

**TC.  
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRMA TEHLİKESİ  
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Canan KÜÇÜKALİ**

**Program: Özel Hukuk**

**Tez Danışmanı: Doç. Dr. Hanife ÖZTÜRK DİRİKKAN**

**İstanbul 2008**

**TC.**  
**İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRMA TEHLİKESİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Canan KÜÇÜKALİ**

**Enstitü no:610030009**

**Tezin Enstitüye Verildiği Tarih: 08 Ağustos 2008**

**Tezin Savunulduğu Tarih: 2 Eylül 2008**

**Tez Danışmanı : Doç. Dr. Hanife ÖZTÜRK DİRİKKAN**

**Diğer Jüri Üyeleri: Prof. Dr. A. Necip ORTAN**

**Prof. Dr. Hamdi YASAMAN**

**İstanbul 2008**



## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	I
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	VI
GİRİŞ.....	1
I. TERİM.....	3
II. TANIM.....	6
III. BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ.....	10
<b>A. İLTİBAS VE İKTİBAS</b>	<b>10</b>
<b>B. İNTİHAL</b>	<b>13</b>
<b>C. HAKSIZ REKABET</b>	<b>14</b>

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### TÜRK HUKUKUNDAKİ TEMEL DÜZENLEMELER

I. 556 SAYILI KANUN HÜKMÜNDEKİ KARARNAMEDEKİ DÜZENLEME ÇERÇEVESİNDE KARIŞTIRILMA TEHLİKESİ.....	20
<b>A. TESCİL ENGELİ OLMASI AÇISINDAN KARIŞTIRMA TEHLİKESİ</b>	<b>29</b>
<i>1. Mutlak Tescil Engeli Olması Açısından Karıştırma Tehlikesi.....</i>	<i>29</i>
<i>2. Nispi Tescil Engeli Olması Açısından Karıştırma Tehlikesi.....</i>	<i>31</i>
<b>B. HÜKÜMSÜZLÜK SEBEBİ OLARAK KARIŞTIRMA TEHLİKESİ</b>	<b>36</b>
<b>C. TECAVÜZ YÖNÜNDEN KARIŞTIRMA TEHLİKESİ</b>	<b>39</b>
II. DİĞER DÜZENLEMELER.....	43
<b>A. TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEME</b>	<b>44</b>
<b>B. BORÇLAR KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME</b>	<b>46</b>
<b>C. MEDENİ KANUN'DAKİ DÜZENLEME</b>	<b>46</b>
<b>D. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN'DA YER ALAN DÜZENLEME</b>	<b>48</b>
<b>E. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME</b>	<b>53</b>

**F. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER** **55**

<b>1. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının Eki Olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS).....</b>	<b>56</b>
<b>2. Nis Anlaşması.....</b>	<b>58</b>
<b>3. Direktif.....</b>	<b>66</b>

**İKİNCİ BÖLÜM**

**KARIŞTIRMA TEHLİKESİNİN TÜRLERİ, UNSURLARI VE**

**TESPİTİNDEKİ KRİTERLER**

<b>I. KARIŞTIRMA TEHLİKESİ TÜRLERİ .....</b>	<b>68</b>
<b>A. DOĞRUDAN KARIŞTIRMA TEHLİKESİ</b>	<b>69</b>
<b>B. DOLAYLI KARIŞTIRMA TEHLİKESİ</b>	<b>70</b>
<b>C. GENİŞ ANLAMDA KARIŞTIRMA TEHLİKESİ</b>	<b>71</b>
<b>II. MARKA İLE İŞARETİN KARIŞTIRILMASI TEHLİKESİNİN UNSURLARI ...</b>	<b>75</b>
<b>A. GENEL OLARAK</b>	<b>75</b>
<b>B. MARKANIN ESAS VE YARDIMCI UNSURLARI</b>	<b>79</b>
<b>1. Esas Unsur Olabilecek İşaretler .....</b>	<b>79</b>
a. Ses ve Melodi.....	81
b. Koku .....	85
c. Tat.....	87
d. Renkler .....	88
e. Üç Boyutlu Şekiller.....	93
<b>2. Yardımcı Unsurlar.....</b>	<b>94</b>
a. Betimleyici işaretler .....	95
<b>aa. Mal ve Hizmetin Niteliğini Gösteren İşaretler .....</b>	<b>97</b>
<b>bb. Coğrafi kaynak gösteren işaretler .....</b>	<b>99</b>
<b>cc. Bir meslek/hizmet grubuna aidiyeti gösteren işaretler .....</b>	<b>101</b>
b. Serbest İşaretler .....	102
<b>C. KARIŞTIRMA TEHLİKESİNDE BENZERLİK UNSURU</b>	<b>105</b>
<b>1. Aynı İşaret veya Benzer İşaret .....</b>	<b>105</b>
a. Aynı veya Ayırdedilemeyecek Kadar Benzer İşaret .....	107
b. Benzer İşaret.....	108

aa. Ses benzerliği .....	108
bb. Şekil benzerliği .....	111
cc. Anlam Benzerliği .....	112
2.Aynı veya Benzer Mal veya Hizmet.....	114
a. Aynı veya Aynı Tür Mal veya Hizmet.....	114
b. Benzer Mal veya Hizmet .....	115
<b>D. KARIŞTIRMA TEHLİKESİNİN MUHATABI OLAN TOPLUMSAL ÇEVRE</b>	<b>118</b>
1. Genel Olarak .....	118
2. Hitap Ettiği Kitleye Göre Alıcı Grupları.....	119
a. Her Kesimden Alıcılar .....	123
b. Özel Bir veya Birkaç Alıcı Grubu.....	126
c. Uzmanlık Sahibi Bir Alıcı Grubu.....	127
III. KARIŞTIRILMA TEHLİKESİNİN TESPİTİNDEKİ KRİTERLER.....	128
<b>A. GENEL OLARAK</b>	<b>128</b>
<b>B. AYIRT EDİLEBİLİRLİK ÖLÇÜTÜ</b>	<b>132</b>
1. Markada Ayırt Edicilik.....	132
2. Kullanma İle Ayırt Edicilik Kazanan İşaretler .....	137
a.Kararnamedeki 7/son Maddesindeki Değişiklik Öncesindeki Durum.....	139
b.Kararnamenin 7/son Maddesindeki Değişiklik Sonrasındaki Durum .....	141
<b>C. KARIŞTIRMADA BÜTÜNLÜK ÖLÇÜTÜ</b>	<b>146</b>
<b>D. İŞARETLERİN BİRBİRİNİ ÇAĞRIŞTIRMASI ÖLÇÜTÜ</b>	<b>149</b>
<b>E.MARKALAR ARASINDA BAĞLANTI KURULMASI TEHLİKESİ</b>	<b>150</b>
<b>F. KARIŞTIRILMA TEHLİKESİNİN TESPİTİNDE BİLİRKişİ İNCELEMESİ</b>	<b>151</b>
1. Objektif Görüşün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi .....	151
2. Hakimin Bizzat Karar Vermesi Hali.....	152
3.Bilirkişi İncelemesinin Gerekliği.....	152

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### MARKAYA TECAVÜZLE BAĞLANTILI OLARAK KARIŞTIRILMA TEHLİKESİ YÖNÜNDEN İŞARETİN KULLANILMASI GEREKLİLİĞİ

I. MARKA SAHİBİ TARAFINDAN İŞARETİN KULLANILMASI.....	155
---	-----

II. İŞARETİN MÜTECAVİZ TARAFINDAN MARKA OLARAK KULLANILMASI ZORUNLULUĞU .....	157
<b>A. TESCİLLİ MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN TİCARET ÜNVANI OLARAK KULLANILMASI</b>	<b>158</b>
<b>B. TESCİLLİ MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN İŞLETME ADI OLARAK KULLANILMASI</b>	<b>161</b>
<b>C. TESCİLLİ MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN İNTERNET ÜZERİNDE KULLANILMASI</b>	<b>161</b>
1. Genel Olarak .....	161
2. Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması.....	162
a. Alan Adı Kavramı ve Niteliği .....	163
b. Alan Adının Tahsis ve Tescili.....	164
c. Alan Adı ile Marka arasındaki Karıştırılma Tehlikesinin Tespiti .....	166
aa. Alan Adı ile Marka Arasındaki Ayniyet/Benzerlik .....	167
bb. Aynı/ Benzer Mal veya Hizmet.....	168
cc. Göz önünde Bulundurulacak Alıcı Kitlesi .....	170
dd. Alan Adı Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Sorunlar .....	170
3. Marka Sahibinin Web Sayfasına Link ve Frame Vermesi .....	171
4. Markanın Üçüncü Kişi Tarafından İnternet Teknolojisi Araçları ile Kullanımı .....	175
a. Markanın Meta Tag Olarak Kullanılması .....	175
b. Markanın Anahtar Sözcük Olarak Satışı.....	175
SONUÇ.....	176
KAYNAKÇA .....	179

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>Art</b>	: Artikel
<b>Agb</b>	: Adı Geçen Bülten
<b>Age</b>	: Adı geçen eser
<b>Agm</b>	:Adı geçen makale
<b>ATAD</b>	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
<b>AY.</b>	: Anayasa
<b>AYM.</b>	:Anayasa Mahkemesi
<b>Batider</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BGH</b>	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>BTHAE</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CD.</b>	: Ceza Dairesi
<b>Da</b>	: Danıştay
<b>Dpn.</b>	: Dipnot
<b>E</b>	: Esas numarası
<b>EuGH</b>	:Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Avrupa Topluluğu Adalet Divanı)
<b>FMR</b>	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
<b>FSEK</b>	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
<b>GATT</b>	: General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması)



<b>GRUR</b>	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
<b>GSÜHFD</b>	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>İÜHFD.</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>K</b>	: Karar numarası
<b>KHK</b>	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
<b>MarkenG</b>	: Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (1994 Tarihli Almanya Marka Kanunu)
<b>MarkK</b>	: 551 sayılı Markalar Kanunu
<b>md.</b>	: Madde
<b>MÜHFHAD</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>Mük.</b>	: Mükerrer
<b>N.</b>	: Numara
<b>OJ</b>	: Official Journal (Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi)
<b>OHIM</b>	: The Office for Harmonization in the Internal Market (İç Pazarda Uyum Sağlama Ofisi)
<b>Paris Sözleşmesi:</b>	Sınai Mülkiyetin Himayesi İçin Bir İttihat Teşkilî Hakkında Mukavele
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>S</b>	: Sayı
<b>s</b>	: Sayfa
<b>SPK</b>	: Sermaye Piyasası Kurulu
<b>THD.</b>	: Terazi Hukuk Dergisi
<b>TKHK</b>	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>TPE.</b>	: Türk Patent Enstitüsü
<b>TRIPS</b>	: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu

- vb.** : ve benzeri
- vd.** : ve devamı
- WIPO** : World Intellectual Property Organization
- WTO** : World Trade Organisation (Dünya Ticaret Örgütü)
- Y.** : Yıl
- YD.** : Yargıtay Dairesi
- YİDK.** : Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
- YTD.** : Yargıtay Ticaret Dairesi
- Yönerge** : Avrupa Konseyi'nin 21. 12. 1988 tarihli Üye Ülkelerin Marka Hukukunun Uyumlaştırılmasına Dair 89/104 Sayılı Yönergesi
- Yönetmelik** : 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik
- 40/94 Sayılı AB Marka Tüzüğü:** Topluluk Markasına İlişkin 20 Aralık 1993 tarihli Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü

## ÖZET

### MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRMA TEHLİKESİ

Canan Küçükali

<b>Enstitüsü:</b>	<b>Sosyal Bilimler</b>
<b>Anabilim Dalı:</b>	<b>Özel Hukuk</b>
<b>Tez Danışmanı:</b>	<b>Doç. Dr. Hanife Öztürk Dirikkan</b>
<b>Tez Türü ve Tarihi:</b>	<b>Yüksek lisans – Temmuz 2008</b>

Bu tez çalışmasında marka hukukunda karıştirma tehlikesi ele alınmıştır. Konuyla ilişkili olan Fikri ve Sınai mülkiyet hukukunun dayanağı Türk hukuk mevzuatı; uluslararası anlaşmalar, özellikle 40/94 sayılı AB Topluluk Marka Tüzüğü, 84/104 sayılı Konsey Yönergesi ışığında uyumlaştırılmaya çalışılmıştır.

Çalışmada Türk Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu, Medeni Kanun, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Reklam Yönetmeliğı gibi mevzuatın konu ile ilgili maddeleri de incelenmiştir.

Bu çalışmada karıştirma tehlikesi kavramının tanımı, unsurları, tespiti değerlendirilmesi yapılarak, konuya ilişkin Adalet Divanı kararları, OHIM kararları ve Yargıtay kararları da değerlendirilmiştir.

Çalışma sürdürüldüğü sırada Anayasa mahkemesi tarafından, “Kanunsuz suç ve ceza olmaz.” prensibi gerekçesi ile 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin çalışma konusunun belkemiğini oluşturan bir kısım maddelerini iptal etmesinin, yasamanın konuya ilişkin yasal düzenleme yapmasını hızlandırmaya yardımcı olacağı kanaatindeyiz.

Çalışmanın sonuç bölümünde ise konuya ilişkin değerlendirme ve eleştirilerimiz dile getirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Karıştırma tehlikesi, Fikri Mülkiyet Hukuku, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 84/104 sayılı Konsey Yönergesi, 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü

## **ABSTRACT**

### **THE LIKELIHOOD of CONFUSION on TRADEMARK LAW**

**Canan Küçükali**

**University :** **Istanbul Kültür University**  
**Institute :** **Institute of Social Sciences**  
**Department:** **Private Law**  
**Supervisor :** **Assoc. Prof. Dr. Hanife Öztürk Dirikkan**  
**Degree Awarded and Date :** **MA – July 2008**

This study deals with the “likelihood of confusion on the trademarks”. Turkish legislation on the issue of Intellectual property law has been modified under the light of; the international treaties, EU Trademark Legislation and especially EU directive 84/104 and 40/94 EU Trademark Regulation.

Relevant articles of the Turkish Commercial Code, Obligation Code, Civil Code, Intellectual Property Law and Advertisement Regulation have been criticised in the study.

In this study, the description, compenents and determination of the “likelihood of confusion” have been evaluated. In addition, decisions of the Turkish Supreme Court and the European Court of Justice have been taken into consideration.

While the study was going on, Turkish Constitutional Court annuled related articles of Decree. Annulation of those articles depended on the main principle of Criminal Law that is “No crime and punishment can be without law”. This new

development will cause the reconsidering of relevant issues by the Turkish Grand National Assembly.

Finally, the criticisms and results of this study have been evaluated under the title of the conclusion,

**Keywords:** Likelihood of confusion, trademark, Intellectual property law, EU directive 84/104, 40/94 EU Trademark Regulation.

## GİRİŞ

Fikri ve sınai mülkiyet hukukumuzdaki gelişme ve değişim, ticari alanda doğan ihtiyaçlar gereği uluslararası anlaşmalar ve AB yönergeleri sayesinde hızlı bir biçimde olmakta ve bu gelişmeler, fikri ve sınai hak sahipleri yanında tüketicinin de korunmasının sağlanması biçiminde gerçekleşmektedir.

Ülkemizde 1870 yılında ilk defa Eşya-i Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname ile marka konusunda düzenleme yapılmıştır. İhtiyaca göre 1965 yılında 551 sayılı Marka Kanunu yürürlüğe girmiştir. 1976 yılında, ülkemiz, merkezi, İsviçre'nin Cenevre kentinde bulunan Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Kuruluş Anlaşmasına katılmıştır. 24 Haziran 1994 yılında 544 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname ile Türk Patent Enstitüsü kurulmuş<sup>1</sup> ve 5000 sayılı Kanun<sup>2</sup> ile Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de değişiklikler yapılmıştır. Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelere uyum sağlamak amacıyla AB'ye giriş sürecinde AB'nin markalara ilişkin 89/104 sayılı Yönergesi<sup>3</sup> kaynak alınarak 556 sayılı Markalar Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname<sup>4</sup> yürürlüğe girmiştir. Bu Kararname'de, 4128<sup>5</sup> ve 5194 sayılı Kanun<sup>6</sup>larla bazı değişiklikler yapılmıştır. Sınai mülkiyetin

---

<sup>1</sup> RG, 24.06.1994, 21970 Mük.

<sup>2</sup> RG, 19. 11. 2003, S. 25294

<sup>3</sup> OJ, L 040, First Directive 89/104/EEC of the Council, of 21 December 1988, to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks (OJ EC No L 40 of 11.2.1989, p. 1) <http://oami.europa.eu>, Erişim tarihi:21.03.2008, 11/02/1989 P. 0001 - 0007 AB Konseyi'nin konuya ilişkin 40/94 sayılı Tüzüğü ise (OJ, L 011, 14.1.1994, p. 1.)merkezi bir büroya (OHIM- Office for Harmonization in the Internal Market) tescil ile üye devletlerde aynı hukuki etki ve geçerliliğe sahip olacak Topluluk markası düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK'nın hazırlanmasında bu Tüzük'ten de yararlanılmıştır. Topluluk Markası 1993 tarihinde kabul edilen bu Tüzük'le hayata geçmiş ve OHIM, 1 Nisan 1996 tarihinden itibaren Topluluk Markası başvurularını kabule başlamıştır. Fikri Mülkiyet, [www.abgs.gov.tr/files/Muktesebat\\_Uyum\\_Programi/07\\_FikriMulkiyetHukuku.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/Muktesebat_Uyum_Programi/07_FikriMulkiyetHukuku.pdf), erişim tarihi: 14. 11. 2007; ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, Ankara 2007, s. 266, dpn. 5.

<sup>4</sup> RG, 27.06.1995, S. 22326.

<sup>5</sup> RG,07.11.1995. S 22456 (4128 sayılı Kanun'la), 551 sayılı Markalar Kanunu (RG, 12.03.1965, S.11951) tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>6</sup> RG, 26.06.2004 tarih, S. 25504.

korunması için uluslararası bir birlik oluşturulmasını sağlamak amacıyla oluşturulan Paris Sözleşmesi'ne de Cumhuriyetin ilk yıllarında katılmıştır<sup>7</sup>. Türkiye, 6.3.1995 tarihli 1/95 sayılı AT. İle Türkiye ortaklık Konsey Kararı gereği 31/2 maddesi ve 8 sayılı eki ile fikri mülkiyet haklarını koruma taahhüdüne girmiştir.

Bu çalışmamızda, karıştırma tehlikesi konusu, Türk marka hukuku mevzuatı temel alınarak incelenmiş; ancak bu arada diğer hukuk sistemlerindeki ve özellikle AB hukukundaki durum, karşılaştırmalı olarak doktrin ve yargı kararlarına da değinilmek suretiyle incelenmeye çalışılmıştır. Konunun incelenmesi sırasında, sistemli bir çalışma yürütebilmek için karıştırma tehlikesi kavramının, Türk hukukundaki benzer diğer kavramlardan ayrılması üzerinde durulmuştur. Karıştırma tehlikesinin somutlaştırılması bakımından Türk yargı uygulaması büyük önem taşıdığından; konu ile ilgili Yargıtay kararlarına değinilmiş; ayrıca ATAD'ın yorum kararları irdelenmiştir.

Çalışma içerisinde karıştırma tehlikesi konusu üç bölüm halinde ele alınmıştır. Giriş bölümünde, karıştırma tehlikesi kavramı; Birinci Bölüm'de Türk mevzuatındaki düzenlemeler; İkinci Bölüm'de karıştırma türleri, karıştırma tehlikesinin unsurları ve karıştırma tehlikesinin tesbitinde dikkate alınması gereken kriterler; Üçüncü Bölüm'de karıştırma tehlikesi yönünden markanın kullanılması sorunu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

---

<sup>7</sup> 20.03.1883 tarihli Paris Sözleşmesi'ne Lozan Barış Anlaşması'na bağlı olarak Türkiye, 1911 tarihli değiştirilmiş şekline katılmayı taahhüt etmiş ve 1925 yılında taahhüdünü yerine getirmiştir. Bu Sözleşme'nin 1967 tarihinde Stokholm'de değiştirilmiş bulunan metninin 1 ve 12. maddeleri dışında kalan kısmına, yine bu Sözleşmesinin 20. maddesinin birinci fıkrasına göre katılması Bakanlar Kurulu'nca 08. 08. 1975 tarihinde uygun bulunmuştur (RG, 22.11. 1975, S. 15418). Çekinceler, daha sonra 1994 tarihinde kaldırılmıştır (RG, 23.09.1994, S. 22060). Türkiye Cumhuriyeti Sözleşmenin tüm metnini Bakanlar Kurulu'nun 29.07.1994 tarihli 94/5903 sayılı kararı ile kabul etmiştir. Sözleşme'ye göre Birliğe katılan devlet vatandaşları diğer taraf devlette ikametgâh veya işletmesi olmasa bile diğer devlet vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacaklardır. Tescil için bir birlik ülkesinde başvuruda bulunan kişi, başvurudan itibaren 6 ay içinde diğer devletlerde de markasını tescil ettirmede rüçhan hakkı kazanacaktır. Bu hususta bilgi için bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 267, 268; SADAY, Okay: "Marka Vekilliği Sınavı İçin Marka Hukuku Pratik Notları" (<http://www.turkhukuksitesi.com>) erişim tarihi: 13. 02. 2008; AB ülkelerinin tamamı için gerekli olan, Topluluk Markası tescili (CTM), 1. 4.1996 tarihinde başlamıştır. İspanya'nın Alicante şehrinde kurulan İç Pazarda Uyum Sağlama Ofisi'ne (OHIM) ya da bütün Topluluk Marka Ofisleri'ne yapılacak başvuruları OHIM değerlendirecektir. Türkiye, Paris Sözleşmesi ve WTO üyesi olduğundan, Türk vatandaşları da bu olanaktan yararlanabilecektir. Topluluk markası olarak yapılacak bir tek tescil ile Topluluk ülkelerinde markanın korunması sağlanacaktır. Bkz. EKDİAL, İbrahim: "Tanınmış Markalar ve Uygulamaya Genel Bakış", [http://www.istanbulpatent.com/tr/mak\\_marka\\_taninmis.html](http://www.istanbulpatent.com/tr/mak_marka_taninmis.html), Erişim tarihi: 25.11. 2007.



## I.TERİM

Karıştırılma tehlikesinin temelini oluşturan sözcük olarak marka, “Endüstride, küçük sanatlarda, tarımda yapılan hazırlanan, üretilen veya ticarete satışa çıkarılan her çeşit malı, başkalarinkinden ayırt etmek için bu mal veya mal üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konulan ve bu amaca elverişli bulunan işaretler” olarak tanımlanır<sup>8</sup>.

Doktrinde yapılan tanımlamalardan bir derleme ile marka terimini; bir nesnenin ve özellikle ticari malların, emtianın tanıtılmasına, benzerlerinden ayırt edilmesine yarayan işaretler; Bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, mallarını tanımlayan ve ayırt eden kişi adları dahil bir sözcük, isim, şekil, harf, sayı, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret sembol, araç veya bunların kombinasyonu şeklinde tanımlayabiliriz<sup>9</sup>.

Bu tanımlardan yola çıkarak markada karıştırma tehlikesi, bir mal ya da hizmeti almak isteyen kimsenin almak istediği mal ya da hizmeti aldığını zannederek, başka bir işletmenin aynı veya benzer mal ya da hizmetini alma riskiyle

---

<sup>8</sup> EJDER, Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, s. 519.

9 89/104 sayılı Yönerge'nin 2. maddesi : “Signs of which a trade mark may consist A trade mark may consist of any sign capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.” olarak ifade etmiş ve gerekli unsur olarak, ayırt edebilme yeteneği ve grafik olarak temsil edilebilmeden bahsetmiştir. <http://eur-lex.europa.eu/>, Erişim tarihi: 20. 03. 2008; DÖNMEZ, İrfan: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 2004, s. 1; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 268, 269; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku ,s 339; CENGİZ, age.; OMAĞ, Merih Kemal: “Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması”, Hukuk Araştırma Dergisi, 1991, C. 6, s. 6; ŞANAL Osman: Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara 2004, s. 11-12; ŞANAL, Osman: “Marka Hakkına Tecavüz”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi,, 2005. C. 2, s. 410, YASAMAN, Marka Hukuku, C. I, s. 16; YASAMAN , Hamdi: “Hizmet Markaları”, Batider 1975, S. VIII, s. 80; FIRAT, Aytekin/ERSOY, Hüseyin:” Türk Otomotiv Sanayinde Markaların Tüketici Tercihleri Üzerine Etkisi” Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2006, Cilt 8, S. 1 ( [www.sbe. deu. edu. tr/Yayinlar/dergi/2006/Cilt%208%20Sayi%201%202006/firat-ersoy. pdf](http://www.sbe.deu.edu.tr/Yayinlar/dergi/2006/Cilt%208%20Sayi%201%202006/firat-ersoy.pdf) – erişimtarihi:25.12.2007);“DefineTrademark”(http://www.uspto.gov/web/offices/tac/tmfaq.htm#DefineTrademark, erişim tarihi: 11.01.2008).

karşı karşıya gelmesidir<sup>10</sup>. Burada ilgili mal veya hizmetin alıcısı, almayı düşündüğü mal veya hizmetin aynı yahut bağlantılı bir işletme tarafından üretildiği ya da piyasaya sürüldüğü düşüncesi ile yanlış sonucu başka işletmenin mal veya hizmetini almaktadır<sup>11</sup>. Tüketicinin, bir markayı, bir işletmeye ait mal veya hizmete ait olduğu kanaati ile başka bir işletmenin mal veya hizmetini, marka ile işaret arasında aynılık veya benzerlik nedeniyle alma tehlikesi ile karşı karşıya olması; aksi durumda almak istemeyeceği halde, mal veya hizmeti alması veya alma riskinin doğması durumunda, karıştırma ya da karıştırma tehlikesi ortaya çıkmaktadır<sup>12</sup>.

Karıştırma; benzeşme, karışıklık, aldatıcı benzerlik anlamına gelen “iltibas” kelimesi “iki veya daha çok şeyin, biri öteki sanılacak surette birbirine benzemesi” olarak tanımlanır. Hukuki bir terim olarak karıştırma ise, kişinin kendi fikir ya da sanat eserini veya işletmesini ve ürünlerini, başkasının önceden var olan ürününe benzetmesi ve bundan ekonomik çıkar sağlamak suretiyle dolaylı veya dolaysız olarak önceki ürün veya hak sahibine zarar vermesi şeklinde, olumsuz bir kavram olarak karşımıza çıkar<sup>13</sup>.

Karıştırma tehlikesi, bir tescil engeli olup fiilen meydana gelme dahi tecavüz eylemini oluşturur<sup>14</sup>. Böyle bir tehlikenin mevcut olması ve markanın bu şekilde kullanılması yeterli olup, işaret ile markanın bilfiil karıştırılması şart değildir. Karıştırma fiilen olur ve sonucunda yanlış mal veya hizmet alınır, bu sadece tazminat açısından önem taşır. Bu kavrama, eski Markalar Kanunu’ndan farklı olarak (md. 47)<sup>15</sup>, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de katılarak, 556

---

<sup>10</sup> TEKİNALP Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 407, N. 18; YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku, C. I, s. 400.

<sup>11</sup> YASAMAN, Hamdi: “Tanınmış Markalar”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, İÜHFY, 1978, s. 699; NAZMI, Ocak: “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı”, Prof Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 275.

<sup>12</sup> DİRİKKAN, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara-2003, s. 162.

<sup>13</sup> <http://www.adalet.gov.tr/hukuksoz/hukuksozlugu.htm> BATTAL, Ahmet: “Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, Y. 2000, s. 16.

<sup>14</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 407, N. 18.

<sup>15</sup> 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 47/a, 3. maddesinde karıştırma tehlikesi; “Başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibarıyla ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve ve bu surette iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse, o markanın benzerini kullanmış sayılır.” şeklinde tarif edilmektedir.

sayılı Kanun Hükümünde Kararname ile geniş bir alan getirilmiştir<sup>16</sup>. Nitekim, Kararname'nin 9. maddesinin Anayasa mahkemesince iptal edilen 1/ (b) bendi, "Marka sahibi, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılmasını yasaklayabilir." demiştir<sup>17</sup>. Bu iptal kararını, 89/104 sayılı Yönerge hükümlerini de dikkate alarak, değerlendirdiğimizde, bu fiiller markaya tecavüz olmalıdır. Ancak AYM, bu fiilleri suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi yönünden KHK ile düzenlendiği için iptal etmiştir. Marka Kanunu Tasarısında buna ilişkin Yönerge doğrultusunda düzenleme yapılmış olduğundan kanun yürürlüğe girdiğinde sorun da ortadan kalkacaktır. Aksi halde en çok rastlanan tecavüz biçimi de bu şekilde olduğundan 6 ay sonra artık bu hükmün yürürlükten kalkacağı düşünüldüğünde, bunun marka taklitlerine davetiye demek olduğu görülmektedir. Bu nedenle Markalar Kanunu Tasarısı bir an önce yasalaşmalıdır.

Karıştırma, iki işaret arasındaki şekil, ses, anlam benzerliği veya genel görünüm şeklinde veya seri içine girme yahut çağrıştırma şeklinde olabilir<sup>18</sup>. Karıştırma tehlikesinde tescilsiz veya tescil edilmiş bir markanın daha önce tescil edilmiş bir marka ile şekil, görüntü, ses, genel izlenim gibi sebeplerle ya da aynı yahut benzerliğinden dolayı önce tescil edilen marka olduğu zannını uyandırma tehlikesi vardır<sup>19</sup>.

Yabancı literatürde, tanınmış markalara ilişkin hak ihlali şekillerinin en sık vurgulananları "bulandırma" (blurring) ve "karartma" (tarnishment)dır. Bulandırarak markaya tecavüz, halkın bir markayı görüp asıl bilindik markayı düşünmesiyle oluşur. Halkın kafasının karışıp karışmamasına bakılmaksızın, tanınmış olan marka,

---

<sup>16</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 373; YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku, C. II, İstanbul, s. 778; OYTAÇ, Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Nobel Yay., İstanbul: 2002, s. 167.

<sup>17</sup> YASAMAN, Hamdi: Hukuki Mütalaalar, C. II, İstanbul, s. 180; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 408, N. 19.

Bu bent Anayasa Mahkemesi'nin 3/1/2008 tarihli ve E.: 2005/15, K.: 2008/2 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 5/7/2008 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır. RG. 5.7.2008 tarih, S. 26927.

<sup>18</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 414, N. 18.

<sup>19</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 407, N. 33.

özgün olarak mal ve hizmeti tanımlama kabiliyetinden yoksun kalır. Böylece, bulandırmada, hedef kitlenin algılamasının etkilenmesi sonucunda, iyi bilinen markayı taşıyan malın ya da hizmetin piyasa değeri veya satış potansiyeli azalır.

Karartma şeklindeki taklit ise, markanın düşük kaliteli mallarla ilişkili gösterilmesi veya mal hakkında olumsuz fikirler yaratabilecek bozuk, sağlıksız, zararlı şekilde gösterilmesidir. Bir örnek “Toys R Us” markasını çağrıştıracak şekilde “adults R Us” markası adı ile cinsel ürünlerin satılması olayıdır. Bu tür taklit, eski markayı aşağılama, kötüleme olduğunda oluşur. Örneğin bir böcek ilacı firmasının “hayat olan yerde böcek (bugs) vardır.” sloganını Budweiser bira markasının “hayat olan yerde Bud. vardır.” sloganına benzetmesi, İkon’un Nikon markasını taklidi, McBagel's' in McDonald's'ı taklidi, Polaraid' in Polaroid'i taklidi ve Hester Indus vs. Tyson Foods Wing-Flings'in 'Wing-Dings markasını taklidi bu tür taklide örnek teşkil eder<sup>20</sup>.

Doktrinde Sulandırma (Dilution) olarak bilinen durumda tanınmış marka vasıtasıyla markayı üreten firma tüketici yönünden özdeşleştiğinden tanınmış markanın farklı alanlarda kullanılmasında tüketici tanınmış markanın farklı alanlarda da üretilip pazarlandığını düşünür. Hazıra konma eyleminde ise, markanın tıpatıp benzeri üretilerek tüketiciye sunulur. Tüketici almak istediği mal zannı ile başka bir firmanın taklit ürününü almaktadır <sup>21</sup>. Bulandırma dediğimiz eylem markada karıştırma tehlikesine en fazla sebep olan eylem şeklidir.

## II. TANIM

Yukarıda bahsedildiği şekilde, karıştırma tehlikesi, tüketicinin almayı düşündüğü bir mal veya hizmeti aldığını zannederek başka bir işletmenin aynı veya benzer mal veya hizmetini alma tehlikesiyle karşı karşıya olmasıdır<sup>22</sup>. Tüketici,

---

<sup>20</sup> Avoiding Dilution of Well-known Marks in the US, EU and Asia”, [www.asialaw.com/default.asp?page=14&ISS=23739&SID=683820](http://www.asialaw.com/default.asp?page=14&ISS=23739&SID=683820), Erişim tarihi: 02. 02. 2008.

<sup>21</sup> Avoiding Dilution of Well-known Marks in the US, EU and Asia”, [www.asialaw.com/default.asp?page=14&ISS=23739&SID=683820](http://www.asialaw.com/default.asp?page=14&ISS=23739&SID=683820), Erişim tarihi: 02. 02. 2008.

<sup>22</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 21, N. 69.

işletmeleri karıştırarak, almayı düşündüğü mal veya hizmetin aynı işletme tarafından üretildiği düşüncesine kapıldığı zaman, karıştırılma mevcuttur<sup>23</sup>.

Karıştırma tehlikesi, toplumun marka ile işareti karıştırdığı veya birbirinden ayırt etmesine rağmen; benzerlikleri nedeniyle bu markalar arasında bağlantı olduğu kanısına kapıldığı, bilhassa bunların aynı işletmenin veya ekonomik olarak bağlantılı işletmelerin, farklı ürünlerini işaretleyen seri markası olduğunu düşündüğü durumlarda ortaya çıkar<sup>24</sup>. Tescilli marka ile kullanılan işaret arasında ses, şekil, anlam, görünüm bakımından özdeşlik veya benzerlik bulunmasa dahi halk arasında bunlar arasında bir bağlantı kuruluyorsa karıştırılma tehlikesi vardır<sup>25</sup>. Piyasada en sık rastlanan markalar arası karıştırma örnekleri, Derby-Yeni Derby<sup>26</sup>, Bosch-Boch<sup>27</sup>, Dagi-Agi<sup>28</sup>, Supar-Suparsan<sup>29</sup>, Chanel-Şanel<sup>30</sup> markaları gösterilebilir.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin iptal edilen 1/ (b) bendinde, "Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde işaret ile tescilli markanın arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma tehlikesi olan herhangi bir işaretin kullanılmasını" yasaklayabileceği ifade edilmişti. Tescilli bir marka ile başka bir kimse tarafından marka olarak kullanılan işaret arasında bağlantı olma ihtimali varsa karıştırma tehlikesi mevcuttur. Karıştırılma tehlikesi işaretler arasında bağlantı bulunması ihtimalini de kapsamına almıştır.

---

<sup>23</sup> YASAMAN, "Tanınmış Markalar", s. 691-708; CENGİZ, Dilek: Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz İlgili Mevzuat Danıştay ve Yargıtay Kararları, İstanbul, Beta, 1995, s. 71; OCAK, agm., s. 275.

<sup>24</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 411, N. 28.

<sup>25</sup> EPÇELİ, Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, 2006 İstanbul, s. 7.

<sup>26</sup> HGK. 14. 03. 1963 T, E. 1962/4103, K.1963/1419, Batider, 1964, C. 2, S. 3, s. 485 vd; CENGİZ, age., s. 11.

<sup>27</sup> 11. HD. 19. 02. 2001 T, E. 2000/10455, K. 2001/1394, ORHAN, Ali: Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Markalar, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd Şti, Haziran 2007 İstanbul, s. 86, 87.

<sup>28</sup> YASAMAN, Marka Hukuku ile ilgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, C. II, Eylül 2004, s. 154.

<sup>29</sup> 11. HD, 18. 03. 1991 T., E. 1991/8954 , K.1991/1966, ERİŞ, Gönen, Madde Açıklamalı En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara En-kay, 1992, s. 404, N. 54; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 311.

<sup>30</sup> TTD. 16.10.1953, E. 1953/1697, K. 1953/527, 11. HD. 11. 06. 1991 T., E. 1991/8954, K. 1991/3909, ERİŞ, age., s. 407, N. 58, ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 311.

Evrensel olarak karıştırma tehlikesi, bütün faktörler hesaba katılarak, mal ve hizmetlerin düzenlenmesinde işaretler arasında benzerlik ilişkisi yönünden ilgili muhatapların bakış açısıdır<sup>31</sup>.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de, karıştırma tehlikesi hususunda, ilgili iki madde dikkat çekmektedir. Markalar, sahibi açısından olduğu kadar, halk açısından da önemlidir. KHK 8. maddesinde markanın halk tarafından karıştırılma ihtimalinden bahsedilirken, 9. maddenin iptal edilen 1/b bendinde halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretten bahsedilmekte idi<sup>32</sup>. Markalar Kanunu Tasarısında da iptal edilen bu bent şu şekilde düzenlenmiştir. Tasarının 8. maddesinin 1/b bendi: “Tescili talep edilen marka ile itiraza mesnet gösterilen markanın aynılığı veya benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı veya benzerliği nedeniyle, tescili talep edilen markanın, itiraza mesnet gösterilen marka ile ilişkilendirilmesi olasılığını da içerecek biçimde halk tarafından karıştırılma olasılığı varsa marka sahibinin itirazı üzerine tescil talebi reddedilir.” şeklindedir<sup>33</sup>.

Markalar, sahiplerine pazar sağlayarak, mal ve hizmetler hakkında tüketiciyi bilgilendirirken, yanıltıcı ve alıcının kafasını karıştırıcı olmamalıdır. Bu durumu

---

<sup>31</sup> Bkz. Case T-162/01 Laboratorios RTB v OHIM – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS) (2003) ECJ II-2821, prg. 30-32; Case T-434/05, Gateway v OHMI - Fujitsu Siemens Computers (ACTIVY Media Gateway) prg. 34 (<http://curia.eu.int>. Erişim tarihi: 11.02.2008). “That global assessment of the likelihood of confusion implies some interdependence between the factors taken into account, and in particular similarity between the trade marks and between the goods or services. Accordingly, a lesser degree of similarity between the goods or services may be offset by a greater degree of similarity between the marks, and vice versa (*Canon*, paragraph 17, and *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, paragraph 19). The interdependence of these factors is expressly referred to in the seventh recital in Regulation No 40/94, according to which the concept of similarity is to be interpreted in relation to the likelihood of confusion, the assessment of which depends, among other factors, on the recognition of the trade mark on the market and the degree of similarity between the mark and the sign and between the goods or services identified”.

<sup>32</sup> YASAMAN, Marka Hukuku, s. 189.

Y.11. HD. kararında da, “Mahkemece, "BESTTEST" kelimesinin bu ibareyi taşıyan ürünün, diğerlerine oranla en üstünü olduğunu, test edilmek suretiyle kanıtlandığı izlenimi verecek ve tüketicilerin bu şekilde açıklanan vasıflarla yanıltılmasına yol açacak bir anlam yaratacağı ve aynı nitelikteki ürünler arasında haksız rekabete yol açacak nitelikte olduğu” bahsedilmiştir. Y.11. HD. 9. 06.1997 T, E. 1997/3967 K. 1997/4367, [www.kazanci.com.tr.](http://www.kazanci.com.tr), Erişim tarihi: 10.11.2007.

<sup>33</sup> DERİCİOĞLU, M. Kaan, “Türk Patent Enstitüsü Tarafından Hazırlanan Markaların Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Hakkında Görüş”, Mart 2006, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, S. 5, s. 45.

önlemek amacıyla, ileride bahsedileceği gibi Kararname'de bazı düzenlemelerle buna karşı önlemler alınmıştır.

Karıştırma tehlikesinde, marka olarak kullanılan işaretle, ses, görünüş veya anlam gibi önem arzeden özel unsurlar aracılığıyla ayırt edilme sağlanmaktadır. Bu ayırt edilme sağlanmadığı zaman işaretlerin ve işletmelerin karıştırılması suretiyle, belirli bir işletmenin malı veya hizmeti olduğu düşüncesiyle başka bir işletmenin mal ve hizmetleri tercih edilmekte ya da işletmeler arasında bağlantı olduğu düşünülmektedir. İşaretlerin karıştırılmasında, alıcı bir işareti taşıyan malı diğer işareti taşıyan mal ile aynı olduğunu farzederek almaktadır. İşaretler arası farkı anlamasına rağmen, tüketicinin, aynı işletmeden kaynaklandığını düşünerek malı alması durumunda malların ve işletmelerin karıştırılması söz konusudur<sup>34</sup>. Tanınmış markalarda yeni işaretin, "eski markanın yerine geçer, onun gibi iyi", biçiminde bir mesaj vermesi ile halkın işaretin kullanıldığı mal veya hizmetleri veya işletmeleri karıştırması ya da aralarında bir bağlantı olduğu fikrine sahip olması durumunda, karıştırma olmadan eski markanın tanınmışlığından yararlanma mevcut olur. Bu durumda haksız rekabet veya tanınmış markaya tecavüz meydana gelmekte, fakat karıştırma tehlikesi oluşmamaktadır. Tüketicinin iki markanın işaretlediği malları birbirinin yerine koyamadığı hallerde oluşan bu risk sonucunda, işaretler arasındaki benzerlik nedeniyle toplumun işaretlerin ve sahiplerinin aynı olduğu veya birbiriyle ilişki içinde buldukları şeklinde bir yanılgıya kapılmaları olasıdır. Kişinin belleğinde olayların tam ve eksiksiz olarak kalamaması bu duruma sebep olabilmektedir. Bu durum ise kişinin, görsel ve ses açısından maddenin veya sözcüğün bütün halinde algılaması ve sonrasında nispeten az sayıdaki unsurların akılda kalması bireysel özellik ve unsurların çoğunu gördüğü an sonrasındaki zaman sürecinde unutmasından kaynaklanır<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> DİRİKKAN, age., s. 164.

<sup>35</sup> 11. HD, "VAKİT" isimli tescilli gazetenin, davalı tarafından küçük puntolarla "BEKLENEN" kelimesi başa getirilerek "VAKİT" isimli gazete çıkarılmasında bir markanın görünüş ve telaffuz itibarıyla bazı ufak ilavelerle eşinin veya benzerinin kullanılması, somut olayında davalı şirket tarafından çıkarılan gazetenin vasat dikkat, zekâ ve bilgi seviyesindeki bir müşterinin zihninde özellikle gözlerinde yarattığı umumi intiba itibarıyla davacı şirkete ait "VAKİT" markası ile iltibas yaratarak müşterilerin aldanarak onun yerine davalı gazetesini alarak davacı aleyhine böylece haksız rekabet yaratıldığına karar vermiştir. Y. 11. HD., 29.6.1995 T., E. 1995/4669, K. 1995/5580. www.kazanci.com.tr.

Markaların aralarındaki benzerlik, tüketicinin karşısına bazen bir harf değişikliği veya ses değişikliği ile çıkar. Bu durum anlam olarak, marka terkihi olarak çok farklı ve yeni bir marka ortaya çıkarırsa marka karıştırma tehlikesine yol açmayacağından tescili kabul edilmelidir. Bazen ise markada yapılan bir harf değişikliği sonucunda hiçbir değişiklik olmaz. Lobi-Hobi<sup>36</sup>, Pınar-Üçpınar<sup>37</sup> gibi markalar bir bütün olarak incelendiğinde ayniyet olmadığı görülür. Fakat Yargıtay 11. HD. burada benzer karıştırma tehlikesi bulunduğunu söylemektedir. Bazen markada birkaç harf değiştirildiğinde bile benzer olmaya devam edebilir. Kartanem ile Kartanesi markaları arasında ayniyet düzeyinde benzerlik vardır<sup>38</sup>. Bazen markanın üzerinde küçük oynamalar yapılarak küçük farklılıklar ile önceki tescilli marka ile bağlantılı olduğu izlenimi verilerek tescilli markanın devamı olduğu, bir seri markasının bulunduğu düşüncesinin uyandırılması suretiyle markaya tecavüz dilmektedir<sup>39</sup>. Tüm bu farklılıkların karıştırmaya sebebiyet verip vermediği, marka olan işaretin bir bütün olarak değerlendirilmesi ile ortaya çıkartılabilir.

### **III. BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ**

Hukukumuzda karıştırma tehlikesi kavramıyla iç içe ve çok yakın olan iktibas, iltibas, intihal ve haksız rekabet kavramlarının da incelenmesi gereklidir. Marka ve işaret arasındaki ayniyet veya benzerlik hallerinde, başkasına ait markanın aynen kullanılması olan iktibas ile başkasının markasının toplumun karıştırmaya neden olacak şekilde benzerinin kullanılması olan iltibas sözcükleri karıştırma tehlikesi ile son derece yakından ilgili sözcüklerdir<sup>40</sup>.

#### **A. İLTİBAS VE İKTİBAS**

İltibasta halk, marka ile işareti kullanan işletmeleri karıştırmakta olup düşündüğü işletmenin malı zannederek bir malı almaktadır. Kanun Hükmünde Kararname'nin genişletmesi sonucu bu alan işaret ile tescilli mal arasında bağlantı olduğu ihtimali de karıştırılma tehlikesi kapsamına dahil edilmiştir. Burada halk

---

<sup>36</sup> 11.HD., T 30.11.1999, E. 5356, K. 9805, YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s.397.

<sup>37</sup> 11.HD., T 29.09.2003, E. 2514, K. 8366, YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s.397.

<sup>38</sup> YASAMAN, Mütalaalar, C.I, 28 Mayıs 2003 tarihli bilirkişi raporu, s. 109.

<sup>39</sup> KARAHAN, Sami, "Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları", Fikri ve Sınai Haklar İhlaller & Davalar, 2008, s. 20.

<sup>40</sup> DİRİKKAN, age., s. 174.



aldığı malın başka bir işletmeye ait olduğunu bilmesine rağmen işletmeler arasında ekonomik bağlantı olduğunu zannetmektedir<sup>41</sup>.

İktibas ve iltibas (aldatıcı benzerlik) tüm markada olabileceği gibi markanın belirli unsurları açısından da olabilir<sup>42</sup>. İktibas bir ürünün aynısını yapma, başkasının faaliyetinin benimsenip aynen kullanılmasıdır. İktibasta ürünün aynen kopyalanması gerekmeyip, önemli bazı parçalarının ya da unsurlarının aynen yapılması yeterlidir. İktibas suretiyle haksız rekabette, malın karıştırılması tehlikesini önlemek için kullananın hiçbir girişimde bulunmaması gerekir<sup>43</sup>. Kısmi veya tümüyle yapılan iktibasta, bu amaca uygun ve dürüstlük kuralının ihlal edilmemesi şeklinde olmalıdır. İleride de ayrıntılı olarak bahsedileceği gibi dürüstlük kuralının haklı göstereceği ölçüye uygun olmak şartıyla FSEK 35. maddesi alıntıya izin vermektedir. Ancak, bu hüküm çerçevesinde serbest iktibastan söz edebilmek için, iktibasın eser ve sahibinin adı ve eserde alınan yerin gösterilerek yapılması ve alıntının normal ölçüyü aşmaması gerekir<sup>44</sup>.

Kararname öncesinde yürürlükte bulunan 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47. maddesinde; tescilli bir markanın biçim, anlam veya bunlardan birisi itibarı ile eşini ya da ebat veya renk itibarı ile ya da dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak şekilde değiştirilmiş şeklini kullanan kişinin markayı aynen kullanmış sayılacağı belirtilmekteydi. Ayrıca tescilli bir marka ile toplu olarak bıraktığı umumî intiba nedeni ile ilk bakışta ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanarak iltibasa neden olacak şekilde bir markayı kullanan kişinin markanın benzerini kullanmış sayılacağı öngörülmüştü. Markayı aynen kullanma 556 sayılı KHK'ce benimsenmemiştir. Fakat benzerlik ve iltibas kavramları, yeni düzenlemede mevcuttur<sup>45</sup>. 556 Kanun Hükmünde Kararname'de hem mutlak ve nisbi red nedenlerinde (md. 7, 8), hem de

---

<sup>41</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 408, N. 19.

<sup>42</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997. s. 99; ARKAN Ticari İşletme Hukuku, s. 310; KARAHAN, Sami, "Marka Şekilleri", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s. 56; OYTAÇ, age., s. 17; DİRİKKAN, age., s. 174.

<sup>43</sup> TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku Cilt 1, Hukuki Mütalaalar, Kitap 5, İstanbul 1992-1993, (BTHAE) , s. 10; DİLEK, Cengiz, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz İlgili Mevzuat Danıştay ve Yargıtay Kararları, İstanbul, Beta, 1995, s. 8.

<sup>44</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 149, N. 7.

<sup>45</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 408,409, N. 20,21.

marka hakkına tecavüz hallerinde (md. 9, 61) benzer kelimesine yer verilmiştir. İltibas ise karıştırılma tehlikesi kavramı ile varlığını sürdürmektedir. Başkasının hak sahibi olduğu bir markanın alıcıların karıştırmalarına neden olacak surette benzerinin kullanılması iltibas suretiyle marka hakkına tecavüze neden olur<sup>46</sup>. İktibas suretiyle marka hakkı tecavüzlerinde aynen kullanma olduğundan alıcılar markayı karıştırır<sup>47</sup>.

TEKİNALP'e göre; iltibasın tespitinde kullanılan görsel, biçimsel, anlamsal, fonetik benzerlik, çağrıştırma, 551 sayılı MarkK 7/1 fıkrasında yer alan bütünlük ilkesi, MarkK m. 47 (a) 3'deki umumî intiba, mal veya hizmetin hitap ettiği alıcı grubunun toplumsal düzeyi ve durumu markayı taşıyan mal veya hizmetin ekonomik değeri ve alıcının bu malı almaya ayırdığı zaman, markanın esas unsurları ve tamamlayıcı unsurları ölçütlerinin, bugün de uygulanması gerekir. "Bağlantı olduğu ihtimali" ve 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'deki karıştırılma tehlikesinin gerekli kıldığı diğer ölçütler de bunlara eklenmelidir. "Bağlantı olduğu ihtimali" ölçütü ile benzer mal ve hizmet kavramlarının kapsamı genişletilmektedir<sup>48</sup>.

Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması<sup>49</sup> eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın (TRIPS) 15. maddesine göre; "bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu bir marka oluşturabilecektir. Bu tür işaretler, özellikle kişisel adlar, harfler, sayılar, mecazi unsurları içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür işaret kombinasyonları, marka olarak tescil edilmek için uygun addedilecektir." şeklinde tanımlanmıştır<sup>50</sup>.

MarkK ve TTK'da halkın, marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı işletmeler olduğu görüşüne sahip olarak, yanılığa düşmesi hali olan iltibasa karşılık, 556 sayılı KHK'daki karıştırılma tehlikesinde işaretler arasında benzerlik olmasa ve halk aldığı malın başka bir işletmeye ait olduğunu bilse dahi, tercih ettiği işletme ile

---

<sup>46</sup> CENGİZ, age., s. 8.

<sup>47</sup> OYTAÇ, age., s. 303.

<sup>48</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.409 N. 22.

<sup>49</sup> Bu anlaşma, uluslar arası ticaretteki engelleri azaltmak, sanayileşmiş ülkelerin uluslar arası düzeyde ticari ve sınai mülkiyet haklarının korunması, ulusal ve uluslar arası icra mekanizmalarının kurulması amacını gütmektedir. Agreement Establishing the World Trade Organization, article. III, [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf)

<sup>50</sup> RG, 25.02.1995, S. 22213 Mük.

malını aldığı işletme arasında bir ekonomik bağlantı olduğunu düşünmesi durumu söz konusu olup; bu durumda dahi karıştırılma tehlikesi mevcuttur<sup>51</sup>.

Ticari alanda sıkça rastlanan bu kavram, en çok ticaret ünvanları ve markalar arasındaki karışmada önümüze çıkar. Markalarda iltibas, tescilli ya da tescilsiz bir markanın aynısı ya da benzerini, aynı ya da benzer ürünler ya da hizmetlerde, tescilsiz kullanmak şeklinde olabilir. Bu durum, TTK'nın 56. maddesi vd.'ndaki düzenlenen haksız rekabet ve 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesi ile koruma altındadır. Tescil için başvurusu yapılmış ya da tescil edilmiş bir markanın aynısını ya da benzerini, aynı ya da türdeş hizmetlerde kullanmak üzere tescil ettirerek kullanma şeklinde bir iltibas durumunda birinci marka ile tamamen aynı ya da en azından kolaylıkla ayırt edilemeyecek kadar aynı olması halinde, mal ya da hizmet alıcıları yönünden bir iltibas ve dolayısı ile bir haksız rekabet ve bir haksız fiil oluşturur. Bu kullanma aynı zamanda marka tecavüzünü de oluşturur. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında bu durum yeni düzenleme yapılmadığı takdirde yürürlüğe girdiğinde tehlikeli hale gelecektir. Bu durumun varlığı, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek tescilin önlenmesi sağlanır<sup>52</sup>.

## B. İNTİHAL

Türk Dil Kurumu'nca aşırma, çalıntı olarak tanımlanan intihal<sup>53</sup>, “bir kişinin eserinde başka kişilerin ifade, buluş veya düşüncelerini kaynak göstermeksizin kendisine aitmiş gibi kullanması, Bir kitabın sözlerini ve müzik bestesinin havasını değiştirerek ya da belirli biçimde sözlerini ve havasını vererek kendi yapıtı gibi gösterme” eylemidir. Kanunlarca tanımlanmamış bu terim, sahibinin adından

<sup>51</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 408, prg. 26, n. 19; EPÇELİ, age., s. 7.

<sup>52</sup> BATTAL, Ahmet, “Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, Y. 2000, s. 17; ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, s. 421; 7. CD.'nin 11.03.2002 tarih ve E. 2002/695 K. 2002/2988 sayılı CALVIN kararı (“...556 sayılı K H K.'nin 9/1-b bendinde tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması marka tescilinden doğan hakkın ihlali olarak sayılmış olup, dava konusu ürünün erkek kot pantolonu olması halinde dahi marka sahibinin marka hakkı kapsamında erkek kot pantolonu da ürettiği yönünde alıcısında kanaat oluşturabilir.”, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi:17.03.2008.

<sup>53</sup> <http://www.tdkterim.gov.tr/?kelime=intihal&kategori=terim&hng=tm>, Erişim tarihi: 04.08.2008.

bahsetmeden bir eseri kısmen veya tamamen, doğrudan veya dolaylı yansıtan her alıntıdır. Türk hukukunda fikir ve sanat eserleri hukuku yönünden, intihale ilişkin hüküm bulunmadığından, hangi hukuk davasının açılacağı düzenlenmemiştir, FSEK 71. md.'sinin 3. bendinde başkasının eserine kendi eseri olarak gösterme suçu olarak düzenlenmiştir<sup>54</sup>. Bu durum, alıntı ifadeler ve fikirler için kaynak göstermemek, alınan ifadeleri tırnak içinde yazmamak ve kaynak göstermemek şeklinde olabilir<sup>55</sup>.

### **C. HAKSIZ REKABET**

Hukuka aykırılık halleri sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil şeklinde olabilir. Haksız rekabet, haksız fiil türlerinden en önde geleni olup, BK. 48. maddesi ve TTK. 56. vd. maddelerinde düzenlenmiştir

TTK. 57/5 maddesinde, “Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesi ile iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, özellikle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtaları ile iltibasa sebebiyet veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek satışa arzetmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebep ile olursa olsun elinde bulundurmak” eylemleri haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir. Haksız rekabetin oluşması için kusur şart olmayıp, bunun sonucunda doğan zarar ve ziyanın tazmini talebinde aranan gerekli unsurdur<sup>56</sup>.

Yasalarımızdaki bu genel hükümlerin iltibas önlemede yeterli olmaması nedeniyle, iltibasa konu olacak haklar veya varlıklar konusunda ortaya çıkabilecek ihtilafları da önlemeyi sağlamak amacıyla yasal düzenleme yapılması ihtiyacı doğmuştur<sup>57</sup>.

İltibasın varlığı için orijinal olmayan bir şey olmalı ve bunun başkasının malları iş mahsulleri faaliyeti ve ticari işletmesi ile karışıklığa meydan vermesi veya

---

<sup>54</sup> TEKİNALP Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 148, N. 3, 4

<sup>55</sup> <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0ntihal>

<sup>56</sup> DOĞANAY, age., s. 386.

<sup>57</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 385.

buna uygun tedbirlere başvurulması, özellikle başkasının haklı olarak kullandığı, isim, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarının kullanılması gerekir<sup>58</sup>.

İktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz eylemine işaretin mal veya ambalaj üzerine konulması ya da işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi, bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması yahut işareti taşıyan malın, ithali veya ihracı ve teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması halleri de girmektedir<sup>59</sup>.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin 1/ (a) bendi; Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması veya Anayasa Mahkemesince iptal edilen (b) bendi tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması hallerinde marka sahibinin izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisinin olduğu düzenlenmektedir<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 306, dpn. 18; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2001, s. 286 vd. dpn. 19; ÜLGEN/TEOMAN /HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, age., s. 421; Y.7. CD. 1986 yılında bir LPG gaz firmasının başka bir gaz firmasının tüplerini doldurduktan sonra kendi firmasının bandrolünü tüpün üzerine yapıştırıp satışa arz etme eyleminde iltibasa bulunmadığı ve haksız rekabetin oluşmadığına, karar vermişken sonraki yıllarda görüş değiştirmiş ve boş tüpleri depoda bulundurma eyleminin TTK 57/5 md.'ndeki haksız rekabet suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir. BATTAL, a.g.m., s. 133. Yargıtay'ın bu tür kararlarında LPG tüplerinde iltibasa araştırırken tüplerin orijinal olup olmadığı hususunun araştırılmadığı gözlenmiştir. Halbuki; TTK. 57/b. 5 md. İltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmamak lafzıyla bu eylemin bu madde bağlamında bir ihlal sayılması için öncelikle iltibasa yol açan bir ürünün varlığı şarttır.

<sup>59</sup> ÜLGEN/TEOMAN /HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, age., s. 422; Y. 7. CD. "sarığın sahibi bulunduğu şirketi adına kare içinde "Dereiçi" şeklinde yazılı ve tescilli markayı, imal ettiği çay ambalajları üzerine, müdahilin sahibi bulunduğu marka ile renk, şekil, ebat, görünüm, yazı ve dizayn benzerliği yaratarak iltibasa meydan verecek şekilde basmak suretiyle Markalar Kanununa muhalefet etmek eyleminde, her markanın tescil edildiği gibi kullanılması esas olup sarığın yukarıda belirtilen unsurlar yönünden eklemeler de yaparak kendi ürettiği çay ambalajları üzerine, müdahilin markası ile iltibas yaratacak şekilde basıp kullanmasında Markalar Kanununa muhalefet suçunun oluşacağı"nı kabul etmektedir (23. 6. 1992, K.1992/1865, E. 1992/3830) ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 11.03.2008).

<sup>60</sup> YHGK 7. 6. 2006 T., E. 2006/11-338, K. 2006/338, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). , Erişim tarihi: 11.03.2008; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku,2005, s. 408, N. 19.

Anayasa Mahkemesinin 3.1.2008 tarihli 2005/15 Esas ve 2008/2 sayılı kararı<sup>61</sup> ile devamlı tartışılmalan Kanun Hükümünde Kararname ile suç ve cezanın düzenlenemeyeceği ilkesi gereği bu aykırılık giderilmiştir.

AYM'nin bu kararında 556 sayılı KHK'nın 9/1 (b) ve 9/2 (b) bentlerinin 61. maddenin (a) ve (c) bentlerinin ve 61/A maddesinin (c) bendinin Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırılığına ilişkin inceleme yapılmış ve inceleme sonucu 9. madde üzerindeki incelemede; Anayasanın 38. maddesinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağının belirtildiği ve Anayasanın 91. maddesinde TBMM'nin Bakanlar Kuruluna Kanun Hükümünde Kararname çıkartma yetkisi verdiği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin Kanun Hükümünde Kararname ile düzenlenemeyeceğini bu nedenle 9. maddenin 1/b ve 2/b bentlerinin Anayasanın 38. ve 91. maddelerine aykırı olduğuna hükmedilmiş ve Resmi Gazete'de yayınlanması tarihinden 6 ay sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu şekilde Kanun Hükümündeki Kararname'nin 8. maddesinin 1/b bendinin tekrarı niteliğinde görölerek doktrinde gereksiz olduğu yolundaki eleştirilen 9. maddenin 1/b bendine ilişkin de son noktayı koymuştur. Anayasa mahkemesinin iptal kararı sonucu tanınan altı aylık süre sonucu yasal düzenleme yapılmadığı takdirde bir boşluk doğacak ve tecavüz eylemlerinin önüne geçilmez bir hal alacaktır. Markalar Kanunu Taslağının bir an önce kabul edilerek yasalaşması sonucu bu boşluk doldurulacaktır.

Marka suçları 3 Kasım 1995 tarih ve 4128 sayılı Kanun'un 5. md.'si ile 556 sayılı Kanun Hükümünde Kararname'de düzenlenerek suç ve cezaya ilişkin hükümler, Kararnameye 61/A maddesinin eklenmesi ile oluşturulmuş 2004 yılında maddede 5194 sayılı kanunun 16. md ile değişiklik yapılmıştır. Yukarıda da bahsedildiği şekilde yoğun bir şekilde eleştirilen bu madde de Anayasa Mahkemesi'nin 3.1.2008. tarihli kararı ile iptal edilmiş<sup>62</sup> ve yayını tarihinden sonrasında altı aylık bir yürürlük süresi konulmuş olup Markalar Kanunu bu süre sonunda yasalaşmadığı takdirde cezai açıdan bir boşluk doğacak dolayısı ile tescilli markaların korunmasına yönelik marka sahipleri mağdur olacaklardır.

<sup>61</sup> RG. 5.7 2008 tarih, S. 26927.

<sup>62</sup> Anayasa Mahkemesinin 3.1.2008 tarihli, 2005/15, K. 2008/2 kararı.

Markalar arasındaki görsel, işitsel ve kavramsal benzerliklerin değerlendirilmesi karıştırma tehlikesinin tespitinde önem taşır.

ATAD'ın 13.09.2007 tarihli C-234/06 nolu Bridge kararında da, karıştırılma tehlikesinde özellikle iki tarafın markalarının işaretlerindeki benzerlikler ile hizmet veya malların benzerliklerinin değerlendirilmesi gerektiğini söyleyen mahkeme, iki marka arasındaki görsel, işitsel ve kavramsal benzerlikleri karşılaştırarak bunların karışma tehlikesine sebebiyet verip vermediğini değerlendirmesini yapmıştır. Topluluk şekil markası olan Bainbridge'in markalarının seri ve sınıfları için OHIM'e, Bridge şekil ve üç boyutlu markasına itirazında itirazın reddi üzerine ilişkin kararın iptali talebi ile ATAD'a başvurmuş ve ATAD kararında yeterli derecede benzerlik bulunmadığını belirterek karıştırılma tehlikesinin bulunmadığından bahisle talebi reddetmiştir. 40/94 sayılı Tüzüğün 8/1 (b) ve 15/1 md.'ne göre; eski marka sahibinin itirazının, ikinci markanın tescil başvurusunun ilanından itibaren geriye doğru 5 yıl içinde Topluluk'ta ciddi kullanımını yahut 5 yıldan az kullanımın geçerli mazeretini ispatlaması halinde kabul edileceği; aksi halde reddedileceğini; kullanımın ispatının; paket, etiket, fiyat listesi, kataloglar, fatura, fotoğraf, gazete reklamları ve yazılı açıklamalar gibi eşya ve dökümanlarla sınırlı olduğunu; benzerlik sonucunda, her iki marka arasında tüketici karıştırmasına sebep olabilecek yahut her iki markanın aynı veya ilgili ticari işletmeye ait ve aynı serinin parçaları olduğuna inanmasına sebep olabileceği durumunun ortaya çıkabileceğini, bu durumun iki markanın doğrudan karıştırılma tehlikesi olmadığı durumlarda bile meydana geleceğini kabul etmiştir. Bununla beraber piyasada markaların marka sahibince ciddi kullanımının ispatının yanı sıra markanın, seri markalarına benzerlik göstermesi, aynı zamanda seri ile bağlantı ihtimali de göstermesi de gerekir. Karara göre, marka tanınmış ve yeterli yaygın kullanımı var ise ortalama tüketici açısından aynı unsuru içeren benzer mal ve hizmetleri kapsayan herhangi bir marka ile ürünlerin aynı menşeli olduğu farzedilir. Buna karşın piyasada hiç kullanılmamış markalar ile aynı unsurları içeren diğer markanın serisi ile bağlantı kurması veya ortak unsurları ayırt edebilmesi hiçbir tüketiciden beklenmez. O nedenle, toplumun, tescil başvurusu yapılmış olan markanın, dahil olduğu marka ailesi veya serisi hususunda yanıldığından söz edebilmek için, daha önce tescil edilmiş olan markanın dahil olduğu marka ailesi veya seriye ait markaların piyasada kullanılmış olması da gerekir. Mahkeme, 40/94 sayılı Tüzüğün 8. md 1/ (b) bendi anlamında karıştırılma

tehlikesi bulunmadığını, bunun için benzer markaların aynı sınıf mal veya hizmetlerde ortalama tüketici tarafından bir serinin biçimleri olarak değerlendirilmesi için yeterli derecede ciddi kullanım gerektiğini; sembolik kullanımın yeterli olmayacağını belirterek talebi reddetmiştir<sup>63</sup>.

“Umumi intiba”, markanın alıcılarının akıllarında kalan izlenim, onların zihinlerinde bir anda uyandırdığı imaj ve çağrışımlar ile markanın ve ambalajının akılda kalan ve fazla net olmayan resmidir. “Toplu intiba”da bir sözcük veya sembol ya da bir slogan bağlantı noktası, çağrışım unsuru olarak rol oynayabilir. Bir otomobil alırken toplu intiba hiç rol oynamaz. Bir makine kompleksinde de toplu intibanın hiçbir etkisi yoktur. Çünkü makine uzmanlara inceletirilir. Uzman incelemesinin olduğu yerde toplu intiba yoktur. İnceleme, düşünme zamanı olmayan ürünler için daha önce alınan bir ürünün akılda kalan resminin yardımı ile raflardaki bir ürün alınabilir. Tüketici ayrıntılı düşünmeden anlık olarak önceden almış ve memnun kalmış olduğu bir margarinin aklında kalan paketi veya şekli reyonda gördüğü bir margarine benzediği takdirde aradığını bulduğunu düşünerek bu margarini alır. Bu mallarda toplu intiba reyonlarda veya raflarda ilk bakış ile oluşur.

Burada mal veya hizmetin pazarlanması, cazip hale getirilmesi ve tercih ettirme etkenleri de toplu intibaya etkili olur. KHK.’nın bağlantı olduğu ihtimaline yer vermesinin sebebi bu çağrıştırmaya unsurudur<sup>64</sup>. Markalar arasında zihinsel bağlantı esnasında, tanınmış markaya odaklanan tüketicinin ilgisi dağılabileceği gibi yeni

---

<sup>63</sup> ECJ, Case C-234/06 P II Ponte Finanziaria SpA, 29 March 2007.

1998 yılında Marine Enterprise Projects Topluluk markası olarak Nis Sözleşmesi'ndeki 18 ve 25. Sınıfındaki mallar ile ilgili şekil işaretini marka olarak tescil etmek için başvuruda bulunur ve 1999 yılının haziran ayında başvuru ilan edilir. Ponte Finanziaria şirketi İtalyan marka düzenlemesi 8/1 b maddesine göre bu tescil başvurusuna itiraz eder. OHIM 17 Mart 2003 tarihinde markalar arasında görsel fonetik veya yazılış yönünden benzerlik bulunmadığı ve karıştırma tehlikesinin olmadığı sonucuna vararak itirazı reddeder. Mahkeme, “1. gruptaki mal sınıfları için yeni marka tesis edilmediğini ve davalının markayı kullanımı konusundaki delillerin, markanın başvurulduğu listedeki 3. gruptaki mallar açısından eskisi ile karşılaştırıldığında yetersiz olduğunu ve markalar arasında görsel, fonetik ve kavramsal benzerlik olmadığını” bahsederek 4. Temyiz kurulunca Topluluk Marka Tüzüğü'nün 8. md. 1/b bendi anlamında karıştırılma tehlikesinin olmadığına karar vermiş ve başvuruyu reddetmiştir (ECJ, 29 March 2007 Case C-234/06 P II Ponte Finanziaria SpA, Erişim tarihi: 24. 02. 2008). Mahkeme bu kararında işletmeler arası bağlantı olmasına ilişkin önceki kararlarını emsal göstererek, Case T-104/01 Oberhauser v OHIM – Petit Liberto (Fifties) (2002) ECJ II-4359, prg. 25 ve 26; Case C-39/97 Canon (1998) ECJ I-5507, prg. 16 ve 29, ve Case C-342/97 Lloyd Schuhfabrik Meyer (1999) ECJ I-3819, prg. 17 ve 18'e atıf yapmıştır. <http://curia.europa.eu/jurisp/>

<sup>64</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 414 N.. 34.



Üretilen mal veya hizmet daha düşük kalitede olduğu takdirde tanınmış marka itibarını yitirerek zarar görebilir veya itibarı aınabilir<sup>65</sup>. Markalar dnlrken marka sahibi markanın sunulan mal veya hizmetin tüm özelliklerini içermesinin yanı sıra tüketicinin ilgisini çekecek onda ilgi uyandıracak nitelikte olmasına dikkat etmektedirler Tüketicinin markanın ait olduğu ürün veya hizmeti tanıyıp değerlendirmesi onun satın alma hususunda arzusunu da etkiler<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> YASAMAN, Hukuki Mütalaalar, C.II, s. 141.

<sup>66</sup> SUMROY, Rob/BADGER, Carina: "Examination of The Illegal Use of The Trademark With Respect to Its Main Function- Markanın Esas Fonksiyonu Yönünden Yasa Dışı Kullanımının İncelenmesi" (eviren: SERT, Selin) FMR. Y. 7, C. 7, S. 3, s. 73.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### TÜRK HUKUKUNDAKİ TEMEL DÜZENLEMELER

#### I. 556 SAYILI KANUN HÜKMÜNDEKİ KARARNAMEDEKİ DÜZENLEME ÇERÇEVESİNDE KARIŞTIRILMA TEHLİKESİ

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye göre bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markanın aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerde kullanılmak üzere tescili talebi KHK.'nın 7. maddesinin 1/(b) bendi uyarınca mutlak olarak red edilir<sup>67</sup>. Mutlak red nedenleri işaretin niteliğinden kaynaklandığından itirazdan feragat edilemez ve TPE tarafından resen nazara alınır<sup>68</sup>. TRIPS 16. maddesinin 1/2. cümlesi aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılmasında karıştırma tehlikesinin varolduğunun farzedileceğini öngörmüştür. Böyle bir durumda, yani ayniyette tescilli marka ile tescil talebinde bulunulan ikinci marka arasında karıştırma tehlikesinin bulunup bulunmadığını tesbite yönelik olarak başkaca bir araştırma gerekmez. Buna karşılık, KHK'nın 8/1(b) bendine göre tescilli markanın benzerinin, bir başka kişi tarafından tescil edilerek, aynı ya da aynı tür mal ya da hizmetler için kullanılması halinde, halk arasında karıştırılma tehlikesi mevcut olduğu durumda önceki marka sahibi tescile itiraz edebilir. Buradaki karıştırılma tehlikesi iki marka arasında bağlantı olduğu ihtimalini de kapsar. Halk tarafından karıştırılma tehlikesinin olmadığı durumlarda yeni işaretin tescili açısından sorun yoktur, tescil mümkündür<sup>69</sup>. İki işaret arasında şekil, ses, anlam benzerliği, seri içine girme veya çağrıştırma yolu ile karıştırılma ihtimali doğabilir<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Kararname'de "ayırt edilemeyecek kadar aynı mal ve hizmetle ilgili" ifadesi 4128 sayılı Kanun'la 22.06.2004 tarihinde "aynı türdeki mal ve hizmetle ilgili olarak" şeklinde değiştirilmiştir. Kararname'nin 8. md.'nin 1/a bendinde aynı mal veya hizmetten, 1/b bendinde ise aynı veya benzer mal veya hizmetten bahsetmektedir.

<sup>68</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 377, N. 3, 4.

<sup>69</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 103; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, prg.26, s. 408, N. 19; YASAMAN, Marka Hukuku, C. II, s. 778; DİRİKKAN, age., s. 161.

<sup>70</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, prg. 26, s. 414, N. 33.

Kararname'nin 8. maddesinin 1/ (a) bendinde, tescil için başvurusu yapılan markanın, tescilli veya daha önce tescil başvurusu yapılmış bir marka ile aynı olması ve aynı mal ve hizmetleri kapsamaması, 8. md 1/ (b) bendinde ise tescili istenen markanın tescilli veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer olması ve tescilli veya daha önce tescil başvurusunda bulunulan bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer olması halinde, tescil edilmiş veya tescil başvurusunda bulunulmuş bir markanın halk tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunması ve bu karıştırılma ihtimalinin tescilli veya tescil başvurusu yapılmış bir marka ile bağlantılı olduğu ihtimalini kapsamaması durumunda, başvurunun nisbi red sebebiyle reddedileceği düzenlenmiştir.

Marka hakkının ihlali için markalar arasında karıştırılma tehlikesi olmasa dahi Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 1/b bendi tescilli marka arasında bağlantı kurma ihtimali de dahil karıştırılma tehlikesine değinmekteydi. Karıştırılma tehlikesi için bağlantı kurma ihtimali yeterlidir. ATAD kararlarında da markanın belirli bir tanınmışlığa sahip olması varsayımında, halkın benzer olmayan mal ve hizmetler bakımından dahi iki marka arasında bir bağlantı kuracağı ve netice itibarıyla önceki markanın zarar göreceği belirtilmektedir<sup>71</sup>.

Korunma; 556 sayılı KHK'nın 6. ve 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca markanın tescili ile ve üçüncü kişiler yönünden ise tescilin ilan edilmesi ile başlar. Ancak, önceden dava açılabilir. Fakat mahkeme tescil ilanından önce karar veremez. Tescilli bir marka üçüncü kişiler tarafından, dürüstlük kuralı ihlal edilmediği sürece sahibinin izni olmadan kullanılabilir. Bu, marka sahibine tanınan inhisari ve mutlak hakkın üçüncü kişilerin ticari faaliyetlerini kısıtlamamak amacıyla 556 sayılı Kararname'nin 12. maddesinde düzenlenen bir istisnadır. Aynı zamanda Kararname'nin 5. maddesindeki markanın tanımından kaynaklanan korumaya getirilen bir sınırlamadır. Buradaki inhisari hakkın mevcudiyeti konusunda doktrinde değişik görüşler mevcuttur<sup>72</sup>. Kanaatimce, markanın münhasır kullanım hakkı tescilli mal ve

---

<sup>71</sup> ECJ C-375/97, 14. 09. 1999, General Motors Corporation-Yplon SA, YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s. 375; YASAMAN, Mütalaalar, C. I, s. 37.

<sup>72</sup> TEKİNALP, 556 sayılı KHK ile tescil ilkesine getirilen istisnaların hiçbirisinin tescil ile getirilen gerçek hak sahipliği karinesini kaldıramayacağını belirtmektedir. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 324; TEKİNALP, "Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu", Prof, Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul,

hizmetlere ilişkin olması gerekir. Marka tescil ettirildiğinde, inhisari kullanım hakkı sadece tescilli olduğu mal ve hizmetler için doğar, hatta marka tanınmış olsa bile diğer mal ve hizmetler için de inhisari yahut öncelikli kullanma hakkı olmaz.

Marka olarak tescil edilemeyen işaret, ses veya sözcük kullanma sonucu ayırt edicilik kazanmış ve marka olarak tescil edilmiş ise üçüncü kişilerce 12. madde sayesinde kullanılabilir<sup>73</sup>.

Burada tanınmış markalara ilişkin korumaya da değinmek gerekir. Tanınmış marka tescilsiz de korunur. Bununla kastedilen, tanınmış marka, 9/I (c) çerçevesinde tescilsiz olduğu mal ve hizmetler için dahi korunur. Yeter ki belli mal ve hizmetler için tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış olsun ve tanınmış marka olsun. Burada tanınmış markaya tescil edilmediği mal ve hizmetleri de kapsayan bir koruma sağlanmıştır. Tescil edilmese dahi tanınmış marka üçüncü kişilerce aynı mal veya hizmetler için marka olarak tescil edilemez. Tanınmış marka KHK'nın 6. maddesi çok açık olduğundan KHK 9/1(c) ve 8/IV fıkrası açısından 61. ve 61/A maddelerine göre değil, haksız rekabet hükümlerine göre korunur<sup>74</sup>.

Tescilli marka sahibi 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de öngörülen hükümler çerçevesinde markasını korumak amacıyla yararlanabileceği gibi,

---

İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1997, s. 470; KARAHAN da aynı görüştedir. KARAHAN, Sami: Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat, Konya Mimosza, 1996, s. 35; TAYLAN, ise marka tescilsiz olsa dahi haksız rekabet hükümlerine göre dayanılacağından münhasıran bir hakkın var olduğunu söyler. TAYLAN, Esin Çamlıbel, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s. 51, 52; EPÇELİ, age., s. 29, dñn. 91.

<sup>73</sup> TEKİNALP, Ünal: "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması", Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 638; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, 2005, N. 45, s.374.

<sup>74</sup> Yargıtay tanınmış markanın korunması için Türkiye'de tescilin şart olmadığını LECCE PEN GREEN kararında belirtmiştir. YHGK. 19. 11. 2003 T, 2003/11-578 E, 2003/703 K, "556 sayılı markaların KHK 7/1, (b) md.'ne göre aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetle ilgili tescil edilmiş veya daha önce tescili için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırtedilemeyecek kadar aynı olan markalar tescil edilemez. Yine 8/1, (b) md. hükmü uyarınca daha önce tescil edilmiş veya daha eski tarihte tescili için başvuruda bulunulmuş marka ile karıştırılma ihtimali bulunan marka tescil edilemez. Mutlak red sebepleri Enstitüce kendiliğinden dikkate alınarak incelenmesi gerektiği gibi uyuşmazlığın yargıya intikal etmesi halinde mahkemelerce de resen incelenmesi gerekir. Çünkü mutlak red sebepleri bir defa olmayıp birer itiraz sebebidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık gerek YİDK, gerekse mahkemece davacının markasının tescili için yaptığı başvuru tarihine göre çözümlenir. YİDK.'da o tarihte bilinmediğinden değerlendirilemez. Davaya konu davalı işlemi tesis edildiği tarih itibarıyla yasaya uygun olup iptali için geçerli neden bulunmamaktadır." TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 389, prg. 25, n. 32; YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s.211.

markasının sahip olduğu tanınmışlık, meşhurluk ve marufluk nedenleriyle genel hükümlere dayanarak haksız rekabet hükümlerinden de faydalanabilir. Markanın tescili sadece bazı durumlar için düşünülen yükseltilmiş bir koruma yoludur. Buna rağmen marka sahibi, genel hükümlere göre koruma hakkına sahip olmaya devam eder. Markasını ihdas, istimal ederek maruf hale getirerek üzerinde hak sahibi olan, fakat markayı tescil ettirmeyen kimseye kanun koyucu öncelik vermekle birlikte tescilde ihmal göstermesini hak düşürücü süreye bağlamaktadır<sup>75</sup>. KHK 8/III. fıkraya aykırılık varsa herhangi bir süreye bağlı olmadan KHK.'nın 42/(b) maddesine göre hükümsüzlük davası açılabilir. Sadece sessiz kalma yolu ile hak kaybında KHK 42/ (a) yönünden sadece Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka yönünden 5 yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür. Tescil kötü niyetli olduğu takdirde süre yoktur. Ama Yargıtay bütün markalar için bu 5 yıllık süre olmalı demektedir. Oysa Kararnamede buna ilişkin bir düzenleme yoktur. Yargıtay'ın bu uygulaması kanaatimce isabetli değildir. Hukukumuzda tescilsiz markalar TTK.'ndaki haksız rekabet hükümlerine göre tescil engeli olması açısından sınırlı olarak korunmaktadır. Yargıtay 11. HD. Kararlarında tescilsiz tanınmış marka hakkında genelde tescile itiraz ve haksız rekabet çerçevesinde karar vermektedir. Çünkü, KHK'da açıkça korunma için markanın tescilli olması gerektiği düzenlenmiştir. Marka tescilli değilse olayda KHK 61'de öngörülen davalar ile 61/A uygulanamaz. Olsa olsa haksız rekabet hükümlerine göre korunması gerekir.

1995/1 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile AB ile Türkiye arasında kurulan Gümrük Birliği ve 17 Aralık 2004 tarihinde AB'ye üyelik adaylığı çerçevesinde, hızlandırılmış bir biçimde marka ile ilgili AB ve dolayısıyla uluslar arası mevzuattaki

---

<sup>75</sup> ALCAN, Emre: "Marka ve Marka Hakkının Korunması", [www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/marka\\_hakki\\_korunmasi.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/marka_hakki_korunmasi.htm), erişim tarihi: 23. 11. 2007; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 389, prg. 32; POROY/TEKİNALP, "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, BTHEY 1990, s. 340 ; Daire DOLCE VITA kararında, "İsviçre-Türk markalar hukuku, marka üzerindeki hakkın iktisabı ve korunması ile ilgili olarak üç önemli ilkeye dayanır. Marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı, ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir. buna "gerçek hak sahibi" denilir ve bu tescil açıklayıcı etkiye sahiptir. Buna mukabil bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin seçip tescil ettiren kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Ancak, bu tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etkiye sahipliği devam eder. çünkü, hakiki, gerçek hak sahipliği ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak vermez. Markanın hakiki hak sahibi markasının aynısını veya tefrik edilemeyecek benzerini, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin, sonradan tescil edilmiş markanın terkinin istenebileceği kabul edilmektedir." diyerek hükmü davacı yararına bozmuştur. (11.HD. 6.7.1998 T., E. 1998/1734 K. 1998/5146, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 27.06.2008).

düzenlemelere uyum sağlanmaktadır. KHK'nın hazırlanmasında yararlanılan üye ülkelerin markalarla ilgili mevzuatının uyumlaştırılmasına dair 21 Aralık 1988 tarihli 89/104 sayılı Yönerge de benzer düzenleme yapmıştır<sup>76</sup>.

Yurt dışında marka tescili için öncelikle markanın tescili yapılacak ülkenin Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na üye olması ve bu anlaşmaları kabul etmemiş olmakla birlikte karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişileri kanunen veya fiilen marka koruması tanınmış veya tanıdığını yazılı olarak bildirmiş olması gerekir. Marka hakkı, tescil edildiği ülkeye münhasırdır ve tescil ettirileceği ülkenin kanunlarına uygun olarak tescil ettirilebilir. Avrupa ile Gümrük Birliği kurulmasına rağmen Avrupa'da daha önce tescilli bütün markaların, Türkiye'de 556 sayılı KHK'ye göre korunabilmeleri için kesinlikle Türkiye'de de tescil edilmesi gerekir<sup>77</sup>. Marka tescilsiz ise haksız rekabet hükümlerine göre korunur.

Kararname'nin 61. maddesinin 1/(b) bendinin atfı ile başkasının tescilli markasının aynı olan işaretin tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlere ilişkin olarak marka sahibinin izni alınmadan kullanılmayacağı ve marka sahibinin markasının kullanılmasının önlenmesini isteme yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Bu durum için, markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması gerekmektedir. Maddenin 9. maddenin iptal edilen b bendi ile bağlantılı olarak Anayasa Mahkemesince iptal edilen (a) bendinde 9. maddenin ihlali belirtilmiş ve tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı, mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması hali markaya tecavüz hali olarak düzenlenmişti<sup>78</sup>. Kararname'nin bu son hali ile 9. maddenin 1/ (a), (c) ve 2/ (a), (c) bentleri yönünden, 61. maddenin 1/ (a) bendi ve diğer bentleri geçerliliğini sürdürmektedir.

Karıştırılma tehlikesinde, işaretlerin benzerliği yanında, mal ve hizmetlerin de birbirine yakın olması da araştırılır. Tanınmış markalarda, markanın imaj genişliği

---

<sup>76</sup> ŞANAL, agm., s. 411.

<sup>77</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 362, N, 2; ŞANAL, age., s. 29.

<sup>78</sup> ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, age., s. 421.

nedeniyle, mal ve hizmetlerin benzerliğinin değerlendirilmesinde, markanın tanınmışlığı gözetilerek işaretler arası benzerlik artınca mal veya hizmetlerde büyük yakınlık olmasa da karıştırılma tehlikesinin ortaya çıkabileceği düşünülür<sup>79</sup>.

Tescilli bir marka ancak tescil kapsamına giren mal ve hizmetler yönünden korunabileceğinden, marka farklı mal ya da hizmetler için, bir başkası adına tescil edilerek üçüncü kişi tarafından kullanılabilir. Ancak tanınmış markalar, bu genel kurala istisna teşkil ederek, tescilli olduğu mal ve hizmetler için, diğer tescilli markalar gibi aynı veya benzer mal ya da hizmetler yönünden karıştırılma tehlikesi temelinde korunmasının yanında, benzer olmayan mal ve hizmetler açısından da belli koşullar altında korunmaktadır<sup>80</sup>.

Tanınmış markalarda benzer olmayan mal veya hizmetler için marka başvurusuna da tanınmış marka sahibi itiraz edebilir. Karıştırılma tehlikesi, markanın tanınmışlık derecesi ve ayırt etme gücü ile bağlantılıdır. Tanınmış markada yüksek olan bu koruma, diğerlerine göre daha kapsamlıdır. Bu durum tanınmış markanın zarar görmesini kolaylaştırır. Bu koruma, markanın itibarının veya ayırt etme gücünün istismarı ya da buna zarar verilmesi hallerine mahsustur<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> ELSAESSER, Martin, Der Rechtsschutz berühmter Marken, Weinheim 1959. s. 66, 67 (naklen DİRİKKAN, age., s. 179 ve s. 69). TPE 22.07. 1997 tarihli yayımladığı resmi marka gazetesi özel sayısında tanınmış markaları saymış ve bu listenin güncelleneceğini belirtmiştir. Bunların başlıcaları olarak; Microsoft, Rolex, Sony, Vakko, Kodak Jaguar, Marlboro, Mercedes, Coca Cola, Pınar, Canon, vs. gibi markaları saymıştır (DİRİKKAN, age., s. 63); 11. HD. nin Ülker- Ülkem kararında belirttiği şekilde toplumda tanınmışlığın tespitinde esas alınan 1999 tarihli WIPO Ortak Tavsiye Kararlarına göre; toplumun ilgili kesiminde markanın tanınma derecesi, markanın kullanıldığı coğrafi alan, kullanım süresi ve yoğunluğu, marka promosyonlarının hedef aldığı alan, promosyon süresi ve yoğunluğu, markanın tesciller veya tescil başvuruları ile korunduğu coğrafi alanın büyüklüğü, markanın resmi makamlarca tanınmışlığına delalet eden karar ve uygulamaları, markanın ekonomik değerinin araştırılması gerekir, ORHAN, Ali, age., s. 231; DİRİKKAN, age., s. 37.

<sup>80</sup> GÜNEY, Gültekin: "Tanınmış Marka Kavramı" ([http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_275.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_275.htm), erişim tarihi: 21. 04. 2008).

<sup>81</sup> ECJ C-375/97, 14.09.1999, General Motors/Chevy Prg. 30, ([www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)), "556 Sayılı KHK.'nın 8/4 maddesine göre, bir markanın farklı mal veya hizmetlerde kullanılması mümkün ise de, önce tescil edilen markanın toplumda kazanmış olduğu tanınmışlık düzeyi nedeniyle, haksız bir yararın sağlanacağı, markanın itibarına zarar verilebileceği durumlarda sonraki markanın tescil başvurusunun reddedileceği düzenlenmiş olup, marka sahibi aynı Kararnamenin 42/b maddesine göre markanın hükümsüzlüğünü isteme hakkına sahiptir." (11. HD. 15.12.2003 T, E. 2003/4692, K. 2003/11806, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 30. 10. 2007).

Bir marka konulduğu mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici çevresi veya ilgili sektörde tanınıyorsa tanınmış marka sayılabilir. Bu çevre dışında da tanınıyorsa çok tanınmış, dünyaca tanınmış marka sayılmakta olup, yargıtay uygulamaları da aynı doğrultudadır<sup>82</sup>. Tanınmış her iki marka arasında karıştırılma tehlikesi çok nadir olup, karıştırmanın unsurları her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilir<sup>83</sup>.

Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek, marka hakkına tecavüz oluşturur. 61. maddenin 1/(a) bendinde 9. maddenin ihlali tecavüz hali sayılmıştır. 9. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde markanın aynısının ya da iltibasa yol açacak benzerinin kullanılmasının yasaklanabileceği düzenlenmiştir.

Bu nedenle, Kararname'nin 61/1 (b) maddesinin konulma sebebi konusunda fikir ayrılıkları bulunmaktadır. ARKAN, KHK'da 61. maddenin 1/ (b) bendine gerek olmadığını savunmuştur<sup>84</sup>. Ayrıca Yazar, KHK'da değişiklik yapıncaya kadar bu maddenin (b) bendinde yer alan "ayırt edilemeyecek derecede benzer" ibaresinin, 1/ (b) bendi anlamında "benzer" marka olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmekte; Kararname'nin 61. maddesinin 1/ (c) bendinin sadece markanın taklit edildiği hallerde uygulanmasını uygun bulmamaktadır. Buna delil olarak da, 61/1 (e) bendindeki (a) ve (c) bentlerinde gösterilen fiillere iştirak edilmesi halinde de uygulanmasını göstermektedir. Fakat 9. maddenin 1/(b) ve 2/(b) bentlerinin iptali sonucu ARKAN'ın görüşünün aksine 61/1 (a) ve (c) bentlerinin iptali ile yeni düzenleme yapıncaya kadar kararnamenin 61/ 1 (b) bendine ihtiyaç duyulacaktır.

Tescilli markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılmasının Kararname'nin 61. maddesinin 1/ (a) bendinde, markaya tecavüz

<sup>82</sup> YASAMAN, Hukuki Mütalaalar, C. II, s. 503.

<sup>83</sup> "JUMP+ŞEKİL markasında tanınmış marka olması nedeniyle karıştırma tehlikesi doğuran işaret tescil konusu ürünü tanımladığından, akla getirdiğinden karıştırma tehlikesinden bahsedilemez. Jump ayakkabısındaki nokta ve üç çizginin yanı sıra ayakkabı dil ve taban bölgesindeki yazan marka nedeniyle de markaların karıştırılması mümkün değildir." YASAMAN, Mütalaalar, C. II, s. 57; Marka Hukuku, C. I, s. 397. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, N. 30. 11.HD., 25. 12. 2002 tarih ve E. 2002/6007, K. 2002/10815 sayılı kararında, "PINAR markasının, tanınmış marka statüsü kazanmış olduğu, markalar arasında gerek yazılış ve gerekse okunuşları itibariyle halk arasında karıştırılma ihtimali doğuracak ölçüde orta düzeyde alıcıyı aldatmaya elverişli bir şekilde benzerlik mevcut olduğu, haksız yararlanma sağlayacağı" belirterek tanınmış markanın tanınımlığından yararlanmadan bahsetmiştir (ORHAN, age., s. 173, 174; www.kazanci.com.tr).

<sup>84</sup> ARKAN, C. II, s. 216; Tekinalp de, Arkan'la bu konuda aynı görüştedir. (Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 457, N. 13).



olarak düzenlenmesi nedeniyle, maddenin (b) bendindeki düzenlemenin gereksiz olduğunu söyleyen ARKAN'ın aksine, TEKİNALP, KHK'da markanın aynısının veya benzerinin kullanılması kavramından söz edildiğini, ayırt edilemeyecek kadar benzeri terimini kullanmadığını, oysa ikisinin ayrı olduğunu, benzerlik, iltibasa neden olurken; aynısının taklit yarattığını belirtmektedir<sup>85</sup>. TEKİNALP'e göre; marka hukukunda tescilde öncelik ilkesi gereği marka olarak tescil edilen veya tescil başvurusu yapılmış bir işaret, aynı mal ve hizmetler için başkası tarafından tescil ettirilmek istenildiğinde nispi red sebebi oluşturacağından, işareti daha önce marka olarak tescil ettirmiş veya başvuru yapmış olanlara itiraz hakkı tanıyarak TPE.'nin gözünden kaçan veya TPE. tarafından yanlış değerlendirilen bir olayın düzeltilmesi mümkün olacaktır<sup>86</sup>.

Tescilli marka sahibi veya tescil başvurusu yapan kişi, o işaret üzerinde o mal ve hizmetler için hak sahibi olup, sonradan işareti marka olarak tescil isteminde bulunan kişinin tescilini önleme hakkına sahiptir. Fakat, yukarıda daha önce belirtildiği şekilde mutlak red nedenlerinin düzenlendiği 7. maddede aynı türdeki mal ve hizmetler denilirken, konuyu nispi red nedeni kabul eden 8/1 (b) maddesi aynı veya benzer mal ve hizmetlerden söz edilmiştir. KHK'nın 8/1 (b) bendinde aynı veya benzer marka, aynı veya benzer mallar için denilmektedir. O halde aynı marka benzer mal için, benzer marka aynı mal için, benzer marka benzer mal için, aynı marka aynı mal için şeklinde kombinasyon olabilmektedir. Ama karıştırma tehlikesinin olup olmadığı yine aranmaktadır.

2004 yılındaki değişiklik öncesinde KHK.'nın 7/1 (b) bendinde ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar denilirken, 8/1 (b) bendinde marka ile benzer ise demiş, ayrıca ikincisi halk tarafından karıştırılma ihtimali olan işaretlerin de itiraz ile tescillerinin yapılmayacağı belirtilirken birincisinde buna yer vermemiştir. İlk iki fark aynı anlama gelen farklı kavramların kullanılmasından kaynaklanır. Bu hükümler başka anlamı ifade etmemektedir. Çünkü benzer ile aynı türü ayırmak güçtür. Benzer işaret ile ayırt edilemeyecek kadar aynı işaret arasında fark mevcuttur. Ancak ilkinin nispi, ikincisinin mutlak red nedeni oluşturması uygulamayı zorlaştırır.

---

<sup>85</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 377, N. 7. Ayrıca Yasaman ve Ayoğlu da yazarla aynı görüşü paylaşmaktadırlar. YASAMAN, Hamdi/AYOĞLU, Tolga Marka Hukuku, C. II, s. 1012-1013.

<sup>86</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 378, N. 7.

Üçüncü fark, karıştırılma tehlikesinin değerlendirme ve yargılama gerektirmesi nedeniyle kanun koyucunun TPE.'ye resen yetki tanımak istemediği bunun bir itiraz konusu yapılması gerektiğinin düşünülmesidir. Fakat kanaatimce TEKİNALP'in de dediği gibi halkın karıştırılabileceği bir işaretin marka olarak tescilini TPE resen reddedebilmelidir. Çünkü verilecek karar kesin olmayıp itiraz ile düzeltilebilecek bir karardır<sup>87</sup>. Fakat TEKİNALP de, ARKAN gibi maddenin (b) bendindeki karıştırılma ihtimali oluşturan iltibas hallerinin, nispi red nedeni sayılmasını, net karar verilemeyecek olan tartışmalı konular olması nedeniyle bu tür düzenlemenin anlaşılabilir olduğunu, ancak yine de doğru bir çözüm olmadığını belirtmektedir<sup>88</sup>. Kanun koyucu konunun önemi nedeniyle resen yapılan inceleme dışında itiraz üzerine inceleme yapılması yoluna da gerek duymuştur. İki hüküm arasında inceleme kriteri yönünden fark yoktur. TPE, iltibas ihtimalini resen incelemede yeterli değerlendirmiş ise itiraz üzerine yine aynı sonuca ulaşacaktır. Aksi sonuca ulaşırsa zaten görüşünü değiştirebilir. (556 sayılı KHK md. 35, 36).

TPE 8. madde gereği yapılan incelemede itiraz eden kişiden iltibas ihtimalinin varlığını gösterir ek belge ve kanıtlar isteyerek TPE kendi uzmanlarının teknik yardımı ile sonuca bağlar. Bu değerlendirme, 556 sayılı KHK'nın uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin<sup>89</sup> 34. maddesinde düzenlenmiştir. 8. madde açısından itiraz sebebi olduğu için kanıtlarla başvurmak gerektiği düşüncesindeyim.

Benzer ile ayırt edilemeyecek derecede benzer kavramlarının kullanılmasına gerekçe olarak KHK.'nın sadece 61. maddesinin 1/(b) bendinde değil; iptal edilen

---

<sup>87</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 370-371.

<sup>88</sup> 556 sayılı KHK.'nın hazırlanması komisyonunda görevli Karaahmet ve Yalçınar, bu hükmün konulmasının nedenini TPE tarafından 7. md. kapsamındaki inceleme sonucu gözden kaçan bir husus sonucu ilan edilen bir marka başvurusuna yine üçüncü kişilerce itiraz edilerek mükerrer marka tescilini önleme olanağını sağlamak olduğunu belirtmektedirler. Bkz. KARAAHMET, Erdoğan/YALÇINER, Uğur G.: Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, Ankara 1994, s. 44.

<sup>89</sup> 09/04/2005 tarihli 25781 sayılı RG, 34. maddede; "Tescil başvurusu yapılmış bir markanın, Kanun Hükmünde Kararnamenin 7 nci ve 8 inci maddeleri hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayımından itibaren üç ay içerisinde bu Yönetmeliğe ekli Marka Yayına İtiraz Formu (Ek:2) örneğine uygun imzalı dilekçe ile yapılır. Enstitü, itiraz sahibinden, bir ay içerisinde gönderilmek üzere ek belge, kanıt ve gerekçeler isteyebilir." denilmektedir.

1/(c) bendinde de, tazminatı düzenleyen 64. maddesinde, tecavüzü kanıtlayan belgeler başlıklı 65. maddesinde ve bunlarla bağlantılı olarak, 66 ve 67. maddelerinde markanın taklit edilmesi eylemlerinin diğer tecavüz hallerinden farklı hükümlere bağlanmasını ve Kararname’de markanın ve benzerinin kullanılmasından söz edilmeyip markanın “ayrıt edilemeyecek derecede benzeri” terimine yer verilmesini göstermişlerdir. Buna göre: “Markayı, yani, markanın kendisini veya ayrıt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak, markayı taklit etmek; markanın benzerinin kullanılması iltibastır”. Hükümden açıkça anlaşılmasa da markanın taklidinde bazen markayı taşıyan ürünün taklit edilmesi söz konusu olur. Örneğin Nike’ın orijinal ürünlerine dizayn ve şekil olarak ayrıt edilemeyecek derecede benzeyen ürünlerin, Uzakdoğu’da yapılarak ülkemize getirilip satılması markanın taklididir. Marka taklit edilerek kullanılmamışsa bu ürün taklidi olur ve TTK 57/5. bendindeki haksız rekabeti oluşturur.

#### **A. TESCİL ENGELİ OLMASI AÇISINDAN KARIŞTIRMA TEHLİKESİ**

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de tescil engelleri iki madde içeriğinde düzenlenmiştir. Kararnamenin 7. maddesi mutlak, 8. maddesi nispi tescil engellerinden bahsetmekte olup, 7. maddesindeki mutlak tescil engelleri arasında 1/(b) bendi aynı veya aynı türdeki mal ya da hizmetle ilgili olarak, tescilli veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın aynı veya ayrıt edilemeyecek kadar benzeri olan işaretin tescili talebi hali sayılmış olup, bu markanın kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, bu markaların tescil talebi reddedilir. Bir marka başvurusunda, aynı sektörde, birebir aynı veya benzer bir marka bulunması halinde TPE, marka başvurusunu reddedecektir<sup>90</sup>.

##### **1.Mutlak Tescil Engeli Olması Açısından Karıştırma Tehlikesi**

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 7. maddesindeki tescil engelleri incelenirken tescil başvurusuna konu işaretin bütün özelliklerini içeren örneğinin sunulması ve marka olarak kullanımın nasıl olacağına açıkça anlaşılır olması gerekir.(KHK. 23. md, 556 sayılı KHK’nın uygulanmasına dair Yönetmelik 7. md.) İltibas tehlikesinin tespit edilmesi ve markaların benzerliğinin araştırılmasında sicil

---

<sup>90</sup> DİRİKKAN, age., s. 171, ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 271.

örneği esas alınmalıdır<sup>91</sup>. Dolayısıyla, tescili talep edilen ve mutlak tescil engeli olup olmadığı araştırılan markanın bilfiil ne şekilde kullanıldığı değil; TPE'deki tescil başvurusu ve sicil kaydındaki marka örnekleri bu araştırmaya temel teşkil edecektir. Markaların kullanıldığı şekil, ancak markaya tecavüz veya haksız rekabetin belirlenmesi açısından önem taşıyabilir.

Tescil için, başvurusu yapılan markanın, tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ve tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı veya benzer ise tescil edilmiş veya tescil başvurusunda bulunulan markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa; bu karıştırılma ihtimali, tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir markayla ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa, Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. md.'nin 1/ b fıkrasına göre itiraz üzerine, bu durum nispi red engeli olarak ortaya çıkar ve yeni marka başvurusu reddedilir. Benzer düzenleme marka sahibinin işaretin kullanılmasını yasaklayabileceği durumlardan bahseden 9. md.'nin 1/ b bendinde de yapılmış idi<sup>92</sup>. Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda da aynı şekilde yerini korumaktadır. 556 sayılı KHK.'nin 9. md. 2. fıkrasında sınırlandırılmayan ve örnek olarak gösterilen yasaklama gerektiren davranışlar sayılmıştır. Bu husus maddenin kaynağına oluşturan 89/104 sayılı Yönergenin 5. maddesinin 3. bendinde ve bu doğrultuda hazırlanan MarkenG § 14. 3 de aynı yöndedir<sup>93</sup>. Marka sahibine sağlanan koruma sayesinde farklı aşamalarda markasının ihlalinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

---

<sup>91</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 275; EuGH- Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben, GRUR 2002, s. 437 (naklen C. II n, EROĞLU, Sevilay, "Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2003, s. 119).

<sup>92</sup> DİRİKKAN, age., s. 172; ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, age., s. 421. 89/104 sayılı Yönerge AB üyesi ülkeleri nispi red nedenlerini resen veya ilana itiraz ile inceleme konusunda seçimi kendilerine bırakmıştır. AB üyesi ülkelerden bazıları karıştırma tehlikesi bakımından resen inceleme yaparken İskandinav ülkeleri ve Doğu Avrupa ülkeleri bu incelemeyi sadece itiraz üzerine yapmaktadır. OHIM de benzerlik incelemesini sadece ilana itiraz üzerine yapmaktadır. Avustralya, Brezilya, Kanada, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, İrlanda, Japonya, Meksika, Yeni Zelanda, Norveç, Rusya Federasyonu, İsveç, Türkiye, Amerika Birleşik Devletleri resen inceleme yapan ülkelerdir. Bkz. ÜNSAL, Önder Erol: "Türkiye'de Markaların Korunması ve 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Sistem" (www.tpe.gov.tr/portal/duyurular/madrid/17nisan\_wipodeneme. Ppt. Erişim tarihi: 05. 05. 2008).

<sup>93</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I s. 124 vd.

Markalar aynı ise karıştırılma tehlikesinin bulunup bulunmadığını araştırmak gereksiz olup ilk adımda markanın tescil talebi redde mahkumdur. Marka tescili yapılmaz. Çünkü, tescil önce tescil edilmiş markaya mutlak koruma sağladığından ayrıca, karıştırılma tehlikesinin varlığını ispata gerek yoktur.

KHK.'nın 7/1 (b) bendinde tescilli yahut daha önce tescil başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya aynı tür mal ve hizmetler için ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların da tescil edilemeyeceği ve başvurunun TPE. tarafından resen reddedileceği düzenlenmiştir.

## **2. Nispi Tescil Engeli Olması Açısından Karıştırma Tehlikesi**

KHK'nın 8. maddesinin 1/(b) bendi daha önce tescil edilmiş veya daha eski tarihte tescili için başvuruda bulunmuş marka ile karıştırılma ihtimali bulunan markanın tescil edilemeyeceğini düzenlemektedir<sup>94</sup>. Mutlak red sebeplerinin Enstitü tarafından kendiliğinden dikkate alınarak incelenmesi gerektiği gibi, niza konusu yargıya intikal etmişse mutlak red sebepleri defî olmayıp itiraz niteliğinde olduğundan mahkemelerce de resen incelenmesi gerekir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, gerek YİDK'nca gerekse mahkemece, ikinci markanın tescilini talep eden kişinin markasının tescili için yaptığı başvuru tarihine göre çözümlenir<sup>95</sup>. Buna ilişkin dairenin birçok emsal olabilecek kararları mevcuttur<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 274 vd.

<sup>95</sup> ORHAN, age., s. 14, 15. TPE'ne başvuru, herhangi bir eksiklik yoksa aylık olarak yayınlanan Resmi Marka Bülteni'nde yayınlanır. Markanın tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar 556 sayılı KHK 35. Md uyarınca yayınlanmadan itibaren 3 ay içinde yapılır. TPE. itirazı yerinde görmezse reddeder. TPE.'nin kararına karşı iki ay içinde TPEye itiraz yapılır. Markalar Dairesi itirazı kabul ettiği takdirde, kararını düzeltebilir. Ancak Daire, itirazı kabul etmezse itiraz Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na gönderilir. Kurul'un kesinleşen kararlarına karşı bildirimden itibaren iki ay içinde görevli ve yetkili Ankara İhtisas mahkemelerine dava açılır. TPE ile birlikte marka başvurusuna itiraz edilen kişi de hasım gösterilir.( 556 sayılı KHK'nın 53. md.) bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 279, 280. www.uyap. gov. tr. Erişim tarihi: 10. 01. 2008; YİDK.'nın kesinleşen kararlarına karşı, 53. md. gereği iki ay içinde, yetkili mahkemede dava açılabilir. 63. maddesinde de marka sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkeme olduğu düzenlenir.

Davacı Türkiye'de ikamet etmediği takdirde, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitünün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

Üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir. Marka başvurusu veya marka sahibinin Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, ikinci fıkra hükmü uygulanır.

556 Sayılı KHK'nin 8. md.'nin 1/ (b) bendinde; "Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış 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, yapılan başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine red edilir<sup>97</sup>." denilmekle bunun bir nisbi red nedeni olduğu düzenlenmiştir.

Tescilli markanın sahibi, markanın koruması sayesinde markasının aynı mal ve hizmetlerde kullanılmasını önleme hakkına sahiptir. 556 sayılı KHK karıştırılma tehlikesini 551 sayılı Markalar Kanunu ve TTK.'ndaki iltibas kavramının ölçüsüne göre genişletmiş, işaret ile tescilli marka arasında, halk arasında bağlantı olduğu ihtimali kanaatinin oluşması halini de karıştırılma tehlikesi kavramına dahil kabul etmiştir<sup>98</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının öncesinde bakıldığında 556 sayılı kararnamenin 8. maddesinin 1/(b) bendi ile 9. maddesinin 1/ (b) bendi birbiri ile aynı içeriğe sahip idi. Kararname'nin 8. maddesi "halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış markayla ilişkili olduğu ihtimalini kapsıyorsa" derken, iptal edilen 9. maddesinin

---

Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda, yetkili mahkeme, ilk davanın açıldığı mahkemedir. Marka hakkına tecavüzdən doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, KHK'nın 70. maddesine göre, BK'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. [www.uyap.gov.tr/bilgi/bilgiyon.html](http://www.uyap.gov.tr/bilgi/bilgiyon.html). Erişim tarihi: 11.03.2008.

<sup>96</sup> "Taraflar arasındaki uyuşmazlık gerek Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nca, gerekse mahkemece davacının markasının tescili için yaptığı başvuru tarihine göre çözümlenir." YHGK, T. 19.11.2003, E. 2003/11-578, K: 2003/703, FMR 2004/1, s. 113 vd.;

"... taraflar arasındaki uyuşmazlık, gerek Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nca ve gerekse Mahkemece davacının markasının tescili için yaptığı başvuru tarihine göre ve ileri sürdüğü hususlar çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir". 11. HD., T. 30.09.2002, E. 2002/3967, K. 2002/8316, FMR, 2003/1, s. 221 vd.

<sup>97</sup> İtiraz red kararının TPE Markalar Dairesi'nin kararını bildirmesinden itibaren 2 ay içinde yapılır. 11.HD. KHK' daki prosedür izlenmeden YİDK'nun kesin kararını almadan Markalar Dairesi'nin kararına karşı iptal davası açılmayacağını içtihatla bulunmuştur. 02.10.1999 T, 1999/3272 E, 1999/7807 K, FMR, Y.1, C.I, S.2, Ss. 194-196.

<sup>98</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku 2002, s. 401.

1/(b) bendi halk üzerinde işaret ile tescilli marka ile bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılmasından söz etmekteydi.

Alman Markalar Kanunu'nda da benzer düzenleme mevcuttur<sup>99</sup>. 556 sayılı KHK'nın 8. maddesinin 1/ (b) bendinde tescilli veya başvurusu yapılmış markayla aynı veya benzer bir markanın her iki markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerin aynılığı veya benzerliği sebebiyle markalar arasında bağlantı kurulması ihtimali de dahil toplumda karıştırma ihtimalinin nispi tescil engeli olduğunu belirtmektedir.

ATAD ARSENAL'ın tescilli markalarının REED tarafından kullanılmasını, mallar ile marka sahibi arasında bir bağın bulunduğunu göstermek için kullanıldığını belirtmiştir. Mahkeme kararında Reed'in, Arsenal markasını ticari amaçla kullanmamasına karşın, bu ürünlerin Arsenal tarafından üretilmiş bir mal zannedilme ihtimalini bahsetmiştir. Bazı tüketicilerin, Reed firması ürünlerinin üzerindeki logonun Arsenal logosuna benzemesi nedeni ile halkın markaları karıştırabileceği, markayı kullanma hakkı olmayan ve tescilli markayı ürünlerinde kullanan üçüncü kişilerin tüketicilerin zihninde oluşabilecek karışıklığı önleyemeyeceğine karar vermiştir<sup>100</sup>.

Sadece tescilli marka korunduğundan, marka sahibinin mal ve hizmet listesinde olmayan, fakat, fiilen markasını kullandığı mal ya da hizmetlerin, arasındaki benzerliğin tespiti için incelemeye dahil edilmemesi gerekir. Tescil edilen mal veya hizmetlerin dışındaki tescilsiz işaretler haksız rekabet hükümlerine göre korunur. Tescilli marka sahibinin markaya itirazında yapılacak incelemede mal ve hizmetlerin benzerliği yönünden yapılacak inceleme tescilli markanın işaret ettiği mal ve hizmetleri ile başvuruda bulunanın tescil talebinde bulunduğu türdeki mal ve hizmetler ile sınırlıdır. Tarafların fiilen kullandığı mal ve hizmetler dikkate alınmamalıdır. Markaya tecavüz edildiği gerekçesiyle açılan davada tescilli markanın korunması yönünden mal ve hizmet benzerliği davacı markasının tescilli olduğu mal

---

<sup>99</sup> MarkenG § 9 Abs. 2 (naklen DİRİKKAN, age., s. 172,173 deki dpn. 21.)

<sup>100</sup> Bkz. Arsenal Futbol Kulübü ile Matthew Reed davası, C -206/01 (2002) ECJ-I-10273, SUMROY, Rob- BADGER, Carina, "Examination of The Illegal Use of The Trademark With Respect to Its Main Function- Markanın Esas Fonksiyonu Yönünden Yasa Dışı Kullanımının İncelenmesi", Çeviren: SERT, Selin, FMR. Y. 7, C. 7, S. 3, s. 78.

ve hizmet listesine göre ve üçüncü kişinin işareti kullandığı mal veya hizmetler dikkate alınarak tespiti gerekir<sup>101</sup>.

Marka, mal veya sunulan hizmetin başka işletmenin mal ve hizmetiyle karıştırılma tehlikesi olmaksızın tüketicinin veya son alıcının mal ve hizmetleri birbirinden ayırt edilmesini sağlamanın yanı sıra, malın köken bildirme özelliği açısından aynı markalı ürünler arasındaki ayniyeti garanti etmesi gerekir. Marka tek bir işletmenin kontrolü altında mal ve hizmete ilişkin sorumluluk sahibine ulaşılabilecek şekilde kalite güvencesi ve hukuka uygun bir rekabet ortamını sağlamaktadır<sup>102</sup>.

Bir malın kökeni konusunda, mal ve hizmetlerin benzerliği dışında markanın tanınmışlık derecesi de etkili olabilir. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesinin 1/(b) bendi ve 9. maddesinin Anayasa mahkemesince iptal edilen 1/ (b) bendi toplumun, mal ve hizmetlerin aynı işletmelerden veya ekonomik olarak birbiri ile bağlantılı işletmelerden kaynaklandığı kanaatini edinebileceği durumda karıştırma tehlikesinin varlığını düzenlemekte idi. Malın üretim yerine ilişkin karıştırılma tehlikesinin olmadığı ispatı dışında, halkın malların farklı yerlerde üretildiği veya hizmetlerin başka işletmeler tarafından sunulduğunu anlayabilmesi durumunda dahi, işletmeler arasında ekonomik veya idari bağlantısı olduğunun zannedilmesi halinde karıştırılma tehlikesi olabilir<sup>103</sup>. Buna karşılık toplumun mal ve hizmetin aynı işletme veya ekonomik olarak birbiriyle bağlantılı işletmelerden kaynaklandığına inanmalarını sağlayacak koşullar bulunmadığı takdirde karıştırılma tehlikesi de yoktur<sup>104</sup>. Buradaki benzerlik her bir somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir.

