretiyle gerçekleşen fi iller haksız rekabet teşkil etmekle TTK'nın 55/ (1)-a-4 hükmü ile haksız rekabet hükümleri çerçevesinde yaptırımlara tabi olur. Bu çerçevede sunulan iş mahsulünün nihai müşteriye sunumu sırasında algılanmayan işletim sistemine dair teknik özelliklerin taklit edilmesi, TTK'nın 55/ (1)-a-4 maddesi kapsamında haksız rekabet teşkil eden bir fi il olarak nitelendirilemez. TTK'nın 55/ (1)-a-4 maddesi gereğince yapılacak olan karşılaştırmada ürünün yahut faaliyetin benzerlik oluşturan yönlerinin yanı sıra rengi, boyutu, ambalajı, kompozisyonu, işleyişi, sunum tarzı gibi tüm özelliklerini dikkate alınarak ürünler arasında karıştırılmaya neden olabilecek benzerliğin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir...” açıklamalarıyla yer almaktadır.

⁵¹³ Karayalçın, *Ticari İşletme Hukukuna Giriş*, 461.

⁵¹⁴ Aslan Ülgen, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 243-245.

⁵¹⁵ Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 171.

TTK md. 55/1,a-5⁵¹⁶ hükmünde düzenlenen haksız rekabet haline baktığımızda bu duruma kısaca “karşılaştırma” diyebiliriz. Bu konu da özellikle çalışmamız özelinde karşılaştırma suretiyle karıştırılma yaratılabilmesi yönünden önem taşımaktadır. Ticari hayatta mal ve hizmetlerin karşılaştırılması yöntemi çok sık karşılaştığımız özellikle reklam çalışması olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada ilk bakışta bir işletmenin kendisini başka bir işletme ile veya ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini karşılaştırması kabul edilemez gelse de bu durum özellikle objektif bir değerlendirme ortamı yaratması bakımından tüketiciyi koruyan bir yöntemdir ve belli şartlara sebep olmadığı sürece salt karşılaştırma hukuken yasaklanabilir değildir.⁵¹⁷ Karşılaştırma yapmanın hangi halde haksız rekabet sayılabileceği aslında hükümde de belirtilmektedir. Karşılaştırma gerçeğe aykırı ya da yanıltıcı olmamalı, rakibini gereksiz yere kötülememeli, gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde olmamalıdır. Karşılaştırma mülga TTK’da özel olarak düzenlenmemişken 6102 sayılı TTK’da bu düzenleme ile görüldüğü üzere özel hüküm getirilmiştir. Karşılaştırma önemli unsurlar arasında, objektif ve doğru verilere dayanan şekilde olmalı, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmiyor olmalıdır.

TTK md. 55/1,a-5 özellikle karşılaştırmanın karıştırılma ihtimaline sebebiyet verecek şekilde gerçekleştirilmemesi de düzenleme dâhilindedir.⁵¹⁸ Bu durum itibar aktarımı olabileceği gibi mal ve hizmetlerin taklidi suretiyle de söz konusu olabilir.⁵¹⁹

⁵¹⁶ TTK md. 55/1,a): “5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,”

⁵¹⁷ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 210.

⁵¹⁸ Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”, 132.

⁵¹⁹ Yargıtay 11. H.D 2015/12152 E., 2016/9489 K. sayılı 12.12.2016 tarihli kararda “her iki markada da “...” sözcüğünün bulunması markalar arasında karıştırılma ihtimalini de oluşturacağı, davacının “... ..” markasını olarak belirleyen davalının basiretli bir tacir gibi bu markaların karışabileceğini tahmin ederek böyle bir reklam vermekten kaçınması gerektiği, bir kimsenin bir başkasına ait imaj, itibar ya da şöhretten haksız olarak yararlanmak istemesinin haksız rekabetin tipik bir görünümü oluşturduğu, 556 Sayılı KHK’nın 9/II.e. maddesinin varlığı

2.4. Karıştırılma bakımından 6102 sayılı TTK md. 55/1,a-4 ve mülga 6762 sayılı TTK md. 57/5 hükümlerinin kıyaslanması

Kanunlar çeşitli ihtiyaçlar doğrultusunda zaman içerisinde yenilenmesi gereken ve güncel hayata uygun güncellemelere ihtiyaç duyan bir yapıdadır. Bu güncelleme gerçekleşirken de olabildiğince dönemin ihtiyaçlarına ve zamanla fark edilen eksik ve fazlalıklara göre tercihlerde bulunulur. Bu nedenle önceki kanun ile sonraki tarihli kanun düzenlemesi arasındaki farklılıklar çoğu zaman kanun koyucunun amacını ve kanunun uygulama alanı ile yöntemini de anlamamıza yardımcı olur. Özellikle yoruma muhtaç durumlarla karşılaştığımızda amaca uygun yorum metodu da sıkça başvurulan bir yöntem olarak yol gösterici olmaktadır. Bu nedenle haksız rekabete ilişkin düzenlemeler yönünden başka kanunlarla uygulanma durumu değerlendirilirken bu hükümlerin düzenleniş şekli ve amacı da önem arz ettiğinden bu kısımda yeni kanun ile çalışmamız özelinde getirilen yenilikler ve terk edilen düzenlemelere kısaca değinilecektir.

6762 sayılı TTK, haksız rekabete ilişkin hükümleri 56. Ve 65. Maddeler arasında yer almaktaydı. Esasen 6762 sayılı kanun 1943 İsviçre Federal Haksız Rekabet Kanunu'na göre hazırlanmış; 6102 sayılı kanun ise 1986 tarihli İsviçre Federal Haksız Rekabet Kanunu'na göre hazırlanmıştır.⁵²⁰ Mülga kanunda da

ve markanın veya benzeri bir işaretin başkası tarafından kullanılması halinde marka sahibinin önleme yetkisinin doğduğu, olaydaki reklam şeklinin, karşılaştırmalı reklamın dürüst rekabet ilkeleri çerçevesinde yapılması gerektiği ilkesine de aykırı olduğu, rakip şirketin markasının, ticaret unvanının ya da sloganlarının anahtar kelime olarak kullanıldığı hallerde dürüst bir kullanımdan söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüyle davalının davacıya ait 2009/40753 numaralı "... .." ve 2009/40752 numaralı "... .." markalarına tecavüzünün ve haksız rekabetinin önlenmesine, www.google.com ve ... adreslerinde hizmet veren arama motorlarında davalının markalarının davalı tarafından anahtar kelime olarak kullanımının ve arama motorlarında davalının internet sitelerine yönlendirme ve sponsor bağlantı verilmesinin önlenmesine karar verilmiştir." Demekle bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Görüleceği üzere yapılan karşılaştırmalı reklamların karıştırılma doğurup doğurmadıkları da ayrı bir haksız rekabet hali olarak değerlendirilmektedir. Erişim 27 Haziran 2023, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2015-12152.htm&kw=%kar%C5%9F%C4%B1a%C5%9F%C4%B1rma%C4%B1+reklam+%kar%C4%B1%C5%9F%C4%B1r%C4%B1ma`+&cr=yargitay#fm>

⁵²⁰ Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 50.

yeni kanunumuzda olduğu gibi önce genel bir haksız rekabetin tanımına yer verilmiş olup devamında belli başlı haksız rekabet halleri düzenlenmiş ve nihayetinde başvurulacak hukuki ve cezai yollar ortaya konulmuştur. Kanun sistematığı olarak aynı şekilde ilerlenmiştir. Kanunumuzun 54. Maddesi ile eşdeğer olan Mülga TTK'daki 56. Madde farklıdır.⁵²¹ Eski kanun haksız rekabetin tanımı başlığı ile haksız rekabetin tanımını yapmışken TTK md. 54 ilk fıkrası yeni bir hüküm olup ikinci fıkradaki haksız rekabet tanımı da eski kanundan farklıdır. Özellikle madde başlığı da “amaç ve ilke” olarak ortaya konularak aslında haksız rekabete uygun bir şekilde tanımlama yapılmaktan kaçınılmış olduğu görülmektedir.

TTK md. 55'te haksız rekabet hallerine ilişkin örneklem olarak sayılan haller eski TTK md. 57'ye paralel şekilde sınırlı sayıda olmayacak şekilde sayılmıştır. Eski kanunda 10 bent halinde sayılan haller yeni kanunda 6 bent genel durum altında 21 alt bent olacak şekilde genişletilerek sayılmıştır. Çalışmamız özelinde TTK md. 55/1,a-4 bendinin eski kanundaki karşılığı arasındaki farklara detaylı bakmakla yetinilecektir.

TTK md. 55/1,a-4 düzenlemesi eski adıyla iltibas yeni adıyla karıştırılmayı düzenlerken mülga 6762 sayılı TTK'daki karşılık maddesi olan md. 57/5'e kıyasla oldukça küçülmüş bir hükümdür.⁵²² Zira yeni hüküm, mülga hükmün başlangıcını olduğu gibi almış olmakla yetinmiş; devamındaki karıştırılma (iltibas) yaratan durumlara yeni TTK'da yer verilmemiştir. Bu duruma yönelik tercih edilen farklılık hükmün gerekçesinde özdeş bir düzenleme ve lafzı bir farklılık olarak ifade edilmiştir. Hatta gerçekleştirilen değişikliğin doktrin ve yargı kararları sonucu elde edilen birikimi uygulanamaz hale getirmediğini ve

⁵²¹ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 56: “*Tarifi:*

Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiüstimalidir.”

⁵²² 6762 sayılı TTK md. “...hususiyile başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmiyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak;” bölümü yeni kanunda yer almayan kısımdır.

karıştırılma (iltibas) kavramının hukuklarüstü anlam ve işlevinin olduğunu ve bunu halen bu hükümle sürdürmeye devam ettiğini belirtmiştir.⁵²³ Bu durum, bizim de katıldığımız görüş olarak *Nomer Ertan* tarafından eksik ve daraltıcı bir düzenleme olması yönüyle eleştirilmektedir.⁵²⁴ Nitekim *Kayar* bu hususta marka, coğrafi işaret, tasarım gibi işaretlere yönelik SMK hükümlerinin varlığını TTK haksız rekabetteki karıştırılma yönünden uygulama alanını daralttığını ifade etmektedir.⁵²⁵

TTK md. 55/1-a,4 hükmünde, özellikle markalar yönünden karıştırılma durumunu da yakından ilgilendiren “ad, unvan, marka, işaret” gibi vasıtaların kullanılmasının karıştırılmaya yol açacak şekilde haksız rekabet oluşturduğu düzenlemesi yer almamaktadır.⁵²⁶ Bu durum kanun koyucu tarafından kasıtlı olarak bu işaretlere yönelik kendi özel düzenlemeleri ile zaten ayrıntılı düzenlendiği belirtilerek bu hükümde tekrar edilmelerinin hem gereksiz olduğu hem de yorum güçlüğü yarattığı açıklaması yapılmıştır. Hatta devamında bu hükümde bahsi geçen işaret türlerinin ismen anılmamasının fikri mülkiyet hükümleriyle beraber haksız rekabetin uygulanması anlamına gelen kümülatif uygulamaya da engel teşkil etmeyeceğini ayrıca belirtmiştir.⁵²⁷ Yani kanun koyucu, esasen marka, coğrafi işaret, tasarım gibi haklara ilişkin fikri mülkiyet düzenlemesini daha detaylı ve yeterli görmekte ama haksız rekabet halleri arasında bu hakların özel olarak anılmıyor olmasını da haksız rekabet hükmünün bu haklara yönelik karıştırılmaya yol açması durumunda uygulanmaması olarak görülemeyeceğini irade etmiştir.⁵²⁸

⁵²³ *Nomer Ertan*, bu açıklamaların yanlış anlaşılma sebebiyet verecek şekilde olduğunu ifade etmekte ve hükümden çıkarılan kısımların eksik düzenlemeye sebep olduğunu söylemektedir. *Nomer Ertan, Haksız Rekabet Hukuku*, 206-209.

⁵²⁴ *Nomer Ertan, Haksız Rekabet Hukuku*, 208-209.

⁵²⁵ *Kayar, 6102 sayılı Kanuna Göre Ticaret Hukuku*, 208.

⁵²⁶ Bu ifadenin yer almamasının isabetli bir tercih olduğu yönünde: Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 71.

⁵²⁷ TTK md. 55 Gereğesi (4) numaralı alt bent.

⁵²⁸ Burada özellikle SMK gibi özel nitelikli korumalar ile haksız rekabet hükümlerinin korudukları menfaatlerin farklı olduğu ve bu nedenle bu işaretlerin özel olarak zikredilmemesinin TTK md. 55/1,a-4'ün uygulanmasına engel teşkil etmemesi gerektiği yönünde bkz: Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 390.

TTK md. 5571,a-4'te yer almayan önemli değişikliklerden biri de mülga TTK md. 57/5'te yer alan ve iltibasa yani yeni haliyle karıştırılmaya meydan veren malları bilerek ya da bilmeyerek satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaç dışında elinde bulundurmak durumu da oldukça önemlidir. Kaldı ki kanun gerekçesinde de bu düzenlemeye yer verilmeme durumuna ilişkin bir açıklama söz konusu değildir. Ancak hükümde düzenlenmiş haliyle bu durumda TTK anlamında karıştırılmaya yol açmak nedeniyle haksız rekabete sebebiyet verecek olan doğrudan bu önlemi alan kişidir. Bu anlamda malları satmak veya ticari amaçla elinde bulundurmak durumu bu hükme dahil edilmediğinden bu hüküm gereğince haksız rekabet korumasının bu kişilere yöneltilmesi mümkün değildir ve yeni hüküm bu açıdan büyük bir eksiklik içermektedir.⁵²⁹ Ancak bu durumda "önlem almak" deyiminin oldukça geniş bir anlam ifade etmesi tercih edilerek oldukça geniş bir eylem alanı sağlanmış olması ve TTK md. 54'ün varlığı ve TTK md. 55'in tahdidi olmadığı da düşünülüğünde üçüncü kişilerin karıştırılma ihtimali doğuran mal veya ürünleri şahsi kullanım dışında elinde bulundurmaları da haksız rekabet korumasına dahil edilebilir nitelikte görülebilir. Nitekim Yargı kararlarında da bu yönde karar örnekleri mevcuttur.⁵³⁰

⁵²⁹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 208-209.

⁵³⁰ Ankara BAM, 20. H.D., 2023/100 E., 2023/95 K. sayılı ve 26.1.2023 tarihli kararında emsal Yargıtay kararına da değinerek davacının bilgilerini içeren zeytinyağını satan kişi konumundaki kişinin eylemlerini de belirtilen gerekçeler nedeniyle haksız rekabet hükümleri kapsamında değerlendirmiş ve bozma kararı vermiştir. Hüküm gerekçesi şu şekildedir: "...TTK.'nın 55/1-a-4. maddesinde, "Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak" fiili haksız rekabet olarak sayılmıştır. Anılan hüküm, ETTK.'nın 57/5. maddesinin karşılığıdır. ETTK.'nın 57/5. maddesinde yer alan "iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak" düzenlemesine, 6102 sayılı TTK.'nın 55/1-a-4. maddesinde yer verilmemesinin nedeni, 55/1-a-4. maddesinin hükümet gerekçesinde, "(4) numaralı alt bendin ilkeleri ve amacı, 6762 sayılı Kanununun 57 nci maddesinin (5) numaralı bendi ile özdeş olmasına rağmen lafızda farklıdır. Ancak, bu değişiklik 6762 sayılı Kanundaki hükmün öğretisi ve mahkeme kararlarındaki birikiminin feda edilmesi, uygulanamaz kabul edilmesi anlamını taşımamaktadır. Çünkü, karıştırılma (iltibas) kavramı, pozitif hukuklarüstü anlamı ve işlevi ile varlığını sürdürmektedir." denildikten sonra, 6762 sayılı Kanun hükmünde geçen, "başkasının ad, unvan, marka, işaret gibi tanıma vasıtaları ile iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıma vasıtaları" cümle parçasına yeni düzenlemede neden yer verilmediğinin açıklandığı kısımda "...Anılan cümle parçalarının burada yer almaları, haksız

Son olarak, TTK md. 55/1,a-5 haksız rekabet hali olarak düzenlenen karşılaştırma, mülga TTK md. 57'de sayılmamış ve yeni yapılan eklemelerden birisidir.⁵³¹ Bu nedenle başkasının itibarından yararlanacak şekilde karşılaştırma yapmak ve karşılaştırma suretiyle karıştırılmaya sebebiyet verme durumları da bu kapsamda yeni bir özel hal olarak nitelendirilebilir.

