

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TİCARET HUKUKU ANABİLİM DALI

MARKA HAKKININ İNTERNET REKLAMCILIĞI YOLUYLA İHLALİ VE
SORUMLULUK REJİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Eser RÜZGÂR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

ŞUBAT 2013

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	VII
RÉSUMÉ.....	X
ABSTRACT.....	XV
ÖZET.....	XX
GİRİŞ.....	1
<u>1 § REKLAMLAR VE İNTERNET REKLAMCILIĞI</u>	3
I. Genel Olarak Reklam	3
A. Reklam Kavramı ve Hukuki Niteliği.....	3
B. Reklamın Unsurları ve Çeşitleri.....	5
C. İnteraktif Reklamcılık.....	8
II. İnternet Reklamcılığı ve Uygulama Modelleri	12
A. Genel olarak.....	12
B. Uygulama Modelleri.....	13
1. Hedef Web Sitesi.....	14
2. Arama Motoru Reklamcılığı.....	14
3. Banner Reklamcılığı.....	14
4. E-Mail Reklamları.....	15
5. İstenmeyen E-mailler (Spamming).....	16
6. Online Sponsorluk.....	16
7. Oyun Reklamcılığı.....	16
<u>2 § MARKANIN REKLAMLARDA KULLANIMI</u>	17
I. Marka Kavramı ve Hakkı	17
A. Marka Kavramı.....	17
1. Markanın Unsurları.....	20
a. Markada Esaslı Unsur.....	20
b. Markada Yardımcı Unsur.....	20
c. Betimleyici İşaretler.....	22
d. Serbest İşaretler.....	22
e. Kullanılma Sonucu Ayırt Edici Hale Gelen İşaretler.....	23
2. Bütünlük İlkesi.....	25
B. Marka Hakkı ve Hukuki Niteliği.....	25
II. Markanın Reklam İşlevi ve Koruma Kapsamı	27
A. Genel Olarak Markanın İşlevleri.....	27
1. Ayırt Etme İşlevi.....	29
2. Köken Belirtme İşlevi.....	30
3. Garanti İşlevi.....	32

B.	Markanın Reklam İşlevi.....	34
C.	Markanın Koruma Kapsamı.....	36
1.	Koruma Kapsamındaki İşaretler.....	36
2.	Bağlantı İhtimali ve Karıştırma Tehlikesi Kavramı.....	36
a.	Karıştırma Tehlikesinin Türleri.....	37
aa.	Doğrudan Karıştırma Tehlikesi.....	37
bb.	Dolaylı Karıştırma Tehlikesi.....	38
cc.	Geniş Anlamda Karıştırma Tehlikesi.....	38
dd.	Bağlantı İhtimali ve Karıştırma Tehlikesi Arasındaki İlişki.....	39
b.	Karıştırma Tehlikesinin Unsurları.....	40
aa.	Aynı/Benzer İşaretler	41
aaa.	Aynı/Ayırt Edilemeyecek Kadar Aynı İşaret.....	41
bbb.	Benzer/Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaret	42
bb.	Aynı/Benzer Mal veya Hizmetler.....	42
aaa.	Aynı/Aynı Tür Mal veya Hizmet.....	43
bbb.	Benzer/Benzer Tür Mal veya Hizmetler.....	43
cc.	Alıcı Kitleleri.....	47
aaa.	Her Kesimden Mal ve Hizmete Hitap Eden Alıcı Grupları.....	48
bbb.	Özel Mal ve Hizmete Hitap Eden Alıcı Grupları.....	49
ccc.	Uzmanlık Gerektiren Mal ve Hizmete Hitap Eden Alıcı Kitleleri.....	49
ddd.	Alıcı Kitlelerinin Dikkat Seviyeleri Bakımından Değerlendirilmesi.....	49
eee.	Alıcı Kitlelerinin İnternet Kullanımına İlişkin Motivasyonu ve Bunun İnternet Reklamcılığına Etkisi.....	51
dd.	Markanın Tanınmışlık Düzeyi.....	53
c.	Avrupa Adalet Divanı Kararlarında “Karıştırma Tehlikesi” Kavramı	54
d.	Yargıtay Kararlarında “Karıştırma Tehlikesi” Kavramı.....	55
3.	Tescilli Markanın Ticari Etki Yaratacak Şekilde İnternet Ortamında Kullanılması.....	56
a.	Genel Olarak.....	56
b.	Markanın İnternette Meşru Bir Bağlantı Olmaksızın Kullanılması.....	57
c.	İnternette İşaretin Markasal Kullanımı ve Markanın Ticari Etki Doğurması.....	59
aa.	Genel Olarak.....	59
bb.	Ticari Söylem Doktrini ve Örtülü Reklamlarda Marka Kullanımı.....	60
cc.	Markanın İnternette Ticari Kullanımı Kavramı.....	64
dd.	Markasal Kullanıma İlişkin Avrupa Adalet Divanı Kararları....	67
ee.	Markanın İnternette Dürüst Ticari Uygulamalara Uygun Kullanımı.....	69

ff. Markanın İfade Özgürlüğü Kapsamında Kullanılması.....	73
d. Markanın Aynısının Veya Benzerinin İnternet Üzerinde Kullanılması.....	75
e. İnternet Üzerinde Kullanılan İşaret İle Markanın Aynı veya Benzer Mal ve Hizmet Sınıflarına Hitap Etmesi.....	75
4. Tanınmış Marka Bakımından Korumanın Kapsamı.....	77
a. Ayırt Etme Gücünün İstismarı.....	77
b. Marka İtibarının İstismarı.....	78
c. İmaj Devri.....	80
d. Sonuç.....	82
III. Marka Hakkının Tükenmesi İlkesinin İstisnası Olarak Markanın Reklamlarda Kullanılması.....	83
A. Tanımı.....	82
B. Çeşitleri.....	84
1. Ülkesel Tükenme İlkesi.....	84
2. Bölgesel Tükenme İlkesi.....	85
3. Uluslararası Tükenme İlkesi.....	85
4. Türk Hukukundaki Durum.....	86
C. Koşulları.....	88
1. Ticaret Markası Olma Zorunluluğu.....	88
2. Marka Sahibinin İzniyle Piyasaya Sunulması.....	89
a. Markalı Malın Piyasaya Sunulması ve Sunulduğu Yer Kavramları.....	89
b. Marka Sahibinin İzni.....	90
aa. İkinci El Yazılımların Satışı Marka Sahibinin İzni Olmadığı Gerekçesiyle Engellenebilir mi?.....	91
D. İstisnaları: Markanın Reklamlarda Kullanılmasının Tükenme İlkesi Açısından Bir Sınırı Var mıdır?.....	95
1. Markanın Reklamlarda Kullanılması.....	95
a. Mal ve Reklam Arasında Orantılılık Olması.....	96
b. Reklamların Markanın Saygınlığını Uygun Olması.....	97
2. Malların Değiştirilmesi veya Kötüleştirilmesi.....	99
3. Malların Yeniden Paketlenmesi.....	100
<u>3 § SORUMLULUK REJİMİ</u>.....	100
I. İnternet Alanında Hukuken Sorumlu Tutulabilecek Süjeler.....	100
A. Genel Olarak.....	100
B. Erişim Sağlayıcı.....	104
C. Yer Sağlayıcı.....	105
D. İçerik Sağlayıcı.....	108
II. Sorumluluk Rejimi.....	108
A. AB Hukuku Açısından.....	109
B. ABD Hukuku Açısından.....	114
C. Türk Hukuku Açısından.....	119
1. 6102 Sayılı TTK Açısından.....	119

2. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Açısından..	122
D. İnternet Servis Sağlayıcılara Genel Bir Yükümlülük Yüklenemeyeceğine İlişkin Bir Karar İncelemesi: SABAM.....	126
a. Genel Olarak İnternet Servis Sağlayıcılarının (Yer) Denetim Yükümlülüğü.....	126
b. Divan Kararı.....	127
III. Arama Motoru Reklamcılığı.....	129
A. Genel Olarak	129
1. AdWords.....	133
a. Genel Olarak.....	133
b. AdWords – Megatag Ayrımı.....	136
c. AdWords’ün Marka Hukuku Açısından Kullanımı.....	138
aa. İşaretin Ticari Etki Doğuracak Şekilde Kullanımı.....	139
aaa. İnternet Üzerinde Marka Kullanımı Hakkında WIPO Birleşik Tavsiyesi.....	141
bb. AdWords’ün Dürüst Ticari Uygulama İçinde Kullanımı.....	143
aaa. Üçüncü Kişiye Ait Markanın “Adres” Olarak Adwors Kullanımı.....	144
bbb. Üçüncü Kişiye Ait Markanın “Ad” Olarak Adwors Kullanımı.....	144
ccc. Üçüncü Kişiye Ait Markanın “Tasviri Amaçla” Adwors Kullanımı.....	145
d. AdWords Reklamların Karşılaştırmalı Reklamdan Farkı.....	146
B. İşaretin AdWords Olarak Markasal Kullanımı ve Sorumluluk Rejimi.....	153
1. Reklam Veren Açısından.....	153
a. Markanın İşlevleri Açısından Adwors Kullanımı.....	159
b. Sorumluluğun Normatif Dayanakları.....	162
2. Arama Motoru Açısından.....	163
a. İşaretin Arama Motorunca Marka Olarak Kullanımı Nedeniyle Arama Motorunun Sorumluluğu.....	163
b. İşaretin Müşteriler (Reklam Veren) Tarafından Arama Motoru Aracılığıyla Kullanımı Nedeniyle Arama Motorunun Sorumluluğu.....	165
aa. AB Hukuku Açısından.....	166
bb. ABD Hukuku Açısından.....	167
cc. Türk Hukuku Açısından.....	170
C. Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa Birliği Ülkelerinde Verilmiş Bazı İlk Derece Mahkemesi Kararları.....	174
1. Road Tech Computer Systems Limited v. Mandat.....	174
2. Google France SARL, Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL v Viaticum SA, Luteciel SARL, Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL,	

	Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL.....	175
3.	Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpenschule Edi Koblmüller GmbH v. Günther Guni ve trekking.at Reisen GmbH.....	180
4.	Portakabin Ltd, Portakabin B.V. v Primakabin B.V.....	181
D.	ABD Federal Mahkemesi ve Bazı Bölge Mahkemesi Kararları.....	182
1.	Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label, Calvin Fuller, and Calvin Merit.....	182
2.	Niton Corp. v. Radiation Monitoring Devices, Inc.....	183
3.	Brookfield Commc'ns, Inc. v. West Coast Entm't Corp.....	184
4.	Playboy Enterprises, Inc. v. Welles.....	187
5.	1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.com and Vision Direct, Inc.....	189
6.	800-JR Cigar, Inc. v. Goto.com, Inc.....	190
7.	Designer Skin LLC v. S & L Vitamins, Inc.....	191
8.	Google Inc. v. American Blind & Wallpaper Factory, Inc.....	193
9.	Google Inc. v. American Blind & Window Factory, Inc.....	194
10.	Merck & Co., Inc., et al. v. Mediplan Health Consulting, Inc.....	196
11.	Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.....	197
12.	Rescuecom Corp. v. Google, Inc.....	199
13.	Network Automation, Inc. v. Advanced Systems Concepts, Inc.....	201
IV.	İstenmeyen E-mailler (<i>Spamming</i>).....	204
A.	Genel Olarak.....	204
1.	ABD Hukuku Açısından.....	206
a.	Biblio Tech Ltd v Benckmark Print Suplly.....	210
b.	United States of America v. Cyberheat, Inc.....	211
2.	AB Hukuku Açısından.....	211
3.	Türk Hukuku Açısından.....	213
V.	İnternet Alanında Marka İhlallerinin Tespiti İle İlgili Bir Uygulama Önerisi: <i>Sleekcraft Faktörleri</i>.....	214
A.	Markanın Gücü.....	216
B.	Malların Çeşidi.....	218
C.	Tüketici/Alıcı Kitlesi Özellikleri.....	219
D.	Fiili Karışıklık İhtimali.....	222
1.	Reklamın Nitelikleri.....	222
2.	İlk Merak/ İlgi Karışıklığı Teorisi.....	228
E.	Malların Yakınlığı.....	232
F.	Ciro Artışı.....	233
G.	Markaların Benzerliği.....	234
H.	Niyet.....	234
I.	İnternet Ortamında Bulunan Fikri ve Sınai Hak Søjelerine Sağlanacak Korunmanın Özel Sınırları.....	236
1.	Özel Mülkiyet.....	236
2.	Dijital Ortamda Korumanın Kapsamı.....	238

4 § HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI	239
I. Hukuk Davaları	239
A. Marka Hakkında Tecavüzün Tespiti Davası.....	239
B. Marka Hakkında Tecavüzün Durdurulması/Önlenmesi Davası.....	240
C. Marka Hakkında Tecavüzün Refi/Kaldırılması Davası.....	242
D. Maddi/Manevi Tazminat Davası.....	243
1. Maddi Tazminat Davası.....	243
a. Genel olarak.....	243
b. Şartları.....	244
c. Tazminat Miktarının Belirlenmesi.....	245
2. Manevi Tazminat Davası.....	246
E. İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti.....	247
1. İhtiyati Tedbir.....	247
a. İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Talebi.....	248
b. Mahkeme Kararının İlgililere Tebliği ile Kamuya İlan Yoluyla Duyurulması Talebi.....	251
2. Delil Tespiti ve Belgelerin İbrazı Mecburiyeti.....	251
F. Yetkili Mahkeme - Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Görevli Mahkeme.....	253
G. Uygulanacak Hukuk.....	257
SONUÇ	258
TABLolar	261
KAYNAKÇA	265
ÖZGEÇMİŞ	279

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AŞ	: Anonim Şirket
AOL	: American On-Line
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AUHF D	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CAN	: Controlling the Assault of Non-Solicited
CD	: Ceza Dairesi
Cir.	: Circuit / Daire
CoğİşKHK	: Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
Dan.	: Danıştay
DARPA	: Defence Advanced Research Projects Agency
DGMA	: The Digital Millennium Copyright Act / Yeni Bin Yıl Telif Yasası
dn.	: Dipnot
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
EC	: European Council
EFF	: Electronic Frontier Foundation
End. Tas. KHKHK	: Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
f.	: Fıkra
FCA	: Federal Commission Act
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSHM	: Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi
HD.	: Hukuk dairesi

VIII

HMK	: Hukuk Muhakemesi Kanunu
HTML	: Hyper Text Markup Language
IETF	: Internet Engineering Task Force
I-IMC	: Internet Integrated Marketing Communications Theory
IP	: Internet Protocole
ISP/ISS	: Internet Service Providers / Internet Servis Sağlayıcı
ISO	: İstanbul Sanayi Odası
ISOC	: The Internet Society
İK	: İcra ve İflas Kanunu
İTÜ	: İstanbul Teknik Üniversitesi
İUHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MarkKHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MarkKHK Y.	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MK	: Türk Medeni Kanunu
N.	: Not
P.	: Paragraf
PatHKHKHK	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RTÜK	: Radyo Televizyon Üst Kurulu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
San	: Sanayi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCP	: Transmission Control Protocol
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun
TPE	: Türk Patent Enstitüsü

TRIPS	:The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights / Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi
TSE	: Türk Standartları Enstitüsü
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCE	:Unsolicited Commercial E-mail / İstenmeyen Ticari E-Mail
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vol.	: Volume / Sayı
vs.	: ve saire
WIPO	: World Intellectual Property Organization
Y.	: Yargıtay

RESUME

L'influence profonde de l'internet sur tous les segments de la société, entraîne des multiples problèmes qui attendent des solutions. Un de ces problèmes, est la violation de marque via des publicités d'internet et la répartition de la responsabilité y afférente entre les sujets d'internet. Notre article inclut ledit problème ainsi que la responsabilité délictuelle du fournisseur de services internet.

Le transfert des transactions dans la vie réel à l'internet, cause le développement du commerce électronique ainsi que la publicité. Les premiers problèmes concernant le commerce électronique sont, la crédibilité des transactions effectuées sur internet, l'utilisation des données personnelles et la qualification du produit qui est le sujet de la transaction. Actuellement, lesdits problèmes existent différemment. Toutefois, nous observons que certains problèmes de la période initiale comme la crédibilité et la protection des données ont été partiellement résolus actuellement. Pour cette raison, des millions de personnes qui utilisent internet, exécutent toute transaction quotidienne ainsi que tout grand investissement via internet.

Notre article correspond à trois sujets principaux. Le premier, est la détermination de violation de marque via internet. Comme indiqué dans les décisions des tribunaux à l'étranger, la nécessité d'agir flexible ou pas contre la violation de marque via internet est un sujet controversé. Dans cette partie, les similarités et les différences entre la violation traditionnelle de marque et la violation de marque via internet seront indiquées. L'approche flexible des Etats-Unis et de la cour de Justice de l'Union Européen concernant l'évolution de la violation légale relative à la technologie avancée, sera examinée dans le cadre du droit de marque et de concurrence déloyale.

Deuxième sujet est la responsabilité des sujets d'internet dans le cas d'une violation relative au droit privé. L'un des sujets le plus controversé de nos jours est la responsabilité relative à la violation de marque ou à la concurrence déloyale des fournisseurs de services internet qui n'ont pas déclaration d'intention active concernant le contenu. Les nouveaux processus de travail développés parallèlement au développement de la technologie ont notamment influencé la répartition du régime de responsabilité. Pour cette raison, on examinera la responsabilité des fournisseurs de services internet, qui donnent des services

indépendants au contenu, relative au droit de marque et à la concurrence déloyale née par les publicités, ainsi que l'infrastructure technique de l'internet.

Troisième sujet correspond aux droits de propriété intellectuelle et industrielle Turc. Dans cette partie, les problèmes résultant de l'inexpérience de l'application Turque aux litiges sur internet. On peut donner comme exemples à ces litiges, si le recours à l'injonction provisoire de la manière à interrompre l'activité économique des fournisseurs de services internet est possible ou pas, si le blocage à l'accès à l'internet est possible ou pas, quel sera le droit à être appliqué au litige et le tribunal compétent.

Lors de l'examen des sujets susmentionnés, on prendra en compte particulièrement les cas dans lesquels la violation de marque (un genre spécial de l'acte injuste) et la concurrence déloyale s'occurent par les publicités d'internet. A la suite du transfert des problèmes traditionnels à l'aspect virtuel, la manière de compréhension des personnes correspondant auxdits problèmes ont changé. Ce changement a entraîné la stipulation d'une législation spéciale à cette fin. Pour cette raison, dans notre article, le droit traditionnel de marque et les points relevant au droit d'informatique seront évolués avec les décisions des Etats-Unis, de la cour de Justice de l'Union Européen et de la Cour de Cassation.

Notre article contient aussi l'effet de l'âge d'internet sur la marque traditionnelle et les modèles des publicités interactifs. Par ailleurs, en indiquant le régime de responsabilité des fournisseurs de services internet dans le cadre du droit privé, leur responsabilité concernant la violation de marque sera expliquée. Finalement, on essaiera d'expliquer les voies légales à recourir afin de la résolution des litiges nées suite aux cas mentionnés.

Lors d'examen de la thèse, comme méthode, on a fait des recherches parallèles sur la doctrine et les décisions des tribunaux pour les synthétiser. Dans ce cadre, on a profité notamment des décisions des Cours Suprêmes comme la cour de Justice de l'Union Européen, la Cour Fédérale des Etats-Unis, la cour de Cassation. Du fait que le sujet inclus multiple discipline légale, certains sujets principaux ont été mentionnés. On a fait seulement références qu'à certaines importantes publications qui sont liées à ces sujets principaux.

Face au développement rapide de la publicité d'internet, il faut bien maintenir l'équilibre des intérêts entre les propriétaires de marque, les publicitaires et les fournisseurs de services internet. Il se trouve une ligne mince entre la structure dynamique des droits de

propriété intellectuelle et les nouveautés ainsi que les intérêts économiques des développements actuels. Nous sommes d'avis que cet équilibre des intérêts peut être maintenu par l'application flexible de la législation traditionnelle et ce, ensemble avec toute discipline légale.

Les interférences relatives au contrôle des activités des fournisseurs de services internet, ont causé un courant des réactions négatives au monde entier. Ce courant a commencé premièrement pour l'assurance de la liberté d'expression et des droits individuels. Toutefois le courant prend sa force de la nécessité de ne pas charger les fournisseurs de services à une responsabilité générale. Nous sommes aussi d'avis qu'attribuer une responsabilité de contrôle générale et active aux fournisseurs de services internet ne sera pas utile ni afin de la protection efficace des droits intellectuels, ni afin d'apparence des idées innovatrices. Nous considérons qu'au lieu de certaines interdictions, il sera mieux de soutenir les relations du contrat durable et les systèmes du droit préventifs.

Pour l'activité de la publicité par le mot-clé et la méthode *megatag*, – différemment aux litiges relatifs aux noms de domaine- il sera très utile que les utilisateurs possèdent une liste de contrôle. Dans notre article, ces facteurs sont nommés les facteurs *Sleekcraft*. Dans le cas où lesdits facteurs sont insuffisants, les facteurs secondaires seront appliqués au fait pour comprendre l'existence de la violation de marque ou de la concurrence déloyale.

Notre article indique que toute marque ou toute sorte de signe vue sur internet ne cause pas la violation de marque ou la concurrence déloyale ; par ailleurs les applications qui ne causent pas la violation peuvent être évaluées dans le cadre de foire commerciale (*fair use*). Au sujet de l'utilisation foire les critères consultatifs de la Chambre de Commerce Internationale peuvent être considérés comme exemple. L'Europe Continentale et le droit Anglo-Américain ont trouvé une solution quasi unique aux litiges concernant la publicité de réseau de recherche. A cette fin il faut profiter des deux systèmes légaux. Par la raison qu'ils sont en bonne niveau technique par rapport à notre pays, les problèmes dans les systèmes légaux de l'Union Européenne et des Etats-Unis pourront être observés par avance et pourront être pris en compte lors de préparation d'une nouvelle législation à notre pays. En tout cas, parallèlement au développement de technologie à toute vitesse, les nouveaux problèmes apparaîtront à ce sujet.

XIII

La responsabilité des fournisseurs de services internet dans le cadre du droit privé est stipulée par le Code des Obligations, Code du Commerce et Projet du Loi Concernant la Réglementation du Commerce Electronique. En voyant ladite législation, les entrepreneurs d'internet ont pu faire des investissements à cette fin.

Dans les litiges des marques concernant l'utilisation du signe sur internet, la recherche relative à l'utilisation du signe en tant que marque ou pas doit être exécutée pour chaque fait. En Turquie, par l'habitude de l'utilisation de la marque traditionnelle, on voit que les tribunaux rendent leur décision sans faire des recherches suffisantes si le signe constitue la marque ou pas. Alors que dans les litiges sur internet, l'état d'usage du signe relevant a aussi une grande importance. Pour la réalisation de la violation de marque, il faut que ladite marque soit endommagée. Et conformément à ce principe, il faut bien déterminer l'usage du signe en tant que marque et les fonctions de la marque qui sont subies des dégâts par l'usage.

En prenant compte les nouveautés de l'âge d'internet, une attitude flexible dans le cadre des signes utilisés et le droit de marque sera préférable. Ainsi, une attitude positive concernant la technologie en cours de développement sera préférable aussi.

Nous sommes d'avis qu'il soit approprié la stipulation spéciale du régime de responsabilité concernant la communication commerciale des sujets d'internet. Toutefois, nous sommes d'avis qu'à cette stipulation, il sera convenable d'ajouter un article concernant l'impossibilité de soumettre les fournisseurs de services internet à un contrôle global.

Dans le Projet du Loi Concernant la Réglementation du Commerce Electronique, les réglementations concernant la transmission des fournisseurs de domaine par la mémoire temporaire ont été faites. Pourtant soit dans la Directive de l'Union Européen soit dans la régulation des Etats-Unis on a constaté trois différentes sortes de transmission. Pour cette raison, notre avis est la nécessité des dispositions concernant la transmission directe et l'entreposage. Au moins on peut prévoir une annexe indiquant que les cas mentionnés à l'article 9 sont aussi valables pour les fournisseurs qui font la transmission directe et le dépôt.

A notre avis il est approprié que l'alinéa 4 de l'article 58 du Code de commerce stipule la responsabilité des "exploitations d'informatique" au sujet de la concurrence déloyale.

Pourtant le terme " on ne peut pas tenter un procès" qui résulte des faits concernant la non-responsabilité, devrait être échangé par un terme relatif à non-responsabilité.

Selon le modèle du litige, il se trouve une relation de générale disposition- disposition privée entre le Projet du Loi Concernant la Réglementation du Commerce Electronique et l'alinéa 4 de l'article 58 du Code de commerce. Pour les litiges concernant le commerce électronique, le Projet du Loi doit être appliqué comme disposition privée. Nous souhaitons ajouter que par la raison que les deux régulations sont similaires, nous sommes d'avis qu'aucun problème ne serait né en application.

On a observé que dans la procédure d'injonction provisoire Turc, les décisions d'injonction provisoire sont facilement rendues contre les fournisseurs de services internet. Désormais, conformément à l'article 58 du Code de commerce et le nouveau régime du Code de Procédure Civile concernant l'injonction provisoire, les réponses de fournisseur de service devront être prises afin de rendre une décision d'injonction provisoire. Si une décision d'injonction sera prise, cette décision ne doit pas être rendue de la manière à interrompre la liberté et l'activité économique des fournisseurs de services internet. Ainsi si c'est possible, la décision d'injonction doit être seulement relative aux faits illégaux.

Pour la précision du droit compétent des litiges commerciaux apparents sur internet, la théorie des flux commerciaux peut être appliquée. Dans ce cadre, la masse et la région à laquelle la transmission commerciale se dirige pourront être déterminées. Ainsi, dans les cas où il se trouve des nationalités différentes dans le litige, le tribunal et le droit compétent seront précisés.

ABSTRACT

The fact that the advent of internet has had a significant effect on each level of society life got accompanied by a series of problems to be puzzled out. One of those problems is the breach of trademark through internet advertisements and the conflict about how to share this liability between internet subjects. Within this research, a special emphasis has been placed on this problem and on the general state of internet service providers towards tortious liability.

That people have transferred their real life operations over internet has played a fundamental role on the advancement of electronic commerce and advertising accordingly. The problems encountered in e-commerce at the very beginning had brought out such issues as the safety and security of operations carried out online, how to use personal data and the nature of the product of concern. These problems continue their existence in different natures at the present time. However it would be fair to say that now such problems encountered in the initial phase as safety and security and data protection have been partially dealt with. Thanks to this advancement in e-commerce, from daily operations to big investments millions of internet users nowadays are taking advantage of internet channel for their operations.

We will basically put emphasis on three distinctive subjects throughout our research. The first of them pertains to the detection of breaches of trademark through internet channel. As stated in foreign judgments, whether to be “flexible” or not in terms of breach of trademark through internet channel is still a matter of debate. Within this section, the similarities and differences between the traditional breach of trademark and the online one will be presented. The flexible approach of USA and EU Court of Justice to the judgments of illegalities encountered in advancing technologies will be discussed within the context of breach of trademark and unfair competition.

The second issue pertains to the liability regime of internet subjects in case of a contradiction to a law characterized as private law. The breach of trademark by or when-to-be held liable for unfair competition of internet service providers with no active declaration of intention on content has recently become one of the most discussed issues. The new business processes which have been developed in parallel with technological advancements have also had a great impact on the share of liability regime. In this respect, the trademark rights associated with advertisements or the liabilities arising from unfair competition of internet service providers which in particular provide technical infrastructure or content “*independent*” service will be further discussed.

The third issue pertains to the matters with regard to the Turkish enforcement of intellectual property rights. Within this section, the problems arising from the unfamiliarity of Turkish enforcement with online contradictions will be examined. In this respect, such issues can be cited as follows: whether the interim injunction imposed on internet service providers are implemented in a way to terminate their economic activities or not; the possibility of obstruction of access; and which law to be enforced and which authorized court to be used in case of contradiction.

In examination of the aforementioned issues, the circumstances, particularly the ones in shape of a special type of tortious liability in internet environment, arising from the breach of trademark and unfair competition through internet advertisements will be taken as a basis. As a result of the appearance of traditional, real life problems on virtual platform, the way people perceive the problems has also undergone a change. This change has made its presence known by the constitution of laws and regulations unique to this field. For that matter, traditional trademark law and its relevant points with information technology law will be tried to explain in this research with the contributions of USA, EU Court of Justice and Supreme Court's decisions.

Within this research, interactive advertising models and the impact of internet era on traditional trademark will also be dealt with. And then the liability regime of internet service providers in terms of private law will be outlined and their relevant liabilities arising from the breach of trademark will be presented. And last but not least, the legal opportunities to be resorted in the resolution of legal problems arising from the aforementioned circumstances will be discussed.

As a method utilized in the thesis research, doctrines and court decisions have been investigated in parallel and tried to be synthesized. Within this context, a great deal of benefit from such high courts' decisions as EU Court of Justice, USA Federal Court, Supreme Court has been derived. For its coverage of many law disciplines, a wide range of main subjects has been mentioned. Of all those main subjects, only the major and subject-specific works have been referred to.

In the face of a rapidly growing online advertising, a balance in terms of mutual interest needs to be established between trademark right holders and advertisers and internet service providers. There is a fragile line between the dynamic pattern of intellectual property rights and the protection of economic interests arising from new and present advancements.

We are of the opinion that the balance of interests of concern can be established with the enforcement of traditional rules of law in connection with many law disciplines.

The attempts to take internet service providers' activities under inspection have become a movement which got negative reaction all around the world. This movement got initially commenced with the intentions of freedom of expression and protection of personal rights. However the movement's motivation is driven by the fact that no general liability shall be imposed on service providers. And we are of the opinion that the very idea to impose general and active inspection liability on internet service providers will contribute neither to the formation of new ideas nor to an active protection of intellectual property rights. Instead of various penalties, the promotion of sustainable agreement relations and preventive legal systems is a better option.

In an advertising activity carried out with keyword and megatag method – as distinct from the conflicts with domain names – it is for enforcers' own sake to have a checklist. These factors are mentioned as *Sleekcraft* factors in our research. In cases where these factors fail to satisfy, a conclusion can still be drawn about breach of trademark or unfair competition with the enforcement of secondary factors on case.

It has been revealed in our research that not all the trademarks or all kinds of marks published online cause infringement of trademark right or unfair competition; and that it is possible for non-infringing practices to be evaluated within the context of fair trade practice. With regard to fair use, the advisory criteria of International Chamber of Commerce can be taken as a basis. Civil and Anglo-American Law follow a respectively uniform pattern in resolution of the conflicts with respect to search network advertising. For that matter, both of the legal systems need to be benefited from. As they are also at a more advanced level than our country in technical terms, the problems in EU and USA Laws and Regulations can be observed in advance and taken into consideration in our legislative process to be carried out. As a matter of fact, the discussions on this subject will reveal themselves in their new shapes in parallel with rapidly growing technology.

Along with the Code of Obligations, Turkish Commercial Code and the Draft Law on Regulation of Electronic Commerce has paved the way for a defect liability order in terms of private law applicable by internet service providers. With the enforcement of the aforementioned regulation, internet entrepreneurs now have the chance to embark on an enterprise aware of the provisions that they may encounter.

XVIII

In trademark conflicts with regard to the online use of mark, it needs to be investigated for each concrete case whether the mark is published for trade-specific purposes or not. In Turkish practice, it has been observed that the judgment is delivered by force of traditional trademark perception with no sufficient investigation carried out to determine whether the mark is published for trade-specific purposes or not. However, the way the marks are published online also matters a great deal in case of conflicts in internet environment. Considering the fact that a company's trademark function first needs to be damaged in order to say that its trademark right is damaged, there needs to be determined the trade-specific use of trademark and which functions of trademark have been damaged accordingly.

When the innovations internet era brings into our use every passing day are taken into consideration, one needs to act flexible and open-minded towards the relationship between the published trademarks and their trademark rights.

Exclusive regulation of liability regime of internet subjects with regard to commercial communication greatly served the purpose. However we are of the opinion that it would be better if an article exempting internet service providers from a global inspection liability was added to the regulation of concern.

Some arrangements have been made in the Draft Law on Regulation of Electronic Commerce with regard to the hosting service providers' transmission in volatile memory. However it has been observed that there are three types of transmission in both EU Directive and USA regulations. For that matter, we are of the opinion that there shall be separate provisions for direct transmission and storage as well. Or at least, an appendix can be prepared, stating that the circumstances specified in article no. 9 are also applicable to the hosting service providers which offer direct transmit and are stored.

We also have a favorable opinion about the regulation of the liabilities of "information enterprises" with regard to unfair competition with Article No. 58 and Subsection No. 4 of Turkish Commercial Code. However we are of the opinion that the "non-prosecutable" statement in the wording of provision, as a legal consequence of cases with regard to non-liability, needs to be replaced with a statement associated with "*non-liability*".

There is a special provision – general provision relationship between Article No. 58 and Subsection No. 4 of Turkish Commercial Code and the Draft Law on Regulation of Electronic Commerce according to the conflict encountered. In conflicts with regard to

electronic commerce the Draft Law should be enforced as a special provision. And to specify one thing right after, we do not think no problems will occur in practice as a result of the similar structures of both regulations.

In Turkish interim injunction practice, it has been observed that Turkish interim injunction decisions are made quite easily in conflicts to which internet service providers are parties. When Article No. 58 of Turkish Commercial Code and the new regime of the Code of Civil Procedure with regard to the interim injunctions are taken into account, now the answers of internet service provider should also be listened in any injunction to be imposed. If an injunction is to be imposed it should be at a level not to terminate the commercial life and economic freedom of internet service provider. And if possible, the injunction should only pertain to the relevant illegal elements.

The commercial flow theory can be based upon in determination of the authorized law in cases of online commercial conflicts. The commercial target audience and region can be determined within this context. Therefore, in cases of conflicts with element of foreignness the international authority of court and the law to be enforced become clear.

ÖZET

İnternetin toplumun her kesiminin yaşantısını derinden etkilemesi, ortaya çözülmesi gereken birçok problemi de beraberinde getirmiştir. Bu problemlerinden bir tanesi de, internet reklamları yoluyla meydana gelen marka ihlali ve bunun sorumlusunun internet sùjeleri arasında nasıl paylaşılacağı meselesidir. İncelememizde genel olarak bu problem özelinin üzerinde durulmuş ve genel olarak internet servis sağlayıcının haksız fiil sorumluluğu karşısındaki durumuna değinilmiştir.

İnsanların reel yaşamlarındaki işlemleri internete aktarması, elektronik ticaretin ve buna bağı olarak reklamcılığın gelişiminde de büyük rol oynamıştır. Başlangıçta e-ticaret ile ilgili yaşanan problemler, internet üzerinden yapılacak işlemlerin güvenliği, kişisel verilerin nasıl kullanılacağı ve işleme konu ürünün niteliği ile ilgili meseleler olarak ortaya çıkmıştır. Bu problemler günümüzde varlıklarını niteliği değışmiş olarak devam ettirmektedir. Ancak başlangıç dönemindeki güvenlik ve veri koruması gibi diğere sorunların günümüzde kısmen çözüldüğünü gözlemlemekteyiz. Bu sayededir ki, milyonlarca internet kullanıcısı, günlük işlemlerinden büyük yatırımlarına kadar internet mecrasını kullanır hale gelmiştir.

İncelememizde temel olarak üç mesele üzerinde durulacaktır. Bunlardan ilki, internet ortamında meydana gelen marka hakkı ihlallerinin saptanmasına ilişkindir. Yabancı mahkeme kararlarında belirtildiğı gibi internet üzerindeki marka ihlallerine karşı “esnek” davranılıp davranılmaması gerekliliğı halen tartışmalı bir husustur. Bu bölümde, geleneksel marka hakkı ihlalleri ile internet ortamındaki ihlaller arasındaki benzerlik ve farklılıklar ortaya koyulacaktır. ABD ve AB Adalet Divanının gelişen teknolojilere ilişkin hukuka aykırılıkları değerlendirmedeki esnek yaklaşımı, marka hakkı ve haksız rekabet bağlamında ele alınacaktır.

İkinci mesele, internet sùjelerinin özel hukuk karakterli bir hukuka aykırılıktaki sorumluluk rejimine dairdir. İçerik hakkında herhangi bir aktif irade beyanı olmayan internet servis sağlayıcılarının marka hakkı ihlali veya haksız rekabetten ne zaman sorumlu olacağı konusu, son günlerin en çok tartışılan konularından biridir. Teknolojinin gelişimine paralel olarak geliştirilen yeni iş süreçlerinin de sorumluluk rejiminin paylaşılmasına etkisi oldukça büyüktür. Bu nedenle, özellikle internetin teknik altyapısını veya içerikten “bağımsız” hizmet veren internet servis sağlayıcıların reklamlar yoluyla ortaya çıkan marka hakkı ve haksız rekabetten doğan sorumlulukları üzerinde durulacaktır.

Üçüncü mesele ise, fikri ve sınai haklara ilişkin Türk uygulamasına ilişkin konularla ilgilidir. Bu bölümde, Türk uygulamasının internet ortamındaki uyumsuzluklara yabancı olması nedeniyle ortaya çıkan problemler incelenecektir. Bu konularda internet servis sağlayıcılara karşı ihtiyati tedbirin onların ekonomik faaliyetini bitirecek şekilde uygulanıp uygulanmadığı, erişimin engellenmesinin mümkün olup olmadığı, uyumsuzluğa uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin ne olacağı gibi sorunları örnek gösterebiliriz.

Yukarıda ortaya koyulan meseleler irdelenirken, özellikle internet ortamında haksız fiilin özel biri türü görünümündeki, marka ihlali ve haksız rekabet durumunun internet reklamları yoluyla ortaya çıkardığı durumlar esas alınacaktır. Geleneksel problemlerin sanal ortama aktarılmasının bir sonucu olarak, insanların onları kavrayış biçimleri değişmiştir. Bu değişiklik kendisini, sadece bu alana has mevzuatın oluşumunda da göstermiştir. Bu nedenle incelememizde geleneksel marka hukuku ve onun bilişim hukuku ile temas eden noktaları ABD, AB Adalet Divanı ve Yargıtay kararları ile zenginleştirilerek aktarılmaya çalışılacaktır.

İncelememizde, internet çağının geleneksel markaya olan etkisi ve interaktif reklamcılık modelleri ele alınacaktır. Sonrasında internet servis sağlayıcıların özel hukuk anlamındaki sorumluluk rejimi çizilerek, marka hakkı ihlalden dolayı internet servis sağlayıcılarının sorumluluğu ortaya koyulacaktır. Son olarak ise anılan durumlarda ortaya çıkan hukuki sorunların çözümü için başvurulacak hukuki imkânlar tartışılacaktır.

Tezin incelenmesinde metot olarak, doktrin ve mahkeme kararları paralel olarak araştırılmış ve sentezlenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, AB Adalet Divanı, ABD Federal Mahkemesi, Yargıtay gibi yüksek mahkeme kararlarından azami şekilde yararlanılmıştır. Konunun birçok hukuk disiplini barındıran yapısı nedeniyle, pek çok ana konuya değinilmiştir. Bu ana konuların ise sadece en temel eserlerine ve konu ile yakından ilgili eserlerine atıf yapılmıştır.

İnternet reklamcılığının hızla büyüyen durumu karşısında marka hakkı sahipleri ile reklamcılar ve internet servis sağlayıcıları arasındaki menfaat dengesinin sağlanması gerekmektedir. Fikri hakların dinamik yapısı ve yenilikler ile hâlihazırdaki ilerlemelerin ekonomik menfaatlerinin korunması arasında ince bir çizgi bulunmaktadır. Bu menfaat dengesinin, geleneksel hukuk kurallarının esnek biçimde ve birçok hukuk disiplini ile etkileşim halinde uygulamasından geçtiği kanaatindeyiz.

İnternet servis sağlayıcıların faaliyetlerinin denetim altına alınması girişimleri, bütün dünyada tepki ile karşılanan bir akım oluşturmuştur. Bu akım başta ifade özgürlüğü ve kişisel hakların güvenceye alınması için başlatılmıştır. Ancak akım motivasyonunu, servis sağlayıcılara genel bir yükümlülük yüklenmemesi gerekliliğinden almaktadır. Biz de internet servis sağlayıcılara genel ve aktif bir denetim yükümlülüğü getirmeye çalışan fikrine yenilikçi fikirlerin oluşmasına ne de fikri hakların etkin korunmasına bir yarar sağlayacağını düşünüyoruz. Çeşitli yasaklar yerine, sürdürülebilir sözleşme ilişkileri ile önleyici hukuk sistemlerinin teşvik edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Anahtar kelime ve megatag yöntemi ile yapılan reklamcılık faaliyetinde –alan adlarına ilişkin uyumsuzlıklardan farklı olarak- bir kontrol listesinin uygulamacıların elinde olmasında büyük yarar bulunmaktadır. Bu faktörler, incelememizde *Sleekcraft* faktörleri olarak sayılmıştır. Bu faktörlerin yetersiz kaldığı durumlarda ise tali faktörlerin vakıya uygulanarak marka ihlali veya haksız rekabet konusunda sonuca gidilebilir.

İnternet üzerinde görüntülenen marka veya her türlü işaretin marka hakkı ihlali veya haksız rekabet hali yaratmadığı; ayrıca ihlal yaratmayan uygulamaların dürüst ticaret uygulaması (*fair use*) içerisinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu incelmemizde ortaya koyulmuştur. Dürüst kullanım konusunda Milletlerarası Ticaret Odasının tavsiye niteliğindeki kriterleri esas alınabilir. Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan Hukuku, arama ağı reklamcılığına ilişkin uyumsuzlukları çözme hususunda nispeten yeknesak bir çözüm yolu izlemektedir. Bu nedenle her iki hukuk sisteminden de yararlanılması gerekmektedir. Teknik açıdan ülkemizden ileri bir düzeyde bulunmaları nedeniyle de, AB ve ABD Hukuk düzenlerindeki sorunlar önceden görülebilecek ve ülkemizde yürütülecek yasama faaliyetinde bu hususlar dikkate alınabilecektir. Nitekim bu konudaki tartışmalar, hızla ilerleyen teknoloji ile koşut olarak önümüze yeni problemler şeklinde çıkacaktır.

BK'nın yanında TTK ve Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile özel hukuk anlamında bir kusur sorumluluğu düzeni, internet servis sağlayıcıları açısından da uygulanabilir bir hale gelmiştir. Yukarıda anılan mevzuat ile internet girişimcileri de, kendilerinin karşılaşacakları hükümleri görerek girişimde bulunma fırsatına kavuşmuşlardır.

İşaretin internet üzerinde kullanılmasına ilişkin marka uyumsuzluklarında, işaretin markasal anlamda kullanılıp kullanılmadığının her somut olay için araştırılması gerekir. Türk uygulamasında, geneleksel marka kullanımının verdiği alışkanlıkla, işaretin markasal olup

olmadığı yeterince araştırılmadan hüküm kurulduğu gözlemlenmektedir. Oysaki internet ortamındaki uyumsuzluklarda, kullanılan işaretin kullanım şekli de büyük önem taşımaktadır. Bir marka hakkının zedelenmesi için, onun marka işlevinin zarar görmesi gerekliliği yönündeki prensipten hareketle, işaretin markasal kullanımının ve bu kullanımın markanın hangi işlevlerine zarar verdiği tespit edilmelidir.

İnternet çağının her geçen gün kullanımımıza sunduğu yenilikler göz önüne alındığında, kullanılan işaretlerin marka hakkı ile olan ilişkisinde esnek davranılması ve gelişen teknolojilere karşı açık olunması gerekir.

İnternet sùjelerinin ticari iletişime ilişkin sorumluluk rejiminin özel olarak düzenlenmesi son derece isabetli olmuştur. Ancak bu düzenlemeye, internet servis sağlayıcıların denetimine ilişkin global bir denetim yükümlülüğü yüklenemeyeceğine ilişkin bir maddenin eklenmesinin olumlu olacağı kanaatindeyiz.

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısında, yer sağlayıcıların geçici belleğe alarak iletimi ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Hâlbuki gerek AB Yönergesinde gerekse ABD düzenlemelerinde, üç farklı iletim şeklinin olduğu gözlemlenmiştir. Bu nedenle, doğrudan iletim ve depolama ile ilgili de ayrı hükümlerin bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Hiç değilse, 9. maddede belirtilen durumların doğrudan iletim yapan ve depolanan sağlayıcılar hakkında da uygulanacağına ilişkin bir ek yapılabilir.

TTK m. 58/f. 4 ile haksız rekabet konusunda “bilişim işletmelerinin” sorumluluklarının düzenlenmesini de olumlu karşılıyoruz. Ancak hükmün lafzında belirtilen sorumsuzluğa ilişkin vakıaların hukuki sonucu olan “dava açılmaz” ifadesinin “*sorumsuzluk*” temelinde bir ifade ile değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

TTK m.58/f. 4 ile Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı arasında uyumsuzluk tipine göre özel hüküm - genel hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Elektronik ticaretin ilişkin uyumsuzluklarda Tasarı özel hüküm olarak uygulanmalıdır. Şunu hemen belirtelim ki, her iki düzenlemenin benzer yapısı nedeniyle, uygulamada herhangi bir sorun çıkmayacağını düşünüyoruz.

Türk ihtiyati tedbir uygulamasında, internet servis sağlayıcıların tarafı olduğu uyumsuzluklarda ihtiyati tedbir kararlarının son derece kolay verildiği gözlenmiştir. TTK m.

58 ve HMK'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin yeni rejimi göz önüne alındığında, artık verilecek tedbir kararında servis sağlayıcının da cevaplarının alınması gerekmektedir. Eğer bir tedbir kararı verilecekse, bu kararın da internet servis sağlayıcının ticari hayatını ve ekonomik özgürlüğünü bitirmeyecek düzeyde verilmesi gerekir. Mümkünse, tedbir kararının sadece hukuka aykırılık teşkil eden unsurlara ilişkin olması gerekir.

İnternet ortamında ortaya çıkan ticari nitelikli uyuşmazlıklarda yetkili hukukun belirlenmesinde ticari akış teorisi esas alınabilir. Bu kapsamda, ticari iletimin yöneldiği kitle ve bölge tespit edilebilir. Böylece uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıdığı hallerde mahkemenin milletlerarası yetkisi ve uygulanacak hukuk belirli olur.

GİRİŞ

İçinde bulunduğumuz yüzyılın en önemli yeniliklerinden biri olan internet gün geçtikçe hayatımıza daha çok nüfuz ediyor. İletişim, sağlık, ulaşım, milli güvenlik ve eğitim gibi devletin ve insanlığın neredeyse her faaliyetinde kullanım alanına sahip olan internet, milyonlarca kişiyi birbirine bağlamaktadır. Bu bağlantı ile dünya üzerindeki hemen her bilgi veya veri, tüm dünyaya servis edilebilmekte böylece toplumda sosyal ve ekonomik birçok gelişme meydana gelebilmektedir.

İnsanların reel yaşamlarındaki işlemleri internete aktarması, elektronik ticaretin ve buna bağlı olarak reklamcılığın gelişiminde de büyük rol oynamıştır. Başlangıçta e-ticaret ile ilgili yaşanan problemler, internet üzerinden yapılacak işlemlerin güvenliği, kişisel verilerin nasıl kullanılacağı ve işleme konu ürünün niteliği ile ilgili meseleler olarak ortaya çıkmıştır. Bu problemler günümüzde varlıklarını niteliği değişmiş olarak devam ettirmektedir. Ancak başlangıç dönemindeki güvenlik ve veri koruması gibi diğer sorunların günümüzde kısmen çözüldüğünü gözlemlemekteyiz. Bu sayededir ki, milyonlarca internet kullanıcısı, günlük işlemlerinden büyük yatırımlarına kadar internet mecrasını kullanır hale gelmiştir.

Reel yaşamın internet ortamına aktarılması sırasında kullanılan yöntemlerin değişkenliği, bu alanda koyulacak kuralların da teknolojik gelişmeler ile koşut bir yapıda olması gerektiğini göstermektedir. Nitekim sanal ortamın getirdiği teknik imkânlar bakımından ifade özgürlüğünün tesisi, kişisel verilerin korunması, elektronik ticaret amacıyla yapılan sözleşmelerin/işlemlerin sınırlarının ne olacağı ve fikri mülkiyet haklarının korunması gibi bir takım problemler şekil değiştirerek gündemde kalmaya devam etmektedir. Zaman zaman otoritelerin internet alanını sıkı biçimde denetleme girişimlerini de gözlemlemekteyiz. Oysaki bu alanda yapılan genel sınırlama çalışmaları, teknolojideki baş döndürücü gelişmeler karşısında artık çaresiz kalmıştır. Bu nedenle otoriteler, internet ortamındaki sùjelerin hak ve sorumluluklarını esnek biçimde ve ayrıntılarıyla düzenleme zorunluluğı duymuşlardır. Anılan düzenlemelerle, bir yandan internet kullanıcılarının birbirleri ile ilişkileri; diğer yandan internet servis sağlayıcılarının kullanıcılar ve devlet otoriteleri ile olan ilişkileri düzenlenmiştir. Bağımsız internet girişimcilerinin de içinde olduğu bu süreç sonunda, e-ticaretin gelişimi, tüketici hakları, kişilik hakları ile fikri ve sınai hakları arasında kurulması zorunlu olan denge tesis edilmeye çalışılmıştır.

İncelememizde temel olarak üç mesele üzerinde durulacaktır. Bunlardan ilki, internet ortamında meydana gelen marka hakkı ihlallerinin saptanmasına ilişkindir. Yabancı mahkeme kararlarında belirtildiği gibi internet üzerindeki marka ihlallerine karşı “esnek” davranılıp davranılmaması gerekliliği halen tartışmalı bir husustur. Bu bölümde, geleneksel marka hakkı ihlalleri ile internet ortamındaki ihlaller arasındaki benzerlik ve farklılıklar ortaya koyulacaktır. ABD ve AB Adalet Divanının gelişen teknolojilere ilişkin hukuka aykırılıkları değerlendirmedeki esnek yaklaşımı, marka hakkı ve haksız rekabet bağlamında ele alınacaktır. Bu bölümde ayrıca reklam tipleri ile internet reklamcılığı yöntemleri de karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bu kapsamda, arama motoru reklamlarının karşılaştırmalı reklam teşkil edip etmediği üzerinde de durulacaktır. Yine ABD’de ortaya çıkan “*ticari söylem doktrini*”, “*ilk ilgi karışıklığı teorisi*” ve “*ticari akım teorisi*” gibi Marka ve Bilişim Hukukunda ortaya çıkan teoriler de detaylarıyla inceleme konusu yapılacaktır.

İkinci mesele, internet sükjelerinin özel hukuk karakterli bir hukuka aykırılıktaki sorumluluk rejimine dairdir. İçerik hakkında herhangi bir aktif irade beyanı olmayan internet servis sağlayıcılarının marka hakkı ihlali veya haksız rekabetten ne zaman sorumlu olacağı konusu, son günlerin en çok tartışılan konularından biridir. Teknolojinin gelişimine paralel olarak geliştirilen yeni iş süreçlerinin de sorumluluk rejiminin paylaşılmasına etkisi oldukça büyüktür. Bu nedenle, özellikle internetin teknik altyapısını veya içerikten “*bağımsız*” hizmet veren internet servis sağlayıcıların reklamlar yoluyla ortaya çıkan marka hakkı ve haksız rekabetten doğan sorumlulukları üzerinde durulacaktır.

Üçüncü mesele ise, fikri ve sınai haklara ilişkin Türk uygulamasına ilişkin konularla ilgilidir. Bu bölümde, Türk uygulamasının internet ortamındaki uyuşmazlıklara yabancı olması nedeniyle ortaya çıkan problemler incelenecektir. Bu konularda internet servis sağlayıcılara karşı ihtiyati tedbirin onların ekonomik faaliyetini bitirecek şekilde uygulanıp uygulanmadığı, erişimin engellenmesinin mümkün olup olmadığı, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin ne olacağı gibi sorunları örnek gösterebiliriz.

Yukarıda ortaya koyulan meseleler irdelenirken, özellikle internet ortamında haksız fiilin özel biri türü görünümündeki, marka ihlali ve haksız rekabet durumunun

internet reklamları yoluyla ortaya çıkardığı durumlar esas alınacaktır. Geleneksel problemlerin sanal ortama aktarılmasının bir sonucu olarak, insanların onları kavrayış biçimleri değişmiştir. Bu değişiklik kendisini, sadece bu alana has mevzuatın oluşumunda da göstermiştir. Bu nedenle incelememizde geleneksel marka hukuku ve onun bilişim hukuku ile temas eden noktaları ABD, AB Adalet Divanı ve Yargıtay kararları ile zenginleştirilerek aktarılmaya çalışılacaktır.

İncelememizde, internet çağının geleneksel markaya olan etkisi ve interaktif reklamcılık modelleri ele alınacaktır. Sonrasında internet servis sağlayıcıların özel hukuk anlamındaki sorumluluk rejimi çizilerek, marka hakkı ihlalinden dolayı internet servis sağlayıcılarının sorumluluğu ortaya koyulacaktır. Son olarak ise anılan durumlarda ortaya çıkan hukuki sorunların çözümü için başvurulacak hukuki imkânlar tartışılacaktır.

1 § REKLAMLAR VE İNTERNET REKLAMCILIĞI

I. Genel Olarak Reklam

A. Reklam Kavramı ve Hukuki Niteliği

Her geçen gün ticari alana birçok yeni ürün arz edilmektedir. Alıcı kitlesinin bu ürünlerden haberdar olması, anılan ürünlerin tanıtımı yapılarak gelir elde edilmesi ve serbest piyasa koşullarına göre üreticilerin birbiriyle rekabete girmesi reklamlar yoluyla mümkün hale gelmektedir.¹ Reklam kavramı, birçok mevzuat hükmü ve doktrin kaynaklarında çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Milletlerarası Ticaret Odasının reklam uygulamacıları için yayınladığı Reklamcılık Uygulamalarına İlişkin Uluslararası Kurallarda reklamı şöyle tanımlamıştır: “*reklam terimi, en geniş anlamıyla, kullanılan mecraya bakılmaksızın ve ambalaj, etiket ve satış noktası malzemeleri üzerindeki reklam mesajları da dâhil olmak üzere, mal, hizmet ve olanaklar için yapılan her türlü reklamı kapsamaktadır.*”²

Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Avrupa Birliği Yönergenin 2. maddesi: reklamı, bir ticari işle veya meslek sanatla ilgili olarak, haklar ve borçlar da dâhil olmak üzere, malların ve hizmetlerin sürümünü arttırmak için yapılan tanıtım

¹ **ARKAN Sabih**, Avrupa Topluluğu’nda Karşılaştırmalı Reklamlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2001, C. XXI, S. 1, s. 21.

² ICC International Code of Advertising and Marketing Communication Practice; İlgili doküman için: <http://www.iccwbo.org/policy/marketing/id8532/index.html> (22.01.2012).

faaliyeti olarak tanımlamıştır.³ Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanunda (TKHK) reklamlar ile ilgili doğrudan bir düzelleme yapılmamıştır. Ancak Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 4. maddesinde bir reklam tanımı verilmiştir. Buna göre ticari reklam ve ilan: “*mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayınlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu*” ifade eder. Doktrinde de yasal düzenlemelere paralel şekilde: Bir malın veya hizmetin sürümünü arttırmak için yapılan her türlü tanıtım faaliyeti reklam olarak nitelemiştir.⁴ Bunun yanında reklam, ihtiyaç fikrini yaratan ve ihtiyacın giderilmesi için alıcıyı yönlendiren bir araçtır.⁵

Reklamın her şeyden önce -aşağıda açıklandığı üzere- ticari amaç güden bir irade beyanıdır.⁶ Bu nedenle reklamın hukuki niteliği sözleşme serbestisi ve rekabet etme özgürlüğüne dayanır.⁷ Reklamın tüketicileri belirli bir hareket tarzı izleyerek tanıtılan ürünü almaya yönlendirmesi bakımından sözleşme öncesi sorumluluğa (*culpa in contrahendo*) yol açabilecek bir irade açıklaması olabileceğini de ekleyelim. Bu kapsamda, reklamları icap⁸ veya icaba davet⁹ olarak nitelendirmenin mümkün olduğu doktrinde ifade edilmiştir.¹⁰ *Göle*, reklamların daha ziyade icaba

³84/450/EEC; İlgili hükmün İngilizce metni için: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31984L0450:en:NOT> (22.01.2012).

⁴**İNAL Emrehan/BAYSAL Başak**, Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2008, s. 6; **ŞAHİN Oğuz**, Örtülü Reklamın Yaygınlaşma Nedenleri ve Hukuk Sistemindeki Yeri, Ankara, 2004, s. 4; **GÖLE Celal**, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, Ankara, 1983, s. 34; **OKAN Neval**, Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet, Ankara, 2011, s. 37.

⁵ **BOZBEL Savaş**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara, 2006, s. 28.

⁶ İrade beyanı, belirli bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin istek ve iradenin herhangi bir şekilde dış dünyaya açıklanması, aksettirilmesidir. Bir irade beyanının olup olmadığı güven teorisine göre belirlenir. Bir kimse belirli bir davranışı kendine karşı yöneltilmiş bir irade beyanı saymakta haklıysa; o davranış irade beyanının tüm unsurlarını taşımasa da irade beyanı olarak sayılır. (**OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami**, Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, İstanbul, 2003, s. 128; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. I, İstanbul, 2008, § 12 N. 2; **EREN Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003, s. 118; **DURAL Mustafa/SARI Suat**, Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, C. I, s. 152.).

⁷ İşbu özgürlüğün temelini: Anayasa m. 48 ve Borçlar Kanunu m. 1 oluşturmaktadır.

⁸ İcap, bir sözleşme kurulması için gerekli bütün unsurları içinde barındıran ve muhatabına yönelmiş bir irade beyanı olarak tanımlanabilir. (**EREN**, s. 219; **OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009, s. 45.)

⁹ İcaba davet, irade beyanı yöneltilen kişinin bir sözleşme müzakeresine çağırılması olarak tanımlanabilir. Bu beyanın icaptan farkı, kabul ile sözleşmenin kurulamamasıdır. (**EREN**, s. 222).

¹⁰ **GÖLE**, s. 43; **ÜREY Yelda**, Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, *yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2010, s. 10, dpn. 20’de anılan yazarlar.

davet olduğunu belirtmiştir.¹¹ Hakikaten radyo ve TV aracılığıyla yapılan reklamlarda tanıtımı yapılan ürün ile ilgili yapılan tanıtımlar genel itibariyle icaba davet niteliğindedir. Zira bu tarz yayınlarda, tanıtılan ürünün alıcı kitlesinin aktif bir şekilde tanıtım faaliyetine cevap vermesi (kabul beyanı) mümkün değildir.

İletişim alanındaki yeniliklere paralel olarak, TV veya radyodan doğrudan satış yöntemleri geliştirilmiştir. Doğrudan satış yöntemleri neticesinde reklamın muhatapları, telefon yoluyla sipariş verebilme imkânına kavuşmuştur. Böylece reklamın niteliği anılan durumlarda icap niteliğini almıştır. Günümüzde e-ticaretin güvenli bir alışveriş ortamı yaratması neticesinde, internet reklamlarının bağlı olduğu linkler takip edilerek kolayca tanıtılan ürün satın alınabilmektedir. İnternet ortamında alıcı kitlesi, aktif bir rol üstlenerek gideceği yönü kendi belirlemektedir. Bu nedenle, internette yayınlanan bir reklamın sözleşmenin kurulmasına ilişkin bütün unsurları taşıyan bir icap olarak nitelendirilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Kanaatimizce, özellikle internet alanındaki reklamların büyük bir kısmının icap niteliğinde olduğu söylenebilir.

İcap ile ilgili açıklamalarımızın sadece sözleşmenin kurulması açısından gerekli unsurları taşıyan icaplar açısından dikkate alınması gerektiğini ifade edelim. Diğer bir deyişle, doğrudan satış yöntemi benimsense dahi sözleşmenin kurulması için bütün unsurları taşımayan bir irade beyanının icap olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.

B. Reklamın Unsurları ve Çeşitleri

İlk bölümde yapılan tanımın, reklamın unsurlarının da ortaya koyduğu görülmektedir. Buna göre, reklamın üç unsurdan meydana geldiğini ifade edebiliriz. Bunlar: 1) Tanıtım faaliyeti, 2) Ticari Amaç ve 3) Reklam yapma iradesi olarak sıralanabilir.¹² Bir ifade açıklamasına reklam sıfatını verilmesi için yukarıda sayılan unsurların her birlikte bulunması gerekmektedir. Ticari Söylem Doktrini uyarınca, bir ifade açıklamasının reklam olup olmadığı saptandıktan sonra hukuka uygunluk denetimi, marka hakkını ihlal edip etmediği gibi hususlar değerlendirilmelidir. Aksi halde unsurları taşımayan bir ifade reklam olmayacağı için, Haksız Rekabet ve

¹¹ GÖLE, s. 45.

¹² Sınıflandırma için bkz: GÖLE, s. 35; İNAL/BAYSAL, s. 7; ŞAHİN, s. 5; ÜREY, s. 21; OKAN, s. 39.

Marka Hukuku açısından hukuka uygunluk denetimine elverişli olmayan bir durum ortaya çıkacaktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 16/f. 2 uyarınca: “*tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam*” yapılması yasaklanmıştır. Kanunun bu hükmü, hukuka uygun ve uygun olmayan reklam çeşitlerinin ortaya koyulması açısından önemlidir. Bu kapsamda reklamları, Reklam Hukuku açısından hukuka uygun ve uygun olmayan reklamlar olarak sınıflandırabiliriz. Ancak biz incelememizi internet alanındaki reklamlar yoluyla meydana gelen marka ihlalleri ve haksız rekabet halleri ile sınırladığımız için 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 55. maddesinden yararlanacağız.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 55/f. 1 – (a) maddesinde reklamlara ilişkin haksız rekabet durumları örneksene yöntemiyle sayılmıştır.¹³ Buna göre: “*a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;*

1. *Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla **kötülemek,***

2. *Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında **gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak** veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,*

3. *Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine **hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak** veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,*

4. *Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile **karıştırılmaya yol açan önlemler almak,***

¹³ 6102 sayılı TTK'nın Haksız Rekabete ilişkin hükümleri İsviçre Haksız Rekabet Kanununun 3-8 arasındaki maddelere uygun olarak altı kategori halinde örneksene yöntemiyle düzenlenmiştir (OKAN, s. 26.).

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,**

6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, **kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak;** şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,

7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında **yanıltmak,**

8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle **saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,**

9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, **yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak,**

10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden **belirtmemek,**

11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin **açık beyanlarda bulunmamak,**

12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin **eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak.**” fiillerinin haksız rekabet yarattığı kabul edilmiştir.

6102 sayılı TTK'nın yukarıda sayılan hükmü esas alındığında, marka hakkının ihlaline veya haksız rekabete meydan veren reklam çeşitlerini: 1) Aldatıcı, 2) İstismar Edici, 3) Kötüleyici, 4) Örtülü ve 5) Karşılaştırmalı Reklamlar olarak

sıralayabiliriz. İnceleme konumuzun bütünlüğü açısından anılan reklam türleri konusundaki açıklamalarımıza burada son veriyoruz.

C. İnteraktif Reklamcılık

İnternet reklamcılığı konusunda geçiş yapmadan önce incelememizin temelini oluşturan reklam kavramı bir kez daha hatırlatmakta fayda görüyoruz. Reklam, belirli bir kaynaktan ücret karşılığı olarak çeşitli formlara bürünerek yayınlanan öyle bir iletişim aracıdır ki, muhataplarını şimdi veya gelecekte belirli bir fiili/davranışı icra etme konusunda ikna etmekte kullanılır.¹⁴ Bu tanımdan hareketle, internet reklamcılığını da, reklamların tanımındaki işlevleri yerine getirebilecek araçların internet âlemindeki bir çeşidi olarak tanımlayabiliriz.¹⁵ Kulağa basit bir tanım gibi gelse de, internet reklamcılığı içinde farklı hukuk disiplinlerini barındıran bir yapıya sahiptir.

İnternet reklamcılığı her geçen gün gelişmekte ve reklamcılık sektöründeki yerini gün geçtikçe sağlamlaştırmaktadır. İnternet reklamlarından sağlanan gelir, 2004 ve 2005 yılları arasında %30'luk bir büyüme gerçekleştirerek, 12,5 milyar Amerikan Doları seviyesine ulaşmıştır. Bu rakam tüm reklam gelirlerinin %8'ine tekabül etmektedir.¹⁶ İnternete erişim sağlayan telefon, TV, tablet, bazı oyun sistemlerinin de internet reklamcılığına muhatap olduğu göz önüne alındığında reklamın hitap ettiği çevrenin ne denli geniş(lemekte) olduğu daha iyi anlaşılacaktır. *Pew Internet & American Life Project* adı altında yapılan araştırmalarda, 7. sınıf ve üzeri çocukların %82'sinin internet erişim olanağına sahip olduğu, 18-34 yaş aralığındaki kişilerin %80'inin ve 50-64 yaş aralığındaki kişilerin %60'ının aktif internet kullanıcıları olduğunu ve tüm kullanıcıların günde ortalama 6,5 saatini internette gezinti yaparak harcadıkları ortaya koyulmuştur.¹⁷

Online iletişim ihtiyacının internet yoluyla giderilesinin birçok yolu bulunmaktadır. Bu yollardan en çok bilinenleri, elektronik posta, anlık mesajlaşmayı ve görüntülü

¹⁴ **RICHARDS J. I./CURRAN C. M.**, Oracles on “advertising”: Searching for a definition, *Journal of Advertising*, 31(2), 2002, s. 74.

¹⁵ **McMILLAN J. Sally**, *Internet Advetising: One Face or Many?*, *Internet Advertising Theory and Research*, New York (ABD), 2007, s. 16.

¹⁶ **THORSON Ester/ DUFFY Margaret/ SCHUMANN W. David**, *The Internet Waits for No One*, *Internet Advertising Theory and Research*, New York (ABD), 2007, s. 3.

¹⁷ **THORSON/DUFFY/SCHUMAN**, s. 4.

konuşmayı mümkün kılan programlar, alışveriş siteleri, politik kampanyalar, anket çalışmaları, bloklar ve/veya her tür sosyal ağlar (arkadaşlık, iş yaşamına özel vs.) sayılabilir. İnternet kullanıcılarının olduğu her yer aslında internet reklamcılığının doğal yaşam alanıdır. Öyle ki, internet kullanıcılarının internet araçlarını tercih etmesindeki motivasyon farklılıkları reklamcılık alanında da yepyeni deneyimlerin ortaya çıkmasına fırsat vermektedir. İşte internet alanındaki uyuşmazlıkların çözülmesindeki en büyük engeli de, işte bu yepyeni deneyimler yaratmaktadır.

İnternet reklamcılığının karakterini gözlemlediğimizde birbirinden farklı formda birçok araçla karşılaşırız. İlk bakışta, internet sitelerinin kenarlarında yer alan veya yazıları çevreleyen banner (afiş) ve sayfaya giriş yaptığımızda kendiliğinden açılan pop-up¹⁸ gibi araçlar klasik uygulamalar arasında sayabiliriz.¹⁹ Bunun yanında, online alışveriş sitelerinin, kurumsal şirket sayfalarının, arama motorlarının, istenmeyen e-maillerin (spam), oyun reklamcılığının (advergame), reklam unsuru olarak alan adlarının kötü niyetle kullanılması gibi pek çok şeyi de yine internet reklamcılığı uygulaması olarak görmekteyiz. Bu nedenle internet reklamcılığını hem diğer reklamcılık türlerinden ayırt etmek hem de internet üzerindeki uygulamaların hangilerinin reklam niteliğinde değerlendirilmesi gerektiği ile ilgili ölçünün ortaya koyulması gerekmektedir. Dört anahtar faktör bize yol gösterebilir:²⁰

- İnternet ortamında, reklamdan elde edilmek istenilen etkiler birleşmekte, eş söyleyişle etkiler hiyerarşisi kaybolmaktadır. Geleneksel reklamlarda, belirli bir ihtiyacın giderilmesine yönelik olarak belirlenen amaç doğrultusunda alıcı kitlesiyle önce dikkat çekilir, sonrasında ilişki geliştirilir ve işlem yapma iradesine dönüştürülür.²¹ Örneğin, ilk defa piyasaya çıkan bir marka ile ilgili olarak öncelikle alıcı kitlesini bundan haberdar etmesi, ilgisinin çekmesi ve sonrasında perakende satıma yönelik pazarlama faaliyetine girişilmesi gerekir. Bunun nedeni alıcı algılarındaki tanıma-karar verme sürecinden kaynaklanmaktadır. İnternet ortamındaysa, bannerlar marka hakkında

¹⁸Dikkat çekmek ya da e-postaları ele geçirmek amacıyla oluşturulmuş olarak kullanılabilen ve kullanıcının hedef web sitesine giderken ayrıca bir pencerede açılan reklam türüdür (**OKAN**, s. 87.).

¹⁹**GILLIERON Philippe**, Online Advertising Business Models and Distinctives Signs – Should One Rethink the Concept of Confusion, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2008, s. 200; **OKAN**, s. 86.

²⁰**McMILLAN**, s. 17.

²¹**EDWARDS Steven M.**, Motivations for Using the Internet and Its Implications for Internet Advertising, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007, s. 101.

farkındalık ve saygınlığına yönelik ilgi oluşturabilir; aynı anda alıcıları o reklama tıklama konusunda ikna ederek, perakende satım konusunda da pazarlama faaliyetini başlatabilir. Böylece bir taşla birçok kuş vurulması mümkündür.

- İkinci farklılık, TV reklamlarında pasif konumdaki alıcı kitlesinin internet ortamında aktif konumda olmasıdır. Geleneksel reklamlarda alıcı kitlesi tabiri caizse önüne ne koyulursa onunla yetinmek durumunda olan kimselerdir. Bu nedenle aktif olarak ticari ilişkiye girme hakimiyetini haiz değildir. Ancak internet reklamlarının interaktif bir iletişim sunması karşısında, alıcılar aktif olarak hem markayı tanıyabilmekte hem de hukuki işlem yapma kabiliyetini elde etmektedirler. Alıcı kitlesinin söz gelimi satın alacağı malı somut olarak görmeden, çok kısa bir süre içinde soyut şekilde ödeme yaparak elde etmesi; alıcı kitlesinin iradesinin marka veya haksız rekabet açısından incelenmesini zorunlu kılmasının sebebi de budur.
- Üçüncü farklılık, internet reklamcılığının müdahaleci yapısıdır. Müdahale ifadesi, burada alıcı kitlesinin internet deneyimini bir süreliğine kesintiye uğratma anlamında kullanılmaktadır. İkinci farklılıkta ortaya koyulduğu üzere, alıcı kitlesinin aktif bir eylemi sonucunda reklama erişim sağlanabilmektedir. Bu durum internet reklamcılarını internet sayfasına girildiğinde kendiliğinden açılan bir takım reklamlara veya spamming'e yönlendirmiştir. İnternet reklamcılığının bu müdahaleci yapısının hukuki sonuçlarına ilk ilgi karışıklığı teorisi (*initial interest of confision theory*) başlığında değineceğiz.²²
- Son farklılık ise, internet reklamcılığın çok yüksek bir oranda kişiye özel bir hal alabilmesinden kaynaklanmaktadır. Bunun nedeni internetin sağladığı yapay zekâdır. Arama motoruna yazılan ifadeler uygun olarak ortaya çıkan sonuç sayfası kenarındaki reklamlar veya şahsi maillerinizin kenarında bulunan ve mail içeriğiniz ile bağlantılı reklamlar, internet reklamcılığının nedenli kişiselleşebildiğini göstermesi bakımından önemlidir. Bu anlamda bire bir satış potansiyelinin, kendiliğinden programlanan bir program aracılığıyla

²² 3§/V. Bölüm / D – 2.

milyonlarca kişiye ulaşması mümkündür.²³ Anılan reklamların kişisel olması nedeniyle başarı oranının yüksek olduğunu da ekleyelim.

İnternet reklamlarının iki farklı boyutta ele alabiliriz. Bunlardan birincisi yerdir. Bazı reklamlar reklam sahası olmayan bir alanda konuşlanmış olabilir. Örneğin, haber metni içinde bazı kelimelere bağlanmış linkler şeklinde ortaya çıkabilir. İkinci boyut ise reklamın amacıdır.²⁴ İnternet reklamları, iletişim başlatmak, bilgi vermek veya referans olmak, doğrudan bağlantıya geçmek veya çeşitli hukuki işlemler yapmak amacıyla kullanılabilir. *Tablo-1*'de, internet reklam modelleri ve reklamcılarının bunları kullanmaktaki amaçları gösterilmiştir.²⁵

Reklamcılar kimi zaman, algılar hiyerarşisine uygun şekilde, sadece **iletişimi başlatmak** amacıyla reklam yapabilirler. Şu halde alıcıya gidecek mesaj, reklamı yapılacak marka hakkında farkındalık yaratmak ve marka bilinci inşa etmek üzere tasarlanır.²⁶ Bu tarz reklamlar, genellikle bir hyperlink'e (link bağlantısı) tıklanmasıyla kurulan bir bağlantı şeklinde alıcı kitleyle temas sağlar. Arama motoru reklamcılığı, çeşitli sponsorluk durumları, istem dışı alınan mailler (spamming) ve oyun reklamcılığı (Advergaming) yoluyla oyun içine gömülü bulunan marka reklamları, alıcı kitleleriyle markayı buluşturmaktadır.²⁷ **Bilgilendirme** amacıyla yapılan reklamlar, genellikle alıcı kitlesinin önüne ilgili olduğu internet sayfasında banner veya flash video şeklinde çıkabilmektedir. Uygulamacılar, banner şeklinde yapılan reklamların diğer şekiller arasında dominant bir yere sahip olduğunu ifade etmektedirler.²⁸ Bunun yanında, alıcı kitlesinin izniyle gönderilen e-mailler üzerinde reklamcılarının kontrollerinin arttığını da belirtelim.

İnternet reklamcılığıyla birçok etkileşimi aynı anda elde edebilen reklamcılar, alıcı kitlesinin işlem amacını ölçümleyebilmektedirler. İşlem yapan kullanıcıya uygulanan reklam metotları (pop-up, banner, arama motoru vs.), onun hangi niyetle işleme girdiğini göstermektedir. Alıcıların niyetinin ölçülenmesinin önemi, onların işleme girmesini sağlamak adına önem taşımaktadır. Bu noktada, bir mesajın ne zaman bir

²³ BLATTBERG R. C./DEIGHTON J., Interactive Marketing: Exploiting the age of addressability, Sloan Management Reviewe, 32(1), s. 13.

²⁴ McMILLAN, s. 19.

²⁵ Bakınız s. 223 vd.; Anılan tabloda günümüzde internet reklamcılığı yoluyla en sık kullanılan modeller sıralanmıştır.

²⁶ McMILLAN, s. 21.

²⁷ MARTİN B. A. S./van DURME J./RAULAS M./MERSISAVO M., Email Advertising, Journal of Advertising Research, 43(3), 2009, s. 293 vd.

²⁸ McMILLAN, s. 22.

işleme dönüştüğünün saptanması reklamların başarısı açısından kaçınılmazdır. Diğer yandan internet reklamcılığının e-ticarete dönüştüğü anın saptanması açısından da bu nokta önemlidir. Zira alıcı kitlesinin işleme girme iradesi internet reklamlarıyla oluşmaktadır. Sonuç olarak, internet reklamcılığının alıcıların geçeceği algı seviyelerini birleştirmesi, müdahaleci ve yönlendirici yapısı ve kişiselleşmiş uygulamaları, e-ticaret açısından birinci derecede önem taşır.²⁹ Alıcıları işleme yönlendirecek reklamların genellikle e-ticaret siteleri, arama motorları veya harici reklamlarda bulunabileceğini de belirtelim.

İnternet reklamcılığı konusunu ele alırken, onun dinamik ve hızla değişen yapısına uygun olarak olabildiğince değişime açık bir yorum tarzı izlenmesi gerektiğini not etmiştik. Bu nedenle incelememizde, kesin yargılardan çok ileride internet reklamcılığının kat edeceği yola koşut olarak bir takım çözümler sunulmuştur. Hâlihazır yasa metinleri ve olması gereken hukuk yönünden de kanaatimiz aktarılmaya çalışılmıştır.

II. İnternet Reklamcılığı ve Uygulama Modelleri

A. Genel Olarak

İnternet, birçok bilgisayar sisteminin birbirine bağlı olduğu bir iletişim ağıdır.³⁰ "Ağların ağı" olarak adlandırabileceğimiz internet, belirli bir protokol kümesi sayesinde dünyanın her yerindeki kullanıcıların birbiriyle erişim sağlamasına imkan veren bir araçtır.³¹ Sistemdeki bilgisayarlar birbirleriyle bilgisayar dili olarak nitelendirebileceğimiz TCP/IP (*Transmission Control Protocol/ Internet Protocol*) protokolü sayesinde bağlanabilmektedir. 1993 yılından bu yana İnternet, insanların her geçen gün gittikçe artan "üretilen bilgiyi saklama/paylaşma ve ona kolayca ulaşma" isteklerini tatmin eden teknoloji halini almıştır. Bu teknoloji yardımıyla pek çok alandaki bilgilere insanlar kolay, ucuz, hızlı ve güvenli bir şekilde erişebilmektedir. İnternet'i bu haliyle bir bilgi denizine, ya da büyükçe bir kütüphaneye benzetebiliriz. İnternet, önümüzdeki yıllarda üretilecek bilgilerin

²⁹ McMILLAN, s. 25.

³⁰ KAHN E. Robert / CERF Vinton G., What is The Internet?, http://www.cnri.reston.va.us/what_is_internet.html#THE_EVOLUTION_OF_THE_INTERNET (19.03.2012).

³¹ McMILLAN, s. 15.

dolaşım sistemidir. Ticari boyutunun da ortaya çıkmasıyla internet yaşamla daha çok iç içe geçmeye başlamıştır.

İnternetin hayatımıza girmesiyle, haberleri edinme şeklimiz, reklamlar, araştırma metotlarımız, Cumartesi gecesi planlarımız, dostlarımızla iletişim kurmamız ve daha sayamadığımız birçok şey değişti. Bu köklü değişim çocukluktan yaşlılığa ve onların arasındaki tüm nesilde etkili olmuştur. Bunun yanında hukuken koruma altında bulunan, fikri mülkiyet ve kişisel haklar gibi hukuki himaye gören değerler de internet yoluyla kolayca ihlal edilebilir hale gelmiştir. Oysa internet ortamı hukukun geçerli olmadığı bir alan değildir.³² Bu nedenle, araştırma konumuzu yukarıda sayılan faaliyetleri gerçekleştirirken bilinçli veya bilinçsiz olarak bizleri yönlendiren internet reklamcılığı konusunu ele alıyoruz.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 4/g maddesinde bir mecra tanımı verilmiştir. Buna göre mecra: “*reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri, ortamı*” ifade etmektedir. Bu kapsamda, reklamın yayınlandığı mecralar içinde internet ortamının da bulunduğu şüphesizdir.³³

İnternet kullanımının hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline geldiği bu günlerde, web uygulamalarının ve bunların sonuçları bir kat daha önem kazanmıştır. İnternet kullanıcılarının sayısında yaşanan büyük artış, tüketiciler açısından e-ticaretin daha güvenli hale gelmesi ve tüketicilerin her türlü mal ve hizmete kolayca ulaşabilmeleri gibi durumlar da bu önemi arttırmış ve arttırmaktadır. Pazardaki bu artış çeşitli online ve offline reklamcılık modelinin de ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu modelleri internet reklamcılığında günümüzde hâkim olan *İnternet Bütünleşik Pazarlama İletişimi Teorisi (Internet Integrated Marketing Communications (I-IMC) Theory)* kapsamında kısaca ele alacağız.³⁴

B. Uygulama Modelleri

IMC, aslında pazarlama stratejilerine getirilen ve pazarlamada yer alan reklamlar, insan kaynakları, satış promosyonları ve benzeri parçalara odaklanmak yerine,

³² **DAVIDSON Sandra**, From Spam to Stern: Advertising Law and the Internet, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007, s. 429.

³³ **ÜREY**, s. 24.

³⁴ **COYLE R. James/GOULD J. Stephen**, Internet Integrated Marketing Communications (I-IMC) Theory and Practice, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007, s. 69 vd.

pazarlamayı bir bütün olarak tahlil eder. Bu bakış açısı, kaynağı belirli olmayan bilginin tüketici zihnindeki imajı ile ilgilenmektedir. IMC temelinde, merkezi yönetim anlayışını ve web sayfasına ilişkin yönlendirme mekanizmaları yer almaktadır. Yani pazarlaması yapılacak bir markaya ait birçok site olmasına rağmen, bütün bilgi akışı tek bir merkeze yapılmakta; diğer yandan da alıcı kitlesi de buna uygun olarak web sayfası aracılığıyla yönlendirilmektedir.³⁵ Şimdi İnternet reklamcılığı alanında sıkça kullanılan modelleri kısaca özetleyelim:

- 1) **Hedef Web Sitesi** (*Destination Web Site*): İnternet üzerinden satış faaliyeti yürüten kişilerin rakiplerinin önüne geçmeleri için ürünleri hakkında daha fazla bilgi vermeye ve fazla ürün üretmeye ihtiyaçları vardır. Bu nedenle hedef web sayfalarında çok farklı kitlelere ilişkin mesajları bir arada barındırırlar. Örneğin, McDonald's'ın web sitesinde, markaya ve slogan, yakın restoranlara, ürünlere ait sağlık bilgilerine, ürün kataloğuna, genel olarak sağlıklı beslenmeye ile ilgili bilgilere, basında yer alan haberlere ve sosyal sorumluluk projelerine, işverenlik sorumluluğuna ilişkin bilgilere, satış kampanyalarına ve hisse sahiplerine ilişkin bilgiler bulunmaktadır.³⁶ Yani web sitesi, birçok farklı motivasyona sahip kişilere (tüketici, gazeteci, tüketici dernekleri, halihazır ve potansiyel yatırımcılar, çalışanlar ve hisse sahipleri... vs.) hizmet veren bir organizasyon konumundadır.
- 2) **Arama Motoru Reklamcılığı** ile ilgili olarak aşağıda ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır. Tekrardan sakınmak amacıyla ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.³⁷
- 3) **Banner Reklamcılığı**, doğrudan cevap ve marka itibarı yaratma konusunda etkili bir yoldur. Geleneksel olarak afiş gibi görünen banner reklamları, ona tıklayarak ilgili bilgiye ulaşma veya satın almaya yönelik hedef web sitesine yönlendirme işlevini görmekteydi. Günümüzde zengin medya (*rich-media*) uygulamalarının, banner reklamlarda animasyon veya videolara olanak tanınması, etkilerini çok daha fazla arttırmıştır. Zira banner reklamlara tıklayarak sayfadan ayrılmak zorunda kalmayan bir alıcı açısından, anılan reklamların en azından markanın itibarı konusunda bir fayda sağladığı açıktır. Buna karşı banner reklamlar doğrudan alıcı kitlesini işleme sokma amacı

³⁵ COYLE/ GOULD, s. 70.

³⁶ COYLE/ GOULD, s. 72.

³⁷ 3§/III. Bölüm

taşıyan türden reklamlardır.³⁸ Satın alma konusunda ise banner reklama tıklayarak hedef web sitesine gidilmesi gerekmektedir. Reklam üzerine işaretleyici ile gelindiğinde genişleyen veya otomatik olarak da açılan türler de mevcuttur. Sonuç olarak, banner reklamları, tıklayarak yönlendiren (*click-through*) ve tıklayarak doğrudan açılan (*click-within*) olmak üzere iki şekilde sınıflandırmamız mümkündür.³⁹ Banner reklamları, internet alanında kullanımları itibariyle de geleneksel reklam şekillerinden pek bir farklılık göstermemektedirler. Banner (afiş) reklamlarını, web duvarına yapıştırılan bir afiş gibi de düşünebilir. Bu nedenle, sorumluluk rejimi açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir.

- 4) **E-Mail⁴⁰ Reklamlarını** iki farklı kategoride değerlendirebiliriz. Bunlardan bir tanesi doğrudan e-mail hesabına gelen e-mailler; diğeri ise başkaca bir e-maili açarken kenarda görünen ve içerik ile bağlantısı olmayan türden reklamlardır. Doğrudan hesaba gelen reklamlar, geleneksel olarak broşür veya afiş ile yapılmak istenen türden reklamcılık amaçlarına hizmet eder.

Dolaylı olarak e-mail içeriğinin kenarında yer alan ve kullanıcının e-mail metninde yazdığı ifadeler veya e-maili gönderdiği kişinin adresinin bağlantısıyla ilgili olarak, alıcı kitlesinin doğrudan tepkisini almak üzere kullanılmaktadır. Bu tür reklamcılıkta, kullanıcıların ticari olsun olmasın bütün yazışmaların reklam verenlerle bağlantısı kullanılmaktadır. Örneğin, Amerika'daki bir arkadaşınıza X marka telefon almak istediğinizi e-mail yolu ile yazdığımızda, ondan gelen cevap mailinin kenarında X marka telefon ile ilgili reklamların gözükmesi mümkündür. E-mail içeriğindeki kelimelerin dahi reklamcılık ile ilgili olarak kullanılması iletişim özgürlüğü ve kişisel verilerin gizliliği konusunda eleştiriye uğrayabilecek türdendir.⁴¹ Bu nedenle

³⁸ **Lİ Hairong/LECKENBY D. John**, Examining the Effectiveness of Internet Advertising Formats, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007, s. 212.

³⁹ **COYLE/ GOULD**, s. 73.

⁴⁰ Tanım için bakınız: 2002/58 sayılı AB Yönergesi, m. 2/(h).

⁴¹ Bu noktada kişisel verilerin tanımının da ortaya koyulmasına ihtiyaç olabilir. Zira ağ içinde herhangi bir faaliyetin yürütülebilmesi için kullanıcıya ait çeşitli bilgilerin kullanılması gerekmektedir. 95/46 sayılı AB Direktifinde kişisel verilere ilişkin olarak yapılan tanım, onun içerik, amaç ve sonucuna yönelik yapılmıştır. Bu nedenle teknik bir veri tanımlaması yapılmamıştır. Bu yaklaşımın en önemli yararı, kişisel veri kavramının farklı teknik ortamlarda kullanılmasına ve tanımlanmasına imkan sağlamasıdır (**BAYRAM Hanifi Mehmet**, Avrupa Birliği ve İnternet Hukuku, Ankara, 2011, s. 25.). Bu kapsamda kişisel veri: "belirli veya belirlenebilir gerçek kişilere ait bütün bilgileri ifade eder" (**BAYRAM**, s. 42.).

e-mail sunucuları, e-mail reklamları konusunda kullanıcıya onları tamamen bloke etme veya bazılarını yasaklama konusunda bir imkân tanımıştır.⁴²

- 5) **İstenmeyen E-mailler (Spamming)** ile ilgili olarak aşağıda ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır. Tekrardan sakınmak amacıyla ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.⁴³
- 6) **Online Sponsorluk** şeklindeki reklamlarda, pazarlamacılar, kendi hedef kitlesinin bağlantılı olabileceğini tahmin ettikleri web sayfa içeriklerine sponsor olabilmektedirler. Örneğin, bir video paylaşım sitesinde popüler bir rock müzik videosunun çevresini, başka bir rock müzik videosunun reklamlarının bulunması online sponsorluğun yalnızca görünümünden bir tanesidir. Online sponsorluğun en etkili olduğu reklamlar, sponsor olunan faaliyetin marka ile bütünleştiği durumlarda ortaya çıkar. Söz gelimi bir kamera markasının film festivaline sponsorluk yaptığı veya bir enerji içeceği markasının büyük bir spor müsabakasına sponsor olduğu hallerde, alıcı kitlesi, o etkinliklerde meydana gelen tüm ürünler veya olayların kendi zihninde oluşturacağı imaj ile markanın imajını birleştirir.⁴⁴ Böylece sponsor markanın imajı itibar kazanmış (*branding*) olur.
- 7) **Oyun reklamcılığı (Advergame)**, alıcı kitlesinin reklamlara yönelik negatif motivasyonun önüne geçmek adına ortaya çıkmış bir türdür.⁴⁵ Buna göre, oyun sırasında zevk alan ve onu isteyerek oynayan kullanıcının algıları ticari reklamlar konusunda daha açıktır. Bu ön kabulden hareket eden reklamcılar, online ve offline oyunlara reklam vermeye başlamışlardır.⁴⁶ Kullanıcıların oyun sırasında reklamı yapılan markaya ilişkin hedef web sitesine gitmesinin beklenmemesi nedeniyle, marka yaratma amacıyla kullanılmaktadır. Bu tarz reklama maruz kalan kitlenin zihninde sponsorluk amacıyla yapılan reklamlara benzer bir imaj uyanmaktadır.

Yukarıda anılan internet reklamcılığı türlerinin genel olarak iki sınıf amacının bulunduğu söylenebilir. Bunlar, alıcı kitlesinden doğrudan yanıt almak

⁴² Bu konuda örnek olarak bkz: G-Mail, <https://www.google.com/settings/ads/preferences/?hl=tr> (25.03.2012).

⁴³ 3§/IV. Bölüm.

⁴⁴ COYLE/ GOULD, s. 74.

⁴⁵ LEE Mira/YOUN Seounmi, Leading National Advertisers' Uses of Advergames, Journal of Current Issues and Research in Advertising, Vol. 30, N. 2, Fall 2008, s. 1 vd.

⁴⁶ LÍ/LECKENBY, s. 217.

ve/veya marka bilinci oluşturmak olarak tanımlanabilir.⁴⁷ İnternet reklamcılığının doğasını özetlemek gerekirse: bağlılık, sıklık, erişim ve yapışkanlık kelimeleri yeterli olacaktır.⁴⁸ IMC teorisi uyarınca, birçok reklam mesajının tek bir internet aracına yüklenmek istenmesinin nedeni, tüketicinin sadece hızlı değil; aynı zamanda karmaşık taleplerinin bulunmasından kaynaklanmaktadır. Elbette reklamcılık piyasasındaki rekabetin tüketici beklentilerine olan etkisini de göz ardı etmemek gerekir.

2 § MARKANIN REKLAMLARDA KULLANIMI

I. Marka Kavramı ve Hakkı

A. Marka Kavramı

Ekonomik hayatın vazgeçilmez unsuru olan markanın, her hukuk sistemine göre farklı bir tanımının olması, yeknesak bir tanımın verilmesi bakımından büyük güçlükler neden olmaktadır. Bu nedenle Dünya Ticaret Örgütüne mensup üye devletlerin girişimleri ile fikri mülkiyet alanına ilişkin ortak bir metin meydana getirme çalışmaları başlamıştır.⁴⁹ İşte bu gerekliliğin sonucunda TRIPS (Ticaret İle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) ortaya çıkmıştır. Anılan anlaşmanın 15. maddesinde, marka kavramı ve hakkının kapsamı tanımlanmıştır.⁵⁰ İşbu tanımlamalar, Dünya Ticaret Örgütünün bir üyesi olan Türkiye'nin mevzuatına da yansıdığı için iç hukuk kurallarımız ile anlaşma arasında büyük paralellikler mevcuttur. Çalışmamız açısından bize rehberlik edecek diğer iki düzenleme ise, Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hükümlerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104 Sayılı Birinci Yönergesi ve 40/94 Sayılı Topluluk Markasına İlişkin Tüzüktür.⁵¹

⁴⁷ https://adwords.google.com/support/aw/bin/static.py?hl=tr&topic=23613&guide=23611&page=guid_ecs&answer=151865 (24.09.2011)

⁴⁸ COYLE/ GOULD, s. 82.

⁴⁹ TRIPS 'in ortaya çıkış amacı, aynı anlaşmanın giriş bölümünde şu şekilde ifade edilmiştir: "Uluslararası ticaretteki engelleri ve bozuklukları azaltmak isteğiyle fikri mülkiyet haklarının korunmasında yeterliliği ve etkinliği artırma ihtiyacını göz önüne alarak, fikri mülkiyet haklarının uygulanmasına ilişkin usul ve önlemlerin bizzat yasal ticaret için bir engel oluşturmamasını sağlamak ..."; KIRCI N. Berkay, Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı, Ankara, 2009: s. 9.

⁵⁰ UZUNALLI Sevilay, Avrupa Birliği 'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İle Bağlantılı Kavramların Yorumu, İzmir, 2008, s.27.

⁵¹ UZUNALLI, s. 30.

Markaların Korunması Hakkında 556 Sayılı KHK (MarkKHK) m. 5'uyarınca: "Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün⁵² mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları⁵³ dahil, özellikle sözcükler⁵⁴, şekiller⁵⁵, harfler, sayılar (Ek ibare: 4128 - 3.11.1995) "malların biçimi veya (Değişik ibare: 5194 - 22.6.2004 /m.12) "ambalajları"" gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir." Anılan madde metninde sadece markanın tanımı yapılmamış, ayrıca marka olarak tescil edilebilecek işaretler de örneksene yöntemi ile sayılmıştır.⁵⁶ Yine Markalar Kanunu Tasarısı Taslağının 2. maddesinin (ğ) bendinde⁵⁷ marka aynı şekilde tanımlanmıştır. Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere markanın iki esaslı unsuru bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi "işaret"; diğeri ise "ayırt edici" unsurdur. Yine tanımda geçen marka kelimesi hem hizmet hem ticaret markalarını ifade eder.⁵⁸ Kısaca marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan her türlü işaret olarak tanımlanabilir.⁵⁹

Markayı tanımlarken kullandığımız "işaret" kavramı açıklamaya muhtaç bir ifadedir. Zira her işaretin tescili mümkün değildir. TRIPS, tescili mümkün işaretleri madde 15'te örnekleyici olarak saymıştır.⁶⁰ Ayırt edici niteliği haiz olmak kaydıyla,

⁵² İşletme ifadesi yerine teşebbüs ifadesinin kullanılması hususundan bkz: **ARKAN Sabih**, Marka Hukuku C. I, Ankara, 1997, s. 36; Tekinalp ise, ifadenin isabetli olduğu kanaatindedir. Bu konu ile ilgili olarak bkz: **TEKİNALP Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s. 340.

⁵³ Bir kimsenin adının marka olarak tescilinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki, uygulamada da kişi adlarının marka olarak tescili yaygın biçimde görülmektedir. Örnek olarak, Calvin Klein, Philip Morris, Sabancı ve Koç verilebilir. Şunu hemen belirtelim ki, kişi adının tescili halinde 3. kişinin hakları korunur. Yani ancak tescili talep edilen kişi adının sahibi veya mirasçıları tarafından izin verilmesi halinde, ilgili isimin tescili mümkündür.(**TEKİNALP**, s. 311.).

⁵⁴ Herhangi bir sözcük veya sözcük grubunun marka olarak tescili mümkündür. Sözcük gruplarının Markalar Kanunu döneminde tecilinin mümkün olmaması reklam sloganlarının tescili bakımından sorun yaratıyordu. Ancak KHK döneminde böyle bir sınırlamanın olmaması, sözcük grubu şeklindeki reklam sloganlarının tesciline olanak sağlamaktadır (**TEKİNALP**, s. 311.). Özellikle arama motoru reklamcılığında, alan adları ile birlikte arama sonuç sayfasında ortaya çıkan reklam sloganlarının marka korumasından yararlanması mümkün hale gelmiştir. Bunların yanında bir alan adının da uzantıları ile birlikte marka olarak tescili mümkün olduğunu belirtelim.

⁵⁵ Çizgi veya renk kompozisyonları ile ortaya koyulan her türlü biçimi ifade etmek üzere "şekil" ibaresi kullanılmıştır.

⁵⁶ **ARKAN**, C. I, s. 42; **TEKİNALP**, s. 310.

⁵⁷ "Bir teşebbüsün imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya sunduğu hizmetleri, başka teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işareti"

⁵⁸ **TEKİNALP**, s. 309.

⁵⁹ **YASAMAN Hamdi/ ALTAY Sıtkı Anlam/ AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülurya/YÜKSEL Sinan**, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. I, İstanbul, 2004, s. 15 vd.

⁶⁰ "Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu bir marka oluşturabilecektir. Bu tür işaretler, özellikle kişisel adları, harfleri, sayıları, mecazi unsurları içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür işaret kombinasyonları, marka olarak tescil edilmek için uygun addedilecektir. İşaretler ilgili mal veya

tanımlamada belirtilen işaret kavramı geniş anlamda kullanılmıştır. Bu anlamın içinde renk ve renk birleşimlerinin⁶¹ de tescilinin mümkün olduğunu belirtelim. Yani çizim ile görüntülenebilen işaretlerin dışında ifade edilebilen: ses⁶², koku⁶³ ve tat⁶⁴ gibi unsurlara sahip işaretlerin de belirli şartlar altında tescili mümkündür. Burada önemli olan nokta, işaretin şeklinden ziyade sunulan mal ve hizmet bakımından ayırt edici özelliği haiz olup olmadığıdır.⁶⁵ Marka hakkı koruması altında olabilecek işaretler açısından geniş bir yorumun benimsenmesi, serbest rekabet ortamının güçlendirilmesi ve yenilikçi fikirlerin desteklenmesi amacı ile açıklanabilir.

hizmetleri ayırt edici kılacak özellikte olmadıkları takdirde, Üyeler tescil edilebilirliği kullanım aracılığıyla kazanılan ayırt edici özelliğe bağlı kılabilirler. Üyeler tescil işleminin bir şartı olarak işaretlerin görsel olarak algılanabilir özellikte olmasını talep edebilirler.”

⁶¹ Avusturya Temyiz Mahkemesi, renklerin tescili ile ilgili bir davada, öncelikle kullanılan rengin ayırt edici özelliği ve onun toplumsal durumu üzerinde durmuştur. Buna göre, renk veya renk bileşimlerinin tescili, onun mal ve hizmet ile birlikte ayırt edici hale gelmesinin halk nezdinde gerçekleşmesini aramıştır. (**OYTAÇ Kutlu**, Mukayeseli Marka Hukuku, İstanbul, 1999, s. 62). Gerçekten de, herkesin kullanabileceği renklerin gelişi güzel mal veya hizmet ile birlikte tescilinin mümkün olması, serbest piyasa açısından rekabet ortamına zarar verecektir. Marka tescili ile murat edilenin, dürüst rekabet ortamı yaratmak olduğu göz önüne alındığında renklerin ancak mal ve hizmet ile birlikte ayırt edici hale gelmesi durumunda tesciline izin vermek gerekir. Örneğin, “*Milka*” markası ve ambalajı üzerindeki, mor ve beyaz renkli inek figürü artık mal ile birlikte ayırt edici hale gelmiştir. Bu nedenle tescilinin “*isim+resim+renk bileşimi*” şeklinde olması mümkün olmalıdır.

⁶² Madde metninde belirtilen “*benzer biçimde ifade edilen*” ifadesi ses ve melodileri de kapsamaktadır. Özellikle reklam kampanyalarında ticari alana sunulan ürün ile eş zamanlı sunulan tanıtım müziğinin mal veya hizmeti reklam etkisi yadsınmaz. Bu nedenle ayırt edici nitelik kazanmış tanıtım melodilerin tescilinin mümkün olmalıdır. İnternet ortamında da alan adına girişte bazı markalara ilişkin sesli reklamlar gittikçe yaygınlaşmaktadır. Bu tanıtım müziklerinin de tescil edilmeleri halinde marka korumasından yararlanacağını ifade edelim.

⁶³ Kokunun marka olarak tescili hususu tartışmalıdır. *Arkan*, kokunun tescil edilemeyeceğini ancak mala asli değerini veren işaret kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. (**ARKAN**, C. I, s. 86, dpn. 70). Buna karşın *Taylan*, ünlü parfümlerin kokusunun başlı başına marka değeri olduğundan hareketle, kokuların marka olarak tescilini mümkün görmektedir. (**TAYLAN Esin Çamlıbel**, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001, s. 34.). Biz de *Arkan*' in görüşlerine katılarak, kokunun tek başına marka olarak tescilinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira koku, bir kimyasal çalışmanın ürünü ve teknik bir çalışmanın sonucudur. Kimyasal bir formülün tescilinin markanın işlevlerinden hiçbirini sağlayamadığı da açıktır. Bir süreliğine kaynak belirtme işlevini yerine getirdiği düşünülse dahi, çok tanınmış parfüm markaları dışında, alıcı kitlesinin de salt kokuyu esas alarak ile onun hangi markaya ait olduğu arasında bağlantı kurması ihtimalini pek olası görmüyoruz. Kaldı ki, zaten koku markalarının ticari alanda tüketicinin görme duyusuna hitap eden bir işareti mevcuttur. Tüm bu nedenlerle, kokunun kimyasal nedenlerle tüketicinin koku duyusuna hitap eden işaretinin mala asli değerini katan unsur olduğu ve bu nedenle tek başına tescil edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bunun yanında belirli bir markanın yan unsurunu oluşturan kokunun birlikle tescilini olanaklı görmekteyiz. Örneğin “*isim+şekil+koku*” şeklinde tescili istenilen bir silgi markasında, kokunun yan unsur olarak tescili olanaklı olmalıdır. Diğer yandan, doğada bulunan bir takım kokuların insanlar üzerinde yarattığı etkiden hiçbir emek harcamadan yararlanmak amacı ile marka tescilinin de hiçbir rasyonel gerekçesi yoktur. Örneğin, bir gül kokusunu, belirli bir marka ile ilişkilendirme hususunda elimizde yeterli emare yoksa tescil halinde o markanın, gül kokusunun insanlar üzerindeki etkisinden haksız yarar sağlayacağı pekâlâ söylenebilir. Bu nedenle tescili talep edilen ve çizim ile görüntülenemeyen unsurlar ile mal ve hizmet arasında tescil talebini haklı kılacak bir bağlantının mümkün olması gerekir.

⁶⁴ Yukarıda koku bahsindeki açıklamalar tatların marka olarak tescili konusunda da geçerli olduğunu belirtelim.

⁶⁵ **TEKİNALP**, s. 311; **EPÇELİ Sevgi**, Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali, İstanbul, 2006, s. 54; **ASLAN Adem**, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul, 2004, s. 19 vd.

Hemen belirtelim ki, dijital ortamda alıcı/kullanıcı/tüketici kitlesine sunulan hemen tüm işaretlerin tescili mümkündür. Zira dijital ortamda baskısı ve çoğaltılması mümkün işaretler kullanılmaktadır. Gerek çalışmamızın kapsamı gerekse gereksiz açıklamalardan kaçınmak amacı ile marka tesciline elverişli işaretler, tescil engelleri veya markanın hükümsüzlüğü gibi hususlara etraflıca temas edilmeyecektir. Şu kadar ki, bir markanın yardımcı unsuru olan ve fakat dijital ortamda marka ihlaline neden olan hususlar münhasıran açıklanacaktır.

1. Markanın Unsurları

Bir işaretin marka olarak kullanıldığı hemen her ortamda koruma kapsamının belirlenmesi için markanın esas ve yardımcı unsurlarının ayrı ayrı irdelenmesi gerekmektedir. Zira bir işaretin, marka ihlali olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle markanın esaslı unsuru açısından bir etkiyi haiz bulunması gerekir.⁶⁶ Karıştırılma veya bağlantı ihtimali de yine esaslı ve yardımcı unsurların yorumu neticesinde belirlenebilecektir.

a. Markada Esaslı Unsur: Bir markayı nitelerken, diğer işaretlerden ayıran, onu karakterize eden unsurlara markanın esaslı unsuru denir.⁶⁷ Yukarıda markanın tanımı verilirken de belirtildiği üzere, işarete marka sıfatını veren şey onun ayırt edici niteliğidir. Dolayısı ile bir markanın esaslı unsurunun en önemli işlevi ve özelliği diğer işaretlerden ayırt edilebilir olmasıdır. Yani markanın esaslı unsuru, onun zorunlu bir parçasıdır. Ayırt edicilik unsurunu taşımak kaydıyla bütün işaretlerin markanın esaslı unsuru olabilmesi mümkündür. Bu nedenle, sözcük, renk, tartışmalı olmakla birlikte koku veya tadın markanın esaslı unsuru olarak değerlendirilmesi mümkündür. Marka ve işaretin benzerliği yönünden yapılacak incelemede, özellikle markanın zihinde iz bırakmaya en uygun unsurlarının dikkate alınması gerekir. Somut olaya göre, işaretin bıraktığı izlenim bir bütün halinde değerlendirilmelidir.⁶⁸

b. Markada Yardımcı Unsur: Markanın esaslı unsuru dışındaki bileşenlerinin yardımcı unsur olarak nitelendirilmesi mümkündür. Esaslı unsurdan farklı olarak, yardımcı unsurun tek başına ayırt edici özelliği haiz olması gerekmez. KHK m. 7/1 (c) uyarınca, ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi

⁶⁶ TEKİNALP, s. 373; ARKAN, C.I, s. 78.

⁶⁷ ARKAN, C.I, s. 76; EPÇELİ, s. 54.

⁶⁸ DİRİKKAN Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003, s. 176 vd.

kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı yer ve zaman gösteren veya malların ve hizmetlerin başlıca özelliklerini belirten ifadeler tescil edilmez.⁶⁹ Yine aynı maddenin (d) bendinde, ticaret alanında herkesin kullandığı veya belirli bir meslek grubuna özgülenen ifadelerin marka olarak tescilinin mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. Böylesi bir düzenlemeyi gerekli kılan birkaç haklı sebep bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, ticari yaşamın olağan akışında kullanılan veya belirli bir meslek grubuna özgülenen ifadelerin marka tescili yoluyla tekel altına alınmasının önüne geçilmesi ve yaygın kullanıma açık ifadelerin, markaların en temel özelliği olan ayırt ediciliği zedeleyeceği düşüncesidir. Hakikaten, bir mal veya hizmeti tanımlayan veya ona karakteristik özelliğini veren ifadelerin belirli kişilerin tekeli altında bulunması serbest rekabeti olumsuz etkileyecektir. Zira markasına yaygın olarak kullanılan ifadeleri ekleyen bir tacirin, bunu yaparken düşündüğü fikir, o yaygın ifadenin alıcı kitlesinde uyandırdığı saygınlıktan kolay yoldan yararlanmaktır.⁷⁰ Buna ek olarak, yeni bir imaj inşa ve marka yaratma çabasına girmeksizin yaygın ifadelerin birçok mal veya hizmette kullanılması, o mal veya hizmetlerin ayırt ediciliğini de azaltacağı açıktır. Tüm bu gerekçelerle, herhangi bir işaretin ayırt ediciliği noktasındaki yorumların markanın esas ve yardımcı unsurlarını beraberce ele alınarak yapılması daha sağlıklı olacaktır. Yargıtay bir kararında, markanın yardımcı unsuru olan ve fakat yazılış itibari ile alıcı kitlesinde markanın esaslı unsuru olduğu yönünde kanaat uyandıran ibarenin, başka bir markanın esaslı unsuruna benzerliği nedeniyle haksız rekabet oluşturacağına hükmetmiştir.⁷¹

⁶⁹ Yargıtay 11. HD. 2001/1245 E., 2001/2188 K. ve 20.03.2001 tarihli ilamında: “Ticaret alanında cins, çeşit, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten işaret ve adlandırmalar münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar tescil edilemez. Markanın bütünü değerlendirildiğinde MÜKELLEFİN ibaresinin, davacı unvanını markadaki başka bir unsurdan ayırt etmek için kullanılan yardımcı bir unsur değil, davacının çıkaracağı derginin cins, çeşit ve amacını göstermeye yönelik esas unsur olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu tür adlandırmaları esas unsur olarak içeren markalar tescil edilemez.” ifadeleri ile de bunu hususu açıklamıştır.

⁷⁰ **TEKİNALP**, s. 315.