Benzerliğinin tespitinde tanınmış markalara ilişkin olarak ayırt etme gücünün ve özellikle tanınmışlığının dikkate alınması gerekir. Fiilen kullanılmayan tescilli mal veya hizmetlerle ilgili olarak, kararnamenin 14. maddesindeki 5 yıllık hoşgörü süresinden yararlanan markaların da karıştırılması tehlikesi mevcut olduğundan marka ilgili çevrede bilinmiyor olsa da karıştırma tehlikesi olabilir<sup>105</sup>. Tanınmışlık,

---

<sup>101</sup> DİRİKKAN, age., s. 182.

<sup>102</sup> DİRİKKAN, age., s. 184.

<sup>103</sup> DİRİKKAN, age., s. 185.

<sup>104</sup> ECJ, C-39/97 (Canon) prg. 28 vd. 29.09.1998, www.europa.eu.int., Erişim tarihi: 24.03.2008.

<sup>105</sup> DİRİKKAN, age., s. 186.



benzer mal veya hizmet alanının daha kapsamlı tutulmasını gerektiren yardımcı bir kriterdir<sup>106</sup>. Bu faktörler arasında karşılıklı etkileşim ve telafi edici bir ilişki olup bu faktörlerden birinin güçlü oluşu, diğerlerinin azlığında markanın korunması yönünden karıştırılma tehlikesinin var olduğu kabul edilebilir. Aynı durum marka ve işaret ile mal veya hizmetlerin benzerliği açısından da geçerlidir<sup>107</sup>. Marka ve işaret arasındaki benzerlik derecesi yüksek ise mal ve hizmetler arasındaki benzerlik az olsa da karıştırılma tehlikesinin varlığından söz edilir. Yahut tam tersi mal ve hizmetler arasında benzerlik fazla olup marka ve işaret arasındaki benzerlik daha az olsa da yine karıştırılma tehlikesi vardır. Marka ve işaret arasındaki benzerliğin fazlalığı karıştırma tehlikesinin değerlendirmesinde, mal ve hizmet alanının geniş tutulmasına sebep olur<sup>108</sup>.

Bu arada, incelenmesi gereken bir konu da, markanın sahibince devri halinde durumun ne olacağıdır. Markanın devrinde de, devralan kişi markanın simgelediği mal ve hizmetler yönünden coğrafi kaynak, kalite veya markanın kendisi bakımından halkı yanılgıya düşürecek şekilde kullanımda bulunması halinde, markanın kapsamının daraltılması 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 16. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre TPE markanın kapsamının daraltılmasını ister, aksi halde devir işlemini yapmaz. Aksi halde marka sahibi devrettiği işletme ile kendi işletmesi arasında karıştırmaya sebep olacaktır. TPE'nin tescil talebini reddetmesindeki amaç, tüketicinin işletmenin devrine rağmen iki farklı işletmenin üretilen aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer mal veya hizmetlerin aynı işletme tarafından üretildiği yanılgısına düşmesi tehlikesini ortadan kaldırmaktır. Birbirine yakın yaşam standartlarına sahip olan ve benzer tüketim alışkanlıklarını benimseyen benzer tüketici çevresine hitap etme veya mal ve hizmetlerin benzer ihtiyaçlara ilişkin olmasındadır<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup>INGERL, s. 76; zollner, s. 345; FEZER, &14 MarkenG Rdn. 103.( naklen: DİRİKKAN, age. 187).

<sup>107</sup>ARKAN., Marka Hukuku, C. I, s. 97-98. DİRİKKAN age., s. 187; ATAD in kararlarında markanın bir bütün olarak değerlendirmesi gerektiği konusunda bkz. ECJ (Case T-292/01 Phillips-Van Heusen v OHIM – Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS) (2003) ECJ II-4335, prg. 47; Case C-251/95 SABEL [1997] ECJ I-6191, prg. 23; Lloyd Schuhfabrik Meyer, prg. 25.

<sup>108</sup> ARKAN, s. 97-98; WEBERNDÖRFER, s. 70, 71; KELLER, s. 14; SAMWER, S. 43, FEZER, & 14, s. 460; naklen, DİRİKKAN, age., s. 187,

<sup>109</sup> YASAMAN/AYOĞLU, Marka Hukuku, C. II, s. 682.

## ***B. HÜKÜMSÜZLÜK SEBEBİ OLARAK KARIŞTIRMA TEHLİKESİ***

Tescilli bir marka ile karıştırılma tehlikesi bulunan bir işaretin, aynı veya benzer mallar için tescilinin 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre tescilinin mümkün olmadığı yukarıda bahsedilmiştir. TPE buna rağmen markayı her nasılsa tescil etmişse; markanın terkinin davası yoluyla yapılan tescilin iptali ile markanın hükümsüzlüğüne karar alınabilir<sup>110</sup>.

Marka tescilsiz olarak kullanıldığında da markaya tecavüz suçu oluşturacağı, karıştırılma tehlikesinin hem bir tescil engeli olarak, hem de bir marka hakkına tecavüz suçu oluşturacağı kararnamede düzenlenmiştir.

Hükümsüzlük nedenleri 556 sayılı kararnamenin 42. maddesinde düzenlenmiş olup, mutlak ve nispi tescil engellerine rağmen tescil edilmiş markanın hükümsüzlük sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır<sup>111</sup>. Karıştırılma tehlikesine neden olacak biçimde tescilli markanın aynı ya da benzeri olan bir işaret marka olarak tescil edildiğinde Kararnamenin 43. maddesinde belirtilen zarar gören kişi, cumhuriyet savcısı ve ilgili resmi makamlar hükümsüzlük davası açabilirler<sup>112</sup>. Mahkemece verilebilen bu karar, istisnalar dışında geçmişe etkilidir ve herkese karşı hüküm doğurur<sup>113</sup>. ARKAN, hükümsüzlük davası açma hakkı konusunda, kamu yararı gözetilerek yapılacak yeni düzenleme ile nispi red nedenlerine dayanılarak açılacak hükümsüzlük davasının sadece eski hak sahibince açılabilmesinin düzenlenmesi gerektiğini söyler<sup>114</sup>. 551 sayılı Patentlerin korunmasına ilişkin KHK'nın 165. maddesinin 2. bendinde zarar

---

<sup>110</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 482, prg. 30, n. 117.

<sup>111</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 400; KARAHAN, Sami, "556 Sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İlmî ve Kazai İçtihatlar Işığında Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları" s. 514.

<sup>112</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. II, AÜHFY, 1998, Ankara, s. 166; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 289; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 438; EPÇELİ, age. s. 18; KHK'nın 22.06,2004 tarihli 5194 sayılı kanununun 17. md. ile değiştirilen 71. maddesinde, görevli mahkemenin ihtisas mahkemeleri olduğunu, mahkemelerin tek hakimli olarak görev yaptıkları asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirleyeceğini düzenlemiştir. TPE. nin bu KHK hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Enstitünün kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Enstitü aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkemenin Ankara ihtisas mahkemeleri olduğu belirtilmiştir.

<sup>113</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 440, prg. 29, n. 1.

<sup>114</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 165, 166.

gören kişi itiraz etmediği takdirde hükümsüzlük davası açamaz iken<sup>115</sup>, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname gereği böyle bir itirazda bulunmayan kişinin hükümsüzlük davası açma hakkı vardır. Fakat İtiraz hakkı olan kimsenin itirazda bulunmayıp, daha sonra hükümsüzlük davası açtığına hakkın kullanılması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu takdirde dava bu sebeple reddedilebilir<sup>116</sup>.

556 sayılı KHK'nın 53. maddesindeki YİDK'nun kesinleşen kararlarına karşı tescile engel olmak için açılan davanın sonucu KHK'nın 42. maddesinde düzenlenen hükümsüzlük davası için kesin hüküm oluşturmaz. TPE nin kararına karşı yargı yoluna giderek tescili sağlayan kişiye karşı ARKAN, kesin hüküm nedeniyle hükümsüzlük davası açılmayacağını ileri sürmektedir<sup>117</sup>. Hükümsüzlük kararı sonuçları geçmişe etkilidir. Fakat karar öncesinde verilmiş ve kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar istisnadır. Öncesi yapılan sözleşmeler de yerine getirilmiş olduğu oranda karardan etkilenmez. Ödenmiş bedelin hakkaniyet ölçüsünde iadesi istenir<sup>118</sup>.

KHK'nın 42. maddesinin 1/(a) bendine dayanılarak açılan hükümsüzlük davasında tescil aşamasında var olan bir tescil engeline rağmen her nasılsa tescil edilmiş markanın hükümsüzlüğü iddia edilirken, maddenin diğer bendlerinde betimleyici işaretlerle ilgili bölümde değinildiği gibi tescil esnasında tescil engeli olmamasına rağmen daha sonra doğan bir sebeple hükümsüzlüğün istenilmesi halidir.

Hükümsüzlük davası ARKAN'a göre zamanaşımına uğramaz. Çünkü, tescil süreklilik gösterir. Fakat tescilden çok sonra hükümsüzlüğün ileri sürülmesi halin icabına göre MK'nın 2. md. gereği davanın reddini gerektirir<sup>119</sup>. KARAHAN, Alman hukukundaki ve yönergedeki 5 yıllık süre gibi dava açmayarak sessiz kalan kimsenin artık dava açamayacağı dava hakkının zamanaşımına uğrayacağını hükümsüzlük

---

<sup>115</sup> Karahan ve Yalçiner anayasanın hak arama hürriyetine aykırılık nedeni ile bu hükmün iptal edilmesi düşüncesindedirler, KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s. 524, dpn. 42.

<sup>116</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 441, prg 29, No. 7

<sup>117</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 161, 162, KARAHAN da aynı görüştedir. Hükümsüzlük Davaları, s. 517.

<sup>118</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 289.

<sup>119</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 167, 257, dpn. 22; Aynı görüşte POROY/YASAMAN, s. 269, 270.

davasının haksız rekabetteki men davalarına benzerlik gösterdiğini söyler<sup>120</sup>. TEKİNALP ise, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 70. maddesindeki zamanaşımı süresinin 42. maddesindeki istisnalar göz önüne alınarak hükümsüzlük davalarında uygulanması gerektiğini söyler<sup>121</sup>. Yargıtayın hükümsüzlük davalarında görüşüne gelince; Daire, 89/104 sayılı yönergeye dayanarak 5 yıllık hak düşürücü sürenin varlığını kabul etmektedir<sup>122</sup>. Tüzüğü'nün 53. maddesinde kötüniyetle tescil başvurusu halinde 5 yıllık sürenin uygulanamayacağını söyler<sup>123</sup>. Nitekim 89/104 sayılı yönergenin 9. md.'sinin 1. bendi ve Alman Marka kanunu da aynı yöndedir<sup>124</sup>. Yeni Markalar Kanunu Tasarısında da bu durum, Tüzük ve Yönerge hükümleri doğrultusunda uyarlanmış ve tasarıda hükümsüzlük davalarında 5 yıllık süre açıkça belirtilmiştir<sup>125</sup>.

Kararnamenin 8. maddesinin 4. fıkrasına göre farklı mal veya hizmetler için marka, daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış markanın aynısı veya benzeri olabilir. Fakat şartlar oluştuğu takdirde her nasılsa tescil edilmiş markanın hükümsüzlüğüne karar alınabilir. Daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış olan markanın toplumda tanınmışlık düzeyinden ötürü haksız yarar sağlanılarak markanın itibarına zarar verilmiş veya tescil başvurusu yapılan markanın ayırt ediciliğini zedelenmiş ise yeni marka farklı mal veya hizmetler için tescil talebi olsa dahi önceki marka sahibinin itirazı ile tescil talebi reddedilir<sup>126</sup>. Bu durum

---

<sup>120</sup> KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s. 534, 535.

<sup>121</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 444, prg. 29, n. 13; Aksi görüşte TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8, İstanbul, Beta, 1997, s. 43, 44.

<sup>122</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 441, prg. 29, n. 5.

<sup>123</sup> Topluluk Markası Hakkındaki Konsey Tüzüğü, ATRG(1994)

<sup>124</sup> Bkz. Karl-Heinz Fezer, Markenrecht(auf der Grundlage von Baumbach-Hefermehl, Warenzeichenrecht, 12. Auflage, 1985) München 1997, & 21, Anm. 18; Carlos Novoa, Die Verwirkung durch Duldung im System der Gemeinschaftsmarke, GRUR Int, 1996, 444, (naklen; ARKAN, Marka Hukuku C. II, s. 160).

<sup>125</sup> Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı, [http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar\\_kanunu\\_tasarisi\\_taslagi.pdf](http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar_kanunu_tasarisi_taslagi.pdf), Erişim tarihi: 12.03.2008.

<sup>126</sup> 1973 yılından itibaren tescilli HES markasını kullanan davacının, ürünlerin kalitesi nedeniyle halk üzerinde değer verilen bir konuma geldiklerini, tanınmışlığından yararlanmak isteyen davalı şirketin bazı ürünlerinde "HES" markasını kullandığı gibi adına tescil ettirmek içinde girişimlerde bulunduğunu, markasının tanınmışlık düzeyi nedeniyle farklı mallarda dahi tescil edilemeyeceğini belirterek açtığı davada, daire; "556 Sayılı KHK.'nın 8/4 maddesine göre, bir markanın farklı mal veya hizmetlerde kullanılması mümkün ise de, önce tescil edilen markanın toplumda kazanmış olduğu tanınmışlık düzeyi nedeniyle, haksız bir

tanınmış marka sahibinin izni olmadıkça, nispi tescil engelidir. Buna rağmen tescil yapılmışsa Kararnamenin 42. maddesinin 1/(b) bendi gereğince hükümsüzlüğüne karar verilmesi istenebilir. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin 1/(c) bendinde, 89/104 sayılı Yönerge'den kaynaklanmış olmakla, tanınmış marka kastedilmiş ve maddede markanın aynısının yanı sıra benzerinin de kullanılması durumu düzenlenmiştir<sup>127</sup>.

### ***C. TECAVÜZ YÖNÜNDEN KARIŞTIRMA TEHLİKESİ***

Marka sahibi; izinsiz olarak markasının aynı veya benzer mal veya hizmetler için kullanılmasını önleme hakkına sahip olduğundan, tescilli markası ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılmasını yasaklama ve tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerin aynı veya benzerleri için tescilli marka ile karıştırılma ihtimali bulunan aynı veya benzerinin kullanılmasına engel olma hakkına sahiptir. Bir işaretin, tescil edilmiş markanın aynısı veya onun benzeri olması ve tescil edilmiş markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerde kullanılması halinde marka hakkına tecavüzdü bahsedilir. Tecavüzdü bahsedebilmemiz için iki işareti halkın karıştırma tehlikesinin bulunması gerekir. Tecavüz için ilgililerin veya işin uzmanlarının karıştırma tehlikesi şart olmayıp, halkın kanaati esastır. İngilizce kaynaklarda "public" olarak bahsedilen bu kavram ilgili sektördeki kimseleri tanımlar.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin 1. fıkrası tecavüz hallerini tahdidi olarak saymıştır. Maddenin 1/(b) bendinde de karıştırmaya esas olacak şekilde marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek bir diğer marka hakkına tecavüz olarak düzenlenmiştir. Markanın bizzat benzerini kullanmak ise markanın taklit edilmesi değil iltibastır<sup>128</sup>.

KHK'nın 61. maddesinde, marka hakkına tecavüz eylemleri belirtilmiş ve maddenin 1/(b) fıkrası; Marka sahibinin izni alınmadan markasını veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanarak taklit etmesi, (d) bendi marka sahibince

---

yararın sağlanacağı, markanın itibarına zarar verilebileceği durumlarda sonraki markanın tescil başvurusunun reddedileceği düzenlenmiş olup, marka sahibi aynı kararnamenin 42/b maddesine göre markanın hükümsüzlüğünü isteme hakkına sahiptir." der. 11.HD. T. 15.12.2003, E. 2003/4692, K. 2003/11806, www.kazanci.com.tr. , Erişim tarihi: 12.11.2007.

<sup>127</sup> ARKAN, C. I. s. 105; POROY/YASAMAN, s. 330; NOMER, age., s. 495 dn. 4; DİRİKKAN, age., s. 196.

<sup>128</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 456, 457 prg 30, No 11.

sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek, (f) bendinde ise; kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığı veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınma eylemleri sayılmış ve anılan fiiller, aynı Kararname'ye 4128 sayılı yasa ile eklenen 61/A maddesinde yaptırımı bağlanmıştır<sup>129</sup>. Anayasa mahkemesince iptal edilen 61/1 (a) bendinde 9. maddenin ihlalden bahisle, “markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması, (c) bendinde markayı veya ayırt edilemeyecek 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 ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmamak eylemini düzenlemekte iken iptal edilmiş dolayısı ile maddenin (e) bendindeki (a) ve (c) bentlerindeki fiillere iştirak teşvik ve kolaylaştırma eylemlerinin de yaptırımı kalmamıştır.

Taklit markayı kullanan kimse, markanın sahibi tarafından uyarılması ve tecavüzü durdurmasını talep edilmesi halinde veya kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür<sup>130</sup>. 556 sayılı

---

<sup>129</sup> ARKAN, age., C. II, s. 217 dpn. 38; KIZIROĞLU, Serap Keskin, ”Marka Patent Suçları”, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, s. 409.

Kararnamenin 61/A 1. md.'nin b bendi, korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya marka hakkının hükümsüzlüğü veya korumasından doğan hakkın sona ermesi durumlarında, kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticari evrakına veya ilanlarına hukuken korunan bir marka hakkıyla ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyan veya bu amaçla ilan ve reklamlarda bu tarzda yazı, işaret, veya ifadeleri kullananlar hakkında iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına ve para cezasına hükmolunur.” der. Burada, kişi üretilen mala veya ambalajına veya fatura gibi ticari belgelerde, ilanlarda tescilli markası varmış gibi markayı kullanıp bu amaçla yazılı ve görsel basındaki ilan ve reklamlarda bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullanmalıdır.

<sup>130</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 291, 292. Markaya tecavüz eylemi nedeniyle zarara uğrayan kimse, KHK'nın 62. md.'sindeki men, eski halin iadesi, araç cihaz, makine gibi vasıtalara elkoyma ve marka sahibine bunlar üzerinde mülkiyet hakkı tanıma, gerekli tedbirlerin alınmasını, markanın silinmesini, gerekirse el konulan ürün ve araçların imhasını

KHK'nın 9. maddesinin 2. fıkrasında iptal edilen (b) bendinde, işaretin mal ya da ambalajı üzerine konulması, işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi, veya stoklanması, işareti taşıyan malın tesliminin teklif edilmesi, işareti taşıyan malın ithali ve ihracı, işaretin iş evrakı ve reklamlarda kullanılmasının marka sahibince engellenebileceği örnek olarak sayılmış ve tahdit edilmemişti<sup>131</sup>. Markalar Kanunu Taslağında da aynı düzenleme aynen yer almıştır. Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesine aykırılık halinde her zaman kusur şart değildir. Bu, her zaman kusurlu bir davranış olmayabilir<sup>132</sup>. Malın ambalajı ile bir bütün oluşturduğu ve bu şekilde korumadan yararlanması kabul edildiğinden satıcının, malı orijinal ambalajından çıkararak yeniden ambalajlaması ve yeni ambalaj üzerine marka sahibinin markasını koyması da marka hakkına tecavüz sayılır<sup>133</sup>.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesi kapsamına sadece doğrudan tecavüz fiilleri değil, dolaylı tecavüz olarak niteleyebileceğimiz, tecavüz oluşturan fiillere iştirak, yardım veya teşvik etmek, bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak ve taklit markayı taşıyan ürünün nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak da girmekte olup, tecavüz fiillerine iştirak veya yardım etmek, maddenin (e) bendi ile bağımsız olarak düzenlenmiştir. ARKAN, bu sorumluluğun BK 50. md.'sindeki birden fazla kişinin haksız fiilden sorumluluğuna paralel düzenlendiğini ve 50. md.'sinin 2. fıkrasındaki koşullara tabi tutulmaması gerektiğini söyler. TEKİNALP ve YASAMAN/AYOĞLU'na göre bu kusur sorumluluğu olup yazarlar asıl mütecavizin fiilinin tecavüz oluşturduğunu iştirak

---

talep edebilir. Tespit ve tedbir isteyebilir. Ayrıca mütecavizin kusuruna bakılmaksızın tazminat talep edebilir. Maddi tazminat davası ile uğranılan fiili zararın ve yoksun kalınan kazancın ödenmesi istenebilir. Bu dava KHK 63/1 md.'si gereği marka sahibinin ikametgahının bulunduğu ve tecavüzün işlendiği veya tecavüz eyleminin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesinde dava açabilir; TRİPS'in Zararlar başlıklı 45. md'nin 2. Prg.1 "üyeler, ihlal eden kişi, bilmeden veya bilmesini gerektiren makul zeminde tecavüz eylemine katılmış olsa bile yitirilen karların telafisi ve veya önce belirlenmiş tazminatın ödenmesini emretme konusunda adli mercileri yetkili kılabilirler." demektedir.

<sup>131</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. II., s. 211.

<sup>132</sup> YASAMAN/YÜKSEL, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, s. 1121, 1126; ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 234; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 461, prg. 30, no. 22.

<sup>133</sup> FEZER & 24 Anm. 50, 51; BGH (17.11. 1983) NJW, 1984, s. 1298, (naklen; ARKAN, Sabih, "Marka Hakkının Tüketilmesi", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHEY 1998, s. 207).

edenlerin bilmeleri veya bilebilecek durumda olmaları gerektiğini söylerler<sup>134</sup>. Aksi halde YASAMAN VE AYOĞLU 61. maddenin (c) bendinin bu durumda uygulanamayacağı ve (a) bendinin göndermesi sonucu bunun kararnamenin 9. maddesinin 2/ b bendindeki marka hakkına tecavüz eylemini oluşturduğunu söyler<sup>135</sup>. TEKİNALP'e göre hükmün uygulanması için markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini taşıyan mallar, bu malların taklit edildiğinin mütecaviz tarafından bilinmesi gerektiği, ayrıca elde bulundurmanın kişisel ihtiyaç için değil ticari amaçla olması gerekmektedir<sup>136</sup>. Taklit edilmeksizin, ticari amaçla bu malları elinde bulunduranlar hakkında marka sahibi 61. maddenin (c) bendinden yararlanamaz. Kararnamenin 9. maddesinin 1/(b) ve 2/(b) bentlerinin iptal edilmesi ve yine 61. maddenin 1/(a) ve (c) bentlerinin iptali sonucu maddenin (e) bendinin de hüküm ifade etmediğini görmekteyiz. Markaya tecavüz hallerine ilişkin ileri sürülebilecek talepler, Kararname'nin 70. maddesi uyarınca 1 yıllık zamanaşımına tabidir. Özel Hukuka ilişkin taleplerde BK. 60 ve 125. Maddeler dikkate alınır. KHK'nın 62. Maddesindeki hukuk davaları marka hakkına yapılan tecavüzleri kapsamakla, zamanaşımı BK. 60. maddesindeki haksız fiillere ilişkin ıttıladan itibaren bir yıl, herhalde zararı doğuran fiilin vukuundan itibaren on yıldır<sup>137</sup>.

Hükümsüzlük davalarına ilişkin ise 89/104 sayılı Yönerge fiilen kullanmadan itibaren 5 yıllık süre sonunda hakkın yitirileceğini düzenlemekle Kararnamedeki boşluk, Alman Markalar Kanunu prg. 21, İngiliz Markalar Kanununun 48. Maddelerinde olduğu şekilde 5 yıl olarak uygulanması gerekmektedir<sup>138</sup>.

---

<sup>134</sup> YASAMAN/AYOĞLU, Marka Hukuku, C.II, s. 1020; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 460, prg. 30, no. 19. ; "Davacının 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9 ve 61 nci maddeleri ve TTK.nun 57/5 nci maddelerine dayalı olarak dava açmakta haklı olduğu, davalı satıcının 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/ (c)bendine göre, tescilli markanın taklit edildiğini bilen ya da bilmesi gereken kişilerden olması nedeniyle, davalının ürünlerini ticari gaye ile satışa sunduğundan her iki davalı yönünden davanın kabulüne karar verilmesi isabetli görülmüştür." 11.HD. T. 4.10.2005, E. 2004/10699, K. 2005/9173, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 28.06.2008.

<sup>135</sup> YASAMAN, AYOĞLU, Marka Hukuku, C. II, s. 1014, dpn. 10.

<sup>136</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 458,459, prg. 30, no 14-16.

<sup>137</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 426, prg. 26, n. 61 ve s. 481, N. 114; Aksi görüşte olup burada BK. 125. Maddesindeki 10 yıllık sürenin uygulanması gerektiğini belirtenler için bkz. POROY/YASAMAN, age., s. 269, N. 499.

<sup>138</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 443, N. 10.



## II. DİĞER DÜZENLEMELER

Markalarla ilgili ve karıştırılma tehlikesine ilişkin 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname dışında, Medeni Kanunumuzda, Borçlar Kanunumuzda, Türk Ticaret Kanunumuzda, ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda da düzenlemeler mevcuttur. 556 sayılı Kararnamenin 78. md.'sinde ise tesbit talepleri ve ihtiyati tedbirlerle ilgili diğer hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıf yaparak bu konularda HUMK hükümlerinin uygulanacağını düzenler.

Markaların korunması için yapılan hukuki düzenlemelerin temelinde Sınai mülkiyetin korunmasına yönelik 1883 yılında imzalanan Paris sözleşmesi<sup>139</sup>, 1995 yılında imzalanan Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması (Agreement Establishing World Trade Organization WTO) ve bunun eki TRİPS, 89/104 sayılı AB Marka Yönergesi ve 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğü ve 1994 tarihli AB. Marka Anlaşması (CTM) vardır<sup>140</sup>. Bu düzenlemelere sırası ile kısaca değinirsek karıştırma tehlikesinin daha iyi anlaşılmasını sağlayabiliriz.

---

<sup>139</sup> Paris Convention for the Protection of Industrial Property: Türkiye 1925 yılında Londra metnine 1995 yılında Stocholm metnine katılmıştır. Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. md.: "Birlik ülkeleri, tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından söz konusu ülkede bu sözleşmeden yararlanacağı kabul edilen bir şahsa ait olduğu aynı veya benzer ürünlerde kullanıldığı herkesçe bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya, gerek ilgilinin isteği üzerine red veya hükümsüz kılmayı taahhüt ederler".

Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesine göre, menşe ülkede usulüne uygun tescil edilmiş olan marka, diğer üye devletlerde de aynen kabul edilecek ve korunacaktır. Bu markanın tescili, ancak işaretin korumanın talep edildiği ülkede üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına zarar vermesi, ayırım gücünden yoksun olması, ahlak ve adaba aykırı olması ve halkı aldatıcı nitelikte olması şartıyla red olunabilir. Üye ülkeler, tanınmış markaların, bir başkası adına tescilini önlemeyi de kabul etmişlerdir YASAMAN, Hamdi, "Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar", GSÜHFD 2002, S. 2, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s. 300-309.

<sup>140</sup> Marka anlaşması 2. md. anlaşmanın, özellikle ses ve kokuya ilişkin olanları ve görünmeyen işaret ve hologramlara ilişkin uygulanamayacağını düzenler. 27 Kasım 1994 tarihinde, Avusturya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg, Danimarka, Finlandiya, Almanya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Portekiz, İspanya, İsveç ve Birleşik Krallık tarafından Cenova'da imzalanan marka anlaşmasında karıştırmaya ilişkin sınıflandırma konusunda 9/2 (a) maddesinde, mal veya hizmetlerin ofis tarafından herhangi bir tescilde veya yayında, Nis sınıflandırmasına göre aynı sınıfta olduğu gerekçesiyle benzer olduğu; aynı fıkra (b) bendinde ise mal ve hizmetlerin farklı sınıfta yer aldığından bahisle benzer olmadıklarının varsayılmayacağını belirtir. Anlaşmanın 1. maddesinin 1. fıkrasına göre sınıflandırma sistemi yetkili makamlara tescilde kolaylık sağlama ve ortak bir sınıflandırma oluşturma amacına hizmet eder."der. TrademarkLawTreaty [http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/tlt/pdf/trtdocs\\_wo027.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/tlt/pdf/trtdocs_wo027.pdf), Erişim tarihi: 01. 05. 2008.

## ***A. TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEME***

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet, aldatıcı hareket veya iyiniyet kurallarına aykırı sair suretlerle ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanılmasıdır. Haksız rekabet için, haksız bir davranış, korunacak bir hak ve bu hakka haksız olarak tecavüz edilmesi gereklidir. Tazminat davası için ise bir zarar doğması gereklidir. Zarar oluşmayıp bir zarar tehlikesi bulunsa dahi haksız rekabet meydana gelmekte ve men, ref davası açılabilir<sup>141</sup>. Zarar TTK. 56. maddesi haksız rekabeti, iktisadi rekabet çerçevesi içinde bir eylemin meydana gelmesi ve bu eylemin dürüstlük kuralını ihlal etmesi şartına bağlamaktadır. Bu hükümlerle MK. 2. maddesinde yer alan doğruluk ve güven ilkesinin rekabet ilkesinin kullanılmasında uygulanacağı anlaşılır.

TTK. Tasarısı 54. maddesinde bu tanım yapılmış ve dürüst ve bozulmamış rekabet olarak düzenlenmiştir<sup>142</sup>. Başkasını kötülemek, karalamak, başkasının çaba ve emeğinden yararlanmaya çalışmak suretiyle yapılan rekabet, haksız rekabettir. Haksız rekabet için tarafların uğraşı alanlarının aynı olmasına gerek yoktur. Farklı ticari alanlarda çalışanların arasında da haksız rekabet mevcuttur<sup>143</sup>. Ticari unvan, işletme adı veya markanın tescilli olmadığı durumlarda, TTK. 57. maddesi gereği iltibasa dayanılarak haksız rekabet davaları açılabilir.

YHGK. 2007 tarihli bir kararında, “Tazminata hükmedilebilmesi için haksız rekabet davalarında kusur, zarar ve illiyet bağı unsurları birlikte bulunmalıdır. Tarafların her ikisinin tacir olması gerekmez. Başkasının kullandığı, marka işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak hüsünüyet kaidelerine aykırı haksız rekabet oluşturur.” demektedir<sup>144</sup>. LPG tüp piyasasında boş ve dolu tüplerin orijinal veya

<sup>141</sup> DÖNMEZ, İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1987., s. 123; YAVAŞ, Murat: “Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri” Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, İstanbul 2006, s. 773-776.

<sup>142</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 305; PINAR, Hamdi, “Marka, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından LPG Tüp Piyasasındaki Bazı Uygulamalar”, FMR, Y. 6, C. 6, S. 3, s. 129.

<sup>143</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 305.

<sup>144</sup> YHGK. T. 12.12.2007, E. 2007/11-965, K. 2007/961 Fikri ve Sınai Haklar İhlaller ve Davalar, 2008, İstanbul Barosu Yayınları; 11.HD. de bir kararında; “O halde burada üzerinde durulması gereken husus, davacının geliştirip, yıllardan beri piyasaya tanıttığı sobanın davalı tarafça birebir taklit edilip edilmediği daha açık bir deyimle TTK'nun 57. maddesi hükümleri

taklit markalı olsun satışa veya takasa konu edilmesi ticari alanda rekabeti etkileyici eylemlerendir.

Marka tescilsiz ise, koruma TTK'ndaki haksız rekabet hükümlerine göre sağlanır. TTK'nın 57/1 maddesinde, başkalarının veya onların emtiasının, iş mahsullerinin, faaliyetlerinin yahut ticari işlerinin yanlış, yanıltıcı ve lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötölemenin hüsniniyet kaidelerine aykırı hareket olarak tanımlandığı gibi, anılan yasanın 58. maddesinde de, haksız rekabet yüzünden, müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimsenin dahi haksız rekabetin tespit ve men'ini isteyebileceği hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Sözü edilen 58 madde iktisadi menfaat bakımından zarara uğranılmasının yanı sıra hatta, "böyle bir tehlikeye maruz kalınmasına" istinat etmektedir<sup>145</sup>. Malların iltibasa yol açacak şekilde üretim ve satımı halinde TTK. 57/5 hükmü uygulanabilir<sup>146</sup>.

Serbest yararlanma ve benzetmenin, taklit ve halkı aldatıcı olacak derecede olması ve bir işletmenin yatırımı ve oluşturduğu imajı simgeleştiren bir ürünün taklidi halinde haksız rekabet vardır. Dürüstlük kurallarına aykırı olmadan herkes başkasının emeğinin sonuçlarından yararlanarak daha iyisini gerçekleştirmeye çalışarak rekabete katılma hakkını sahiptir. Fakat başkasının emek ve masraf ihtiyarı suretiyle haklı şöhrete ortak olma, bundan faydalanma haksız rekabeti oluşturur<sup>147</sup>.

---

bağlamında iltibasa neden olup olmadığı, diğer bir deyişle karıştırılma ihtimali bulunup bulunmadığıdır. Doğal olarak burada alınacak ölçüt bu ürünün tüketicileri olan orta düzeydeki tüketici (alıcı) kitlesidir. Mahkemece, yaptırılan bilirkişi incelemesinde, her iki tarafa ait sobanın karşılaştırılmasında her iki taraf sobalarının şekil yönünden çok benzediği, bu benzerliğin bir teknik zorunluluktan kaynaklanmadığı ve iltibasın mevcut olduğu mütaala edildiği gibi, dosya arasında bulunan her iki soba resmi karşılaştırıldığında, çok küçük farklılıklar dışında birbirinin aynı olduğu tesbit edilmiştir. Her iki sobanın farklı markalarla satışa sunulması sobaların farklı olduğunu göstermez. Çünkü alıcı gözünde ilk bakışta uyanan izlenim yanılma için yeterli olabilir. Zaten, karıştırılma tehlikesi dahi haksız rekabetin kabulünü gerektirir." sonucuna varmıştır (4.6.2004 T., E. 2003/11057, K. 2004/7032, www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 28.06.2008)

<sup>145</sup> Yargıtay Türkiye'ye ithali yasak olan bir marka veya özel ambalaj şeklinin izinsiz olarak yerli bir üretici tarafından kullanılmasında "ithalat rejiminin her zaman değiştirilmesi ve ithale izin verilmesi mümkündür." diyerek zarar görme tehlikesinin varlığını kabul etmiştir. 11. HD. T. 22. 11. 1985, E. 1985/ 4677, K. 1985/6377, ERİŞ, Gönen, Madde Açıklamalı En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara En-kay, 1992, age., 2. Baskı, s. 392, 393.

<sup>146</sup> DİRİKKAN, age., s. 176.

<sup>147</sup> YTD, 18.02.1971 T, E. 1970/4958 , K. 1971/1117, (naklen; DOĞANAY, age., s. 399, dpn. 28).

Yargıtay'ın yerleşik görüşlerinde iki rakip marka arasındaki şekil, söyleyiş bakımından normal ve orta seviyede bir alıcının, taklit edilmiş marka ile piyasadaki malı alırken aldanıp aldanmayacağını tespitinin gerektiğini kabul etmiştir<sup>148</sup>.

TTK 62. maddesine göre haksız rekabet halinde zamanaşımı süresi haksız rekabete maruz kalan kişinin hakkının doğmasından itibaren 1 yıl içinde, herhalde 3 yıl içinde davanın açılması gerekir. Ancak haksız rekabet devam ediyorsa zamanaşımı işlemez.

### ***B. BORÇLAR KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME***

Borçlar Kanunu'nda konuya ilişkin yanlış ilan ve kötüniyetle müşterilerinin kaybına sebebiyet veren veya müşteri kaybetme korkusuna maruz kalan kişilerin, faille karşı eylemlerini sonlandırmak ve sebep oldukları zararın tazminini isteme hakkına sahip olacakları düzenlemiştir. Kanun'un 48. maddesi, “ Yanlış ilanlar yahut hüsüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebileceği öngörülmüştür. BK 48. maddeye 29.06.1956 tarihinde 6763 sayılı yasanın 41 maddesi ile eklenen fıkra ile , “Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur.” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Ticaret Kanunu'nda ticari işlere ilişkin haksız rekabet düzenlenmiş olup adi işler yönünden haksız rekabete BK 48. md. hükümleri uygulanmaktadır<sup>149</sup>. BK'nın 49. maddesinde, manevi zararın giderilmesine ilişkin dava açılabilceğini düzenlenmiştir. Yasada, karıştırma tehlikesine ilişkin olarak 48. madde önem taşımaktadır.

### ***C. MEDENİ KANUN'DAKİ DÜZENLEME***

MK. 2. maddesi dürüstlük kuralını düzenlemektedir. Yukarıda haksız rekabet yönünden bu konu incelenmiştir. Markanın hükümsüzlüğü davalarında, önceki tescilli marka sahibi, başka bir kişi tarafından markasının veya benzerinin kullanılmasına veya tescil edilmesine sessiz kalmış ve bunun sonucunda marka tescil

---

<sup>148</sup> YTD. T. 13.09.1967, E. 1965/4131, K. 1967/4003, (naklen; DOĞANAY, age. S. 401, dpn. 32).

<sup>149</sup> Bkz. ARKAN Ticari İşletme Hukuku, s. 303; DÖNMEZ, age., s. 134; bu konuda özel bir kanun düzenlemesi ile BK. 48. md.'nin kaldırılmasının yerinde olacağı kanaatindedir. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 303; DÖNMEZ, age., s. 134.

edilmişse, dava hakkını kabul edilebilir bir süre içinde kullanmayan kişiye, hak sahibi MK'nun 2. maddesi uyarınca belli bir davranışta bulunması gerekirken sessiz kalıp iyi niyetli bir şekilde markayı tescil ettiren kişiye karşı dava açma hakkını kaybeder. Buna sessiz kalma yoluyla hak kaybı denilmekte ve dayanağı MK.'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralıdır. Marka sahibi geçerli bir mazeret olmadan bir başkasının iyi niyetle aynı veya benzer markayı kullanmasına ve piyasada tanıtmasına uzun süre ses çıkartmamışsa açılan dava MK'nun 2. maddesi gereği reddedilebilir<sup>150</sup>.

Yargıtay Telsim kararında, "Telsim" sözcüğünün 1982 yılından itibaren tescilli olarak kullanılmasına rağmen 1990 yılında markadan silinmesi talebi iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz." demiştir. Yargıtayın 1999 yılında verdiği bir kararda da, Güney Kore'de tescilli bir saat markasının Türkiye'de pazarlayan kişi tarafından çok benzerini adına tescil ettirmesinde benzerliğe ve iltibasa meydan vermesine rağmen MK. 2. maddesine dayanarak Türkiye'deki tescilin hükümsüzlüğüne karar vermiştir<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 288 dph. 2; HGK. T. 30.04.1968, E. 1968/3837, K. 1968/2562, ERİŞ, s. 370, n. 500; 11.HD. T. 30. 06. 2000, E. 5841, K. 6238, Batider 2000, C. 20. S. 4, s. 246, 247; Y.11. HD. T. 2.3.2000, E. 1999/8169, K. 2000/1726; Yine aynı dairenin. T. 11.10.2004, E. 2004/544, K. 2004/9548, kararında, "Dava davalının markası yanında tescil ettirdiği logonun iltibas yarattığı iddiasına dayalı terkin ve davanın MK. nun 2.madde hükmüne aykırı olup olmadığına ilişkindir. Davacı 1965 yılından beri piyasada kullandığı ve tescilli dava konusu logo için en son 1998 yılından itibaren 10 yıl için tescil belgesi almış; davalı ise, iltibas yarattığı bu yargılamada belirlenen benzer logoyu 8.11.1985 tarihinden itibaren 10 yıl için tescil ettirdikten sonra, 22.11.2000 tarihinden itibaren 10 yıl için bir kez daha tescil ettirmiştir. Mahkemece, davanın MK'nun 2. maddesine aykırı olarak açıldığını davalının kanıtlayamadığı sonucuna varılarak, dava kabul edilmiştir. Oysa, davacı vekilinin 25. 2. 2003 tarihli dilekçesinde, davalının 1982 yılından beri davacının uzun yıllar müşterisi olduğu ve davalının 1985 yılında aynı logo için tescil belgesi alarak, davacının ürünlerinin çok satıldığı Samsun-Çarşamba- Bafra yöresinde ticari faaliyet yürüttüğü belirtilmiştir. Davacının 18. 6. 2000 tarihinde açılan bu davaya kadar, uzun yıllar sessiz kaldığının kabulü gerekir. Davalının 8.11.1995 ile 22.12.2002 tarihleri arasında marka tescili yok ise de, ticari faaliyetini bu dönemde de devam ettiren davalıya karşı, davacı, bu dönemde de dava açmamıştır. Davalının logosu iltibas yaratmakla birlikte, MK. nun 2 nci maddesi uyarınca korunması gerekir. Her iki tarafın tescilli olan markalarının tescilli olarak piyasada varlığını sürdürmesini engelleyen bir hüküm 556 sayılı KHK'de bulunmamakta idi. Ne var ki 22.6.2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanun ile bu KHK'nin 7. ve 42. md. hükümlerinde yapılan değişiklik ile bu husus engellenmiş ise de, bu değişikliğin bu davada uygulanmayacağı açık olup davanın MK'nun 2. md. uyarınca reddi gerekir" denilmiştir. www.kazanci.com.tr.

<sup>151</sup> Davacının Greggersen+Şekil Markasının 1992 yılında tescil edildiğini, davalının bir dönem davacının Türkiye'de temsilciliğini yaptığını daha sonra davacı şirketinin adını, marka ve logosunu kendi adına tescil ettirdiğini belirterek davalı markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesini istemiş, mahkeme kararında davalının davacı markasını kötüniyetle kendi adına tescil ettirdiğinden bahisle zamanaşımının sözkonusu olmadığını

556 sayılı KHK.'nın 35/1. maddesinde kötü niyetle tescile ilişkin maddesindeki itiraz, MK. 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ile değil, MK. 3. maddesindeki iyiniyet kuralına göre çözümlenir. Kararnamenin 35/1. fıkrasında “tescil başvurusu yapılmış markanın, kötü niyetle tescil başvurusunun yapıldığına ilişkin itiraz marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılır.” denilmektedir. MK. 3. Maddesinde kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.” denilmekle itiraz eden kişi kötü niyetin varlığını ispat etmek zorundadır.

#### ***D. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN'DA YER ALAN DÜZENLEME***

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile ticari reklam ve ilanlara ilişkin düzenleme yapılmış olup, kanunun 06.03.2003 tarihinde, 4822 sayılı 23. maddesi ile değişik 16. maddesinde ticari reklam ve ilânların; kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esası getirilmiştir<sup>152</sup>. Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir. En iyi, en büyük en eski şeklinde reklamlar gerçeğe uygun olduğu takdirde yanıltıcı sayılmazlar<sup>153</sup>.

---

belirterek davayı kısmen kabul etmiş ve karar dairece onanmıştır. Y.11.HD. 12.11.2007 T, E. 2006/11371, K. 2007/14195 PEKDİNÇER, Tamer: Fikri ve Sınâî Haklar, İhlaller Davalar, s. 34.

<sup>152</sup> Yasada, bu ilkelere uyulmasını sağlamak amacıyla 17. md. bir reklam kurulunun oluşturulacağı ticari reklam ve ilânlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklam ve ilânları incelemek ve inceleme sonucuna göre, 16. md. hükümlerine aykırı reklam ve ilânları üç aya kadar tedbiren durdurma ve/veya durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltme ve/veya para cezası verme hususlarında görev yapacağı ve kararların bakanlıkça uygulanacağı öngörülmüştür. AVŞAR, Zakir: “Reklamların Tüketici Politikası Yönünden Değerlendirilmesi Denetimi ve Türkiye” [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/zakiravsarreklam/reklamlarin\\_tuketici\\_politikasi.ht](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/zakiravsarreklam/reklamlarin_tuketici_politikasi.ht) m. erişim tarihi: 07.04.2008; GÖLE, Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara-1983. s. 87, 99-100; “Boyada birinci” reklamında, ne bakımdan birinci olduğunun anlaşılabilmesi nedeniyle reklamın yanıltıcı olduğu hakkında, 11.HD. 22.12.1992 T, E. 91/4992, K. 92/11613, GÖLE, age., s. 100.

<sup>153</sup> GÖLE, age., s. 99-100.

Reklam Kurulu, ticari reklam ve ilânlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemede; ÷lke koşulları ile birlikte, reklamcılık alanında evrensel kabul gören tanım ve kuralları da dikkate alır.

Markalar, mal ya da hizmet ile tüketici arasında bağlantı kurarak, kamuoyunca tanınmasını sağlarken aynı zamanda reklam için uygun aracı oluştururlar. Markanın tanıtımında eksik ve yanlış yönlendirici reklam ile haksız rekabete neden olunmamalıdır. Yanıltıcı ve karıştırmacı markaların kullanılmasını engellemede hem üreticinin hem de tüketicinin ortak çıkarı bulunmaktadır.

Uluslararası düzenlemeler doğrultusunda hazırlanan 4077 sayılı TKHK.'nın 16. maddesinde öngör÷len Reklam Kurulu'nun faaliyete geçmesiyle birlikte reklamların denetimi konusunda bir adım atılmıştır. Bu maddeye göre, "Ticari reklam ve ilanların yasalara ve genel ahlaka uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır. 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 yapılamaz.". Yasada reklamlarda uyulması gereken genel esasları belirtilmekte ve reklam yapma sınırları belirtilerek, yasak olan reklam türleri sıralanmıştır. Reklamların; hukuka, genel ahlaka, rakipler karşısında ve tüketiciler karşısında dürüstlük ve doğruluk, ilkelerine uygun olması gerekir<sup>154</sup>.

Hukukumuzda reklamları düzenleyen diğerk temel kaynak, Radyo ve Televizyon hukukunu düzenleyen mevzuat oluşturmaktadır. 3984 sayılı Kanun'un 19. maddesi: "Bütün reklamlar adil ve dürüst olacak, yanıltıcı ve tüketicinin çıkarlarına zarar verecek nitelikte olmayacak, çocuklara yönelik veya içinde çocukların kullanıldığı reklamlarda, onların yararlarına zarar verecek unsurlar bulunmayacak, çocukların özel duyguları göz önünde tutulacaktır." hükmünü getirmektedir. Kanun koyucu, reklamlarda uyulması gereken genel esasları belirtirken ne şekilde reklam yapılamayacağını sıralamış ve bu tür reklamları yasaklamıştır. Radyo ve televizyon reklamları hem tüketici hukuku mevzuatına hem de radyo ve televizyon hukuku mevzuatına uygun olmak zorundadırlar<sup>155</sup>..

---

<sup>154</sup>AVŞAR,Zakir,agm.,[http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/zakiravsarreklam/reklamla rin\\_tuketici\\_politikasi.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/zakiravsarreklam/reklamla rin_tuketici_politikasi.htm). erişim tarihi: 07. 04. 2008).

<sup>155</sup>AVŞAR,agm.,[http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/zakiravsarreklam/reklamlarin\\_tu ketici\\_politikasi.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/zakiravsarreklam/reklamlarin_tu ketici_politikasi.htm). erişim tarihi: 07. 04. 2008.

Reklamlarda açıkça veya gizli olarak yanıltıcı ifade kullanılabilir. Çoğunlukla yapılan reklamdaki gizli anlatımda iddia açık belirtilmez. Aldatıcılık sadece sözel değil, diğer unsurların değerlendirilmesi ve reklamın bütünü yarattığı izlenimden çıkarılır. Reklamın aldatıcı nitelik kazanmasında aktarılan mesaj içeriğinin yanısıra anlatımı destekleyen görüntü ve efektler de rol oynamaktadır. Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde reklam mesajlarındaki ifade ve görüntülere ilişkin düzenlemeler açıkça belirtilmiştir<sup>156</sup>.

Reklamdaki yanıltıcı ifadelerin bulunması, malın veya hizmetin içerisinde zaten olan ya da olması gereken bir unsurunun vurgulanması ya da tüketici tarafından anlaşılabilir veya yanlış algılamaya neden olacak şekilde sunulması şeklinde olur. Tüketicilere gerekli bilgiler dürüstlük ilkesince verilmesi gerekir. Reklamda yer alan ifade doğru bile olsa, tüketici açısından önem taşıyan bilgi ve açıklamalar yer almıyorsa art niyetli bir davranış söz konusu olmakla aldatıcı reklamın varlığı kabul edilir.

Reklamdaki ikna ediciliği arttırabilmek amacıyla reklam verenin ürünlerinin üstün özellikleri, alternatif ürünlerde olmayan yönlerin aktarılması yolu tercih edilebilmektedir. Ancak ülkemizde benimsenen Uluslararası Reklam Uygulama Esaslarını kabul eden Reklam Özdenetim Esasları'nda yer alan 5. maddesi gereğince karşılaştırmalı reklamlarda karşılaştırmanın yanıltıcı olmaması ve dürüst rekabet ilkelerine uyması, karşılaştırma konularının doğrulanabilir gerçeklere dayandırılması ve "hakkaniyete uygun olarak" seçilmesi öngörülmektedir<sup>157</sup>.

Ancak, Türkiye gibi reklamcılık sektörünün ve reklam verme bilincinin her geçen gün daha da geliştiği bir ülkede kurul tarafından oluşturulan kurallara uyma eğiliminin yüksek olduğu söylenemez. 3984 sayılı Kanunun 33. maddesine göre Üst Kurul tarafından 'Radyo ve Televizyon Kuruluşları Reklam Yayın İlkeleri ve Usulleri İle Reklam Gelirleri Üst Kurul Paylarının Ödenmesi Hakkında Yönetmelik' yayımlanarak reklamlarda uyulması gereken usul ve esaslara aykırı reklamların radyo ve televizyonlarda yayınlanmasından yayıncı kuruluşun sorumlu olacağı,

---

<sup>156</sup> <http://www.rtuk.org.tr/yonety.htm>. Erişim tarihi: 13.02.2008.

<sup>157</sup> AKTUĞLU, Işıl Karpaz: "Tüketicinin Bilgilendirilmesi Sürecinde Reklam Etiği", [http://globalmedia-tr.emu.edu.tr/guz2006/Hakemli\\_Yazilar/Isil%20Karpaz%20Aktuglu.Reklam%20etigi.%20son.%20Onayli.pdf](http://globalmedia-tr.emu.edu.tr/guz2006/Hakemli_Yazilar/Isil%20Karpaz%20Aktuglu.Reklam%20etigi.%20son.%20Onayli.pdf); (<http://www.rok.org.tr>, Erişim tarihi: 21.03.2008.



yayıncı kuruluşların, reklamların kendi kuruluşlarının dışında hazırlandığı, içeriğine ve biçimine müdahale imkanının olmadığı veya bu tür reklamların başka araçlarla da duyurulduğu gerekçeleri ile sorumluluktan kurtulamayacaklarını belirtmiştir. Bunlara uyulmamasında üst kurul özel radyo ve televizyon kuruluşlarını uyarır. Bu uyarıda, ihlalin niteliği, ağırlığı ve tekrarı halinde sonuçları açıkça belirtilir. İhlalin tekrarlanması halinde, ihlalin ağırlığına göre izin uygulaması bir yıla kadar geçici olarak durdurulur veya yayın izni iptal edilir. Özdenetim ve özel hukuk davalarının yanında reklam denetiminde ve özellikle aldatıcı reklamlarla mücadelede idari denetimin varlığına da ihtiyaç bulunmaktadır.

14.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren Ticari Reklam Ve İlanlara İlişkin İlkeler Ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5/e maddesi “Reklamlar, ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanır. Reklamdaki asıl vaadin dışındaki niteliğindeki ifade veya görüntülerin; doğru ve dürüst olması esastır.” kuralı getirilmiştir. Buna göre reklamlar, tüketicinin güvenini kötüye kullanacak ya da onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edecek biçimde olamazlar. Kısa süreli imaj veren, elektronik araçlarla kullanılarak ya da yapılarını, izleyenlerin fark edemeyecekleri ya da bilemeyecekleri bir biçime sokarak bilinçaltıyla algılanmasını sağlayan reklamlar yapılamaz ve eksik bilgi vererek, anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenimler yaratmak suretiyle tüketiciyi doğrudan ya da dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler ya da görüntüler içeremez. Bunlar; Malın yapısını, bileşimini, üretim yöntemi ve tarihini, amaca uygunluğunu, kullanım alanları ve imkanlarını, verim ve performansını, miktarını, ticari ya da coğrafi veya jeolojik kökenini ve çevreye etkisi gibi özelliklerini, kapsar. Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 7/(c) fıkrası “ Reklamlar, özellikle aşağıda belirtilen konularda, eksik bilgi vererek, anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenimler yaratmak suretiyle tüketiciyi doğrudan ya da dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler ya da görüntüler içeremez.” Dedikten sonra maddenin 5. bendinde de Telif haklarını; patent, marka, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretler gibi sınai mülkiyet haklarını ve ticaret unvanlarını, saymıştır.

Karşılaştırmalı reklam, yönetmeliğin 11. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, karşılaştırmalı reklama; karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının

belirtilmemesi, mal ve hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması, aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi, dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması halinde yer verilebilir. Ticari itibardan haksız yararlanmayı düzenleyen 15. madde, “Reklamlarda; Bir başka firma, kurum ya da kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılmayacağı ve 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 yararlanılmayacağı, 16. Maddesinde; reklamların, başka reklamların genel düzenini, metnini, sloganını, görsel sunumunu, müzik ve ses efektlerini ve benzerlerini tüketiciyi yanıltacak ya da karışıklığa yol açacak biçimde taklit edemeyeceği düzenlenir<sup>158</sup>.

Yönetmeliğin 22. maddesi ile daha önce yürürlükte olan reklam tebliği yürürlükten kaldırılmıştır<sup>159</sup>.

Haksız rekabetin bir şekli olan aldatıcı reklam yapmak eylemi TTK 56-65 57/5, ve BK 48. maddesinde düzenlenmiştir. TTK. 58. maddesine göre, haksız rekabet fiillerine karşı haksız rekabet davası ile menfaatlerinin korunmasını rakipler tüketiciler ve ilgili mesleki ve iktisadi teşekkülleri isteyebilir<sup>160</sup>. Ayrıca, 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu gıda maddelerine ilişkin 1928 tarihli İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu müstahzarlara ilişkin ve 1963 tarihli 308 sayılı Tohumlukların Tescil, Kontrol ve Sertifikasyonu Hakkındaki Kanun yanıltıcı

---

<sup>158</sup> İletişim hizmetlerine ilişkin Cep telefon hizmet sağlayıcısı 02 markasının balon köpükleri ile Birleşik Krallıkta marka olarak tescil edildiği ve rakibi H3G tarafından hizmet fiyatlarını karşılaştıran ve 02 ismini kullanarak siyah ve beyaz balon köpüklerinin kullanılmasında İngiltere ve Waller Temyiz mahkemesi ATAD’dan sorduğu görüş nedeniyle Mahkeme, “Marka sahibi markasının karıştırılma tehlikesine sebep olmayacak şekilde bir üçüncü kişi tarafından karşılaştırmalı reklamda kullanmasını engelleyemez.” diyerek 89/104 sayılı Topluluk tüzüğü ve 84/450 sayılı Avrupa karşılaştırmalı reklam tüzüğüne göre kullanımın karıştırılma tehlikesi yaratmadığı ve markanın ününden haksız yararlanılmadığını belirtmiştir. ATAD case C-533/06 12.06.2008. European Union - Case Law, www.sib.com-News-Trademarks, Erişim tarihi: 26.06.2008.

<sup>159</sup> RG. 22500 nolu, 21.12.1995 Tarihli Tebliğ ile RG. 23941 nolu, 22.01.2000 Tarihli Tebliğler.

<sup>160</sup> GÖLE, age., s. 161; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 307, 308.

reklam ve satışa izin vermemektedir<sup>161</sup>. 1981 tarihli SPK. Menkul kıymetlerin halka satışı için yapılacak reklamlarda gerçeğe aykırı ve abartılı yanıltıcı bilgilere yer verilmeyeceğini belirtir<sup>162</sup>.

Avrupa Ekonomik Topluluğu 14 Nisan 1975 tarihinde aldatıcı reklama ilişkin ön programında konu ele alınmış, 28 Şubat 1978 de bir yönerge kabul edilmiştir. AT Konseyi daha sonraki 84/450 ve 97/55 sayılı Yönergelerde ve şu an yürürlükte bulunan 12 Aralık 2006 tarih ve 2006/114 sayılı Yönerge<sup>163</sup>nin 2/ b maddesinde düzenlenmiş ve 3. Maddesinde de aldatıcı reklamı yasaklamıştır<sup>164</sup>.

Tüketici üzerinde daha iyi bir izlenim bırakmasını sağlamak amacıyla, bir mal yahut hizmeti yanlış ve yanıltıcı reklam ile başka bir işletmenin, daha kaliteli bir malını görüntülemek suretiyle tanıtma halinde, tüketicinin aldatılması sözkonusudur. Yargıtay da reklamın aldatıcılığını tespitinde belli bir tüketiciyi ye da tüketici grubunu baz almaz. İltibas ile ilgili haksız rekabet davalarında, iltibasın mevcut olup olmadığını saptarken tüketicileri esas alan ölçüler ortaya koymuştur. Bir kararda malın bilhassa perakende alıcılarının normal içtimai durumunu, bilgi ve ayırt etme seviyesini esas alırken bir diğesinde orta seviyedeki müşterileri, bir başkasında vasat bir alıcıyı ölçüt almıştır.

Ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır.

### ***E. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME***

556 sayılı KHK.'dan başka Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da eserleri korumak ve iltibas önlemek amaçlı düzenleme yapılmıştır. Yasa yakın zamanda

---

<sup>161</sup> ERDEM, Gürsel: “Memleketimizde Tüketicinin Korunması Konusunda Kanuni Mevzuat Hükümleri ve Tüketicinin Durumu, Tüketici Sorunları Semineri, Ankara 1970 s. 32, (naklen; GÖLE, age., s. 54).

<sup>162</sup> GÖLE, age., s. 56.

<sup>163</sup> OJ 27.12.2006 Nr. L 376.

<sup>164</sup>Commission of the European Communities, “Proposal for a Council Directive, Relating to the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerninig Misleading and Unfair advertising”, COM (77), 724 final, Burussels, 28 şubat 1978, (naklen; GÖLE age., s. 58).

5728 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucu AB normlarına uyarlanmıştır<sup>165</sup>. FSEK. 83 md. 1/2 bendine göre bir eserin ad alamet ve çoğaltılmış şekilleri karışıklığa sebep olacak şekilde kullanılamaz. Eser adı markadaki gibi ayırtedici nitelikte ise, eser sahibi tecavüz eden tacir olsun, olmasın TTK. 56-65 maddeleri arasındaki haksız rekabet hükümlerinden faydalanacak ve TK. 58. md.'sindeki, tespit men haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, beyanların düzeltilmesi, maddi manevi tazminat davaları açabilecektir. Ancak umumi olarak kullanılan ayırt edici fonksiyonu bulunmayan ad, alamet ve dış şekiller korumadan yararlanamaz. (83/III). Eserin ad ve alametinin şeklinde karıştırılma tehlikesinin varlığında haksız rekabet koruması devreye girer<sup>166</sup>. Tespite konu işaret, resim, ses ile mektup resim ve portrelerinde tasarım veya marka niteliğinde olduğu zaman bu düzenlemeden yararlanır.

5728 sayılı Kanun'un 138. maddesi ile değiştirilen, 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesi manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz olarak değiştirilmiştir. Maddenin I. fıkrasının 1. bendi, "Bu Kanunda koruma altına alınan, fikir ve sanat eserleriyle ilgili, manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek: Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışı arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur" şeklindedir.

71. maddenin devamında, başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı bu fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, hapis cezasının üst sınırının beş yıl olup, adli para cezasına hükmolunamayacağı belirtilir. Maddenin diğer bendi, bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişinin, hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyet-

---

<sup>165</sup> www.uyap.gov.tr, Erişim tarihi: 25. 04. 2008.

<sup>166</sup> KARAHAN, Sami/SULUK Cahit/SARAÇ Tahir/NAL, Temel, age., s. 46; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 272,N. 2.

te kaynak gösteren kişi, bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltan, dağıtan, yayan veya yayımlayan kişilerin cezalandırılacağı” düzenlenmiştir<sup>167</sup>.

Yasanın 35. maddesinde alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınmasını, yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınmasını, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulmasını, ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesini, iktibas serbestisinde saymıştır<sup>168</sup>. Yasa ile basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadis ve haberlerin serbestçe iktibas olunabileceğini, iktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınmasının, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılmasının o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alameti belirtilmek suretiyle mümkün olacağını belirtir<sup>169</sup>. Görüldüğü üzere Fikir ve Sanat Eserler Kanunu ile, başkasına ait eserlerin karıştırılmaya neden olacak şekilde kullanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

### ***F. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER***

Türk marka mevzuatının uluslararası kaynağı olarak Paris sözleşmesi<sup>170</sup>, TRIPS, Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası

---

<sup>167</sup> 23/01/2008 tarihli 5728 sayılı Kanun 138. md. [www.uyap.gov.tr/bilgi/bilgiyon.html](http://www.uyap.gov.tr/bilgi/bilgiyon.html). Erişim tarihi: 13.04.2008.

<sup>168</sup> [www.uyap.gov.tr/bilgi/bilgiyon.html](http://www.uyap.gov.tr/bilgi/bilgiyon.html).

<sup>169</sup> [www.uyap.gov.tr/bilgi/bilgiyon.html](http://www.uyap.gov.tr/bilgi/bilgiyon.html).

<sup>170</sup> 1883 yılında imzalanan Paris Sözleşmesine 149 ülke üyedir. Buluşlar (patent ve faydalı model belgeleri), ticaret ve hizmet markaları, endüstriyel tasarımlar, ticaret unvanları, coğrafi işaretler sözleşmede özel olarak düzenlenmiştir. Sözleşmeye üye ülkeler bir "Birlik" oluşturmaktadır. Sözleşme'nin tüm sınai haklar açısından "Ulusal İşlem" ve "Rüçhan Hakkı İlkesi" olmak üzere iki önemli temel ilkesi bulunmaktadır.

Her üye ülke, "Paris Birliği"ne dahil diğer ülke vatandaşlarına, kendi vatandaşlarına sağladığı sınai hak korumasının aynısını sağlamak zorundadır. Paris Sözleşmesine üye olmayan ülke vatandaşları ise, üye ülkelerden birinde ikamet etmekte ya da bu ülkelerden birinde ciddi fiili bir faaliyeti olması halinde bu haklardan yararlanabileceklerdir. Paris sözleşmesi 1990 da Bürüksel'de, 1911 de Washington'da, 1925 te Lahey'de 1934 de Londra'da, 1958 de Lizbon'da, 1967 de Stokholm'de gözden geçirilerek değiştirilmiştir. Paris sözleşmesi bir markanın üye ülkede korunması için o ülkede tescilini şart koşmaktadır.

TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 71, prg. 6, n. 17-20.

Sınıflandırılmasına ilişkin Nis Sözleşmesi, Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını tesis eden Viyana Sözleşmesi ve Markaların Uluslararası Tescili Konusunda Madrid Sözleşmesi bulunmaktadır<sup>171</sup>. Karıştırılma tehlikesi ile bağlantılı olarak burada TRIPS, Paris Sözleşmesi ve 89/104 sayılı AB yönergesini zikredebiliriz.

### **1. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının Eki Olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)**

556 sayılı KHK'nın 4. maddesinde; yürürlüğe konulan milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu kararname hükümlerinden daha elverişli olması halinde 3. maddede belirtilen kişilerin, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme haklarının mevcut olduğu belirtilmiştir<sup>172</sup>. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın eki olup, fikri mülkiyetle ilgili uluslararası alanda asgari standartları belirleyen bir anlaşma haline gelmiştir. Anlaşmanın Fikri Mülkiyet Sözleşmeleri başlıklı 2. maddesine göre “üye devletler, Paris Sözleşmesi'nin 1-12 ve 19. maddelerine riayet edeceklerini kabul etmişler ve 15 ile 21. maddeleri arasında markalara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır<sup>173</sup>. TRIPS'in

---

<sup>171</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 338, prg. 21, n. 9; Madrid sistemi ile protokole taraf ülkelerde olmak şartıyla, tek bir dil kullanarak tek bir başvuru ile markaların uluslararası tescilinin yanı sıra yenileme, devir, unvan ve adres değişiklikleri, eşya sınırlamaları gibi değişikliklerin tek bir basit işlemle uluslararası sicile kaydedilmesi amaçlanmıştır. Madrid Protokolü 01.01.1999 tarihi itibarıyla ülkemizde uygulanmaya başlamıştır. Uluslararası başvuru, Madrid Protokolü'ne taraf olan bir ülkede gerçek ve etkin sınai veya ticari bir kuruluşu olan veya o ülkede yerleşik olan veya o ülkenin tabiyetinde olan bir gerçek veya tüzel kişi tarafından yapılabilir.

<sup>172</sup> Türkiye 31.5.1963 tarih, 244 sayılı Kanun'un 3. maddesinin verdiği yetki ile Bakanlar Kurulu'nun 14.8.1975 tarih, 7/10540 sayılı Kararnamesi ile katılmış ve 29.01.1995 tarihli resmi gazetede ilan edilmiştir. Türkiye, WTO Kuruluş Anlaşmasına ise 31.12.1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere katılmış Dünya Ticaret Örgütü (WTO), çok taraflı ticaret sisteminin yasal ve kurumsal organıdır. WTO, hükümetlerin iç ticaret yasalarını ve düzenlemelerini nasıl yapacakları konusunda yasal bir çerçeve ortaya koymaktadır ve toplu görüşmeler ve müzakereler yoluyla ülkeler arasında ticari ilişkilerin geliştirildiği bir platformdur. 1948 tarihli GATT (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması) çerçevesinde ve 1986-1994 Uruguay Turu sonucunda kurulması kararlaştırılmış olan Dünya Ticaret Örgütü' ne (WTO), halen, 34' ü gözlemci statüsünde olmak üzere toplam 144 ülke ve aralarında Dünya Bankası ile Uluslararası Para Fonu' nun da bulunduğu 7 uluslararası kuruluş katılımda bulunmaktadır. Türkiye de 26 Mart 1995 tarihi itibarıyla WTO üyesidir. Merkezi İsviçre' nin Cenevre kentinde bulunan WTO' nun başlıca faaliyetleri, GATT ve WTO anlaşmalarını yürütmek, uluslararası ticarete ilişkin anlaşmazlıkları çözmek ticaret müzakereleri için forum oluşturmak, ulusal ticaret politikalarını izlemek ve geliştirmekte olan ülkeler için teknik yardım sağlamaktır. www.baskent.edu.tr\_ Erişim tarihi: 1.5. 2008.

<sup>173</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 268.

15. maddesinde marka olabilecek işaretler sınırlandırılmadan sayılmış, TRIPS 16. maddesinin 1/ 2. cümlesi aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılmasında karıştırılma tehlikesinin varsayıldığı belirtmiştir Maddenin 2. fıkrası ise tanınmış markalara ilişkin ölçüyü getirmiştir<sup>174</sup>. Tescilli markada, başkaca bir araştırma gerekmeyip tescilli markanın sonradan tescil edilmek istenen, aynı ya da aynı tür mal ya da hizmetler için kullanılması halinde, halk arasında karıştırılma tehlikesi mevcut olduğu durumda önceki marka sahibi tescile itiraz edebilir. Buradaki karıştırılma tehlikesi iki marka arasında bağlantı olduğu ihtimalini de kapsar. Halk tarafından karıştırılma tehlikesi olmadığı durumlarda sorun yoktur, tescil mümkündür<sup>175</sup>. Üye ülkeler, mevzuatını anlaşmaya uydurmadıklarında Dünya Ticaret Örgütüncce yargılanıp tazminata mahkum edilmektedirler<sup>176</sup>. WIPO, 13-31 Mart 2006 tarihleri arasında da Singapur'da "Marka Kanunları Hakkında Singapur Antlaşması"nı (Revize Edilmiş Marka Hukuku Antlaşması) kabul etmiştir<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> "BLACK&DECKER" ile özdeş "BLACK DECKER" ve "Decker" ibaresini içeren "Harvey Decker" markalarının farklı sınıf emtialar için yaptığı marka tescil başvurusuna yönelik itiraz ve YİDK. girişimlerinin davalı kurumca reddedildiğini ileri sürerek, ret kararının ve eğer tescil edilmişse davalı markasının iptalini, markaya tecavüz ve haksız rekabetin önlenerek sonuçlarının ortadan kaldırılmasını talep ve dava etmiştir. Ülkemizin tarafı bulunduğu TRIPS Anlaşması'nın 16/2. maddesiyle tanınmışlık olgusuna daha net ölçütler getirilmiş, markanın ilgili sektörde herkesçe bilinirlik kazanmasının tanınmış marka kabulünde etken olduğu vurgulanmış, kararın dayandırıldığı bilirkişi raporunda ise, özellikle TRIPS maddesinin 16/2 nci dikkate alınmamıştır. Bu durum karşısında, davacı markasına ilişkin sunulan kanıtlar, diğer ülkelerdeki tescillerin içerdiği sınıflara göre en azından sektörel bazda tanınmış marka niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi, gerekirse yeni ve bu konuda bir bilirkişi kurulundan görüş alınarak, uyuşmazlığın değinilen ilkeler ışığında çözümünde zorunluluk görüldüğünden, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak verilen kararın bozulması gerekmiştir." 11.HD. 9.12.2004 T., E. 2004/1146, K. 2004/12103, www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 20.06.2008.

<sup>175</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 103; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, prg. 26, no. 19; YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. II, s. 778; DİRİKKAN, age., s. 161.

<sup>176</sup> SULUK, Cahit/NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 20.

<sup>177</sup> "Revize Edilmiş Marka Hukuku Antlaşması", 1994 yılında kabul edilip, 1996 yılında uygulamaya giren "Marka Hukuku Antlaşması"nın (TLT 1994) uygulama alanını ve antlaşmaya taraf ülke sayısını arttırma amaçlarıyla WIPO ve WIPO üyesi ülke temsilcileri tarafından hazırlanmıştır. "Revize Edilmiş Marka Hukuku Antlaşması" ismini "Marka Kanunları Hakkında Singapur Antlaşması" olarak değiştirmiştir. WIPO üyesi yaklaşık 130 ülkenin temsil edildiği Diplomatik Konferans sonucunda kabul edilen Singapur Antlaşması'nı Türkiye'nin de dahil olduğu 41 ülke imzalamıştır Türkiye, Antlaşma'yı 2005 yılından bu yana uygulamaktadır. 556 sayılı KHK'nın sisteminin işleyişini düzenleyen KHK.'nin uygulanma şeklini gösterir yönetmelik 2005 yılında Türkiye'nin katıldığı Marka Kanunu Anlaşmasına göre düzenlenmiştir. ÜNSAL, Önder Erol, "Türkiye'de Markaların Korunması ve 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile

TRIPS'in 61. maddesi "Üyeler en azından ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaklardır. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekilde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler." hükmünü içermektedir<sup>178</sup>.

## 2. Nis Anlaşması

Nis Anlaşması 15 Haziran 1957'de imzalanarak 08.01.1961 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 14.06.1967 tarihinde Stockholm'de, 13.05.1977'de Cenevre'de yapılan revizyonlarla son şeklini almıştır. Türkiye, 12.07.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile bu Anlaşmaya katılmış ve Anlaşma 15.02.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Nis Anlaşması ile bu sınıflandırmayı kullanan bir ülkedeki başvurunun sınıflandırılmış ve ofis tarafından doğrulanmış aynı marka için başka ülkelerde yapılan başvurular açısından sınıflandırılması ve kontrolü kolaylaşmaktadır<sup>179</sup>.

Hukukumuzda, markaların benzerliği konusunda Nis Anlaşmasındaki sınıflandırma dikkate alınır. TEKİNALP, sınıflandırmanın markanın tescil amacına hizmet edeceğini, koruma ile ilgisi olmadığını söylemektedir<sup>180</sup>. Nis Anlaşması 2. maddesinin 2. fıkrasına göre özel birlik ülkeleri sınıflandırmayı esas veya yardımcı sistem olarak kullanma hakkına sahiptirler. AB.'nde farklı sınıflardaki mal ve hizmetlerdeki benzerliklerin farklı kriterlerce tespit edilebileceğini ve Nis sınıflandırmasının idari etkisi olduğunu belirtir<sup>181</sup>.

---

Getirilen Sistem" www.tpe. gov. tr/portal/duyurular/madrid/17nisan\_wipodeneme. ppt erişim tarihi: 05.05.2008.

<sup>178</sup> ALBAYRAK, Mustafa: "Taklit Ürün Suçlarının Yargılanmasında Yaşanan Sorunlara Yeni Markalar Kanunu Çözüm Getirebilecek mi?" TBB. Dergisi, S. 72, Y. Eylül- Ekim 2007, s. 282; AB nin Patent sistemi ile ilgili işlemleri yürüten EPO, Marka ve Tasarım ofisi olan OHIM, ihtilafları çözmek için kurulan ATM AB. nin bu alandaki kuruluşlarıdır. AB üyesi Benelux ülkeleri de aralarında Benelux Marka ve Tasarım Ofisi kurulmuştur.

<sup>179</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 268; YASAMAN, Markalar Hakkındaki KHK, s. 100, Nis'de yapılan sınıflandırma ile hizmet markaları kabul edilmiş ve 1967 yılında madrit anlaşmasının tadili için Stockholm konferansında, yine Paris anlaşmasının tadili için yapılan Lizbon konferansında da hizmet markalarının geçerliliği kabul edilmiştir. YASAMAN, age., s. 82.

<sup>180</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 338, prg. 21, n. 9.

<sup>181</sup> YASAMAN/YUSUFUOĞLU, C. II., s. 779; YASAMAN, Markalar Hakkındaki KHK, s. 100; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 268.



Mal veya hizmetlerin benzerliğinin tespitinde kural olarak Nis Anlaşması dikkate alınır da, halk arasında karıştırılma tehlikesinin bulunduğu durumlarda farklı sınıflarda dahi olsalar mal veya hizmet benzer sayılır<sup>182</sup>. Halk tarafından karıştırılma tehlikesinin varlığı halinde farklı sınıflardaki mal ya da hizmet için de ilk marka sahibinin itiraz hakkı olması gerekir<sup>183</sup>.

Nis Anlaşmasının 2. md. 1. fıkrası sınıflandırma, koruma açısından tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi konusunda Anlaşma'da yer alan sınıflandırmanın özellikle bağlayıcı olmayacağı açıkça belirtilmiştir. 556 Sayılı KHK'nın 24. maddesinde, markaların kullanılacağı mallar veya hizmetlerin, markaların tescili amaçları için malların veya hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılacağı, sınıflandırma ile ilgili ilkelerin yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir<sup>184</sup>. Anlaşma'da, özel birlik ülkeleri sınıflandırmanın etkisini belirleme yetkisine sahip olmakla isterlerse, esas sistem olarak isterlerse yardımcı sistem olarak sınıflandırmayı kabul edebilirler.

Yargıtay 11. HD.'nin önceki uygulaması aynı markanın hem ticaret hem de hizmet markası olarak ayrı kişiler adına tescil edilebileceği şeklinde ise de, bu uygulamanın özellikle ticaret ve hizmet sınıfları kapsamındaki bazı mal ve hizmetlerin birbiri ile iç içe geçmiş olduğu durumlarda markaların karıştırılması olasılığı nedeniyle görüş değişikliği olmuştur<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 102, TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 406, prg. 26, n. 15; OYTAÇ, age., s. 229.

<sup>183</sup> YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. II., s. 780. Konuya ilişkin YHGK. 7.6.2006 T., E. 2006/11-338, K. 2006/338, kararında, "Davacının markalarında yer alan ürünler ile davalı başvurusunda yer alan ürünlerin aynı sınıfın aynı alt grubunda yer alanlar yönünden, başvuru anında yürürlükte bulunan Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına ilişkin BİK/TPE2002/2 sayılı Tebliğin 6. maddesi uyarınca aynılık olduğu açıktır. Bu markalar tıpatıp aynı olmamakla birlikte karıştırılma ihtimalinin olup olmadığı ve böylece bağlantılı oldukları intibamı yaratıp yaratmadıklarının; davacının daha önce tescil edilmiş bu markaları ile tescili istenen markanın birbirinin benzeri olup olmadıklarının irdelenmesi gerekmektedir." der. www.kazanci.com.tr. , Erişim tarihi: 11. 11. 2007.

<sup>184</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, 2005, s. 357, prg. 22, n. 63; ÖZTEK, agm., s. 213.

<sup>185</sup> "Dairenin kararında; "Her ne kadar Dairemizin önceki uygulaması aynı markanın hem ticaret hem de hizmet markası olarak ayrı kişiler adına tescil edilebileceği yolunda ise de, bu uygulamanın, özellikle ticaret ve hizmet sınıfları kapsamındaki bazı mal ve hizmetlerin birbiri ile iç içe geçmiş olduğu durumlarda markaların karıştırılması olasılığı karşısında yeniden gözden geçirilmesi gerekmiştir." demiştir.

Ancak, davalının tescil ettirdiği markanın bir sınai mülkiyet hakkı türü olan davacının üstün ve önceye dayalı hak sahibi bulunduğu ticaret ünvanına vurgu sözcüğü olan "A..." ibaresi

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24. md.'sinde, işaret edilen 2007/2 sayılı TPE Tebliği gereği mal ve hizmetler, gösterdikleri ortak özellikler gözönünde tutularak ilk 34 sınıfta "mallar", son 11 sınıfta da "hizmetler" olarak sınıflandırılmıştır.

Türkiye'de, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesi ve TPE tebliği gereğince sınıflandırma esas sistem olarak benimsenmiş ve Kanun Hükmünde Kararname'nin 7/1 (b) ve 8/1 (b) maddelerinde sözü edilen "aynı veya benzer tür mal veya hizmetler" terimlerinin her sınıf ve onun alt grupları açısından gözönünde tutulacağı belirtilmiştir. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Tebliği ile aynı tür mal veya hizmetlerin sınıflandırılmasına ilişkin Nis Anlaşması hükümlerine göre uygulanacak sınıfların listesi ve uygulama esasları tespit edilmiştir<sup>186</sup>. Buna göre, birden fazla kişiler adına tescilli ya da tescil başvurusu yapılan markaların kullanılacağı mal veya hizmetlerin benzer olup olmadıklarının tesbitinde markada belirlilik ilkesi ve tescilli markanın koruma sınırının saptanmasında birliği sağlamak amacıyla öncelikle TPE Başkanlığınca yayınlanan sınıflandırmaya ilişkin tebliğler uygulanacaktır. Ancak, TPE tebliğine göre farklı sınıflarda yer almalarına rağmen halk nezdinde karıştırılmaya yol açacak nitelikteki ticaret ve hizmet markalarının kapsadıkları mal ve hizmetlerin "benzer" olarak değerlendirilmesi de mümkündür aynı husus öğretide de kabul edilmektedir<sup>187</sup>. Çünkü; Nis Anlaşması'nın 2/1. maddesine göre sınıflandırma, tescil edilen marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi konusunda bağlayıcı değildir. Sınıflandırmanın esas

---

taşımalarının 556 Sayılı KHK'nin 8/5. maddesi hükmünce tescil ve ilan aşamasında bir nisbi ret nedeni oluşturduğu, bu aşamalardan sonra ise hak sahibinin dava yoluna başvurması halinde aynı KHK'nin 42/1-6. maddesi uyarınca tescilli markasının hükümsüz kılınmasını gerektiren bir hal olduğu gözetilmeden davalı markasının sicil kaydının terkinini ve iptali isteminin reddi doğru görülmemiş, kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. YHGK. T.28.3.2007, E. 2007/11-184, K. 2007/166, www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi:12.03.2008.

<sup>186</sup> Tebliğin 1. md, "Marka tescil başvurularında, 556 sayılı KHK'nin 7/1 md'ndeki belirtilen aynı tür mal ve hizmetlerin değerlendirilmesinde, 12.07.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile taraf olunan Markaları Tescili Amacıyla Mal veya Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması hükümlerine göre, her 5 yılda bir basılan ve bu 5 yıllık süreçte üye ülkelerce teklif edilen yenilikleri de kapsayan sekizinci baskı gereğince, 01.01.2002 tarihinden itibaren, marka tescil başvurularına uygulanacak mal ve hizmet sınıflarının listesi ve uygulanacak kurallar bu tebliğ kapsamındadır." demektedir. Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sıflandırılmasına İlişkin Tebliğ (BİK/TPE: 2007/2) RG; 08.01.2007, S. 26397.

<sup>187</sup> Bkz. YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku, Cilt II, s. 779.

sistem olarak kabulü halinde dahi tescilli markanın koruma sınırı, somut uyuşmazlığın özelliğine göre belirlenecektir. Burada dikkate alınması gereken kriter, halkın karıştırma ihtimali bulunup bulunmadığıdır<sup>188</sup>.

Mal veya hizmetin benzerliği tescile itiraz için yeterli olmayıp, halk tarafından karıştırılması tehlikesinin de bulunması gerekir. Bu nedenle farklı sınıflarda ve karıştırılma tehlikesi olan mal ya da hizmet benzer sayılır<sup>189</sup>. Aynı mal veya hizmetin varlığının saptanmasında sorun yaşanmaz. Benzer mal veya hizmetin saptanmasında ise ayrıntılı değerlendirme yapılmak gerekir. Bu konuda 551 sayılı Markalar Kanunu

---

<sup>188</sup> “Davacının, Bonjour logosu ve kuş martı şeklindeki markasının pastacılık ticaret sınıfında tescilli olduğu, davalının aynı markayı restoran hizmet sınıfında kullanıma dayalı önceliği olup kafeterya, kantin kokteyl salonlarına ilişkin marka tescil talebinde sırf taraf markalarının farklı olması nedeniyle hüküm kurulması yersiz olup, benzerlik, iltibas, halk nazarında karıştırılma olasılığı somut olay açısından incelenmesi gerekir.” 11.HD. 21.07.2005 T. E. 2004/9414, K. 2005/7845, ORHAN, age., s. 345-347 ;

“Aynı isimle yapılan tescil başvurusunun reddedilebilmesi için, marka konusunda uzman bilirkişilerden oluşacak bir kurulca, davaya konu her üç sınıf gıda için davalı şirketin marka başvurusunu eklediği emtia listesinin, davacının daha önce tescil ettirdiği markaya ait ürünlerle orta düzeydeki tüketiciler tarafından "karıştırılma ihtimali" veya daha önce tescil edilmiş marka ile "ilişkili olduğu ihtimalini kapsayıp kapsamadığı" hususlarının araştırılması ve oluşacak sonuca göre hüküm kurulması gerekir.” 12.10.2004 T., E. 2003/13267, K. 2004/9678, [www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr). Erişim tarihi: 05.04.2008.

<sup>189</sup> YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku, C. II., s. 781; YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s. 100; “Marka tescil belgesinde davacıya ait markanın "lavabo, helataşı, klozetler, küvetler, rezervuarlar, rezervuar kapaklar, etejerler, sabunluklar, kağıtlıklar, eviyeler, kurnalar, ayaklar" için koruma sağladığı, davanın açıldığı tarihte (19.1.1996) Türkiye'nin katıldığı Nis Anlaşması ve 556 sayılı KHK'nin değişik 7/1-b bendinde belirtilen Aynı Tür Mal ve Hizmetlerin Değerlendirilmesine ilişkin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tebliğine göre daha önce tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın "aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetler" için tescil başvurusunda bulunacak kişinin tescil talebinin red edileceği Oysa davacının VİTRA markası ile ürettiği ürünlerin 11. sınıfa, davalının ürettiği ürünün 17. sınıfa girdiği, farklı sınıflara dahil olup aynı grupta bulunmadığı gibi, davalının markasını tescil ettirdiği şekilde kullanıp iltibas yaratmadığı anlaşıldığından, hükmün onanmasına” karar verilmiştir. Birden ziyade kişiler adına tescilli ya da tescil başvurusu yapılan markaların kullanılacağı mal veya hizmetlerin benzer olup olmadıklarının tespitinde öncelikle TPE Başkanlığınca yayınlanan sınıflandırmaya ilişkin tebliğler uygulanacaktır. Sınıflandırmanın esas sistem olarak kabulü halinde dahi tescilli markanın koruma sınırı somut uyuşmazlığın özelliğine göre belirlenecektir. Burada dikkate alınması gereken kriter halkın karıştırma ihtimali bulunup bulunmadığıdır.” 11. HD. 13.3.1998 T., E. 1997/8665, K. 1998/1705; CASA tescilli markasına benzer ürünlerde kullanmak üzere "CASAMIA" ibaresinin tescilli talebine ilişkin davada daire; “O halde, mahkemece, 556 Sayılı KHK'nın ve atif yapılan uluslararası anlaşmanın hükümleri gözetilerek benzerlik, iltibas ve halk nazarında karıştırılma olasılığı açısından somut olaya ilişkin durum ve veriler birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir iken, salt tebliğ hükümlerine dayanılarak taraf markalarının farklı sınıflar için tescilli olduğu gerekçesiyle " diyerek salt sınıflandırmanın değerlendirmede yeterli olmadığını belirtmiştir. 11.HD. 5.2.2007 T., E. 2005/13645, K. 2007/1319; Aynı dairenin ÜLKER RONDO ve DONDO markalarına ilişkin 11. HD. T. 7.7.2005, E. 2004/9333, K. 2005/7363, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 29.06.2008.

döneminde Danıştay'ın verdiği bir kararda: "Aynı mallarda karıştırılma tehlikesi yüksek olduğu gibi; mallar arasında benzerlik oranı yükseldikçe karıştırılma oranı yükselir."<sup>190</sup> şeklindeki görüşü, Kanun Hükmünde Kararname anlamında geçersiz olmalı ve farklı sınıflar içinde karıştırma tehlikesi hususunda değerlendirme yapılmalıdır.

Mal ve hizmetlerin benzerliği hususunda Nis Anlaşması'na göre oluşturulan sınıflar, mal ve hizmetlerin benzerliği konusunda bir yardımcıdır<sup>191</sup>. Marka Kanunu Anlaşması 9. maddesinin 2/ (a) bendinde, mal veya hizmetlerin ofis tarafından herhangi bir tescilde veya yayında, Nis sınıflandırmasına göre aynı sınıfta olduğu gerekçesiyle benzer olduğu; aynı fıkra (b) bendinde ise mal ve hizmetlerin farklı sınıfta yer aldığından bahisle benzer olmadıklarının varsayılmayacağını belirtir. Anlaşmanın 1. maddesinin 1. fıkrasına göre sınıflandırma sistemi yetkili makamlara tescilde kolaylık sağlama ve ortak bir sınıflandırma oluşturma amacına hizmet eder.

Benzer düzenleme Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması'nın 1. ve 4. maddesinde yer alır<sup>192</sup>. Alman Hukukunda sınıflandırmanın, markanın tescili ile koruma süresinin uzatıldığı tarihler arasında değişmesi durumunda, yenileme anında markanın sınıfının da değiştirileceği veya marka sahibinin başvurusu durumunda yenileme anını beklemeden değiştirilebileceği belirtilmiştir<sup>193</sup>.

Türk hukukundaki uygulama ise, 556 sayılı KHK'nın 24. maddesi ve TPE tebliğleri gereğince sınıflandırma esas sistem olarak benimsenmiş ve 08.01.2007 tarih ve 2007/2 sayılı TPE tebliğinin<sup>194</sup> BİK-TPE 2007/2 nolu Tebliğin 4. maddesine

---

<sup>190</sup> Da.. 12. D., T. 12/02/1972, E. 969/2871, K. 972/428.

<sup>191</sup> Karşı görüş bkz. OCAK, agm., s. 275, 276; KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 34 vd; KARAHAN, Marka, s. 16.

<sup>192</sup> 13.08.1995 tarihli 22373 sayılı RG.'de yayınlanan bu anlaşmaya Türkiye 12.07.1995 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmıştır.

<sup>193</sup> DİRİKKAN, age., s. 183, dpn 51.

<sup>194</sup> 08.01.2007 T. 26397 sayılı R.G. de yayınlanan Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ (BİK/TPE: 2007/2) , 1. maddesi 12.7.1995 T. 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile taraf olunan "Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına ilişkin Nis Anlaşması" hükümlerine göre düzenlenen mal/hizmet listesi Anlaşma'ya taraf ülkelerin kararlarıyla çeşitli zaman aralıklarında yenilenmektedir. Yenilikleri ve değişiklikleri içeren uluslararası mal/hizmet listesi ise 5 yıllık aralıklarla basılmaktadır. İş bu Tebliğ, Nis Anlaşması çerçevesinde oluşturulan Nis Sınıflandırması'nın 1.1.2007 tarihinde yürürlüğe girecek 9. baskısında yer

göre, “Her sınıf, kendi içerisinde aynı ya da benzer mal veya hizmetleri kapsayacak, alt gruplar şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile tescilli ya da tescil başvurusu yapılan markaların kullanılacağı mal veya hizmetlerin benzerliklerinin tesbitinde, öncelikle TPE Başkanlığınca yayınlanan, sınıflandırmaya ilişkin tebliğ uygulanacaktır. Markanın koruma sınırının tespitinde, aynı zamanda birliğin ve uyumun sağlanmasında bu şarttır. Fakat; farklı sınıflarda olmasına rağmen, halk arasında karıştırmaya yol açacak nitelikteki ticaret ve hizmet markalarının kapsadıkları mal ve hizmetlerin "benzer" olarak değerlendirilmesi de mümkündür<sup>195</sup>.

---

alacak değişiklikleri içermektedir. Ayrıca, Nis sınıfları kapsamında yer alan mallara ve hizmetlere ilişkin olarak oluşturulan grup listeleri de Tebliğ Ek’inde düzenlenmiştir. Tebliğin 5. maddesinde, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 7. maddesinin (b) bendinde belirtilen aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, işbu Tebliğ ekinde yer verilen gruplar esas alınacaktır. Ancak, Enstitü marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında aynı tür malı veya hizmeti farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebilir.

Tebliğin 5. maddesinde karıştırılma tehlikesine engel olma amacı güdülerek marka sahibinin tescil yaptırdığı mal veya hizmet sınıfındaki farklı alt grupları tescil ettirmeksizin kullanabilmesi sağlanmıştır. Aksi takdirde marka sahibinin markasını kullanmadığı mal veya hizmetler için 42. madde uyarınca hükümsüzlüğüne karar verilmesi riski mevcut olacaktır. OCAK, agm., s. 282.

<sup>195</sup> Bkz. YASAMAN, Marka Hukuku, Cilt II, s. 779; 11. HD’nin 25.3.1999 T. ve E. 1998/9096, K. 1999/2605, “her ne kadar davacı vekili iki markanın mal ve hizmet sınıflandırılmasında farklı sınıflara ait olduğunu iddia etmiş ise de, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının (BİK-TPE 96/2) nolu Tebliğinin 9. maddesindeki "Farklı sınıflara ve gruplara dahil olmalarına rağmen birbirleri ile iltibas yaratacak ve halkı yanıltarak kamu düzenini bozacak şekilde ilişkili olan mal ve hizmetler de aynı tür mal ve hizmet olarak değerlendirilecektir. " hükmünün 556 sayılı KHK. nin 8. maddesi ile birlikte davalının red gerekçesinin mevzuata uygun olduğu” Yayınlanmamış karar. www.turkpatent. gov. tr/dosyalar/mevzuat/MarkaTeb. pdf, Erişim tarihi: 10.03.2008;

“Taraflara ait markalar farklı ürünlere ve bundan dolayı Nice anlaşması ile belirlenen farklı sınıflara ilişkin olsa da temelde tekstil ürünlerini içerdiklerinden 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8/ (b) ve 9/ (b) bentlerinde tanımlanan anlamda bir markanın tescile veya önceye dayalı kullanımla oluşan üstün hak sahibi, markasının benzer ürün veya hizmetlerle ilgili tescilinin iptalini isteyebilir. Bunun zorunlu koşulu, sonradan tescil başvurusuna konu edilen veya tescil edilen markanın orta düzeyde bir tüketici tarafından önceki marka ile karıştırılma olasılığının ciddi biçimde belirebileceğinin ortaya çıkacak olmasıdır. Davacının 20.05.1992 tarihinde tescil ettirdiği hazır giyim ürünlerine ilişkin markası ile davalının 20.09.1993 tarihli genel tekstil türevi olan havlu, çarşaf ve benzeri ürünleri içeren markası özdeş olup, “EVİTA” sözcüğünden ibarettir. Markaların tescil belgelerindeki yazılış biçimlerinde ve logolarında beliren farklılığın ürünlere yansıma biçimi fazla öne çıkmadığından marka kimliğinin temel unsurunun “EVİTA” sözcüğü olduğunun kabulü gerekir. Esasen kataloglardan da eylemli durumun böyle olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, tekstil sektöründen deneyimli bir bilirkişinin de bulunduğu yeni, bilirkişi kurulu oluşturularak 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin anılan hükümlerinin taraflara ait markalar bakımından taşıdığı anlam ve özellikle tüketiciler nezdinde iltibas oluşup oluşmayacağı konularında görüş sorulup sonucuna göre karar verilmek gerekir.” 11.HD.

2007/2 sınıflandırma Tebliği'nde, bir sınıfta bulunan gruba giren mallar kural olarak aynı tür mal veya hizmet sayılacağı kabul edilmesine karşı TPE farklı gruplara giren mal ve hizmetleri de aynı tür mal veya hizmet olarak değerlendirme yetkisini saklı tutmuştur<sup>196</sup>.

KARAHAN, marka korumasının kapsamını belirlemede grupların esas alınacağını söyler. Dolayısıyla, sınıfı aynı olsa bile sınıfın alt grup farklılığı markalar arasında iltibas tehlikesini engelleyebilir<sup>197</sup>. Sınıflandırmanın esas sistem olarak kabulü edilmesi durumunda dahi tescilli markanın koruma sınırı, somut uyuşmazlığın özelliğine göre halkın karıştırma ihtimalinin bulunup bulunmadığının araştırılması ile tespit edilecektir<sup>198</sup>. Yargıtay sınıflandırma sistemine önem vermektedir<sup>199</sup>.

Bu arada tanınmış markalarla ilgili 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin incelenmesinde yarar vardır. Kararname'nin 7/(1) bendine göre Paris Sözleşmesi'nin 1. Mükerrer 6. maddesine göre tanınmış marka, marka tescilinde mutlak red nedenleri arasında sayılmıştır. Buna rağmen tescil yapılmışsa Kararname'nin 42. md.'sine göre tanınmış marka sahibi tescilden itibaren 5 yıl içinde

---

30.5.2002 T., E. 2002/2403, K. 2002/5382, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi:11.06.2008; YASAMAN, Marka Hukuku, C. I, s. 507.

<sup>196</sup> ÖZTEK, Selçuk, "556 Sayılı KHK'da Benzer Mal ve Hizmetler", İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı 4, Temmuz 2007, s. 217.

<sup>197</sup> KARAHAN, "Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları", Fikri ve Sınai Haklar İhlaller & Davalar, 2008, İstanbul Barosu Yayınları. s. 21; Ayrıca bkz. OCAK, agm., s. 280 vd.

<sup>198</sup> "Davalının tescilli hizmet markasını, davacı ticaret sınıfı için tescil ettirmek istemiştir. Ancak, farklı mal ve hizmetler ile ilgili olmasına rağmen davacının tescilini istediği marka ile davalı adına tescilli markanın kullanılacağı mal ve hizmetler açısından benzerlik ve bu benzerliğin halk arasında karıştırılma olasılığı bulunduğu savunmasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Dairemizin 2004/9414 Esas, 2005/7845 Karar sayılı ilamında da anılan eksikliğe işaret edilerek yerel mahkeme kararı bozulmuştur. O halde; mahkemece, 556 Sayılı KHK'nin ve atıf yapılan uluslararası anlaşmanın hükümleri gözetilerek benzerlik, iltibas ve halk nazarında karıştırılma olasılığı açısından somut olaya ilişkin durum ve veriler birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir iken, salt tebliğ hükümlerine dayanılarak taraf markalarının farklı sınıflar için tescilli olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, davalı TPE Başkanlığı vekilinin karar düzeltme itirazının kabulü ile Dairemizin 2004/6405 esas, 2005/2823 sayılı onama ilamının kaldırılarak kararın davalı Enstitü Başkanlığı yararına bozulması gerekmiştir. YHGK. 28.3.2007 T., E. 2007/11-184, K. 2007/166, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim tarihi:12.03.2008.

<sup>199</sup> 11.HD. 4.6.2002 T., E. 2002/3055, K. 2002/5770, BERİL-BEROL markalarının farklı sınıflarda olduğu ve somut olayın özelliklerine göre benzer olmadıklarına dair kararı; Aynı sınıftaki mallara ilişkin bir örnek olarak CYRILLUS markasında, daire iltibasın varlığına hükmetmiştir. 28.5.2002 T., E. 2002/2411, K. 2002/5314, (naklen; ÖZTEK, agm., s. 218).

hükümsüzlüğünü isteyebilir. Tescilde kötüniet varsa bu süreye bağılı değıldir. Tanınmış marka sahibi markasının aynı veya benzerinin kullanımının engellenmesini tüm mal ve hizmet sınıflarında isteme hakkına sahiptir<sup>200</sup>. Yargıtay da, uygulamalarında da tanınmış markanın Türkiye'de tescilli olmasa bile korunacağı görüşündedir<sup>201</sup> Marka tescilsiz ve tescil başvuru yoksa, KHK.'nın 6. ve 9. maddeleri çerçevesinde ancak haksız rekabet hükümlerine göre korunur.

ATAD'ın kararlarında da aynı görüşü tekrarladığı görülmektedir. SIGLA SA, ELLENİ dosyasında ATAD, OHIM.'in tescilin kabulüne ilişkin vermiş olduğu kararı iptal ederek VIPS markası hakkında İspanya pazarında tanınmış marka olduğu haksız rekabetin varlığı ve her iki hizmet arasındaki bağlantının önceki markanın itibarına zarar vereceğini bahsederek karıştırılma tehlikesinin var olduğunu belirtmiştir<sup>202</sup>.

Tanınmış markanın değeri ve ayırt etme gücü, bir başka işaretin kullanımı ile azalır. İkinci marka ile karşılaşan ve tanınmış marka ile düşünsel bağlantı kuran tüketicinin, ikinci markanın kullanıldığı malları alması konusunda karar vermesine gerek yoktur. Önemli olan, tüketicinin, ikinci markayı, tanınmış marka sayesinde diğerlerinden daha kolay ayırt etmesi ve dikkatini bu markaya yönlendirmesi; farklı işletmelerin bulunduğunu tespit ettiğinde tüketicinin malları birbirinden ayırt etmek için ilave kriterler aramak zorunda bırakılmasıdır. ARKAN, tanınmış markaya benzer bir markanın kullanılması halinde alıcıların bu markayı taşıyan malların da tanınmış marka sahibince üretildiği ya da ticaret alanına sürüldüğü düşüncesine kapılarak yanılgıya düştüğünü, ayırım gücü yüksek tanınmış markanın da karıştırılma tehlikesine karşı korunması gerektiğini belirtmektedir<sup>203</sup>.

Markanın ayırt etme gücünün bozulması markanın köken belirtme ve reklam gücüne zarar verilmesi ile bağlantılıdır. Tanınmış markanın farklı mal veya hizmetlerde kullanılmasında, marka tecavüzünden söz edebilmek için, ayrıca ayırt

---

<sup>200</sup> YASAMAN, Hukuki Mütalaalar, C. I, s. 61-63; Tanınmış marka reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş, sadece o markayı taşıyan mal ya da hizmetlerle ilgili çevrede değil, bu çevre dışında, o mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişilerce de bilinmesi gerekir. Arkan, Marka Hukuku, C. I, s. 93.

<sup>201</sup> 11. HD. 13.3.1998 T., E. 1997/8665, K. 1998/1705; 11.HD. 4.11.1993 T., E. 1992/5512, K. 1993/7045; 11.3.1994 T., E. 1994/994, K. 1994/2013, www.kazanci.com. Erişim tarihi: 23.04.2008.

<sup>202</sup> ECJ Case 215/03, VIPS, 22.03.2007, *SIGLA / OHMI*, Judgment of the Court of First Instance (fifth chamber), <http://curia.europa.eu/> Erişim tarihi:11.03.2008.

<sup>203</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 100, dpn. 126.

edici karakterin zarar görmesi veya böyle bir tehlikenin bulunması konusunda değerlendirme yapılması da gerekmektedir.

### 3. Direktif

AB. üyesi ülkelerin marka hukuklarının arasındaki farkı giderme ve ülke hukuklarını uyumlaştırma amacı ile 1988 yılında 556 sayılı KHK'nın temelini oluşturan 89/104 sayılı yönerge markalara ilişkin düzenlemeler yapmıştır<sup>204</sup>.

Markanın kullanılmasına ilişkin olarak Paris Sözleşmesi 5. md. 2. cümlesi de tescilli bir markanın tescilinden farklı olarak esas unsuru bozulmadan tali unsurlarında ayırt edici karakterin zedelenmeyecek şekilde kullanılmasının markanın hükümsüzlüğüne yol açmayıp korumayı azaltmayacağını söyler. 89/104 sayılı AB Yönergesi 10. maddesinin 2/ (a) bendi ve AB Marka Tüzüğü 15. maddesinin 2/ (a) bendi de aynı hükmü içerir. Bunlar esas alınarak hazırlanan Alman Markalar Kanunu (MarkenG)§ 26, Abs 3, S. 1 de ve İsviçre Markaların Korunması Kanunu 11. maddesinin 2. fıkrası benzer hükmü içerir<sup>205</sup>.

1995 yılından önce Yargıtay ve TPE. Nis sınıflandırmasından hareketle “aynı sınıftakiler aynı sınıfta ve aynı türdür, sınıf farklılığı olunca tür de farklılaşır” diyordu. Danıştay’ın da sabunla deterjanı aynı sınıfta kabul eden kararları mevcuttur. TPE. sınıf ve alt gruplara bakarak alt grupta olanları aynı tür diyerek tescil etmemekte alt grup farklılaşınca, özellikle sınıf farklılaşınca tescili yapmaktaydı. Yargıtay ise farklı sınıflarda yer alan birçok malın aynı türden olabileceğini, söyler. Benzer ihtiyaçları karşıladığı, aynı üreticilerce üretilip piyasaya sürüldüğü gibi

---

<sup>204</sup> NILSSON, Gül Okutan: “Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin üç Kararı” Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 23, S. 1-2/2003, Prof Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 579; ARKAN, s. 268; Uruguay Round sonucunda oluşturulan WTO ve bu oluşumla ilişkili fikri ve sınai mülkiyet haklarına yönelik düzenlemelerin gerçekleştirildiği TRIPS anlaşmasına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz; <http://www.wto.org/wto.intellec/intell1.htm>; 2004/48/EC sayılı fikri mülkiyet haklarının yürütülmesi hakkındaki yönerge (IPR). Avrupa Parlamentosunca 29.04.2004 yılında Roma anlaşması maddeleri uyarınca hukuk mahkemelerindeki gereksiz uzama ve ertelemelere ilişkin yaptırımları düzenlemiştir. Cezai maddeler içermez.

<sup>205</sup> Bkz. ÇAĞLAR, Hayrettin: “Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması”, FMR. S. 2, s. 13; Yönergenin 10. maddesinde markalarının kullanılması başlığı altında:2. bendinde bu durum belirtilmiştir. “The following shall also constitute use within the meaning of paragraph 1:(a) use of the trade mark in a form differing in elements which do not alter the distinctive character of the mark in the form in which it was registered”. First Directive 89/104/EEC of the Council, of 21 December 1988, to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks (OJ EC No L 40 of 11.2.1989, p. 1) <http://oami.europa.eu>, Erişim tarihi:21.03.2008.



gerekçelerle farklı sınıfta olan mal veya hizmetin dahi aynı tür oldukları söylenebilir<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> ÖZTEK, agm., s. 210 “Farklı alt gruplarda yer alanlar yönünden ise; markalarında yer alan ürünler ile davalı başvurusunda yer alan ürünlerin piyasa anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap etmeleri, benzer ihtiyaçları gidermede kullanılmaları, son kullanıcıları, birbiri yerine ikame edilebilme ile rekabet etme olanaklarının bulunması, kullanım amaçları, birinin diğerini tamamlama imkanının olması, dağıtım kanallarının ortak bulunması, kullanım yöntemleri ve hedeflenen halk kesimleri nazara alındığında aynı tür olarak nitelendirilmeleri de zorunludur. Bu markalar tıpatıp aynı olmamakla birlikte karıştırılma ihtimalinin olup olmadığı ve böylece bağlantılı oldukları intibamı yaratıp yaratmadıklarının; davacının daha önce tescil edilmiş bu markaları ile tescili istenen markanın birbirinin benzeri olup olmadıklarının irdelenmesi gerekmektedir”. KARAHAN, Sami, “Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları”, Fikri ve Sınai Haklar İhlaller & Davalar, 2008, İstanbul Barosu Yayınları, agm., s. 21.

## İKİNCİ BÖLÜM

### KARIŞTIRMA TEHLİKESİNİN TÜRLERİ, UNSURLARI VE TESPİTİNDEKİ KRİTERLER

#### I. KARIŞTIRMA TEHLİKESİ TÜRLERİ

Markanın korunmasında karıştırılma tehlikesinin önemini ve bunun tespitinde de mal ve hizmetlerin veya işaretlerin benzerliği ve aynılığının önem taşıdığını yukarıda belirtmiştik<sup>207</sup>. Karıştırılma tehlikesinin tespitinde, benzerlik ve aynılığın yanı sıra korunması gereken markanın pazarda tanınmışlık derecesi ve ayırt etme gücü, işaretin marka ile bağlantı kurulmasına, düşünsel olarak çağrıştırmaya elverişli olması da önemlidir<sup>208</sup>.

Markalamanın başarılı olması benzersizliğin sağlanmasıyla bağlantılıdır<sup>209</sup>. Markanın benzerinin kullanılması markayı zayıflatır. Marka; sahibinin izni olmaksızın benzer şekilde kullanıldığında, iki marka arasında düşünsel bağlantı kurulmasına yol açmakta; sonraki marka, önceki markanın ayırt etme gücüne zarar vermektedir. Bunun sebebi, tüketicinin ikinci marka ile karşılaştığında, gayri ihtiyari önceki markayı hatırlamasıdır. Her iki markanın aynı anda kullanılması nedeniyle, tüketici malların birbirinden ayrılması için marka yanında başka ayırt edici niteliklere dikkat etmeye veya işletmelerin birbirleri ile muhtemel bağlantıları hakkında düşünmeye zorlanmaktadır<sup>210</sup>.

Markanın taklit edilmesi durumunda, markanın baskın unsurunun taklit edilip edilmediği tecavüzün tespit edilmesinde önem taşır. Ana unsur taklit edilerek yanına fer'i nitelikte ek getirilerek yeni bir marka yapılmasında, tecavüz yine vardır. Markada bir bütün olarak bakıldığında genel görünüm estetik, grafik, renk çeşidi ve

---

<sup>207</sup> I. Bölüm I. alt başlıkta incelenmiştir.

<sup>208</sup> DİRİKKAN, age., s. 173.

<sup>209</sup> RIES, Al/RIES LAURA, Markaların Evrimi, Kapital Medya Hizmetleri AŞ, Şefik Matbaası, Mart 2005 İstanbul, (çevirenler: Neşe Kars Tayanç-Dinç Tayanç), s. 14.

<sup>210</sup> GÜNEY, agm., [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_275.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_275.htm), Erişim tarihi: 21. 04. 2008.

dizaynı ile renk kompozisyonu şekli ve boyutları açısından bakıldığında markalar arasında aldatıcı bir benzerlik varsa markaya tecavüz mevcuttur<sup>211</sup>.

TTK'nda bahsedilen karıştırma için alınacak kriter, o malın tüketici grubunun ayrıntıya girmeden, genel bakışı sonucu yaptığı değerlendirmede yanılgıya düşmeleri veya düşürülmesi şeklinde olup aynı şekilde 556 sayılı KHK için kabul edilen malı alan tüketici grubunun, malın bir başka işletmeye ait olduğunu bilmesi ve itibar ettiği işletme ile malını aldığı işletme arasında ekonomik bir bağlantı olduğunu düşünmesi hali de karıştırılma tehlikesinin oluşması için yeterlidir. Tescilli bir markanın biçim veya anlam olarak, eşini kullanan veya ebat, renk itibarıyla yahut dikkatle bakılmadan anlaşılamayacak şekilde değiştirilmiş halini kullanan, bu markanın taklit edilmiş halini kullanmış sayılır. Karıştırılma tehlikesinin olması için marka ile işaret arasında benzerliğin bulunması gereklidir. Benzerlik arttıkça markanın karıştırılması tehlikesi artar.

Alman doktrininde, Tanınmış markalara ilişkin bir görüş bağlantı olduğu ihtimalinin aynı malı alma konusunda yanılmak (dar anlamda dolaylı karıştırma); seri içine sokma hali ile, işaretlerde benzerlikten yararlanarak, işaretlerin sahipleri olan farklı işletmeler arasında organik veya ekonomik bir bağ bulunduğu zannını halkta uyandırmak (geniş anlamda karıştırma, dolaysız karıştırma) şeklinde iki halinin bulunduğunu kabul etmekte<sup>212</sup>, diğer bir görüş taraftarları ise, karıştırılma kavramının, marka hukukuna has karıştırılma hallerinden olduğunu savunmakta; farklı mal ve hizmetlerdeki tanınmışlık düzeyinden faydalanma, itibara zarar verme, ve ayırt edici gücü zedelemek hallerini ayrı tutmaktadır<sup>213</sup>.

### ***A. DOĞRUDAN KARIŞTIRMA TEHLİKESİ***

Markanın köken belirtme, malın orijinini belirtme işlevi ile bağlantılı olan karıştırma, doğrudan karıştırılma tehlikesidir. Burada halk markayla aynı veya benzer işaret nedeniyle marka ve işareti karıştırarak mal veya hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığı yanılgısına düşer. Muhatap çevre mal veya hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığını düşünürken markanın köken belirtme işlevi zarar

---

<sup>211</sup> NOYAN, Erdal: Marka Hukuku, Adil Yayınevi, Ankara, 2004, s. 386.

<sup>212</sup> HUBMANN, Götting, prg 40 II e (291) (naklen; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 411, prg 26, N. 28).

<sup>213</sup> ALTHAMMER, Ströbele, Klaka, prg 9 N 175 vd; FEZER Prg. 14, N 113, (naklen; TEKİNALP age., 2005, s. 411 prg 26, N. 28).

görür. Bu karıştırma olmadığı takdirde tüketici bu mal veya hizmeti almayacaktır. O zaman hedef kitle, işletmelerin farklılığını ve malların kökeninin farklı olduğunu kavradığından karıştırma tehlikesi oluşmaz<sup>214</sup>. Bu tür karıştırma durumunda muhatap çevrenin hem işaretler hem de işletmeler konusunda yanıltılması olasıdır<sup>215</sup>.

ATAD, konuya ilişkin kararlarında, 40/94 nolu Topluluk Marka Tüzüğü'nün 8. maddesinin 1/ (b) maddesinin ihlali anlamında “halk” ve “karıştırılma tehlikesi” kavramlarının değerlendirilmesinde, halkın malların aynı ticari orijinden geldiğine dayanmadığı, fakat bununla beraber işletmelerin sadece ekonomik olarak bağlantılı oldukları inancına sahip olduğu durumda da karıştırılma tehlikesinin bulunduğunu kabul etmektedir. ATAD'ın bu kararlarına konu olan olaylarda, ilk derece mahkemesi, nizalı mallar arasında benzerlik olmasına rağmen; görsel, fonetik ve kavramsal olarak işaretlerin arasında farklılıklar olduğunu belirterek karıştırılma tehlikesini reddetmiştir. ATAD, nizalı markalar arasındaki farklılıklardan ziyade, ayniyet veya benzerliğin bulunup bulunmadığının araştırılması ve malların bir bütün olarak aynı veya benzer olup olmadığına bakılması; bu benzerliğin derecesine göre karıştırılma tehlikesine ilişkin bir değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna varmıştır<sup>216</sup>.

### ***B. DOLAYLI KARIŞTIRMA TEHLİKESİ***

Dolaylı karıştırılma tehlikesinde, tüketici işaretleri birbirinden ayırt etmekte; fakat, işaretler arasındaki benzerlik nedeniyle marka sahibinin markasında kısaltmalar yaptığı veya seri markalar kullandığı varsayımı ile söz konusu mal veya hizmetin aynı işletmeden kaynaklandığı sonucuna ulaşmaktadır. Bu tür karıştırma tehlikesinden söz edildiği olaylarda, genelde markaya başka unsurların katılması

---

<sup>214</sup> SAMWER, s. 22; SACK, WRP 1985, s. 460; FEZER, & 14 MarkenG Rdn. 139; ELSAESSER, s. 16; ZIMMERLI, s. 53; STECKLER, s. 25, 26; BORK, GRUR 1989, s. 727; ILZHÖFER, s. 121; von MÜHLEND AHL, s. 11, (naklen; DİRİKKAN, age., s. 164; ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 98; TEKİNALP, 2005, s. 410, prg. 26, N. 24; OCAK, agm., s. 275; KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 100.

<sup>215</sup> STECKLER, s. 26. (naklen; DİRİKKAN, age., s. 165).