2.5. TTK hükümlerinin Sağladığı Haksız Rekabet Koruması

Haksız rekabetin sonucu olarak kişilerin hukuki ve cezai sorumlulukları doğmakta ve kanunun sağladığı hukuki koruma, başvurulabilecek hukuki ve cezai yollar olarak iki alan bakımından söz konusu olmaktadır. TTK da bu durumu hukuki sorumluluk ve cezai sorumluluk başlıkları altında 56. Ve 63. Maddeler arasında düzenlemektedir.

Öncelikle sağlanan hukuki korumanın kapsamı olarak; haksız rekabetin tespitine, önlenmesine ya da men edilmesine, eski hale iade ve şartların oluşması halinde maddi manevi tazminat ödenmesine ilişkin davalar açılması ve ihtiyati tedbir kararı ile karar ilanları talepleri belirtilebilir.

rekabete ilişkin hükümlerin fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerde kümülatif uygulanması yönünden de gerekli görülemez." ibareleri ile belirtilmiştir. Dolayısıyla haksız rekabet ile üretilmiş ürünleri satanlar hakkındaki sorumluluğun belirlenmesinde, Yargıtay 11. HD.'nin, 6102 sayılı TTK.'nin 18/2. (ETTK.'nin 20.m.) maddesinde yazılı basiretli tacir kavramından yararlanan kararlarını, somut olaya uygulamak halen mümkündür. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir (Yargıtay 11. HD.'nin 17/06/2019 tarih ve 2018/3387 E.-2019/4529 K.).

Kaldı ki TTK.'nin 55. maddesinde "Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar" başlığı altında, haksız rekabet hallerinin başlıcalarının, örnek mahiyetinde sayıldığı, bu maddede sayılmamış olan ve fakat 54/2. maddesinde verilen tanım çerçevesinde haksız rekabet olarak nitelendirilebilecek davranış ve uygulamaların da, haksız rekabet sayılabileceğinde bir tereddüt yoktur. Gerçekten de anılan hüküm uyarınca, "Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.". Bu durum karşısında bir an için davalının fiilinin TTK 55/1-a.4. maddesi uyarınca bir haksız rekabet hali oluşturmadığı kabul edilse bile, TTK 54/2. maddesinde verilen tanım çerçevesinde, haksız rekabet halini oluşturduğunun kabulü gerekir..."", erişim 02 Mayıs 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam20-hd-e-2023-100-k-2023-95-t-26-1-2023>.

⁵³¹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 210-211.

Haksız rekabetin tespiti davasında bir edim talep edilmez, meydana gelen durumun haksız rekabet sayılıp sayılmayacağına dair bir hukuki belirleme yapılır ve burada alınan karar ileride açılacak diğer davalarda kesin delil oluşturur.⁵³² TTK md. 56'da öngörülen fiilin haksız rekabet olup olmadığının tespiti davası 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda md. 106 ve 107'de düzenlenen tespit davasından bağımsızdır ve burada aranan şartlar haksız rekabette aranmadan açılabilir. Bu nedenle burada eda davası açılabilmesi halinde tespit davasının açılmayacağına dair genel prensip de işletilmez ve istenirse eda davasının şartları olsa bile tespit davası tek başına açılabilir.⁵³³ Tespit davasının HMK md. 400 vd. düzenlenen delil tespiti davası ile de karıştırılmamalıdır. Delil tespiti delillerin toplanması için başvuru bir tedbir yolu iken haksız rekabetin tespiti davası dediğimiz gibi kesin hüküm niteliğindedir.⁵³⁴

Men etme (sona erdirme) davaları, bir eda davası olup TTK anlamında açılacak davalar yönünden bu konuda bir kavram birliği bulunmamaktadır. Zira TTK md. 56/1,b'de ifade edilen men davası iken, devamındaki TTK md. 58'de haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesi veya önlenmesine dair taleplerden ve TTK md. 61'de haksız rekabetin önlenmesine ilişkin talepten söz edilmektedir. Esasen bu dava ile haksız rekabet yaratan fiilin devam etmesi durumunda durdurulması ve tekrar edilmesine engel olunması sağlanmaktadır.⁵³⁵ Haksız rekabetin men'i davasının açılması için davayı açacak tarafın zarara uğrama tehlikesinin varlığı yeterlidir ve tespit davası da açması yönünden her iki dava da başvurulabilecek bir tercihtir.⁵³⁶

⁵³² Kayar, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, 218; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 403.

⁵³³ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 399-400.

⁵³⁴ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 249.

⁵³⁵ Karayalçın, *Ticari İşletme Hukukuna Giriş*, 469.

⁵³⁶ Bu durumda men davası açılmasının daha avantajlı olduğuna ilişkin bkz: Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 252.

TTK md. 56'da öngörülen davalardan bir diğeri 1. Fıkranın c bendinde⁵³⁷ birden çok imkân tanınan, doktrinde ref veya eski hale iade davası ya da bir diğere söylemle düzeltme davasıdır.⁵³⁸ Bu dava ile birlikte haksız rekabetin ortadan kaldırılması ve haksız rekabette önceki duruma dönülmesi sağlanmaktadır.⁵³⁹ Bu dava ile eski hale getirmede geri getirilen durum haksız rekabet somut durumunun ortadan kaldırılması olup bundan doğan maddi zararın tazmini bu davanın kapsamında değildir.⁵⁴⁰ Çalışmamız konusu yönünden karıştırılmaya sebep olan marka veya işaretlerin kullanılması suretiyle gerçekleşen haksız rekabet durumlarında ambalaj ve ürünlerin toplatılarak imhası veya markanın mallar üzerinden kaldırılması bu dava ile istenebilmektedir.⁵⁴¹ Eski hale iade davası uygulamada genellikle men davasının tamamlayıcısı şeklinde birlikte açılmakta ve haksız rekabetin ortadan kaldırılmasına ek olarak tekrar edilmemesi de talep edilmektedir.⁵⁴²

Haksız rekabetin özünde özel bir haksız fiil hali olması nedeniyle zarar tazmini elbette kaçınılmaz bir hukuki koruma olarak haksız rekabet hükümlerinde de tanınmış bir diğere önemli korumadır. Özel olarak TTK md. 56'nın 1. Fıkrasının d ve e bendinde tanınmıştır. Maddi tazminat d bendinde düzenlenmiş olup hükümde direkt kusur varsa şartı getirilerek bundan önceki davalarda aranmayan kusur şartı zarar tazmininde aranmaktadır. Bu anlamda maddi tazminat davası açısından kusurun varlığı ve zarar şartlarının ispatı gereklidir.⁵⁴³ Burada tespit davasından farklı olarak maddi tazminat davasında

⁵³⁷ TTK md. 56/1,c): “Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını”

⁵³⁸ Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 159.

⁵³⁹ Karayalçın, *Ticari İşletme Hukuku*, 468.

⁵⁴⁰ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 257; Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 162.

⁵⁴¹ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 259; Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 333.

⁵⁴² Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 161.

⁵⁴³ Kayar, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, 219; Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 339.

haksız fiile dayalı tazminat davası için TBK’da aranan şartlar aranmaktadır. Bunun sonucunda haksız rekabet hükümlerine dayalı maddi tazminat davalarında, hukuka aykırı yani TTK md. 55’te sayılan hallerden veya TTK md. 54 kapsamında haksız rekabet teşkil eden bir aykırı fiil olmalıdır; bu fiil karşı tarafın kusuru ile meydana gelmiş olmalıdır; bu fiil dolayısıyla bir zarar doğmuş olmalıdır ve nihayetinde zarar ile fiil arasında illiyet bağı bulunmalıdır.⁵⁴⁴ Haksız rekabet açısından maddi ve manevi tazminat davası açılabilmesi için zararın doğması şarttır.⁵⁴⁵ Bu durum maddi manevi tazminat davaları ile diğer haksız rekabet davalarını ayıran önemli bir ayırımıdır. Zira haksız fiil ile haksız rekabeti birbirinden ayıran en önemli faktör dava için zarar değil zarar tehlikesinin yeterli olmasıdır.⁵⁴⁶ Ancak tazmin talebi yönünden ise durum farklıdır ve haksız rekabet hükümleri özelinde de zararın doğması ve ispat edilmesi şart olarak aranmaktadır. İspat edilmesi gereken zarar sadece fiili olarak doğan zarar olabileceği gibi yoksun kalınan zararı da içerebilir; bu halde her ikisi de haksız rekabet hükümlerine göre talep edilebilir.⁵⁴⁷ Haksız rekabet olmasaydı elde edilebilecek karın tazmini TBK’daki maddi tazminattan farklı olarak tanınmıştır.⁵⁴⁸

Manevi tazminat davası, TTK md. 56’nın 1. Fıkrasının e bendinde belirtildiği üzere TBK md. 58’deki şartların varlığı halinde söz konusu olabilmektedir. Burada esasen haksız rekabet hükümleri özelinde manevi tazminatın söz konusu olabilmesi için ekonomik menfaatlerin zarar görmesi veya zarar görme tehlikesine düşmesi aranmaktadır.⁵⁴⁹ Ancak burada da manevi zararın tazmini için kusur şartının varlığı aranmaktadır. Burada önemli bir husus olarak söylemekte fayda vardır ki; manevi tazminata hükmedilebilmesi için maddi bir zarar aranmaz. Haksız rekabet fiilinin sabit olması

⁵⁴⁴ Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 163.

⁵⁴⁵ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 327.

⁵⁴⁶ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 267.

⁵⁴⁷ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 269; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 420.

⁵⁴⁸ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 417.

⁵⁴⁹ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 286; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 432.

yeterlidir.⁵⁵⁰TTK'ya 2018 yılında eklenen hükümlerle beraber maddi ve manevi tazminat davaları yönünden dava şartı arabuluculuk düzenlemesi getirilmiştir.⁵⁵¹Maddi ve manevi tazminat davası tek başına açılabilir gibi men davası veya eski hale iade davası ile birlikte de açılabilir⁵⁵² ama kusurun ispatı ve arabuluculuk şartlarının sağlanması gerekir.

TTK md. 59 ile sağlanan bir diğer hukuki koruma kararın ilanıdır. Haksız rekabete maruz kalan taraf, ilan şekli ve kapsamı mahkemece belirlenmek üzere, kararın kesinleşmesinden sonra ilan edilmesini talep edebilmektedir. Bu imkân özellikle icrai bir etkisi olmayan tespit davalarının kesin hüküm niteliğiyle tekrar tehlikesini ortadan kaldırmaya hizmet eder nitelikte etkili olabilir.⁵⁵³

Hukuki yollardan kanunda düzenlenen son başvuru yolumuz TTK md. 61'de düzenlenmiş olan ihtiyati tedbirdir. İhtiyati tedbir bir dava türü değildir. İhtiyati tedbir talebi dava açmadan önce dava açılma esas hakkındaki görevli ve yetkili mahkemeden tek başına istenebileceği gibi dava açılması durumunda asıl davada talep edilebilir. Burada ispat açısından diğer dava türlerine nazaran bir esneklik mevcuttur ve ispatlanması gereken iddiaların kuvvetle muhtemel olduğu yönündeki ispat yeterli görülmektedir.⁵⁵⁴

Haksız rekabet hükümlerinin sağladığı diğer koruma cezai sorumluluk başlığı ile TTK md.62 ve 63. Maddelerle getirilen cezai yollardır. Burada TTK ile öngörülen cezai yaptırımlar hapis veya para cezasına hükmedilmesi yönünden seçimlik cezalar ve hak yoksunlukları, müsadere, tekerrür ve tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri olacak şekilde güvenlik tedbirleri uygulanmasıdır.⁵⁵⁵

TTK ile öngörülen suçlar ve buna ilişkin ceza yaptırımlarında hukuki sorumluluk doğuran haksız rekabet halleri yönünden önemli bir ayrım vardır.

⁵⁵⁰ Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 163.

⁵⁵¹ 7155 sayılı Kanun md. 20 ile TTK md. 5/A hükmü gereğince getirilmiştir.

⁵⁵² Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 268.

⁵⁵³ Aksoy, "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti", 213.

⁵⁵⁴ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yay., 2016), 176.

⁵⁵⁵ Bayrak, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*, 575-578.

Hukuki sorumluluk bakımından yukarıda da değindiğimiz üzere TTK md. 55'te sayılan haksız rekabet halleri örnekleme niteliğinde olup sınırlı sayıda değildir ve orada sayılmayan ama TTK md. 54 anlamında haksız rekabet oluşturma şartını sağlayan fiiller bakımından da hukuki sorumluluk doğabilmektedir. Ancak ceza sorumluluğunda bu durum farklıdır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince TTK md. 55'te özellikle belirtilen fiiller haksız rekabet suçunu teşkil eder ve bu sayım sınırlı sayıdadır; arttırılmaz.⁵⁵⁶Nitekim bu husus TTK md. 62/1-a ile de açıkça düzenlenmiştir. Kanunda buradaki fiillerden başka b, c ve d bentleriyle farklı türde ve nitelikte suçların da haksız rekabet suçunu oluşturacağı eklenmiştir. Buna göre bu suçları gerçek dışı ve yanıltıcı beyanda bulunma suçu, ticari sırları ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltme suçu ve haksız rekabet fiilini önlememe veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeme suçu olarak kategorize edilebilir.⁵⁵⁷

Çalışmamızın konusu yönünden TTK md. 55/1,a-4 karıştırılmaya yol açacak önlemler almak TTK md. 62/1-a'da belirtildiği şekliyle suç sayıldığından başvurulabilecek cezai yaptırımların bulunması yönünden önemlidir. Ancak uygulamada ceza yaptırımlarına daha az başvurulmakta daha çok hukuki yaptırımlar yoluyla engelleme ya da zarar tazmini yoluna başvurulmaktadır.⁵⁵⁸Haksız Rekabet bir tüze kişinin faaliyeti sebebiyle gerçekleşmişse bu durumda da tüzel kişi hakkında TTK md. 63/1 gereğince güvenlik tedbiri uygulanması da söz konusu olacaktır.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ TTK md. 62 Gereğesi

⁵⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz: Ozan Can Özbalçık, *TTK md. 62/1-b,c,d Kapsamında Haksız Rekabet Suçları* (Ankara: Seçkin Yay., 2019).

⁵⁵⁸ Çırak Karalı, *Haksız Rekabet Suçları*, 270.

⁵⁵⁹ Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 371.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKALAR YÖNÜNDEN TTK VE SMK'DAKİ KARIŞTIRILMA İHTİMALİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ VE KÜMÜLATİF KORUMA İLKESİ

3.1. Fikri Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku arasındaki İlişki ve Kümülatif Koruma İlkesi

3.1.1. Fikri Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku arasındaki ilişki

Fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukuku arasındaki ilişki bu alanların ayrı alanlar olarak anılmaya başlanmasından beri gündemde olan bir konudur. Bu iki alan ayrıştıkları kadar benzerlikler de içermekte ve zaman zaman kesişim alanı oluşturmaktadır. Öncelikle bu iki alan ticaret hayatına ait düzenlemeler içermeleri ve rekabet ortamında arzu edildiği gibi hareket edilmesini sağlamaya hizmet etmeleri bakımından aynı sistemin önemli birer parçasıdır.⁵⁶⁰

Fikri mülkiyet hakları, kendine özgü düzenlemeye kavuşmadan önce ticari hayatın bir parçası olduğu ölçüde haksız rekabet hükümleri dâhilinde korunmaktaydı. Ancak bu alanın özellikle uluslararası ticaretin de gelişmesi ile özel bir koruma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Fikri mülkiyet haklarının tarihsel gelişimine baktığımızda kişilere çeşitli imtiyazlar tanınarak çok önceleri bu alanın doğmuş olsa da hukuken ayrı bir alan olarak tanınması görece yeni sayılır. Nitekim haksız rekabet de ayrışana dek uzun yıllar haksız fiil çatısı altında korunduğu gibi fikri mülkiyet hakları da aynı kaderi paylaşarak haksız rekabetin

⁵⁶⁰ Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 25.

bir parçası olarak kopup devam etmiştir. Bu konuda bazı yazarlar sınai mülkiyet haklarının özel bir haksız rekabet türü olduğunu dahi öne sürmektedir.⁵⁶¹ Ancak buradaki kader birliği tıpkı haksız rekabetin temelde bir haksız fiil olmaya devam etmesi durumunda olduğu gibi fikri mülkiyet alanına ait ihlallerin çoğunun aynı zamanda haksız rekabet de sayılması şeklinde varlığını devam ettirmektedir.