⁷¹ Yargıtay 11. HD. 2005/2566 E., 2006/4623 K. ve 25.04.2006 tarihli ilamında: “ Davalının markasını tescil edildiği halinden farklı bir şekilde ve yardımcı unsur niteliğindeki "LoÖ Sodium Salt" ibaresini ise ön plana çıkartmak ve davacı markasıyla iltibas oluşturacak şekilde markanın esaslı unsuru gibi kullanmasının haksız rekabet oluşturduğu yönündeki mahkeme görüşü isabetli ise de, mahkemece, davalı ürün ambalajları üzerinde yardımcı unsur niteliğindeki "LoÖ Sodium Salt" kelimelerini markanın esaslı unsuru izlenimi oluşturacak derecede büyük harflerle kullanmasının önlenilmesi ve haksız rekabetin bu suretle giderilmesine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekir”.

Bu nedenle yardımcı unsur olabilecek ve fakat genel olarak kullanılan işaretleri bir ayrıma tabi tutmamız gerekmektedir. Doktrinde de kabul edildiği üzere, bu ayrımı, betimleyici ve serbest işaretler olarak yapacağız.⁷²

c. Betimleyici İşaretler: Markadaki betimleyici ifade mal veya hizmet ile işaret arasında öyle bir bağ kurmalıdır ki, markayla işaretlenen mal veya hizmetin alıcıları hiç kuşkuya yer olmayacak biçimde malın nitelikleri hakkında fikir sahibi olabilmelidir.⁷³ Bu tanımın aksi yorumundan söyleyebilir ki, mal veya hizmet ile sadece uzaktan bir ilişkisi olan basit hatırlatmalar veya benzetmeler betimleyici ifade olarak nitelendirilmemelidir. Betimleyici ifadeyi mal veya hizmet ile *gelecekte* bağdaştıracak kişilerin alıcı kitlesi olduğu göz önüne alınır, söz konusu ifadenin o mal veya hizmetin alıcıları esas alınarak yorumlanması gerekir. Bu durum ise bizi, alıcının özellikleri konusuna yönlendirir. Bu konuda etraflı açıklama ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

d. Serbest İşaretler: Önceden ayırt etme gücünü haiz işaretlerin zamanla malın niteliğini bildiren bir hale gelmesi mümkündür. İşte bu şekilde önceleri ayırt ediciyken, yoğun reklam kampanyaları veya çok sayıda lisans sözleşmesine konu olması nedeniyle, bu özelliğini kaybeden ifadeler serbest işaretler denilmektedir.⁷⁴ Buna örnek olarak; selpak, bazuka ve pimopen markaları örnek verilebilir.

Konu ile ilgili ilginç bir örnek, ABD 'de "*Murphy Bed*"⁷⁵ olarak piyasaya sunulan markayla ilgilidir. 1925 yılında, patent alınarak piyasaya sunulan bu yataklar için 1982 yılında yine aynı ad ile marka başvurusu yapılmıştır. Ancak Amerikan Patent Ofisi tarafından reddedilen başvuru üzerine itiraz davası açılır. Anılan davada mahkeme, anılan işaretin 1925 yılından beri ticari alana arz edilmiş olmasından ve artık alıcı kitlesi arasında katlanıp duvara gizlenebilen yatak türünü göstermesi nedeniyle ayırt edici özelliği kalmayan "*Murphy Bed*" ifadesinin tescil talebinin reddine yapılan itirazı reddeder. Karar temyiz mahkemesinden de geçerek kesinleşir. 1986 yılında ise başka bir firma tarafından aynı isim ile piyasaya sürülen yatakların marka hakkına tecavüz ettiğini düşünen yatağın patentine sahip firma, marka ihlali

⁷² EPÇELİ, s. 71.

⁷³ EPÇELİ, s. 72

⁷⁴ ARKAN, C.I, s. 81.

⁷⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/Murphy_bed (01.02.2012).

ve haksız rekabet hukuki sebebine dayanarak dava ikame eder. Ancak işbu dava da, işaretin artık belirli bir yatağın cinsini bildiren bir ifade olması nedeniyle reddedilir.⁷⁶ Sonuç olarak, serbest işaretlerin, ayırt edici olarak marka tescili mümkün iken, işaretin zaman içinde ve alıcı kitlesinin algısında yaptığı değişiklik gereği betimleyici işaret haline geldiğini söyleyebiliriz.

e. Kullanılma Sonucu Ayırt Edici Hale Gelen İşaretler: MarkKHK m. 7/1 (c) ve (d) bentleri uyarınca, yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı üzere, genel nitelikli veya ticari alanda cins, vasıf, nitelik bildiren ifadelerin ayırt edicilikten yoksun olması ve bu ifadelerin belirli kişilerin tekeline verilmesinin sakıncaları nedeniyle marka olarak tescili mümkün değildir. Kural bu olmakla birlikte, zaman içinde ayırt edici hale gelen işaretler konusunda bir istisna getirilmiştir. MarkKHK m. 7/II uyarınca: “*Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez.*”

MarkKHK'daki açık düzenlemede kullanım ile ayırt edici olma durumuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmekle birlikte, bu duruma ilişkin herhangi bir tanım yapılamamıştır. *Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH v Boots- und Segelzubehör Walter Huber* davasında⁷⁷, Avrupa Adalet Divanı, işaretin kullanılma ile ayırt edilmesi durumunu açıklamıştır. Buna göre; kullanılmakla ayırt edilen ve tescili talep edilen işaret, tescil konusu malların belirli bir işletmeden kaynaklandığını tanımlama ve o malı diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırma işlevine sahiptir.

Sonuç olarak, “*kullanılma ile ayırt edici hale gelme*” ve MarkKHK m. 5'te ifade edilen, bir işaretin tescili için şart koşulan “ayırt edicilik” kavramı sadece sonuçları açısından özdeştir. Yoksa MarkKHK m. 7 'de geçen “*kullanılma ile ayırt edici hale gelme*” kavramı, alıcı kitlesine söz konusu işaretin belirli bir işletmeye ait olması bakımından bir tespit niteliğindedir. MarkKHK m. 5 'de ifade edilen “*ayırt etme*” kavramı ise, işaretin farklı mal veya hizmete ilişkin olduğunu tanımlayan bir algıdır.

⁷⁶ EPÇELİ, s. 93, dpn. 314' de anılan yazarlardan naklen.

⁷⁷ http://eurlex.europa.eu/Result.do?arg0=Windsurfing+Chiemsee+Produktions&arg1=&arg2=&titre=titre&chlang=en&RechType=RECH_mot&idRoot=1&refinecode=JUR*T1%3DV100%3BT2%3D%3BT3%3DV1&Submit=Search. (02.02.2012).

Böylece MarkKHK m. 5 ve m. 7 'nin kapsamlarının köken itibariyle farklı olduğunu tespit etmiş oluyoruz.⁷⁸

Kullanımın sonucu ayırt etmenin meydana gelmesi için işaretin marka olarak kullanılması hususu tartışmalıdır. *Tekinalp*, işaretin marka olarak kullanımı zorunlu olmaksızın, herhangi bir şekilde kullanılarak ayırt edici hale gelmiş işaretlerin artık MarkKHK m. 5 ve 7 kapsamında bir itiraza uğramaması gerektiği ileri sürmektedir.⁷⁹ Kanaatimizce, burada dikkate alınması gereken en önemli husus, alıcı kitlesi ile mal veya hizmet arasında işaretin marka olarak belirli bir mal veya hizmeti temsil edip etmediğinin tespitidir. Bu nedenle işaretin marka olarak kullanımı sonucunda işaretin ayırt edici hale gelmesi bir zorunluluk değildir. Zira işaretin niteliği hakkında karar verirken dikkate alınacak husus, o işaretin bir mal veya hizmet ile düşünsel bir bağ yaratıp yaratmadığı hususudur. Yoksa o düşünsel bağın nasıl kurulduğunun herhangi bir önemi yoktur. Eğer işaret bir mal veya hizmet ile düşünsel bağ kuramayacak şekilde kullanılmışsa, zaten ayırt edici hale gelemeyecektir. Sonuç olarak, incelemeye esas nokta, potansiyel alıcı kitlesindeki algı ve onun düzeyidir.

Alıcılarda bu algının oluşmasını sağlayan her türlü mecrada kullanım marka olarak kullanım sayılabilir. Bu mecralara, reklam broşürleri, TV reklamları gibi arama motoru reklamcılığı veya oyun reklamcılığı da dâhildir. Söz konusu algının boyutu konusunda ölçü vermek son derece güçtür. Bu yasal bir ölçü olmamakla birlikte, her somut olay açısından ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Yukarıdaki duruma ölçüt olarak, “*toplumsal tanınmışlık düzeyine ulaşma*” kavramı kullanılarak yorum yapılabilir. Anılan ifade, her ne kadar MarkKHK m. 8/4'te tanınmış markalar ile ilgili olarak kullanılabilir de, tanınmış marka ile toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşma kavramları birbirinden farklıdır.⁸⁰ Biz, kullanım ile ayırt edici hale gelme vakiasını, o mal veya hizmetin sadece hedef alıcı kitlesi açısından değerlendirmek gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz.⁸¹ Bu konuda Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir.⁸²

⁷⁸ **TEKNALP**, s. 356; Aksi görüş için bkz: **EPÇELİ**, s. 103.

⁷⁹ **TEKİNALP**, s. 355.

⁸⁰ **TEKİNALP**, s. 362; **EPÇELİ**, s. 107.

⁸¹ **EPÇELİ**, s. 109.

⁸² Yargıtay 11. HD. 28.06.2004 tarih, 2003/13167 E. ve 2004/7103 K. sayılı ilamı: “Yapılacak inceleme sonucunda davacı markasının [556 sayılı](#) KHK'nin 7/h maddesi kapsamında kalacak derecede tanınmış olduğu sonucuna ulaşırsa, davacının başka tür mal ve hizmetler için dahi tescile engel olabileceği açıktır, öte yandan Markalar Hakkındaki KHK'nin [8.madde](#) sinde bahsi geçen"toplumda

2. **Bütünlük İlkesi:** Marka, esaslı ve yardımcı unsurları ile bir bütün olarak marka korumasının altındadır.⁸³ Bu nedenle markalar arasında yapılacak bir değerlendirmede, markanın ayrı ayrı bütün unsurları yerine bir bütün olarak tamamının değerlendirilmesi gerekmektedir. Şunu hemen belirtelim ki, bazı hallerde markaya ilişkin unsurların tek tek incelenmesi de uyumsuzluğun çözülmesinde etkili olabilir. Yapılacak araştırmada, markanın esaslı unsurları öncelikle değerlendirilmeli ve sonrasında yardımcı unsurlar hakkında inceleme yapılmalıdır.

B. Marka Hakkı ve Hukuki Niteliği

Marka hakkının hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler öne sürülmüştür. *Arkan*' a göre,⁸⁴ marka hakkı, işletmeden tamamen bağımsız bir haktır. *Poroy/Yasaman*' a göre,⁸⁵ marka hakkı, hali hazır klasik hukuk kalıpları içine sokulması doğru olmayan, kendine özgü niteliği haiz ve işletme ile kullanıldığında onun bir unsuru olan bir hak türüdür. *Kaya*' ya göre, işletme malvarlığı içinde maddi varlığı olmayan bir malvarlığı unsurudur.⁸⁶ *Tekinalp*' e göre ise,⁸⁷ sahibine izinsiz kullanım halinde önleme veya yasaklama yetkisi veren aynı etkileri olan bir mutlak haktır.

tanınmışlık düzeyine erişmiş"deyimi"tanınmış marka" kavramından farklı olup, ondan daha geniş ve tanınmışlık derecesi itibarıyla daha düşüktür. Her tanınmış marka aynı zamanda tanınmışlık düzeyine ulaşmıştır. Ancak, bir marka tanınmış marka olmasa bile toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış olabilir. Belli mahallerde tanınan markalar tanınmış marka kavramı içerisine girmeyebilir, fakat toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış olabilir. Böyle bir markanın başka bir mal ve hizmet için tescili, bunu başka mal veya hizmet için tescil ettirecek kişiye haksız bir yarar sağlayacak veya söz konusu markanın itibarına zarar verecek yada ayırt edici karakterini zedeleyecek sonuçlar doğuracaksa, toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markanın sahibin itirazı üzerine tescil talebi reddedilir. Bu genel açıklamalardan da görüleceği üzere, markanın "tanınmış marka" yada "tanınmışlık düzeyine erişmiş marka" olmasının sonuçları da farklı olmaktadır. Mahkemece hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda bu ayırımın yeterince vurgulanmadığı ve davacıya ait markanın [556 sayılı KHK'nin 7/h maddesi](#) uyarınca mı, yoksa anılan KHK'nin [8.madde](#) si kapsamında mı korunacağını açıkça ortaya konulmadığı görülmektedir. Bu durumda mahkemece, yeni bir bilirkişi yada bilirkişi heyetinden rapor alınarak hasil olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi ve özellikle davacı markasının hiçbir anlamı olmadığı halde davalı tarafından aynen tescilinin talep edilmesinin de somut olayın özelliği olarak davacı markasının itibarına zarar verip, vermeyeceğinin değerlendirilmesi gerekirken yetersiz bilirkişi raporuna istinaden yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (http://www.hukukimevzuat.com/?x=yargitay_karari&id=763&tid=hd11, 30.12.2012)

⁸³ **TEOMAN Ömer**, Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. I, Kitap 2, Mütalaa 28, İstanbul, 1993, s. 29; **ARKAN**, C.I, s. 99; **TEKİNALP**, s. 407.

⁸⁴ **ARKAN**, C. I, s. 2.

⁸⁵ **POROY Reha / YASAMAN Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2010, s. 263.

⁸⁶ **KAYA Arslan**, Marka Hukuku, İstanbul, 2006, s. 34.

⁸⁷ **TEKİNALP Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2002, s. 324; Aynı yönde: **ASLAN**, s. 20 - 39, dpn. 64; **KIRCI**, s. 12.

Marka sahibi kavramını, markanın konu olacağı ve marka hakkı ihlali doğurabilecek kullanım arz eden tüm faaliyetler üzerinde hâkimiyeti olan kişi olarak kabul edersek, ikili bir ayırım yapmamız gerekir. Marka sicili üzerinde marka sahibi olarak görünen kişi ve marka hakkını bir lisans sözleşmesi ile devralan kişi açısından farklı değerlendirme yapmak gerekir. Sicilde marka sahibi olarak görünen kişi mutlak bir hakka sahiptir. Şu halde marka sahibi, markanın ticari alana izinsiz arzını yasaklama ve benzerinin tescilini engelleme gibi, edinilmiş mal üzerinde herkese karşı öne sürülebilen talep hakkını haizdir. Marka lisans sözleşmeleri yoluyla marka hakkından kaynaklanan mutlak hakkın kullanımı 3. kişilere aktarılabilmektedir. Marka hakkını lisans sözleşmesi ile kullanan kişilerin inhisari olsun veya olmasın nispi bir hak ile marka hakkı sahibinden aldığı yetki ile mutlak hakkı kullandığını belirtelim. Yani marka lisansının inhisari olması sadece marka hakkından kaynaklanan mutlak hakkın kullanım kapsamını belirler ve işbu ilişki 3. kişilerle değil, sadece marka sahibi ile iç ilişkide etkilidir.⁸⁸

Marka hakkının kullanımı ve varlığı arasındaki ilişkinin de ortaya koyulması incelememiz açısından gereklidir. Zira internet alanında markanın çok farklı kullanım modelleri bulunmaktadır. Bu modellerin incelemesi ve marka hakkına bir tecavüzün varlığının anlaşılabilmesi için markanın varlığı ve kullanımı arasındaki farkın ortaya koyulması zorunludur. Hakkın kullanımı ve varlığı ayırımı, malların serbest dolaşımı fikrini marka hakkının sağladığı tekel hakkıyla uzlaştırma faaliyetinin bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁹ Bu uzlaştırmanın bir ürünü olarak marka hakkının kullanımı açısından marka hakkının tükenmesi ilkesi benimsenmiştir. Yani marka sahibinin izni ile ticari alana arz edilen mal veya hizmetler açısından onların üzerindeki markanın kullanım hakkı tükenmektedir. Buna karşın marka hakkı yine marka sahibindedir. Bu sınırlamanın markanın özüne uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. Hakkın özü, fikri mülkiyet haklarının korunması için getirilen sınırlamanın meşru sınırlar içinde kalıp kalmadığı yönünde bir ölçü olarak benimsenmiştir.⁹⁰ Yürürlükte bulunan 1982 Anayasasının 13. maddesi gereği, bir hakkın (Burada mülkiyet hakkı söz konusudur.) özü, onun sert çekirdeğini oluşturur. Böylesi bir hakkın özüne dokunacak bir sınırlama yapılamadığı gibi,

⁸⁸ **ÖZDEMİR OKTAY Saibe**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002, s. 23-24.

⁸⁹ **DÜZGÜN Aslan Ülgen**, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Ankara, 2010, s. 85.

⁹⁰ **DÜZGÜN**, s. 88.

yapılacak sınırlama da ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.⁹¹ Avrupa Adalet Divanı, *Centrapharm BV v Winthrop BV* davasında, hakkın özünü, marka sahibine tanınan ve markalı malları ilk defa ticarete arz etme konusundaki yetki şeklinde tanımlamıştır.⁹² Biz de markanın özünün onun işlevlerini kapsayan bir mutlak hak olduğu yönündeki görüşe katılıyoruz.⁹³

II. Markanın Reklam İşlevi ve Koruma Kapsamı

A. Genel Olarak Markanın İşlevleri

Serbest piyasanın en önemli araçlarından marka sayesinde, işletmeler ürünlerinin birçok özelliği hakkında alıcı kitlesine çeşitli fikirler verirler. İşbu fikirler sayesinde de birçok farklı işletmenin ürünleri aynı piyasa içinde rekabete girebilir; rekabetin artmasıyla markanın ekonomik değeri de önemli ölçüde artar. Öyle ki, fiyat seviyesinin rekabet nedeniyle düştüğü bir piyasada, alıcı kitlesinin ihtiyaçları bir takım sosyal ihtiyaçlardan etkilenir.⁹⁴ Böylece markanın saygınlığı, değişen tüketici ihtiyaçlarında çok daha önemli bir noktaya gelir. Şunu hemen belirtelim ki, teknolojinin gelişimi ve rekabetin artması, markanın tarihsel işlevlerini değişikliğe uğratmıştır. Bu nedenle, öncelikle markanın geleneksel işlevi ortaya koyulacak; sonrasında ise teknoloji ve rekabetin artması ile gelinen son nokta aktarılmaya çalışılacaktır.

Herhangi bir işarete marka sıfatının yüklenmesine neden olan bileşenler, markanın işlevini ortaya çıkarmaktadır. Bu saptamanın yapılması, markanın koruma kapsamının da belirlenmesi açısından gereklidir. Çünkü marka hukukunu amacı, markanın tüm işlevlerine hukuk politikasının izin verdiği ölçüde koruma sağlamaktır.⁹⁵ Yani bir işareti marka yapan, onun işlevidir. Türk doktrininde markanın işlevi, ekonomik ve hukuki sonuçları arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin ele alınmıştır.⁹⁶ Ancak teorik açıdan, markanın hukuken korunan işlevleri ve ekonomik işlevleri arasında bir ayırım yapılması mümkündür. Dijital

⁹¹ “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

⁹² <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C.T.F&num=C-16/74&td=ALL> (05.03.2012).

⁹³ DÜZGÜN, s. 90.

⁹⁴ UZUNALLI, s. 65.

⁹⁵ DİRİKKAN, s. 10.

⁹⁶ TEKİNALP, s. 322.

ortamda meydana gelen marka ve haksız rekabet uyuşmazlıklarının yapısı ve artan miktarı, işbu ayırımın yapılmasını zorunlu kılmıştır.

Markanın işlevinde, yukarıda anılan bir ayırım yapılmamasının sonucu, uyuşmazlık konusu maddi vakianın yorumunda marka hakkının koruma çerçevesinin, geçerli bir hukuki gerekçe olmaksızın ekonomik olarak genişlemesi olacaktır. Yani işaretin marka olarak kullanım problemi, markanın işlevi açısından tam olarak ortaya koyulmadan, somut olayda uyuşmazlığın çözümüne gidilme tehlikesi ortaya çıkabilir. Böyle bir çözüm ise, bizi marka hakkının ekonomik işlevini herhangi bir normatif temele dayanmadan sınırlama veya genişletme sonuca götürebilir. Böylece kanun koyucunun amacını aşan bir hukuki sonuç meydana gelebilir.

Alman Hukukunda markanın işlevleri, fiili (ekonomik) işlev ve hukuken korunan işlev olmak üzere iki türdür.⁹⁷ Buna göre markanın en önemli fiili işlevleri: ayırt etme, köken bildirme, kalite, garanti ve reklamdır. Buna karşılık, markanın köken belirtme işlevi, onun hukuken korunan işlevi olarak kabul edilmektedir.⁹⁸ Hızla gelişen ve e-ticaret uygulamalarının hızlandırdığı ticari yaşamdaki gelişmeler, bir malın kökeni konusunun, onun reklam ve garanti işlevleri ile de yakından ilişkili olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle inlememizde, markanın hukuken himaye gören işlevlerini belirlerken katı bir tutum sergilemeyip, onun garanti, reklam gibi köken belirtme ile bağlantılı işlevlerini de göz önüne alarak değerlendirmede bulunacağız.

Doktrinde günümüz ticaretinin vazgeçilmez unsuru haline gelen markanın dört esaslı unsurunun bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlar: 1) Ayırt Etme, 2) Kaynak-Menşe Gösterme, 3) Garanti ve 4) Reklam unsurlarıdır.⁹⁹ Klasik marka hukukunda, markanın sadece ayırt etme ve köken belirtme işlevi korunmakta ve asıl işlev olarak nitelendirilmektedir. Ancak günümüzde, markanın reklam unsurunun da markanın hukuken korunan işlevlerine eklendiği söylenebilir.¹⁰⁰ Markaya sağlanan koruma, ancak onun işlevlerine zarar verdiği alanlarla ilgilidir.¹⁰¹ Bu nedenle markanın

⁹⁷ HEINZELMANN Wilfried, Der Schutz der berühmten Marke, Diss., Bern 1993, s. 31, (naklen, DİRİKKAN, s. 10). Türk Hukukunda markanın işlevleri açısından böyle bir ayırım mevcut olmadığı için, incelmemizde markanın bütün işlevleri ele alınmıştır.

⁹⁸ HEINZELMANN, s. 32 (naklen, DİRİKKAN: s. 11).

⁹⁹ Tekinalp, yukarıda zikredilen sınıflandırmaya ek olarak, markanın tekelleştirme ve koruma işlevinden de söz etmektedir. Bu konu ile ilgili olarak bkz: TEKİNALP, s. 321; KAYA, s. 58; DİRİKKAN, s. 11; KIRCI, s. 13.

¹⁰⁰ DİRİKKAN, s. 11.

¹⁰¹ UZUNALLI, s. 79.

ekonomik ve hukuki olarak hangi unsurlarının koruma altında olduğunun tespiti şarttır. Bu tespit ise markanın işlevlerini ayrıntılı ele alınması ile mümkündür.

Yukarıda sayılan işlevlerin dışında, ödüllendirme işlevinin de doktrinde sayıldığını görüyoruz. Ödüllendirme işlevi, ürünü ilk defa piyasaya sürme ve böylece markaya yapılan yatırımdan beklenen gelirin elde edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰² Markadan elde edilmesi beklenen ekonomik faydanın hak sahibi tarafından elde edilmesi yönündeki işlevin özellikle paralel ithalata¹⁰³ ilişkin davalarda belirleyici olacağı da ileri sürülmüştür.¹⁰⁴

1. Ayırt Etme İşlevi

Bir mal ve hizmetin belirli bir takım işaretler ile tanımlanması, onların diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilebilmesi amacına hizmet eder.¹⁰⁵ Bu nedenle, tarihsel olarak marka kavramının en temel unsurlarından bir tanesi de markanın ayırt etme fonksiyonudur. Böylece markanın soyut olarak bağlı olduğu mal veya hizmet, alıcı kitlesinin gözünde aynı mal veya hizmet türleri içinde farklı bir yer edinir. Alıcı kitlesinin gözünde, ticari alana arz edilen mal ve hizmetlerin her biri için farklı markalar kullanılır. Bu nedenle kullanılan işaretin marka olarak algılanması önemlidir.¹⁰⁶

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı 'na göre, markanın temel işlevi, marka ile işaretlenen mal ve hizmeti, farklı kökene sahip olan mal ve hizmetten ayırt etmeyi mümkün kılmak suretiyle onların kökenini garanti etmektir.¹⁰⁷ Ayırt etme işlevi açısından, bir işaretin herhangi bir sebeple diğerinden farklı olmasını sağlayan özellikleri ve öğeleri ifade ettiği belirtilmektedir.¹⁰⁸ Alıcı kitlesi yönünden, hangi mal veya hizmetin satın alındığının önemli olmadığı hallerde markanın ayırt etme

¹⁰² DÜZGÜN, s. 91.

¹⁰³ Paralel İthalat, bir yerde marka sahibinin veya onun izni ile 3. kişi tarafından piyasaya arz edilen bir malın; yine aynı ürünün marka sahibinin veya onun izni ile 3. kişi tarafından piyasaya arz edildiği başka bir ülkeden ithalatına denilmektedir. Örneğin, A ülkesinde piyasaya sunulan ve 10 birim fiyata sayılan X ürününün, B ülkesinde yine usulüne uygun şekilde 5 birim fiyata piyasaya sunulduğunu kabul edelim. Şu halde A bölgesindeki satıcıların B bölgesindeki ürünleri ithalinin gündeme gelmesi halinde paralel ithalattan söz edilir. (ASLAN İ. Yılmaz, Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılarak Paralel İthalatın Önlenmesi: Hakkın Tükenmesi İlkesi, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004, s. 100; KAYA, s. 199).

¹⁰⁴ PANHOLZER Patrick, Trade Mark, Parallel Imports and the Free Movement of Goods in the EC, Graz, 2004, s. 32, (naklen, DÜZGÜN, s. 91, dpn. 54).

¹⁰⁵ YASAMAN/YUSUFOĞLU, s. 18; TEKİNALP, s. 322; ASLAN, s. 21; KAYA, s. 60; DİRİKKAN, s. 11; KIRCI, s. 14.

¹⁰⁶ DİRİKKAN, s. 12.

¹⁰⁷ UZUNALLI, s. 73; KAYA, s. 60.

¹⁰⁸ UZUNALLI, s. 76.

işlevinin olmadığı söylenebilir. Zira ayırt etme, iradi bir faaliyet olarak karşımıza çıkar. Bir kimsenin ortamda bulunan birden fazla nesneyi ayırt etme gibi bir faaliyetinin veya beyanın olmadığı bir durumda markanın ayırt etme işlevinin hukuken koruma göreceğinin söylenmesi mümkün değildir. Bu yorum, markanın ekonomik işlevinin hukuki işlevini kapsamamasından kaynaklanmaktadır. Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, markanın ayırt etme işlevi, işaretin kendisi ile ilgilidir. Bu kapsamda, hangi işaretin marka korumasından yararlanacağına ilişkin düzenlemeler, yine bu işlev sebebiyledir.

2. Köken Belirtme İşlevi

Ayırt etme işlevi, bir mal ve hizmeti diğerinden ayırmaya yararken; köken belirtme işlevi, o mal veya hizmetin nereden geldiğini göstermektedir.¹⁰⁹ Köken belirtme işlevi, markanın ayırt etme işlevinin nedenini oluşturur. Yani alıcı kitlesinin piyasadaki mallar ve ürünleri ayırt etmeyi istemesinin sebebi, onların farklı bir kökenden geliyor olmasıyla açıklanabilir. İki markanın birbirinden ayırt edilebilmesi fiziksel niteliklere dayanırken, köken konusunda alıcıda oluşan fikir, malın alıcı kitlesinin zihninde uyandırdığı ekonomik ve sosyal bağlantıya dayanır.

Bazı yazarlar, günümüzde markanın köken bildirme işlevinin öneminin kalmadığını; otomotiv sektörü gibi sektörler hariç olmak üzere birçok sektörde alıcı kitlesinin markadan onun kökenini oluşturan ticari işletmeyi anlayamadığını öne sürmektedir.¹¹⁰ Artık mesele, marka ile işaretlenen mal veya hizmetin kökenini ayırt etmeyi garanti etmek ile sınırlıdır.¹¹¹ Yine bazı yazarlarca, markanın köken belirtme işlevinden anlaşılması gereken, alıcı kitlesinin malı veya hizmetin kaynaklandığı işletmenin adını bilmesi olmamalıdır.¹¹² Sonuç olarak alıcıların, tüketicilerin tercih yaptıkları iki ürün arasında ayırt etme işlevini, ilgili mal ve hizmetin kaynaklandığı işletmelerin kökeni esasına dayalı olarak yaptığı görüşü, günümüzde pek taraftar

¹⁰⁹ **TEKİNALP**, s. 322; **DİRİKKAN**, s. 13; **KAYA**, s. 59.

¹¹⁰ **BAUMBACH Adolp / HEFERMEHL Wolfgang**, Warenzeichenrecht, Kurzkomm. 12. Auflage, 1985, N. 11, (*naklen*, **TEKİNALP**, s. 322); **VANZETTI A.**, Die Funktion der Marke in einem System der freien Übertragbarkeit, GRUR Int. 1999, s. 210, (*naklen*, **UZUNALLI**, s. 76); **KAYA**, s. 59, dpn. 98'de anılan yazarlar; **KIRCI**, s. 14.; *Tekinalp*, markanın işletmenin farklı mallarını değil; doğrudan malları birbirinden ayırdığını belirterek köken belirtme işlevini tanımlamıştır (**TEKİNALP**, s. 322); **GILLIERON Philippe**, Online Advertising Business Models and Distinctives Signs – Should One Rethink the Concept of Confusion, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2008, s. 195-196.

¹¹¹ **UZUNALLI**, s. 75.

¹¹² **DİRİKKAN**, s. 13, dpn. 33 ve 34'de anılan yazarlar.

bulamayan bir görüştür. Hakikaten, günümüzde tüketici mevzuatının kazandırdığı bir kazanım olarak, mal ve hizmet ile ilgili bilimsel bilgilerin alıcı kitlesine objektif olarak mal veya hizmet ile birlikte sunulması, alıcı kitlesinin yaptığı ayırmda, mal ve hizmetin kaynaklandığı işletmeyi esas almadığını ortaya koyar.

Tarihsel gelişim içinde, markanın köken bildirme işlevinin, markanın garanti işlevinin bir sonucu olduğu; zaten alıcı kitlesinin ayırt etme işlemini her zaman ürünün ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığı esasına dayandırdığını ve fakat bunu nasıl belirleyeceğine ilişkin usulün zaman içinde değiştiğini görürüz. Markanın ortaya çıktığı ilk dönemlerde, köken belirtme işlevi, mal veya hizmet ile onu üreten ticari işletmenin ilişkilendirilmesi ile mümkün oluyordu. Alıcı kitlesinin mal veya hizmetin ilişkili olduğu işletmeyi tanınması, onun kalitesi ve ürünün niteliği hakkında onlara bir bilgi vermekteydi. Zira ürünlerin üzerinde yer alan açıklayıcı tablolar ile tüketicilere sunulan objektif bilgilendirme fırsatı, bizlere tüketici mevzuatının son yıllarda verdiği bir hediyedir. Bu nedenle, markanın ortaya çıktığı ilk dönemlerde, markanın köken belirtme işlevi, aslında ürünün kalitesini gösteren ve onu garanti eden bir çeşit usulden ibarettir.

Örnek vermek gerekirse, markanın ortaya çıktığı ilk dönemlerde alışveriş yapan bir kişinin satın almak istediği ürünün ihtiyacını giderip gidermediği ve onun kalitesi ile ilgili olarak bilgi sahibi olabileceği tek kaynak, onu üreten işletmenin özellikleridir. Ayrıca o dönemlerde tüketiciler, ticari işletmelerin azlığı nedeniyle, mal veya hizmetin niteliğini yerinden denetleme fırsatını da haizdi.¹¹³ Zira günümüzde olduğu gibi ürünün üzerinde onun bilimsel ve objektif özelliklerini gösteren ayrıntılı bilgiler bulunmamaktaydı. Bu şartlar altında, markanın işletme ile ilişkilendirilmesinin hakikaten markanın önemli bir işlevi olduğu söylenebilir. Günümüzde ise alıcı kitlesinin ihtiyaçlarını karşılaması halinde, ürünün hangi işletmeden geldiği konusunda herhangi bir araştırmaya girmeyeceği, doktrinde kabul edilmiştir.¹¹⁴

Marka lisans sözleşmeleriyle, markayı taşıyan ürünün birbirinden çok farklı işletmeler tarafından kullanılabilir olması da markanın köken belirtme işlevinin zayıfladığını ve yerini garanti işlevine bıraktığını göstermektedir. Buna gerekçe olarak, hem tüketicinin marka lisansını kullanan işletmeleri tanınmasındaki büyük

¹¹³ **GÖLE**, s. 6; Yani tüketiciler, markalı malın etkileri ve nitelikleri konusunda ampirik bir araştırma fırsatını haizdi.

¹¹⁴ **TEKİNALP**, s. 322; **DİRİKKAN**, s. 13, dpn. 33 ve 34' de anılan yazarlar.

güçlükler hem de marka lisansı sözleşmelerinde malın belirli bir kalitede üretilmesine ilişkin garanti hükümleri gösterilebilir. Zira markanın ayırt ediciliğinin arttırılması adına, seçilen marka isimleri ile pazarlanan mal ve hizmet arasında büyük farklılıklar vardır. Tüketicinin ise sadece marka ismine bakıp, onu ticari alana arz eden işletmenin marka lisansını mı kullandığını yoksa malı kendisinin mi ürettiğini anlaması mümkün değildir.

Kullanılma sonucu ayırt edici hale gelen işaretlere ilişkin tartışmalarda, mal veya hizmet ile ilgili çevrenin, ayırt edici hale gelen mal veya hizmeti üreten işletmeyi bilmesinin gerekmediği doktrinde belirtilmiştir.¹¹⁵ İşletmenin belirlenmesinin önemini yitirmesi hususu yukarıda yapılan açıklamalarımızı destekler niteliktedir.

Yukarıdaki tabloyu kısaca özetlersek: alıcıların, satın almak istediği ürünün ihtiyaçlarını karşılaması noktasında karara varmak için bilgi sahibi olma eğilimi bulunmaktadır. Ticari işletme sayısının az olduğu dönemlerde, tüketici bu işi, onu üreten işletme ile ilişkilendirerek yapıyordu. Günümüzde ise bu ihtiyaç, ürün ile alıcılara sunulan objektif bilimsel tablolar veya garanti markaları (TSE, WOLL vs.) ile sağlanıyor. Özellikle internet üzerinden arz edilen markalı mal veya hizmetler ile onu üreten ticari işletmelerin ilişkilendirilmesinde büyük zorluklar bulunmaktadır. Bu güçlük, internette arz edilen mal veya hizmetlerin bağlı olduğu veya sunulduğu alan adı veya linklerin sorumluluğunu taşıyan kişi/kişilerin sorumluluk rejiminin normatif olarak belirlenmesi yoluyla aşılmaya çalışılmaktadır. Tüketicilerin internet üzerindeki mal veya hizmetten dolayı sorumlu tutacağı ve onun kaynaklandığı ticari işletmeyi anlayacağı en önemli unsurların alan adları ve bağlantı linkleri olduğunu ifade edelim.

3. Garanti İşlevi

Alıcı kitlesini bir mal veya hizmeti satın almaya iten en önemli unsurdan biri, markanın mal veya hizmet ile ilgili garanti işlevidir. Garanti işlevi, markanın temsil ettiği mal veya hizmetin farklı kökenli mallar arasında hangi üreticiye ait olduğu konusunda -herhangi bir karışıklığa mahal vermeksizin- tüketiciye ya da son kullanıcıya garanti sağlanması olarak tanımlanabilir.¹¹⁶ Bu garanti tanımının içine, markalı mal veya hizmetin nitelik ve niceliği de dâhildir. Diğer bir deyişle markalı

¹¹⁵ ARKAN, C.I, s. 83, dpn. 56.

¹¹⁶ ASLAN, s. 14; KAYA, s. 61; KIRCI, s. 14.

mal veya hizmetin kökeninin garanti edilmesi, anılan maldan doğan sorumluluğun kimde olduğuna işaret eder. MarkKHK’da markanın garanti işlevi hususunda her ne kadar açıklama olmasa da,¹¹⁷ MarkKHK m. 13/f. 2 uyarınca, malın değiştirilmesi veya kötüleştirilmesini marka sahibinin engelleme yetkisi ve MarkKHK m. 12/f. 8 uyarınca, marka sahibinin lisans alanı denetleme hakkı yorumlanarak garanti işlevinin varlığı tespit edilebilir.¹¹⁸

Alıcı kitlesi, öncelikle bir mal veya hizmetin ihtiyaçlarını karşılayacağı konusunda tatmin olur ve ilgili özelliklerin gerçekten ilgilendiği mal veya hizmette bulunup bulunmadığını kontrol etme ihtiyacı hisseder. Rekabetin geliştiği ve dolayısı ile fiyatların düştüğü bir pazarda, alıcı kitlesinin bu türden bir garanti ihtiyacı duyması son derece normaldir. Bu nedenle, markayı ticari alana arz eden ticari işletmenin kendi markasının kullanıldığı her ürün ile ilgili markanın garanti işlevi anlamında bir “sorumluluk” üstlendiği kabul edilir. Bu sorumluluk güven sorumluluğu temeline dayanmakla birlikte özel mevzuat ile de markanın kökeninde bulunan işletmeye yüklenmiş bir yükür.

Günümüzde, sözleşme ilişkilerinin dar bir borç ilişkisi olmadığı; bilakis edimden bağımsız borç ilişkilerini de kapsayan geniş bir çerçevede değerlendirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Sözleşme ilişkilerini yorumlama konusunda geniş bir sorumluluk alanının mevcudiyetinin hukuki gerekçesini güven teorisi oluşturmaktadır. Bilindiği gibi, bir davranış, irade beyanının özelliklerini taşımasa dahi, davranışın muhatabı tarafından anılan davranışa irade beyana ilişkin sonuçların yüklenmesi haklı görülüyorsa, o davranış bir irade beyanı olarak kabul edilerek irade beyanına ilişkin hukuki sonuçlar doğar. Ticari işletmeler, mal veya hizmetlerinin üzerine derç ettikleri işaretler ile de alıcı kitlesinde bir malın özellikleri hakkında güven oluşturmaktadırlar. Bu nedenle markanın garanti işlevi, alıcı ile marka sahibi arasında bir sözleşme veya sözleşme öncesi sorumluluğa (*güven sorumluluğu - culpa in contrahendo*) neden olmaktadır. Markanın garanti işlevinin de işte bu sorumluluğun özel bir görünümünü oluşturduğu kanaatindeyiz.

¹¹⁷ KAYA, s. 62.

¹¹⁸ TAYLAN, s. 33.

B. Reklam İşlevi

Reklam verenin ürettiği veya hizmete sunduğu mal veya hizmetlerin pazarlanması reklamlar yoluyla mümkündür. Reklamın asıl amacı, reklam verenin ticari hayata sunduğu mal veya hizmetler açısından onu ticari anlamda tatmin edecek sonucu almaktır.¹¹⁹ Ticari hayatın karmaşıklaştığı ve birçok yeni oyuncunun rekabet ettiği bir ortamda, reklamların önemi bir kat daha artmıştır. İşte reklamların ekonomide oynadığı bu önemli rol, markanın reklam işlevi sayesinde gerçekleşebilmektedir.

Reklam, üretici ile tüketici arasında iletişim kurulmasını sağlayan ve satışı arttırmayı teşvik eden bir uygulamadır.¹²⁰ Ancak reklamda bulunan satışı teşvik unsuru, zaman içinde büyük değişiklik göstermiştir. Bu çerçevede reklam veren üretici, farklı işletmelerin ürettikleri aynı nitelikteki mallar arasında kendi işletmesinin tercih edilmesini sağlamak için tüketicilerin beklentilerini tespit etmekte ve ona yönelik faaliyetler yürütmektedir. Ticarete arz edilen mal veya hizmet çeşitliliğinin artmasının da, bu işlev açısından önem taşıdığını belirtelim. Günümüzde insanlar, sadece kendi yaşamsal ihtiyaçları için ticari ilişki içine girmemektedir. Bunun yanında inandıkları gibi yaşama arzusu içinde ticari hayatın bir süjesi haline gelmektedirler. Alıcı kitlesi, artık pazarlanan mal veya hizmetin niteliği yanında, onun kendi inandığı değerler karşısında taşıdığı değeri esas alarak alışveriş yapmaktadır.¹²¹ Bu durum ise, yapılacak reklamlar açısından, alıcı kitlesine pazarlanan mal veya hizmetin niteliksel özelliklerini anlatmak yerine; onun taşıdığı fikrin (ürünün hangi amaçla yapıldığı) anlatılmasına neden olmaktadır. Böylece alıcı kitlesinde reklamların bıraktığı etkinin, sadece malın nesnel özelliklerini anlatan bir bilgilendirmeden ibaret olmadığını; onun alıcı kitlesinin zihninde reklamı yapılan mal veya hizmetle ilgili bir imaj (zihinsel bağlantı) bıraktığını tespit etmiş oluyoruz. İşte bir mal veya hizmetin markasına yüklenen zihni ilişki, yukarıda sayılan işlevlerin tamamını kapsar. Diğer bir deyişle, markanın taşıdığı anlam, mal veya hizmetin nitelik veya niceliğinden öte bir hal alır. İleride açıklanacağı gibi, karıştırma tehlikesi, imaj devri, markalar arası bağlantı gibi birçok kavramın açıklanmasında da işbu zihinsel bağlantıdan/imajdan yararlanılacaktır.

¹¹⁹ KAYA, s. 60; KIRCI, s. 15.

¹²⁰ ASLAN, s. 16.

¹²¹ SINEK Simon, How Great Leaders Inspire Action, www.ted.com/talks/simon_sinek_how_great_leaders_inspire_action.html (26.02.2012).

Alıcı kitlesi çoğu zaman yapılan reklamların içeriğinin gerçekliğine veya doğruluğuna ilişkin kontrol mekanizmalarından yoksundur ve bu yoksunluk, reklamlar yoluyla alıcı kitlesinde reklamın yönlendirici etkisini artırır. Markanın yukarıda söz edilen garanti (güven) fonksiyonu göz önüne alındığında, alıcı kitlesinin zihninde reklamlar yoluyla mal veya hizmet ile ilgili olarak belirli bir güvenin oluşturulması mümkündür. Eş söyleyişle, reklamı yapılan markayı hiç kullanmamış bir kişinin, o mal veya hizmet ile ilgili sabit bir fikrinin oluşması mümkündür. Geleneksel olarak markalı mal veya hizmetin kullanılması ile elde edilecek garanti ve güven duygusunun, reklamlar aracılığıyla oluşabiliyor olması vakıası, bizi zorunlu olarak reklamın markasal bir işlevi olduğu sonucuna götürmektedir. Alıcı kitlesinin marka dolayısı ile edineceği gerçek dışı izlenimi engellenmek üzere çeşitli denetim kurulları bulunmaktadır. Bu kurulların markanın temsil ettiği zihni bağlatının gerçekliği ve doğruluğu üzerinde yaptığı denetim faaliyeti, markanın reklam işlevini haiz olduğunu göstermektedir.

Reklamların alıcı kitlesinin zihninde, ilgili markanın özellikleri hakkında izlenim oluşturmak yoluyla, markanın işlevlerini yerine getirmiş olduğunu tespit etmiş bulunuyoruz. Bu vesile ile markanın garanti işlevi ile reklam işlevi arasındaki sıkı bağlantının varlığını yineleyelim. Özgün işaretlerin reklamlar yoluyla alıcı kitlesinde güven oluşturma işlevi o kadar ileri gitmiştir ki, sadece reklamlarda kullanılmak üzere marka tasarlanması yaygın bir uygulama haline gelmiştir. Bu kapsamda önce marka tasarlanmakta, sonrasında ise yoğun bir reklam faaliyeti ile onun işaretlediği ürünler ayırt edici hale getirilmeye çalışılmaktadır. Markanın işletmeden ayrı bağımsız bir malvarlığı değeri taşımasının temelinde de yine onun reklam gücü ve dolayısıyla garanti işlevi yatmaktadır.

Reklamların ticari hayatta tuttuğu yer ve giderek karmaşıklaşmasına koşut olarak çeşitli denetim mekanizmaları ortaya çıkmıştır. Serbest piyasa ortamının da vazgeçilmez unsuru olan reklamların geleneksel iletişim mecralarında denetimleri yapılmaktadır. Bu denetimin amacı, alıcı kitlesini, olası yanıltıcı, yanlış veya aldatıcı reklamlara karşı korumaktır. Ancak online uygulamalar açısından, geleneksel iletişim mecralarında bulunan denetim unsurlarının varlığı konusunda aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

C. Markanın Koruma Kapsamı

Marka hakkının koruma kapsamı 556 sayılı KHK'nın 9. maddesinde belirtilmiştir. Markanın sağladığı koruma kapsamı, her ne kadar onun hukuki niteliği ile bağlantılı olsa da, mahiyet itibari ile markanın hukuki niteliğinden farklıdır. Marka hakkının hukuki niteliği, marka hakkını kimlerin kullanacağı ile ilgili bir mesele iken; marka hakkının hangi hallerde korunacağı, koruma kapsamına esasına ilişkindir.

1. Koruma Kapsamındaki İşaretler

Markalara ilişkin koruma, tescili kabil bütün işaretler için söz konusudur. Tescili kabil işaretler ise KHK m. 5'te¹²² belirtildiği üzere baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işareti içerir. Yukarıda da belirtildiği üzere, dijital ortama girilen kodların kelime veya görüntü temelli olması, işaretlerin marka olarak kullanımı mümkün kılmaktadır.

2. Bağlantı İhtimali ve Karıştırma Tehlikesi Kavramı

MarkKHK m. 9/f. 1 (b) bendi uyarınca, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve de onunla aynı mal veya hizmet sınıflarını kapsayan işaretlerin halk nezdinde bağlantı ihtimali de dâhil olmak üzere karışıklık tehlikesi yaraması durumunda, marka sahibinin, izinsiz kullanımı yasaklama hakkı bulunmaktadır. Yine 89/104 sayılı Marka Yönergesinin 5. maddesi de benzer bir düzenleme içermektedir. Yukarıda tarif edilen izinsiz kullanım, MarkKHK m. 8/f. 1 (b) 'de de bir nispi tescil engeli olarak da düzenlenmiştir. Buradan, kanun koyucunun hem izinsiz kullanıma izin yasakladığı ve hem de ihlal yaratan işaretin tescilini engellemek istediği anlaşılmaktadır.

MarkKHK m. 9 metninde tescilli markaya ilişkin hakları kullanmaya marka sahibinin münhasıran yetkili olduğu belirtilerek, hak kapsamındaki bir takım haller özel olarak sayılmıştır.¹²³ Bu düzenleme ile tescilsiz işaret, markanın tescilli olduğu

¹²² 1§/II. Bölüm / A.

¹²³ “a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması.

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

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın

mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetler için kullanılamaz. Tanınmış markalar için bu koruma, tüm mal ve hizmet sınıfları açısından genişletilerek daha büyük bir koruma yelpazesi sağlanmıştır.

Anılan düzenlemede, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dâhil olmak üzere markalar arası karıştırma ihtimali konusunda da marka sahibinin ihlal yaratan kullanımı önleme yetkisi olduğu belirtilmiştir. Öncelikle KHK m. 9/f. 1-(b)' de yer alan “*ilişkilendirilme ihtimali*” ve “*karıştırılma tehlikesi*”nin kapsamı çizilmelidir. Çünkü dijital ortamda yer alan hizmetlerin birçoğunda, reklam mecralarının dijital ortamda kolaylıkla yayılabilmeleri nedeniyle, markalar veya onları çağrıştıracak işaretler sonuç sayfasında bir arada yer alabilmektedir. Hal böyle olunca, iki işaret arasında kurulan bir ilişkinin KHK m. 9 anlamında bir karıştırılma ihtimaline yol açıp açmadığının; yol açtı ise bunun kapsamının saptanması güçleşmektedir.

a. Karıştırma Tehlikesi Türleri

Toplumun marka ile diğer işareti karıştırdığı veya ikisi arasında ekonomik bir bağlantının varlığına inanarak satın alma kararını verdiği hallerde karıştırma tehlikesinin varlığından söz edilir. Karıştırılma ihtimalini üç şekilde tanımlamamız mümkündür.¹²⁴

aa. Doğrudan (dar anlamda) karıştırma tehlikesi, belirli bir mal veya hizmetin alıcısı konumundaki kişilerin satın almayı planladığı veya arzuladığı mal ve hizmet yerine, başka bir işletmeye ait mal veya hizmeti satın alması vakiasında ortaya çıkar.¹²⁵ Yani potansiyel mal ve hizmet alıcısı, hâlihazırda satın aldığı mal veya hizmetin kendi arzuladığı veya planladığı işletmenin mal veya hizmetinden farklı olduğunu bilseydi o mal veya hizmeti hiç almayacak idiyse, karıştırılma ihtimali mevcuttur. Yukarıda tanımı yapılan durum, dar anlamda karıştırma ihtimali olarak da adlandırılabilir. Bu ihtimalde potansiyel alıcı ortada tek bir işletmenin bulunduğu yanılgısına düşmektedir.¹²⁶ Böyle bir karıştırma gerçekleşmediği takdirde, alıcının söz konusu malı satın alma veya hizmet edimini temin etmesi hususunda karar vermeyeceği mahkemece anlaşılmalıdır.

itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.”

¹²⁴ DİRİKKAN, s. 163.

¹²⁵ TEKİNALP, s. 372; EPÇELİ, s. 1.

¹²⁶ DİRİKKAN, s. 164.

bb. Dolaylı karıştırma tehlikesi, potansiyel alıcı kitlesinin, işletmeleri birbirinden ayırt ettiği; ancak markalar arasındaki küçük farklılıklar nedeniyle, onların aynı işletmeden kaynaklandığı yanılgısına düşmesi ile ortaya çıkar.¹²⁷ Diğer bir deyişle, alıcılar, bildikleri bir marka ile küçük değişiklikleri haiz diğer markanın seri marka olarak piyasaya sürüldüğünü yani her iki markanın da aynı işletmeden kaynaklandığını düşünmektedir. Bu ihtimal, doğrudan karıştırma ihtimalinde olduğu gibi, alıcıların malların aynı işletmeden kaynaklandığını düşünmesi yönünden birbirlerine benzerdir. Dolaylı karıştırma ihtimali, paralel ithalatı engellemek amacıyla, her bir ülkede farklı ve fakat seri marka ile mallarını piyasaya sunan markalar açısından önem taşımaktadır. İşte bu markaların (Örneğin, Metalin) her ülkede çok küçük değişiklikler ve fakat esaslı unsuru aynı kalacak şekilde pazarlandığına rastlanmaktadır (Örneğin, Almanya'da Metalin A, Danimarka'da Metalin C gibi.).

cc. Geniş anlamda karıştırma tehlikesi, anılan maddede zikredilen “*ilişkilendirilme ihtimali*” klasik anlamda karışıklık tehlikesi ile belirlenen çitayı aşağıya çekmiş, karıştırma tehlikesi alanını genişletmiştir. Aslında bu kavramın orta çıkış sebebi, tanınmış markalara farklı mal veya hizmet sınıflarında tanınan korumaya koşut olarak ortaya çıkmıştır.¹²⁸ Geniş anlamda karıştırılma ihtimali, belirli bir mal veya hizmetin alıcısı konumundaki kişilerin almayı planladıkları mal ve hizmet açısından iki farklı işletmeye ait markalarının herhangi bir sebeple bağlantılı olduğunu düşünmesi şeklinde tanımlanabilir. Başka bir deyişle, potansiyel alıcılar iki farklı işletmenin varlığından haberdardır. Ancak iki farklı markanın kendi zihinlerinde bıraktığı etkiyle yanılgıya düşüp, iki işletmeyi birbiri ile ekonomik veya idari olarak bağlantılı sanıyorlar ise işletmeler arası karıştırma gerçekleşmiş demektir.¹²⁹ Markaların ekonomik ve idari açıdan bağlantılı olmaları kavramlarına, aralarında lisans sözleşmesi olması veya adi ortaklığın çeşitli özel görünümünün (joint venture, konzern vs.) bulunması dâhildir. Sorumluluk yönünden bir tanım verilmesi gerekirse, markalı mal veya hizmetten hukuken sorumlu işletmenin alıcılar tarafından karıştırılması da geniş anlamda karıştırma ihtimalini gündeme getirebilir.

¹²⁷ DİRİKKAN, s. 165.

¹²⁸ DİRİKKAN, s. 166.

¹²⁹ TEKİNALP, s. 371; ARKAN, C. I, s. 98; YASAMAN Hamdi, Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 700; DİRİKKAN, s. 166.

dd. Bağlantı İhtimali ve Karıştırma Tehlikesi Arasındaki İlişki: MarkKHK m. 8/f. 1-(b) bendinde: “*marka ile ilişkili olma*”, MarkKHK m. 9/f. 1-(b) bendinde: “*marka ile arasında bağlantı olduğu ihtimali*” ifadeleri ile markalar arası bağlantı ihtimaline de hukuki sonuç bağlanmıştır. Yukarıda her iki anlamda da karıştırılma ihtimali özetlenmeye çalışılmıştır. Üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, ilişkilendirme ihtimali ile karıştırılma tehlikesi arasındaki bağlantıdır. Markalar arası ilişkilendirme, alıcıların daha önce hiç karşılaşmadıkları bir marka nedeniyle bilinçsiz olarak bildikleri başka bir markayı anımsamaları olarak tanımlanabilir.¹³⁰ Anılan madde metinlerinde, karıştırılma ihtimali, ilişkilendirme ihtimalinin bir altkümesi gibi ifade edilmiştir. Bu konuda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, ilişkilendirme dar yorumlanmalı; markanın sadece kaynak gösterme işlevi esas alınarak, marka koruması ile istenilen ekonomik mülahazalar bir kenara itilmemeli ve nihayet amacı aşan bir sonucun meydana gelmesi engellenmelidir.¹³¹ Diğer bir görüşe göre ise, ilişkilendirilme ihtimali markanın kaynak gösterme fonksiyonundan ayrı olarak ele alınmalıdır.¹³²

Öncelikle şunu ifade edelim ki, markalar arası ilişkilendirme ve karıştırma tehlikesi arasındaki ilişki bir *yoğunluk* ilişkisidir.¹³³ Mantık ilkeleri içinde değerlendirirsek, iki nesnenin zihinde karıştırılabilmesi için zorunlu olarak bir ilişkilendirme veya bağlantının olması zorunludur. Burada sorulması gereken asıl soru, bu ilişkinin boyutunun alıcının zihninde yarattığı durumdur. Markanın benzerliği veya herhangi başka nedenle, alıcı, hiç almayacağı markalı bir malı alıyorsa; burada alıcının satın alma kararını etkileyen ciddi bir ilişkilendirme söz konusudur. Diğer yandan, alıcının marka ile ilgili hukuki işlem kararını değiştirecek bir ilişkilendirme halinde karıştırma tehlikesinin olmadığı söylenebilir.

¹³⁰ DİRİKKAN, s. 167.

¹³¹ ARKAN Sabih, İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas Tehlikesi, Batıder 1999, C. 20, s. 5.

¹³² ARKAN, Karıştırma Tehlikesi, s. 6, dnp. 3'teki yazarlar.

¹³³ Bu konuda Avrupa Adalet Divanı'nın görüşlerini biz de aynen katılmaktayız. Divan, markayla düşünsel bağlantı kurulmasını, genellikle karıştırma tehlikesini de içine alan bir kavram olarak tanımlamıştır. (DİRİKKAN, s. 196, dnp. 15.) Markalar arası bağlantı ihtimalinin tek başına hukuki sonuç bağlandığı durumların en başında, tanınmış markalara ilişkin korumanın yer aldığını belirtelim. Hakikaten tanınmış markanın reklam gücünün çok üst düzeyde olması ve bu nedenle diğer markalara göre korunma alanının genişlemesi, onların salt ilişkilendirme ihtimalinde de korunmasını gündeme getirmektedir. Sonuç olarak, tanınmış olmayan markalar açısından normatif veya fiili zarar tehlikesi oluşturmayan ilişkilendirme kavramı; söz konusu tanınmış markalar olduğunda tehlike oluşturmaktadır.

Alıcının zihninde markalar arasındaki ilişkilendirmeye sebep olan vakıa, markaların fiziksel özelliklerinden ileri gelebileceği gibi; onların işlevlerinden de ileri gelebilir. Markaların fiziksel özelliklerinin benzerliği nedeniyle meydana gelen ilişkilendirme, doğrudan veya dolaylı karıştırılma ihtimalini ortaya çıkaracaktır. Geniş anlamda ilişkilendirme durumunda, ilişkilendirmenin yoğunluğu markanın işlevlerinin yorumu yoluyla tespit edilebilir. Potansiyel alıcının zihninde markanın kaynak gösterme, reklam ve benzeri işlevleri nedeni ile oluşan imaj ile diğer işletmenin markası arasında bir bağ kurulabilir. Bu bağın kurulmasıyla, iki işletmenin markaları farklı olmasına rağmen potansiyel alıcılar yanılabılır. Bu bağ sadece algıya değil; aynı zamanda potansiyel alıcının zihnindeki olgulara da dayanır. Markanın reklam işlevinin, pazarlanan mal veya hizmetle ilgili imajı alıcı kitlesine yerleştirmek olduğunu tekrar hatırlatalım. Örnek olarak, markaların görsel olarak birbirine benzemediği, ancak potansiyel alıcının zihninde satın alınacak markanın işlevi nedeniyle iki marka arasında ayniyet veya ekonomik birliktelik fikri uyanıyorsa, geniş anlamda karıştırma ihtimalinin varlığı kabul edilmelidir.

Özellikle yararlanılacak mal veya hizmetin somut olarak gözler önünde olmadığı elektronik mal ve hizmet alımlarında, geniş anlamda bağlantı kavramı daha da önem kazanmaktadır. Zira kelime esasına dayanan potansiyel alıcı araştırması sonucunda; onun karşısına benzer mal ve hizmeti üreten markalar gelebilir ve alıcı bu markaların söz gelimi belirli bir işletme grubundan veya holding bünyesinden kaynaklandığı zannına kolayca kapılabilir. Geniş anlamda karıştırılma ihtimalinde, potansiyel alıcı, güvendiği markanın kendi zihninde oluşturduğu imajı, karıştırarak yöneldiği markaya yüklemektedir.

b. Karıştırma Tehlikesinin Unsurları

Karıştırılma tehlikesine ilişkin unsurlara geçmeden, MarkKHK m. 8 ve 9 ‘un lafzı ile ilgili olarak doktrinadaki eleştirilere değinmekte fayda görüyoruz. MarkKHK m. 8/f .1(b) ‘de: *“markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa”* ifadesi kullanılmışken; MarkKHK m. 9/f .1(b) ‘de: *“halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.”* ifadeleri kullanılmıştır. MarkKHK m. 8 ‘de “ve” bağlacının kullanılması, hem karıştırılma

ihtimalinin varlığı hem de bunun tescil talebinde bulunulmuş veya tescilli bir marka hakkında var olması gerektiği şeklinde yorumlanabilir.¹³⁴

Maddenin lafzından, sanki markaların sadece fiziksel özelliklerini ön planda tutan dar anlamda karıştırılma ihtimalinin göz ardı edildiği anlaşılmaktadır. Zira dar anlamda karıştırılma ihtimalinin gerçekleşebilmesi için, markalı ürünün fiziksel özellikleri nedeniyle aynı işletmeden kaynaklandığı yönünde bir zihin faaliyeti yeterlidir. Ayrıca bu ihtimalin markanın ilişkili olduğu ihtimalini kapsamaması gerekmez. Herhangi bir ek koşula gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle MarkKHK m. 8'in, yine MarkKHK m. 9'un lafzı gibi anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.¹³⁵

aa. Aynı/Benzer İşaretler

Karıştırılmaya konu işaretin özellikler 556 sayılı KHK 'da sayılmıştır. Buna göre, tescilli markan ile "aynı", "ayrıt edilemeyecek kadar aynı", "benzer" ve "ayrıt edilemeyecek kadar benzer" kavramlarına yer verilmiştir. Ancak bu ifadeler tanımlanmamıştır. Bilindiği gibi, bir işaretin başka bir yerden aynen alınarak kullanılması "*iktibas*"; toplumun karıştırmasına neden olabilecek şekilde benzerinin kullanılmasına "*iltibas*" denilmektedir.¹³⁶ Son olarak, tescil edilen markanın sadece tescil edildiği sınıflar açısından marka korumasından himaye görecektir olması nedeniyle, iktibas ve iltibas kavramlarının tescil olunan mal veya hizmet sınıfı açısından değerlendirileceğini hatırlatalım.

aaa. Aynı/Ayrıt Edilemeyecek Kadar Aynı İşaret: Bu kavramların ne anlama geldikleri doktrinde tartışmalıdır. *Arkan*,¹³⁷ işaretin alıcı kitlesinde bıraktığı izlenime göre değerlendirme yapılması gerektiğini, üzerinde araştırma yürütülecek hususun markanın esaslı unsuru olması gerektiğini ve sonuç olarak, markanın esaslı unsurları dışında olmak üzere renk, şekil veya sözcükte meydana gelen değişikliğin ayniyeti ortadan kaldırmayacağını öne sürmektedir. Buna karşın *Tekinalp*,¹³⁸ işaretlerin aynı olması hususunda, iki işaret arasındaki ayniyetten veya ayrıt edilemeyecek kadar ayniyetten bahsetmek için, işaretin tümünün tamamen aynı olmasının aranması

¹³⁴ **DİRİKKAN**, s. 172, dpn. 21.

¹³⁵ Markalar arası bağlantı kavramı, karıştırma tehlikesinden daha az yoğun bir kavramı temsil ettiği için, genelde karıştırma ihtimalinin bulunduğu yerde markalar arası ilişki ihtimali de vardır. Markalar arası ilişki ihtimalinin ayrıca değerlendirileceği alanlar, uyuşmazlıkta tanınmış markanın bulunduğu alanlardır.

¹³⁶ **DİRİKKAN**, s. 174.

¹³⁷ **ARKAN**, C. I, s. 76.

¹³⁸ **TEKİNALP**, s. 371, 374, 375.

gerektiğini ileri sürmektedir.¹³⁹ Bizde bu konuda Tekinalp ‘in görüşüne katılıyoruz. Zira yukarıda sayıldığı üzere bir işaretin aynı olması ile ayırt edilemeyecek kadar aynı olması KHK ‘da farklı yerlerde zikredilmiştir. Her ne kadar işaretin aynı olması ile ayırt edilemeyecek kadar aynı olması haline de aynı hükümler uygulanıyor olsa da, teorik olarak ayniyetten bahsedebilmek için işaretlerin birebir aynı olması gerekmektedir. Ayırt edilemeyecek kadar aynı işaretler ile ilgili olarak ise, Arkan ‘nın da ifade ettiği gibi, işaretin esaslı unsuru üzerinde araştırma yapılmalı ve esaslı unsurları aynı olan işaretlerin ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğu saptanmalıdır. Öncelikle markanın birebir benzer olup olmadığı araştırıldıktan sonra onun esaslı unsuru açısından bir araştırmaya gidilerek sonuca ulaşılmalıdır.

bbb. Benzer/Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaret: Bir işaretin tescilli yapılmış bir marka ile –bağlantılı olma ihtimali dâhil- karıştırılma tehlikesi varsa, işaret ile tecilli markanın benzer olduğu kabul edilmelidir.¹⁴⁰ Bu noktada, yukarıda da açıklandığı üzere, geniş anlamda işletmelerin karıştırılması ihtimalin göz önüne alınması ve iki işaret arasındaki bağlantı yoğunluğunun karıştırmaya neden olup olmayacağı bilirkişi marifeti ile araştırılmalıdır. İki işaret arasındaki bağlantı ihtimalinin saptanmasının birçok bileşeni vardır ve yalnızca bir açıdan sonuca ulaşılması neredeyse olanaksızdır. Örneğin, alıcıların özellikleri, marka ile işaretlenmiş ürünlerin özellikleri vs. gibi hususların da bağlantı ihtimali konusunda ortaya koyulması gerekmektedir. Aşağıda bu konu ile ilgili olarak açıklamalarda bulunulacaktır.

bb. Aynı/Benzer Mal veya Hizmetler

Karıştırılma ihtimaline/tehlikesine karşı markaları koruyan Marka Hukuku, toplumda marka ile işaret, mal veya hizmet özdeşliği veyahut benzerliği nedeniyle, markaların veya mal ve hizmet edimlerinin karıştırılması ihtimalini de kapsamaktadır.¹⁴¹ Marka ile işaretlenmiş ürünler, nitelik olarak birbirilerine ne kadar yakın olursa, karıştırma ihtimali o kadar artar.¹⁴² Bu nedenle kullanılan malların özelliklerinin ve onların alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı etkilerin araştırılması gerekmektedir. Yine mal veya hizmetin tanınmışlık derecesinin de mal ve hizmet sınıfları açısından

¹³⁹ Aynı yönde bakınız: **DİRİKKAN**, s. 175.

¹⁴⁰ **TEKİNALP**, s. 375.

¹⁴¹ **DİRİKKAN**, s. 179.

¹⁴² **TEKİNALP**, s. 376; **ARKAN**, C.I, s. 102; **DİRİKKAN**, s. 173-179.

değerlendirilmesinde fayda vardır.¹⁴³ Ayrıca mal veya hizmetlerin birbirini ikame edilebilmesi, rekabet içinde olması veya birbirlerini tamamlayıcı olmaları da karıştırılma tehlikesini kuvvetlendiren unsurlardır.

aaa. Aynı/Aynı Tür Mal veya Hizmet: Türk Marka Hukuku sisteminde, çeşitli malların özellikleri onları temsil eden markaların tescil edildiği sınıf aracılığı ile belirli hale gelmektedir. KHK m. 24 uyarınca,¹⁴⁴ sınıflandırma ile ilgili ilkelerin yönetmelik ile belirleneceği açıklanmıştır. Bu kapsamda TPE ‘nin 2001/02 Nolu tebliğ¹⁴⁵ ile markaların tescil olacağı sınıflar belirlenmiştir. Zaman içinde güncellemeler yapılan tebliğde son değişiklik 2012/3 Nolu tebliğ ile yapılmıştır.¹⁴⁶ Buna göre, markaların tescili mümkün 45 adet mal veya hizmet sınıfı mevcuttur. Her sınıf kendi içerisinde de alt gruplara ayrılmıştır. Ancak tescil işlemi, her bir alt mal ve hizmet açısından değil, her bir sınıf esas alınarak yapılmaktadır. Örneğin, 40. sınıfta bulunan bir mal veya hizmet tescil edildiğinde, artık o sınıf içinde yer alan bütün mal veya hizmetler tescil edilmiş olur. Nitekim bir sınıf içerisinde ne kadar fazla mal veya hizmet kalemi olursa olsun, bir sınıf için ancak bir harç alınmaktadır. Ancak, markayı kullanmaya ilişkin zorunluluk, sınıf içerisindeki bütün mal veya hizmetler bakımındandır. Zira uygulamada Fikri ve Sınai Haklar Mahkemelerinin, kullanılmamakla hükümsüzlüğü talep edilen alt sınıfların iptaline karar verdikleri bilinmektedir.

bbb. Benzer/Benzer Tür Mal veya Hizmetler: Benzer mal ve hizmetlerin belirlenmesi açısından yukarıda sözü edilen marka sınıfları bize yardımcı olmakla birlikte sadece bir çıkış noktasından ibarettir. Zira bir mal veya hizmetin benzer olup olmadığının tespiti açısından sadece malların tescil edildiği marka sınıfları esas alınmamalıdır.

Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması ‘nın 2. maddesi uyarınca, tescil edilen mal veya hizmetin marka sınıfları açısından korumanın kapsamının belirlenmesinde anlaşma bağlayıcı değildir.¹⁴⁷ Uygulamada da mal veya hizmetlerin benzerliği konusunda genişletici yorumlara

¹⁴³ DİRİKKAN, s. 165.

¹⁴⁴ “Markaların kullanılacağı mallar veya hizmetler, markaların tescili amaçları için malların veya hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılır. Sınıflandırma ile ilgili ilkeler yönetmelikte belirtilir.”

¹⁴⁵ RG 31.12.2001, S. 24627.

¹⁴⁶ RG 25.12.2012, S. 28508.

¹⁴⁷ DİRİKKAN, s. 182.

başvurulduğunu görmekteyiz. Benzerliğin alıcı kitlesinin zihninde oluşacak bir fikir ile kurulacağı gerçeği karşısında, hayatın olağan akışını içinde genişletici yorumda bulunulması tarafımızca da isabetli bir yaklaşımdır. Bu yaklaşımın bir ürünü olarak, tüketiciye aynı ortamda sunulan ve genellikle beraber kullanılan mal veya hizmetler, benzer kabul edilir. Nitekim Divan, bira için tescil edilmiş bir markanın koruma alanını belirlerken, alkolsüz bira, bira içeren karma içecekler –hatta- aynı işletme tarafından aynı anda piyasaya sürülen diğer mal veya hizmetlerin de dikkate alınması gerektiğini belirterek, marka sınıfları ile bağlı olunmadığını gözler önüne sermiştir.¹⁴⁸ Yukarıda arz edildiği üzere, marka sınıflarının bağlayıcı olmadığına ilişkin açıklamalar, onların ispat konusunda yol gösterici durumuna hanel getirmez. Nitekim belirli marka sınıflarına tescil edilmiş ve fakat kullanılmayan markalar bakımından da, onun tescil edildiği sınıfların dikkate alınması gerekir. Bilindiği gibi, tescil edildiği sınıflar hakkında hükümsüzlük kararı olmayan veya hakkın kullanımının kötü niyet teşkil etmediği durumlarda, markanın tescil edildiği sınıflar hakkında bir kullanma zorunluluğu yoktur.¹⁴⁹ Mevzuatın tanıdığı bu imkânın, karıştırma ihtimalini belirleme sırasında marka sahibinden alınması kanunun ruhuna uygun olmaz.

Fransız Mahkemesi, otomobiller için kullanılan yakıt ve motor yağlarını benzer ürün olarak kabul etmiştir.¹⁵⁰ Anılan kararda, alıcı kitlesinin birlikte bulunan ihtiyaçları ve bunların birbirini tamamlayan etkisi göz önünde tutulduğu görülmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, dezenfektan ve romatizma ilaçlarını benzer mal olarak kabul etmiştir.¹⁵¹ Anılan kararda, Federal Mahkemenin birlikte arz edilen ürünlerin alıcı kitlesinde bıraktığı etki sebebiyle malları benzer kabul ettiği görülmektedir. Danıştay, halk arasında “*çamaşır tozu*” olarak bilinen kimyasallardan oksijenli sabun tozu ile deterjan maddelerini de benzer mal kabul etmiştir.¹⁵² Danıştay işbu kararda, alıcı kitlesine anılan malların arz ediliş biçimlerini ve bunların alıcı kitlesi nezdinde bıraktığı etkiyi dikkate aldığı anlaşılmaktadır. Hemen belirtelim ki, sadece malların birbirini ikame ediyor olması veya tamamlaması vakıası karıştırılma tehlikesinin varlığı açısından yeterli değildir. Diğer yandan, rekabet halinde olmayan mal veya hizmetlerin alıcı kitlesinde karıştırma tehlikesini bertaraf edecek şekilde arz edilmesi

¹⁴⁸ DİRİKKAN, s. 180, dñn. 42.

¹⁴⁹ DİRİKKAN, s. 181.

¹⁵⁰ EPÇELİ, s. 41.

¹⁵¹ EPÇELİ, s. 41.

¹⁵² Danıştay. 12 D. 23.03.1971 69/1693 E. ve 71/674 K. sayılı ilam.

olasılığında; artık karıştırılma ihtimalinden bahsetmek mümkün olmayabilir. Her somut olay kendi içerisinde değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekir.

Ticari hayatın gün geçtikçe kendini geliştiren yapısı nedeniyle, ticari alana arz edilen mal ve hizmetlerin sınıflandırılış biçimi de hızlı bir değişime uğramaktadır. Bu değişim marka sınıflarına yeri sınıfların eklenmesi veya hali hazır sınıfların içine yeni alt sınıfların dâhil edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu değişikliklerden bir tanesi de, TPE'nin 35. marka sınıfına dair yaptığı değişikliktir.¹⁵³ Değişiklikten önce 35. sınıf hizmet sınıfı: “*Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri*” şeklinde tanımlanmıştı. Ancak Avrupa Adalet Divanı 'nın verdiği *Praktiker Kararı*¹⁵⁴ ile görüldü ki, alıcı kitlesine hangi sektöre ilişkin ürünlerin bir arada sunulduğu büyük önem taşımaktadır.

TPE 'nin işbu değişikliğe ilişkin yayımladığı uygulama esaslarında,¹⁵⁵ Divan 'ın verdiği kararı şöyle değerlendirmektedir: “Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) 7 Temmuz 2005 tarihli *Praktiker Kararında*, bizzat satış işleminin kendisinin “*Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetler* ‘nin konusu olmadığını, ilgili hizmetin asıl işlevinin “*malların tüketiciye sunumu amacıyla çeşitli malların bir araya getirilmesi*” olduğunu kabul etmektedir. ATAD ilgili kararında ayrıca, hizmetin kapsamının anlaşılması için sunuma konu malların veya bu malların genel itibarıyla ait oldukları sektörlerin hizmet tanımına eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir. WIPO Nice Sınıflandırması Uzmanlar Komitesi “*Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri*”ni “*malların tüketiciye sunumu amacıyla çeşitli malların bir araya getirilmesi*” olarak değerlendirmekte ve satış işleminin kendisini tescil edilebilir bir hizmet olarak kabul etmemektedir. İlgili hizmetlerin “*malın ya da malların satışı hizmeti*” olarak değerlendirilemeyeceği, belirtilen hizmetin “*tüketicilere perakende satış ortamlarında malların sunumu hizmeti*” olarak kabul edilmesi gerektiği

¹⁵³ RG 19.10.2011, S. 28089.

¹⁵⁴ http://www.ippt.eu/files/2005/IPPT20050707_ECJ_Praktiker_v_Deutsche_Patent_und_Markenamt.pdf (29.01.2012).

¹⁵⁵ Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğin 35inci Sınıf 6ncı Paragrafında Belirtilen “*Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için “...” * bir araya getirilerek sunulması hizmetleri*”ni İhtiva Eden Marka Tescil Başvurularına İlişkin Uygulama Esasları

yönündeki görüş Enstitü tarafından da benimsenmektedir.” Anılan düzenleme ile örneğin sadece deri ürünlerini bir mağazada müşterilerine elverişli şekilde arz eden bir işletme ile mağazasının bir bölümünde deri ürünlerini de satan bir işletme farklı hizmetler sunmuş kabul edilecektir. Yukarıda 35. sınıf ile ilgili olarak yapılan son değişikliğin aktarılış amacı, alıcı kitlesine elverişli bir şekilde arz edilen malların niteliğinin dahi verilen hizmetin niteliğini değiştireceğini göstermektir.

Sonuç olarak, bir mal veya hizmetin diğerine benzer olup olmadığının anlaşılabilmesi için birçok unsurun değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Anılan unsurları malın hangi alıcı kitlesine yönelik olduğu, alıcı kitlesinin ihtiyaçları, mal veya hizmetin özellikleri (özellikle fiyatı), alıcı kitlesinin sosyo-ekonomik durumu, işletmeler arası rekabet hali ve pazarlama kanalları şeklinde sınırlayıcı olmayacak şekilde sıralayabiliriz. Nitekim önemli olan alıcı kitlesinin zihninde, mal veya hizmet ile işletme arasında kurulacak ilgidir.

İnternet ortamında arz edilen mal veya hizmetlerin benzer olup olmadığı, karışıklığı yaratan yönlendirici kod, anahtar kelime veya alan adı aracılığıyla yönlendirilen web sitesinde arz edilen mal veya hizmetler esas alınarak belirlenir.¹⁵⁶ Buna ek olarak, benzer mal veya hizmeti arz etmese dahi, aynı sektörde faaliyet gösteren web sitelerine ait grafiklerin karıştırılma tehlikesi nedeniyle marka ihlaline neden olabileceği kabul edilmektedir.¹⁵⁷ Mal veya hizmetler arasındaki benzerlik konusunda web sitelerinin görünüşlerinin benzerliği, bazı Almanya İlk Derece Mahkemesi kararında esas alınmışsa da, Alman Federal Mahkemesince anılan görüş isabetli olarak benimsenmemiştir.¹⁵⁸ Gerçekten de, web sitelerinin grafik olarak benzerliğinin sunulan mal veya hizmet ile ilgisi bulunmaması koşuluyla marka ihlaline esas olamayacağı kanaatindeyiz. İşbu durumda şartları varsa FSEK kapsamında bir hukuki başvuru gündeme gelebilir. İnternetin bir mecra olduğu ve her mal ve hizmete ilişkin değerlendirmenin ayrıca yapılması gerektiğini de vurgulayalım.

İnternet alanında sunulan hizmetlerin benzerliği hususunda, alan adlarına ilişkin mahkeme kararlarından yararlanılabilir. Bu kapsamda, Alman Mahkemeleri aşağıdaki hizmetlerini benzer mal veya hizmet kabul etmişlerdir: bilgisayar destekli

¹⁵⁶ OĞUZ Sefer, İnternet Alan Adı Haklarının Korunması, Ankara, 2012, s. 266.

¹⁵⁷ OĞUZ, s. 267.

¹⁵⁸ OĞUZ, s. 267.

mali veya hukuki konularda bilgi sistemleri geliştirme ve işletme hizmetleri ile mali veya hukuki konularda multimedya hizmeti sunulmasını, veri işleme ve geliştirme ile verilerin korunması konusunda danışmanlık hizmeti verilmesini, sınıflama ve reklam hizmetlerinin depolanması ve bu verilerin imha edilmesi-çözümlemesi hizmetlerini, radyo televizyon yayıncılığı ile yazılı basın ve web sitesi tasarımlarını, seyahat, kara taşımacılığı ile hava taşımacılığını, reklam, iş idaresi, kurumsal yönetim ile tasarım ve programlama hizmetleri.¹⁵⁹

cc. Alıcı Kitleleri

Mal veya hizmetlerin benzerliği konusunu, etkiyi yaratan (obje) ve etkiye maruz kalan (süje) olarak ikiye ayırırsak, incelememizin bu bölümünde marka ile işaretlenen mal veya hizmetin yarattığı görüntüden etkilenen alıcı kitlelerini incelememiz gerekmektedir. Bu nedenle öncelikle hangi alıcı grubunun değerlendirmeye tabi olacağının çerçevesi çizilmelidir. İncelememizde alıcı kitleleri olarak nitelenen kişi grupları, doktrinde, hedef kitle, potansiyel alıcı veya toplumsal çevre olarak da ifade edilmişlerdir.¹⁶⁰ Avrupa Birliği Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi'nin 6. maddesinde, ortalama tüketici ölçütü benimsenmiştir.¹⁶¹ Nitekim *Agencja Wydawnicza Technopol sp. z.o.o. v OHIM* davasında, Divan potansiyel müşterilerin zihninde oluşan imaja üstünlük tanımıştır.¹⁶² 2000/31 sayılı AB Yönergesinde¹⁶³ de, e-ticaret ve interaktif reklamcılık uygulamalarında tüketici kitlelerinin korunmasına özel önem atfedilmiştir.¹⁶⁴

Genel olarak, alıcı kitleleriyle tarif edilen kişiler, marka hakkına tecavüzde bulunan malların potansiyel alıcı çevresini oluşturur.¹⁶⁵ Herhangi bir mal veya hizmeti satın almak üzere karar vermiş ve hangi markayı seçeceği konusunda bir karara varmış alıcılar inceleme alanımıza girmektedir. Yani alıcı kitleleri olarak sözünü ettiğimiz kişiler, hukuki ilişkiye girecekleri mal veya hizmeti seçtikleri gibi markası

¹⁵⁹ OĞUZ, s. 268.

¹⁶⁰ DEHLFING Thomas, Das Reht der irreführenden Werbung in Deutshland, Grossbritannien und Frankreich, Diss., Frankfurt am Main/Berlin/Bonn/New York/Paris/Wien, 1999, s. 15; KLETT Kathrin, Die durchshittilich aufmerksame Verbraucherin und der durchshittilich gut ausgebildete Fachmann, GRUR s. 2001, s. 549 (DİRİKKAN, s. 188, dpn. 65, *naklen*).

¹⁶¹ İNAL Emrehan/BAYSAL Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2008, s.24.

¹⁶² KURT Emre, Fikri Mülkiyet Haklarıyla İlgili AB Mahkemeleri Dava Raporları, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 26/2011, s. 265.

¹⁶³ Official Journal L 178, 17.07.2000.

¹⁶⁴ 2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 65.

¹⁶⁵ DİRİKKAN, s. 188.

konusunda da fikir sahibi olan kişileri kapsamaktadır.¹⁶⁶ Yukarıda tarif edilen alıcı grubu, geleneksel olarak markanın kullanıldığı alanlar için geçerlidir. Geleneksel alıcı kitlesinin anlaşılması, aşağıda incelenen *İlk İlgi Karışıklığı Doktrini* 'ninin (*Initial Interest of Confusion Doctrine*) iyi anlaşılabilmesi açısından da önemlidir. Zira söz konusu doktrinde alıcı kitlesi her ne kadar hukuki ilişkiye girecekleri mal veya hizmetin markası konusunda sabit bir fikri olmamasına rağmen karıştırma tehlikesi ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

Alıcı kitlesini genel olarak tanımladıktan sonra, genel olarak, alıcı kitlesini üç guruba ayırarak inceleyelim. Buna göre alıcı kitlesini: her mal ve hizmet sınıfına hitap eden, özel mal ve hizmet sınıflarına hitap eden ve uzmanlık sahibi bir topluluğa hitap eden mal ve hizmetleri edinen alıcı kitlesi olmak üzere sınıflandırabiliriz.

aaa. Her Kesimden Mal ve Hizmete Hitap Eden Alıcı Grupları: Türk uygulamasında, her kesimden mal ve hizmete hitap eden alıcıları nitelemede birçok farklı deyim kullanılmıştır. Bunlardan bazıları: “orta seviyedeki müşteriler”¹⁶⁷, “vasat seviyedeki kimseler”¹⁶⁸ ve “normal ve orta düzeydeki alıcılar”¹⁶⁹ olarak sıralanabilir. Tanımlamalardaki farklılıkları bir yana bırakacak olursak, her kesimden mal ve hizmetin alıcı kitlesini tarif ederken dikkat edilecek en önemli husus, arz edilen mal veya hizmeti ortalama zekâya ve ihtiyaca sahip bir kişinin söz konusu mal veya hizmet ile hukuki ilişkiye girip girmeyeceğidir. Bunun anlaşılması ise her olayın kendine has koşulları içinde anlaşılacaktır.

Her alıcıya hitap etmesine ve görsel ve fonetik olarak benzemesine rağmen vakıanın özelliklerine göre karıştırma tehlikesi gündeme gelmeyebilir. *Formula One Licensing BV v OHIM – Globak Sports Media Ltd.* davasında, “F1” logosunun (Formula yarışları için kullanılan) benzerinin tesciline itiraz nedeniyle yapılan yargılamada ilk derece mahkemesi, alıcı kitlesinin, düz “F1” yazısının değil, F1 logosunun Formula One Licensing ile irtibatlı olduğu hususunda tecrübe kazandığına

¹⁶⁶ EPÇELİ, s. 45

¹⁶⁷ MOROĞLU Erdoğan, Notlu- İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2001, s. 75.

¹⁶⁸ Yargıtay 11. HD. 26.06.1986 3932 E., 3939 K., *naklen*, DÖNMEZ İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 1999, s. 242.

¹⁶⁹ Yargıtay 11. HD. 20.11.1987 7269 E., 6440 K., *naklen*, ERİŞ Gönen, Madde Açıklamalı – En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, Ankara, 1992, s. 394; GÖLE, s. 74.

hükmederek, ortada bir karıştırma tehlikesi ve tescile engel bir durum söz konusu olmadığına hükmetmiştir.¹⁷⁰

bbb. Özel Mal ve Hizmet Gruplarına Hitap Eden Alıcı Kitleleri: Benzer mal veya hizmet, eğer özel bir alıcı kitlesine hitap ediyorsa, şu halde o özel grubu ortalama olarak temsil eden kişilerin algı seviyesi esas alınmalıdır.¹⁷¹ Özel alıcı gruplarına örnek olarak, fiyat bakımından yüksek bedelli mal veya hizmetler verilebilir. Gezi amacıyla satılan deniz taşıtları, yurtdışı seyahat turları, halk tarafından çok ilgi duyulmayan spor aktivitelerine ilişkin mal veya hizmet alıcıları özel alıcı grubu olarak nitelendirilebilir.

ccc. Uzmanlık Gerektiren Mal ve Hizmete Hitap Eden Alıcı Kitleleri: Yan başlıkta “uzman” sözcüğü ile ifade edilmek istenilen, mal veya hizmet ile profesyonel iş ilişkisi nedeniyle veya bunun gibi bir amaçla edinmek isteyen alıcı kitlesini tarif etmektir.¹⁷² Bu kişilerin ayrıca bir alıcı kitlesi olarak belirlenmesinin en önemli nedeni, genellikle tacir olan bu alıcı kitlesinin, 6102 sayılı TTK m. 18/2 uyarınca, basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğünün olmasıdır. Genel dikkat ve özen borcunun özel şeklini oluşturan basiretli bir tacir gibi davranma borcu nedeniyle bu alıcı kitlesinin dikkat seviyesi son derece yüksektir ve öyle kabul edilmelidir.

Bu alıcı kitlesine örnek olarak, yolcu taşıma amaçlı olarak deniz veya hava aracı alan veya işletmesinin bilgi güvenliğini sağlamak üzere işletme ihtiyaçları ile uyumlu bir yazılım¹⁷³ alan alıcılar örnek verilebilir. Yine reçeteye satılmasına izin verilmeyen ürünler konusunda da, anılan ürünlerin doktorlar ve eczacılar tarafından verildiği göz önüne alındığında, yine alıcı kitlesinin uzman olduğu söylenmelidir.¹⁷⁴

ddd. Alıcı Kitlesinin Dikkat Seviyeleri Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda, ticari alana arz edilen mal veya hizmetlere göre alıcı kitlelerinin sınırını belirlemiş bulunmaktayız. Ancak salt mal ve hizmetler ile hukuki ilişki içindeki alıcı kitlesinin sınırlarının belirlenmesinin pratik bir önemi yoktur. Alıcı kitlesi açısından

¹⁷⁰ KURT, 26/2011, s. 267.

¹⁷¹ TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. I, Kitap 1, Mütala: 5, İstanbul, 1992, s. 34-35; EPÇELİ, s. 47

¹⁷² TEOMAN, C. I, Kitap 1, Mütala: 12, İstanbul, 1992, s. 117-120.

¹⁷³ Bilgisayarın kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi için gerekli talimatları belirli bir protokol dâhilinde sunan sistemlere yazılım denir (DALYAN Şener, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Ankara, 2009, s. 20.).

¹⁷⁴ ARKAN, C. I, s. 103; TEOMAN, C. I, Kitap 1, Mütalaa 12, s. 119; EPÇELİ, s. 48

yapılan belirlemenin amacı, onların dikkat seviyesinin ortaya koyulması bakımındandır. Her kesimden alıcıya hitap eden mal veya hizmetler açısından dikkat seviyesinin orta düzeyde olduğunu söyleyebiliriz. Orta düzey ile kast edilen, orta zekâlı bir kişinin gösterdiği veya göstermesi gereken dikkattir. Özel ilgi alanlarına ilişkin mal ve hizmetler açısından alıcı dikkat seviyesinin orta düzeyin üzerinde olduğu, uzman alıcı kitlesinin dikkat düzeyinin ise basiretli bir tacirin işinde göstermesi gereken dikkat ve özen borcu ile orantılı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtelim.

Her tür alıcı kitlesine uygulanacak bir formül olarak, ilgili alıcı kitlesinin ortalama bir alıcısının dikkat seviyesi, karıştırılma tehlikesine temel alınacak en önemli vakıayı teşkil eder.¹⁷⁵ Ortalama kişinin dikkat seviyesi hesaplanırken, onun eğitim durumu, cinsiyeti, yaşı veya geliri gibi unsurlar dikkate alınmalıdır. İncelememizde arz edilen unsurlar sonucunda son olarak tespiti gereken husus da budur. Zira karıştırılma tehlikesi ve bağlantı ihtimalinin temelinde, ilgili alıcının söz konusu mal veya hizmet ile ilgili hukuki işleme girme kararının etkilenip etkilenmediği bulunmaktadır. Bu iradenin anlaşılması için de alıcının dikkat seviyesinin ortaya konulması gerekir. Burada ihlaline hukuki sonuç bağlanan vakıa, alıcı kitlesinin zihnindeki markaya ilişkin imajdır.

Ford Motor Company v OHIM – Alkar Atomotive SA davasında, davacı markaların karıştırma tehlikesi yarabileceğinden hareketle OHIM kararına ilk derece mahkemesi nezdinde itiraz etmiştir. İlk derece mahkemesi, somut olayda söz konusu olan malların tüketicilerinin dikkat düzeyinin yüksek olduğunu ve bu nedenle markalar arasındaki görsel farklılıkların farkına varabilecek algıya sahip olduklarını tespit etmiştir. Akabinde halkın markayı çoğunlukla gördükten sonra satın aldığı, potansiyel müşterilerin yüksek dikkat, özen seviyesinde oldukları ve markalar arasındaki görsel ve algısal farklılıkları anlayabilecek düzeyde olmaları nedeniyle karıştırma ihtimalinin olmadığına karar vermiştir.¹⁷⁶

¹⁷⁵ DİRİKKAN,,s. 189.

¹⁷⁶ KURT, 26/2011, s. 266.

eee. Alıcı Kitlesinin İnternet Kullanımına İlişkin Motivasyonu ve Bunun İnternet Reklamcılığına Etkisi

Alıcı kitlesinin internet reklamlarına karşı dikkat seviyesi ve etkilerinin marka ihlalleri ve haksız rekabet halleri için önem taşımaktadır. Ancak kullanıcı/alıcı kitlesinin dikkat seviyesinin internet uygulamaları açısından değerlendirilebilmesi için, öncelikle alıcı kitlesinin interneti kullanmasına neden olan motivasyon noktalarının açığa kavuşturulması gerekmektedir.¹⁷⁷

İnternet, tüketicilerin istediği ürüne istediği anda ve yerde ulaşabilme fırsatını vermektedir. Bu nedenle, e-ticaret amacıyla kurulan sitelerde, ürünlere ilişkin fiyat listeleri ve ürün değerlendirmeleri sık sık yer alır. Bunun ötesinde, profesyonel ürün raporları ve karşılaştırmaları, yeni ürünler, yasal düzenlemeler ve kullanıcı yorumlarına ulaşma gibi pek çok fırsatı da internet aracılığıyla elde ediyoruz. Pew İnternet & American Life Project kapsamında yapılan araştırmalara göre, internet kullanıcılarının %84'ten fazlası özel bir bilgiyi; %78'den fazlası da özel bir ürünü internet aracılığıyla aramaktadır. Bunun yanında 2000 yılından bu yana, internet üzerinde araştırma faaliyetleri %50'den daha fazla oranda artmıştır. İnterneti eğlence, müzik veya sosyal ağlar bağlamında kullanan kişileri de bu istatistiklere dâhil ettiğimizde, internet kullanıcılarının ne kadar farklı amaçlarla internete girdiği ortaya çıkmaktadır.

Bu başlık altında “*motivasyon*” sözcüğü ile ifade edilmek istenilen, kullanıcıları belirli bir davranışa yöneltebilen irade olarak tanımlanabilir.¹⁷⁸ Kullanıcılar açısından motivasyonun tam anlaşılması, onlara yönlendirilebilecek reklamların belirlenmesi ve pazarlama stratejisi açısından önem taşımaktadır. İnsan motivasyonunun üç boyutu olduğu ifade edilmiştir. Bunlar: motivasyonun şiddeti, devamlılığı ve başlangıç noktası olarak sıralanabilir.¹⁷⁹

İnternet kullanımına ilişkin motivasyonu tanımlamamız için, sürece ve içeriğe ilişkin hazın veya memnuniyetin sınırlarının kullanıcı açısından iyi çizilmesi gerekmektedir. Sürece ait ilgi, yine sürecin kendisiyle ilgiliyken; içeriğe ilişkin ilgi onun kullanıcıyı

¹⁷⁷ **KO Hanjun/ROBERTS S. Marilyn/CHO Hoan-Chang**, Cross-Cultural Differences in Motivations and Perceived Interactivity: A Comparative Study of American and Korean Internet Users, *Journal of Current Issues and Research in Advertising*, Vol. 28, N. 2, Sonbahar 2006, s. 1 vd

¹⁷⁸ **EDWARDS**, s. 93.

¹⁷⁹ **GEEN Russel G.**, *Human Motivation: A Social Psychological Approach*, Belmont, California, 1995 (naklen, **EDWARDS**, s. 93).

tatmin etmesiyle ilişkilidir. Eskiden bu yana bu konuya ilişkin pek çok kriter ortaya atılmıştır. Sürece olan motivasyona ilişkin kriterleri beş başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar: sosyal gerçeklerden kaçma, bilgi edinme, sosyalleşme, ekonomik işlemler, ihtiyaçlar ve eğlence olarak sayılabilir.¹⁸⁰ Bu motivasyonların tespiti açısından, kadın-erkek veya yaş gibi değişkenler değişiklik yaratsa da, işbu değişiklik esaslı bir değişime sebebiyet vermemektedir.

Anılan motivasyon neticesinde internet kullanımına yönelik alıcı kitlesinin, işlem bazlı güvenlik ve gizlilik kaygılarının da giderilmesiyle içerik konusunda daha aktif bir rol alması mümkündür. İnternet işlemlerinde kullandığı bilgilerin yeterli güvenlik önlemleriyle korunması ve paylaştığı bilgilerin yalnızca kullanıcının izin verdiği çevrelerle paylaşılması konusunda kullanıcıya sağlanacak güvence, internet reklamlarının başarısı açısından da önem taşımaktadır. Nitekim internet reklamları sonucunda belirli bir malı satın almak isteyen kullanıcının yönlendirildiği hedef web sitesindeki güvenlik önlemlerinin yeterli olmaması, alıcıyı işlemden caydıracak ve internet reklamlarının da başarıya ulaşmasını engelleyecektir. İnternet alanındaki alıcı kitlesini belirlerken, işbu ölçüler göz önüne alınarak kullanıcıların yaş, eğitim ve cinsiyet gibi özellikleri ortaya çıkarılabilmektedir.

İnternet sayfasının içeriğine ilişkin motivasyon, sürece olan motivasyondan daha çok etkili olmaktadır. Yapılan araştırmalarda, kullanıcıların içeriğe ilişkin olarak, rehber edinme, bilginin gözetimi, rahatlamak ve sosyal birlik düşüncesiyle hareket ettiği gözlemlenmiştir.¹⁸¹ Kesin bir ayırım yapma imkânı olmamakla birlikte, internet ortamında kadınların çok büyük bir kısmının sağlık ve din konularında bilgi araştırdığı gözlemlenirken; erkeklerin finans, spor ve politika konularında araştırma yaptıkları tespit edilmiştir. Aynı şekilde gençlerin chat odaları ve mesajlaşma faaliyetini yaşlılardan yarı yarıya daha fazla yaptığı da kaydedilmiştir.¹⁸² Bu çeşit veriler, internet reklamcılığı yoluyla marka ihlali veya haksız rekabet halleri yaratılan uygulamaların hangi tip alıcı kitlesine hitap ettiğinin tespit edilmesi açısından önem taşımaktadır.

İnternet reklamcılığının kişinin sosyo-ekonomik yapısına ve ihtiyaçlarına uygun stratejileri, alıcı kitlesinin özelleşmesini sağlamaktadır. Yani internet reklamlarının

¹⁸⁰ EDWARDS, s. 96.

¹⁸¹ EDWARDS, s. 98.

¹⁸² EDWARDS, s. 99.

muhatapları, reklamcılar tarafından kişisel özellikleri önceden değerlendirilmiş ve reklam konusu mal veya hizmetin hedef kitlesi olarak varsayılan kişilerdir. Bu nedenle, uyuşmazlıklarda reklamcıların alıcı kitlesinin motivasyonunu esas alan anılan bakış açısının da alıcı kitlesinin çerçevesinin çizilmesi sırasında gündeme gelmesi gerekir. Bu tespitin istatistik temellerinin varlığı, endüstri analistleri tarafından da kabul görmektedir. Nitekim yakın gelecekte, yapay zekânın yardımıyla, internet programlarının araştırma, pazarlık ve satın alma işlemini yapacağı ön görülmektedir.¹⁸³ Yapay zekanın hukuki işlemleri yaptığı bir ortamda veri koruması problemlerinin nasıl çözüleceğine ilişkin hukuki tartışmalar da, yine davranışsal reklamcılığı günümüzün önemli bir tartışma konusu haline getirmektedir.¹⁸⁴

dd. Markanın Tanınmışlık Düzeyi

Karıştırılma tehlikesi, markanın ayırt etme gücüne ve buna bağlı olarak markanın tanınmışlık düzeyine bağlıdır.¹⁸⁵ Markanın tanınmışlık derecesinin karıştırılma tehlikesine etkisi, güçlü-güçsüz marka başlığı altında incelenmişti.¹⁸⁶ Markanın kendi yapısından ve tanınmışlığından yararlanarak, diğer markalara kurduğu markanın işlevi anlamındaki üstünlük, ona karıştırılma tehlikesinden sakınma bakımından daha geniş bir korumayı gerekli kılmaktadır. Bir malın işletmesel kaynağı konusunda toplumda oluşabilecek düşünce, kullanılan markanın tanınmışlık derecesinden etkilenme yoluyla ortaya çıkabilir. Tanınmış markaların zamanla asıl tanınmışlıklarını borçlu oldukları alanlar dışında da faaliyet göstermeleri karşısında, tanınmış markanın bu ününden haksız yararlanmak isteyenlerin engellenmesinin de marka korumasına dâhil olduğunun kabulü gerekir. Hemen belirtelim ki, tanınmış bir markanın veya ayırt ediciliği nedeniyle maruf hale gelmiş bir markaya benzer mal ve hizmet sınıflarından kullanılan benzer markaların kendiliğinden karıştırılma tehlikesi doğurmadığı belirtilmelidir. Tanınmış marka ile benzer mal veya hizmetin sunulmuş biçimi öyle olabilir ki, alıcı kitlesi söz konusu malları karıştırmayabilir. Zira alıcının zihnindeki marka imajının satın alma kararını değiştirecek ölçüde etkilemiş olup olmadığı vakıası, her somut olay açısından farklılıklar göstermektedir.

¹⁸³ **LEE Eun-Ju**, Computer Agents as Sources of Trust in Internet Advertising, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007, s. 141.

¹⁸⁴ Konuya ilişkin en güncel konferans "Online Behavioral Advertising Conference" adı altında 26.12.2012 tarihinde Kadir Has Üniversitesi, Cibali Kampüsü, B405 Salonunda yapılmıştır.

¹⁸⁵ **DİRİKKAN**, s. 184.

¹⁸⁶ 3§/V. Bölüm / A.

c. Avrupa Adalet Divanı Kararlarında “Karıştırılma Tehlikesi” Kavramı

Divan, markanın karıştırma tehlikesi ile ilgili birçok kararında değerlendirmelerde bulunmuştur. [Sabel BV v Puma AG \(kısaca Sabel\)](#) kararında,¹⁸⁷ 89/104 Marka Yönergesinin 4. maddesinin I. fıkrasının b bendini yorumlayarak sonuca ulaşmıştır. İşbu kararda Divan, işaretler arası karıştırma tehlikesinin değerlendirmesinde, dava konusu işaretin anlamının, görünümünün ve işitsel özelliklerinin bir bütün halinde değerlendirilmesi gerektiği¹⁸⁸ ve 89/104 Markalar Yönergesi m. 4/f.1(b) uyarınca, işaretler arası bağlantı ihtimalinin, karıştırılma tehlikesinin bir alternatifi olmadığı ifade edilmiştir. Yine aynı kararda, bağlantı ihtimalinin tek başına karıştırılma tehlikesini kanıtlamaya yeterli olmayacağına da hükmedilmiştir. Bağlantı ihtimalinin karıştırma tehlikesini kanıtlama yönünde tek başına kanıt olamayacağı görüşü, tarafımızca yukarıda savunulduğu üzere,¹⁸⁹ bağlantı ihtimali ile karıştırma tehlikesi arasında bir tür yoğunluk ilişkisi olduğu görüşümüzü desteklemektedir.

Geniş anlamda karıştırılma tehlikesi açısından *Canon Kabushiki Kaisha v Metro-Goldwyn-Mayer (kısaca Canon)* kararında geniş açıklamalarda bulunulmuştur.¹⁹⁰ Anılan kararda, alıcı kitlesine sunulan mal veya hizmetlerin benzer olduğu ve işaretin önceden ayırt edici hale gelip, belirli bir üne kavuştuğu hallerde karıştırılma tehlikesinin araştırılması gerektiği ifade edilmiştir. Kararın hüküm bölümünün devamında, alıcı kitlesine sunulan mal veya hizmetin aynı işletmeden (*undertakings*) veya onunla ekonomik olarak ilişkili bir işletmeden (*economically-linked undertakings*) kaynaklandığı hallerde karıştırılma tehlikesinin ortaya çıkacağı ifade edilmiştir. Yukarıdaki ifadenin aksi yorumunu da dikkate alan Divan, sunulan mal veya hizmetlerin alıcı kitlesini yanıltacak biçimde ayrı işletmelerden kaynaklanması durumunu da karıştırılma tehlikesi kavramına dâhil etmiştir. Divan, bu kararda da 89/104 Marka Yönergenin 4. maddesinin I. fıkrasının b bendini yorumlayarak sonuca ulaşmıştır.

Bu karar vesilesiyle, markanın işlevi konusunda Divanın yaklaşımına da dikkat çekmek isteriz. Yukarıda da ifade edildiği gibi, Divan, markanın kökenini garanti etme işlevi üzerinde durmaktadır. Mal veya hizmetin kaynaklandığı ve bu nedenle

¹⁸⁷ <http://www.ipo.gov.uk/ipcass/ipcass-alphabetical/ipcass-alphabetical-p/ipcass-sabel.htm> (11.02.2012).

¹⁸⁸ UZUNALLI, s. 155.

¹⁸⁹ Bakınız: İkinci Bölüm/II/A/2/a.

¹⁹⁰ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C.T.F&num=C-39/97&td=ALL> (11.02.2012).

onun sorumluluğunu alan işletmelerin farklı olması ve fakat alıcılara sanki aralarında bağlantı varmış izlenimi uyandırması vakiasına, (markanın işlevini görememesi nedeniyle) marka hakkının ihlal edilmesi hukuki sonucu bağlanmıştır.

Medion AG v Thomson Multimedia Sales Germany & Austria GmbH (kısaca Medion) davasında,¹⁹¹ Divan, mal veya hizmetlerin benzer olduğu ve kayıtlı marka ve dava konusu işaretin yan yana sıralanması durumunda halkın (*public*) belirli bir kısmında bir karıştırılma tehlikesinin olabileceği belirtilmiştir. Bu kararda da, markanın bir bütün olarak bütün unsurlarının yarattığı izlenime değer verilmesi gerekliliği belirtilerek, markanın bağımsız olarak ayırt edici olduğu durumlarda karışıklık ihtimalinin olmayacağına hükmedilmiştir. Diğer bir deyişle, markanın genel görünümü potansiyel alıcı kitlesinde (karardaki ifade ile *halk*) yarattığı genel görünüm itibarıyla ayırt edici ise karıştırılma ihtimalinden söz edilemez.¹⁹²

Divan, karıştırılma tehlikesine ilişkin incelemesini iki dereceli olarak gerçekleştirmektedir. Öncelikle işaret ve mal veya hizmetlerin değerlendirmesi yapılmakta; sonrasında ise diğer unsurlar değerlendirilmektedir.¹⁹³ Divanın bu yaklaşımından, uyumsuzluğun esasındaki işaret ve mal veya hizmet asli derecede; diğer faktörler ise tali derecede önemli olduğu anlaşılmaktadır.

d. Yargıtay Kararlarında “Karıştırılma Tehlikesi” Kavramı

MarkKHK‘da karıştırılma tehlikesi veya bağlantı ihtimaline ilişkin herhangi bir tanımlama bulunmamaktadır. Bu nedenle Divan‘ın yukarıda arz edilen kararları ile birlikte ve 89/104 Marka Yönergenin 4. maddesinin I. fıkrasının b bendi uyarınca bir yorum yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay, bugüne kadar açıkça Divan kararlarına atıf yapmamış olsa da, onunla aynı yönde kararlar vermiştir.

Karıştırılma tehlikesinin belirlenmesinde, Yargıtay, işaretin genelinin alıcı kitlesinde bıraktığı izlenimi esas aldığı yönünde kararlar vermiştir.¹⁹⁴ İşaretin “halk” üzerinde bıraktığı genel etki kavramı, bizi, karıştırılma tehlikesini geniş anlamda bağlantı kavramı ile birlikte yorumlandığını göstermektedir. Gerçekten de, Yargıtay‘ın verdiği bazı kararlarda, geniş anlamda karıştırılma tehlikesini oluşturacak şekilde

¹⁹¹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C.T.F&num=C-120/04&td=ALL> (11.02.2012).

¹⁹² UZUNALLI, s. 158.

¹⁹³ DİRİKKAN, s. 191 vd.

¹⁹⁴ Yargıtay 11. HD. 13.10.2003, 2003/2963 E. ve 2003/9226 K. sayılı ilamı.

işletmeler arası bağlantının olası olduğu yönündeki bir görünümün varlığı halinde marka hakkına tecavüz oluşuna karar vermiştir.¹⁹⁵

Divan ‘nın ve Yargıtay ‘ın karıştırılma tehlikesi hakkında verdikleri kararlar göz önüne alındığında, kararların temelinde alıcı kitlesinin iki işaret arasında kuracağı fikri bağlantıyı temel alarak karar oluşturmuş olduklarını tespit etmiş bulunuyoruz. İlgili alıcı kitlesinde ortalama alıcıyı temsil eden kişinin varsayımsal iradesinin yorumlanması ile sonuca gidilmiştir. Bu sonucun çalışmamız içinde çok büyük bir önemi bulunmaktadır. Şöyle ki, geleneksel marka kullanımında, alıcı aktif bir fiilde bulunarak satış işlemine katılmaz.. Yani tüketici, sadece muhatap olduğu markalı mal veya hizmetin fiziksel varlığı ile ilgilenir. Oysa internet ortamında, pencereler arası kolay geçiş imkânı ile alıcı kitlesi, satın almak istediği markaya ilişkin karşılıklı bir etkileşime girer. Bu etkileşim markalı mal ve hizmetin satıldığı web sitesi üzerinde olabileceği gibi, onu araştırmaya dayalı internet gezintilerinde de ortaya çıkabilir. Sonuç olarak, internet üzerindeki pazarlama faaliyetinin temelini internet kullanıcısının hareketleri (aktif iradesi) belirlemektedir. Zira internet, TV gibi belirli bir yayın akışına izleyicilerin mecbur kılındığı bir mecra değildir. İşin doğası gereği kullanıcılar *aktif olarak karar verme sürecine* dâhil olur.