<sup>216</sup> ATAD kararlarında, “public may believe that the goods come from undertakings which are connected only economically”, “halkın malların ekonomik olarak birbiriyle bağlantılı işletmelere ait olduğuna inanmaları” kistasını kullandığını görüyoruz. Gateway markasına ilişkin OHIM, halkın mal veya hizmetin aynı işletmeden veya ekonomik olarak bağlantılı işletmelerden geldiği kanısına kapıldığı ve bunun karıştırma tehlikesi doğurduğunu belirtmektedir. Bkz. Case T-162/01 Laboratorios RTB v OHIM – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS) (2003) ECJ II-2821, prg. 30-32; Case T-434/05, prg. 34 (<http://eu.int>. Erişim tarihi: 11.02.2008).

yahut markanın belirli unsurlarının yer aldığı işaretler bulunmaktadır. Tüketici, iki farklı ancak birbirine benzer işareti gördüğünde, marka sahibinin markasını kısalttığı, eklemeler yaptığı veya kısmen değiştirdiği kanısına kapılmaktadır. Aynı şekilde markanın tescilli olduğu mal veya hizmet sınıfından farklı mal ya da hizmet sınıfları için, aynı veya benzer işaret kullanılmasının marka sahibinin farklı mal üretmeye ya da hizmet sunmaya başladığı düşüncesini oluşturduğu hallerde de dolaylı karıştırma tehlikesinden söz edilebilir. Tanınmış markalarda, marka sahibi markasına belirli bir imaj kazandırdıktan sonra bu markayı farklı mal veya hizmetlerde kullanmaya başladığı için bu durum daha yaygın ve önemlidir. Çünkü burada alıcı tanınmış markayı farklı mal ya da hizmette gördüğü zaman marka sahibinin yeni bir mal ya da hizmet üreterek piyasaya sürdüğünü olağan bir şekilde düşünecektir<sup>217</sup>.

### ***C. GENİŞ ANLAMDA KARIŞTIRMA TEHLİKESİ***

Geniş anlamda karıştırma tehlikesi, daha çok, tanınmış markaların korunmasını sağlamak amacıyla ortaya çıkmış bir kavram olup, hedef kitle, işaretleri ve işletmeleri birbirinden ayırt etmesine rağmen, yanlış bir biçimde işletmeler arasında özel ekonomik bağlantılar veya sıkı örgütsel ilişkiler bulunduğunu zannetmektedir. Burada üretimin marka sahibinin denetimi altında yapıldığı ve bu üretilen malın satışının da yine markanın sahibi tarafından yapıldığı kanaati tüketicide oluşmaktadır. Daha çok lisans sözleşmelerine ilişkin olarak sanki taraflar arasında lisans sözleşmesi var zannedilerek, lisans sözleşmesi olmadığı halde markanın sahibiyle mal ve hizmeti sunan işletme arasında ortaklık ilişkisinin bulunduğu şeklinde bir bağlantı kurulması, geniş anlamda karıştırılma tehlikesidir<sup>218</sup>. Bu

---

<sup>217</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 98; YASAMAN, Arslanlı'ya Armağan, s. 699; OYTAÇ, s. 59; BG, 15. 10. 1996 (www.cilir. bger. ch); Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Richtlinien für das Widerspruchsverfahren 7. 2. 1(www.ige. ch) (naklen DİRİKKAN, age., s. 164).

<sup>218</sup> DİRİKKAN, Elsaesser'in hem işaretlerin, hem de işletmelerin karıştırılmadığı ancak tarafların arasında, örgütsel ve ekonomik ilişki bulunduğunun düşünülmesi halinde bir karıştırmanın sözkonusu olmadığı, ortada hata olduğu ve buna kaynak işletmelere ilişki hata denilebileceği ve bunun üst kavram olarak tercih edilmesi gerektiği malların kökeninde hata kavramının dar anlamda karıştırma tehlikesi ile sınırlı olduğu, geniş anlamda karıştırma tehlikesinde, malların kökeni konusunda bir karıştırmadan söz edilemeyeceğini belirttiğini bahseder. ELSAESSER, age., s. 16-17. (naklen; DİRİKKAN, age., s. 166); TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 410, prg. 26, N. 25).

durumda mal veya hizmetin alıcısı başka bir işletmeye ait olmasını bilmesine rağmen iki işletme arasında ekonomik veya idari bir bağlantı olduğunu düşünmektedir<sup>219</sup>.

Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesinin 1/ (b) bendi, işaretin, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olma ihtimali, 9. maddenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 1/(b) bendi ise, işaretle marka arasında bağlantı olduğu ihtimalinden söz etmektedir. Her ne kadar, bu iki hüküm arasında farklı terimler kullanılmış ise de; burada kastedilen, marka ile işaret arasında düşünsel bağlantı kurulması olasılığıdır. Tüketici, tescilli markanın benzeri ile karşılaştığında gayri ihtiyari daha önce karşılaştığı markayı hatırlar. Tanınmış markalara ilişkin olarak markanın izinsiz olarak üçüncü kişi tarafından benzerliğin daha az bulunduğu mal ve hizmetler için kullanılması durumunda dahi karıştırılma tehlikesi açısından koruma sağlanması gerektiği ve mal ve hizmetlerin benzer sayılacağı alanın diğer markalara oranla geniş bir kapsama sahip olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>220</sup>. Güçlü ve kolay hatırlanabilir markalar yönünden halk daha kolay yanlış bağlantı kurar. Tanınmış markanın sadece bir unsurunu başka bir markada aynen görülmesi, tüketici için markalar arasında düşünsel bağlantı kurulması için yeterlidir<sup>221</sup>.

ATAD Karıştırılma tehlikesine ilişkin; sözcük ve şekilden oluşan bir işaretin aynı veya benzer mallar için kullanılan ve tescil edilen, özel bir tanınmışlığı bulunmayan bir şekil işareti ile, anlamsal içeriğinin uyuşmasının gerekli olup olmadığı; düşünsel bağlantı kurulması tehlikesinin kriteri; sadece düşünsel bağlantı kurulması halinde Yönerge'nin 4. maddesinin 1/(b) bendinin<sup>222</sup> uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki yorumunda; bu hükmün ancak, markaların ve aynı zamanda mal ve hizmetlerin aynı ya da benzer olması nedeniyle önceki marka ile düşünsel bağlantı kurulması hali dahil olmak üzere halkın karıştırma tehlikesinin

---

<sup>219</sup> CENGİZ, age., s. 71; YASAMAN, Tanınmış Markalar, s. 700; OCAK, agm., s. 275.

<sup>220</sup> DİRİKKAN, age., s. 167.

<sup>221</sup> BG, 18. 07. 2000, GRUR Int. 2001, s. 188 (naklen: DİRİKKAN age., s. 168).

<sup>222</sup> 89/104 sayılı Yönerge'nin 4/1 (b) bendinde; markanın ait olduğu mal ve hizmetlere ilişkin önceki markanın aynı veya benzerliğinden dolayı halkın bir kısmında daha önceki marka ile bağlantı kurulmasını da kapsayan karıştırılma tehlikesi varsa tescil talebinin reddi veya tescil edilmiş markanın hükümsüzlüğünün talep edilebileceği belirtilmektedir. ( "If because of its identity with, or similarity to, the earlier trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade marks, there exists a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association with the earlier trade mark" ).

ortaya çıktığı durumlarda uygulanacağını belirtmiştir. Divan ayrıca, düşünsel bağlantı kavramının karıştırılma tehlikesinin alternatifi olmadığı, tersine, karıştırılma tehlikesinin tespitine yardım ettiği, dolayısıyla toplum yönünden karıştırılma tehlikesi bulunmadığı hallerde uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Yönerge'nin 10. maddesinin gerekçesi “karıştırma tehlikesi, koruma için özel bir koşulu ifade etmektedir.” şeklinde olup mahkemenin yorumu bu gerekçeye de uyumludur. Buna göre, Yönerge'nin 4. maddenin 3 fıkrasının<sup>223</sup>, 4. fıkranın (a) bendi<sup>224</sup> ve 5. maddenin 2. fıkrasına<sup>225</sup> aykırı sayılamayacağını belirtir. Mahkeme tanınmış markanın, benzer olmayan mal ve hizmetler için aynı veya benzer bir işaretin haklı bir neden olmaksızın ve karıştırma tehlikesini ispatlamak zorunda kalmaksızın kullanılmasını yasaklama hakkının bulunduğunu, fakat bu hükümlerin yalnızca 4. maddenin 1/(b) bendinden farklı olarak tanınmış markalarda ve markanın ayırt etme gücü ve

---

<sup>223</sup> Yönerge'nin markanın geçersizliği ve hükümsüzlüğünü düzenleyen 4. maddesinin 3. fıkrasına göre, 2. paragraf anlamında daha önceki tescilli veya tescil başvurusu yapılmış Topluluk markası ile aynı veya benzer bir marka; daha önce tescil edilmiş Topluluk markasının Toplulukta tanınmış olması durumunda, benzer olmayan mal veya hizmetlere ilişkin olarak Topluluk'ta kullanımı, tanınmış markanın ayırt edici karakterine veya itibarına zarar verecek ve bundan haksız yarar sağlanacak ise tescil edilemez; tescil edilmiş ise tescilin iptaline karar verilir ( “A trade mark shall furthermore not be registered or, if registered, shall be liable to be declared invalid if it is identical with, or similar to, an earlier Community trade mark within the meaning of paragraph 2 and is to be, or has been, registered for goods or services which are not similar to those for which the earlier Community trade mark is registered, where the earlier Community trade mark has a reputation in the Community and where the use of the later trade mark without due cause would take unfair advantage of, or be detrimental to, the distinctive character or the repute of the earlier trade mark”). <http://oami.europa.eu>, Erişim tarihi: 21.03.2008.

<sup>224</sup> Maddede; üye devletlerin 2. paragraf anlamında önceki ulusal bir marka ile aynı veya benzer bir markanın, önceki ulusal markanın ilgili üye devlette tanınmış olması ve yeni markanın önceki markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetler için kullanılması durumunda önceki markanın ününe veya ayırt edici karakterine zarar vereceği veya haksız kazanç sağlamasına sebep olacağı hallerde, yeni markanın tescilinin engellenebileceği veya, hükümsüzlüğüne karar verilebileceğine ilişkin düzenleme yapma yetkilerinin bulunduğu belirtmektedir.

<sup>225</sup> Yönerge'nin 5. maddesi, markanın sağladığı yetkilere ilişkin olup 2. bendinde; “üye devlette, mal sahibin rızası dışında üçüncü kişiler tarafından tescilli markasının haksız kazanç sağlayacak ve markanın ayırt edici karakterine ve itibarına zarar verecek şekilde benzeri olmayan mal ve hizmetler ile ilgili aynı veya benzer işareti kullanmasını üye devlette önleme yetkisini verir.” denilmektedir ( “Any Member State may also provide that the proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade any sign which is identical with, or similar to, the trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Member State and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the trade mark.”). <http://oami.europa.eu>, Erişim tarihi: 21.03.2008.

itibarının, hukuka aykırı olarak istismarı veya zarar verilmesi hallerinde uygulanabileceğini belirtmiştir<sup>226</sup>.

Tanınmış markalarda, hedef kitlenin karıştırılma tehlikesi olmadan markanın tanınmışlığından faydalanarak düşünsel bağlantı kurması, bu markanın sonraki işaret sahibince cezbedici etkisinden faydalanma anlamına gelir. İşaretin ait olduğu işletme veya mallar ile ilgili bir yanılma sonucu oluşan bir karıştırılma tehlikesi yoktur. Sadece tanınmış markanın bu özelliğinin istismarı söz konusudur<sup>227</sup>. Yönergenin 5/1(b) maddesinin yorumunda ATAD, “*bir markanın halk tarafından iyi bilindiğinden dolayı ayırt edicilik karakterine sahip olduğu ve üçüncü kişi tarafından marka sahibinin rızası olmaksızın ticaret alanında aynı veya benzer mal ve hizmetlerde marka ile bağlantısı olduğu ihtimalini çağrıştıracak çok yakın bir işaretin kullanılmasının karıştırma tehlikesinin varlığına karene olmadığını, markanın tanınmışlığı tam anlamıyla bağlantı olduğu ihtimali de dahil karıştırma tehlikesinin var olduğunu göstermediğini, karıştırma tehlikesinin varlığının pozitif bulgularla somut olayın özellikleri dikkate alınarak tespiti gerektiğini*” bahsetmektedir.

---

<sup>226</sup> Bkz. ECJ, 11.11.1997, C-251/95 (SABEL), prg. 18 vd.; ECJ, 22.06.2000, C-425/98 (ADIDAS), prg. 34; 29. 09. 1999, C-39/97(CANON), prg. 29; 22. 06. 1999, C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer prg. 17, (www.Europa. eu. int) . Erişim tarihi: 24. 02. 2008. ATAD’ın markayla düşünsel bağlantı kurulmasını karıştırılma tehlikesinin bir alternatifi olmadığı kabulü markayla böyle bir bağlantı kurulmasını, karıştırılma tehlikesinin bir alt türü olarak nitelendirmeye yol açacağı oysa düşünsel bağlantının genellikle karıştırılma tehlikesinin de bir alt türü olarak kabul edildiği konusunda bkz. DİRİKKAN s. 169, dpn. 15;

ATAD’ın 425/98 sayılı MARCA MODE CV ve ADİDAS AG kararında; Hollanda Yüksek Mahkemesince mahkemeye yapılan başvuru ile mahkemenin Yönerge’nin 5/1 fıkrasının yorumlaması istenilmiştir. Olayda Adidas’ın paralel üç çizgi şekil markasının spor giyim ve eşyaları için Benelux ülkelerinde tescilli olduğu, Marca Mode’nin Hollanda da siyah beyaz iki paralel çizgi işaretini spor kıyafetler için kullandığı ayrıca beyaz ve turuncu renkli tişörtleri üzerinde paralel dikey üç siyah renkli çizgiyi kullandığı, 26 haziran 1996 tarihinde Adidas’ın marka hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile Breda Bölge Mahkemesine yaptığı başvuruda, mahkemenin ihlalin varlığına karar verdiği görülmektedir. Ulusal Mahkeme SABEL kararında ATAD’ın Yönerge’nin 4/1 (b) maddesini yorumladığı işaret ile marka arasında bağlantı olması ihtimali de dahil karıştırma tehlikesinin bulunup bulunmadığının tespitinde Yönerge 4/1(b) maddesinin Sabel davasında yorumunun doğru olduğu ve bu yorumun 5/1(b) maddesinin yorumuna da uygulanması gerektiğini söyler. Mahkemenin kararında, üçüncü kişinin markanın benzeri veya aynısı olan işareti markanın sahibinin rızası olmaksızın markayla bağlantı olduğu ihtimali olduğu izlenimini verecek şekilde kullandığında markanın ayırt ediciliği sebebiyle böyle bir bağlantının karıştırmaya yol açma ihtimali gözardı edilemiyorsa markanın sahibine bahsettiği münhasır hakkın, marka sahibine işaretin üçüncü kişi tarafından kullanımını men etme yetkisi verdiği yönünde yorumlanamaz. denilmiştir. ECJ., Adidas -Marca Mode, Case C-425/98, 27.01.2000.

<sup>227</sup> DİRİKKAN, age., s. 170 dpn. 16.



## II. MARKA İLE İŞARETİN KARIŞTIRILMASI TEHLİKESİNİN

### UNSURLARI

#### A. GENEL OLARAK

Karıştırma tehlikesinin, markanın unsurları ile yakın bağlantısı bulunduğundan, öncelikle bu unsurlarının irdelenmesi gerekir. Çünkü; karıştırma tehlikesinde; hedef kitle dışında, işaretler arasındaki benzerlikler de önemli bir ölçüt olup bunun tespiti markanın unsurları üzerinde yapılacak inceleme sonucunda ortaya çıkar.

Markalar, müşterinin bir ürün ya da hizmeti satın alma ve kullanmasındaki tatmini ve satıcı ile alıcı arasındaki iletişimin bir karinesi olup, bunların arasında alıcı-satıcı ilişkisi doğuran bir süreci getirirler<sup>228</sup>. Tüketici marka sayesinde o mal veya hizmeti tanımakta ve satıcı ile bir ilişkiye girmektedir. İşaretlerin benzerliği dolayısı ile bu ikili ilişki yanlış doğabilmektedir.

Marka olarak kullanılan işarete eski marka işaretinden, çıkarılan, eklenen veya değiştirilen sözcük unsur tek başına ayırt edici bir nitelik taşıyorsa artık kullanım esnasındaki farklılık önemsizdir<sup>229</sup>. Markanın en önemli özelliği, ürünün rakiplerinden ayırt edilmesini sağlamaktır. Bir markanın konumlandırılması bireylerce nasıl algılandığından yola çıkılarak diğer markalara ya da özelliklere göre konumlandırılması olarak tanımlanır<sup>230</sup>.

Daha önce yürürlükte olan 551 sayılı MarkK'da yer alan görsel ve fonetik benzerlik, anlam ayniyeti ve özellikle 47 madde anlamında umumi intibanın aynı olması gibi kriterler varlığını sürdürmekte olup, bunun yanı sıra 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile benimsenen esaslara göre görsel, biçimsel, fonetik benzerlik olmasa bile halkın iki işaret arasında ne sebeple olursa olsun bir bağlantı kurması ve bu nedenle bir karıştırılma tehlikesinin doğması gerekir<sup>231</sup>.

<sup>228</sup> MOON, Michael/MILLISON, Doug: (Çeviren: Ş. Tanju Kalkay): Ateşten Markalar İnternet Çağında Marka Sadakati Yaratmanın Yolları, İstanbul 2005, s. 34.

<sup>229</sup> INGERL/Rohnke, & 26 N. 119; Berlit, Wolfgang; Das neue Markenrecht, 5. Aufl., München 2003, N. 339b. (naklen; Çağlar, agm., s. 16).

<sup>230</sup> [http://www.infakto.com.tr/03\\_01c.php?wishid=8&me=2](http://www.infakto.com.tr/03_01c.php?wishid=8&me=2)

<sup>231</sup> TPE'nin YENİ EFE markasına karşı yapılan itirazı reddetmesi üzerine açılan Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesine açılan davada mahkeme 7/1(b) 8/1(b) ve 8/4 e göre daha önceki bir marka başvurusu veya tescili sonrasında başvuru markanın ya benzer ya da aynı ise reddedilebileceğini, olayda markaların benzerlik açısından ve anlamı bakımından aynı olmadıklarını belirtmiştir. Kararda, markanın anlamsal olarak benzer olmadığına "EFE

Bir işaretin marka olabilmesi için işaretin kavram adına veya tanımına yakın olmaması gerekir. İşaret kavram adına yaklaştıkça ayırt ediciliği azalır. Kelime anlamsız, icat edilmiş ise ayırt ediciliği zayıftır. Uzun süre kullanım da markaya ayırt edicilik sağlar.<sup>232</sup>. Bu kriterler sağlandığında, markanın ayırt ediciliği güçlü olup karıştırılması tehlikesi zayıftır.

ATAD'a göre markanın temel işlevi alıcıya, mal veya hizmeti iltibas tehlikesi olmaksızın farklı kökene sahip mal ve hizmetlerden ayırt etmeyi mümkün kılmak suretiyle, markayla donatılan mal veya hizmetin kökenine ilişkin kimliğini garanti etmektir. Markanın, rekabet hukuku sisteminin önemli parçası olarak görevini yerine getirebilmesi için, nitelediği tüm mal ve hizmetlerin kalitesinden sorumlu tutulabilen aynı işletmenin kontrolü altında üretilmiş veya kullanılmış olduğunu garanti etmesi gerekir<sup>233</sup>.

---

kelimesi Anadolu'da cesur adam erkek kardeş anlamında olup, halbuki, EFES İzmir yakınlarında Selçuk'ta antik şehir ismi olduğu markaların görüntü olarak benzer olmadığı, davacı markasının iki harf, davalının markasının üç harften oluştuğu ve markaların ses olarak da benzer olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, sonuç olarak markalar arasında ne görsel, fonetik ve anlamsal ne de bütün açıklanmasında karıştırma tehlikesi olmadığına karar vermiş, kararın gerekçesinde 32. ve 33. sınıftaki malların aynı sınıfta olmayıp, farklı sınıflar olduğunu mallar arası benzerlik olmadığını, markanın tamamlayıcı veya yerine geçen etkisi olmadığını, mallar arası rekabet bulunmadığını, malların farklı ihtiyaçları karşıladığını, bu nedenle hedef kitlenin farklı olduğu malların, benzer olmadığını da göstermiştir. Mahkeme bunun ötesinde ortalama bir müşterinin, malların ekonomik önemi ve böyle malları alırken harcadığı zaman bakımından davacının malı yerine davalının malını alamayacağını söyleyerek davacı talebini reddetmiştir. Kararda müşterilerin EFE ve EFES markalarının farklı olduğunu anlayarak markaların aynı firmalara ait olmadığı yahut marka sahiplerinin idari veya mali olarak birbiri ile ilgili olmadığını ayırt ettiği ve markalar arası tüm izlenim görsel ses ve anlamsal farklılıklardan ötürü karıştırma tehlikesi ortalama tüketici için bulunmadığına hükmetmiştir.11.HD. 13.01.2005 T.,E. 2004/778, K. 2005/7, Anadolu Efes Biracılık ve Malt San. A.S. vs. Turkish Patent Institute vs. Elda Enerji Hizm. San. Ve Tic.AŞ. (Specialized) Court of Ankara on Intellectual and Industrial Property Rights Case no. 2004/778- Decision no.2005/7 (January 13, 2005)

<sup>232</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 349, 350, N. 25-33.

<sup>233</sup> When performing that task, it is important not to lose sight of the *raison d'être* of trade mark law, which is to guarantee the identity of the origin of the product or service identified by the sign to the consumer or end-user, by enabling him to distinguish that product or service from products or services having a different origin, thereby contributing to the establishment of a genuine system of competition in the internal market. In order to achieve that goal, the trade mark owner is granted an assortment of rights and powers which must be considered in the light of the latter objective. The rights of advantage which ownership of a trade mark confers on its owner exist so that consumers will be able to distinguish the marked product or service from products or services of different origins. As such, they may also be subject to restrictions, including restrictions deriving from the fact that it is in the public interest to ensure that certain names remain as widely available as possible ." Case C-

Mal ya da hizmetin cinsini veya karakteristik özelliklerini yansıtan işaretler ayırt ediciliği bulunmadığından, marka olarak tescil edilemezler<sup>234</sup>.

Karıştırılma tehlikesi sadece unvan ve markalar arasında değil, yerine göre malların ambalaj kompozisyonlarında da olabilir<sup>235</sup>. Yargıtay aynı ambalaj, renk ve şekli ile piyasaya sürülen dişinol ve dişinal isimli müstahzarların bir kısım halk üzerinde iltibas yaratacağını belirtmiştir<sup>236</sup>. Daire başka bir kararında ambalajların arasında iltibasın oluşmasında her iki markanın tescilli olması nedeniyle iptal edilinceye kadar korunacağını bahsederek, marka tescil edildiği hal dışında kullanıldığı takdirde haksız rekabetin oluşacağını belirtmiştir<sup>237</sup>. 556 sayılı KHK.'nın

---

363/99, Koninklijke KPN Nederland NV vBenelux-Merkenbureauhttp://curia.europa.eu; EROĞLU, agm., s. 138.

<sup>234</sup> 11. HD. 2000/6135 E, 2000/8767 K. multicanal ibaresinin çok kanallı televizyon anlamına gelmesi dolayısıyla ayırt edicilik unsuru taşımadığı sadece cins, çeşit ve miktar belirlemeye yönelik olduğu md 7/1-c ye göre tescilinin mümkün olmadığını, başka bir kararında Duşakabin sözcüğünü de aynı gerekçe ile her ne kadar Atatürk Dil ve Tarih Yüksek Kurulu'nun da Türkçe'de böyle bir sözcük olmadığını belirtirse de ayırt edici özelliğe sahip olmadığı, başkalarının kullanımına engel olunamayacağı marka olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Daire, 2000/10286 E, 2001/1183 kararında cins ifade eden sözcüklerin dahi farklı kullanılıp ürünle özdeşleşmeleri halinde iltibasın sözkonusu olabileceğini maybi beyaz markalı beyaz peynirde beyaz sözcüğü tescilsiz olarak davalı tarafça kullanılmakta olup beyaz sözcüğünün tek başına beyaz peyniri değil, özel bir ürünü çağrıştırdığı daha akla yatkın gelmekle iltibasa yol açmaktadır” diyerek kullanım yoluyla ürünle özdeşleşme ikinci anlam kazanma hallerinde de iltibasın mevcut olduğunu belirtmiştir.

<sup>235</sup> 11. HD., 07.03.1985 T., E. 887, K. 1265, Dönmez, age., s. 231, 11. HD. 13.02.2001 T, E. 2000/10286, K. 2000/1183, Batider, 2003, C. 22, S. 2, s. 273, (naklen; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 311, dpn. 8).

<sup>236</sup> SUNGUR, H/BORAN, K., Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat I. Ticari İşletme, İstanbul, Kurtulmuş Matbaası, 1957, s. 514.

<sup>237</sup> ; “Davacı davalının piyasaya sürdüğü ürünlerinde kullandığı ambalajın müvekkilinin tescilli markaları ile iltibas oluşturduğu ve orta düzeyli tüketici nezdinde yanılığa neden olduğu gibi davalının ürünlerin Marshall'ın yan kuruluşu olduğu izlenimi verecek şekilde pazarlama yaptığını ileri sürerek, haksız rekabetin önlenmesini talep ettiği davada, Mahkemece, davalının 1989 tarihinde tescil ettirdiği “MARSAN” markasının 1983 yılında davacı tarafça tescil ettirilen “MARSHALL” markası ile iltibas oluşturacak şekilde görsel ve fonetik bakımdan benzerlik taşıdığı, öncelikli tescilin korunması gerektiği gerekçesiyle, haksız rekabetin men'ine ve iltibasa neden olan davalı ürünlerinin toplatılmasına karar verilmiş, Daire “Tarafların her iki markası da tescilli olduğuna göre, davalının markasının iptal ettirilmediği sürece yukarıda sayılan yasal korumadan yararlanması doğaldır. Meğer ki, tescil ettirilen markanın tescilli hali dışında kullanılıyor olmasının kanıtlanması durumunda haksız rekabetin varlığından söz etmek mümkün olur. Dava dilekçesinde bu şekilde bir iddia da olmadığına ve davalının markasını tescil ettirdiği biçim dışında kullandığının kanıtlanamamış olması karşısında davanın reddi gerekirken” 11.HD. 12.11.2002 T., E.2002/6904, K.2002/10352, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 21.06.2008.

5. maddesi mal ve ambalajların biçiminin de marka olabileceğini söylemişse de mal ve ambalajının tescili, marka sahibine mal ya da ambalaj için inhisari hak sağlamaz. Daha önce belirtildiği şekilde, malın özgün yapısından, işlevinden ve teknik zorunluluktan doğan şekiller KHK 7. md. 1/e bendi gereği marka olarak tescil edilemezler. Tekinalp; buna futbol topu, traş bıçağı, kağıt atacısı, çamaşır mandalı gibi örnekleri göstermiştir<sup>238</sup>.

MarkK 47. maddesine göre; başkasına ait tescilli bir markanın biçim, anlam veya bunlardan birisi itibarı ile aynısı veya boyut, renk itibarı ile ya da dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullananlar, markanın aynısını kullanmış; başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumî intiba nedeni ile ilk bakışta kolayca ayırt edilemeyecek kadar benzeyen ve bu surette iltibasa sebebiyet veren bir markayı kullanan bir kişi o markanın benzerini kullanmış kabul edilmekteydi. Markayı aynen kullanma, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname tarafından benimsenmemiş, 7/1-b 9/1-a'daki markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek kadar benzerine ilişkin eski yargıtay kararlarının geçerliliği sürmektedir. Ancak benzer ve iltibas kavramları halen kullanılmaktadır. 556 sayılı Kararname'de, hem mutlak hem nisbi red nedenlerinde benzer kavramına yer verilmiş olup bunun yanı sıra Kararname'nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bendlerini kapsayan 9. ve 61. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz hallerinde yer verilmiştir. İltibas ise, karıştırma ihtimali kavramı ile varlığını sürdürmektedir<sup>239</sup>.

Bu noktada, zayıf marka-kuvvetli marka ayırımına da değinmek gerekir. Bir marka kanunlarda yasaklanmayan her türlü işareten oluşabilir. Markanın kullanılmasıyla markanın ayırt edici ve tanıtıcı niteliğini artar ve belirginleşir. Genellikle markalar, yaratıldıkları ilk anda zayıf markadır. Markanın kullanılması ve kullanıldığı ürün veya hizmetin piyasaya arz edilmesi ve belli tanınırlık kazanması ile marka kuvvetli marka haline gelir<sup>240</sup>.

---

<sup>238</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 347.

<sup>239</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s.409, N. 22.

<sup>240</sup> YASAMAN, Hamdi: "Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD. sinin Kararı Üzerine Düşünceler", Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1, S. 2, 2002/2, s. 153.

Bunun yanında, markanın unsurları da önemlidir. Zira, bir marka, kullanılacağı mal ya da hizmete yaklaştıkça ayırt ediciliğini yitirir ve bu durumda zayıf markadan söz edilir. Malın karakteristik özellikleri içeren marka zayıftır. Bununla birlikte, başlangıçta, ayırt ediciliği yüksek bir marka, zamanla bu özelliğini kaybederek jenerik ad haline gelebilir<sup>241</sup>. Jenerik marka zamanla o kategorideki mallar ile bütünleşir. Tüketicinin ürünle özleştirdiği anlam veya tüketicinin üründen ne anladığının toplamı markanın imajıdır. Tüketicie bu imaj doğru olarak iletildiğinde, tüketici markanın karşıladığı ihtiyaçları anladığı gibi, marka rakiplerinden de bu sayede ayrılır<sup>242</sup>. Kuvvetli markanın kişilerin belleğinde kolay yer etmesi ve diğer bir işarete markaya ilişkin çağrışım oluşturması halinde (genelde geniş anlamda) karıştırma tehlikesi meydana gelebilir. Ancak tersi de olabilir. Yani kişiler tanınmış markanın unsurlarını akıllarında çok iyi tutarlar. O nedenle, ikinci markanın farklı olduğunu kolayca anlarlar. Ama buna rağmen, tanınmış markayı hatırladıkları için, markayı değiştirdi, seri markası var veya bu işletme ile ilişkisi söz konusu denilebilir.

## ***B. MARKANIN ESAS VE YARDIMCI UNSURLARI***

### **1. Esas Unsur Olabilecek İşaretler**

Markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan, özgün ve karakteristik unsur, markanın esas unsuru olup, ona bağlı ve onunla ilişki içindeki diğer unsurlar yardımcı unsurdur<sup>243</sup>. Ayırt edicilik özelliği olan ve markada mutlaka bulunması gereken esas unsur; tek bir sözcük, yazı, resim, şekil, renk veya bunların oluşturduğu bir kompozisyon olabilir (KHK. md. 5) 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de bu sayılan işaretler, örneklendiği için sınırlayıcı değildir<sup>244</sup>. Markada baskın unsur ayırt edici olduğu takdirde kural olarak karıştırma tehlikesi yoktur<sup>245</sup>. Fakat markanın

---

<sup>241</sup> YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku, C.I, s. 19.

<sup>242</sup> PALA, Mehmet/SAYGI, Birol, Gıda Sanayiinde Büyük Mağazaların Özel Markalı Ürün Uygulamaları, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul 2004 s.44.

<sup>243</sup> EPÇELİ, age., s. 54, dnp. 169; Esas unsur doktrinde, Çekirdek –ek; Asli unsur-tali unsur; Esas unsur-yardımcı unsur gibi değişik şekillerde isimlendirilmektedir. Bu isimlendirmeler için bkz. ARKAN, Marka Hukuku C.I, s. 78; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, 2002, s. 373; KARAHAN, Marka Şekilleri, s. 137; CENGİZ, age., s. 18.

<sup>244</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 42; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 348, prg. 22, n. 23.

<sup>245</sup> “DOMESTOS+Eğik Başlı şişe şekli markasının davalının MARC markasındaki şişe şekli ile gerek genel görünüm ve bıraktığı toplu intiba gerek aynı renk etiket ve dizaynda olmasının tescilli şişe markası ile iltibasa sebep olacağı iddiasında her iki markanın da

ayırt edici unsuru baskın olmasına rağmen, malın ambalajı da dahil tam taklit edilmiş ise durum ne olacaktır. Zira ambalajı veya malın şeklini üç boyutlu olarak marka olarak tescil ettirseniz bile KHK. 5/2. maddesinde ambalaj ve mala ilişkin koruma olmaz.” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Markalar arasında benzerlik ile mallar arasında benzerlik bazen birbirini telafi edici kavramlar olabildiğinden marka benzerliği arttıkça, mallar arasındaki benzerlik azalsa dahi karıştırma var kabul edilebilir. Ama mallar arasında benzerlik artınca, işaretler az benzemiş olsa bile karıştırma tehlikesi var kabul edilebilir. Bu nedenle toplu intiba önem taşır.

Yardımcı unsurun muhakkak markada bulunması şart değildir. Yardımcı unsur, esas unsur olarak tescil edilemeyip asıl unsurun yanında yardımcı unsurdur<sup>246</sup>.

---

tanınmış marka olduğu, marka hakkı ihlali görülmekte ise de zarar ve zarar tehlikesinin ortaya çıkmadığını, markadaki kelime markasının, hakim durumda olup, şişe şeklinin tüketicinin tercihini yaparken etkili olmayacağını, temizlik malzemelerinin marketlerde alımı kısa sürelerde yapılmasına rağmen, orta seviyedeki bir alıcının Domestos yerine Marc ürününü satın almasının mümkün olmayacağını, ürünlerde tanınan ve hakim unsurun kelime markası olduğu ve davalının bu tip şişeyi taklit etmesi davacının emeğinden ve tanınmışlığından haksız ve parazit yararlanma şeklinde algılanmamalıdır.” YASAMAN, Mütalaalar, İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 2002/371 E. Sayılı dosyasına vermiş olduğu 14. Nisan 2003 tarihli bilirkişi raporu, s. 174-181.

<sup>246</sup> CENGİZ, age., s. 18; 11.HD. 02.11.1999 T., E. 1999/4005, 1999/8651 sayılı kararında, markanın anlamsal, görsel ve işitsel yönden incelenmesi gerektiği; markaların toplu olarak değerlendirilmesi gerektiği, bileşik sözcüklerin ayrıştırılarak bu sözcüklerden birinin esaslı unsur kabul edilmesinin doğru olmadığı sonucuna varmıştır; Şekil ve sözcük birlikte kullanılan markalarda baskın unsurun önemine ilişkin bkz. Case T-6/01 Matratzen Concord v OHIM – Hukla Germany (MATRATZEN) (2002) ECJ II-4335, prg. 33, ve STAR TV, prg. 44; ATAD 15 kasım 2007 tarihli kararında “eski marka Sun sözcük markası ile davalı markası arasında karıştırma tehlikesi olduğuna dair itirazda (Case T-38/04), SUN ve SUNBREZE markaları arasında esas unsurları itibarıyla karıştırma tehlikesi olmadığına karar vermiştir. <http://curia.eu.int.>; YHGK. da “Diğer taraftan, davacının " ..." markasında asıl ayırt ediciliği sağlayan tek unsurun " ..." sözcüğünde odaklanması, yine davacının "..." markasında da baskın unsur olarak " ..." sözcüğünün yer alması ve aynı sözcüğün sonraki başvuruda "G ...ibaresinden küçük de olsa" aynen yer alması nedeniyle doğan benzerlik, işaret ile markalar arasında genel çağrışım itibarıyla bağlantı kurulabilecek türden olup, her ikisinin aynı işletmeye ait olduğu yönünde iltibasa yol açabilecek seviyededir. Burada, önceki tarihli bir markanın ayırt edici unsurunun sonraki tarihli bir başvuruda yine asli unsurlardan biri olarak yer alması ayırt edilemeyecek derecede benzerliği doğurmaktadır.” diyerek markadaki asli ve yardımcı unsur kavramlarına değinmiştir. YHGK 7. 6. 2006 T., E. 2006/11-338, K. 2006/338, [www.kazanci.com.tr.](http://www.kazanci.com.tr), Erişim tarihi; 11.03.2008.

“Bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı vs. den oluşan şekil olup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa asıl unsuru markanın bütünü itibarı ile bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırtıcılığını vurgulayan imajda aramak lazımdır.” Y. 11. HD, 1.12.2000 T., E. 2000/7590, K. 2000/9528, FMR, Y. 2, C. 2, S. 1, s. 179.

“Buna göre, her iki markada da "PAPATYA" kelimelerinin ortak kullanılması söz konusu ise de her iki markada da hakim unsurlar olarak, davacı markada "ETİ" ibaresi, davalı markada ise "GİZ" ibaresi yer almaktadır. Ayrıca "PAPATYA" ortak ibaresi, markaların

Yardımcı unsur esas unsur ayrımı, ilk bakışta markada neyi gördüğümüz ile ilgilidir. Örnek olarak, markaya özgün ve bizim yarattığımız bir şekil koyarsak kamuya açık olmaz. Ancak büyük olarak yazılmış sözcük kısmı markada ilk bakışta dikkati çektiği için, sözcük kısmı esas, şekil kısmı tali, yardımcı sayılabilir. Ancak; yardımcı unsurun serbest işaret olması da mümkündür. Fakat mutlaka her zaman böyle olmayabilir.

Sözcük, resim, harf, üç boyutlu şekil ve renkler gibi marka olabilecek işaretlerin çoğu insan gözüne hitap eden görsel işaretlerdir<sup>247</sup>. 551 sayılı Markalar Kanunu özel bir şekil verilen veya herhangi bir remiz, tezyinat, çizgi, resim veya renkle, şeklen beraber olan harflerin marka olabileceğini düzenlemesine karşın 556 sayılı KHK. da bu konuda düzenleme yoktur. 5. maddenin sınırlandırmaması nedeniyle şartlar oluştuğu takdirde aşağıda sayacağımız işaretler marka olabilecektir.

#### **a. Ses ve Melodi**

Seslerin marka olarak tescili, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinde açık olarak düzenlenmediği gibi maddenin kaynağı olan 89/104 sayılı AB Konsey Yönergesi'nin 2. maddesinde de bu konuda herhangi bir düzenleme yoktur<sup>248</sup>. Fakat, buna ilişkin Protokol'de Konsey ve Komisyon, öteki işletmelerin mal ve hizmetleri ile ayırt edicilik sağlaması halinde renk veya renk

---

kullanıldığı ürün sınıfı ile ilgisi bulunmayan bir kelimedir. Bu durumda, markaların hakim unsurlar dikkate alındığında, bunun yanında tali unsur olarak "PAPATYA" ibaresinin kullanılmasının, yukarıdaki açıklamalara göre bir benzerlik, iltibas yada karıştırılma sonucuna neden olacağı kabulü doğru değildir. Mahkemece, davalı TPE vekilinin davanın başından beri her iki markanın benzer olmadıkları yönündeki savunmaları dikkate alınarak ve davaya konu emtianın niteliği itibariyle alıcısı olan halk kitlesinin "ayırt etme, bağlantı kurma" durumu göz önünde tutularak, davanın aynı sınıf ürünler bakımından da reddine karar vermek gerekir" ifadelerine başvurmuştur. 11. HD. 13.05.2005 T. E. 2004/12143, K. 2005/9700, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 11.03.2008.

"Her iki markada ortak unsur, "Çay Çiçeği" ibaresidir. Çay çiçeği, çay bitkisinin cinsine, sınıfına yönelik bir kavram değildir. Davacının, piyasaya sunduğu çay ürününün kalitesine yönelik olarak kullandığı, piyasada tanınmış hale getirdiği ve tescil ettirdiği markasının esaslı unsurudur. Davalı yanın, aynı ibareyi piyasaya sunduğu çay ürünlerinde kullandığı ve marka olarak tescil ettirdiği de sabittir. O halde, davalının markasının davacıya ait markayla iltibasa neden olacak derecede benzediği nazara alın(ması)" gerektiği yönünde karar vermiştir. 11.HD. 12.2.2004 T. E. 2003/6304, K. 2004/1192, [www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr), 28.03.2008.

"Türkiye'nin Tadı Karaköy Güllüoğlu" markasında "Karaköy" yardımcı unsur, "Güllüoğlu" esas unsurdur. Slogan olarak kullanılan "Türkiye'nin Tadı" ise tali unsurdur. ÖZDAL, Şule, "Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler", İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007, s. 85.

<sup>247</sup> KARASU, Ses Markaları", FMR, Y. 7, C. 7, S. 2, s. 31.

<sup>248</sup> ÜNAL, agm., s. 41; EROĞLU, agm., s. 135.

kombinasyonlarının marka olarak tesciline veya gelecekte seslerin AB markası olarak tesciline 2. maddenin engel teşkil etmediği belirtmektedir<sup>249</sup>. Sesin somut olarak, yükseklik, şiddet ve tını özelliği bulunmakta olup, müzik ölçüğünde her bir nota farklı bir tını taşımaktadır. Sesler herhangi bir canlıdan veya teknik surette yapay olarak oluşturulabilir. Ses markası olarak melodiler ve şarkılar tescil edilebilir<sup>250</sup>. Bazı reklam sloganlarının, bir TV programını veya bir diziyi simgeleyen, jingle denilen tanıtıcı kısa melodiler veya melodi niteliği taşımayan sesler, marka olarak tescil ettirilebilirler<sup>251</sup>.

Ses markalarında markanın kulakta bıraktığı genel intibaya göre benzerlik tespit edilir. Genel görünümü ile benzer olan seslerin melodisinde kullanılan ses rengi, enstrüman veya ritim farklı olsa bile, bu melodiler benzer kabul edilir.<sup>252</sup> Markanın nota ile gösterilmesi ile özellikle sonogram ile gösterilmesinde karakteristiği ve akustik özelliği tam olarak anlaşılmaz. Melodi markalarında notalar karşılaştırılarak değerlendirme yapılabilir; fakat müzikal markalarda kullanılan enstrüman ve farklı çalma şekli genel intibayı etkileyebilir. Bu nedenle notalar ile birlikte sessel ifadelerin de karşılaştırılması gerekir. Tüketiciler ses markasında sessel ifade ile muhatap olduklarından, markanın biçimsel ifadesinin benzerlik ve iltibas incelemesinde dikkate alınması halinde, tüketicilerin aşına olmadıkları, yabancı oldukları, tanımadıkları bir unsurla değerlendirme yapılmış olur ki bu sağlıklı bir sonuca götürmez<sup>253</sup>. Bu nedenle marka başvurusuna itiraz ve ihlal davalarında markaların benzerlik incelemesi sessel ifadeye göre yapılır. Ses markalarında işaretin grafik olarak ifadesi farklı olsa dahi, aynı ses tonu farklı notalarla farklı biçimde ifade edilebilir. Muhatapların işaretleri aynı olarak algılayıp algılamadığı önemlidir.

Markanın görselliğine uygulanan ölçütler kullanıldığında sesi en açık seçik, en ayırt edici, en istikrarlı ve akılda kalıcı biçimde kullanan firmanın Intel olduğunu görürüz. Intel Inside ezgisi bütün İntel reklamlarında ve marka yaratma

---

<sup>249</sup> Türkiye, 6. 3. 1995 tarihli 1/95 sayılı AT. İle Türkiye ortaklık Konsey Kararı

<sup>250</sup> KARASU, agm., s. 30, 31;.

<sup>251</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 347, 348, n. 21.

<sup>252</sup> KARASU, agm., s. 55.

<sup>253</sup> KARASU, agm., s. 49; EROĞLU, agm., s. 135.



kampanyalarında kullanılan kısa ve ayırt edici bir ses sayesinde görünmezi görünür yapmaktadır<sup>254</sup>.

Ses ve melodiler notaya dökülmesi veya sesin anlaşılması ve tekrarlanabilmesi için kaydı yapılabildiği takdirde tescili mümkündür<sup>255</sup>. Grafik olarak ifade edilebilen bu ses ve melodilerin net, açık, anlaşılabilir, kalıcı ve objektif olması gerekir. ATAD kararlarında da ses ve melodilerin işitsel işaretin yazıyla yansıma ses dizelerinden oluştuğunun belirtilmesi ve ölçülere ayrılmış olan ve seslerin tizliğini duraksamaya yer vermeyecek şekilde ifade eden nota dizeleriyle ifade edilmeleri gerekir.

27 Mayıs 1999 yılında, Hague temyiz mahkemesinin görüş sorması sonucu, ATAD'ın görüşü, tescili istenen ses markasında tanımlamanın açık ve yeterli olmadığını, bir horozun ötmesinin değişik tonlarda olabileceğini, Für Elise dosyasındaki karara göre, şirketlerin ayırt edilebilen sesleri Avrupa Birliğinde marka olarak tescil ettirebilecekleri ve bunun grafik olarak da çizimiyle marka korumasının sağlanacağı şeklindedir. SHIELD MARK kararında mahkeme onomatope olarak adlandırılan doğal seslere benzetme yoluyla oluşturulan kelimelerin söylenişi ile doğal ses arasında fark olduğunu bu nedenle sadece bunun yeterli olmadığını belirtmiştir<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> LINDSTROM, Martin (Çeviren Ümit ŞENSOY), Duyular ve Marka 5 Duyuyla Güçlü Markalar Yaratmak, İstanbul 2007, s. 33.

<sup>255</sup> YASAMAN, Marka Hukuku, C I., s. 86.

<sup>256</sup> NILSSON, Gül Okutan, "Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı", MÖHOK Bülteni, Y. 23, S. 1-2 Y.2003, Prof Dr. Güleren Tekinalp'e Armağan, s. 588,589; ECJ. C-283/01, 27.11.2003, Shield-Mark BV-Joost Kist h.o.d.n. Memex, SHIELD MARK şirketi 1992 ile 1999 yılları arasında Markaların Uluslararası Sınıflandırılması Hakkında Nis Anlaşmasının sınıflandırmasına göre 9, 16, 35, 41, 42 numaralı sınıflar bakımından Benelüks Marka Ofisinde çeşitli ses markaları tescil ettirmiştir. Markalarından bazıları Ludwig van Beethoven'ın Für Elise adlı bestesinin ilk dokuz notasından oluşmaktadır. Şirket ayrıca horoz sesini de tescil ettirmiştir. Reklam ve marka hukuku konusunda iletişim danışmanlığı yapan, süreli yayı çıkartan joost Kist 1995 yılındaki bir reklam kampanyasında Für Elise'nin ilk dokuz notasını içeren bir melodi kullanmış ve horoz ötüşü sesi çıkaran bir bilgisayar yazılımı satmıştır. Shield Mark, Hollanda mahkemelerinde açtığı davada Benelüks hükümetlerinin ses markalarının tesciline izin vermemeyi amaçladıklarından markaya dayalı açılan davayı reddeder. Shield Mark Hollanda Yüksek Mahkemesinde kararı temyiz eder. Temyiz mahkemesi ATAD'a görüş sorar. Mahkeme 89/104 sayılı Yönergede sayılan işaretlerin sınırlı olmadığını, bunların örnekleme amacıyla verildiği, asıl olanın bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etme işlevinin olması olduğunu savunmuştur.

Mahkeme kararın 37. Paragrafında görsel nitelikte olmasa da ayırt edebilme gücü olan ve grafik olarak ifade edilen marka olabilecek işaretlerin tescil edilebileceğini söyler. Mahkeme görsel olarak algılanamayan işaretlerin de grafik olarak tasvir edilebilmesi gerektiği

Tarzan'ın kendine has çığlığı tümüyle grafik olarak yazıya dklemediği için bir marka olarak tescil edilemez. Sesler bir marka olarak kaydedilebilse de; kural standart müzik notaları ile yazılabilen seslerle sınırlıdır. Edgar Rice Burroughs Şirketi tarafından yaratılan orman çığlığı marka olarak tescili için baŐvurulduđunda, OHIM temyiz başvurusunu reddetmiştir<sup>257</sup>.

Dünyanın en gözde arabalarından olan Bentley Continental GT.'nin yapımında sesi azaltma çalışmaları sonunda, boğuk, yumuŐak, canlı ve esin verici bir ses bulmuŐ ve araŐtırmalarında, tüketicilerin % 44'ünün marka seçiminde sesin önemli bir etmen olduğunu düşündüğü ortaya çıkmıştır<sup>258</sup>. Alman Hukukunda ses işaretlerinin marka olabileceği kabul edilmiş ve MarkenG'ye ilişkin tüzükte ses işaretlerinin notalarla ifade edilmesi olmadığı takdirde teknik usullerle yapılan kayıt sonucu ifade edilmesinden bahseder<sup>259</sup>. Bilinen ses markalarına örnek olarak Aygaz reklamında kullanılan jingle, Harley Davidson motorsikletlerinin motorunun sesi, Metro-Goldwyn Mayer'in aslan kükremesi gösterilebilir<sup>260</sup>. Ses markalarında karıştırma tehlikesi markanın ayırt ediciliğinin sağlanması sonucu nlenebilir. Sesin ürünü tasvir edip etmediği somut ürüne bakılarak tespit edilir<sup>261</sup>. Burada yine halk üzerindeki umumi intibası önem taşır.

---

konusunda Sieckmann kararına atf yapmış grafik tasvirin açık, kesin, bütünlüğe sahip, kolaylıkla ulaşılabilir, anlaşılabilir, zamanla bozulmayan ve nesnel olması gerektiğini söylemiŐ bu Őartların seslerden oluşan işaretler için de geçerli olduğunu belirtmiştir.

<sup>257</sup> TARZAN, "Unlike in the good old U. S. of A., Tarzan's yell doesn't cut it in Europe — at least not as a trademark", [http://oami.europa.eu/LegalDocs/BoA/2006/en/R0708\\_2006-4.pdf](http://oami.europa.eu/LegalDocs/BoA/2006/en/R0708_2006-4.pdf), Erişim tarihi: 11.11.2007.

<sup>258</sup> LINSTROM, age., s. 88.

<sup>259</sup> Schmieder, Neues deutsches Markenrecht nach europaischem Standard, NJW, 1994, s. 1249, Kur, Trips und das Markenrecht, s. 991, (naklen; ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 41, dpn. 28).

<sup>260</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 348, prg. 22, N. 21; OYTAÇ, age., s. 15; TAYLAN, age., s. 31, dpn. 45.

<sup>261</sup> Eroğlu biranın bardağa dökülme sesinin bira için tescilinin istenilmesinde ayırt etme gücünün yeterli olmadığını ve serbest bırakılması gerektiğini söylemektedir. EROĞLU, EROĞLU, Sevilay, "Soyut Renk, Ses ve üç Boyutlu İŞaretlerin Marka Olarak Tescili" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2003, agm., s. 147.

## b. Koku

Kokular, ayırt edici özelliği olması ve çizimle görüntülenebilmesi veya benzer şekilde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanabilmesi ve çoğaltılabilmesi halinde, marka olarak tescil edilebilir<sup>262</sup>. Kokuyu oluşturan kimyasal maddelerin formülleri ile koku markaları ifade edilebilir. Kimyasal maddelerin grafiklerinin çizilmesiyle de ifade edilebilir. Avrupa’da koku marka olarak tescil edilmesine karşın Türkiye’de henüz koku markası tescili olmamıştır<sup>263</sup>. ARKAN, 556 sayılı KHK.’nın 7. maddesinin 1. (e) bendindeki mala asli değerini veren işaretlerin marka olamayacağından yola çıkarak bu işaretlerin marka olamayacağını belirtmektedir Yazar’a göre, mala asli değerini veren kokunun kimyasal formülü değil, kokunun kendisidir. Bu nedenle marka olarak tescil edilemezler. Koku markaları bu nedenle haksız rekabet hükümlerine göre korunurlar<sup>264</sup>. Kanaatimce kimyasal formüle dökülme sonucu kokular marka olarak tescil edilebilir. Çünkü kimyasal formül sayesinde marka çizimle görüntülenebilir hale gelmiş ve baskı yoluyla yayınlanma ve çoğaltılma olanağına ulaşmıştır. KHK. 5/I. maddesi şartı gerçekleşmiş olmakla tesciline bir engel olmaması gerekir. Kokuların marka olarak tescil edilmesi KHK’nin 23. md.’ndeki yayına ve çoğaltmaya elverişli örneğinin bulunmasına bağlıdır.

Almanya’da çeşitli hizmet sınıflarında, bazı koku markalarının tescil edilmesi için, Alman Patent ve Marka Ofisince tescil talebinde bulunulmuştur. Ofisin red kararına ilişkin, Federal Mahkeme ATAD’a Yönerge’nin 2. maddesindeki grafik olarak temsil edilebilme koşulu karşısında, yalnızca görsel olarak algılanabilen işaretlerin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği, yoksa; bazı yardımcı unsurlar kullanılarak dolaylı yoldan tekrarı sağlanabilen ses ve koku gibi işaretlerin de marka olabilmelerinin mümkün olup olmadığını sormuş, eğer bu mümkünse kokular bakımından kimyasal bir formül, bir tarif, bir koku örneği veya bunların bileşiminin verilmesi yoluyla grafik tasvir şartının yerine getirilip getirilmeyeceği konusuna cevap aramıştır. Mahkeme görsel olarak algılanamayan ses ve koku gibi işaretlerin ayırt edici olmaları ve grafik olarak temsil edilebilmeleri halinde tescil edilebileceği sonucuna

---

<sup>262</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 41; Ticari İşletme, s. 258; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 344, prg. 22, n. 6; KARAHAN, Sami, “Marka Şekilleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987; ÖZTÜRK, Özge, “Koku Markası- Fragrances As a Trademark” FMR, Y. 7, C. 7, S. 2.

<sup>263</sup> ÖZTÜRK, agm., s. 64.

<sup>264</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 86, dpn. 70.

ulaşmıştır. Ancak, koku markasının da diğer markalar gibi açık seçik ve ayırt edici olması gerekir<sup>265</sup>.

Avrupa ilk derece mahkemesi, Eden SARL'ın OHIM aleyhine açtığı çilek kokusunun marka olarak tesciline ilişkin başvuruya işareti grafik olarak gösterilemediği ve Avrupa Topluluğu 40/94 nolu Topluluk Marka Tüzüğü'nün 7. maddesinin 1/(a) bendine aykırılık teşkil ettiğinden marka olarak tescil edilemeyeceğinden bahisle red kararı vermiştir<sup>266</sup>. Taze kesilmiş çimen kokusu için başvurulmuş tenis topu markasını topluluk markası olarak bir firma tescil ettirmiştir. ATAD, 6 Kasım 2001 tarihli C-273/00 sayılı Sieckmann kararında Yönerge'nin 2. maddesinin marka olabilecek işaret türlerini tahdidi saymadığından bunlar açıkça hariç tutulmamışsa da kokunun kimyasal formülünün kokuyu değil, maddeyi tasvir etmesi ve kokunun zamanla uçması nedeniyle tasvirin dayanıklı olamayacağını bu nedenle tescilin mümkün olamayacağı yolundaki kararının<sup>267</sup>, aksine 10 Şubat 1999 tarihli, taze kesilmiş çim kokusunun marka olarak tescil edilemeyeceğine dair OHIM red kararına karşı, ATAD grafik temsilin tüketiciyi marka hakkında açık şekilde ve yeterince bilgilendiren bir tanımlama olduğu dolayısıyla herkesin önceki deneyimlerine dayanarak kolaylıkla tanıdığı ve ayırt edici özelliğe sahip bir kokuyu temsil eden taze kesilmiş çim kokusuna ait formülün bir grafik ile temsil edilebileceğine karar vermiştir<sup>268</sup>.

ATAD, bu kararında, ticari markaların üye devletlerin hepsinde eşit şekilde korunmasını amaçlayan Yönerge'nin 2. maddesi gereği, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için tüketicilerin geneli tarafından anlaşılabilir türde, şekil olarak tam açık ve kesin bir ayırt edici karaktere sahip olması gerektiğini, kokuların da açık bir şekilde ifade edilememesi nedeniyle marka olarak tescil edilemeyeceğini, kimyasal formülün maddenin kendisini ifade ettiği çok az sayıda kişinin ürünün kimyasal formülüyle kokuyu yorumlayabileceğini bu nedenle kokunun grafik ifadesinin de

---

<sup>265</sup> ECJ. C-273/00, Sieckmann 6.November 2001, <http://curia.europa.eu>; LINDSTORM, age., s. 37.

<sup>266</sup> ECJ, T-305/04 27. 10. 2005, Eden v OHIM, <http://curia.eu.int>.

<sup>267</sup> ECJ. C-273/00, Sieckmann, 6.November 2001, <http://curia.europa.eu>.

<sup>268</sup> YASAMAN, age., s. 89; OHIM 11. 10. 1999 R. 156/1998-2, <http://oami.europa.eu>, Erişim tarihi 10. 10. 2007.

yapılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir<sup>269</sup>. Yönerge'nin 2. maddesinde sayılan görsel nitelikteki işaretler, örnek niteliğinde olup sınırlı sayıda değildir. Mahkeme'nin kararında amaç, markanın sağladığı münhasır koruma alanının üçüncü kişilerce kesin çizgilerle bilinebilmesidir. Üçüncü kişi sicilden marka olarak tescil edilen işareti net, kesin ve objektif olarak tanımalıdır<sup>270</sup>. 556 sayılı KHK.'nın sınırlandırma yapmaması nedeniyle doktrinde yaygın olarak kokuların da marka olabileceği savunulur<sup>271</sup>.