Haksız rekabet hükümleri ile fikri mülkiyet hakları arasında elbette benzerlikler ve uygulama alanı kesişimleri bulunduğu gibi farklılıklar ve bu farklılıklara bağlı olarak farklı düzenlemeler mevcuttur. Özellikle sınai mülkiyet hukuku özelinde değerlendirdiğimizde; bu alan sahibine tekeli yetkiler sağlamayı amaçlayan ve temelde mülkiyet hakları ile ilgilenmektedir. Yani ancak marka, tasarım, coğrafi işaret, patent veya faydalı model gibi bir hakkın varlığı söz konusu olduğunda sınai mülkiyet devreye girmektedir.⁵⁶² Bu durumda da fikri mülkiyetin esas ilgilendiği bizzat üretime konu edilen ürünün özgünlüğü yani ürünün kendisidir. Ancak haksız rekabet açısından ise; bu hakların ve doğal olarak ürünlerin tek başına bir önemi yoktur.⁵⁶³ Haksız rekabet yönünden önemli olan bu hakların, rekabet ortamını bozan şekilde dürüstlük kuralını ihlal eden davranışlarla kullanılmış olmasıdır. Hal böyle olunca burada çalışmamızın da konusunu oluşturan esas ayırım, sınai mülkiyet haklarının ve özellikle marka hakkının ihlal edilmesi halinde, sınai mülkiyet hakları ile haksız rekabet hükümlerinin nasıl bir ilişki içinde olacağıdır.

Özellikle uluslararası ticaretin gelişmesiyle fikri mülkiyet haklarının sağladığı koruma kapsamına haksız rekabet de eklenmiş ve yer yer bütünsel bir korumanın varlığının kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Paris

⁵⁶¹Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*, (Ankara: Adalet Yay., 2015) 245.

⁵⁶²Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 364 ; Güneş, *Haksız Rekabet Davaları*, 18; Remzi Tamer Pekdiğer, *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri* (Ankara: Adalet Yay., 2020), 123; Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*. 58.

⁵⁶³Cahit Suluk ve Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2008), 803.

Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 10. maddesinde ticari ve sınai konularda dürüst davranışlara aykırı olan rekabet eylemlerinin haksız rekabet oluşturacağı ve buna ilişkin ülkelerin etkili bir haksız rekabet koruması sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Yine özellikle fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hükümlerinin büyük ölçüde aynı kapsama alanına girdiğini gösteren düzenlemelerden birisi WIPO kuruluş sözleşmesinin 2. maddesidir. Bu maddede fikri mülkiyet demenin aslında bir bakıma haksız rekabet de demek olacağına bir vurgu niteliğindedir.⁵⁶⁴ Zira sözleşmenin 2. maddesi “Tarifler” başlıklı bir maddedir ve haksız rekabet korumasına fikri mülkiyet tanımı içerisinde yer vermiştir.⁵⁶⁵ Buradan da anlaşılacağı üzere bu iki alan somut olayın şartlarına öre ağırlığı değişse de iç içe geçmeye yatkın iki alandır diyebiliriz.

Uluslararası düzenlemedeki bu iç içe geçmeye benzer nitelikte olacak şekilde TTK'nın 55/1.a-4 maddesinin gerekçesinde de, çalışmamızın ilerleyen bölümünde ayrıntılı şekilde yer vereceğimizi belirtmekle⁵⁶⁶, TTK'nın da sınai haklara yönelik tecavüz durumunu kanunda düzenlenen özel bir haksız rekabet hali olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz.⁵⁶⁷

Fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet arasındaki ilişkinin mahiyeti değerlendirilirken gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında farklı görüşler savunulmaktadır. Burada bu iki alanın birbiri ile olan ilişkisi ortaya konulurken her ikisi de uygulama alanı bulduğunda bu ilişki nasıl bir boyutta değerlendirilecek bu konu önem taşımaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre

⁵⁶⁴ Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”, 51.

⁵⁶⁵ Düzenlemenin Türkçe çevirisi aynen şu şekildedir: “VIII- Fikri Mülkiyet: – Edebî, artistik ve ilmî eserlere, – Sanat yorumcularının eserlerine ve icracı sanatçıların eserlerine, fonogramlara ve radyo yayınlarına, – İnsanî (insan eliyle yapılan) faaliyetin her sahasındaki ihtirallara, – İlmî keşiflere, – Sınai resim ve modellere, – Gayri kanunî rekabete karşı himayeye ilişkin haklar ve adlandırılmaları, – Gayri kanunî rekabete karşı himayeye ilişkin haklar ve sınai, ilmî, edebî ve artistik sahalarda fikrî faaliyete ilişkin bütün diğer haklar”, “Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilâtını Kuran Stockholm Sözleşmesi” son güncelleme 21 Şubat 2023 https://pem.org.tr/wpcontent/uploads/2020/05/39WIPO_Kurulusu%CC%A7_So%CC%88zles%CC%A7mesi_ve_Mdde_9-3_deg%CC%86is%CC%A7iklik_Tu%CC%88rkc%CC%A7e.pdf

⁵⁶⁶ Bölüm 3

⁵⁶⁷ Bayrak, *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Suçları*, 586.

asında fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hükümleri arasında bir özel hüküm-genel hüküm olma durumu söz konusudur.⁵⁶⁸

Fikri mülkiyet hakları ile haksız rekabet hükümleri arasında genel kanun-özel kanun ayrımının varlığı kabul edildiği takdirde özel kanun öncelikli olarak uygulanmalıdır. Yani özel kanunun uygulama alanına giren bir konu gündeme geldiği takdirde özel kanun uygulanmalı, genel hüküm ancak özel hüküm işletilemiyorsa gündeme gelmektedir.

Fikri mülkiyet ile haksız rekabet arasındaki ilişkinin niteliği değerlendirilirken dikkate alınan önemli ayrımlardan birisi de tescilli haklar-tescilsiz haklar ayrımıdır. Bu ayrım, özellikle SMK'nın ayrı bir kanun olarak hukuk sistemimizde yerini almasıyla daha da önem kazanmıştır. Tescil edilmiş fikri mülkiyetin haklarının varlığı durumunda yeni kanunumuz SMK'nın uygulanacağı kuşkusuzdur. Ancak burada fikri mülkiyet hukuku yanında şartların varlığı halinde haksız rekabet hükümlerinin de tercih edilebilip edilemeyeceği; ya da zaten fikri mülkiyet koruması mevcutken haksız rekabete gidilip gidilemeyeceği gibi sorular doğmaktadır. Aynı şekilde tescilsiz haklara yönelik ihlaller bakımından ise her iki alan yönünden de bir korumanın mümkün olup olmadığı, eğer koruma mümkünse bunun hangi şartlarla ve ne zamana kadar olabileceği de aynı şekilde gündeme gelmektedir. Gerek doktrin gerekse yargı kararları ile bu sorulara cevap bulunmaya çalışılsa da farklı içtihatlar ve görüşler ortaya çıkmaya devam etmektedir. Ancak çeşitli tartışmalar ve eleştiriler devam etse de doktrinde savunulan görüşe göre fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hükümlerinin korumasının kesiştiği yerlerde “kümülatif koruma ilkesi” olarak adlandırdığımız ilke gereğince bu iki alan arasında bir öncelik sonralık sırası gözetilmeksizin ikisine birden tercihen başvurulabileceğidir. Yani bu ilke gereğince hem sınai mülkiyete ait özel

⁵⁶⁸ Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, (Ankara: AÜHF Yay., 1998), 225.; Güneş, *Uygulamada Fikri-Sınai Haklar ve Haksız Rekabet Davaları*, 36.; Cahit Suluk, “*Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)*”, FMR, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 1, sy. 3, (2001): 46; Bayrak, *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*, 586.

düzenleme gereği hem de haksız rekabete dair genel hükümler gereği koruma mümkün kabul edilir.⁵⁶⁹ Tabii bu durumda aynı somut olay bakımından birden çok yaptırım uygulanmaması, haksız rekabet hükümlerinin korumasının fikri mülkiyet hukukunun kapsam ve amacına aykırı bir genişletme durumu yaratmaması gerektiği gibi olgular ayrıca değerlendirilmeye muhtaç konuma gelmektedir. Bu cihetle kümülatif koruma ilkesi ayrı bir başlık altında açıklanacak olup çalışmamız özelinde markaların benzerliği söz konusu olduğunda bu ilkenin işlerliği ayrıca ele alınmaya çalışılacaktır.

3.1.2. Genel Olarak Kümülatif Koruma

Kümülatif koruma sözlükteki “kümülatif” karşılığı kümelenme ve birikmişlik olarak karşımıza çıkmaktadır. Kümülatif korumaya ilişkin öne sürülen bir başka tanımlama “birlikte var olan, kümelenmiş koruma”dır.⁵⁷⁰ kümülatif uygulama ile kastedilenin fikri mülkiyet koruması ile haksız rekabet korumasının genel ilke olarak birlikte uygulanabilmesi ve birden fazla hükmün ortak alanda kesişmesi ile söz konusu olduğu söylenebilir.⁵⁷¹ Bir başka deyişle kümülatif koruma ilkesi mevzuattaki birden fazla hükümle birlikte korunabilme durumudur.⁵⁷²

Birden çok hukuk dalının koruma alanına giren ve bunlara ilişkin hükümler arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmadan aynı konuya ilişkin birden çok koruma imkanı olduğunun kabulü doktrinde kümülatif koruma ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁷³

⁵⁶⁹ Füsün Nomer Ertan, *Sınai Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’nu Anma Toplantıları, (Ankara: Onikilevha Yay., 2021), 105-106.

⁵⁷⁰ Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 135-136.

⁵⁷¹ Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 135.

⁵⁷² Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 277.

⁵⁷³ Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*, 61.

3.1.3. Fikri Mülkiyet Ve Haksız Rekabet Hukukunda Kümülatif Koruma

Fikri mülkiyet hakları bakımından kümülatif koruma ilkesinin söz konusu olması için fikri mülkiyet korumasının aynı zamanda birden çok kanuni düzenlemenin kapsamına girmesi gerekmektedir. Bu noktada esasen fikri mülkiyet hukukunun birden çok hükmü ile hukuki korumanın söz konusu olması durumunda da kümülatif koruma söz konusu olabilse de uygulamada en sık karşılaşılan ve fikri mülkiyet hukuku ile yakın ilişkili olan haksız rekabet hukuku korumasının da ek olarak var olması kümelenmeyi ve bu cihetle kümülatif koruma ilkesini doğurmaktadır.⁵⁷⁴

Kümülatif koruma ilkesi gereğince, sınai mülkiyet hakları tescilli olsalar da hem özel düzenlemeler olarak sınai mülkiyet hükümleri ile hem de haksız rekabet hükümleri ile korunabilmektedir. Dolayısıyla sınai mülkiyet haklarının ihlal edildiği durumlarda, hak sahibi hem ilgili özel düzenleme olan sınai mülkiyet hükümlerine göre hem de haksız rekabet hükümlerine göre koruma talep edebilir. Bu ilke gereğince eğer şartları mevcutsa haksız rekabet hükümleri özel düzenlemelerin yanında doğrudan ve birinci derecede uygulanırlar.⁵⁷⁵

Kümülatif koruma ilkesi, haksız rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun yakın ilişkisi nedeniyle uygulama alanları ve koruma tercihlerinin kesişmesi nedeniyle ortaya çıkan ve iki alandan birisini tercih etmeden korunmasını sağlayan doktrin ve içtihatlarla gelişen halen de baskın olarak uygulama alanı bulan en önemli ilkelerden birisidir. Uygulamada alışlagelmiş haliyle hem marka hakkının ihlal edildiği hem de bu durumun haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti sıklıkla talep edilmekte, bu iki alanın ilişkisini birlikte uygulanabilir kılan bir cevap olarak kümülatif koruma ilkesi karşımıza çıkmaktadır. Özellikle mahkemelerin taleple bağlılık ilkesi gereğince mevcut

⁵⁷⁴ Şeyma Işık Yaşlı, “Fikri Haklar İle Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma”, (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2022), 81.

⁵⁷⁵ Füsün Nomer Ertan, Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan “Tasarımların Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması (Artık Söz Konusu Değildir)”, (İstanbul: Onikilevha Yay., 2020), 300.

durumda hem sınai mülkiyet hükümleri hem de haksız rekabet hükümleri yönünden talepte bulunmadıkça şartları olsa dahi haksız rekabet değerlendirilmesi yapılmayacağı⁵⁷⁶ için bu ilke ayrıca önemlidir.

Kümülatif koruma ilkesi işletilerek hem sınai mülkiyet haklarına dair hükümlerin hem de haksız rekabet hükümlerinin birlikte uygulanabilirliği konusunda hukukumuzda görüş ayrılıkları mevcuttur; ayrıca Yargıtay'ın bu konudaki görüşleri de istikrarlı değildir. Kümülatif koruma konusu hem marka hem de patent, tasarım ve faydalı model gibi diğer sınai mülkiyet hakları bakımından tartışmalı bir konudur. Özellikle SMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte tescilli sınai mülkiyet haklarının haksız rekabet hükümleri ile birlikte koruma imkanı sağlayıp sağlamayacağı her bir sınai mülkiyet hakkı özelinde farklı tartışmalara yol açmıştır.

Sınai mülkiyet hakları niteliği itibariyle birbirlerinden farklı korumalara sahip olduğundan haksız rekabet hükümlerinin de kümülatif koruma ilkesi işletilerek koruma imkanı tanınması farklı yönleriyle ele alınmaktadır. Bir patent hakkı veya tasarım hakkı SMK gereğince belli bir süre ile sınırlı olarak korunmakta ve koruma süresi dolduktan sonra halka açık hale gelmektedir. Ancak markalar doğası gereği tescil edilmeden de markasal kullanıma başlanması ile birlikte sınırsız bir sürede kullanılabilirdiği gibi, tescil edildiği takdirde de onar yıllık periyodlarla yenilenmek suretiyle yine azami bir süre sınırı olmaksızın sahibine özgülenmeye devam etmektedir. İşbu nitelik ve koruma farklılıkları haksız rekabet hükümleri yönünden ayrı bir tartışma konusu olmakta ve farklı görüşler öne sürülmektedir. Bu hususta bu iki alandaki hükümlerin birlikte uygulanabileceğini söyleyen görüşler söz konusu olduğu gibi bu iki alandaki hükümlerin ayrı ayrı uygulama alanı bulacağını savunan görüşler de bulunmaktadır. Kaldı ki bu görüşler de kendi içinde farklı görüşlerle ayrışmaktadır.

⁵⁷⁶ Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 21.