3. Tescilli Markanın Ticari Etki Yaratacak Şekilde İnternet Ortamında Kullanılması

a. Genel Olarak

MarkKHK m. 9/f. 2’ de, marka hakkı sahibinin mutlak hakkına dayanarak marka kullanımını yasaklama yetkisinin bulunduğu bazı durumlar sıralanmıştır.¹⁹⁶ Madde metninde belirtilen durumlar, uygulamada sık karşılaşılan durumlar olması nedeniyle örneksene yöntemiyle sıralanmışlardır.¹⁹⁷ Bu durumlar, mal veya hizmetin ticaret alanına arz edilmesine ilişkin faaliyetleri kapsamaktadır. Bu hallerden konumuz ile ilgili olanı, markanın, onu kullanan kullanıcı ile meşru bir bağlantısı olmaksızın,

¹⁹⁵ Yargıtay 11. HD. 13.11.2003, 2003/4003 E. ve 2003/10839 K. sayılı ilamı.

¹⁹⁶ “a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması.

c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması.

d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

e) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.”

¹⁹⁷ ARKAN, C. I, s. 211; KIRCI, s. 39.

ticari etki yaratacak şekilde internet aracılığıyla kullanılması vakıasıdır. Anılan hüküm, 5833 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile MarkKHK'ya eklenmiştir.¹⁹⁸ Hakikaten internet ortamındaki marka ihlaline ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi adına konunun normatif düzenlemeye kavuşturulması isabetli olmuştur.

Marka sahibinin, markanın internet üzerindeki izinsiz kullanımını yasaklayabileceği bir halin varlığı için işaretin ancak ve ancak marka olarak kullanılması ve bu kullanım nedeni ile marka sahibine tanınan mutlak hakkın zarar görmesi gerekir. Bu nedenle markanın sahibine bahsettiği koruma kapsamının iyi çizilmesi gerekir. Sonrasında ise kullanımın niteliği, kullanıcının marka üzerindeki meşru bağlantısı ve bu kullanımın marka hakkını koruyan mevzuat hükümlerini atlaması hususu değerlendirilmelidir.

Dijital ortamda meydana gelen uyuşmazlıklarda, öncelikle kullanılan işaretin marka olarak kullanılabilir türden bir işaret olup olmadığı, sonrasında ise işaretin kullanıldığı mecranın marka olarak kullanıma olan uygunluğu belirlenmeli ve son olarak kullanılan işaretin markanın bahsettiği mutlak hak sınırlarında kullanılıp kullanılmadığı tespit edilmelidir. MarkKHK m. 9/f.2-e uyarınca, ayrıca markayı internet ortamında kullanan kişinin meşru bağlantısı hususu da öncelikle incelenmelidir. Bu metoda, öncelikle kullanıcının meşru bağlantısı ve marka olarak kullanılmaya müsait işaretin ticari alanda markasal kullanımı hususu tespit edilmeli; sonrasında ise kullanılan işaretlerin benzerliği ile mal ve hizmetin benzerliği gibi marka ihlali için araştırılması zorunlu hususlar değerlendirilmelidir. Anılan yöntemin gerek ABD Federal Mahkemesince gerekse Avrupa Adalet Divanınca benimsenmiş olduğunu da gözlemlemiş bulunuyoruz. Böyle bir yöntem usul ekonomisinde de uygundur.

b. Markanın İnternette Meşru Bağlantı Olmaksızın Kullanımı

İnternetin markanın değişik şekillerde kullanılabilir olduğu bir mecra olduğu daha önceden de belirtmiştik. Ancak markanın internet ortamında kullanılması, onun marka ihlali açısından farklı kurallara tabi olduğunu göstermez. Bu nedenle, tescilli

¹⁹⁸ RG 28.01.2009, S. 27124.

bir markanın internet ortamında markasal kullanılması halinde de, kural olarak, marka ihlali gündeme gelebilir.

MarkKHK m. 9/ f. 2-e’de işareti kullanan kişinin “*işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması*” koşulu getirilmiştir. İşaretin kullanılmasına ilişkin hak bizzat marka hakkı sahipliğinden kaynaklanabileceği gibi, o işaret üzerinde hak sahibbi olan kimselerle yapılmış lisans, acentelik, tek satıcılık, franchising veya know-how sözleşmeleri gibi yapısında fikri haklara ilişkin hükümler barındıran sözleşmelerle elde edilmiş olabilir. İşaretin kullanımına ilişkin hak, kanundan da doğabilir. Özellikle birbirlerine kanun yoluyla devrolunan devlet kurumlarının sahip oldukları markaların devrolunan kurumca kullanılması hali, marka kullanım hakkının kanundan doğduğu hallere örnek olabilir.

Kullanım konusundaki “*meşru bağlantı*” kavramı ise hak sahipliğinden farklı bir kavramdır. Biz bu kavramı, MarkKHK m. 8/f. 3’teki, önceki kullanıma dayalı olarak elde edilen ve aynı işaretin daha sonraki kullanımı yasaklama hakkı elde edilmesine ilişkin duruma benzetmekteyiz. Söz gelimi, tescilli olmayan işareti barındıran alan adının 10 yıldan beri kullanılageldiği bir işletme açısından, o alan adı bakımından meşru bir bağlantının bulunduğu kabul edilebilir. Uzun yıllardır anahtar kelime reklamcılığında veya spamming faaliyetinde kullanılan bir işaretin de, kullanıcıya meşru bir bağlantı verdiği ileri sürülebilir. Tescilli ticaret unvanının esaslı unsurunu alan adı olarak kullanan bir işletmenin de, o alan adını kullanma açısından meşru bir bağlantısı olduğu kabul edilmelidir meğerki ticaret unvanının esaslı unsuru, marka hakkına tecavüz meydana getirmiyor olsun.¹⁹⁹

MarkKHK m. 9/f. 2-e’de sayılan alan adı, yönlendirici kod ve anahtar sözcük uygulamaları, ancak marka hakkına tecavüz niteliği taşımayan hallerde serbestçe kullanılabilir. Esasen hükümde Marka Hukukuna ilişkin genel kural tekrar edilmiş ve marka hakkı sahibi veya gerçek hak sahipliğinin söz konusu olmadığı durumlarda internet alanındaki kullanımın da hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir. Alan adı tescilinin sahibine mutlak hak bahşetmemesi ve alan adının işaret ve tanıtma vasıtası olması nedeniyle,²⁰⁰ marka hakkının üstün hak olarak korunacağını da ifade edelim.

¹⁹⁹ Konuyla ilgili örnek için ayrıca bakınız: **ÇOLAK**, s. 581.

²⁰⁰ **OĞUZ**, s. 164; Alan adının işaret ve tanıtma aracı olması konusunda verilen bir Yargıtay kararı: Yargıtay 11. HD. 09.04.2008, 2007/1677 E. ve 2008/4071 K. sayılı ilam (naklen, **ÇOLAK**, s. 582, dn. 94.).

Anılan hüküm de, marka hakkına tecavüz edilmediği ölçüde internet uygulamalarına cevaz vermektedir.

c. İnterette İşaretin Markasal Kullanımı ve Markanın Ticari Etki Doğurması

aa. Genel Olarak

Tescil edilmiş bir işaretin koruma kapsamı MarkKHK m. 9 kapsamında belirlenmiştir. Yine aynı maddede, marka ihlaline neden olan bazı durumlar sayma yöntemi ile sıralanmıştır.²⁰¹ Ancak bu korumadan yararlanacak işaretlerin markasal kullanıma konu olup olmaması hususunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Doktrinde, işaretin marka olarak kullanımı zorunluluğu olmaksızın marka ihlaline sebep olabileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır.²⁰² Baskın görüşü savunan yazarlar, markanın geleneksel kullanım şekilleri içinde ticari olmayan bir amaçla kullanılmayacağı varsayımına dayandıkları kanaatindeyiz. Ancak internet ortamında ticari bir amaç olmadan markanın yaygın kullanımının mümkündür. Bu nedenle biz, günümüzde markanın internet üzerinden milyonlarca kişiye kolayca ticaret ile bağlantılı olmayan amaçlarla yayılma olanağı karşısında, baskın görüşe katılma imkânı bulamıyoruz. Markanın, ancak markanın işlevlerini etkileyen bir kullanıma ilişkin olması hakkında MarkKHK kapsamında olacağını düşünüyoruz.

Aşağıda incelenen Divan kararlarında da görüleceği üzere, markanın işlevi, mal veya hizmetin kökenini (yani ekonomik olarak ondan sorumlu olan işletme/tüzel veya gerçek kişiyi) garanti etmektir. Marka ihlali ise ancak mütecaviz markanın, tescilli markanın işlevini kullanmasına mani olması dolayısı ile meydana gelmektedir. O halde, marka ihlali için aranan kullanım şeklinin, ilgili çevrede mal veya hizmeti işaretleyen markanın köken işareti olarak yararlanıldığı fikri engellenmişse marka ihlali meydana gelmelidir. Bu nedenle markanın markanın işlevlerini etkilemeyen kullanımı vakıasının marka hakkının ihlali hukuki sonucuna bağlanmaması gerekir. Aksi yorum, markanın sağladığı ekonomik korumanın (tekel hakkının yarattığı rekabet ortamının tesisi amacı) gerekçesiz bir şekilde genişlemesine neden olur.²⁰³ Bilindiği gibi, hukuk düzenlerinde marka hakkının tanınmasının nedeni, bir yandan yenilikçi fikir sahiplerini ve rekabet ortamını

²⁰¹ ARKAN, C.II, s. 211; TEKİNALP, s. 368; EPÇELİ, s. 125.

²⁰² TEKİNALP, s. 368; ARKAN Sabih, Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Kullanma Zorunluluğu ?, Batider, C. XX sa. 3, 2000, s. 11; EPÇELİ, s. 126.

²⁰³ UZUNALLI, s. 202.

korumak; diğ er yandan baş kaca yeniliklerin ortaya çıkmasını teş vik etmektir. İş bu dengenin hâlihazırda yeniliğ e/markaya sahip olanlar lehine bozulması, serbest piyasada da tekelleş me eğ ilimine ve yenilikçi atılımların yavaş lamasına neden olabilir.²⁰⁴

İncelememizin birçok yerinde markanın “*geleneksel kullanımından*” söz edilmiştir. İş bu ifade ile açıklanmak istenen, yakın döneme kadar marka ile işaretlenen mal veya hizmetin doğ rudan tüketiciye sunulmasıdır. Yani alıcı kitlesinin marka ile işaretlenen mal veya hizmet ile organik temasının oldu ğ u durumları ifade etmektedir. Hâlbuki gerek telefon yoluyla gerekse internet yoluyla gerçekleş en hukuki iş lemlerde, alıcı kitlesi marka ile işaretlenen mal veya hizmet ile doğ rudan temas edemez. Bu farklılı ğ ın doğ rudan sonucu, alıcı kitlesinde marka ile işaretlenen mal veya hizmetler arasındaki fikri bağ lantıda kendini gösterir. Karış tırılma tehlikesine yönelik yukarıdaki açıklamalarımızda, Divan ve Yargıtay’ ın da alıcı kitlesinin zihninde oluş an fikri sonuca değ er verdi ğ ini hatırlarsak, geleneksel ve modern kullanım arasındaki farkı daha net ortaya koymuş oluruz.

bb. Ticari Söylem Doktrini ve Örtülü Reklamlarda Marka Kullanımı

Reklamcılık alanında kullanılan söylemlerin marka ihlali veya haksız rekabet yaratıp yaratmadı ğ ının ortaya çıkarılması için öncelikle söylemin/ifadenin reklam niteliğ inin belirlenmesi gerekir.²⁰⁵ Kural olarak söylemler hukuka aykırı olmadık ça serbestçe ifade edilebilir. Bir ifadenin hukuka aykırı olup olmadı ğ ının sınırı ise, onun niteliğ i ile doğ rudan ilgilidir. Bu nedenle, ifadelerin hukuken değ erlendirilece ğ i normları, bilgi edinme, ifade özgürlü ğ üne ilişkin kamusal haklar; kiş ilerin birbirleri ile olan şahsi ilişkilerinden özel hukuka ilişkin normlar olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Marka ihlali veya haksız rekabet yaratacak durumun ticari olması gerekti ğ ine yukarıda değ inilmişt i. Bu nedenle, inceleme yönümüzün ticari söylemler/ifadeler ve ona ilişkin mevzuat oldu ğ unu tespit etmiş oluyoruz. Hangi söylemin ticari etki yarattı ğ ı hususunda Ticari Söylem Doktrini ortaya atılmış tır.

²⁰⁴ **KIRCI**, s. 49; Ayrıntılı bilgi için: **ODMAN N. Ayşe**, Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teş vikindeki Rolü, Ankara, 2002, s. 383 vd.

²⁰⁵ **DAHLEN Micael/EDENİUS Mats**, When is Advertising Advertising? Comparing Responses to Non-Traditional and Traditional Advertising Media, Journal of Current Issues and Research in Advertising, Vol. 29, N. 1, Spring 2009, s. 33 vd.

Her ifade hukuka uygun olduğu ölçüde korunur. Bu nedenle söylemler sınıflandırıldıktan sonra, ilgili sınıfın hukuka uygunluk şartlarının somut olaya uygulanması gerekmektedir. Ticari söylemlere hukuk düzenlerinde tanınan koruma kriterleriyle, bunun dışındaki söylemlere ifade özgürlüğü ile tanınan hukuki himayenin birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Birincisinde haksız rekabet etmeme, aldatıcı, yanlış veya yanlış yönlendirici reklam yapmama ve dürüst ticaret ilkeleri gibi esaslar dikkate alınırken; diğerinde kişilik hakları, araçta ve üslupta ölçülülük veya toplumun ilgilisi gibi durumlar ele alınır.²⁰⁶ Nitekim Türk Hukukunda Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esasına Dair Yönetmeliğin 4. Maddesinin h bendinde, ticari reklamlar, 84/450 sayılı AT Direktifinin²⁰⁷ 2. Maddesinin 1. Bendi²⁰⁸ ile koştur olarak, ancak bir ticari iş, ticari işletme ile ilgili ve mal ve hizmetlerin sürümünü arttırmak amacıyla yapılan bir faaliyet olarak tanımlanmıştır.

ABD Federal Mahkemesi, *United States v. Bell* davasında, bir ifadeyi ticari söylem olarak nitelemek için 3 farklı şartın birlikte sağlanmasını aramıştır. Bunlar: a) Reklam niteliğinde beyan, b) belirli mal veya hizmetin esas alınması ve c) beyan sunanın reklam faaliyetinin ticari/ekonomik motivasyon sebebiyle oluşmasıdır.²⁰⁹

Reklam Yönetmeliği ve RTÜK Yönetmeliği esas alınacak olursa bir beyanın reklam sayılması için: a) Beyanın bir mal ve hizmeti tanıttığı olması, b) Beyanın hedef kitlesinin olması, onları ikna yolu ile satışları arttırması, c) Beyanın kamuya (kamu ilgisine) yönelik olması gerekir.²¹⁰ Yukarıdaki tanımlamada anılan kamuya ilgi ifadesinden, *alıcı kitlesine karşı* ilginin anlaşılması gerektiğini belirtelim.

Ticari Söylem Doktrini ifade özgürlüğü anlamında kullanılan anahtar kelimeye dayalı propagandalar açısından önem taşımaktadır. Yukarıda sayılan şartları sağlamayan her türlü ifadenin özgürce internet ortamında kullanılabilmesi gerekir.

²⁰⁶ **PEMBER R. Don/CALVERT Clag**, Mass Media Law, 2009-2010 Edition, New York (ABD), 2008, s. 541.

²⁰⁷ Official Journal L 250, 19.09.1984.

²⁰⁸ "Reklam, bir ticari iş, ticari işletme, zanaat ve serbest meslek icrasında, taşınmazlar, haklar ve borçlar dâhil olmak üzere malların ve hizmetlerin sürümünü arttırmak amacıyla yapılan her türlü tanıtım beyanıdır."

²⁰⁹ **PEMBER/CALVERT**, s. 543; Kıta Avrupa devletlerinde kamu görevi olarak verilen hizmetlerin ABD'de özel sektör tarafından yürütülmektedir. Bu nedenle ABD devletinin yaptığı yeni düzenlemelere karşı eleştirilerin politik bir eleştiri mi yoksa o hizmeti gören özel sektör girişimcisine yöneltilmiş üstü kapalı bir eleştiri olup olmadığının ayrıca araştırılması gerektiği kanaatindeyiz.

²¹⁰ **YILMAZ Lerzan**, Duygu Sömürüsü Yapan Reklamlar ve Alman Federal Mahkeme Kararları, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 11/2007, s. 617.

Bu uygulamalara, bir markanın anahtar kelime olarak alımı da dâhildir. Bir tüketici derneğinin sürekli şikâyet aldığı bir marka ile ilgili olarak arama motorlarında şikâyet konusu markayı anahtar kelime olarak alması ve içeriğinde markanın ürünleri hakkındaki şikâyetleri gözler önüne sermesi bu uygulamaya örnek verilebilir. Tüketici derneğinin ticari bir amacının olmaması, amacının sadece tüketicileri bilgilendirmek olması nedeniyle bu beyanın ifade özgürlüğü kapsamı içinde değerlendirilmesi gerekir.²¹¹

İncelememiz açısından bu teoriden çıkarılan sonuç, reklam beyanlarının her zaman ticari bir amaca yönelmiş olmasından hareketle, reklamda yer alan markanın da ticari amaçla kullanıldığına ilişkin varsayım olacaktır. Diğer bir deyişle, marka hakkının ihlali konusunda bir araştırmaya girişmenin ön şartı olan ticari kullanım vakıasını, markanın reklamlarda kullanılması ile de tespit etmemiz mümkün görünmektedir.

Yargıtay, markanın kullanılmama nedeniyle hükümsüz kaldığına ilişkin davalarda markanın kullanım şeklini incelemiş ve MarkKHK m. 42/(c)'de belirtilenden daha geniş bir biçimde markanın “*ciddi şekilde ekonomik kullanılması*” kavramını kullanmıştır.²¹² Kararda: “... *Marka sahibi, tescilli markasını kural olarak yurt içinde ve ihracatta, kendisi veya izni ile 3. şahıs tarafından sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanılmalı ...*” ve “... *hakkı devam ettirici kullanma ancak marka sahibi markayı sicilde kayıtlı mal veya hizmetler için fiilen kullandığında var olacaktır.*” Hükümdeki ifadelerden, işaretin hem ticari hem de markasal kullanımının gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Bu kararın incelememiz açısından en önemli sonucu, internet ortamında herhangi bir veri tabanına (arama motoru veya her hangi bir yazılım vs.) kaydedilen bir markanın, kendiliğinden kullanılmış hale gelmeyeceğini göstermesidir. Yani bir markanın salt arama motoru reklamlarına ilişkin veri tabanına kayıt edilmesi ve fakat kullanıcı

²¹¹“McDonald’s” a karşı “The Coalition of Immokalee Farm Workers” isimli tarım işçileri örgütünün anahtar kelime reklamcılığını kullanarak yürüttüğü propaganda çalışması ticari söylem olarak değil; tüketicinin bilgileneşine, kamunun ilgi ve menfaatine mazhar olması bakımından ifade özgürlüğü içinde değerlendirilmiştir. Ayrıntılı açıklamalar için bakınız: **BAYRAMOĞLU**, Arama Ağı Reklamları, s. 39-41. **KIRICI N. Berkay**, Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı, Ankara, 2009, s. 98; Arama motorları sonuçlarının ifade özgürlüğü kapsamında ABD Hukukunda korunmasına ilişkin ayrıca bakınız: **FALK M. Donald**, Google - First Amendment Protection For Search Engine Search Results, Palo Alto (CA – ABD), 2012.

²¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 09.04.2001 tarih 2001/844 E., 2001/3429 K. sayılı ilam (kazancı).

erişimine kapalı olması, işaretin markasal kullanıldığı anlamına gelmemektedir.²¹³ İşaretin markanın işlevlerine uygun bir şekilde kullanılması gereklidir.

Reklamın temel özelliği, biçimi veya niteliği ne şekilde olursa olsun, bir reklamın reklam niteliğinin açıkça ifade edilmesi gerekir.²¹⁴ Bu nedenle bir reklamın reklam niteliğini gizleyecek şekilde örtülü yapılması TKHK m. 16/f. 2 uyarınca yasaklanmıştır. Doktrinde örtülü reklam olarak anılan bu çeşit reklamların tanımı Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) Yönetmeliğinin 4. maddesinde yapılmıştır. Buna göre örtülü reklam: *“yayıncı tarafından, reklam yapma maksadıyla, malların, hizmetlerin, isimlerini ticari markaların veya üretici veya hizmet sağlayıcısının faaliyetlerinin, para karşılığı veya benzer sebeplerle, programlarda logo, ticari unvan, tescilli marka, görüntü, sözlü ifade veya bunları çağrıştıracak imalar yoluyla tanıtımı”* olarak tanımlanmıştır.

Yukarıdaki tanımda belirtilen *“imalar yoluyla tanıtım”* ifadesi, örtülü reklamın her türlü irade beyanı içine gizlenebilecek türden olabileceğini göstermektedir.²¹⁵ Özellikle internet reklamcılığının denetimi olmaması nedeniyle, örtülü reklam çok farklı formatlarda karşımıza çıkabilmektedir. Bu nedenle, markanın ticari olarak kullanımı vakıasının açığa çıkarılabilmesi için, ifadenin reklam sıfatının net bir şekilde ortaya koyulması gerekmektedir. Örtülü reklamların tespitinde uygulanacak kriterleri: a) İfadenin bütün özellikleri bir bütün olarak göz önüne alındığında, reklam amacı içerebilecek unsurlar ile diğer unsurlar arası açık orantısızlık olması ve b) Reklam yapma iradesinin varlığı olarak sıralayabiliriz.²¹⁶ Hangi tür reklamların örtülü reklam niteliği taşıdığı, her somut olayın kendine has özellikleri içinde incelenmelidir. Örtülü reklamlar içine gizlenmiş markalar ile ilgili uyumsuzluklarda, öncelikle irade beyanının niteliği araştırılmalı; kullanımın reklam iradesiyle ve ticari etki yaptığı anlaşıldıktan sonra marka hakkı değerlendirilmelidir.

²¹³ Bir yazılımın veri tabanına eklenmesine rağmen, kullanıcıların erişimine açık tutulmadığı için marka olarak kullanım iddiası reddedilen bir vakıa ile ilgili ABD Federal Mahkeme Kararı için bakınız: Brookfield Commc'ns, Inc. v. West Coast Entm't Corp., 174 F.3d 1036, 1054 (9th Cir. 1999).

²¹⁴ İNAL/BAYSAL, s. 42; GÖLE, s. 36.

²¹⁵ ŞAHİN Oğuz, Örtülü Reklamların Yaygınlaşma Nedenleri ve Hukuk Sistemindeki Yeri, Ankara, 2004, s. 12.

²¹⁶ Sınıflandırma için bkz: İNAL/BAYSAL, s. 44 vd.; Özellikle TV programlarında, yayın akışı sırasında ürün yerleştirme, haber görünümlü reklamlar örtülü reklamların en tipik görünüm şekilleridir. Yine benzer şekilde, internet haber sayfalarında haberler satırlarına bağlanmış linkler yoluyla ortaya çıkan reklamlar da örtülü reklamlar olarak değerlendirilebilirler. Bu noktada, haberin hukuki unsurları değerlendirilerek örtülü reklamın var olup olmadığı saptanır. Bu unsurlar, a) Toplumun İlgisi, b) Verilen Bilginin Doğruluğu, c) Güncellik ve d)Orantısallık olarak sıralanabilir. (ŞAHİN, s. 16 vd.); OKAN, s. 50.

cc. Markanın İnternette Ticari Kullanımı Kavramı

Yukarıdaki bölümde, işaretin ancak markanın işlevini kapsayan bir içerikle kullanımı halinde marka ihlaline bağlanan hukuki sonuçlara neden olabileceğini inceledik. Yine Divan'ın, bazı kararlarında ekonomik haksız fayda sağlanmasına veya işaretin ticari etki yaratacak şekilde kullanımına da sonuç bağladığını tespit ettik. İşaretin marka olarak kullanılmasında temel ölçütün, markanın belirli bir işletmeyi (ekonomik olarak sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi) göstermesi gerekliliği bizi ticari kullanıma götürmektedir. Şu halde işaretin ticari olarak kullanımı kavramının altının doldurulması gerekmektedir.

2000/31 sayılı AB Yönergesi m. 2/(f)'de ticari iletişimin tanımı yapılmıştır. Markanın ticari kullanımı hususunda yoruma esas alınacak nokta olarak ticari iletişim kavramını kullanabiliriz. Yönergeye göre ticari iletişim: “*ticari, sınai ve zanaat içeren faaliyeti yerine getiren veya düzenlenmiş bir mesleği icra eden bir şirket, dernek veya kişinin, mal, hizmet ve imajını doğrudan veya dolaylı olarak geliştirmeye yönelik her tür ve biçimdeki iletişim.*” şeklinde tanımlanmıştır. İşbu iletilere ilişkin iki istisnadan söz edilmiştir. Bunları: 1) “Şirket, dernek veya kişinin faaliyetine doğrudan erişim sağlayan bilgi, özellikle bir internet sayfası ve elektronik posta adresi” ve 2) “Şirket, dernek veya kişinin mal, hizmet ve imajına ilişkin bağımsız biçimde bir araya gelmiş bilgi, özellikle mali bir edim içermemesi hali” olarak sıralayabiliriz.²¹⁷ Şunu hemen belirtelim ki, markanın ticari kullanımı, onu kendiliğinden markanın işlevlerini etkileyen bir kullanım haline getirmeyebilir.

Marka hukuku anlamında bir ihlalden söz edilebilmesi için öncelikle markanın ticari anlamda (veya ekonomik olarak katkı sağlayacak) bir kullanımının söz konusu olması gerekir.²¹⁸ MarkKHK m. 9/II (e)²¹⁹, 89/104 Sayılı Yönergenin 5. maddesi²²⁰ ve ABD Hukukunda Lanham Kanunu²²¹ uyarınca marka hakkına tecavülden

²¹⁷ BAYRAM, s. 112.

²¹⁸ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 23; KIRCI, s. 38.

²¹⁹ “İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.”; Kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirmekle amacının internet aracılığıyla işlenen marka ihlallerini önüne geçmektir. (OĞUZ, s. 296.)

²²⁰ Markanın Verdiği Yetkiler

1. “Tescil edilmiş marka, sahibine mutlak bir hak verir. Marka sahibi, izin olmaksızın, üçüncü kişilerin **iş hayatında**; Bu kullanımları yasaklamaya yetkilidir.”

²²¹ “Lanham Kanunu uyarınca marka hakkının korunabilmesi için öncelikle:

1. Korunabilir bir marka mülkiyetine ilişkin hakkın varlığı,

bahsedebilmek için ticari bir kullanımın olması ve bu kullanımın marka hakkı ile koruma altına alınmış menfaatleri zedelemesi gerekir. Yani tek başına ticari kullanımın tespiti marka ihlaline karar vermek açısından yetersizdir. Bu nedenle öncelikle kullanım kavramının marka hukuku açısından kapsamının ortaya koyulması gerekir.

Ticari kullanım kavramını incelememizin bir diğer sebebi, Yargıtay'ın marka ihlalleri konusunda bu ölçütü esas alan kararlarıdır. Yargıtay bir kararında,²²² markayı sahibinin izni olmadan kullanan 3. kişi ile marka sahibi arasında “*ticari*” bir ilişki izlenimi yaratıldığından hareketle marka ihlalinin varlığına hükmetmiştir. Şunu hemen ekleyelim ki, Yargıtay'ın markanın işlevini tartıştığı bir karara tarafımızca rastlanılmamıştır.

Marka Hukuku kapsamında koruma altında olanlar sadece markanın görsel biçimi ile sınırlı değildir. Bunun yanında marka ile birlikte sloganların da marka hakkı kapsamında koruma altında olduğunu belirtelim. Özellikle ABD Hukukunda sloganların markalar ile birlikte teciline yaygın olarak rastlanmaktadır.²²³ Yukarıda da belirtildiği gibi marka ihlalden bahsedilebilmesi için markanın fonksiyonlarından birine tecavüz edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda tescil edilecek sloganın öncelikle mal veya hizmetin ayırt edici özelliğini yansıtması gerekir. Örnek olarak CNNTürk televizyonuna ait “*ilk bilen siz olun*” veya Adidas markasına ait “*Impossible is nothing*” sloganları verilebilir. Anılan sloganların, temsil ettikleri mal veya hizmetleri niteledikleri görülecektir. Sonuç olarak, marka ile birlikte tescil edilebilen firma sloganlarının da arama ağı reklamcılığı kapsamındaki faaliyetler dahilinde korunması gerekir. Bu gerekliliğin bir diğer sebebi, çokça aranan slogan ve kelimelerin bir takım programlar aracılığı ile tespit edilip rakip firmaların kendi faaliyeti için kullanılması tehlikesidir.

Marka olarak tescil edilmiş veya tescilden önce bir hakka dayanan bir ifadenin arama motorunda anahtar kelime olarak satın alınması ile arama motoru bundan belirli bir gelir elde etmektedir. Bu noktada acaba arama motorlarının markayı kullanıma açması marka ihlali anlamında ticari bir kullanım sayılabilir mi? İkinci önemli husus

2. Davalının, tüketicilerde karışıklık yaratacak şekilde markayı kullanması gerekir.” *Dep't of Parks & Recreation v. Bazaar Del Mundo Inc.*, 448 F.3d 1118, 1124 (9th Cir. 2006); *Network Automation, Inc. v. Advange System Concepts, Inc.*, 484 F.3d, 3232- 3233. (9th Cir. 2011).

²²² Yargıtay 11 HD. 26.04.1999 tarih, 1999/71395 E. ve 1999/3230 K. sayılı ilam.

²²³ İNAL /BAYSAL, s. 123.

ise, reklam veren açısından bu kullanımın yine marka ihlali anlamında ticari bir kullanım sayılıp sayılmayacağıdır.

Doktrinde *Sargin*, reklamların web sitesinde salt görünmesi nedeniyle ortaya çıkan durumlarda dava hakkının olmaması gerektiğini savunmuştur.²²⁴ Hâlbuki önemli olan markanın web sitesinde görünmesi değil, marka hakkının korunduğu ülkede bir ihlal meydana getirmesidir. Markanın ne şekilde kullanılması gerektiği ve onun ticari iletim şeklinin nasıl olacağı yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Markanın reklam olarak web sitesinde marka hakkına aykırı kullanımı, markanın reklam işlevinin zedelenmesinden kaynaklanmaktadır ve sahibine her halde dava hakkı verir. Bir işaretin markasal kullanımı ile marka hakkını ihlal edici kullanım arasında fark bulunmaktadır.

İnternette belirli bir şekilde ticari iletim faaliyetinde bulunulması halinde, iletimin başladığı yer ile faaliyeti yapan arasında minimum şekilde bir bağlantı oluşur. Bu bağlantı, işaretin markasal kullanım şeklini ve niteliğini belirlediği gibi mahkemelerin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde de önemli rol oynar. Buna göre bir ülke ile ticari iletimin yapılmasının anlaşılabilmesi için, kullanılan markanın o ülkedeki tanınırlık seviyesi, kullanılan dil, para birimi, “top level” alan adı, mal ve hizmetin niteliği,²²⁵ ticari faaliyet karşılığı ödeme yapılan elektronik sistemlerin menşei, internet sitesinin kullanıcı kimlik bilgilerinin teyidini yapması durumu, alan adının uzantıları, kullanıcıların ikametgâh yerleri ve benzeri noktaların değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

İnternet servis sağlayıcısı bazı ülkeler ile ticari iletimi yapılmaması için makul önlemler almamış veya fiili olarak o ülkeler ile ticari iletme kasıtlı olarak geçmişse ticari etkinin doğduğu düşünülebilir. Buna karşın doktrinde, markanın reklam olarak yer alması ile koruma ülkesi ile ticari bir iletimin başladığı iddiası, milletlerarası yetkinin doğumu için de yeterli bir irtibat olamayacağına ilişkin bir iddia gündeme getirilmiştir.²²⁶ Oysa markanın reklam işlevinin zedelenmesi pekâlâ internet sitesinde yayım ile gerçekleşebileceğinden dolayı, koruma ülkesinde dava açılabilmesi ve bu davada o yer mahkemesinin milletlerarası yetkiyi haiz olacağı kanaatindeyiz. Bu

²²⁴ **SARGI**, s. 345.

²²⁵ Mal veya hizmetin başka bir ülkeye iletiminin mümkün olmadığı haller özellikle dikkate alınmalıdır.

²²⁶ **SARGIN**, s. 366.

durumda, kullanılan markanın o ülkede ticari bir etki yapmadığı, böylece kullanımın markasal olmadığı savunması yapılabilir.

dd. Markasal Kullanımına İlişkin Avrupa Adalet Divanı Kararları

Bayerische Motorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v Ronald Karel Deenik (kısaca BMW) davasında,²²⁷ BMW marka otomobillerin tamiri konusunda uzman olduğu yönünde reklam yapan davalının bu fiilin marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığı iddiası incelenmiştir. Divan, 89/104 Marka Direktifinin 5. maddesinin olaya uygulanabilmesi için, markanın belirli bir mal veya hizmeti işaretlemek sureti ile işletmenin kökenini göstermesi gerektiğine hükmetmiştir. Yani işaretin marka olarak kullanılması gerektiğini vurgulamıştır.²²⁸ Anılan kararın hüküm kısmının 2. maddesinde, davacının (BMW) markasının tamiri ve bakımını gerçekleştirdiği yönünde, onun izni olmadan, halkı bilgilendirme faaliyetinin 89/104 Marka Direktifinin 5. maddesi uyarınca markasal bir kullanım teşkil ettiği belirtilmiştir. Yine anılan kararın hüküm kısmının 3. maddesinde, 89/104 Marka Direktifinin 5. ve 7. maddesi uyarınca, tamir faaliyetini yürüten veya o markanın uzmanı olarak halkı bilgilendiren firma ile BMW arasında geniş anlamda karıştırılma tehlikesi de dâhil olmak üzere ekonomik bağlantının olmadığı alıcı kitlesi nezdinde anlaşılırsa, marka sahibinin (BMW), 3. kişilerce kullanıma mani olamayacağı ifade edilmiştir. Yani Divan, işaretin iki işletmenin herhangi bir şekilde bağlantılı olduğu ihtimalini bertaraf edecek şekilde kullanımına yeşil ışık yakmıştır.

Michael Hölterhoff v Ulrich Freiesleben (kısaca Hölterhoff) davası,²²⁹ marka olarak tescilli: “Spirit Sun” ve “Context Cut” ifadelerinin bir satım sözleşmesi müzakeresinde kullanımı nedeniyle ikame edilmiştir. Davalı, işbu ifadeleri malın karakteristik özelliklerini alıcıya açıklamak için kullanıldığını ileri sürmüştür. Divan, yukarıda anılan ifadelerin kullanımı suretiyle yürütülen sözleşme müzakerelerinin, pazarlaması yapılan ürünün karakteristik özelliklerini alıcıya bildirme amacının markanın kökeni garanti işlevi (*indicative of the undertaking of origin*) dışında kaldığını belirterek, marka sahibinin bu çeşit kullanımı yasaklayamayacağına ve işbu kullanımın marka ihlali yaratmayacağına hükmetmiştir. Şunu hemen belirtelim ki, burada markanın kullanıldığı ortam yalnızca sözleşen tarafların bulunduğu bir

²²⁷ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=C-63/97&td=ALL> (11.02.2012)

²²⁸ UZUNALLI, s. 183.

²²⁹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-2/00&td=ALL> (11.02.2012).

ortamdır. Malın niteliğini belirten ifadelerin alıcı kitlesine yönelik reklamlarda kullanılması durumunda, yapılacak yorumun da farklılık arz edebileceğini ekleyelim.²³⁰

Arsenal Football Club plc v Matthew Reed (kısaca Arsenal) kararına,²³¹ Matthew Reed isimli bir tacirin satışını yaptığı Arsenal Futbol takımının lisanslı ürünleri konu olmuştur. Stadın yakınlarında satış yapan Reed, malları sattığı tezgâhın üzerinde sattığı ürünlerden hangisinin orijinal ve hangisinin imitasyon olduğunu gösteren bilgi notu da asmıştır. Davalı, astığı bu not nedeniyle alıcı kitlesindeki karıştırılma tehlikesini bertaraf ettiği savunmasını yapmıştır. Divan ise her ne kadar Reed’ in astığı bilgi notunda ürünlerin hangilerinin orijinal olduğu ifade edilse de, alıcıların (tarafar) satıcı ile ekonomik olarak bağlantı kurması ihtimali nedeniyle marka hakkının tecavüze uğradığına karar vermiştir. Bu kararın temelinde, aşağıda ticari kullanım başlığı altında da incelendiği üzere, ekonomik avantaj sağlamaya yönelik ticari faaliyet ile bağlantılı marka kullanımı bulunmaktadır.

Adam Opel AG v Autec AG (kısaca Opel) kararında,²³² “opel+şekil (yıldırım)” markasının tanınmış bir marka olarak otomobil ve bundan ayrı oyuncak markası olarak tescil edilmiş olduğu bir durumda, meydana gelen bir olay tartışılmıştır. Olayda, “opel+ şekil” markasının maket arabalar üzerinde kullanılarak satışa sunulması vakiasının otomobil markası olan Opel’ in marka hakkına tecavüz edip etmediği üzerinde durulmuştur. Divan, 89/104 Marka Direktifinin 5. maddesinin 1. fıkrasına atıf yaparak, tescilli markanın işlevini kısıtlayan veya onun ününden haksız bir kazanç elde etme durumlarında, marka sahibinin 3. kişilerin kullanımını yasaklama yetkisinden söz etmiştir. Ancak oyuncak araba alıcı kitlesinin, oyuncak arabayı satın alırken otomobil markası ile oyuncak markası arasında bir bağlantı kurmayacakları varsayımı ile işbu kullanımın marka ihlali yaratmayacağına hükmetmiştir. Yani davalının ürettiği oyuncaklar üzerindeki markanın otomobil üreticisi markanın kökenini garanti etme işlevine zarar verilmediği fikri benimsenmiştir. Divanın bu kararı, günümüzde birçok otomobil markasının kendi ürünlerine ait hediyeelik eşya çıkarması nedeniyle eleştiriye uğramıştır.²³³ Bu

²³⁰ UZUNALLI, s. 185.

²³¹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-206/01&td=ALL> (11.02.2012).

²³² <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-48/05&td=ALL> (11.02.2012).

²³³ UZUNALLI, s. 193 vd.

eleştiriye biz de katılmakla, her somut olayda marka ile işaretlenen mal veya hizmetlerin alıcı kitlesine sunulduğu durumun incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yukarıda anılan kararlardan, Divan'ın markanın kullanımı ile ilgili vakıalar geniş bir bakış açısı ile değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Ayrıca markanın kullanımının aktif veya pasif kullanımının da marka ihlali açısından “*kullanım*” kavramına dâhil edildiği anlaşılmaktadır.²³⁴ Yukarıdaki kararlarda dikkat çeken bir diğer husus, “ekonomik olarak haksız faydalanma” yaratan vakıaların da marka mevzuatı içinde çözüme kavuşturulma arayışıdır. Bu yaklaşım bizi haksız rekabet hükümlerine gitmeden marka mevzuatı içinde bir çözüme sevk etmesi bakımından önemlidir. Bilindiği gibi marka olarak tescil edilen işaret kullanımı, ancak markanın işlemlerini etkilediği oranda markasaldir. Bu nedenle, öncelikle işaret hangi çeşit kullanımının marka ihlaline sebep olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Tescil edilen işaretin fikir özgürlüğü veya tüketici mevzuatının izin verdiği çerçevede kullanılması da söz konusu olabilir. Aşağıdaki bölümlerde işaretin kullanımına ilişkin ölçütler ortaya koyulacaktır.

ee. Markanın İnternette Dürüst Ticari Uygulamalara Uygun Kullanımı

MarkKHK m. 12²³⁵ ve 89/104 sayılı Marka Yönergesinin 6. maddelerinde, markanın dürüst ticari uygulamaların konusu olması halinde meydana gelecek istisnai durumu hükme bağlamıştır. MarkKHK m. 12, 89/104 sayılı Marka Yönergesinin 6. maddesinin kötü biçimde iktibas edilmiş bir şeklidir.²³⁶ Yönergenin 6. maddesinin (c) bendi: “*Malın veya hizmetin öngörülen amacını ve özellikle teferruat veya yedek parça niteliğini belirtmek için gerekli olması halinde, markayı kullanması, ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmedikçe, marka sahibi tarafından engellenemez.*” şeklindedir. Bu nedenle, marka sahibi, markasının ticari ve sınai konularla ilgili olarak üçüncü kişilerin ad, adres veya tasviri amaçla dürüstçe kullanımını engelleyemez.

Yukarıda anılan hükmün amacı, marka hakkının çerçevesini onun amacıyla koşut bir şekilde çizmektir. Hakikaten, bir işaretin veya sözcüğün marka olarak kullanım hakkı

²³⁴ UZUNALLI, s. 194.

²³⁵ “Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunulmuş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.”

²³⁶ ARKAN, C. II, s. 133; OĞUZ, s. 114.

tesisi hususunda, hak sahibine kayıtsız bir tekel hakkının tanınması Anayasa ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü başta olmak üzere birçok temel menfaate aykırılık teşkil eder. Kaldı ki, böylesi bir tekel, marka hakkı ile sağlanmaya çalışılan menfaatler dengesini de marka sahibi yönünde bozarak, yenilikçi fikirlerin, serbest piyasanın gelişmesini engeller ve rekabet ortamını zedeler. Marka hakkının amacını aşan bir korumaya sahip olmasının en derin etkilerinin ekonomik yapı üzerinde doğacağını da ekleyelim.

İstisnai durumlar, markanın dürüst ticari uygulamalara konu edilmesi, objektif bir bilginin, adın veya adresin aktarılması durumları veya marka hakkının tükenmesi sonrasında kullanım hali olarak sayılabilir. Bu istisnai durumların bir diğer özelliği, ticari etki yaratacak bir kullanım ile ilgili olarak, MK m. 2 ‘deki dürüstlük kuralı ve 6102 sayılı TTK m. 55‘teki dürüst ticaret ilkelerine aykırı olmayacak şekilde kullanılmaları gerekliliğidir. MarkKHK metninde her ne kadar sadece dürüstlükten söz edilmiş olsa da, markanın serbest piyasada rekabet ve tekel ortamına etkisi göz önüne alındığında, yorum aracı olarak haksız rekabet anlamında dürüst ticaret (*fair dealing*) ölçüsünün de kullanılması yararlı olabilir.

Doktrinde, MarkKHK metninde “dürüstçe” olarak geçen ifadenin 89/104 sayılı Marka Direktifinin 6. maddesinde geçtiği üzere: “ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmeyecek” (*honest practices in industrial or commercial matters*) şekilde anlaşılması ve ticari teamüllerin de hükme eklenmesi gerektiği belirtilmiştir.²³⁷ MarkKHK m. 12 metninin sınırlayıcı lafzi yorumundan hareket edersek, hakikaten, markanın dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanımını teşkil eden her duruma uygulanamayacağı anlaşılmaktadır. Ancak yukarıda Divan kararları ve 89/104 sayılı Marka Direktifinin 6. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan hallerin genişliği göz önüne alındığında, hükmün geniş yorumlanması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay‘da, bu maddenin lafzındaki ifadelerin bilinçli bir tercihe dayanmadığı, bu nedenle maddenin dürüstlük kuralı içinde her tür kullanıma uygulanması gerektiğini hükme bağlamıştır.²³⁸

MarkKHK m. 12 ‘deki ifadelerin ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmeyecek her türlü alanda uygulama alanı bulması, istisnaların dar yorumlanması kuralına hanel getirmemelidir. Yani marka hakkını etkileyen kullanım

²³⁷ UZUNALLI, s. 206.

²³⁸ Yargıtay 11 HD. 03.10.2003 tarih, 2003/2346 E. ve 2003/8743 K. sayılı ilam.

değerlendirilirken, istisnaların dar yorumlanması kuralı bir kenara bırakılmamalıdır. *The Gillette Company, Gillette Group Finland Oy v LA-Laboratories Ltd Oy (kısaca Gillette)* davasında,²³⁹ Divan, satılacak ürünü tanımlamanın tek yolunun tescilli markanın kullanılması olduğu durumlarda istisnai kullanımın dürüstlük kuralının sınırı içinde olduğunu kabul etmiştir.²⁴⁰ Tanınmış bir marka olarak Gillette markasının kullanımından haksız ekonomik kazanç elde etmek ile tanıtımı yapılan ürünün niteliğinin alıcı kitlesine objektif olarak aktarılması arasında ince bir çizgi bulunmaktadır.²⁴¹ Alıcı kitlesine satılan mal veya hizmetin niteliğinin örnek gösterilen marka ile aynı olduğu görüntüsü verilmesi, alıcıların kolayca yanıltılmasına ve tanıtımı yapılan markanın haksız kazanç sağlamasına neden olabilir. Kanaatimizce, bu tip vakıaların yorumunda karşılaştırmalı reklamlara ilişkin ölçütler kullanılarak yorum yapılmalıdır.

Céline SARL v Céline SA (Kısaca Céline) davasında,²⁴² Davacı, kendi öz ismi olan “Céline” ifadesinin davalının ticaret unvanında ve işletme adında kullanılması nedeniyle marka hakkının ihlal edildiği vakıasını; davalı ise, “Céline” adını 1948 yılından bu yana aralıksız kullandığı ve bu nedenle markanın önceki kullanıma dayanarak ayırt edici hale geldiği ve bu nedenle davacı markasının hükümsüz sayılması hususunu dava etmiştir. Her iki dava tarafının da iştilal alanının aynıyeti konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Divan, ilgili mal veya hizmet sınıflarında önceden kullanılmakla ayırt edici hale gelen ve marka sahibinin yetkilendirmediği bir kişinin markayı işletme adında veya ticaret unvanında kullanması hususunun markanın işlevleri açısından incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁴³ Kayıtlı bir markanın ticaret unvanında veya işletme adında kullanımının işaretin ticari etki yaratan, markasal kullanım olduğu konusunda da tereddüt yoktur. Divan, Yönergenin 5. maddesinin 1. bendi uyarınca, markanın ticaret unvanında veya işletme adı olarak kullanılmasının markanın işlevini zedelediği takdirde marka ihlali yaratacağını ifade

²³⁹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=C-228/03&td=ALL&parties=> (12.02.2012).

²⁴⁰ UZUNALLI, s. 209.

²⁴¹ Yargıtay 11 HD. 07.06.2000 tarih, 2000/1954 E. ve 2000/5242 K. sayılı ilamında: Çeşitli çanta markalarına ait marka işaretlerini vitrine asarak satış yapan mağazanın dürüst ticaret ilkesine uygun olarak faaliyet gösterdiğine hükmetmiştir.

²⁴² Case C-17/06 - Céline SARL v Céline SA.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=celine&docid=62599&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=794766> (11.05.2012).

²⁴³ Céline SARL v Céline SA, P. 20-24.

etmiştir.²⁴⁴ Ancak, işaretin marka olarak kullanımının dürüst ticari uygulamaların bir ürünü olduğu hallerde, markanın işlevinde herhangi bir zedelenme olmayacağı için marka ihlalinden söz edilemeyeceğine hükmetmiştir.²⁴⁵

Kuşkusuz ki, davacının öz adını kullanma konusunda bir hakkı mevcuttur. İşbu hakkını marka hakkını dolanmak amacıyla kullanmadığı, yani kullanımı ile davalının kayıtlı markasının işlevine zarar vermediği sürece bir marka ihlalinden söz edilemez. Şunu belirtelim ki, anılan kararda davacının öz adını marka ihlaline neden olabilecek şekilde kullanılmasına cevaz verilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Sadece davacının markayı kullanma konusundaki niyetinin kötü niyete dayanmadığı hususunda bir tahlil yapılmıştır. Bilindiği gibi marka ihlali için, mütecavizin işareti marka ihlali yapmak kastıyla kullanması bir ön şart değildir. Markayı kullanan kişinin, o işareti kullanım konusunda makul bir nedenin var olması ve kullanımın dürüst ticari uygulamalar kapsamında değerlendirilebildiği hallerde marka hakkı ihlali gündeme gelmez.

Céline davası vesilesiyle, ticaret unvanında markaya ait işarete yer verilmesi halini gündeme getirelim. Kural olarak, ticaret unvanı, bir işletmeyi diğer bir işletmeden ayırt etmeye yarayan ve genellikle alıcı kitlesinin bilmediği bir ifadeden oluşur. Ancak bu ifadenin, marka ile özdeş biçimde, muhatap çevrenin anlayışına göre bir işletmenin mal veya hizmetini diğerinin mal veya hizmetinden ayıran bir duruma geldiği hallerde marka hakkına tecavüzden söz edilir. Diğer bir deyişle, ticaret unvanının marka gibi alıcı kitlesinin dikkatine sunulduğu ve işbu unvanın tescilli bir markanın aynısı veya benzeri olduğu hallerde marka hakkının ihlali gündeme gelir.²⁴⁶

İncelememizin konusunu oluşturan reklam ve reklam hukuku açısından da konunun değerlendirilmesinde fayda vardır. Reklamın ticari bir söylem ürünü olması gerektiğini ve bazı şartları haiz olması halinde hukuki himayeden yararlanacağını daha önce de belirtmiştik. Reklamı bu sınır içerisinde tutacak hukuki kurallar, mevzuatta dağınık biçimde bulunduğu için birçok farklı düzenlemeye atıf yapma

²⁴⁴ Céline SARL v Céline SA, P. 26-28.

²⁴⁵ Céline SARL v Céline SA, P. 30, 34 ve 35.

²⁴⁶ UZUNALLI, s. 219.

mecburiyeti doğmaktadır. Bunun dışında ticari söylemin aldatıcı, yanlış veya yanlış yönlendirici olmaması gerekmektedir.

İnternet ortamında marka kullanımının kendine has durumu, kullanımın niteliğini belirleme noktasında büyük güçlük yaratmaktadır. Ancak burada da dürüst kullanım konusundaki ölçütler uygulanacaktır. Dürüst ticari uygulamaların çerçevesini çizerken, markanın işlevlerinden ve ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı gibi kamusal haklardan kavramlarından yararlanılabilir.²⁴⁷

ff. Markanın İfade Özgürlüğü Kapsamında Kullanılması

Markanın herhangi bir şekilde kullanımının dâhil edilebileceği en geniş kümeyi ifade özgürlüğü kümesi oluşturmaktadır. Zira markasal olsun veya olmasın, işaretin ifade edilmesi, bir anlamda ifade özgürlüğü anlamında değerlendirilmedir. Ancak kullanımın başka bir hakkı zedelemesi halinde, ihlal gündeme gelebilir. Bu nedenle, markaya ilişkin ifadenin salt herhangi bir şekilde kullanımının marka ihlaline neden olmaması gerektiğini tespit etmiş oluyoruz.

İfade özgürlüğü, yürürlükteki 1982 Anayasasının 26. maddesinde koruma altına alınmıştır.²⁴⁸ Bu kapsamda, herkes düşüncelerini özgürce açıklayabilme hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. İfade özgürlüğünün konumuz ile bağlantısı, işaretin marka hakkı dışında kullanımının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi ve dolayısıyla marka sahibi tarafından engellenememesidir. Şunu hemen ifade edelim ki, bir işaretin markasal kullanımı ve fakat dürüst ticari uygulama içinde kullanımı ile işaretin marka hakkı dışında kullanılması farklı vakıalardır. Ancak her iki vakıanın sonucu aynıdır. Her iki kullanım sonucunda

²⁴⁷ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 39.

²⁴⁸ “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. (Değişik: 3/10/2001-4709/9 md.) Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. (Mülga: 3/10/2001-4709/9 md.) Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/9 md.) Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”

markanın işlevi zedelenmediği için, marka hakkı herhangi bir şekilde ihlal edilmiş olmaz.

İfade özgürlüğünün, marka hukuku ile kesiştiği nokta, kar amacı gütmeyen girişimlerin ticari etki doğurması halinde ortaya çıkacak hukuki süreci tanımlamak açısından önem taşır. Mevzuatımızda, ifade özgürlüğü ile çatışan hakların varlığında hangisine üstünlük tanınması gerektiğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Şu halde, yargılama makamları, somut olaya göre kullanımın niteliğini ve çatışan menfaatler arasındaki dengeyi kurmak durumundadır. Bu konuda mahkemeler çeşitli prensipler benimsemişlerdir. Bu prensipler: ticari amaç gütmemek, kamu menfaatini ilgilendiren meseleler hakkında faaliyet yürütmek, faaliyetler esnasında kullanılan markanın işlevlerine zarar vermemek ve kötüleyici, aldatıcı tarzda faaliyet yürütmemek olarak sıralanabilir.²⁴⁹ Şunu ekleyelim ki, yukarıda sayılan kriterler arasında “ticari amaç” ifadesi bilinçli olarak, “ticari etki” kavramının yerine kullanılmıştır. Bir işaretin markasal kullanımı konusunda sıkça ifade ettiğimiz “ticari etki” kavramının kullanılmamasının sebebi, kar amacı gütmeyen girişimlerin de tüketiciler üzerinde olumsuz bir etki yaratarak “ticari bir etkiye” neden olabilmesinden kaynaklanmaktadır.

Örnek olarak, bir gıda firmasının çevrede yarattığı tahribat ile ilgili olarak eleştirilerini kamuoyu ile paylaşmak isteyen bir topluluğun (sendika, vakıf, dernek vs.), eleştirdiği markayı da teşhir etmesi, ifade özgürlüğü içinde değerlendirilebilir. Zira toplum sağlığı ile ilgili, kar amacı gütmeyen ve hukuka uygun eleştirilere yer verilen bir faaliyetin salt markanın kullanımı nedeniyle, marka hakkı sahibi tarafından kullanımın yasaklanması kamu menfaatleri ile bağdaşmaz.

İnternet ortamında kullanılan ifadelerin ifade özgürlüğü açısından değerlendirildiği kararlara, akredite edilmiş tahkim kurulu ve ulusal mahkeme kararlarından da örnekler verilebilir. Nitekim, Alman Federal Mahkemesi, başkasına ait markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin ticari amaç güdülmeksizin alan adı olarak eleştiri amacıyla kullanılmasını ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. ABD Federal Mahkemesi, ifade özgürlüğüne ilişkin anayasal hakkın, marka hakkından daha öncelikli olduğuna hükmetmiştir.²⁵⁰ Kanada Alan Adı Tahkim Usulünde, başkasına ait markanın veya adın eleştiri yapmak amacıyla

²⁴⁹ OĞUZ, s. 110 vd.

²⁵⁰ OĞUZ, s. 110, dn. 94.

iyiniyetli şekilde alan adı olarak tescil edilip kullanılması hali, düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.²⁵¹ Alan adının ifade özgürlüğü içinde değerlendirilebilmesi için, ticari amaç gütmemiş olması, iyi niyet kurallarına uygun kullanılması ve marka hakkını ihlal edici nitelikteki kullanıma karşı önlem alınmış olması gerekir.²⁵² Bu anlamda, anahtar kelime olarak seçilen ifadenin de kar amacı gütmeyen organizasyonlar tarafından kullanılması halinde yine aynı esaslar uygulama alanı bulacaktır.

d. Markanın Aynısının veya Benzerinin İnternet Üzerinde Kullanılması

Marka korumasından yararlanılabilmemesi için, kullanılan işaretin tescilli marka ile ayniyet veya benzerlik göstermesi gerekmektedir. Aksi takdirde bir marka ihlalden söz edilemeyecektir. Bu noktada alan adlarında, ikinci düzey (*IDAA – Second Level Domain – SLD*) alan adına dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu bölüm, harf (a'dan z'ye) ve/veya rakamlardan oluşabilir. Alan adının Marka Hukuku ile yakından ilişkili olduğu bölüm burasıdır. Zira alan adlarına ilişkin diğer düzeyler “www” ve her devletin ve sivil toplum organizasyonun kodlarını (org, net, biz, de, tr, ca ...vs.) ifade eder. Alan adının Marka Hukuku anlamında esaslı unsuru, onun ikinci düzey ifadesidir. Hatırlanacak olursa, karıştırılma tehlikesi ve bağlantı ihtimali konusunda markaların genel görünüşünün dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştik. Alan adları, bu konuda teknik nedenlerden dolayı bir istisnadır. İnternet ortamında kullanılan diğer işaretler açısından işaretin tescilli marka ile benzerliği ve ayniyeti hususunun marka ihlaline neden olabileceğini ifade edelim.

e. İnternet Üzerinde Kullanılan İşaret ile Markanın Aynı veya Benzer Mal veya Hizmet Sınıflarına Hitap Etmesi

İnternet ortamının bir mecra olması nedeniyle, markanın internet ortamında ihlale uğraması için tescilli markanın işlevine zarar vermesi gerekir. Markanın işlevinin zarara uğraması için de, internet üzerinde kullanılan marka ile tescilli markanın aynı veya benzer alanda faaliyet gösteriyor olması gerekir. Bu gerekliliğin tek istisnası, tanınmış markalardır.

²⁵¹ <http://cira.ca/assets/Documents/CDRPolicy.pdf> , madde 3.6/(d): “the Registrant used the domain name in Canada in good faith in association with a non-commercial activity including, without limitation, criticism, review or news reporting.” (13.05.2012).

²⁵² Alman Federal Mahkemesi, başkasına ait markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin ticari amaç olmaksızın kullanılmasını ifade özgürlüğü içinde değerlendirmiş ve ifade özgürlüğünü marka hakkına göre daha üstün bir menfaati koruma altına aldığını belirtmiştir. (**OĞUZ**, s. 110, dn. 94.).

Doktrinde, internet üzerinde kullanılan işaretin faaliyet alanına bakılmaksızın (tescilli marka ile aynıyet veya benzerlik göstermesi halinde) marka ihlalinin ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür.²⁵³ Biz bu görüşe katılma imkânı bulamıyoruz. Bilindiği gibi, markalar sistemi marka sınıfları üzerinde kuruludur. Tanınmış markayı bir kenara bırakırsak, her marka, tescil ülkesinde ve sadece tescil edildiği sınıf(lar) açısından marka koruması altındadır. Marka sınıflarının en önemli görevi, marka sahibinin koruma talep ettiği alanları tespit etmektir. İşbu sınıflar sayesinde marka köken belirtecek, garanti sağlayacak ve diğer işlevlerini yerine getirecektir. İnternet üzerinde kullanılacak markalar bakımından, marka sınıfları sistemini göz ardı etmemizi gerektirici hiçbir gerekçe yoktur. MarkKHK m. 9/f. 1-a'da belirtildiği gibi,²⁵⁴ markanın koruma kapsamı, onun tescil kapsamına giren marka sınıfları ile sınırlıdır. İnternet ortamı, markanın kullanılması için sadece farklı yapıda bir mecradır. Bu gerekçelerle, internet ortamında kullanılan markaların, marka ihlali açısından değerlendirilmesinde marka sınıflarının da değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüşe, biz de katılıyoruz.²⁵⁵

Tanınmış markalar açısından bir istisnanın bulunduğunu belirtmiştik. MarkKHK m. 8/f. 4 hükmü uyarınca, tanınmış markalara diğer markalara naaran daha geniş bir koruma kapsamı sağlanmıştır. Bu bağlamda, tanınmış marka ile ayrı sınıflarda olsa dahi, işaretin marka olarak tescili mümkün değildir. Sadece tanınmış markalar açısından, internet üzerinde kullanılan ifadelerin marka ihlaline neden olduğu sonucuna varılabilir. İnternet ortamında kullanılan tüm markalara, tanınmış markaların sahip olduğu genişletilmiş bir koruma alanının sağlanması, MarkKHK m. 8/f. 4'teki: "*Marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir*" hükmüne de açıkça aykırıdır. Bu ise marka koruması ile sağlanılmak istenilen ekonomik korumayı gerekçesiz genişletir ve marka sahibi olmayan girişimcilerin yenilik doğurucu fikirlerinin önünü tıkar. Marka koruması ile hedeflenen amacınsa, bu olmadığı açıktır. Her somut olayda, markanın tanınmış olup

²⁵³ ŞENOCAK Kemal, Tescilli Markanın Aynıısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali, Batider, C. XXV sa. 3, 2009, s. 127 vd.

²⁵⁴ "Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması."

²⁵⁵ ÇOLAK, s. 583.

olmadığı ve markanın işlevine bir zarar gelip gelmediği incelenmelidir. Yargıtay uygulaması da, bu yöndedir.²⁵⁶

4. Tanınmış Marka Bakımından Korumanın Kapsamı

İnternet reklamcılığı yoluyla meydana gelen marka ihlallerinin çoğu, tanınmış markaların reklamlarda aldatıcı biçimde kullanılmasıyla meydana gelmektedir. Burada üzerinde durulacak husus, tanınmış markanın alıcı kitlesi üzerindeki etkisinden haksız olarak yararlanarak, ilgili alıcı kitlesini kendi markalı malına yönlendiren mütecavizlerin nasıl engelleneceğidir. İncelememizin bu bölümünde üzerinde durulacak husus da diğer markalardan farklı olarak, tanınmış markanın ilgili alıcı kitlesi üzerinde yarattığı imaj/etki/görüntü/inanış'ın nasıl korunacağı ile ilgilidir. Kuşkusuz tanınmış markalar bakımından korumanın kapsamı diğer markalara nazaran daha kapsamlıdır. Bu bölümde, tanınmış markalara özgü olarak düzenlenmiş koruma kapsamı aktarılacaktır.

a. Ayırt Etme Gücünün İstismarı

MarkKHK'da tanınmış markaların ayırt etme gücüne ayrıca koruma sağlanmıştır. Bu kapsamda, tescilli tanınmış markanın farklı mal veya hizmet sınıfları açısından da korunması mümkündür. Marka sahiplerinin kendi tescillerinin bulunduğu mal veya hizmet sınıfları ile sınırlı olarak bulunabildiği nispi ret sebepleri, tanınmış marka sahiplerince marka sınıfı sınırlaması olmaksızın ileri sürülebilmektedir. Tescil edilecek işaretin ayırt edici özelliği haiz olması gerekliliği MarkKHK'nın 5., 8. ve 9. maddelerinde zikredilmiştir. Ancak anılan her iki maddenin de amacı göz önüne alındığında, ifade edilen "*ayırt edicilik*" kavramlarının birbirinden farklı tanımları olduğu anlaşılacaktır.

MarkKHK m. 5'te, bir markayı temsil eden işaret, onu diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygunluk olarak işaret edilmiştir. Ancak MarkKHK m. 8/f. 4 ve m. 9/f. 1 'de ifade edilen ayırt etme kavramı, somut olaydaki mal veya hizmetin markalı mal ile bireyselleştirilmesi ile ilgili bir meseledir. Yani markanın alıcı kitlesini markalı mala veya hizmete yönlendiren özelliği; onun ayırt edici özelliğidir.²⁵⁷ Yukarıda da tanımlandığı üzere, MarkKHK m. 5, bir işaretin marka

²⁵⁶ Yargıtay 11. HD. 17.01.2011, 2009/7216 E. ve 2011/166 K. sayılı ilam, Yargıtay 11. HD. 14.06.2010, 2009/678 E. ve 2010/6779 K. sayılı ilam. (naklen ÇOLAK, s. 584, 588.).

²⁵⁷ DİRİKKAN, s. 199.

olarak tescil edilebilmesi için asgari ölçütleri ortaya koyarken; MarkKHK m. 8 ve 9, tescil edilmiş bir işaretin işlevi ve onun ayırt edici vasfını sürdürmesi ile ilgilenmektedir. Bir markanın birçok benzerinin ticari alana arz edilmiş olması ve alıcıların bunların arasında seçim yapmakta zorlanması veya aldığı üründen beklediği kaliteyi bulamaması; onun ayırt edici özelliğini zedeleyen durumlara örnek olarak gösterilebilir.

Tanınmış markanın ayırt edici karakterine zarar veren vakıa, alıcı kitlesinin ikinci marka ile karşılaşması nedeniyle, tanınmış marka ile diğer markayı ayırt etme çabası içine sokulmasından kaynaklanmaktadır. Yani alıcı, tanınmış markayı ayırt etme açısından fazladan bir faaliyet için girmeye zorlanmaktadır. Hâlbuki tanınmış markanın en temel özelliklerinden bir tanesi, derhal tanınması ve kendine ilişkin imajı alıcının zihnine yerleşmesidir. Bu açıdan bakıldığında, ayırt etme özelliğinin zedelenmesi ile karıştırılma tehlikesi arasında bir bağın olduğu da söylenebilir. Son olarak, tanınmış markanın farklı mal veya hizmetlere ilişkin kullanılmasının tek başına bu kullanımı yasaklama hakkı vermediğini; işbu kullanıma ilişkin ayırt edici özelliğın zedelenmesi, itibarın istismarı veya başkaca ihlallerin varlığının aranması gerektiğini belirtelim. Zira tanınmış marka, her mal veya hizmet bakımından “tanınmış” değildir.²⁵⁸

b. Marka İtibarının İstismarı

MarkKHK m.9/f. 1-(c) uyarınca: “... *Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması*” halinde, onu yasaklama yetkisi marka sahibine verilmiştir. Yine MarkKHK m. 8/f. 4 ‘de: “*toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararlanmanın sağlanması*” ifadelerine yer verilmiştir. Her iki maddede de, tanınmış markanın alıcı kitlesinde yarattığı olumlu etkinin haksız olarak kullanılmasının önüne geçme amacı bulunmaktadır. MarkKHK m. 8, bu amacı tescil aşamasında nispi ret sebebi olarak; MarkKHK m. 9 ise her halde söz konusu işaretin kullanımını yasaklayıcı bir durum olarak düzenlemiştir.

²⁵⁸ DİRİKKAN, s. 229.

Markanın alıcı kitlesi üzerinde ulaştığı tanınmışlık düzeyi, aslında onun ayırt edici özelliğinin de sonucudur. Bu nedenle, markanın itibarının istismarı kural olarak, onun ayırt edici karakterine de zarar verir. Tanınmış markanın özdeşini veya benzerini ticari alana herhangi bir şekilde arz eden kişinin amacı, tanınmış markanın sahip olduğu imajı kullanarak dikkat çekmek ve kendi mal veya hizmetinin pazarlanmasında yardımcı kılmaktır.²⁵⁹ Hemen belirtelim ki, tanınmış olmayan markalar açısından, salt itibarın istismarına marka hukukunun bağladığı bir hukuki sonuç bulunmamaktadır. Zira markaların tescil edildikleri mal veya hizmet sınıfları açısından aykırı kullanım zaten MarkKHK çerçevesinde koruma altındır. Bunun haricinde, markaların itibarlarına yönelik özel koruma yalnızca tanınmış marka açısından sağlanmıştır. Bu farklılığın nedeni, tanınmış markaların alıcı kitlesi üzerindeki reklam etkisinin herhangi bir markaya oranla çok daha fazla olmasıdır. Özetlemek gerekirse, tanınmış marka bakımından karıştırma tehlikesi olmadan dahi koruma altında bulunan markanın itibarı, söz konusu diğer markalar açısından koruma altında değildir.²⁶⁰ Tanınmış bir markanın iki önemli etkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki dikkat çekme, cezbetme; diğeri ise alıcı kitlesinin zihninde oluşturduğu kuvvetli imajdır.²⁶¹ Tanınmış markanın sahip olduğu işbu dikkat çekme özelliğinin izinsiz kullanımı da marka itibarının istismarı sayılır.

Markanın imajının özünde markanın reklam gücü de yer almaktadır. Markanın sahip olduğu şöhret, itibar veya ün, tanıtımının yapıldığı ürünlerin satışını arttırmanın yanında, aynı markaca piyasaya sürülen başkaca mal veya hizmetlerin pazarlanmasına da katkı sağlar. Bu anlamda marka, tanıtımını yaptığı ürünün belirli bir işletmeden kaynaklandığını ve belirttiği nitelikleri haiz olduğunu tevsik eden bir tür iletişim aracıdır. İletişim aracı olarak markanın temsil ettiği itibarın başka bir markaya aktarıldığı ve bu markanın imajı ile aktarılan itibarın uyumlu olmaması nedeniyle markanın reklam gücü büyük ölçüde zarar görür. Özellikle reklam yoluyla yaratılmış marka itibarı/imajı söz konusu olduğunda, işbu zararın çok daha büyük olacağı belirtilmelidir.

²⁵⁹ DİRİKKAN, s. 202.

²⁶⁰ DİRİKKAN, s. 202, dpn. 97.

²⁶¹ DİRİKKAN, s. 203.

c. İmaj Transferi:

Markalar arası ilişkilendirme ihtimalinin, alıcının satın alma kararını (hukuki işleme girme kararını) etkilemediği durumlarda dahi tanınmış markalar bakımından marka itibarının korunması gündeme gelebilir. Zira tanınmış markanın gerek ürün kalitesi gerekse reklamlar yoluyla alıcı kitlesinin zihninde oluşturduğu imajı korumakta hukuken menfaati vardır. İşte alıcıların zihninde oluşan bu imajın devri yoluyla tanınmış markanın itibarının zedelenmesi mümkündür.

Marka imajının devri, markanın itibarının istismarı kavramına dâhil bir kavramdır. Mütecavizler önce tanınmış markanın sahip olduğu dikkat çekme özelliği ile alıcıların dikkatinin çeker; sonrasında ise tanınmış markanın sahip olduğu imajın benzer markaya yüklenmesi ile imaj devrini gerçekleştirir. Böylece bir yandan, tanınmış marka sahibinin yararlanması gereken nimetlerden kendisi faydalanır; diğer yandan tanınmış markanın ayırt edici özelliğini, dikkat çekiciliğini ve alıcı kitlesinin zihnindeki imajını zedeler. Bu tecavüz şekli, tanınmış markalar bakımından yaygın bir uygulamaya sahiptir.²⁶²

Tanınmış markanın itibarının istismarında, onun reklam gücünün önemli bir yeri vardır. Reklam unsuru, ürünün pazarlanması ve onun tanıtımı açısından en önemli faktörlerden biridir. Bu yönüyle reklamların hem haksız rekabete ilişkin işletmesel edimleri; diğer yandan marka itibarını da içeren bir kavramdır. İletişim sembolü olarak reklamların tanınmış markanın faaliyet gösterdiği mal veya hizmetlerden farklı bir alanda tanıtım faaliyetinde kullanılması, tanınmış markanın başkaca alanlarda da faaliyete başladığına ilişkin yanıltıcı bir izlenim verebilir. Bu halde alıcılar, hem yapılan reklama aldanarak pazarlanan ürünü satın alır hem de edindiği mala ilişkin kişisel değerlendirmesini tanınmış markanın imajı ile birleştirir.²⁶³ Hal böyle olunca, tanınmış markanın şöhretinin zarar göreceği ve izinsiz reklam faaliyetinde bulunan tarafın da işbu şöhretten haksız yararlanarak kazanç elde edeceği açıktır.

Marka hakkını tanımlarken, onun işletmeden bağımsız ve ayrı bir malvarlığı değerini haiz olduğunu belirtmiştik. Tanınmış markalar açısından söz edilen malvarlığı değeri, imaj devri sırasında diğer markaya geçmektedir. Aslında imaj devri, marka

²⁶² DİRİKKAN, s. 204.

²⁶³ TEKİNALP, s. 400; Ayrıca bakınız: Yargıtay 11. HD., 03.07.2000 tarih, 2000/5331 E. ve 2000/6265 K. sayılı ilamı; DİRİKKAN, s. 219.

sahibi açısından yararlı bir kavramdır. İmaj sahibinin ürettiği bir mal veya hizmete ilişkin alıcıların zihninde oluşan imaj, onun başkaca ürünlerinin pazarlanması sırasında da reklam unsuru olarak kullanılabilir. Markanın garanti işlevi nedeniyle, herhangi bir ürüne ilişkin imaj, aynı markanın başka ürününe de alıcılar tarafından kendiliğinden aktarılabilir. Bu durum, imaj sahibinin diğer ürünlerinin pazarlanmasında veya yeni bir pazara girilmesinde yardım etmektedir. Şunu hemen belirtelim ki, markaya ilişkin imajın devri, yalnızca o imaja uygun mal veya hizmetlere aktarılabilir.²⁶⁴

Tanınmış markanın kullanıldığı mal veya hizmetler ile devredildiği mal veya hizmetler arasında ortak noktaların bulunması gerekir. Örneğin, yenildiğinde bolca enerji verdiği imajı oluşturulan bir gofret marka imajının, bir enerji içeceğine devri düşünülebilir. Bunun yanında, kalp sağlığına değer verdiği imajını haiz bir margarin marka imajının, bir araba reklamına aktarılması mümkün olmayabilir. Sonuç olarak, tanınmış markaya bağlanan imaj devrinin sınırını, imajın devrolunacağı mal veya hizmetin niteliği belirlemektedir.²⁶⁵

Tanınmış markaya ilişkin itibarın, ona zarar verecek mal veya hizmetlerde kullanılması da mümkündür. Örneğin, parfüm markasına ait imajın, fare zehri markasına aktarılması tanınmış marka olan parfüm markasına büyük zarar verir. Bu tür itibar kaybı, yukarıdaki örnekteki olaydan hareketle “fare zehri doktrini” olarak adlandırılmıştır.²⁶⁶ Burada orta çıkan zarar tamamen alıcı kitlesinin zihnindeki tanınmış markaya ait imajın zedelenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Yani ortada normatif bir zarar söz konusudur. Ancak tanınmış markalara ilişkin koruma kapsamının diğer markalara nazaran genişliği göz önüne alındığında, bu imajın korunmasında menfaat olduğu ortaya çıkmaktadır. Yukarıdaki örnek üzerinden devam edersek, tanınmış marka imajını kullanan fare zehri markası hem tanınmış markanın reklam ve dikkat çekici özelliğini kullanmakta hem de onun imajına zarar vermektedir.

²⁶⁴ DİRİKKAN, s. 211.

²⁶⁵ DİRİKKAN, s. 213. Her ne kadar tanınmış markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerin özüne uygun mal veya hizmetlerin imaj devrinin sınırını oluşturduğunu söylesek de, asıl sınır alıcıların mal veya hizmetler arası karıştırma tehlikesinin bulunup bulunmadığı ile ilgilidir.

²⁶⁶ ARKAN, C. I, s. 108; DİRİKKAN, s. 221 vd.

d. Sonuç

İncelememizin bu bölümünde tanınmış markanın itibarının istismarı ve ona zarar verilmesi kavramları ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu ayrımın sebebi, kavramların sonucu bakımından tercih edilmiştir. Markanın itibarının istismarı, mal veya hizmet ile hukuki işlem yapma keyfiyetine ilişkin alıcı iradesi ile ilgilidir. Pek çok kez yinelediğimiz gibi, marka itibarının istismarı ile ortaya çıkan etki alıcının tüketim psikolojisi ile ilgilidir ve bu nedenle etkiler normatif zarar şeklinde belirir. Oysa marka itibarının zarar görmesinde, alıcının mal veya hizmet ile hukuki işlem yapma kararı fiili şekilde değişmiştir. Bu şekilde ortaya çıkan zarar yoksun kalınan kar şeklinde belirir.

Markanın alıcıdaki imajının zihinsel bir faaliyet olması ve markanın alıcının zihnindeki imajına ilişkin değişimlerin her seviyesinin farklı bir kavram ile açıklanmaya çalışılması, ortaya birçok kavramın çıkmasına neden olmuştur. Bu nedenle herhangi bir uyuşmazlığın çözümünde öncelikle alıcının motivasyonuna yönelik bir değerlendirilme yapılmalı; sonrasında ise bu motivasyonun sonuçları olarak ortaya çıkabilecek muhtemel zarar ve çeşitleri arasında bir ayrım yapılması bizleri daha doğru sonuçlara ulaştırabilir. Ayırt edici özelliğin zedelenmesi, karıştırma tehlikesi, markalar arası bağlantı kavramı, imaj devri veya itibarın istismarı kavramları yerine, alıcının ilgili mal veya hizmet ile hukuki işlem yapma kararını ne derece etkilendiği ortaya koyulmalı; sonrasında ortaya çıkan durumun fiili etkileri belirlenmelidir. Alıcının içinde bulunduğu her psikolojik durum ve onun sonuçları için kavram üretilmesinin hem uygulama hem de doktrin açısından karışıklık yaratacağı kanaatindeyiz.

Eğer alıcıların satın alma kararı değişmemiş ve fakat marka hakkındaki düşüncelerinde olumsuz yönde psikolojik bir değişim yaşanmışsa, tanınmış marka açısından bir koruma gündeme gelmelidir. Bu koruma doktrinde: ayırt edici özelliğin zedelenmesi, imaj devri veya itibarın istismarı kavramları ile açıklamıştır. Bunun yanında diğer markalar açısından ancak haksız rekabet hükümleri içinde itibarın korunmasını gündeme gelebilecektir. İkinci olasılık olarak, alıcıların satın alma kararında değişiklik olabileceği veya olduğu saptanmışsa, burada bağlantı ihtimalinden veya karıştırma tehlikesinden söz edilebilir. Bu vakıa markanın imajının zarar görmüş olası vakıasını da içine alır. Yani hâkim, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, önce alıcının zihnindeki marka imajını belirlemeli; sonrasında ise tüm bileşenleri

toplayarak alıcının zihnindeki marka imajını tekrar belirlemesi gerekmektedir. Eğer imaj satın alma kararını etkileyecek derecede değişmişse –tüm markalar bakımından- marka ihlali söz konusudur; eğer imaj satın alma kararını değiştirmemekle birlikte, onun imajını olumsuz yönde değiştirmişse –tanınmış markalar bakımından- bir marka ihlalinin varlığı kabul edilebilir.

III. MARKA HAKKININ TÜKENMESİ İLKESİNİN İSTİSNASI OLARAK MARKANIN REKLAMLARDA KULLANILMASI

A. Tanımı

Herhangi bir işareti tescil ettirerek hukuk düzeni tarafından himaye görmesini sağlayan marka sahibinin, o markanın ticaret alanına arz edilmesi hususunda münhasıran yetkili olduğunu MarkKHK m. 9 uyarınca kabul edilmiştir.²⁶⁷ Anglo-Sakson Hukuk sisteminde tükenme ilkesi *first sale doctrine* (ilk satış doktrini) olarak anılmaktadır.²⁶⁸ Böylesi bir tekel hakkının tanınmasının sebebi, fikri ürünün sahibinin ona yaptığı yatırımın karşılığını almasını sağlayarak yenilikçi fikirlerin ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Bu anlamda tükenme ilkesini marka sahibinin marka üzerinde sahip olduğu hakkı kötüye kullanmasının da bir sınırı olduğu söylenebilir. Kuşkusuz yenilik doğurucu fikirlerin koruma altına alınması ve marka hakkının kötüye kullanımının engellenmesi, hukuken himaye altına alınması gereken bir vakıalardır. Ancak marka hakkının sahibine tanıdığı bu tekel hakkı sınırsız olmamalıdır. MarkKHK m. 13/f.1’le, marka tescilinden doğan hakların tüketilmesi ilkesi ifade edilmiştir.²⁶⁹

Marka sahibine sınırsız bir şekilde tescil edilmiş işaret üzerinde tekel hakkı tanınması, üretim ve pazarlamada monopol piyasaların oluşmasına neden olabilir.²⁷⁰ Bu nedenle alıcıya mal veya hizmetin arzı sonrasında marka sahibinin marka üzerindeki bir takım hakları artık ileri sürememesi gerekir. Bu bir çeşit katlanma yükümlülüğüdür. Markaya yenilikçi fikirleri koruma adına tanınan tekel hakkının sınırını, serbest piyasa gereği mal veya hizmetlerin serbestçe dolaşım hakkı

²⁶⁷ ASLAN, s. 43.

²⁶⁸ ASLAN, s. 44; İ. ASLAN, s. 117; ARSLANOĞLU Anıl/DAĞCI Aksu, Marka Hakkının Korunmasına Getirilen Sınırlamalar Kapsamında Marka Tescilinden Doğan Hakların Tükenmesi İlkesi (İlk Satış İlkesi), Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, S. 3, Y. 2005, s. 676 vd.

²⁶⁹ “Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.”

²⁷⁰ DÜZGÜN Aslan Ülgen, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Ankara, 2010, s. 44; ASLAN, s. 45.

oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu ihtiyacı karşılamak üzere marka hakkına tükenme ilkesi geliştirilmiştir.²⁷¹ Marka hakkına getirilen bu kısıtlamanın bir istisna olduğunu ifade edelim.²⁷²

Bu istisnanın anlamı, markaya konu bir ürünün, hak sahibinin rızasıyla ilk kez ticari alana arz edilmesinden sonra, marka hakkı sahibinin artık bu ürünleri satma veya mülkiyete ilişkin herhangi bir işlem yapma hakkının sona etmesidir.²⁷³ Marka hakkının tükenmesinden sonra hak sahibi, ticari alana arz edilerek tükenen ilgili mal veya hizmete ilişkin başkalarının reklam yapmasını veya başkaca dağıtım faaliyetinde bulunmasını engelleyemez. Şunu hemen belirtelim ki, tükenmenin konusunu oluşturan mallar, sadece marka sahibinin izni ile ticarete arz edilen mallarla sınırlıdır. Bunun dışındaki mallar hakkında marka sahibinin marka hakkı devam etmektedir.²⁷⁴

B. Çeşitleri

Yukarıdaki tanımda kullanılan ticaret alanına arz etme veya piyasaya sunma kavramlarından neyin anlaşılması gerektiği hem bir yorum meselesidir hem de bir hukuk politikası tercihinin yansıtır. Bu nedenle her ülke kendi ekonomik durumu ve hukuk politikası tercihi uyarınca marka hakkının tükenmesine ilişkin düzenlemeler yapmışlardır. Uluslararası anlamda fikri haklara ilişkin mevzuatta yeknesaklık arayışları da marka hakkının tükenmesi konusunda sonuç vermemiştir. Örneğin TRIPS anlaşması ile birçok konuda yeknesak uygulamalar benimsenmesine rağmen, tükenme konusunda görüş birliği sağlanamamıştır.²⁷⁵ Coğrafi sınırlar esas alınarak oluşturulan tükenme çeşitlerini üç farklı sınıfa bölebiliriz. Bunlar, ülkesel, bölgesel ve uluslararası olmak üzere sıralanabilir.

1. Ülkesel Tükenme İlkesi

Marka hakkının ülkesel tükenmesi, markalı malın ilk defa piyasaya sürülmesi hangi ülkede gerçekleşmişse, hakkın sadece ve sadece o ülkede tükenmesi anlamına gelir.²⁷⁶ Yani markalı mal hangi ülkede ticaret alanına arz edilmişse, o mal ile sınırlı

²⁷¹ YALÇINER G. Uğur, Sınai Hakların Korunmasının Temel Felsefesi ve Sınai Haklarda Sınırlamalar, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004, s. 85.

²⁷² KAYA, s. 252.

²⁷³ DÜZGÜN, s. 45; KAYA, s. 62.

²⁷⁴ DÜZGÜN, s. 45.

²⁷⁵ DÜZGÜN, s. 47.

²⁷⁶ DÜZGÜN, s. 47.

olmak üzere yine o ülkede marka hakkı tükenir. Bu ilkenin benimsendiği ülkelerde, o ülkede piyasaya sunulmamış bir markanın ülke içerisine girmesi yani paralel ithalat kolaylıkla engellenir. Ayrıca tükenme ilkesi ülke ile sınırlı olduğu için her ülke için ayrı bir fiyat politikasının da uygulanması mümkün hale gelir. Bilindiği gibi, emtia fiyatlarındaki düşüşün temel nedeni rekabettir.²⁷⁷ Paralel ithalat imkânı olmayan bir piyasada ise tüm fiyat kontrolü o ülkede tescilli markası olan hak sahibindedir.²⁷⁸

2. Bölgesel Tükenme İlkesi

Bölgesel tükenme ilkesinde, uluslararası anlaşmalarla bir araya gelmiş birçok ülkenin oluşturduğu bir bölgede marka hakkının tükenmesi söz konusudur. Bu bölge içerisinde markalı mal veya hizmetin ilk defa piyasaya sunulması veya ticari alana arz edilmesi halinde, bu bölge coğrafi sınırları ve arz edilen mal veya hizmet ile sınırlı olmak üzere tükenme gerçekleşir.²⁷⁹ Günümüzde bölgesel tükenme ilkesi Avrupa Birliği sınırları içerisinde uygulanmaktadır.

3. Uluslararası Tükenme İlkesi

Uluslararası tükenme ilkesi uyarınca, marka hakkı sahibi tarafından markalı mal veya hizmet her nerede ilk defa satılmış veya ticarete arz edilmiş olursa olsun marka hakkı tükenir.²⁸⁰ Örneğin ABD 'de telif hakları ve marka konusunda uluslararası tükenme ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke serbest piyasa ve malların dolaşımı amacına en uygun ilke olup, tüketici dostu fiyat politikalarının geliştirilmesine neden olur. Zira uluslararası tükenen ve ürünlerin artık dünyanın her noktasına ihraç ve ithal edilebilecek olmaları rekabet ortamını güçlendirmektedir. Uluslararası tükenme ilkesinde marka hakkı sahibinin menfaatleri uluslararası ticaretin geliştirilmesi, rekabet ve malların serbestçe dolaşımı gerekçeleriyle ikinci plana itilmiştir. Hakikaten bu ilkenin geçerli olduğu ülkelerde marka sahipleri piyasayı bölerek farklı fiyat uygulamaları yapamazlar. Aksi halde paralel ithalat yoluyla diğer girişimciler, anılan markanın ucuz olduğu ülkelere malları alıp, pahalı olduğu yerde satarak marka sahibini zarara uğratabilirler.

²⁷⁷ DÜZGÜN, s. 48.

²⁷⁸ ASLAN, s. 46.

²⁷⁹ DÜZGÜN, s. 49.

²⁸⁰ DÜZGÜN, s. 51.

4. Türk Hukukundaki Durum

Türk Hukuku açısından hangi tip tükenme ilkesinin geçerli olduğu son derece tartışmalı bir konudur. MarkKHK m. 13/f. 1'in lafzına bakıldığında,²⁸¹ marka sahibinin sadece *Türkiye'de arz ettiği mallar ile sınırlı olmak üzere* marka hakkının tükendiği ve dolayısıyla o mallar dışında ithal edilecek markalı malların tükenmiş olmayacağı sonucuna varılmaktadır. Burada belirtilen coğrafi sınır, tükenmenin gerçekleşeceği alanı ifade eder ve Türkiye siyasi sınırlarının tamamını kapsar. Doktrinde ağırlıklı olarak, Türk Hukukunda “ülkesel” tükenme ilkesinin cari olduğu ifade edilmiştir.²⁸² Kanaatimizce de, hükmün sözel manasından, ülkesel tükenme ilkesinin benimsendiği sonucuna tereddütsüz ulaşılabilmektedir.

Türk Hukukunda tükenme ilkesindeki yaşanan tartışmalar, ülkeye ithal edilecek ürünler ile bağlantılı olarak, gri ve paralel ithalat konusunda tartışmalara yol açmıştır. Gri ithalat, farklı ülkelerde piyasaya sunulan mallar arasındaki fiyat ve kalite farkı gibi farklar olması halinde gündeme gelir.²⁸³ Bir ülke veya ekonomik birlik sınırları içinde piyasaya arz edilmiş ürünlerin aynılarının, üçüncü kişiler tarafından malların piyasaya sürüldüğü başka bir ülkeden ithaline de paralel ithalat denir.²⁸⁴ Türkiye pazarında piyasaya sunulmuş ürünlerin aynılarının bir başka ülkeden üçüncü kişiler aracılığıyla ithalatına paralel ithalat; farklı kalite ve fiyat gibi özellikleri bulunan aynı markalı malların üçüncü kişilerce ithalatına da gri ithalat denilmektedir. Paralel ithalatın en önemli nedeni, bölgeler arası fiyat farkları ve döviz kurlarındaki dalgalanmalardır.²⁸⁵ Bu nedenle, tedarikçiler paralel ithalata yönelirken, üreticiler bunun önüne geçmek için çareler aramaktadır.

Yargıtay'ın gri ve paralel ithalat konusundaki içtihatları, doktrinde yoğun eleştiri almış ve konuyu tartışmalı hale getirmiştir. Yargıtay *Police kararında*, Türkiye'de piyasaya sunulmakta olan ve orijinal vasfı haiz gözlüklerin usulüne uygun olarak

²⁸¹ “Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.”

²⁸² **YASAMAN/AYOĞLU**, s. 559; **ARKAN**, C. I, s. 135; **KAYA**, s. 256; **ÇOLAK**, s. 619; **KAYHAN Fahrettin**, Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 2001/1, s. 64; **ARIKAN Saadet**, Fikri –Sınai Haklarda Hakkın Tüketilmesi Doktrini, Avrupa Birliği ve Türkiye, İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi, 1996, Sayı 129, s. 36; **SÜEL Selda**, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Patent Hakkının Tükenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, *yayınlanmamış yüksek lisans tezi*, 2007, s. 39.

²⁸³ **YASAMAN/AYOĞLU**, s. 545

²⁸⁴ **YASAMAN/AYOĞLU**, s. 542.

²⁸⁵ **ASLAN**, s. 50.

Türkiye'ye ithal edilmesini hukuka uygun bulmuştur.²⁸⁶ Yüksek Mahkeme aynı tutumu *Lancome kararında* da sürdürmüştür.²⁸⁷ Yargıtay'ın bu tutumu, MarkKHK m. 13'ün açık lafzına ve doktrinin ağırlıklı görüşü olan ülkesel tükenme ilkesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Yargıtay, anılan maddenin lafzındaki “*mallarla ilgili filler*” ibaresini bir kenara bırakarak, markayı soyut olarak bir bütün şeklinde yorumlamıştır. Ülkesel tükenme ilkesinin kabul edildiği bir sistemde, Yargıtay'ın ekonomik düşüncelerle karar vermesi eleştirilmiştir.²⁸⁸

Anılan konu doktrinde de ayrıntılı olarak tartışılmıştır. *Arkan*, markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, marka sahibinin bu malları yurtdışına satması ya da bu malları yurtdışında üretmesini takiben; üçüncü kişiler tarafından bu malların Türkiye'ye ithaline marka sebebiyle engel olunamayacağını belirtmiştir.²⁸⁹ *Tekinalp* de, benzer şekilde ithalatın mümkün olduğunu ancak markanın hem ithalat yapılan hem de ihracat yapan ülkede aynı kişi adına kayıtlı olması gerektiğini ifade etmiştir.²⁹⁰

Pınar, anılan düzenlemenin lafzi yorumunun tatmin edici olmamasından hareketle; işbu düzenlemenin asgari bir sınır olduğunu ifade etmektedir.²⁹¹ Asgari sınır ile ifade edilmek istenilen sınırlamanın coğrafi kapsamıdır. Bu kapsamda *Pınar*'a göre ülkesel tükenme ilkesi asgari bir sınır olması nedeniyle uluslararası tükenme ilkesinin benimsenmesi de mümkündür.

Aslan, hükmün amacından yola çıkarak Türk Hukukunda uluslararası tükenme ilkesinin cari olduğunu ifade etmiştir.²⁹² Hükmün lafzı gibi uygulanması ile ortaya hiç kimsenin menfaatine uygun olmayan bir durumun çıktığını; kaldı ki, paralel ithalata karşı çıkan üreticinin hakkını kötüye kullanması durumunun da söz konusu olabileceğini ifade eden yazara göre, Türkiye'de ticaret alanına arz edilme şartı dahi aranmadan uluslararası tükenme ilkesinin benimsenmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce, MarkKHK m. 13 uyarınca, açıkça ülkesel sınırlar içinde ve o sınırlar içinde piyasaya sunulan mallar ile sınırlı olarak tükenme ilkesi caridir. Bu nedenle,

²⁸⁶ Yargıtay 11. HD. 12.03.1999, 1998/7997 E., 1999/2098 K. sayılı ilam (Kazancı).

²⁸⁷ Yargıtay 11. HD. 26.05.1999, 1999/2086 E., 1999/4505 K. sayılı ilam (Kazancı).

²⁸⁸ **ÇOLAK**, s. 620.

²⁸⁹ **ARKAN**, C. I, 213.

²⁹⁰ **TEKİNALP**, s. 366 ve 379.

²⁹¹ **PINAR Hamdi**, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, s. 900.

²⁹² **İ. ASLAN**, s. 117.

yurtdışında piyasaya arz edilmiş bir malın, Türkiye’de de piyasaya sunulmuş olmak kaydıyla, ithalinin marka sahibi tarafından engellenebilmesi gerekir. Diğer yandan, marka sahibinin farklı ülkeler arasında büyük fiyat farkları oluşturabileceği ve bu durumdan tüketicinin zarar göreceği de açıktır. Bu nedenle Yargıtay uygulamasının hakkaniyete uygun ve fakat kanunun lafzına aykırı olduğunu gözlemliyoruz. MarkKHK’da tükenme ilkesinin, Türk Halkının ekonomik çıkarlarına ve Türkiye ekonomisine uygun bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

C. Koşulları

1. Ticaret Markası Olma Zorunluluğu

Markaları kullanılış amacı ve işlevlerine göre çeşitli sınıflara ayırmak mümkündür. Bu sınıflar, ticaret, hizmet, garanti, koruyucu ve ihtiyat markası olarak sıralanabilir.²⁹³ Doktrinde marka hakkının tükenmesine konu markanın ticaret markası olması gerekliliği ifade edilmiştir. Bilindiği gibi ticaret markası, sanayide, tarımda veya esnaf işletmelerinde imalatı veya sadece satışı yapılan bir malı diğerlerinden ayırt etmek amacıyla kullanılan markalara verilen addır.²⁹⁴ Bankacılık, sigortacılık veya ulaşım gibi maddi malların mübadelesi üzerine kurulu olmayacak şekilde verilen hizmeti niteleyen markalara da hizmet markaları denir.²⁹⁵

Doktrinde hizmet markalarının niteliği gereği tedavül yeteneği olmamasından hareketle tükenmeye tabi olmayacağı belirtilmiştir.²⁹⁶ Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, tükenme ilkesinin hizmet markaları yönünden tamamıyla kapandığını söylemek mümkün değildir.²⁹⁷ Biz, hizmet markalarının da tükenme ilkesine tabi olabileceğine ilişkin görüşe katılıyoruz.²⁹⁸ Öncelikle tükenme ilkesi bakımından hizmet markalarının bunu dışında tutulacağına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Diğer yandan hizmet markalarının tükenmesinin kabil olmadığını ileri süren görüşün ileri sürdüğü gibi, hizmetin tedavül kabiliyetinin olmadığı tezine katılmıyoruz. Özellikle inceleme konumuz olan internet uygulamaları göz önüne alınırsa, video paylaşım sitelerinin hizmetlerinin başkaca sitelerde görüntülenebilmesi, belirli bir eğitim veya yatırım danışmanlığı hizmetinin yeniden satılması veya başka bir işleme konu edilmesi (kiralınması) mümkündür. Zira burada hizmet, hizmeti alan asile yük

²⁹³ KAYA, s. 50.

²⁹⁴ TEKİNALP, s. 347; DÜZGÜN, s. 94.

²⁹⁵ TEKİNALP, s. 347; DÜZGÜN, s. 94.

²⁹⁶ DÜZGÜN, s. 95 vd.

²⁹⁷ KAYA, s. 253 vd.

²⁹⁸ İkinci el yazılım ile ilgili açıklamalarımızın da burada yol gösterici olacağını düşünüyoruz.

olmaksızın internet üzerinden başkaca kişilere tedavül ettirilebilmektedir. Gel gelelim, çoğu zaman verilen hizmete ilişkin verilerin gizliliğine ilişkin sözleşme şartları nedeniyle, pratikte bu hizmetin tedavülünde büyük zorluklar vardır.

2. Marka Sahibinin İzniyle Piyasaya Sunulması

a. Markalı Malın Piyasaya Sunulması ve Sunulduğu Yer Kavramları

Türk Hukuku uyarınca tükenmeden söz edebilmek için, markalı malın öncelikle Türkiye sınırları içinde piyasaya sunulması gerekmektedir. Piyasaya sunma kavramı ile ifade edilmek istenilen, markalı malın ilk defa ticaret alanına arz edilmesinden ve ticari etki doğurmasıdır. Divan, piyasaya sunma kavramını, malların pazarlanması, malların dolaşıma sunumu veya malların piyasaya sunumu şeklinde ifade etmektedir.²⁹⁹ Sonuç olarak markalı malın depolanması veya dağıtım kanallarına sevki değil; alıcı kitlesi ile buluşması anında ilk defa satışın, yani piyasaya sürmenin gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Tükenmenin coğrafi sınırların belirlenmesi açısından onun piyasaya sunulduğu yer hukukunun hangi tür tükenme ilkesini benimsediğinin belirlenmesi gerekir. 89/104 sayılı Marka Yönergesi uyarınca, AB’de benimsenen bölgesel tükenme ilkesi karşısında, malların AB bölgesi içinde ticarete arz edilmesi ile marka hakkı tükenmiş olur. MarkKHK m. 13 uyarınca, tükenmeye ilişkin coğrafi sınırı ülkemizin siyasi sınırları oluşturmaktadır. Ancak Yargıtay’ın paralel ithalat konusundaki kararlar göz önüne alındığında, yargı kararlarında ülkesel tükenme ilkesinin tam olarak benimsendiğinin söylemesi güçtür. Zira Yargıtay hem MarkKHK m. 13’den hareketle markalı malın Türkiye’de piyasaya sunulmasını aramakta; diğer yandan başkaca bir ülkede piyasaya sunulan aynı markalı malın Türkiye’ye ithalatına cevaz vermektedir.³⁰⁰ Hâlbuki yukarıda arz edildiği üzere, ülkesel tükenme prensibinin benimsendiği bir ülkede, tükenme sadece söz konusu mal veya hizmetlere ilişkindir. Bu nedenle başka ülkelerden aynı markalı malların ithalatı engellenebilmelidir. Tükenmenin marka hakkının özünü tükettiğini kabul edersek, uluslararası tükenme ilkesini benimsemiş oluruz. Tüm bu ayrımlar, malların serbest dolaşımı (marka hakkının kullanımı) ile marka ile sağlanan tekel hakkı (marka hakkının varlığı)

²⁹⁹ DÜZGÜN, s. 97.

³⁰⁰ Yargıtay 11 HD. 12.03.1999, 1998/7996 E. ve 1999/2099 K. sayılı ilam ve Yargıtay 11 HD. 14.06.1999, 1999/3243 E. ve 1999/5170 K. sayılı ilam; Yargıtay ‘ın yine başka bir kararında, serbest bölgeleri ulusal ülke topraklarına dahil etmediğini ve bu nedenle marka hakkının tükenmediğine hükmettiğini de ekleyelim (naklen DÜZGÜN, s. 101).

arasındaki menfaat dengesine dayanmaktadır.³⁰¹ Hemen belirtelim ki, sadece tescilli markalar üzerindeki hakkın tükenmesi söz konusudur.

İnternette arz edilen mal veya hizmetler açısından durum dabiraz daha karmaşıktır. Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bahsinde aktarılacağı gibi, piyasaya internet kanalıyla arz edilen markalı mal veya hizmetin kullanıcılar ile uygun bağlantısının kabul edildiği hallerde, markanın o yerde ticaret alanına arz edildiği kabul edilmelidir. Bir mala veya hizmete internet üzerinden ulaşma imkanının verilmesi, o mal veya hizmetin internet kullanıcısının ülkesinde piyasaya arz etmesi anlamı taşır. Örneğin, ABD'den verilen bir sipariş sonrası elde edilen kitap üzerinde marka hakkı tükenmiştir. Buna karşın, ABD'de bulunan kitap satıcısının internet sitesinden alış-veriş yapma imkânının bulunması, markalı malın dünyanın her yerinde piyasaya arz edildiği anlamı taşımaz. Zira tükenme ilkesinin söz konusu olabilmesi için, öncelikle markanın o ülkede tescilli olması ve malın satın alınması gerekmektedir. Yani kullanıcılar, internet yoluyla arz edilen bir ürünü satın aldıklarında, artık o markalı mal açısından tükenme gerçekleşir.

b. Marka Sahibinin İzni

Marka hakkının tükenmesinden söz edilebilmesi için, markalı malların marka sahibinin izni ile piyasaya arz edilmesi gerekmektedir. Yani marka sahibinin izni dışında piyasaya sunulan mallar üzerinde tükenme gerçekleşmez.³⁰² Tükenme gerçekleştikten sonra, malların tekrar ticari alana sunulduğu ülkeye yeniden ithalatı (geri ithalat/reimport) mümkün hale gelir. Bu anlamda, marka hakkının tükenmesinden sonra, marka hakkı sahibinin bir tür katlanma yükümlülüğü bulunduğu söylenmesi mümkündür.

Bir katlanma yükümlülüğü olarak ifade ettiğimiz tükenme ilkesi, marka hakkı ile ilgili olmayıp, tükenme hakkının gerçekleştiği markalı mallara ilişkindir. Diğer bir deyişle, tükenen marka hakkı değil; onun taşıyan mal veya hizmete ilişkin hâkimiyet imkânıdır. Bilindiği gibi, marka hakkı üzerinde 3. kişilere tesis edilen devir ancak lisans sözleşmesi ile mümkündür. Markalı malın 3. kişiler tarafından da piyasaya sunulması mümkündür. Ancak her halde marka sahibinin piyasaya arz konusunda izninin olması gerekmektedir. Divan *Pharmon v Hoechst kararında*, marka

³⁰¹ DÜZGÜN, s. 99.

³⁰² DÜZGÜN, s. 101; PINAR, s. 863 vd.

sahibinin piyasaya arz konusundaki izni konusunun davanın çözümlenmesinde en önemli unsur olduğunu belirtmiştir.³⁰³

Piyasaya sunan kişi ile marka hakkı sahibi arasında sözleşmesel bir ilişki olabileceği gibi tabiiyet ilişkisi olması da mümkündür. Marka sahibi ile piyasaya arz eden arasındaki ilişkinin tabiiyet ilişkisi ekonomik ve idari bir biçimde gerçekleşebilir. Örnek olarak, bir holding bünyesindeki farklı ölçekteki şirketlerden birinin piyasaya arz ile marka hakkını tüketmesini örnek verebiliriz. Anılan taraflar arasındaki bağlantının sıklığı hususunda doktrinde değişik görüşler olmakla birlikte, kanaatimizce, somut olay göz önüne alındığında markalı malın garanti ettiği nitelikler ile ilgili sorumlu tutabildiğimiz şirketler arasında bir bağlantının bulunduğu söylenebilir. Yine aynı şekilde, joint-venture şeklinde faaliyet gösteren adi şirketlerden birinin piyasaya sunduğu markalı mal üzerindeki marka hakkının tükeneceği de söylenebilir.³⁰⁴

aa. İkinci El Yazılımların Satışı Marka Sahibinin İzni Olmadığı Gerekeçisiyle Engellenebilir mi?

Marka sahibinin iznine ilişkin en tartışmalı konulardan biri de ikinci el yazılımların satışına ilişkindir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında eser sayılan ve çoğu zaman tecilli bir markaya da sahip olan yazılımların, kullanıcıları tarafından yeniden satıp satamayacağına ilişkin tartışmalar halen güncelliğini korumaktadır. Ülkemizde bu konuda verilmiş hiçbir karar bulunmadığı için, meseleyi ABD Federal Mahkemesi ve AB Adalet Divanı kararları ışığında inceleyeceğiz.

Yukarıda bir malın marka sahibinin izni ile satışı ile onun üzerindeki marka hakkının tükendiğini belirtmiştik. ABD Federal Mahkemesine göre, yazılımlara ilişkin işlemlerde marka sahibinin iradesinin satış mı yoksa lisans mı olduğunun önemle incelenmesi gerekir. Zira eğer ortada bir satış söz konusuysa, ilk satışta tükenme ilkesi gündeme gelecek ve sonraki satışa marka sahibi karışamayacaktır. *United States v. Wise* (1977)³⁰⁵ davasında, Federal Mahkeme, bir sözleşmenin lisans mı yoksa satışı mı olduğu hususunda şu kriteri esas almıştır: “Eğer teknoloji transferinin kalıcı olması gerekiyorsa, bu bir satıştır. Eğer teknoloji transferinin kalıcı olması gerekmiyorsa, bu bir lisanstır.”. *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*

³⁰³ DÜZGÜN, s. 102.

³⁰⁴ DÜZGÜN, s. 108.

³⁰⁵ [United States V. S Wise](#), 553 F2d 1173 (1977).

davasında,³⁰⁶ yazılımın RAM içerisinde depolanarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında bir ihlalin oluştuğuna hükmedilmiştir. Ayrıca MAI'nın lisanslamasından beri, onu elde edenlerin yazılımın sahibi konumunda olmadığına hükmedilmiştir. Federal Mahkeme, bu karara dayanarak iki karar daha vermiş ve yazılımların satış değil lisans yoluyla tüketiciye sunulduğuna hükmetmiştir.³⁰⁷ *Wall Data Inc. v Los Angeles County Sheriff's Dep't* davasında,³⁰⁸ yazılıma ilişkin uyuşmazlıklarda ilk satış doktrinin uygulamasının çok nadiren gürüldüğü; zira yazılımların çoğunlukla sayılmadığı belirtilmiştir.

Vernor v. Autodesk, Inc. davasında, Federal Mahkeme, ilkesel olarak ikinci el yazılıma ilişkin tutumunu ortaya koymuştur. Anılan davada, T. Vernor, ikinci el yazılımları tüketicilerden toplayarak eBay'de satan bir kişidir. Davalı ise Autocad yazılımlarının üreticisidir. Davada esas uyuşmazlık, yazılım üreticilerinin tüketicilere (end customer) sunduğu yazılımları verdiği sözleşmenin hukuki niteliği ile ilgilidir. Federal Mahkemeye göre, bir sözleşmenin lisans sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için:

- Yazılım sahibinin lisans verme amacının olması,
- Yazılım sahibinin sonraki devirlere ilişkin sıkı bir sınırlama rejimi uygulaması,
- Yazılım sahibinin, yazılımı kullanım konusunda kullanıcıyı sınırlaması gereklidir.

Mahkeme kararında temel olarak, bir yazılımın sahibi olunması ile yazılımın kopyasının sahibi olunmasının farklı durumlar olduğunu vurgulamıştır. Yazılım firması ile kullanıcı arasındaki sözleşmenin satış olarak değerlendirilebildiği durumlarda, tüketici kopyanın sahibi olarak ilk satışta tükenme ilkesinden faydalanabilir. Ancak ortada devri ve kullanımı sınırlayıcı bir lisans sözleşmesi olması halinde, yazılımın kopyası üzerinde bir mülkiyet hakkı ortaya çıkmaz. Davada eBay'in internet yer sağlayıcısı olması ve ihlale katılmadığını kanıtlanması nedeniyle herhangi bir yaptırımla karşılaşmadığını da ekleyelim.

³⁰⁶ MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).

³⁰⁷ Adobe Systems Incorporated v. One Stop Micro Inc., No. C 97-20980 JW., United States District Court, N.D. California., Şubat 2, 2000.