Mahkeme, Sieckmann kararında, bir ilke ortaya koyarak görsel olmayan markalarda grafik olarak temsil edilme şartını getirmiştir. Koku örneği zamanla depolandığı yerden uçar veya bozulur. Kokunun formülü de kokuyu değil kimyasal formülünü gösterir. Bu nedenle marka açık, kesin, kendi içinde bir bütün oluşturan, kolay ulaşılabilir, anlaşılır, zamanla bozulmaz ve nesnel nitelikte görüntü, çizgi veya harflerle ifade edilen bir işarettir<sup>272</sup>.

### **c. Tat**

Tatlar da koku ve sesler gibi marka olarak tescil edilebilirler. Tadın neye benzediği tanımlanmak suretiyle marka olarak tescili mümkündür<sup>273</sup>. Mc Donalds'ın hamburgerleri, Coca- Cola'nın tadı marka olarak tescil edilebilir<sup>274</sup>. Arkan'ın kokular için ileri sürdüğü durum burada da geçerli olması gerekir<sup>275</sup>. Zira mala asli değerini veren işaret olarak bir tadın da marka olamaması gerekir. Arkan 556 sayılı KHK.'nın 7. Maddesinin 1/(e) bendindeki mala asli değerini veren işaretlerin marka olamayacağından yola çıkarak bu işaretlerin marka olamayacağını belirtir<sup>276</sup>. Kanaatimce mala asli değer vermektan kasıt mala ekonomik değer katma olarak düşünüleceğinden bu şekilde tadın marka olabilmesi imkanı ortadan kalkacaktır. O mala özgü olan ve her maldan aynı şekilde alınan tad marka olarak alınamaz. Ama Coca cola tadında olduğu gibi özgün bir tat varsa marka olabilmesine engel yoktur.

---

<sup>269</sup> ECJ , C-273-00, 06.11.2001, Sieckmann, <http://curia.eu.int>.

<sup>270</sup> Sieckmann kararı, prg. 44, 45, NİLSSON, age., s. 583.

<sup>271</sup> KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları.

<sup>272</sup> NİLSSON, agm ., s. 584, 585.

<sup>273</sup> TAYLAN, age., s. 32. dpn. 49.

<sup>274</sup> EPÇELİ, age., s. 59.

<sup>275</sup> Bkz. Yukarıdaki dpn.265.

<sup>276</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 86, dpn. 70.

#### d. Renkler

Renkler çizimle görüntülenmek veya benzer bir biçimde ifade edilebilmek şartıyla, marka olarak baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret olabilir. 556 sayılı KHK. Alman ve İsviçre marka kanunlarının aksine renklerle ilgili düzenleme yapmamıştır<sup>277</sup>.

AB'nin markalara ilişkin ilk Yönergesi'nin 2. maddesinde işaretlerin marka olarak tescil edilebilmesi için gerekli şartları belirtmiş ve marka olabilecek işaretler sayılmış fakat sınırlandırılmamıştır<sup>278</sup>. 40/94 sayılı AB Tüzüğü'nde de renkten sözedilmemiş olmakla beraber 4. maddesindeki hükümlerin örnekleyici sayımı nedeniyle soyut renkleri de kapsadığı kabul edilir<sup>279</sup>. Renklerin anlam kazandırıcı ve birlikte kullanıldıkları nesne ve olgulara ayırt edici nitelik kazandırma özelliği vardır. Renklerin farklı tonları bulunmaktadır. Geleneksel resim yazı rakam vs. marka biçimlerinin yanı sıra yeni marka biçimleri olarak ses, koku, hareket, renk, üç boyutlu markalar vs. ortaya çıkmıştır.

551 sayılı MarkK. 4/(c) fıkrasına göre, sırf belirli bir renkten oluşan işaretlerin marka olarak tescili mümkün değildir. Ancak, özel bir şekil verilen renkler bunun dışında tutulmaktaydı. Renkler ancak belirli bir biçimde marka olarak tescil edilebilmekteydi<sup>280</sup>. Bu günkü mevzuatımıza göre de soyut renklerin marka olabilmesini sınırlayan bir hüküm yoktur. Yargıtay, 551 sayılı MarkK. halen yürürlükteymiş gibi kararlar vermektedir. Paris Sözleşmesine göre, bir üye ülkede marka nasıl tescil edilmiş ve korunmakta ise, diğer üye devlette de aynen tescil edilerek korunur. İkinci ülke talebi reddedemez. Almanya ve İngiltere'de soyut renk markası tescili mümkün, biz bu markayı hiç olmazsa Paris sözleşmesi ve KHK 4 çerçevesinde tescil ederek korumamız gerekir. Yargıtay da "Belirli şekillerle çerçevelenmiş veya belirli bir kompozisyon oluşturacak şekilde ortaya çıkan renkler

---

<sup>277</sup> YASAMAN/YUSUFOĞLU, C. I, s. 79; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 319; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 347, prg. 22, no. 20; ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 73; C. II, s. 40.

<sup>278</sup> ASLANER, Nuran, "Almanya Uygulamasında Renk Markalar", İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, s. 41.

<sup>279</sup> EROĞLU, Sevilay, "Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2003, s. 106; NILSSON, agm., s. 583.

<sup>280</sup> MarkK. dönemine ilişkin tartışmalar için bkz. Öcal, Akar: "Marka Hukukunda Rengin Önemi", ABD, 1968, C. XXV, s. 416-418.

marka olabilir.” demektedir<sup>281</sup>. Yargıtay bir kararında<sup>282</sup> Kekstra-Nextra markalarında sadece sözcük olarak tescil edilmiş markanın renkli bir kompozisyonla birlikte kullanılması 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. maddesinin 2/ (a) bendi uyarınca markanın kullanımını kabul etmiş fakat davalı kullanımının davacı markasının kullanımına benzerliği nedeniyle TTK. 57/5 md. gereği haksız rekabetin olduğunu kabul etmiştir<sup>283</sup>.

Buna karşılık doktrinde farklı görüşler mevcuttur. YASAMAN, standart renklerin mal veya hizmetle özdeşleştiği takdirde bu standart rengin mal veya hizmet için marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmektedir<sup>284</sup>. TEKİNALP de, bir şekilde somutlaşmamış rengin de bir mal veya hizmetle özdeşleşmesi veya onu çağrıştırır hale

---

<sup>281</sup> ÇAĞLAR, Hayrettin, “Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması -Use of Trademark In A Different Form-”, FMR, Y. 7, C. 7, S. 2, s. 21; EROĞLU agm., s. 110.

<sup>282</sup> 11.HD., 13.10.2005 T., E., 2004/10729, K. 2005/9651, www.uyap.gov.tr.

<sup>283</sup> ÇAĞLAR, Hayrettin, agm., s. 21; 11. HD. 7.7.1997 T, E. 1997/3559, K. 1997/5453, kararında gökkuşağında 7 ana rengin bulunduğu renkler üzerinde tekel hakkı tanınması halinde diğer firmalara renk kalmayacağını belirtir; 25. 6. 1998 T., E. 1997/8873, K. 1998/4815 ; Yine aynı dairenin bir kararında, “Davacı adına tescilli 16 adet markanın "Aygaz-Gümüş Rengi Alüminyum Boya" ibareleri ve gümüş (gri) rengi unsurlarından oluştuğunu, ve özellikle, davacı tarafından dolun yapıp piyasaya sürülen LPG. tüplerinin gümüş (gri) renk ile meşhur hale geldiğini, "Aygaz A. Ş. " ile özdeşleştiğini ve tüketicilerin tercih ettiği LPG. tüpü olduğunu, davalı kuruma tescil için başvurusu yapılan "PETGAZ-Alüminyum Beyazı" ibarelerinden oluşan 4 ayrı markanın markasındaki aynı renk unsurunu ihtiva ettiğinden iltibas ve dolayısıyla haksız rekabete yol açacağını belirtmiş Mahkemece; tescil edilmezlik iddiası ile silinmesi istenilen başvuru sahibinin markasındaki renk unsurunun diğer unsurlar ile birlikte (lafzi marka ile) tescili bulunduğu, her iki tarafın renk ile ilgili tescillerinin yasaya uygun bulunduğu, bu şekildeki tescillerde sadece renk ile ilgili koruma ve tekel hakkı verilemeyeceği, böylece marka hakkı sahibinin, aynı rengi diğer ayırıcı unsurları ile birlikte tescil ettirilen kimseye karşı açacağı terkin davasının dinlenemeyeceği, iltibasın söz konusu olmayacağından bahisle davanın reddine” dair verilen kararı onanmıştır. Y.11.HD. 12.11.1999 T, E. 1999/6866, K. 1999/9075, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 30.03.2008. “Gerek 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 4. maddesi ve gerekse, davalının marka tescil tarihinin 20. 6. 1992 olmasına göre, somut olaya uygulama imkanı olmayan 556 sayılı KHK'nin 5. maddesine göre, renklerin bağımsız marka olarak tescili mümkün olmayıp, ancak, 551 sayılı Kanun'un 4/son bendi gereğince, özel bir şekil verilen veya herhangi bir remiz, tezyinat, çizgi yahut resimle renklerin marka olarak tescili mümkündür. Dosyaya ibraz edilen taraflara ait marka tescillerinin incelenmesinde, her iki tarafın da renk ile ilgili tescillerinin bu yönde ve yasaya uyarılı olduğu görülmektedir. Bu durumda, marka hakkı sahibinin, aynı rengi diğer unsurlar ile birlikte tescil ettiren ve kullanan kimseye ileri sürebileceği bir öncelik ve inhisar hakkı yasaca himaye edilmemiş olup, mahkemece, bu sebebe dayalı istemin reddine karar vermek gerekirken” 11. HD. 10.03.1997 T. E. 1996/8650, K.997/1586, TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, prg 22, N. 20.

<sup>284</sup> YASAMAN, Marka Hukuku, s. 277.

gelmesi halinde, ayırt edici nitelik kazandığı için marka olarak tescil edilebileceği görüşündedir<sup>285</sup>.

EROĞLU da, soyut renk markalarının tescil edilebileceğini kabul etmekte; ancak soyut renk markalarında, insan gözüyle ayırt edilmeyecek kadar ufak tonlama farklılıkları, ayırt edilmeyecek kadar aynı kavramına dahil edilmesi; aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı rengin belirgin biçimde farklı bir tonunun kullanılmasının nispi tescil engelleri içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>286</sup>.

Buna karşılık DOĞAN, rengin 5. md anlamında ayırt edicilik kazanamayacağını kazanılan ayırt edicilik renk ile bağlantılı olan somut mal veya hizmetler bakımından gerçekleşir, bu da 5. maddede değil, Yönerge 3/I. b bendindeki somut ayırt edici güçtür demektedir<sup>287</sup>.

Aynı şekilde KARAHAN, münferit renklerin marka olarak tescil edilemeyecekleri, renklerin ancak, özel bir kompozisyon veya kombinasyon oluşturmaları veya başka sözcük, şekil veya işaretlerle birlikte bulunmaları halinde marka olarak tescil edilebilecekleri düşüncesindedir<sup>288</sup>.

SHIELD MARK kararında ATAD, kamu yararından bahsederek, sınırlı sayıda renklerin olması renklerin tek başına marka olabilmesi halinde az sayıda kişinin tüm renkler üzerinde tekel hakkı elde edecekleri bunun da rekabet ortamını bozacağı ve kamu menfaatinin zedeleneceğini belirtmiştir. Mahkemenin Procter& Gamble Company v. OHİM davasında rengin ilgili mal veya hizmet için ayırt edici olması halinde marka olabileceğini, hedef kitlenin bu renk ya da renk kombinasyonlarını mal ya da hizmetin orijininin göstergesi olarak algılaması halinde bunun mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>289</sup>.

---

<sup>285</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 347, prg. 22, n. 20, Tekinalp Milka çikolatalarının sümbül renginin bazı ülkelerde tescilli olması örneğini vermiştir.

<sup>286</sup> EROĞLU, Sevilay, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2003, agm., s. 141.

<sup>287</sup> DOĞAN, agm., s. 30, 31.

<sup>288</sup> KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 28, 29.

<sup>289</sup> Mahkeme burada kenar ve köşeleri hafifçe yuvarlatılmış, iki katlı, üst tarafı beyaz ve alt tarafı açık yeşil renklerden oluşan kare tabletin deterjanlarda kullanılması konusundaki tescil talebinde, yeşil ve mavinin tipik deterjan renkleri olarak sektörde kullanıldığı bu nedenle ayırtediciliğin olmadığını söylemiştir. T-117/00, 19. 09. 2001, Procter & Gamble Company v.



556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinde renklerin bağımsız olarak marka olarak tescil edilemeyip ancak özel bir şekil verilmek kombinasyon yaratmak, çizgi yahut resimle birleştirilmek kaydıyla ayırt edicilik sağlaması halinde tescil edilebileceği anlaşılmaktadır<sup>290</sup>. 89/104 sayılı AB Yönergesi'nin amacı 1 ve 7 nolu gerekçede, markaların iktisabı ve korunması bakımından benzer koşulları yaratmak için üye devletlerdeki marka yasalarının uyumlulaştırılması olarak belirtilmiştir. Bu nedenle; Fransa, İtalya, İngiltere gibi birçok ülkede soyut renk ve renk tonlarının marka olabileceğine ilişkin uygulamalar 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinin yorumunda etken olmuştur<sup>291</sup>. Danimarka, İsveç ve Norveç yasaları buna izin vermemiştir<sup>292</sup>.

Alman Federal Mahkemesinin de, “magenta/grau”<sup>293</sup>, “magenta” ve “schwarz/zink-gelb” kararları<sup>294</sup>, “gelb/schwarz”<sup>295</sup> ve “violettfarben”<sup>296</sup> kararlarında soyut renklerin marka olabileceği görüşünü savunduğu görülmüştür.

Coca-cola markasının kırmızı beyaz renginin uzun yıllardır kullanımı, yazı şekli, baskı karakteri ve logosu yıllardır devam eden ve markayla tanışmış olanların belleğinde açık seçik ve net bir görünümü yerleştirmiştir<sup>297</sup>.

Hollanda'da, LIBERTAL isimli şirketin, Ağustos 1996 tarihinde Belçika, Hollanda ve Lüksemburg için marka başvurularını kabul eden Benelüks Marka Ofisine yaptığı bir başvuru ile, 9, 35, 38. sınıflarda yer alan telekomünikasyonla ilgili bazı ürün ve hizmetler için turuncu rengin marka olarak kabulünü istemesinde, Libertal'ın Bölgesel temyiz mahkemesine başvurması, buradaki başvurunun reddi üzerine, Hollanda Yüksek Mahkemesi'ne başvurusu sonucu, Yüksek Mahkeme ATAD'a görüş sorarak, rengin tek başına ayırt edici niteliğe sahip olup olamayacağı, olduğu takdirde

---

OHIM (çeviren Hasan Muratçavuşoğlu, “OHIM'e Karşı Procter &Gamble Company T 117/00”, FMR, Y.2,C. 2, S.1, s. 153-160

<sup>290</sup> 11. HD. 10.03.1997 T., E. 1996/8650, K.1997/1586, “Aygaz Gri Renk” kararı.

<sup>291</sup> EROĞLU, agm., s. 109.

<sup>292</sup> VÖLKER/SEMMLER, s. 97,(naklen EROĞLU, , agm. s. 109).

<sup>293</sup> WRP, 7-8/99, s. 853 vd. (naklen EROĞLU, agm., s. 109);ASLANER, Nuran, “Almanya Uygulamasında “Renk” Markalar”, İstanbul Barosu Fikri Haklar Özel Sayısı s. 45.

<sup>294</sup> Bu iki karar için bkz. Strobele, GRUR 1999, s. 1046. (naklen; EROĞLU, agm., s. 109).

<sup>295</sup> GRUR 1999, s. 491; WRP, 4/99, s. 430 vd. (naklen; EROĞLU, agm., s. 109).

<sup>296</sup> GRUR 2001, s. 1154. (naklen; EROĞLU, agm., s. 109).

<sup>297</sup> LINDSTROM, age., s. 31.

bunun şartları, başvuru mal veya hizmetlerin sayı veya çokluğunun önem taşıyıp taşımadığı, o rengin kamuya açık olması konusunda kamunun bir menfaati olup olmadığının dikkate alınıp alınmayacağı, ayırt edicilik araştırılırken rengin kendi başına mı, yoksa kullanım biçimi ile birlikte mi değerlendirileceği hususları sorulmuştur. Mahkeme bu kararında, rengin tek başına işaret olamayacağını, renklerin eşyanın sadece bir niteliği olduğunu, ancak bir rengin belli bir ürün veya hizmetle ilgili olarak işaret olma özelliğini kazanabileceğini belirtmiştir. ATAD marka başvurusunda şekilde rengin kağıda basılarak başvuruya eklenmesinin yetersiz olup rengin solmadan, bozulmadan kalmasını sağlayacak ortam olması gerektiğini, bu nedenle kağıt üzerindeki bir renk örneğinin grafik temsil koşulunu yerine getirmediğini belirtmiştir<sup>298</sup>.

Mahkeme, kamu yararından bahsederek, sınırlı sayıda renklerin olması renklerin tek başına marka olabilmesi halinde az sayıda kişinin tüm renkler üzerinde tekel hakkı elde edecekleri bunun da rekabet ortamını bozacağı ve kamu menfaatinin zedeleneceğini, ayrıca ortalama tüketicinin renkleri ürünlerin kaynağını belirten bir işaret olarak algılamadığını ticari teamüle göre ilave bir işaretin yokluğunda tek başına rengin kaynak belirten işaret sayılmayacağından bahseder<sup>299</sup>. AB Marka Ofisi, soyut renklerin marka olarak seçilebileceği görüşünden hareket etmektedir<sup>300</sup>.

Kanaatimce renkler ayırt edicilik kazanmadığı müddetçe marka olarak tescil edilemeyeceklerinden kullanma sonucu marka olarak tescili mümkün olmayan işaretlerin 7. maddenin son fıkrasınca tescilinin mümkün olmasından hareketle kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmış bir renk de marka olarak tescil edilebilir. Kanaatimce bunun dışındaki durumlar için böyle bir uygulama sınırlı sayıdaki renklerde tekel yaratacak olup diğer müteşebbislerin marka edinme konusunda haklarını sınırlandıracaktır.

---

<sup>298</sup> NILSSON, agm., s. 585, 586.

<sup>299</sup> NILSSON, agm., s. 588.

<sup>300</sup> OHIM-Orange, GRUR Int. 1998, s. 612; OHIM-Light Green, GRUR Int. 1999, s. 544 vd; OHIM-Schwarz-Grün-Schwarz, GRUR Int. 2000, s. 556; OHIM-Aral-Blau-Weiss, GRUR Int. 2001, s. 70. <http://oami.europa.eu>, Erişim tarihi 10. 10. 2007

### e. Üç Boyutlu Şekiller

Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinin 1. bendi malların biçim ve ambalajlarından söz etmekte, bunların veya başka bir üç boyutlu işaretin marka olup olmayacağını tartışmış ve tescil edilebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle üç boyutlu şekillerin de hukukumuzda marka olmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu şekiller grafik olarak kağıda döküldüğünde marka olabilirler<sup>301</sup>. Alman ve İsviçre Marka Kanunu bunu düzenlemiş ve üç boyutlu işaretlerin marka olarak kabul edilebileceğini düzenlemiştir. TRIPS 15/1 md. bunu engelleyici bir hüküm koymamış taraf ülkeleri bu konuda serbest bırakmıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu 1 Ağustos 1966 tarihinde imzalanan Marka Hukuku Anlaşması'nda açıkça üç boyutlu markalardan bahsedilmiştir<sup>302</sup> Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin 1/e bendi malın özgün yapısından, işlevinden ve teknik zorunluluktan doğan şekillerin marka olamayacağını belirtmektedir. Fakat markada bunu aşan ayırt edicilik varsa tescili mümkündür<sup>303</sup>.

Üç boyutlu işaret olarak endüstriyel tasarımlar da marka olarak tescil edilir. Tasarımın yeni ve ayırt edici olması gerekmesine karşın markanın yeni ve orijinal olmasına gerek yoktur. Endüstriyel tasarım ayırt edici ise tescil edilebilir<sup>304</sup>. Ambalajın biçimi tescil edilmekle bunun taklidi de önlenmiş olacaktır<sup>305</sup>. KHK 5/2. maddesindeki

---

<sup>301</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 44.

<sup>302</sup> EROĞLU, Sevilay, "Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2003, s. 128.

<sup>303</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 85, dpn. 69.

<sup>304</sup> YASAMAN, age., s. 17; OHIM Henkel kararında, " 40/94 sayılı Topluluk marka Tüzüğü'nün 7/1 (b) maddesine göre 3 boyutlu ürünlerin ayırt ediciliğini belirleme kriterleri, diğer kategorilerinkinden farklı değildir. Ancak, bu kriterleri uygulamada, ilgili kamuoyunun algılaması, şekil ve renklerden oluşan bir üç boyutlu işaret ile ürünün kendi görünümünden bağımsız bir sözcük veya şekil işareti için farklı olabilir. Ortalama tüketicinin, ürünlerin menşei hakkında herhangi bir grafik veya sözcük unsuru bulunmayan malın şekli veya paketleme şeklini esas alarak değerlendirme yapma hususunda alışkanlıkları yoktur. Böyle durumlarda, tescil edilmeye çalışılan şekil söz konusu ürünün şekline ne kadar benzerse, şeklin ayırt edici olmama olasılığı artar. Bir marka ancak ilgili sektörün ölçüleri ve alışlagelmiş geleneksel kullanımı ile kendini diğer işaretlerden ayırabilerek kaynağı belirtme olan esas amacını gerçekleştirir. 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün 7/1. (b) bendinde belirtilen marka tescilindeki red sebeplerinin tamamı, birbirinden bağımsız olup, ayrı ayrı incelemeye tabi tutulur. Ayrıca, red sebepleri kamuoyunun ilgisine göre değerlendirilmeli ve sebepler birbirinden ayrı olarak değerlendirilmelidir." der. OHIM, C-456/01 P and C-457/01 P Henkel KGaA v, prg. 46, 48.

<sup>305</sup> Y.11.HD. 12.11.1999 T., E. 1999/68676 , K. 1999/9075, sayılı kararında Davidoff Classic sigarasının ambalajında kullanılan şeklin özel rengi ile birlikte tescilinin mümkün

markanın mal ve ambalajı ile tescil edilebileceği malın üretimine engel olma değil, ambalaj veya malın taklidinin önlenmesini amaçlamıştır.

## 2. Yardımcı Unsurlar

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinde düzenlenen mutlak red nedenlerinde, ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaretlerin veya esas unsur olacak şekilde yardımcı unsurlarla birlikte kullanılan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği hükmü düzenlenmiştir<sup>306</sup>. Bir işaretin cins, vasıf, yer, malın veya hizmetin karakteristik özelliğini belirtmesi, malın kavram olarak adıyla aynı olması veya üç boyutlu bir işaretin malın doğal şekliyle aynı olması gibi hallerde ayırt edici gücün bulunmaması nedeniyle marka olarak tescili mümkün değildir<sup>307</sup>. Yargıtay'ın da, aynı veya aynı türdeki bir başka mal veya hizmetle ilgili

---

olduğuna, Paris Sözleşmesi 4. mükerrer 6. md./1. fıkrasının buna imkan tanıdığına hükmetmiştir. YKD, C.26, S. 5, s. 716,717 ; Yine Filipinler Yüksek Mahkemesi'nin 8. dairesi kararında tanınmış marka Johnnie Walker markası ile viski rom ve cin içeceklerine ilişkin Jacob Walker markası arasında iki marka şişelerinin genel görüntüsü itibarı ile tüketicilere biri diğerinin şubesi veya sponsoru izlenimini vermekte olduğu, fikri mülkiyette sembollerin psikolojik foksiyonunun büyük olduğu ve halk üzerinde etkisinin geniş olduğunu belirtmiştir. 31. Temmuz 2001 tarihli CA-GR. SP NO 72963, Filipinler Yüksek Mahkemesi 8. Dairesi kararı, [www.supremecourt.gov.ph/jurisprudence/2001/apr2001/112012.htm](http://www.supremecourt.gov.ph/jurisprudence/2001/apr2001/112012.htm). Erişim tarihi: 21.11.2007.

<sup>306</sup> “İhtilafa konu tescilli talep edilen markadaki "mini" sözcüğünün Pınar Mini markasında yardımcı unsur olup, asıl unsurun Pınar kelimesi olduğu, marka örneğinde Mini sözcüğünün öne çıkarılıp Pınar kelimesini karartarak asıl unsur haline getirildiği hususunun gözlenmediği Daire yerleşik içtihatlarına göre sahibine münhasır hak bahşetmemekle beraber KHK. 7-c-d maddelerinde belirtilen hususları muhtevi kelimeler markalarda yardımcı unsur olarak kullanılabilirliği”, 11 YHD. 9.7.1999 T. E. 1999/3535, K. 1999/6583 ; ROADSTAR markası ile tescil edilmek istenen RADIOSTAR işaretine ilişkin daire, “Set halinde kullanılan ürünlerin fiziki olarak ayrılması her zaman olanaklı olmadığından, tüketici açısından karışıklık yaratacağından, davalı şirketin benzerlik yanında ithal ettiği ürünlerde Türk Malı ibaresini kullanarak tüketiciyi malın üretim yeri ve coğrafya kaynağı konusunda yanılttığından, her iki marka arasında vurgu, ses, görünüş ve okunuş benzerliğinin tüketici algılamasında karışıklık yaratacağından davanın kabulü ile davalı Patent Enstitüsünün Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun kararının iptaline karar verilmesi isabetlidir.” diyerek yerel mahkeme kararını onamıştır. 11.HD. 25.5.2000 T. E. 2000/3731, K. 2000/4404, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi:11.02.2008; YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s. 429.

<sup>307</sup> YASAMAN, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.'sinin Kararı Üzerine Düşünceler”,153.

Fırızga sözcüğünün marka olamayacağı, fakat, Kalesan Fırızga markasında kalesanın esas unsur olması nedeniyle marka olabileceği, belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan bakkal kasap gibi sözcüklerin de marka olamayacağı konusunda bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 272;

olarak tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markaların, yanlış menşei gösteren halkı aldatıcı işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği yolunda birçok emsal kararları mevcuttur<sup>308</sup>.

#### **a. Betimleyici işaretler**

Betimleyici nitelikteki işaretlerin marka olamayacağı eski 551 sayılı MarK. 6. md.'nde düzenlendiği gibi 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. md'nin 1 (c) bendinde yer almıştır. Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda da 7. madde aynı düzenlemeyi yapmaktadır<sup>309</sup>.

Marka nitelediği malla özdeş olamaz. Bu nedenle marka olacak işaret, maldan ayırt edilebilmeli ve malın zorunlu parçası olmamalıdır. İşaret nesnel olarak maldan ayrılabilir olmasa da fikirsel olarak maldan ayrılabilir olmalıdır<sup>310</sup>. Bu çerçevede, işaretin maldan işlev ve fikir olarak bağımsız olması gerekir<sup>311</sup>.

Kanun Hükmünde Kararname'ye göre soyut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler, serbest işaretler ve ticaret alanında herkes tarafından kullanılacak işaretler marka olarak tescil edilemezler. Fakat bu tür işaretler ilgili piyasada kullanılma sonucu ayırt edicilik kazanmışsa Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin 1/ (a), (c),

---

ATAD ın Focus Radio davasında, Focus Magazin Verlag GmbH ın OHIM ve Editorial Planeta SA aleyhine açılan davada yeni marka Focus Radio mal ve hizmet markası ile Focus Milenium, Planeta Focus ve Planeta Focus 99 şekil ve sözcük markaları arasında markanın unsurları itibarıyla karıştırma tehlikesi bulunmadığına karar vermiştir. ECJ Case T-357/07, 19.09.2007. [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Erişim tarihi: 23.02.2008.

<sup>308</sup> Basılı yayınlar, gazete, dergi ve broşürde” marka olarak kullanılmak üzere tescili istenen “A... CAR” sözcüğünün, marka olarak kullanılmak istendiği emtianın, cins, çeşit, vasıf, kalite miktar gibi unsurlarını gösteren, özellik, işaret ve adlandırmaları içeren unsur olmadığına anlaşılmasına ve halkın bu nedenle yanıltılmasının mümkün bulunmamasına, marka başvurusunun 556 sayılı KHK. nin 7/c maddesine aykırılık teşkil etmediğinin anlaşılmasına göre “A... CAR” markasının davacı adına tesciline karar verilmesi isabetlidir. Ancak davacının marka başvurusu TPE tarafından reddedilmiş ve 556 sayılı KHK. nin 53. maddesi uyarınca iptal davası açılmıştır. Henüz, marka başvurusu ilan edilmediğinden tescil prosedürü tamamlanmamıştır. O halde enstitü kararının iptaline karar verilmesi ile yetinilmelidir. Y. 24. 4. 2001 tarihli, 2001/1400 E, 2001/3499 K. YKD, Şubat 2004.

<sup>309</sup> [http://www.etkinpatent.com/UserFiles/File/markalar\\_kanunu\\_tasarisi\\_taslagi.pdf](http://www.etkinpatent.com/UserFiles/File/markalar_kanunu_tasarisi_taslagi.pdf), Erişim tarihi: 30.01. 2008.

<sup>310</sup> EROĞLU, agm., s. 100; DOĞAN, Beşir Fatih, “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, FMR, S. 2006/3, s. 24.

<sup>311</sup> DOĞAN, agm. s. 23.

(d) bentlerindeki tescil engellerini aşarak marka olarak tescil olabilirler (KHK 7/II). Marka her nasılsa tescil edilmiş ve tescil sonrası ayırt edicilik kazanmış ise Kararname'nin 42. maddesine dayanılarak hükümsüzlük davası açılmaz. Gürzumar ve Arkan Migros'un M sini buna örnek olarak göstermiştir<sup>312</sup>.

Yabancı dildeki betimleyici işaretlere ilişkin olarak betimleyici nitelik taşıyan yabancı dillerdeki işaretlerin, markada esas unsur olamayacağı şeklinde son derece katı bir görüş yanında<sup>313</sup>; dilin, az tanınmış olması ve konuşulduğu ülkeye ihracat yapılmaması halinde yabancı dildeki betimleyici işaretlerin markanın esas unsuru olabileceğini<sup>314</sup>; keza bu ülkeye ihracat yapılsın yapılmaz, dil tanınmamışsa, işaretin markanın esas unsuru olabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır<sup>315</sup>. Yargıtay, betimleyici işaretin tek başına kullanılmadığında marka olabileceğini kabul etmektedir<sup>316</sup>. Fakat ayrıca bu kelimenin Türkiye'de anlamının bilinip bilinmemesine de bakılacağını belirtmektedir. ARKAN da aynı görüştedir<sup>317</sup>.

ATAD, betimleyici işaretlere ilişkin tescili istenen kelime kombinasyonları ile mal veya hizmetin veya onların temel niteliklerini ilgili tüketici kesimine genel olarak ifade etme amacı ile kullanılan kelime kombinasyonu arasında algılanabilir bir fark varsa, betimleyici olmayacağı kriterini getirmiştir<sup>318</sup>.

---

<sup>312</sup> GÜRZÜMAR, O B, "Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler" YKD, 1994, C. 20, S. 4, s. 506; ARKAN, Marka Hukuku, C. I., s. 83. YASAMAN da; Rivanol isimli maddenin ilaç yapımında kullanıldığı, cins ve çeşit tanımladığından bahisle tescilinin mümkün olmadığını mütalaa eder. YASAMAN, Hukuki Mütalaalar, C. I. s. 399-403. DOĞAN, Beşir Fatih, "Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma", BATİDER, Haziran 2007, C. XXIV, S. 1, s. 219; 11. YHD. Tarihi E. 2005/3308, K. 2006/6634, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

<sup>313</sup> ARSEVEN, age., s. 87

<sup>314</sup> ARSEVEN, age., s. 87

<sup>315</sup> ARSEVEN, age., s. 87; Burada önemli olan tescilin istenildiği ülke dilinin ülkede yaygın olup olmadığı, ve orada yaşayan insanların algılama biçimidir. ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 80.

<sup>316</sup> Tescili istenen markada yer alan JUİCE kelimesi dünyada ve ülkemizde meyve suyu anlamında kullanılmakta ise de, ülkemizde meyve suyu yerine alternatif bir kelime olarak yaygın biçimde kullanılmamaktadır. Markada yer alan juice kelimesi anlamı itibarıyla tasviri bir işaret olarak kabul edilse dahi, tek başına kullanılmadığı hallerde tescili talep edilen marka bir bütün olarak değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır. 11.HD. 9.10.2000 T., E. 2000/6656, K.2000/7589, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 09.06.2008, EPÇELİ, age., s. 83.

<sup>317</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 80.

<sup>318</sup> ECJ Case C-383/99, <http://curia.europa.eu/juris/p/> Erişim Tarihi: 21.03.2008.

## aa. Mal ve Hizmetin Niteliğini Gösteren İşaretler

Mal veya hizmetin niteliği ve kalitesini, üretim yeri ve zamanını, coğrafi kaynağını gösteren işaretler 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. md.'nin 1/ f bendi uyarınca tescil edilemezler. Bu tür işaretler herkesin kullanımına açık olması nedeniyle herhangi bir kimsenin tekeline verilemezler. Örnek olarak, Diamalt markası, ürünün içinde malt maddesi bulunmadığı ve halkı bu konuda yanıltacak olması nedeniyle tescil edilemez. Salatalık için Çengelköy, malın üretim yeri olarak elma için Amasya, çilek için Arnavutköy markaları tescil edilemez<sup>319</sup>. Yargıtay, "cins ifade eden sözcüklerin dahi, farklı kullanılarak ürünle özdeşleşmeleri halinde iltibasın söz konusu olabileceğini, "MAYBİ BEYAZ" markalı beyaz peynirde beyaz sözcüğü tescilsiz olarak davalı tarafça kullanılmakta olup beyaz sözcüğünün tek başına beyaz peyniri değil, özel bir ürünü çağrıştırdığı daha akla yatkın gelmekle, iltibasa yol açmaktadır." diyerek kullanım yoluyla ürünle özdeşleşme, ikinci anlam kazanma hallerinde de iltibasın mevcut olduğunu belirtmiştir.

11. HD. "Şekil+KING LOCK ibaresindeki LOCK kelimesi Türkçe kilit anlamına geldiği ve nitelik, kalite, üretim yeri ve coğrafi kaynak bildirme gibi bir işlevi bulunmadığı king kelimesinin ayırt edici olduğuna karar vermiştir<sup>320</sup>. Yabancı

---

<sup>319</sup> TEKİNAY, S. S, "Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar", Prof. Dr. Karayalçın'a Armağan, Ankara 1988, s. 71; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 384, prg. 25, n. 23; "556 Sayılı KHK.'nin 7/I-c bendi gereğince, hizmet markası olarak tescili talep edilen sözcüğün hizmetin vasfını, cinsini, çeşidini münhasır olarak belirtmesi durumunda, başvurunun ret edileceği tartışmasız olup, Türkçe karşılığı "etkileşimli", "karşılıklı etkileşim olduğu anlaşılan "İNERACTİVE" veya Türkçe okunuşu "İNERAKTİF" sözcüklerinin tek" başına bu haliyle, marka olarak tescilleri mümkün değildir. Ancak, tek başına marka olarak tescili mümkün olmayan bir sözcüğün yanına (hatta tek başına tescili mümkün olmayan sözcük "kök" sözcük olsa bile ayırt edici nitelikte ek ve ibareler getirilmesi durumunda bu haliyle tescilin mümkün olup olmayacağı üzerinde durulması gerekir. Bir yerde, markanın tanımını içeren KHK. nın 5. maddesindeki tanımlama birlikte değerlendirildiğinde, tek başına tescili mümkün olmayan sözcüklerin yanına ayırt edici nitelikte sözcükler ilavesi ile ve genelde ya isim tamlaması veya sıfat tamlaması şeklinde ortaya çıkan ve yeni bir anlam ifade eden sözcükler grubunun marka olarak tescil edilebilmesinin, yasal düzenlemenin amacına daha uygun olacağı sonucunu varılmıştır. Nitekim, dairemizin 26/11/1999 T., E. 1999/5790, 1999/9590 sayılı kararında da, aynı ilkeler benimsenmiş ve KHK. nın 7/I-f bendi gereğince tek başına marka olarak tescili mümkün olmayan İstanbul, Ankara gibi Coğrafi yer isimlerinin "İstanbul Şarabı", "Ankara Pazarları", "Restaurant İstanbul" gibi bir başka sözcüğün ilavesi ile meydana gelen sözcükler grubunun marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmiştir", HGK, T. 20.12.2000, E. 2000/11-1804, K. 2000/1814, ORHAN, age., s. 1-3; MERAN, age., s. 51.

<sup>320</sup> "Şekil+KING LOCK ibaresinin marka olarak tescili için davalı TPE ye yapılan başvurunun YİDK tarafından 556 sayılı KHK nin 7/1-b md. Uyarınca diğer davalı şirketin tescilli KING KING IRON PADLOCK + ŞEKİL markası ve kapsadığı mallar ile ayırt

dilde cins ve vasıf bildiren kelimeler, emtianın cins ve vasfını bildiren ad ve işaretler de tescil edilemezler<sup>321</sup>.

KARAHAN, ayırt ediciliği bulunmayan mal ve hizmetin karakteristik özelliğini gösteren markalar için örnek olarak domates salçaları için domates resminin, zeytinyağı tenekelerinin üzerindeki zeytin resminin, bal kavanozlarındaki arı veya petek resminin konulmasını buna örnek olarak göstermiştir<sup>322</sup>. Bu şekilde ayırt ediciliği olmayan işaretin marka olmasının önüne geçildiği gibi bu işaretlerin kamuya mal olması nedeniyle kimsenin tekeline bırakılmaması da sağlanmaktadır<sup>323</sup>.

---

edilemeyecek kadar aynı olması ve KHK'nin 7/1-f md. Gereği çıt çıt malları için yanıltıcı olduğu gerekçesi reddedildiğini, oysa markaların birbirinden çok farklı olup karıştırılma ihtimalinin bulunmadığını, ayrıca marka başvurusundaki LOCK ibaresinin 7/1-f bendi kapsamına girmediğini ileri sürerek YİDK'nin 22. 10. 2003 gün ve M-1783 sayılı kararının iptali ile marka başvurusunun kabulüne ve tescilini istemiştir. davacının markasının gıysiler saraciyeye ürünleri ile çantalar, mknatsız ve mknatsız metal kilitler, çıtçıtlar için tescili amacıyla TPE ye başvurduğu Türkçede kilit anlamına gelen Lock ibaresinin tescile konu çıtçıtlar yönünden nitelik, kalite, üretim yeri ve coğrafi kaynak bildirme gibi bir işlevi bulunmadığı bu bakımdan davalının 7/1-f bendine dayalı red kararının yerinde olmadığı Türkçede kral kral demir asma kilit anlamına gelen diğer davalının tescilli markasının asma kilit şeklini de içerdiği ve her türlü kapı kilitleri ile asma kilit emtialarını kapsadığı, 556 sayılı KHK. 7/b md. uyarınca başvurunun ilana çıkmadan reddedilebilmesi için işaretlerin aynı veya ayırt edilemeyecek derecede aynı olması, emtiaların ise aynı veya aynı türden olması gerektiği, Mahkemece aynı cinsteki kilit malları için markalar arasındaki benzerlik olduğu bu nedenle 556 sayılı KHK 7/1-b md gereğince YİDK.'nın yerinde olduğu gözetilmeksizin"11. HD. 04.07.2005 T., E. 2004/10627, K. 2005/7038, İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007, s. 143,144.

<sup>321</sup> Da. 12.D, 27.6.1972 T, E. 1971/3353, K. 1972/1767, SAĞLAM, Mehmet Adil, Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara 1973, s. 64.

<sup>322</sup> KARAHAN, Sami, "Marka Şekilleri", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bölümler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987, s. 139.

<sup>323</sup> KARAHAN, Yeni Marka Hukukumuz, s. 19; KARAHAN, Marka Şekilleri, s. 139; ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 77; TEKİNAY, agm., s. 72-78; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, -1-Giriş-Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara,1968, s. 414; YASAMAN bir mütalaasında "Her iki markada EV kelimesinin belirleyici bir kelime olduğu fakat herkes tarafından bilinen ve kullanılan bir kelime olduğu ve ayırt edici niteliği bulunmadığı ve bir kişi tarafından tek halinde kullanılmasının mümkün olmadığı 556 sy. KHK 7/1c bendine göre cins kalite miktar amaç değer belirten işaretler marka olarak alınmaz. Ev kelimesi ile kur ve shop kelimelerinin eklenmesi sonucu iltibasın incelenmesi ve burada iltibas bulunmadığı ayrıca birinde şekilsiz siyah zemin davalının kinde ise ev figürü olduğu genel görünüm ve dizayn nazara alındığında farklı görünüm arzettiği kulakta ve gözde bıraktığı genel intibanın nazara alınmasında iltibas olmadığını" belirtmiştir.Yargıtay bu dosyada Ev kelimesinin markanın dikkat çeken asıl unsuru olarak değerlendirilemeyeceği, markaların unsurları ile karşılaştırılması suretiyle



Yargıtay 11. HD. bir kararında “Tescil başvurusu yapılan, hizmet markası Computer Bild+şekil’den ibaret olup sözcükler, özel ve özgün renk ve şekil kompozisyonu içinde verilmiş: bu nedenle ayırt edici özellik kazanmış ve oluşan bu genel marka şekli, kabul ve tescile değer hale gelmiştir. Münhasıran nevi ve cins gösteren bir marka sayılması mümkün değildir. Kaldı ki, davacı markası, menşe memlekette ve bir çok ülkede tescilli bulunduğuna göre marka tescil isteminin ülkemizde de kabulü zorunluğu vardır.” sonucuna ulaşmıştır<sup>324</sup>. Yargıtay’ın ve Danıştay’ın da Ilıca<sup>325</sup>, Lux<sup>326</sup>, İpragaz<sup>327</sup> gibi kararları da tescili mümkün olmayan işaretlere örnektir.

Görüldüğü gibi markanın mal ve hizmetin niteliğini bildirmesi durumunda tescili mümkün olmayacaktır.

### **bb. Coğrafi kaynak gösteren işaretler**

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 7. maddesinin 1/ (f) bendine göre cins, vasıf veya coğrafi kaynak belirten bir işaret, marka olarak tescil edilemez. Docteur Renaud Paris markasındaki Paris sözcüğüne ilişkin Yargıtay markanın tanınmışlık ve ayırt edicilik kazandığı coğrafi kaynak açısından halkın yanıltılmasına yol açacak nitelikte olmadığına hükmetmiştir<sup>328</sup>.

---

markaların hitap ettiği alıcılar nezdinde iltibas tehlikesi oluşturup oluşturmadığının gerektiğinde, aralarında bir sektör temsilcisinde bulunduğu yeni bir bilirkişi heyeti görüşü alınmak suretiyle belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. YASAMAN, Marka Hukuku ile ilgili Hukuki Mütalaalar, C. I, s. 94-96; Y. 11. HD. E. 2004/14154, K. 2006/15555.

<sup>324</sup> 1. 12. 2000 T. Y. 11.HD. E. 2000/7590, K. 2000/9528, MERAN, age., s. 67, 68; İsviçre Federal Mahkemesi’nin Dünyada Kardiyoloji (La Cardiologie dans le Monde) nin herkes tarafından kullanılabilirdiğinden tescil edilemeyeceği ifade etmiş; başka kararlarında sigara için more (BGE 103, II, 342) ilaç için less (BGE 103, II, 216) kelimelerinin tescilini kabul etmemiştir (Naklen, TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 380, prg. 25, n. 12a) BGE 87, I, 395 (Çeviren, TEKİNAY; Selahattin Sulhi: Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, 77.

<sup>325</sup> Da. 12. D. 27.09.1973 T, E. 1972/2618, K. 1973/2283, Danıştay 12. Daire Kararları, s. 534.

<sup>326</sup> TTD. 11.12.1945 T, 1945/2487 K, (DOMANIÇ, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 1988), s. 208.

<sup>327</sup> Da.12. D. 28.10.1965, E. 1965/11, K. 1965/865, Danıştay 12. Daire Kararları, Ankara, Danıştay Yayınları, 1976, s. 531.

<sup>328</sup> 11. HD. 19.01.2004 T, E. 2003/5607, K. 2004/381, ORHAN, age., s. 190.

Coğrafi kaynak gösteren işaretler, malın üretildiği sevk edildiği toplandığı yeri gösterir<sup>329</sup>. Manyas yoğurdu, Susurluk ayranı, İzmit pişmaniyesi, Trabzon tereyağı, Bursa kestanesi isimlerin bir malın markası olabilmesi mümkün değildir. Bu işaretler bir bölge, yöre, alana veya ülkeye yollama yaparak o mala güven duyulması ve talep arttırması nedeniyle tekel altına alınamazlar<sup>330</sup>. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. md.'nin 1/ c bendi, mal ya da hizmetin niteliği, kalitesi, üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda, halkı yanıltacak işaretler, marka olarak tescil edilemezler. Marka tescil başvurusunda, işaretin üzerinde kullanılacağı mal veya hizmetleri gösteren liste incelendiğinde, TPE. bu yanıltıcılığı tespit ederse, listede değişiklik yapabileceği gibi bir kısım mal ve hizmetler için tescil başvurusunu kabul bir kısmı için reddedebilir<sup>331</sup>. Yargıtay, Pendik ilçesi isminin marka olarak nişasta vb. ürünlerde kullanılmasına ilişkin Pendik ilçesinin İstanbul'un maruf bir ilçesi olduğundan bahisle bu ismin marka olarak tescili ile bir kimsenin tekeline verilemeyeceğini belirtmiştir. 11. HD. 26.11.1999 tarihli bu kararında; "Şehir, bölge veya maruf mahal isimlerinin tek bir sözcük olarak bir kişi lehine marka olarak tesciline olanak tanımak, bu isimlerin artık başkaları tarafından markalarında kullanılamayacağı sonucunu ortaya çıkaracaktır" demiştir. Kararda bu isimlerin kullanılacağı mamul ya da hizmetin nevi ile birlikte ancak işaret olarak kullanılabilir ve bu şekilde marka olarak tescil edilebileceği belirtilmiştir<sup>332</sup>. Yargıtay'ın bu uygulaması yanlış bir uygulama olup bu durumda işaret coğrafi kaynak konusunda yanıltıcı olabilecektir. Örneğin İstanbul tek başına marka olarak tescil edilemezken İstanbul lokantası marka olarak tescil edilebilmektedir ki, lokantada

---

<sup>329</sup> 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. Maddesinde Coğrafi İşaret, belirgin bir niteliği ünü veya diğer özellikleri itibarıyla kökenin bulunduğu bir yöre alan bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren işaretler olarak tanımlanır.( RG. 27.6.1995, S. 22326).

<sup>330</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 384, prg. 25, n. 23; ARARAT kelimesinin Türkiye'deki tüketicilerde derhal Ağrı ilinin, çevresini ve Ağrı dağımı hatırlattığı, hedef tüketicisinin markanın üzerinde bulunduğu ürün olan konyak ile Türkiye arasında bir ilişki kuracağı, sanki ürünün Türkiye'de veya Türkiye'nin katılımı ile üretilip pazarlandığı duygusuna kapılacağı, oysa ürünün Ermenistan'da üretildiği, şu halde markanın temsil ettiği ürünün kaynağı ve üretim yeri hakkında tüketiciyi yanılttığı, bu nedenle de 556 sayılı KHK'nın 7/1 f maddesine aykırı olduğu"nedeniyle davanın reddini daire uygun bulmuştur. 11. HD. 22.03.2005 T, E. 2004/4734, K. 2005/2590, ORHAN, age., s. 308-310.

<sup>331</sup> TEKİNAY, agm., s. 71.

<sup>332</sup> 11. HD. 26.11.1999 T, E. 1999/5790, K. 1999/9590, FMR, Y. 1, C. 1, S. 1, s. 126. Doktrinde de eleştirilen bu karar ile Yargıtay coğrafi kaynak göstermeyen bölge ve şehir adlarının marka olabilmesi kuralını çiğnemiştir.

mallar İstanbul'dan geliyor yahut sahibi İstanbullu havasını oluşturmaktadır. Eğer mal o yer ile özdeşleşmemiş ise, marka olarak tescili mümkündür. Bununla ilgili TPE'nün tescilde dikkat edilecek hususlara ilişkin kriterleri Coğrafi kaynak göstermeyen bölge veya şehir adları marka olarak kullanılabilir<sup>333</sup>. Danıştay 12. Dairesi Boğaziçi kelimesi için bölgesel nitelikte olduğu ve bir köken de göstermediğinden bahisle markanın esas unsuru olabileceğini belirtmiştir<sup>334</sup>. Coğrafi kaynak gösteren adlar 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiş olup; doğal ürünler, tarım, maden ve el sanatları ürünleri ile sanayi ürünleri, kararnamedeki koşullar olduğu takdirde coğrafi işaretler kapsamında korunurlar. Coğrafi işaretler, belli bir kişi tekelinde olmayıp, kolektiflerdir. 555 sayılı KHK.'nın 17 maddesi gereği sicildeki coğrafi bölgede faaliyette bulunan üreticiler ürünün sicilde gereken özelliklere vasıf olması halinde kullanılabilirler<sup>335</sup>.

### **cc. Bir meslek/hizmet grubuna aidiyeti gösteren işaretler**

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin 1/ (d) bendi ticaret alanında, herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya meslek grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaretleri veya esas unsur olarak bu işaretlerin kullanılması ile oluşturulacak markaların da tescilinin mümkün olmadığını mutlak tescil engeli olarak düzenlemiştir. Fakat böyle bir işarete yatırım yapılması sonucu işaret uzun süre reklam eşliğinde kullanılmış ve tüketici nezdinde belli bir işletmeyle bağlantı kurulur hale gelmişse tescili mümkündür<sup>336</sup>.

Ticari alanda herkes tarafından kullanılan belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaretler bir kimse tekeline verilemez, kamunun kullanımına kapatılamazlar. Fakat, işarete marka sahibi kullanma sonucu yatırım yapmış ve uzun süre reklam eşliğinde işareti kullanmış ise tüketicilerce işaret

---

<sup>333</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I. s. 79; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 384, prg. 25, n. 23; KARAHAN, Marka Şekilleri, s. 144; CENGİZ, age., s. 21.

<sup>334</sup> Da.12.D, 29.12.1965, E. 3368, K. 1719, Danıştay 12. Daire Kararları, s. 532.

<sup>335</sup> 555 sayılı KHK.'nın 3. md.'sinde tanımlanan coğrafi işaretler menşe ve mahreç adı olarak ikiye ayrılırlar. Kararnamede ürün olarak bahsedilmekte ise de Tekinalp hizmet için de coğrafi işaretlerin kullanılabilceğini söyler.Coğrafi kaynak gösteren işaret 556 sayılı KHK.'nın 7/1c bendi gereği markada esas unsur olamayacağı düzenlenmiş olup garanti markalarının coğrafi kaynak gösteren işaretlerden oluşabileceği hususunda bkz. ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 53, POROY/YASAMAN, age., s. 258; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 22.

<sup>336</sup> DOĞAN, Beşir Fatih, agm, s. 223.

ile belli bir işletme ile bağlantı kurulur hale getirilmiş ise marka tescil edilir. Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır<sup>337</sup>.

## **b. Serbest İşaretler**

Ayırt edici güce sahip bir işaretin marka olabileceğini yukarıda bahsetmiştik. malın özgün doğal yapısından kaynaklanan, keza belli meslek grubuna ait olan işaretler vs. hepsine serbest işaret diyoruz. Bir işaret sonradan ayırt ediciliğini kaybettiği takdirde betimleyici işaret haline dönüşebilir. Bu, marka sahibinin işini terk etmesi ile bu markayı başkalarının kullanmaları, marka sahibinin ihmali sonucu başkalarınca kullanılmasına sessiz kalması, markasını çok sayıda lisans sözleşmesine konu yapması veya yürütülen yoğun reklam kampanyası nedeni ile markanın eşya ile özdeşleşmesi şeklinde ortaya çıkabilir<sup>338</sup>. Örnek olarak Sony firmasına ait tescilli “Walkman” markasının, marka sahibinin haklarını korumada ihmali nedeniyle, cins ismi haline gelmesi gösterilebilir<sup>339</sup>. Yargıtay 11. HD. Fırızga markasını fırın ve ızgaradan oluşan bir eşyanın adı haline geldiğine ve herkesçe kullanılabileceğine

---

<sup>337</sup> 11. HD. 22. 11. 2002 T., E. 2002/5352, 2002/10729 kararında bahçe kültürü, sera ve çiçekçilik alanında yapılacak sergi ve organizasyonlarını konu alacak bir hizmet için, Türkçe'de çiçekçi anlamına gelen ve ilgili çevrelerce bilinip kullanılan FLORİST yabancı sözcüğünün marka olarak tescili istemine ilişkin TPE kararına itiraz üzerine verilen yerel mahkeme kararının temyizden incelenmesinde; Daire “Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının “florist” ibaresinin fuar organizasyonu ve fuarcılık hizmetleri ile ticari veya reklam amaçlı sergilerin organizasyonu alanında, hizmet markası olarak tescil ettirmek istediği, bu ibarenin fuarcılık hizmetleri bakımından bir meslek grubunu ifade etmediği, çiçekçi anlamına gelen bu ibare ile fuar hizmeti arasında doğrudan bir anlam bağlantısı bulunmadığı, anılan ibarenin yabancı dilde olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalı idarenin 21. 02. 2001 tarih ve m-272 sayılı kararının iptaline, tescil işlemi, idari bir işlem olduğundan davacının bu isteminin reddine karar verilmiştir. kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Davacı başvurusunda markanın çeşidini hizmet markası olarak belirtmiş olup, hizmetin sınıf ve tanımı Fuar Organizasyonu ve fuarcılık hizmetleri Ticari ve reklam amaçlı sergilerin organizasyonudur. Davacının beyanları ve dilekçeye ekli olarak ibraz ettiği belge, broşür ve kitapçıklardan, hizmetin bahçe kültürleri ve özellikle çiçekçilik ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. “kullanım neticesi ayırdedici nitelik kazanma olgusu” yerleşik içtihatlarla göre o mal veya hizmetle ilgili alıcı-satıcı (hizmet alıp-veren) çevrelerde oluşup algılanmalıdır. Bilirkişi kurulunda bu çevre veya çevre ile ilgili kişilerde bulundurulup, görüşleri alınmalıdır. Mahkemece yapılacak iş, yukarıda açıklanan ilkeler de gözönünde bulundurularak, ilgili hizmet çevresi ve meslekten kimselerinde içerisinde bulunacakları yeni bilirkişi kurulu oluşturmak alınacak rapor sonucuna göre karar vermektir.” MERAN, age., s. 84.

<sup>338</sup> KARAHAN, “Marka Şekilleri”, s. 147; ARKAN, Marka Hukuku, C. 1, s. 81; CENGİZ, age., s. 26; EPÇELİ, age., s. 93.

<sup>339</sup> BERLİT, Wolfgang, Das Neue Markenrecht, München 1995, s. 91, Nr. 212, (naklen; ARKAN, Marka Hukuku, C. 2, s. 164, dpn. 33).

hükmetmiştir<sup>340</sup>. Vaseline, Perlon, Walkman gibi eşya adı olmuş sözcükler marka olamaz. Marka tescilli olsa dahi bu dönüşüm engellenemez<sup>341</sup>.

Bir markanın tescil başvurusunun karara bağlanması aşamasında talebin reddi için işaretin serbest işarete dönüşümünü tamamlamış ya da yakın gelecekte kesinlikle tamamlanacak olması gerekir. Böyle bir durumun ihtimali yeterli değildir<sup>342</sup>.

Tescilli markanın korunma süresi başvuru tarihinden itibaren 10 yıl olup, marka onar yıllık dönemler halinde yenilenir. Kararname'nin 41. maddesine göre koruma süresi sona eren marka sahibi, yönetmelikteki yenileme ücretini ödeyerek yenileme talep eder. Bu koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden önceki 6 ay içinde gerçekleştirilir. Yenileme sicile kayıt edilerek ilan edilir. Yenilemede TPE tarafından yenileme talebinin süresinde olup olmadığıdır. Bu süreyi kaçıran Kanun Hükmünde Kararname'nin 41. maddesinin 3. bendi gereği ek ücret ödeyerek koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden itibaren 6 ay içerisinde de yapabilir. Yenileme talebinde marka sahibi bir kısım mal veya hizmetler için yenileme talep edebilir veya ad veya adresindeki değişiklikleri bildirebilir<sup>343</sup>. Yenilemenin kabul ve ilanı sonrası hükümsüzlük davası açılabilir. Serbest işaret haline gelen bir markanın Kanun Hükmünde Kararnamenin 7. md.'nin 1/c ve (d) bentlerine göre tescilli mümkün değildir<sup>344</sup>. Markanın tescili yenilenmemiş ve marka sahibince kullanılıyorsa haksız rekabet hükümlerine göre korunur. Çünkü tescilsiz marka haksız rekabet hükümlerine

---

<sup>340</sup> 11. HD. 08.03.1990 T., E. 1989/443, K. 1990/1935; ARSEVEN de, İsviçre Federal Mahkeme kararlarından örnek olarak merhemler için vazelin ismini, hamur işi ve pastalar için başak resmini, demir eşya için dişli çark resmini, zehirli maddeler için kurukafa resmini göstermiştir (age. s. 90); "ÇAY ÇİÇEĞİ, çay bitkisinin cinsine, sınıfına yönelik bir kavram değildir. Davacının, piyasaya sunduğu çay ürününün kalitesine yönelik olarak kullandığı, piyasada tanınmış hale getirdiği ve tescil ettirdiği markasının esaslı unsurudur. Davalı yanını, aynı ibareyi piyasaya sunduğu çay ürünlerinde kullandığı ve marka olarak tescil ettirdiği de sabittir. O halde, davalının markasının davacıya ait markayla itibasa neden olacak derecede benzediğine" karar vermiştir.11.HD. 12.02.2004 T. E. 2003/6304, K. 2004/1192 www.kazanci.com.tr.