3.1.3.1.Kümülatif Korumayı Kabul Eden Görüşler

Kümülatif koruma ilkesinin kabul edildiği durumlarda kümülatif korumanın esasen ne anlama geldiği, nasıl bir koruma içerdiği gibi hususlar yönünden doktrinde farklı görüşler savunulmaktadır. Bu görüşlerin birçoğu kümülatif koruma gereğince sınai mülkiyet hakları ile birlikte haksız rekabet hükümlerinin de birincil derecede uygulanabilmesini içermekte ise de, bazı yazarlar tarafından kümülatif koruma ilkesinin işletilebilmesi için sınai mülkiyet korumasının da diğer yandan devam ediyor olması aranmaktadır.⁵⁷⁷

Kümülatif koruma ilkesinin kabul eden bazı yazarlar tarafından sınai mülkiyet haklarına dair hükümler ile haksız rekabet hükümleri arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmadığı savunulmaktadır. Bu durumda TTK hükümleri SMK hükümleri yanında ikincil değil şartları bulunması halinde doğrudan ve birincil derecede uygulanabilmektedir.⁵⁷⁸ Bu görüşe göre hükümler arasında bir öncelik sonralık ilişkisi olmadan kümülatif korumayı kabul eden yazarlarca haksız rekabet hükümlerinin sınai mülkiyet hükümlerinin tamamlayıcı hükümleri olarak görülmesi de mümkün görülmektedir. Nitekim *Tekinalp* bu görüştedir.⁵⁷⁹ Kümülatif koruma ilkesinin kabulü ile her iki hukuk dalı da eşit düzeyde uygulama alanı bulmaktadır. Bu ilke gereğince önemli olan haksız rekabet hükümleri yönünden de şartların var olup olmadığıdır.⁵⁸⁰ *Poroy ve Yasaman* da tescilli bir fikri ürüne yönelik ihlal söz konusu olduğunda bu iki alan arasında bir önceki hüküm sonraki hüküm ilişkisi kurulmadan aynı anda hem SMK hem de TTK korumasının mümkün olduğu görüşündedir.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ *Güneş ve Tekinalp* bu görüştedir. Detaylı bilgi için bkz: Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Haklar ve Haksız Rekabet Davaları*, 36 vd. ; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 174; Kümülatif korumanın dar ve geniş yorumlanmasına göre koruma süresinin de ihtimaller olarak değerlendirilmesi yönünden bkz.: Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 134 vd.

⁵⁷⁸ Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, 42; Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku*, 9. Çınar Karabağ, *6102 sayılı TTK Haksız Rekabet Halleri ve Yaptırımları*, 44.

⁵⁷⁹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 36.

⁵⁸⁰ Şehriali Çelik, “Haksız Rekabet”, 38.

⁵⁸¹ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 366.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından SMK ile TTK hükümleri arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunduğunu kabul etmekle beraber bu ilişkinin var olmasının bu iki alanın hükümlerinin birlikte uygulanmasına engel teşkil etmediğini kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu kabule göre bu iki hüküm arasında öncelik sonralık bulunsa dahi bu durum kümülatif koruma ilkesinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. *Küçükali*⁵⁸² ve *Karayalçın* bu kabulüdür. Nitekim *Karaman Odabaşı* da kümülatif koruma ilkesinin uygulanacağını kabul etmekle birlikte özellikle haksız rekabet hükümlerinin hangi şartlarda uygulanabileceğini belirleme açısından bu iki alan arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi olduğunu da aynı zamanda kabul etmektedir.⁵⁸³

Kümülatif koruma ilkesinin kabul edildiği durumlarda söz konusu hükümler arasındaki ilişkinin mahiyeti yönünden de farklı görüşler mevcuttur. Kimi yazar burada bir yarış halinin olduğunu söylemekte kimi yazarsa yığılma olup olmama durumunu değerlendirmektedir. Tam da bu noktada *Suluk*, kümülatif koruma ilkesi kabul edildiği takdirde bu durumda ne yarışma ne de yığılma olduğunu burada eğer özel hüküm genel hüküm ilişkisi yoksa hukuki sebep yığılması olduğundan söz etmiştir.⁵⁸⁴ Burada özellikle tecavüze ilişkin durumlarda hakların yarıştığı ancak talep sonucunun yığılmadığından bahsedilebilir. Uygulamada da sıklıkla tercih edildiği üzere talep tektir ancak talep sonucunda bizi sonuca götürecek hukuki sebepler birden fazladır. İşte bu durumda *Uzunalli*'ya göre talep dayanaklarının yarışması yani normların yarışması söz konusudur.⁵⁸⁵

Doktrinde olduğu gibi yargı kararlarında da kümülatif koruma ilkesi uygulama alanı bulan bir ilkedir. Gerek doktrin gerekse Yargıtay'ın kümülatif

⁵⁸² Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi*, 31; Karayalçın, *Ticaret Hukuku I Giriş*, 431-432.

⁵⁸³ Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*, 63-64.

⁵⁸⁴ Suluk, "Çoklu Koruma", 44-45.

⁵⁸⁵ Sevilay Uzunalli, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (Ankara: Adalet Yay., 2012), 522.

koruma ilkesinin baskın görüş olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür.⁵⁸⁶ Yargıtay'ın verdiği kararlarla tescilli bir sınai mülkiyet hakkının sınai mülkiyet haklarına özel hükümlerinin ve haksız rekabetin ilgili hükümlerinin kümülatif koruma ilkesi çerçevesinde birlikte uygulanabileceğini ve ihlale konu fiilin hem haksız rekabet hem de fikri sınai haklar ihlali teşkil ettiğini kabul ettiğini açıkça ortaya konmaktadır.⁵⁸⁷ Ancak aksi yönde kararlar da mevcuttur.⁵⁸⁸

3.1.3.2.Kümülatif Korumayı Mümkün Görmeyen Daraltıcı Görüşler

⁵⁸⁶ Nomer Ertan, "Sınai Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması", 105.

⁵⁸⁷ Yargıtay 11. H. D. 2021/4883 E., 2022/9613 K. sayılı ve 28.12.2022 tarihli kararında "...Somut olaya gelince; dosya kapsamı ve bilirkişi ayrık raporunda açıklandığı üzere davalının tescilinde kötünietli olduğu markaları ile ürettiği ürünlerin bulunduğu ambalaj görsellerinin davacının markalarına yavaşacak şekilde kullandığı anlaşıldığından kümülatif koruma ilkesi gereğince, bu durumun aynı zamanda TTK anlamında bir haksız rekabet teşkil ettiği, davalının fiillerinin dürüstlüğe aykırı ve haksız rekabetçi bir davranış olarak nitelendirilmesi gerekmiştir..." demekle kümülatif koruma ilkesini uyguladığını açıkça belirtmektedir. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2021-4883.htm&kw=k%C3%BCm%C3%BClatif+koruma`&cr=yargitay#fm> erişim 25 mayıs 2023.

⁵⁸⁸ Bu hususta özellikle Yargıtay 11. H.D. 2021/89 E., 2021/3954 k. sayılı ve 22.04.2021 tarihli tasarımlara ilişkin verilen kararda haksız rekabetin de uygulanamayacağı ve haksız rekabetin dar yorumlanması gerektiği içtihat edilmiştir. Ancak bu karar Şehrali Çelik tarafından tescilsiz tasarımlar yönünden korumayı neredeyse olanaksız hale getireceği de belirtilerek eleştirilmektedir. Bu yönde bkz.: Şehriali Çelik, "Haksız Rekabet"; Aslan Düzgün, *Karşıtılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 284, 285. İstanbul BAM 16. HD., 2021/1147 E., 2023/555 K. sayılı ve 24.3.2023 tarihli kararında "... Davalının "... şeklindeki markasal kullanımı ile davacının "... ve "... ŞEKİL" markası aynı alanda kullanılmakta ise de; ... kelimesinin 41 nolu hizmet sınıfında yer alan eğlence hizmetleri yönünden zayıf bir ayırt ediciliği olduğu, davalının kullanımında ... ibaresini büyük yazdığı, ... kelimelerinin bir bütün olarak dikkat çektiği, kullanılan şeklin farklı olduğu, ayırt edicilik katıldığı, markalar arasında tüketici nezdinde iltibas oluşmadığı belirlenmiş olup rapor bu yönü ile yerinde olduğu gibi davacının bu yöndeki iddiasının reddi yerindedir. Haksız rekabetin tespiti ve menine yönelik istinaf istemleri incelendiğinde; davacının markaya dayalı haklara ilişkin olarak ayrıca TTK göre kümülatif korumadan yararlanamayacaksa da, davalının ... grubunun solistliğinden ayrılmış olmasına rağmen grubun ismin yer aldığı görsellere kendi instagram hesabında yer vemesinin grupta halen çalışıyor izlenimi oluşturacağından haksız rekabet oluşturacağı, bilirkişi inceleme tarihi itibarı ile ilgili paylaşımlara halen yer verildiği tespit edildiği gibi davalının aksi yöndeki iddiası yönünden delil sunmadığından haksız rekabetin menı ve tespitine karar verilmesinin yerinde olduğu kanaatine varılmıştır..." demekle marka korumasına dair hususlar yönünden TTK hükümlerinin uygulanmayacağını ama başka yönden bir haksız rekabet teşkili varsa haksız rekabetin de tespit edilebileceğini kabul ederek haksız rekabetin tespiti kararını kümülatif korumayı reddederek farklı bir gerekçe ile kabul etmiştir.

Doktrinde bazı yazarlar tescilli fikri ve sınai mülkiyet haklarının ayrıca haksız rekabet hükümleriyle de korunabilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır.⁵⁸⁹ Kümülatif koruma ilkesini kabul etmeyen görüşler SMK ile TTK haksız rekabet hükümlerinin birlikte uygulanamaması durumunu farklı daraltıcı görüşlere dayandırarak reddetmekte veya sınırlamaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar sınai mülkiyet hakları gereğince koruma mümkünken haksız rekabet hükümlerine başvurulamayacağını bu anlamda kanunlar arasında bir özel hüküm genel hüküm ilişkisinin var olduğunu savunmaktadır.⁵⁹⁰ Nitekim *Franko, Suluk*⁵⁹¹, *Kayar, Nomer Ertan*⁵⁹² gibi yazarlar bu kabuldedir. Fikri mülkiyet hükümleri ile haksız rekabet hükümlerinin birlikte uygulanmayacağını savunmakla birlikte, özel hüküm bulunmadığı takdirde istisnai durumlarda kabul edileceğini başka görüşlere dayandıran görüşler de mevcuttur.⁵⁹³ Aynı kabulde, *Karayalçın* özel hüküm genel hüküm görüşüne ek olarak bu iki alan hükümlerinin birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğunu ve iki koruma yoluna da başvurulabileceğini savunmaktadır.⁵⁹⁴ Sınai mülkiyet haklarına ilişkin hükümlerin özel kanun niteliğinde olduğu ve özel kanun-genel kanun öncelik sonralığı nedeniyle haksız rekabet hükümlerinin sınai mülkiyet hükümleri ile birlikte uygulanmaması gerektiğine ilişkin yaklaşım doktrinde öncelik tezi⁵⁹⁵ olarak adlandırılmaktadır. Ancak bunun aksi kabulünde daha daraltıcı bir görüşle özel hüküm

⁵⁸⁹ Sarıdağ, *Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale İade*, 27.

⁵⁹⁰ Franko, “İltibas suretiyle Haksız Rekabet”, 122; Kayar, *Ticaret Hukuku*, 208. Özel hüküm genel hüküm ilişkisi için ayrıca bkz: Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 38-112.

⁵⁹¹ Işık Yaşlı, “Fikri Haklar İle Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma”, 92.

⁵⁹² Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 282.

⁵⁹³ Nomer Ertan, haksız rekabet hükümlerine başvurulabilmesini özel düzenlemenin hakkı korumakta yetersiz kalması veya dürüstlük kuralının haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasını gerektirdiği istisnai hallerde söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Bu konuda bkz: Nomer Ertan v. dğr., *Ticari İşletme Hukuku*, 575. Yine fikri mülkiyet korumasının olmadığı hallerde haksız rekabet korumasının olmaması gerektiği, aksi halde kanun koyucunun iradesinin dolanılmış olacağı görüşüne dayanan dolanma teorisi görüşü için bkz: Şehriali Çelik, “Tescilsiz Tasarımlar Artık Haksız Rekabet Hükümleriyle Korunmayacak mı?-Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 37, s. 4, (2021): 37-38. (Haksız Rekabet)

⁵⁹⁴ Karayalçın, *Ticari İşletme Hukukuna Giriş- Ticari İşletme*, 431-432.

⁵⁹⁵ Şehriali Çelik, “Haksız Rekabet”, 38 vd.

uygulanamadığı takdirde TTK haksız rekabet hükümlerinin de uygulanamayacağı görüşü mevcuttur. Bu görüşe göre fikri mülkiyet ile sağlanmayan koruma haksız rekabetle zaten sağlanmamalıdır demektir.⁵⁹⁶ Burada bir öncelik sonralık söz konusu değildir; aksine bir konuda fikri mülkiyet koruması olmaması nedeniyle haksız rekabet korumasının da olamayacağı öne sürülmektedir. Bu durum dolanma teorisi olarak da adlandırılmaktadır.⁵⁹⁷ Buradaki her iki görüş de haksız rekabet hükümlerinin birlikte uygulanmaması gerektiği sonucuna çıkması yönünden ve haksız rekabet hükümlerini fikri mülkiyete bağımlı⁵⁹⁸ olarak kabul eden görüşler olmaları yönünden paraleldir.⁵⁹⁹

3.2.SMK ile TTK hükümleri kıyasen karıştırılma ihtimalinin farkları ve ortak yönleri

TTK md. 55/1-a, 4 gereğince “taklit” yerine karıştırılma ifadesinin kullanılması TTK haksız rekabet hükümleri ile SMK karıştırılma ihtimaline dair düzenlemeyi büyük ölçüde ortak korumaya yaklaştırmaktadır. Zira karıştırılma ile birlikte benzetmeden değil benzerlikten söz edilmektedir.⁶⁰⁰ TTK hükmündeki hali ile engellenmeye çalışılan piyasada oluşması muhtemel karışıklıktır.

Haksız rekabet ile Sınai Mülkiyet alanlarının amaçları ve korudukları menfaatler farklıdır. Sınai Mülkiyette ürün üzerindeki haklar ve sahibi korunmakta iken haksız rekabette dürüst rekabet etmeme hali engellenmeye çalışılarak piyasadaki davranışlar kontrol altına alınmaktadır.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 283.

⁵⁹⁷ Şehriali Çelik, “Haksız Rekabet”, 38.

⁵⁹⁸ Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 283.

⁵⁹⁹ Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 283.

⁶⁰⁰ Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 175.

⁶⁰¹ Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 273.

TTK’da karıştırılma ihtimaline yönelik başlıca haksız rekabet hali “başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler alma”ya ilişkindir. Burada özellikle mallar, iş ürünleri, faaliyet veya iş tabirleri tercih edilse de karıştırılmaya yol açılacak durumlar bunlarla sınırlı değildir. Nitekim bu durum TTK’nın gerekçesinde de açıkça ortaya konulmuştur. Bu haliyle TTK’daki karıştırılma, SMK’daki karıştırılmayı da içine alan daha geniş bir korumayı ifade etmektedir. Zira SMK’da korunan yalnızca marka olarak korunan sınai hak ile karıştırılma ihtimalidir.

Yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, karıştırılma ihtimali, gerek doktrin gerekse yargı kararları ışığında görüleceği üzere tüm ayırt edici işaretler yönünden ortak bir üst kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu cihetle marka hukukundan hareketle karıştırılma ihtimaline yönelik yapılan tanımlamalar, tespitler ve geliştirilen ölçütler marka, ticaret unvanı vb. ayırt edici işaretler ve haksız rekabet hükümlerindeki hali yönünden büyük ölçüde geçerli görülmekte ve uygulama alanı bulmaktadır.⁶⁰²Nitekim gerek SMK gerekse TTK md. 55/1-a,4 hükmü ve gerekçesi karıştırılma ihtimaline yönelik herhangi bir tanımlama veya ölçüt belirlemede bulunmamıştır. Bu konudaki Yargıtay uygulamalarına baktığımızda da karıştırılma ihtimali ölçütünün markalara ilişkin yasal düzenlemeler ve doktrin ve yargı kararları ile geliştirilen ölçütlere göre tespit edildiği görülmektedir.⁶⁰³

Karıştırılma ihtimali, SMK ve TTK yönünden sahip olduğu düzenleme bakımından her ne kadar farklı unsurlar ihtiva etse de bu unsurların özellikle karıştırılma ihtimalinin doğması yönünden ortak unsura ve benzer ölçütlere sahip olmaları bu iki alanı birbirine oldukça yaklaştırmaktadır. Nitekim haksız rekabet hallerinden birisi olarak karşımıza çıkan karıştırılma ihtimali fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukukunun en çok kesiştiği ve etkileşimde

⁶⁰² Bilge, *Karıştırılma Tehlikesi*, 57.