³⁰⁸ *Wall Data, Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Dep't*, 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006);

İkinci el yazılım konusunda çözülmesi gereken problemleri sıraladığımızda ortaya tartışmalı bir kompozisyon çıkmaktadır. Yukarıdaki davaların tamamı, yazılım firmaları tarafından ve tüketicilerin aleyhine olarak kazanılmıştır. Kanaatimizce ABD Federal Mahkemesi, takdir yetkisini kendi ülkesinde üretimde bulunan yazılım üreticileri lehine kullanmıştır. Hatta *Vernor v. Autodesk, Inc.* davasında davacı taraf, ikinci el yazılımı başkalarından elde etmiş olmasına rağmen, lisans sözleşmesinin sınırlamalarıyla dahi bağlı tutulmuştur. Bilindiği gibi sözleşme nispi bir borç doğurarak ancak karşı tarafı bağlar. Bu nedenle, biz sözleşme ile bağlı bulunmayan dava tarafının sözleşme hükümleriyle sorumluluğu tutulmasını doğru bulmuyoruz.

ABD'deki davalarda uyuşmazlığın toplandığı noktanın, son kullanıcı ile yazılımcı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği ile ilgili olduğunu ortaya koyduk. Kullanıcılar anılan ürünlere ait sözleşmeleri ancak ürünü aldıktan sonra okuma fırsatı bulabilmekte ve önlerine gelen sözleşmeyi sadece kabul ve red noktasında irade açıklayabilmektedirler. Şu halde ortada iki tarafın müzakere ettiği bir akitten söz etmek mümkün değildir. ABD Hukukunda, yazılımlara ilişkin bu tarz sözleşmeler "Shring Wrap Contract" denilmektedir. Bu tip sözleşmeler, bizim hukukumuz bakımından genel işlem şartları ile benzerlik göstermektedir. Şunu hemen belirtelim ki, bir sözleşmenin kurulması için aktif bir müzakere geçerlilik şartı değildir. Bu açıklamaların sebebi, ekonomik olarak yazılımlara ilişkin hukuki işlemlerde tüketicilerin ciddi bir baskı içinde olduğunu göstermek bakımındandır. İşbu savunmaya karşı, yazılım firmaları, fiyatların ancak ikinci el yazılım satışının engellemesi ile düşük seviyede tutulabileceği savunmasını yapmışlardır.

Kıta Avrupasında ikinci el yazılımlara bakışın, ABD sisteminden farklı olduğu söylenebilir. Kanaatimizce, bu farklılığın en temel nedeni, ABD'nin asıl üretici; AB'nin ise tüketici veya dağıtıcı konumundan kaynaklanmaktadır. AB Adalet Divanı, 03.07.2012 tarihli *UsedSoft GmbH v Oracle Int. Corp.* kararında,³⁰⁹ yasal olarak edinilmiş yazılımın ilk müşterisi gibi yazılımı ilk müşteriden edinen kişilerin de yazılımın/programın düzeltmiş ve güncellenmiş kopyasını yazılım sahibinin internet sitesinden indirebileceğine hükmetmiştir. Somut olayda, davacı, davalıdan 25 kişilik lisans hakkını haiz bir yazılım paketi satın almıştır. Lisans anlaşması kapsamında, davacı, her 25 kullanıcı için de güncelleme ve düzeltme hizmetinden

³⁰⁹ UsedSoft GmbH v Oracle Int. Corp., C-128/11.

yararlanabilmektedir. Uyuşmazlık, bu lisans haklarının devrinin ve devir sonrası güncelleme hakkının olup olmadığı hakkındadır.

Divan, yazılımın –fiziksel veya internet üzerinden indirilebilen- bir bedel karşılığında mübadeleye tabi tutulması halinde dağıtım hakkının tükeneceğini savunmaktadır.³¹⁰ Buna aykırı yorumların ise, fikri hakların korunması ile güdülen amaca aykırı olacağı kararda ifade edilmiştir. Diğer yandan, kullanılmayan lisansların devrinin ticari bir nitelik taşıması gerektiği ve devreden kişinin bilgisayarında devre konu yazılımın etkisiz konuma getirilmesi gerektiği de kararda belirtilmiştir. Kanaatimizce, Divan, ticarete konu olmayacak şekilde ikinci el yazılımların devrine cevaz vermektedir. Hakikaten, iş yerlerindeki yeniden yapılanma, kişisel olarak bilgisayar değişikliği veya donanımın yıpranması gibi sebeplerle ikinci el yazılımın satışı mümkün olmalıdır.³¹¹

AB Adalet Divanının tüketici lehine yaklaşımını biz de isabetli buluyoruz. Yazılım gibi fikri bir ürünün yayılmasını sınırlamanın zoruğu ile tüketici hakları arasında bir denge kurulmalıdır. Yazılımın ilk kullanıcıya satılmasıyla üzerindeki fikri hakların tükendiği kabul edildiğinde, sözleşmedeki devre engel şartlar kesin hükümsüz hale gelir. Zira tükenme ilkesi, gerek FSEK’de gerekse MahkKHK’da emredici bir hükümdür. Her bir yazılım programı açısından tükenme ilkesinin gerçekleştiğinin tespiti açısından, hacim lisansının (tek bir pakette birden fazla lisans hakkı) söz konusu olduğu hallerde, lisans konu tüm yazılımlar açısından tükenmenin gerçekleştiği söylenemez. Hakikaten çoğu yazılım sözleşmesinde görüleceği üzere, yazılım bilgisayara yüklenip aktive edildiği anda aslında hukuki işlem tamamlanır. İşte o andan itibaren tükenme gerçekleşir. Bu nedenle, yazılımın özgülendiği amaç kapsamında kullanılması ile tükenme ilkesinin gündeme geleceği kabul edilmelidir. Böylesi bir çözüm hem yazılım üreticileri hem de kullanıcıları açısından uygundur.

³¹⁰ “Telif hakkı sahibi müşterilerine bir kopyayı –somut ya da değil- mevcut kıldığında , aynı zamanda ücret ödenmesi karşılığında, bu kopyayı müşteriye sayan hak sahibi, müşteriye bu kopyayı sınırsız bir süre için kullanma veren lisans anlaşmasını da vermektedir ve böylece münasır dağıtım hakkı tükünmektedir. Bu tür bir işlem kopyanın sahiplik haklarının devredilmesini içerir. Bu sepele de, lisans anlaşması bir ileriki trasferi yasaklasa da, hak sahibi artık kopyanın yeniden satışına karşı çıkamaz.”

³¹¹ **YILDIRIM Fadıl Mustafa**, Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler, Fikri Mülkiyet Yıllığı [2010], İstanbul, 2011, s. 577 vd.

D. İstisnaları: Markanın Reklamlarda Kullanılmasının Tükenme İlkesi Açısından Bir Sınırı Var mıdır?

Marka hakkının tükenmesi ilkesi kayıtsız ve şartsız olarak uygulanan bir ilke değildir. Özellikle markanın yarattığı tekel hakkı ve rekabet ortamının yarattığı zıt menfaatlerin dengelenmesi açısından tükenme ilkesinde bazı istisnalar kabul edilmiştir.³¹² Tescilden doğan hakların tükenmesine ilişkin MarkKHK m. 13/f. 2 uyarınca³¹³, markalı malın sahibinin izni ile piyasaya sunulmasından sonra 3. kişiler tarafından değiştirilmesi veya bozulması tükenme ilkesinin istisnası olarak ifade edilmiştir. Ancak markalı malın değiştirilmesi veya bozulmasından başka tükenme ile ilgili başkaca bir istisna belirtilmemiştir. 89/104 sayılı Marka Yönergesinin 7. maddesinde ise tükenme ilkesinin istisnaları ayrıca sayılmıştır. Bu kapsamda, marka sahibinin “*haklı neden*”e dayanması halinde tükenme ilkesinin istisnalarından söz edilebileceği kabul edilmiştir.

Marka hakkının özünden kaynaklanan bir takım sınırlamalar nedeniyle tükenme ilkesinin uygulanmayacağı durumlar da olabilir.³¹⁴ İşte bu bölümde bu istisnalara değineceğiz. İncelememizde marka hakkının tükenmesi üzerinde özellikle durmamızın sebebi, online reklamcılık yoluyla tüm markaların yine tüm piyasalara kolaylıkla ulaşma imkanı olmasından kaynaklanmaktadır. Özellikle fikri nitelikteki ürünlerin (kitap, müzik ve benzeri) internet üzerindeki dolaşımı nedeniyle, tükenme ilkesinin uygulaması ciddi anlamda güçleşmektedir. Çalışmamızın özellikle bu bölümünde amaçlanan, internet üzerinde reklamı yapılacak markalara ilişkin tükenme ilkesi açısından bir sınır çizmektir. MarkKHK’da bu konuda açık bir hüküm olmadığı için, çizilecek sınır konusunda markanın özü ve onun korunmasına ilişkin kavramlardan yararlanacağız.

1. Markanın Reklamlarda Kullanılması

Markaların bir çeşit iletişim aracı olarak, reklam değerinin olduğunu daha önce ifade etmiştik. Markalı malı devralan ve marka sahibinin anılan reklam gücü ve yapma yetkisini hangi ölçüde kullanacaklarının belirlenmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi

³¹² NART Serdar, Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 11, S. 1, 2009, s. 146.

³¹³ “Marka sahibinin, birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır.”

³¹⁴ DÜZGÜN, s 123.

markanın reklam işlevinin önemi, özellikle üreticilerin yeni piyasaya sürdükleri bir ürünü pazarlarken, ondan önce reklamlar yoluyla tanıtılmış ürünün saygınlığından yararlanılması şeklinde ortaya çıkar.³¹⁵ Yani potansiyel alıcı kitlesi, daha önce tanıtılmış markayı alma konusunda daha sonra tanıtılan mala oranla daha istekli olabilir. Bu anlamda tanınmış markaların reklam gücünün ve değerinin yüksek olduğunu ve tek başına korunmada hukuki menfaatin olduğu söylenebilir. Markanın reklam işlevinin devam etmesi, onun garanti işleviyle yakından bağlantılıdır. Zira marka ile aslında mal veya hizmetin kalitesi garanti edilir. Kalitede yaşanacak bir aksaklıkta, onun reklam gücünü azaltır.

MarkaKHK m. 9/f. 2-(b) bendi uyarınca, markanın iş evrakı ve reklamlarda kullanılması hakkı münhasıran marka sahibine aittir. MarkKHK m. 13/f. 2 uyarınca da, markanın tescil kapsamında yer alan hakların, marka sahibinin izni ile piyasaya arz edilmesinden sonra üçüncü kişiler tarafından değiştirilmesi veya kötüleştirilmesini önleme yetkisi bulunmaktadır. Markanın itibarına zarar verici veya kötüleştirici reklam yapılması durumunda marka hakkı sahibinin haklı nedenlere dayanarak bu duruma müdahale etmesinin olanaklı olması gerekir. Bu noktada, öncelikle markalı malın reklamı yapma hakkının tükenip tükenmediğinin belirlenmesi ve sınırının çizilmesi gerekmektedir.

Marka hakkının tükendiği malları satın alan kişinin, o mallar ile ilgili ve sınırlı şekilde reklam yapabilme yetkisine sahip olması gerekir. Nasıl markalı malın piyasaya sunulduktan sonraki satışına müdahale edilemiyorsa, onun pazarlanma şekline de müdahale edilememelidir. Tükenme sonrası bu serbestinin bir takım sınırlamaları bulunmaktadır. Bu noktada ikili bir ayrım yapılabilir:

a. Mal ve Reklam Arasında Orantılılık Olması: Markayı reklamlarda kullanmak isteyen satıcının reklam konusundaki isteğiyle; marka sahibinin markasının mevcut itibarını sürdürme istediği arasında bir denge bulunmalıdır.³¹⁶ Üreticiden temin edilen mal ile reklam faaliyeti arasında dürüst ticaret ilkeleri uyarınca bir denge gözetilmelidir. Aşağıda anılan Divan kararında da ifade edildiği gibi, reklamların malların satışı hususunda halkın ilgisini çekme ihtiyacını giderecek şekilde yapılması gerekir. Örneğin, 100 adet X marka güneş gözlüklerinin marka sahibinin izni ile elde edildiğini düşünelim. Şu halde güneş gözlüklerinin pazarlanması için yerel TV

³¹⁵ GÖLE, s. 33 vd.

³¹⁶ DÜZGÜN, s. 128.

kanallarında reklam verilmesi ve mail reklamcılığına başvurulması makul görülebilir. Ancak ulusal TV kanallarında her gün ve birkaç defa reklam filmi gösterilmesi, web sitesi oluşturulması ve çok ziyaret edilen sitelere sponsor olunması marka sahibinin mevcut itibarını sürdürme menfaatine aykırı olabilir. Böylesi bir reklam faaliyeti, alıcının gözünde markalı malın asıl üreticisinin reklam veren olduğu fikrini yerleştirebilir. Dolayısıyla tekrar satıcı, piyasada bütün ilgiyi üzerine çekebilir ve markanın saygınlığından haksız biçimde yararlanma imkânına kavuşmuş veya geniş anlamda karıştırma tehlikesi doğmuş olur. Mal ve reklamlar arasındaki ölçülülük konusunda markanın özü kavramının ve markanın işlevlerinin göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz. Mal ve reklamlar arasındaki ilişkinin gerek tanınmış gerekse tanınmış olmayan markalar bakımından dikkate alınması gerektiğini düşünüyoruz. Zira marka sahibi, hakkını lisans, tek satıcılık veya franchising sözleşmesiyle devretmiş ve işbu kişiler halkın ilgisini çekme ihtiyacını aşan reklamlardan zarar görmüş olabilir.

b. Reklamların Markanın Saygınlığına Uygun Olması: Reklam faaliyetinin elde edilen mal ile sınırlı ve ölçülü biçimde yapılması, tek başına reklam işlevinin zarar görmemesi için yeterli değildir. Bunun yanında, markanın saygınlığı ile doğru orantılı olarak reklam yapılması gerekir. Aksi halde, tekrar satıcının faaliyeti ile markanın saygınlığı zedelenir. Şüphesiz ki, bu saygınlık tanınmış markalar yönünden ayrıca bir ekonomik değerdir ve korunmaya muhtaçtır.

Divan, *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV* kararında³¹⁷, Dior markası, kendi ürünlerinin sadece saygın kozmetik mağazalarında satıldığını; ancak markalı malları tekrar satacak kişinin, reklam broşürlerinde “Dior” markasını kullandığını, bunun ise markanın saygınlığını ve markanın lüks imajını alıcı kitlesinin zihninde zedelediğini iddia etmiştir. Anılan kararın hüküm kısmınının 2. maddesine, markalı malı marka sahibinin izni ile elde eden tekrar satıcının (*reseller*) halkın ilgisini çekmek ve onlarla iletişim kurmak için markayı kullanabileceği (reklamlar dâhil) belirtmiştir. Kararda devamla, markanın saygınlığına ciddi şekilde zarar vermediği sürece, marka sahibinin tekrar malları ticari olarak kullanacak kişinin halkın ilgisini çekmek amacıyla yapacağı faaliyetlere karşı çıkamayacağı

³¹⁷<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C.T.F&num=C-337/95&td=ALL> (12.03.2012).

belirtilmiştir.³¹⁸ Dikkat edilirse, bu olayda, Dior markalı ürünleri usulüne uygun elde eden tekrar satıcı, malın hiçbir özelliğini değiştirmeden ve elindeki mal ile orantılı reklam faaliyetinde bulunmuştur.

Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV kararıyla, markalı malı marka sahibinin izni ile elde eden kişinin elinde bulundurduğu mal ile ilgili reklam faaliyetinde bulunabileceğini; ancak bu faaliyetin markanın mevcut itibarını ciddi şekilde zedelememesi gerektiği (*seriously damages their reputation*) hüküm altına alınmıştır. Divanın markanın reklam işlevi konusunda tükenme ilkesini yine marka hakkı tükenen markalı mallar ile sınırlı olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Anılan kararda anılan “*markanın saygınlığını azaltan ciddi zarar*”³¹⁹ ifadesiyle, reklamlar ile markanın saygınlığı arasında bir ölçü ortaya koyulmuştur. Bu noktada Reklam Hukuku kavramları olan, aldatıcı, yanıltıcı veya yanlış reklam kavramlarını kullanarak “*markanın saygınlığını azaltan ciddi zarar*”³¹⁹ yorumlayabiliriz. Kanaatimizce, markanın saygınlığını esas alan reklam faaliyetinin ancak tanınmış markalar açısından korunmaya değer olduğu söylenebilir.

Tükenme ilkesi konusundaki genel açıklamalarımızda, markanın tükenme ilkesinin münhasıran marka sahibinin izni ile piyasaya sürülen markalı mallar ile sınırlı olduğunu söylemiştik. Bu nedenle, markalı malı elinde bulunduran alıcı/tacirin, onu elinden çıkarmak için elinde bulunan mal miktarı ile ölçülü bir reklam hakkını da haiz olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde, elinde markalı mal bulunduğu halde, onun pazarlanamaması gündeme gelecektir. Bu ise malı satın alarak ondan mülkiyet hakkı anlamında yararlanmayı sınırlayacaktır. Yani reklam, her ne kadar markanın özü ile ilgili (elde bulunan markalı mallar ile değil) olsa da, markalı mal alıcısına belirli oranda bir reklam yapma hakkı verir. Divan kararına göre bu hakkın sınırını, markanın saygınlığını zedeleme vakıası oluşturur.

[*Video Professor, Inc. v. Amazon.com, Inc. davasında*](#),³²⁰ davasında yukarıda arz edilen duruma ilişkin benzer bir vakıa tartışılmıştır. Davalı Amazon.com, internet üzerinden perakendecilik yapan bir şirkettir. Davacı ise, çeşitli video ürünleri pazarlamaktadır. Davacı, kendi ürünlerini geçmişte pazarlayan dağıtıcı firmanın Google arama motorunda adwords olarak kendi markasını kullanılması vakıasına

³¹⁸ DÜZGÜN, s. 128.

³¹⁹ DÜZGÜN, s. 129.

³²⁰ [*Video Professor, Inc. v. Amazon.com, Inc. davasında*](#), 1:09-cv-00636-REB-KLM (D. Colo. April 21, 2010).

dayanarak dava ikame etmiştir. Davaya dayanak hukuki nedenler ise marka hakkı ihlali, haksız rekabet ve tüketici haklarına ilişkin iddialardan oluşmaktaydı.³²¹ Davalı Amazon, savunmasını tarafların aralarındaki eski tarihli marka lisansı sözleşmesine göre, davacı markasını adwords olarak kullanmaya yetkili olduğunu, markalı malların Amazon'a satılarak üzerindeki marka hakkının tükendiğini ancak stoklarında davacıya ilişkin çeşitli ürünlerin halen bulunduğunu ve bunun için reklam faaliyetinde bulunma hakkının olduğu ileri sürmüştür. ABD Colorado Bölge Mahkemesi, taraflar arasındaki önceki lisans sözleşmesinin niteliğinin süresiz olması nedeniyle davalının markayı adwords olarak Google arama motorunda kullanma hakkı bulunduğuna hükmetmiştir. Kaldı ki, davalının stoklarında bulunan davacı mallarının satılması için gereken reklam faaliyetinin şekilde marka hakkı ihlali yaratmayacağına hükmetmiştir.³²² Bu örnek göstermektedir ki, markalı malın adwords olarak arama motorunda kullanılması da orantılı bir reklam çeşidi olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda ikili bir ayrıma tabi tutulan reklamlar konusunda ifade edilebilir ki, tükenme ilkesine tabi markalı malın reklamının yapılması kural olarak mümkündür. Bu kuralın istisnasını ise marka hakkının özünden kaynaklanmak üzere, markanın mevcut saygınlığının sürdürülmesi konusundaki menfaati oluşturmaktadır. Markalı malın piyasaya arz edildikten sonra değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi halinde, marka hakkının tükenmesi söz konusu olmayacağı için reklam hakkının da olmadığını ayrıca ifade edelim.

2. Malın Değiştirilmesi veya Kötüleştirilmesi

MarkKHK m. 13 uyarınca, markalı malı değiştirerek veya kötüleştirerek tekrar ticari alana arz eden kişilerin faaliyeti, marka sahibi tarafından önlenebilir. Piyasaya arz edilen malların sonradan değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi 89/104 sayılı Marka Yönergesi uyarınca da haklı neden olarak kabul edilebilir. Tükenme ilkesine böyle bir istisnanın getirilmiş olmasının sebebi, malların serbest dolaşımı ile markanın işlevleri ile koruma altına alınan marka hakkının korunması arasındaki dengeden

³²¹ Biz incelememizde sadece ilk iki iddia açısından kararı değerlendireceğiz.

³²² Kararın İngilizce tam metni için bakınız: <http://www.scribd.com/doc/30527850/Video-Professor-v-Amazon> (30.06.2012). Kararın değerlendirmesi için ayrıca bakınız: **GOLDMAN Eric**, Amazon Wins Keyword Advertising Suit-Video Professor v. Amzon, Tchnology & Marketing Law Blog, http://blog.ericgoldman.org/archives/2010/04/amazon_wins_key.htm (30.06.2012); **OKAN**, s. 126.

kaynaklanmaktadır. Markanın ürünün kalitesini garanti ettiğini düşünürsek, niteliği değiştirilmiş veya kötüleştirilmiş bir ürünün bu işlevi göremeyeceği açıktır.³²³

Hemen ifade edelim ki, tükenmeye mani fiil olarak markalı malın değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi ancak ticari bir amaç ile kullanılacak mallar açısından geçerlidir. Yoksa özel tüketim amacıyla elde edilen mallar üzerinde marka sahibinin her türlü tasarruf yetkisi vardır.

3. Malların Yeniden Paketlenmesi

Markanın ürün kökenini ve niteliğini garanti işlevi, malların yeniden paketlenmesi ile zarar görebilir. Ülkesel tükenme ilkesinin cari olduğu ülkelerde küçük farklılıklarla aynı nitelikteki ürünlerin piyasaya arz edilmesi, yeniden paketleme işlemini gündeme getirmiştir. Markalı ürünün niteliğini ve ortak köken gösterme işlevini etkilemeyecek şekilde yeniden paketlemeye marka sahibinin karşı çıkması mümkün değildir.³²⁴ İncelememizin kapsamını gereksiz yere genişletmemek adına bu konudaki açıklamalarımızı burada bitiriyoruz.

3 § SORUMLULUK REJİMİ

I. İnternet Alanında Hukuken Sorumlu Tutulabilecek Süjeler

A. Genel Olarak

İnternet fikrinin ortaya çıkmasına ve gelişmesine ön ayak olan ilk gelişme, DARPA³²⁵ tarafından askeri amaçlarla ABD’de kurulan bilgisayarlar arası bir ağ olarak başlamıştır.³²⁶ Anılan ağ, soğuk savaş döneminde haberleşme ağının zarar görme tehlikesini bertaraf etmek için geliştirilmiştir. Proje ile amaçlanan hedef, birbirlerine ağ ile bağlı bilgi-işlem noktalarının bazıları hasarlansa dahi iletişimin devamını sağlamaktır. Daha sonra internet projesini geliştirme çalışmaları yoğunlaştı ve sonunda bilgisayarlar arası iletimin standartlaştırılmasına ilişkin IP³²⁷ kabul

³²³ DÜZGÜN, s. 125.

³²⁴ DÜZGÜN, s. 137.

³²⁵ Defence Advanced Research Projects Agency; 1972 Ekim ayında Washington’da yapılan “Birinci Uluslararası Bilgisayar İletişim Konferansı”nda ARPANET ağı bilim çevrelerine tanıtıldı. ARPANET bu konferansta federal bir araştırma etkinliği olarak tanıtıldı. ARPA, 1972’den itibaren askeri kuruluşların istekleri doğrultusunda bazı çalışmalar gerçekleştirdi ve bu çalışmalar sonucunda ARPA’nın adı “Defense Advanced Research Projects Agency (Savunma konulu İleri Araştırma Projeleri Dairesi-DARPA) olarak değiştirildi. (SOYSAL Tamer, İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık 2005, s.305).

³²⁶ OĞUZ, s. 37.

³²⁷ Internet Protocole.

edildi.³²⁸ 1990'lı yılların başında wais, gopher ve web gibi internet servis sağlayıcıları ilk defa özel bir girişim olarak ortaya çıkmıştır.³²⁹ Böylece internet kullanım alanı artmaya ve kullanıcı sayısında çoğalma meydana gelmeye başlamıştır. Yurdumuz 1993 yılı içinde Devlet Planlama Teşkilatının (DPT) katkılarıyla, küresel internet ağına başlanmıştır. İlk olarak ODTÜ'den sağlanan internet çıkış noktaları, sırasıyla Ege Üniversitesi, Bilkent Üniversitesi, Boğaziçi Üniversitesi ve İTÜ'de de tesis edilmiştir.³³⁰

Herkes tarafından kabul gören bir tanımı mevcut olmamakla internet, ver, aktarımı, elektronik posta, elektronik bülten ve her türlü verinin iletimini mümkün kılan küresel bir sistem olarak tanımlanabilir.³³¹ Diğer bir deyişle, İnternet, bilişim sistemleri ve bunları birbirine bağlayan her türlü veri iletim ağından oluşan, fiziksel yapısı sayısal verilerden oluşan sanal alandaki veri iletim ağlarının bir türüdür.³³² 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yolla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun (*İnternet Kanunu*) 2. maddesinde internet ortamı: “*Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortam*” olarak tanımlanmıştır. İnternet sözcüğü, “Uluslararası Bilgisayar Ağı” kavramını ifade etmek için kullanılan bir kısaltmadan ibarettir. Kavramın lafzından da anlaşıldığı üzere internet, birbirinden bağımsız birden fazla bilgisayarı ve/veya bilgisayar ağlarını birbirine bağlan bir sistem görünümündedir. ABD Federal Mahkemesi, interneti: “Birbiri ile bağlı bulunan bilgisayarlardan oluşan uluslararası bir ağdır.” şeklinde tanımlamıştır.³³³ Günümüzde bilgisayarlar arasındaki bağlantı, çoğunlukla kablo ve uygun aracılığıyla sağlanmaktadır. İnternet ile bağlı bulunan bilgisayarların her birine *host* adı verilmektedir. Her host'un (bilgisayarın) bir IP numarası bulunur. İnternete erişim işte bu IP numarasıyla mümkün olur. Bu numarayı, bilgisayarlar için özel düzenlenmiş bir kimlik numarası olarak düşünebiliriz.

İnternet ortamında bilgiye erişmeye çalışana istemci; bilgiye erişimi sağlayana ise sunucu denir. Bu anlamda, bilgiyi talep eden veya bilgiyi erişime sunan da ayrı birer bilgisayardır. İşte bilgiyi talep eden ve onu erişime sunan arasındaki iletişimi

³²⁸ KAYIHAN İÇEL, *Kitle Haberleşme Hukuku*, İstanbul, 1998, s. 408.

³²⁹ İNAN Aslan, *İnternet El Kitabı*, İstanbul, 2001, s. 568.

³³⁰ İNAN, s. 66; İÇEL, s. 415; KIRCI, s. 55.

³³¹ KIRCI, s. 50; SOYSAL, s.306.

³³² DÜLGER Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Ankara, 2004, s. 50.

³³³ OGUZ, s. 39.

sağlayan sisteme İnternet Protokolü, yani TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) denir.³³⁴

1986 yılında oluşturulan ve internetin geliştirilmesi ve protokol mühendisliği alanlarında hizmet vermekte olan “İnternet Mühendisliği Çalışma Grubu (Internet Engineering Task Force-IETF)” ile internetin teknik gelişimi başlamıştır. Bu kapsamda, İnternet Mühendisliği Çalışma Grubu ve bu grubun alt çalışma grupları olan “İnternet Mimarisi Kurulu (Internet Architecture Board-IAB)”, “İnternet Mühendisliği Yönetim Grubu (Internet Engineering Steering Group-IESG)”nun çalışmaları ve “İnternet Topluluğu (Internet Society-ISOC)” ile “İnternet Tahsisli Sayılar Otoritesi (Internet Assigned Numbers Authority-IANA)” tarafından birbirleriyle iletişimi sağlayan çeşitli protokoller oluşturulmuştur ve sistem işbu protokoller tarafından yönlendirilmektedir.³³⁵

İnternet Topluluğu-ISOC³³⁶, 1991 yılında internete resmi bir yapı sağlamak ve interneti geliştirmek üzere kurulmuştur. Ancak internet üzerinde yasal bir otorite olarak çalışan bir merkezi kural koyucu halen bulunmamaktadır. Dünya'nın herhangi bir yerinden bu sisteme katılmak teorik olarak mümkün olmakla birlikte bu sisteme girmek için veya kendi web sitenizi sunabilmeniz için “İnternet Service Providers (ISP) - İnternet Servis Sağlayıcıları (ISS)” denilen gerçek veya tüzel kişilerin devreye girmesi gerekmektedir. ISP/ISS'lere ulaşım ise modem denilen telefon sinyallerini sayısal veriye çeviren aletlerle telefon hatları üzerinden gerçekleşmektedir. Bilgisayarların kendi aralarında konuşmaları –en yaygın sistem olarak-TCP/IP üzerinden sayısal veriler aracılığıyla olmaktadır. Yani internet süjeleri arasındaki etkileşimi TCP/IP olarak adlandırdığımız bir çeşit algoritma yönetmektedir. İnternet sitelerinin izlenebilmesi için ise “Browser” (İnternet Explorer, Google Chrome, Mozilla Firefox, Opera veya Netscape gibi) denilen internet tarayıcılarına (bir çeşit servis sağlayıcı) ihtiyaç vardır. Bu “browserler” sayesinde genelde “HTML” dili ile yazılan internet sayfaları adeta tercüme edilmektedir. Dolayısıyla internete girebilmek için Bilgisayar, Modem, Telefon Bağlantısı ve İnternet Servis Sağlayıcıların bir araya gelmesi gerekmektedir.³³⁷

³³⁴ İNAN, s. 31.

³³⁵ SOYSAL, s. 308.

³³⁶ <http://www.internetsociety.org/> (06.05.2012).

³³⁷ İŞIKLI Hasibe, İnternet Alan İsimleri Sistemi, Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki, Ankara 2001, s. 8.

Bilginin paylaşımı ve depolanması ile ilgili yukarıdaki süreç, hukuk sistemini de etkilemiştir. Nitekim her çeşit hayat olayının internet ortamında aktarılması ile kişi haklarından fikri ve sınai haklara kadar birçok hukuki durumun internette kullanım açısından yorumlanma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, biz de internet reklamların markanın kullanımı dolayısıyla ortaya çıkacak sorumluluk rejimini incelmemize konu ettik. Bu incelemede, geleneksel olarak işaretin kullanımının marka ihlali yaratıp yaratmadığı yanında; onun olası sonuçları göz önüne alınarak internet süjelerinin sorumluluğunu da ortaya koyma gerekliliği hasıl olmuştur.

Kısaca özetlenen internetin gelişim süreci içinde, iki ana hizmetin varlığını tespit etmiş oluyoruz. Bunlardan ilki, internet erişimini mümkün kılan alt yapı hizmetleridir. Diğer ise, bilgisayarların birbirine bağlanması sonucu oluşturulan ağa bağlanan ve bilgiyi talep eden kullanıcılar ile bilgiyi sağlayan sunucular arasındaki hizmet ilişkisidir. Aşağıda bu ilişkiyi ortaya koyacak temel hizmet sağlayıcılar hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

Biz çalışmamızda, internet alanında altyapı veya herhangi bir şekilde hizmet sunan tüzel veya gerçek kişileri genel olarak “servis sağlayıcı” olarak niteleyeceğiz. Özel olarak ifade etmek istenilen servis sağlayıcıları da yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve içerik sağlayıcı olarak belirteceğiz. Böylesi bir seçim, İnternet Kanununa da uyumludur.³³⁸

Yukarıda sözü edilen “sunucu” kavramı ile “sağlayıcı” kavramı arasındaki farkı da ifade etmek gerekir. Sunucu (server), servis sağlayıcıların kullanıcılara iletmek üzere erişmeye çalıştıkları verinin depolandığı yere verilen addır. Bu yer, bir kişisel bilgisayar olabileceği gibi veri çiftliği de olabilir. Servis sağlayıcı ise internet ortamında hizmet sağlayan anlamında kullanılmaktadır.

Son olarak, internet servis sağlayıcının kuruluş yerine de değinelim. 2000/31 sayılı AB Yönergesi uyarınca, İSS'nin kuruluş yeri (merkezi), bir ekonomik aktivitenin, yerleşik bir merkezi bulunan ve belirlenmemiş bir süre için gerçek anlamda sürdürülen bir merkezi ifade eder. Bu merkez, bir şirketin belirli bir süre için kurulmuş olması durumunda da gerçekleştirilmiş kabul edilir. Bir İnternet servis sağlayıcısının kuruluş yeri, bu siteye teknolojik destek sağlayan altyapının

³³⁸ Terminolojik seçimin 6102 sayılı TTK m. 58/ f. 4 ile uyumsuz olduğunu belirtelim. Anılan düzenlemede İngilizce “service provider” ifadesinin tam çevirisi olarak “hizmet sağlayıcı” ifadesi tercih edilerek, diğer kanunlarla uyumsuz bir terminolojik seçim yapılmıştır.

bulunduğu yer (bulut bilişim firması) ya da bu siteye erişimin mümkün olduğu yer değil, söz konusu şirketin ekonomik faaliyetini yürüttüğü yerdir.³³⁹ Yönergede ifade edilen ekonomik faaliyet ifadesi ile anlatılmak istenilen sanıyoruz ticari etkinin ortaya çıktığı yerdir. Ayrıca hizmet sunma serbestisinin etkili şekilde garanti altına alınması ve hizmet sunan ve alanların hukuki güvencesinin sağlanması için, bilgi toplumu hizmetleri prensip itibariyle, hizmet sunanın yerleşik olduğu Üye Devlet hukukuna tâbidir.³⁴⁰

B. Erişim Sağlayıcı

İnternet erişim sağlayıcı, kullanıcılara ait bilgisayar donanımlarını yerel şebekeden kiraladığı veya maliki olduğu hatlar aracılığı ile birbirine ve diğer internet servis sağlayıcılarına bağlayan internet servis sağlayıcı türüdür.³⁴¹ Erişim sağlayıcı, bu tanım ile vücuttaki dolaşım sistemine benzemektedir. Şunu hemen belirtelim ki, tanımda belirtilen İnternet servis sağlayıcı kavramı, internet ortamında verilen hizmetler açısından genel bir tanım ifade eder. Erişim, yer veya içerik sağlayıcılar ise, internet servis sağlayıcı başlığı altında birer alt başlık konumundadır.

Prensip itibariyle, internet hizmeti sunan her türlü oluşum, altyapı imkânı veya örgütlenme anlamında internet servis sağlayıcı olarak anılabilir. Bu tanım çerçevesinde çevirmeli internet erişimi sunan bir işletmeciden, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği'ne kadar internet hizmeti veren her kuruluş İSS olarak görülebilir.³⁴² Ancak gelişim sürecine paralel olarak, karmaşıklaşan ve kullanıcı sayısı artan siber-uzay³⁴³ hizmetlerinin sağlanması için uzmanlaşma süreci başlamıştır. Bu kapsamda, internet hizmetleri belirli parçalara ayrılmıştır. Bu parçalardan ilkinin, veri iletişimini mümkün kılan altyapı sisteminin kurulması oluşturmaktadır. İnternetin yukarıda yapılan tanımında anılan iletişimin gerçekleşmesine imkan sağlayacak biçimde her çeşit fiziksel altyapı çalışmasını yapan ve bunu internet servis sağlayıcılarına ve kullanıcılarına belirli bir ücret

³³⁹ 2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 19.

³⁴⁰ 2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 22.

³⁴¹ **SOYSAL**, s. 311.

³⁴² **SOYSAL**, s. 309.

³⁴³ “Cyber” kelimesi “cyber-space” kavramından esinlenilerek kullanılmaya başlanmıştır. Siber Uzay (Cyberspace) kavramı ilk defa bilim kurgu yazarı William Gibson tarafından “Neuromancer” isimli kitabında kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **GIBSON William**, Neuromancer, Çev. Melike Altıntaş, Sarmal Yayınevi, 1998. (**SOYSAL**, s. 309, dph. 20; **KIRCI**, s. 51, dph. 100); **BAYRAM**, s. 17.

karşılığı sunan internet servis sağlayıcısına “*internet erişim sağlayıcısı*” denir.³⁴⁴ İnternet Kanununun 2 – (e) maddesinde erişim sağlayıcının tanımı yapılmıştır. Buna göre yer sağlayıcı: “*Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri*” ifade eder.

Erişim sağlayıcının verdiği hizmet, kablolu veya kablosuz olarak bütün internet kullanıcılarının kesintisiz bir biçimde ağa bağlanmasını mümkün kılan altyapı olanağını sağlamak olması nedeniyle, bu hizmeti genellikle devlet otoriteleri veya onların denetimindeki kamu iktisadi teşekkülleri aracılığıyla yürütülmektedir. Türkiye’de 406 Sayılı Posta ve Telgraf Kanunu ve 2813 sayılı Telsiz Kanunları hükümleri açısından Telekomünikasyon hizmeti devlet tarafından üstlenilmiş olan bir kamu hizmetidir ve halen Türk Telekom A. Ş. tarafından ifa edilmektedir.³⁴⁵

C. Yer Sağlayıcı

Yer sağlayıcıların işlevi, kural olarak, kendi bilgisayarlarını bir çeşit araç olarak kullanarak, kullanıcıyı internet ortamında bulunan veri ile buluşturmaktır. Bu hizmet, internetin fiziki alt yapı olanaklarını artırma yönelik değil; internet kullanıcıları arasındaki veri alış verişinde yer almak üzere işlev görür. İşbu sebeple, sorumlulukları da erişim sağlayıcıdan farklılaşır. İnternet üzerinde kullanıcıların ulaşmak istedikleri verileri, yer sağlayıcının işlevine göre saklayan, geçici olarak depolayan veya ileten internet yer sağlayıcıları mevcuttur. Yer sağlayıcılar kullanıcılara hizmet verediği gibi diğer yer sağlayıcılar arasında da işlev görebilmektedir. Örneğin, bir elektronik ticaret sitesine giren müşterilerin ödeme verilerini saklayan yer sağlayıcı ile satın alınan mala ilişkin bilgiyi depolayan yer sağlayıcı farklı olabilir. www.sahibinden.com, www.gittigidiyor.com veya www.amazon.com gibi web sayfaları yer sağlayıcı konumundadır. Yani bu web sayfaları, kullanıcıların işlem yapabilmeleri için bir otomatik işleyen bir platform oluşturmuşlardır. Kullanıcıların taleplerine göre, bazı bilgileri saklamakta, depolamakta veya iletmektedirler. Yani yer sağlayıcılar, kural olarak, kullanıcıların yaptıkları işlemlere müdahale etmezler. Sadece onların elde etmek istedikleri verilerin uygun depolanması veya iletimi için gerekli şartları hazırlarlar. İnternet

³⁴⁴ SOYSAL, s. 310.

³⁴⁵ AKGÜN Kemal/İŞIKLI Hasibe/İNCE Murat/PEKŞİRİN Hülya, İnternet Yayıncılığı ve İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları, Genel Politikalar ve Düzenleme Önerileri, <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000086-yazi.htm> (06.05.2012).

Kanunun 2 – (m) maddesinde de yer sağlayıcılar tanımlanmıştır. Buna göre yer sağlayıcı: “*Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler*” şeklinde tanımlanmıştır. Şunu hemen belirtelim ki, yukarıda sayılan web sayfaları, sayfa içeriklerini kendileri hazırladıkları oranda da içerik sağlayıcı sayılırlar. Bu konuda, içerik sağlayıcılar başlığına gönderme yapmakla yetiniyoruz.

İnternet ortamındaki veri ile kullanıcı taleplerini karşılama işlevini üstlenen yer sağlayıcılar, bu işlevi çeşitli şekillerde meydana getirirler. Yer sağlayıcılar, iletim işlemini: 1) Doğrudan iletim 2) Önbelleğe alarak iletim ve 3) Depolayarak iletim olmak üzere üç farklı şekilde yerine getirebilirler. Bu sınıflandırma, kullanıcının ulaşmak istediği bilgiye yer sağlayıcının nereden ulaştığı ve nasıl servis ettiği kriterlerine dayanmaktadır.

Yer sağlayıcıların yukarıda arz edilen ara hizmetlerin içeriği, İç Piyasada, başta Elektronik Ticarete, Bilgi Toplumu Servislerinin Belirli Hukuki Durumları Hakkında 8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesinde (2000/31 sayılı AB Yönergesi) yüzeysel olarak tanımlanmıştır. Belirtelim ki, teknolojinin baş döndürücü bir hızla ilerlediği günümüzde, sınırları net bir şekilde çizilmiş bir tanımlamanın da uyumsuzluk çözümünde yeterli olamayacaktır. Bu nedenle, genel ve soyut bir tanımın yapılması ve her somut olayda, uyumsuzluk konusu hizmetin tüm yönleriyle değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Aşağıda, yer sağlayıcının çalışma sistemine ilişkin hizmetler AB Yönergesinde sınıflandırıldığı şekliyle aktarılmıştır:³⁴⁶

- 1) 2000/31 sayılı AB Yönergesi madde 12’de yer sağlayıcının veriyi doğrudan aktarması/salt iletim (mere conduit): “*Bir bilgi toplumu servis sağlayıcısının, servis alıcısı tarafından sağlanan bir bilginin, **iletişim ağı içinde iletiminden***

³⁴⁶ AB Yönergesinde, internet servis sağlayıcıların alt türleri zikredilmeden “servis sağlayıcı” ifadesi kullanılmıştır. Biz konunun daha iyi anlaşabilmesi için, konuyu yer sağlayıcı başlığı altında incelemeyi uygun bulduk. Zira yönerge ile de sorumsuzluk koşulları düzenlenen internet servis sağlayıcı türünün, yer sağlayıcı olduğu anlaşılmaktadır.

oluşması veya iletişim ağına erişimi sağlaması halinde” şeklinde tanımlanmıştır.

- 2) Yer sağlayıcının bilgiyi ara belleğe aldıktan sonra (caching) iletimi ise aynı Yönergenin 13. maddesinde: “*Bir bilgi toplumu servisinin servis alıcısı tarafından sağlanan bir bilgi iletişim ağında yayınından oluşması durumunda, üye devletler bilginin servis sunucusunun otomatik, ara ve geçici saklanmasından dolayı, bilginin istekleri üzerine diğer servis alıcılarına (onward) iletimini daha etkili hale getirmekten başka amacı bulunmaksızın bilginin ara ve geçici biçimde saklanması*” olarak ifade edilmiştir.
- 3) Aynı Yönergenin 14. maddesinde, yer sağlayıcının erişilecek bilgiyi depoladığı hal şu şekilde ifade edilmiştir: “*Üye devletler, servis alıcısı tarafından sağlanan bir bilginin saklanmasından oluşan bir bilgi toplumu servisinin sunulması*”

Yer sağlayıcılar, internet ortamındaki her türlü bilginin veya verinin bir şekilde iletimi hizmeti vermeler nedeniyle, çok geniş bir alanda faaliyet gösterirler. Bu tür sağlayıcılar bir alan adı altında kullanıcılar ile doğrudan temas halinde olabileceği gibi diğer yer sağlayıcılara da aracılık edebilirler. Bu anlamda, yer sağlayıcının verdiği hizmetin niteliğini ve dolayısıyla sorumluluk rejimini belirlemek her zaman kolay olmayabilir. Örneğin, son günlerde adını sıkça duyduğumuz “Cloud Computing” (Bulut Bilişim) sorumluluk rejiminin belirlenme problemlerine iyi bir örnektir. Bulut bilişim sistemleri, temel olarak tüm bilgi işlem kaynaklarını belli erişim ücreti ödeyen kullanıcılara uzaktan erişim imkânı veren yeni bir teknolojidir. Temel olarak üç farklı tür bulut bilişim türü bulunmaktadır. Bunlar, servis sağlayıcı olarak, platform sağlayıcı olarak ve alt yapı sağlayıcı olarak sınıflandırılabilir. Diğer yer sağlayıcıların verilerini belirli bir ücret karşılığında depolayan veya ileten; yer sağlayıcı veya kullanıcılara belirli bir yazılımı online kullanma imkanı sunan bulut bilişim sistemleri mevcuttur. Her farklı tür bulut bilişim sistemine ilişkin sorumluluk rejimi farklı olabileceğinden, her somut olayda verilen hizmet hususu etrafında inceleme yapılması gerekir.

D. İçerik Sağlayıcı

İnternetin tanımını yaparken, bir takım verilerin veya elektronik postaların iletiminden söz etmiştik. İşte bu verileri internet ağına yükleyen/koyan gerçek veya tüzel kişilere içerik sağlayıcı denir. İnternet Kanununun 2. maddesinin f bendinde, içerik sağlayıcıların tanımı yapılmıştır. Buna göre içerik sağlayıcı: “*İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri*” ifade eder. Çoğu zaman yer sağlayıcılar, kendileri aracılığıyla verilere erişim konusunda cazibe merkezi haline gelmek için, verileri kendileri de internet ağına yüklemektedirler (*upload*). Bu şekilde hareket eden yersağlayıcıları, bu hizmet açısından içerik sağlayıcı olarak değerlendirmek gerekir. Örnek olarak, video paylaşım sitelerine çeşitli videolar yükleyen kişi(ler) içerik sağlayıcı; bunu yayınlayacak sistemi barındıran kişi yer sağlayıcı konumunda olacaktır. Bazı hallerde video platformu görünümündeki yer sağlayıcı da kendi sistemine video yükleyebilmektedir. Bu halde video platformunun, kendi yüklediği videolar bakımından içerik sağlayıcı; aboneler aracılığıyla yüklenen videolar açısından yer sağlayıcı konumundadır.

II. Sorumluluk Rejimi

İnternetin yukarıda özetlenen gelişim süreci içinde, askeri ihtiyaçlardan sivil ihtiyaçlara yönelmiş olduğunu görülmektedir. Bilgi çağının yaşandığı günümüzde internetin en önemli işlevi hayatın her alanındaki bilgiye engelsiz ulaşarak bir bilgi toplumu yaratmaktadır. Hayatın her alanındaki tüm bilgilerin belirli bir noktada toplanması ise peşinden bir takım hukuki sorunları sürüklemiştir. Nitekim geleneksel kullanım alanından farklılaşan birçok kavramın internet üzerinden kullanımı ve bundan doğan sorumluluğun tekrar tanımlanması gerekmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde internetin getirdiği yeni kullanım şekilleri nedeniyle internet sükjelerinin sorumluluk rejimi özellikle özel hukuk disiplini çerçevesinde incelenecektir.

İnternet üzerinden yapılan hukuki işlemlerin gün geçtikçe artması, artık internet servis sağlayıcılarının özel hukuk anlamında sorumluluk rejiminin ortaya koyulmasını zaruri hale getirmiştir. Özellikle e-ticaret ve interaktif reklamcılık alanındaki baş döndürücü gelişmeler ve işlem hacmi, böylesi bir zorunluluğu ortaya çıkarmıştır. Türk Hukuku açısından e-ticaret veya e-reklamcılık alanındaki hukuki işlemlere yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle konuyu AB

Hukuku, ABD Hukuku ve Türk Hukuku olmak üzere üç koldan paralel şekilde inceleyeceğiz. Türk Hukuku açısından yakın gelecekte yasalaşması beklenen “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun Tasarısı” açıklamalarımıza esas alınacaktır.

A. AB Hukuku Açısından

Öncelikle internet alanına ilişkin neden özel bir sorumluluk rejimi ortaya koyulduğunu AB Hukuku açısından kısaca özetleyelim. Bilindiği gibi e-ticaret ve buna paralel olarak e-reklamcılık işlem hacmini gün geçtikçe arttırmaktadır. Bu büyüme ulusal sınırları aşar bir şekilde mal ve/veya hizmet değişimini kolaylaştırmaktadır. Ticaret imkânını arttıran bu süreç, internet aracılığıyla ticari ilişki içine giren gerçek veya tüzel kişilerin bir takım yükümlülükler getirmelidir. Nitekim ticari işlem ve hukuk güvenliği, tüketicinin korunması, serbest pazara sahip AB gibi oluşumlardaki rekabet ortamının korunması, yenilikçi fikirlerin teşviki, kişisel verilerin korunması³⁴⁷, iletişimin gizliliğinin sağlanması³⁴⁸, ticari iletişimin gelişmesi³⁴⁹, e-ticaret ve e-reklamcılık alanındaki hukuki düzenleme ile garanti altına alınmalıdır.³⁵⁰ Bu kapsamda AB Hukukunda 2000/31 sayılı AB Yönergesi ile anılan garantiler sağlanmıştır.³⁵¹ ABD Hukukunda da 1998 tarihli The Digital Millennium Copyright Act (DGMA) ile de benzer düzenlemeler getirilmiştir. Ancak Türk Hukuku açısından konu ile ilgili büyük bir boşluk bulunmaktadır. İncelmenin kaleme alındığı anda TBMM'nin ilgili komisyonunda geçerek Genel Kurula sevk edilen “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun Tasarısı” (*Tasarı*) ile anılan boşluk yakın zamanda doldurulacak gibi görünmektedir.

³⁴⁷ 2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 14.

³⁴⁸ 2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 15.

³⁴⁹ “Ticari iletişim, bilgi toplumu hizmetlerinin finansmanı ve yeni pek çok ücretsiz hizmetin gelişimi için çok önemlidir. Tüketicinin korunması ve anlaşmalara bağlılık açısından, indirimler, promosyona yönelik yarışma ve oyunlar dahil olmak üzere ticari iletişim şeffaflık konusundaki pek çok yükümlülüğe uygun olmak durumundadır.” (2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 29).

³⁵⁰ 2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 1-7; “Orantılılık ilkesine uygun olarak, bu direktifte öngörülen önlemler, sadece iç pazarın iyi işlemesi amacına ulaşılmasıyla sınırlı tutulmuştur. Direktif, Topluluk düzeyinde müdahale edilmesi gerektiği durumlarda ve elektronik ticaret için gerçek anlamda sınırların kalktığı bir iç alanın garanti altına alınması için, küçüklerin, insan onurunun, tüketicinin ve halk sağlığının korunması başta olmak üzere genel çıkarların korunmasını en üst düzeyde sağlayacak düzenlemeler öngörmelidir.” (2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 10).

³⁵¹ İnternet servis sağlayıcının e-ticaret işlemleri nedeniyle ortaya çıkan fikri hak ihlalleri nedeniyle sorumluluğu için ayrıca bakınız: **SEMİZ Özgür**, Elektronik Ticarete Fikri Hak İhlalleri ve Aracı Online Alış Veriş Sitelerinin Sorumluluklarının Sınırı Sorunu, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 26/2011, s. 269-281.

Konu ile ilgili özel bir düzenlemenin bir diğer nedeniyse, internete ilişkin gelişmelerin aynı zamanda bilgi toplumuna da büyük katkı sağlamasından ötürüdür. Zira günümüzde artık telefonlarda dâhil olmak üzere, insanların bilgi kaynaklarıyla etkileşimi gün boyu devam etmektedir. Bu etkileşim, 2000/31 sayılı AB Yönergesinde Avrupa İnsan Hakları Bildirgesinde anılan temel özgürlüklerden biri olarak açıklanmıştır.³⁵² Şu aşamada bilgi toplumu servislerini tanımlamamız gerekmektedir. Anılan tanım, 98/34/AT sayılı ve 22 Haziran 1998 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey direktifi ile 98/84/AT sayılı ve 20 Kasım 1998 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey direktifinde yer almaktadır. ***Bu tanım, ücret karşılığı, elektronik ekipmanlarla bir işleme tabi tutulmak suretiyle uzak mesafeli olarak yapılanlar (sayısal sıkıştırma-kompresyon- da dâhil olmak üzere) ve de hizmeti alacak kişinin talebi üzerine verilerin depolanması (saklanması) şeklinde sağlanan tüm hizmetleri kapsamaktadır.*** Yukarıdaki tanıma uyarlı internet servisleri, bilgi toplumu servis sağlayıcısı olarak kabul edilmeli ve Yönergeye tabi olmalıdır.

Anılan Yönergede Bilgi toplumu servisleri: *“Bilgi toplumu hizmetleri on-line nitelikte olmak üzere çok geniş bir ekonomik faaliyet alanını kapsar. Bu hizmetler özellikle malların on-line satışını içermektedir. Bu malların teslimi veya off-line hizmet sunumu, kapsam dışında kabul edilmektedir. Bilgi toplumu hizmetleri sadece on-line sözleşme yapılmasıyla da sınırlı değildir. Ekonomi ile ilgili bir faaliyet alanı oluşturduğu ölçüde, ücret karşılığı olmayan ancak on-line bilgi sunma esasına dayanan veya ticari iletişimle ilgili olan ya da araştırmacılara verilere erişim ve bu verileri alma olanağı sağlayan hizmetler de bu kapsamda kabul edilir. Bilgi toplumu hizmetleri aynı zamanda, iletişim şebekesine erişim olanağı veren veya hizmet alanlar tarafından sağlanan bilgileri tutan bir iletişim ağı yoluyla bilgi iletişimi konusunda nakil hizmetlerini de içermektedir. 89/552/AET sayılı direktifle hükme bağlanan konular çerçevesinde düzenlenen televizyon hizmetleri ve de bu hizmetin radyo dalgaları yoluyla yayınlanması bilgi toplumu hizmetleri kapsamında kabul*

³⁵² “Bilgi toplumu hizmetlerinin serbest dolaşımı pek çok durumda, tüm üye devletler tarafından onaylanmış bulunan İnsan hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Konvansiyonununun 10/1. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü gibi genel prensiplerin, Topluluk hukukuna spesifik yansımaları şeklinde ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanmasına yönelik direktifler, bu madde ışığında söz konusu eylemlerin özgürce yapılmasını garanti altına alacak nitelikte olmalıdır. Bu konuda tek sınırlama aynı maddenin 2. paragrafı ve Antlaşmanın 46/1. maddesi çerçevesinde öngörülmüştür ve ayrıca söz konusu direktif, ifade özgürlüğü konusunda ulusal temel kural ve ilkelere hâlel getirmez.” (2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 9;).

edilmez; zira bu hizmetler bireysel talebe karşılık olarak sunulmamaktadır. Buna karşılık, bir noktadan diğer bir noktaya nakledilen, talebe bağlı video veya elektronik ileti (e-mail, elektronik posta) yoluyla ticari iletişim sağlanması bilgi toplumu hizmetleri kapsamında kabul edilir. Özel kişilerin kendi ticari, mesleki ya da iş amaçları dışında elektronik ileti göndermesi ya da kullandıkları benzeri diğer bireysel iletişim araçları, (bu kişiler arasında sözleşme imzalama amacıyla kullanılması da dahil olmak üzere) bilgi toplumu hizmetleri kapsamı dışında kabul edilir. Bir işverenle işçisi arasındaki sözleşmeyle kurulan ilişki, bilgi toplumu hizmeti kabul edilemez. Ayrıca şirket hesaplarının denetimi ya da bir hastanın fiziksel olarak incelenmesini gerektiren tıbbi muayene gibi, niteliği gereği uzak mesafeli ve elektronik araçlarla yerine getirilemeyecek işlemler, bilgi toplumu hizmeti sayılamazlar.” şeklinde tanımlanmıştır.³⁵³

İnternet sükjelerinin sorumluluğu konusunda “kaynağında denetim” ilkesi benimsenmiştir.³⁵⁴ Bu kapsamda AB üye ülkelere, yönergede belirtilen önlemlerin dışında kaynağın denetimine ilişkin düzenleme yapabilme yetkisi verilmiştir. Ancak bu düzenleme yetkisiyle, bilgi toplumu servis sağlayıcılara genel nitelikli bir denetim ve kontrol yükümlülüğu yüklenmesi mümkün değildir.³⁵⁵ Yönergenin 15. maddesi³⁵⁶, gelişen teknolojilerin teşvik edilmesini engelleyeceği düşüncesiyle, genel suretle bir denetim yükümlülüğu koyulmasını açıkça yasaklamıştır.

E-ticaret ve e-reklamlara ilişkin neden bir düzenleme yapılması gerektiğine ilişkin ekonomik ve hukuk politikasına ilişkin sebepler kullanıcı veya hizmet alıcısı yönünden ayrıntılarıyla ortaya koyulmuştur. Ancak yapılan düzenlemelerin en

³⁵³ 2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 18; “Koordinasyonu sağlanan alan, sadece on-line aktivitelerle ilgili hukuksal gereklilikleri içerir. Bunlar on-line bilgi sağlama, on-line reklam faaliyetleri, on-line alışveriş, on-line sözleşme gibi faaliyet alanlarıdır. Bu alanlar, güvenlikle ilgili standartlar, etiketleme konusundaki zorunluluklar ya da malların sorumluluğu gibi Üye Devletlerin mallar konusundaki hukuki yükümlülükleriyle, medikal ürünlerin dağıtımını da dahil olmak üzere, malların taşınması veya teslimiyle ilgili Üye Devlet hukuksal yükümlülüklerini kapsamaz.” (2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 21).

³⁵⁴ 2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 24.

³⁵⁵ “Üye Devletlerin hizmet sunuculara, takip yükümlülüğu yüklemesinin yasaklanması sadece genel nitelikli yükümlülükler için söz konusudur. Bu durum spesifik bir olayda söz konusu olacak izleme yükümlülüğünü kapsamaz ve özellikle de ulusal otoritelerin ulusal mevzuatları çerçevesinde alacakları kararlara engel teşkil etmez.” (2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 47).

³⁵⁶ “1-Üye devletler, sunuculara, 12, 13 ve 14. Maddelerde düzenlenen hizmetlerin sunumu sırasında, yayınladıkları veya sakladıkları bilgiyi kontrol etmeleri ya da yasadışı faaliyete işaret eden maddi vakıa ve durumları **aktif olarak** araştırmaları hususunda genel bir yükümlülük yükleyemez. 2- Üye devletler, bilgi toplumu hizmeti sunucuları için, yetkili kamu makamlarını iddia edilen yasadışı faaliyetler veya hizmetlerin alıcıları tarafından sunulan bilgiler konusunda derhal haberdar etme veya istekleri üzerine, yetkili makamlara aralarında saklama anlaşması bulunan hizmetlerin alıcılarının belirlenmesine imkan verecek bilgiyi iletme yükümlülüğünü yükleyebilirler.”.

önemli noktası, bilgi toplumu servis sağlayıcılarının hangi şartlar altında sorumsuz olacağı ile ilgilidir. Genel hukuk kurallarını da internet alanında uygulamamız için hiçbir neden bulunmamaktadır. Ancak genel hukuk kurallarının internet ortamındaki uyumsuzluklara uygulanması, onun dinamik ve sui generis yapısına tam uyum sağlamamaktadır. Özellikle internet servis sağlayıcıların sorumluluğu açısından ciddi bir tehdit altında bulunan servis sağlayıcılar açısından bir takım sorumsuzluk kayıtlarının getirilmesi gerekmektedir. Bu tehdit, gelişen teknolojilerin karşısında yavaşlatıcı bir etkiyi haizdi. İşte bu ihtiyaçtan yola çıkarak, 2000/31 sayılı AB Yönergesinin 12., 13. ve 14. maddelerinde bilgi toplumu servis sağlayıcının sorumsuzluk halleri ayrıca düzenlenmiştir. Bu Yönergede öngörülen sorumluluklardan muaf tutulma konusu, sadece hizmet sunucuların faaliyetlerinin bilgi toplumu çerçevesinde işletim ve üçüncü tarafların iletiminde daha etkili olması amacıyla bilgi sağladığı ve bunların iletildiği veya stoklandığı iletişim şebekelerine erişim konularındaki teknik süreçlerle sınırlı olduğu örnekleri kapsamaktadır.

2000/31 sayılı AB Yönergesinin 12. maddesi, internet yer sağlayıcının doğrudan iletim yapması, yani basit iletimle ilgilidir. Anılan düzenleme uyarınca: *“Bir bilgi toplumu hizmetinin, hizmet alıcısı tarafından sağlanan bir bilgi iletişim ağı içinde iletiminden oluşması veya iletişim ağına erişimi sağlaması halinde, üye devletler, hizmet sunucunun, aşağıdaki şartları yerine getirmesi halinde iletilen bilgiden sorumlu tutulmamasını temin edeceklerdir: (a) İletimi sunucu başlatmamış ise, (b) İletimin alıcısını sunucu seçmemiş ise; (c) İletimde yer alan bilgiyi sunucu seçmemiş veya değiştirmemişse.”*

Yönergenin 13. maddesi de yer sağlayıcının geçici belleğe alarak bilgiyi iletmeye durumundaki sorumluluğunu bezer şekilde düzenlemiştir. Buna göre: *“Bir bilgi toplumu hizmetinin hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bir bilgi iletişim ağına yayınından oluşması durumunda, üye devletler bilginin hizmet sunucusunun otomatik, ara ve geçici saklanması dolayısıyla, bilginin istekleri üzerine diğer hizmet alıcılarına (onward) iletimini daha etkili hale getirmekten başka amacı bulunmaksızın bilginin ara ve geçici biçimde saklanması, aşağıdaki şartlara uyması halinde sorumlu tutulmamasını temin edeceklerdir: (a) sunucu bilgiyi değiştirmiyor ise; (b) sunucu bilgiye erişimin şartlarına uygun davranmış ise; (c) sunucu bilginin güncelleştirilmesine ilişkin, endüstri tarafından genel olarak benimsenen ve kullanılan bir şekilde belirlenen kurallara uygun davranmışsa; (d)*

sunucu, endüstri tarafından genel olarak benimsenen ve kullanılan, bilginin kullanılmasına ilişkin veri elde edilmesine ilişkin teknolojinin hukuka uygun kullanımına müdahale etmiyorsa; ve (e) sunucu ilk yayın kaynağındaki bilginin ağdan kaldırıldığına ilişkin bilgi elde ettiğinde veya bu bilgiye erişim imkanı engellendiğine veya erişimin engellenmesine ilişkin bir mahkeme veya idari makam emri bulunduğu öğrendiğinde, özenli bir biçimde hareket ederek, sakladığı bilgiyi kaldırmalı veya erişimini engellemelidir.”

Sonuç olarak, Yönergenin 12. ve 13. maddeleri gereğince: bir hizmet sunucu, iletilen bilgiyle ilişkisi olmadığı durumlarda, "basit iletim" (mere conduit) ve "caching" olarak adlandırılan stoklama çeşidinden sağladığı veri nedeniyle sorumlu olmaktan muaf tutulma hakkına sahip olacaktır. Bu durum diğer unsurların yanı sıra, hizmet sunucunun ilettiği bilgilerde değişiklik yapmamasını gerektirmektedir. Bu gereksinim, aktarımın içerdiği bilgilerin bütünlüğünün değiştirilmediği ölçüde, iletim sırasında ortaya çıkacak teknik nitelikli perdelemeleri kapsamaz. Eğer bir hizmet sunucu, hizmetini alanlardan biriyle, "mere conduit" ve "caching"ın ötesine geçecek şekilde kanundışı bir hareket için bilerek işbirliğine girerse, bu tip aktiviteler için öngörülen sorumluluklardan muaf tutulma hakkından faydalanamaz.

Bilgiyi depolayan bilgi toplumu yer sağlayıcının sorumluluğu ise Yönergenin 14. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “Üye devletler, hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bir bilginin saklanmasıyla oluşan bir bilgi toplumu hizmetinin sunulması halinde, üye devletler hizmet sunucunun hizmet alıcısı tarafından talep edilen bilginin saklanmasıyla ilgili olarak sorumlu tutulmamasını, aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde, temin ederler : (a) sunucu, yasadışı faaliyet veya bilgi hakkında bilgi sahibi değilse, tazminat talepleri açısından, yasadışı faaliyet veya bilginin anlaşılabilirliği maddi vakıa ve şartlardan haberi bulunmuyorsa veya sunucu bu bilgiyi edinmesi veya durumun farkına varması üzerine, bilgiyi kaldırır veya erişimini engellemekte özenli biçimde hareket ederse...”

Sorumluluğun sınırlandırılmasından yararlanmak amacıyla, bilgi stoklamayla sınırlı bir fonksiyona sahip olan bir bilgi toplumu hizmeti sunucusu, yasadışı nitelikte faaliyetlerin farkına varır veya bu faaliyetlerden haberdar olur olmaz, bu tür bilgiye erişimi ortadan kaldırmak veya erişimi imkânsız hale getirmek için derhal harekete geçecektir. Bu tür bilgilerin kaldırılması veya erişiminin imkânsız kılınması, ifade

hürriyeti ilkesi ışığında ve bu amaçla ulusal düzeyde kabul edilmiş süreçler çerçevesinde yerine getirilecektir.

Yönerge çerçevesinde bilgi toplumu servis sağlayıcı olarak, madde 4 gereği bildirim esasına dayalı olarak, sağlayıcının bir takım bilgilerini üye devlet otoriteleriyle paylaşmasını öngörür. İşbu yükümlülük Yönergenin 5. maddesinde anılan hususların³⁵⁷ ilgili devlet otoritesine verilmesi yönünden maddi bir ibraz yükümlülüğü oluşturur.

B. ABD Hukuku Açısından

The Digital Millennium Copyright Act - DMCA Bölüm II'de internet alanındaki telif hakları ihlalleri ile ilgili olarak internet servis sağlayıcının sorumluluğu özel olarak sınırlanmıştır. DMCA'nin 1998 yılında benimsediği sistem; 2000/31 sayılı AB Yönergesinde de yol gösterici olmuştur. Bu anlamda, servis sağlayıcılarına yönelik sınıflandırmada herhangi bir değişiklik olmamıştır. Buna göre, internet servis sağlayıcılarının (yer sağlayıcı) sorumluluğunun sınırlanmasında aşağıdaki ölçütler esas alınmıştır:

1. Geçici iletişim, (mere conduit)
2. Sistem önbelleğe alma, (caching)
3. Kullanıcıların yönde sistemlerine veya ağlara hakkında bilgi depolanması, (hosting)
4. Bilgi konumu araçları

Yukarıda sayılanlardan ayrı olmak üzere, DMCA'ya eklenen 512. bölümle de, kar amacı gütmeyen eğitim kurumlarının kullandığı internet servis araçlarına da özel bir takım sorumsuzluk kayıtları tanınmıştır. DMCA B. 512/(j) uyarınca sınırlamaların uygulama alanı, parasal ve ihtiyati tedbir nedeniyle meydana gelen zararlardan oluşmaktadır. Her bir sınırlamanın birbirinden farklı fonksiyonu vardır ve sorumluluğun kısıtlanması ile ilgili değerlendirmede, hangi sorumluluk rejimine

³⁵⁷“(a) hizmet sunucunun adı (b) hizmet sunucunun yerleşik olduğu coğrafi adres, (c) hizmet sunucuya ilişkin ayrıntılar, elektronik posta adresi de dahil olmak üzere, kendisine hızlı bir biçimde ulaşılmasına ve doğrudan ve etkili biçimde iletişim kurulmasına imkan verecek bilgiler, (d) hizmet sunucu ticaret veya benzeri bir kamu siciline kayıtlı ise, kayıtlı olduğu ticari sicil ve sicil kayıt numarası veya bu şekilde teşhis edilmesine imkan verecek eş etkili vasıtalar (e) faaliyetin bir izin sistemine tabi olduğu durumlarda, ilgili denetim makamına ilişkin hususlar (f) düzenlenmiş mesleklerle ilgili olarak, hizmet sunucunun kayıtlı olduğu herhangi bir meslek örgütü veya benzeri kuruluş mesleki unvan ve verildiği üye devlet, yerleşik bulunulan üye devlette uygulanan mesleki kurallara ve bunlara ne şekilde ulaşılabilmesine dair bir atıf (ibare) (gönderme)”.

tabiyse, sadece onun hükümleri uygulanır. Bir servis sağlayıcının yukarıda sayılan her bir hizmet açısından değerlendirilmesi gerekmez.³⁵⁸

DMCA B. 512/(I) uyarınca, servis sağlayıcının işbu bölümde belirtilen sorumluluk sınırlarına tabi olmaması; onu kendiliğinden telif haklarını ihlal etmiş saymaz. Fikri hak sahibinin, servis sağlayıcıya hak sahibi olduğunu ve onu kullanımıyla bir ihlale sebep olduğunu usulüne uygun bir şekilde haber vermek zorundadır. Eğer servis sağlayıcı, bildirim almasına rağmen, dürüst kullanım gibi çeşitli savunmalarda bulunuyorsa; telif haklarına ilişkin savunma genel olarak yapılabilir. DMCA B. 512/(h)'a göre ise, hak sahibi, ihlal gerçekleştiren aboneye ait bilgileri Federal Mahkeme çağrısı yoluyla ifşa edilmesini isteyebilir. Gerekten de, genellikle otomatik olarak belirli bir yazılım üzerinde işleyen bir sisteme içerik sağlayan abonenin bilgilerine ulaşmak, ihlale ilişkin dava sürecinde gerekli bir bilgidir. Bu bilginin mahkeme kanalı ile alınması ise kişisel verilerin şeffaf biçime aktarımı ve saklanması ile ilgili Elektronik İletişimin Gizliliği Kanunundan (Electronic Communications Privacy Act - ECPA) kaynaklanan hassasiyetten nedeniyledir.³⁵⁹

İnternet servis sağlayıcının yukarıda belirtilen salt iletimden doğan sınırlamalardan yararlanabilmesi için, öncelikle salt iletimden sorumlu bir “servis sağlayıcı” olduğunu ortaya koyması gerekir. Salt iletim yapan servis sağlayıcının tanımı DMCA B. 512/(k)(1)(A)'da yapılmıştır. Buna göre salt iletim (mere conduit) servis sağlayıcısı: *“Materyal içeriğine değişiklik yapılmadan kullanıcının seçtiği malzemenin bir veya birden fazla kullanıcı tarafından belirlenen noktalar arasında iletim, yönlendirme ve dijital online iletişimi sunan sağlayıcılar”* şeklinde tanımlanmıştır. Doğrudan iletim (mere conduit) dışında kalan hizmetler için hangi sağlayıcıların “servis sağlayıcı” kabul edileceği ise DMCA B. 512/(k)(1)(B)'de tanımlanmıştır. Buna göre doğrudan iletim dışında kalan hizmetlere ilişkin servis sağlayıcı: *“Bu kanunda sözü edilen online ağa bağlanma hizmeti sağlayıcısı”* olarak tanımlanmıştır.

Sınırlamadan yararlanmak isteyen servis sağlayıcının bir takım ek yükümlülükleri de yerine getirmesi gerekmektedir. Bu yükümlülükler DMCA B. 512/(i)'de iki şart olarak sayılmıştır. Bunlar: 1) Sürekli ve tekrarlayan şekilde ihlal gerçekleştiren

³⁵⁸ DMCA B. 512/(n).

³⁵⁹ DMCA B. 512/(m).

abonelerin sözleşmesini feshetme konusunda makul ve kanuna uygun bir politikayı benimsemeli ve 2) Politikanın uygulanmasına “standart teknik önlemler” engel olmamalıdır. “Standart teknik önlemler”, hak sahiplerini bunu kullanarak korumaya tabi unsurun tanımlanmasını ve korunmasını, telif hakları sahiplerinin geniş bir uzlaşmayla geliştirdikleri ve servis sağlayıcının açık, dürüst ve gönüllü olarak kamuya açık vaziyette tuttuğu; ayrımcı olmayan bir çeşit tedbir olarak tanımlanmıştır.

DMCA B. 512/(a) uyarınca sınırlı sorumluluk (**mere conduit**), başka bir kullanıcının talebiyle doğrudan iletim yapan veya veri taşınmasına yardım eden servis sağlayıcılar için geçerlidir. Bu sistemin tamamen otomatik ve sadece iletim, yönlendirme ve sistem içinde otomatik olarak gerçekleşen etkinlikleri kapsadığını belirtelim. Bunun yanında aşağıdaki şartların yerine gelmesi gerekir:

- a. İletim, servis sağlayıcı dışındaki bir kişi tarafından başlatılmalıdır;
- b. İletim, bağlantı yönlendirme ve kopyalama, servis sağlayıcının herhangi bir seçimi olmaksızın ve tamamen otomatik teknik bir süreç tarafından yürütülmelidir;
- c. Servis sağlayıcı, iletilecek materyal hakkında karar vermemelidir;
- d. Her hangi bir ara kopya, olağanın dışında herkesçe ulaşılabilir olmamalıdır ve gereğinden daha fazla olarak muhafaza edilmemelidir;
- e. Materyal içeriği hiçbir işlenmeye veya değişime tabi olmadan iletilmelidir.

DMCA B. 512/(b) uyarınca sınırlı sorumluluk (**caching**), servis sağlayıcı dışında bir kullanıcının/abonenin talebi doğrultusunda, belirli bir zaman aralığında kopyalanarak ara belleğe alınan materyallere erişim ile ilgilidir. Bu pratiğin ortaya çıkma sebebi, bilginin depolanması hizmetine karşıt olarak servis sağlayıcının internet bant genişliği gereksinimini ve kullanıcının veriye erişim için bekleme süresini azalmasıdır. Diğer yandan, servis sağlayıcı eski bilgileri kullanıcılarına iletebilir ve kullanıcıların sıkça talep ettiği güncel/popüler bilgiler nedeniyle elde edilebilecek reklam gelirlerinden mahrumiyet durumu da ortaya çıkabilir. Sınırlamalar, kullanıcılar tarafından talep edilerek otomatik bir sürece bağlı olarak ara belleğe alınarak iletilen durumlar ile sınırlıdır. Bu kapsamda servis sağlayıcının aşağıdaki yükümlülükleri de yerine getirmesi gerekmektedir:

- a. Materyal içeriği hiçbir işlenmeye veya değişime tabi olmadan iletilmelidir;

- b. Genel kabul gören bir endüstri standardı veri iletişim protokolüne uygun olarak belirlenen zamanda, servis sağlayıcı, “yenileme” – iletilecek materyalin orijinal yerinden yerine koyulması- ile ilgili kurallara uymalıdır;
- c. Servis sağlayıcı, güncel bilgileri yükleyen kişilere geri dönüş teknolojisiyle, iletme müdahale etmemelidir meğerki anılan teknoloji belirli koşulları karşılamıyor olmuş olsun;
- d. Sağlayıcı sınırlı sayıda kullanıcının ulaşabileceği bir bağlantı tarzı (parola vs.) kurmalıdır;
- e. Usulüne uygun şekilde kendisine bildirilmesiyle servis sağlayıcı, telif hakkı sahibinin izni olmaksızın sisteme yüklenen şeyleri silmek veya uygun bir şekilde engellemek zorundadır.

DMCA B. 512/(c) uyarınca sınırlı sorumluluk, servis sağlayıcının internet sitesinde depoladığı (**hosting**) bilgi nedeniyle sorumluluğu düzenlemektedir. Herhangi bir kullanıcının da bu yöndeki faaliyetine aynı hükümler uygulanmaktadır. Hosting hizmeti veren servis sağlayıcının aşağıdaki şartları da yerine getirmesi halinde sorumluluk alanındaki sınırlamadan yararlanabilir:

- a. Servis sağlayıcı, aşağıda tanımlandığı şekilde, ihlal yaratan etkinlik ile ilgili bilgi sahibi olmamalıdır;
- b. Eğer servis sağlayıcının ihlal yaratan etkinlik üzerinde bir kontrol sahibi veya hakkı varsa, ihlalin sağladığı finansal faydayı elde etmemelidir;
- c. İhlale ilişkin önceden bir bildirim/ihtar alındıktan sonra, servis sağlayıcının süratle materyali kaldırması veya erişimi engellemelidir.

Bunlarında yanında, servis sağlayıcı, yukarıda belirtilen tarzda bildirim ve ihtarları teslim alacak ve cevaplayacak tarzda bir aracı belirler ve ihlalleri *Copyright Office*'e bildirir. Servis sağlayıcıların ve araçlarının bir listesi de ilgili devlet birimi tarafından tutulur.

Standart bilgiler ışığında, servis sağlayıcının sorumluluğu sadece fiili olarak bilmediği veya bilecek durumda olmadığı alanlarda sınırlamaya tabi tutulmaktadır. Bildirim konusundaki şekil şartlarına uygun olmayan bildirimler, dikkate alınmazlar. DMCA B. 512/(c) (3), servis sağlayıcıya bildirim konusunu da ayrıca düzenlemiştir. İşbu bildirimde uymama hali de çeşitli cezalara bağlanmıştır.

Kötü niyetli veya dolandırıcılık amacıyla yapılan bildirimlerin önüne geçmek amacıyla DMCA B. 512/(g) (1)'de, abonelere karşı bildirimde bulunma fırsatı verilmiştir. Yani içerik sağlayıcı, içeriğine ilişkin uyar-kaldır iddialarına karşı savunma imkânına kavuşturulmuştur. Eğer içerik sağlayıcı, kaldırılan içeriğe ilişkin olarak gerekli bilgileri sağlar ve uyar-kaldır işleminin hatayla kaldırıldığını iddia ederse, şikâyet eden bir mahkemeye başvurmuş veya oradan bir karar getirmiş olmadıkça, servis sağlayıcının 10-14 iş günü içinde aynı içeriği tekrar yüklemesi (back up) gerekmektedir. Bunun yanında, kaliteli bir koruma adına, servis sağlayıcının kaldırılan içerikle ilgili olarak geri dönüş (*feed back*) yapması da önem arz etmektedir.

İnternet üzerinde kullanılan materyalin bir ihlal yarattığını bilen kimse veya içeriği hatayla kaldıran veya erişimini engelleyen kimse ortaya çıkan zarardan (zarar ve avukatlık ücretleri dahil) DMCA B. 512 (f) uyarınca iddia edilen ihlalden telif hakkı sahibi veya lisans alan veyahut servis sağlayıcı sorumlu tutulmuştur.

ABD Hukukunda bilgi araçlarında özel bir sorumluluk rejimi öngörülmüştür. DMCA B. 512/(d) uyarınca, hyperlink, online rehberlik, arama motoru veya herhangi bir bilgi hizmeti sunan servis sağlayıcılar bu kapsamdadır. Aşağıdaki şartların oluşması halinde, bilgi hizmeti sunan servis sağlayıcı sorumlu tutulamaz:

- a. Sağlayıcı, veriye ilişkin bilgi seviyesine paralel olarak, onun bir ihlal yarattığını bilmemelidir. Bilgiye ilişkin standart ölçü, yukarıdaki ile aynı anlamdadır;
- b. Eğer servis sağlayıcı verilere ilişkin bir hâkimiyet sahibi ve hakkı varsa, ihlal nedeniyle herhangi bir finansal faydayı elde edememelidir;
- c. İhlale ilişkin önceden bir bildirim/ihtar alındıktan sonra, servis sağlayıcının süratle materyali kaldırması veya erişimi engellemelidir.

DMCA B. 512/(e) kapsamında, kar amacı gütmeyen eğitim amaçlı kullanımlar içinde bir takım sorumsuzluk kayıtları tanındığına yukarıda değinmiştik. Bu şekilde bir sorumsuzluktan yararlanmak içinde aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

- a. Öğretim üyesi ve yüksek öğrenim öğrencilerinin (master ve doktora) ihlal yaratan aktiviteleri, geçen üç yıl içinde gerekli olan veya tavsiye edilen içeriği kapsamayacak şekilde online erişimle sağlanmalıdır;
- b. Öğrenim kuruluşu, işbu ihlal nedeniyle geçen üç yıl içinde öğretim üyesi veya öğrenci hakkında herhangi bir bildirim veya ihtar almamış olacaktır;
- c. Öğretim kuruluşu, Telif Hukukuna uygun şekilde her türlü bilgiyi kullanıcılarına sağlamalıdır.

C. Türk Hukuku Açısından

1) 6102 Sayılı TTK Açısından: 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK ile internet servis sağlayıcıların haksız rekabet nedeniyle sorumluluğu ayrıca düzenlenmiştir. Markaya ilişkin hükümlerin Haksız Rekabet Hukukunun özel bir şeklini oluşturması nedeniyle anılan hüküm kıyasen Marka Hukukunda da kullanılmalıdır.

TTK m. 58/ f. 4'e göre: *“Haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmaz; tedbir kararı verilemez. Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.”*

Yukarıda anılan kanunun lafzından anlaşıldığı gibi internet servis sağlayıcıları sorumluluğu “hizmet sağlayıcı” adı altında ve fakat herhangi bir ayrıma gidilmeksizin düzenlenmiştir. Hükümde belirtilen “hizmet sağlayıcı” ile ifade edilmek istenilenin internet yer sağlayıcısı olduğu kanaatindeyiz. Kanunun madde gerekçesinde, 6762 sayılı TTK'nın 60. madde gerekçesinin aynen alındığı belirtilmiştir. Ancak internet hizmet (servis) sağlayıcılarına tanınan sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin hüküm 6102 sayılı TTK ile ilk defa Ticaret Kanununa girmiştir. Kanaatimizce gerekçe ile kastedilen, maddenin yan başlığından da anlaşılacağı gibi

basın yayın kuruluşlarının aracı konumu nedeniyle sınırlı sorumluluğu konusundaki gerekçelerdir.

TTK m. 58/f. 4'ün TBMM'ye sunulan değişiklik önerge gerekçesinde, böyle bir hükme neden ihtiyaç duyulduğu kısaca özetlenmiştir. Bizde konunun incelememiz açısından önemi nedeniyle açıklamalara aynen yer veriyoruz: *“Maddenin birinci fıkrası ile izleyen fıkralardan açıkça anlaşıldığı üzere, haksız rekabet davası fiilin işlendiği kuruluş bağlamında onun bir çeşit aracılık etmiş olması sebebiyle sırasıyla fiilden doğrudan sorumlu olabilecekler ve işletmesi sebebiyle sorumlu sayılabilecekler aleyhine açılmaktadır. Bilgi toplumu hizmetinin bir bilgi iletişim ağı içinde sadece bir bilginin, içeriğin veya taşınan benzeri bir olgunun erişimini gerçekleştirenler, yani sadece genel ve yaygın ağın içinde işlev sahibi olan “hizmet sağlayıcı”lar (hizmet sunanlara hizmeti sunanlar) haksız fiili oluşturan içerikle ilgili değildir, belki içeriğin anlamının veya kime yöneldiğinin ayırında bile değildir, belki bilinçli bir şekilde onu bilmemektedirler. Onun için hizmet sağlayıcılar haksız rekabet fiilinden sorumlu tutulamazlar. Çünkü böyle bir sorumluluğun meşruiyet temeli yoktur.*

Eklenen dördüncü fıkra önce, hizmet sağlayıcılar için sorumsuzluk ilkesini koymaktadır (Hizmet sağlayıcıların başka kanunlarda düzenlenen “ara ve geçici saklama” dâhil diğer sorumluluklarının saklı olduğu şüphesizdir). Dördüncü fıkra daha sonra hizmet sağlayıcıların haksız rekabet oluşturan fiilden sorumlu tutulabilecekleri durumları Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda 8 Haziran 2000 tarihli 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (“Elektronik Ticaret Konusunda Direktif”) ile uyumlu bir şekilde belirlemektedir. Teknik olan bu sebepler için bilirkişi incelemesi gereklidir. Bu konuda diğer hassas bir sorun da, bilgi toplumu hizmetini durduran tedbir kararlarıdır. Dördüncü fıkranın bu husustaki ilkesi, sistemi durduran tedbir kararlarının -kural olarak- verilemeyeceğidir. Çünkü böyle bir karar sadece uyumsuzluk konusu fiili değil bilgi toplumu hizmetini durdurmaktadır. Ancak dördüncü fıkra böyle etkileri geniş bir kararın hangi durumlarda verilebileceğini göstermektedir. Konunun, göz ardı edilemez önemi dolayısıyla, dördüncü fıkra, böyle etkileri geniş bir karar vermeden önce mahkemenin ilgili hizmet sağlayıcısını (temsilcisini, mümkünse teknik temsilciyi) dinlemesi gereğini hükme bağlamıştır. Dördüncü fıkra, ayrıca mahkemeye, içeriği

geçici olarak kaldırtmak gibi etkileri sınırlı, somut olaya uyan, uygulanabilir tedbirler de alabilir."³⁶⁰

Öneri gerekçesinde, internet hizmet sağlayıcısının aracı konumu nedeniyle sorumlu tutulmasının bazı hallerde meşruiyetinin olmadığı belirtilmiş ancak bunun gerekçesi açıklanmamıştır. İnternet hizmet sağlayıcısının sorumlu tutulmamasının nedeni, haksız fiil durumunda kusur sorumluluğunun cari olması ve ancak madde metninde sayılan hallerin varlığı halinde hizmet sağlayıcının kusurlu sayılabileceğinden ileri gelir. Anılan düzenlemeyle hizmet sağlayıcılarının kusur sorumluluğunun kapsamı belirlenmiştir.

Hükümde zikredilen hizmet sağlayıcı ifadesi ile yer sağlayıcının kastedildiğini daha önce ifade etmiştik. Bu hükmün erişim sağlayıcılar yönünden de uygulama alanına sahip olduğu kanaatindeyiz. Erişim sağlayıcıyı sadece telekomünikasyon alt yapısıyla uğraşması karşısında yer sağlayıcının yararlandığı sorumsuzluk kayıtlarından evleviyetle yararlanması gerekir.

Düzenlemede servis sağlayıcının "*haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse,*" herhangi bir sorumluluğu olmayacağına ilişkin düzenleme, AB düzenlemeleri ve Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile uyumludur. TTK m. 58/f. 4'te sayılan vakıaların gerçekleşmemesi halinde servis sağlayıcıya karşı dava açılmayacağı ve onun aleyhine tedbir kararı verilemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre davaya bakan hâkimin davalı internet hizmet sağlayıcısına yöneltilen husumet nedeniyle kanunda sayılan vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğini saptaması gerekir.

İncelemenin kalem alındığı dönemde Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı (*Tasarı*) TBMM İhtisas Komisyonunda kabul edilmiş ve fakat genel kurulda bekletilmekteydi. Bu nedenle, Tasarının TBMM Genel Kurulunda kabul edilmemesi ihtimaline karşı bazı açıklamalarda bulunmamızın yararlı olacağı kanatindeyiz. Kısaca belirtmek gerekirse, marka ihlalinin ve haksız rekabet halinin bir haksız fiil niteliği taşıması sebebiyle, Tasarının yürürlüğe girmedeği halde,

³⁶⁰ **DOĞRUSÖZ Bumin/ONAT Öznur/TUNÇEL TURALP Funda**, Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ankara, 2011, s. 172 vd.

öncelikle TTK'nın anılan hükmünü uygulamak gerekir. Vakıa kusur sorumluluğuyla ilgili olacağı için de, bu hükme aykırı olmamak kadıyla sair hususlara da BK'nın genel hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

2) Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı (Tasarı)

Açısından: İnternet sùjelerinin sorumluluk rejimindeki özel düzenlemeler, Türk Hukuku açısından da özel bir kanunu gerekli kılmıştır. Bu bölümde, Tasarının, internet servis sağlayıcıların ilgili olduğu/olabileceği marka ihlaline ve haksız rekabetin uygulanması üzerinde durulacaktır. Aşağıdaki açıklamalar, Tasarının TBMM Genel Kurulundan geçmesi halinde uygulama alanı bulacaktır.

Tasarı, TTK'dan sonra yer sağlayıcıların sorumsuzluk rejimi özel olarak düzenlemiştir. Tasarı m. 9 uyarınca: *“(1) Bilgi toplumu hizmetlerinden yararlananlar tarafından sağlanan bilgilerin bir iletişim ağında aktarımına aracılık eden hizmet sağlayıcı, sadece daha etkin bir aktarım amacıyla bu bilgilerin ön bellekte otomatik olarak ve geçici bir süreyle saklanmasından dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Hizmet sağlayıcının birinci fıkra uyarınca sorumlu tutulmaması için; a) Bu bilgilerde herhangi bir değişiklik yapmamış olması, b) Bilgiye erişim ve bilgilerin güncellenmesi ile ilgili kurallara uyması, c) Ön belleğe alma işlemi için teknolojik bir zorunluluk olarak verinin geçici süreyle elde edilmesi işlemi dışında iletişime hukuka aykırı olarak müdahale etmemesi, ç) Bu bilgilerin asıl kaynağından kaldırıldığını veya idarî ya da adli bir yolla erişiminin engellenmesi kararı verildiğini öğrendiğinde, bu bilgileri gecikmeksizin ön bellekten kaldırması veya erişimi engellemesi, gerekir.”*

Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere, *“bilgilerin bir iletişim ağında aktarımına aracılık eden hizmet sağlayıcı”* ile tarif edilmek istenilenler yer sağlayıcılardır. AB ve ABD Hukukların yer sağlayıcıların faaliyetleri: basit iletim, ön belleğe alarak iletim ve depolama olduğu halde, Tasarıda sadece ön belleğe alarak iletim konusunda düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin basit iletim ve depolama faaliyeti ile ilgili olarak da uygulanabileceği kanaatindeyiz.

TTK m. 58/f. 4 ile Tasarı hükümleri arasındaki normatif ilişkiye de, uygulamaya yol gösterici olması bakımından değinilmesi gerektiği kanısındayız. TTK m 58'in yan başlığı: *“Basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu”* şeklindedir.

Madde yan başlığından anlaşıldığı gibi, düzenlemede internet servis sağlayıcıları, bilgi toplumunun ve dolayısıyla basın-yayın kuruluşlarının bir parçası görülerek düzenlemiştir. TTK m. 58/f. 1’de, haksız rekabetten, onu başlatan kişinin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Burada, kanunun ifadesiyle, bilişim işletmelerinde haksız rekabet durumunda “herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri” olarak içerik sağlayıcının sorumlu olacağı örtülü biçimde belirtilmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise a) iletimi başlatmamış, b) içeriği seçmemiş ve c) içeriği değiştirmemiş internet “hizmet sağlayıcı”ya karşı, hukuki sonuç olarak, dava açılmayacağı ve tedbir kararı verilemeyeceği belirtilmiştir.

Tasarının uygulama alanı, ticarî iletişimi, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler ile elektronik ticarete ilişkin bilgi verme yükümlülüklerini ve uygulanacak yaptırımları kapsamaktadır. Bu yönüyle Tasarı, TTK m. 58’deki basın-yayın organlarına atfen yapılan düzenlemeden daha özel bir alanı kapsamaktadır. Maddenin yan başlığı: “*Ön belleğe almadan dolayı sorumluluk*”tur. Ancak madde metninde, internet servis sağlayıcının hangi hallerde sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir. Bu maddenin akdi yorumundan, servis sağlayıcının sorumlu olduğu haller de anlaşılmaktadır. Buna göre, servis sağlayıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için, a) içerikte değişiklik yapmaması, b) bilgiye erişim ve güncelleme ile ilgili kurallara uyması, c) içeriğe müdahale etmemesi ve ç) herhangi bir idari veya yargı kararını uygulamadan imtina etmemiş olması gerekli ve yeterlidir. Tasarının sorumsuzluk şartlarının, TTK m. 58’deki sorumsuzluk şartları ile neredeyse birebir örtüştüğü görülmektedir. TTK m. 58’deki “a” şartı, Tasarının “b” şartı ile; TTK m. 58’deki “b” şartı, Tasarının “a” şartı ile; TTK m. 58’deki “c” şartı, Tasarının “c” şartı ile sağlanmaktadır. Şu halde, Tasarıya ilişkin sorumsuzluk şartlarının, TTK m. 58’deki sorumsuzluk şartlarını kapsadığı ve ortaya çıkan hukuki sonucun benzer olduğu görülmektedir.

Tasarı m. 9 ile TTK m. 58’in altladığı maddi vakıalar ve onların hukuki sonuçları arasında büyük benzerlik bulunmaktadır. Ancak TTK m. 58 il kanun koyucunun düzenlemek istediği alan ile Tasarı ile düzenlenmek istenilen alan birbirinden farklıdır. Öyle ki, TTK m. 58’in madde gerekçesinde de, bu hükmün eski TTK m. 60’dan aynen alındığı belirtilmiştir. Eski TTK madde 60’ın ise, açık bir şekilde basın-yayın kuruluşlarının sorumluluğunu düzenlediği görülmektedir. Tasarı ile

kanun koyucunun muradı, elektronik ticaret konusunda internet servis sağlayıcıların sorumluluğunu düzenlemektir.

Anılan hükümler ile kanun koyucunun düzenlemek istediği alanların farklılığı, Tasarının TTK m. 58/f. 4’de anılan maddi vakıalar kapsadığı ve her iki hükmünde o maddi vakıalara anı sonucu bağlaması ve TTK’nın temel kanunlardan biri olması gerekçesiyle, elektronik ticarete ilişkin uyuşmazlıklarda Tasarı hükümlerinin özel hüküm olarak uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.³⁶¹ Elektronik ticarete ilişkin uyuşmazlıklarda Tasarı’da hüküm bulunmayan hallerde, TTK m. 58/f. 4’ün uygulanacağını belirtelim. Tasarının uygulama alanı dışındaki tüm durumlarında ise, TTK m. 58’in internet servis sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin olarak uygulama alanı bulacaktır. Şunu hemen belirtelim ki, iki hüküm arasında genel-özel hüküm ilişkisi bulunması, genel hükmün mutlak bir şekilde özel hüküm tarafından ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaz.³⁶²

TTK m. 58/f. 4’de belirtilen maddi vakıalara bağlanan hukuki sonucun “*davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmaz; tedbir kararı verilemez.*” şeklinde ifade edilmesi isabetli olmamıştır. Yukarıda birçok defa açıklandığı gibi, internet servis sağlayıcısının hukuki başvurudan beri tutulması, onun sorumsuzluğu konusunda ayrıca bir kanun hükmü olması nedeniyledir. Yani ortada internet servis sağlayıcıları açısından, kusur sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle, kanundaki maddi vakıaya bağlanan hukuki sonucun sorumsuzluk olarak ifade edilmesi uygun olurdu. Böylesi bir ifade, hem Tasarı hem de AB Yönergesi ile uyum içinde olurdu.

Tasarının 2. maddesinin madde gerekçesinde, 5651 sayılı İnternet Kanununda benimsenen sorumluluk rejiminin Tasarı açısından da uygun olduğu ölçüde geçerliliğini koruyacağına işaret edilmiştir. Biz bu görüşü doğru bulmuyoruz. Öncelikle yukarıda benimsenen yorum tarzını destekleyen hiçbir normatif düzenleme Tasarıda bulunmamaktadır. Diğer yandan 5651 sayılı kanun, 1. maddesinden anlaşıldığı gibi bir takım idari ve cezai yükümlülük ve sorumlulukları düzenlenmiştir. Hâlbuki özel hukuktaki kusur kavramının, idarenin bir takım yükümlülükleri veya Ceza Hukukuna ilişkin ilkelerin esas alınarak belirlenmemesi

³⁶¹ Genel Hüküm – Özel Hüküm arasındaki ilişki ile ilgili olarak bakınız: **ÇAĞA Tahir**, Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/3, s. 366-375.

³⁶² **ÇAĞA**, s. 373.

gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki, BK, TTK ve Tasarının birlikte uygulandığı kabul edilirse, sorunlar büyük ölçüde çözüme kavuşacaktır. 5651 sayılı kanunun uygulanmasına da yer kalmayacaktır.

Erişim sağlayıcının sorumluluğu ile ilgili olarak da Tasarının 9. maddesi kıyas yoluyla uygulanabilir. İçerik sağlayıcı, kusur sorumluluğunu doğuran vakıadan sorumlu kişidir. Bu sorumluk ne TTK ne de Tasarı tarafından hiçbir sorumsuzluğa tabi değildir (5651 sayılı kanun açısından da durum aynıdır). Bu nedenle, içerik sağlayıcının durumu MarkaKHK ve BK uygulanarak kusur sorumluluğu çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. Durumu bir tablo ile özetlesek:

	BK	TTK	Tasarı	5651 sayılı İnternet Kanunu	MarkKHK
İçerik Sağlayıcı	x	x			x
Yer Sağlayıcı	x	x	x (özel hük.)		x
Erişim Sağlayıcı	x	x (Kıyas)	x (Kıyas)		x

Marka Hakkı İhlali ve Haksız Rekabet Açısından İlgili kanun uygulanmalıdır: “x”

Servis (hizmet) sağlayıcılarına ilişkin kayıtlar bir devlet kurumuna ibraz edilecek ve orada muhafaza edilecektir. Tasarıda işbu ibraz mecburiyeti aynı yönde düzenlenmiştir. Ülkemizde bildirimde bulunulacak makam, Tasarının 2. maddesi uyarınca Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’dır. Yukarıda özetlenen internet servis sağlayıcılarına ilişkin düzenlemeler temelde 2000/31 sayılı Yönerge ile uyum içinde gözükmektedir. Anılan düzenlemelerin elektronik ticaretin gelişmesi için çok isabetli bir adım olduğunu belirtelim.

ABD Hukukunda salt bilgi sağlayıcıların sorumluluğuna özel bir önem atfedilmiştir.³⁶³ Bu özen ne AB Hukukunda ne de Türk Hukukunda mevcuttur. Bunun yanında, servis sağlayıcının faaliyeti ile doğrudan ilişkilendirilen bir mali

³⁶³ Bakınız DMCA B. 512/(e).

yarar elde etmemesi yönündeki hüküm de, ABD Hukuku açısından özgündür. Kanaatimizce AB ve Türk Hukuku açısından da böyle bir düzenlemenin ayrıca yapılması gerekir.

D. İnternet Yer Sağlayıcılara Genel Bir Yükümlülük Yüklenemeyeceğine İlişkin Bir Karar İncelemesi: *Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*

a. Genel Olarak İnternet Servis (Yer) Sağlayıcıların Denetim Yükümlülüğü

İnternet servis sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin bir diğer önemli konu, onların global bir denetim mekanizması kurup kurmaması ile ilgilidir. Ne TTK m. 58’de ne de Tasarıda servis sağlayıcının denetime ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Biz yer sağlayıcılara aktif bir yükümlülük yüklenmemesi gerekliliği yönünde genel bir hükmün mutlaka kanun metnine dâhil edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.³⁶⁴ Servis sağlayıcıların denetimine ilişkin tek düzenleme, 5651 sayılı İnternet Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasında³⁶⁵ bulunmaktadır. Buna göre, internet yer sağlayıcılarının veri içeriğini kontrol yönünde hiçbir denetim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hakikaten, servis sağlayıcılarına global anlamda bir denetim yükümlülüğü yüklenmesi hem teknik açıdan hem de işin niteliği açısından hakkaniyete uygun olmaz.

Servis sağlayıcıların denetim mekanizması kurması hususundaki sorumsuzluğunun da mutlak biçimde olmadığını belirtelim. ABD Federal Mahkeme kararında da çokça vurgulandığı gibi, yer sağlayıcının içerik ile makul bir denetim mekanizması kurması gereklidir. Yer sağlayıcılarına ilişkin denetim muafiyeti, kendisinin kontrol ettiği tüm veri trafiği bakımından, yani global bir denetim açısındandır. Bu durumda yer sağlayıcı, kendisinin kontrolünde bulunan her türlü veriyi inceleme yükümlülüğü altında olmayıp, sadece yapılan işin niteliğine ve teknik imkânlarla bağlı olarak makul denetim önlemlerini alma konusunda sorumlu tutulmalıdır. Makul bir denetim, servis sağlayıcının sorumsuzluğunun kanıtlayabilmesi açısından gerekli bir unsur olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle anılan hükmünde, yer sağlayıcılara işin niteliği ve teknik imkânlar dâhilinde makul bir denetim mekanizması kurması

³⁶⁴ İnternet servis sağlayıcılara aktif yükümlülük yüklenmemesi yönünde ayrıca bakınız: **SEMİZ**, s. 273.

³⁶⁵ “Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.”

yükümlülüğü yüklemelidir. İncelememizin bu bölümünde, servis sağlayıcıların denetim yükümlülüğü ile anlatılmak istenilen, Divan kararı ile açıklanacaktır.

b. Divan Kararı³⁶⁶

SABAM, telif hakkı ile korunan eserlerin 3. kişiler tarafından kullanımına ilişkin eser sahipleri, editörler, yazarlar ve bestecileri temsil eden, ülkemizde faaliyette bulunan MESAM benzeri, bir şirkettir. Scarlet ise, kullanıcılarına dosya yükleme ve paylaşım imkanı sunan bir internet servis sağlayıcısıdır.³⁶⁷ 2004 yılında SABAM, Scarlet'in sağladığı internet hizmetinden yararlanan kullanıcıların, fikri hakları kendisine ait eserleri telif ücreti ödemediği dosya paylaşım programı aracılığıyla yükledikleri ve paylaştıkları tespitinde bulunmuştur. 24.06.2004'te, mahkeme davalı internet servis sağlayıcının anılan ihlali durdurması için bir ihtiyati tedbir kararı verilmesine hükmetmiştir. SABAM, telif hakları kendisine ait olan eserlerin kamuya iletim, çoğaltım ve yayma hakkının ihlal ettiği gerekçelerine dayanarak, Scarlet'in faaliyetinin kontrol altına alınmasını davada ifade etmiştir.³⁶⁸

SABAM, telif haklarını ihlal eden peer-to-peer yazılım kullanarak bazı eserleri içeren dosyaları izinsiz yayma, çoğaltma ve kamuya iletmeye faaliyetini durdurmasını talep edilmiştir. Brüksel Tribunal de Première Instance, internet servis sağlayıcıya uygulanacak bir filtreleme yazılımıyla, onun hukuka aykırı ihlallerini önlemenin teknik anlamda mümkün olup olmadığı ile ilgili bilirkişi görüşüne başvurmuştur. Bilirkişi raporunda, birçok teknik imkânsızlık olmasına rağmen, telif haklarını ihlal eden kullanımın engellenebilme olasılığının bulunduğu karar vermiştir.³⁶⁹ Alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, Brüksel Tribunal de Première Instance, telif haklarının ihlalini sonlandıracak şekilde, internet servis sağlayıcının bir yazılım marifetiyle yasadışı içeriği filtreleme işleminden geçirmekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir.³⁷⁰

³⁶⁶ Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) v. Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA), C 70/10, 24.11.2011.

³⁶⁷ Scarlet Extended SA v. Société Belge Des Auteurs, Compositeurs Et éditeurs SCRL, C 70/10, P. 15-16; Kararın Türkçe Çevirisi İçin Bakınız: **ÖZDEN MERHANCI Selin**, Divan Kararı (Üçüncü Daire) 24.11.2011, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 29, Yıl: 2012, s. 144-159.

³⁶⁸ Scarlet Extended SA v. Société Belge Des Auteurs, Compositeurs Et éditeurs SCRL, P. 19.

³⁶⁹ Scarlet Extended SA v. Société Belge Des Auteurs, Compositeurs Et éditeurs SCRL, P. 22.

³⁷⁰ Scarlet Extended SA v. Société Belge Des Auteurs, Compositeurs Et éditeurs SCRL, P. 23; **ÖZDEN MERHANCI**, s. 152.

Scarlet, kendi servis sağlayıcısının filtrelenmesine karşı itiraz etmiştir. İtirazları, yazılımın servis sağlayıcısındaki bütün veri trafiğini kontrol edeceğini ve bu durumun, internet servis sağlayıcısının bütün kullanıcılarını aktif bir şekilde kontrol etmesi anlamında geleceği; bu durum veri trafiğinin kullanıcıların IP numaralarının izlenmesi ile mümkün olabileceğinden hareketle kişisel verilerin korunmasının mümkün olmayacağı ve iletişimin gizliliği hakkının ihlal edileceği; son olarak, filtrelemeye ilişkin yazılımın bütün kullanıcıları belirsiz bir zaman için ve masrafları servis sağlayıcıya ait olmak üzer kullanılmasının, bant genişliği ve veri trafiğinde sorunlar yaratarak çalışma özgürlüğünü zedeleyeceği noktalarında toplanmıştır.³⁷¹

Divan yukarıdaki problemi çözmeden önce, problemin yasal çerçevesini ortaya koymuştur. Divan uyuşmazlığın, “İç Pazarda Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Özellikle Elektronik Ticaretin Bazı Hukuki Yönleri Hakkında 2000/31 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi”, “Bilgi Toplumunda Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Bazı Yönlerinin Uyumlulaştırılması Hakkında 2001/29 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi”, Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanması Hakkında 2004/48 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşım Bakımından Kişilerin Korunması Hakkındaki 95/46 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, “Elektronik Haberleşme Sektöründe Gizliliğin Korunmasına ve Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin 2002/58 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi” ile ilgili olduğuna karar vermiştir.

Divan L’Oréai v. Others davasına atıf yaparak, bir fikri hak ihlalinin sadece sonlandırılmasının yeterli olmadığını; somut olaya ilişkin muhtemel ihlallerinde sonlandırılmasına ilişkin önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu tespitine devamla, ulusal idari ve adli makamların tedbir mahiyetinde karar alabileceğini de ayrıca belirtmiştir.³⁷² Elbette ulusal makamların alacağı tedbir kararı, AB Direktiflerine uygun olması koşuluyla uygulama alanı bulacaktır.

Yukarıdaki uyuşmazlığın temelinde, fikri haklara ilişkin eser sahibinin menfaati ile internet servis sağlayıcısının ve onun kullanıcılarının menfaatleri arasında bir denge kurulması yatmaktadır. Bu anlamda, internet servis sağlayıcısının bütün veri trafiğini

³⁷¹ Scarlet Extended SA v. Société Belge Des Auteurs, Compositeurs Et éditeurs SCRL, P. 24-25-26; **ÖZDEN MERHANCI**, s. 153

³⁷² Scarlet Extended SA v. Société Belge Des Auteurs, Compositeurs Et éditeurs SCRL, P. 31-32; **ÖZDEN MERHANCI**, s. 154

belirsiz bir süre için ve masrafları internet servis sağlayıcısına ait olarak denetimine ilişkin tedbir kararı, orantısız olarak nitelendirilmiştir.³⁷³ İnternet servis sağlayıcının faaliyetlerini genel olarak denetlemek için: 1) Veri trafiği içinden peer-to-peer trafiği ile ilgili dosyaların belirlenmesi, 2) Bu verilerin içinden eser sahibinin hak iddia ettiği verilerin ayıklanması, 3) Hukuka aykırı verilerin saptanması ve 4) Yasadışı içeriğin engellenmesi gerekmektedir. Kuşkusuz yukarıdaki aşamaların gerçekleşmesi için, bütün bir veri trafiğinin, kullanıcı IP numaralarının elde edilmesi gerekmektedir. Bu ise 2000/31 sayılı AB Direktifinin 15. maddesinde yasaklandığı şekliyle, internet servis sağlayıcıya genel bir yükümlülük yüklenmesinden başka bir anlam taşımamaktadır.

İnternet servis sağlayıcının sistemine yüklenmesi talep edilen yazılım ile fikri hak sahiplerinin elde edeceği yarar ile internet servis sağlayıcının ve kullanıcıların uğrayacağı zarar (kişisel verilerin izlenmesi, iletişim gizliliği hakkının ihlali, bilgi edinme ve yayma hakkının engellenme ihtimali, veri trafiğinin yavaşlaması, filtreleme masrafları vs.) arasında bir denge kurulması gerektiği açıktır.

Tüm bu gerekçelerle, Divan, sonu belirsiz bir zaman dilimi içinde servis sağlayıcının sağladığı hemen tüm verilerin, masrafı servis sağlayıcıya ait olmak üzere, filtrelenmesi (denetlenmesi) işlemini Direktife aykırı bulmuştur.³⁷⁴ Bu karar, internet servis sağlayıcılara yapılacak denetimin seviyesinin belirlenmesi açısından önemlidir. Denetim (filtreleme işlemi), belirli bir zaman ve içerik ile ilgili olmalıdır. Ayrıca denetime ilişkin masraflar, denetimden menfaat sağlayanlar arasında denkleştirici adalet ve hakkaniyet çerçevesinde dağıtılmalıdır.

III. Arama Motoru Reklamcılığı

A. Genel Olarak

İnternet ortamında karmaşık halde bulunan bilgilerin nasıl sistematik bir hale getirilebileceği konusu, internet ağının ortaya çıktığı ilk andan bu yana bir gelişim içindedir. Hâlihazırda internet ortamındaki bilgilerin sınıflandırılması ve kullanıcı

³⁷³ Bakınız: 2004/48 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 3. maddesi; Scarlet Extended SA v. Société Belge Des Auteurs, Compositeurs Et éditeurs SCRL, P. 36; **ÖZDEN MERHANCI**, s. 155.