<sup>341</sup> YASAMAN, Hukuki Mütalaalar, C. I., s. 151.

<sup>342</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. 1, s. 82.

<sup>343</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. 2, s. 173. Koruma süresinin bitimi ve ek süre sonrası marka kendiliğinden hükümsüz hale gelir. 45. maddenin 2. fıkrası gereği marka sicilden terkin edilerek Resmi Marka Bülteni'nde ilan edilir. Yenilememe nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içinde, aynı veya benzer markanın aynı veya benzer mal veya hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 375, prg. 24, n. 51, 52.

<sup>344</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. 1, s. 81.

göre korunduğuna göre tescil ettirmesine rağmen yenileme yaptırmadığında cezalandırılma gibi bir durum doğacaktır. Marka tanınmış ise, kullanılmasa dahi bunun zihinlerden silinmesi çok sürebilir. Marka, yenilenmemiş ise KHK 7/1-b ve 8/1 (a) ve (b) bendlerine göre itiraz mümkün değildir. Fakat, 8/3 fıkrasına göre itiraz mümkündür ve tescil edilmişse 42/1 (b) bendi gereği iptal ettirilebilir.

Markanın sözlük, ders kitabı veya diğer başvuru eserlerinde, gümrük tarife cetvellerinde cins ismi olarak kullanılması tek başına markanın serbest işarete dönüştüğünü göstermez<sup>345</sup>. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesi markanın sözlük veya başka başvuru eserlerinde yer alması halinde tescilli olduğu belirtilmemişse marka sahibinin talebiyle yayının sonraki basımında düzeltilmesi gerekir. Amaç marka sahibine başvuru eserlerinde kullanılan markasının marka olduğunu belirterek, markasının toplumda cins ismi olarak algılanıp ayırt edici gücünü kaybetmesinin önüne geçmektir.

Marka sahibinin ihmali ile işaret, ayırt ediciliğini kaybederek serbest işarete dönüşürse marka sahibinin tescilin yenilenmesi için TPE.'ne başvurusunda Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin 1/ (a) bendine dayanarak yenileme talebi reddedilecek midir? Kanaatimce burada yeni bir tescil bulunmadığından TPE. Kararnamenin 7/1 (a) bendi gereği araştırma yapamayacak ancak KHK 42. Maddeye göre hükümsüzlük davası açılabilir.<sup>346</sup>.

Markası serbest işarete dönüşen marka sahibinin yenileme talebi 7. md.'nin 1. Fıkrasının (a) bendine göre reddedilir. TPE. yeniledikten sonra ancak hükümsüzlük davası açılabilir<sup>347</sup>. TPE.'nin red kararına karşı 47. md. ve devamına göre yetkili mahkemede itiraz edilebilir.

KHK 12. Maddesinde markanın tescilinden dolayı doğan hakların istisnası olarak dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmalari koşulu

---

<sup>345</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. 1, s. 82.

<sup>346</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. 2. S. 172; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 382.

<sup>347</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, 2002, age., s. 382; ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 172. Markanın yenilenmesi yeniden tescil niteliğinde olduğundan TPE mutlak red nedenlerine bakmadan sadece süre yönünden inceleme yapabilir. Tescil öncesi TPE'nin veya tescilden zarar görecekt kişilerin tescil öncesi müdahalesi mümkün değildir. KHK 42. Md gereği hükümsüzlük davası açılabilir. İşaretin tescil sonrası ayırt ediciliğini kaybetmesi nedeniyle serbest işaretin betimleyici hale gelmesi nedeniyle işaretin tescili sırasında varolan bir mutlak red sebebi yoktur. ARKAN, Marka Hukuku, s. 155 vd.

ile üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins,kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibince engellenemeyeceği belirtilir.

### ***C. KARIŞTIRMA TEHLİKESİNDE BENZERLİK UNSURU***

#### **1. Aynı İşaret veya Benzer İşaret**

Marka sahibi, izinsiz olarak markasının aynı veya benzer mal ya da hizmetler için kullanılmasını önleme hakkına sahiptir. Marka sahibi tescilli markası ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılmasını yasaklayabilir ve tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerin aynı veya benzerleri için tescilli marka ile karıştırılma ihtimali bulunan aynı veya benzerinin kullanılmasına engel olunmasını ister. Karıştırılma tehlikesi bulunan bu durumlar; Benzer işaretin aynı mal veya hizmetler için kullanılması, aynı işaretin benzer mal ve hizmetler için kullanılması, benzer işaretin benzer mal veya hizmetler için kullanılması halleridir. Marka tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerle ilgili olarak korunur. Bunun istisnası tanınmış markalardır. Aynı, benzer, ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlerin, benzer mal ve hizmetlerle ilgili olarak kullanılması ve halk tarafından karıştırılma tehlikesi bulunması hali markaya tecavüz eylemini oluşturur. Buna karşı, marka sahibi Kanun Hükmünde Kararnamenin 62. maddesi gereği hukuki ve 61/A maddesi gereği cezai talepler ileri sürebilir.

Kararname’de benimsenen bağlantı olduğu ihtimali kavramı ile herhangi bir sebeple “halk”ın tescilli marka ile kullanılan işaret arasında bir bağlantı olduğunu düşünmesi olup bu iki işaret arasındaki benzerlik için yeterli olur<sup>348</sup>. Bu durumda

---

<sup>348</sup> “Davacının "PINAR" ve "PİZATTO PINAR + Şekil" markaları ile davalının tescil başvurusunda bulunduğu "K+KIRKPINAR" markasının, görsel, biçimsel, anlamsal, sescil benzerlik, çağrışırma, genel görünüm ölçütleri bakımından karşılaştırılması yapıldığında, davalı markasının davacı markası ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı ya da benzer olmadığı, halk tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı, davacı markası ile ilişkili olduğu ihtimalini kapsamadığı sonucuna varılmalıdır. Öte yandan, davalının markasında geçen "KIRKPINAR" ibaresi, onun aynı zamanda soyadıdır. Kişi adlarının marka olarak tesciline olanak vermekte, "dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşulu ile kişi adının kullanılmasını marka sahibinin engellemeyeceği" hüküm altına alınmıştır. 11. HD. 15.9.2003 T. E. 2003/1717, K. 2003/7742;

“Davacı vekili, müvekkilinin adına tescilli "ÜLKER BİSKREM" ve 178256, 178662 nolu "ÜLKER BİSKREM + Ambalaj Şekli"ni tescil ettirmek amacıyla davalı Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı nezdinde marka tescil başvurusunda bulunduğunu, yapılan başvuruya yaptıkları itirazlarının nihai olarak YİDK.'nun 30.05.2003 tarih M-1132 sayılı kararıyla reddedildiğini, davalı adına önceden tescilli "BİSTELLA" ibareli bir marka varsa da,

karıştırılma ihtimalinin mevcudiyeti kabul edilir. Fakat işaretler farklı alanlardaki işkollarına ait ise karıştırılma tehlikesi olmayabilir.

Tescilli markanın aynı veya benzeri bir işaretin tescilli marka ile farklı mal ve hizmetlerde kullanılacak olması halinde de tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edilecekse veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek ise bu işaret marka korumasından yararlandırılmayacaktır. Yargıtay da markanın başka mal ve hizmetlerde kullanılmasının mümkün olup olmadığına ilişkin tanınmış markalarda aynı veya benzeri olan bir işaretin markanın tescil edildiği mal veya hizmetler dışında kullanılmasını, bu kullanım tescilli markanın itibarı dolayısıyla kullanana haksız avantaj sağlıyor veya tescilli markanın ayırtedici karakterine zarar veriyorsa men edebileceğini belirterek 556 sayılı Kararname'deki bu iki kriteri ele almıştır. İki işaret arasında şekil, ses, anlam benzerliği, toplu intiba, seri içine girme veya çağrıştırma hallerinden birisiyle karıştırılma tehlikesi doğabilir<sup>349</sup>. Nitekim Yargıtay tescilli Dedeman hizmet markasının, Demdeman markası ile ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğuna dair yerel mahkeme kararını bu gerekçe ile doğru bulmuştur<sup>350</sup>.

---

markanın davalı şirket tarafından tescil edildiği biçiminden çok farklı olarak kullanıldığını, davalının bu davaya konu marka başvurusu ile birebir aynı tasarım ve dizayn özelliklerini ihtiva eden Endüstriyel Tasarımın tescili için yaptıkları başvuruya vaki itirazlarının iptaline yönelik derdest dava bulunduğunu, davaya konu markanın davalı şirket tarafından henüz tescili için başvurusu yapılmadan bu haliyle imal edip, satışa arz ettiği bir cins kakao kremalı bisküvi emtiasında kullanılması üzerine davalı aleyhine açılan davanın lehlerine sonuçlanarak davalının bu kullanımının önlenmesine karar verildiğini ve kesinleştiğini ileri sürerek, davalı Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun 30.05.2003 tarihli ve M-1332 sayılı kararının iptaline, davalı markasının hükümsüzlüğünün tespiti ile terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, davacının markasındaki emtialar ile davalının başvurusundaki emtiaların 30. sınıfın aynı alt grubunda buldukları, her iki işaretin aynı yahut ayırt edilemeyecek derecede aynı olmadıkları, ancak bütünü itibariyle bıraktıkları etkiler nazara alındığında benzer nitelikte oldukları, davacı markası ile davalı başvurusu arasında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 8/b maddesi anlamında iltibas bulunduğu nazara alınarak davalı Saray A.Ş. adına tescilli markanın hükümsüzlüğüyle sicilden terkinine karar verilmesi isabetli olmuştur.” 11. HD. 11.10.2005 T., E. 2004/10725, K. 2005/9564 . [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 28.06.2008.

<sup>349</sup> ATAD 15 Haziran 2007 tarihli (Case T-212/07) dosyasında Barbara Becker 9. Sınıf türündeki mal için, Harman uluslararası şirketinin Barbara Becker aleyhine açtığı davada Becker Online Pro markasının Topluluk markası Becker markası ile kavram olarak benzerliğinin bulunmadığı ve işaretler arasında karıştırılma tehlikesi bulunmadığına karar verilmiştir. [www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher](http://www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher) Erişim tarihi: 03. 10. 2007.

<sup>350</sup> 11. HD. 08. 10. 2003 T, E.2003/10235, K. 2003/9021, ORHAN, age., s.166.



Tanınmış bir marka farklı mal ve hizmetler için kullanıldığında, bu eylem ancak, tanınmış markanın ayırt edici karakterini zedeliyor ise, bu haksız yararlanma ve markanın şöhretinin sömürülmesinden bahisle markanın sahibi, markanın kullanılmasına engel olabilir<sup>351</sup>.

#### **a. Aynı veya Ayırdedilemeyecek Kadar Benzer İşaret**

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname anlamında aynı işaret, “tıpa tıp” aynı değildir. Markalar arasında hiçbir noktada bir fark bulunmaması halidir<sup>352</sup>. Kanun Hükmünde Kararname’nin 7. maddesinin 1/b bendinde aynı işaret veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaret kavramını kullanmıştır<sup>353</sup>. İşaretlerin aynı olması halinde, marka ile işaretin karıştırılma tehlikesinin araştırılmasına gerek yoktur. “Ayırt edilemeyecek kadar benzer” ise Kararname’nin birçok hükmünde ”taklit” olarak zikredilmiştir. Markanın aynısının kullanılması eylemi de Kararname’nin uygulanmasında taklit olarak adlandırmıştır. Neks-Nex, Priz-Piriz, piril-piril<sup>354</sup>, lüks-lüks<sup>355</sup>, gibi işaretler ayırt edilemeyecek kadar benzer olup Lobi-Hobi, Port-Interport Pınar-Üçpınar, Roadstar-roadmaster gibi işaretler benzer işaretlerdir<sup>356</sup>.

---

<sup>351</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 402, prg. 26, n. 4, 15; Paris sözleşmesi 5. md.’nin c paragrafı bölüm 3 “Koruma elde edilmek istenen ülkenin ulusal yasalarına göre markanın müşterek sahipleri addedilen sınai ve ticari teşebbüsler tarafından aynı markanın aynı veya benzeri mallar üzerinde aynı zamanda kullanılmakta olması bu kullanım toplumu yanılgıya düşürmemek ya da toplum menfaatlerine ters düşmemek koşuluyla birliğin herhangi bir ülkesinde tescili engelleyemeyeceği gibi sağlanan korumayı da azaltmayacaktır.” der.

<sup>352</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 371- 375; ARSEVEN, age., s. 137. Markanın esas unsurunun taklidi taklit eylemi için yeterli olup esaslı unsura ek yapılması aynen kullanımın varlığını ortadan kaldırmaz. Fransız mahkeme kararları da bu yöndedir. age., s. 137 den naklen.

<sup>353</sup> 5194 sayılı kanun ile 22.06.2004 tarihinde yapılan değişiklik öncesi fıkra aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı şeklinde iken yapılan bu değişiklik maddi bir yanlışlığı gidermekle yerinde olmuştur.

<sup>354</sup> TTD. 11.11.1958, 2094-2700, BATİDER 1961, C.1, S. 2, s. 245.

<sup>355</sup> YASAMAN, Marka Hukuku, C. I, s. 228

<sup>356</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 412, prg 26, n. 30; 11. HD. Port-İnterport işaretlerine ilişkin; “Bir markayı oluşturan unsur o markanın başka markalardan ayırt edilmesini sağlayan kelime, harf, sayı vs. den oluşan şekil olup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanın bütünü itibarıyla bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırcılığını vurgulayan imajda aranmak lazımdır.” der. Kararda “Davacının markası "PORT" olup tescil edilmiştir. Davalının markası ise "İTERPORT" olup yine tescil edilmiştir. Markalardaki kök kelime "PORT" ibaresi olup, her iki markada da "PORT" ibaresi müşterektir. Bu sözcüğün ise, davacının önceden tescilli markası ile yazılış, okunuş, görsel ve fonetik yönlerden orta seviyedeki insanlar bakımından iltibasa meydan verecek

Markalardaki aynılık markanın bütün olarak bıraktığı izlenim sonucunda tespit edilir. Marka işaretleri aynı olup da boyutlarının veya renklerinin veya yazılış biçimlerinin farklı olması onların aynı olmasa da benzer olduğunu göstermekte ve karıştırma tehlikesinin tespit edilmesinde ayrıca bir araştırma yapılmasına gerek olmaması gerekir<sup>357</sup>. Burada ayrıca ayırt edilemeyecek kadar aynı ile ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramlarının arasındaki farka bakacak olursak; Kanaatimce aralarında fark olmayıp, markanın ayırt edilemeyecek kadar aynı olması tescilli markanın ayırt edilemeyecek derecede benzeri işaret anlamına gelmektedir. Nitekim; Arkan da, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin birçok yerinde karışıklığa sebep olacak şekilde, Türkçenin yanlış kullanılmasından kaynaklanan anlatım hatalarından bahsetmiştir<sup>358</sup>.

### **b. Benzer İşaret**

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, işaretler arasındaki benzerlikten neyi anlatmak istediği açıkça belirtilmemiş ise de 9. maddede bir işaretin tescilli marka ile aralarında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimalinin varlığı halinde, o işaret ve tescilli marka arasında benzerlik olduğu kabul olunur.

Markanın benzer olması karıştırmaya sebep olur. Ayırt edilemeyecek kadar benzer taklit eylemini oluşturur. Kanun Hükmünde Kararnamenin 61. Maddesinin 1/c bendi gereği markaya tecavüz suçunu oluşturur. AYM. Kararı ile iptal edilen bu maddenin, tasarının kabul edilmesi sonucu uygulanabileceği ve mahkemenin yürürlük için 6 aylık süre tanıdığı hususunu burada tekrarlamakta fayda görülmüştür.

### **aa. Ses benzerliği**

İşaretler arasındaki benzerlikler karıştırma tehlikesinin tespitinde büyük önem taşır. Markanın esas unsuru niteliğini taşıyan bir ses, şekil veya anlam benzerliği, markanın tescil edilip edilemeyeceği konusunda, dolayısıyla markanın korunmasında etken olur.

---

derecede benzer olduğu, davalının, sırf davacının markasından istifadeye yönelik olarak bu sözcüğü tercih ettiği anlaşılmaktadır. Davalının markasındaki mevcut eklentinin başlı başına ayırdecilik vasfının da olmadığı anlaşılmaktadır.” diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur. 11.HD. 05.05.2003 T, E. 2002/12018, K. 2003/4432, TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 412, prg 26, n. 30.

<sup>357</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 75.

<sup>358</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 28- 30.

Ses benzerliğinde tescilli veya tescil başvurusunda bulunmuş bir marka ile marka başvurusunda bulunulan yeni marka ile telaffuz olarak benzerlik varsa, yazılıta farklılıklar olsa da markalar benzer kabul edilir. Sözcük markalarında kullanılan dilde yazılış ve okunuş aynı olduğu takdirde bu benzerlik anlam benzerliğini de beraberinde getirebilir<sup>359</sup>. Fakat farklı dillerde ve telaffuzun yazılıştan farklı olduğu durumlarda kelimeler benzer olmasa dahi ses yönünden markalar benzer kabul edilirler. Sonraki markanın tescilli önceki markayı telaffuz biçimiyle çağrıştırması ve arada bağlantı kurulması ihtimalinin kaçınılmaz olduğu durumlara örnek olarak Yargıtay 11. Hukuk dairesinin, Pasha-Pacha<sup>360</sup>, Tic tac- Zik zak markaları<sup>361</sup>, Chanel ve Şanel markaları<sup>362</sup>, Cdoss ile Bross markaları<sup>363</sup>, Bonita Lebonita markaları<sup>364</sup> sayılabilir. Danıştay'ın da, Tursil Pursil markaları<sup>365</sup>, Türkmen sucuğu, Türkmenoğlu sucuğu<sup>366</sup> gibi fonetik açıdan

---

<sup>359</sup> Sürprize ve Sürpriz kelimelerinin Türkçe okunuşunun birbirini çağrıştırdığı, davacının markasının, tanınmış marka olması nedeniyle başka ürünlerde kullanılamayacağı, ayrıca davalının ürün ambalajını da taklit etmek suretiyle marka hakkına tecavüzde bulunduğu dair verilen karar dairece onanmıştır. 11. HD. 05.07. 2004 T, E. 2003/13285, K. 2004/7481, ORHAN, age., s. 254, 255.

<sup>360</sup> 11HD. 22.03.2004 T, E. 2003/8281, K. 2004/2892, ORHAN, age., s. 200-201.

<sup>361</sup> 11. HD. 01.06.2006 T, E. 2005/4005, K. 2006/6569, ORHAN, age., s. 455, 456.

<sup>362</sup> 11. HD. 16.10.1953 T. 1697 E, 527 K, Tatbikatta Yargıtay Kararları 1954, s. 1460, 1461.

<sup>363</sup> “tarafaların markaları arasında esas itibariyle fonetik ve (B) harfi dışında da görsel bakımdan bir benzerlik olduğunu, bunun orta düzeydeki tüketiciyi yanıltıcı nitelikte olduğunu, ilk bakışta ve duyuştta ayırt etmeksizin bir ürün yerine diğerinin alınmasının muhtemel olduğunu, her iki markanın da giyim eşyasında kullanıldığı ve sonraki markanın bir harf değişikliği ile davacının markasının şöhretinden yararlanmak amacıyla olduğunu” Batider, 1998, C. XIX, S. 4, s. 288- 289; " ALPTOP ibareli markanın tescilli "ALPİLOP" markasına tecavüzü nedeniyle açılan davanın temyiz incelemesinde daire “Markalar sözcük olarak birbirinden farklı ve ikisinde kullanılan harfler ayrı olmasa bile, markaların görsel ve fonetik açıdan birbirlerine çok benzemesi, aynı sınıf emtiada kullanılması ve hitap edeceği halk kitlesi dikkate alındığında halk tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunması hallerinde marka tescilinin yapılmaması gerekmektedir.” der. 11. HD. 17.12.2002 T., E. 2002/10513, K. 2002/11740, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 28.06.2008. DOĞANAY, age., s. 402, dpn. 37, YTD. 11.12.1959 T, E. 959/2914, 1959/3176 K.’ ında “malın bilhassa parekende alıcılar olan kimselerin normal içtimai durum, bilgi ve ayırt etme seviyesi bakımlarından bir malın diğer malın yerine satın alınmasının mümkün olup olmayacağı” noktasında. karıştırmanın tespit edileceğini belirtmektedir.

<sup>364</sup> Davacının markasındaki esaslı unsurlardan biri olan BONİTA ibaresi ile davalı marka başvurusundaki LEBONİTA ibaresinin yazılış okunuş ve söyleyişlerinin benzer olup iltibas oluşturduğu Davacı tescilli markasını taşıyan malları davalının başvuruda bulunduğu mal sınıfı içindeki malların bir kısmını oluşturduğu davacı markasının bir bütün olarak tanınmış marka olmadığından” mahkeme kararı onanmıştır. Y. 11. HD. 15.05.2006 T. E. 2005/5564, K. 2006/5642, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 11.02.2008.

<sup>365</sup> Da. 12. Dairesi, 14. 3. 1972 T., E. 1970/3129, K. 1972/793, Danıştay 12. Daire Kararları, s. 527.

benzerliğine karar verdiği markalar mevcuttur. Lacoste markası ile Lacosse markası arasında her iki markanın telaffuz bakımından çok benzediğine ilişkin Daire kararı da buna güzel bir örnektir<sup>367</sup>.

Markalar arasındaki ses benzerliğinde de karıştırılma tehlikesinin tespit edilmesinde değerlendirme yapılırken, markanın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>368</sup>. Bu bütün olarak değerlendirme, sadece ses değil, görünüş, anlam vs. ve bunların toptan değerlendirilmesi ile daha çok bağlantılıdır. Halk tarafından karıştırılma ihtimali için doktrinde, tescili istenen markanın, daha önce tescilli bulunan markanın aynısının veya benzerinin olması ve markaların aynı mal ve hizmetlerde kullanılması şartları aranır. Halkın bağlantı kurması suretiyle işaretleri karıştırmasında, emtia ne kadar benzer ise bu artar. Markaların benzer olup olmadığı ve davaya konu emtianın niteliği itibariyle alıcısı olan halk kitlesinin "ayırt etme, bağlantı kurma" durumu göz önünde tutularak, yapılacak değerlendirme sonucuna göre hukuki durumun tayini gerekmektedir<sup>369</sup>. Marka bir bütün olarak söylendiğinde diğer önceki

---

<sup>366</sup> Da. 12. Dairesi, 12.10.1965 T., E. 1965/3332, K. 1965/700, Danıştay 12. Daire Kararları, s. 524.

<sup>367</sup> 11. HD. 15. 04. 2003 T, E. 2003/1565, K. 2003/3795, MERAN, age., s. 91.

<sup>368</sup> “Şekil exim ile Eximtürk markaları arasındaki ihtilafa ilişkin daire mahkemece her iki ibarenin ortak unsurunun EXİM olmasına rağmen aralarında görsel, okunuş ve anlam benzerliği bulunmadığı ibarelerin bir bütün olarak bıraktıkları izlenimin esas alınması gerektiği” Y.11.HD. 20.03.2006 T. 2005/3032 E. 2006/2816 K. FMR. Y. 7, C. 7, S. 3; Yine dairenin başka bir kararında, “davalı markasının "BEYMEN CASACLUB" olduğunu, ünvanda da kullanılan "Beymen" sözcüğünün davalıya ait çok tanınmış bir marka olduğunu, beyan etmiş, Mahkemece, davacının şekilli "Casa" markasını oturma grupları, lambalar, masalar vs. emtialarda kullanılmak üzere davacının itirazı üzerine mal listesinden tabakalar, lambalar vs. ürünlerin çıkartıldığı, her iki markanın yazılışları, yazı karakterleri, davacı markasının "C" harfi üzerindeki şekil nazara alındığında tescilli markaya tecavüz ve haksız rekabet koşullarının oluşmadığı, öte yandan "Casa" sözcüğünün İtalyanca da anonim bir kelime olup herkesçe kullanılabileceği” bahsedilmiştir. 11. HD, 8. 6. 1999 T., E. 1999/136, K. 1999/5033;

“Davacının tescilli çorap markası Aytuğ ile davalı Üçtuğ markası farklı anlam taşıdıkları şekil ve harf dizilişi itibarıyla da farklı olduğu orta düzeyde tüketici açısından yanılgıya neden olmayacağı”, 11. HD. 24.4.2002 T., E. 2002/129, K.2002/3735, Batider, 1998, C. XIX, S. 4, s. 288- 289; KIRCA, İsmail, agm. www.abgm. adalet. gov. tr/5-2-TR-Kirca. Pdf.

<sup>369</sup> “her iki markada da hakim unsurlar olarak, davacı markada "ETİ" ibaresi, davalı markada ise "GİZ" ibaresi yer almaktadır. Ayrıca "PAPATYA" ortak ibaresi, markaların kullanıldığı ürün sınıfı ile ilgisi bulunmayan bir kelimedir. Bu durumda, markaların hakim unsurları dikkate alındığında, bunun yanında tali unsur olarak "PAPATYA" ibaresinin kullanılmasının, yukarıdaki açıklamalara göre bir benzerlik, iltibas yada karıştırılma sonucuna neden olacağının kabulü doğru değildir.” 11.HD. 13.10. 2005 T, E.2004/12143, K. 2005/9700, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 01. 02.2008.

markayı çağrıştırıyorsa karıştırılma mümkündür. Diğer kıstasların aranmasına geçilecektir.

Burada ses markası söz konusu ise, sadece ses yönünden benzerliği aranmalıdır.

#### **bb. Şekil benzerliği**

Marka şekilleri arasındaki benzerlik, işaretlerin şekillerindeki benzerlik olabileceği gibi, malın dış görünümünün veya ambalajının benzetilmesi şeklinde de olabilir ve bu şekilde de karıştırılma tehlikesi doğabilmektedir. Malın teknik fonksiyonunun yerine getirilmesi için zorunlu bir şekil gerekiyor ve bu nedenle şekil benzerliği mevcut ise bu bir istisnadır. KHK 5/II Ambalaj ve biçim korunmaz, marka sahibine tekel vermez demekte ise de malın özgün bir şekli varsa bu koruma altındadır. Örneğin; Tobleron'un piramit şekli gibi. Fakat bu zorunluluk dışında, kural olarak malın karıştırma tehlikesi doğurmayacak şekilde kullanımı gerekir<sup>370</sup>.

Markanın hece sayısı, ilk veya son hece olması önem taşır. Genelde tüketici ilk hecelere dikkat etmekte, aynı şekilde, şekil ve sözcük markası yani karma marka varsa daha çok markanın sözcük kısmını hatırladığı görülmektedir.

Karıştırma; kişiler veya ticari işletmeleri ve malları tanıtan isim, işaret, ambalaj, unvan ve markalarda olabilir. Bir malın ambalajının, karıştırılmaya sebep olacak şekilde benzerinin kullanılması, haksız rekabet sayılmaktadır. Ambalajın aynı olması taklit olup, az ya da çok benzeri iltibasa sebep olabilir fakat marka olarak tescil

---

<sup>370</sup> YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi, C. I, Vedat Kitapçılık, Ekim 2004, s. 16; 551 sayılı MarK. da hizmet markaları kapsama alınmamışken, 556 sayılı KHK ile ticaret markalarının yanı sıra hizmet markaları da, bir hizmeti diğerinden ayırt etmek amacıyla kararnamede düzenlenmiştir. 551 sayılı kanununun 46. maddesi "hizmet markaları bu kanun hükümlerine tabi değildir." demektedir. Markadan başka ticaret unvanı, işletme adı, mahreç ve menşe işareti, alan adı gibi ticari alanda kullanılan işaretler mevcuttur. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, s. 270; "Ünlü bir yabancı sigara mamülünün ambalajında kullanılan, dikdörtgen biçiminde üst yarından sonra kapaklı, kızıl-kahverengi karışımı olan bu şekil ve özel rengin, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan niteliği taşıdığı için, kabulü gerekir." Y.11.HD. 12.11.1999 T., E. 999/6866, K. 1999/7075, YKD. Mayıs 2000, s. 716; Tescilli Diorissimo markası ile ve davalı Dorisma markaları ile üretilen parfümlere ilişkin Dorisma, hem fonetik, görsel benzerlik ve toplu intiba itibarıyla benzerlik olarak, hem de aynı malı üreterek iltibasa yol açmıştır. MarkKHK. 9/1-bağlamında bu bir markaya tecavüz hali olup karıştırılma ihtimali koşulu burada gerçekleşmektedir. Yargıtay orta düzeydeki tüketicilerin bunları karıştırması kuvvetle muhtemeldir diyerek marka hakkına tecavüze hükmetmiş ve MarkK m. 47/b. 3 bağlamında iltibasın varlığı kabul edilmiştir. MarkK m. 47' nin benimsediği iltibasın varlığını saptamaya yönelik bazı ölçütler KHK'ca benimsendiğinden 556 sayılı KHK açısından da karar yerinde bir karardır. 11. HD. 20. 11. 1987 T, E.1987/7269, K. 1987/6440, www.kazanci.com.tr. ; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 414, dpn. 22.

edildiğinde korunabilmektedir<sup>371</sup>. Yargıtay HGK.'nun ambalajlara ilişkin pişmaniye kutularındaki renk, desen ve üzerlerindeki motifleri ve sair işaretleri aynen taklit ederek helva ve pişmaniye satma eyleminin, Nestle çikolatalarının ambalajlarının ebadı, şekli ve renginin davalı tarafından aynen kullanılması eyleminin, haksız rekabet oluşturacağına ilişkin kararları mevcuttur<sup>372</sup>.

Marka şekilleri arasında benzerlikler nedeniyle de tüketici markaların aynı marka veya aynı işletmeye ait markalar şeklinde algılanması sonucu karıştırılma tehlikesi doğabilir<sup>373</sup>. Markanın başka bir işletme sahibi tarafından aynısının marka olarak kullanılması bir iltibas durumu olup markaya tecavüz kapsamında hedef kitlenin markaları karıştırıp karıştırmadığının araştırılması gerekir<sup>374</sup>.

Yargıtay, Damalı ve Domino markalarının şekil olarak kullanılmasında iltibasın ve haksız rekabetin olduğu ve MK.'ndaki dürüstlük kuralının çiğnendiği sonucuna varmıştır<sup>375</sup>.

Burada şekil benzerliğinden kasıt, herhalde mal ve ambalajdan ziyade, şekil markaları için söz konusu olmalı. Şekil markalarında marka ile işaretin şekilleri veya karma marka (sözcük+şekil) markalarındaki benzerlik olup, şekil ön plandadır ve taklit edilerek karıştırılma tehlikesine neden olmaktadır.

### **cc. Anlam Benzerliği**

İşaretler arasında anlam olarak benzerlik olması durumunda sonraki işaretin marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir.

---

<sup>371</sup> DOĞANAY, age., s. 402.

<sup>372</sup> YHGK, 26.10.1994 T., E.1999/11-455, K.1994/630; YHGK, 14.10.1992 T, 1992/573 K, (DOĞANAY, age., s. 403, dpn. 37).

<sup>373</sup> “Davacının tescilli tanınmış markasının timsah şeklinden oluşmasına ve davalı şirketin dava konusu marka başvurusunu oluşturan işaretinde aynı anlama gelen "CROCODİLE, timsah şekli" itibariyle, halk tarafından karıştırılmaya sebebiyet verme ihtimali bulunduğu anlaşılmasına, farklı sınıf emtia bakımından da tanınmış markanın itibarına ve ayırt edici karakterini zedeleyici sonuç doğurabileceğinin anlaşılmasına göre”, 11.HD. 18.11.2005 T. E. 2005/13104, K. 2005/11243, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi : 29.06.2008.

<sup>374</sup> CENGİZ, age., s. 9; 551 sayılı MarkK.'nda bu durum markanın aynen kullanılması olarak 47. md'nin (a) 2 bendinde düzenlenmiştir. Bkz. DÖNMEZ, age., s. 77, 78; EPÇELİ, age., s. 118 dpn. 424. Collman çivitlerinin öküz başını çağrıştıracak Öküzbaş kelimesinin marka olarak kullanılması, Arseven'in karıştırma tehlikesine ilişkin güzel bir örneğidir. Arseven, age., s. 143; Arkan, Marka Hukuku, C. I, S. 101; CENGİZ, age., s. 12.

<sup>375</sup> Y. 11. HD. 30.09.1983 T., E. 1983/3755, K. 1983/4773, ERİŞ, age., s. 391.

Yabancı dildeki ve Türkçe olan aynı anlamdaki iki kelimenin oluşturduğu markalar yine benzer markalardır. Fakat, ortalama Türk tüketicisi bazı durumlarda farklı dildeki markanın yazılışı ile türkçesini çok farklı olarak algılayabilir. Bu durumda markanın kabul edilmesi gerekir<sup>376</sup>. Marka bir bütün olarak ele alınmalı ve tüketicide bıraktığı genel izlenim değerlendirilmelidir. Bu nedenle, TPE. marka benzerliği alanında belli bir kıstas koymayarak, halin icabına göre her durumu ayrı ayrı değerlendirmektedir<sup>377</sup>. Yabancı bir dildeki kelimenin Türkçede karşılığı olan kelime somut olaya göre değişmekte olup tüketicinin o kelimenin anlamını bilip bilmemesine göre karar verilmektedir<sup>378</sup>. Keza sözcük markası şekille ifade edilir ve aynı anlama gelirse yine karıştırma tehlikesi oluşur. TEKİNALP, buna örnek olarak ambalajında siyah bir genç kız resmi olan Siyah Bacı markası ile markette satılan Arap Teyze kahve markasındaki gözlüklü yaşlı bir bayan resmini vererek işaretlerin birbirini çağrıştırabileceğini söylemektedir<sup>379</sup>.

Alman İmparatorluk Mahkemesi bir kararında, Neger ile Mohr kelimelerini her ikisinin de zenci anlamına gelmesi nedeniyle karıştırılabilir bulmuştur<sup>380</sup>. ATAD.'ın kararları da aynı doğrultudadır<sup>381</sup>.

---

<sup>376</sup> MarkK'nun yürürlükte olduğu dönemde 551 sayılı MarK. 4. maddesi uyarınca yabancı sözcükler marka olarak kabul edilmeyordu. Buna rağmen birçok yabancı marka Türk vatandaşları adına tescil ettirilmiştir. CENGİZ. age., s. 10; ÖZSUNAY, Ergun; "551 Sayılı Markalar Kanunu Döneminde Markalara İlişkin Bazı Önemli Sorunlar ve Markaların Korunması Hakkında KHK/556 ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler", Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları Semineri, İTO Yay., N. 39, İstanbul 1995, s. 18.

<sup>377</sup> ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, s. 272; DİRİKKAN, age., s. 171; "esasen, yabancı kökenli bir sözcük olan tescilli "İMAJ" markasının davalının İMAGINE markasının orijinal yazılışından ibaret ve aynı anlamı ifade eden bir sözcük olduğu". [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 20.06.2008.

<sup>378</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.90; Tanınmış Fransız markası "Un Sourire"nin kozmetik eşyada kullanıldığı, bir İtalyan firmasının aynı anlamda gülümsemek kelimesinin "Sorriso" kelimesini ruj markası olarak kullanmasını taklit olarak görmeyip taklit eylemi için sadece çeviri değil, şekil ve söyleniş benzerliğinin gerektiği konusunda Milano İstinaf Mahkemesinin 10.03.1943 tarihli kararı, (naklen; ARSEVEN , age, s.139, dpn. 7 a 2).

<sup>379</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet,2002, s. 377.

<sup>380</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 415, prg. 26, N. 36.

<sup>381</sup> ATAD'ın başka bir kararında; Polar Sistemas Informáticos, SL aleyhine başvuranın, şekil markası Polaris 9. ve 42. sınıf mal ve hizmetler için tescil talep etmiş, İspanyol Polar markası 9. sınıf mallar için kullandığı Polar markası ile karıştırma tehlikesi doğacağından itiraz eder. Mahkeme, iki markanın da aynı anlamı taşıdığını söyler ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü 8/1 b maddesinin ihlal edildiği ve her iki markanın aynı anlamla bağlantılı olduğunu

## 2.Aynı veya Benzer Mal veya Hizmet

Mal markası olarak da bilinen ticaret markası bir menkul ile ilgili olan, onun üstüne ve/veya ambalajına konan ayırt edici işarettir. Hizmet markası ise, bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir. Ürünün üzerine konulan ve bu ürünün konusu veya hizmetin sahibini gösteren işaretlerin yanısıra bir hizmetin görülmesine yarayan ve bir maddi bir mamül ile alakası bulunmayan faaliyetleri gösteren işaretler de hizmet markası olarak adlandırılır<sup>382</sup>.

Markanın orijinalliği, markada reklam gücünü, değerini yükseltir. Buna bağlı olarak aynı markanın farklı mal veya hizmetler için kullanılması markanın ayırt edici karakterini zedeleyebilir ya da itibarından haksız biçimde yararlanılması sonucunu doğurabilir. Ancak marka sadece kullanıldığı mal kategorisinde orijinal nitelikte ise farklı mallar için kullanılması onun ayırt edici karakterine zarar vermez.

Yapılan bir hizmette, diğer rakip işletmenin icra ettiği hizmetten farklı olduğu belirtilir ve hizmeti yapan kişi bunun korunmasını isteyebilir ve marka hizmeti sembolize eder mahiyette başka bir şey üzerine konulabilir<sup>383</sup>. İşaretlerin üzerinde marka olarak kullanıldığı mal ya da hizmet birbirine yaklaştıkça karıştırılma tehlikesi de o oranda artar. Keza tersi, mal ve hizmet uzaklaştıkça işaret benzerliği çok ise yine kabul edilebilir. Esnek bir ölçü olduğu için toplu intiba denilmektedir<sup>384</sup>.

### a. Aynı veya Aynı Tür Mal veya Hizmet

KHK'nın 24. maddesinde mal ve hizmetlerin Nis sınıflandırmasına göre sınıflandıracağı ve ilkelerinin yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. 2007/2 nolu Tebliğ mal ve hizmetleri sınıflandırmış, her sınıf da kendi içinde aynı ya da benzer mal veya hizmetleri kapsar şekilde gruplandırılmıştır. Genel tanımı yapılan mal ya da hizmet için tescil başvurusunda o sınıfa dahil olan malların tümüne başvuru yapılmış

---

markalar arasında küçük görsel ve fonetik farklılıkların markaların karıştırılmasına engel olamayacağı ve önceki marka ile karıştırmaya neden olabileceği belirtilmiştir. (Case T-79/07). 28.04.2007 T, SHS Polar Sistemas Informáticos v OHMI - Polaris Software Lab (POLARIS), curia.europa.eu/Erişim tarihi: 30.04.2008.

<sup>382</sup> YASAMAN, Hamdi, "Hizmet Markaları", Batider, C. VIII, Y. 1975, s. 77; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 270; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, prg. 22, s. 352, N. 39.

<sup>383</sup> YASAMAN, agm., C.I, s. 79, 80.

<sup>384</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 102; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 376.



sayılacaktır. Tebliğe göre herhangi bir grup içinde belirtilen mal veya hizmetler için yapılacak tescil başvurusu grup içindeki mal veya hizmet için de yapılmış sayılacak ve bunlar aynı tür mal veya hizmet sayılacaktır.

Hizmet markası ile yapılan bir hizmette, diğer rakip işletmenin icra ettiği hizmetten, sundukları hizmetin farklı olduğunu belirterek, hizmeti yapan kişi bunun korunmasını isteyebilir<sup>385</sup>. İşaretlerin üzerinde marka olarak kullanıldığı mal ya da hizmet birbirine yaklaştıkça karıştırılma tehlikesi de o oranda artar<sup>386</sup>. Hizmet markası hukukumuza 556 sayılı Kararname ile girmiş olup eski MarkK.'nda bulunmuyordu. 556 sayılı KHK ile hizmet markaları için 2 yıllık süre tanınmıştır (556 sayılı KHK. Geçici md. 2).

### **b. Benzer Mal veya Hizmet**

Karıştırma tehlikesinde, malların türü son derece önemlidir. Yukarıda da belirtildiği gibi Nis anlaşması 2. maddesinde sınıflandırmanın bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir<sup>387</sup>. Benzer mal veya hizmet kavramını tespit edilmesinde, ilk olarak mal ve hizmetler göz önüne alınarak, ikincisi mal ve hizmetlerin nitelikleri, türleri ve kullanım amaçları göz önüne alınarak, üçüncü ise mal ve hizmetlerin kullanım amacı bakımından değil, onları belirleyen markaya göre dikkate alınması şeklinde üç gruba ayrılmıştır<sup>388</sup>.

Ayrıntılı değerlendirme ve inceleme sonucu alınan ve yüksek değerli mallarda, günlük ihtiyacı karşılayan düşük değerli mallara kıyasla karıştırma tehlikesi daha azdır<sup>389</sup>. Karıştırma tehlikesi, iki ticari marka veya iki hizmet markası arasında olabileceği gibi, bir ticari marka ile bir hizmet markası arasında da ortaya çıkabilir<sup>390</sup>.

---

<sup>385</sup> YASAMAN, agm., s. 79, 80.

<sup>386</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 102; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 376.

<sup>387</sup> Bkz. Yukarıda s. 65.

<sup>388</sup> ÖZTEK, agm., s. 209.

<sup>389</sup> “Kimyasal elektroteknik ölçü ve kontrol cihazlarının, günlük ihtiyaçlar çerçevesinde kullanılan mutfak terazisi benzeri mallardan olmadığı; özel bir müşteri çevresi bulunan, büyük ölçüde karmaşık cihazlar olduğu; bunların bağımsız olarak satıldığı buna karşılık buna karşılık tescil için başvuru ve itiraz edilen markanın kullanılacağı malların otomobil parçaları olduğu geniş yorumlandığında nihai olarak bu mallarında kontrol işlevini yerine getirebileceği; ancak toplu bir değerlendirme yapıldığında önceki tarihli markanın koruma kapsamındaki mallardan tamamen farklı malların bulunduğu; söz konusu parçaların nihai tüketici tarafından satın alınmadığı; otomobil üreticisi veya tamir işletmelerine hitap ettiği; bu malların alıcı çevresinin de tümüyle farklı olduğu; dolayısıyla birbiriyle rekabet eden veya

Markanın korunması yönünden marka ve işaret, mallar veya hizmetler arasında benzerlik kavramı ile karıştırma tehlikesi kavramı arasında bağlantı kurulmuş olması sebebiyle tek aşamalı inceleme yapılması gereklidir. Benzerlikler ayrı ayrı değerlendirilmeden toplu olarak değerlendirilmeli, sorun tek aşamada çözülmelidir. Markanın korunmasında karıştırma tehlikesi tek başına bir ölçüdür ve en önemli unsuru marka ve işaret ile mal veya hizmetler arasındaki benzerliktir. İşaret ve marka ile, mal veya hizmetler arasındaki benzerliğin ayrı ayrı incelenmesi yapay bir ayırma yol açacağı gibi marka ve işaret arasındaki benzerlik ile mal veya hizmetler arasındaki benzerliğin, karşılıklı değişim ve birbirini tamamlayıcılık ilkesi hudutlarında değerlendirilmesi ve somut olayın özelliklerine göre adil bir marka koruması sağlaması mümkün olmayacaktır. Çünkü Karıştırma tehlikesi, bu iki unsurla sıkı sıkıya bağlıdır. 551 sayılı MarK. tescil ile markanın tescil kapsamındaki mallar için koruma sağlamasına karşın 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de bir yenilik olarak, benzer mal ya da hizmetler için Yönerge ve AB Tüzüğüne uydurarak koruma sağlanmıştır<sup>391</sup>. Kararname’de korumanın genişletilmesi sonucu benzer mal veya hizmetler için tescil edilmeme kuralı getirilmiştir.

Danıştay kadın erkek giyim eşyalarının ayrı gruplarda değerlendirilemeyeceğini, giyim eşyası grubunda sayılmaları gerektiğini, bu nedenle aynı markanın bu iki aynı gruptaki mallarda kullanımının karıştırmaya sebep olabileceğini belirtmiştir<sup>392</sup>.

Fransız mahkeme kararlarında marka ne kadar tanınmış ise koruma sınırının o kadar geniş tutulması gerektiği bahsedilir. Örnek olarak Coca Cola sözcüklerini,

---

birbirini tamamlayan malların bulunmadığı; benzerlikten söz edilemeyeceği” OHİM 23. 08. 2002 T. 2485/2002, [www.oami.eu.int](http://www.oami.eu.int), Erişim tarihi: 11. 02. 2008.

<sup>390</sup> FEZER, K. -H.:Markenrecht (auf der Grundlage von Baumbach-Hefermehl, Warenzeichenrecht, 12. Auflage, 1985), 3. Auflage, München 2001, § 14, Anm. 396.; (naklen; KIRCA, İsmail, “Symposium on Effective Enforcement of Intellectual Property Rights in Turkey, session 5 speech 2, Türkiye’de Markalara ve Tanınmış Markalara Yönelik Uygulamalar Yargıtay Kararları Açısından Marka Hukukunda İltibas (karıştırılma) Kavramı ve Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddesi Anlamında Tanınmış Marka”, s. 6).

<sup>391</sup> ÖZTEK, Selçuk, “556 Sayılı KHK’da Benzer Mal ve Hizmetler”, İstanbul Barosu Dergisi, Özel Sayı, s. 208.

<sup>392</sup> Da. 12. D. 12.02.1972 T., E.1972/2871, K.1972/428, SAĞLAM, age., s. 47.

Coca Cola kokusuyla parfümlendirilmiş diş macununda ve banyo köpürtücüsünde kullanılmayacağına ilişkin Fransız mahkemesi kararı verilebilir<sup>393</sup>.

ATAD karıştırma tehlikesi yönünden yapılan incelemede, öncelikle malların birbirine benzeyip benzemediğini tespit edip benzerlik varsa markaların benzerliği de araştırılmak suretiyle karıştırılma tehlikesinin, bulunduğuna karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. ATAD markaların ve malların benzerliğini aynı anda incelemeyerek, önce malların benzerliği konusunda değerlendirme yaparak, benzerlik varsa, işaretlerin benzerliği yolunda iki aşamalı inceleme yapmaktadır<sup>394</sup>.

Aynı markayı taşımaları nedeniyle müşteri kitlesince aynı kaynağa atfedilen mal ve hizmetler benzerdir diyemeyiz. Çünkü tanınmış markalarda, tüketici tanınmış markayı görünce tamamen farklı mallar veya hizmetler için olsa bile, marka sahibinin bu malı da üretmeye başladığını düşünerek karıştırmasına sebep olabilir. Burada görüldüğü üzere mallar aynı ya da benzer değildir. Kaynak itibarıyla karıştırılmada mal ve hizmetlerin türü, kullanım amacı, dağıtım kanalları ve dağıtım alışkanlıkları ayırt edici faktörlerdir. Müşteri aynı markayı taşıyan mal veya hizmeti markası nedeniyle nitelik ve kullanım amacı bakımından komşu olan ve genellikle dağıtımı aynı kanallardan yapılan mal ve hizmetleri aynı kaynağa ait olduğunu zannedecektir<sup>395</sup>.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de benimsenen bağlantı olduğu ihtimali kavramı ile herhangi bir sebeple “halk” tescilli marka ile kullanılan işaret arasında bir bağlantı olduğunu düşünüyorsa bu durumda karıştırılma ihtimalinin mevcudiyeti kabul edilir. Fakat işaretler farklı alanlardaki işkollarına ait ise karıştırılma tehlikesi olmayabilir. Markaya sağlanan bu koruma için karıştırılma

---

<sup>393</sup> ÖZTEK, agm., s. 209.

<sup>394</sup> DİRİKKAN, age., s. 191. ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 99 Ecr 15 01 2003 Rs T-99/01 Mystery Rdn. 38 ([www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)) OHIM, 23.08.2002, 2485/2002, <http://oami.europa.eu>.

<sup>395</sup> ÖZTEK, agm., s. 210. Fransız mahkemelerinin 1950 li yıllardan sonra görüş değiştirerek çavdar ekmeği ile bisküvinin benzerliğini, aynı hammadde, aynı işletmeler, genellikle aynı sanayicilerce imal edilme ve fırınlarda satılmasına dayandırarak verdiği görülür. Fakat Fransız Temyiz mahkemesinin eleştirilen Vogue markasında konfeksiyon alanından ziyade yayıncılık alanında patronlar arasında benzerlik bulunmadığını belirttiği oysa eleştiriler elbise patronları ile dikilen elbiselerin birbirini tamamladığı yolundadır. (naklen; ÖZTEK, agm., s. 211).

tehlikesinin bulunması yeterlidir. Yoksa fiilen karıştırılma vakiasının bulunması aranmaz ve gerekli değildir<sup>396</sup>.

Markanın TPE Resmi Marka Bülteni'nde yayınlanması ile marka sahibi korumadan yararlanabileceğinden, açılmış bir davada mahkeme, tescili bekleyerek tescil sonrası hüküm verebilir. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname markanın tanınmışlık seviyesine erişmesinden açıkça söz etmeyip; tescilli markanın itibarından dolayı ifadesine yer vermişse de bu ifade 8. maddenin 4. fıkrasını kapsar. Tanınmışlık seviyesine erişmemiş bir marka sahibi markasının itibarından yararlanılarak haksız avantaj elde edildiği gerekçesi ile kullanımı önleme yetkisine sahip değildir. Aksi halde bu hal çok genişletilmiş olur.

Aynı, benzer, ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlerin benzer mal ve hizmetlerle ilgili olarak kullanılması veya halk tarafından karıştırılma tehlikesi bulunması markaya tecavüz oluşturur. Buna karşı marka sahibi KHK 62. md gereği hukuki ve 61/A md. gereği cezai talepler ileri sürebilir. Tanınmış marka tanınmışlığından yararlanma, itibarına zarar verme ve ayırt edici karakterini zedeleme hallerinde farklı mal ve hizmetlerde de korunur. Tescili için tecavüzde bulunan markanın terkinine gerek yoktur<sup>397</sup>.

## **D. KARIŞTIRMA TEHLİKESİNİN MUHATABI OLAN TOPLUMSAL ÇEVRE**

### **1. Genel Olarak**

Karıştırılma tehlikesinde malları alıcı çevre toplumsal çevrenin ve özelliklerinin incelenmesi önemlidir. Genellikle bunlar aynı zamanda ilk markanın

---

<sup>396</sup> DİRİKKAN, age., s. 324.

<sup>397</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 402, prg. 26, n. 4, 15; "Tanınmış marka sahibi, kendinden önce tescilli markayı terkin ettirme yoluna gitmeden kendi markasının tescilini isteyebilmelidir. Böyle bir halde, terkin davası açma yükümlülüğü tanınmış marka sahibine değil, bu niteliği taşımayan önceki tescilli marka sahibine ait olmalıdır." 11.HD. 26.5.2000 T., E. 2000/2762, K. 2000/4717; 11.HD. 8.12.2003 T., E.2003/4210, K. 2003/11563, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 29.06.2008. Fakat 2004 yılındaki 5194 sayılı kanun ile KHK'nın 7/son fıkrasındaki 7/ 1 (b) bendine atfın kaldırılmasından önceydi. 2004 yılındaki değişiklik sonrasında tescilli iki marka olacağından tanınmış marka sahibinin önceki tescilli markanın iptalini istemesi gerekir.

da muhataplarıdır. 556 sayılı KHK'da "halkın karıştırma tehlikesi"nden kastedilen, bütün toplum değil, bu tehlike ile karşı karşıya gelen ilgili toplumsal çevredir<sup>398</sup>.

Karıştırılmada asıl olanın ortalama tüketicinin algılaması olduğunu daha önce belirtmiştik. Tüketicinin, her iki markayı her zaman aynı anda görüp detaylarını karşılaştırabildiğini düşünmek hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi markada yer alan yardımcı unsurlar ile ve ayırım gücü az olan ifade veya sembolleri her zaman aklında tutamaz. Daha önce gördüğü, yararlandığı, satın aldığı ve denediği bir malın yahut hizmetin markasının, göz ve kulağında kalan izine, hatırlayabildiği kadarıyla hafızasında kalan özelliklerden yola çıkarak, sonraki aynı veya benzer mal ve hizmetlere ilişkin alışverişlerini yapması ve bu alışverişte aynı veya benzer markayı taşıyan ürünü satın almak, yahut hizmetten yararlanmayı istemek tüketicinin en genel yaklaşımıdır. Tüketici; ürünün önemine göre tanıdığı, beğendiği, bilinen ve güvenilir bir markayı seçerek; fazla zaman sarfetmeden, aynı zamanda markanın garanti fonksiyonundan da istifade ettiğini düşünecektir<sup>399</sup>.

## 2. Hitap Ettiği Kitleye Göre Alıcı Grupları

Ortalama tüketici, mal veya hizmetin hitap ettiği kitleye göre değişir. Mal veya hizmet çocuklara hitap ediyorsa, ortalama tüketici kitlesi çocuklar; beylere hitap ediyorsa, bu kitle beylerdir. Uzman bir tüketici kitlesine hitap ediyorsa o zaman bu kitle dikkate alınır. Bu tüketici kitlesinin, bilinçli bir tüketici kitlesi olması gerekir<sup>400</sup>.

Yargıtay , halk tarafından karıştırılma ihtimalinin ölçülmesinde; bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halkın göz önünde tutulacağını söyler. " Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde ve herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel veya görsel bir benzerlik ve hatta genel görünüş açısından "umumi intiba" olması bile, halk tarafından iki marka

---

<sup>398</sup> DİRİKKAN, age., s. 188.

<sup>399</sup> YHGK. E. 2006/11-338 K. 2006/338 T. 7. 6. 2006. www.kazanci.com.tr. , Erişim tarihi: 11. 11. 2007.

OHIM.'in Altın rengi şeker ambalajı kağıdının şekline ilişkin vermiş olduğu 2005 yılındaki bir kararında Tüketiciyi, Bilinçli, yeterli derecede gözlemci, ortalama tüketici (an average consumer, reasonably well informed and reasonably observant) olarak bahsetmiştir. <http://curia.europa.eu/juris/> Erişim tarihi:11. 03. 2008.

<sup>400</sup> KARAHAN, Sami, "Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları", s. 19; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 311.

arasında bir bağlantı kurulması ve hatta birbirini çağrıştırması dahi karıştırılma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir” demektir<sup>401</sup> .

Markanın alıcı çevresi, değerlendirilirken, sadece fiili alıcılar değil, aynı zamanda potansiyel alıcılar da buna dahil edilmelidir. Bu kişiler de markaya tecavüz eden kişinin hedeflediği kitledir<sup>402</sup>. Markanın başka bir işletme sahibi tarafından aynısının marka olarak kullanılması bir iltibas durumu olup markaya tecavüz kapsamında hedef kitlenin markaları karıştırıp karıştırmadığının araştırılması gerekir<sup>403</sup>. Bu nedenle karıştırılma tehlikesinin tespitinde ana ölçüt, ilgili toplumsal çevreyi temsil eden ortalama bir alıcının dikkati olmalıdır. Markada yer alan unsurların hangilerinin ortalama bir muhatabın hafızasında yer ettiğini ve bu unsurların somut olayda ilgili toplumsal çevrede karıştırılma tehlikesine sebep olup olamayacağını hakim araştıracaktır. İlgili çevrede, ortalama muhatabın, işaretin ayırt edici gücü bulunan unsurları bir bütün olarak bakıldığında; ses, görünüş veya içerik etkisi olarak zihninde kaldığında; her iki işarettaki egemen unsurlar benzerlik göstererek toplumda

---

<sup>401</sup> Bkz. Y. 11. HD., 2004/12143 E., 2005/9700 K, 13. 05. 2005 T.; Yine dairenin "şekil+ETİ PAPATYAKEK" ve "PAPATYA" markalarının 29 ve 30. sınıf ürünleri için tescilli markanın "GİZ PAPATYA" adlı markayı 29, 30 ve 32. sınıf ürünler için tescil ettirmek üzere başvurulmasında; “Şu halde, burada üzerinde durulması gereken husus halk tarafından karıştırılma kavramından ne anlaşılacağıdır. Doktrinde, halk tarafından karıştırılma ihtimalinin iki koşulun bir araya gelmesi halinde irdelenebileceği kabul edilmiş ve bu iki koşuldun birincisinin tescili istenen markanın, daha önce tescilli bulunan markanın aynısı veya benzeri olması, ikincisinin ise her iki markanın aynı mal ve hizmetlerde kullanılması olacaktır. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise, bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halkın olduğu gözönünde tutulacaktır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel veya görsel bir benzerlik ve hatta genel görünüş açısından "umumi intiba"olmasa bile, halk tarafından iki marka arasında bir bağlantı kurulması ve hatta çağrıştırması dahi karıştırılma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir. (Bkz. Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku İst. 1999, Birinci Baskı sh. 400vd.) Somut olayda da her iki markanın aynı emtia sınıfında kullanılması söz konusu olup, her ikisinin de benzer olduğu iddia edildiğine göre, halk tarafından karıştırma ihtimalinin irdelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mahkemece, özellikle davacı vekilinin her iki markanın "karıştırılma ihtimali" bulunduğu yönündeki itirazları dikkate alınarak ve davaya konu emtianın niteliği itibariyle alıcısı olan halk kitlesinin "ayırt etme, bağlantı kurma" durumu göz önünde tutularak bu konuda uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılarak, oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken” der. 11. HD. E. 2003/4003, K. 2003/10839, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 23.06.2008.