⁶⁰³ Cengiz Dilek, *Türk Hukukunda İktibas Veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1995): 16.

bulunduğu konudur.⁶⁰⁴Özellikle karıştırılma ihtimali yönünden kriter ortaklıkları bu iki alanın birbirine en çok yaklaştığı ve kesişim gösterdiği noktadır.⁶⁰⁵

3.3.Karıştırılma İhtimalinin Varlığında SMK ve TTK Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu

Karıştırılma ihtimali çok boyutlu bir hukuki kavramdır ve birçok kriterin bir arada dikkate alınması gerekmektedir. Gerek markalar arasında gerekse marka ile diğerk ayırt edici işaretler arasında karıştırılma ihtimalinin var olup olmadığı konusunda esas yaklaşım, marka ya da işaret sahibinin kanunlar çerçevesinde ve dürüstlük kuralına göre sahip olduğu haklarının korunması olmalıdır; ona başkaca haklar bahşedici ölçüde bir genişletme söz konusu olmamalıdır.⁶⁰⁶Bu nedenle karıştırılma ihtimaline yönelik TTK haksız rekabet hükümleri ile SMK hükümleri arasındaki ilişkinin ortaya konulması ve bu iki kurumun amaçlarıyla çatışan bir genişletici ya da daraltıcı korumanın söz konusu olmaması gerekmektedir.

Bir marka tescil engeli olarak karıştırılma ihtimalinin sağladığı koruma, sadece SMK özelinde tanınmış bir haktır. Bir markanın tescil başvurusu aşamasında önceki tarihli bir markanın varlığı halinde kanun, marka sahibine, tescile itiraz hakkı tanımaktadır. Karıştırılma ihtimaline ilişkin özellikle TÜRKPATENT tarafından itiraz halinde yapılacak incelemede fiili değil hukuki ve soyut bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu nedenle karıştırılmaya ilişkin herhangi bir kanıt sunmak ya da karıştırılmanın ispat edilmesini aramak söz konusu olmayacaktır.⁶⁰⁷ Bu durum mahiyeti gereği SMK'nın tescile itiraz ve tescil edilmişse hükümsüzlüğü hukuki korumaları yönünden geçerlidir.⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 271.

⁶⁰⁵ Aslan Düzgün, *Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*, 224.

⁶⁰⁶ Bozgeyik, *Hukuki Mütalaalar*, 68.

⁶⁰⁷ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 72.

⁶⁰⁸ "Marka İnceleme Kılavuzu", 382.

Tescil engeli olarak karıştırılma ihtimali, SMK yönünden mevcut düzenlemelerle birlikte md. 6/1 gereğince henüz tescil edilmemiş ama tescil başvurusu yapılmış markalar için itiraz hakkı tanımaktadır. Eğer marka bu süreçte veya sonradan fark edilmekle tescil edildikten sonra bu itirazda bulunulacaksa bu kez SMK md. 25/1 gereğince markanın hükümsüzlüğü yoluna başvuru olarak karıştırılma ihtimali ortadan kaldırılabilmektedir. Bu durum SMK'ya özgü bir korumadır ve özel niteliklidir.

SMK anlamında karıştırılma ihtimalinin korunması belli şartların varlığı aranarak belirli sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Her şeyden önce SMK anlamında korumadan yararlanabilmek için öncelikle kural olarak tescilli bir markaya yönelik bir karıştırılma ihtimali gündeme gelmelidir. Ancak haksız rekabet anlamında karıştırılma ihtimali TTK md. 55/1,a-4 anlamında başkalarının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak şeklinde daha geniş bir koruma sağlamayı tercih etmiştir. Kaldı ki haksız rekabet koruması bu sayılanlarla sınırlı haksız rekabet yaratan dürüstlük kuralına aykırı durumlar, TTK hükümleri kapsamında incelenerek korunmaktadır. Ancak karıştırılma ihtimaline dayanarak SMK'da öngörülmuş olan hukuki ve cezai yaptırım içeren kanuni koruma yönünden kural olarak tescilli marka ile aynı veya benzer olan işaretin aynı veya benzer kapsamdaki mal ve/veya hizmetler yönünden kullanılıyor olması şart olarak açıkça belirtilmiştir.⁶⁰⁹ Oysa haksız rekabet anlamında kanunda karıştırılma ihtimalinin doğması yönünden örneğin aynı veya benzer mal ve/veya hizmetlerde kullanılıyor olması bir şart olarak belirtilmemiştir. Bu durumda farklı mal ve/veya hizmetler yönünden tescilli bir marka dayanak gösterilerek sonraki tarihli marka veya herhangi bir işaretin karıştırılma ihtimali yarattığı öne sürülerek haksız rekabet hükümleri ile koruma mümkün müdür ve bu koruma SMK hükümleri ile sağlanan korumaya ters düşer mi sorusu gündeme gelmektedir. Bu hususta da çalışmamız özelinde de değindiğimiz üzere her ne

⁶⁰⁹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 413.

kadar TTK'nın karıştırılma ihtimali hükmünde böyle bir ayırım yapılmamış olsa da karıştırılma ihtimalinin özü itibariyle farklı mal ve hizmetler yönünden tanınmış bir marka söz konusu olmadığı sürece tıpkı SMK'da olduğu gibi haksız rekabet hükümleri yönünden de koruma kural olarak mümkün olmamaktadır.⁶¹⁰ Zira TTK anlamında karıştırılma ihtimali doğması için de hedef tüketici kitlesi dikkate alınan en önemli ölçüt olduğu gibi aksi kabul haksız rekabet hükümleri ile SMK'daki düzenlemelerin işlevsizleşmesine ve içinin boşalmasına sebep olacaktır. Nitekim SMK yönünden bir işaretin aynı veya benzerinin tanınmış marka olmadığı sürece farklı mal ve/veya hizmetler için tescili bakımından herhangi bir engel yoktur. Bu durum, farklı mal ve/veya hizmetler için haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceği kabul edildiğinde yargısal bir ikilik yaratacağından ve karıştırılma ihtimalinin zaten doğmayacağından özüne aykırı bir kabul olacaktır. Bu nedenle tanınmış marka istisnası dışında farklı mal ve/veya hizmetler söz konusu olduğunda karıştırılma ihtimali yönünden haksız rekabet hükümlerine de başvurulamayacağı kabulü gerekmektedir.⁶¹¹ Aynı şekilde, örneğin tescilli bir markanın koruma süresi dolduğunda halen ticari hayatta kullanılmaya devam etmesi durumunda bu kez haksız rekabet hükümleri ile korunması mümkün olabilecek midir, ya da esas netlik kazanmamış bir diğer tartışmalı husus olarak tescilli markaların da haksız rekabet hükümleri ile sağlanan korumadan yararlanması mümkün müdür özelindeki sorular aslında SMK ile haksız rekabet hükümlerinin ilişkisine bağlı olarak cevaplanmaya ve uygulanmaya çalışılmaktadır. Çalışmamızda da bu iki kurum açıklanarak özellikle bu iki alanın kesiştiği yerlerde hangi hükümlerin uygulanabileceği veya birlikte uygulanma durumları, aralarındaki ilişkili durum ve mevcut

⁶¹⁰ Bu hususta karıştırılma tehlikesinin genel olarak doğabilmesi için ayırt edici işaretlerin konularının aynı olması gerektiği ve farklı konuları hedef alan ayırt edici işaretlerin esasen karışıklık yaratma ihtimalinin de bulunmadığı yönünde bkz: Bilge, *Karıştırılma Tehlikesi*, 58.

⁶¹¹ Bu hususa ilişkin İstanbul 4. Fikrî Ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 2021/210 E., 2021/11 K. ve 16.11.2021 tarihli ilk derece mahkemesi kararında geçen ibare aynen şu şekildedir: "...farklı mal ve hizmet sınıflarında faaliyet gösterdikleri anlaşılacakla haksız rekabetten de söz edilemeyeceği tüm bu nedenlerle sübut bulmayan davanın reddi gerekeceğinden, aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir...", erişim 04 Mayıs 2024, www.lexpera.com.tr.

hükümlerin ilişkisi incelenerek ortaya konulmaya çalışılmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde de emsal kararlarla desteklenmeye çalışılacaktır.

Karıştırılma ihtimalinde SMK ile koruma gündeme gelen tescil, hükümsüzlük ve ihlal (tecavüz) durumlarında aynı benzerlik ölçüsü yeterlidir.⁶¹² TTK anlamındaki karıştırılma ihtimaline sebebiyet verecek benzerlik ölçüsü de aynı paraleldedir diyebiliriz.⁶¹³ Zira karıştırılma ihtimali iltibas adı ile ilk olarak hukukumuz nezdinde de TTK’da düzenlenmiştir. Bu anlamda TTK anlamında karıştırılma ihtimali markanın başkası tarafından aynen kopya edilmesi ya da benzetmek suretiyle doğabilmekte; ayrıca görsel ve işitsel etkisi, müşteri kitlesinin anlayışı, tescilli olup olmaması durumlarının da dikkate alınması gerekmektedir.⁶¹⁴

Tescilsiz markaların kullanımı ile yaratılan karıştırılma ihtimalinde eylemlerin haksız rekabet hükümleri ile korunacağı SMK anlamındaki korumadan yararlanamayacağı kuşkusuzdur.⁶¹⁵ Tescilsiz markalar kural olarak şartlarının mevcut olması durumunda haksız rekabet hükümleri ile sağlanan korumadan başka hukuki korumaya sahip değildirler. Ancak daha önce de değindiğimiz üzere tescilsiz markalara SMK’nın istisnai olarak sunduğu haklar çerçevesinde SMK anlamında da korumadan yararlanmaktadırlar. Bu cihetle önceye dayalı hak sahipliğinde veya tanınmış markaların korunmasında bu durum söz konusu olabilmektedir. Tescilsiz markalardan da özellikle tescilli

⁶¹² Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 45.

⁶¹³ “*Rekabet hukuku kapsamında bazen marka koruması olarak da adlandırılan, başka birinin malları, işleri, hizmetleri veya ticari faaliyetleriyle karıştırılma riski yaratma durumu, özellikle karıştırılma riski yaratarak kamunun yanıltıldığı tüm davranışları içerir. Rakiplerin itibarından yararlanmak amacıyla (BGE 140 III 297 E.7.2.1; 135 III 446 E.6.1; 128 III 353 E.4; her biri notlarla birlikte). Adil ticaret hukuku kapsamında karıştırılma riskinin olup olmadığı belirli rekabetçilerin davranışlarına göre belirlenmelidir.*” İsviçre Federal Mahkemesi BGE, 29.11.2023 tarihli 4A_290/2023, 4A_292/2023, 4A_294/2023 sayılı kararı, erişim 25 Nisan 2024, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=3&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_sucollection_aza=pus&query_words=Verwechslungsgefahr%2C+marke%2C+unfairer+Wettbeverb&rank=29&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F29-11-2023-4A_290-2023&number_of_ranks=2471

⁶¹⁴ Franko, “Yargıtay Kararları Açısından Marka İltibası Sebebiyle Haksız Rekabet”, 7-8.

⁶¹⁵ Tescilsiz markaların haksız rekabet hükümleri ile korunacağına ilişkin bkz: Suluk v. dğr., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 168; Çolak, *Türk Marka Hukuku* 9.

iken sonradan tescilsiz marka konumuna düşen markalarda haksız rekabet korumasının mümkün olup olmadığı da tartışma konusudur. Bu duruma örnek olarak bir markanın yenilenmemesi nedeniyle sona ermesi⁶¹⁶ durumu gösterilebilir. Bu gibi durumlarda haksız rekabet korumasının mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir grup yazar haksız rekabet koruması için sınai mülkiyet korumasının varlığını bir ön koşul olarak görmektedir.⁶¹⁷ Bir diğer görüş olarak ise SMK hükümleri ile haksız rekabet hükümlerinin birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi⁶¹⁸ ve korumanın her ikisi yönünden de ayrı değerlendirme neticesinde şartları mevcutsa sağlanabilmesini söylemektedir. Nitekim tescilli korumanın söz konusu olmadığı hallerde de haksız rekabet hükümleri otomatik bir kabulle uygulanmamalı iki alanın birbiriyle çelişmeden uygulanması sağlanmalıdır.⁶¹⁹ Burada özellikle marka hakkının niteliği de bu tartışma özelinde önem taşımaktadır. Zira marka hakkı koruması tasarım, patent veya faydalı model gibi üst bir süre sınırına tabii olmadığından haksız rekabet koruması ile korumaya devam edilemeyeceği bu alanlara oranla daha tartışmaya açık kalmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, SMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay, sınai mülkiyet haklarının haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunup korunmayacağı ya da korunacaksa hangi şartlar dâhilinde korunabileceği hususunda net bir karara varmamıştır.⁶²⁰ Tescilsiz markalar

⁶¹⁶ Burada özellikle *Nomer Ertan*, marka hakkının yenilenme durumundan sonra da kullanımının korunabilmesini mümkün görmekte ve marka korumasının yenilenme durumunda da kullanılabilirliğini belirtmektedir. Bu nedenle de yenilenmeyen markanın haksız rekabet hükümleri ile korunabileceğini söylemektedir. Nomer Ertan, *Sınai Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması*, 111-112. Güneş ise, SMK anlamındaki yenilemenin sınırsız koşullu yenilenme olduğunu belirtmektedir ve yenilenmeyen markanın haksız rekabet ile korunmaması gerektiğini, haksız rekabet korumasının sağlanabilmesi için özel kanunla getirilen korumanın da hala devam ediyor olması gerektiğini savunmaktadır. Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Haklar ve Haksız Rekabet Davaları*, 531.

⁶¹⁷ Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Haklar ve Haksız Rekabet Davaları*, 531. Tekinalp, *Fikri mülkiyet Hukuku*, 36-37.

⁶¹⁸ Bu husus "Bağımsız uygulama ilkesi" olarak da adlandırılmaktadır. Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 117; Uzunallı, *Marka Korumasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 117; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 366.

⁶¹⁹ Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 109.

⁶²⁰ Nomer Ertan, "Sınai Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde

yönünden SMK'nın karıştırılma ihtimali özelinde bir koruma sağlamadığı ve korumanın haksız rekabet hükümleri çerçevesinde sağlanmasının daha mümkün olduğu doktrin ve yargı kararları ile çoğunluğun kabulündedir.⁶²¹ Asıl tartışma konusu olan husus tescilli markalar yönünden SMK'nın sağladığı koruma ile haksız rekabet hükümlerinin sağladığı korumanın kesişmesi durumunda ne yapılması gerektiği yönünde toplanmaktadır.

Uygulamada uzun yıllardır süregelen haliyle tescilli eğer bir marka hakkına yönelik karıştırılma ihtimali içeren özellikle tecavüz ihlali söz konusuyla bu durum aynı zamanda haksız rekabet de teşkil ettiğinden hem marka hakkı ihlalleri hem de haksız rekabetin tespiti aynı davada öne sürülmektedir. Bu kabul yukarıda ayrıntılarına değindiğimiz kümülatif koruma ilkesinin kabulü halinde mümkün hale gelmektedir. Özellikle sınai mülkiyet haklarına ilişkin talepte bulunurken aynı zamanda haksız rekabetin de tespitini talep etmek uygulamada her ne kadar tabiri caizse otomatikçe bağlanan bir durum olsa da Yargıtay yeni tarihli bir kararında artık sınai mülkiyet korumasına dayanıldığı durumlarda ayrıca haksız rekabetin tespiti yapılmasına yer olmadığına dair bir karar vermiş ve onu izleyen ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesi kararları da bu kararı dayanak kılarak haksız rekabet tespiti talebini reddetmeye başlamıştır. Bu yeni kabul önemlidir. Bu yönde verilen yeni tarihli içtihatlardan bazıları şu şekildedir ve gerekçeleri önemlidir:

Bahsi geçen ve diğer kararlara da esas teşkil eden bir karar olarak Yargıtay 11. H. D. 2019/5189 E., 2022/1852 K. sayılı ve 14.03.2022 tarihli kararında⁶²² *“...marka hakkına tecavüz eylemleri, hem özel yasa niteliğindeki 556 Sayılı Marka KHK'nın 61 ve 9.maddeleri uyarınca, hem de az önce zikrolunan hüküm nedeniyle mülga 6762 Sayılı TTK'nın 57/5.maddesi hükümleri doğrultusunda kümülatif olarak korunmakta idi. Bununla birlikte, mülga 6762 Sayılı TTK'nın 57/5.maddesindeki hüküm, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren mer'i 6102*

Korunması”, 105-106.