³⁷⁴ Scarlet Extended SA v. Société Belge Des Auteurs, Compositeurs Et éditeurs SCRL, P. 55; **ÖZDEN MERHANCI**, s. 159.

erişimi büyük ölçüde arama motorları denilen araçlar ile sağlanmaktadır.³⁷⁵ İnternet kullanıcılarının ulaşmak istedikleri kelimeyi arama motoruna yazması ile bilgiye erişim süreci başlamaktadır. Bu erişim sürecinde, arama motorları, kullanıcının aradığı bilgi ile bağlantılı ifadelerin reklamcılara satışı süreci başlamıştır. Arama motorları bu imkânı reklamcılara sunarak yeni bir reklam platformu oluşturmuştur. Bu platformda kullanıcılar erişmek istedikleri bilgi ile en “ilgili” olduğunu düşündüğü ifadeleri arama motorunun gösterilen kısmına yazar ve arama butonuna tıklarlar. Böylece arama motorunun bilgiyi sınıflandırmak için kullandığı algoritma ile aranılan bilgi ile arama motorunun veri tabanında kayıtlı “en ilgili” veri eşleşir. Arama sonrasında, kullanıcının belirttiği ifade ile arama motoru açısından o ifade ile en ilgili bilgiler ve onlara erişim sağlanabilecek alan adları sonuç sayfasında sıralanır.

Erken dönemde, bu sonuçların içinde, reklamcıların para ile satın aldıkları kelimelerin aranması sonucunda ortaya çıkan kendi ürünlerine ilişkin sonuçlar hiçbir ayırım olmaksızın bulunmaktaydı. Yani ortaya çıkan sonuç sayfasındaki listenin içinde, arama motoru ile reklamcı arasındaki anlaşmaya göre de sonuçlar bulunmaktaydı. Ancak, arama yapan kullanıcının motivasyonu, o ifade ile en ilgili sonucun objektif olarak ortaya çıkarılması olması; bazı tartışmalara neden olmuştur. Hangi bilginin arama motoru tarafından objektif bir şekilde ortaya koyulduğunun belirsiz olduğu bir listenin marka ihlali ve aldatıcı reklam özelliğinde olduğuna yönelik eleştiriler bu kapsamda ortaya koyulmuştur. Bu eleştiriler sonrasında, arama motoru sonuç sayfalarında hangi bilginin arama motorunun algoritmasına göre objektif olarak ortaya çıktığı; hangi bilginin reklam olduğunun açıkça belirtildiği bir sisteme geçilmiştir. Ancak bu konuda tartışmalar sona ermemiştir. Kronolojik olarak geçirilen bu süreç, marka ihlali ve haksız rekabet iddialarını bertaraf etmeye yetmemesi; işbu incelemenin de yapılmasının da bir nedenini oluşturmaktadır. Şunu hemen belirtelim ki, *Yahoo* gibi bazı arama motorları, üçüncü kişilerin hak sahibi olmadıkları marka işaretlerini marka hakkını ihlal edecek şekilde kullanmasına müsaade etmemektedir.³⁷⁶

³⁷⁵ **AITKEN Benjamin**, Keyword-Linked Advertising, Trademark Infridgement and Google’s Contributory Liability, *Duke Law & Tech. Review*, 2005, Durham (ABD), No. 21, N. 1; **BAYRAMOĞLU**, Arma Ağı Reklamları, s. 17 vd.

³⁷⁶ **BAYRAMOĞLU**, Arma Ağı Reklamları, s. 18.

Anılan reklam tarzının çok kısa bir zamanda popüler hale gelip, diğer reklamcılık türlerinden daha fazla oranda kullanılmasının birçok nedeni bulunmaktadır.³⁷⁷ bu reklamlar yoluyla, arama motoru kelime satışından gelir elde etmekte; reklamcılar kendi marka veya ürünleriyle ilgili ifadeleri arayan hedef kitlesine doğrudan ve hemen hukuki işlem yapma imkanına sahip olarak ulaşabilmekte; tüketiciler ise gerçekten ihtiyacı olan ve aradığı ürünler arasında kalite veya fiyat yönünden bir karşılaştırma fırsatı elde etmektedir.³⁷⁸ Ancak arama motorunda satın alınan ifade üzerinde başkaca üstün hak sahibinin bulunması halinde dahi ifadenin arama motorlarından satın alınabilmesi tartışmalara neden olmuştur. Örneğin, arama motorunda “Delta” kelimesini arayan ve Delta Havayollarını bulmayı amaçlayan kullanıcının arama sonuç sayfasındaki reklamlar yüzünden başkaca bir firmaya yönelmesi marka ihlali sonucunu doğurur mu? Markanın 3. bir kişi tarafından satın alınması faaliyeti hem arama motoru hem de reklam veren açısından marka ihlaline elverişli bir kullanım teşkil eder mi? Bu ve buna benzer birçok tartışma son yıllarda mahkeme salonlarına da taşınmış ve son derece güncel bir dizi kararın oluşmasına sebebiyet vermiştir.

Yukarıda arz edilen yararları nedeniyle, internet ortamında yapılan reklamların büyük bir çoğunluğu artık arama motoru aracılığıyla yapılmaktadır. Arama motoru reklamcılığının lider kuruluşu Google³⁷⁹, 2010 yılı reklam giderlerinin 28 milyar doları aşmış olması, durumun e-ticaret açısından ciddiyetini ortaya koymaktadır.³⁸⁰ Özellikle gelirlerinin tamamını reklamdan elde eden çeşitli basın kuruluşlarının bu yeni pastadan pay alma çabaları da internet üzerindeki reklamcılığın önemini daha da arttırmaktadır. Reklamcılık gelirleri ile ilgili olarak *Tablo-2*'de 1998-2004 yılı arası mercek altına alınmıştır.³⁸¹ Yukarıda açıklamalara koşut olarak, TV ve diğer reklam mecralarına olan ilgi de günden güne azalmaktadır.³⁸² Hâlihazırda internet âlemindeki bilgileri sınıflandırmayı ticari amaç olarak benimsemiş birçok şirket bulunmaktadır. Bunlardan en ünlüleri Google, Yandex, Alta Vista, Yahoo, Bing'dir.

³⁷⁷ Bakınız Tablo-3.(s. 223 vd).

³⁷⁸ **AITKEN**, N. 3; **TROXCLAIR Lauren**, Search Engines and Internet Advertisers: Just One Click Away from Trademark Infringement?, Washington and Lee Law Review, Volume 62 | Issue 3, Article 11, s. 1367; **BAYRAMOĞLU**, Arma Ağı Reklamları, s. 19.

³⁷⁹ Google hakkında bakınız: <http://www.google.com/about/corporate/company/index.html> (20.09.2011).

³⁸⁰ <http://investor.google.com/financial/tables.html> (20.09.2011).

³⁸¹ **HA Kouisa**, Online Advertising Research in Advertising Journals: A Review, Journal of Current Issues and Research in Advertising, Vol. 30, N. 1, Spring 2008, s. 31 vd.; Bakınız s. 223 vd.

³⁸² **BAYRAMOĞLU Emre**, Arma Ağı Reklamları, s. 17.

2009 yılı itibariyle arama motoru hizmetlerinde, Google %71, Yahoo %16 ve Bing %9 'luk pay oranına sahiptir.³⁸³ Bu arama motorlarının arama sonuçlarını tek bir çatı altında toplamayı hedefleyen arama motorlarına da rastlanmaktadır.³⁸⁴ Arama motoru reklamcılığı, 1998 yılından bu yana çok büyük bir gelişim yaşamıştır. 2004 yılında yapılan *Internet Reklamcılık Gelirleri Raporuna göre (Internet Advertising Revenue Report)*, 1998 ve 1999 yıllarında %0 olan arama ağı reklamcılığı; 2004 yılında %40'lar seviyesine çıkmıştır.³⁸⁵ E-ticaretin hızlı gelişimi Avrupa kıtasında da etkili olmuştur. Örneğin Fransa'da e-ticaret 2006 yılına nazaran 2007 yılında %35'lik bir artış göstermiştir.³⁸⁶

Arama motorları yoluyla karşılaşılabileceğimiz reklamcılık türlerine ve marka ihlallerine geçmeden önce, kullanıcıların arama yapmadaki motivasyonu konusunda açıklama yapmamız gerekmektedir. Arama için öncelikle kullanıcı çıkış noktasında bir tercih yapması gerekmektedir. Bu çıkış noktası, ekonomik, sosyal veya kültürel nedenlerden kaynaklanabilir. Ancak konumuz açısından biz, bir markanın internet sayfasına ulaşmak isteyen kullanıcının motivasyonunu esas alacağız.

Kullanıcılar varmak istedikleri noktaya, hyperlink veya arama motorunda kelime temelli arama yaparak sonuca ulaşabilirler. Bunun dışında arama motorundan elde ettikleri hyperlink'e giriş yaparak, oradan elde ettikleri bilgi ile tekrar arama motorunda arama yapabilirler. Bu süreç boyunca kendi tercihleri ile çıkış yapan kullanıcı, artık gerek link gerekse arama motorunca yönlendirilmektedir. İşte ortaya çıkan hukuki sorunlar da bu noktada başlamaktadır. Zira reklamcılar, kullanıcıların arama yaptığı kavramlar ile bağlantılı veya onlar gibi görünen seçenekleri kullanıcının önünde sunarak onları kendi web sayfalarına yönlendirmeye çalışmaktadır. Özellikle erken dönem arama motorlarında, işbu durum kullanıcının çoğu zaman yanlış yönleneşine sebebiyet veriyordu.³⁸⁷ Aşağıdaki bölümlerde, kelime ve web sayfasına dayalı reklamcılık ve bunun yarattığı sorumluluk rejimi incelenecektir.

³⁸³ **RATLIFF James/RUBINFELD Daniel**, Online Advertising: Defining Relevant Markets, *Journal of Competition Law & Economics*, 6(3), 2010, s. 655.

³⁸⁴ Örnek olarak bakınız: <http://www.dogpile.com/> (10.08.2011).

³⁸⁵ **Lİ/LECKENBY**, s. 211.

³⁸⁶ **GILLIERON**, s. 193.

³⁸⁷ **HOOD Karen/SCHUMANN W. David**, The Process and Consequences of Cognitive Filtering of Internet Content: Handling the Guilt of Internet Advertising, *Internet Advertising Theory and Research*, New York (ABD), 2007, s. 192.

1. AdWords (Keyword Advertising)

a. Genel Olarak

Arama motoru reklamcılığının büyük bir bölümünü, kullanıcının kelime esaslı arama faaliyetine dayanmaktadır. Bu faaliyet, “*davranışsal hedefleme*” olarak da ifade edilmektedir.³⁸⁸ Yaygın olarak “*keyword advertising*” olarak adlandırılan bu sistem, arama motorlarınca “Adwords” olarak anılmaktadır.³⁸⁹ “Adwords”, kelime itibariyle İngilizce reklam manasına gelen “*advertising*” ve kelime anlamına gelen “*words*” ifadelerinin oluşturduğu bir kısaltmadır.³⁹⁰ Terminolojik olarak anılan reklam tarzını ifade ediş şeklinin sadece Adwords ifadesiyle sınırlı olmadığını belirtelim. Bunun yanında MarKHK m. 9’da “*yönlendirici kod*” veya “*anahtar sözcük*” ifadeleri de kullanılmıştır. Biz incelememizde kelime esasına dayanan arama motoru reklamcılığını, *anahtar kelime reklamcılığı (keyword advertising)* olarak ifade edeceğiz.

Kelime anlamından da anlaşıldığı üzere AdWords³⁹¹ uygulaması, arama motoruna tanımlı bir veriye arama motorunun bağladığı öyle bir sonuçtur ki, kullanıcı o veri ile ilgili bir bilgiye ulaşmak istediğinde, sonuç sayfasında arama motorunun algoritması ile objektif olarak ulaştığı sonuçlar ile birlikte görünür.³⁹² Genellikle reklamcının satın aldığı kullanıcının aradığı ifadeye bağlanmış bu reklamlar, sponsor link başlığı altında sonuç sayfasının altında veya üzerinde ayrı bir bölüm olarak konumlanır. Kullanıcılar belirledikleri anahtar/hedef kelimeyi arama motoruna yazdıklarında, arama motoru kendi algoritmasını kullanarak aranan kelimeler ile en sıkı ilişki

³⁸⁸ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 18.

³⁸⁹ BOZBEL Savaş, Markanın Domain Names, Megatag ve Keywords Olarak Kullanılması, <http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf> (14.04.2012).

³⁹⁰ BOZBEL Savaş, Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder mi? Avrupa Adalet Divanının Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:9, Sayı: 18, Güz 2010, s. 106. MEMİŞ Tekin/BOZBEL Savaş, Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından AdWords Reklamlar, E-Akademi, Kasım 2008, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MARKA%20VE%20HAKSIZ%20REKABE>
[T%20HUKUKU%20BAKIMINDAN%20ADWORDS%20REKLAMLAR&kimlik=1227080164&url=](http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MARKA%20VE%20HAKSIZ%20REKABE)
[makaleler/tmemis-sbozbel-1.htm](http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MARKA%20VE%20HAKSIZ%20REKABE) (09.04.2012).

³⁹¹ Google’ın ana gelir kaynağı olan reklam teknolojisidir. AdWords ile Google arama sonuçları sayfalarında ve Google içerik alanında [tıklama-başı-maliyet](#) (CPC) ile [reklam](#) satın alınabilir. Arama sonuçlarında yalnızca metin reklamlar gösterilir. Bu reklamlar en fazla 25 karakterlik bir başlıktan ve 35’er karakterlik iki açıklama satırından oluşabilir. İçerik alanında ise hem metin reklamlar, hem de resimli reklamlar yayınlanır. Ayrıntılı bilgi için bkz: <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6319&topic=29>; Google’ın kendi internet sitesinde, “tıklama-başı-maliyete dayanan ücretlendirme uyguladığı reklam yayınlama programıdır. (AKIN İrfan, Adwords Reklam Sisteminde Marka Kullanılması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 78, 2008, s. 206.; GILLIERON, s. 203).

³⁹² OKAN, s. 8.

içindeki sonuçları en sıkı bağlantılı olan bağlantı en üstte olmak üzere listeler. Eğer anahtar kelime arama motoru tarafından reklamcıya satılmış ise şu halde “objektif”³⁹³ arama sonuçlarının yanında sponsor linkler de yer alır.³⁹⁴ Arama sonuç sayfasındaki sonuçları iki kısma ayırmamız mümkündür. Bunlardan ilki bizi ilgili bilgiye ulaştıracak alan adıdır. İkinci kısım ise, alan adının üstünde bulunan ve kısaca alan adının hangi içerikte olabileceğini ifade eden bir yazıdan oluşur.

Arama motoru devri Google, 2004 yılı öncesinde, reklamcılarının her türlü ifadeyi anahtar kelime/yönelendirici kod/megatag olarak satın almasına izin vermiyor veya kullanılmasına engel olma taleplerine olumlu cevap veriyordu.³⁹⁵ Ancak bu tarihten sonra bu politikasını değiştirdi ve her türden ifadeyi herkesin satın alabileceği bir politika izlemeye başlamıştır.³⁹⁶ Ayrıca reklamcı tarafından belirlenen hedef kelimeler, birden fazla reklamcıya da satılabilmektedir. Sonuç olarak, herhangi bir marka veya işaret, bütün reklamcılara birden fazla şekilde satılabilmektedir. Son yıllarda Google, anılan politikasını bir miktar sınırlasa da, kendilerinin en ilgili bilgiyi sunma amaçları karşısında sıkı bir kontrol sistemi uygulamadığını da belirtelim.

Hızla artan internet reklamcılığı uygulamalarında arama ağı reklamcılık uygulamalarının önemli bir payı bulunmaktadır. Bu nedenle öncelikle arama ağı reklamcılığı yönünden AdWords³⁹⁷ uygulamasını tanımlama zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Adwords ile arama motorları reklamcının internet bağlantısını arama sonuç sayfasında görüntüler. Genellikle reklamcının satın aldığı bu bağlantı, sponsor

³⁹³ Yabancı mahkeme kararlarında, arama motorunun sponsor link listesi dışında kendi algoritmasını kullanarak görüntülediği bağlantıların “objektif” olduğu ifade edilmiştir. (*Google vs. Louis Vuitton, N. 2.2; Network Automation, Inc. v. Advange System Concepts, Inc.*) Arama sonuçları bir algoritma yani matematik denklemi sonucunda sonuçları sıralaması nedeni ile nesnel olarak bir objektiflikten bahsetmek pek mümkün olmayacaktır. Zira hazırlanacak yeni bir algoritma ile pekâlâ reklamı içeren bağlantılar da objektif sonuçlar listesinde yer alabilir. Bu nedenle sponsor link dışındaki sonuçlar açısından objektif tanımlamasının yerine, arama motorunun kastı ya da yönlendirmesi dışında tanımının yapılması daha doğru olacaktır.

³⁹⁴ **BAYRAMOĞLU**, Arama Ağı Reklamları, s. 20; *Network Automation, Inc. v. Advange System Concepts, Inc.*, 484 F.3d, 3228 (9.th Circuit, 2011); **KANDEMİR Zeynep**, Vuitton-Google Kararı, Fikri Mülkiyet Yıllığı [2010], İstanbul, 2011, s. 317; **İNAL/BAYSAL**, s. 103.

³⁹⁵ **BAYRAMOĞLU**, adwords, s. 19; **MEMİŞ/BOZBEL**, Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından AdWords Reklamları.

³⁹⁶ **AITKEN**, N. 4.

³⁹⁷ [Google](#)'ın ana gelir kaynağı olan reklam teknolojisidir. AdWords ile Google arama sonuçları sayfalarında ve Google içerik ağında [tıklama-başı-maliyet](#) (CPC) ile [reklam](#) satın alınabilir. Arama sonuçlarında yalnızca metin reklamlar gösterilir. Bu reklamlar en fazla 25 karakterlik bir başlıktan ve 35'er karakterlik iki açıklama satırından oluşabilir. İçerik ağında ise hem metin reklamlar, hem de resimli reklamlar yayınlanır.

link başlığı altında sonuç sayfasının altında veya üzerinde ayrı bir bölüm olarak konumlanır. Kullanıcılar belirledikleri anahtar/hedef kelimeyi arama motoruna yazdıklarında, arama motoru kendi algoritmasını kullanarak aranan kelimeler ile en sıkı ilişki içindeki sonuçları en sıkı bağlantılı olan bağlantı en üstte olmak üzere listeler. Eğer anahtar kelime arama motoru tarafından reklamcıya satılmış ise şu halde “objektif”³⁹⁸ arama sonuçlarının yanında sponsor linkler de yer alır.³⁹⁹

İfadelerin arama motorunda reklamcı tarafından talep edilen kelime ile eşleştirilmesinde bir takım farklı yöntemler vardır. Bunlar geniş, öbek ve negatif eşleme olarak sınıflandırılabilir.⁴⁰⁰ **Geniş eşleme**, reklamcı tarafından seçilen her bir ifade için ayrıca eşleştirmenin yapıldığı, Google’ın varsayılan eşleştirme modeli olarak tanımlanabilir.⁴⁰¹ Örneğin, “elbise dolabı” ifadesinin arama motorunda arandığı bir ihtimalde; hem elbise hem de dolap kelimeler çoğul ve tekil formlarıyla birlikte reklamcının seçtiği ifade ile eşleştirilmeye çalışılır. Böylece sonuç sayfasında, kelimenin tamamı, sadece elbise veya sadece dolap ile eşleştirilen reklamların gözükmesi mümkün hale gelir. **Öbek veya tam eşlemede**, reklamcı tarafından satın alınan ifadenin öbek halinde kullanıcı tarafından aranması halinde reklamlar sonuç sayfasında görünür. Özellikle arama motoruna tırnak içinde yazılan ifadelerin kelime sırasına uygun şekilde ve öbek halinde aranır.⁴⁰² **Negatif eşlemede ise**, reklam veren bazı kelimelerin aranması halinde kendi reklamlarının arama sonuç sayfasında görüntülenmesini yasaklayabilir. Bu tür uygulamalar, genellikle markanın saygınlık oluşturma amacıyla kullanılmaktadır.

Reklamların finansmanı kullanıcıların arama ve reklamı tıklama faaliyeti üzerinde kurulan bir sistem üzerinden sağlanmaktadır. Bu sistemlerin önde gelenleri,

³⁹⁸ Yabancı mahkeme kararlarında, arama motorunun sponsor link listesi dışında kendi algoritmasını kullanarak görüntülediği bağlantıların “objektif” olduğu ifade edilmiştir. (*Google vs. Louis Vuitton, N. 2.2; Network Automation, Inc. v. Advange System Concepts, Inc.*) Arama sonuçları bir algoritma yani matematik denklemlerle sonucunda sonuçları sıralaması nedeni ile nesnel olarak bir objektiflikten bahsetmek pek mümkün olmayacaktır. Zira hazırlanacak yeni bir algoritma ile pekâlâ reklamı içeren bağlantılar da objektif sonuçlar listesinde yer alabilir. Bu nedenle sponsor link dışındaki sonuçlar açısından objektif tanımlamasının yerine, arama motorunun kastı ya da yönlendirmesi dışında tanımının yapılması daha doğru olacaktır.

³⁹⁹ **BAYRAMOĞLU**, Arama Ağı Reklamları, s. 20; *Network Automation, Inc. v. Advange System Concepts, Inc.*, 484 F.3d, 3228 (9.th Circuit, 2011); **KANDEMİR**, s. 8.

⁴⁰⁰ Sınıflandırma için ayrıca bkz: **AKIN**, s. 206-207.

⁴⁰¹ **AKIN**, s.206; <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6100&cbid=9r15diqusa5b&src=cb>. (09.04.2012).

⁴⁰² <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6100&cbid=9r15diqusa5b&src=cb>. (09.04.2012).

“Tıklama Başına Maliyet” ve “Belirli Sayıda Gösterim Başına Maliyet” sistemidir.⁴⁰³ Tıklama başına maliyet sisteminde, arama motoru reklamın görüntülediği her tıklama için reklamcıyı borçlandırır ancak reklam görüntülediği halde kullanıcılar reklamı tıklamazlar ise herhangi bir ücret ödenmez. Belirli sayıda gösterim başına maliyet sisteminde, kullanıcı reklama tıklasın veya tıklamasın, reklam belirli sayıda arama sonuç sayfasında görüntülenmek ile arama motoruna borçlanır.⁴⁰⁴ Reklamın görünüm sıklıkları, boyutları gibi sair hususlar da arama motorlarının ürettiği bir çeşit algoritma ile otomatik olarak çalışmaktadır.⁴⁰⁵

b. AdWords – Megatag Ayrımı

MarkHK m. 9/II’de megatag ve yönlendirici kodlardan ayrı ayrı bahsedilmesine rağmen, uygulamada her iki kavram arasında bir ayniyet ilişki kurulduğu gözlenmektedir. Oysa her iki kavram birbirine benzemekle birlikte, birbirinden farklı kavramlardır. Yönlendirici kod olarak ifade edebileceğimiz megataglar, programlama dili HTML’de bazı bilgilerin kodlanmasını ifade eder.⁴⁰⁶ HTML (Hyper Text Markup Language) internet üzerinde web sayfası oluşturmak için kullanılan betik dilidir.⁴⁰⁷ HTML dosyalarının aktarımı için de HTTP (Hyper Text Transfer Protocol) kullanılır. Megatag ise HTML olarak kaydedilen etiket hakkında bilgi veren bir sistemdir.⁴⁰⁸ Erken dönem arama motoru sistemlerinde, sisteme girmek isteyen internet siteleri kendilerini megatag’da yer alan bilgiler yoluyla tanıtmaktaydılar. Yani bir internet sayfasının hangi içerikte olduğunu arama motoru işte bu megatag’lar sayesinde tanımlayabilmekteydi. Hal böyle olunca, arama motoruna megatag olarak 3. kişilerin markasının kaydedilmesi halinde, kullanıcı arama motorundaki aramasında megatag’ın yönlendirdiği siteyi görmekteydi.

Megatag’ın internet sayfasında açıkça görülmemesi, kullanıcının yönlendirildiği sitedeki marka ile aradığı marka arasında bir bağlantı kurma olasılığını güçlendirmekte ve böylelikle marka ihlalinin yolu açılmaktaydı. Özellikle

⁴⁰³ İNAL/BAYSAL, s. 103.

⁴⁰⁴ <https://adwords.google.com/support/aw/bin/static.py?hl=tr&topic=23615&guide=23611&page=guide.cs> (24.09.2011); BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 20.

⁴⁰⁵ MEMİŞ/BOZBEL, Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından AdWords Reklamları.

⁴⁰⁶ GILLIERON, s. 204; BOZBEL, Megatag, <http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf> (14.04.2012); OKAN: s. 9.

⁴⁰⁷ OKAN, s. 88.

⁴⁰⁸ AKIN, s. 208.

Almanya’da megatag yoluyla 3. kişilerin marka hakkını ihlal ettiği yönünde birçok karar bulunmaktadır.⁴⁰⁹ Hakikaten, kullanıcının göremeyeceği bir takım yönlendirmelerle, tescilli bir marka ile başka bir marka arasında bağlantı ihtimali veya karıştırma tehlikesi doğurabilir. Megatag ve adwords reklamların sebep oldukları marka ihlali durumlarına aşağıda ayrıntılı değinilecektir.

Megatag olarak kullanılan ve kullanıcı tarafından görülemeyen bilgiler, bir web sitesinin içeriğini tanımlamak için kullanılan kavramlardan oluşur. İnternet kullanıcısı, bu kavramlardan birini arama motoruna verdiğiğinde yönlendirici kodları (megatag) içeren sitelere en çok kullanım olandan itibaren yönlendirilmektedirler. Günümüzde megatag’ın beyana dayalı sisteminden vazgeçilmiştir.⁴¹⁰ Artık çoğu arama motoru, kendi veri tabanına alacağı internet sitesinin içeriğini kendi algoritmasına göre tanımlamaktadır. Böyle olunca arama sonuçları, adwords reklamları da hesaba katarak arama motorunun algoritması ile ortaya çıkmaktadır. Yani eskiden internet sitesi sahibinin beyanı, arama motorunun sonuç sayfasının belirlenmesinde birincil etkenken, günümüzde arama motoru kendi içerik denetim sistemi sayesinde kullanıcının aradığı bilgi ile en ilgili verileri kendisi bulup çıkarmaktadır. Bu nedenle uygulamada, megatag yönteminin kullananların mal veya hizmeti üreten kişiler olduğu; adwords kullananların ise genellikle mal veya hizmeti üretmeyip, onları satan, kiralayan veya herhangi bir şekilde pazarlayan kişiler olduğu görülmektedir.⁴¹¹ Örneğin, Google arama motoruna “Opel Astra” yazıldığında, ilk sırada “www.lancia.com” alan adı bağlantısı birinci sırada çıkmaktadır.⁴¹² Lancia markasının, Opel markasıyla rekabet halinde olduğunu da ekleyelim.⁴¹³

⁴⁰⁹ AKIN, s. 209; MEMİŞ/BOZBEL, Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından AdWords Reklamlar.

⁴¹⁰ GILLIERON, s. 205; OKAN, s. 9, dn. 12.

⁴¹¹ OĞUZ, s. 297.

⁴¹² www.google.com.tr (26.05.2012).

⁴¹³ Anılan örnek, adwords reklamların marka ihlali yaratması açısından da iyi bir örnektir. Zira arama motorunda aranan markanın rakibi, rakip markayı adwords olarak kullanarak reklam yapmaktadır. Anılan reklamların, arama motoru sonuç sayfasında “sponsor link” bölümünde bulunması, reklam metninde, alan adında “opel” markası ile karıştırılma tehlikesi yaratacak herhangi bir hususun bulunmaması nedeniyle marka ihlaline sebep olduklarını söylemek güçtür. İşbu reklamları, karşılaştırmalı reklam olarak da değerlendirmek mümkün olabilir. Reklamı yapılan ürün ile adwords olarak kaydedilen “Opel Astra” ürünleri birbirini ikame eden ürünlerdir. Reklamlarda ise o ürüne ait özellikler sıralanmakta ve Opel markasına atıf yapılmıyor ise de, internet kullanıcılarının bir tıklama ile alt linkten hızlı bir biçimde bilgi edinip karşılaştırma imkanına sahip olmaları nedeniyle, karşılaştırmalı reklam hususu da dikkate alınmalıdır.

26 05 2012

opel astra - Google'da Ara

+eser Arama Görseller Play Haberler Gmail Dokümanlar Takvim Çeviri Blogger Daha fazlası -

opel astra

eser rüzgar

0

Paylaş



Arama

Yaklaşık 87.900.000 sonuç bulundu (0,21 saniye)

Her şey

Görseller

Videolar

Haberler

Daha fazla

İstanbul

Konumu değiştir

...

opel astra ile ilgili reklam

Neden bu reklam?

[Mays Ayına Özel Fırsat - Lancia Delta'da Uygun Kredi İmkanı](#)www.lancia.com.tr/Lancia-Kredi-Kampanya

Tüm Showroomlarda Sizi Bekliyor

[Opel Astra modelleri: Astra Sedan & Astra Classic III Essentia - Opel ...](#)www.opel.com.tr/opel-serisi/satis-alani/.../astra.../genel-bakis.html

Astra'nın performansa yeni bir form kazandıran akıcı, dinamik tasarım hatlarından gözünüzü alamayacaksınız. Opel Astra, farklı versiyonlarıyla tüm beklentilerinizi ...

[Opel Astra 5 kapılı: Birçok çeşide sahip kompakt sınıfı araba - Opel ...](#)www.opel.com.tr/opel-serisi/satis-alani/.../new-astra-hatchback.html

Kompakt klasik bir araba olan Opel Astra'yı keşfedin. Hatchback, station wagon, büyük

Yukarıda açıklandığı şekilde megatag yönteminin ikinci plana atılması hem arama motorlarının ortaya çıkardığı sonuçların, aranan sonuçlarla daha “ilgili“ olmasını sağlamış hem de 3. kişilerin hak sahibi olmadığı markaları kullanırken merkezi bir denetim sistemini de kurmuştur. Arama sonuç sayfasının kullanıcıyı daha memnun kılması onların sayısını artırırken, marka kullanımı konusunda merkezi bir kontrol sistemi de nispeten marka ihlallerinin sayısını düşürmüş olmalıdır.

Sonuç olarak, megatag sisteminin ikinci plana atılarak, arama motorunun kendi içerik denetimini ön plana çıkarmasının marka ihlallerinin azalması açısından son derece yararlı olduğu kanaatindeyiz. Bir anlamda arama motorları, megatag sistemindeki olanakları kendileri tek bir merkezden kullanmaya başlamışlardır. Bu nedenle, maddi vakıya uyumlu olduğu ölçüde, megatag'a ilişkin mahkeme kararlarının ve hukuki düzenlemelerin adwords reklamlara da uygulanabileceği kanaatindeyiz.

c. Adwords'ün Marka Hukuku Açısından Kullanımı

5833 sayılı Kanunla değiştirilen 556 sayılı KHK ile internet alanında marka kullanımına ilişkin bir takım düzenlemeler Türk Hukuk Mevzuatına girmiştir. MarkKHK m. 9/f. II – (e) uyarınca: “*İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici*

kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.”, yine aynı maddenin 1. fıkrası⁴¹⁴ uyarınca yasaklanabilmektedir.

Yukarıdaki hükmü adwords reklamlar açısından incelediğimizde, marka sahibinin yasaklayabileceği bir durum için: **aa)** işaretin adwords veya megatag olarak ticari etki yapacak şekilde kullanılması ve **bb)** işareti kullanan kişinin meşru bir hakkının olmaması şeklinde anlaşılmaktadır. Böyle bir düzenleme gerekliliğinin başında, internet kullanıcılarının düşük dikkat düzeyi ile anahtar kelimenin bağlandığı reklamı yapılan mal veya hizmet ile bağlantı ihtimalini önlemektir. Gerçekten de böyle bir düzenlemenin MarkKHK’ya girmesi son derece yararlı olmuştur. Madde metnindeki “veya benzeri biçimlerde” ifadesinden, yönlendirici araçların örneksime yöntemiyle sayıldığı anlaşılmaktadır.⁴¹⁵

aa. İşaretin Ticari Etki Doğuracak Şekilde Kullanımı

Marka hukuku anlamında bir ihlalden söz edilebilmesi için öncelikle markanın ticari anlamda (veya ekonomik olarak katkı sağlayacak) bir kullanımının söz konusu olması gerektiğini; işbu kullanımın marka hakkına tecavüzden bahsedebilmek için bir ön koşul olduğuna “*markanın ticari kullanımı*” başlığı altında incelemiştik.⁴¹⁶ Şimdi ise adwords reklam yoluyla kullanılan bir markanın ticari olarak kullanılıp kullanılmadığı sorunu üzerinde durulacaktır.

Üzerinde inceleme yapılacak sükeleri: anahtar kelime, onun üzerinde yer alan kısa açıklama ve bizi ilgili bilgiye götürecekt alan adı olarak sıralayabiliriz. Marka kullanımını konusunda sloganların da marka hakkı kapsamında koruma altındadır. Bu kapsamda arama ağı reklamcılığını geniş kapsamda ele almamız gerekmektedir.

⁴¹⁴ “Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep edebilir:

- a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması.
- b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.
- c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması”

⁴¹⁵ OĞUZ, s. 296.

⁴¹⁶ 1§/III. Bölüm / C.

Bozbel, Avrupa Adalet Divanı kararlarını işaret ederek, reklam verenin, marka ile aynı işareti anahtar kelime olarak satın alması ve onu reklamda yer alan açıklama veya alan adıyla birlikte kullanımının ticari kullanım teşkil ettiğini belirtmiştir.⁴¹⁷

Bayramoğlu, Divan kararlarındaki ticari kullanıma ilişkin görüşünü aktardıktan sonra, “*her tür beğenin ve ilginin paraya çevrilebilir olduğu düşüncesi sonunda; apartmana yeni taşınan ünlü ve zengin kimsenin komşularının emlak değerlerini arttırdığını iddia ederek talepte bulunmasını; bir malı ilk kez piyasaya süren bir kişinin, diğer satıcıdan tazminat istemesini gündeme getirecektir.*” değerlendirmesine yer vermiştir.⁴¹⁸

Memiş/Bozbel ise, Alman Hukukundaki gelişmelere dayanarak, arama motorunda bir markayı arayan kullanıcının o markanın bulunduğu internet sitesine yönlendirilmesi vakiasının, markanın reklam ve köken belirtme işlevini yerine getirmesinden hareketle, kullanımın ticari ve dolayısıyla markasal olduğunu ifade etmişlerdir.⁴¹⁹ Doktrindeki görüşler çerçevesinde, adwords sisteminin bir ticari kullanım teşkil edebileceği sonucuna bizim de katıldığımızı belirtelim.

Adwords sistemi ile muhatap olan internet kullanıcılarının, sponsor linkler ifadesinden ne anladığı, bizleri kullanımın niteliği konusunda bir sonuca ulaştırabilir. Kullanımın ticari etki yapması ile kastedilenin de, muhatap kullanıcıların üzerinde bir ticari faaliyet isteği uyandırma olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, adwords sistemine kayıt olan kişilerin kar veya başkaca amaçlarını araştırmak yerine anılan sistemin muhataplarının üzerinde bıraktığı etkinin araştırılması daha doğru olacaktır. Kanaatimizce bu gereklilik güven teorisinden ileri gelmektedir. Bilindiği gibi, bir davranış, irade beyanının özelliklerini taşımasa da; o davranışın muhatabının davranışı irade beyanı olarak nitelendirmesi veya değerlendirmesinin bekelenmesi halinde, o davranış bir irade beyanı sayılır. Aynı paralelde, internet kullanıcılarının adwords sistemini bir reklam zinciri olarak düşünmesi halinde, onun ticari kullanım kavramı içinde değerlendirilmesi gerekir.

⁴¹⁷ **BOZBEL**, Adwords, s. 108.

⁴¹⁸ **BURRELL Robert**, Dev Saif Gangjee, A Brief Note L’Oreal and the Prohibition on Free Riding, University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper No. 09-32, 2009, s. 8-9, (naklen, **BAYRAMOĞLU**, Arama Ağı Reklamları, s. 30).

⁴¹⁹ **MEMİŞ/BOZBEL**, Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından AdWords Reklamları.

aaa. İnternet Üzerinde Marka Kullanımı Hakkında WIPO Birleşik Tavsiyesinin⁴²⁰ (*Tavsiye*) 3. maddesinde internet üzerindeki hangi kullanım tarzının ticari etki yaratacak şekilde değerlendirilebileceğine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Tavsiye metninin 3. maddesinde, işaretin “*ticari etki*” yaratacak şekilde kullanımı halinde rakiplerin çeşitli anılan metin ile sınırlı olmaksızın, maddi vakıanın bütün şartlarını göz önünde bulundurabileceğini ifade etmektedir. Anılan metinde “*ticari kullanım*” yerine “*ticari etki*” ifadesinin seçilmesinin nedeni, işareti kar amacı gütmeksizin kullanan ve fakat marka hakkını zedeleyen kullanımların önüne geçmektir.⁴²¹ İfadelerdeki bu değişiklik elbette kullanımın kapsamını genişletmektedir. Bu genişlemenin marka hakkı ile koruma altına alınan menfaatlerle dengeli bir bütün oluşturup oluşturmadığı ise halen tartışmalı bir husustur.⁴²²

Tavsiyenin 3. maddesinde, örneksime yöntemiyle, işaretin ticari etki yaratacak şekilde kullanım halleri sıralanmıştır. Tavsiye m. 3/f. 1(a)’da, işaretin üye ülkeler içinde dolaşımda bulunan mal veya hizmetler ile ilgili olarak kayda değer bir plan veya işte kullanılması ticari etki yapacak kullanım olarak değerlendirilmiş ancak “*kayda değer*” iş veya planın ne olduğu ayrıca açıklanmamıştır. Tavsiyenin gerekçesinde, bu planın henüz gerçekleşmemiş veya gerçekleşmesi kullanıcı tarafından istenmemiş olmasının bir öneminin olmadığı belirtilmiştir.⁴²³ Yani ticari etkiyi ölçümlerken, kural olarak, objektif vakıalardan hareket etmemiz gerekmektedir.⁴²⁴

Tavsiye m. 3/f. 1(b)’de, ticari faaliyetinin karakteri ve derecesi ile ilgili bir takım haller sıralanmıştır. Bunlar: i) kullanıcının gerçekten üye ülke içinde ikamet eden bir tüketiciye hizmet sunması veya başka bir şekilde ticari olarak motive edilmiş bir faaliyet yürütmesi, ii) herhangi bir mal teslimi niyeti olmaksızın ticari etki yaratacak niyet belirtmesi, iii) Kullanıcının garanti veya satış sonrası servis sunması ve iv) Gelecekte internet kanalıyla yapılmayacak bir ticari faaliyet yükümlülüğüne girilmesi olarak sıralanmıştır.

Tavsiye m. 3/f. 1(c)’de, internet üzerinde bir mal veya hizmete ilişkin teklifin nelerle bağlantılı sayılabileceğini ifade etmiştir. Buna göre: i) mal veya hizmetin üye ülke

⁴²⁰ http://www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/pub845-toc.htm#TopOfPage (10.04.2012).

⁴²¹ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 39; OĞUZ, s. 273.

⁴²² OĞUZ, s. 273, dn. 108.

⁴²³ http://www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/pub845-09.htm#P353_19665 (10.04.2012).

⁴²⁴ Bir faaliyetin planlayıcısı tarafından ticari bir etki doğurmasının planlanmamış veya istenmemiş olması, onun ticari etki kapsamına alınmasına engel değildir.

içinde hukuka uygun teslim edilip edilemeyeceği ve ii) fiyatların üye ülke resmi para biriminden ifade edilip edilmediği bu durumlar arasında sayılmıştır.

Tavsiye m. 3/f. 1(d)'de, işaretin internet üzerinde kullanım şekillerinin hangilerinin bağlantı olarak değerlendirilebileceği sıralanmıştır. Buna göre: i) kullanıcı ile tüketici arasında interaktif bir bağlantı kuran, ii) üye ülke içerisinde tüketiciye ait telefon veya adres belirtilmesi, iii) işaretin ISO standartlarının uygulandığı ülkelerde kayıtlı bir alan adı ile bağlantı kurması, iv) işaret metninin üye ülkelerde ağırlıklı olarak kullanılan dillin kullanılması ve v) işaretin üye ülkelerdeki internet kullanıcılarının ziyaret ettikleri yerlerde kullanılması olarak sıralanmıştır.

Tavsiye m. 3/f. 1(e)'de ise, işaretin üye ülke içinde bir hakka dayanarak kullanılması halinde: i) kullanımın bir hakka dayanması ve ii) hakkın başkasına ait olduğu hallerde kullanım ile haksız avantaj elde edilmesi, hakkaniyete aykırı etki yapması, markanın ayırt edici karakterine ve saygınlığını zedelemesi halinde de dâhil olduğu belirtilmiştir. Tavsiye uyarınca, markaya bağlı yönlendirici kod, anahtar kelime veya alan adına bağlı hedef web sitesinin kullanımı, koruma talep eden ülke piyasasında ticari bir etki doğurmuyorsa, herhangi bir ihlalden söz etmek mümkün olmayacaktır.⁴²⁵ Koruma talep eden ülke piyasası ile kastedilenin yorumu konusunda Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinden yararlanmak mümkündür. İlgili piyasa ile ifade edilmek istenilen, koruma talep edilen ülke hukukunda himaye edilen mal veya hizmetin fiili kullanıldığı fiili coğrafi sınırları ifade etmektedir.⁴²⁶

İnternetteki uygulamanın interaktif olması da, ticari etkinin ortaya çıkmasında göz önüne alınmaktadır. *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com Inc.* davasında,⁴²⁷ aynı konu gündeme gelmiştir. Davacı, herkesçe tanınan tütün ürünleri için yanıcı malzeme üreten bir şirket olarak, Pennsylvania'da hizmet vermektedir. Davalı ise California'da yaklaşık 140.000 kişiye internet üzerinden habercilik hizmeti vermektedir. Bu üyelerden 3.000 kişi kadarı Pennsylvania'da ikamet etmektedir. Bu nedenle Pennsylvania'dan yedi adet internet servis sağlayıcı ile davalı şirket çeşitli internet servisi almaktadır. Davalının internet haber sitesinde üç çeşit üyelik bulunmaktadır ve her bir seviye için daha fazla haber gruplarına erişim hizmeti

⁴²⁵ OĞUZ, s. 274.

⁴²⁶ POROY/YASAMAN, § 10, N. 413; YILMAZ Aslan, Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat, Bursa, 2007, s. 111 vd.; OĞUZ, s. 274.

⁴²⁷ Zippo Mfr. Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997); <http://cyber.law.harvard.edu/property00/jurisdiction/zipposum.html> (21.05.2012).

sunulmaktadır. Site belirli ölçüde kişisel bilgiyi depolamakta ve ödemeleri kredi kartı yoluyla almaktadır. Davalının California dışında herhangi bir eyalette ofisi veya çalışanı bulunmamaktadır. Davada, Pennsylvania Eyalet Mahkemesi öncelikle kendi yetkisini tartışmıştır. Bu kapsamda, kendi eyaletindeki 3.000 kişi ile iletişimi olan ve yedi adet internet servis sağlayıcısı ile anlaşmalı bulunan davalının Pennsylvania Eyaletinde ticari etki yaratacak şekilde iletişim kurduğuna hükmetmiştir. Mahkeme internet sitelerini aktif, pasif ve interaktif olarak sınıflandırmıştır.⁴²⁸ Davalının internet sayfasının interaktif özelliği haiz olduğu ve bu nedenle kendi eyaletindeki kişilerin veri paylaşımı yapabildiği ve bundan davalının ekonomik gelir elde etmesi, mahkeme tarafından ticari etki doğuran bir faaliyet olarak değerlendirilmiştir.⁴²⁹ Bu kararın aksi yorumundan, salt internete erişim temeline dayalı bir ticari etkiden söz etmenin doğru olmadığı anlaşılmaktadır (özellikle pasif web sayfaları açısından).

Genel olarak Tavsiye metninde işaretin internet ortamında kullanılması ve hangi hallerde ticari etki yaratacağı hususunun ayrıntılı olarak düzenlenmiş olduğunu görüyoruz. AdWords sistemiyle, tüketicilere belirli mal veya hizmetin tanıtımının yapılma fırsatının olduğu, tüketicinin kullanıcı (reklam veren) tarafından çeşitli alan adlarına yönlendirildikleri ve ticari ilişki içine sokulmaya çalışıldıkları kabul edildiğinde, Tavsiye metni açısından da AdWords sisteminin ticari bir kullanım arz ettiği sonucuna varılmaktadır.

bb. AdWords'ün Dürüst Ticari Uygulama İçinde Kullanımı

Yukarıda markanın dürüst ticari uygulama kapsamında kullanılabilirliği halinde, marka hakkının zedelenmeyeceğini belirtmiştik. MarkaKHK m. 12 uyarınca, marka sahibi markasını üçüncü kişilerin ad, adres veya tasviri amaçla dürüstçe ticari ve sınai konularıyla ilgili olarak kullanımını engelleme hakkını haiz değildir. Bu kapsamda, reklam verenlerin, adwords olarak üzerinde hak sahibi olduğu adı, adresini veya reklamı yapacağı ürünü tasvir eden bir ifadeyi seçmesi hali MarkKHK m. 12 uygulaması dâhilinde olduğu söylenebilir.

⁴²⁸ Aktif Web Sayfası: Kullanıcıların internet sitesinden hukuki işlem yapabildikleri ortamları ifade eder. Pasif Web Sayfası: Kullanıcıların sadece internet servis sağlayıcısının erişime izin verdiği içeriğe ulaşılabilirdiği ortamları ifade eder. İnteraktif Web Sayfası: Kullanıcıların veri alıp gönderebildikleri, hukuki işleme girebilecekleri ortamları ifade eder.

⁴²⁹ OĞUZ, s. 275, dn. 117.

aaa. Üçüncü Kişiyeye Ait Markanın “Adres” Olarak Adwors Kullanımı

Bir tacir, markasının yanında kendi işletmesine ait adresini, ambalajlarda, tanıtım fuarlarında veya yönlendirici tabelalarda belirterek, tüketicileri kendilerine yönlendirebilir. Konumuz açısından, öncelikle adwors uygulamasının adres olarak değerlendirilip değerlendirilmediğini konusunda bir karara varmamız gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, adwors bir çeşit reklam aracıdır ki, onunla seçilen kelimelerle en ilgili sonuçlar kullanıcıların ekranında belirir. Adwors uygulaması, kullanıcının aradığı ifadeyi arama motoruna anahtar kelime olarak kaydetmiş reklamcı tarafından kullanılır. Bu kapsamda reklam veren, kendi adresini anahtar kelime olarak seçebilir ve onun adresini arama motorunda arayan hedef kitlesine ulaşabilir. Reklamı yapılan yerin yerinin bir işletme değeri olarak reklam unsuru olduğu hallerde böyle bir olasılıktan söz edebiliriz. Ancak uygulamada, reklam verenler tek tek bir veya birden çok kelimeyi anahtar kelime olarak belirlemektedir. Yani tüm bir adresin herhangi bir marka ile büyük ölçüde benzeşmesi pek de olası gözükmemektedir. Sonuç olarak, adwors uygulamasının amacı ve uygulanış şekliyle, MarkKHK m. 12’de tacirin adresini kullanarak hedef kitlesine ulaşma amacı ve uygulama şekli arasında paralellik bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki, reklam verenin kendi adresini kullanmasının sınırını, yine MarkKHK m. 12’de belirtilen dürüst ticari uygulamalar oluşturmaktadır. Kullanılan adresin, kayıtlı marka ile karıştırılma tehlikesi veya herhangi bir şekilde marka hakkı ihlali yarattığı durumlar, bu kapsamın dışındadır.

bbb. Üçüncü Kişiyeye Ait Markanın “Ad” Olarak Adwors Kullanımı

Herkes kendisine ailesi tarafından verilen veya sonradan edindiği veya seçtiği medeni ad ile anılma hakkını haizdir.⁴³⁰ Nitekim MarkKHK m. 12’de de, üçüncü kişilere adlarını ticari ve sınai faaliyetlerinde dürüst ticaret uygulamalarına riayet ederek kullanma hakkı verilmiştir. Eş söyleyişle, üçüncü kişinin adı ile kayıtlı bir markanın benzeşmesi halinde dahi, dürüst ticaret uygulamalarına riayet edilmek kaydıyla, ad serbestçe kullanılabilir. Anılan hükümde bahsedilen ad kapsamı içine, medeni ad veya soyadı girdiği gibi, müstear ad ve lakap da bu kapsama girer. Zira medeni ad ve soyadının marka anlamında ayırt edicilik seviyesi çok değildir.⁴³¹ Adın

⁴³⁰ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2009, s. 117; ÖZTAN Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2009, s. 295.

⁴³¹ TEKİNALP, s. 639; ARKAN, C II, s. 133.

iş evrakı, ambalaj vs. üzerinde ve kayıtlı marka ile karışıklık tehlikesi yaratabilecek şekilde kullanılması MarkKHK m. 12 kapsamında korumadan faydalanmamalıdır. Örneğin, “Kişili” giyim alanında faaliyet gösteren bir ailenin soyadıdır. Ancak yine aynı ailenin farklı mensupları tarafından “Kişili” ve “Abdullah Kişili” markaları kullanılmaktadır. Görüldüğü gibi, sadece soyadının markada kullanılmasının yanında, Abdullah Kişili, kendi ad ve soyadını marka olarak kullanmaktadır. Abdullah Kişili'nin markasını kullanım şeklinin dürüst ticaret uygulamaları içinde, markanın benzerleri ile karışıklık ihtimali yaratmayan şekilde kullanılması halinde MarkKHK m. 12'deki istisnadan yararlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Reklam verenlerin anahtar kelime olarak kendi adını seçmesi mümkündür. Kişinin kendi adını ticari faaliyet içinde dürüst ticari uyulama içinde serbestçe kullanması ile ulaşılmaya çalışılan amaç, hedef kitleye ulaşmaktadır. Bu bağlamda, adwords olarak seçilen ad, kişiyi ve işletmeyi de tanıttığı için anılan haktan yararlanması gerekir.

ccc. Üçüncü Kişiyi Ait Markanın “Tasviri Amaçla” Adwors Kullanımı

MarkKHK m. 12 uyarınca, bir ürünü veya işletmeyi tarif etmek için kullanılan tasviri ifadeler dürüst ticaret uygulamaları içinde kalmak kaydıyla, serbestçe kullanılabilir. Ancak bir ifadenin tasviri amaçlarla kullanıldığının açıkça ortaya koyulması gerekir. Hükümde ifade edilen “tasviri amaçlarla” kullanım, ticari değer taşıyan mal veya hizmeti sadece diğerlerinden ayırt etme anlamı taşır. Yani bir mal veya hizmeti, tüketicilere açıklamamız için başkaca bir markanın ifade dilmesi hususunda dürüstlük kuralı çerçevesinde kabul edilebilirse, burada tasviri amaçlarla kullanım söz konusu olur.

Reklam verenin kendi ürününü diğer ürünlerden ayırt etmek amacıyla tasviri ifadeyi adwords olarak satın alabilir. Adwords olarak alınan ifadenin ürünü, kişiyi veya işletmeyi tanıtmaya amacı da, hükümdeki amaçla uyum içindedir. Bu nedenle, tasviri ifadelerin adwords olarak satın alınması halinde, anılan hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Tasviri ifadenin marka ihlaline neden olmaması için her türlü önlemin alınması gerekir. Kural olarak adwords reklamlarda, reklam veren anahtar kelimeyi göremediği veya gözden kaçırdığı için, ancak anahtar kelimenin yönlendirdiği hedef web sitesinde açıklama yapılarak, marka hakkı ihlalinin önüne geçilebilir. ABD Hukukunda, markanın dürüst kullanımı ile ilgili olarak iki durum öngörülmüştür. Bunlardan biri tasviri dürüst kullanım; diğeri ise,

basit dürüst kullanımdır. Tasviri dürüst kullanımda (descriptive fair use), tescilli markayı tasvir amacıyla kullanan, onu sadece kendi ürününü diğer mal veya hizmetlerden ayırmak ve niteliğini dürüstçe belirtmek amacıyla kullanır. Örnek olarak, bir yatağın duvar ile bitişik şekilde ve istenildiği anda açılabilen bir tür yatak olduğunu belirtmek için “*murphy bed*” ibaresinin kullanılması verilebilir. Basit dürüst kullanımda ise, marka, rakip tarafından aradaki bağlantı objektif ve dürüst bir şekilde ortaya koyularak kullanılır. Karşılaştırmalı reklamlar bu sınıfa dâhildir.⁴³²

d. AdWords Reklamların Karşılaştırmalı Reklamdan Farkı

MarkHKH m.9/II uyarınca, bir markanın yönlendirici kod, anahtar kelime olarak kullanımı (markasal) marka hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir meğerki o markayı anahtar kelime veya yönlendirici kod olarak kullanan üçüncü kişinin kullanıma ilişkin meşru bir bağlantısı olsun. Yani markanın üçüncü kişilerce kullanımına ilişkin makul bir bağlantının olması, marka ihlalini engellemektedir. İncelememizin bu bölümünde, üçüncü kişinin “*meşru*” bağlantı olasılığı olarak markanın arama motorunda karşılaştırmalı reklam olarak yer alması vakiasını ele alacağız.

Anahtar kelimenin bir markayı temsil ettiği durumlarda, değerlendirilmesi gereken bir diğer husus kullanımın karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı hususudur. Gerçekten de karşılaştırmalı reklamlar nitelikleri itibari ile rekabet halindeki iki markayı aynı kare içinde buluşturur. Zira işletmeler yaptıkları reklamlarda sadece kendi ürünlerini övmeyiz; aynı zamanda rekabet içinde oldukları mal veya hizmetlerle olan farklarını da açıkça ortaya koymak isterler. Karşılaştırmalı reklam, bir ürün veya hizmetin bir başka ürün veya hizmet ile karşılaştırılması yolu ile reklamı yapan tarafın, reklamda kullandığı diğer ürün veya hizmetten daha üstün olduğuna ilişkin tanıtım faaliyeti olarak tanımlanabilir.⁴³³

⁴³² OĞUZ, s. 119 dn. 134.

⁴³³ ÖZSUNAY Ergun, Karşılaştırmalı Reklamalar - AB Yönergesi Işığında Türk Hukukuna İlişkin Gözlemler, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2008, İstanbul, 2009, s. 137; BOZBEL, Karşılaştırmalı Reklam, s. 35; MEMİŞ/BOZBEL, Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından AdWords Reklamlar, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MARKA%20VE%20HAKSIZ%20REKABET%20HUKUKU%20BAKIMINDAN%20ADWORDS%20REKLAMLAR&kimlik=1227080164&url=makaleler/tmemis-sbozbel-1.htm>, (28.09.2011); BOZBEL, Karşılaştırmalı Reklam, s. 98.

Karşılaştırmalı reklamların önemli unsuru, adından da anlaşıldığı üzere karşılaştırmadır. Reklamlarda karşılaştırma faaliyetinin temelinde, tüketicilerin bir mal veya hizmeti alma konusunda ikna olması vakıası vardır.⁴³⁴ Bu nedenle karşılaştırmalı reklamlar, ispatlanabilir verilere dayalı, haksız ve tüketiciyi aldatıcı nitelikte olmadıkları sürece tüketicinin bilgilenmesi, öğrenmesi ve rasyonel seçimler yapabilmesi açısından önemli bir araçtır.⁴³⁵ 84/450 sayılı Avrupa Konsey Yönergesinin 2. maddesinin (a) bendinde karşılaştırmalı reklamlar ayrıca tanımlanmıştır. Buna göre karşılaştırmalı reklam: “*açıkça veya ima yoluyla rakibi ya da rakibin mallarını veya hizmetlerini belirten reklamlardır.*” 97/55 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Avrupa Konseyi Yönergenin⁴³⁶ de tanımın genişletilerek, açıkça veya ima yolu ile başka bir mal ve hizmetin belirtilmesi karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirildiği görülmektedir.⁴³⁷

4822 sayılı kanunla değiştirilmiş 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun m. 16/f. III’de: “*aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.*” hükmüyle karşılaştırmalı reklamlara ceviz verilmiştir. Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 11. maddesinde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenleme mevcuttur. Buna göre: “*Karşılaştırmalı reklamlara; a) Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi, b) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi, c) Dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması, halinde yer verilebilir.*”

Aynı yönetmeliğin 15. maddesinde de, reklam yoluyla ticari itibardan haksız yararlanmaya ilişkin genel sınırlara dikkat çekilmiştir. Buna göre: “*Reklamlarda; a) Bir başka firma, kurum ya da kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılamaz. b) Bir kişi adından veya bir başka firma, kurum veya kuruluşa ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan yahut bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanılamaz.*” Hakikaten çoğu zaman karşılaştırmalı reklamlar yoluyla, genelde güçlü veya tanınmış marka konumundaki rakibin ticari

⁴³⁴ BOZBEL, Karşılaştırmalı Reklam, s. 99.

⁴³⁵ ÜREY, s. 26.

⁴³⁶ Official Journal L 290, 23.10.1997.

⁴³⁷ İNAL/BAYSAL, s. 55.

itibarından yararlanma söz konusu olabilir. Örneğin, tanınmış bir marka ile onun rakibi olmayan bir markanın karşılaştırmalı reklamda yer alması halinde, karşılaştırılan ürünün tanınmış markanın saygınlığından ve dikkat çekiciliğinden yararlandığı söylenebilir.

6102 sayılı TTK'da, kanun düzeyinde ilk defa karşılaştırmalı reklamlara ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. 6102 sayılı TTK m. 55/f. 1 – (a), 5 uyarınca: *“Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötileyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek”* haksız rekabet yaratan durumlara örnek olarak verilmiştir. İşbu düzenlemeden de, karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk sebepleri olarak yukarıda sayılan unsurları taşıması gerektiği anlaşılmaktadır. 6105 sayılı TTK m. 55/f. 1 – (a), 5 hükmü, İsviçre Haksız Rekabet Kanununun 3/e maddesinden mehz alınarak hazırlanmıştır.

Karşılaştırmalı reklamları muhataba yönelik biçimine göre: Doğrudan, dolaylı; içeriğine göre: olumlu ve olumsuz olarak sınıflandırmak mümkündür.⁴³⁸ Karşılaştırmalı reklamdan söz etmek için öncelikle, tüketicinin teşhis edebileceği türden bir karşılaştırmanın varlığı gerekir. Bir ifadenin hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklam olarak değerlendirilebilmesi için ise çeşitli unsurları taşıması gerekir. Bu unsurlar, doktrinde olumlu ve olumsuz olarak ayıran yazarlar⁴³⁹ bulunmakla birlikte, genel olarak şu şekilde sıralanabilir⁴⁴⁰:

- a. Aynı ihtiyaca yönelik mal ve hizmetlerin karşılaştırılması,
- b. Karşılaştırma objektif, ölçülü, gerekli⁴⁴¹ ve dürüst olmalı,

⁴³⁸ ÜREY, s. 28 vd.

⁴³⁹ YUSUFOĞLU Fülürya, Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Ticaret Kanunu'ndaki Etkileri, İstanbul, 2009, s. 117-118.

⁴⁴⁰ Sınıflandırma için ayrıca bakınız: İNAL/BAYSAL, s. 59 vd.; ÖZSUNAY, s. 148; BOZBEL, Karşılaştırmalı Reklam, s. 46; ÜREY, s. 27; Ayrıca Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin Yönetmeliğin 11. maddesinde de aynı sınıflandırma tarzına yer verilmiştir. Ancak yönetmelikte tüketici kanunu ile çizilen çerçevenin daha da daraltılması tartışmalara neden olmuştur. Kanunun çizdiği çerçevenin yönetmelik ile sınırlamayacağına ilişkin Anayasa hükmü karşısında, bizde yönetmelikteki: *“karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi”* ifadesinin çıkarılması gerektiği görüşündeyiz. (İNAL/BAYSAL, s. 56. vd); OKAN, s. 58.

⁴⁴¹ Gereklilik unsuruna ayrı bir önem atfetmemizin sebebi, kullanımın markalar arası doğrudan bir bağlantı varmış görüntüsü yaratarak marka ihlaline zemin hazırlama olasılığından kaynaklanmaktadır. Karşılaştırma yapılan markanın öğrenilmesinde tüketiciler nezdinde yarar veya üstün bir menfaat var ise, kural olarak tüketicinin yanılmadığı kabul edilmelidir. Şu halde, birbiri ile bağlantısız şekilde

- c. Aldatıcı olmamalı,
- d. Ticari itibardan haksız yere yararlanmamalıdır.

Yukarıdaki esaslara paralel olarak, 97/55 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Avrupa Konseyi Direktifinin 3(a) maddesinde karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk şartları sıralanmıştır:

“1. Karşılaştırmalı reklamlar aşağıdaki şartları haiz olması halinde caizdir:

- a. Aldatıcı olmaması,
- b. Karşılaştırmının aynı amaca yönelik veya aynı ihtiyacı karşılayan mal veya hizmetlere ilişkin olması,
- c. Malların ve hizmetlerin, fiyatları da dâhil olmak üzere, önemli, gerekli, kanıtlanabilir ve belirleyici özelliklerin somut olarak karşılaştırılması,
- d. Piyasada reklam verenle rakibin hüviyetlerinin veya reklam verenin markasının, ticaret unvanının, diğer ayırt edici alametlerinin, mallarının veya hizmetlerinin rakiplerinkilerle itibasa yol açacak olması,
- e. Rakibin markası, ticaret unvanı veya diğer ayırt edici alametleri, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya durumunu kötüleyici veya itibarını zedeleyici olmaması,
- f. Menşei belirtilen ürünlerde, karşılaştırmının aynı kökenden gelen ürünlere ilişkin olarak yapılması,
- g. Rakibin markası, ticaret unvanı veya diğer ayırt edici alametleri ile rakip malın menşeinin ticari itibarından haksız olarak yararlanılmaması,
- h. Malları veya hizmetleri, hukuken korunan bir marka veya ticaret unvanı taşıyan mal veya hizmetlerin taklit veya sahteymiş gibi gösterilmesi.”

Karşılaştırmalı reklamlarda, reklam veren 3. kişinin marka hakkının izinsiz kullanmasının marka ihlali yaratıp yaratmadığı hususu tereddüt yaratabilir. Ancak, karşılaştırmalı reklamlar her ne kadar her iki rakip firma markasını bir araya getirse dahi herhangi bir marka ihlali doğurmaz. *O2 Holdings Limited and O2 (UK)Limited v Hutchison 3G UK Limited (31.01.2008)* davasında da bu durum teyit edilmiştir.⁴⁴²

karşılaştırılan reklamların karşılaştırmalı reklamalar kapsamına girmemesinin yanında, saygınlığından yararlanılan marka aleyhine bir haksız rekabet veya marka ihlali yaratma ihtimali unutulmamalıdır.

⁴⁴² ENGLAND Paul, Advocate General Says Comparative Advertising is Not a Matter of Trade Mark Law, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2008, sayı 3, No.5, s. 284-286; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=celine&docid=70459&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=794766#ctx1> Case C-533/06, Görüş Metni, N. 67, (12.05.2012).

Davada, Hutchison 3G “*Threepay*” isimli cep telefonu servisini 2004 yılında piyasaya sürmüş ve piyasada büyük paya sahip O2 firmasına karşı rekabete başlamıştır. Bu kapsamda Hutchison 3G, O2’nin markası ile birlikte marka tescilini sağladığı baloncuk imgesini de reklamlarında kullanmıştır. Anılan reklamda öncelikle O2 firmasına ait baloncuk gözükmekte sonrasında ise Hutchison 3G’ nin markası ile “*Threepay daha ucuz*” şeklinde slogana yer verilmekteydi. O2, Hutchison 3G’ yi marka hakkına tecavüz dolayısı ile dava etmiştir. O2, 94/450 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifinin 3a(1) maddesi uyarınca, karşılaştırmalı reklamda yalnızca rekabetçinin markasını tanımlama amacıyla kullanılabileceğini ancak anılan reklamlarda marka ile birlikte tescilli kabarcıkların kullanılmasının karşılaştırmalı reklam kapsamını genişleterek dışına çıktığı; dolayısı ile marka ihlali veya markanın saygınlığından haksız yararlanma yarattığını⁴⁴³ iddia etmiştir.

Anılan davada görüş bildiren Advocate General⁴⁴⁴ öncelikle karşılaştırmalı reklamın bir marka ihlali durumu yaratmadığını; anılan reklamda ise örtülü de olsa rakip ürün ile bağlantı kurularak iki telefon servisi arasında bir karşılaştırmalı reklamın mevcut olduğunu tespit etmiştir. Sonrasında ise yukarıdaki direktifin 3a(1) maddesinin sadece markanın kendisinin kullanımı konusunda bir sınırlama yaratmadığını ortaya koymuştur.⁴⁴⁵ Divan da aynı yönde karar vermiştir.⁴⁴⁶

Bu konunun incelememiz açısından önemi, arama ağı reklamcılığı aracılığıyla marka kullanımının karşılaştırmalı reklam olarak kabulünün mümkün olup olmadığı noktasındaki sorudan ileri gelmektedir. İncelememizde Türk Hukukunda karşılaştırmalı reklamlar hakkındaki tartışmaları bir kenara bırakarak, anılan kullanımın, *de lege feranda* olarak karşılaştırmalı reklam teşkil edip etmediği noktası

⁴⁴³ 94/450 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi madde 3a(1)(g).

⁴⁴⁴ Bazı hukuk sistemlerinde, tarihsel olarak, soylulardan oluşan bir çeşit danışma kuruludur.

⁴⁴⁵ 94/450 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifinin giriş kısmında, karşılaştırmalı reklamlarda rekabetçi markanın kendisinin kullanılmasının reklamın gücünü arttıracığı belirtilmiştir. Bunun dışında, Direktif, karşılaştırmalı reklamların unsurlarına bir yenisini eklememiştir.

⁴⁴⁶ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=celine&docid=69019&pageIndex=0&docId=69019&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=794766#ctx1>, Case C-533/06, İlam, N. 73, (12.05.2012); Rekabet halindeki ürünlerin yeterince açık biçimde tüketicilere karşılaştırmalı reklam olarak sunumunun hukuka uygun olduğu yönündeki başka bir karar için bakınız: Lidl SNC v Vierzon Distribution SA, Case C-159/09; **BENGANI Shalini**, Is Comparison of the non-verifiable misleading comparative advertising?, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2011, Vol. 6, No. 5, s. 298 vd.

üzerinde durmak istiyoruz. Sonrasında ise Türk Hukukundaki duruma işaret edilecektir.

Anahtar kelimenin arama motorunda aranması ile yukarıda da belirtildiği üzere o kelime ile ilgili bağlantılı sonuçlar göz önüne serilmektedir. Yani arama ağı reklamcılığı konusunda dikkat seviyesi yüksek ve makul düzeyde bilgiye sahip bir kişinin, aranan kelime ile ortaya çıkan sonuçlar arasında bir “bağlantının” olduğunu ve bu bağlantıların aranan ürün ile rekabet içinde olan veya o markanın saygınlığından yararlanmak isteyen ürünlere ilişkin olabileceğini bildiğini varsayabiliriz. Elbette farklı mal ve hizmet sunan şirketler, yine farklı mal ve hizmet sunan tanınmış marka ifadelerini anahtar kelime olarak alarak onun tanınmışlığından haksız yararlanabilir.

Bu aşamada, kullanıcı tarafından aranan ürün, tüketicinin dikkat seviyesi gibi aşağıda ayrıntılı olarak incelenen faktörler devreye girmektedir. Arama motorlarında yapılan aramalarda satın alınan kelimeler gömülü (görünmez) vaziyettedir. Arama yapan kişi, karşısına gelen sonuçlar ile anahtar kelime arasındaki bağlantıyı açık olarak göremez. Ancak bu durum peşinen reklamı, karşılaştırmalı olmaktan çıkarmamalıdır. Zira karşılaştırılan reklam unsurunu bizzat kullanıcının kendisi arama motoruna yazmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, karşılaştırmalı reklamların var olabilmesi için öncelikle bir karşılaştırmanın olması şarttır. Arama motorlarında ise bu karşılaştırma: kullanıcının arama motoruna girdiği marka ile adwords reklamlar sonucunda arama sonuç sayfasında görüntülenen marka arasında yapılmaktadır. Tek farkla ki, burada reklamdaki karşılaştırma iradesi örtülü olarak kullanıcı tarafından algılanır. Nitekim karşılaştırmanın örtülü bir şekilde de olması mümkündür. Yukarıda açıklanan *O2 Holdings Limited and O2 (UK)Limited v Hutchison 3G UK Limited* davasında da karşılaştırılması istenilen ürün ile örtülü olarak bağlantı kurulduğu hatırlanmalıdır. Önemli olan, reklam iradesinin reklamın hedef kitlesi olan muhatapları tarafından nasıl anlaşıldığıdır.⁴⁴⁷ Bu nedenle yapılacak nitelendirmede aranan ürünün genel veya uzmanlarca kullanılan bir ürün olup olmadığı, ürün ile ilgilenen tüketicinin dikkat düzeyi, ürünün fiyatı vs. hususlar birlikte değerlendirilmelidir. Bu unsurların birlikte değerlendirilmesinin sebebi,

⁴⁴⁷ Yukarıda anılan “*anlaşılabilir*” kelimesi ile anlatılmak istenen, aldatıcı veya hukuka aykırı reklam niteliğini taşımayan ve bu nedenle tüketiciyi irade fesatına uğratma ihtimali olmayan beyanlar anlaşılmalıdır. Elbette anılan iradenin yorumlanmasında reklama muhatap olan kitlenin dikkat düzeyi de ayrı bir önem taşıyacaktır.

kanaatimizce, internet kullanıcılarının, televizyon reklamlarının muhatapları gibi pasif değil aksine aktif olarak e-ticaretin süjesi olmasından kaynaklanmaktadır. Buradan çıkacak en kestirme sonuç, arama motoru aracılığı ile yapılan aramaların hukuki olarak karşılaştırmalı reklam olarak da değerlendirilebileceğidir.

Örneğin, X marka ifadesini adwords olarak satın alan rakip Y şirketinin sadece uzmanların kullandığı bir yazılım ürünü pazarladığını varsayalım. X markasını arama motorunda arayan kullanıcıların karşısına Y şirketinin reklamı olan “*Bir de Y marka yazılımı denemek istemez misiniz?*” şeklindeki reklam metni ve alan adının çıktığını düşünelim. Kullanıcıyı bir tıklama ile Y markasına ait yazılım ürünü hakkında araştırma yapabilme imkânına sahip olduğunu da ekleyelim. Böylesi bir kullanım yüksek dikkat düzeyine sahip kullanıcılar arasında karşılaştırmalı reklam olarak değerlendirilebilir.

Arama motoru reklamcılığında bir piyasaya girmeye çalışan markanın arama motorunda marka ifadesi satın alınan markayı kullanarak tüketici ile temas etmesi vakıası⁴⁴⁸ karşısında, hukuka uygun kullanım probleminin -son tahlilde- ancak karşılaştırmalı reklamlar içinde bulunabileceği kanaatindeyiz. Çünkü anılan kullanımın hukuka uygunluğu denetlenirken özelden genele gidilerek, sırasıyla Marka Hukuku, Haksız Rekabet Hukuku ve son olarak Reklam Hukuku göz önüne alınmaktadır. Marka ihlali teşkil etmeyen ve haksız rekabet durumu da teşkil etmeyen durum, hukuka uygun karşılaştırmalı reklam olarak da değerlendirilebilir. Bu nedenle, uygulamada mahkemenin yukarıdaki sırada inceleme yürüterek hüküm kurması gerekir.

6102 sayılı TTK öncesinde de, karşılaştırmalı reklamların Türk Hukuku bakımından hukuka uygun olmadığına ilişkin görüşler bulunmaktaydı.⁴⁴⁹ Türk Hukukunda hukuka uygun karşılaştırmalı reklamın yasak olduğuna ilişkin görüş, TTK'nın 55. maddesinin açık hükmü karşısında artık dayanaksız kalmıştır. Bu nedenle, karşılaştırmalı reklamın ve hukuka uygunluk şartları normatif bir düzenlemeye kavuşmuştur. Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 11. maddesinde belirtilen sınırlamalar, TTK'ya alınmamıştır. Anılan yönetmeliğin kanunda çizilen çerçeveyi gerekçesiz daraltarak Anayasaya aykırı bir düzenleme olduğuna ilişkin görüşün, kanun koyucunun yeni TTK'yı düzenlerken

⁴⁴⁸ KANDEMİR, s. 329 vd..

⁴⁴⁹ ÜREY, s. 57, dpn. 155'de anılan yazarlar.

işbu sınırlamalara yer vermemesi göz önüne alındığında, haklı olduğu anlaşılmaktadır.

B. İşaretin AdWords Olarak Markasal Kullanımı ve Sorumluluk Rejimi

1. Reklam Veren Açısından: Avrupa Adalet Divanı öncelikle, reklam verenin ve arama motorunun sorumluluğuna ilişkin kullanımın niteliği konusunu araştırmıştır.⁴⁵⁰ Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere, marka işaretinin kullanımı her halde marka hakkının bir ihlalini oluşturmayabilir. Buna karşılaştırmalı reklamları ve markanın dürüstlük kuralına uygun kullanımını örnek olarak gösterebiliriz. Bu kapsamda, adwords reklamların markanın ticari bir kullanımı oluşturup oluşturmadığı konusunda bir karar vermemiz gerekmektedir.

Arama motorları, kendilerinin veri tabanına aldıkları veya kendi sistemleri sayesinde ulaşabildikleri bilgileri, kullanıcılara arama sonuç sayfasında sunmaktadır. Sunulan bilgilerin içeriğindeki bazı ifadeler ise reklamcılar tarafından satın alınmaktadır. Öncelikle, ifadeyi satın alarak internet kullanıcılarına kendi pazarladıkları ürünleri satan reklamcıların ticari etki doğuran bir faaliyet yürüttükleri tartışmasızdır. Ancak faaliyetin ticari olması değil, marka hakkını zedeleyip zedelediği önem taşımaktadır. Bir marka hakkı ihlalden söz edebilmemiz için, kural olarak, markanın işlevlerinin zarar görmüş olması gerekmektedir. Marka hakkı sahibinin izni olmaksızın markanın adwords olarak kullanılması halinde marka ihlali olması mümkündür. İhlal yaratan durumların tek tek sayılması ise mümkün değildir.

Örnek olarak, arama sonuç sayfasında görüntülenen reklam ile kullanıcının aradığı marka arasında marka ihlaline elverişli şekilde bağlantı ihtimali veya karıştırma tehlikesi ortaya çıkabilir. Ya da reklamı yapılan marka, kullanıcının aradığı marka ile aynı/ ayırt edilemeyecek kadar benzer /benzer işareti haiz ve aynı /benzer mal veya hizmet sınıflarında kullanılıyor olabilir. Yukarıda sayılan her ihtimalde de MarkKHK m. 9/II gereği, markanın köken belirtme, ayırt etme ve de garanti işlevlerinin zarar gördüğü ileri sürülebilir. Özellikle taklit ürünleri piyasaya süren kişiler, internet kullanıcılarının düşük dikkat seviyesinden yararlanıp pazarlama girişiminde bulunmaktadırlar. Uygulamada çokça karşılaşılan bir diğer durum ise, tanınmış markanın adwords olarak satın alındığı hallerde, tanınmamış reklam veren markanın, tanınmış markanın saygınlığından yararlandığı hallerdir. Tanınmış marka koruması

⁴⁵⁰ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 24 vd.

bahsinde arz edildiği gibi, tanınmış markanın koruma kapsamı daha geniştir. Öyle ki, tanınmış marka ile aynı/ ayırt edilemeyecek kadar benzer /benzer işaretin farklı mal veya hizmet sınıflarında dahi tescili mümkün değildir ve kullanımı marka hakkına tecavüz teşkil eder.

Yukarıdaki marka hakkına tecavüz niteliğindeki örnekleri çoğaltmak mümkündür. İnternet alanında meydana gelen marka ihlallerinin bir özelliği ise, teknolojiye paralel olarak her geçen gün görünüm şekillerinin değişmesidir. Nitekim her sonut olayda uyumsuzluğa konu işaretler, hedef alıcı kitlesi, ilgili mal veya hizmet sınıfları ve reklamın şekli gibi pek çok unsurun tek tek ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle, 3. kişilerin marka sahibinin izni olmaksızın adwords olarak markayı kullanması marka ihlali de teşkil etmeyebilir.

Fikri ve sınai haklara ilişkin mevzuatın markaya sağladığı korumaya ilişkin hükümlerden, markanın sadece marka hakkı sahibi tarafından kullanılacağı gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. İfade özgürlüğünün bir parçası olarak, insanların mümkün olan her türlü iletişim aracını, bir başkasının ve kamunun menfaatini zedelemeyen, özgürce kullanması kural; bir takım sınırlamalar ise istisnadır. Bu anlamda, markanın adword olarak kullanımını doğrudan marka hakkını ihlal olarak değerlendirmenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.⁴⁵¹ Nitekim Avrupa Adalet Divanı ve ABD Federal Mahkemesi de, bu konudaki fikrimizi desteklemektedir.

Markanın adwords olarak kullanımının ticari etki yarattığı ancak marka hakkını ihlal etmediği durumların var olduğunu yukarıda belirtmiştik.⁴⁵² Bu durumların dışında, markaya ilişkin işaretin ifade özgürlüğü içinde 3. kişilerce kullanılması meselesini de göz önünde tutmak gerekir. Bu gibi durumlarda, marka, ticari bir etki yaratacak şekilde fakat kamu menfaati gereği ve hiçbir ticari amaç olmadan kullanılabilir. Şu halde marka ihlalinin olup olmadığı meselesi gündeme gelebilir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, markaya ilişkin işaretin marka sahibi tarafından marka hakkını zedelemeyen kullanımı hukuka uygundur. Bu kapsamda hiçbir ticari amacı olmayan tüketici dernekleri gibi kişilerin de bir propaganda yöntemini içinde 3. kişiye ait markayı kullandığı gözlenmektedir. Örneğin, bir tüketici derneğinin hakkında çokça şikâyet gelen ve kamu sağlığını tehdit eden bir gıda ürününe ait

⁴⁵¹ **BOZBEL**, Adwords, s. 109.

⁴⁵² 3§/III. Bölüm/ A – 1(d).

markayı anahtar kelime olarak satın aldığını düşünelim. Bu ihtimalde, arama motoruna ilgili ifadeyi giren bir kullanıcı, anılan tüketici derneğinin görüşlerine ilişkin linki de arama motoru sonuç sayfasında görebilecektir. Kullanıcı, bu linke ilişkin sayfaya bakarak satın almayı planladığı gıda ürününü satın almaktan vazgeçebilir. Şu halde ortada ticari bir etkiden hareketle marka hakkının ihlali sonucuna varmak mümkün olabilir mi? Kanaatimizce, bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira marka hakkı, markanın zikredildiği her alanda bir koruma sağlamaz. Bu hak ile koruma altına alınan menfaat, serbest rekabetin dürüstçe gelişmesi ve yeniklerin teşvikidir. Diğer yandan, tüketici derneklerinin markayı kullanarak tüketiciyi bilgilendirmesi, tüketici haklarının gelişmesi, serbest piyasa ve rekabet ortamının gelişimi açısından da gereklidir.

Aşağıda ayrıntılı incelendiği üzere, ABD Temyiz Mahkemesi'ne *Rescuecom Corp. v. Google Inc.*⁴⁵³ davası ile ilgili görüş sunan Electronic Frontier Foundation (EFF),⁴⁵⁴ anılan davada verilen kararın internet ortamındaki gelişim sürecine büyük etkisi olacağı belirtildikten sonra, markanın tüketici menfaati nedeniyle kullanımına yönelik çarpıcı bir örnek vermiştir.⁴⁵⁵ Google arama motoruna “McDonald’s” ifadesi yazıldığında sponsor bağlantılar altında: “The Coalition of Immokalee Farm Workers” adlı Tarım İşçileri Örgütüne ait bir duyuru görüntülenmektedir. Örgütün amacı, büyük tarım işletmelerinde çalışan işçilerin haklarını koruma lehine faaliyette bulunmaktır. Bu amaç içinde, anılan örgüt McDonald’s firmasının işlettiği tarım işletmelerinde bir grev planlamış ve bu grevi kamuoyuna duyurmak için “McDonald’s” markasını Google arama motorunda adwords olarak satın almıştır. Kullanıcıların markaya arama motoruna yazmasıyla birlikte, anılan örgütün alan adı ve greve ilişkin bir takım bilgiler görüntü sayfasında sıralanmıştır. Grevin en önemli hedefi, McDonald’s ürünlerini alınmaması hususunda bir telkini içermekteydi. EFF'nin raporuna göre,⁴⁵⁶ kullanıcılar internet alanında aradıkları ürüne ilişkin birçok farklı ögeyi arıyor olabilir. Bu anlamda internet, markaların bir reklam sahası olmaktan çok; kullanıcılarına bağımsız haber alma fırsatı sunan bir bilgi pınarıdır. Bu pınarın, salt markanın ticari stratejisi zedelenme ihtimali gerekçesiyle kısıtlanması, internetin amacına, tüketicilerin korunmasına ve ifade özgürlüğüne ağır

⁴⁵³ 562 F.3d 123(2nd Cir. 2009); http://w2.eff.org/legal/cases/rescuecom_v_google/06-4881-cv.pdf(20.04.2012).

⁴⁵⁴ <https://www.eff.org> (22.04.2012).

⁴⁵⁵ <http://www.scribd.com/doc/1804507/EFF-EFF-amicus> (22.04.2012).

⁴⁵⁶ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 40 vd.

darbeler indirebilir. Bu kapsamda, McDonald's markasını adwords olarak kullanan tarım işlerinin ifadeyi markasal kullanmadıkları; reklam dolayısıyla McDonald's aleyhine bir ticari etki doğsa dahi, ifade marka olarak kullanılmadığı için herhangi bir sorumluluk doğmaması gerekir. Ortaya çıkan ticari etki, kendiliğinden bir marka hakkı ihlaline sebep olmaz. Markanın işlevlerinin zedelenip zedelenmediği ayrıca araştırılmalıdır. Sonuç olarak, kullanım ifade özgürlüğünün kullanımı şeklinde değerlendirilmelidir.

Benzer şekilde, siyasi kampanyalar sırasında kendilerini aday olarak açıklayan kişilerin isimlerinin adwords olarak satın alınması da mümkündür. Bu halde, seçmenler, adayları hakkında birçok farklı kaynaktan bilgi edine bilir ve rasyonel bir seçimde bulunabilir. Kişi adının bu anlamda satın alınmasına MK m. 24 gerekçesiyle de karşı çıkılması mümkün olmamalıdır. Zira siyasi bir kampanyaya adaylığını açıklayan bir kişinin, kendisi lehine veya aleyhine haber yapılmasını ve yayılmasını kabul ettiği varsayılmalıdır meğerki o ifadeler kişilik haklarını zedelememiş olsun. Bu yaklaşımın temel sebebi, markaya ilişkin hakkın ticari sınırlar içinde kalması ve dil üzerinde bir tekel hakkı verilmemesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Buradan anlaşılmaktadır ki, internet ile ilgili esas sorun, kullanıcıların ilgi alanları ile ilgili bilgi kaynaklarına erişiminin nasıl sağlanacağıdır.⁴⁵⁷

Başka bir örnek olmak üzere, şu an okumakta olduğunuz incelememizin kitap halinde basıldığını ve kapak tasarımında, birçok arama motorunun tescilli markalarının da anılan tasarım içinde yer aldığını düşünelim. Kullanılan markalar için marka sahiplerinden hiçbir izin alınmadığını varsayalım. Kitabın yayını ile hak sahiplerinin ticari bir amacı olduğu ve ticari bir etkinin ortaya çıktığı, böylece bunun şahsi bir iş olarak nitelendirilemeyeceği ortadadır. Ancak kitap üzerinde markanın basılmasıyla markanın kullanımı gerçekleşmiş olmamaktadır. Nitekim ortaya çıkan ticari etki, markanın kullanımı sebebiyle değil, kitabın niteliği sebebiyledir. Yani aralarında hiçbir fonksiyonel bağlantı bulunmamaktadır. Marka hakkının ihlal edilebilmesi için, markanın kullanımı ile onun kullanımı sonucu ortaya çıkan ticari etki arasında mantıki bir illiyet bağının olması gerekmektedir. Kitap kapağında tanınmış marka olarak Google'a ait markanın kullanılmasının, tanınmış markanın saygınlığından haksız yararlanma olarak değerlendirilebileceği düşünülse de, kitabın

⁴⁵⁷ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 41. Bu konuda, şu an arama motorları tek imkan olarak gözükmektedir. Gelecekte günümüzde olduğu gibi sadece kelime esasına dayalı değil; ses, görüntü ve belki video bazlı aramaların da yaygınlaşacağı akıllardan çıkarılmamalıdır.

türü ve içeriği kullanımın dürüst ticarete uygun yapıldığını kanıtlayacaktır.⁴⁵⁸ Kitabın hedef kitlesinin niteliği düşünerek, geniş anlamda bağlantı ihtimalinin de olmadığını kabul edelim. Kapak tasarımında farklı markaların aynı anda yer alması, reklam iradesi veya karşılaştırma iradesi de olmadığı için karşılaştırmalı reklam da teşkil etmemektedir. Şu halde, kitap tasarımında kullanılan markaların ifade özgürlüğü içinde kullanıldığını ve bu nedenle marka hakkını ve onun işlevini zedelediği sonucuna varılmalıdır.

Konuya ilişkin vereceğimiz örnek Fransa'daki Danone protestosuna ilişkindir. Danone'nin Fransa genelinde birçok işletmeyi kapatması ve birçok kişinin işsiz kalması nedeniyle, bir Fransız gazetecinin satın aldığı “*Yeboycotte Danone*”⁴⁵⁹ alan adı davanın konusunu oluşturmaktadır. Fransız İlk Derece Mahkemesi, anılan kullanımın kötüleyici ve marka hakkını zedeleyici olduğunu kabul ederek, kullanımın sekiz gün içinde kapatılmasını, aksi halde alan adının faaliyette olduğu her gün için 150 euro para cezasına hükmedileceğine karar vermiştir. Bunun üzerinde dava temyiz edilmiş ve Fransız Temyiz Mahkemesi, düşünce özgürlüğünün fikri mülkiyet hakkından önce geleceğine karar vererek İlk Derece Mahkemesinin kararını bozmuştur.⁴⁶⁰

Alan adlarına ilişkin başka bir örnek olarak, “Oil Elf” ile ilgili alınan karar ilgi çekicidir. Rusya'dan Almanya'ya gelen petrol sevkiyatı sırasında yaşanan çevre sorunları nedeniyle Greenpeace⁴⁶¹ tarafından satın alınan benzer bir alan adı, davaya konu olmuştur. Alman İlk Derece Mahkemesi, yukarıdaki Fransa örneğinde olduğu gibi, markanın kötülenmesi nedeniyle marka ihlaline karar verdi. Ancak Alman Federal Mahkemesi, düşünce ve ifade özgürlüğünün mülkiyet hakkından önce geleceğini belirterek, İlk Derece Mahkemesi kararını bozmuştur.⁴⁶²

Yukarıda arz edilen örneklerden de anlaşıldığı üzere, WIPO'nun tavsiye metninde zikredildiği şekliyle, her nasılsa, ticari etkiyi haiz marka kullanımının marka hakkını ihlal edeceği düşüncesine katılmak mümkün değildir. Tavsiye metni “ticari etki”

⁴⁵⁸ Kullanılan marka, her ne kadar tanınmış olsa da, markanın işlevleri açısından bir inceleme yapılarak hüküm kurmak gerekir.

⁴⁵⁹ “Ben Danone'yi Boykot Ediyorum.”

⁴⁶⁰ **MEMİŞ Tekin**, Marka, Endüstriyel Tasarım, Faydalı Model ve Patent Davalarında İnternet Alan Adı Nedeniyle Ortaya Çıkan Marka Uyuşmazlığı, 17-18 Haziran 2005, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Kültürü 1. Ulusal Sempozyumu, İstanbul, 2005, s. 123.

⁴⁶¹ Çevreci bir sivil toplum örgütüdür. Ayrıntılı bilgi için bakınız: www.greenpeace.com.

⁴⁶² **MEMİŞ**, Sempozyum Notları, s. 123-124.

kavramını çok geniş yorumlamıştır. Oysa karşılaştırmalı reklamların marka ihlali yaratmadığı bir hukuk düzeninde ticari etki yaratan her türden marka kullanımı ihlal olarak yorumlamak doğru bir yaklaşım tarzı değildir. Karşılaştırmalı reklamlar yoluyla aynı reklam içinde marka sahibinin izni olmadan kullanılan markaların, dürüstlük kuralına uygun kullanılması halinde, herhangi bir ihlale yol açmamaktadır. Divan da, *L'Oréal SA and Others v Bellure NV and Others* kararına gönderme yaparak, karşılaştırmalı reklamların mevzuata uygun olduğu ölçüde marka hakkı ihlali oluşturmayacağına hükmetmiştir.⁴⁶³ Markaya ait işaretin kullanılış amacı ve marka hakkının koruma kapsamının birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekmektedir. Marka hakkının hiçbir hukuki ve ekonomik gerekçe olmadan genişletilmesinin zararlı etkilerinden böylece kaçınılabilir.

Sonuç olarak, reklam verenin amacının ticari olup olmadığı ve marka kullanımının ticari bir etkiyi haiz olup olmadığı meseleleri, markasal kullanıma ilişkin tespit açısından birer ön sorundur. Bu nedenle bunların varlığı kesin olarak marka ihlaline delalet etmeyebilir. Örneğin, Divan, *Arsenal* kararında, Topluluk Marka Tüzüğü'nün 9. maddesinde ticari faaliyet kapsamında, markasal nitelikte ve şahsi amaçlarla sınırlı kabul edilemeyecek kullanımların marka hakkının ihlali teşkil edeceğine hükmetmiştir.⁴⁶⁴ Her somut olayda bu unsurların varlığı ve bu unsurların markanın işlevlerine olan etkileri ayrı ayrı incelenmelidir. Bir tablo ile durumun daha net ortaya koyulması mümkün olabilir. Eğer marka 3. kişi tarafından adwords olarak kullanılmış ve marka hakkı sahibinin izni yoksa, aşağıdaki ihtimaller gündeme gelebilir. (Bakınız: Tablo-1).

Reklamcılık uygulamalarının çoğunlukla örtülü olduğu göz önüne alındığında, reklam veya propaganda çalışması yapanların ticari söylem doktrini açısından faaliyetlerinin reklam iradesi teşkil edip etmediğinin araştırılması gerekir. Zira “tüketici derneği” ve “şahsi kullanım” görüntüsü altındakilerin, karalayıcı veya yanıltıcı veyahut aldatıcı tarzda bilgi vermesi veya örtülü reklam yoluyla tüketicileri yönlendirmesi de mümkündür. Bu nedenle, reklam verenin amacının titizlikle incelenmesi ve reklamcılarının faaliyetleri ile bir sınır oluşturulması gerekir. Böylesi bir denge, markanın dürüst kullanımı ilkesi ve tüketici haklarının gelişimi açısından

⁴⁶³ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 25; Kararın İngilizce metni için bakınız: (C-487/07) <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007CJ0487:EN:HTML> (22.04.2012).

⁴⁶⁴ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 25.

da bir zorunluluktur. Reklam verenin amacı, her ne kadar elektronik ortamda vergilendirmeye ilişkin bir kurallar bütünü olmasa da, vergi kayıtlarının incelenmesi yoluyla anlaşılabilir.

a. Markanın İşlevi Açısından Adwords Kullanımı

Reklam veren açısından, ticari bir etkinin olup olmadığının anlaşılmasında üç kıstas göz önüne alınabilir. Bunlar: 1) Reklam verenin anahtar kelimeyi veya yönlendirici kod ile elde etmek istediği amaç, 2) Faaliyetin meydana getirdiği ticari etki ve onun boyut ve 3) Reklam verenin amacı ve ortaya çıkan ticari etki arasındaki ölçü olarak sıralanabilir. Reklamda kullanılan işaretin markasal kullanımını ise markanın işlevleri açısından bir değerlendirme gerektirmektedir.

Bilindiği gibi markanın işlevleri, ayırt edicilik, köken belirtme, garanti ve reklam işlevi olarak sıralanabilir. Reklam verenin ticari bir amacının olduğu veya durumlarda ticari bir amacı olmasa da ticari etki yarattığı hallerde, işaret marka olarak kullanılmaktadır. Aşağıdaki arama motoru görüntü sayfasından görüleceği üzere, reklamlar bölümü, sayfanın başında veya sağında farklı renkle ayrılmış ve reklam ifadesiyle etiketlenmiş bir vaziyette görünmektedir. Her bir reklam: slogan, metin ve alan adının birleşiminden oluşmaktadır. Sloganların da marka olarak tescil ettirilebilmesi nedeniyle, sloganları da marka hukuku açısından bir denetime tabi tutmak gerekebilir.



AdWords reklamlarda, marka ifadesi satın alınan markaya ilişkin ifadenin açıkça yazılması, kullanıcı/tüketicilerin malların menşei veya kökeni konusunda aydınlatmaktadır. Böylece markanın ayırt etme ve köken belirtme işlevlerinin adwords reklamlar yoluyla yerine geldiğini tespit etmiş oluyoruz. Köken belirtme

işlevi ile yakından bağlantılı garanti işlevinin de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Reklam verenlerin kimlik bilgilerinin ve markalarının açıkça yazılması, Markalı 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Direktifinin de bir gereğidir.⁴⁶⁵ Ancak burada asıl dikkat çekilmesi gereken şey, markanın reklam işlevidir. Reklam verenlerin adwords kullanımı halinde, markanın reklam işlevinin zarar görüp görmeyeceği hususu tartışılabilir.

Markanın işlevleri, marka hakkı sahibinin veya onun yetkilendirdiği 3. kişilerin marka üzerindeki hâkimiyetinin ve hak sahibi olmayanların kullanım çerçevesinin sınırını çizer. Marka hakkının, satılan markalı mal veya hizmet açısından, tükendiği durumlarda, mal veya hizmeti satın alanın reklam yapması, acaba marka hakkına dâhil bulunan reklam işlevine zarar verir mi? Somutlaştırırsak, sadece seçkin işletmeler tarafından satışa arz edilen bir ürünün, satın alındıktan sonra internet yoluyla piyasaya sürülmesi halinde markanın reklam işlevi zarar görmüş olur mu?

Yukarıda arz edileldiği üzere, Divan, *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV* davasında markanın saygınlığına ciddi şekilde bir zarar gelmediği takdirde, markalı mal veya hizmeti satın alanın reklam faaliyetinde bulunabileceğine hükmedilmiştir.⁴⁶⁶ Markanın adwords olarak internette kullanımı açısından, biz de Divanla aynı görüşleri paylaşıyoruz. Markalı mal veya hizmeti satın alan kişilerin, serbest rekabet kuralları içinde reklam faaliyetlerini engelleyecek hiçbir neden bulunmamaktadır. Elbette bu faaliyet, marka hakkına dâhil olan reklam işlevine zarar vermediği ölçüde serbest kalmalıdır.

Tanınmış markaların dışındaki markalar açısından diğer bir tehlike de, mal veya hizmeti satın alan kişilerin, internet ortamındaki reklam faaliyeti nedeniyle marka sahibi gibi görüldüğü hallerdir. Bu hallerde markanın reklam işlevinden, markanın sahibi değil, bir takım markalı malı satın almış kişi(ler) yararlanır. Hatta kullanıcılar, adwords reklamda anılan markanın, yine adwords reklamdaki alan adı ile bağlantılı olabileceğini de düşünebilirler. Bu hallerde de markanın reklam işlevinin zarar gördüğü söylenebilir. Nitekim divan, *Google v Louis Viutton* davasında, markanın köken belirtme fonksiyonunu değil; markanın reklam ve garanti unsurunu kararına esas yapmıştır.⁴⁶⁷ Buna göre, eğer arama motorunda yer alan reklamlar, markanın

⁴⁶⁵ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 25.

⁴⁶⁶ 1§/ IV - D Bölüm - 2.

⁴⁶⁷ BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 26.

kime ait olduğunu ve reklam verenin hangi ürünleri satın mı aldığı; yoksa ürettiği mi konusunda bir tereddüt yaratıyorsa, markanın reklam ve garanti işlevinin zedelendiği söylenebilir. Bu durum, internet kullanıcılarının düşük dikkat seviyesini, reklamların görüntülenme biçimini ve görünüşlerini son derece önemli bir hale getirmektedir.⁴⁶⁸

Tescilli marka ile reklamlarda kullanılan markanın ayniyet taşıması, marka sahibinin, markadan satış geliştirme ve ticari strateji aracı olarak yararlanma imkânını azalttığı ölçüde markanın reklam işlevine zarar verecektir. Bu zarar kimi zaman markalı malın arz edildiği ortamla; kimi zaman ise yapılan reklam faaliyetinin yoğunluğu nedeniyle gündeme gelebilir. İlk ihtimalde reklam işlevindeki zarar, özellikle tanınmış markalar açısından, MarkKHK m. 9/f. 1- (c) uyarınca saygınlığın zedelenmesi biçiminde görünür. Divan, *L'Oréal SA and Others v Bellure NV and Others* davasında, markanın tanınmışlığından yararlanma hallerinin kapsamını epeyce genişletmiştir.⁴⁶⁹ Anılan davanın konusu, L'Oréal parfümlerinin benzerlerini üreten kişilerin, tanıtım broşürlerinde ve internet reklamlarında kendi ürünlerini tanıtırken *L'Oréal* markasına atıf yapmasıdır.⁴⁷⁰ Anılan kararda Divan, *L'Oréal* markasının liste ve kataloglarda kullanımının marka hakkını ihlal etmediğini tespit etmiş; ancak yine de davacının tanınmış marka olması nedeniyle haksız bir yararlanmanın varlığına hükmetmiştir.⁴⁷¹ Kanaatimizce, sadece tanınmış markanın varlığı haksız yararlanmaya esas olamaz. Karşılaştırmalı reklamlarda tanınmış bir markayı teşhir edebilen bir işletmenin; markayı yine dürüst bir ticari uygulama içinde kullanmasına, sadece markanın tanınmış olması gerekçe gösterilerek engellenmemelidir. Her somut olayda, markanın işlevinin zedelenip zedelenmediği araştırılmalıdır. Yukarıda yaklaşım, tüketiciler açısından da sakıncalı sonuçlara neden olabilir. Zira “*bir kokunun benzerini üretip satmak hukuka aykırı değilse; bu ürünün varlığından ve özelliklerinden tüketicinin haberdar edilmesinin marka hukukuna dayanarak engellenmesi, marka hukukunun tüketiciyi koruma amacıyla*

⁴⁶⁸ Doktrinde *Memiş*, alan adları ile ilgili bir konuşmasında, alan adlarına ilişkin kullanımın MarkKHK m. 12 kapsamında değerlendirilmesi hususundaki olumsuz görüşlerin yerinde olmadığını belirtmiştir. Bunun yerine kullanımın kendi niteliğinin göz önüne alınması gerektiğini ifade etmiştir. Gerçekten de, internet ortamındaki uyumsuzlukların kendine has özellikleri ve hızla gelişen durumu göz önüne alındığında, her somut olayın ayrıca incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, biz de *Memiş*'in anılan görüşlerine katılıyoruz. (**MEMİŞ**, Sempozyum, s. 122.).

⁴⁶⁹ **BAYRAMOĞLU**, Arama Ağı Reklamları, s. 27; (C-487/07) *L'Oréal SA and Others v Bellure NV and Others*, paragraf 49-50.

⁴⁷⁰ Bir kokunun marka olarak tescilinin mümkün olup olmadığı hususuna yukarıda değinmiştik. Rakip firmaların kokuyu analiz edip, tersine mühendislik yoluyla kokuya yakın bir parfüm üretmelerinin önünde hiçbir engel yoktur. Koku, bizim de katıldığımız görüş uyarınca, tescil edilebilecek bir unsur olmayıp, markaya ekonomik değerini katan bir unsurdur.

⁴⁷¹ (C-487/07) *L'Oréal SA and Others v Bellure NV and Others*, paragraf 58.

bağdaşmaz.”⁴⁷² İkinci ihtimalde ise, piyasaya yeni girmiş veya gelişmekte olan bir markanın ticari stratejisi reklam veren/marka hakkını tüketen nedeniyle zarar görür.

b. Sorumluluğun Normatif Dayanakları

Reklam verenin internet içerik sağlayıcısı olarak marka hakkını ihlal edici reklam faaliyeti nedeniyle MarkKHK m. 9/f. 2 – (e) uyarınca sorumlu olacağı açıktır. Reklam verenin doğrudan içerik sağlayıcı olduğu hallerde, sağladığı içerikten kusur sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olacağını yukarıda incelemiştik. Bu nedenle öncelikle içeriğin Marka Hukuku anlamında marka hakkına tecavüz edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Kullanımın marka ihlali olmadığı ve fakat dürüst ticari uygulama olarak nitelendirilemediği hallerde ise, 6102 sayılı TTK m. 55 vd. uyarınca haksız rekabet hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir. Reklamın ne marka hakkı ihlali ne de haksız rekabet durumu teşkil etmediği durumda ise, BK m. 57 uygulama alanı bulur.

Reklam veren kişi, bunu internette herhangi bir aracı kullanmadan kendisi kullanması halinde MarkKHK m. 61/(a) ve (b) uyarınca sorumlu tutulabilir. Reklam veren marka hakkını ihlal eden kullanıma talimatları ile neden olmuşsa ve internet üzerindeki reklam faaliyeti reklam ajansları veya optimasyon hizmeti verenler tarafından yürütülüyorsa, reklam veren, reklam ajansı ve optimasyon şirketi MarkKHK m. 61/ (c) uyarınca sorumlu tutulabilir.

İncelememizin giriş kısmında reklam faaliyetinin genellikle, reklam ajansları eliyle yürütüldüğünü belirtmiştik. Reklam ajanslarının marka ihlali konusundan sorumlu tutulup tutulamayacağı konusu, tamamen reklam faaliyetinin niteliği ile ilgili bir meseledir. MarkKHK m. 61/(c) uyarınca: *“Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak”* marka hakkına tecavüz sayılan haller arasında belirtilmiştir. Uygulamada, internet reklam ajanslarının reklamı aslında üreten ve çoğu zaman yayımını da yöneten konumunda olması nedeniyle, reklam ajanlarının da çoğu zaman marka hakkı ihlalden sorumlu olduğu görülmektedir.

⁴⁷² BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 30.

Bunun yanında, markanın markanın arama motorunda üst sıralarda görüntülenmesi hizmeti veren arama motoru optimasyonu şirketlerinin de, yukarıda koşullar dâhilinde sorumluluğu gündeme gelebilir. Müşterilerin talimatları ile başkasına ait bir markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini ihlale neden olabilecek şekilde adwords olarak kullanan reklam ajansı da sorumlu olmaktan kurtulamayacaktır. Zira düzenlemenin lafzı yorumu gereksiz bırakacak derecede açıktır. Özellikle taklit mal veya hizmetlerin satışa sunulduğu hallerde durum böyledir. Ancak doktrinde bu hükmün geniş yorumlanması gerektiği yönündeki yoruma bizde katılıyoruz. Bu nedenle reklam ajansının ve arama motoru optimasyonu hizmeti veren kişilerin marka hakkı ihlalden sorumluluğu da ayrıca tartışılmalıdır. Sonuç olarak, internet üzerinde reklam faaliyeti yürüten kişi kimse, o kişi içerik sağlayıcıdır ve MarkaKHK m. 61 uyarınca marka hakkı ihlalden doğrudan sorumludur.

Arama motorunda bir kişi adının satın alınması durumunda ise kişilik haklarına herhangi bir tecavüz olduğu hallerde MK m. 24 ve BK m. 56'ya (manevi tazminat) dayanılarak bir takım hukuki yollara başvurulabilir. Ancak bu durum inceleme konumuz dışında kaldığı için bu açıklamalarla yetiniyoruz.

2. Arama Motoru Açısından: Arama motorlarının gelişim süreci içinde anahtar kelimelerin satışı yoluyla çok yüksek reklam geliri elde ettiklerini belirtmiştik. Bu açıdan, reklam verenin linkinin arama sonuç sayfasında görüntülenme karşılığı anahtar kelimelerin satışı işleminin ticari bir faaliyet olduğu açıktır. İfade edildiği üzere faaliyetin ticari olması tek başına marka hakkının ihlali için yeterli değildir. Arama motoru açısından ise bu sorun daha karmaşıktır. Zira markanın yer sağlayıcı konumundaki arama motorunca kullanılmasıyla, arama motorunun müşterilerinin markayı kullanması ve bu nedenle doğacak sorumluluk durumu birbirinden farklı iki duruma işaret etmektedir. Bu nedenle aşağıda ayrı ayrı ele alınacaktır:

a. İşaretin Arama Motorunca Marka Olarak Kullanımı Nedeniyle Arama Motorunun Sorumluluğu:

Reklam verenin markayı adwords olarak satın alması ve reklam faaliyetinde kullanması, arama motorunun bir yazılım yardımı ile kurduğu ve otomatik olarak işleyen bir sistem sayesinde mümkün olabilmektedir. Bu noktada, işbu sistem vasıtası ile arama motorunun markayı kullanılıp kullanılmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Divan, arama motorunun reklam sisteminde aktif bir etkisi ve denetimi

olmaması nedeniyle, reklamcı tarafından satın alınan işareti marka olarak kullanmadığı kanaatindedir.⁴⁷³ Doktrinde de, özellikle genel nitelikli ifadelerin bütün işletmeler tarafından marka olarak tesciline olanak sağlanabileceği ve arama motoruna, reklamcı tarafından satın alınan ifadelerin marka ihlali yaratıp yaratmadığı hususunda bir inceleme külfeti yüklemenin doğru olmayacağı ifade edilmiştir.⁴⁷⁴

Markanın kullanıldığı ve ticari amaçla yapılan her işin kendiliğinden kullanımı markasal hale getirmedeğini; markasal bir kullanımdan söz etmek için ortaya çıkan ticari etki ile kullanım arasında uygun bir illiyet bağı bulunması gerektiğine yukarıda değinmiştik. Bunun yanında Avrupa Adalet Divanı, hangi kullanımların marka ihlaline ilişkin etki yarattığına dair görüşlerini bazı kararlarında belirtmiştir.⁴⁷⁵

Arama motorunun reklam verenlere marka olarak tescilli işaretleri dahi satması işlemi ticari bir iştir. Ancak, bu ticari iş ile ortaya çıkan ticari etki, arama motorunun markayı kullanması sonucu elde edilmemiştir. Arama motoru sadece reklam verene bir reklam mecrası sunmuştur ve bu mecraı aktif olarak denetlememektedir.⁴⁷⁶ Bu durum arama motorunun yer sağlayıcı konumundan ileri gelmektedir. Arama motorlarının sağladığı bu imkânı bir pazar alanı veya alışveriş merkezi olarak hayal edebiliriz. Alışveriş merkezinde konumlanmak için kira ödeyen bir mağazanın ticari alana arz ettiği ürünleri nasıl mülk sahibi arz etmiş sayılmayacaksa; reklam verenin arama motorundan satın aldığı kelimelerin de arama motoru kullanmış doğrudan olmaz.⁴⁷⁷ Divan, *Google v Louis Vuitton* kararında da, arama motorunun kelimeleri satışı ile marka kullanımı ile ortaya çıkan ticari etki arasında bir bağlantı olmadığından hareketle, Google'ın adwords kelimeleri markasal kullanmadığına

⁴⁷³ **BOZBEL**, Adwords, s. 109-110; Aynı yönde Avrupa Adalet Divanı Kararları için bakınız: *Google France SARL Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL v Viaticum SA* (C-237/08), *Luteciel SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL* (C-238/08).