⁶²¹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 174.

⁶²² www.kazanci.com.tr erişim 26 nisan 2024.

Sayı TTK'nın 55/1-a-4 bendinde yer alan "Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak," şeklinde düzenlenmiş olup, Kanun'un gerekçesinde de ifade olunduğu üzere, Kanun Koyucu bilinçli bir şekilde, "ad, unvan ve marka" kavramlarına yeni düzenlemede yer vermemiş ve buna gerekçe olarak da, bu kavramların kendi özel yasası niteliğindeki 556 Sayılı Marka KHK, 554 Sayılı End. Tasarım KHK ve 555 Sayılı Coğrafi İş. KHK ve TTK'nın unvan ile ilgili düzenlemeleriyle korunması gösterilmiş ve bunların bir kez de TTK'nın haksız rekabet hükümleriyle korunmasının gereksiz olduğu ve yorum güçlüklerine yol açacağına vurgu yapılmıştır.

Gerçekten de, markaların kendi özel yasası niteliğindeki 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (mülga 556 Sayılı Marka KHK) hükümleriyle korunması ve 6102 Sayılı TTK'nın 55/1-a-4 maddesindeki düzenleme karşısında, Dairenin bu konudaki eski içtihatlarını sürdürme imkanı kalmadığından, Bölge Adliye Mahkemesince, davacının tescilli markasının benzerinin, tescil kapsamındaki ilaç emtiasında kullanılması şeklindeki davalı eyleminin TTK'nın 55/1-a-4.maddesi uyarınca aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğine ilişkin gerekçesi yerinde görülmediğinden, hükmün bu kısım yönünden temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir..." demekle işbu kararda da açıkça içtihat edildiği üzere kümülatif korumanın mülga kanun döneminde kaldığı ve bunun eski bir içtihat olduğu, artık TTK'nın da gerekçesinde belirttiği üzere iltibas kavramında öncekinin aksine marka tabirini kullanmamış olmasını kasıtlı bir tercih olarak kabul ettiği çıkarımına dayanarak tescilli markalarda SMK'nın özel yasa olarak kabul edilip onunla korunmasının esas ve yeterli olduğunu içtihat etmiştir.⁶²³ Nitekim yeni tarihli olan bu karara atıfta bulunmak suretiyle

⁶²³ Bu karardan önce de Yargıtay bu konuda gerekçesini sunmadan "özel yasa hükmü" bulunması karşısında TTK md. 55/1-a-4 bendi uyarınca haksız rekabet yönünden nitelendirilmesine gerek olmadığından bahsetmiştir. İşbu Yargıtay 11. H.D. 2019/4682 E., 2020/3328 K. sayılı kararının ilgili kısmı şu şekildedir: "...İlk Derece Mahkemesince davacı adına tescilli markaların, karıştırılma ihtimaline yol açacak derecede benzerinin davalı tarafından kullanımının, özel yasa hükmü olan 556 sayılı KHK'nın 61 vd. maddelerinin varlığı karşısında, 6102 sayılı TTK'nın 55/1-a-4 bendi uyarınca haksız rekabet olarak nitelendirilmesi doğru

Bakırköy 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 2021/593 E., 2022/155 K. sayılı ve 14.09.2022 tarihli kararında⁶²⁴ ve 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi kararını onamak suretiyle İstanbul BAM 16. H.D. 2020/611 E., 2022/1152 K. ve 20.06.2022 tarihli kararında⁶²⁵ aynı gerekçe ile haksız rekabet talebini reddetmektedir. Bu kararlar görece yenidir ve aksi yönde kararlar da bir yandan verilmeye devam etmektedir.⁶²⁶

Bu Yargıtay kararıyla birlikte hukukumuzda bir içtihat değişikliğine gidilip gidilmeyeceği yönünden henüz netlik söz konusu değildir. Yargı kararlarının tek başına bir bağlayıcılığı olmadığı da düşünüldüğünde bu yönde halen hem sınai mülkiyet koruması hem de haksız rekabetin tespitinin yapıldığı yeni tarihli kararlar da verilmeye devam etmektedir. İlerleyen süreçte bu yönde bir içtihadı

olmamış ise de bu yorumun kararın sonucuna etkili olmamasına ve verilen kararda bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmasına göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir...", erişim 04 Mayıs 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2019-4682-k-2020-3328-t-30-6-2020> .

⁶²⁴ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/bkrky-2-fikri-ve-sinai-haklar-hukuk-mahkemesi-e-2021-593-k-2022-155-t-14-9-2022>, erişim 27 Nisan 2024.

⁶²⁵ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam16-hd-e-2020-611-k-2022-1152-t-20-6-2022>, erişim 27 Nisan 2024.

⁶²⁶ YARGITAY11. HUKUK DAİRESİ. 2022/3718 E., 2023/7734 K. sayılı ve 27.12.2023 tarihli kararında "...davanın kısmen kabulüne, davalının "BİZİM" ibaresini işyeri tabelası ile işletme cephesinde bulunan cam kaplama üzerinde ve plastik poşetlerde kullanmak sureti ile marka hakkına tecavüz ettiğinin ve haksız rekabette bulunduğu tespitine, davalının marka tecavüzü ve haksız rekabet teşkil eden fiillerinin önlenmesine, durdurulmasına ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, davalının "BİZİM" ibaresini cam kaplama üzerindeki kullanımını kaldırılarak plastik poşetlere el konulması, hüküm kesinleştiğinde imha edilerek tecavüzün ve haksız rekabetin refine, hüküm özetinin ilanına, davalının işyeri tabelasındaki kullanımını kaldırması nedeniyle tabelaya yönelik ref talebi konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına, davalının ticaret unvanında "BİZİM" ibaresini kullanmadığı anlaşıldığından bu kısma yönelik davanın ve davacı tarafın sair taleplerinin reddine karar verilmiştir..." demekle sonraki tarihli kararlarında marka hakkı ihlali ile birlikte haksız rekabetin tespitini de karara bağlamaktadır. Aynı şekilde özellikle Yargıtay 11. H.D. 28.12.2022 tarihli ve 2021/4883 E., 2022/9613 K. sayılı JAMES BOND kararında kümülatif koruma ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağına oldukça detaylı tartışıldığı kümülatif koruma ilkesi uygulanmaya devam etmelidir sonucuna varmıştır. Detaylı bilgi için bkz.: Remzi Tamer Pekdinçer ve İrem Toprakkaya, "Sınai Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku arasında Kümülatif Koruma İlişkisi Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2022 tarihli Kararı Özelinde Değerlendirme", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ* 2022, (Ankara: Yetkin Yay., 2022), 293 vd.

birleştirme kararı verilerek yargıda çıkan bu ikilik çözüme kavuşturulabilmesi kuvvetle muhtemeldir.⁶²⁷

Kaldı ki çoğu zaman somut olayın özelliklerine göre sınai mülkiyet koruması sağlanırken haksız rekabet hükümlerine göre bir koruma gündeme gelmeyebilmekte ya da tam tersi durumda haksız rekabet koruması mümkün olurken sınai mülkiyet koruması söz konusu olmayabilmektedir. Örneğin Yargıtay 11. H. D. 2008/4088 E., 2010/323 K. sayılı ve 14.01.2010 tarihli kararında⁶²⁸ ilk derece mahkemesinin *“işin teknik yönü bulunmadığından birikişi raporu alınması yoluna gidilmediği, toplam kanıtlara göre, davacının markasının Yargıtay 11 Hukuk Dairesi'nce 2005/14350 Esas, 2007/1335 Karar sayılı ilamı ile tanınmış marka olarak kabul edildiği, Yargıtay HGK' nun 2006/11-338 sayılı kararında karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinin orta düzeydeki tüketici gözüyle yapılması gerektiği, bu kapsamda taraf markalarında 3. harfin dışında tüm harflerin aynı tescil önceliğinin davacıya ait olduğu, yazılış ve okunuşlarının büyük ölçüde benzediği, bu nedenle ortalama tüketici nezdinde markaların karıştırılma ihtimali bulunduğu, davacının markasının tanınmış marka olması nedeniyle farklı mal ve hizmetler açısından da tescile engel oluşturduğu, bu nedenle davalı markasının hükümsüz sayılması gerektiği, ancak davalının tescile dayalı kullanımının haksız rekabet oluşturmayacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalının 2002/31254 sayılı markasının hükümsüzlüğüne, diğer istemlerin reddine”* dair verdiği kararı onamıştır. Burada da görüldüğü üzere karıştırılma ihtimali tescil engeli olarak kabul edilerek hükümsüzlük sonucunu doğursa da haksız bir kullanım söz konusu olmadığından haksız rekabet teşkil etmeyebilir.

Yine tam tersi şekilde marka hakkı ihlali söz konusu değilken haksız rekabet yönünden bir ihlal söz konusu olabilmektedir. Bu hususa ilişkin Yargıtay 11. H.

⁶²⁷ Yargıtay kararının TTK md. 55/1,a-4 hükmünün lafzına ve amacına aykırı yorumlandığı ve SMK'da kümülatif korumanın mümkün ve gerekli olduğuna dair inceleme için bkz. Pekdincer ve Toprakkaya, “Sınai Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku arasında Kümülatif Koruma İlişkisi”, 275-339.

⁶²⁸ www.lexpera.com.tr, erişim 26 Nisan 2024.

D. 1992/7459 E., 1993/6859 K. sayılı ve 26.10.1993 tarihli kararı olarak eski tarihli “Camsil/Alsil” kararını⁶²⁹ örnek olarak verebiliriz. Bu karar gereğince iki marka arasında marka hakkına tecavüz sayılacak bir karıştırılma ihtimali söz konusu olmamasına rağmen ambalaj vasıtasıyla karıştırılma ihtimali doğması nedeniyle bu karıştırılma ihtimalinin haksız rekabet teşkil edeceği karara bağlanmış⁶³⁰ ve karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

Örnek kararlarla da görüleceği üzere sınai mülkiyet hakları özelinde marka koruması ve haksız rekabet hükümleri özelindeki koruma birlikte öne sürülmekle birlikte söz konusu olabileceği gibi biri yönünden ihlal varken diğeri yönünden ihlal söz konusu olmayabilir. Kümülatif korumanın bu yönüyle de göz ardı edilmeyecek bir işlevselliğe sahip olduğu söylenebilir.

Doktrinde bu konuya dair en geniş değerlendirmeyi yapan *Nomer Ertan*, tescilli bir fikri ve sınai mülkiyet hakkının bulunması halinde kümülatif korumanın mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre burada öncelikli olarak SMK hükümleri uygulanmalıdır; SMK hükümlerinin korumasının yetersiz kalması halinde haksız rekabet hükümleri gündeme gelmelidir.⁶³¹Hatta bu hususun uygulamada özellikle uygulanacak hukukun tespiti, koruma şartlarının sınırları, tazminat taleplerinde hangi hükümlerin uygulanacağı yönünden sorun teşkil ettiğini belirtmektedir.⁶³²Benzer bir görüşle *Kayar* da iltibas yoluyla haksız rekabet yönünden ifadesini kullanarak buraya ilişkin özel düzenlemelerin bulunması durumunda bu hükümlerin öncelikli

⁶²⁹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 197.

⁶³⁰ Kararda “...*Mahkemece, marka tescil belgeleri, bilirkişi kurulu raporu, tespit dosyası ve toplanan delillere göre davacının ürettiği (Camsil) ve davalının ürettiği (Alsil) markalı emtialar arasında benzerlik ya da iltibasın söz konusu olmadığı ancak davalının, ürettiği plastik şişelere, davacının şişelerin en benzer şekilde aynı kalıpları kullandığı, bunun da haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile davalının (Alsil) markası ile davacının (Camsil) markası arasında iltibas bulunmadığından bu konudaki isteklerin reddine, ancak davalının ürettiği plastik şişelerde benzerlik olması nedeniyle haksız rekabet olduğunun tespiti ile (Alsil) markalı plastik şişelerin toplatılmasına, satışının, imalatının men'inin gazetede ilanına, sair istemlerin reddine karar verilmiştir...*”, erişim 15 Mart 2024, www.kazancii.com.tr

⁶³¹ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 180-184.

⁶³² Nomer Ertan, “Sınai Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması”, 109.

olarak uygulanmasını, ancak hüküm bulunmaması halinde TTK 54 vd. hükümlerine başvurulacağını kabul etmektedir.⁶³³Hatta iltibasa dair mevcut özel düzenlemelerin iltibasa ilişkin haksız rekabet hükümlerini daraltıcı nitelikte olduğunu ifade etmektedir.⁶³⁴

Fikri mülkiyet haklarına özel hükümlerin varlığı halinde haksız rekabet hükümlerinin uygulanmaması yönündeki doktrin görüşleri ve yargı kararları azınlıktadır. Halen baskın görüş ve uygulamanın kümülatif koruma ilkesi gereğince her iki alandaki hükümlerin de birincil uygulanması şeklindedir. Nitekim bu konuda her ne kadar TTK gerekçesinde marka, ticaret unvanı gibi kavramların kasıtlı çıkarılmasının bu amaca hizmet ettiği Yargıtay 14.03.2022 tarihli kararında yorumlanmış olsa da gerekçede bu tercihin kümülatif koruma ilkesinin uygulanmasına bir engel de teşkil edeceği de söylenemez. Zira özel hükümler ile haksız rekabet hükümlerinin korudukları menfaatler de farklıdır.⁶³⁵ SMK'nın kendi düzenlemeleri ile de kümülatif koruma ilkesini kabul ettiği ve bu hükümler ile diğer hükümlerin kümülatif uygulanacağına dair düzenlemeler mevcuttur. Örneğin SMK md. 58/3 FSEK ile SMK'nın kümülatif olarak uygulanacağını açıkça hüküm altına almıştır. Bu durumun haksız rekabet hükümleri yönünden de kanun koyucunun kümülatif korumayı tercih edebileceği çıkarımında bulunulabilir. Nitekim hukukumuzda bir kişinin sorumluluğu birden fazla hukuki sebebe dayanabilmekte ve bu durumda en iyi giderim yolunun hakim tarafından seçilmesi gerektiği yönünde TBK md. 60. hükmü burada da önemli bir düzenleme olarak tercih edilebilir. Kişilerin hak kaybına uğramaması, taleple bağlılık ilkesi ve hakimin uygulanacak hukuku belirlemesi görevleri gereğince kümülatif korumanın daha kapsamlı bir koruma sağlamış olacağı ortadadır.

⁶³³ Kayar, *Ticaret Hukuku*, 208. Özel hüküm genel hüküm ilişkisi için ayrıca bkz: Şehriali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 38-112.

⁶³⁴ Kayar, *Ticaret Hukuku*, 208.

⁶³⁵ Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 390.

Marka hakkından doğan SMK koruması esasen haksız rekabet korumasının özel bir halidir ve çoğu zaman marka hakkı ihlalleri birer haksız rekabet ihlalleridir.⁶³⁶ Fikri mülkiyet hükümlerine dayanan koruma haksız rekabet hükümlerine kıyasla eksiksiz, daha üstün ya da daha kapsamlı bir koruma sağlamamaktadır.⁶³⁷ Bu nedenle bu iki alan arasındaki ilişki olabildiğinde amaçlarına uygun ve tarafların menfaatlerine olacak şekilde her somut olaya göre tespit edilmelidir.

⁶³⁶ Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 441.