⁴⁷⁴ **MEMİŞ/BOZBEL**, Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından AdWords Reklamlar.

⁴⁷⁵ “61- Divan'ın daha önceden de tespit ettiği üzere 89/104 sayılı Yönergenin 5. maddesinin 3. paragrafında, 40/94 sayılı Tüzük'ün 9. maddesinin 2. paragrafında sayılan hareketler yani, işaret altında ürünler veya hizmetlerin satışa sunulması, bu işaret altında ürünler veya hizmetlerin ithal ve ihraç edilmesi ve işaretin iş evrakında kullanılması ve reklam, ürünler veya hizmetlerin kullanılması hallerini teşkil etmektedir. (Arsenal Football Club, paragraf 41 ve Adem Opel kararı, paragraf 20)[(KANDEMİR, s. 328, *naklen*)].

⁴⁷⁶ Benzer karar için bakınız: *Google France SARL Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA*, paragraf 57.

⁴⁷⁷ Bu konuda bir diğer örnek TV kuruluşlarının çalışmasıdır. Marka hakkı ihlaline neden olan bir reklamın TV'de yayınlanması nedeniyle sorumluluk kuşkusuz o reklamı yayınlayan kişilerde olacaktır.

karar vermiştir.⁴⁷⁸ İnternetin sunduğu bu özgün reklam modelinin tek farkı, ticari alana sunulacak her türlü verinin koşulsuz kendi sisteminden geçmesidir. Arama motoru sadece reklamcıların reklam yapacağı bir mecraya ilişkin bir takım imkânlar sunmuştur. Bu imkânların reklamcı tarafından kötüye kullanılmasının sorumlusu, kural olarak reklamların yayınlandığı mecra olmamalıdır.

Yukarıdaki açıklamalar, arama motorlarının aktif olarak adwords sistemine müdahale etmedikleri, reklam verenlerin otomatik sistem üzerinden reklam faaliyetini harekete geçirdikleri ve kural olarak, marka hakkının ihlali konusunda herhangi bir bildirim, ihtar veya dava söz konusu olmadığı haller içindir. Sonuç olarak, arama motorunun reklam faaliyetinden gelir elde etmesi nedeniyle adwords olarak belirlenen markayı ticari olarak kullandığı; ancak arama motorunun sistem üzerinde aktif bir etkisinin olmaması ve sadece markaya ilişkin bilgiyi depolaması nedeniyle, kural olarak, adwords ifadeleri markasal kullanılmadığı belirtelim. Kullanım olmadığı için sorumlu olunacak bir durumda bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, arama motorunun reklam yoluyla marka ihlalden sorumsuz olması için AB ve ABD mahkemelerinin aradıkları koşullar, yine AB ve ABD mevzuatında olan ve bizde TTK ve Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile mevzuatımızda olacak koşulların bir uygulamasıdır. Arama motoru depolama (hosting) hizmeti veren bir yer sağlayıcı konumundadır (reklam sistemi açısından). Bu nedenle, yer sağlayıcıların sorumsuzluğuna ilişkin sorumsuzluk kayıtlarından yararlanabilmektedir.

b. İşaretin Müşteriler (Reklam Veren) Tarafından Arama Motoru Aracılığıyla Kullanımı Nedeniyle Arama Motorunun Sorumluluğu:

Bir internet servis sağlayıcı olarak arama motorları açısından tartışılacak bir diğer husus, markanın müşteriler tarafından markasal kullanımı sonucunda doğan marka ihlalden doğacak sorumluluk meselesidir. Bu meseleyi incelerken konuyu üç hukuk düzeni açısından bir ayrıma tabi tutarak inceleyeceğiz. AB Hukuku açısından 8 Haziran 2000’de kabul edilen 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesi, ABD Hukuku açısından Dijital Bin yıl Telif Hakları Kanunu (*Digital Millennium Copyright Act – DMCA*) ve Türk Hukuku açısından TTK ve Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı dikkate alınacaktır. Anılan düzenlemelerde internet servis

⁴⁷⁸ *Google France SARL Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA, paragraf 104-105.*

sağlayıcılarına bir takım sorumsuzluk kayıtları tanınmıştır. Ancak bu kayıtlardan yararlanılması çeşitli şartlara bağlanmıştır. İşte incelmemizde her üç hukuk düzeni açısından bu inceleme yapılmaya çalışılacaktır.

aa. AB Hukuku Açısından

Arama motorları her türden bilginin sınıflandırılarak kullanıcılara belirli kurallar dâhilinde sunulduğu sanal veri tabanlarıdır. Bu veri tabanlarının en ünlülerinden biri olan Google, kendi amacının dünyadaki bütün bilgileri düzenlemek ve erişilebilir hale getirmek olduğunu açıklamıştır.⁴⁷⁹ Bu anlamda arama motorlarını bilgi toplumuna hizmet eden bir araç olarak düşünülebilir. Ayrıca bu platformları, girişimcilerin ürünlerini sergilediği bir tür “fuvar alanı” olarak düşünmek de mümkündür. Bunun yarattığı ekonomik etki de Yönergenin kapsamı içinde değerlendirilmiştir.⁴⁸⁰

Arama motorlarının sunduğu reklam hizmeti çoğunlukla arama motorunun aktif iradesi dışında otomatik olarak cereyan etmektedir. Arama motoru yapılan reklamların içeriğine aktif olarak müdahale etmemektedir. Sonuç olarak kullanıcı, başkaca bir içerik denetimine girilmez, gerekli verileri arama motoruna girerek reklamcılık faaliyetine başlamaktadır.

Öncelikle arama motoru hizmeti veren servis sağlayıcıların yasal koşulları gerçekleştirip bir “servis sağlayıcı” olarak tanımlanması gerekmektedir. Yukarıda bahsedildiği gibi, internet servis sağlayıcı olmak için herhangi bir izin sistemi mevcut değildir. Ancak üye devletlerin ilgili birimlerin bir takım bilgilerin ve kayıtların yapılması gerekmektedir. İlk olarak böyle bir bildirim varlığı şartına bağlı olarak, kayıtlı bir servis sağlayıcının Yönergenin sağladığı korumadan yararlanabileceğini belirtelim. Ortada sisteme kayıtlı bir servis sağlayıcının varlığını tespitten sonra, ikinci olarak, onun verdiği hizmetin türü tespit edilmelidir. Bilindiği gibi arama motorları çok çeşitli bilgi sağlama hizmetini kullanıcılara sunarlar. Ancak incelememizin konusu itibariyle, biz arama motorlarının reklamcılık hizmetini ele alacağız.

⁴⁷⁹ <http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?hl=tr&answer=70903> (24.09.2011).

⁴⁸⁰ “Avrupa Birliği Avrupa devletleri ve halkları arasında her zaman daha sıkı bağlar kurmayı ve ekonomik sosyal ilerlemeyi gerçekleştirmeyi hedeflemiştir. Antlaşmanın (Topluluğu Kuran Antlaşma)14/2. maddesi uyarınca iç pazar, içinde malların, hizmetlerin serbestçe dolaştığı ve hizmetlerin serbest ediminin gerçekleştirildiği, sınırların kaldırıldığı bir iç alandır. Bilgi toplumu hizmetlerinin, bu sınırların kaldırıldığı iç alanda geliştirilmesi de Avrupa halklarını bölen engellerin kaldırılması için önemli bir araçtır.”

Arama motorlarının verdiği hizmetler bir bilgi toplumu hizmetidir. Bu nedenle arama motorları her türlü bilginin erişimi ve dağıtımı konusunda hayati bir öneme sahiptir. Ticari iletişim konusundaki katkılarını yanında; bilgi toplumu oluşturmaya yönelik katkısı da büyüktür.⁴⁸¹ 2000/31 Sayılı AB Yönergesinde servis sağlayıcıların verdiği hizmetler: doğrudan iletim, ara (ön) belleğe alarak iletim ve depolama şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Yukarıda arz edilen adwords sisteminde, reklam veren kullanıcılar, kendilerine ve reklam kampanyalarına ait bilgileri arama motoruna kendileri vermektedir. Adwords reklam faaliyeti de arama motorunca verilerin gizliliğine uygun şekilde depolanan bu bilgilere dayalı olarak yapılmaktadır. Şu aşamada, arama motorunun reklam hizmetini “veri depolama – hosting” şeklinde gerçekleştirmiş olduğunu görüyoruz. Böylece, arama motorlarının reklam servisine ilişkin bilgi toplumu servis sağlayıcı olarak Yönergenin 14. maddesindeki sorumsuzluk rejimine tabi olacağını tespit etmiş buluyoruz.⁴⁸² Şunu hemen belirtelim ki, Yönergenin lafzında servis sağlayıcının içerik sağlayıcı mı yoksa yer sağlayıcı mı olduğu belirtilmemiştir. Reklam hizmeti özelinde, içeriğin reklam veren tarafından sağlanması göz önüne alındığında; arama motorunun yer sağlayıcı görevinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Yani bu bölümde servis sağlayıcı olarak ifade edilmek istenilen ve çeşitli sorumsuzluk kayıtlarından yararlandırılanlar aslında yer sağlayıcılarıdır. Divanın arama motorlarına ilişkin verdiği kararlarda bu teknik açıklamalara girmemiştir.

Yönergenin 14. maddesindeki sorumsuzluktan yararlanması, servis sağlayıcının yasadışı faaliyet veya bilgi hakkında bilgi sahibi olmamasına ve tazminat talepleri açısından farkına vardığı anda kaldırmamış olması şartına bağlanmıştır. Adwords sisteminde ise reklam veren kullanıcılar, kendine veya kampanyasına ait verileri kendi yazılımıyla vermektedir ve bu kayıt süreci tamamen otomatik olarak arama motorunun yazılımı aracılığıyla ve arama motorunun hiçbir aktif müdahalesi olmadan tamamlanmaktadır. Yani arama motoru kendi yazılımı dolayısıyla gelen bilgilere müdahale etmediği gibi, içeriğini dahi bilmemektedir. Şu halde, arama motorunun aktif bir iradesinin olmadığı ve arama motoru ihlalin varlığını bilmediği ya da bilmesi gerekmediği hallerde herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı sonucu

⁴⁸¹ 2000/31 sayılı AB Yönergesi, P. 18.

⁴⁸² BAYRAMOĞLU, Arama Ağı Reklamları, s. 23.

çıkarılabilir.⁴⁸³ Böylece depolama (hosting) hizmeti veren arama motorlarının 14. maddedeki sorumsuzluktan yararlanabilir. Ancak her somut olayda, verilerin kaydediliş süreci, kullanıcıların rızasının içeriği, verilerin gizliliği, uyar-kaldır sisteminin işler olup olmadığı, ihlallere ilişkin arama motorunun bir birim kurup kurmadığı ve bu bildirimlerin işlevi ve anahtar kelime seçiminde arama motorunun müdahalesi ayrı ayrı araştırılmalıdır.

Arama motorlarının markayı 3. kişilere kullandırma faaliyetinin ticari bir kullanım olduğunu, ayrıca kullanıcının talepleri ile kendisinin aktif iradesi olmadan otomatik harekete geçen bir araç olan arama motorlarının *bilgi toplumu hizmet sağlayıcısı* olduğunu ve bu nedenle bilginin içeriğinden Yönergenin 14. maddesi gereği belirli şartlar altında sorumlu tutulamayacağını tespit etmiş bulunuyoruz. Arama motorlarının işbu kullanımı her ne kadar ticari olsa da, markanın fonksiyonlarından hiçbirini ihlal etmemesi halinde marka hakkı ihlali sayılmaz. Yönergenin 14. maddesi ile ulaşılmaya çalışılan amaç ise, işbu kullanım marka ihlali yaratsa dahi, ihlal konusu verilerin aktif denetiminin teknik olarak mümkün olmaması ve genel bir denetim yükümlülüğü yüklenemeyen servis sağlayıcının her türlü ihlalden sorumlu tutulmasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmasından ileri gelmektedir. Yeni gelişen teknolojilere ilişkin esnek davranılması gerekliliği, internet servis sağlayıcılarına böyle bir kolaylığın tanınmasında bir diğer etken olduğu kanaatindeyiz.

Golstein'in tespitini bu noktada aynen aktarmak istiyoruz: “Denge –en azından stabil bir durum- bir illüzyondur. Hiçbir hukuk kuralı, fikri hakların hem korunmasını hem de kullanılmasını düzenlemede tam anlamıyla başarılı olamaz. Çünkü yatırımın desteklenmesi kaçınılmaz bir şekilde serbest kullanımı baltalamaktadır. [...] Tüm dengeler geçicidir; günümüzün politik durumu göz önüne alındığında denge bir gün mülkiyet haklarını sınırlarken diğer gün genişletebilir.”⁴⁸⁴ Yazarın da belirttiği gibi, çok hızla gelişen ve sürekli yeniliklerin ortaya çıktığı bir alan ile hali hazırda var olan ekonomik düzen arasındaki dengenin sağlanmasının somut olayın koşullarına göre değişeceği kanaatindeyiz.

⁴⁸³ KANDEMİR, s. 316 vd..

⁴⁸⁴ GOLDSTEIN Paul, Intellectual Property – To Tough New Realities That Could Make or Break Your Business, Portfolio, New York (ABD), 2007, s. 2, (naklen, GILLIERON, s. 194.).

bb. ABD Hukuku Açısından:

ABD Hukukunda, arama motorlarının verdiği hizmetler AB Hukukuna benzer şekilde “bilgi araçları” başlığında incelenmiştir. Hemen belirtelim ki, internet ve onun türevlerinin ABD kaynaklı olması nedeniyle, mevzuat büyük ölçüde ABD kökenlidir. DMCA B. 512/(d) uyarınca: Sağlayıcı, veriye ilişkin bilgi seviyesine paralel olarak, onun bir ihlal yarattığını bilmemeli, eğer servis sağlayıcı verilere ilişkin bir hâkimiyet sahibi ve hakkı varsa, ihlal nedeniyle herhangi bir finansal faydayı elde edememeli ve ihlale ilişkin önceden bir bildirim/ihtar alındıktan sonra, servis sağlayıcının süratle materyali kaldırması veya erişimi engellemelidir. Yukarıdaki şartların oluşması halinde, servis sağlayıcı sorumsuzluktan yararlanır. Tekrardan sakınmak için, arama motorlarının çalışma prensibine ilişkin AB Hukuku başlığı altında yaptığımız açıklamalarımıza gönderme yaparak, burada da aynı sorumsuzluk kayıtlarından yararlanmanın söz konusu olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

DMCA B. 512/(c) uyarınca sınırlı sorumluluk, yer sağlayıcının internet sitesinde depoladığı (**hosting**) bilgi nedeniyle sorumluluğu düzenlemektedir. Herhangi bir kullanıcının da bu yöndeki faaliyetine aynı hükümler uygulanmaktadır. Hosting hizmeti veren yer sağlayıcının aşağıdaki şartları da yerine getirmesi halinde sorumluluk alanındaki sınırlamadan yararlanabilir:

- d. Yer sağlayıcı, aşağıda tanımlandığı şekilde, ihlal yaratan etkinlik ile ilgili bilgi sahibi olmamalıdır;
- e. Eğer yer sağlayıcının ihlal yaratan etkinlik üzerinde bir kontrol sahibi veya hakkı varsa, ihlalin sağladığı finansal faydayı elde etmemelidir;
- f. İhlale ilişkin önceden bir bildirim/ihtar alındıktan sonra, yer sağlayıcının süratle materyali kaldırması veya erişimi engellemelidir.

Bir servis sağlayıcının elindeki tüm verileri denetlemesi teorik olarak mümkündür. Ancak bu işin görülmesi, teknolojinin gelişimini çok yavaşlatır, yenilikçi fikirlerin ortaya çıkmasını engeller ve en önemlisi reklam gelirlerinin azalmasına neden olur. Diğer yandan böylesi genel bir denetleme yükümlülüğü işin kendi maliyetini aşabilir. Bu nedenle, genel bir denetleme hükmü yerine, ihlal yaratan kullanıma ilişkin ekonomik bir yarar sağlamama veya teslim almama gibi bir yükümlülük sorumluluk rejimine eklenebilir. Böylesi bir yükümlülük, hem servis sağlayıcıyı bir denetim

mekanizması kurmaya zorlar hem de bir hak ihlalinin dolaylı gelir elde etmenin önüne geçer.

cc. Türk Hukuku Açısından:

Türk Hukukunda internet servis sağlayıcısının sorumluluğuna ilişkin ilk düzenleme 5651 sayılı İnternet Kanununda yer almıştır. Ancak anılan kanunun genel yapısının ceza karakterli olarak kullanılması nedeniyle, e-ticarete ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanmasını uygun bulmuyoruz.⁴⁸⁵ İnternete sorumlu tutulacak hukuk sükelerine ilişkin açıklamalarda, arama motorunun adwors sistem açısından yer sağlayıcı olarak nitelenmesi gerektiğini belirtmiştik. Yer sağlayıcılara ilişkin özel düzenlemeler ise TTK m. 58/f. 4 ve Tasarı m. 9’da yer almaktadır. Sorumluluğun sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanmasına göre BK; marka ihlali açısından ise MarkKHK uygulama alanı bulacaktır. Marka hakkı ihlalinin haksız rekabetin özel bir türü olduğu göz önüne alınırsa, TTK m. 58/f. 4’ün internet servis sağlayıcıların marka ihlaline ilişkin uyuşmazlıklara da uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Haksız fiile ilişkin uyuşmazlıklarda, öncelikle ortada haksız fiil olarak nitelendirilebilecek bir sorumluluğun varlığı tespit edilmeli ve sonrasında sorumsuzluk kayıtlarının uygulaması tartışılmalıdır. Bu kapsamda, öncelili olarak MarkKHK uyarınca, arama motorlarının marka ihlalinin sorumluluğu incelenmeli ve sonrasında TTK m. 58/f. 4 uyarınca sorumsuzluk koşulları gündeme gelmelidir. Şunu hemen belirtelim ki, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarının yürürlüğe girmesi halinde, bu kanunun da özel olarak vakiya uygulanabileceği kanaatindeyiz. Çünkü Tasarı madde 1’de, işbu kanunun “*ticari iletişim*”i de düzenlediği belirtilmiştir.⁴⁸⁶ Reklamlara ilişkin faaliyetin de ticari bir iletişim ürünü olduğu açıktır.

Ortada bir marka ihlalinin olduğunda söz edilmesi için, tescilli işaretin marka olarak kullanılması ve bu kullanımın o markanın işlevini zedelesi gerekir. Tescilli bir markanın, marka sahibinin izni olmaksızın marka olarak kullanımının, marka

⁴⁸⁵ İnternet sayfalarının aracı olarak yaptıkları e-ticaret sözleşmelerinden doğan sorumluluğu ve ticari işler tellalı niteliği için ayrıca bakınız: **BİNGÖL F. İtir**, İnternet Üzerinden Yapılan Ticari İş Niteliğindeki Satım Sözleşmelerine Web Sitesi İle Aracılık Faaliyeti, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Kazancı, Sayı: 59-60, s. 136-169.

⁴⁸⁶ Tasarı m. 2/(e): “Ticari iletişim: Alan adları ve elektronik posta adresi dışında meslekî veya ticarî faaliyet kapsamında kazanç sağlamaya yönelik olarak elektronik ticarete ilişkin her türlü iletişim, ifade eder.”

hakkını zedelediği çok açıktır. Bu nedenle, tartışılması gereken şey, kimin markayı markasal olarak kullandığıdır. Aşağıdaki birçok ABD Federal Mahkeme ve Divan kararında da aynı husus tartışılmıştır. Bu tartışmalar sonucunda, arama motorlarının markayı markasal olarak kullanmadıkları; markayı markasal anlamda kullanan kişinin içerik sağlayıcı (reklam veren) olduğuna hükmedilmiştir. Hakikaten arama motorları kurdukları sistem nedeniyle, içerik sağlayıcının sisteme yüklediği verileri markasal olarak kullanmamaktadır. Arama motorunun bu faaliyetten ticari bir kazanç sağlaması, onun markasal kullanımı açısından bir karine teşkil etmez. Aksi yorum, TV reklamlarında gerçekleşen bir marka ihlali nedeniyle TV kanalını sorumlu tutmaya benzer. Hâlbuki TV kanalı sadece reklamın yayınlanacağı mecraı sağlamıştır. Sonuç olarak, biz de arama motorunun markayı markasal kullanmadığı kanaatindeyiz. Burada tüm sorumluluğun içerik sağlayıcıda olması gerekir.

Arama motorlarının markayı markasal kullanmaması nedeniyle marka ihlalinden sorumlu olmaması gerektiği şeklindeki yoruma karşı MarkKHK m. 61/(c) hükmü öne sürülebilir. MarkKHK m.61/(c) uyarınca: *“Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan”* kimselerin mütevaciz sayılacağı belirtilmiştir. Şu halde, arama motorunun marka ihlalinden sorumluluğunun varlığı, marka ihlaline neden olan kullanımı bilmesi veya bilmesinin gerekmesi vakasına dayanmaktadır. Bilindiği gibi, arama motorları, reklam sisteminde kullanılan kelimeleri kendisi seçmemektedir. Bu noktada, sisteme yüklenen verilerin marka hakkına tecavüz edip etmediğinin, arama motorunca bildiği veya bilmesi gerektiği hususu incelenmelidir. Arama motorunun da basiretli bir tacir olarak, sistemi üzerindeki verileri denetlemesi ve hukuka aykırı içeriği bilmesi veya bilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Buna karşın, arama motorlarına genel bir denetim yükümlülüğü yüklenemeyeceğine ilişkin 5651 sayılı kanun 7. maddesi ve reklam sistemine yüklenen verileri arama motorunun marka olarak kullanmadığı göz önüne alındığında, arama motorunun marka hakkı ihlalini bilmediği ve bilmesi gerekmediği de ileri sürülebilir. Yukarıdaki tartışmada biz ikinci görüşe katılmayı isabetli buluyoruz. TV kanalı örneğine tekrar dönersek, marka ihlali teşkil eden bir reklam için nasıl TV kanalı marka hakkından dolayı sorumlu tutulamaz ise arama motoru da hukuka aykırı kullanımı bilmesi gerekmesi nedeniyle sorumlu tutulmamalıdır.

Arama motorlarının hukuka aykırı kullanımı önleme açısından makul bir denetim sisteminin kurulmuş olması gerektiği kanısındayız. Zira arama motorları gibi yer sağlayıcıları tamamen sorumsuz kılınması, onların marka ihlalini meslek edinmelerine de yol açabilir. Bu nedenle, arama motorlarının işin niteliğine ve teknik imkânlarla uygun makul bir denetim sistemi kuruluş olmaları gerekir. Ancak bu denetim sistemini kurduğu halde ihlali tespit edemeyen yer sağlayıcılar açısından “bilmediği veya bilmesi gerekmediği” şeklinde bir sonuca varılabilir.

Marka ihlaline ilişkin dava bir haksız fiil durumunu ihtiva eder ve kusur sorumluluğuna dayanır. Her somut olayda, internet servis sağlayıcının içerik ile ilişkisi, denetim sistemi ve içeriğin kullanım modeli gibi kusur durumu etkileyen tüm etmenler irdelenmelidir. Marka hakkı ihlaline neden olan kusurlu vakıa tam açıklığa kavuştuktan sonra, çeşitli sorumsuzluk kayıtları (TTK m. 58/f. 4 ve Tasarı m. 9) gündeme gelmelidir. Yer sağlayıcının hangi şartlarda sorumsuz sayılacağına ilişkin ilgili bölüme yollama yapmakla yetiniyoruz.⁴⁸⁷

TTK m. 58/f. 4’ün yürürlükte olmadığı dönemde, yer sağlayıcının marka ihlalinden sorumluluğuna ilişkin verilen tek bir mahkeme kararı bulunmaktadır. Yargıtay, anılan kararı bozarak yerel mahkemeye yollamış ancak yerel mahkeme kararında direnmiştir. Anılan karar www.gittigidiyor.com isimli bir elektronik ticaret sitesinde satışa sunulan ürünler ile ilgilidir. Yargıtay www.gittigidiyor.com kararında, marka hakkı ihlalinden internet yer sağlayıcısını da içerik sağlayıcı ile birlikte sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay bozma kararında: “*Oysa 556 sayılı KHK’nın 61. maddesinin c bendi:*” ...markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halede tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmayı...” marka hakkına tecavüz fiillerinden biri olarak açıkça saymış olup, taklit olduğu çekişmesi olan davacı markasını taşıyan ürünlerin sanal ortamda alım satımına olanak sağlayan, kendisine ait sitede ticaret alanına çıkmasına ekonomik menfaat karşısında zemin hazırlayan, tacir olan ve basiretli davranması gereken davalı şirkete husumet yöneltilemeyeceğine ilişkin mahkemenin yazılı gerekçesi doğru görülmüştür.”

⁴⁸⁷ 3§/I – B Bölüm.

ifadelerine yer verilmiştir.⁴⁸⁸ İstanbul 1 Nolu FSHM ise internet servis sağlayıcısının marka ihlalden sorumlu tutulamayacağına ilişkin önceki kararında direnmiştir.

İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinin 22.11.2011 tarih, 2010/47 E. ve 2011/235 K. sayılı direnme kararında, “*servis sağlayıcının kendiliğinden ürünlerin taklit olup olmadığını bilebilecek durumda olmaması ve ancak talep halinde şartları varsa erişimi engelleme yetkisi bulunduğunu vurgulamıştır.*” Gerçekten de somut olayda yer sağlayıcı www.gittigidiyor.com kullanıcılar arasındaki iletişimi sağlayarak yer sağlayıcı konumunda aracılık faaliyeti yürütmektedir. Yerel mahkeme ilamda: “*davalının nötr bir şekilde iletildiği içerikten sorumluluğu söz konusu olamaz.*”, “*Direktifin ön gördüğü en temel kural is hizmet sağlayıcısının bilgiyi denetleme sorumluluğunun bulunmamasıdır*”, “*O halde hizmet sağlayıcısının sorumluluğu çok istisnai olup, iletilen bilginin illegal olduğunu öğrendiği andan itibaren bilgiyi içerikten çekmemesi veya erişimi engellememesi ya da içeriğin illegal veya sakıncalı olduğunu bilmesi hali ile sınırlıdır.*” ifadeleriyle, yer sağlayıcının haksız fiil sorumluluğu konusuna açıklık getirmiştir.

Yargıtay, yer sağlayıcının: a) ekonomik menfaat elde etmesi ve b) basiretli bir tacir olması⁴⁸⁹ gerekçelerine dayanarak kararı bozmuştur. Yukarıda ekonomik bir yarar elde edilmesinin kusur oluşumunda bir etkisinin olmadığını açıklamıştık. Ekonomik fayda ve basiretli tacir olmanın içerik sağlayıcının meydana çıkardığı ihlal açısından bir kusur olmadığı gerek AB Adalet Divanı ve ABD Federal Mahkeme kararında da ifade edilmiştir. Somut olayda, yer sağlayıcının “kusuru”, teknik verilere ve imkânların değerlendirilmesine dayalı olarak yapılmamıştır. Halbuki somut olay açısından basiretli bir tacirin ne şekilde devranması gerektiği hiç tartışılmamıştır. Hhâlihazırdaki TTK hükümlerini bir kenara koyarsak, salt BK’nın haksız fiile ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi yoluyla da mümkündür. Yerel mahkeme ve Yargıtay ilamlarında, ne markasal kullanımdan ne verilerin denetimi konusundaki makul sistemden ne de basiretli bir tacirin göstermesi gereken özen düzeyinden bahsedilmiştir. Uyuşmazlığın çözümü açısından tartışılması gereken en önemli noktalar tartışılmadan, yer sağlayıcı, dava tarihinde hiç ortada olmayan bir sorumsuzluk sisteminin içine sokulmaya çalışılmıştır. Oysaki yapılması gereken, yer

⁴⁸⁸ Yargıtay 11. HD. 22.06.2009, 2008/3936 E, ve 2009/7618 K.

⁴⁸⁹ Fikri haklara ilişkin konularda basiretli tacir kavramı için bakınız: **MEMİŞ Tekin**, *Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul, 2011.

[sağlayıcının \(gittigidiyor.com\) veriler ile ilişkisinin ve makul denetim sisteminin teknik bilirkişi marifeti ile ortaya koyulması olmalıydı.](http://gittigidiyor.com)

C. Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa Birliği Ülkelerinde Verilmiş Bazı İlk Derece Mahkemeleri Kararları

1. *Road Tech Computer Systems Limited v. Mandata* davası⁴⁹⁰, İngiltere’de meydana gelmiş bir yönlendirici kodlara ilişkin bir davadır. Her iki firma da, aynı alanda faaliyet gösteren, dolayısıyla doğrudan rekabet halinde bulunan iki yazılım firmasıdır. Davacı, tescilli “ROAD TECH” ve “ROADRUNNER” markalarının sahibidir. Davacı ayrıca, kendisine 1998 yılında Financial Times gazetesinin verdiği yılın web sitesi ödülünü kazandıran web sitesi üzerinden faaliyet yürütmektedir. Davacı, faaliyetlerinin %40’ını web sayfası üzerinden yürütmektedir ve davalının anılan markaları megatag olarak kullandığı ve bu sayede arama motorunda birinci sırada görüntülendiğini tespit etmiştir.

İngiliz İlk Derece Mahkemesi, olaya konu arama motorunun ilgili web sayfalarının ilk sayfasındaki kelimeleri tarayarak, kullanıcı ile en ilgili sonucu görüntülemektedir. Davalının web sitesinin ilk sayfasında ise, davacının markaları aynı renk ve karakterde yazılı şekilde bulunmaktaydı. Davacının markasıyla aynı markanın kullanılması kuşkusuz markanın fonksiyonlarına zarar vermiştir. Davalıya çekilen ihtar ile tecavüzü durdurması ve doğan sorumluluğu üstlenmesi talep edilmiştir. Davalı, ihlali kabul etmiş, uygulamaya son vermiş ancak ortaya çıkan sorumluluğu almayı reddetmiştir. Bu nedenle, dava ikame edilmiş ve mahkeme davalının davacının markasını kullanarak marka ihlali yaptığına karar vererek 15.000 euro tazminata hükmetmiştir.

İngiliz Temyiz Mahkemesi üç nokta üzerinde durmuştur. Bunlar: (i) aldatıcı reklam, (ii) markanın saygınlığından haksız yararlanma ve (iii) zarar olasılığı. Mahkeme zararın hesabında ise: a) yanlış yönlendirme ile elde edilen fiili yarar, b) Düzeltme reklamlarına harcanacak masraflar, c) Yoksun kalınan kar ve d) Markanın saygınlığının zedelenmesi ile meydana gelen zarar. Bu karar, AB Marka Yönergesinin uygulanması ve marka ihlallerinin saptanmasında aram motorunun da

⁴⁹⁰ Road Tech Computer Systems Limited v Mandata (Management and Data Services) Limited [1996] F.S.R. 805 (1996) 19(9) I.P.D. 19086; Ayrıca bakınız: **ROWLAND Diane/MCDONALD Elizabeth**, Information Technology Law, London, 2005, s. 524 vd.

çalışma prensiplerinin göz önüne alınması gerektiğini vurgulamak açısından önem arz etmektedir.

2. Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA⁴⁹¹

Son günlerde en çok tartışılan kararlardan bir tanesi, Google ve Louise Vuitton arasında görülen ve üç farklı davanın birleştirilmesiyle Avrupa Adalet Divanı önüne gelen davadır. Divan, davaya ilişkin kararında ilk olarak olaya uygulanacak hukuk normlarını tespit etmiş, sonrasında maddi vakıayı açıklamış ve nihayet maddi vakıayı tartışarak hukuki sonuca bağlamıştır.

Maddi Vakıalar:

a) C-236/08 - Google France SARL, Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA:

Louise Vuitton, son derece lüks çanta ve deri ürünleri pazarlayan bir şirkettir. Ürünlerini dünyanın pek çok ülkesinde seçkin dağıtıcılar eliyle piyasaya sunmaktadır. Aynı zamanda “LV” ve “Louise Vuitton” ibarelerine de marka olarak sahiptir.⁴⁹² Google internet üzerinde bir arama motoru işletmektedir. İnternet kullanıcısı bir veya birden çok kelime yoluyla arama yaptığında arama motoru, bu kelimelere en uygun düşen siteleri, en ilgili siteden en az ilgili siteye doğru göstermektedir. Bu sonuçlar, aramanın *doğal* sonuçları olarak anılmaktadır.⁴⁹³ Bunun yanında Google, adwords isimli ücretli bir referans hizmeti de sunmaktadır. Bu hizmette, incelemede ayrıntıları üzerinde durulduğu gibi, kullanıcının aradığı anahtar kelime ile promosyonel bağlantıları arama sonuç sayfasında görüntülenmesi imkânı veren bir sistemdir.

2003 yılında, Louise Vuitton’un kayıtlı markalarının Google arama motoruna yazılmasıyla, sponsor veya ticari bağlantılar adı altında anılan, markanın taklit (imitasyon) ürünlerini pazarlayan gerçek veya tüzel kişilerin reklamları sonuç sayfasında görüntülediği ortaya çıkmıştır. Google’ın anılan marka veya onun aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin yanında, “taklit”, “imitasyon” gibi kelimeleri de, aynı markayla birlikte adwords olarak seçmesine izin verdiği anlaşılmıştır. Bunun üzerinde, Louise Vuitton, marka hakkı ihlali gerekçesiyle dava

⁴⁹¹ Avrupa Adalet Divanı tarafından birleştirilen davaları ifade etmek üzere kullanılmıştır.

⁴⁹² Google v. Louise Vuitton, P. 29; **KANDEMİR**, s. 319.

⁴⁹³ Google v. Louise Vuitton, P. 22; **KANDEMİR**, s. 317.

ikame etmiştir. Paris Yüksek Mahkemesi, Google'ı marka hakkı ihlalden sorumlu tutmuştur. Karar Google tarafından temyiz edilmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi, Divan'a olaya ilişkin marka kullanımının marka sahibi tarafından yasaklanabilme imkanı (markaların tescilli olup olmadığı göz önüne alınarak) ve internet servis sağlayıcının bundan sorumluluğuna ilişkin sorular yönelterek, temyiz sürecini durdurmuştur.⁴⁹⁴

b) C-237/08 – *Google France SARL v Viaticum SA, Luteciel SARL*:

Luteciel, seyahat ajansları adına bilgisayar hizmeti sunan bir şirkettir. Luteciel, Viaticum'un internet sitesinin görüntülenmesi ve bakımını sağlayan bir şirkettir. Google arama motorunda kullanıcıların anılan ifadeleri araması sonucu, Luteciel ve Viaticum'un rakipleri ticari veya sponsor bağlantılar başlığı altında arama sonuç sayfasında görüntülenmektedir. Luteciel ve Viaticum ikame ettiği dava sonucunda, Google, davacıların zararını tazminine mahkûm edilmiş ve karar temyiz edilmiştir. Temyiz aşamasında ise aynı Google v. Louise Vuitton davasındaki gibi dosya Divan'a gönderilmiştir.

b) C-238/08 - *Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL*:

M. Thonet, evlilik konusunda aracılık hizmetleri veren "Eurochallenges" markasının sahibidir. CNRRH evlilik de evlilik ajansı hizmetleri sunmaktadır ve Eurochallenges markası üzerinde inhisari lisans hakkı sahibidir. M. Thonet ve CNRRH, Google arama motorunda üzerinde hak sahibi olduğu markaların aranması ile ticari veya sponsor bağlantılar içinde, marka sahiplerinin rakipleri M. Raboin ve Tiger'ın görüldüğü ortaya çıkmıştır. Google'ın rakiplere, "Eurochallenges" ibaresini adword olarak kullandırma imkanı sunduğu tartışmasızdır. Bu nedenlerle, M. Thonet ve CNRRH, marka ihlali nedeniyle dava ikame etmenin yanında, markayı kullananlar hakkında dolandırıcılıktan suç duyurusunda bulunmuşlardır. M. Raboin ve Tiger, Nanterre İstinaf Mahkemesinin kararıyla, dolandırıcılıktan hüküm dahi giymiştir. Dava Temyiz aşamasında durdurulmuş ve yukarıda anılan soruların benzeri Divan'a yöneltilmiştir.

⁴⁹⁴ Google v. Louise Vuitton, P. 32; **KANDEMİR**, s. 320.

Maddi Vakiaya Uygulanacak Hükümler:

Her üç davada da uyuşmazlığın temelinde yatan meseleler Divan'a yöneltilen sorulardan anlaşıldığı üzere üç noktada toplanmaktadır. Bunlar: **1)** Arama motorunun reklam servisinde anahtar kelime olarak herhangi bir markanın, o marka üzerinde hak sahibi olan kişilerin izni dışında seçilmesinin ve depolanmasının mümkün olup olmadığı, **2)** Bu kullanımın yasaklanıp yasaklanamayacağı ve **3)** İşbu kullanım nedeniyle uğranılan zarardan kimlerin sorumlu tutulacağı problemleri olarak sıralanabilir.

1. noktanın çözümü, markanın koruma kapsamı ile ilgilidir. Nitekim Divan, marka hakkının sağladığı koruma kapsamına ilişkin olarak 89/104 sayılı Yönergenin 5. maddesinin a ve b bendi ve 89/104 sayılı Tüzüğün 9. maddesinin a ve b bendi çerçevesinde değerlendirmede bulunmuştur. Dava konusu markaların tanınmış oları nedeniyle de, 89/104 sayılı Yönergenin 5. maddesinin 2. paragrafı ve 40/94 sayılı Tüzüğün 9. maddesinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Divan, bu hükümlerin, sadece metni ile değil, ayrıca genel ekonomi ve düzenlemenin yapıldığı sistemin hedeflerine göre yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁹⁵

Divan, marka sahibinin izni olmaksızın onun markası ile aynı olan bir işaretin iş hayatında markanın tescil edildiği mal veya hizmetler ile aynı veya benzer mal veya hizmetler için üçüncü kişi tarafından kullanılmasını, bu kullanımın marka hakkını ihlal etmesi şartıyla yasaklanabileceğini belirtmiştir.⁴⁹⁶ Anahtar kelimenin kullanımının marka hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için ticari olarak kullanılması gerektiğine değinen Divan, bu konuda ikili bir ayırım yapmıştır:

İlk ayırım markayı adwords olarak kaydettiren üçüncü kişi bakımındandır. Divan, bir reklam aracı olarak adwords sisteminde başkasına ait markayı onun izni olmaksızın kullanımını ticari olarak kabul etmiştir.⁴⁹⁷ Doktrinde, Divanı'nın bu niteliğine eleştiriler yöneltilmiştir. Anılan eleştirilerin temelinde, adwords kullanımının kayıtsız şartsız ticari kullanım olarak nitelendirilmesinin marka hukuku ile bağdaşmadığı düşüncesi bulunmaktadır. Gerçekten de, özellikle tüketici veya sendikaların adwords kullanımı yoluyla kamuoyunu bilgilendirmesi gibi durumlarda, adwords kullanımını

⁴⁹⁵ Google v. Louise Vuitton, P. 47-48; **KANDEMİR**, s. 324.

⁴⁹⁶ Google v. Louise Vuitton, P. 49; **KANDEMİR**, s. 325.

⁴⁹⁷ Google v. Louise Vuitton, P. 56; **KANDEMİR**, s. 326.

peşinen ticari bir faaliyet olarak nitelenmek hatalıdır.⁴⁹⁸ Ancak kararın 50. paragrafında belirtildiği gibi, Divan, marka hakkı kapsamında bir uyuşmazlıktan söz edebilmek için, ticari bir amaç güdülmesi gerektiğini belirtmiştir. Dava konusu olayda da taraflar tacirdir. Şu halde, karara konu olay açısından, üçüncü kişilerin adwords kullanımının ticari olduğu sonucuna varmak isabetlidir.

İkinci ayırım ise arama motoru açısından. Divan, adwords hizmeti sunan internet servis sağlayıcılarının da sunulan hizmetin niteliği gereği ticari bir iş yaptığını belirlemiştir. Gerçekten de Google'ın gelirlerinin büyük çoğunluğunu reklam gelirleri oluşturmaktadır. Kararda devamla, verilen hizmetin ticari bir iş olmasının, ipso iure, durumu marka ihlali kapsamına sokmayacağı ortaya koyulmuştur. Nitekim Google'ın markayı markasal olarak kullanmadığı, sadece markanın kullanacağı mecranın yaratıldığı ifade edilmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bir kullanımın marka hakkı kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilmesi için, işaretin markanın işlevleri ile bağlantılı olarak kullanılması gerekir. Yani markaya ilişkin işaretin her türlü kullanımı, markasal kullanım değildir.⁴⁹⁹ Olayımızda da, Google, markaya ait ifadeyi marka işlevleri açısından kullanmamakta ve fakat üçüncü kişilerin markayı kullanması için gerekli sistemi oluşturmakta ve verileri depolamaktadır. Google'ın veriyi depolaması veya adwords sistemini kurması ve dolayısıyla marka ihlaline neden olduğu iddiası hukuka aykırıdır. Zira arada uygun illiyet bağı yoktur. Mutlak bir hak olan marka hakkının ihlaline haksız fiile ilişkin hükümlerin de kıyasen uygulanabileceği akıllardan çıkarılmamalıdır.

Google, davalarda, adwords olarak kullanılan ancak arama sonuç sayfasında görüntülenmeyen markalar açısından “mal veya hizmetle ilgili” herhangi bir kullanım söz konusu olmadığını iddia etmiştir. Divan ise, marka ihlalinin oluşması açısından “iş hayatında” kullanmanın yanında, “, ilgili mal veya hizmetle ilgili” kullanımında gerekliliğini belirlemiştir; devamla bu kullanımların Yönergede sınırlı sayıda sayılmadığını eklemiştir. Bu nedenle, arama sonuç sayfasında görünmese dahi, markaya ilişkin ibarenin adwords olarak kullanılmasını markasal kullanım olarak değerlendirmiştir. Gerçekten de, reklam verenin reklam iradesinin varlığı ve arama sonuçlarının örtülü dahi reklam iradesi içermesi halinde hem ticari hem de mal

⁴⁹⁸ 1§/3. Bölüm / C.

⁴⁹⁹ Google v. Louise Vuitton, P. 57; **KANDEMİR**, s. 327.

ve hizmet ile ilgili bir kullanım söz konusudur.⁵⁰⁰ Reklam verenin rakibinin markası ile aynı işareti kullanması, sadece kullanıcının rakibin mal veya hizmetlerinden haberdar olmasını değil, ayrıca reklam verenin de mal veya hizmetlerinden de haberdar olmasını sağlayan bir kullanım olduğu açıktır.

Marka hakkı olarak tanımlanan mutlak hakla, marka sahibine, markanın işlevleri ile ortaya çıkarabileceği etkiden menfaat sağlama hususunda özel bir koruma sağlanmıştır. Divan, bu korumanın adwords uygulamasıyla zedelenmesi için, buna uygun bir kullanımın mevcudiyetini aramıştır. Bu nedenle, markanın köken bildirme ve reklam işlevini temel almıştır.

Marka sahibinin rakibinin reklamının gösterilmesinin markanın kaynak gösterme işlevini zedelemesi, onun sunuluş biçimine bağlıdır. Bu kapsamda, markanın kaynak gösterme işlevinin ihlalden söz etmek için, reklamın orta zekalı ve makul ölçüde dikkatli bir internet kullanıcısının mal veya hizmetlerin marka sahibinden mi veya buna bağlı bir iktisadi kuruluştan mı; yoksa üçüncü bir kişiden mi geldiğini ayırt etmesini sağlamayacak veya zorlukla ayırt etmesini sağladığı hallerde vardır.⁵⁰¹ Marka sahibinin tek amacı, marka ile ürünün kaynağını garanti etmek değildir. Bunun yanında markasının nitelikleriyle tüketiciyi ikna etmek ve bilgilendirme işlevi de markaya yüklenir. Bununla birlikte, marka ile aynı olan bir işaretin üçüncü kişiler tarafından kullanılması tek başına markanın reklam işlevinin ihlaline neden olmaz. Divan, markanın reklam işlevinin tanınmış marka açısından daha geniş yorumlamak gerektiğini belirtmiştir. Hakikaten tanınmış markaların reklam gücü, onu izinsiz kullananlar lehine haksız bir yararlanama meydana getirebilir. Böyle bir kullanımın tanınmış markanın ayırt ediciliği veya saygınlığına verdiği zarar ilişkin durumları da eklemek gerekir.⁵⁰²

Divan, internet servis sağlayıcısının sorumluluğunu da ayrıca değerlendirmiş, ancak Google'ın teknik olarak nasıl internet sağlayıcısı olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır. Oysaki birleşen tüm davalarda, Google'ın bilgi toplumu internet servis sağlayıcısı olmadığına ilişkin itirazlar öne sürülmüştür. Google'ın yer sağlayıcı niteliği ile ilgili incelememizin ilgili bölümlerine atıf yapmakla

⁵⁰⁰ Google v. Louise Vuitton, P. 65; **KANDEMİR**, s.328-329; Karşılaştırmalı reklamlarda kullanılan markaların da açık veya örtülü biçimde rakibin mal veya hizmetlerine yer vermesi, markanın mal veya hizmet ile ilgili olarak kullanımı ile ilgili Avrupa Adalet Divanı kararı için bakınız: C-533/06 - O2 Holdings v OS (UK), P. 35-36-42.

⁵⁰¹ Google v. Louise Vuitton, P. 83-84.

⁵⁰² Google v. Louise Vuitton, P. 102.

yetiniyoruz.⁵⁰³ Kararda Google, 2000/31 sayılı Yönerge kapsamında hosting (depolama) hizmeti sunan bir bilgi toplumu internet servis sağlayıcısı olarak kabul edilmiştir. Bu anlamada Yönergenin 14. maddesi uyarınca hukuka aykırı içerikten sorumsuzluk şartları incelemiştir. Kararda anılan sorumsuzluk şartlarının gerçekleşmesi için, Yönergenin 14. maddesinde belirtildiği şekliyle: “teknik, otomatik ve pasif” bir sistemin mevcut olması; aktarılan veri üzerinde “herhangi bir kontrolün ve haberin olmaması” gerekliliğine işaret etmiştir.

Divan yukarıdaki tespitleri yaptıktan sonra, aşağıda kısaca özetlemeye çalışacağımız şekilde hüküm vermiştir:

1- Bir marka sahibinin markası ile aynı olan bir kelimenin reklam veren tarafından marka sahibinin izni olmaksızın internet servis sağlayıcı aracılığıyla reklam amacıyla kullanılması, kullanılan markanın işlevlerine zarar gelmemesi şartıyla marka sahibi tarafından yasaklanacak bir kullanım olarak nitelendirilemez.

2- İnternet servis sağlayıcısının bir işareti anahtar kelime olarak reklam sisteminde depolaması veya reklam verenin seçmesine izin vermesi, 89/104 sayılı Yönerge anlamında markasal bir kullanım teşkil etmez.

3- İnternet servis sağlayıcısı, hukuka aykırı olarak depolanan içerikten haberdar değilse, iletim üzerinde herhangi bir kontrolü yoksa sistem otomatik ve pasif olarak kendiliğinden çalışma sürdürüyorsa, Yönergenin 14. maddesi kapsamında sorumsuzluktan yararlanır. Sorumsuzluk kayıtlarının söz konusu olduğu hallerde, marka ihlalden dolayı internet servis sağlayıcı sorumlu tutulamaz. Louise Vuitton davası açısından, taklit ürünleri piyasaya süren kişilerin adwords reklamlarla markanın köken belirtme işlevini zedeledikleri ortadadır.

3. Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH v. Günther Guni ve trekking.at Reisen GmbH,⁵⁰⁴

Davacının “BergSpechte” markası, Nis Anlaşması uyarınca 25. (giyim), 39. (seyahat hizmetleri) ve 41. (eğlence, eğitim, antrenman ve spor aktiviteleri) alanında kayıtlı bir markadır. Davalı, davacı gibi “outdoor” sporları ve turları (trekking, dağ yürüyüşleri ..vs.) düzenleyen bir şirkettir. 17.08.2007 tarihlerinden itibaren, Google

⁵⁰³ 3§/I. Bölüm/ B.

⁵⁰⁴ Case C-278/08, 25.03.2010.

arama motoruna “Edi Koblmüller” ifadesi yazıldığında, arama sonuç sayfasının sponsor linler kısmında trekking.at’in reklamı olarak “Trrekking-und Naturreisen” reklamı davalı alan adıyla birlikte görüntülenmiştir. Bu vakıaya dayanarak, davacı marka hakkı ihlali hukuki sebebiyle dava ikame etmiştir.

Divan, bu kararında daha önce vermiş olduğu *Google v. Louise Vuitton* kararını esas almıştır.⁵⁰⁵ Anılan kararda, reklam veren açısından adwords olarak satın alınan kelimenin 89/104 sayılı Yönergenin 5. maddesi kapsamında olduğuna, markanın temsil ettiği mal veya hizmet ile ilişkili olarak kullanıldığına, adwords olarak kullanılan kelimelerin başlı başına markanın reklam işlevine zarar vermediğine ve markanın köken belirtme işlevi açısından ise markanın kullanım şekline bağlı olarak karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁰⁶

Her iki Divan kararında da, ilgili internet kullanıcılar arasından ortalama bir kullanıcının esas alınması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁰⁷ İnternet üzerindeki markalı şeylerin kökenini herhangi bir güçlük olmadan ayırt edebilecek kabiliyete sahip kişiler, ilgili toplulukta ortalama dikkat seviyesine sahip kabul edilmelidirler.⁵⁰⁸ Her somut olayda, markanın kayıtlı olduğu mal ve hizmet sınıfına ilişkin ortalama alıcının dikkat seviyesi göz önüne alınmalıdır. Sonuç olarak, Divan, anahtar kelime reklamcılığının tek başına bir marka ihlali yaratmadığını, ancak kullanıcılarda bir karıştırma tehlikesi yaratması halinde, marka hakkının da var olması durumunda bir ihlalden söz edilebileceğine hükmetmiştir.

4. *Portakabin Ltd, Portakabin B.V. v Primakabin B.V.*,⁵⁰⁹ davası da Google ve BergSpechte davaları ile son derece bezerdir. Nitekim Divan, Google kararından sonra, anahtar kelime reklamcılığı ile ilgili olarak verdiği karar da istikrar kazanmıştır. Divan, anahtar kelime reklamcılığının tek başına bir marka ihlali yaratmadığını, ancak kullanıcılarda bir karıştırma tehlikesi yaratması halinde, marka hakkının da var olması durumunda bir ihlalden söz edilebileceğine hükmetmiştir. Geriye kalan hususlar ile ilgili olarak, tekrardan sakınmak amacıyla yukarıdaki anılan her iki davaya yollama yapmakla yetiniyoruz.

⁵⁰⁵ **NEEFS Kristof**, From (A) to (B): Use of a Similar Sign In Keyword Advertising, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2010, Vol. 5, No. 8, s. 548.

⁵⁰⁶ **NEEFS**, s. 449. Anahtar kelime reklamcılığı yoluyla karıştırma tehlikesinin oluştuğu yönünde bir Divan kararı için bakınız: *Lloyd Schuhfabrik Meyer v Klijsen*, Case C-342/97.

⁵⁰⁷ **NEEFS**, s. 450.

⁵⁰⁸ *Lloyd Schuhfabrik Meyer v Klijsen*, Case C-342/97, § 25-26.

⁵⁰⁹ Case C- 558/08, 08.07.2010.

D. ABD Federal ve Bölge Mahkemeleri Kararı

1. Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label, Calvin Fuller, and Calvin Merit,⁵¹⁰ davası, başkasına ait bir markanın yönlendirme kodu olarak kullanılmasına ilişkin olarak açılan davaların ilklerindedir. Davacı Playboy Inc., yetişkin eğlence hizmeti sunan bir şirkettir ve sicile tescilli “plaboy” ve “playmate” markalarının sahibidir. Davalı, davacıya ait yukarıda anılan markaları “www.playboyxxx.com” ve “www.playmatelive.com” olmak üzere, kendi sahibi olduğu alan adlarında kullanmıştır. Ayrıca, anılan sitelerin arama motoruna megatag olarak da aynı markalar kayıt ettirilmiştir. Yani davalı, kayıtlı markaları hem alan adlarında hem de megatag olarak kullanmaya başlamıştır.⁵¹¹ Yukarıdaki vakia nedeniyle davacı, ihtiyati tedbir istemiyle Güney Kaliforniya Eyalet Mahkemesine başvurmuştur. Davacı: (i) Kullanın marka ihlaline, haksız rekabete neden olabileceği ve dürüstlük kuralı dışında bir kullanım olduğunu, (ii) Geçici bir tedbir kararı verilmezse, telafisi mümkün olmayan bir zararın meydana geleceğini, (iii) Menfaatler dengesinin (*balance of hardships favour plaintiff*) kendi lehine oluşturulması gerektiği ve (iv) başvuruda ayrıntılarıyla açıklandığı gibi, tedbir kararının verilmesinde kamu menfaatlerini ilgilendiren bir durum olmadığı için hak kaybına uğramamak için tedbir kararı verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁵¹²

Güney Kaliforniya Eyalet Mahkemesi, davalının “www.playboyxxx.com” ve “www.playmatelive.com” alan adlarını, “Playmate Live Magazine” ifadesini kullanmasının, potansiyel müşteriler nezdinde markalar arası karşılaştırılma ihtimali doğurmasından dolayı marka ihlali, haksız rekabet durumu, yanlış temsil ve yönlendirme oluşturduğuna kanaat getirmiştir. Bu nedenle, davalının her ne tarzda kullanırsa kullansın, “playmate” ve “playboy” ifadelerini kullanmasına derhal son vermesine ve 1000 \$ yargılama giderinin ödenmesi ilişkin bir ihtiyati tedbir kararı verilmiştir.⁵¹³

⁵¹⁰ Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label, Calvin Fuller and Calvin Merit No. C-97-3204 CAL., United States District Court, N.D. California. Eylül, 8, 1997; Kararın İngilizce metni için bakınız:

http://scholar.google.com/scholar_case?case=13074445076146564479&q=Playboy+Enterprises,+Inc.+v.+Calvin+Designer+Label&hl=en&as_sdt=2002 (26.05.2012); Kararla ilgili olarak ayrıca bakınız: **RAJZER Julie**, *Missunderstanding The Internet: How Courts are Overprotecting Trademarks Used In Megatags*, Law Rewie M.S.U.-D.C.L., Vol. 2, 2001, s. 441; **OĞUZ**, s. 297, dn. 209.

⁵¹¹ Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label, Calvin Fuller and Calvin Merit, I/N. 4;

⁵¹² Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label, Calvin Fuller and Calvin Merit, I/N. 5.;

⁵¹³ Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label, Calvin Fuller and Calvin Merit, II/N. 4-5-6.

2. *Niton Corp. v. Radiation Monitoring Devises, Inc.*⁵¹⁴ davası, Massachusetts Bölge Mahkemesinde görülmüş ve megatag ile ilgili bir başka davadır. Davacı ve davalı, x-ray ışınları yoluyla kurşun algılama sistemi pazarlayan ve potansiyel rakip iki firmadır. Davalının internet sitesinde, davacının ürünlerinden daha kaliteli ürünler yaptığını, davacı ile bağlantılı olduğunu, kendisinin ürettiği ürünleri davacının pazarladığını ifade etmiştir. Davalının internet sitesi, davacının internet sitesinin bire bir kopyası durumundadır. Bu kopyalama işlemi nedeniyle, internet sitesine ait megatag ifadeler de kopyalanmıştır. Yani arama motorunda kullanılan megatag ifadeler, internet siteleri kopyalandığı için aynıdır. Netscape arama motorunda, web sitesinin kaynağının görüntülenmesi halinde dahi, davalının sitesi, kaynak web sayfası olarak görünmüştü. Web sayfasının kaynak olarak görünmesi durumunda, ortalama dikkat sahibi bir internet kullanıcısının yanıltma veya karıştırma olasılığının arttığı kuşkusuzdur. Arama motoruna girilen “Niton Corp.” ifadesi sonucunda, “Niton Şirketine Hoşgeldiniz” yazısının altında yine davalının alan adı görüldüğü tespit edilmiştir.⁵¹⁵

Davacı, internet alanındaki marka ihlallerinde zararın bir kesinlik içinde kanıtlanmasındaki zorluğu ifade ederek, davalının internet sitesinden satış olasılığı ve internet siteleri arasındaki ayniyet vakıalarına dayanarak ihtiyati tedbir talep etmiştir. Bölge mahkemesi, davalının internet sitesinde, davacı ürünlerini kötülemesi, iki markayı bağlantılı olarak göstermesi, web sayfa dizaynlarının aynı olması nedeniyle tedbir talebini kabul etmiştir. Görüldüğü gibi, ABD Mahkemeleri, tarafların menfaat dengesini korurken, ispat yükünü üzerinde taşıyan dava tarafının somut vakıa içindeki imkânlarını göz önüne almaktadır. Davacının, davalının sitesinden ne oranda satış yaptığını, hangi oranda ilgili kullanıcının davalının sitesini ziyaret ettiğini, kullanıcıların dikkat seviyesinin ne aşamada olduğunu kesin olarak ortaya koyma şansı yoktur. Ancak davalının web sitesini davacıdan kopyalamış olması, davalının sitesinde doğrudan davacı markayı ve ürünlerini zikretmesi ve davalı sitesinde online satış imkanı olması tedbir kararının verilmesi için yeterli görülmüştür.

⁵¹⁴ Niton Corp. v. Radiation Monitoring Devises, Inc., No. Civ.A. 98-11629-REK. United States District Court, D. Massachusetts. Nov. 18, 1998; Kararın İngilizce metni için bakınız: <http://cyber.law.harvard.edu/property00/metatags/NITON.html> (26.05.2012); Kararla ilgili olarak ayrıca bakınız: **RAJZER**, s. 442; **OĞUZ**, s. 297, dn. 209.

⁵¹⁵ Niton Corp. v. Radiation Monitoring Devises, Inc., I/N. 5.

Massachusetts Bölge Mahkemesi, davalının web sitesinde, davacı ile kendi şirketini bağlantılı göstermesi, davacının sitesini kopyalaması yoluyla davacının megatag sistemini kullanmasının internet kullanıcıları arasında karıştırma ihtimali yaratacağını belirlemiş ve tedbir kararı vermiştir.⁵¹⁶ Mahkeme kararında, işbu ilamın hukuki dayanağının marka ihlaline mi yoksa haksız rekabet haline mi dayandığı konusunda herhangi bir açıklık olmadığını ekleyelim.

3. Brookfield Commc'ns, Inc. v. West Coast Entm't Corp.⁵¹⁷ davası, megatag sistemi içinde marka kullanımı konusunda ABD Federal Mahkemesinin ilkesel ve ayrıntılı kararlarından bir tanesidir. Davacı Brookfield, eğlence sektöründe kullanıcılarına bilgi sağlayan bir şirkettir. Davacı, "Moviebuff" adı altında, kullanıcılarına eğlence sektörüne ilişkin birçok bilgiye ulaşma imkanı veren bir yazılımı 1993 yılında piyasaya sürmüştür. 1996 yılı sonralarına doğru, anılan yazılım internet ortamına aktararak, kullanıcılara eğlence sektörüyle ilgili olarak online arama imkanı verilmiştir. 1997 yılında, "Moviebuff" markası tahtında başlatılan marka tescil süreci sonunda, anılan marka 1998 yılında tescil edilmiştir. Davalı, West Coast, ABD'nin en büyük film kiralama şirketlerinden bir tanesidir ve en azından 1988 yılından beri, "Movie Buff" sloganını çeşitli reklam kampanyalarında kullanmıştır. 1991 yılında, davalı "The Movie Buff Movie Store" ibaresini marka olarak tescil ettirmiştir.

Davalı, 1996 yılı başlarında, "www.moviebuff.com" alan adını Network Solutions Inc. kanalıyla kullanıcıların erişimine kapalı olarak kaydettirmiştir. Kasım 1998 tarihinden itibaren ise, kullanıcılarına filmlerle ilgili olarak arama yapabilecekleri online hizmet ile ilgili basın açıklaması yapmıştır. Bunun üzerinde, davacı duyuruya cevap olarak, kullanımın Lanham Act (ABD Marka Kanunu) uyarınca marka hakkı ihlali ve haksız rekabet yarattığını ihtaren bildirmiştir. Daha sonrasında ise, "Moviebuff" ifadesini alan adında ve anılan sitede megatag olarak kullanan davalıya karşı dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, davayı reddetmiş; sonrasında ise Federal Mahkeme kararı bozmuş ve davacı yararına ihtiyati tedbir kararına hükmetmiştir.

⁵¹⁶ Niton Corp. v. Radiation Monitoring Devises, Inc. II/N. 4.

⁵¹⁷ Brookfield Commc'ns, Inc. v. West Coast Entm't Corp., 174 F.3d 1036, 1054 (9th Cir. 1999); Kararın İngilizce metni için bakınız: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1068417.html> (26.05.2012); Kararla ilgili olarak ayrıca bakınız: **GILLIERON**, s. 205; **RAJZER**, s. 446; **OĞUZ**, s. 298, dn. 209.

Davalı, ihtiyati tedbir kararına itiraz etmiştir. İtiraz gerekçesi olarak, davacının “üst düzey kullanıcı” (senior user) olmadığını ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesinin de atıf yaptığı gibi, ABD Hukuku uyarınca, bir markayı ilk olarak kullanan kişi üst düzey kullanıcı sayılır ve kendi doğal genişleme çevresi içinde kendi işareti ile karışıklık yaratacak “alt düzey kullanıcıları” (junior user) yasaklama yetkisini haizdir. Bu hukuki gerekçeye dayanarak, davalı kendi alan adının davacının markası internette kullanılmaya başlamadan önce kullanıldığını; bu nedenle kendisinin “üst düzey kullanıcı” olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, alan adının önce kaydedilmesi ile ilgili talebi marka hakkının işlevi çerçevesinde reddetmiştir.

Mahkemenin davalı talebini reddi kanaatimizce de isabetli olmuştur. Davalı 1996 yılı başlarında markayı internet ortamına taşısa da, Lanham Act’a göre onu hak doğuracak şekilde yani marka fonksiyonuyla kullanmamıştır. Zira davalının “üst düzey kullanıcı” durumunda değerlendirilebilmesi için, işareti marka olarak kullanması gerekir. Mahkeme ret gerekçesinde de, davalı her ne kadar 1996 yılında markayı internette kullanmaya başlasa da, veri tabanını ticari olarak kullanmamıştır. 1998 yılında veri tabanını kullanıcılarına açacağını ifade ettiğini tekrar hatırlatalım. Bu anlamda, davalının işareti markasal kullanmadığı gerekçe gösterilerek, tedbir talebine itiraz isabetli bir şekilde reddedilmiştir. Hemen belirtelim ki, ABD Hukukundaki “senior ve junior user” kavramları, Türk Hukukunda MarkKHK m. 7/f. son’da belirtilen kullanılmayla ayırt edici hale gelen işaretlere ilişkin duruma benzemektedir.

Burada dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, Federal Mahkemenin işaretin kullanımının ne zaman marka koruması altına gireceğine ilişkin değerlendirmesidir. Federal Mahkemeye göre, bir kişinin işareti ticari amaçlarla kullanmaya ilişkin salt niyeti, o işaretin marka korumasından yararlanmasına imkân tanımaz. Olayımıza dönersek, davalının alan adını ve magatag olarak davacı markasını kullanması ve fakat onu kullanıcıların kullanımına açmaması, işaretin ticari olarak yani markasal kullanmadığı anlamına gelmektedir. Mahkemeye göre, marka korumasının amacı, müşterinin malı veya hizmeti ayırt etmesidir. Bu nedenle, kullanıcıların hiç görmediği bir işaretin markasal kullanımından söz etmek mümkün değildir.⁵¹⁸

⁵¹⁸ Brookfield Commc’ns, Inc. v. West Coast Entm’t Corp. IV/B: “Registration with Network Solutions, however, does not in itself constitute “use” for purposes of acquiring trademark priority. The Lanham Act grants trademark protection only to marks that are used to identify and to distinguish goods or services in commerce - which typically occurs when a mark is used in conjunction with the

Federal Mahkeme, markanın tescilli olup olmadığını gözetmemiş; onun kullanımının marka hakkı olarak değerlendirilmesini, işaretin markanın işlevine bağlamıştır. Biz de Federal Mahkemenin bu tespitine katılmaktayız. Her ne kadar MarkKHK’da tescil edilmiş bir işaretin kullanımının markasal olup olmadığı ayrıca hüküm altına alınmamış olsa da, tescilli işaretin her kullanımının marka hakkı kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Aksi halde, marka hakkı ile sağlanan korumanın sınırlarını hiçbir ekonomik ve hukuki gerekçe olmadan genişletmiş oluruz. Böylece ifade özgürlüğü, yenilikçi fikirlerin ortaya çıkması ve serbest rekabet zarar görür. Tekrardan sakınmak için marka hakkına ve sağladığı korumaya ilişkin sonuçlar açısından incelemenin ilgili bölümlerine atıf yapmakla yetiniyoruz.⁵¹⁹

Brookfield’in korunabilir bir marka olduğuna karar verildikten sonra, Federal Mahkeme davalının kullanımının “Moviebuff” markasının kaynağı veya sponsoru olarak görünmesi nedeniyle markanın kaynak belirtme işlevini zedelediğine kadar vermiştir. Böylece davalının marka ihlali yaptığına hükmetmiştir. “Moviebuff” ifadesine eklenen “.com” ifadesi, markanın genel yapısından kayda değer bir değişiklik yapmadığı da ayrıca belirtilmiştir. Anılan alan adının kullanımı davalı açısından yasaklanmıştır.

Federal Mahkeme, markanın megatag olarak kullanılması durumuyla ilgili olarak da ilk ilgi karışıklığı teorisini kararında kullanmıştır.⁵²⁰ İnternet kullanıcıları, aram motoruna “Moviebuff” kelimesini yazdıklarında, arama sonuç sayfasında nedenini anlayamadıkları şekilde davalının sitesi görünmesi ve kullanıcının işlem yapma ihtimali ilk ilgi karışıklığı olarak değerlendirilmiştir. Bu halde kullanıcı, işlem sırasında önüne gelen markanın kaynağı konusunda yanılmıyor olsa dahi marka ihlali meydana geliş olabilir. Zira markanın reklam ve köken ayırt etme işlevi nedeniyle, önemli olan husus markanın kullanıcı zihnindeki konumudur. Bu konunun işlem öncesinde bir takım hileli hareketlerle değiştirilmesi veya gerçeğe aykırı biçimde

actual sales of goods or services. The purpose of a trademark is to help consumers identify the source, but a mark cannot serve a source-identifying function if the public has never seen the mark and thus is not meritorious of trademark protection until it is used in public in a manner that creates an association among consumers between the mark and the mark's owner. ... The district court, while recognizing that mere registration of a domain name was not sufficient to constitute commercial use for purposes of the Lanham Act, nevertheless held that registration of a domain name with the intent to use it commercially was sufficient to convey trademark rights. This analysis, however, contradicts both the express statutory language and the case law which firmly establishes that trademark rights are not conveyed through mere intent to use a mark commercially nor through mere preparation to use a term as a trademark.”

⁵¹⁹ 1§/II. Bölüm.

⁵²⁰ İlk İlgi Karışıklığı Teorisi ile ilgili olarak bakınız: 3§/V. Bölüm / D – 2.

oluşturulması halinde markanın anılan işlevlerinin zarar görebileceği açıktır. Her somut olayda, markanın işlevinin zedelenip zedelenmediği araştırılmalıdır. Davacının markası kullanılarak tüketicilerin ilgisi çekilmesiyle, o markanın saygınlığı zedelenebilir. Ancak megatag veya adwords'ün kullanıldığı her halde ilk ilgi karışıklığından söz edilemeyeceğini de ekleyelim.

Yukarıda bahsedilen vakıda, kullanıcılar “Moviebuff” ifadesini aradıktan sonra, karşlarına çıkan ve davalıya ait linke yönlendirilmektedirler. Kullanıcılar davalının web sayfasına vardıklarında –algılanabilirse- markalar arası anlayacak imkâna kavuşmaktadırlar. Yani üçüncü kişiye ait markanın sırf megatag olarak kullanılması değil, arama motoru sonuç sayfasındaki belirsiz etiketlemeler veya yönlendirmeler sonucunda kullanıcıların davalı sitesine yönlendirilmesi vakısına hukuki sonuç bağlanmıştır. Kullanıcı, üçüncü kişinin markası sayesinde beyninde zihni bir durum oluşturmuş, sonrasında o marka ile işlem yapma durumuna gelmiş ve fakat işlem yapmadan önce o markanın aslında işlem yapma istediği üçüncü kişinin markası olduğunu anladığı hallerde ilk ilgi karışıklığından söz edilir. Türk Hukukunda tanınmış markalara sağlanan şekilde, markanın saygınlığından haksız olarak yararlanma durumu, ABD Hukukunda ilk ilgi karışıklığı teorisi ile internet uygulamalarına özel bir şekilde açıdan açıklanmıştır.⁵²¹ Web siteleri arasındaki geçişlerin çok hızlı ve kolayca yapılması ve kullanıcıların düşük dikkat seviyeleri, marka ihlallerini kolaylaştıran unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk ilgi karışıklığı teorisi de işte bu maddi durumun bir sonucudur.

4. *Playboy Enterprises, Inc. v. Welles* davası,⁵²² üçüncü kişinin markasını yönlendirici kod olarak dürüst kullanımına marka hakkı ihlali sonucu bağlanamayacağına ilişkin bir karardır. Davacı, yetişkin eğlence sektöründe faaliyet gösteren tanınmış bir markadır.⁵²³ Davalı ise 1981 yılında “Playmate of The Year” ödülünü alan bir Playboy güzelidir. Davalı, davacının “Playboy” ve “Playboy Playmate of The Year” markalarını kendi web sayfasında megatag (yönlendirici kod) olarak kullanmıştır. Ayrıca aynı markaları, sitede banner reklamları olarak da

⁵²¹ ABD Hukukunda da tanınmış markalar, markanın sulandırılması (dilute) yoluyla saygınlığının zedelenmesi ve ondan haksız yararlanılması halinde korumadan yararlanır. (**SCHEFFEL Evan**, *Playboy Enterprises, Inc. v. Welles: Former Bunny’s Use of Trademarked Terms is Permissible, As No Other Practical Way To Describe Her Exists*, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Vol. 18, s. 362.)

⁵²² *Playboy Enters., Inc. v. Welles*, 279 F.3d 796, 802 (9th Cir. 2002); Ayrıca bakınız: **SCHEFFEL**, s. 355-363; **OĞUZ**, s. 298, dn. 209;

⁵²³ **SCHEFFEL**, s. 357.

kullanmıştır. Davacı, markasının tanınmış olduğu, bu nedenle ayırt edicilik işlevinin zedelendiği, markanın saygınlığından haksız yararlandığı ve markasının sulandırıldığı (*dilute*) gerekisiyle dava ikame etmiştir.

Davalı savunmasında, web sayfasının kişisel olarak kendisini tanıttığını; bu kapsamda “Playmate of The Year” ifadesini de ilgili kitlesinin kendisini tanıdığı şekliyle tanıtmak açısından önemli olduğunu ve bu kullanımın normatif olarak izin verilen türden bir kullanım olduğu savunmasıyla marka ihlali yapmadığını ifade etmiştir. Federal Mahkeme, aşağıdaki hallerin varlığı halinde normatif olarak kullanıma izin verilebileceğini ifade etmiştir: (i) Marka kullanılmadan, tanımlanma kolaylıkla yapılamıyorsa, (ii) Marka, tanımlanmaya çalışan şey ile ilgili olarak makul ve yeterli bir biçimde kullanılmışsa, (iii) Marka sahibi tarafından, onu kullanan kişiye sponsorluk önerilmemiş olmak.⁵²⁴

Federal Mahkeme, davacının tanınmışlık, markanın sulandırılma iddiasını reddederek ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Gerekçe olarak ise, davacı marka sahibinin mal veya hizmeti ile ne başka bir mal veya hizmetin ne de markanın ilişkilendirilmemesi, anılan ifadenin kullanılmasının davalının kendini ifade etmesi için makul olarak gerekli olduğu⁵²⁵ ve banner reklamlarında davacının markasını şekil olarak kullanmaması gösterilmiştir. Yani kullanım ile marka ihlaline veya sulandırmaya (*dilution*) neden olabilecek uygun illiyet bağı (*improper association*) kurulmamıştır.⁵²⁶ Davalının anılan markayı megatag olarak kullanımını hukuka uygun bulan Federal Mahkeme, davalının 1981 yılına ait çektiği resimleri sitesinde kullanmasını marka ihlali olarak yorumlamıştır. Buna gerekçe olarak, duvar kağıdı olarak kullanılan resimlerin davalıyı tanıtmak açısından “gerekli” olmamasından ötürü izin verilen bir kullanım olmadığı hükme bağlanmıştır.

⁵²⁴ **SCHEFFEL**, s. 362.

⁵²⁵ Federal Mahkeme, davalının “Playmate of The Year” ifadesi yerinde, “Mr. Hefner’in dergisi için 1981 yılında seçilen çıplak kadınlardan birinci olanı” ifadesinin kullanılmasının pratik olmadığını. Bu nedenle davalının kullanımının anti-sulandırma hükümleri (anti-dilute law) çerçevesinde izin verilen bir kullanım olduğuna karar vermiştir. Türk Hukukunda ise bu tarz kullanım, markanın dürüst ticari uygulamalarda veya ifade özgürlüğü çerçevesinde kullanılması şeklinde adlandırılabilir.

⁵²⁶ **KURT Emre**, Karşılaştırmalı Açından Marka Hukukunda Haksız Avantaj Sağlama Sulandırma ve İtibara Zarar Verme Kavramları, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 30/2012, s. 115 vd.; Dürüst kullanım için ABD Federal Mahkemesinin ilkesel bir kararı için bakınız: *New Kids On The Block v. New America Publishing, Inc.*, 971 F.2d 302 (9th Cir. 1992); **SCHEFFEL**, s. 358; Anılan kararın normatif izin verilen kullanım (dürüst kullanım) için zikrettiği ölçütleri aynen naklediyoruz: “First, the product or service in question must be one not readily identifiable without use of the trademark; second, only so much of the mark or marks may be used as is reasonably necessary to identify the product or service; and third, the user must do nothing that would, in conjunction with the mark, suggest sponsorship or endorsement by the trademark holder.”

5. *1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.com and Vision Direct, Inc.*,⁵²⁷ davasında davacı, kontak lens perakendecisidir ve kendi ürettiği bütün ürünleri “www.1800contacts.com” alan adı altında kullanıcılara arz etmektedir. Ayrıca perakendecilik hizmeti sırasında telefon numarası olarak da kullanılan numaraları haiz “1-800 Contacts” markasının da sahibidir. Davalılardan Vision Direct Inc., davacının doğrudan rakibidir. Diğer davalı WhenU.com ise, internet reklamcılığı alanında faaliyet gösteren bir internet servis sağlayıcıdır ve “SaveNow” isimli bir yazılım yoluyla bu faaliyeti yürütmektedir. Anılan yazılım, müşteriler tarafından herhangi bir ücret ödmeden yüklenebilmektedir. Yazılımın yüklenmesi sırasında, onun diğer internet servis sağlayıcılarından bağımsız olarak reklamları iletebileceği ayrıca belirtilmektedir. Programı yükleyen kullanıcılar internette gezerken, kullandıkları ifadelerle paralel olarak, “SaveNow” yazılı bir takım reklamları pop-up olarak kullanıcı ekranına göndermektedir. Bu kapsamda, yazılım algoritmasına davacınının de dâhil olmak üzere 32.000 web sitesi, 1.200 anahtar kelime kombinasyonu ve 29.000 arama kelimesi bulunmaktadır.

Bölge Mahkemesi, davacının ihtiyati tedbir olarak davacının alan adının kullanılmasını yasaklamıştır. Federal Mahkeme, Bölge Mahkemesinin kararının tersine, WhenU’nun davacı markasını ticari olarak kullanmaması nedeniyle, ortada markasal anlamda bir kullanım olmadığına hükmederek ihtiyati tedbir kararını kaldırmıştır. Marka ihlalinin bahsedebilmek için gerekli kriterleri mahkeme şu şekilde sıralamıştır: (i) Lanham Act (ABD Marka Kanunu) uyarınca korunabilecek bir işaret bulunmalı, (ii) Davalı markayı kullanmalı, (iii) Kullanım ticari olmalı, (iv) Kullanım bir mal veya hizmet ile bağlantılı olacak şekilde yapılmalı ve son olarak (v) İşbu kullanım hususunda davacı marka hakkı sahibinin rızası olmamalıdır.

⁵²⁷ 1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.com and Vision Direct, Inc. 414 F.3d 400 (2d Cir., June 27, 2005); Anılan dava ile benzer bir başka davalar için bakınız: Wells Fargo & Co., et al v. WhenU.com, Inc., 293 F. Supp.2d 734 (E.D. Mich., November 19, 2003), WhenU.com Inc. v. Utah No. 040907578 (Utah Dist. Ct., June 22, 2004). Utah Bölge Mahkemesinde görülen davada, Utah Spyware Control Act açısından bir denetim yapılarak, WhenU.com’a ait yazılımın ABD Anayasasındaki Ticaret Klotuna uygunluğu tartışılmıştır. Utah Spyware Control Act madde §13-40-201(1)(c) uyarınca, kullanıcıların girdikleri verileri tetikleyici olarak kullanan mekanizmaların (bilgisayar yazılımı gibi), kısmı veya bir bütün olarak ve ücretli reklamları kullanarak, kullanıcıların internete erişimini engellemesi yasaklanmıştır. Ayrıca yapılan reklamların çerçevesinin iyi bir şekilde etiketlenmiş olması ve karıştırılma tehlikesi yaratmaması da gerekmektedir. Bölge Mahkemesi, davacının yazılımının kullanıcıların rızası ile kendi bilgisayarlarına yüklenmesini ve lisans sözleşmesinde yazılıma ait açıklamaların yapılması nedeniyle, anılan kullanımı Utah Spyware Control Act’a aykırı bulmamıştır.; U-Haul International Inc. v. WhenU.com, Inc. 279 F.Supp.2d 723 (E.D. Va., September 5, 2003). Bu davada da, mahkeme WhenU.com’un markayı kullanmadığından ve görüntülediği reklamların kaynağı konusunda kullanıcıyı yanıltmadığı için marka hakkı ihlali ve haksız rekabet iddialarını reddetmiştir.; GILLIERON, s. 201.

Federal Mahkeme, davalı WhenU'nun müşterilerine ait markayı pop-up olarak farklı bir pencerede açmasını ticari bir kullanım olarak değerlendirmemiştir. Karara göre, burada internet servis sağlayıcının davacının alan adını kendi sistemine kaydederek ticari bir gelir sağlaması, işaretin ticari kullanıldığı anlamına gelmeyeceği; bir işaretin ticari ve dolayısıyla markasal kullanımdan bahsetmek için, onun işlevlerini etkileyen bir kullanımın mümkün olması gerektiği ifade edilmiştir. Davalı WhenU, kendi sistemine kayıtlı markaları kullanmamaktadır. Aksine müşterilerinin, sistemine kayıt ettirdikleri markaları kullanmalarına bir imkan sağlamaktadır. Yani burada markayı, marka işlevine etki edecek şekilde WhenU'nun müşterileri kullanmaktadır. Mahkeme, kullanılan markaların WhenU'nun sisteminde diğer kullanıcıların görmeyeceği şekilde bulunması nedeniyle, herhangi bir mal veya hizmet ile ilişki kurulmamasını da aktif ticari kullanım (*acitonable trademark use*) olmamasını, tespitine gerekçe yapmıştır. Davalı tarafından yapılan pop-up reklamlarda, sadece müşterilerine ait bilgilerin görüldüğünü de ekleyelim. Sonuç olarak, Federal Mahkemenin 2. Dairesi, marka sahibi ve web sayfası işleticisi tarafından pop-up reklam dağıtıcılarına (internet servis sağlayıcılarına) karşı ileri sürülen marka ihlali ve telif haklarına ilişkin talepleri reddederek, Bölge Mahkemesi kararını WhenU açısından bozmuştur. Diğer davalı açısından ise Bölge Mahkemesinin bozma sonrası verdiği karar, aşağıda arz edileceği üzere, Federal Mahkemeye taşınmıştır.

6. 800-JR Cigar, Inc. v. Goto.com, Inc.⁵²⁸: Davacı, 30 yıldır kayıtlı markası 800-JR adı altında indirimli sigara pazarlayan bir perakendecidir. Ayrıca “www.jrcigars.com” alan adlı web sayfasını da yönetmektedir. Davalı, öncelik için öde (pay for priority) şeklinde faaliyet yürüten; bu kapsamda kullanıcının arama yaptığı ifade ile ilgili sonuç sayfasında öncelikli olarak reklam verenlere yer veren, sonrasında “doğal” sonuçlara yer veren bir arama motorudur.

GoTo.com, anahtar kelime reklamcılığı alanında reklam verenlere çeşitli teklifler sunmuştur. Bu kapsamda, GoTo.com, hangi kelimenin anahtar kelime olarak kullanılabilmesine ilişkin çeşitli öneriler sunan “Search Term Suggestion Tool” ile kullanıcılar tarafından en çok aranan kelimeleri reklamcılarla paylaşmış ve onları yönlendirmiştir. Federal Mahkeme, GoTo.com'un davacı işaretini markasal kullandığını ifade etmiş ve ölçütlerini şu şekilde sıralamıştır: (i) GoTo.com, marka değerleri üzerinden davacı markanın rakiplerine anahtar kelime tesis etme işinden

⁵²⁸ 800-JR Cigar, Inc. v. Goto.com, Inc. 437 F. Supp. 2d 273 (D.N.J., July 13, 2006).

ticari kazanç elde etmesi, (ii) Arama motoru sonuç sayfasında, reklam verenlerin sonuçlarının davacı potansiyel müşterilerini yanıltacak şekilde üst sıralarda yer alması ve (iii) Arama motorunun, anahtar kelime önerme yoluyla reklamcının hangi işareti kullanacağı konusunda onu yönlendirmesi.

İncelememizin muhtelif yerlerinde de belirttiğimiz gibi, bir markanın arama motorunda anahtar kelime olarak seçilmesi salt marka ihlaline neden olmazsa da, yukarıdaki vakıda arama motorunun marka (anahtar kelime) seçiminde aktif olarak rol alması, linkler arasındaki ayrımı ortalama dikkat seviyesine sahip bir kullanıcının ayırt edebileceği düzeyde yapmaması nedeniyle marka hakkını ihlal ettiği ortadadır. Nitekim Federal Mahkeme 3. Daire kararında, markalar arası karıştırılma ihtimalinin ve ilk ilgi karışıklığının meydana gelebileceğine hükmederek, arama motorunu marka ihlalinden sorumlu tutmuştur.

7. *Designer Skin LLC v. S & L Vitamins, Inc.*,⁵²⁹: Davacı, Designer Skin LLC, bronzlaşma ürünleri pazarlayan ve şirket adını marka olarak tescil ettirerek kullanan bir üreticidir. Ayrıca davacı, kendi ürünlerini pazarladığı ve içeriğindeki materyallerin telif haklarının sahibi olduğu bir web sayfasını da işletmektedir. Davacı ürünlerini bağımsız tek satıcılar eliyle ve fakat internet satıcılarına satım yapılmaması şartıyla vermektedir. Tek satıcılar, davacının ürünlerini güzellik salonlarına dağıtma konusunda yetkilidirler. Davalı S&L Vitamins Inc., davacı ile doğrudan rekabet halinde bulunan, ancak mallarını sadece internet üzerinden pazarlayan bir şirkettir. Davalı, davacının ürünlerinin resimlerini web sitesinde pazarlama faaliyetine yardım etmesi amacıyla ve davacının markası olduğu belirtilerek kullanmıştır. Bunun dışında, davalı web sitesi megatag (yönlendirici kod) ve arama motorlarında anahtar kelime olarak davacının markasını satın almıştır. Bunun amacı, davalının ifadelerine göre üçüncü kişileri kendisinin de aynı tarzda ürün satabildiğini duyurmak olduğunu ifade etmiştir.

Davalı, davacının bronzlaşma ürünlerini ne kendisinden ne de onun tek satıcılarından almıştır. Bunun yerine, davacıya sırasıyla tek satıcılardan sipariş veren güzellik salonlarından, maliyet üzerinde %10-20 kar vererek satın almıştır. Bunu öğrenen davacı, marka ihlali, haksız rekabet ve sözleşme ilişkisine haksız müdahale

⁵²⁹ *Designer Skin LLC v. S & L Vitamins, Inc., et al.* No. CV 05-3699-PHX-JAT (D. Arizona, May 19, 2008).

talepleriyle dava ikame etmiştir. Davacı, davalı web sayfasında kendi markası gösterilerek ürünlerinin satılması eyleminin karıştırma ihtimali yaratabilecek bir marka ihlali olmadığını kabul etmiş ancak ilk ilgi karışıklığı nedeniyle marka ihlalinin olduğunu öne sürmüştür. Mahkeme bu iddiayı reddetmiştir. Zira ilk ilgi karışıklığından bahsedebilmek için, potansiyel kullanıcının başlangıçta aldatılması gerekmektedir. Oysa somut olayda, davacının markası ve ürünleri ile ilgili böyle bir aldatma söz konusu değildir. Davalı dürüst bir şekilde davacının ürünlerine ulaşma imkanı sağlamaktadır. Mahkeme, ilk ilgi karışıklığını “yem ve anahtar şeması” olarak somutlaştırılabileceğini de ifade etmiştir.

Bölge Mahkemesinin bu tutumunun, Federal Mahkeme 10. Dairesinin kararlarıyla çeliştiğini belirtmek gerekir. Zira Federal Mahkeme, ilk ilgi karışıklığı ile ilgili olarak ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, eğer üçüncü kişinin markası kullanılarak ulaşılan web sayfasında sadece o markanın sahibi rakibin ürünü satılıyorsa ilk ilgi karışıklığı meydana gelmemiştir; ancak üçüncü kişinin markasını kullanarak ulaşılan web sayfasında hem marka sahibi rakibin hem de web sayfası sahibinin ürünleri bir arada satılıyorsa, ilk ilgi karışıklığı gündeme gelebilir.⁵³⁰ Kanaatimizce, ulaşılan web sayfasında marka sahibinin ürünleri ile web sayfası sahibinin ürünleri arasında bir bağlantı varmış gibi gösteriliyorsa, ilk ilgi karışıklığı gündeme gelebilir. Bu bakımdan biz de Federal Mahkemenin görüşlerine kural olarak katılıyoruz. Ancak somut olayda, davalı web sayfasındaki kullanım, Bölge Mahkemesince dürüst ticari uygulama olarak değerlendirilmesi nedeniyle, ortada bir ilk ilgi karışıklığı olmadığı kanaatindeyiz.

Bölge Mahkemesi, bir markanın dürüst kullanımına ilişkin olarak ölçütleri: (i) Markaların kolaylıkla ayırt edilebilir olması, (ii) İlgili işaret veya işaretler makul olduğu ölçüden fazla kullanılmaması ve (iii) Markayı kullananlar, onunla aralarında herhangi bir şekilde sponsorluk veya bağlantı olduğunu ima etmemesi, şeklinde sıralamıştır. Bu bağlamda, davalının kullanımının izin verilen normatif kullanım olduğuna karar verilmiştir.

Yargılamada öne çıkan bir diğer önemli husus, davalının sitesinde kullandığı resim ve fotoğrafların telif hakları ihlali oluşturup oluşturmadığı meselesidir. Mahkeme, davalı her ne kadar markayı dürüst ticari uygulamalar uygun şekilde kullanmış olsa

⁵³⁰ Bu yöndeki karar için bakınız: Australian Gold Inc. v. Hatfield, 436 F.3d 1228 (10th Cir. 2006)

da, telif hakları açısından dürüst kullanım ile hak sahibi olunan eserlerin kullanılmasını hukuka aykırı bulmuştur.⁵³¹ Telif hakları açısından dürüst kullanım konusunda da mahkeme dört ölçütü zikretmiştir. Bunlar, Amerikan Telif Yasası § 107'nin 17. maddesi uyarınca: (i) kullanım ticari olmamalı veya kar amacı gütmeyen eğitim kurumlarında kullanılmalı, (ii) telif hakkı sahibi olabilecek bir çalışma ürünü olmalı, (iii) Bir bütün olarak, telif hakkına konu eserin kullanılış biçimi ve (iv) Telif hakkını haiz eserin kullanılması ile potansiyel müşteri ve piyasa ortaya çıkan etki olarak sıralanmıştır.

Davacının son iddiası, sözleşme ilişkisine yapılan müdahale nedeniyleydi. Ancak davalının ürünleri tek satıcılar değil, güzellik salonlarından alması karşısında bu iddiası da mahkemece reddedilmiştir. Türk Hukuku açısından sözleşme ilişkisine kötü niyetle müdahale BK m. 41/f. 2 kapsamında gündeme gelebilir. Ancak davacının pazarlayarak tükettiği markalı mal üzerindeki hakkını, ileride kurulacak sözleşmelere etki etmesini talep etmesinin hiçbir mantığı yoktur. Kaldı ki, sözleşmelerin nispi olması gereği, bu iddianın BK m. 41/f. 2 dışında davalıya yönlendirilebilmesinin mümkün olmadığı kanaatinde olduğumuzu belirtelim.

8. *Google Inc. v. American Blind & Wallpaper Factory, Inc.*⁵³²: Davalı, American Blind & Wallpaper Factory, pencere ve duvar kaplama perakendecisi olarak satışlarının büyük bir bölümünü "DecorateToday.com" alan adı üzerinden yapan bir şirkettir. Ayrıca davalı, "American Blind & Wallpaper Factory," "American Blind Factory" and "Decorate Today." gibi faaliyet gösterdiği alanlarda tescil edilmiş birçok markanın da sahibi konumdadır. Davalı, karşı iddia olarak, arama motorunun kendi markasını AdWords sisteminde kullanması nedeniyle, kendi markasını arama motorunda arayan kişilerin rakiplerinin web sayfalarıyla "sponsor link" başlığı altında karşılaştığını; arama motorunun "Adwords Keyword Optimization" servisinin kendi markasının veya benzerleri ifadelerin diğer reklamcılarının da kullanması için

⁵³¹ Amerikan mahkemeleri, söz konusu kullanımın hukuka aykırı olup olmadığını, CA (Copyright Act) § 107'de düzenlenen ve eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren genel nitelikli bir düzenleme olan "dürüst kullanım-fair use" kapsamında tespit etmeye çalışmışlardır. Alman UrHG'de ise, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar, Amerikan hukukunun aksine, FSEK'e benzer şekilde, "dürüst kullanım" tarzı genel nitelikli bir düzenleme ile değil, genel olarak UrHG § 44a-63a arasında, Amerikan hukukuna göre daha kazuistik bir tarzda düzenlenmiştir. (ÖNCÜ Özge, Fikri Hak İhlalleri Bakımından İnternet "Görsel" Arama Motorları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, 2008, 93-154, s. 98)

⁵³² Google Inc. v. American Blind & Wallpaper Factory, Inc. Case No. C03-05340-F (N.D. Cal., March 30, 2005).

reklamcılarını yönlendirdiğini iddia etmiştir. Sonuç olarak, davalı kendi markasını ihlal edici biçimde kullandığı gerekçesiyle marka ihlali, haksız rekabet gerekçelerine dayanarak talepte bulunmuştur.

Bu davada Google, U Haul v. WhenU.com, 279 F. Supp. 2d 723 (E.D. Va. 2003) and Wells Fargo v. WhenU.com, 293 F. Supp. 2d 734 (E.D. Mich. 2003) davalarında olduğu gibi, American Blind'ın iddia ettiği işaretleri markasal kullanımı üzerinde savunma yapmıştır. Anılan davalarda hatırlanırsa, bir işaretin marka olarak kullanılabilmesi için, onların bir mal veya hizmeti ayırt etmek, kökenini belirtmek, kalitesini garanti etmek veya reklam yapmak amaçlı kullanılması halinde marka hakkı kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştik. Aynı şekilde, Google' da American Blind'ın markalarını markasal olarak (actionable trademark) kullanmadığı için marka ihlali ve haksız rekabetten dolayı sorumlu tutulmamıştır.

9. Google Inc. v. American Blind & Window Factory, Inc.⁵³³, davasında Bölge Mahkemesi, Google AdWords sisteminde, davalının markasının rakip şirketlerce satın alınarak kullanılması vakiasını arama motoru açısından doğrudan ticari bir kullanım olarak tanımlamıştır. Hatırlanacak olursa, Federal Mahkeme, önceki bazı kararlarında⁵³⁴ arama motorunun üçüncü kişinin markasını ticari olarak kullanmadığına hükmetmişti. Federal Mahkemenin markanın ticari kullanımı konusunun üzerinde durmasındaki amaç, arama motorunun marka ihlali konusundaki sorumluluğu içindir. Daha yeni tarihli gerek Bölge Mahkeme gerek Federal Mahkeme kararlarında ise, arama motorunun kullanımı ticari olarak nitelendirilmiştir. Hakikaten de, bir işaretin marka hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için sadece onun ticari kullanımı yetmemektedir. Ayrıca markanın fonksiyonlarını etkileyecek şekilde kullanılması gerekir. Bu husus da birçok mahkeme kararında belirtilmiştir.⁵³⁵ Ama motorunun adwords sistemiyle ticari olarak kazanç elde ettiği de tartışmasızdır. O halde, arama motoruları açısından, arama motorunun üçüncü kişinin markasını ticari olarak kullandığı görüşüne biz de katılmaktayız. Üçüncü kişinin markasını adwords olarak satın alan kişinin marka hakkı kapsamındaki durumu ayrıca değerlendirilmelidir. Kullanımın

⁵³³ Google Inc. v. American Blind & Window Factory, Inc. Case No. 03-5340 JF (RS) (N.D. Cal., April 18, 2007).

⁵³⁴ 1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.com and Vision Direct, Inc. 414 F.3d 400 (2d Cir., June 27, 2005).

ticari olmasının salt marka ihlaline veya korumasına neden olmayacağını tekrar hatırlatalım.

İşbu daya konu reklamlarda, rakibin markası arama sonuç sayfasında gözükmesine rağmen markasını adwords olarak kullandığı diğer markanın görünmediği bir durum söz konusudur. Anılan sonuç sayfasında reklamlar, “soponsor link” başlığı altında görülmektedir. Şunu hemen ifade edelim ki, teknolojinin baş döndürücü gelişimi içinde ABD Mahkemelerinin kararları arasında da henüz bir içtihat birliği bulunmamaktadır.

Erken dönem kararlarında, arama motorunca anahtar kelimenin veya yönlendirici kodun satılarak rakip markanın görüntülenmesinin ticari bir faaliyet olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Eğer burada kullanımın ticari bir kullanım olduğu anlaşılırsa, mahkemeler marka hukukunu olaya uygulamaktaydı.⁵³⁶ Yeni dönem kararlarında ise, arama motorunun reklam sistemine dâhil olarak, üçüncü kişilerin marka işaretlerini rakiplerine satışı vakıasının ticari olduğu saptanmıştır. Ancak bu faaliyetin ticari olmasına doğrudan marka hukukuna ilişkin sonuçlar bağlanmamıştır. ABD Mahkemelerinin anılan uygulama tarzı kanaatimizce de son derece yerindedir. Zira bir işaretin ticari olarak kullanılıyor olması, onun kendiliğinden marka olarak kullanıldığı anlamına gelmez. Bu nedenle, faaliyetin ticari olduğu saptandıktan sonra, anılan kullanımın markanın işlevleriyle bağlantısı üzerinde durulmalıdır. Nitekim gerek eski gerek yeni dönem kararlarında, ABD Mahkemeleri markanın herhangi bir mal veya hizmetle ilişkilendirilmemesi, kaynak gösterme işlevini yerine getirmemesi gibi gerekçelerle işaretin marka hakkı kapsamında olmadığına hükmetmiştir.⁵³⁷

Anılan davada, karşı davacının markası, arama motoru sonuç sayfasında kullanıcıların dikkat seviyesi göz önüne alınarak “sponsor bağlantılar” içine

⁵³⁵ İlgili kararlardan bazıları için bakınız: 800-JR Cigar, Inc. v. Goto.com, Inc. 437 F. Supp. 2d 273 (D.N.J., July 13, 2006); Brookfield Commc’ns, Inc. v. West Coast Entm’t Corp., 174 F.3d 1036, 1054 (9th Cir. 1999).

⁵³⁶ Konu ile ilgili mahkeme kararları için bakınız: GEICO v. Google, Inc., 300 F. Supp. 2d 700 (E.D.Va.2004);800-JR Cigar Inc. v. GoTo.com, Inc., 473 F.Supp.2d 273 (D.N.J. 2006); Buying for the Home LLC v. Humble Abode LLC, 459 F.Supp.2d 310 (D.N.J. 2006); Edina Realty Inc. v. The MLS Online.com, 2006 WL 737064 (D. Minn. 2006); J.G.Wentworth SSC v. Settlement Funding LLC, 2007 WL 30115 (E.D.Pa. 2007).

⁵³⁷ Konu ile ilgili mahkeme kararları için bakınız: Merck & Co. v. Mediplan Health Consulting Inc., 425 F.Supp.2d402 (S.D.N.Y. 2006); Rescuecom Corp. v. Google, Inc., 456 F.Supp.2d 393 (N.D.N.Y. 2006); Dep’t of Parks & Recreation v. Bazaar Del Mundo Inc., 448 F.3d 1118, 1124 (9th Cir. 2006); Network Automation, Inc. v. Advange System Concepts, Inc., 484 F.3d, 3232- 3233. (9th Cir. 2011).

yerleştirilmiş olması ve bağlantı metninde veya alan adında karşı davacının markasının bulunmaması nedeniyle marka ihlali bulunmadığına hükmedilmiştir. Aynı davada alınan bilirkişi raporunda, kullanıcıların %29'unun sponsor link altında bulunan bağlantılar ile arama yaptıkları marka arasında bir bağlantı olduğuna hatalı olarak inandıkları tespit edilmiştir. Ancak buna rağmen, Mahkeme ortalama dikkat seviyesinde kullanıcıların yanılmayacağına karar vermiştir.

10. Merck & Co., Inc., et al. v. Mediplan Health Consulting, Inc.,⁵³⁸ davasında, mahkeme arama motorunun üçüncü kişinin markasını reklam verene satmasını marka ihlali olmadığına karar vermiştir. Davacı, Merck & Co. Inc., dünyanın önde gelen ilaç firmalarından biridir ve “ABD’de patent hakkını haiz popüler bir anti-kolesterol ilacı olan “Zocor” markasının da sahibidir. Davalı, Mediplan Health Consulting Inc., ABD Sağlık Bakanlığının izni ile online tıbbi ilaçlar satan Canada temelli bir şirkettir. Davalı, “www.xnorth.com”, “www.CanadaPharmacy.com”, “www.CanadaDrugs.com” ve “www.CrossBorderPharmacy.com” and MedCenterCanada.com alan adlarının da sahibi ve işleticisidir.

Davalı “Zokor” ve onun jenerik biçimi⁵³⁹ “Simvastatin” ilaçlarını Google ve Yahoo arama motorlarında adwords olarak satın almışlardır. Aynı zamanda, kendi web sayfalarında davacıya ait web sitesinde “Zokor” a ait bağlantıyı kullanmıştır. Ayrıca yukarıda anılan alan adlarına ilişkin web sitelerinde “Zocor” ve “Generik Zocor”; “Zocor” ve “Generik Simvastatin” ifadeleri de ayrıca kullanılarak satış faaliyeti yürütülmüştür. Davalı tarafa, Canada Pharmacy ve Universal de dahil edilmiştir.

Davacı, aldatıcı reklam, patent ve marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet hukuki sebeplerine dayanarak dava ikame etmiştir. Mahkeme, patent iddialarına ilkin talepleri reddetmiştir. Kararda işaretin kullanımı konusunda bir adım daha öteye gidilerek, markasal anlamda kullanma kavramı zikredilmiştir.⁵⁴⁰ Bu kapsamda, üçüncü kişinin markasının adwords olarak kullanılmasının tek başına markasal bir

⁵³⁸ Merck & Co., Inc., et al. v. Mediplan Health Consulting, Inc., d/b/a RxNorth.com, 425 F.Supp.2d 402 (S.D.N.Y., March 30, 2006).

⁵³⁹ Jenerik ilaç hakkında bakınız: **ÇOLAK Uğur**, Kısaltılmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2009, İstanbul, 2009.

⁵⁴⁰ “ This internet use of the mark “Zocor” as a keyword to trigger the display of sponsored links is not use of the mark in a trademark sence.”(Merck & Co., Inc., et al. v. Mediplan Health Consulting, Inc., s. 22).

kullanım olmadığına karar verilmiştir. Bir işaret ile ilgili Marka Hukuku anlamında bir talep ileri sürülebilmesi için, öncelikle kullanımın markanın işlevlerini etkileyen bir kullanım olması gerekmektedir. Davalıların anılan ilacı satmakta olması ve bu nedenle reklam yapa haklarının olduğu da ayrıca belirtilmiştir.

Davalılar, anılan ifadelerin jenerik ilacı tanımlama için zorunlu olduğu ve makul derecede kullanıldığını ileri sürerek dürüst ticari uygulama (nomative fair use) savunması da yapmışlardır. Ancak mahkeme, klasik anlamda dürüst kullanımın (fair use) söz konusu olduğu hallerde, işaretin marka olarak kullanılmadığını; oysa olayda üçüncü kişinin markalı ürünün pazarlama veya sponsor gibi görünme şeklinde kar amacı güden ticari bir işin bulunduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, kullanımın marka hakkı kapsamında olduğunu ancak markanın hakkının ihlalden de söz edilecek bir durumun var olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme bu kararıyla, markanın ticari kullanımını, markasal kullanım, dürüst ticari uygulamada kullanım ve marka ihlali yaratacak kullanım gibi birbiri ile çok yakın vakıaları başarıyla ayırt ettiği kanaatindeyiz.

11. *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.*,⁵⁴¹: Davacı, yetişkin eğlence sektöründe çalışan bir şirkettir. Davalı ise arama motoru hizmeti veren bir internet servis sağlayıcısıdır. Davalı, kullanıcıların arama motoruna herhangi bir kelimeyi girdiklerinde, arama sonuç sayfasında arananla en ilgili bağlantılı sonuçları görüntüleme hizmeti vermektedir. Arama motorunda 400'e yakın ifade, sex kategorisi adı altında yer almaktadır. Davacıya ait "Playboy" ve "Playmate" ifadeleri de anılan kategori altında arama motoru veri tabanına reklam veren üçüncü şahısların talebiyle kaydedilmiştir. İlgili kullanıcılar, arama motorunda davacıya ait ifadeleri aradıklarında, arama motoru sonuç sayfasında karşılına anılan ifadeyi satın alarak reklam verenlerin banner reklamları görüntülenmektedir. Ancak arama sonuç sayfasında görüntülenen reklamlardan birçoğu, etiketlenmemiştir ve böylece bağlantının kaynağı tam olarak anlaşılamamaktadır. Bölge Mahkemesi, yukarıdaki vakıaya rağmen davacının iddialarını reddetmiştir. Dava temyiz edilmiş, Federal Mahkeme, Bölge Mahkemesinin Kararını bozmuştur.

⁵⁴¹ *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.* 354 F.3d 1020 (9th Cir., Jan. 14, 2004).

Federal Mahkeme, öncelikle 9. Dairenin *Brookfield Communications*⁵⁴² kararında olduğu gibi, ilk ilgi karışıklığı doktrini kapsamındaki olasılıkları değerlendirmiştir. Çoğunluk görüşüne göre, ilk ilgi karışıklığında tüketicinin ilgisi, rakibin malları ile çekilerek karıştırmaktadır. İlk İlgi karışıklığı, satış gerçekleşmeden önce ortaya çıkmasına rağmen, izin verilmeyen bir şekilde markanın saygınlığından yararlanma şeklinde ortaya çıkar ve böylece bir marka ihlali gündeme gelebilir. Kullanıcı/tüketiciler, rakibin ürünleri ile hukuki ilişkiye girmeden önce onun Playboy'un rakibi olduğunu bilmesi dahi durumu değiştirmemektedir. Zira kullanıcıyı rakibin ürünlerine yönlendirmesi için ilgisi, Playboy ve onun hak sahibi olduğu markaların saygınlığı kullanılarak haksız kazanç elde edilmiştir.

Federal Mahkeme, kullanıcı/tüketicilerin arama sonuç sayfasında etiketlenmemiş banner reklamlar nedeniyle karıştırma tehlikesine veya balanı ihtimaline maruz kalabileceğini kanıtlayabileceğini belirtmiştir. Playboy bu doğrultuda sunduğu bilirkişi raporunda, kullanıcıların belirsiz olarak etiketlenmiş veya etiketlenmemiş reklamlar yoluyla kullanıcıların rakiplerin web sayfalarına yönlendiğini; işbu yönlendirmenin kendi markasının arama sonuç sayfasındaki reklamlarda belirsiz bir şekilde kullanılması nedeniyle meydana geldiğini ortaya koymuştur. Federal Mahkeme, *Sleekcraft*⁵⁴³ kararındaki markalar arası karıştırılma tehlikesine ilişkin faktörleri davaya uygulamıştır. Şunu hemen belirtelim ki, mahkeme anılan bilirkişi raporunu karar esas yapmamıştır. Raporu bire delil olarak kabul ederek, yine olaya *Sleekcraft faktörlerini* uygulamıştır.

Sleekcraft faktörleri uyarınca, rakip/davalının mal ve hizmetlerinin, davacının mal ve hizmetleriyle benzer olması, yetişkin eğlencesine ilişkin ürünlerde ortalama kullanıcıların düşük dikkat seviyesine sahip olmaları nedeniyle karıştırılma tehlikesinin artması, davalının ürünleri ile kullanıcılar ile buluşturmak için davacının markasını belirsiz veya etiketlenmemiş reklamlarda kullanması ve son olarak, davalının niyetinin davacı markanın saygınlığını kullanmak olduğu gerekçeleriyle marka ihlaline karar vermiştir.

Kararda, *Victor Moseley ve Cathy Moseley, Victor's Little Secret v. V Secret Catalogue, Inc.*⁵⁴⁴ (Kısaca Moseley v. V Secret) davasına atıf yapılarak, markanın

⁵⁴² Brookfield davası için bakınız: 3§/III. Bölüm / D – 3.

⁵⁴³ Sleekcraft davası için bakınız: 3§/V. Bölüm.

⁵⁴⁴ 537 U.S. 418 (2003); Davaya ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: **PINTO M. Ashok**, No Secrets Allowed: The Supreme Court Holds That The Trademark Dilution Act Requires Proof Of Actual

sulandırılması iddiası değerlendirilmiştir. Moseley v. V Secret davası, ABD Federal Trademark Dilute Act'in⁵⁴⁵ ilk defa yorumlamıştır.⁵⁴⁶ Buna kapsamda, markanın sulandırılması iddiasının incelenebilmesi için öncelikle markanın tanınmış marka olması gerekmektedir. Ayrıca bu iddianın desteklenmesi için fiili bir sulandırma delilinin bulunması gerektiğine hükmedilmiştir. 4. Daire, markanın belirsiz veya tam etiketlenmemiş olduğu hallerde, tanınmış marka ile sonradan gelen marka (junior mark) arasında bir sulandırma iddiasının ileri sürülemeyeceğine karar verilmiştir.⁵⁴⁷ Aynı kararda, bu tarz bir durumun markanın sulandırılmasının bir şartı olarak tanınmış markanın ayırt ediciliğinin azalmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, böyle bir iddianın kanıtlanabilmesi için fiili bir satış veya kar kaybının da gösterilmesinin zorunlu olduğu eklenmiştir. Kararda fiili satış veya kar kaybının nasıl kanıtlanacağı veya ona alternatif bir yolun olup olmadığının açıklanmamış olması, doktrinde kararın eleştirilmesine neden olmuştur.⁵⁴⁸

Moseley v. V Secret davasında varılan sonuç nazara alınarak, Playboy'un dosyaya sunduğu bilirkişi raporunda kayda değer sayıda internet kullanıcısının davalının belirsiz etiketlediği reklamlar nedeniyle farklı yönlere giderek, kar kaybına uğradığını kanıtlamıştır. Buna karşılık davalı, reklamların belirsiz olduğunu, yani davacının markasının net bir biçimde kullanılmadığı halde kullanıcıların bu şekilde davrandığını ve sulandırma iddiasının maddi bir kayba dayanması gerektiği yönünde savunma yapmıştır. Mahkeme, davalının savunmasını reddetmiştir. Buna gerekçe olarak da, kullanıcıların zihni olarak davacının markası ile belirsiz reklamlar arasında bağlantı kurmasını göstermiştir.⁵⁴⁹

12. *Rescuecom Corp. v. Google, Inc.*⁵⁵⁰: Davacı Rescuecom Corp., bilgisayar tamiri ve internet servis sağlayıcılığı ve franchise hizmeti veren bir şirket olarak, "Rescuecom.com" alan adında faaliyet gösteren ve "Rescuecom" markasının sahibi

Dilution In Moseley v. V Secret Catalogue, Inc., Journal Of law, Technology & Policy, Vol. 2003 No: 1, s. 289-296.

⁵⁴⁵ 15 U.S.C. § 1125(c) (2003).

⁵⁴⁶ PINTO, s. 295.

⁵⁴⁷ PINTO, s. 296.

⁵⁴⁸ PINTO, s. 294.

⁵⁴⁹ Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp., N. 18, dn. 55.

⁵⁵⁰ Rescuecom Corp. v. Google, Inc. 456 F.Supp.2d 393 (N.D.N.Y.,September 28, 2006).

olan bir şirkettir. Davalı Google ise arama motoru ve ona bağlı olarak reklam hizmeti sunan bir internet servis sağlayıcısıdır.

Davanın konusunu, davacının kayıtlı markası “Rescuecom” ifadesinin davalı arama motorunda hem adwords olarak kullanılması hem de “Keyword Suggestions Tool” adlı anahtar kelime önerme yazılımında kullanılması oluşturmaktadır. Hakikaten de şikâyetçinin iddia ettiği gibi, Google, anılan markayı reklam veren ve markayı kullanma izni olmayan üçüncü kişilere ücret karşılığında adwords veri tabanına kayırlı olarak vermektedir. Reklam verenlerin alan adı ve reklam sloganları, “sponsor link” adı altında arama sonuç sayfasının üstünde, sağında ve altında yer almaktadır. Ayrıca reklamlarda davacının markası yer almamaktadır. Bu vakıya nedeniyle davacı, marka ihlali, haksız rekabet ve markanın sulandırılması (dilute)⁵⁵¹ iddiasıyla dava ikame etmiştir.

Mahkeme öncelikle ortada marka ihlaline konu olabilecek bir hakkın varlığı tartışılmıştır. Mahkeme, 1-800 Contacts v. WhenU.com, Inc. kararına atıf yaparak, marka hakkı kapsamında bir talebin iddia edilebilmesi için gerekli şartları sıralamıştır.⁵⁵² Özellikle işaretin ticari kullanımı, işaretin bir mal veya hizmete ilişkin markanın işlevini gerçekleştirmesi ve karıştırılma tehlikesinin ayrı ayrı kanıtlanması gerektiği vurgulanmıştır.

Google, hiçbir servisinde davacının markasını satış amacıyla kullanıcının erişimine açık tutmamıştır. İlk derece mahkemesi, davalı arama motorunun, davacı markasını onun rakiplerine adwords olarak kullanma imkânı vermesi yoluyla davacı markası saygınlığından yararlandığı gerekçesiyle marka hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda, Google’ın bu faaliyetten gelir elde etmesi vakıyası, davalının anılan markayı ticari olarak kullandığı şeklinde yorumlanmıştır. Bu karar önemli kılan bir başka husus da, arama motorlarının anılan çeşit kullanımının her şekilde ticari olarak nitelendirilmesidir.

Mahkeme, arama motorlarında üçüncü kişilerin markasının tetikleyici şekilde adwords olarak kullanılması yoluyla kullanılması vakıyasının arama motoru açısında

⁵⁵¹ Tanınmış markaların ayırt edicilik ve köken belirtme işlevlerinin korunmasına ilişkin olarak, markanın sulandırılması doktrini geliştirilmiş ve ABD Hukukunda *Federal Trademark Dilution Act* ile özel olarak koruma sağlanmıştır.

⁵⁵² Konu ile ilgili olarak bakınız: 3§/III. Bölüm / D – 5.

ticari bir kullanım olmasına rağmen, markasal bir kullanım olmadığı belirlenmiştir. Üçüncü kişilerin markasının herhangi bir şekilde arama motorunda adwords olarak kullanılması ticari olsa dahi herhangi bir mal veya hizmet ile bağlantılı olarak kullanılmadığı için marka hakkı kapsamı içinde değerlendirilmemiştir.

13. *Network Automation, Inc. v. Advanced Systems Concepts, Inc.*,⁵⁵³ Network Automation (“Network”) ve Advanced Systems Concepts (“Systems”), her ikisi de iş programlama ve yönetim yazılımı satımı konusunda faaliyet göstermekte ve her ikisinin de internette reklamları bulunmaktadır. System kendi ürünü yazılımı marka olarak tescil edilmiş “Active-Batch” markası altında satarken, Network, “Automate” adı altında yazılımın satmaktadır. Network, yazılımının internet üzerinden reklamını yapmak üzere özellikle Google ve Microsoft Bing arama motorlarında belirgin bir şekilde “Active-Batch” sözcülüğünü satın almış; böylece arama motorlarında anılan kelimenin aranması sonucunda www.networkautomation.com sponsor link olarak gözükmeye başlamıştır. System, “Active-Batch” markasının kullanımına yönelik itirazında, marka ile ilgilenen ziyaretçilerin Network’ ün internet sitesi yoluyla kendi marka hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

System, 1981 yılında kurulmuş yazılım ve yönetim şirkettir. System, 2000 yılından beri “Active-Batch” markasını kullanmaktadır ve 2001 yılında markasını federal marka siciline tescil ettirmiştir. System markasını birbirinden farklı mallar üreten şirketlere pazarlamaktadır. Network, 1997 yılında *Unisyn* adı altında kurulmuş ve yazılım pazarlaması yapmaktadır. Onun ürünü Automate, iş planlaması ve yönetimi ve onun ile bağlantısı servis hizmeti vermektedir. Fortune 500 işletme listesi içindeki Network ‘ün yaklaşık 15000 müşterisi bulunmaktadır ve bunları 4000-5000 arası aktiftir. AutoMate markası lisans ücreti 995\$-10,995\$ arasında değişmektedir. Network ve System şirketleri ile Automate ve AtcivBatch markalarının doğrudan rekabet halinde oldukları konusunda çekişme yoktur.

Google AdWords, anahtar kelime veya sponsor linkleri tetikleyen terimler satan bir tür arama motorudur. Kullanıcılar anahtar kelimeyi girdiklerinde, Google kendi algoritmasını kullanarak ana sayfanın bir bölümünde objektif sonuçları; bunun yanında objektif sonuçlardan sonra veya üstünde veyahut yanında “sponsor link” adı altında reklama ilişkin sonuçlar görüntülenmektedir. Birden çok reklamcı aynı

⁵⁵³ Network Automation, Inc. v. Advanced Systems Concepts, Inc., No. 10-55840 (9th Cir. 2011).

kelimeyi aynı anda satın alabilir. Google bu halde, arama sonuçları sayfasından reklamcının kendi web sayfasına yönlendirme yapan her bir tıklama ile ücrete hak kazanır. Network, “Active-Batch” i anahtar kelime olarak Google AdWords sisteminde ve karşılaştırılabilir Microsoft Bing arama motorunda satın almıştır.

Sonuç olarak, müşteriler “Active-Batch” kelimesini yazılım şirketinin bir ürünü olarak aradıklarında, objektif sonuçlar listenin en üstünde System ‘in kendi web sayfasını ve ürün ile ilgili birçok makaleyi bulmakta; bunun yanında “sponsor link” başlığı altında System’ in de reklam linki ile birlikte objektif sonuçların yanında Network’ ün kendi web sayfası ile karşılaşmaktadırlar. Network’ ün reklam linki, “iş programlayıcı”, “Sezgisel İş Programlayıcı” veya “ Toplu İş Programlayıcı” sloganları ile başlamakta ve kendi web adresi olan www.networkautomation.com ile bitmektedir.

Federal Mahkeme, Lanham Kanunu uyarınca, rekabetçiler arasındaki reklamlarda kullanılan anahtar kelime tabanlı internet arama motorlarında ticari markaların kullanımını “ticari kullanım” teşkil ettiğini bu kararında da tespit etmiştir.⁵⁵⁴ Ayrıca bu tür uyuşmazlıklara uygulanmak üzere, mallarda tüketicilerin rakip mallar nedeniyle karıştırma/karışıklık ihtimalinin olup olmadığını saptamak için şu 8 faktörün uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bunlar:

- 1- Markanın gücü
- 2- Malların yakınlığı
- 3- Markaları benzerliği
- 4- Fiili karıştırmaya ilişkin delil
- 5- Pazarlama kanalı kullanımı
- 6- Malın çeşidi ve alıcıların dikkat derecesi
- 7- Davalının markayı seçmekteki niyeti
- 8- Ürünlerdeki ciro artış olasılığı

⁵⁵⁴ Playboy Enters., Inc. v. Netscape Commc’ns Corp., 354 F.3d 1020, 1024 (9th Cir. 2004); Rescuecom Corp. v. Google Inc., 562 F.3d 123, 127 (2d Cir. 2009). Bu tespitinin önemi, Federal Mahkemenin her iki dairesinin (2 ve 9) artık arama motoru reklamlarında, internet servis sağlayıcılarının faaliyetini “ticari olarak” niteleme hususunda varmalarından ileri gelmektedir.

Sleekcraft faktörleri olarak anılan bu faktörler, tüketicin karıştırma ihtimalini anlamak için bir yöntemdir ve fakat zorunlu bir kontrol listesi değildir.⁵⁵⁵ Özellikle internet alanındaki uyuşmazlıkların çok hızlı gelişen bir teknolojiye dayandığı göz önüne alındığında, faktörlerin yenilikçi fikirlerin önünde engel teşkil etmeyecek bir şekilde yorumlanması gereği de, kararda ayrıca vurgulanmıştır.

Anılan dava, megatag (yönelendirici kod) davalarından farklı olarak, adwords sistemine ilişkin ABD Federal Mahkemesinin verdiği son ve en kapsamlı kararlardan bir tanesidir. Kararda, duruma alan adları ve megatag yöntemine ilişkin davalardan farklı olarak, kendine has bir yöntemle çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Federal Mahkeme, adwords kullanımı ile davacı müşterilerinin dikkatinin davalı ürünlerine yöneltilmesinin başlı başına bir marka ihlali olmadığını, şu şekilde açıklamıştır: “Özellikle bu marka ihlali hakkında yapılan soruşturmada Sleekcraft faktörleri ile ilgili 2 temel özelliği saptamış oluyoruz ki bunlar: (1) tüketici sayılmaması ve (2) özellikle internet uyuşmazlıklarında esnek olarak uygulanması gerekliliğidir. Nihayet, marka ihlallerinin onsuz olmaz koşulu (sine qua non) tüketicinin karışıklık ihtimali içinde bulunmasıdır. Marka sahibi karıştırma olasılığını açıklamak zorundadır; başka yöne dikkati çektiğini ispat yeterli değildir.”⁵⁵⁶

Kararda ayrıca, reklamın şekli ve kullanıcı ekranındaki içeriğin çevreleniş/görünüm durumu aynı oranda önem arz ettiği belirtilmiştir.. Bölge mahkemesi, Network’ ün reklamlarının kaynak bakımından yetersiz olduğuna isabetli olarak karar vermiş; bunun yanında Bölge Mahkemesi internet içeriğinin ekranda yer alış şeklini dikkate almamıştır. Playboy davasında,⁵⁵⁷ Netscape arama motorunun objektif sonuçlar ile sponsor link sonuçlarını açıkça ayırmamasını da önemli bulunmuştur. Burada, Network kendi reklamını açıkça ayırmasa dahi Google ve Bing sponsor link bölümü altında bunları ayırmaktadır. Sponsor bölüm uygulaması, satılan ürünün sadece uzmanların kullanacağı türden bir yazılım olmasının tüketicilerin dikkat seviyesini arttırdığı tespit edilerek, karıştırılma ihtimalinin olmadığına karar verilmiştir. Federal Mahkeme, bu dava vesilesiyle, karışıklık ihtimali ile en çok ilgili faktörlerin: (1) markanın gücü, (2) fiili karışıklığa ilişkin deliller, (3) malın türü ve alıcının tipi ve

⁵⁵⁵ Sleekcraft faktörlerinin uygulandığı diğer davalar için bakınız: Dreamwerks Prod. Grp., Inc. v. SKG Studio, 142 F.3d 1127, 1129 (9th Cir. 1998), Fortune Dynamic, Inc. v. Victoria’s Secret Stores Brand gmt., Inc., 618 F.3d 1025, 1030 (9th Cir. 2010); Bu 8 faktörler “katlanabilir” niteliktedir; sınırlı sayımdan ziyade örnekleyicidir ve özellikle basit bir rehber olarak anlaşılmalıdır.

⁵⁵⁶ Network Automation, Inc. v. Advanced Systems Concepts, Inc., B. VII, Paragraf 2.

⁵⁵⁷ Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp. 354 F.3d 1020 (9th Cir., Jan. 14, 2004).

dikkat düzeyi, (4) reklamların görünümü ve etiketlenmesi ve arama sonuç sayfasında görünüş şekli olduğuna karar vermiştir.

Kanaatimizce Bölge mahkemesi, Sleekcraft faktörlerini uygularken davada ortaya çıkan özel durumlara göre esnek davranmamıştır. Alan adlarına ilişkin davalarda yüksek oranda aydınlatıcı olan Internet troyka'ya güvenilmiştir. Fakat anahtar kelime davasındaki karışıklık ihtimalinin fark edilmesinde başarısız olunmuştur. Çünkü, marka ihlallerinde önemli olan tüketicilerin karıştırmasıdır. Nitekim Federal Mahkeme, Bölge mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı verme hakkını kötüye kullandığına karar vermiş ve kararı bozmuştur.

IV. İstenmeyen Seri E-Mailler (*Spamming*)

A. Genel Olarak

İnternet üzerinden seri elektronik posta gönderimi şekli, markanın reklamcılık yoluyla ihaline sebep olabilecek bir başka yoldur. MarkKHK m. 9/f. 2 – (d)'de “işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması”, marka hakkının koruma kapsamı içine alınmıştır. İstenmeyen seri e-mailler yoluyla göndericiler, tanınmış markaları veya tescilli markalara aynı/benzer markaları kullanarak yoğun bir reklam faaliyetinde bulunmaktadır. Böylece, anılan markaların saygınlığından dikkat çekiciliğinden haksız yere yararlanabilmektedirler.

İnternette toplu biçimde e-mail gönderimi iki farklı şekilde nitelendirilmektedir. Bunlardan birincisi, sadece reklam amacıyla yapılan *spamming* (köpüklemek); ikincisi ise, dolandırıcılık amacıyla gönderilen toplu maillere *spoofing* denilmektedir.

⁵⁵⁸ Konu bütünlüğü açısından spoofing konusuna daha fazla değinilmeyecektir.

Spamming, günümüzde bir reklamcılık faaliyeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Spam ifadesi, istenmeyen ticari mesajı ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.⁵⁵⁹ Yaygın

⁵⁵⁸ Spoofing, internet kullanıcılarına dolandırıcılık amacıyla gönderilen toplu e-mailleri tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır. Bu dolandırıcılık türünde, kullanıcının hesabının bulunduğu veya ilgi veyahut ihtiyaç duyduğu bir durum ile ilgili yönlendirme yapılmaktadır. Şöyle ki, özellikle bankacılık alanında kullanıcıya gönderilen yanıltıcı bir e-mail yoluyla onun şifresi ele geçirilmekte ve hesabı boşaltılabilmektedir. Bu sistem, kullanıcının ilgisini çeken bir web sayfasının ve alan adının birebir kopyasının yapılarak uygulanmaktadır. (MEMİŞ, Elektronik Bankacılık, s. 883; İNAL Emrehan, İnternet Dolandırıcılığı Eylemlerine Karşı Bankanın Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul, 2010, s. 367; OĞUZ, s. 289-290).

⁵⁵⁹ RODGERS Shelly/CHEN Qimei, The Interactive Advertising Model: Additional Insight Intro Response to Spamming, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007, s. 261;

olarak yalnızca istenmeden alınan elektronik postalara spam adı verilmekle birlikte web sayfalarına, tartışma gruplarına e-posta ile gönderilen reklamlar ve promosyon duyuruları gibi ağ ortamında yayılan istem dışı tüm gönderiler spam olarak sınıflandırılabilir.⁵⁶⁰ Bir tanım vermek gerekirse, kişisel olmayan, ilgi ve ikna etmek üzere kullanıcıya gönderilmiş, genellikle sponsoruna ilişkin ifadeler taşıyan ve kullanıcının isteği dışında alınan mesaj şeklinde ifade edilebilir.⁵⁶¹ İstenmeden alıcılara ulaşan bu modelin reklamcılık çerçevesine girip girmediği tartışmalıdır. Öncelikle spam mesajların kişisel satış faaliyeti olmayıp, reklamların genel amacı çerçevesinde alıcıya reklamla amaçlanan işlemi yapmaya yönelten bir araç olduğunu belirtelim.⁵⁶²

UCE (*Unsolicited Commercial E-mail*) olarak isimlendirilen ve Junk (ise yaramaz, hurda) olarak da bilinen e-mail türü, en yaygın olarak görülen tür telep edilmemiş ticari e-posta grubunu oluşturur.⁵⁶³ Bunun yanında, genellikle spamlarla farklı içerikte olabilen ve fakat reklam içerikli olarak da kullanılabilen UBE (*Unsolicited Bulk E-mail*)'leri de bu sınıfa dahil edebiliriz. Spamlar çoğunlukla reklam niteliğinde olmaktadır ve spam göndericisi açısından küçük bir harcama ile gerçekleştirilmektedir. Ancak mesajın alıcıları ile servis sağlayıcı kurumlar çok büyük bir mali yük ve teknik sıkıntı ile karşı karşıya kalabilmektedir.⁵⁶⁴ Örneğin AOL (American On-Line) şirketi, Cyber Promption adlı bir kuruluşu bu konuda mahkemeye vermiş ve şikayetinde bu kurulustan günde 1.8 milyon spam iletisi aldığını belirtmiştir. Bu da tüm bu ileteler için hiç okunmadan silindiği varsayılırsa günde en az 5000 saatlik bağlantı anlamına gelmektedir. Tüm bu ileteleri göndermenin Cyber Promption'a maliyeti ise günlük yalnızca 100 dolardır. Bir tek servis sağlayıcının bir tek spam yayıcısı nedeni ile karşı karşıya kaldığı bu yük göz önüne alınırsa dünyadaki tüm spam iletilerinin neden olduğu maliyetin büyüklüğü

DAVIDSON Sandra, *From Spam to Stern: Advertising Law and the Intennet, Internet Advertising Theory and Research*, New York (ABD), 2007, s. 427; **OKAN**, s. 82.

⁵⁶⁰ **İKİZLER Metin/BAŞAR Sinan**, Spam'ın Zararları ve Spam ile Hukuki Mücadele: ABS Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları İle Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, 2006, s.92.

⁵⁶¹ **ÖGÜZ**, s. 289.

⁵⁶² **RODGERS/CHEN**, s. 262.

⁵⁶³ **PAUL Hoffman/CROCKER Dave**, *Unsolicited Bulk Email: Mechanisms for Control*, Internet Mail Consortium Report: UBE-SOL, IMCR-008, Mayıs 1998, <http://www.imc.org/ube-sol.html> (13.05.2012).

⁵⁶⁴ 2002/58 sayılı Elektronik Haberleşmede Özel Hayatın Korunması ve Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Yönerge Gerekçesi N. 25; **BAYRAM**, s. 30.

daha net anlaşılabilir.⁵⁶⁵ Bu maliyet bir anlamda spamlar yoluyla yapılan reklamın da ortaya çıkardığı etki açısından iyi bir örnektir. Gerçekten de, spamming faaliyetini sürdüren ajansların bir zincir halinde bu mailleri göndermesi, ciddi anlamda zaman ve servis sağlayıcılar açısından teknik güçlük ve para kaybına neden olabilmektedir.

Servis sağlayıcı açısından spamming ile bans genişliğinin boşuna harcanması, veri trafiğinde yavaşlama ve kullanıcı verimliliği azalması gibi zarar kalemlerinden söz etmek mümkündür. Bu kayıplar yakın tarihte yapılan bir araştırmayla da doğrulanmıştır. İnternet güvenlik şirketi Kaspersky tarafından yapılan bir çalışma, Hindistan'ın en fazla spam gönderen ülke olarak yer aldığını ortaya koyuyor.⁵⁶⁶ 2011'in, üçüncü çeyrek dönemini kapsayan araştırmaya göre, spam, incelenen e-postaların yüzde 79.8'ini oluşturuyor. Yığın iletilerin gönderildikleri ülkeler incelendiğinde yüzde 14.8 ile Hindistan birinci olurken onu; yüzde 10.6 ile Endonezya, yüzde 9.7 ile Brezilya takip ediyor. Kaspersky analistleri, incelemelerinde Asya ve Latin Amerikan ülkelerinin spam hacmini artıran ülkeler olarak dikkatler içeriğini belirtiyor. Gözlemciler, Hindistan'ın, spam gönderenler listesinde "zirvede" yer almasının nedenini ülkede yeterli derecede yaptırım olmamasına bağlamaktadır.⁵⁶⁷ Günümüzde internet kullanıcılarının yazışmalarını sosyal ağlar üzerinden gerçekleştirmesi nedeniyle, spam trafiği sosyal ağlara kaymıştır. Sosyal ağlarda, mesajın yine o sosyal ağda var olan ve hedef kullanıcının ilgisini çekebilecek bir kişi üzerinden gerçekleştirilmesi, spam ile ulaşılmak istenilen amaca da son derece uygundur.⁵⁶⁸

1) ABD Hukuku Açısından

Amerikan Federal Ticaret Komisyonunun (FTC) hazırladığı “İstenmeyen Pornografik ve Pazarlama Tecavuzlerinin Kontrolü Yasası”⁵⁶⁹ (*The CAN-Spam Act*,

⁵⁶⁵ İKİZLER/BAŞAR, s. 93.

⁵⁶⁶ Hindistan, ülkenin mobil ve internet şirketlerini çatısı altında toplayan sivil toplum kuruluşu IMAI'nın verilerine göre, 112 milyonu aşkın internet kullanıcısıyla Çin ve ABD'nin ardından bu manada en büyük kullanıcı topluluğunu oluşturuyor.

⁵⁶⁷ ÇEHRELİ Murat, Spam Gönderenler Listesinin Zirvesinde Bu Sefer Hindistan Var, <http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=35198>, (13.05.2012).

⁵⁶⁸ ÇEHRELİ Murat, Dolandırıcılar Yığın İletiyi (email) Bıraktı, Sosyal Medya Üzerinden Hedeflerine Ulaşıyor, <http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=36975>, (13.05.2012)

⁵⁶⁹ Reklamlara karşı tüketicinin korunmasında, gerek yetkileri gerekse idari bir organ durumunda bulunan FTC, 1914 yılında yürürlüğe giren “Federal Commision Act” ile kurulmuştur. (GÖLE, s. 122); FTC kurallarının, bütün reklamlar üzerinde bağlayıcı etkiyi haiz olduğunu ve kanunun birçok kez revizyon geçirdiğini de belirtelim. İşbu bağlayıcılık, “Federal Commision Act” ve “Lanham Kanunu” (The Lanham Act 15 U.S.C. § 57(a)) sebebiyledir. (DAVIDSON, s. 428)

2003)⁵⁷⁰ çerçevesinde alıcının talep etmediği e-maillerinin alıcıya gönderilmesi bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Dünya üzerindeki e-maillerin çok büyük bir bölümünün spam karakterli olması⁵⁷¹ karşısında, böylesi bir düzenlemenin ülkemiz açısından da zorunlu olduğu tartışmasızdır. Spamlar açısından en önemli unsurlar, onların görünüş biçimi ve ifade şeklidir. Hangi e-maillerin spam olarak nitelendirileceği The CAN-Spam ACT’da belirlenmiştir. Buna göre, belirli bir ticari işlemi veya hukuki merasimi tamamlamayan, onaylayan, kolaylaştıran özellik arz eden ve tacirler arasında gerçekleşen (B2B - business to business) e-mailler bu kanun kapsamında düzenlenmemiştir. Örnek olarak, internet üzerinden alınan bir ürün veya sağlanan bir hizmet ile ilgili garanti koşullarını bildiren, tüketicinin cayma hakkını kullanmasına olanak veren veya sözleşme müzakereleri kapsamında çeşitli sözleşmesel dokümanlardan tüketiciyi haberdar eden e-mailler kanun kapsamı dışında tutulmuştur.⁵⁷² Kanun kapsamında olan e-mailler, tüketicilere onların hiçbir talebi olmaksızın yöneltilen ticari etki yaratan e-mailler girmektedir.⁵⁷³ Yukarıda anılan kurallar da yine bu kapsamda yedi maddeden oluşmaktadır. Şunu hemen belirtelim ki, işbu kurallar sadece spam mesajlara değil; bütün ticari mesajlara uygulanmaktadır.⁵⁷⁴ Bu kurallar kısaca aşağıda sıralanmıştır:

- Yanlış veya yanlış yönlendirecek mesaj verilmemeli, mesajı gönderen kişinin kimliği açık bir şekilde belirtilmelidir. Buna alan adları ve e-mail adresleri de dâhildir. ABD Hukukunda spamları bir yazılım programı ile gönderen kişiler yanında, onun yaygınlaşmasına hizmet eden kişileri de aynı şekilde sorumlu tutan hükümler mevcuttur.⁵⁷⁵ Anılan hükme göre, kendisine ulaşan e-mailin spam olduğu bildiği veya bilmesi gerektiği halde, onu ekonomik bir çıkar karşılığı yayan, FTC’ye bildirmeyen kişi de spamı gönderen gibi sorumlu tutulmaktadır. Bilindiği gibi, günümüzde spam gönderen ajanslar için çalışan

⁵⁷⁰ Anılan kanunun resmi tam adı: “Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003”dür. (DAVIDSON, s. 437); The CAN-Spam Act öncesi dönem için bakınız: LATHAM Dianne Plunkett, Spam Remedies, William Mitchell Law Review, 3/2001, s.1649-1659.

⁵⁷¹ RODGERS/CHEN, s. 262.

⁵⁷² KENNEDY Charles/LYON Christine, The CAN-SPAM Act of 2003: A New Regime for Email Advertising, Computer and Internet Lawyer, 2/2004, s.7.

⁵⁷³ İKİZLER /BAŞAR, s. 97.

⁵⁷⁴ The CAN-Spam Act, ticari işlemlerle ilgili olanlarla mevcut ticari ilişkilerin bir gereği olarak gönderilen B2B postaları, kanun kapsamının dışında tutmuştur. Bunlar da, aslında ticari yaşam ve ilişkilerle ilgili olmakla birlikte Yasanın kapsamına aldığı “ticari” e-postalardan ayrı tutulmaktadır. Ticari işlem ya da ilişkilerle ilgili e-postalardan ne kastedildiği, Yasada açıklığa kavuşturulmuştur [Art. 3 (17)A]. Bu tür epostalar için de, gönderme amacı on plana çıkmaktadır. <http://business.ftc.gov/documents/bus61-can-spam-act-compliance-guide-business> (26.03.2012); The CAN-Spam Act ‘ın tam metni için bakınız: <http://www.ftc.gov/os/caselist/0723041/canspam.pdf> (11.05.2012).

⁵⁷⁵ The CAN-Spam Act - madde 6(a) ve (b).

kişiler, spamların kişisel mesajları gibi göstermeye çalışarak e-mail göndermektedir. ABD Kanun Koyucusu, bu ihtimale binaen, bu kişileri de reklam ajansları gibi sorumlu tutmuştur.

- Aldatıcı mesaj başlıkları kullanılmamalıdır. Başlık, mesaj içeriği ile tamamen uyuşmalıdır.
- Alıcıya ulaşan mesajın ticari içerikli bir reklam olduğu açık bir şekilde ifade edilmelidir. Kullanıcı ticari e-mailin, niteliğinin reklam veya ilan niteliğinde olup olmadığını çaba harcamadan görebilmelidir.⁵⁷⁶ Ancak kullanıcının önceden izin verdiği e-mailler açısından, yukarıdaki yükümlülüğün göndericiye her bir e-mail için yüklenmesi doğru olmaz. Nitekim kanun da bu ihtimalde geçerli olmak üzere bir istisna tanımıştır.
- Mesajı gönderen kişinin posta adresinin de mesajda belirtilmesi gerekmektedir. Bu adres, fiziksel olarak ikamet edilen bir yer olabileceği gibi kayıtlı bir e-mail servisi adresi de olabilir.
- Alıcı, kendine tebliğ olunan mesaj sisteminden nasıl kurtulacağı konusunda açıkça bilgilendirilmeli ve yine aynı maille sistemden çıkış imkanı kolayca kendisine sunulmalıdır. Bu açıklama ve imkan, mesaj hamilinin zekasına ve eğitimine uygun bir şekilde anlayacağı ölçülerde sunulmalıdır. Böylesi bir çözümün getirilmesinin temel amacı, kullanıcıya iradesi dışında dahil edildiği ticari ilan veya reklam almama hakkından ileri gelmektedir.⁵⁷⁷ Kanun, sadece bildirim reddetme hakkı getirmemiş, bunun yanında, kullanıcıya dolaylı yoldan dahi spamın gitmesini de yasaklamıştır.⁵⁷⁸ Reddedilen bir e-mail bağlantısına sonradan dahil olmak için de, sadece yeniden ilgili e-mail ağına dahil olduğuna onay veren bir bildirim yapması yeterlidir.⁵⁷⁹
- Sistemden çıkmak isteyen alıcıların isteklerini gerçekleştirecek bir sisteme sahip olunmalıdır. Bu program mesajı aldıktan sonra 10 iş günü içinde, mesaj alıcısının isteklerini yerine getirebilecek kapasitede olmalıdır.⁵⁸⁰ Bunun için herhangi bir ücret talebi mümkün değildir. Sistemden çıkış isteminden sonra, o e-mail adresinin herhangi bir şekilde satılması veya başka bir listeye transferi mümkün değildir.

⁵⁷⁶ The CAN-Spam Act - madde 5(a) (5).

⁵⁷⁷ **KENNEDY/LYON**, s. 2

⁵⁷⁸ The CAN-Spam Act - madde 5(a)(4)(A).

⁵⁷⁹ The CAN-Spam Act - madde 5(a)(4)(B).

⁵⁸⁰ **İKİZLER /BAŞAR**, s. 98.

- İnternet reklam acentelerinin, reklam veren adına yaptıkları faaliyetler reklam verenin de sorumluluğunu gerektirir.

Bazı niteliği haiz spam türleri için bazı ağırlaştırılmış yaptırımlar öngörülmüştür. Adres toplanması amacıyla⁵⁸¹, otomatik olarak birden fazla e-mail hesabı oluşturulmasına veya başka bir e-mail ağında kullanıcıyı dâhil eden⁵⁸² ve FTC tarafından yetkilendirilmemiş bir ağ üzerinden toplu e-mail gönderilmesi⁵⁸³ hallerinde sorumlulara ağırlaştırılmış yaptırımlar uygulanmaktadır.

ABD’de spamlar ile mücadele görevi, idareden bağımsız bir kuruluş olan FTC’ye verilmiştir. Bu kuruluş yukarıda ifade edildiği gibi, koyduğu kurallar bağlayıcı olan idareden bağımsız bir kuruluştur. Bu kuruluşun en önemli yetkisi, kanunun kapsamını daraltma veya genişletme yeteneğidir. Bu nedenle kanunun herhangi bir şekilde ihlali halinde, FTC davacı olabilmektedir. Bunun yanında başkaca ilgili kurumlara da dava açma hakkı verilmiştir.⁵⁸⁴ İnternet servis sağlayıcılar da, nitelikli spamlar nedeniyle ağırlaştırılmış durumların varlığı halinde davacı olabilmektedir.⁵⁸⁵ Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, ABD’de iki aşamalı bir sistemle spamming faaliyetinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bunlardan ilki FTC’ye ihbar; diğeri ise zarar görenlerin dava açması şeklindedir.

İnternet servis sağlayıcısı *Twitter*, sosyal ağında meydana gelen spamming faaliyeti ile ilgili olarak, 2012 Nisan tarihinde, bir kaç Twitter kullanıcısı ve toplu gönderim yaptığını iddia ettiği bir internet servis sağlayıcısı aleyhine Kaliforniya Eyalet Mahkemesinde bir dava ikame etmiştir.⁵⁸⁶

Spamming faaliyetinin internet servis sağlayıcılarında yarattığı zarar spoofing faaliyeti nedeniyle de meydana gelmektedir. Yani kullanıcılara toplu şekilde e-mail göndererek dolandırıcılık faaliyeti sonucunda da, dolandırıcılığın yarattığı zarar dışında, internet servis sağlayıcının uğradığı da tazmin edilebilir. Bu anlamda, “*flowers.com*” davası örnek verilebilir. Anılan davada, spamming faaliyetinde bulunan ve mail uzantısında “*@flowers.com*”u kullanan kişiye karşı “*www.flowers.com*” alan adı sahibi dava ikame edilmiştir. Mahkeme, davalının

⁵⁸¹ The CAN-Spam Act - madde 5(b)(1).

⁵⁸² The CAN-Spam Act - madde 5(b)(2).

⁵⁸³ The CAN-Spam Act - madde 5(b)(3).

⁵⁸⁴ İKİZLER /BAŞAR, s. 102.

⁵⁸⁵ The CAN-Spam Act - madde 7(g)(1).

⁵⁸⁶ Dava dilekçesi için bakınız: <http://www.scribd.com/doc/88195333/Twitter-Spam-Filing> (13.05.2012).

gönderdiği istenmeyen e-maillerin geri bildirim veya onay adresleri olarak, davacının alan adına yapılan yönlendirmeyi hukuka aykırı bulmuştur. Bu nedenle, davacıyı internet servis sağlayıcının geri dönüşler nedeniyle veri trafiğindeki yavaşlama, diğer teknik kayıplar, yoksun kalınan kazanç ve dava giderlerine mahkûm etmiştir.⁵⁸⁷

a. ABD Georgia Eyalet Mahkemesinde görülen *Biblio Tech Ltd v Benckmark Print Suplly* davası da konumuz ile ilgili olarak dikkat çekicidir. Biblio Tech Ltd (davacı), merkezi Londra'da bulunan ve e-mail hizmeti veren bir internet şirkettir. Benckmark Print Suplly (davalı) ise, merkezi Georgia'da bulunan ve yazıcılara malzeme tedarik eden bir şirkettir. Olayımızda davalı, davacıya ait internet servis sağlayıcısından spoofing tekniğini kullanarak elde ettiği binlerce maile, spammaing yöntemiyle reklam maili göndermiştir. Gönderdiği reklam maillerinde internet servis sağlayıcıya kendilerini e-mail listelerinden çıkarma fırsatı da sunulmuştu. Kullanıcılara davalı tarafından kasıtlı olarak gönderilen spamların ise birçoğu, kullanıcılar tarafından bir daha iletimi istenmediği için internet servis sağlayıcılarına geri dönüş yapılmıştır. Bu geri dönüş nedeniyle, davacının sistemi çökmüştür. Dava işbu zararın giderilmesi talebiyle ikame edilmiştir. Eyalet Mahkemesi, davalıyı servis sağlayıcının çökmesi nedeniyle mahrum kaldığı kar, fiili zarar ve dava masraflarına mahkum etmiştir.⁵⁸⁸ Bu davaya benzer bir dava da, Güney New York Eyalet Mahkemesinde görülmüştür. Kayısı çekirdeğinde buluna bir tür özü tıbbi ürün olarak pazarlayan The Christian Brothers, ALO'ya (Amiracan On-Line) kayıtlı kişilerin e-mail listelerini çalarak, 20 milyon internet kullanıcılarına spam göndermiştir. Spamlara karşılık geri dönüş bildirimleri nedeniyle ALO ciddi bir zarara uğramış ve FTC'ye şikayet edilmiştir. ALO, yukarıda vakıya binaen The Cristian Brothers'ı dava etmiştir. Dava sonunda mahkeme, ALO lehine, 600.000 \$ fiili zarara (o anda ALO'nun ticari olarak kullanmadığı servis için), 389.000\$ reklamlardan elde edeceği kazanç adına yoksun kaldığı kar miktarına, 200.000 \$ ALO'nun veri trafiğinde tıkanma için meydana gelen zarara ve 24.000\$ vekillik ücretine hükmetmiştir.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ OĞUZ, s. 291, dn, 190.

⁵⁸⁸ GAUTHRONET Serge / DROUARD Etienne, Commission of the European Communities Unsolicited Commercial Communications and Data Protection (Internal Market DG – Contract n° ETD/99/B5-3000/E/96), http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/spamsum_en.pdf, 2001, s. 37 (20.05.2012); HINDE Stephan, Smurfing, Swamping, Spamming, Spoofing, Squatting, Slandering, Surfing, Scamming and Orher Misciefs of Word Wide Web, Computer & Security, Vol. 19, 2000, s. 314; OĞUZ, s. 291, dn. 190.

⁵⁸⁹ GAUTHRONET/DROUARD, s. 38.

b. *United States of America v. Cyberheat, Inc.*⁵⁹⁰, davasında doğrudan devlet, sex içerikli istenmeyen e-maillerin (spam) dağıtımına ilişkin olarak Cyberheat'ı dava etmiştir. Davalı Cyberheat, "Top Bunks" isimli yazılım yoluyla interne kullanıcılarına sex içerikli mailler gönderen bir internet servis sağlayıcısıdır. Bu yazılım yoluyla gelen spamların kaynağı davalı değil, reklam verenlerdir. Spamların alıcıları ise, yazılıma kayıt olmak ve belirli bölümlerin abonesi için "finders' fee" adı altında bir çeşitli ödeyen internet kullanıcılarıdır.

İncelememizde yer verdiğimiz üzere, ABD Hukukunda istenmeyen e-mailler için CAN-SPAM Act isimli kanun yürürlüktedir. Bu kanuna göre, sex ve türevleri konuları içeren spamların konu ile ilgili görüntüleri doğrudan mail içeriğinde göstermesi yasaklanmıştır. Bunun yerine, sadece ilgili konuya ilişkin link spamın içinde yer alabilir. Ayrıca, kullanıcıların spam ağından kurtulmaları için de gerekli önlemlerin alınmış olması gerekmektedir.⁵⁹¹ Yukarıdaki yasal sorumluluğun kapsamına girmek için, sex içerikli spam iletiminin "başlatılması" yeterlidir. Yani doğrudan içeriğin bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi gibi bir durum söz konusu değildir.⁵⁹² İletimin başlatılması da düzenlemede tanımlanmıştır. Buna göre, niyet olarak belirli bir ücret karşılığı için başkası adına yapılan iletimler, servis sağlayıcı tarafından başlatılmış kabul edilir.

2) AB Hukuku Açısından

AB Hukuku açısından da spamming ile ilgili bir takım önlemler alınmıştır. 2000/31 sayılı AB Yönergesinde anılan durum hüküm altına alınmıştır. Spamming'e muhatap olan kullanıcıların kişisel verilerine de istem dışı ulaşılması nedeniyle 2002/58 sayılı AB Yönergesinde⁵⁹³ de ayrıca düzenleme yapılmıştır.⁵⁹⁴ Elektronik posta yoluyla talep olmaksızın ticari mesaj gönderilmesi, tüketiciler ve bilgi toplumu hizmeti sunucuları için istenmeyen bir durum olabilir ve interaktif ağın düzgün akışını engelleyebilir. Talep olmaksızın yapılan ticari iletişime izin veren Üye Devletlerde filtreleme süreçleri oluşturulması teşvik edilmeli ve kolaylaştırılmalıdır. Buna ilave olarak talep olmaksızın iletişimi örgütleyen ticari toplulukların her durumda

⁵⁹⁰ United States of America v. Cyberheat, Inc. CV-05-457-TUC-DCB (D. Az., Mar. 2, 2007).

⁵⁹¹ ABD Hukukundaki ilgili yasal düzenlemeler için bakınız: § 15 U.S.C.Section 7704(d); Adult Labeling Rule, 16 C.F.R. Section 316.4.

⁵⁹² § 15 U.S.C.Section 7702(12).

⁵⁹³ Official Journal L 201, 31.07.2002.

⁵⁹⁴ BAYRAM, s. 30 vd.

saydamlığı artırmak ve bu girişimlerin işleyişini kolaylaştırmak için açıkça tanımlanması gerekir. Elektronik posta ile talep olmaksızın yapılan ticari haberleşme alıcı için ek haberleşme maliyetleriyle sonuçlanmamalıdır. Alıcının önceden izni olmaksızın, ülkelerinde yerleşik hizmet sunucular kanalıyla talep olmadan mesaj gönderimine izin veren AB üyesi devletler, hizmet sunucuların kayıtlı üyeleriyle düzenli olarak danışmalarda bulunmalı ve bu tür mesajlar almak istemeyen özel kişilerin kendini bu sistemin dışına çıkarma imkânını sağlamalıdır.⁵⁹⁵

Spamming, AB Yönergesinde ticari iletişimin⁵⁹⁶ bir türü olarak düzenlenmiştir. Nitekim ticari iletişimin dürüst ticari uygulamalara uygun, şeffaf ve haksız rekabet yaratmayan türden sağlanması açısından yönerge bilgi toplumu servis sağlayıcılarına çeşitli yükümlülükler yüklemiştir. 2000/31 sayılı AB Yönergesinin 6. maddesi uyarınca, üye devletler bir bilgi toplumu hizmetinin (bir) parçasını veya kendisini oluşturan ticari iletişimin, en azından aşağıdaki şartlara uygun olmasını temin etmelidirler:

- Ticari iletişim kendisinin açıkça belirlenebilir olmalıdır.
- Ticari iletişimin adına yapıldığı gerçek veya tüzel kişi açıkça belirlenebilir olmalıdır.
- İndirimler, primler ve hediyeler gibi promosyonlar, hizmet sunucunun yerleşik olduğu üye devlette izin verilmesi halinde, açıkça belirlenebilir olmalı; bu promosyonları kazanmak için yerine getirilmesi gereken koşullar kolayca erişilebilir olmalı ve açıkça ve belirsizliğe yer bırakmayacak biçimde sunulmalıdır.
- Promosyon amaçlı yarışma veya oyunlar, hizmet sunucunun yerleşik olduğu üye devlette izin verildiği takdirde, kolayca belirlenebilir olmalı ve katılım için yerine getirilmesi gereken koşullar, açıkça ve belirsizliğe yer bırakmayacak biçimde sunulmalıdır.

Yukarıdaki yükümlülöklere ek olarak, Yönergenin 7. maddesi uyarınca, Topluluk hukuku tarafından öngörölen diğer şartlara ek olarak, elektronik posta yoluyla talep edilmemiş ticari iletişime izin veren üye devletler, kendi ölkelerinde yerleşik bir

⁵⁹⁵ 2000/31 sayılı AB Yönerge Gerekçesi, P. 30-31.

⁵⁹⁶ “ticari, sınai veya esnaf faaliyetinde bulunan ya da düzenli bir meslek icra eden kişi, organizasyon veya şirketin doğrudan ve dolaylı olarak mal ve hizmetlerinin veya imajının değerini arttırmak için yapıla herhangi bir iletişim şeklidir.” (2000/31 Sayılı Yönerge m. 2/ (f).).

hizmet sunucu tarafından sunulan bu ticari iletişimin alıcı tarafından alınır alınmaz açıkça ve belirsizliğe yer vermeyecek biçimde belirlenebilir olmasını temin etmekle ve bu tarz ticari iletişim almak istemeyen gerçek kişilerin kendilerini kaydedebilecekleri opt-out kayıtlarına düzenli biçimde başvurmalarını ve bunlara riayet etmelerini temin etmekle yükümlüdür.

2002/58 sayılı AB Yönergesinin 13. maddesi uyarınca, kişisel verilerin gizliliğinin sağlanması için spamming faaliyetinde bulunanların, spamların muhatabı kullanıcıların izinlerini/onaylarını almaları gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda Yönerge, elektronik ticaret Yönergesinin bir adım daha ötesine giderek, önceden kullanıcıların yazılı onaylarının alınması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁹⁷

3) Türk Hukuku Açısından

Türk Hukukunda spamming ile ilgili hâlihazırda herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak Tasarının kanunlaşmasıyla birlikte istenmeyen e-mailler normatif bir sınırlamaya kavuşacaktır. Tasarının 5., 6., 7. ve 8. maddeleri bu konuda ihtiyaca cevap verecek niteliktedir. 2000/31 sayılı AB Yönergesine ve ABD'deki düzenleme ile uyumlu bir düzenleme yapılmış hatta, spamming konusunda daha sıkı bir düzenleme getirmiştir. Tasarının diğer hükümlerinin anılan mehz düzenlemelerle birebir benzerlik göstermesi karşısında, sadece aradaki farklılıklara temas edilecektir.

Tasarı madde 6 uyarınca ise, ticari elektronik iletilerin gönderilmesi kullanıcının önceden onayına bağlanmaktadır. Anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca: *“Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir.”* Kullanıcıya gönderilen onay davetiyesinin de belirli şartları taşıması gerektiği kanaatindeyiz. Zira kullanıcıyı yanlış yönlendirerek, kendi e-mail ağına eklemeye çalışan kötü niyetli girişimlerin bu şekilde önüne geçilebilir. Gönderilen davetiyeler ile ilgili aldatıcı reklama ve haksız rekabete ilişkin kıyasen hükümler uygulanabilir. Bu onay yükümlülüğü sadece tacirler arası ticari iletişimde bir ön şart niteliğinde değildir.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ BAYRAM, s. 31.

⁵⁹⁸ Tasarıdaki bu hükmün onaya ilişkin kısmının, 2002/58 sayılı AB Yönergesinin 13. maddesi ile uyumlu olarak düzenlendiğini ve fakat 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesinde bulunmadığını belirtelim.

Tasarı madde 5⁵⁹⁹ ve 7⁶⁰⁰ uyarınca, ticari iletişimin kendisinin (her türlü indirim, kampanya veya promosyon vs.) ve kimin tarafından yapıldığının belirlenebilmesi gerekir. Nihayet Tasarı madde 8'de işbu yükümlülüğe aykırı davranılması hâkinde, ileti alıcılarının ticari iletişimi ret hakkı düzenlenmiştir. Bu kapsamda, alıcının ticari iletiyi istemediğini bildirmesinin üzerinde 3 gün içinde, alıcıya gönderi trafiğinin durdurulması yükümlülüğü yüklenmiştir.

Marka ihlalleri açısından spamming faaliyetinde bulunan kişi/lerin kendisi içerik sağlayıcı konumundadır. Daha önce belirtildiği gibi internet içerik sağlayıcı, sağladığı içerikten tamamen kendisi sorumludur. İçerik sağlayıcı olan reklam verenin spamming faaliyetinde bulunmak üzere kendisi ile sözleşme yapılan çeşitli ajansların kural olarak yer sağlayıcı kabul edilmesi gerekir. Ne var ki, uygulamada bu tür ajanslar gönderinin içeriğinin farkındadır. Yani bu tür ajanslar çoğu kez marka ihlalini biliyor veya bilebilecek konumda bulunmaktadır. Bu nedenle iyiniyeti bertaraf olmuş olabilir ve içerik sağlayıcı gibi marka hakkı ihlalinden sorumu tutulabilir. Spamming faaliyetini yürüten internet süjesinin yer sağlayıcı mı yoksa içerik sağlayıcı mı olduğu, her somut olayın özelliğine göre değişmektedir.

VI. İnternet Alanında Marka İhlallerinin Tespiti İle İlgili Bir Uygulama Önerisi: *Sleekcraft Faktörleri*

Bu bölümün yazılmasının amacı, karıştırılma tehlikesi ve bağlantı ihtimali nedeniyle marka hakkının ihlali durumlarında yargılama sırasında izlenebilecek bir yol ortaya koymaktır. Bu kapsamda, uygulamacılar açısından bir katalog olması açısından ABD Federal Mahkemesinin benimsediği ve tarafımızdan da usul ekonomisine uygun bulunan hareket tarzını dikkatinize sunuyoruz.

⁵⁹⁹ “Ticari iletişimin ve bu iletişimin adına yapıldığı gerçek ya da tüzel kişinin açıkça belirlenebilir olmasını sağlayan bilgiler sunulmalıdır. b) İndirim ve hediye gibi promosyonlar ile promosyon amaçlı yarışma veya oyunların bu niteliği açıkça belirlenebilmeli, bunlara katılımın ve faydalanmanın şartlarına kolayca ulaşılabilmesi ve bu şartlar açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılır olmalıdır.”

⁶⁰⁰ “(1) Ticari elektronik iletinin içeriği alıcıdan alınan onaya uygun olmalıdır. (2) İletide, göndericinin tanınmasını sağlayan bilgiler ile haberleşmenin türüne bağlı olarak telefon numarası, faks numarası, kısa mesaj numarası ve elektronik posta adresi gibi erişilebilir durumdaki iletişim bilgileri yer alır.(3) İletide, haberleşmenin türüne bağlı olarak, iletinin konusu, amacı ve başkası adına yapılması hâlinde kimin adına yapıldığına ilişkin bilgilere de yer verilir.”

*AMF Inc. v. Sleekcraft Boats*⁶⁰¹ davasında ABD Temyiz Mahkemesi, “*Sleekcraft*” ve “*Slickcraft*” isimli iki farklı tekne markası üzerinde incelemelerde bulunmuştur. Olayda Sleekcraft marka kullanımının Slickcraft’ın marka hakkına tecavüzü tartışılmıştır. Mahkeme, “*Sleekcraft*” ismi her ne kadar “*Slickcraft*” ismine benzese ve ürünlerin tekne alıcısı potansiyel müşteri kitleleri çakışsa da; Sleekcraft’ın hız ve sürat meraklısı müşterilere; Slickcraft’ın ise aile dinlencesi arayan müşterilere hitap etmesi karşısında kullanımı hukuka uygun bulmuştur. Mahkeme bu tahlili yaparken, marka ihlalinin oluşma koşullarına yönelik 8 faktörün varlığını ortaya koymuştur. Bu faktörler: 1) Markanın Gücü, 2) Malların Yakınlığı, 3) Markaların Benzerliği, 4) Fiili Karışıklık İhtimali, 5) Pazarlama Kanallarının Benzerliği, 6) Malların Çeşidi ve Alıcıların Dikkat Derecesi, 7) Davalının Markayı Kullanmaktaki Niyeti ve 8) Ciro Artış Olasılığı olarak sıralanabilir.

Şunu hemen ifade edelim ki anılan dava her tür marka ihlalinin ortaya çıkarılması için zorunlu bir kontrol listesi değildir. Yani örnekleyici ve yol göstericidir.⁶⁰² Diğer yandan *Brookfield Commc’ns, Inc. v. West Coast Entm’t Corp.* davasında da belirtildiği gibi internet içeriğine ilişkin davalarda aşırı katılığa karşı dikkatli olunması; bu nedenle yeni gelişen teknolojilere dair uyumsuzluklarda esnek davranılması gerekliliği vurgulanmıştır.⁶⁰³ Faktörlerin incelenmesi sırasında, ABD Hukukunda marka hakkına tecavüz hallerinin Kıta Avrupa Hukuk sistemlerindeki haksız rekabet hallerini de içine alabileceği unutulmamalıdır. Nitekim AB sisteminde marka ihlaline ilişkin çerçeve 89/104 sayılı Direktif ile çizilmiştir.

Konu ile ilgili bir başka önemli nokta ise marka hakkına yönelik ihlallerin hangi yolla yapıldığı hususudur. Tecavüzün alan adları ile yapıldığı durumlarda, mahkeme, *Brookfield Commc’ns, Inc. v. West Coast Entm’t Corp.* davasında olduğu gibi “*internet troyka*” olarak adlandırılan 3 faktörün⁶⁰⁴ uygulanması ile sonuca gitmiştir. Ancak *Network Automation, Inc. v. Advanced Systems Concepts, Inc.*⁶⁰⁵ davasında, California Bölge Mahkemesi tarafından verilen kararı bozan Temyiz Mahkemesi, alan adlarına ilişkin yukarıdaki davadaki 3 kriteri uygulanmasını hatalı bulmuştur.

⁶⁰¹ *AMF Inc. v. Sleekcraft Boats*, 599 F.2d 341 (9th Cir. 1979).

⁶⁰² *Fortune Dynamic, Inc. v. Victoria’s Secret Stores Brand Mgmt., Inc.*, 618 F.3d 1025, 1030 (9th Cir. 2010).

⁶⁰³ *Brookfield Commc’ns, Inc. v. West Coast Entm’t Corp.*, 174 F.3d 1036, 1054 (9th Cir. 1999).

⁶⁰⁴ 1)Markanın Benzerliği, 2) Mallar ve Hizmetler Arasındaki İlişkiler ve 3) Bir Pazarlama Kanalı Olarak İnternet.

⁶⁰⁵ *Network Automation, Inc. v. Advanced Systems Concepts, Inc.*, No. 10-55840 (9th Cir. 2011)

Mahkeme, “internet troyka” olarak anılan faktörlerin alan adlarına ilişkin uyuşmazlıklarda⁶⁰⁶ yararlı olduğunu ancak megatag (yönlendirici metin) uyuşmazlıklarında daha kapsamlı bir incelemenin yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle anılan faktörleri internet alanında marka ihlaline ilişkin esaslı ve tali faktörler olarak ayırma gereği duyuyoruz. Pazarlama kanalına ilişkin faktöre ise konumuzun arama ağı reklamcılığı ile sınırlı olması nedeniyle ayrıca değinilmeyecektir.

A. Markanın Gücü

Markanın gücü konusunda araştırmaya girilmesinin sebebi, tescil edilen işaretin koruma alanının kapsamının çizilmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.⁶⁰⁷ Hayatın olağan akışı içinde, herkesçe bilinen bir markanın alıcı kitlesinde yarattığı imaj güçlüdür ve diğer markaya yönelen alıcıyı etkileyebilir. Bu nedenle, kural olarak, karıştırılma ihtimalinin araştırıldığı durumlarda marka gücü fazla olan lehine bir karıştırılma ihtimalinin varlığında söz edilebilir.⁶⁰⁸ Bunun yanında, marka gücü daha düşük işaretilerde karıştırılma ihtimali yaratacağı gözden uzak tutulmaması gereken bir ihtimaldir. Şunu hemen belirtelim ki, iki marka arasındaki karıştırılma ihtimali, ancak alıcının her iki markayı tanıdığı ve ayırt edebildiği durumlar açısından geçerli değildir. Yani bir alıcının iki marka arasında bir karıştırılma ihtimaline maruz kalabilmesi için, öncelikle güçlü veya güçsüz olduğu fark etmeksizin diğer markayı önceden tanımaması gerekmektedir. Alıcının tanımadığı marka güçlü bir marka ise – ki genellikle alıcı kitlesi güçsüz markayı tanımaz- karıştırılma ihtimalinin düşük, alıcının tanımadığı marka güçsüz marka ise, karıştırılma ihtimalinin yüksek olduğundan söz edilir.

Güçlü marka, arz edilen mal veya hizmet ile daha yüksek oranda ilişkilendirilebilen ve marka hakkına ilişkin korumadan daha çok yararlanan marka olarak

⁶⁰⁶ Internet Specialties West, Inc. v. Milon-DiGiorgio Enters., Inc., 559 F.3d 985, 988-89 (9th Cir. 2009); Perfumebay.com Inc. v. eBay, Inc., 506 F.3d 1165, 1169, 1173 (9th Cir. 2007); Interstellar Starship Servs., Ltd. v. Epix, Inc., 304 F.3d 936, 939, 942 (9th Cir. 2002).

⁶⁰⁷ EPÇELİ, s. 51.

⁶⁰⁸ Ayırım gücü yüksek tanınmış markalarda, karıştırılma tehlikesinin az olacağı da ifade edilmiştir. (ARKAN, C.I, s. 100); Elbette “tanınmış marka” ‘yı da tanımayan birileri çıkabilir. Ancak böylesi bir ihtimalin düşük olmasından hareketle, kural olarak, biz karıştırılma düşük olacağı konusunda Arkan ‘a katılmaktayız.

tanımlanabilir.⁶⁰⁹ Markanın gücünü kavramsal ve ticari olarak iki boyutta ele almamız mümkündür. Burada kavramsal güç ile ifade edilmen, marka ile onun temsil ettiği mal ve hizmet arasındaki açıklayıcı, genel veya hayali bağlantıdır. Ürün adı ile marka ifadesinin aynı olduğu durumlarda markanın kavramsal gücünün çok yüksek olduğu söylenebilir. Ticari güç ise, markanın ticari piyasadaki tanınmışlığı ile doğru orantılıdır. Bu nedenle reklamlar ile markanın ticari gücü ve bunun sonucu olarak kavramsal gücü artırılabilir.

Kimyasal hammadde isimlerini taşıyan ilaç markaları güçsüz marka niteliğindedir.⁶¹⁰ Bunun nedeni olarak, öncelikle markanın sözel olarak ifade ettiği hammadde bileşenlerinin alıcı kitlesi tarafından bilinmesinin pek olası olmaması⁶¹¹ ve ifade biçiminin alıcı kitlesine anlamsız gelmesi nedeniyle ayırt edici özelliğinin güçlü olması gösterilebilir.⁶¹² KHK ‘da ayırt edicilik madde 5 ‘de zikredilmiş ancak burada ayırt ediciliğin tanımı verilmemiştir. Alıcı kitlesi hakkında yukarıda yapılan açıklamalar hatırlatılarak belirtilmelidir ki, tescil edilen işaretin ayırt edici hale gelip gelmediği veya güçlü bir marka olup olmadığı, onun hedef alıcı kitlesi esas alınarak belirlenmelidir.⁶¹³

Tescil edilen işaretin daha sonradan ayırt edici özellik kazanması da mümkündür. KHK m. 7/son uyarınca, işaretler kullanılmakla ilgili alıcı kitlesi açısından ayırt edici hale gelebilirler. Bu noktada karıştırılma ihtimalinin önüne geçilmesi için ne gibi bir yol izlenmesi gerektiği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada, güçlü markalarda, karıştırılma veya bağlantı ihtimalinin zayıflatılması için büyük değişiklikler yapılması gerekli iken, güçsüz markalarda ise yapılacak küçük değişikliklerin anılan ihtimali bertaraf etmeye yeterli olduğunu ekleyelim.

⁶⁰⁹ Brookfield 174 F.3d, 1058.

⁶¹⁰ ARKAN, C.I, s. 100; EPÇELİ, s. 51.

⁶¹¹ Zira herkes hasta olabilir ve söz konusu ilaca muhtaç hale gelebilir.

⁶¹² *Tekinalp* ‘e göre, bir markanın ayırt edici özelliğinin güçlü olmasını sağlayan etkenlerden bir tanesi de, markanın sözel ifadesinin anlamsız olmasıdır. Yani markanın sözel ifadesi ne kadar “anlamsız” olursa, ayırt edici özelliği de aynı oranda artar. (TEKİNALP, s. 315)Marka olarak tescil edilen işaretin icat edilmesi genellikle, teknik çalışmalar sonucunda ortaya çıkarılmış buluşlarda söz konusu olduğunu da ekleyelim.

⁶¹³ Avrupa Toplulukları Mahkemesinin konu ile ilgili kararı: Mag Instrument Inc. v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs), <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/pdf/jc020136.pdf> (30.01.2012).

Bu faktör marka hakkına tecavüzü kanıtlayabilir. Çünkü kullanıcılar çoğunlukla ürün kategorilerine göre genel terimler⁶¹⁴ ile arama yapma ve bunun sonucunda büyük olasılıkla birçok kaynaktan gelen reklamlar ve linkler ile yüz yüze kalmayı beklemektedir. Buna karşılık, kullanıcı ayırt edici bir terim ile arama yaptığında özel bir ürüne bakıyordur ve bu yüzden farklı kaynaklardan gelen benzer ürün reklamlarının sonuç sayfasında birlikte görüntülendiğinde karıştırma ihtimali artabilir.⁶¹⁵ *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.* davasında, mahkeme isabetli olarak, “*1-800 Contacts*”ın güçsüz bir marka olduğunu, çünkü arama motorlarındaki aldatıcı ve genel kelimelerin üçüncü kişilerce nasıl kullanıldığının doğası ortaya koymaktadır ki, kullanıcılar genellikle bir genel ürün adlarını kullanmaktadırlar.

Network Automation, Inc. (Network) v. Advanced Systems Concepts, Inc. (System) davasında, mahkeme, güçlü markanın markadan ürüne fikri bir sıçrama yaratması gerektiğini belirtmiş ve tescilli markaların bu sıçramayı sağladığı karine olarak kabul etmiştir. Anılan davada System’in yazılım ürünü olan ve tescilli bulunan “ActiveBatch”, Network’ün kendi yazılımı olan “Automate” ürününe nazaran daha güçlü konumda olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de hem tescilli bulunan hem de yazılım gibi uzmanlık gerektiren bir markanın arama motorunda arandığı bir vakıda, kullanıcıların özellikle System’e ait “ActiveBatch” ürününü aradığı ve markadan ürüne bir sıçramanın varlığı kabul edilebilir.

B. Malların Çeşidi

Malın doğası ile tüketicinin tipi, anahtar kelime reklamcılığı içerikli davalarda karışıklık olasılığının belirlenmesinde yüksek derecede ilişkilidir. Malın hangi tüketici/kullanıcı kitlesine yönelik olduğunun saptanmasıyla tüketicilerde hangi seviyede dikkat düzeyi arayacağımıza yönelik ipucu elde edebiliriz. Pazarlanan ürün veya hizmet açısından dikkat edeceğimiz ilk unsur kullanım alanı ile ilgilidir. Kullanımı uzmanlık gerektiren veya ilk olarak o alanda uzman bir kişinin satın alması muhtemel (örneğin, bir şirkete kullanılacak otomasyon yazılımı) teknik konulardaki ürünler ile ilgilenen tüketicilerin dikkat seviyesinin yüksek olduğu; buna

⁶¹⁴ Genel terimler, ortalama bir kullanıcının aradığı markanın özelliklerini belirtmeden ürün cinsine ilişkin ifadeleri kapsamaktadır.

⁶¹⁵ *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.*, F. Supp. 2d, 2010 WL 5150800 at 17 (D. Utah 2010).

karşın, genel ifadeler ya da cins isimler ile ifade edilebilen mal ve hizmetleri arayan tüketicilerin dikkat seviyesinin düşük olduğu kabul edilmelidir.

Aranan mal ve hizmete ilişkin bir diğer önemli nitelik fiyattır. Rasyonel tüketicilerin fiyatı yüksek ürünleri satın alırken daha dikkatli olduğu bilinen bir gerçektir. Bu gerçek karşısında fiyat unsurunu malın kullanım alanı ile birleştirerek sonuca gitmek gerekir. Örneğin, herkesçe kullanılabilir yüksek fiyatlı bir malı arayan tüketicilerin ortalama bir dikkat seviyesinde olduğu söylenebilir. Bu çeşit yorumların her vakıaya göre ayrı ayrı yapılması gerekir.

C. Alıcı Kitlesinin Özellikleri

Araştırmamızın giriş bölümünde, genel olarak alıcı kitlesinin çerçevesi çizilmiş ancak internet reklamcılığı uygulamalarının somut olaya kattığı farklılıklara değinilmemiştir. Bu bölümde, alıcı kitlesinin internet uygulamasındaki yerine temas edilecektir. İnternet reklamcılığı yoluyla markaların karıştırılma ihtimali konusunda önemli faktörlerden biri de, yapılan reklamcılık faaliyetinin muhatabı olan alıcı kitlesinin durumudur. Reklamcılığın her geçen gün yepyeni yollar keşfetmesi nedeniyle öncelikle alıcı kitlesinden kasıtlı neyin ifade edilmeye çalışıldığı açıklanmalıdır. Marka ihlali vakıasını alıcı kitlesi açısından inceleyebilmek için markanın hitap ettiği çevrenin saptanması gerekmektedir.⁶¹⁶ Ancak bu aşamadan sonra, alıcı kitlesinin yanılma ihtimali veya karıştırma olgusu üzerinde durulabilir.

Türk Hukukunda ölçüt olarak, “*malın hitap ettiği orta seviyedeki halkın yanılması*”ndan söz edilmektedir.⁶¹⁷ Yargıtay bir kararında⁶¹⁸: “... *orta düzeydeki tüketiciler* ...” ifadesi ile alıcı kitlesinin sınırını çizmiştir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ‘nına göre ise, markanın halkta yanlış anlama ihtimali yaratıp yaratmadığı uzman müşteri çevresine göre değil, “*ortalama olarak bilgilendirilmiş, dikkatli ve ortalama tüketicinin*” markada yer alan bilgileri nasıl algılayacağına bağlıdır.⁶¹⁹

⁶¹⁶ UZUNALLI, s. 128.

⁶¹⁷ ARKAN, C.I, s. 86; KAYA, s. 105; UZUNALLI, s. 129.

⁶¹⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2003/13267 E., 2004/9667 K. ve 12.10.2004 tarihli ilamı.

⁶¹⁹ UZUNALLI, s. 130.

ABD Temyiz Mahkemesi, halk nezdindeki karışıklık ihtimalinin değerlendirilmesinde standart olarak “*tipik sıradan alıcıyı*” esas almaktadır.⁶²⁰

İnternet uygulamaları açısından da yukarıdaki tanımlamalara benzer tanımlamalar yapılmıştır. Örneğin, Avrupa Adalet Divanı, önündeki bir davada karıştırma ihtimalinin araştırılacağı internet kullanıcı grubunu belirlerken: “*orta zekâlı ve makul ölçüde dikkati haiz internet kullanıcısını*” esas almıştır.⁶²¹ Divan, dikkat seviyesinin düşük olduğu kullanıcılar açısından karışıklık ihtimalinin artabileceğini isabetle tespit etmiştir. ABD uygulamasında ise, kural olarak, internet üzerindeki kullanıcıların genel olarak düşük dikkat düzeyinde oldukları kabul edilir.⁶²² Bu noktada standart internet kullanıcısının dikkat düzeyinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. İnternet kullanıcısının dikkat seviyesinin belirlenmesi açısından uyumsuzluğa konu malın özellikleri, kullanıcının hangi dikkat düzeyinde olduğu konusunda bize ilk ipuçlarını vermektedir. Malın özelliği konusuna yukarıda ayrıntılı bir şekilde değinmiştik.

Kanaatimizce, varsayımsal olarak tüketicilerin düşük dikkat düzeyinde olduklarının kabulü tüketiciyi koruma amacına uygundur ve fakat her somut olay açısından bu durum ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin, aranan mal ve hizmet, kullanıcının özel hayatında hobi amacı ile kullanacağı ürünlerdense tüketicinin düşük dikkat seviyesinde olduğu kabul edilebilir. Ancak iş organizasyonu nedeni ile profesyonel amaçlarla yapılan alımlarda, alıcının dikkat seviyesinin yüksek olduğu söylenebilir. Şu unutulmamalıdır ki, e-ticaret yoluyla bir ürünün satın alınması ile söz konusu ürünün beş duyu organından biri ile algılanacak teşhir edildikten sonra alınması arasında alıcı açısından bir takım psikolojik farklar bulunmaktadır. Somut olarak mübadele (mal ve paranın değişimi) ilişkisine girmeyen bir alıcının dikkat seviyesinin psikolojik etkenler nedeniyle düşük olabileceği kanaatindeyiz. İnternet üzerinde tam anlamıyla bir “yasal denetim”⁶²³ olmadığı yönündeki yaygın kanaatin, bu psikolojik unsuru desteklediğini düşünüyoruz.

⁶²⁰ Network Automation, No. 10-55840, P. 11.

⁶²¹ **KANDEMİR**, s. 333 vd..

⁶²² Network Automation, No. 10-55840, P. 12.

⁶²³ “Yasal Denetim” ifadeleri ile ifade edilmek istenilen, özel hukuk anlamında kişinin internet üzerindeki işlemi ile kendini herhangi sözleşmede edim yükü altına soktuğu konusunda bilinç eksikliğinin nedeni olarak ifade edilmiştir.

Aranan mal ve hizmet, hayatın olağan akışı içinde elde edilmesi zorunlu ihtiyaçlardan biri olması veya kolayca değiştirilebilen bir ürün olması veyahut ucuz olması, kullanıcının dikkat seviyesini bir hayli aşağı düşebilir. Yine büyük çaplı reklam organizasyonları sonucu piyasaya yeni sürülen ve halkın güncel olarak ilgisine mazhar olup yoğun şekilde talep ettiği “moda” ürünler konusunda da tüketicilerin dikkat seviyesinin düşük olduğu söylenebilir. Bunların yanında, e-ticaretin hızla artan seyri incelendiğinde, kullanıcı/tüketicilerin dikkat seviyesinin yükseldiği unutulmamalıdır.⁶²⁴ Özellikle internet reklam araçları ile bağlantılı olarak görüntülenen ödemeye ilişkin sayfalarda, malın özellikleri, ödeme şartları vs. konularda alıcı/kullanıcının dikkati azami biçimde çekilmeye çalışılmaktadır. Kullanıcıların dikkat seviyesi, aranan mal ve hizmetin halk nezdindeki güncelliği ile karıştırma ihtimali arasındaki dengeyi de gözetmek gerekir. Örneğin, karıştırma ihtimalinin kullanıcının kararında etkili derecede olması gerekir.

Kullanıcıların yaş ve eğitim düzeyi de mal ve hizmete yönelik dikkatin ölçüsünde etkilidir. Hindistan’da yapılan bir araştırmada, online internet reklamlarına tıklayan kitlenin %70 oranında ilköğretim ve üniversite öğrencilerinden oluştuğunu ortaya koymuştur. Aynı araştırmada hangi tür online reklamlara kullanıcıların ilgi duyulduğu da sıralanmıştır. Buna göre telekomünikasyon, banka ve kredi, eğlence ve iş bulma reklamları ilk sırayı alırken; tatil paket turları ve sigorta reklamları son sırayı almaktadır.⁶²⁵ Bu araştırma –en azından Hindistan özelinde- internet reklamlarının muhataplarının e-ticaret alanında tecrübesiz ve dikkat düzeyi düşük genç insanlar olduğunu göstermektedir. Ayrıca tıklanan mal veya hizmetlere baktığımızda da, kolayca rakip markalar ile ikame edilebilir ve rekabet ortamının çok güçlü olduğu alanlardaki reklamlar olduğu söyleyebilir. Araştırmadan çıkarılacak bir diğer sonuç ise online reklamcılığın şirketten tüketiciye yönelik (B2C) olduğudur. Bu durum tüketici/kullanıcının olası bir marka hakkı ihlali yapan reklamlar ile yanıltılarak kolayca rakip bir ürünü alabileceğini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Bu durum ise dikkat seviyesinin genel olarak düşük kabul edilmesi gerektiği yönünde güçlü bir emaredir.

⁶²⁴Toyota Motor Sales v. Tabari, 610 F.3d 1171 (9th Cir. 2010) davasında, Toyota’ya ait “Lexus” markasını başka bir firmanın alan adı içinde kullanılması nedeni ile açılmış davada mahkeme, tüketici ihtiyaçlarının karmaşıklığını ve düşük düzeyde oluşunu kararında vurgulamıştır. Sonrasında ise e-ticaretin artık olağan bir mecra haline gelişinin tüketici dikkat seviyesinde yükseltici bir etki yaptığını ifade etmiştir.

⁶²⁵SINGH Sajai, Internet and Advertising in India – Self and Other Regulations, Background Paper for ITechLaw European Conference 2010, Berlin, Almanya, 2010, s. 2-3.

Doktrinde *Göle* tarafından, istisnai olarak, doğabilecek zararın çok büyük boyutlara ulaşabileceği durumlarda ortalama tüketici ölçütünün düşürülmesi gerektiği isabetle ifade edilmiştir.⁶²⁶ Yukarıda ifade edilen görüşün kaleme alındığı dönem göz önüne alındığında e-ticaret uygulamalarının göz önüne alınmadığı tabii olmakla, aynı durumun e-ticaret içinde geçerli olduğu söylenebilir. Şöyle ki, internet ile herhangi bir satıcı milyonlarca tüketici ile e-ticaret uygulamalarını gerçekleştirebilmektedir. Herhangi tipik ticari uygulama ile ulaşılabilen hedef kitle ile karşılaştırıldığında karıştırma veya aldatılma ihtimalinin tüketiciler açısından çok büyük bir zarar meydana getireceği açıktır. Haksız e-ticaret uygulamalarına karşı etkin ve hızlı tedbir imkânlarının olmayışı da meydana gelebilecek zararın büyük boyutlara ulaşabileceğini göstermektedir. Son olarak, haksız rekabete ilişkin durumlarda da zarar görme ihtimalinin hukuki yollara başvurmak için yeterli olduğunu belirtelim.⁶²⁷

D. Fiili Karışıklık İhtimali

Bu faktör, ihlalin varlığını tespit edici olmanın ötesinde, incelemede tartışılanların ortaya çıkmış yani fiili (yani ihtimal olmaktan çıkmış) bir sonucu niteliğindedir. Tüketicinin dikkat derecesi, mal veya hizmetin özelliği ve markanın gücünün belirlenmesinden sonra sıra reklamın sunuluş şekli de incelenmelidir.

1. Reklamların Niteliği

Reklamların şekli ve arama sonuç sayfasındaki içeriğin çevreleniş ve görünüm durumu aynı oranda önem arz etmektedir. Reklamların sunuluş biçimi, tipi, özellikleriyle markanın hemen bütün fonksiyonlarının zarar görmesi mümkündür.⁶²⁸ Ancak bu noktada reklam hukuk anlamında yanıltıcı veya yanlış reklam uygulaması değil; markanın fonksiyonlarını ihlale elverişli reklamcılık uygulamalarının kast edildiğini belirtelim. Zira reklamın aldatıcı olduğuna karar verilmesi bizi doğrudan marka ihlaline götürmeyebilir. Kural olarak, serbest rekabet hakkının bir sonucu olan reklam yapma hakkını yanıltıcı veya yanlış reklamlar ile kullanımı haksız rekabet hükümleri içinde değerlendirilmelidir.

⁶²⁶ **GÖLE**, 75.

⁶²⁷ 6102 sayılı TTK m. 56 vd.; **POROY/YASAMAN**, s. 206.

⁶²⁸ **RODGERS/CHEN**, s. 263; **KANDEMİR**, s. 332 vd.; **GÖLE**, s. 51 vd..

Marka fonksiyonlarına zarar verici nitelikteki reklamları saptamadan önce aldatıcı, yanıltıcı veya yanlış reklamların incelenmesinde fayda vardır. Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin AB Yönergesinin 2. maddesi ve 2005/29/EC sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesinin 6. maddesinde aldatıcı reklamlar tanımlanmıştır. Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesinin uygulama alanı üreticiden tüketiciye yönelik uygulamalar ile sınırlandırılmıştır.⁶²⁹ İnternet reklamcılığının üreticiden tüketiciye karşı yöneltildiği göz önüne alındığında, AB Hukuku açısından, bu yönergenin esas alınması gerekir.

Yönergenin 6. maddesine göre aldatıcı reklam: Bir ticari uygulama, yanlış bir bilgi ihtiva ediyorsa ve bu sebepler doğru değilse veya bilgi gerçekten doğru bile olsa herhangi bir şekilde, bütün olarak sunumu da dâhil olmak üzere, ortalama tüketiciyi aldatıyorsa veya aldatması muhtemelse ve her iki durumda da, onun aksi halde vermeyecek olduğu bir hukuki işlem kararını vermesine sebep oluyor veya sebep olması muhtemelse aldatıcı kabul edilir. Ortalama tüketicinin aydınlatılmış bir şekilde karar vermesi için ihtiyaç duyacağı önemli bilgilerin verilmemesi de aldatıcı olarak nitelendirilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında: Olayın tüm özellikleri göz önüne alındığında, fiili içerik dâhil olmak üzere, karışıklık veya karışıklık ihtimali yaratarak ortalama bir tüketicinin aksi halde almayacağı bir hukuki işlem kararı almasını sağlayan, (a) rakibin ayırıcı işareti, markası veya ticari unvanı ile ilgili, karşılaştırmalı reklamlar da dâhil olmak üzere, her türlü ticari uygulama da aldatıcı kabul edilir. FTC, bir reklamın aldatıcı olması için öncelikle ortada bir temsil durumunun söz konusu olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu temsil durumundan yararlanarak, reklam veren satış fiyatları, promosyonlar, garantiler veya diğer konularda muhatabı etkileyebilir.⁶³⁰ Bu konuda bir ABD Federal Mahkeme Kararını da örnek gösterebiliriz:

Time Warner Cable Inc. v. Directv, Inc.⁶³¹ davasında, her iki taraf da doğrudan rakiptir ve müşterilerine video ve yayın akışı sağlama faaliyeti yürütmektedirler. Davalı, kendisinin sağladığı verilerin daha kaliteli olduğu yönünde reklam

⁶²⁹ İNAL/BAYSAL, s. 24; ABD Hukukunda da Lanhanm Kanunu 15U.S.C. § 1051 uyarınca, aldatıcı, yanıltıcı veya yanlış yönlendirici reklamlar yasaklanmıştır. (DAVIDSON, s. 428).

⁶³⁰ DAVIDSON s. 434.

⁶³¹ Time Warner Cable Inc. v. Directv, Inc. 497 F.3d 144 (2d Cir., August 9, 2007).

yapmaktadır. Bu kapsamda üç çeşit reklam hazırlanmıştır. İlki, Jessica Simpson'un oynadığı ve TV'de yayınlanan bir reklamdır. Reklamda Simson: “ *Hey, 253 gün boyunca spor yaptım ve siz beni Directv HD'den izleyeceksiniz. Davanın konusunu da aldatıcı reklamlar oluşturmaktadır. Directv olmadan, o büyük süslü ekranlarınızdan en güzel görüntüyü alamayacaksınız. O 1080i'de yayınlanmaktadır. Tam olarak ne olduğunu bilmesem de, istiyorum.*” ifadelerini reklamlarda kullanmıştır. İkinci TV reklamında, Yıldız Savaşları filminden Kaptan Kirk olarak tanınan William Shatner: “*Keşke Directv HD ile sağlanan görüntüleri izleyip rahatlasam ve eğlensem. Işık yılı uzaklıkta kablolu Tv mantıksız olur.*” ifadelerini kullanmıştır. Üçüncü reklam bir internet banner reklamıdır. Anılan reklamlarda banner ikiye ayrılmış, bir tarafında Directv'den gelen görüntü örneği olarak çok net bir görüntü bulunmakta; diğerinde ise başka bir kişinin sağladığı görüntü örneği olarak parça parça ve bulanık bir görüntü bulunmaktadır. Reklamda yazılı olarak yayın akışının kaynağı vurgulanmaktadır.

Federal Mahkemenin 2. Dairesi, TV reklamları açısından Bölge Mahkemesinin verdiği kararı onamıştır. Bu karar uyarınca, davalı TV reklamlarında aldatıcı tarzda reklam yapmaktadır. Ancak mahkeme, banner reklam açısından ayrıca bir inceleme yapmıştır. Federal Mahkeme, yukarıda banner reklamlarında tarif edildiği şekilde, kullanıcılara ulaştırılan reklamların aşırı derecede abartılı olmasından dolayı kimsenin onlara itibar etmeyeceğini ve bu nedenle aldatıcı olmadıklarına hükmederek, Bölge Mahkemesi kararını bozmuştur. Federal Mahkeme: “Dava edilemeyen aşırı övmenin görsel reklamları/aldatmaları da kapsar, Ancak gerçekte olmayan bir şekilde ve çok fazla abartarak reklam yapıldığında, makul bir kullanıcının onu takip etmesi olası⁶³² değildir.” Şunu hemen ifade edelim ki, karara konu banner reklamlarında, kablolu TV'ye geldiği iddia edilen görüntüler gerçek değildir. Bu nedenle reklam gerçeğe aykırıdır. Reklamın muhatap kitlesinin %90'nın da kablolu TV kullandığını ekleyelim.

Bilindiği gibi, reklamlar bir irade beyanını içerir. İrade beyanları da, içeriklerine göre sınıflandırılmıştır. Sanıyoruz ki, Federal Mahkeme önüne gelen bu uyuşmazlıktaki banner reklamlarının taşıdığı irade beyanı doktrinde latife beyanıdır. Latife beyanlarının söz konusu olduğu yerde irade beyanının muhatabı, o irade beyanının

⁶³² Türk Hukuku açısından “olası” ifadesiyle, BK anlamında “hayatın olağan akışı” anlaşılmalıdır.

herhangi bir hukuki sonuç meydana getirmemek için söylenmiş olduğunu bilmek veya bilmesi gerekir durumdur. Bu nedenle, latife beyanlarına güven teorisi nedeniyle, herhangi bir hukuki sonuç bağlanmaz. Nitekim bir reklamın latife beyanı olduğu sonucuna ulaşılabiliriyorsa, muhatabın irade beyanının hiçbir sonuç doğurmayacağını bildiğini söyleyebiliriz. İrade beyanının muhatabı ile onu beyan edenin iradelerinin uyuşmamasının BK m. 1 anlamında sözleşmenin kurulmasını engellediğini de belirtelim (engelleymesede dahi hata hükümlerine göre sözleşmeyi iptal şansı verir.)

Yukarıdaki düzenleme ışığında haksız ticari uygulama yaratacak reklamlar⁶³³ açısından 3 özellik sayılabilir. Bunlar: (a) Reklamın içerdiği bilginin yanlış veya yanıltıcı olması, (b) Reklamın yöneldiği hedef kitlesini yanıltma ihtimalinin bulunması, (c) Yanıltıcı etkinin tüketici kararında etkili olması olarak sıralanabilir.⁶³⁴

(a) Reklam içeriğindeki bilgilerin yanlış olması nedeni ile marka hakkına zarar verilmesi taklit ürünlerin söz konusu olduğu durumlarda gündeme gelir.⁶³⁵

Taklit ürün pazarlayan firmaların arama sayfasında görüntülenen reklamlarında tüketicilere sunulan ürünlerin orijinal olduğu yönündeki beyanları yanıltıcı reklamlar ile ilgili iyi bir örnektir. Yine internette sıkça karşılaşılan, hızlı bir zayıflama vadeden ilaçlar veya kolay kazanç kapısı olarak sunulan reklamların birçoğu da yanlış bilgi içeren reklamlara örnek olarak verilebilir. Reklam Kurulunun veya Reklam Öz Denetim Kurulu denetimlerinin internet üzerinde etkisiz kalması, internet reklamcılığındaki baş döndürücü gelişim süreci karşısında çözüm bekleyen büyük bir problemdir.

(b) Yönerge ile tüketicilerin aldatılma ihtimali yeterli görülmüştür. Ancak tüketiciler tanımlanırken “ortalama” tüketiciden söz edilmiştir. İnternet uygulamalarında ise mesafeli bir işlemin söz konusu olması ve tüketicinin e-ticaret içinde aktif bir rol alması karşısında daha kapsamlı bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle yukarıda internet

⁶³³ RTÜK Yönetmeliğinin 4. maddesi uyarınca “*Haksız Rekabete Yol Açacak Reklam: Tüketicinin güvenini, sağlığını, bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar eden reklamları,*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁶³⁴ GÖLE, s. 49 vd.; İNAL/BAYSAL, s. 25.

⁶³⁵ GÖLE, s. 63.

reklamlarının hedef kitlesi olan tüketici özellikleri bölümüne atıf yapmakla yetiniyoruz.⁶³⁶ Aldatılma ihtimalinin yeterli görülmesi husus ise yerinde olarak yönergede yer almaktadır. Zira aldatıcı reklamların önlenmesi ile korunması amaçlanan menfaat serbest rekabet hakkı ve ortamıdır. Serbest rekabet ortamının zarar görmesi için ise fiili bir zararın varlığı zorunlu bir şart değildir. Tüketicilerin piyasa ile ilgili olarak doğru bilgilenememesi, onların serbest iradelerini etkileyecek ve nihayet rekabet içindeki üreticiler arasında haksız rekabet yaratacaktır.

- (c) Aldatıcılıktan söz edebilmemiz için bunun tüketici kararında etkili olması gerekir. Yani kullanıcının aldatıcı reklamın doğruluğuna inanması ve bu doğrultuda aktif bir hareket içine girmesinin beklenebilmesi gerekir. Bunun yanında kullanıcılar tarafından ciddiye alınmayacak derecede abartılı ifadelerin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir. Nihayet yukarıda bahsi geçen tartışmanın anahtarı güven teorisi ile açılmaktadır. Günümüzün getirdiği reklam araçlarının bir bütün halinde reklamın hedef kitlesi üzerinde bıraktığı etki ancak bu şekilde anlaşılabilir. Bilindiği gibi bir beyana muhatabının verdiği veya vermesi gerektiği anlam -sözleşmesel ilişkiler açısından- esas alınır. Bu nedenle reklamı değerlendirirken, onun yarattığı bütün izlenim göz önüne alınmalıdır.⁶³⁷

Örneğin, A marka ifadesini arama motorunda satın alan rakip B markasının, arama sonuç sayfasında görüntülenen reklamlarında kendi markasına ilişkin “gerçeğe aykırı ve yanıltıcı” beyanlarda bulunduğunu ve bu beyanların A markası ile hiç ilgisinin olmadığını düşünelim. Ayrıca kullanıcıların, B ve A markaları arasında bir bağlantı kurmadığını da varsayalım. Bu halde B’nin yaptığı reklamlar açısından: 1) A markasının saygınlığından haksız yararlandığı veya 2) Aldatıcı reklamda bulunduğu iddiası öne sürülebilir. Hâlbuki aynı örneğimizde, B markası, sonuç sayfasındaki reklamlarında A markası ile doğrudan bağlantılı olduğuna ilişkin bir beyanda bulursa veya kullanıcılar bu yönde bir şüpheye düşeceklerse; yukarıdaki iddialara ek olarak A’nın marka hakkına da tecavüz iddiasından söz edebiliriz.

⁶³⁶ Bölüm II/C-3; Bu noktada şunu da ekleyelim ki, Reklam Kurulu her ne kadar ortalama tüketici dikkatinden söz etse dahi, kararlarında uyguladığı tüketici lehine katı tutum karşısında, düşük seviyeli tüketici kriterini fiili olarak esas aldığı söylenebilir. (İNAL/BAYSAL, s. 38 vd.).

⁶³⁷ İNAL/BAYSAL, s. 26.

Nitekim *Louis Vuitton v. Google* davasında mahkeme, sonuç sayfasındaki reklamlar ile Louis Vuitton markası arasında doğrudan bir bağlantının kurulması nedeni ile marka hakkının ihlali olduğunu belirtmiştir.⁶³⁸ Bilindiği gibi, anılan davada taklit ürün firmalarının reklamları, sanki Louis Vuitton markasının orijinali satışa sunuluyormuş gibi gösterilmiştir. Böylece markanın menşe belirtme, garanti ve reklam fonksiyonları zarar görmüştür.

Playboy Enters., Inc. v. Netscape Commc'ns Corp.,⁶³⁹ davasında ABD Temyiz Mahkemesi, reklamların etiketsiz (belirsiz) olması vakıası üzerinde durmuştur. Dosyaya Playboy tarafından ibraz edilen bilirkişi raporuyla, kullanıcıların aranan kelimeleri kullanarak aslında Playboy markasını aradıkları ve sonuç sayfasındaki reklamların menşeyini anlayamadıkları kanıtlanmıştır.⁶⁴⁰ Bu vakıayı Türk ve Kıta Avrupası Hukuku açısından değerlendirilirse, reklamların muğlak-belirsiz olmasından dolayı Playboy markası ile kullanıcıların doğrudan bağlantı kuramaması veya şüpheye düşmeleri karşısında; reklam yapanın tanınmış bir marka olan Playboy'un marka hakkını ihlal ettiği söylenebilir.

Reklamların sunulduğu açısından bir diğer faktör ise sonuç sayfasında ayrıca bir konumlanmaya sahip olunması noktasındadır. Günümüzde hemen bütün arama motorlarında, reklamların sergilendiği “sponsor link” adında arama sayfasının üzerinde veya yanında bir bölüm bulunmaktadır.⁶⁴¹ İşbu bölüm, reklam veya sponsor ifadelerinin orta düzeydeki kullanıcıların zihninde işin ticari bir etkisinin olduğu izlenimini uyandırma fonksiyonu görmektedir. Böylece kullanıcı/tüketicilerin yanılması engellenmeye çalışılmaktadır.

⁶³⁸ **KANDEMİR**, s. 342; “... bir marka sahibinin markası ile aynı olan bir kelimenin reklam veren tarafından marka sahibinin izni olmaksızın internet üzerinden referans hizmeti çerçevesinde, markanın tescil edildiği mal ve hizmetler ile aynı mal veya hizmetler için reklam amaçlı olarak kullanılması durumunda bu reklam, internet kullanıcılarının reklama yapılan mal veya hizmetlerin marka sahibinden mi, marka sahibine ekonomik olarak bağlı birisinden mi veya üçüncü bir kişi tarafından mı geldiğini anlamalarını imkan vermiyorsa veya şüpheye düşürüyorsa marka sahibinin yasaklamaya yetkili olduğu bir kullanım olduğu şeklinde yorumlanmalıdır.” (ibid, *naklen*).

⁶³⁹ *Playboy Enters., Inc. v. Netscape Commc'ns Corp.*, 354 F.3d 1020, 1024 (9th Cir. 2004).

⁶⁴⁰ Tüketici anketlerinin karıştırma ihtimali hususundaki delil değeri için ayrıca bakınız: **MARUHN Jürgen**, Sınai Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Kullanımı ve Türk Patent Enstitüsü'nün Yeni Marka İnceleme Kılavuzları - Seminer Notları, 16-17 Şubat 2012, İstanbul.

⁶⁴¹ **MEMİŞ/BOZBEL**, Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından AdWords Reklamlar ; **BOZBEL**, Alan Adı, s. 240 vd.; **OĞUZ**, s. 297.

Reklam Hukukuna ilişkin kriterlerden söz etmişken, Reklam Hukukundaki “tüketicilerin aldanma ihtimali” ile Marka Hukukundaki “karıştırılma tehlikesi” kavramları arasındaki ilişkinin de ortaya koyulmasında fayda bulunmaktadır. Reklam Hukuk anlamında tüketicinin aldanma ihtimali, tüketicinin ilk defa temas ettiği, tanıdığı ürünler veya markalar için geçerlidir. Söz gelimi, piyasaya yeni çıkan X marka deterjan hakkında hiçbir fikri olmayan ve fakat reklamdaki yanlış veya yanıltıcı bilgiler neticesinde ürünü edinen tüketicinin durumu Reklam Hukuku kapsamında aldanmaktadır. Oysa Marka Hukuku anlamında karıştırma ihtimalinden söz edebilmek için, alıcı kitlesinin önceden bildiği marka veya ürünlerin söz konusu olması ve bunlar arasında bir karıştırılma tehlikesinin ortaya çıkması gerekmektedir. Örneğin, alıcı kitlesinin bildiği ve tanıdığı Y markalı bir parfüm markasına benzer logo ile piyasa sürülen ve reklamlarda Y markalı ürünün logosu ile X markası arasında bir bağlantı kurarak ürünü edinen alıcının durumu Marka Hukuku anlamında karıştırılma tehlikesi kapsamındadır.

2. İlk Merak/İlgi Karışıklığı Teorisi (*Initial Interest Confusion Theory*)

İnternet kullanıcıları, genellikle kendi tecrübelerine dayalı olarak internet ortamında seyahat ederler. Bu seyahatlerini başlatmak için de birçok seçim yapmak zorunda kalırlar. Ulaşılmak istenilen bilgi kategorisi ve sonuç olarak elde edilmek istenen bilgi konusunda ilgili web sayfasına ulaşma noktasındaki tercihler, bu seçimin ilk basamaklarını oluşturur.⁶⁴² Ancak internet ortamındaki yığın şeklinde önüne dökülen bilgiler konusunda ayırım yaparak “ilgili” bağlantıyı bulmak her zaman kolay olmayabilir. Bu nedenle kullanıcının tercihlerini kısıtlaması gerekmektedir. Yani Yukarıda anıldığı şekliyle, kullanıcıların yaptığı seçimler bir çeşit bilişsel filtre oluşturmaktadır.⁶⁴³ İşte kullanıcıların yukarıda anılan biçimde tercihlerini sınırlandırarak kendi tercihlerine en uygun seçimleri yaparken, reklamcılar tarafından yönlendirilerek, hiç de ilgileriyle bağlantılı olmayan bir takım reklamlara aldatılarak yönlendirilmesi mümkündür.

Yönlendirmeler sonucunda hedef web sitesine varan kullanıcı için iki seçenekten söz edilebilir: Bunlardan ilki, yönlendiği web sitesinin reklamlar ile yanıltıldığı şekliyle

⁶⁴² HOOD/SCHUMANN, s. 185.

⁶⁴³ HOOD/SCHUMANN, s. 189.

karıştırmak ve hukuki işleme girmek, ikincisi ise, yönlendiği yerin gerçekten de ilgili olmayan bir bağlantılı olmadığını anlayarak işlem yapmamaktır. Birinci ihtimalde, karıştırılma tehlikesi nedeniyle kuşkusuz marka hakkı ihlal edilmiştir. Ancak ikinci ihtimalde, kullanıcı yönlendiği markanın onun ilgilisi ile bağlantısı olmamasına rağmen yine de işleme girme ihtimali bulunmaktadır. Bu ihtimalde, kullanıcı başka bir markanın reklamları nedeniyle kullanıcı ile işlem yapma kabiliyetine kavuşmuştur. İşte bu ihtimal, ABD Mahkemeleri tarafından marka hakkı ihlali olarak değerlendirilmiş ve adına ilk ilgi karışıklığı teorisi denmiştir.⁶⁴⁴ İlk ilgi karışıklığı teorisi, ilk olarak 1975 yılındaki *Grothian, Helfferich, Schulz, Th. Steinway Nachf. v. Steinway & Sons* davasında uygulanmıştır.⁶⁴⁵ Sulandırma Teorisi (The Dilution Doktrine), *civil law* ülkelerinde internetin gelişimine kadar marka hakkının uyumlulaştırma yönündeki tek ciddi hareketi; ancak marka hakkı konusundaki ikinci adım, ABD’de ilk ilgi karışıklığı teorisi adı altında yaşanmıştır.⁶⁴⁶

Geleneksel marka kullanımında, marka ihlali hukuki sonucunun doğabilmesi hususunda esas alınan an, markalı mal veya hizmetin satın alma zamanıdır. Yani kullanıcı markalı mal veya hizmet ile hukuki işlem anında marka hakkı ihlal ediliyor olmalıdır. Örneğin, markalı mal satın alınmadan hemen önce kullanıcının iki marka arasındaki farkı anlayıp, kavraması ile artık karıştırılma tehlikesi ortadan kalkar. Böylece herhangi bir marka ihlalinden de söz edilemez. Oysa yukarıdaki sistem özellikle internet alanındaki marka ihlalleri konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle de, olaya ilk ilgi karışıklığı teorisinin uygulanması gerekebilir. Zira ilk ilgi karışıklığı teorisi uyarınca, marka ihlaline esas alınan an, kullanıcının aldatılarak yönlendirildiği ve fakat durumun farkına vardığı andır.

Dava konusunu alan adlarının oluşturduğu Brookfield Commc’ns, Inc. v. West Coast Entm’t Corp. davasında ilk ilgi karışıklığı teorisi ayrıntılı biçimde ortaya koyulmuştur.⁶⁴⁷ Mahkeme internet kullanıcının otobandaki bir araç sürücüsüne benzetmiş ve dava konusu alan adını da otobanın kenarındaki reklam panolarında reklamı yapılan ürünün satıldığı adrese benzetmiştir. Sürücüler, başlangıçta ilgilerini

⁶⁴⁴ Doktrinde “initial interes of confition theory”, ilk başta karıştırma doktrini olarak da anılmaktadır. (OĞUZ, s. 269 vd.) Ancak biz kelime anlamının başlangıçta kullanıcının ilgisinde bir yanılmaya neden olduğu için, “ilk ilgi karışıklığı” ifadesini tercih ediyoruz.

⁶⁴⁵ Grothian, Helfferich, Schulz, Th. Steinway Nachf. v. Steinway & Sons, 523 F.2d 1342 (2th Cir. 1975); GILLIERON, s. 198, dn. 20.

⁶⁴⁶ GILLIERON, s. 198.

⁶⁴⁷ Brookfield Commc’ns, Inc. v. West Coast Entm’t Corp., 174 F.3d 1036, 1054 (9th Cir. 1999).

eken rn ile ilgili reklam panosuna bakarak panoda yazan adrese kolayca yönlendirilebilirler. Ancak adrese vardıklarında, reklamı yapılan ve ilgilerini çeken ürün markası ile adreste durun markanın aynı olmadığını fark edebilirler. Yani adresteki marka ile reklam panolarındaki markanın karıştırılması söz konusu değildir. Ancak yine de, kullanıcının farklı markaların farkında olarak, adresteki markayı satın alma ihtimali bulunmaktadır. İşte ilk ilgi teorisi ile tazmin edilen zarar da, tam bununla ilgilidir.

Yukarıdaki rnek, teorinin gözümüzün önünde canlanması için geleneksel marka kullanımı çerçevesinde verilmiştir. Yine aynı örnek için söylenebilir ki, normal hayat akışı içinde bu ihtimal pek de olası değildir. Bunun nedeni, markalı mal ile ilgili olarak hukuki işleme girme kararı ile işlemin ifası arasında geçen zamanın genişliğidir. İnternet ortamında bir tık ile saniyenin milyonda biri hızla başka bir bağlantıya gitmek ve hukuki işleme girmek mümkündür. İşlerin bu denli hızlı gitmesi, kullanıcının dikkat seviyesini düşürmekte ve kullanıcının yaptığı işlemin mahiyetini tam kavrayamamasına neden olmaktadır. Milyonlarca internet kullanıcının yanlış yönlendirilmesi ile reklam fonksiyonu kullanılan markanın birçok açıdan zarara uğraması mümkündür. şunu hemen belirtelim ki, *Common Law* uygulamasında, yönlendiren veya yönlendirilen markanın tanınmış marka olmasının bir önemi yoktur. Zira olsun veya olmasın, reklamlarda kullanılan ve böylece kullanıcıların ilk ilgisi çekilen marka dolayısıyla hedef web sitesindeki marka kullanıcı ile buluşabilmektedir.

İlk ilgi karışıklığı, kullanıcının hukuki işlem öncesinde zihninde marka ile ilgili olarak başlangıçta karıştırılma ihtimali oluşturulması vakiasını tanımladığı söylenebilir. Zira karıştırma vakiası, hukuki işleme girmeden önce meydana gelmektedir. Bu teori ile kullanıcının düşük dikkat seviyesiyle önceden zihninde oluşturduğu güvene dayanarak işlem yapması nedeniyle, marka sahibinin menfaati korunmaya çalışılmaktadır. Ancak şunu ifade edelim ki, yanıltıcı reklam nedeniyle kendi zihninde oluşturduğu güvene dayanarak işlem yapan kullanıcının da, işbu işlem nedeniyle zarara uğradığı düşünebilir. Kullanıcının bu zararını gidermesi için haksız rekabet hükümlerine dayanması gerektiği kanaatindeyiz. Yani reklamlarda kullanılan marka sahibi açısından Marka Hukuku; kullanıcı açısından ise Haksız Rekabet Hukukuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilir.

Yukarıda arz edildiği gibi, ilk ilgi karışıklığında markanın reklam ve köken belirtme işlevi zarara uğramaktadır. Her ne kadar kullanıcıların uğradığı zararın tazmini konusunda haksız rekabet hükümlerine yer versek de, reklama konu markanın işlevlerinin zarar görmesi karşısında bu teorinin de bir çeşit marka hakkı ihlali olduğu konusundaki çoğunluk görüşüne katılmaktayız.⁶⁴⁸ Kıta Avrupası Hukuklarında tanınmış markaya sağlanan korumanın bir benzeri, Anglo-Sakson Hukuklarında internet ortamındaki tüm markaları kapsayacak şekilde ortaya çıkmıştır. Şunu hemen belirtelim ki, bu teorinin uygulanmasını gerekli kılan nedenler internet ortamının gelişimi ile paralel şekilde gelişmiştir. Tanınmamış markalar açısından ilk ilgi karışıklığının markanın işlevlerini etkileyen sonuçları vardır. Yanıltıcı reklam sonucu ayırt edici özelliği zedelenen, markasının reklam gücü kullanılan tanınmamış marka sahibi, kullanıcının sonradan fark edeceği ikinci marka ile kendi markası arasında bağlantı kurulmasından zarar görebilir. Kullanıcı, iki marka arasındaki farkı algılasa dahi, onun zihninde her iki marka arasındaki bağlantı kalacaktır. Bu ise markanın köken belirtme ve reklam işlevinin ihlaline neden olabilir.

Amerikan Temyiz Mahkemesinin uyguladığı bu teori, kural olarak -Kıta Avrupası Hukukunda- kullanıcıyı geçici de olsa kendi sitesine yönlendirerek markanın saygınlığından haksız olarak yararlanma vakıasını kapsayan marka saygınlığının sulandırması doktrinine (*dilution*) dayanmaktadır.⁶⁴⁹ Bu nedenle teorinin uygulaması daha ziyade ABD ve İngiliz Mahkemeleri kararlarında gözlemlenmektedir.⁶⁵⁰ **Nissan Motor Co. v. Nissan Computer Co.**,⁶⁵¹ davasında ABD Federal Mahkemesi: “... ilgili müşterilerin mala veya servise olan başlangıçtaki ilgilerini hesaplanabilir bir şekilde yönlendiren/yakalayan bir olgudur. Bunun sonucunda satış oranını veya cironun fiali olarak artması gerekmez.” ifadeleri ile ilk merak karışıklığını tanımlamıştır. **Playboy Enters., Inc. v. Netscape Commc'ns Corp.**, davasında ise Yargıç Berzon, reklamların etiketlenmemiş ve tanımlanmamış olmasından yola çıkarak, kullanıcının malın kaynağı veya bağlantısı hakkında yanılmayacağı durumlarda da ilk merak karışıklığının mümkün olduğunu belirtmiştir. Sonrasında

⁶⁴⁸ OĞUZ, s. 270, dn. 94’de anılan yazarlar.

⁶⁴⁹ GILLIERON, s. 198.

⁶⁵⁰ BAKKEN Erlend, Unauthorized Use of Another’s Trademark on Internet UCLA Journal Law & Tech, Vol. 7 Issue 1, Spring 2003, s. 5; RAJZER, s. 445.

⁶⁵¹ Nissan Motor Co. v. Nissan Computer Co., 378 F.3dv1002, 1018 (9th Cir. 2004).

ise bu kavramın karşılaştırmalı ve aldatıcı reklamdan daha öte bir pozisyona da koyulmaması gerektiğini eklemiştir. Kanaatimizce böyle bir teorinin kabul sebebi, kullanıcıların kendi ilgileri dolayısıyla aktif olarak arama faaliyeti içinde bulunduğu bir anda karşılarına çıkan bilgiyi, aradıkları şey ile bağlantılı sayma eğiliminden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de insanlar, beklentilerine uyumlu olan seçimleri yapmaya eğilimlidirler.⁶⁵²

Marka hakkına tecavüz eden marka sahipleri, genellikle, bu ihlalin bilincinde olarak reklam kampanyası yürütmektedirler. Bu nedenle incelememizin başında belirttiğimiz reklam türlerine ilişkin özelliklerin karıştırılma tehlikesi veya bağlantı ihtimali açısından kıyasen uygulanması mümkün olabilir. Örneğin, Avrupa Birliği Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi'nin 6. maddesinde, ortalama tüketicinin aydınlanmış bir şekilde karar vermesi için ihtiyaç duyacağı önemli bilgilerin verilmemesi haksız bir ticari uygulama olarak benimsenmiştir.⁶⁵³ Bu kapsamda, alıcıların dikkat seviyesinin onların aydınlanmış şekilde karar vermesine olanak tanımadığı durumlarda doğrudan karıştırılma tehlikesinden söz edilebilir.

İlk ilgi karışıklığı ile markası zarar gören marka sahibi, bu ihlalin durdurulmasını, kaldırılmasını isteyebilir. Bunun yanında markasının ayırt ediciliğinin zedelenmesi ve izinsiz reklamlarda kullanılması nedeniyle yoksun kaldığı karı⁶⁵⁴ da isteyebilir. Yoksun kalınan kar, yönlendirici kod, anahtar kelime veya alan adları kullanılarak yönlendirilerek hedef web sitesine ulaştırılan kullanıcı sayısına ve onların yönlendirildiği web sitesinde yaptığı işlemler göz önüne alınarak hesaplanmalıdır. Kullanıcıların sonradan ilk karıştırılma ihtimalini bertaraf ettiği yani her iki marka arasındaki farkı anladıkları hallerde de, markanın reklam işlevinin ihlali nedeniyle bir tazminata hükmedilmelidir kanaatindeyiz.

İlk ilgi teorisinin marka hakkında ziyada haksız rekabet hukuku içinde değerlendirilmesi akla gelebilir. Ancak marka hakkının işlevlerine ilişkin özelliklerin

⁶⁵² HOOD/SCHUMANN, s. 187.

⁶⁵³ İNAL/BAYSAL, s. 24.

⁶⁵⁴ Yokun kalınan kar, BK m. 41 uyarınca hayatın olağan akışı içinde malvarlığının geleceği seviye ile hâlihazırdaki malvarlığı arasındaki parasal farkı temsil eder. Malvarlığındaki bu değişiklik, aktif ve pasifteki her türlü değişikliği kapsar. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 343; TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 856.).

haksız rekabet hukuku ile korunamayacak olması nedeniyle marka hukuku içinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur.⁶⁵⁵

E. Malların Yakınlığı

Malların birbiri ile aynı ihtiyaca yönelik olduğu hallerde karışıklık ihtimalinin arttığı söylenebilir. Aralarında hiçbir ilişki mevcut değilken malların aynı kaynaktan çıktığına ilişkin varsayımlar karışıklık tehlikesini ortaya koymaktadır. Malların yakınlığını anlama hususunda 2 farklı ölçüt söylenebilir. Bunlar: 1) Malların kullanım fonksiyonları ve 2) Aynı alıcı kitlesine hitap edip etmemesi olarak söylenebilir.⁶⁵⁶

Bu faktör, ABD uygulamasında, her durumda mutlak şekilde uygulanan bir faktörler değildir. *Playboy Enters., Inc. v. Netscape Commc 'ns Corp.*, davasında, “playboy” ve “playmate” ibarelerinin Netscape arama motorunda kullanımı tartışılmıştır. Dava, yukarıdaki ibareleri aratan kullanıcıların karşısına gelen reklamların karışıklık ihtimali yaratıp yaratmadığı üzerinde toplanmıştır.⁶⁵⁷ Temyiz mahkemesi, sonuç sayfasında tüketicilerin etiketlenmemiş reklamlar ile karşılaşması nedeni ile malların yakınlığının karışıklık ihtimalini arttırdığına karar vermiştir. Ayrıca ihtiyaçları karmaşıklaşmamış kullanıcıların yanıltıcı biçimde sunulan (dava açısından etiketlenmemiş) reklamlar nedeniyle malların benzerini alabileceğini isabetle saptamıştır. Son olarak, bu faktörün, tek başına ihlalin belirlenmesi açısından esaslı unsur olmadığını; ancak güçlendirici etkisinin de vakıalar bütünü içinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtelim.