⁶³⁷ Pekdiğer ve Toprakkaya, “Sınai Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku arasında Kümülatif Koruma İlişkisi”, 283.

SONUÇ

Fikir temelli ortaya çıkan ürünlere ilişkin haklardan doğan fikri mülkiyet hukuku, yaratıcı ve yenilikçi bir fikri çabanın sonucu olan gayrimaddi mal statüsündeki ürünleri korumayı amaçlayan bir hukuk dalıdır. Fikri mülkiyet hakları, adından da anlaşılacağı üzere bir fikre hukuki bir önem atfeden ve en geniş yetkileri içeren mülkiyet hakkı çatısında korunan bir haktır. Burada eşya hukukundaki mülkiyet hakkından farklı, kendine özgü bir mülkiyet hakkı söz konusudur ve fikri mülkiyet hakları sahibine üzerinde somutlaştığı eşyadan bağımsız olarak mülkiyet hakkı tanınarak tekeli yetkiler bahşeden sui generis bir yapıdadır.

Gerek ulusal gerekse uluslararası alanda fikri mülkiyet haklarının önemini arttırması ile birlikte hukuk sistemlerinde fikri mülkiyet haklarına önem verilmesi ve düzenlemelerde bulunulması kaçınılmaz olmuştur. Özellikle sanayi devriminin de etkisi ile seri üretime geçilmesi ve teknolojik devrimler kişilerin tekeli imtiyazlara sahip olma isteğini doğurmuş ve ülkelerce teknolojinin ve gelişmenin teşvikle daha çok ilerlemesi hedeflenmiştir. Fikri mülkiyet hukuku özellikle ticari hayatta aktif olarak kullanılmalarıyla birlikte uzun süre Ticaret Hukuku boyutuyla da korunmuş olup zaman içinde bu alandaki özel düzenlemelere duyulan ihtiyaç ve bu alanda gelişimin desteklenmek istenmesi ile birlikte ayrı bir alan olarak doğmuştur. Bu nedenle doktrinde halen çoğu yazar tarafından fikri mülkiyet hukuku ticaret hukukunun özel bir hali olarak da görülmektedir. Bu alanın sanayiye uygulanan yönü olarak marka, patent, faydalı model ve tasarım hakları sınai mülkiyet hakları olarak ayrıca anılmakta ve hukuk sistemimizde SMK ile düzenlenmektedir. Sanayinin gelişimini ve burada üretim yapanların fikri ürünlerini teşvik etmek ve onlara özel koruyucu imkânlar getirmekle sınai mülkiyet hakları ticari hayatta daha aktif bir rol oynamakta ve gün geçtikçe önemini arttırmaktadır.

Ticari faaliyetlerin olduğu yerde bir rekabetin doğması kaçınılmazdır. Bu nedenle ticarete katılan sűjeler arasında ve piyasaya sunulan mal ve/veya hizmetler arasında tercih edilme yarışı doğmaktadır. Rekabet etmek aynı zamanda hem kamuyu hem tüketiciyi hem de tacirleri etkileyen çok yönlü bir kurumdur. Rekabet etmek esasen serbest piyasanın bir gereğidir. Aktif sűjeler bu serbest piyasada aynı serbestlikle rekabet etmeyi arzular. Ancak bu serbestlik “kontrol edilebilir bir serbestlik” olmalıdır. Bu nedenle rekabet, aynı zamanda hukuk sistemi tarafından korunan meşru bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Rekabetin sağlıklı bir ortam sağlanarak yürütölmesi çift yönlü bir koruma ihtiva eder. Bu çift yönlülük rekabetin nasıl olması gerektiğini temin etmekle beraber nasıl rekabet edilmemesi gerektiğini de içermektedir. Rekabet serbestisinde bu serbestliğin aşırıya kaçması ve keyfiyete göre şekil almaması adına birtakım tedbirler ile yaptırımlara ihtiyaç duyulmuştur. Kanuni düzenlemeler, bir yandan ticaret hayatındaki rekabet edebilme özgürlüğünü sağlarken diğer yandan dürüst ve adil olmayan bir rekabet ortamı oluşmasını da engelleme amacını taşımaktadır. İşte bu adil rekabetin bozulmasına engel olma gerekliliğinden başlı başına ayrı bir alan doğmuştur diyebiliriz Bu nedenle “haksız rekabet” adı altında rekabet hukukundan ayrı bir alan olarak kendine özgü düzenleme ve yaptırımlarla haksız rekabet hükümleri hukuk sistemlerinde yerini almıştır. Türk hukuk sistemimizde haksız rekabet, TTK’da ayrı bir bölüm olarak düzenlenmiştir. Haksız rekabet hükümlerinin amacı kanunda da açıkça belirtildiği üzere bütün katılanlar lehine dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının sağlanması ve korunması ile dürüstlük kuralına uygun davranılmasıdır.

Fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukuku arasındaki ilişki bu alanların ayrı alanlar olarak anılmaya başlanmasından beri gündemde olan bir konudur. Bu iki alan, farkları kadar benzerlikler de içermekte ve zaman zaman kesişim alanı oluşturmaktadır. Öncelikle bu iki alan ticaret hayatına ait düzenlemeler içermeleri ve rekabet ortamında arzu edildiği gibi hareket

edilmesini sağlamaya hizmet etmeleri bakımından aynı sistemin önemli birer parçasıdır.

Haksız rekabet hükümleri ile fikri mülkiyet haklarının her ikisinin de ticaret ortamındaki etkinliği neticesinde bu iki alan birçok yönden kesişim göstermektedir. Özellikle sınai mülkiyet hakları ve çalışmamızın konusunu oluşturan marka hakkı özelinde fikri mülkiyet sahibine tekeli haklar sağlayarak hukuki koruma sağlarken aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı davranışları da engellemektedir. Bu hukuka aykırı davranışlar içerisinde haksız rekabet teşkil edecek mahiyetteki hukuka aykırılıklar da fikri mülkiyetin sağladığı koruma kapsamında engellenmekte ve birtakım yaptırımlara maruz kalmaktadır. İşte tam da bu noktada haksız rekabet hükümleri ile benzer ve hatta aynı yöndeki koruyucu hükümlerle karşı karşıya kalınmaktadır. Böyle durumlarda hangi hükümlerden yararlanılabileceği veya hangi hükümlerin nasıl bir koruma ve yaptırım ihtiva ettiği yani esasen bu iki alandaki ilişkinin nasıl olduğu ortaya konulması gereken önemli bir durumdur. Bu iki alandaki kesişim ve benzerliğe rağmen iki alanın korudukları menfaatler, kapsamaları, ortaya çıkma şartları, yaptırımlar ve bunlara başvurulma yöntemlerinde farklılıklar bulunmaktadır. En temelinde fikri mülkiyet hükümleri ancak marka, patent, tasarım gibi bir fikri hakkın ihlal edilmesi halinde söz konusu olurken haksız rekabet hükümleri hangi hakkın ihlal edildiğinden bağımsız olarak rekabet ortamını bozan her türlü dürüstlük kuralına aykırı davranışı engelleme ve bundan doğan zararları tazmin etme şeklinde varlık kazanmaktadır. Bu nedenle bu iki alan arasında kimi zaman özel kanun genel kanun ilişkisi bulunduğu, kimi zaman ise iki alanın da birlikte koruma sağlayabileceği ve bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmayan kümülatif koruma ilkesi bulunduğu öne sürülmektedir.

Fikri mülkiyet hukuku ve haksız rekabet hukukunu büyük ölçüde aynı uygulama alanına müdahil eden en önemli sınai mülkiyet hakkı markadır. Marka, özellikle teknolojinin ve sanayinin hızla gelişmesi ile birlikte farklı formlara kavuşabilmektedir. Bu nedenle net bir tanımlama yapmamakta fayda bulunmakla birlikte mevzuatımızda da markaya özgü bir tanımlama

yapılmamaktadır. Marka olabilecek işaretlerin ne olduğu belirtilerek dolaylı bir tanımlama yapılmamıştır. Buna göre marka, bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ve sicilde gösterilebilir forma kavuşturulabilen işaretlerdir. Bu işaretler ticaret hayatında üretim yaparak piyasaya mal ve/veya hizmet sunan kişilerin bu ürünlerine ait kimliklerdir. Bu nedenle hem fikri mülkiyet çatısı altında hem de haksız rekabet yaratıcı kullanımlarda bulunulması durumunda haksız rekabet hükümleri çatısında büyük öneme sahip bir haktır.

Marka hakkı, sınai mülkiyet hükümleri özelinde kural olarak tescille birlikte marka korumasından yararlanmaktadır. Tescil edilmeden kullanılan markalar ise tescilsiz marka olarak isimlendirilerek bu korumadan kural olarak yararlanamazlar da ticari hayatta yine de korunmaya muhtaçtır. Tam da bu noktada haksız rekabet hükümleri gündeme gelmekte ve fikri mülkiyet korumasının bulunmadığı alanlarda şartların varlığı halinde tek başına bir koruma sağlamaktadır. Ancak bu korumanın kapsamı elbette markanın haksız rekabete sebebiyet verecek ihlallere maruz kalması ile sınırlıdır. Esas karışıklık tescilli markaların hem sınai mülkiyet hükümleri hem de haksız rekabet hükümleri ile birlikte korunabilmesi durumunda yaşanmaktadır. Bu durum çalışmamız özelinde markanın bir başka işaret ile karıştırılma ihtimalinin doğması durumu ile sınırlı olarak incelenmiş olup karıştırılma ihtimalinin ne olduğu ve hangi hallerde doğduğu da öncelikli olarak açıklanmalıdır.

Karıştırılma ihtimali, en temel ifadeyle bir markanın aynısı veya benzerinin o markanın kapsama alanında bulunan aynı veya benzer mal ve/veya hizmetler dâhilinde kullanılarak ilişkilendirilme ihtimalleri de dâhil bağlantı kurulması durumudur. Karıştırılma ihtimali kendi özel adıyla piyasada ayrışarak var olmak ve mal ve/veya hizmet sunmak isteyen teşebbüsler yönünden de tüketici ve dolayısıyla kamu yönünden de önlenmesi istenilen bir durumdur. Zira karıştırılma ihtimali ile birlikte teşebbüsler tekeli haklar sunan korumadan etkin şekilde yararlanamamakta ve tüketici nezdinde yaratılan markanın güvenilirliği zarar görmekte ya da en azından mal ve/veya hizmetlerin tercih

edilirliği etkilenmektedir. Tüketiciler yönünden de belli bir markaya duyulan güven zarar görmekte aslında bir teşebbüsün mal ve/veya hizmeti satın alınacakken yanılığa düşülerek başka bir teşebbüsün mal ve/veya hizmeti tercih edilmektedir. Bu nedenle karıştırılma durumu hukuken koruma kapsamında düzenlemelere sahiptir. Karıştırılma ihtimali kavramı doktrin ve yargı kararları ışığında gelişmiş ve kendi başına ölçütler geliştirmiş üst bir çatı kavramdır. Özellikle fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukukunu en çok etkileşim içerisinde bırakan ve en sık karşılaşılan hukuka aykırılık halidir.

SMK anlamında korumadan yararlanmak için karıştırılmada ihtimal yeterlidir. Markaların fiili olarak karıştırılmış olması şart olarak aranmamaktadır. Karıştırılma ihtimaline ilişkin haksız rekabet hükümleri özelinde TTK md. 55/1,a-4'te düzenlenen karıştırılma ile SMK hükümlerindeki karıştırılma bu yönüyle ayrılmaktadır. TTK anlamına karıştırılmaya yol açacak önlemler almak arandığı için karıştırılma tehlikesinin haksız rekabet yönünden somutlaşmış olması gerekmektedir. Nitekim hükümde de karıştırılma ihtimaline yol açacak önlemler alınması denilerek somut bir eylem aranmaktadır. Yine de çoğu alanda karıştırılma ihtimalinin varlığı hem SMK hem de haksız rekabet hükümleri yönünden bir ihlal doğurmakta ve bu durumda hangi hükümlerin uygulanabileceği sorunu gündeme gelmektedir.

Uygulamada karıştırılma ihtimali nedeniyle SMK anlamında markaya tecavüz, marka tescil başvurusuna itiraz ve eğer tescil edilmişse hükümsüzlük davası ve maddi manevi tazminat ile cezai yaptırımlar gündeme gelmektedir. Bu ihlaller ve özellikle markaya tecavüz ve hükümsüzlük talepleriyle birlikte haksız rekabetin de tespiti birlikte talep edilmektedir. Bu durum büyük çoğunluk tarafından doktrinde ve yargı kararlarında baskın görüş ve yaygın içtihat olarak kümülatif koruma ilkesinin uygulanmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ancak yine de doktrinde bazı yazarlar tarafından özellikle SMK hükümlerinin yeterli bir koruma sağladığı ve özel hükümler içermesi nedeniyle haksız rekabete ancak bu hükümlere başvurulmadığı takdirde başvurulması gerektiği yönde görüşler bulunmaktadır. Ayrıca TTK'daki karıştırılma ihtimaline ilişkin

eski hüküme kıyasla getirilen değişiklikler ve hüküm gerekçesinden markaya ilişkin açıklamaların çıkartılması ve gerekçedeki çelişkili ifadeler, tartışmalar bulunan kümülatif koruma ilkesine dair farklı görüşleri tekrar gündeme getirmiştir. Önceki yıllarda birkaç karar gerekçesinde ve tasarımlara yönelik verilen 2021 tarihli Yargıtay kararında da kümülatif koruma ilkesinin uygulanamayacağı hususu gündeme gelmişse de özellikle 24.03.2022 tarihli 11. H.D. kararı ile ve devamında verilen benzer kararlar ile tartışmalı olan konu, özellikle TTK madde gerekçesindeki değişiklikler de vurgulanarak somut kararlara konu olmuştur ve kümülatif koruma ilkesinin uygulanmadığı kararlar verilmiştir. Gerçekten de SMK hükümlerine dayanarak aynı zamanda haksız rekabete sebebiyet veren bir karıştırılma ihtimalinin varlığı iddiası her iki alanın farklı inceleme ve kapsama sahip olmaları, farklı görevli mahkemelerde ve yaptırım mekanizmalarına sahip olması gibi yönlerden hukuki bir sorun oluşturmaktadır. Ancak her ne kadar doktrindeki bu görüşler ve son zamanda verilen yargı kararı bulursa da özellikle karıştırılma ihtimalinin teknik bir konu olması ve incelenmeye muhtaç olması, gerçekten SMK özelinde bir karıştırılma ihtimalinin doğup doğmadığı ve haksız rekabet teşkil edecek bir ihlalin bulunup bulunmadığı her somut olaya göre ayrıca incelenmelidir. Her marka hakkına tecavüz özünde haksız rekabet oluştursa da bazı durumlarda marka hakkı bağlamında bir ihlal olmayan durumlarda haksız rekabet oluşabilmekte ya da tam tersi marka hakkı ihlal edilmesine rağmen haksız rekabet teşkil etmeyen bir durumda karıştırılma ihtimali doğmuş olabilmektedir. Bu yönde yargı kararları da bulunmaktadır.

Sınai mülkiyet hakları ile haksız rekabet hükümleri bir arada öne sürülmeye bir yandan devam etmekte bir yandan doktrin ve yargı kararlarıyla tartışmaya açık tutulmaya devam etmektedir. Bu tartışmalı duruma yönelik kesin bir ayrıma varmak incelenen kararlar ışığında da görüleceği üzere şu an için doğru olmayacaktır. Ancak bizim de katıldığımız görüş olan kümülatif koruma ilkesinin uygulanması halihazırda daha az hak ihlali ile karşılaşılmasını sağlayan bir yol olarak uygulanabilmelidir. Bu konudaki fikir ayrılıklarını

ortadan kaldırabilmek amacıyla bu türdeki uyuşmazlıkların terditli dava olarak açılması ya da kanunda iki hukuk alanının kesişmesi durumunda hangi hükmün öncelikli uygulanacağı ya da kümülatif korumanın uygulanabilir olup olmadığına dair kanuni düzenlemeler çözüm olarak getirilebilir. Ancak bu haliyle de her iki alana da hukuki dayanak olarak birlikte başvurulabilmesi en azından olası hak kayıplarını önleyen ve iki alanın da amacına hizmet etmesini destekleyen bir yapıda olduğundan kümülatif olarak uygulanmaya devam etmesinde hukuki yarar bulunduğu daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

KAYNAKÇA

Akpınar, Erdem. “Haksız Rekabet Düzenlemelerinin Tarihi Gelişimi ve Genişleyen Uygulama ve Koruma Alanı”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy. 1 (Ocak 2019): 51-84, erişim 24 Ocak 2023, <https://www.jurix.com.tr/article/18368>.

Aksoy, Mehmet Ali. “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”. Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2011.

Aktekin, Uğur, Doğan Alkan, Güldeniz ve Sayar, İbrahim Barış. “Türk Hukuku Uygulamasında Tanınmış Marka Kavramı Ve Koruma Kapsamı”. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, sy. 2 (2016): 1-16.

Arkan, Sabih. *Marka Hukuku*. Ankara: AÜHF Yayınları, 1997.

Arkan, Sabih. “Haksız Rekabet -Gelişmeler- Sorunlar”. *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi* 22, sy. 4 (Aralık 2004): 5-20

Arıcı, Mehmet Fatih. *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*. İstanbul: Onikilevha Yayınları 2018.

Asan, Habib, Ünsal, Önder Erol ve Vatansever, Erman. *Sınai Mülkiyet Uygulamaları Kitap 3: Marka*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2021.

Aslan, İsmail Yılmaz. *Rekabet Hukuku: Teori – Uygulama*. Bursa: Ekin Yayıncılık, 2017.

Aslan Düzgün, Ülgen. *Kötüleme-Yanıltıcı Gerçek Dışı Açıklamalar ve Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023. (Karıştırılma Yoluyla Haksız Rekabet)

Bahtiyar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.

BAYRAK, Önder. *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Ballı, Mehmet. “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet Kavramı ve Unsurları”. *Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Dergisi* (2015): 62-72.

Başbüyük, İsa. *Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk*. Ankara:

Adalet Yayınevi, 2018.

Bayram, Muhammed Enes. *Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021.

Bektaş, İbrahim. “Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m. 54) ve ‘İşleyen Rekabet’ Ölçütü”. *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi* 34, sy. 3 (Eylül 2018): 277-310.

Bektaş, İbrahim. “Yargıtay Kararları- Tanınmış Marka - Zayıf Ayırt Edicilik”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi* 34, sy. 1, (Mart 2018): 181-250.

Bentley Lionel and Sherman Brad, *Intellectual Property Law*. Oxford Press Publishing, 2003.

Biçimli, Emrah ve Yördem, Yılmaz. “Markanın Kullanım Yükümlülüğü Ve Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, sy. 51 (Temmuz 2022): 173-200

Bilge, Mehmet Emin “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, sy. 2 (2015): 7-22.

Bilge, Mehmet Emin. *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014. (“Karıştırılma Tehlikesi”)

Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan. *Ticari İşletme Hukuku*. Bursa: Dora Yayınları, 2016.

Bozbel, Savaş. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2015.

Bozgeyik, Hayri. *Marka Hakkının Korunması*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.

Bozgeyik, Hayri. *Görüşler ve Kararlar Hukuki Mütalaalar (Marka, Tasarım, Telif, Haksız Rekabet, Kıymetli Evrak)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Büyükkılıç, Gül. *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.

Ömer Camcı, *Haksız Rekabet Davaları 1*, İstanbul: 2001.

Cengiz, Dilek. *Türk Hukukunda İktibas Veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 1995.

Çağlar, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Çağlar, Hayrettin, Yıldız, Burçak ve İmirlioğlu, Dilek. *Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Çankaya, Ahmet Alparslan. *Marka Hakkına İktibas Veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Çelikel, Deniz. *Avrupa Birliği Adalet Divanı (Abad) Kararları Doğrultusunda Smk Yorumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

Çırak Karalı, Ezgi. *Haksız Rekabet Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016.

DIRECTIVE 2008/95/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL”, erişim 11 Haziran, 2023, <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/473893>

Dilmaç, Şule. *Uluslararası Metinlerde Tanınmış Marka ve Markanın Sulandırılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Doğan, Beşir Fatih. “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”. *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü* 24, sy. 1 (Haziran 2007): 219-237. <https://www.lexpera.com.tr/literatur/batider-makaleler/ymk801y2007m6v24n1ps219pe221>

Durceylan, Muhammed Mekin. *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Dünder, Efe. “Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Marka Hukukuna Getirilen Yenilikler”. *Fasikül Dergisi*, 108 (kasım 2018): 11-21.

Eminoğlu, Cafer. “Marka Sahibinin Tekliği İlkesi Ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, sy. 1, (2016), 229-254.

Erdil, Engin. *Haksız Rekabet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Franco, Nisim. “Ticaret Hukuku ve Yargı Kararları Sempozyumu (Yargıtay Kararları Açısından Marka İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet)”, *Banka ve*

Ticaret Hukuku Enstitüsü, (Aralık 1993): 1-22.

Franko, Nisim, “İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet (TTK. m.57 f.5)”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, (İzmir 2001): 115-140

Gürkaynak, Gönenç. *Rekabet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Gün, Buket. *Marka Hukukunda Birlikte Var Olma*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.

Güneş, İlhami. *Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Güneş, İlhami. *Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Güneş, İlhami. *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Güven, Şirin. “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler”. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011.

Herman T. Tavani and Richard A. Spinello, *Intellectual Property Rights in a Networked World*. Information Science Publishing, 2005.

HIRŞ Ernest. *Ticaret Hukuku Dersleri*. 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul: 1946.

Işık Yaşlı, Şeyma. “Fikri Haklar İle Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma”. Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2022.

İmregün, Oğuz. *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005.

İmirlioğlu, Dilek. *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

İnan, Nurkut. "Rekabet Hukukunun Tarihçesi ve Ana Yapısı", *Rekabet Hukuku Yazıları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

İslamoğlu, Fatma. *Elektronik Ortamda Haksız Rekabet*. Ankara: Adalet Yayınları, 2023

Karaman Odabaşı, Fatma. Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Karayalçın, Yaşar. *Ticari İşletme Hukukuna Giriş- Ticari İşletme*. Ankara: 1968.

Katok, Betül. “Tarihsel Gelişim Süreci İçinde Türkiye’de Marka Tescilinde Hukuki Çerçevenin Oluşumu”. Yüksek Lisans tezi, Sakarya Üniversitesi, 2021

Kara, Elif. *Türk Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi*. Ankara: Onikilevha Yayıncılık, 2018

Karakılıç, Hasan. “Piyasa ekonomisi açısından Rekabet ve Haksız Rekabet İlişkisi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 3 (Eylül 2016): 107-151.

Karasu, Rauf. “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları(Hareket Markaları)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, sy. 3, (Haziran 2008): 331-354.

Kart, Aslıhan. *Marka Hakkına Tecavüz Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Karşlıoğlu, Hasan. *Ticari Sırrın Kapsamı Hukuki Niteliği Ve Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Kaplan, Ahmet Galip. *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020

Kaya, Arslan. *Marka Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayınları, 2006.

Kaya, Mustafa İsmail ve Tatlı, Burçak. *Ticaret Hukuku-I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Kayar, İsmail. *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Ticaret Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Kılıç, Ahmet Hasan. “Markaların Birlikte Var Olma Sözleşmesi”. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 3, sy. 2, (Aralık 2017): 77-96.

Kılıçoğlu, Ahmet. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. Ankara: Turhan Kitabevi,2021.

Küçükali, Canan. *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

Küçükince, Alptekin. “Özel Hukuk Davalarına Etkisi Bakımından Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Haksız Rekabet Suçları”. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2022.

Marka İnceleme Kılavuzu 2021. <https://www.turkpatent.gov.tr/haberler/marka-inceleme-kilavuzu-guncellendi-18082021>

Marka Sınıflandırılması Tebliğ 2016/2. <https://www.turkpatent.gov.tr/marka-nice-siniflandirma>

Meran, Necati. *Marka Hakları ve Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Mintaş, Hazal. *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Nomer Ertan, Füsün. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Nomer Ertan, Füsün. *Haksız Rekabet Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016

Nomer Ertan, Füsün. *Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan “Tasarımların Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması (Artık Söz Konusu Değildir)”*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, (2020): 298-302.

Noyan, Erdal. *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2004.

Oğuz, Arzu. “Yargı Kararları Işığında Tanınmış Marka İtirazında Haklı Sebep Kavramı”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, sy. 1 (2018): 419-444.

Öge, Önder. *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 2023.

Özbalçık, Ozan Can. *TTK md. 62/1-b,c,d Kapsamında Haksız Rekabet Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

“Paris Convention for the Protection of Industrial Property Rights”. erişim 24 Kasım 2022, https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514
“556 sayılı khk”
<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=556&mevzuatTur=KHK&mevzuatTertip=5>

Paslı, Ali. *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

Pekdiñer, Remzi Tamer. *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri*, Adalet, Ankara 2020.

Pekdiñer, Remzi Tamer, Giray Eda ve Baş, Kadir. *Gereğçeli Notlu İçtihatlı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve ilgili Mevzuat*. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Pekdiñer, Remzi Tamer ve Toprakkaya, İrem. “Sınai Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku arasında Kümülatif Koruma İlişkisi Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 14.03.2022 tarihli Kararı Özelinde Değerlendirme”. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2022*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.

Pınar, Hamdi. “Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”, *Rekabet Hukuku Dergisi 15*, sy. 2 (Nisan 2014): 59-87. Erişim 25 Ocak 2023, <https://www.jurix.com.tr/article/8190><https://www.jurix.com.tr/article/8190>.

Polater, Salih. “Sınai Mülkiyet Haklarına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa’ya Uygunluğu Sorunu”, *Legal Hukuk Dergisi 14*, sy. 160, (2016): 1861-1902.

Poroy, Reha ve Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*. 19. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Poyraz, Ercan. *6102 Sayılı Ticaret Kanunu Değişiklikleriyle Ticaret Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2016)

Richard, A. Spinello. *A Defense of Intellectual Property Rights*. Edward Elgar Publishing, 2009.

Sarı, Onur. *Türk ve ABD Hukuku Bağlamında Marka Hakkı Edinme Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Sarıdağ, Orhan Gazi. *Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale İade*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021.

Study on the Overall Functioning of the European Trademark System, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Münih: 2011.

Suluk, Cahit ve Orhan, Ali. *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008

Suluk, Cahit. “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif

Olarak Korunması (“Çoklu Koruma”): *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 1. sy. 3, (2001): 43-72.

Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel NAL. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020

Şehriali Çelik, Feyzan Hayal. *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması* Fikri Mülkiyet-Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi Odaklı Bir İnceleme. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2014. (Tasarımların Korunması)

Şehriali Çelik, “Tescilsiz Tasarımlar Artık Haksız Rekabet Hükümleriyle Korunmayacak mı?-Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 37, s. 4, (2021): 27-86. (“Haksız Rekabet”)

Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016.

Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayınları, 2005

Tekinalp, Ünal. "Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk". *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*. Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016.

Uygun, Oktay. “ABD Haksız Rekabet Yasası Çerçevesinde Fikri Mülkiyet Haklarına Uyumun Bilişim Teknolojisi Sektörü Özelinde Sürdürülebilir Ekonomik Kalkınmaya Etkisi ve Sağlayacağı Avantajlar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sy. 2 (Mayıs2014): 97-138.

Uzun Şenol, Pınar. *Haksız Rekabet ile Rekabetin Korunması Alanları Arasındaki Hukuki İlişki*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2022

<https://dergipark.org.tr/tr/download/articlefile/2281005#:~:text=13%20Halil%20%C3%96rs%2C%20T%C3%BCrk%20Hususi,rekabet%20te%C5%9Fkil%20Odebilecek%20nite%2D%20liktedir>

Uzunallı, Sevilay. *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*. Ankara: Adalet Yayıncılık, 2012.

Uzunallı Sevilay, *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Uzunallı, Sevilay. *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* “Marka Hukukunda

Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu". İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2017).

Ülgen, Hüseyin, Helvacı Mehmet, Kaya, Arslan ve Nomer Ertan, Füsün. *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2021.

Ünal, Şeref. *Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Haksız Rekabet*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2011.

Yasaman, Hamdi, Ayoğlu, Tolga, Yusufoğlu Bilgin, Fülürya, Memiş Kartal, Pınar, Yüksel, Sinan H. Ve Yasaman, Zeynep. *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*. Üç cilt. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Yasaman, Hamdi. "Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı", Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Yasaman, Hamdi. Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı (Makaleler-Hukuki Mütalaalar- Bilirkişi Raporları). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Yasaman, Hamdi. "Tanınmış Markalar". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, (2005): 209-222 (Tanınmış Markalar).

Yasaman, Zeynep. *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020.

Yaşar, Ali. "Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2016.

Yıldız, Burçak. "Mükerrer Markanın Seri Markasının Tescili -SMK M. 5.1.Ç ve M. 6. Hükümlerine Yargıtay Kararları ile Getirilen İstisna, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi* 34, sy. 4 (Aralık 2018): 93-118.

Yıldız, Ozan Ali. *Haksız Rekabet Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2023.

Yılmaz, Lerzan. *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2008.

Kararlar:

https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2023-11_694.htm&kw=Buradaki+`ihtimal`+kelimesi+%C3%B6zenle+ve+%C3%B6zel

[like+kullan%C4%B1m%C4%B1%C5%9F+bir+kelime+olup,+%C5%9Fekil,+ses,+anlam,+genel+g%C3%B6r%C3%BCn%C3%BCm,+%C3%A7a%C4%9Fr%C4%B1%C5%9F%C4%B1m+ve+bir+seri+i%C3%A7inde+bulunma+izlenimi+bu+kapsamda+de%C4%9Ferlendirilmektedir.&cr=yargitay#fm](#)

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-20224083.htm&kw=%C5%9Fkilendirme+%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1lma%&cr=yargitay#fm>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/bkrky-2-fikri-ve-sinai-haklar-hukuk-mahkemesi-e-2021-593-k-2022-155-t-14-9-2022>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/bkrky-2-fikri-ve-sinai-haklar-hukuk-mahkemesi-e-2021-593-k-2022-155-t-14-9-2022>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2007-10027-k-2008-12932-t-17-11-2008>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=207%252F2009&docid=165848&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=23114#ctx1>

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2022-11-621.htm&kw=%C3%BCketici%&cr=yargitay#fm>

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2015-11-3127.htm&kw=%C3%BCketici%dir.&cr=yargitay#fm>

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=3&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=pus&query_words=Verwechslungsgefahr%2C+marke%2C+unfairer+Wettbewerb&rank=29&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F29-11-2023-4A_290-2023&number_of_ranks=2471

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/bkrky-2-fikri-ve-sinai-haklar-hukuk-mahkemesi-e-2021-593-k-2022-155-t-14-9-2022>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam16-hd-e-2020-611-k-2022-1152-t-20-6-2022>

<https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2004-25-nrm.pdf>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2013-1521-k-2015-852-t-25-2-2015>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1967/49>

<https://karamercanhukuk.com/yargitay-karari/firmanin-satin-alinmasi-dusunulen-bu-guclerde-herhangi-bir-referansi-ve-tecrubesi-yoktur-seklindeki-beyan-haksiz-rekabet-teskil-edecek-niteliktendir>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam44-hd-e-2020-1172-k-2022-1266-t-22-9-2022>

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2021-944.htm&kw=%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1lmaya+yol+a%C3%A7an+%C3%B6nlemler+almak`&cr=yargitay#fm>

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2020-1506.htm&kw=%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1lmaya+yol+a%C3%A7an+%C3%B6nlemler+almak`&cr=yargitay#fm>

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2023-83.htm&kw=%C4%B1%C5%9Fa+arz`+`elinde+bulundurmak`+`kar%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r%C4%B1lma`&cr=yargitay#fm>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam20-hd-e-2023-100-k-2023-95-t-26-1-2023>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2019-4682-k-2020-3328-t-30-6-2020>