F. Ciro Artışı

Marka hakkı, rekabet içindeki mallar ile ilgili olarak olabildiğince güçlü bir koruma sağlar. Bu korumanın olmadığı veya tecavüz durumlarında, özellikle malların birbiri ile doğrudan rekabet içinde olduğu hallerde, ciroda bir genişleme söz konusu olabilir.⁶⁵⁸ Ciro artışının her türlü delil ile kanıtlanması mümkün gözükmemektedir.

⁶⁵⁵ GILLIERON, s. 198.

⁶⁵⁶ Network Automation, No. 10-55840, P. 2.

⁶⁵⁷ KIRICI, s. 108.

⁶⁵⁸ Sleekcraft, 599 F2d, 354.

Avrupa Adalet Mahkemesi kararlarında Google arama motorunda markanın aranma sayısının oranının pazar payı artışında dikkate alındığı gözlemlenmektedir.⁶⁵⁹

Ancak fiili bir ciro artışının olup olmaması ne marka hakkının ihlali ne de haksız rekabetin varlığı açısından önemli değildir. İhlal ihtimalinin ortada bulunması gerekli ve yeterlidir. Şüphesiz hukuken himaye gören bir hakkı ihlal tehlikesinde kalan kişinin işbu hakkı koruma konusunda hukuki menfaati vardır.

G. Markaların Benzerliği

Markanın görünüşünün, fonetiğinin ve anlamının benzerliği karışıklık ihtimalini artırır.⁶⁶⁰ *AMF Inc. v. Sleekcraft Boats*⁶⁶¹ davasında ABD Temyiz Mahkemesi, “*Sleekcraft*” ve “*Slickcraft*” markalarının birbirine benzer olduğuna karar vermiştir. Markaların fiziki ve anlama boyuntundaki benzerliği ilgili olarak, karıştırılma tehlikesi ve bağlantı ihtimali ile ilgili açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.

H. Niyet

Bu başlık altında niyet kelimesi ile kastedilen şey, arama motorunda başka bir marka ibaresini satın alan kişinin onu hangi amaç ile kullandığı şeklinde yorumlanmalıdır. Örneğin, reklam veren bu ibareyi marka hakkına kasıtlı olarak tecavüz etmek için de, karşılaştırmalı reklam yapma iradesi ile de kullanılabilir. Marka kullanımının kötü niyetli bir şekilde tecavüz oluşturacak bir içerikte kullanımını niyet başlığı altında tartışmamız mümkündür. Zihinsel bir durumu ifade eden kötü niyet, somut olayda iştiğal konusuyla alakalı pratikler içinde deneyimli ve makul bir kişinin bakış açısından kabul edilemeyecek bir amaç olarak tanımlanabilir.⁶⁶² Bu zihni faaliyetin objektif olaylara dayanarak değerlendirilmesi ve yorumlanması mümkündür. Örneğin, ileride hakiki marka sahibine satılmak üzere ayırt edici hale gelmiş markanın aynısının veya karıştırma ihtimali olabilecek benzerlerinin tescili veya yine

⁶⁵⁹ **SCHNEIDER Gregor**, Sınai Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Kullanımı ve Türk Patent Enstitüsü'nün Yeni Marka İnceleme Kılavuzları Seminer Notları, İstanbul, 16-17 Şubat 2012 ; *Schneider*, bir marka ile ilgili Google arama motorundaki 80.000 sonuç bulgusunu, Pazar veya ciro artışı olarak değerlendirdiklerini ifade etmiştir.

⁶⁶⁰ Brookfield 174 F.3d, 1054; *Sleekcraft*, 599 F.2d, 351.

⁶⁶¹ *AMF Inc. v. Sleekcraft Boats*, 599 F.2d 341 (9th Cir. 1979).

⁶⁶² **KURT Emre**, Fikri Mülkiyet Haklarıyla İlgili AB Mahkemeleri Dava Raporları, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 28/2011, s. 248.

aynı şekilde benzer alan adı alınması kötü niyetli kullanımın örneği nitindedir. Tescil sahibinin o markayı kullanım biçimi, ihtiyaçları,⁶⁶³ ticari işlemlerdeki objektif veriler veya o markanın tescilli olduğu hususu konusunda bilgi sahibi olunması veya olunmasının gerekmesi vakıaları,⁶⁶⁴ bizlere kullanıcının niyeti konusunda aydınlatabilir.

Bilindiği gibi reklam yapma hakkı, rekabet ve sözleşme özgürlüğüne dayanır. Bu hakkın sınırı hem tüketiciler hem de rakipler açısından dürüstlük kuralı oluşturmaktadır (MK m. 2). Dürüstlük kuralı, dürüst, makul bir insanın davranış biçimi ile hukuken himaye gören tüm hakların örtülü sınırını oluşturur.

Malların yakınlığı gibi davalının niyeti de ihlal açısından önem kazanabilir fakat tüketicilerin ürün hakkındaki tercihleri ile ilgili olarak reklamların onları dürüstçe bilgilendirmekten çok onları yanlış yönlendirmesi halinde bu faktör dikkate alınmalıdır.⁶⁶⁵ Yani reklam ile temas eden tüketicilerin reklam ile ortaya koyulan irade beyanına vermesi gereken anlam güven teorisi ve dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Reklamın kasıtlı olarak aldatıcı olmasının ispatı çok güç bir meseledir. Diğer yandan reklamcıya aldatıcı reklamı kasıtlı yapmadığı gibi olumsuz ispat ödevi verilmesi de objektif iyi niyet kurallarına aykırı olacaktır. Şu halde reklamcının kasıtlı yayını hususunda yaklaşık ispatın kabul edilmesi yerinde olabilir. Doktrinde yaklaşık ispat için iddia edilen vakıanın gerçekleşmesi hususunda ağır basan bir ihtimalin varlığının gerekli olduğu belirtilmiştir.⁶⁶⁶ İhtimal kavramını bir vakıanın gerçekleşmesi hususunda hayat tecrübesiyle kazanılmış deneysel bulgu olarak tanımlanabilir.

⁶⁶³ Kullanıcının markayı kullanmakta makul bir nedenin olup olmadığı hususunu Yargıtay'da irdelemektedir. (Yargıtay 11. HD. 25.02.2004 tarih, 2003/10269 E. ve 2004/5893 K. sayılı ilam).

⁶⁶⁴ Yargıtay, bu konuda basiterli bir tacirin göstermesi gereken özeni esas almaktadır. (Yargıtay 11. HD. 19.04.2002 tarih, 2001/9903 E. ve 2002/3699 K. sayılı ilamı). Basiretli bir tacirin, markanın tanınmışlığı, kullanım alanı, müşteri çevresi ve kendi markasının ayırt edici niteliği hakkında bilgi sahibi olması beklenir. Yani tanınmış bir marka ile kolayca karıştırılabilecek bir işaretin dürüst ticaret uygulamalarıyla birleşmeyeceği hususunu basiretli bir tacirin bilmesi gerekir kanaatindeyiz.

⁶⁶⁵ Network Automation, No. 10-55840, P. 13.

⁶⁶⁶ **ATALAY Oğuz**, Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001, s. 43

I. İnternet Ortamında Bulunan Fikri ve Sınai Hak Sjelerine Sağlanacak Korunmanın zel Sınırları

Tezimizin bu bölümünde, fikri ve sınai hak süjelerinin internet ortamında yararlanacağı korumanın kapsamını felsefi olarak ortaya koyacağız. Bilindiği gibi, fikri ve sınai hakların ilk doğduğu günlerden bugünlere değin mevzuat somut mal ve hizmetlere göre tasarlanmıştır. Bilgi çağını yaşadığımız şu günlerde ise, fikri ve sınai hakların olabildiğince geniş bir kitleye aynı anda ulaşabilmesi ve hukuki işleme konu mal veya hizmetin sınırsız dolaşımı mümkündür. Bu kapsamda, fikri ve sınai hakların korunmasındaki temel felsefe, buluş yapanların veya belirli bir marka altında üretim yapan üreticinin, ürünlerini kendi adına tanıtma ve belirli bir süre taklitlerinden sakınma hakkını haiz olması olarak özetlenebilir.⁶⁶⁷

Dijital ortamda geleneksel fikri ve sınai haklar mevzuatının sağladığı korumanın yetersiz kaldığı günümüzde, marka sahipleri, geleneksel olarak sahip oldukları hakları dijital ortamda da genişleterek uygulamak niyetindeyken; ticaret sahnesinin yeni aktörleri, hızla ekonomik büyüme amacı ile bu hakların en azından dijital ortamda koruma görmemesi konusunda ısrarcıdırlar. Bu noktada tartışılacak sorun, geleneksel mevzuat kapsamında sağlanan korumanın dijital ortama aynen veya genişleterek aktarılmasını gerektiren herhangi bir ekonomik ve hukuki sebebin varlığıdır. Öncelikle mülkiyetin oluşumu kısaca özetleyerek fikri haklar ile amaçlanan korumanın tarihsel ve felsefi temelini iyice ortaya koymamız gerekir.

1. Özel Mülkiyet

Tarih ncesi dönemde mülkiyet fiili kullanım pratiğine dayanırken, dilin ortaya çıkması ile birlikte fiili hâkimiyet olmaksızın nesnelere üzerinde hâkimiyet kurma fikri toplumda yerleşmiştir.⁶⁶⁸ Nesnelerdeki artış, çeşitlenme ve buna bağlı mobilite ihtiyacının kolektif mülkiyet ile idare edilemez hale gelmesi, özel mülkiyetin doğumunda önemli etkiye sahiptir.⁶⁶⁹

Özel Mülkiyetin temelinde, kaynakların israf edilmemesi ve bireyleri, üretici olmaya teşvik düşüncesi yer alır. Özel mülkiyetin geleneksel bir kabul olmaktan çıkıp pozitif

⁶⁶⁷ YALÇINER G. Uğur, Sınai Hakların Korunmasının Temel Felsefesi ve Sınai Haklarda Sınırlamalar, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004, s. 78 vd.

⁶⁶⁸ VAİL Jeff, "A Theory of Power", ABD, Universe In., 2004, s. 42-43, (naklen BAYRAMOğLU İbrahim Emre, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, İstanbul, 2008, s. 45.).

⁶⁶⁹ BAYRAMOğLU, Teknolojik Koruma, s. 46; KIRCI, s. 5.

bir hak olarak düzenlenmesi, hukuki düzlemde endüstri devriminin doğum koşullarını hazırlamış ve bir anlamda, bu dönüşümü gerçekleştiren sermayeyi güvence altına almıştır.⁶⁷⁰

Liberal düşünüşün önemli isimlerinden John Locke, emek sarf edilerek bir nesne üzerinde sahiplik kazanılması, bireylerin refahını arttırdığı için mülkiyete cevaz vermiştir. Kişinin var oluşundan gelen doğal bir mülkiyet kurgulaması hali hazırda mevcuttur ve buna göre kişi, kendi bedeninin ve emeğinin sahibi olmakla, bedenin yarattığı değer de sahibidir.⁶⁷¹ Bunun yanında Locke, tesis edilen bu mülkiyet neticesinde, diğerlerinin de aynı haktan yararlanabilmesine yetecek kadar kaynak kalması halinde önermesinin geçerli olacağını da ekler.⁶⁷²

Kıta Avrupa'sında ise mülkiyet fikri farklı kaynaklara sahiptir. Kant ve Hegel çizgisindeki öğretisi, mülkiyet ve benzeri hakları kişiliğin bir uzantısı olarak tanımlar.⁶⁷³ Bu nedenle soyut nesnelere üzerinde mülkiyet kurulmasına elverişlidir. Hegel' in anlayışına göre, kişiliğin korunması ve gelişimi için fikri mülkiyet hakkını araç olarak görür. Bu nedenle akım hümanist tarafını gösterir.⁶⁷⁴ Yukarıda açıklanan iki teori dışında mülkiyeti "hırsızlık" olarak gören görüşe göre ise, fikri ürünler üzerinde mülkiyet tesis edilmesi büsbütün hırsızlıktır.⁶⁷⁵ Türk Hukukunda mülkiyet ve serbest piyasa ekonomisinin benimsenmiş olması karşısında, açıklamalarımızda mülkiyeti imkansız sayan görüşe yer verilmeyecektir.

Fikri mülkiyet anlamında faydacı görüş, "ekonomik büyüme" dışında toplumsal dönüşümü açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Kuram, maksimum sosyal faydanın sağlanabilmesi için, yaratıcıların emeklerinin karşılığını almaları fikrine dayanak oluşturmakta fakat eser üzerinde neden eser sahibinin münhasır hak sahibi olması ile sosyal faydanın maksimum olacağını açıklayamamaktadır.⁶⁷⁶ Sosyal planlama teorisi adı altına anılan teoriye göre, eser sahibinin hakkı ne bir mülkiyet ne de bir kişilik hakkıdır. Kendine özgü (*sui generis*) bir haktır.⁶⁷⁷ Eser sahibinin hakkının niteliğinin

⁶⁷⁰ BAYRAMOĞLU, Teknolojik Koruma, s. 45.

⁶⁷¹ BAYRAMOĞLU, Teknolojik Koruma, s. 47.

⁶⁷² BAYRAMOĞLU, Teknolojik Koruma, s. 48.

⁶⁷³ HEGEL G.W.F., Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Cenap Karakaya (Çev.), İstanbul, 2004, s. 65.

⁶⁷⁴ BAYRAMOĞLU, Teknolojik Koruma, s. 57.

⁶⁷⁵ PROUDHON Pierre-Joseph, Mülkiyet Nedir?, Devrim Çetinkasap (Çev.), İstanbul, 2010, s. 172 vd.; SMİERS Joost: Telif Haklarının Kaldırılmasına İlişkin Savunma- Fikri Mülkiyet Hırsızlıktır!, Çev. BAŞTÜRK Faruk, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004, s. 55 vd; BAYRAM, s. 51, dn. 114.

⁶⁷⁶ BAYRAMOĞLU, Teknolojik Koruma, s. 51.

⁶⁷⁷ BAYRAMOĞLU, Teknolojik Koruma, s. 59.

Copyright olarak kabul edilmesi halinde, onun yayma ve çoğaltma hakkı anlamına gelmesi nedeni ile bir malvarlığı⁶⁷⁸ hakkı olarak değerlendirilir. Bu hakkın eser sahibinin kişilik hakkının bir uzantısı olarak kabul eden anlayış açısından ise mali haklar tali konumdadır. Fikri ürünlere tanınan koruma ile ortaya çıkan sosyal faydanın, ekonomik değerler dışında nasıl ölçümleneceğinin belirsiz olması, fikri mülkiyet ile ortaya çıkan sonucu her yönü ile görebilmemizi engellemektedir.⁶⁷⁹

2. Dijital Ortamda Korumanın Kapsamı

İnternet sadece sunucular üzerine yüklü web sitelerinden oluşan statik bir bilgi yığını değil; çok taraflı ve çok boyutlu bir iletişim platformudur. Bu nedenle birçok alıcının aynı ortamda bulunduğu klasik ekonomik genellemeler internet açısından geçerli olmayabilir. Bu nedenle fikri mülkiyet alanındaki gelişmelerin salt ekonomik büyüme temelinde ele alınması mümkün değildir. Onun sosyal yönü de ele alınmalıdır. Kaldı ki, fikri haklara ilişkin koruma rekabet ilişkilerine de zarar vermektedir. İlk telif yasalarının çıktığı dönemde, dünyada serbest piyasa çılgınlığı yaşamaktaydı ve kaynakların hiçbir zaman tükenmeyeceği anlayışı hâkimdi. Sanayi devrimini geçiren ülkelerdeki işçilerin insanlık dışı çalışma koşullarını konu alan ünlü romancıların kalem aldıkları dahi, başka hiçbir açıklamaya gerek bırakmayacak şekilde dünyanın içinde bulunduğu “*ekonomik büyüme çılgınlığını*” kanıtlamaktadır. Bugün ise, “*ilerleme için ilerleme*” düsturuna sahip nesiller, kaynakları nasıl verimli kullanacağını tartışmaktadır. Bu nedenle ilk dönem fikri haklara ilişkin koruma kapsamının, dijital ortama aynen aktarılmasının hiçbir rasyonel gerekçesi bulunmamaktadır.

Markanın ortaya çıkış hikâyesi ve geçirdiği değişim de yukarıdaki tabloyu teyit etmektedir. Eski çağlarda marka kavramı, bazı eşyaların üzerine koyulan işaretler yolu ile onun kime ait olduğunun belirlenmesi ihtiyacından ortaya çıkmıştır. Bu tip markalara mülkiyet markaları denir. Sonraları ise locaların kendi sattıkları ürünleri diğerlerinden ayırt etmek amacı ile kullandıkları bir takım işaretler ile de marka ticari alanda boy göstermeye başlamıştır. Localar arası rekabet ve ekonomik büyüme yarışı sonucu ortaya çıkan bu tip marka kullanımıyla, toplum nezdinde malın menşeyinin

⁶⁷⁸ Malvarlığı, -hukuki anlamda- bir kişinin sahip olduğu para ile ölçülebilen hakların bütünüdür ifade eder. (KAYA, s. 35).

⁶⁷⁹ BAYRAMOĞLU, Teknolojik Koruma, s. 70.

belirlenmesi amaçlanmıştır.⁶⁸⁰ Malın kökenin bilinmesi ise, onun niteliği hakkında bilgi vermekteydi. Zira bu dönemlerde, alıcı kitlesinin mal veya hizmet ile ilgili olarak objektif bilgi alabileceği herhangi bir mecra bulunmamaktaydı.

Sonuç olarak, sanayi ve endüstri devriminin yarattığı hızlı ekonomik büyüme yarışının ortaya çıkardığı rekabet, fikri üretilere ilişkin çok sıkı bir sistem oluşmasına neden olmuştur. Elbette fikri hakların, yeniliklerin ortaya çıkmasını ve yatırımların çeşitlenmesinde olumlu bir etkisi vardır.⁶⁸¹ Ancak fikri koruma ile amaçlanan korumanın amacını aşmaması ile ekonomik gelişimi engelleyici etkilerin doğması da kaçınılmazdır. Bugün internetin sağladığı “sınırsız” imkânlar, bu dengeyi ticaretin yeni aktörleri ve küçük üreticiler aleyhine çevirmiştir. Bunun sebebi, büyük üreticilerin fikri haklar sayesinde (özellikle marka ve patent hakkı) elde ettikleri “tekel” nedeni ile hâlihazırda kontrol ettikleri ekonomik güçtür. Bu noktada, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin uygulama sistemleri arasındaki farkında da dikkate alınması gerektiğini belirtelim. Az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerin, kendi fikri mülkiyet rejimlerini, daha geniş, açık ve bütünleşik bir sisteme dâhil ettikleri takdirde, uzun dönemde kazançlı çıkabilmektedirler.⁶⁸² Gelişen teknolojilere karşı esnek davranılması gerekliliği nedeni ile biz tezimizde geleneksel fikri hak korumasının aynen dijital ortama geçirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle her somut olayda fikri haklara ilişkin korumanın amacı ve işlevi ön planda tutularak, esnek bir yorum tarzı izlenecektir.

4 § HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI

I. Hukuk Davaları

A. Marka Hakkında Tecavüzün Tespiti Davası

Marka Hukukunun Haksız Rekabet Hukukunun özel bir görünüm şekli olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu kapsamda, marka hakkı ihlal edilen marka sahibinin başvuracağı hukuki yollar arasında genel hüküm niteliğindeki 6102 sayılı TTK'daki Haksız Rekabete ilişkin hükümlere de atıf yapmamız gerebilir. Anılan dava türüne CoğışKHK m. 49 ve EndTasKHK m. 49'da yer verilmesine rağmen MarkKHK'da yer verilmemiştir. Marka hakkının ihlali olasılığının yüksek ve yakın olduğu

⁶⁸⁰ **TEKİNALP**, s. 303 vd.

⁶⁸¹ **YÜKSEL Mehmet**, Küreselleşme Sürecinde Fikri Mülkiyet Haklarına Sosyolojik ve Felsefi Açından Genel Bir Bakış, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004, s. 16-17.

⁶⁸² **YÜKSEK**, s. 18.

durumlarda, marka hakkı sahibinin TTK m. 56/f. 1 (a)'da anılan tespit davasını ikame hakkının olduğunu kabul etmek gerekir.⁶⁸³

Tecavüzün tespitine ilişkin dava hakkı, tecavüzün mevcut olup olmadığına ilişkin menfi tespit davası ve delil tespiti talebi ile karıştırılmamalıdır. Bu dava, ika edilen fiilin tecavüz edip etmediğinin belirlenmesi amacıyla tecavüzün etkilerinin devam ettiği bir dönemde ve işbu talepte bulunmakta HMK m. 106/f. 2 uyarınca hukuki yararı bulunan kişilerce ikame edilebilir. Açılacak dava HMK m. 106 anlamında tespit davasıdır. Bu nedenle herhangi bir zamanaşımına tabi değildir. Hukuki yarar devam ettiği sürece dava ikame edilebilir. Tespit davasına örnek olarak, kendi markası bir arama motoruna adwords olarak kayıt ettirilen bir marka sahibinin işbu durumun marka hakkına tecavüz edip etmediği yönündeki talebi örnek gösterilebilir.

B. Marka Hakkında Tecavüzün Durdurulması/Önlenmesi Davası

Marka hakkına tecavüzün varlığı halinde, onun durdurulmasını MarkKHK m. 62/a uyarınca talep edilebilir. Bu davanın kabulü ile davalı/marka hakkına tecavüz edenin marka hakkına vaki tecavüzlerinin durdurulmasına ilişkin tedbir kararı verilir.⁶⁸⁴ Bu dava doktrinde hem eda davası olarak kabul edilmektedir.⁶⁸⁵ Tecavüzün durdurulması davasının aynı zamanda koruyucu davalar arasında yer aldığı ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.⁶⁸⁶ Biz de durdurma davasının hem bir eda davası hem de bir koruyucu dava olduğu görüşüne katılıyoruz. Durdurma davası, hâlihazırda başlamış bir marka hakkı tecavüzüne ilişkin olarak ikame edilebilir.⁶⁸⁷

Önleme davasının MarkKHK'da açıkça hükme bağlanmamış olması nedeniyle, onun durdurma davası kavramı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu tartışılmalıdır. Doktrindeki genel kabule göre, önleme davası, durdurma davasına ilişkin talepleri de kapsamaktadır. Bu nedenle, marka hakkına olası tecavüz ihtimali karşısında önleme (men) davasının ikame edilmesinin mümkün olduğu görüşüne biz de katılıyoruz.⁶⁸⁸ Bağlantı ihtimali ve karıştıra ihtimalinin marka hakkına tecavüz

⁶⁸³ TEKİNALP, s. 421.

⁶⁸⁴ YASAMAN YÜKSEL, s. 1121.

⁶⁸⁵ TEKİNALP, s. 420; ARKAN, C. II, s. 234.

⁶⁸⁶ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1121; POROY/YASAMAN, s. 535.

⁶⁸⁷ KAYA, s. 283; ÇOLAK Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul, 2012, s. 733.

⁶⁸⁸ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1121; ARKAN, s. 234; TEKİNALP, s. 420; KAYA, s. 283; ÇOLAK, s. 733.

sayıldığı bir hukuk düzeninde, olası tecavüz durumlarına karşı marka sahibine dava yoluyla bir korunma imkânının verilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Uygulamada ticaret unvanının markasal kullanımı nedeniyle marka sahiplerinin önleme veya durdurma davası ikame ettikleri gözlenmektedir.⁶⁸⁹ Anılan davalarda ticaret unvanının markasal kullanımı nedeniyle meydana gelen durumun önlenmesi için mütecavize ait ticaret unvanının terkinini ve tecavüzü vaki fiillerin önlenmesi/durdurulması talep edilmektedir. Ticaret unvanı ile marka arasındaki ilişki, alan adı-marka veya anahtar kelime-marka arasındaki ilişki ile benzeşmektedir. Yargıtay birçok kararında ticaret unvanının markasal kullanımı halinde ticaret unvanının terkinini marka sahibi tarafından talep edilebileceğine karar vermiştir.⁶⁹⁰ Bir görüşe göre⁶⁹¹, markasal kullanılan ticaret unvanına karışı tecavüzü vaki fiillerin engellenmesi talep edilmesi gerektiği; aksi halde ticaret unvanının sicilden terkinin amacı aşan bir yaptırım olabileceği ileri sürülmüştür. Öncelikle ticaret unvanının doğurduğu hak ile marka hakkı arasındaki öncelik ilişkisini düzenleyen herhangi bir normun olmadığını belirtelim. Ancak ortada açık bir normun bulunmamasının, mahkemelerin ticaret unvanının terkinini kararı almasına engel olamayacağı kanaatindeyiz.

551 sayılı KHK m. 8/f. 3 - b uyarınca: *“Belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa”* tescili istenilen marka tescili engellenebilir. Yine 551 sayılı KHK m. 7/son uyarınca: *“Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez.”* ifadeleri, kullanım ile ayırt edici hale gelen tescilsiz işaretlerin hukuki himayeden faydalanacağı belirtilmiştir. Anılan durum KHK m. 8/f. 3 – b uyarınca bir tescil engeli olmakla birlikte, KHK m. 42/f. 1-b uyarınca haksız kullanılan markanın hükümsüz sayılma nedenlerinden de biridir. İlk derece yargılamasında alınan bir bilirkişi raporunda: *“Davacının markasını işletme adı olarak tescilsiz biçimde de olsa fiilen kullanıldığını gösteren deliller varsa, davacının bu istemi tescil ettirilmemiş olması davacının bu isim üzerinde hak sahibi olmadığı*

⁶⁸⁹ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1122.

⁶⁹⁰ Yargıtay 11 HD. T. 03.07.2000, 2000/5334 E. ve 2000/6307 K.; Yargıtay 11 HD. T. 24.02.2000, 2000/620 E. ve 2000/1483 K. (naklen YASAMAN/YÜKSEL, s. 1122, dn. 5.); Yargıtay 11 HD. T. 09.10.2009, 2009/8642E. ve 2009/10348 K.; Yargıtay 11 HD. T. 12.01.2010, 2010/4091 E. ve 2010/193 K.; Yargıtay 11 HD. T. 27.04.2010, 2010/858 E. ve 2010/4554 K. (naklen, ÇOLAK, s. 452-453-455.).

⁶⁹¹ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1122.

anlamına gelmez.” ifadeleri de işaret üzerinde hak sahibi olup tescilli markanın hükümsüzlüğünün istenebileceğini ortaya koymaktadır. Markalar siciline kayıtlı bir markanın dahi üstün hak sahibinin talebiyle hükümsüz sayılarak terkin edilebildiği göz önüne alınırsa, bu hükümlerin kıyasen ticaret unvanı ile ilgili duruma uygulanabilmesi gerekir.⁶⁹²

Yukarıda ticaret unvanı ile ilgili olarak aktarılan hukuki durum, reklam unsuru olarak kullanılan alan adının terkinin vakıasına da kıyasen uygulanabilir. Alan adlarına ilişkin kanun derecesinde bir normatif düzenleme olmadığı için mahkemelerin terkin kararı vermesinin de önünde hiçbir engel olmadığı kanaatindeyiz.⁶⁹³

Tecavüzün durdurulması ve önlenmesine ilişkin dava, tecavüz tehlikesinin somutlaşması koşuluyla marka veya lisans sahibi dava hakkına sahiptir. Dava, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiili meydana getiren ve bu fiile katkı sunan (dağıtan, satan vs.) kişilere açılabilir. 3. kişilere husumet yöneltilebilmesi için, onların marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilin sonuçlarını bilmesi ve bilmesinin gerekmesi aranır. Kural olarak mütecavizin kusuru ve zararın varlığı gerekmez.⁶⁹⁴

C. Marka Hakkında Tecavüzün Refi/Kaldırılması Davası

Marka hakkına tecavüzün kaldırılması davası MarkKHK m. 62/f. 1 (b)’de düzenlenmiştir. Marka hakkına tecavüzün gerçekleşmiş olduğu hallerde bu davanın ikamesi mümkündür. Tecavüzün tekrarlama tehlikesinin bulunması ise gerekli değildir.⁶⁹⁵ Anılan davanın konusu, marka hakkına tecavüz sonrasında ortaya çıkan maddi durumun ortadan kaldırılması veya eski hale döndürülmesidir.⁶⁹⁶

⁶⁹² İncelememizde, Tekinalp’in marka hakkının aynı etkilere sahip bir mutlak hak olduğuna ilişkin görüşlerine yer vermiştik. Aynı sınıflandırma tarzı ile ticari unvanın şahsi etkilere sahip bir mutlak hak olduğunu ve sahibine inhisari kullanım hakkı sağladığını söyleyebiliriz. Ticaret sicilinin açıklayıcı, marka sicilinin kurucu etkiyi haiz olması; marka tescilinde üçüncü kişilere itiraz imkânı sunulması, marka tescilinin ihtiyari, ticaret unvanı seçmenin zorunlu ve idari bir yanı bulunmasının da marka hakkını kuvvetlendiren etkenler olduğunu ifade edelim. Ters açıdan düşünürsek, ticaret unvanı sahibi bir kişinin tescilli marka sahibine dava açarak işaretin marka sicilinden terkinini istemesi mümkün olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekir. Biz bu soruya olumsuz yanıt veriyoruz. Eğer ticaret unvanı markasal olarak kullanılmamışsa, onun üstün hak oluşturduğu hukuki nedenine dayanılarak hükümsüzlük davası ikame edilmesi mümkün değildir. Bir işaretin markasal kullanım olmaksızın MarkKHK m. 8 anlamında üstün hak konumunda değerlendirilmesi de mümkün değildir.

⁶⁹³ Alan adlarının hukuki niteliği konusu için bakınız: **OĞUZ**, s. 132 vd.

⁶⁹⁴ **ÇOLAK**, s. 734.

⁶⁹⁵ **KAYA**, s. 285.

⁶⁹⁶ **YASAMAN/YÜKSEL**, s. 1126; **POROY/YASAMAN**, s. 535; **TEKİNALP**, s. 421; **ARKAN, C. II**, s. 234; **ÇOLAK**, s. 748.

Tecavüzün kaldırılması davacısının MarkKHK m. 62 kapsamında ileri sürebileceği talepler ayrıca sıralanmıştır.⁶⁹⁷ Bir görüşe göre, anılan talepler arasında her ne kadar tazminat talepleri yer almış olsa da tecavüzün kaldırılması/ref'i talebi, tazminat talebini kapsamamaktadır.⁶⁹⁸ Marka hakkına tecavüzün kaldırılması talebinin geniş yorumlanarak, ticaret unvanın, işletme adının veya alan adının terkinin taleplerini de içinde barındırdığı kabul edilmelidir.⁶⁹⁹ Ortadan kaldırılacak vakıanın durumu her somut olaya göre değişiklik gösterdiği için her olaya özel hüküm kurulmalıdır. Örneğin spamming faaliyetiyle gerçekleşen bir marka hakkına tecavüz durumunda, tecavüzün gerçekleştiği yoldan (spam mesaj ile) mahkeme ilamının kullanıcılara iletilmesi mümkün olmalıdır. Tecavüzün kaldırılması davasının tarafları ile ilgili olarak tecavüzün durdurulması davası için yapılan açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz. Son olarak, giderim talebinde bulunulan kişinin kusurlu olması gerekmediğini ekleyelim.

D. Maddi/Manevi Tazminat Davası

3. Maddi Tazminat Davası

a. Genel olarak

Marka hakkına tecavüz teşkil eden hukuka aykırı bir fiil, marka veya lisans sahibinin ekonomik menfaatlerini zedeleyecek, belki de markanın ayırt edici özelliğini azaltacak veya müşterilerin markaya olan güvenini azaltacak sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle ortaya çıkan maddi zararın tazmin edilmesi MarkKHK m. 62'de düzenlenmiştir. Doktrinde MarkaKHK m. 64'de düzenlenen tazminat davasının, MarkKHK m. 62'de düzenlenenden farklı bir tazminat türü olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır.⁷⁰⁰ Buna karşılık, MarkaKHK m. 64/f. 1'in gereksiz bir tekrardan

⁶⁹⁷ “**a**) Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması, **b**) Tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazmini, **c**) (Değişik: 4128 - 3.11.1995 / m.5) Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması talebi, **d**) (c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması, (Bu durumda, söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir.) **e**) (Değişik: 4128 - 3.11.1995 / m.5) Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebi, **f**) Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması.”

⁶⁹⁸ ÇOLAK, s. 748.

⁶⁹⁹ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1124, dn. 14.

⁷⁰⁰ TEKİNALP, s. 422; ÇOLAK, s. 754-755.

ibaret olmasından hareketle, ortada aslında tek bir tazminat davasının olduğunu savunan görüşler de mevcuttur.⁷⁰¹ Gerçekten de, MarkaKHK m. 62'deki "marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi" ifadesini, MarkaKHK m. 64'de belirtilen markanın taklit edilmesi vakiasını da içine aldığı kuşkusuzdur. Kanun koyucunun aynı kusurlu fiil nedeniyle aynı hukuki gerekçeye dayanarak iki farklı tazminata hükmetmesi düşünilemeyeceği gerekçesiyle, biz de MarkKHK m. 64/f. 1'in gereksiz bir tekrardan ibaret olduğu kanaatindeyiz.

MarkKHK'da maddi tazminata ilişkin olarak 62 ve 64. maddeler bulunmaktadır. Bunun yanında yoksun kalınan tazminat miktarının hesabına ilişkin 66. madde ve bunun artırılması şartlarına ilişkin 67. madde de tazminatın hesabında önemli rol oynamaktadır. Maddi tazminat davasını, marka hakkı zedelenen marka veya lisans sahibi (inhisari veya ihtar şartıyla inhisari olmayan) ikame edebilir. MarkKHK m. 64 uyarınca maddi tazminat davası, ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkaran veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişilere karşı ikame edilebilir. İnternet servis sağlayıcılarına yöneltilecek husumet açısından, onların sorumluluğuna ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz. Yargıtay'ın internet servis sağlayıcıları marka ihlalden sorumlu tuttuğu tek bir kararın bulunduğunu yineleyelim.⁷⁰² Marka hakkının ihlali bir haksız fiil oluşturduğu için dava hakkı, marka hakkını ihlal edici fiilin ve fiili icra edenin öğrenilmesinden itibaren 2 yıl ve herhalde fiil tarihinden itibaren 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

b. Şartları

Maddi tazminat koşullarının oluşması için 6098 sayılı Borçlar Kanunu (BK) m. 49 uyarınca hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar verilmesinde kusurlu bulunulması gerekir. Bu nedenle marka hakkını ihlaliyle ortaya çıkan zararın MarkKHK m. 62 uyarınca tazmin edilebilmesi için mütecevizin kusurlu bulunması gerekir.⁷⁰³ MarkaKHK m. 64 uyarınca talep edilecek tazminat için kusursuz sorumluluk halinin mevcut olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır.⁷⁰⁴ Ancak doktrinde baskın görüş, anılan hükme dayalı tazminat taleplerinin de kusur sorumluluğu çerçevesinde olduğu

⁷⁰¹ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1126; POROY/YASAMAN, s. 536.

⁷⁰² Yargıtay 11 HD. 30.09.2004, 2003/12494 E. ve 2004/9096 K.; Ayrıca bakınız: ÇOLAK, s. 788 vd.

⁷⁰³ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1127; POROY/YASAMAN, s. 536; TEKİNALP, s. 422; ARKAN, C. II, s. 240; ÇOLAK, s. 757.

⁷⁰⁴ TEKİNALP, s. 422.

yönündedir. Buna gerekçe olarak, marka ihlalinin bir haksız fiil sorumluluğu doğurması ve kural olarak haksız fiilin kusur sorumluluğuna dayanması gösterilebilir. Markanın taklit olarak piyasaya sürülmesinin kusurlu bir fiil olması nedeniyle madde metninde tekrar ifade edilmesinin gerekmediği açıktır. Bunun yanında, kusursuz sorumluluk hallerinin istisna olması ve açıkça kanunda belirtilmesi gerektiğini de unutmamak gerekir. Anılan hükümde ise böyle açık bir düzenleme yer almamaktadır.⁷⁰⁵

c. Tazminat Miktarının Belirlenmesi

Fikri ve sınai haklara yönelik tecavüzlerin ispatı kuşkusuz büyük zorluklar içermektedir. MarkKHK m. 64 uyarınca, mütecavizden ancak neden olduğu zarar talep edilebilir. Marka hakkına tecavüz bir çeşit hasız fiil durumu oluşturduğu için, tazminat kural olarak menfi zarar kalemleri olan fiili zarar ve yoksun kalınan karı kapsamaktadır. Menfi zarar, hakkı helaldar olanın malvarlığının tecavüz sonrası içinde bulunduğu durum ile tecavüz öncesinde bulunduğu durum arasındaki farkı ifade eder. Fiili zararın nasıl hesaplanacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı için 6098 sayılı BK'nın 50.⁷⁰⁶ ve 51.⁷⁰⁷ maddeleri uygulama alanı bulur.

Uygulamada fiili zarar kalemi olarak, reklam giderleri, tecavüzü tespit etmek için delil tespiti giderleri, yargılama giderleri ve markanın itibarının iadesi için kamuoyuna yapılan ilan giderleri talep edilmektedir. Yoksun kalınan kar olaraksa, piyasaya etkin girilememesi nedeniyle üretilen ürünlerin satılmaması, yatırımların boşa gitmesi, istihdam edilen kişilere ödenen ücretler gibi talepler ileri sürülmektedir.⁷⁰⁸ İnternet alanında ortaya çıkan marka ihlallerine has zarar kalemleri bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, servis sağlayıcının kullandığı ağın yavaşlaması nedeniyle (spamming nedeniyle olabilir) iletemediği veri ve buna bağlı olarak ifa edemediği sözleşme nedeniyle (servis sağlayıcı – kullanıcı arasındaki sözleşme) ve mütecaviz markanın arama motorlarında optimasyon yoluyla ilk sıralarda

⁷⁰⁵ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1127; ARKAN, s. C. II 240; DİRİKKAN, s. 307, dn. 388; ÇOLAK, s. 757.

⁷⁰⁶ “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”

⁷⁰⁷ “Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.”

⁷⁰⁸ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1133; ÇOLAK, s. 759.

görüntülenmesi ve böylece internet kullanıcılarının ilk ilgi karışıklığı ile hedef web sitesine ulaşamaması nedeniyle elde edilemeyen reklam gelirleri gibi zarar kalemleri örnek verilebilir.

Yoksun kanılan karın hesabında 3 farklı seçenek tercih edilebilir. Bu seçenekler MarkKHK m. 66'ta sayılmıştır. Bunlar: a) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelir, b) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç ve c) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli olarak sayılmıştır. Bu seçimlik hakların kullanılmakla tükenmeyeceğine ilişkin görüşler mevcuttur.⁷⁰⁹ Buna karşılık, davacının bu hesap tarzından sadece bir tanesini seçmesi ve bunu değiştiremeyeceği de ileri sürülmüştür.⁷¹⁰ Kanaatimizce, anılan seçimlik hakların kullanılmakta tükeneyeceğine ilişkin herhangi bir durum hükmün lafzından ve ruhundan anlaşılammaktadır. Ancak HMK m. 141 uyarınca, dilekçeler değişimi sırasında talep edilmesi zorunlu bir hesap tarzının ön inceleme duruşması ve sonrasında karşı tarafın rızası olmadan değiştirilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle ortada Medeni Usul Hukuku anlamında bir kısıtlama mevcuttur. Bu kısıtlama da ıslah veya karşı tarafın rızasının alınmasıyla aşılabılır. Diğer yandan, dava dosyasında her üç hesaplama tarzına ilişkin bilgi, belgeler ve hesaplamaların bulunması halinde davacının hesaplama şeklini değiştirmesinin önüne geçmemek gerektiği kanaatindeyiz. Hesap şekillerinin seçiminin bir yenilik doğurucu hak olduğu kabul edilirse, davanın başında zarar miktarının hesap şeklini tahminlere dayalı olarak seçen marka hakkı veya lisans sahibinin durumu ağırlaşabilir. Oysaki düzenlemenin amacı, hakkı haleldar olan hak sahibinin zararını tamamen tazmin etmesini sağlamaktır. Hesaplama seçimi hususunda yukarıdaki kısıtlama düşüncesinin, hükmün amacı ile çeliştiği açıktır. Zaten zarar görmüş davacıyı, tüm dava malzemesi dosyada varken Medeni Usul Hukuku anlamında bir kısıtlamaya tabi tutmak da hakkaniyetli olmaz. Bu nedenle, zarara ilişkin davayı belirsiz alacak davası olarak ikame etmek ve zarar miktarına ilişkin bilirkişi raporunu tüm seçeneklere cevap verebilir nitelikte düzenlemek gerekir. Böylece davacı/zarar gören, hiçbir usuli kısıtlama ile karşılaşmadan zararını tazmin edebilir.

⁷⁰⁹ ARKAN, C. II, s. 761.

⁷¹⁰ ÇOLAK, s. 761.

Ortaya çıkan zarar miktarının MarkKHK m. 66/son ve m. 67 uyarınca arttırılması mümkündür. Böylesi bir artırımın yapılabilmesi için markanın, ürünün satışı açısından ekonomik katkısının çok fazla olduğunun tespit edilmesi gerekir. Yani ilgili ürüne talebin oluşmasında markanın önemli bir etken olduğu ortaya koyulmalıdır.⁷¹¹

2. Manevi Tazminat Davası

Marka hakkına tecavüz edenin kusurlu olması şartıyla markanın ayırt edici özelliğinin zedelenmesi ve onun sahibi işletmenin uğradığı saygınlık kaybı nedeniyle manevi tazminata hükmedilebilir. Bunun yanında, müşteri çevresindeki güven kaybı için de bir manevi tazminata hükmedilmesi istenilebilir.⁷¹² Yargıtay genel olarak beher marka ihlali durumu için manevi tazminata hükmedilmesini gerekli bulmaktadır.⁷¹³ Ancak BK m. 56 uyarınca manevi tazminatın şartları oluşmadan maddi tazminata kendiliğinden bağlanan bir tazminata hükmedilmesi hatalıdır. Manevi tazminata hükmedilmesi için, markanın veya işletmenin saygınlığının zedelenmesi gerekir. Her marka ihlalinde markanın itibarının zedeleneceği düşünülerek, manevi tazminata hükmedilmemelidir. Özellikle doktrinde hem maddi hem de manevi bir zarar kalemi olarak ifade edilen itibar tazminatına hükmedilirken, markanın tanınırlık düzeyi ve ihlalin ciddi olması koşulu aranmalıdır.⁷¹⁴ Tazminat miktarı belirlenirken, tarafların sosyal, ekonomik durumu ve ihlalin kapsamı dikkate alınmalıdır.

E. İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti

1. İhtiyati Tedbir

İhtiyati tedbir talebi genel olarak HMK m. 389 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yanında MarkKHK m. 76 ve 77. maddelerinde de aynı kurum özel olarak düzenlenmiştir. MarkKHK m. 78 uyarınca, işbu KHK'da hüküm bulunmayan hallerde HMK uygulanacaktır. İlgililer dava konusu markanın kendi marka haklarına

⁷¹¹ ÇOLAK, s. 781.

⁷¹² YASAMAN/YÜKSEL, s. 1133.

⁷¹³ Yargıtay 11. HD. 05.02.2007, 2005/14416 E. ve 2007/1363 K.; Yargıtay 11. HD. 10.05.2011, 2011/10285 E. ve 2011/5659 K. (naklen, ÇOLAK, s. 796, dn. 77.); YASAMAN/YÜKSEL, s. 1134.

⁷¹⁴ TEKİNALP, s. 466; KAYA, s. 299; ÇOLAK, s. 801;

tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye'de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, davanın etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir.

Uygulamada, yargılama sırasında talep edilen tedbir talepleri konusunda özellikle İhtisas Mahkemelerinin esneklik gösterdikleri gözlenmektedir.⁷¹⁵ İşbu esnekliğin gerekçesi olarak, verilen kararların uygulanabilir kılınması gösterilmektedir.⁷¹⁶ Oysa internet yoluyla meydana gelen marka ihlali ve haksız rekabet hallerinde verilen özensiz ihtiyati tedbir kararları, amacını aşan bir etki göstererek, muhatabın ekonomik faaliyetini bitirme noktasına getirmektedir. Bu tutum, MarkKHK m. 77'de belirtildiği üzere, verilecek tedbir kararının ölçülülüğü ilkesine⁷¹⁷ de aykırılık oluşturmaktadır.⁷¹⁸ İş yükünün bu uygulamaya olan katkılarını da ekleyelim.

İhtisas mahkemelerinin özellikle internet alanında etkileri olan tedbir kararlarının birçoğu HMK m. 390/f. 2'ye de aykırıdır. Anılan hükme göre, karşı tarafa savunma fırsatı verilerek tedbir konusunda karar verilmesi kural, aksi istisnadır. Ancak uygulamada bu durum tam tersine dönmüştür. Tedbir kararının tebligatsız verildiği durumlarda, tedbir muhatabının ileri sürmesi muhtemel bazı savunmaların re'sen de dikkate alınması gerekebilir.⁷¹⁹ Örnek olarak, tedbir muhatabının ileri sürebileceği lisans sözleşmesi uyarınca kullanma ihtimali, uzun süre sessiz kalınması veya hakkın kötüye kullanılması verilebilir.

a. İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Talebi

İnternet alanında etkileri olan tedbir kararı açısından en tartışmalı husus, marka ihlali nedeniyle verilen ihtiyati tedbir kararı ile internet sayfasına olan erişim engellenip engellenemeyeceği hususudur. İnternet sitelerine erişimin engellenmesine ilişkin düzenleme 5651 sayılı İnternet Kanunu ile hukukumuzda girmiştir. Anılan kanun hem

⁷¹⁵ TEKİNALP, s. 436; ÇOLAK, s. 812

⁷¹⁶ TEKİNALP, s. 473; DEREN –YILDIRIM Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 2002, s. 7.

⁷¹⁷ DEREN-YILDIRIM, s. 78.

⁷¹⁸ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1213.

⁷¹⁹ DEREN-YILDIRIM, s. 111.

internet servis sağlayıcılarının sorumluluğunu düzenlemekte hem de bazı hallerde onlara uygulanacak yaptırımları düzenlemektedir.

İnternet servis sağlayıcılarının türleri ve tanımı konusunda Türk Hukukundaki ilk ve tek kanuni düzenleme olan 5651 sayılı kanunun, fikri haklara ilişkin sorumluluk rejimi ve tedbir konularında uygulama alanı olmadığı kanaatindeyiz. Anılan kanunun Marka ve Haksız Rekabet Hukuku açısından esas alınacağı tek nokta, internet servis sağlayıcılarının tanımının yapıldığı bölümdür. Zira anılan kanunun sorumluluk rejimi kanunun 8. maddesinden anlaşılacağı üzere ceza hukuku karakterlidir. Özel hukukta tanımlanan kusurlu fiil ile İnternet Kanununda tanımlanan “hukuka aykırı” içerik arasında herhangi bir kıyas yapılması mümkün değildir. Tüm bu gerekçelerle, İnternet Kanunun 6. ve 8. maddeleri uyarınca, bir fikri hak ihlali nedeniyle internet sitesinin erişiminin engellenmesi kararı verilmesi⁷²⁰ veya madde 9 uyarınca içeriğin çıkarılması kararı verilmesi mümkün değildir.⁷²¹

FSEK m. 77 hükmü, anılan kanuna aykırılık nedeniyle ortaya çıkabilecek ani veya telafisi güç zararın önlenmesi için eser sahibine veya meslek kuruluşlarına ihtiyati tedbir kararı alma imkanı sağlayan bir hükümdür. Bu hüküm nedeniyle internet servis sağlayıcılar aleyhine de tedbir kararı alınabilir. Hükümde ifade edilen “diğer taraf” ifadesiyle kast edilenin internet yer sağlayıcı olduğu kanaatindeyiz. Doktrinde de bir içeriğin yayınlanmasına teknik anlamda destek vermekle kendiliğinden kusurlu hale gelmeyen erişim veya yerine göre yer sağlayıcının *diğer taraf* olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığına ilişkin görüşler bulunmaktadır.⁷²² İhlalin giderilmesi ancak yer sağlayıcıya yapılacak bir bildirim ile içerikten çıkarma şeklinde yapılabilir şeklindeki görüşe,⁷²³ biz de katılıyoruz. Zira erişim ve yer sağlayıcılar, genellikle yayınlanan içerikten habersizdirler.

FSEK Ek madde 4’te ihtiyati tedbirler konusunda geniş bir uygulama alanına sahip bir maddedir.⁷²⁴ Anılan madde uyarınca, eser sahibi veya bağlantılı hak sahiplerinin FSEK’de tanınmış haklarının zedelenmesi halinde, anılan içeriğin çıkarılması için

⁷²⁰ **BOZBEL Savaş**, Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2009, İstanbul, 2009, s. 141

⁷²¹ **BOZBEL**, Tedbir, s. 144.

⁷²² **BOZBEL**, Tedbir, s. 150 vd.

⁷²³ **BOZBEL**, Tedbir, s. 151.

⁷²⁴ **DÜLGER Murat Volkan/ BECENİ Yasin**, Türkiye’de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, 2011, s. 55.

bilgi içerik sağlayıcısına (yer sağlayıcının kastedildiği kanaatindeyiz⁷²⁵) başvurulması mümkündür. Başvurudan itibaren üç (3) gün içinde çıkarılması talep edilen içerik hakkında herhangi bir işlem yapılmaması halinde Cumhuriyet Savcılığından sonrasında bilgi içerik sağlayıcısına (yer sağlayıcı) verilen hizmetin üç (3) gün içinde kesilmesi talep edilebilir. Uygulamada, yer sağlayıcıların yurt dışında olması nedeniyle verilen kararların pek icra kabiliyeti bulunmamaktadır. Ancak Türkiye’de mukim kullanıcıların mahkeme kararı ile siteye olan erişimin engellenmesi mümkündür. Bu da hakkı mütecavizin Türkiye’ye yeni bir yayın kanalı bulması ile kolaylıkla aşılabilir. Mahkemelerce verilen ilamı elde etmede kaybedilen zaman ve kararı dolanma yolunda internet teknolojisinin imkânları göz önüne alındığında, anılan çözümün pek bir faydasının olmadığı ortadadır. FSEK ek m. 4’te yer sağlayıcıya bildirimle rağmen 3 gün içinde çıkarılmayan içerik Cumhuriyet Savcısı kanalıyla içerikten çıkarılır. Kanun lafzında her ne kadar içerikten çıkarma ifadesini kullanmışsa da, bu internet sitesinin erişiminin tamamen engelleneceği anlamına gelmemektedir. Şu halde erişimin engellenmesi, sadece ihlale konu materyal ile ilgili olabilir.⁷²⁶

6102 sayılı TTK m. 58/f. 4 uyarınca, internet hizmet sağlayıcıların sorumluluğunun Haksız Rekabet Hukuku açısından düzenlendiğine yukarıda değinmiştik. Anılan hükümde, bahsedilen hizmet sağlayıcı ile kast edilenin yer sağlayıcı olduğu kanaatindeyiz. Yine hükme göre, haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, yer sağlayıcı aleyhine **tedbir kararı verilemez**. Düzenlemede yukarıda arz edilen tedbir kararı verilmesine ilişkin esnek tutumu önlere biçimde bir tedbir de alınmıştır. Buna göre, mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesine veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.

TTK m. 58/f. 4’ün açık hükmü uyarınca, tedbir kararı verilmesi için öncelikle yaklaşık ispat faaliyetinin yürütülmesi ve tedbir muhatabı internet yer sağlayıcısının

⁷²⁵ **BOZBEL**, Tedbir, s. 155.

⁷²⁶ **DÜLGER/BECENİ**, s. 55 vd.

dinlenmesi artık zorunlu hale gelmiştir. Marka ihlalinin bir haksız fiil ve haksız rekabetin de haksız fiilin özel bir türü olduğu; ayrıca marka hukukunun haksız rekabet hukukunun özel bir görünüm şekli olduğu kabul edildiğinde, TTK hükmünün yukarıda anılan diğer hükümlerden öncelikle uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. TTK'nın bir tedbir kararı verilmesinde yer sağlayıcının hangi hallerde sorumlu olacağına ilişkin düzenlemesi, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı madde 9 ile de uyum içindedir. İncelemenin kaleme alındığı dönemde TBMM'nin ilgili komisyonunda kabul edilen tasarinın aynen yasalaşması halinde de yukarıda arz edilen uygulama tarzının benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

b. Mahkeme Hükmünün İlgililere Tebliği ile Kamuya İlan Yoluyla Duyurulması Talebi

MarkKHK m. 72. ve 62 / (f). maddelerinde marka hakkına tecavüz nedeniyle ortaya çıkan hükmün kamuya ilan edilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, hakkı haleldar olan taraf günlük gazete ve benzeri yayın vasıtalarıyla kararı duyurabilir. Düzenlemelerde mecraların sınırlı sayılmaması nedeniyle, marka ihlalinin yapıldığı internet sitesinde de kararın yayınlanması mümkündür.

2. Delil Tespiti ve Belgelerin İbrası Mecburiyeti (HMK m. 216 vd.)

Delillerin tespiti talebi, MarkKHK m. 75'te düzenlenmiştir.⁷²⁷ Buna göre, delil tespiti talebinde bulunan ilgili henüz toplanmamış veya ikame edilen bir davada inceleme sırası gelmemiş bir delilin toplanmasını talep edebilir.⁷²⁸ Anılan hüküm, HMK m. 400/f. 1'in⁷²⁹ özel bir şeklidir.⁷³⁰ Bu nedenle, MarkKHK'da hüküm bulunmayan durumlarda HMK uygulanmalıdır. HMK m. 400/f. 2 uyarınca, delil tespiti ilgisinin bu talebini ileri sürmekte hukuki yararının bulunması gerekir. Dava malzemesi olabilecek bir delilin kaybolma tehlikesi halinde hukuki yarar var kabul edilir.

⁷²⁷ “Marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir.”

⁷²⁸ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1206.

⁷²⁹ “Taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir.”

⁷³⁰ YASAMAN/YÜKSEL, s. 1206-1207.

İncelememizde HMK m. 216 vd.⁷³¹ düzenlenen belgelerin ibrazı mecburiyetine temas etmemizin nedeni, özellikle internet ortamındaki marka ihlali ve haksız rekabet durumlarına ilişkin vakıaların aydınlatılabilmesi için asıl delillerin ya davanın karşı tarafından ya da dava dışı kişilerden elden edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, yargılama veya delil tespiti sırasında ileride dava malzemesi olabilecek ve uyuşmazlığın çözümüne etkili delillerin ilgili kişilerden celbi ve muhafaza altına alınması büyük önem taşımaktadır.⁷³²

Tecavüz ile oluşan zararın belirlenmesi amacıyla belgelerin mütecevizden talebi ile tecavüzü kanıtlayan belgelerin ibrazı kenar başlığında belirtilen kararnemelerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Uygulamada çoğu kez tecavüzü kanıtlayan belgelerin zarar miktarını hesaba elverişli olması nedeniyle sadece tecavüzü kanıtlayan belgelere ilişkin ibraz mecburiyeti hususunda açıklamalarda bulunulacaktır. Zararın tespitine olanak sağlamak üzere MarkKHK m. 65 ile bir ibraz mecburiyeti getirilmiştir. Tecavüzün varlığının ancak yargılama ile ortaya çıkmasından dolayı anılan ibraz mecburiyetinin usul hükmü olduğu kanaatindeyiz.⁷³³

İnternet servis sağlayıcılarının taraf olduğu uyuşmazlıklar yönünden yukarıda belirtilen usuli ibraz yükümlülüğünün kapsamı genişletilmiştir. 5651 sayılı İnternet Kanununda, bazı internet servis sağlayıcılarının yükümlü tutuldukları ibraz mecburiyeti açıklanmıştır. İnternet Kanunu m. 6/ (b) uyarınca erişim sağlayıcı: “Sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla” yükümlü kılınmıştır. Bu hüküm anılan trafik bilgilerinin daima tutulması ve aynı maddenin (c) bendi uyarınca teslim ile yükümlü kılınması, bunun maddi anlamda bir ibraz yükümlülüğü doğurduğunu göstermektedir. Maddi anlamda ibraz yükümlülüğünün en önemli sonucu, delil tespiti gibi teknik anlamda dava olmayan hallerde dahi belgeyi elinde bulunduran taraftan talep imkânı vermesidir. Aynı ibraz mecburiyeti, marka ihlaline ilişkin yukarıda anılan davaların ikamesi halinde de evleviyetle talep edilebilir. Son olarak, HMK m. 199 uyarınca, elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi

⁷³¹ Geniş Bilgi için bakınız: **ERDÖNMEZ Güray**, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrarı Mecburiyeti, İstanbul, 2010.

⁷³² **RÜZGÂR Eser**, Fikri ve Sınai Haklara İlişkin Davalarda Belgelerin İbrarı Mecburiyeti, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. I, Yıl 2, S. 6, 2011, s. 383-412.

⁷³³ **RÜZGÂR**, s. 395.

taşıyıcılarının sahip olduğu veriler belge hükmündedir. Yani kanunda belge ile ispat aranan durumlarda rahatlıkla kullanılabilir.⁷³⁴

F. Yetkili Mahkeme - Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Görevli Mahkeme

İnternet üzerinden gerçekleşen bir tecavüzün söz konusu olması halinde, internete erişilebilen her yerde tecavüzün etkilerinden söz edilmesinin olanaklı olması nedeniyle ve MarkKHK m. 63/f. 1 uyarınca, hakkı helaldar olan kişiler dilediği yerde dava açma imkânına sahiptir.⁷³⁵ Ne MarkKHK’da ne de MÖHUK’ta, genel kapsamda internet aracılığı ile gerçekleşen haksız fiillere veya doğrudan marka hakkı ihlaline ilişkin özel bir yetki kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle, HMK m. 6’daki genel yetki, HMK m. 16’daki haksız fiilden doğan davalarda yetki ve MarkKHK m. 63’te bulunan özel yetki kuralına dayanarak Türk Hukuku açısından yetkili mahkeme tespit edilmelidir. Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi açısından ise MÖHUK m. 40 delaleti ile yukarıdaki hükümleri esas alınarak bir belirleme yapılmalıdır.⁷³⁶

Hangi mahkemenin yetkili olacağına ilişkin MarkKHK m. 63’te ayrıntılı bir düzenleme yer almaktadır. Anılan düzenlemeye göre, marka sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davaları, davacının ikametgâhının bulunduğu, fiilin işlendiği⁷³⁷ veya fiilin etkilerinin devam ettiği yer mahkemesinde ikame edilebilir. Davacının Türkiye’de ikamet etmemesi halinde, markayı sicile tescil ettiren marka vekilinin kayıtlı olduğu yer mahkemesi yetkilidir. Eğer anılan marka vekili sicilden terkin edilmişse, o zaman TPE’nin merkezini bulunduğu yer mahkemesi yetkili hale gelir. Üçüncü kişiler tarafından marka sahibi aleyhine yöneltilecek davalarda ise yetkili mahkeme davalının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesidir. Türkiye’de davalının ikametgâhının bulunmadığı hallerde ise aynı düzenlemenin ikinci fıkrası uygulama alanı bulur.⁷³⁸

⁷³⁴ Celbi talep edilen belgelerin ibrazından haklı nedenle çekinilmesi ve delillerin muhafazasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız: **RÜZGÂR**, s. 400 vd.

⁷³⁵ **ÇOLAK**, s. 746.

⁷³⁶ **SARGIN Fügen**, İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2005, s. 215.

⁷³⁷ Madde metninde ifade edilen “suçun işlendiği yer” ifadesi hukuk davaları açısından uyumsuz olduğu için “fiilin işlendiği yer” olarak anlaşılması gerekmektedir (**ARKAN**, C. II, s. 259, dn. 33.).

⁷³⁸ *Erdem*, MarkKHK m. 63’deki düzenlemede marka hakkına tecavüz eden kişiye karşı açılacak dava ile üçüncü kişilerin marka sahibine açacağı hükümsüzlük davasının aynı hükümlere tabi tutulmasının, fikri mülkiyet alanındaki uluslararası sözleşmelerde benimsenen durumdan farklılık arz ettiğini ileri

İhtiyati tedbirler konusunda yetkili mahkemenin belirlenmesinde HMK m. 390/f. 1'den yararlanabiliriz. Anılan hükme göre, ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise davanın açıldığı mahkemeden talep edilebilir. Esas hakkında görevli ve yetkili mahkeme de MarkKHK m. 63'e göre belirleneceği için, yine yukarıdaki mahkemeler ihtiyati tedbir açısından da yetkili olacaktır.⁷³⁹

Doktrinde, MarkaKHK m. 63'ün bir kesin yetki kuralı olarak, HMK'daki genel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırdığı ileri sürülmektedir.⁷⁴⁰ Diğer bir görüş ise, anılan kuralın iç hukuk anlamında bir kesin yetki yaratmadığı yönündedir.⁷⁴¹ Biz, düzenlemenin lafzındaki kesin yetki anlamındaki açıklığın kesin yetkiye delalet etmediği kanaatindeyiz. Zira özel yetki kuralları, kamu düzenini ilgilendirmediği sürece hakkı zedelenen tarafın hukuki başvuru imkanını kolaylaştırıcı düzenlemelerdir. Marka veya lisans sahibinin mütecavizin ikametgâhında dava açmasının engellenmesinin hiçbir mantıklı gerekçesi olmadığı gibi, böylesi bir engelin hakkı zedelenenin HMK uyarınca dava ikame edebileceği imkanların kullanımını da engellemektedir. Tüm bu gerekçelerle, biz MarkKHK m. 63 hükmünün HMK m. 9'daki genel yetki kuralını bertaraf etmediği kanaatindeyiz.⁷⁴²

MarkKHK'nın koruma kapsamı, sadece Türkiye'de tescilli bulunan marka işaretleri açısından dır. Bu nedenle tescilsiz kullanılan işaretlere ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, MarkKHK uyarınca değil, genel hükümler uyarınca belirlenir. Bir görüşe göre, tescilsiz markalar ile ilgili olarak haksız fiile ilişkin genel yetki kuralının uygulanması gerektiği belirtilmiştir.⁷⁴³ Gerçekten de, tescilsiz markanın kullanılması ile ortaya çıkacak uyuşmazlık haksız rekabete ilişkin olacaktır. Haksız rekabetin de haksız fiilin özel bir türü olması ve HMK'da haksız rekabete ilişkin özel bir yetki kuralı öngörülmediği için HMK m. 16'daki haksız fiile ilişkin yetki kuralı ile HMK m. 9'daki genel yetki kuralının birlikte uyuşmazlığa uygulanması gerekir. Aynı görüşe göre, mahkemenin milletlerarası yetkisi de yine aynı kurala göre belirlenir.⁷⁴⁴

sürmüştür (**ERDEM Bahadır**, Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 2003, s. 212.).

⁷³⁹ HUMK döneminde, ihtiyati tedbirin en hızlı ve masrafsız yer mahkemesinden de alınabileceğine ilişkin düzenleme HMK m. 390 ile kaldırılmıştır.

⁷⁴⁰ **TEKİNALP**, s. 478; **SARGIN**, s. 221; **KARAN Hakan/KILIÇ Mehmet**, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s. 454.

⁷⁴¹ **ERDEM**, s. 194 ve 213.

⁷⁴² Benzer gerekçeler için bakınız: **ERDEM**, s. 213.

⁷⁴³ **SARGIN**, s. 220.

⁷⁴⁴ **SARGIN**, s. 220.

MÖHUK m. 40 karşısında, tescilsiz markanın meydana getirdiği haksız rekabete ilişkin talepler milletlerarası yetkiyi haiz yukarıda belirtilen mahkemelerde ileri sürülebilir.

MarkaKHK kapsamında korunan markalara ilişkin uyuşmazlıklarda kesin yetkili mahkemelerin bulunduğunu ve bu mahkemelerin MÖHUK m. 40 uyarınca milletlerarası yetkiyi de haiz olduğunu belirtmiştik. Bu kez MarkKHK'da koruma altında bulunmayan ve HMK m. 16'ya göre yetkili mahkemesi tespit edilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkiyi haiz mahkemenin belirlenecektir. HMK m. 16 uyarınca, haksız fiillerden doğan davalarda haksız fiilin işlendiği yer veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. HMK m. 16 haksız fiilin işlendiği yerin ne anlama geldiğini açıklamamış ve ayrıca haksız fiilin işlendiği yerden bağımsız olarak davacının (zarar görenin) yerleşim yeri mahkemesini yetkili kabul etmiştir. Milletlerarası alanda davacının yerleşim yeri mahkemesi aşkın yetki olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, Türk mahkemesinden verilen karar davacının yerleşim yeri kıstasına binaen verilmişse yabancı mahkemelerde tenfiz edilmeme tehlikesi olacaktır.⁷⁴⁵

Haksız fiilin ika edildiği yer ifadesi ile anlatılmak istenilen fiil ve zararın birlikte oluştuğu yer anlamındadır.⁷⁴⁶ Bu nedenle internet alanındaki ihlallerde objektif bir ölçü belirlenmesi güçleşmektedir. Şöyle ki, bir internet sitesinde reklam olarak yayınlanan ve marka ihlaline neden olan içeriğe salt dünyanın her yerinden erişim olanağının bulunması, web sitesi sahibini dünyanın her yanından dava edilebilme tehlikesi altında bırakabilir. Fikri hakların ülkeselliği prensibi göz önüne alındığında ise, böyle bir uygulamanın büyük problemler yaratacağı açıktır. Bilindiği gibi eserin koruma altında olmadığı bir yerde kullanımını engelleyen hiçbir hukuk kuralı bulunmamaktadır.

İnternetin bahsettiği ağ kurma imkânı nedeniyle, markayı kullanan kişi veya kişilerin dünyanın herhangi bir yerinden dava edilebilmeleri gündeme gelebilir. Bu halde, internet üzerinden işlem yapan kişilerin büyük bir belirsizlik içindedir. Dava

⁷⁴⁵ **ÖZEL Sibel**, Haksız Fiillere İlişki Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 91-92, Mart - Nisan 2012, s. 15.

⁷⁴⁶ **NOMER Engin/ŞANLI Cemal**, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2005, s. 406; **KURU Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul, 2001, s. 482 vd.

ikamesinde yaşanan bu belirsizlik, milletlerarası yetkiyi haiz mahkemelerin seçimi konusunda benimsenin bazı sınırlayıcı kurallarla giderilmeye çalışılmıştır. İnceleme konumuz dışında kalması sebebiyle bu ilkeleri kısaca özetleyeceğiz.

İnternet alanında gerçekleşen bir ihlalde –dünya çapında- milletlerarası yetkiyi haiz mahkemenin belirlenmesinde minimum bağlantı prensibi benimsenmiştir.⁷⁴⁷ Adil yargılama ilkesi çerçevesinde, yetkiye karar verecek mahkeme, somut olayda bağlantı noktalarını objektif olarak tespit etmelidir. Böylece vakia ile bağlantısı çok zayıf ülke mahkemeleri yetkisizlik kararı vermelidir. ABD Hukukunda minimum bağlantı ölçütlerinin uygulanmasında: web sitesinin interaktiflik durumu, hedeflenen coğrafi bölge, web sitesinin niteliği (kullanılan dil, para birimi vs.) ve ticari akış teorisi⁷⁴⁸ esas alınmaktadır.⁷⁴⁹ ABD Mahkemelerinin esas aldığı bu ölçütler MÖHUK m. 25'te belirtilen en sıkı irtibatlı hukukun belirlenmesine ilişkin prensip ile de yakınlık göstermektedir.

Milletlerarası yetkiyi haiz mahkeme tayin edilirken, marka kullanımının uygulanacak hukuka göre marka hakkını ihlal edici şekilde kullanılıp kullanılmadığı göz önüne alınmalıdır. Aksi halde yetki kurallarında değişiklik meydana gelebilir. Örneğin bir markanın X ülkesine karşı markasal olarak kullanılmaması halinde (İnteret sitesine dünyanın her yerinden ulaşılabilceği unutulmamalıdır.), X ülkesinin milletlerarası yetkiyi haiz mahkemelere sahip olmadığını söyleyebiliriz. İnternet içeriğinin kimlere yönelik yapıldığının saptaması bakımından bir diğer önemli husus, sitenin interaktifliğinin derecesidir. Web sitesinde salt reklamların gözükmemesi ve fakat anılan markanın koruma talep edilen ülkede ticari olarak kullanılmaması veya marka hakkı kapsamında kullanılmaması halinde interaktifliğin marka ihlaline neden olduğu kabul edilmemelidir.⁷⁵⁰

Yürütülen ticari faaliyetin niteliğinin de uyuşmazlığı fikri hak ihlali olarak nitelemeye yeterli olup olmadığı da ayrıca incelenmelidir. Söz gelimi, marka hakkını ihlal eden markalı mallar üretilmiş, depolanmış veya ticari evrak üzerinde kullanılmış ve sonrasında internet aracılığı ile sadece sipariş alınmış ise, uyuşmazlık

⁷⁴⁷ SARGIN, s. 223.

⁷⁴⁸ Bu teoriye göre, markayı web sitesinde kullanmak suretiyle ticari bir işlem yapan kişinin, ihlal ülkesine yönelik ticari faaliyet beklentisinde olup olmadığı önem taşır. Aksi yorumla, ticari faaliyet yürüten kişinin dava edilebileceğini tahmin edebildiği hallerde, ticari akışın o ülkeye yönlendirildiği kabul edilebilir (SARGIN, s. 91).

⁷⁴⁹ SARGIN, s. 90 vd.

⁷⁵⁰ SARGIN, s. 227.

salt internet ortamındaki uyuşmazlık olarak değerlendirilmemelidir. Ancak pazarlanan ürünün tamamen dijital bir malzeme olması halinde, o malzemenin yüklü olduğu sunucu ve yüklenme zamanı gibi hususlarda yetkili mahkemenin belirlenmesinde önem kazanabilir.⁷⁵¹

Son olarak, Türk Mahkemelerinde internet üzerinden marka ihlalleri ile ilgili uyuşmazlıkları görmek ile görevli mahkeme MarkKHK m. 71 uyarınca Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleridir. Anılan ihtisas mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde bulunan Asliye Hukuk Mahkemelerinin 1-3 Nolu Mahkemeleri, önlerine gelen marka uyuşmazlıklarını Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi sıfatıyla karara bağlarlar.⁷⁵²

G. Uygulanacak Hukuk

Türk Hukukunda internet ortamında meydana gelen marka ihlalleri konusunda uygulanacak hukuku düzenleyen özel herhangi bir kural bulunmamaktadır. Marka ihlali esasen bir haksız fiil hükmünde olduğu için, MÖHUK m. 34'deki haksız fiile ilişkin hüküm uygulama alanı bulabilirdi. Buna göre, haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin vuku bulduğu yer hukukuna tabidir. Eğer zarar farklı bir ülkede meydana gelmiş ise o ülkenin hukuku uygulanır. Ancak tazminat davası dışında marka hukukuna ilişkin ihlallerde zarar şart olmadığı için, marka ihlalinin etkilerinin sirayet ettiği ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmelidir. Şunu hemen belirtelim ki, eğer haksız fiil başka bir hukuk ile sıkı sıkıya bağlantılı ise o ülkenin hukuku da uygulanabilir. Son olarak tarafların, uygulanacak hukuku seçebileceklerini de belirtelim.

MÖHUK m. 23'te: "Fikri mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tabidir." hükmü caridir. Ayrıca taraflar uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşma yapabilirler. Korunma talep edilen ülke hukuku "*lex loci protectionis*" olarak adlandırılır. Marka da bir fikri mülkiyet unsuru olduğu için, internet üzerinde gerçekleşen ihlallere uygulanacak hukuk korunma talep edilen ülke hukukudur. Zira markaların ülkeselliği, eşit muamele ve milli

⁷⁵¹ SARGIN, s. 234 ve 239.

⁷⁵² ÇOLAK, s. 751.

markaların birbirinden bağımsızlığı prensipleri gereği *lex loci protectionis*'in uygulanmasında büyük yararlar bulunmaktadır.⁷⁵³

SONUC

1. İnternet reklamcılığının hızla büyüyen durumu karşısında marka hakkı sahipleri ile reklamcılar ve internet servis sağlayıcıları arasındaki menfaat dengesinin sağlanması gerekmektedir. Fikri hakların dinamik yapısı ve yenilikler ile hâlihazırdaki ilerlemelerin ekonomik menfaatlerinin korunması arasında ince bir çizgi bulunmaktadır. Bu menfaat dengesinin, geleneksel hukuk kurallarının esnek biçimde ve birçok hukuk disiplini ile etkileşim halinde uygulamasından geçtiği kanaatindeyiz.
2. İnternet servis sağlayıcıların faaliyetlerinin denetim altına alınması girişimleri, bütün dünyada tepki ile karşılanan bir akım oluşturmuştur. Bu akım başta ifade özgürlüğü ve kişisel hakların güvenceye alınması için başlatılmıştır. Ancak akım motivasyonunu, servis sağlayıcılara genel bir yükümlülük yüklenmemesi gerekliliğinden almaktadır. Biz de internet servis sağlayıcılara genel ve aktif bir denetim yükümlülüğü getirmeye çalışan fikrine yenilikçi fikirlerin oluşmasına ne de fikri hakların etkin korunmasına bir yarar sağlayacağını düşünüyoruz. Çeşitli yasaklar yerine, sürdürülebilir sözleşme ilişkileri ile önleyici hukuk sistemlerinin teşvik edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.
3. Anahtar kelime ve megatag yöntemi ile yapılan reklamcılık faaliyetinde –alan adlarına ilişkin uyumsuzlıklardan farklı olarak- bir kontrol listesinin uygulamacıların elinde olmasında büyük yarar bulunmaktadır. Bu faktörler, incelememizde *Sleekcraft* faktörleri olarak sayılmıştır. Bu faktörlerin yetersiz kaldığı durumlarda ise tali faktörlerin vakıya uygulanarak marka ihlali veya haksız rekabet konusunda sonuca gidilebilir.
4. İnternet üzerinde görüntülenen marka veya her türlü işaretin marka hakkı ihlali veya haksız rekabet hali yaratmadığı; ayrıca ihlal yaratmayan uygulamaların dürüst ticaret uygulaması (*fair use*) içerisinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu incelmemizde

⁷⁵³ **KAPLAN Yavuz**, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korumasına Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2004, s. 188; **SARGIN**, s. 348; *Lex loci protectionis*, dava tarafları arasından davacının menfaatlerine hizmet eder. Gerçekten de fikri hakkın ortaya çıktığı yer hukukunun uygulanması, o hakkın niteliğinin en iyi ortaya koyulabileceği hukuk olarak önem taşır.

ortaya koyulmuştur. Dürüst kullanım⁷⁵⁴ konusunda Milletlerarası Ticaret Odasının tavsiye niteliğindeki kriterleri esas alınabilir.⁷⁵⁵ Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan Hukuku, arama ağı reklamcılığına ilişkin uyuşmazlıkları çözüme hususunda nispeten yeknesak bir çözüm yolu izlemektedir. Bu nedenle her iki hukuk sisteminden de yararlanılması gerekmektedir. Teknik açıdan ülkemizden ileri bir düzeyde bulunmaları nedeniyle de, AB ve ABD Hukuk düzenlerindeki sorunlar önceden görülebilecek ve ülkemizde yürütülecek yasama faaliyetinde bu hususlar dikkate alınabilecektir. Nitekim bu konudaki tartışmalar, hızla ilerleyen teknoloji ile koşut olarak önümüze yeni problemler şeklinde çıkacaktır.

5. BK'nın yanında TTK ve Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile özel hukuk anlamında bir kusur sorumluluğu düzeni, internet servis sağlayıcıları açısından da uygulanabilir bir hale gelmiştir. Yukarıda anılan mevzuat ile internet girişimcileri de, kendilerinin karşılaşacakları hükümleri görerek girişimde bulunma fırsatına kavuşmuşlardır.
6. İşaretin internet üzerinde kullanılmasına ilişkin marka uyuşmazlıklarında, işaretin markasal anlamda kullanılıp kullanılmadığının her somut olay için araştırılması gerekir. Türk uygulamasında, geneleksel marka kullanımının verdiği alışkanlıkla, işaretin markasal olup olmadığı yeterince araştırılmadan hüküm kurulduğu gözlemlenmektedir. Oysaki internet ortamındaki uyuşmazlıklarda, kullanılan işaretin kullanım şekli de büyük önem taşımaktadır. Bir marka hakkının zedelenmesi için, onun marka işlevinin zarar görmesi gerekliliği yönündeki prensipten hareketle, işaretin markasal kullanımının ve bu kullanımın markanın hangi işlevlerine zarar verdiği tespit edilmelidir.
7. İnternet çağının her geçen gün kullanımımıza sunduğu yenilikler göz önüne alındığında, kullanılan işaretlerin marka hakkı ile olan ilişkisinde esnek davranılması ve gelişen teknolojilere karşı açık olunması gerekir.
8. İnternet sükjelerinin ticari iletişime ilişkin sorumluluk rejiminin özel olarak düzenlenmesi son derece isabetli olmuştur. Ancak bu düzenlemeye, internet servis

⁷⁵⁴ ABD Hukukunda fikri haklara ilişkin Copyright Act of 1976'da dürüst kullanım konusunun üzerinde durulmuştur. Buna göre sahibine tekel yaratma imkânı tanımaksızın makul şekilde kullanma dürüst kullanım olarak nitelendirilmiştir. (DAVIDSON, s. 453).

⁷⁵⁵ ICC International Code of Advertising.

sağlayıcıların denetimine ilişkin global bir denetim yükümlülüğü yüklenemeyeceğine ilişkin bir maddenin eklenmesinin olumlu olacağı kanaatindeyiz.

9. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısında, yer sağlayıcıların geçici belleğe alarak iletimi ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Hâlbuki gerek AB Yönergesinde gerekse ABD düzenlemelerinde, üç farklı iletim şeklinin olduğu gözlemlenmiştir. Bu nedenle, doğrudan iletim ve depolama ile ilgili de ayrı hükümlerin bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Hiç değilse, 9. maddede belirtilen durumların doğrudan iletim yapan ve depolanan sağlayıcılar hakkında da uygulanacağına ilişkin bir ek yapılabilir.
10. TTK m. 58/f. 4 ile haksız rekabet konusunda “bilişim işletmelerinin” sorumluluklarının düzenlenmesini de olumlu karşılıyoruz. Ancak hükmün lafzında belirtilen sorumsuzluğa ilişkin vakıaların hukuki sonucu olan “dava açılmaz” ifadesinin “*sorumsuzluk*” temelinde bir ifade ile değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.
11. TTK m.58/f. 4 ile Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı arasında uyumsuzluk tipine göre özel hüküm - genel hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Elektronik ticaretin ilişkin uyumsuzluklarda Tasarı özel hüküm olarak uygulanmalıdır. Şunu hemen belirtelim ki, her iki düzenlemenin benzer yapısı nedeniyle, uygulamada herhangi bir sorun çıkmayacağını düşünüyoruz.
12. Türk ihtiyati tedbir uygulamasında, internet servis sağlayıcıların tarafı olduğu uyumsuzluklarda ihtiyati tedbir kararlarının son derece kolay verildiği gözlenmiştir. TTK m. 58 ve HMK'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin yeni rejimi göz önüne alındığında, artık verilecek tedbir kararında servis sağlayıcının da cevaplarının alınması gerekmektedir. Eğer bir tedbir kararı verilecekse, bu kararın da internet servis sağlayıcının ticari hayatını ve ekonomik özgürlüğünü bitirmeyecek düzeyde verilmesi gerekir. Mümkünse, tedbir kararının sadece hukuka aykırılık teşkil eden unsurlara ilişkin olması gerekir.
13. İnternet ortamında ortaya çıkan ticari nitelikli uyumsuzluklarda yetkili hukukun belirlenmesinde ticari akış teorisi esas alınabilir. Bu kapsamda, ticari iletimin yöneldiği kitle ve bölge tespit edilebilir. Böylece uyumsuzluğun yabancılık unsuru

taşıdığı hallerde mahkemenin milletlerarası yetkisi ve uygulanacak hukuk belirli olur.

TABLÖLAR

TABLO-1

	Ticari Amaç Var	Ticari Amaç Yok
Ticari Etki Var	<p>Marka hakkı ihlali olabilir.</p> <p>Örn-1: <i>Markaya ait işaretin aynı/ ayırt edilemeyecek derecede benzer/benzer işareti kullanan ve taklit ürün satan şirket</i></p> <p>Örn-2: <i>Markasıyla bağlantı ihtimali veya karıştırma tehlikesi yaratan şirket</i></p> <p>Örn-3: <i>3. kişinin markasının tanınmışlığından haksız yararlanan Şirket</i></p> <p>Örn-4: <i>Örtülü reklamlar yoluyla markayı kullanan şirket</i></p> <p>Veya</p> <p>Karşılaştırmalı reklamsa marka hakkı ihlali yok.</p> <p>Örn: <i>Piyasaya Yeni</i></p>	<p>Markanın işlevi zedelenmemişse marka hakkı ihlali yok.</p> <p>Örn: <i>Tüketici dernekleri, şahsi amaçlarla kullanımlar</i></p>

	<i>Girmiş Bir Şirket</i>	
Ticari Etki Yok	Ticari amaç ile ticari etki arasında bir illiyet bağı yoksa ihlal yok	İhlal Yok

TABLO-2⁷⁵⁶**İnternet Reklamcılığı Tipleri**

	<u>Yer:</u> Reklamcının Kontrolünde Olmayan İnternet Sayfası	<u>Yer:</u> Reklamcının Kontrolündeki İnternet Sayfası
<u>Amaç:</u> Alıcı Kitlesiyle İletişim Başlatmak	Küçük Format Reklamlar (Buton, hyperlink başlıkları, sadece ses), Arama Motorları, İçerik sponsorluğu, Online oyun sponsorluğu, Sosyal Ağlar.	Spam.
<u>Amaç:</u> Alıcı Kitlesini Bilgilendirmek	Banner Reklamlar (Flash, metin içine gömülü, çerçeveleme (frame ve floating dahil) , Haber, makale, mülakat içerisinde gömülü reklamlar.	E-gazete, Haber Grupları, E-kartlar.
<u>Amaç:</u> Alıcı Kitlesiyle Doğrudan	Geniş Format Reklamlar (pop-up, zengin medya	Markanın Kurumsal Sayfaları,

⁷⁵⁶ McMILLIAN, s. 20 (naklen).

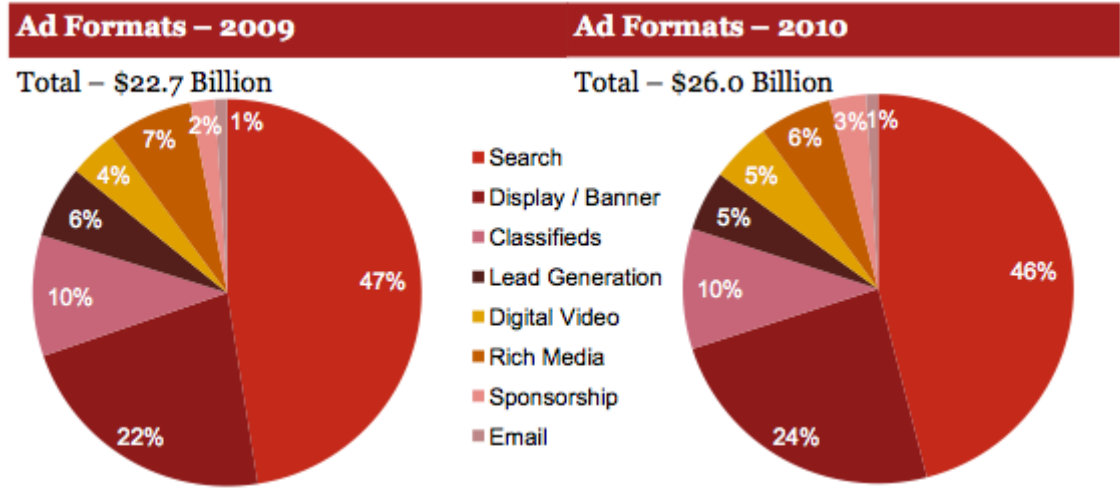
İletişimi Güçlendirmek	içerikli video, tüm ekranı zapt eden türde reklamlar).	Chat odaları, Bloklar, Fantezi Topluluklar, Online Oyun Siteleri. Sosyal Ağlar.
<u>Amaç:</u> Alıcı Kitlelerini İşleme Yönlendirmek	Dost E-ticaret sayfaları, Alıcı kitesine işlem, imkanı sunan her türlü sayfa.	E-ticaret sayfaları, Doğrudan Pazarlama Siteleri,

TABLO - 3⁷⁵⁷**İnternet Reklamcılığı Gelir Tablosu**

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Banner Reklamlar	56	56	48	36	29	21	19
Sponsorluk	33	27	28	26	18	10	8
Pop-up/ Pop-under	5	4	4	3	5	2	-
E-Mail	-	2	3	3	4	3	1
Classifieds	-	-	7	16	15	17	18
Zengin Medya İçeriği İle	-	-	2	2	5	8	10

⁷⁵⁷ Lİ/LECKENBY, s. 211 (naklen).

Arama Motoru – Kelime Bazlı	-	-	1	4	15	35	40
Referrals	-	-	4	2	1	1	2
Slotting Fees	-	-	-	8	8	3	2
Diğerleri	6	11	3	-	-	-	-
Toplam	100	100	100	100	100	100	100

TABLO-4:⁷⁵⁸

⁷⁵⁸ **CANLI Mert**, Effectiveness of Online Advertising: Comparison of Banner Ads And Paid Search Ads, *yayınlanmamış yüksek lisans tezi*, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 21 (naklen).

KAYNAKÇA

AITKEN Benjamin, Keyword-Linked Advertising, Trademark Infridgement and Google's Contributory Liability, Duke Law & Tech. Review, 2005, Durham (ABD).

AKGÜN Kemal/İŞIKLI Hasibe/İNCE Murat/PEKŞİRİN Hülya, İnternet Yayıncılığı ve İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları, Genel Politikalar ve Düzenleme Önerileri, <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000086-yazi.htm> (06.05.2012).

AKIN İrfan, Adwords Reklam Sisteminde Marka Kullanılması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 78, 2008.

ARIKAN Saadet, Fikri –Sınai Haklarda Hakkın Tüketilmesi Doktrini, Avrupa Birliği ve Türkiye, İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi, 1996.

ARKAN Sabih, Marka Hukuku C. I, Ankara, 1997. (C. I)

ARKAN Sabih, Marka Hukuku C. II, Ankara, 1998. (C. II)

ARKAN Sabih, Avrupa Topluluğu'nda Karşılaştırmalı Reklamlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2001, C. XXI, S. 1. (Karşılaştırmalı Reklamlar)

ARKAN Sabih, İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas Tehlikesi, Batıder 1999. (Karıştırma Tehlikesi)

ARKAN Sabih, Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Kullanma Zorunluluğu?, Batıder, C. XX sa. 3, 2000.

ARSLANOĞLU Anıl/DAĞCI Aksu, Marka Hakkının Korunmasına Getirilen Sınırlamalar Kapsamında Marka Tescilinden Doğan Hakların Tükenmesi İlkesi (İlk Satış İlkesi), Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, S. 3, Y. 2005.

ASLAN Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul, 2004.

ASLAN İ. Yılmaz, Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılarak Paralel İthalatın Önlenmesi: Hakkın Tükenmesi İlkesi, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004.

ATALAY Oğuz, Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001.

BAKKEN Erlend, Unauthorized Use of Another's Trademark on Internet UCLA Journal Law & Tech, Vol. 7 Issue 1, Spring 2003.

BAŞPINAR Veysel/KOCABEY Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, 2007.

BAYRAM Hanifi Mehmet, Avrupa Birliği ve İnternet Hukuku, Ankara, 2011.

BAYRAMOĞLU Emre, Arama Ağı Reklamcılığında Markanın Anahtar/Hedef Kelime Olarak Kullanımı, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 25/2011. (Arama Ağı Reklamları)

BAYRAMOĞLU İbrahim Emre, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, İstanbul, 2008. (Teknolojik Koruma)

BENGANI Shalini, Is Comparison of the non-verifiable misleading comparative advertising?, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2011, Vol. 6, No. 5.

BİNGÖL F. İtir, İnternet Üzerinden Yapılan Ticari İş Niteliğindeki Satım Sözleşmelerine Web Sitesi İle Aracılık Faaliyeti, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Kazancı, Sayı: 59-60.

BLATTBERG R. C./DEIGHTON J., Interactive Marketing: Exploiting the age of addressability, Sloan Management Reviewe, 32(1).

BURRELL Robert, Dev Saif Gangjee, A Brief Note L'Oreal and the Prohibition on Free Riding, University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper No. 09-32, 2009.

BOZBEL Savaş, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara, 2006. (Karşılaştırmalı Reklam)

BOZBEL Savaş, Markanın Domain Names, Megatag ve Keywords Olarak Kullanılması, <http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf> (14.04.2012). (Megatag)

BOZBEL Savaş, Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder mi? Avrupa Adalet Divanının Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:9, Sayı: 18, Güz 2010. (Adwords)

BOZBEL Savaş, Markanın Alan Adı, Yönlendirici Kod (Megatag) ve Anahtar Sözcük (Keywords) Olarak Kullanılması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara, 2009. (Alan Adı)

BOZBEL Savaş, Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2009, İstanbul, 2009. (Tedbir)

CANLI Mert, Effectiveness of Online Advertising: Comparison of Banner Ads And Paid Search Ads, *yayınlanmamış yüksek lisans tezi*, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

COYLE R. James/GOULD J. Stephen, Internet Integrated Marketing Communications (I-IMC) Theory and Practice, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007.

ÇAĞA Tahir, Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/3, s. 366-375.

ÇEHRELİ Murat, Spam Gönderenler Listesinin Zirvesinde Bu Sefer Hindistan Var,<http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=35198>, (13.05.2012).

ÇEHRELİ Murat, Dolandırıcılar Yığın İletiyi (e-mail) Bıraktı, Sosyal Medya Üzerinden Hedeflerine Ulaşıyor, <http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=36975>, (13.05.2012).

ÇOLAK Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul, 2012.

ÇOLAK Uğur, Kısaltılmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması, Fikri Mülkiyet Yıllığı 2009, İstanbul, 2009.

DAHLEN Micael/EDENIUS Mats, When is Advertising Advertising? Comparing Responses to Non-Traditional and Traditional Advertising Media, Journal of Current Issues and Research in Advertising, Vol. 29, N. 1, İlkbahar 2009.

DALYAN Şener, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Ankara, 2009.

DAVIDSON Sandra, From Spam to Stern: Advertising Law and the Internet, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007.

DEREN –YILDIRIM Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 2002.

DİRİKKAN Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003.

DOĞRUSÖZ Bumin/ONAT Öznur/TUNÇEL TURALP Funda, Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ankara, 2011.

DÖNMEZ İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 1999.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2009.

DURAL Mustafa/ SARI Suat, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2004.

DÜLGER Murat Volkan, Bilişim Suçları, Ankara, 2004.

DÜLGER Murat Volkan/ BECENİ Yasin, Türkiye’de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, 2011.

DÜZGÜN Aslan Ülgen, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Ankara, 2010.

EDWARDS Steven M., Motivations for Using the Internet and Its Implications for Internet Advertising, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007.

ENGLAND Paul, Advocate General Says Comparative Advertising is Not a Matter of Trade Mark Law, Journal of Intellectual Property Law and Practice, 2008, sayı 3, No.5.

EPÇELİ Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali, İstanbul, 2006.

ERDEM Bahadır, Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 2003.

ERDÖNMEZ Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti, İstanbul, 2010.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003.

ERİŞ Gönen, Madde Açıklamalı – En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, Ankara, 1992.

FALK M. Donald, Google - First Amendment Protection For Search Engine Search Results, Palo Alto (CA – ABD), 2012.

GAUTHRONET Serge / DROUARD Etienne, Commission of the European Communities Unsolicited Commercial Communications and Data Protection (Internal Market DG – Contract n° ETD/99/B5-3000/E/96), http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/spamsum_en.pdf, 2001, s. 37 (20.05.2012).

GEEN Russel G., Human Motivation: A Social Psychological Approach, Belmont, California, 1995.

GIBSON William, Neuromancer, Çev. Melike Altıntaş, Sarmal Yayınevi, 1998.

GILLIERON Philippe, Online Advertising Business Models and Distinctives Signs – Should One Rethink the Concept of Confusion, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2008.

GOLDMAN Eric, Amazon Wins Keyword Advertising Suit-Video Professor v. Amzon, Tchnology & Marketing Law Blog, http://blog.ericgoldman.org/archives/2010/04/amazon_wins_key.htm (30.06.2012).

GOLDSTEIN Paul, Intellectual Property – To Tough New Realitis That Could Make or Break Your Business, Portfliio, New York (ABD), 2007.

GÖLE Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, Ankara, 1983.

GÖRKEY Dilek, İnternet Reklamcılığı: Etik ve Hukuk Sorunsalı, *yayınlanmamış yüksek lisans tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.

HA Kouisa, Online Advertising Research in Advertising Journals: A Review, Journal of Current Issues and Research in Advertising, Vol. 30, N. 1, Spring 2008.

HEGEL G.W.F., Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Cenap Karakaya (Çev.), İstanbul, 2004.

HINDE Stephan, Smurfing, Swamping, Spamming, Spoofing, Squatting, Slandering, Surfing, Scamming and Orher Misciefs of Word Wide Web, Computer & Security, Vol. 19, 2000.

HOOD Karen/SCHUMANN W. David, The Process and Consequences of Cognitive Filtering of Internet Content: Handling the Gult of Internet Advertising, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007.

İŞIKLI Hasibe, İnternet Alan İsimleri Sistemi, Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki, Ankara 2001.

İKİZLER Metin/BAŞAR Sinan, Spam'ın Zararları ve Spam ile Hukuki Mücadele: ABS Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları İle Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, 2006.

İNAL Emrehan, İnternet Dolandırıcılığı Eylemlerine Karşı Bankanın Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul, 2010.

İNAL Emrehan/BAYSAL Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2008.

İNAN Aslan, İnternet El Kitabı, İstanbul, 2001.

KAHN E. Robert / CERF Vinton G., *What is The Internet?*, http://www.cnri.reston.va.us/what_is_internet.html#THE_EVOLUTION_OF_THE_INTERNET (19.03.2012).

KANDEMİR Zeynep, Vuitton-Google Kararı, Fikri Mülkiyet Yıllığı [2010], İstanbul, 2011.

KAPLAN Yavuz, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korumasına Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2004.

KARAN Hakan/KILIÇ Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004.

KAYA Arslan, Marka Hukuku, İstanbul, 2006.

KAYIHAN İçel, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul, 1998.

KAYHAN Fahrettin, Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 2001/1.

KENNEDY Charles/LYON Christine, The CAN-SPAM Act of 2003: A New Regime for Email Advertising, Computer and Internet Lawyer, 2/2004.

KIRICI N. Berkay, Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı, Ankara, 2009.

KO Hanjun/ROBERTS S. Marilyn/CHO Hoan-Chang, Cross-Cultural Differences in Motivations and Perceived Interactivity: A Comparative Study of American and Korean Internet Users, Journal of Current Issues and Research in Advertising, Vol. 28, N. 2, Sonbahar 2006.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. I, İstanbul, 2008.

KURT Emre, Fikri Mülkiyet Haklarıyla İlgili AB Mahkemeleri Dava Raporları, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 26/2011.

KURT Emre, Karşılaştırmalı Açından Marka Hukukunda Haksız Avantaj Sağlama Sulandırma ve İtibara Zarar Verme Kavramları, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 30/2012.

KURT Emre, Fikri Mülkiyet Haklarıyla İlgili AB Mahkemeleri Dava Raporları, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 28/2011.

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul, 2001.

LATHAM Dianne Plunkett, Spam Remedies, William Mitchell Law Review, 3/2001.

LEE Eun-Ju, Computer Agents as Sources of Trust in Internet Advertising, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007.

LEE Mira/YOUN Seounmi, Leading National Advertisers' Uses of Advergemes, Journal of Current Issues and Research in Advertising, Vol. 30, N. 2, Fall 2008.

Lİ Hairong/LECKENBY D. John, Examining the Effectiveness of Internet Advertising Formats, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007.

MARTİN B. A. S./van DURME J./RAULAS M./MERSISAVO M., Email Advertising, Journal of Advertising Research, 43(3), 2009.

MARUHN Jürgen, Sınai Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Kullanımı ve Türk Patent Enstitüsü'nün Yeni Marka İnceleme Klavuzları - Seminer Notları, 16-17 Şubat 2012.

McMILLAN J. Sally, Internet Advetising: One Face or Many?, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007.

MEMİŞ Tekin, *Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul, 2011. (Basiretli Tacir)

MEMİŞ Tekin, Elektronik Bankacılıkta Bakanın Yükümlülük ve Sorumlulukları, Prof. Ergon A. Çetingil ve Prof. Reyagan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007. (Elektronik Bankacılık)

MEMİŞ Tekin/BOZBEL Savaş, Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından AdWords Reklamlar, E-Akademi, Kasım 2008, <http://www.e-kademi.org/incele.asp?konu=MARKA%20VE%20HAKSIZ%20REKABE%20T%20HUKUKU%20BAKIMINDAN%20ADWORDS%20REKLAMLAR&kimlik=1227080164&url=makaleler/tmemis-sbozbel-1.htm> (09.04.2012).

MEMİŞ Tekin, Marka, Endüstriyel Tasarım, Faydalı Model ve Patent Davalarında İnternet Alan Adı Nedeniyle Ortaya Çıkan Marka Uyuşmazlığı, 17-18 Haziran 2005, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Kültürü 1. Ulusal Sempozyumu, İstanbul, 2005. (Sempozyum Notları).

MEMİŞ Tekin, Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 3-4, 2009.

MOROĞLU Erdoğan, Notlu- İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2001.

NART Serdat, Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 11, S. 1, 2009.

NEEFS Kristof, From (A) to (B): Use of a Similar Sign In Keyword Advertising, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2010, Vol. 5, No. 8.

NOMER Engin/ŞANLI Cemal, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2005.

ODMAN N. Ayşe, Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara, 2002.

OKAN Neval, Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet, Ankara, 2011.

OĞUZ Sefer, İnternet Alan Adı Haklarının Korunması, Ankara, 2012.

OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, İstanbul, 2003.

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005.

OYTAÇ Kutlu, Mukayeseli Marka Hukuku, İstanbul, 1999.

ÖNCÜ Özge, Fikri Hak İhlalleri Bakımından İnternet “Görsel” Arama Motorları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, 2008.

ÖZDEMİR OKTAY Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002.

ÖZEL Sibel, Haksız Fiillere İlişki Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 91-92, Mart - Nisan 2012.

ÖZDEN MERHANCİ Selin, Divan Kararı (Üçüncü Daire) 24.11.2011, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 29, Yıl: 2012.

ÖZSUNAY Ergun, Karşılaştırmalı Reklamalar - AB Yönergesi Işığında Türk Hukukuna İlişkin Gözlemler, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2008, İstanbul, 2009.

ÖZTAN Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2009.

ÖZTÜRK Sevgi, İnternet Yoluyla Markanın Haksız Kullanımı, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 45, Mayıs 2010.

PANHOLZER Patrick, Trade Mark, Parallel Imports and the Free Movement of Goods in the EC, Graz, 2004.

PAUL Hoffman/CROCKER Dave, Unsolicited Bulk Email: Mechanisms for Control, Internet Mail Consortium Report: UBE-SOL, IMCR-008, Mayıs 1998, <http://www.imc.org/ube-sol.html> (13.05.2012).

PEMBER R. Don/CALVERT Clag, Mass Media Law, 2009-2010 Edition, New York (ABD), 2008.

PINAR Hamdi, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, 2000.

PINTO M. Ashok, No Secrets Allowed: The Supreme Court Holds That The Trademark Dilution Act Requires Proof Of Actual Dilution In Moseley v. V Secret Catalogue, Inc., Journal Of law, Technology & Policy, Vol. 2003 No: 1.

POROY Reha/YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2010.

PROUDHON Pierre-Joseph, Mülkiyet Nedir?, Devrim Çetinkasap (Çev.), İstanbul, 2010.

RAJZER Julie, Missunderstanding The Internet: How Courts are Overprotecting Trademarks Used In Megatags, Law Rewie M.S.U.-D.C.L., Vol. 2, 2001.

RATLİFF James/RUBİNFELD Daniel, Online Advertising: Defining Relevant Markets, Journal of Competition Law & Economics, 6(3), 2010.

RICHARDS J. I./CURRAN C. M., Oracles on “advertising”: Searching for a definition, Journal of Advertising, 31(2), 2002.

RODGERS Shelly/CHEN Qimei, The Interective Advertising Model: Additional Insight Intro Response to Spamming, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007.

ROWLAND Diane/MCDONALD Elizabeth, Information Technology Law, London, 2005.

RÜZGÂR Eser, Fikri ve Sınai Haklara İlişkin Davalarda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. I, Yıl 2, S. 6, 2011.

SARGIN Fügen, İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2005.

SCHEFFEL Evan, Playboy Enterprises, Inc. v. Welles: Former Bunny’s Use of Trademarked Terms is Permissible, As No Other Practical Way To Describe Her Exists, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Vol. 18.

SCHNEIDER Gregor, Sınai Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Kullanımı ve Türk Patent Enstitüsü’nün Yeni Marka İnceleme Klavuzları Seminer Notları, İstanbul, 16-17 Şubat 2012.

SEMİZ Özgür, Elektronik Ticarete Fikri Hak İhlalleri ve Aracı Online Alış Veriş Sitelerinin Sorumluluklarının Sınırı Sorunu, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 26/2011.

SMIERS Joost, Telif Haklarının Kaldırılmasına İlişkin Savunma- Fikri Mülkiyet Hırsızlıktır!, Çev. BAŞTÜRK Faruk, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004.

SINGH Sajai, Internet and Advertising in India – Self and Other Regulations, Background Paper for ITechLaw European Conference 2010, Berlin, Almanya, 2010.

SİNEK Simon, How Great Leaders Inspire Action, www.ted.com/talks/simon_sinek_how_great_leaders_inspire_action.html

(26.02.2012).

SOYSAL Tamer, İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık 2005.

SÜEL Selda, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Patent Hakkının Tükenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, *yayınlanmamış yüksek lisans tezi*, 2007.

ŞAHİN Oğuz, Örtülü Reklamların Yaygınlaşma Nedenleri ve Hukuk Sistemindeki Yeri, Ankara, 2004.

ŞENOCAK Kemal, Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali, Batıder, C. XXV sa. 3, 2009.

TAYLAN Esin Çamlıbel, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001.

TEKİNALP Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/ AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. I, Kitap 1, İstanbul, 1992.

TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. I, Kitap 2, İstanbul, 1993.

THORSON Ester/ DUFFY Margaret/ SCHUMANN W. David, The Internet Waits for No One, Internet Advertising Theory and Research, New York (ABD), 2007.

TROXCLAIR Lauren, Search Engines and Internet Advertisers: Just One Click Away from Trademark Infringement?, Washington and Lee Law Review, Volume 62 | Issue 3, Article 11.

[UZUNALLI Sevilay, Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000. \(İnternet\)](#)

UZUNALLI Sevilay, Avrupa Birliği 'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İle Bağlantılı Kavramların Yorumu, İzmir, 2008.

ÜREY Yelda, Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2010.

VAİL Jeff, A Theory of Power, ABD, Universe In., 2004.

YALÇINER G. Uğur, Sınai Hakların Korunmasının Temel Felsefesi ve Sınai Haklarda Sınırlamalar, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004.

YASAMAN Hamdi/ ALTAY Sıtkı Anlam/ AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülurya/YÜKSEL Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. I, İstanbul, 2004.

YASAMAN Hamdi/ ALTAY Sıtkı Anlam/ AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülurya/YÜKSEL Sinan: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. II, İstanbul, 2004.

YASAMAN Hamdi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul, 2005. (Yasaman I)

YASAMAN Hamdi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları II, İstanbul, 2005. (Yasaman II)

YASAMAN Hamdi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III, İstanbul, 2008. (Yasaman III)

YASAMAN Hamdi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları IV, İstanbul, 2012. (Yasaman IV)

YASAMAN Hamdi, Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı' nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978.

YILDIRIM Fadıl Mustafa, Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler, Fikri Mülkiyet Yıllığı [2010], İstanbul, 2011.

YILMAZ Aslan, Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat, Bursa, 2007.

YILMAZ Lerzan, Duygu Sömürüsü Yapan Reklamlar ve Alman Federal Mahkeme Kararları, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 11/2007.

YUSUFOĞLU Fülürya, Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Ticaret Kanunu'ndaki Etkileri, İstanbul, 2009.

YÜKSEL Mehmet, Küreselleşme Sürecinde Fikri Mülkiyet Haklarına Sosyolojik ve Felsefi Açıdan Genel Bir Bakış, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Ekim-Aralık 2004.

ÖZGEÇMİŞ

Eser RÜZGAR, 21 Eylül 1986 yılında Yozgat'ta doğmuş, ilköğretimini Sakarya İlköğretim Okulunda; orta öğretimini ise Bursa'da Emek İlköğretim Okulunda tamamlamıştır. 2004 yılında Bursa Anadolu Lisesini bitiren Rüzgâr, İstanbul Hukuk Fakültesini 2009 yılında "iyi" dereceyle tamamlamıştır ve 2011 yılında İstanbul Barosuna avukat olarak kaydolmuştur. Lisans eğitimini müteakip yüksek lisans eğitimine Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde devam eden Rüzgâr, Türkiye Adalet Akademisi Dergisinde (*Hakemli*), Fikri ve Sınai Haklara İlişkin Davalarda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti (Sayı 6, 2011, s. 383-412); Türkiye Adalet Akademisi Dergisinde (*Hakemli*), Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Uluslararası Acentelik Sözleşmeleri (Sayı 5, 2011, s. 419-450); Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı *Hakemli* Hukuk Dergisinde, Yeni Türk Ticaret Kanununda Azınlık Hakları (Sayı 73-74, 2010, sayfa 83-98); Hukuka Genç Bakış Dergisinde, Karşılıksız Çek Keşide Edilmesinin Bugünkü Hukuki Sonuçları, (Sayı 2, 2009) isimli makaleleri ve Stajyer Avukatın El Kitabını (İstanbul Barosu Yayınları, 2011 – Komisyon-) yayımlamıştır. Eser Rüzgar İngilizce dilini iyi derecede bilmektedir.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : Eser Rüzgâr
Tez Başlığı :Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi
Savunma Tarihi : 12.03.2013
Danışmanı : Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

Prof. Dr. Tekin MEMİŞ

Doç. Dr. Tolga AYOĞLU

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Sibel YAMAK