<sup>402</sup> DEHLFİNG, s. 15; KLETT, GRUR 2001, s. 549, (naklen; DİRİKKAN 188).

<sup>403</sup> CENGİZ age., s. 9; 551 sayılı MarkK. 'nda bu durum markanın aynen kullanılması olarak 47. md'nin (a) 2 bendinde düzenlenmiştir. Bkz. DÖNMEZ, age., s. 77, 78; EPÇELİ, age., s. 118 dpn. 424. Collman çivitlerinin öküz başını çağrıştırarak Öküzbaş kelimesinin marka olarak kullanılması, Arseven'in karıştırma tehlikesine ilişkin güzel bir örneğidir. Arseven, age., s. 143; Arkan, Marka Hukuku, C. I, S. 101; CENGİZ, age., s. 12.

işaretlerin veya sahiplerinin aynılığı ya da aralarında bir ilişki bulunduğu şeklinde yanlışlığa düşme ihtimali varsa, karıştırma tehlikesinin varlığı sonucuna ulaşmalıdır<sup>404</sup>. Karıştırılma tehlikesinde malların satış yöntemi, malların raflardaki dizilimi de önemlidir. Malın eczacı, doktor gibi uzmanların tavsiyesi ile alınması durumu ile işyerinden tüketici tarafından self servis alınan mallarda farklı değerlendirme yapmak gerekir<sup>405</sup>.

Tüketicinin kararında; kültür, tüketicinin ait olduğu sosyo ekonomik grup, kişisel bağlar ve ürünün kullanım amacı gibi faktörler etkili olur. Özellikle gıda ürünlerinde marka sadakatının yüksek olduğu elli yaş ve üstü tüketiciler perakende satışlardaki ürün markalarına daha kuşkuyla bakmaktadır<sup>406</sup>. Fakat ortalama tüketicide bu tür mallarda sıklıkla alınmayan ve yüksek değere sahip malların aksine karıştırma tehlikesi daha fazla görülmektedir.

Karıştırılma tehlikesi ile ilgili mal veya hizmetlerin benzerliği; ekonomik olarak birbirine yakın mallarda sözkonusu olabilir. Ortalama alıcı, taraflar arasında herhangi bir ekonomik ilişki kuramıyor ve tanınmış marka ile karşılaştırma yapamıyorsa bu durum dikkate alınarak, karıştırılma tehlikesinin sınırı belirlenir. Malların, kullanım şekli, faydaları, özellikleri, birbirleri ile rekabet halinde bulunmaları veya ikame edilebilir olmaları, birbirlerini tamamlayıcı nitelik taşımaları, üretim ve dağıtım yerlerine göre yakın nitelikte malların bulunması; alıcıda, aynı işletmeden kaynaklandığı düşüncesini yaratacak ölçüde ortak noktalar olması gibi durumlarda objektif kriterlerle değerlendirme yapılmalı ve ekonomik yaşamdaki değişiklikler de dikkate alınarak değerlendirme yapıp markaların benzer olduğu kabul edilmelidir. Bu kriterlerin tümünün birlikte olması şart olmayıp, karıştırılma tehlikesinin varlığını kabul edecek ölçüde ortak noktanın bulunması yeterlidir. Karıştırılma tehlikesi için mal veya hizmetlerin rakip firmalara ait olması

---

<sup>404</sup> 11HD. 2.11.1999 T. E. 99/4005, K. 99/8651 kararında, ortalama kavrayış dikkat ve zekaya sahip bir tüketicinin esas alınması gerektiği belirtilir. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). DİRİKKAN, age., s. 189 ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 299, CENGİZ, age., s. 29; DÖNMEZ, age., s. 85.

<sup>405</sup> DEHLFING, s. 19; KARAHAN Ticari İşletme, s. 166; Hükümsüzlük, s. 104, 105; DİRİKKAN, age., s. 189.

<sup>406</sup> PALA/SAYGI, age., s. 77-84.

şart değildir<sup>407</sup>. Yargıtay ve ATAD'ın kararlarında da mal veya hizmetin hitap ettiği hedef kitle önem taşır.

Muhatap çevrenin karıştırma tehlikesi sadece rakip mal ve hizmetlerde olmaz. Bu nedenle mal ve hizmetlerin benzerliği alanını daraltan, rakip olma kriteri kıstas alınmamalıdır. Çünkü mal ve hizmetlerin benzerliği veya rekabet halinde olmaları kıstası markanın korumasını sınırlandırır. İhtiyaçların, mal veya hizmet türünün, malların kullanım amacı yakınlığının önemli olması nedeniyle karıştırılma tehlikesindeki benzerlik bu faktörlere göre tespit edilir. Üretim ve dağıtım kanalları farklı mal ve hizmetlerin yanı sıra aralarında küçük bir benzerlik bulunmasına rağmen aynı mallarda kullanılan markaların karıştırma tehlikesi nedeniyle yan yana olması ve korunması kabul edilmeyebilir<sup>408</sup>.

Yargıtay Camsil markasında karıştırılmanın tespitinde, bu iki malı kullanacak olan ev kadınları, hizmetçiler ve satın alacak olan kimselerin özen derecelerinin nazara alınması gerektiğini söylemiştir<sup>409</sup>.

ATAD ve OHIM kararlarında bahsedilen İlgili çevre; orta ölçüde bilgili, makul düzeyde gözlemci ve dikkatli, ortalama tüketiciden oluşmaktadır<sup>410</sup>. Ortalama tüketicinin değişik markalar arasında doğrudan karşılaştırma yapma imkanının nadiren bulunduğu; ancak markaya olan güvenini, markanın hafızasında tuttuğu eksik görüntüsüne dayandırdığına dikkat edilmelidir<sup>411</sup>. 2008 tarihli bir ABD yüksek mahkemesi kararında da marka tescil başvurusunda, her iki işletmenin aynı veya benzer çalışmalar içeren hareket ve meditasyon sınıfları seminer çalışmaları içerdiği ve her ikisinde de hedef kitlesinde bir sınırlama olmadığı ve ticari kanal farklılığı olmadığı aynı alıcı kitlesine hitap ettiğinden bahisle OHIM'in başvuruyu reddine dair kararın doğru olduğuna dair karar verilmiştir<sup>412</sup>.

---

<sup>407</sup> DİRİKKAN, age., s. 179, 180.

<sup>408</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 102; DİRİKKAN, age., s. 180.

<sup>409</sup> 11.HD. 27.09.1979 T, E.1979/4091, K. 1979/4234, DOĞANAY, age., s. 406, dpn. 44.

<sup>410</sup> YASAMAN, age., s. 155; Libertal Groep BV-Benelüks Ticaret Markaları Ofisi ATAD 06. 05. 2003 Case C-104/1

<sup>411</sup> Lloyd Schuhfabrik Meyer, prg. 26, ve Case C-29/00 LTJ Diffusion 2003 ECR I-0000, prg 52, <http://curia.europa.eu/jurisp/> Erişim tarihi: 11.03.2008..

<sup>412</sup> Başvuran Barbara Cabott, marka ofisinin Movement Meditation markasının başvurusunun reddine dair kararını temyiz eder. Marka ofisi 12 Kasım 1995 yılında tescil edilen Moving Meditation markası nedeniyle başvuruyu reddeder. Çünkü her iki marka da hareket ve



## a. Her Kesimden Alıcılar

Karıştırılma tehlikesinin tespitinde benzer mal veya hizmet her kesimden tüketici kitlesine hitap ediyorsa ortalama bir tüketicinin edindiği izlenim dikkate alınır<sup>413</sup>.

---

meditasyonu temsil etmekte ve benzer ses ve ticari etkileri sahiptir. Başvurucu hareket terapisi ve meditasyon terapisi ile ilgili iken, tescilli markanın meditasyon ve beden ve zihin sağlığı ile ilgili servisler ile yakından ilişkisi vardır. Her iki hizmet aynı veya benzer çalışmalar içeren hareket ve meditasyon sınıfları, seminerleri çalışmaları içerir. Dahası her ikisinde de alıcı kitlesinde bir sınırlama olmadığı ve ticari kanal farklılığı olmadığından aynı alıcı kitlesine hitap etmektedirler. Başvurucu kayıtlı servisin aerobik çalışma içerdiği halbuki başvuranın hareket terapisi ve meditasyon içerdiği ve farklı ticari alanlarda olduğunu bahseder. Moving meditation ve movement meditation benzer ses görünüş ve anlam içerdiği açık olmakla karışma tehlikesi mevcuttur. Bundan başka sunulan tescilli hizmet, meditativ teknikler başvuran hareket ve meditasyon terapisi ilgili servisler yakındır. Başvurucusunun hizmeti, düşünce teknikleri ve akıl ve vücut sağlığını içeren hareket terapisi ve meditasyon terapisi içerir Marka ofisine göre her iki hizmet hareket ve meditasyon sınıfı kurs ve seminerlerini içerir. Daha ötesi marka sınıfları ve müşteri potansiyelleri yönünden aynı gruptadır. Movement, Müşterilerin ilgilendiği aktivite ve isimdir; moving ise sıfattır. Bu düşünce üzerinde düşünüldüğünde her iki marka görünüş ve anlam olarak aynıdır. Aynı hizmeti vermekte ve aynı işletme tarafından desteklenmektedir.” Marka ofisinin MOVEMENT MEDITATION markasının eğitici hizmetler, özellikle hareket terapisi ve düşünce terapisi, kişisel gelişim, konusunda ders ve kurslar için tescilli talebine verdiği red kararının temyizinde, Marka ofisi MOVEMENT MEDITATION markası ile MOVING MEDITATION hizmet markasının her ikisinin de hareket ve meditasyonu tanımladığını ve ikisinin de ticari niteliği ve kulağa gelen ses olarak aynı olduğunu söyler ABD. Patent ve Marka Ofisinin 75/370, 361 seri nolu marka başvurusunun reddinin onanmasına ilişkin Yüksek Mahkeme Kararı, [www.uspto.gov/web/offices/com/sol/foia/ttab/2dissues/2000/75370361.pdf](http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/foia/ttab/2dissues/2000/75370361.pdf), erişim tarihi: 04.02. 2008; 2000 tarihli ABD Marka ve patent ofisinin Marka yargılama ve temyiz kurulunun 11 nolu kararı serial No. 75/370,361

<sup>413</sup> CENGİZ, age., s. 30. Levi Strauss’ın Benelux ülkelerinde 25. Sınıfta mouette olarak bilinen bir kıyafetteki cep şeklini tescil ettirmek istemesinde, 1998 yılında, Levi Strauss, Casucciye Benelux ülkelerinde aynı işareti taşıyan ceplere sahip blucin pazarlaması nedeniyle Bürüksel Ticaret mahkemesine dava açarak markasına tecavüzün olduğunu belirtir. ATAD, 27 Nisan 2006 tarihinde dosyada (Case C-145/05), görüş bildirerek; Markanın ayırt ediciliği temelinde koruma alanını belirlemede yerel mahkeme tecavüz edilen işaretin kullanıma başlama zamanında ilgili halkın bakış açısını göz önüne alması gerekir der. Mal sahibinin markayı kullanmaması sonucu marka ayırt ediciliğini kaybetmiş ve tescilli bir ürün veya hizmetin yaygın ismi haline gelmişse iptal edileceğini, marka sahibinin markasına tecavüz eden üçüncü kişinin kullanımına itiraz etmesi gerektiğini böylece marka sahibinin markasının kullanılmama sonucu ayırt ediciliğini kaybetmesi halinde yerel mahkemenin, işaret ve marka arasında kullanım zamanında karıştırma tehlikesi olup olmadığına bakmaksızın işaretin kullanımının durdurulmasını emredemeyeceğini belirtir. <http://www.sib.com/> - News - Trademarks

Kanada Yüksek mahkemesinin 2006 tarihli bir kararında, Tanınmış ve tescilli şarap ve şampanya markası VEUVE CLICQUOT,ın CLIQUOT markasının kadın giyiminde kullanılmasını durdurmaya çalışmaktadır. 30398 18 nolu dosya numarası ile Ekim 2005 tarihinde açılan dava ile başvuran, Quebec ve Doğu Ontario daki 6 kadın giyim dükkan gruplarının Cliquot markasını kullanmasının önlenmesini ve tescilin terkinini ister. Başvuran

556 sayılı Kanun hükmünde kararname, markalar arasında karıştırılma tehlikesi olmasını, bu malın hitap ettiği uzman veya satıcı ve pazarlayıcılar nezdinde değil, halk nezdinde araştırılması gerektiğini düzenler. Karıştırma tehlikesinde, markanın hitap ettiği ilgili halkın bu iki markayı karıştırıp karıştırmayacağı veya aldığı mal ve hizmetin o işletmeye ait olmasını bilmesine karşılık bu işletme ile güvendiği bir başka işletme arasında ekonomik bağlantı olduğunu zannetmesi durumunun araştırılması gerekir<sup>414</sup>.

---

kadın giyimi ile şampanyanın aynı menşeli olduğu konusunda muhtemel karıştırma tehlikesi ile karşı karşıya kalacaklardır. Böylece başvuranın markası Marka Sözleşmesi 20.cümlesini ihlal edecektir. Ayrıca davalının kullanımı karıştırma tehlikesi yaratmasa dahi sözleşmenin 22. maddesine aykırı olarak markalı malın değeri değerlendirmesini ister. Markanın kadın giyim mağazalarında kullanılmasının piyasada olası karıştırılma tehlikesini yaratıp yaratmadığı ve markalar kanunu RSC 1985 T13 ss. 6, 20, 22. maddelerin değerlendirmesini yapar. Fransız devrimi öncesinden bu yana içki sınıfında çok iyi ün yapan VEUVE CLICQUOT PONSARDIN markasının şampanya markaları arasında en iyi olduğu düşünülür. Ayrıca CLICQUOT kadın ve erkek giyiminde moda giysiler ve promosyonel mallar sergileyen fakat Kanada'da satışa sunulmayan bir markadır. Federal mahkeme işaretler arasında küçük bir karıştırılma riski doğsa dahi bunun VEUVE CLICQUOT markasının değerini azaltmıyacağını belirterek davayı reddetmiştir.

"STATE" markası ile itiraz sahibine ait "STATE LINE" markası arasında kolayca ayırt edilemezlik derecesinde bir benzerlik ve iltibasa yol açma tehlikesinin bulunduğu "STATE" markasının itiraz sahibine ait markanın kök kelimesinde ibaret olduğu birden fazla kelimedenden oluşan markalarda ihlallerin ya markayı oluşturan kelimeye bir başka kelimenin eklenmesi, ya da ibarelerinden birinin iktisabı suretiyle gerçekleştiği ve her iki marka arasında genel bir iltibas ihtimalinin yüksek olduğu belirtilmiştir. Bilirkişinin açıkladığı bu görüş dosya kapsamına uygun düşmektedir. Gerçekten tescilli istenen marka, itiraz edenin markasında bulunan iki sözcükten birisidir. Daha önce itiraz edenin markasını terkin ettirmek isteyen davacı, bu konudaki davası reddedilince her iki markada da bulunan tek sözcüğe kendi adına tescil ettirerek bu sözcüğü tekeline almak istemektedir. Böyle bir durumun yaratacağı sonuç ise, aynı tür emtiada kullanılan itiraz edenin markası ile bu markanın orta düzeyde tüketici nezdinde karıştırılabilir olmasıdır. 556 s. KHK nin 8/b madde ve bendinde tescilli istenen markanın, tescilli marka ile halk tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunduğu hallerde ve tescilli marka sahibinin itirazının bulunması durumunda tescil isteminin reddedileceği öngörülmüş olup, davalı Türk Patent Enstitüsü de tescil talebini red etmiştir. Mahkemece, açıklanan hususlar nazara alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksine düşünceyle ve hatalı gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.11.HD. 4.10.1999 T. E. 1999/5327, K. 1999/7505, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 29.06.2008.

ATAD karıştırılma tehlikesini tescilli bir markaya tecavüz eylemini belirlemede bir unsur , elverişlilik değil, ile aynı kaynaktan geldiği veya ekonomik olarak onun işletmesi altında olduğu husunda yanlış anlamasının olup olmadığını tespit etmesi gerektiğini söyler. ECJ. C-102/07, 10.04.2008, [www.sib.com](http://www.sib.com) - [News](#) - [Trademarks](#): Erişim tarihi: 26.06.2008; YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s. 469.

<sup>414</sup> YASAMAN, Marka Hukuku, s. 399-402- Hukuki Mütalaalar, s. 39; Hedef kitlenin ve coğrafi bölgenin yanlış değerlendirilmesine ilişkin ATAD'ın 2007 tarihli AGC FLAT GLASS Europe SA,nın OHIM aleyhine açtığı davada 1. derece mahkemesinin Topluluk marka tüzüğü'nün 7/3. maddesini değerlendirmesinde, olması gereken hedef kitleyi yanlış

Tüketici almış olduğu mala ilişkin zihninde kalan iz ve belirti sonucu daha sonraki alışverişinde o markalı malı arayıp zihninde kalan izlerden faydalanır. Daha sonraki alışverişlerinde önceki maldan memnun kalan ve sonrasında da bu malı veya hizmeti arayan, bu alıcılar baz alınarak, markalar arasında işitsel, anlamsal, görsel veya biçimsel benzerlik olup olmadığına bakılır<sup>415</sup>.

Karıştırılma tehlikesi markaları aynı anda görmeyen, farklı zamanlarda gören ve aradığı markanın aşağı yukarı aynıısının etkisinde olan tüketici bakımından tespit edilmelidir<sup>416</sup>. İşaretin malın hitap ettiği çevrede ayırt etme kapasitesine sahip olması gerekir. Bu çevre tüketici veya malın üretim ve satışıyla uğraşan şahıslar da olabilir<sup>417</sup>.

Ortalama tüketici profili, koşullara göre sarfı gereken dikkate ilişkin normatif koşulları belirlenmesinin yanında fiili davranışların tespitinde de önem taşır. Günlük tüketim maddelerinde tüketici dikkatli davranmaz. Özel nitelikli malların tüketicileri ile meslek sahibine hitap eden mallarda durum farklıdır. Yüksek değerli makineler otomobiller gibi özel mallarda karıştırma tehlikesinin tespitinde dikkatli olmak gerekir. Zira bunlar muhataplarınca özenle araştırılır denenir ve sonra alınır. Burada alalade bir kişi anlayışı esas alınamaz<sup>418</sup>.

---

değerlendirdiğini, hedef kitlenin cam endüstrüsü alanında uzman kişilerin oluşturduğu kişiler olduğu ve ayırt edicilik kazanma konusunda her bir üye devletteki ayırt ediciliği değerlendirme sonucu tüm üye devletlerdeki ayırt ediciliği değil, dava açılma tarihinden önceki yeterli süre ve genişlikteki coğrafi bölgede kullanımın olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini bahseder. (Case C-513/07 P) 21.11.2007 <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi->

<sup>415</sup> KARAHAN, “Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları”, s. 20; 11. HD’nin 24. 4. 2002 tarih ve E. 129, K. 3735 sayılı kararı “şirketin aynı emtia için tescilini istediği "Üçtuğ" ibarelerinin farklı anlamlar taşıdığı, şekil ve harf dizilişi itibarıyla de farklı olduğu, orta düzeyde tüketici açısından yanılgıya neden olmayacağı”106 Batider, 1998, C. XIX, S. 4, s. 288-289. KIRCA, İsmail, “Symposium on Effective Enforcement of Intellectual Property Rights, in Turkey, Session 5 Speech 2, Türkiye’de markalara ve Tanınmış Markalara Yönelik Uygulamalar Yargıtay Kararları Açısından Marka Hukukunda İltibas (karıştırılma) Kavramı ve Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka” [www.abgm.adalet.gov.tr/5-2-TR-Kirca.pdf](http://www.abgm.adalet.gov.tr/5-2-TR-Kirca.pdf), erişim tarihi: 11.11.2007.

<sup>416</sup> Ann., 1937-30, (naklen; ÖÇAL, “Markalara İlişkin Bazı Fransız Mahkeme Kararları”, İTİAD, 1965, C. 1, S. 1, s. 151,152).

<sup>417</sup> EROĞLU, , agm., s. 98.

<sup>418</sup> DİRİKAN, age., s. 190; 11.HD. 10. 06. 1988 T, 87/8854 E. 88/3861 K.; ÜNSAL, Ö.E., “Marka İncelemede Karıştırılma Olasılığı Kavramı”, TPE Bülteni, Y.1, S.3, s.18.

## **b. Özel Bir veya Birkaç Alıcı Grubu**

Piyasaya sürülen bazı ürünlerin alıcıları, belli kişi grupları olabilir. Bu durumda benzer mal veya hizmetlerin aralarındaki karıştırılma tehlikesinde bu özel alıcı grubunun izlenimi önem taşır<sup>419</sup>. Spastik hastaların kullandıkları tekerlekli sandalyeler, duyma engelliler için üretilmiş işitme cihazları sadece bu kişileri ilgilendirir. Bunun gibi, resim fırça ve boyaları ressamı ilgilendirir<sup>420</sup>. Bu bağlamda markanın tanınmışlığının söz konusu ilgililer grubu nazara alınarak tespiti gerekir. Tanınmışlık oranı bütün toplum değil, bu ilgili grup nazara alınarak belirlenir<sup>421</sup>. Bir ülkede yaşayan herkes, her tür mal ve hizmetle ilgili ilgililenmediğinden, ilgisiz grupların tanınmışlık kavramının belirlenmesinde dikkate alınması uygun değildir.

ATAD kararlarında da aynı ilkeler geçerlidir. Örnek olarak; General Motors/Yplon Sa. kararında, markanın tanınmışlık derecesinin belirlenmesinde, markanın hitap ettiği çevrenin esas alınması gerektiği; bu çevrenin markanın kullanıldığı ürünün türüne göre geniş bir topluluk veya özel bir grup olabileceği, ancak markanın tanınmışlığını belirlemede, peşinen muhatap çevrenin belirli bir yüzdesi tarafından bilinmesi şeklinde bir kriterin kabul edilemeyeceği; bu açıdan muhatap çevrenin önemli bir bölümü tarafından bilinmesinin, markanın tanınmışlığı için yeterli görüleceği; muhatap çevrenin önemli bir bölümünden ne anlaşılması gerektiği ve tanınmışlığı, özellikle markanın pazar payı, kullanım yoğunluğu, coğrafi genişliği ve süresinin de dahil olduğu bazı koşulların yardımı ile tespit edileceği belirtilmiştir<sup>422</sup>.

---

<sup>419</sup> EPÇELİ, age., s. 47.

<sup>420</sup> DİRİKKAN, age., s. 125; "Springer Pinsel" markası ile ilgili davada sadece ressamlar nazara alınarak markanın tanınmış olduğu ve Türkiye'de tescil edilmemiş olmasına rağmen, Paris Sözleşmesi uyarınca Türkiye'de tescilli markanın terkinini talep edebileceği kabul edilmiştir. 11.HD. 29.04.1999 T., E. 1998/8415, K. 1999/3351.

<sup>421</sup> YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s. 261.

<sup>422</sup> EuGH 14.09.1999, Rs. C-375/97, General Motors Corporation/Yplon Sa. Rdnr. 24,27(GRUR Int. 2001, s.73. vd. DİRİKKAN, age., s. 126, dpn. 115; "Ford" marka otomotiv araçlarını ve bunların parçalarını Türkiye'de imal ve pazarlayan davacının, izinsiz olarak Ford minibüslerinin kaporta ve aksesuarlarını haksız rekabet teşkil edecek şekilde imal edip pazarlayarak "Fordsan Kaporta Sanayi" markasının tescil ettiren davalı aleyhine açtığı davada, yerel mahkeme her iki tarafa ait markaların, benzer şeklinin olmadığı, genel görünüş olarak halkın zihinlerinde aynı kanıyı uyandırmadığı, davalı markasını oluşturan harflerin hangi anlama geldiğinin belli olmadığı, tarafların ürettiği yedek parçalar arasındaki benzerliğin bu parçaları kullanan özel alıcı grubunu yanıltıcı olamayacağı, haksız rekabet

### c. Uzmanlık Sahibi Bir Alıcı Grubu

Piyasadaki mal veya hizmetin taşıdığı işaretin benzeri işareti taşıyan mal veya hizmetin bazen uzmanlık sahibi bir alıcı kitlesi bulunmaktadır. Bu durumda işaretlerin karıştırılması tehlikesinin tespit edilebilmesi için bu uzmanlık sahibi hedef kitlenin izlenimi ve tepkisi önem taşır. Uzmanlık sahibi olan bu kitle mal ve hizmetin satın alınmasında diğer alıcı gruplarına nazaran daha özenli ve seçici davranmak zorundadır<sup>423</sup>.

Yargılama sürecinde baz alınan ortalama tüketici davranışları, fiili gerçeklikle uyuşmadığı takdirde hakimın normatif değerlendirme yapması isabetli olamaz. Karıştırılma tehlikesinin bu şekilde belirlenmesi, temsil edici ideal bir kişinin yaratılmasını ve bunun davranışlarının muhatap çevrenin büyük çoğunluğunun fiili davranışları ile uyumlu olmasını beklemek hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik açısından doğru olmaz. Bu şekilde bir ideal kişi yaratılması sonucu yaratılan kişinin ilgili mal ve hizmetin alımı konusunda karar vermesini sağlayan etkenlerin somut

---

koşullarının oluşmadığı belirtilerek 11. HD.nin 26. 4. 1999 T., E. 1999/1395, K. 1999/3230, kararı ile onanmıştır. www.kazanci.com.tr.

<sup>423</sup> CENGİZ, age., s. 32; ARSEVEN, age., s. 146; “bilirkişi kurulu raporunda, dava konusu ürünlerinin ilaç olduğu, ilacı kullanan hastanın ilaç tercihini kendi isteği doğrultusunda ve bizzat yapmadığı, doktorun tercihine uymak zorunda olduğu, ilaçların eczacılar tarafından satışa sunulduğu dolayısıyla doktor ve eczacı gibi eğitilmiş kişilerin aslında kullanan olduğu, LIPIDIL ve LIPIDROL kelimelerini arasında kulak algılaması yönünden yeterince farklılık olduğu, ayırt edici ekler nedeniyle bilgilenmiş tüketici grubu (doktor ve eczacılar) açısından yeterli ayırt ediciliğe sahip olduğu açıkça belirtildiği halde, doktor tarafından bilinçli olarak tercih edilen ve reçeteye doğru olarak hızlı ve okunaksız bir biçimde yazılan iki kelimedenden birinin reçeteyi okuyan eczacı ya da kalfası tarafından diğeriyle karıştırılması riski olduğundan raporun sonuç kısmında markalar arasında iltibasa yol açacak benzerliğin bulunduğu bahsedilmiştir. Objektif ilkelere göre bilinçli kullanıcı grubu (doktor ve eczacılar) yönünden markaların aynı yada ayırt edilemeyecek ölçüde benzer olmadıkları açık olarak tesbit edildiği halde subjektif ölçülere ve yasal olmayan bilirkişi heyeti gerekçesine itibar edilerek markalar arasında benzerlik bulunduğu kabulü ve davanın reddin doğru görülmemiştir.” 11.HD. 13.01.2003 T., E. 2002/7864, K.2003/48, www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 11.02.2008;

ATAD, Case T-4/07 dosyasında mahkeme 5. sınıf mallara ilişkin Exantin markası ile Eloxatin ve Eloxatine markalarının arasında ilgili halk yönünden karıştırma tehlikesi bulunmadığına karar vermiştir. ATAD’ın eczane, veteriner ürünleri, sağlık bakım malzemeleri, sabunlar, kozmetik ve saç losyonları için 1. 3. ve 5. sınıflarda kullanılan topluluk markası Nanolatın 5. sınıf mallar için Tannolact Alman markası ile marka olarak kullanımında karıştırılma tehlikesinin doğacağını belirtmiştir. 2. 1. 2007 T. - Galderma v OHIM - Lelas (Nanolat) (Case T-6/07).

pazar ilişkilerine bağlı olduğu ve toplumdaki ekonomik değişikliklerden etkilenmesi de düşünülmelidir<sup>424</sup>.

### **III. KARIŞTIRILMA TEHLİKESİNİN TESPİTİNDEKİ KRİTERLER**

#### **A. GENEL OLARAK**

Aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer markaların söz konusu olduğu durumlarda halk tarafından karıştırılma tehlikesi araştırılmaz.

Burada iltibas tehlikesinin varlığının ayrıca ispatı gerekmez<sup>425</sup>. Karıştırılma tehlikesi, tescilli marka veya tescil başvurusu yapılan marka ile markaya tecavüz ettiği iddia edilen işaret arasında benzerlik olduğunda ortaya çıkar. Marka ve işaret ile malların veya hizmetlerin tamamen aynı olması halinde, karıştırılma tehlikesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmaksızın, tecavüzün var olduğu kabul edilir.

Harf, sözcük veya rakamdan oluşan markalar arasında, marka olan işaretlerle bağlantılı unsur arasında tam bir uyum yoksa ve işaretler aynı değilse, benzerlik yönünün araştırma yapılması gerekir. Ortalama alıcı bu farkı tespit ediyorsa, ses, anlam veya yazım şekli olarak işaretler arasında fark varsa özdeşlik ortadan kalkar. Özgün bir yazım tarzı yoksa, yazı karakteri farklı olsa dahi anlam ve ses yönünden marka olan işaretlerin özdeşliği kabul edilir. Markanın boyutları küçültülerek yahut tam tersi büyütülerek de özdeşlik yaratılabilir. Kullanılan işarete orijinal markanın renkleri farklı kullanıldığında ortalama alıcının bu farklılığı anlayıp anlamayacağını tespiti gereklidir. Benzerlik durumunda benzerlik yönünden inceleme yapılarak karıştırma tehlikesinin bulunup bulunmadığı araştırılır<sup>426</sup>.

Doktrinde, halk tarafından karıştırılma ihtimalinin ilk şartı, tescili istenen markanın, daha önce tescilli bulunan markanın aynısı veya benzeri olması, diğer şartın ise her iki markanın aynı mal ve hizmetlerde kullanılması olacaktır. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halkın olduğu göz önünde tutulacaktır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır.

---

<sup>424</sup> KLETT, GRUR 2001, s. 554, (naklen; DİRİKKAN age., s. 192).

<sup>425</sup> Bkz. Yukarıda s.1008; ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 75; YASAMAN, YUSUFOĞLU, C. II, s. 777.

<sup>426</sup> ARKAN, Marka Hukuku C. I, s. 101.

Burada işitsel veya görsel bir benzerlik ve hatta çağrıştırması dahi karıştırılma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir<sup>427</sup>.

Farklı alt gruplarda yer alanlar mal veya hizmetlerde piyasa anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap etmeleri, benzer ihtiyaçları gidermede kullanılmaları, son kullanıcıları, birbirini yerine ikame edilebilme ile rekabet etme olanaklarının bulunması, kullanım amaçları, birinin diğerini tamamlama imkanının olması, dağıtım kanallarının ortak bulunması halleri ve kullanım yöntemleri ve hedeflenen halk kesimleri nazara alındığında aynı tür olarak nitelendirilmeleri de zorunludur<sup>428</sup>. Karıştırılma tehlikesinin tespitinde markanın tanınmışlık derecesi ve ayırt etme gücü yanında diğer faktörlerin de yardımıyla mal veya hizmetlerin benzer olup olmadığı belirlenir.

11. HD. karıştırılma tehlikesinin tespit kriterini değerlendirirken, toplu intibayı göz önünü almaktadır. Markalar arasında benzerlik olup olmadığının tespiti, markanın bütünü itibariyle bıraktığı etki göz önünde bulundurularak gerçekleşir. Farklı unsurlar taşınmasına rağmen bütünü itibariyle eski markayı çağrıştırabilecek izlenim bırakan marka gibi tam tersine, unsurlardaki benzerliğe rağmen tamamen farklı etki bırakan markalar da olabilir. Karıştırmada asıl olan ortalama tüketicinin algılamasıdır<sup>429</sup>. Ortalama alıcı kitlesinin tamamı karıştırma tehlikesine maruz kalmasa bile bir kısmının bu risk altında bulunması dahi karıştırılma ihtimalinin gerçekleştiğinin kabulü için yeterlidir<sup>430</sup>.

---

<sup>427</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 400 vd.

<sup>428</sup> Daire ortalama alıcı kesiminin bir kısmının bu risk altında bulunmasını yeterli görmektedir. YHGK. 7.6.2006 T., E.2006/11-338, K.2006/338, www.kazanci.com.tr. , Erişim tarihi: 11. 11. 2007.

<sup>429</sup> “Aynen yer alması nedeniyle doğan benzerlik, işaret ile markalar arasında genel çağrışım itibariyle bağlantı kurulabilecek türden olup, her ikisinin aynı işletmeye ait olduğu yönünde iltibasa yol açabilecek seviyededir. Burada, önceki tarihli bir markanın ayırt edici unsurunun sonraki tarihli bir başvuruda yine asli unsurlardan biri olarak yer alması ayırt edilemeyecek derecede benzerliği doğurmaktadır.” Yine aynı Genel Kurul kararında “Ortalama alıcı kitlesinin tamamı karıştırma tehlikesine maruz kalmasa bile bir kısmının bu risk altında bulunması dahi karıştırılma ihtimalinin gerçekleştiğinin kabulü için yeterlidir.” der. YHGK. T. 7.6.2006. E. 2006/11-338 K. 2006/338, www.kazanci.com.tr. , erişim tarihi: 11.11.2007.

<sup>430</sup> ARKAN, C. 1, s. 99; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, § 26 n. 34; KARAHAN, age., s. 93; Kararda “davacının markası ile davalının tescilini istediği işaretin benzer olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda iltibas tehlikesi nedeniyle davacının, davalının tescil başvurusunu engellemeyi istemesi haklıdır. Karıştırmada asıl olan ortalama tüketicinin algılamasıdır. Tüketicinin, her iki markayı her zaman aynı anda görüp detaylarını karşılaştırabildiğini düşünmek hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, markada yer alan yardımcı unsurlar ile ve ayırım gücü az olan ifadeleri, her zaman hatırında tutabileceği de

Toplu intibada, bir kelime veya sembol ya da bir slogan bağlantı noktası çağrıştırmaya sebep olabilir. Özellikle dikkat çeken bir sözcüğün marka olarak kullanılması durumunda, bu kelimenin diğer tarafın ticaret unvanı eki olarak

---

düşünülemez. Daha önce gördüğü, yararlandığı, satın aldığı ve denediği bir malın yahut hizmetin markasının, göz ve kulağında kalan izine, hatırlayabildiği kadarıyla hafızasında kalan özelliklerine dayanarak, sonraki aynı veya benzer mal ve hizmetlere ilişkin alışverişlerinde de aynı veya benzer markayı taşıyan ürünü satın almak yahut hizmetten yararlanmak istemek tüketicinin en genel yaklaşımıdır. Bu şekilde, genel olarak ürünün önemine göre tanıdığı, beğendiği ve bilinirliği ile güvenilirliği kanıtlanmış bir markayı seçerek, zaman kıtlığından doğan birtakım olumsuzluklardan da kurtulmuş olduğunu ve markanın sağladığı garanti fonksiyonunun kolaylığından yararlandığını düşünmesi doğaldır. Bu nedendir ki, davalı başvurusunun konusu olan işaret ile davacı markaları; söz konusu marka ve işaret altında sunulan emtiaların hitap ettiği kişilerin üzerinde bıraktığı iz itibarıyla işitsel, anlamsal, görsel ve biçimsel olarak birbirlerinin benzeridir. Davalı işaretini gören ve duyan tüketiciler daha önce tanıdığı davacı markalarının bıraktığı intibai hatırlayacak ve en önemlisi, bu hatırlama davalı adına tescil olunan itiraza konu markanın daha önce tescil edilip kullanılmakta olan davacı markalarının bir başka versiyonu, serisi veya uzantısı olduğunun ya da davacının vermiş olduğu bir lisans gereği ürünler üzerinde kullanıldığının algılanmasına yol açabilecektir.

Öte yandan ortalama tüketici, markalan aynı anda incelemeye tabi tutmadığı gibi küçük ayrıntıların da dikkatli biçimde inceleyemez. Sadece geçmişte edindiği izlenimin etkisiyle hafızasında kalan ile yetinerek bir sonuca varmaya çalışır. Bu yaklaşımı ise aynı emtialar üzerinde kullanılacak olan, yukarıdaki kadar küçük farklılıklar taşıyan marka ve işaretin, farklı zamanlarda ayırt edilmesini olanaksız kılar. Her ikisinde de hatırlanacak olan simgenin sözcüğünde odaklanması sebebiyle bu karıştırma riskini beraberinde getirir. İşaret ile tescilli marka arasında karıştırılma ihtimalinin varlığı ise, işaret ile markanın benzerliğinin kabulünü zorunlu kılar. Açıklanan tüm yönleriyle davacı markalan ile davalı başvurusunun konusu olan işaret benzer niteliktedir.

Ortalama tüketici baz alındığında, benzerliğin ortaya çıkaracağı doğal sonuç, alıcıya sunulan ürünlerin taşıdığı .... ibaresini taşıyan işaretin, alıcının almayı düşündüğü malları simgeleyen ...ibaresinin alıcının belleğinde bıraktığı görsel, anlamsal ve şekilsel izlenim ile kulağında kalan sesle aynı etkiyi doğurması nedeniyle davacının markasını taşıyan emtiaları almak isteyenlerin, davalının ...işaretini taşıyan emtialarını satın alma olasılıklarının yükselmesi olacaktır. Öyle ki, ortalama alıcı davalı tarafından sunulan malı, almayı düşündüğü davacının önceden tanıdığı ürünü zannedebilecektir. Hatta bu nedenle, malların alıcısı kişilerden iki farklı marka karşısında bulduklarını anlayabilecek durumda olanlar dahi, bu iki markanın aynı kişiye ait bulunduğunu zannedebilecekleri gibi bu malları üreten işletmeler arasında idari-ekonomik anlamda bir bağlılığın bulunduğu, hatta davalının, davacının vermiş olduğu bir lisansla anılan ibareyi kullandığı düşüncesine de kapılabileceklerdir. Ortalama alıcı kitlesinin tamamı karıştırma tehlikesine maruz kalmasa bile bir kısmının bu risk altında bulunması dahi karıştırılma ihtimalinin gerçekleştiğinin kabulü için yeterlidir. Önceden tescilli bulunan marka ya da markalardaki unsurların tamamını ya da bunların bir kısmını kullandığı işaretin marka olarak tescilini isteyen, karıştırılma etkisini yaratmak istememesi, işareti bu kasıt altında kullanmaması, böyle bir sonuç istememesi halinde dahi salt karıştırılma tehlikesinin ortaya çıkmış olması iltibas ihtimalinin varlığının kabulünü olanaklı kılar. Zira, iltibas tehlikesinin varlığı için kast ya da kusur bulunması gerekmemektedir. YHGK. T. 7.6.2006, E. 2006/11-338 K. 2006/338.



kullanılması karşısında dahi bu iki tanıtma işareti arasında karıştırılma olasıdır. Örnek, Status-3'ler Status Ticaret Et Ürünleri Sanayi A. Ş. gibi <sup>431</sup>.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 62. maddesi, meydana gelen tecavüzü durdurmayı düzenlediği gibi gerçekleşme ihtimali olan tecavüzleri de önlemeyi hedefler<sup>432</sup>. Kararnamenin 61. maddesinin yollamasıyla 9. maddesinin 1/ b bendi hükmündeki karıştırılma tehlikesi varlığı halinde de tecavüzün olduğu kabul edilmiş ve önlenmesi amaçlanmıştır. Fiili olarak bir tecavüzün gerçekleşmesi şart olmayıp bunun gerçekleşmesi ihtimali de yeterlidir<sup>433</sup>.

ATAD'ın yerleşik içtihatlarına göre; karıştırılma tehlikesinin, evrensel değerlendirilmesi, bir markanın diğer markayla benzerliği dolayısıyla görsel, işitsel ve kavramsal olarak işaretin zihinde oluşturduğu belirgin ve ayırt edici parçalarının değerlendirilmesi üzerine kurulmalıdır<sup>434</sup>. Markanın esas fonksiyonu markanın işaretlediği mal veya hizmetlerin diğer farklı menşelerden üretilen mal veya hizmetler ile herhangi bir karıştırmaya meydan vermeden ayırt etme ve tüketicinin veya son kullanıcıya mal veya hizmetin kaynağını belirtmesidir<sup>435</sup>.

Burada aranan kıstas halkta mal veya hizmetlerin 40/94 nolu Topluluk Marka Tüzüğündeki 8/1. (b) bendi anlamında aynı işletmenin malı veya işletmelerin arasında ekonomik olarak bağlantı bulunduğu zannı ile karıştırılma tehlikesinin bulunmasıdır<sup>436</sup>.

Kararnamedeki düzenlemede, halk tarafından karıştırılma tehlikesinden bahsedilmiştir. Tescili istenilen markanın daha önce tescili yapılmış markanın aynı

---

<sup>431</sup> 11. HD'nin 7.4.1997 T., E. 659, K. 2470 kararı Batider, 1997, C. XIX, S. 1, s. 176-179.

<sup>432</sup> TEKİNALP, age., prg. 30, no. 22.

<sup>433</sup> DİRİKKAN, age., s. 324; YHGK. 7.6.2006 T., E. 2006/11-338, K. 2006/338, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 29.06.2008.

<sup>434</sup> “the global assessment of the likelihood of confusion, as far as concerns the visual, aural or conceptual similarity of the opposing signs, must be based on the overall impression given by the signs, bearing in mind, inter alia, their distinctive and dominant components”: Case T-292/01 Phillips-Van Heusen v OHIM – Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS) [2003] ECR II-4335, prg. 47. <http://curia.europa.eu/jurisp/>

<sup>435</sup> Bkz. ATAD, Case C-299/99 *Philips* [2002] ECR I-5475, prg. 30, ve Case C-37/03 P *BioID v OHIM* [2005] ECR I-7975, prg. 27) <http://curia.europa.eu/jurisp/>

<sup>436</sup> bkz. bu yönden, Canon, prg. 2 9, ve Case C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer* [1999] ECR I-3819, prg. 17). ATAD *Travistan In Case C-412/05P*, [www.eu.int](http://www.eu.int) erişim tarihi: 23.04.2008.

veya benzeri olması ve markanın aynı mal ya da hizmette kullanılması, karıştırılma tehlikesinin iki önemli unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Halk tarafından karıştırılma tehlikesinde ölçü ise bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halktır. Burada önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Önceden tescilli bulunan marka ya da markalardaki unsurların tamamını ya da bunların bir kısmını kullandığı işaretin marka olarak tescilini isteyen, karıştırılma etkisini yaratmak istememesi, işareti bu kasıt altında kullanmaması, böyle bir sonuç istememesi halinde de karıştırılma tehlikesinin ortaya çıkmış olması iltibas ihtimalini doğurabilir. Çünkü, iltibas tehlikesinin oluşmasında kast ya da kusur aranmaz<sup>437</sup>. Bir kusur bulunmasa dahi karıştırılan sonraki işaretin terkini ve tecavüzün önlenmesi gerekir.

## **B. AYIRT EDİLEBİLİRLİK ÖLÇÜTÜ**

### **1. Markada Ayırt Edicilik**

Bu çerçevede marka ve işaretlerin arasındaki benzerlik, dolayısıyla ayırt edilme kavramlarından yola çıkılarak karıştırma tehlikesinin tespit edilebileceğini belirlemekle ayırt edilme kavramının öncelikle incelenmesi gerekmektedir. 556 sayılı Kanun hükmünde kararnamenin 7. Maddesinin 1/(a) bendinin, 5. madde kapsamına girmeyen işaretlerin marka olamayacağını düzenlemesinden yola çıktığımızda kararnamenin 5. maddesinde ayırt edilebilme şartını getirdiğini görüyoruz. Bu ayırt edicilik mal veya hizmetin diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilebilmesi olup, marka işareti o malı tanımlamakta, anonimlikten kurtarmakta, marka olan işaret o mal veya hizmeti kişileştirmektedir. Karıştırılma tehlikesindeki ayırt edilme ise farklı olup, marka ile işaretin karıştırılmasını veya bunların karıştırılmamasına rağmen benzerlikleri nedeniyle markalar arasında bağlantı olduğu kanısına varılmasına engel olan veya bunların aynı işletmenin veya ekonomik olarak bağlantılı işletmelerin farklı ürünlerini işaretleyen seri markası olduğu düşüncesinin önüne geçen bunu engelleyen ayırt ediciliktir<sup>438</sup>. Tüketici bu ayırt edicilik sayesinde iki işaretin benzerliği nedeniyle işaretlerin özdeş, marka sahiplerinin aynı veya birbiriyle bağlantılı olduğu yanılgısına düşmez.

---

<sup>437</sup> HGK, T. 7. 6. 2006, E. 2006/11-338 K. 2006/338, www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 02. 02. 2008.

<sup>438</sup> DİRİKKAN, age., s. 163.

Marka, piyasadaki herhangi bir mal veya hizmetin menşeyini, başka mal veya hizmetlerin menşeyinden ayırt edilmesine olanak sağlar. Bu ayırt edilme mal veya hizmetlerde karıştırılma tehlikesine meydan vermeyecek şekilde bir ayırt edilme şeklinde olması gerekir<sup>439</sup>. Bir marka, o mal veya hizmeti belli bir teşebbüse ait olduğunu belirtirken, ilgili çevre tarafından o markanın algılanışı ve ilgili sektörde menşeyi işareti olarak alışılmalı kullanımı bu aidiyeti tespitinde önem taşır.

Marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa kararnamenin 7. maddesinin son fıkrasına göre tescil talebi reddolunamaz. 551 sayılı kanunda kullanma sonucu tescil için, markanın maruf olması aranılırken, 556 sayılı kanun hükmünde kararnamede işaretin ayırt edici nitelik kazanması durumu yeterli görülmüştür. Bu durumda tescilli markanın kararnamenin 42. maddesine göre terkini istenebilir<sup>440</sup>. ARKAN da 556 sayılı kanun hükmünde kararnamenin ilk kullanım sistemiyle yumuşatılmış tescil sistemi olduğunu söyler<sup>441</sup>.

Bir markanın gücünü oluşturan iki temel unsur mantık ve performansa bağlı yararlar ile duygu ve imaja bağlı yararlardır. Markada imaj ve duygusal yarar unsuru yokluğu veya eksikliğinde geleneksel markalar silinir. Bu unsurlara ilave olarak, markanın daha üst düzey değerleri toplumdaki konumu, etik anlayışı ya da inançları da tüketici için önem kazanmıştır<sup>442</sup>.

Markaların korunmasına ilişkin 556 sayılı Kanun hükmünde kararnamenin 7. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir markanın başkası adına tescilli olması durumunda

---

<sup>439</sup> 517/99 Merz ve Krell dosyası 2001 ecr I-6959, prg. 22. judgment of 04/10/2001, Merz & Krell (Rec. 2001, p. I-6959) 04. Ekim 2001 tarihli bu kararda “Bravo” sözcük markası Alman Patent ofisince reddedilmiş, mahkeme ayırt ediciliği bulunmadığı birçok Avrupa ülkesinde aynı anlama geldiğine değinmiştir. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi> ; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 343, prg. 22, N. 5.

<sup>440</sup> YASAMAN, Hamdi, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD. nin Kararı Üzerine Düşünceler”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1 S. 2, 2002/2, s. 154.

<sup>441</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. 1, Ankara 1997, s. 129.

<sup>442</sup> PRINGLE, Hamish/THOMPSON, Marjorie, Sosyal Sorumluluk Kampanyaları ile Marka Yaratmak, Scala Yayıncılık, Ocak 2000, s. 13. (çevirenler: Zeynep Yelçe-Canan Feyyat); Güçlü markalar, iletişimlerinde kolaylıkla görülebilecek net ve basit alanları tercih ederler. Gelişmiş batılı ekonomilerde markaların karşılaştığı en büyük sorunlardan biri markaların önemini yitirdiği, Pazar yapısına doğru gidiştir. Her teknolojik yenilik ya da heyecan veren yeni ürün, rakip marka üreticilerince hızla taklit edilmekte, perakendeciler de bunları kendi markaları ile pazarlama isteğindedirler. age., s. 13.

tescil edilebilmesi için ayırt edici nitelik kazanmış olması gerekir. Ayırt edicilik kazanma için piyasada kendini kabul ettirmiş, tüketiciyi kendisine bağlamış, kendisini onunla tanıtmış olması gerekir<sup>443</sup>. Bir marka o mal veya hizmetin belli bir teşebbüse ait olduğunu belirtirken, markanın hedef kitle tarafından algılanışı ve ilgili sektörde menşei işareti olarak alışıl gelmiş kullanımı bu aidiyeti tespitinde önem taşır.

Bir malın hangi işletme tarafından üretilip, satışa sunulduğu yahut bir hizmetin hangi işletme tarafından sunulduğunu gösteren marka, mal ve hizmetler için kaynak göstermesinin yanısıra işletmeler ve mal ve hizmetler için ayırt edicilik özelliğine de sahiptir. Ayrıca marka iyi malın kötü mal ile karıştırılmasına ve tüketicinin zarar görmesine engel olma amacıyla tüketiciyi korur. Markanın bu garanti özelliği nedeniyle tüketici malın kalitesini ve ayırıcı özelliğini tanır<sup>444</sup>. Markanın bir de tanıtım reklam fonksiyonu vardır. Marka iyi tanıtılırsa tüketici bir süre sonra o mal veya hizmeti markası için almaya başlar ve marka ile müşteri çevresinde bir bağ oluşur<sup>445</sup>.

556 sayılı Kararnamenin 5. maddesinde tanımlanan markanın bu fonksiyonlarından en önemlisi olan; ayırt etme, mal veya hizmetin işletmesel menşei gösterme, mal veya hizmetin niteliklerini garanti etme, reklam, tekelleşme ve koruma fonksiyonları vardır<sup>446</sup>. Kanun hükmünde kararnamenin hazırlanış amacı, 1. maddenin 1. Fıkrasına göre, tescilli markaların korunmasıdır. Bu fonksiyonlardan en önemlisi olan Ayırt etme gücü sayesinde (distinction), işaretlerin bir teşebbüsün (undertaking) mallarını (goods) veya hizmetlerini (services), bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırma gücüne sahip olmaları gerekir. Soyut ayırt edicilik bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt edebilme kabiliyetine sahip olma, somut ayırt edicilik ise tescili talep edilen belirli

---

<sup>443</sup> 08.08.2003 T, 2002/273 E. sayılı İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi dosyasındaki mütalaasında Yasaman, “Kulakta bıraktığı intiba bakımından iltibasın mevcut olduğunu belirttiği dosyada, markanın bir ülkede, halkın çoğunluğu veya ürünün hitap ettiği kitle tarafından bilinmesi halinde tanınmışlık derecesine eriştiğinin kabul edildiğini, AĞİ markasının kendisinin ayırt edici hale gelmediği, kullanılan işaret kullanıldığı mal veya hizmetle ilgili olarak halk üzerinde işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil karıştırılma ihtimalini yaratmasında uzmanı ya da dikkatli kişilerin karıştırmasının ölçüt alınamayacağını ve olayda DAGİ markasının ününden yararlanılmak istenildiği ve davalının haksız rekabette bulunduğu mütalaa edilmiştir.” YASAMAN, Bilirkişi mütalaaları, s. 159-160.

<sup>444</sup> KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, age., s. 125.

<sup>445</sup> ARKAN. Marka Hukuku, C. I., s. 39-40.

<sup>446</sup> 27.06.1995 T. 22326 sayılı R.G; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku., s. 356, prg 22, no. 56.

işaretin tescile konu mal veya hizmeti diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilebilmesi demektir. İşaret hem soyut hem de ayırt etme gücü olmalıdır<sup>447</sup>.

Bir işaretin kullanım sonucu kullanılan mal veya hizmeti işaret eden bağımsız bir güç kazanıp kazanmadığının tespiti Alman hukukunda objektif kriterlere bağlanmıştır. İşaretin ayırt ediciliği genelde piyasa araştırmaları sonucu belirlenir. İşaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanıp kazanmadığı tespit edilirken işaretin kullanım yoğunluğu, kullanımın coğrafi olarak yaygınlığı ve süresi bu amaçla yapılan yatırımın miktarı ve ticaret ve sanayi odalarının veya diğer ticaret erbabı ile profesyonel şirketlerin raporlarının dikkate alınması gerekmektedir<sup>448</sup>. DİRİKKAN da ilgili toplumsal çevrede kamuoyu araştırması yaptırılması ve buna dayalı olarak uzman görüşüne başvurulması ve bu şekilde markanın tanınmışlığının tespit edilmesinden yanadır<sup>449</sup>. ATAD, 1999 tarihli CHİMSEE kararında, markanın ayırt edicilik kazanması sonucu tescilinde ilgili toplumsal çevre anlayışının esas alınacağı, yetkili makamların, ilgili çevrenin veya en azından bu çevrenin önemli bir kısmının, malın belirli bir işletmeden kaynaklandığı, marka sayesinde malı tanıdıkları sonucuna ulaşmaları halinde, bu markanın tescilinin mümkün olduğu, ancak bu konuda genel ve soyut oranlar verilemeyeceğini, yetkili makamların bu tespitte karşılaştıkları güçlüklerde ulusal hukukunun kriterlerine göre tüketici anketleri ile buna açıklık getirebileceklerini, ve sanayi ve ticaret odaları ile mesleki birliklerin açıklamalarının dikkate alınması gerektiğini söylemiştir<sup>450</sup>.

---

<sup>447</sup>DOĞAN, agm., s. 18.

<sup>448</sup> Ankara FSHM 2004/1166 E, 2005/573 K; 2005/110 E, 2005/364 K. (yayınlanmamıştır)

<sup>449</sup> DİRİKKAN, age., s. 135.

<sup>450</sup> ECJ 04.05.1999, C.108/97, prg. 52, (naklen; DİRİKKAN, age., s. 135); ATAD, Levi Strauss ve Casucci dosyasında marka haklarının kayıtsız şartsız olmadığını söylemiştir. Levi Strauss 25. sınıf elbise olarak moutte olarak bilinen bir cebi 1980 yılında Benelüks ülkelerinde tescil ettirir. 1988 de levi Strauss, Casucci aleyhine Brüksel ticaret mahkemesinde dava açar. Bir marka sahibi tarafından aktif olarak ciddi kullanılmamış ve 3. bir kişi tarafından markanın taklit edilmesi ihtimalinde, markanın ilk kullanıldığı zamanda marka sahibinin hakları ihlal edilmiş korunmamıştır. Brüksel Ticaret mahkemesi ve Temyiz mahkemesi kararında Moutte markasının artık ayırtedici özelliğinin kalmadığını belirtir. Levi Strauss Temyiz mahkemesinin dava açıldığı tarihteki ayırt ediciliğe bakması gerektiğini söyler. Temyiz mahkemesi yargılamayı durdurarak ATAD'dan görüş sorar. ATAD 27 Nisan 2006 tarihli C-145/5 sayılı dosyadaki görüşünde "Bir markanın koruma alanını belirlemek için onun ayırtedici karakteri üzerinde yerel mahkeme taklit markanın kullanılmaya başladığı zamanda halkın bakış açısını değerlendirmelidir. Yerel mahkeme bunu tespit ettiğinde bu işaretin kullanılmasından kaçınılmasını emredebilir. Bir mal ya da hizmetin tescil ile yaygın

Markanın soyut ayırt edicilik kazanabilmesi markanın kişiselleşme ve iletişim fonksiyonları ile olur ve markalar bu şekilde piyasada tanınırlar. Markanın, iletişim fonksiyonu sayesinde, rekabet piyasası ve pazarda markanın teşhis fonksiyonunun somutlaşır<sup>451</sup>. 556 sayılı Kanun hükmünde kararnamede, kullanma sistemine yakın, tescil sisteminin kabul edildiğini söyleyen YASAMAN'a göre bunun nedeni kararnamede birçok istisnanın getirilmiş olmasıdır.

Soyut ve somut ayırt edicilik olarak ikiye ayrılan bu fonksiyona göre, somut ayırt ediciliği bulunmayan işaretin tescil edilemeyeceği, KHK.'da mutlak red sebebi olarak sayılmamıştır. Yönergenin 3. maddesinin 1/ b bendinde ve tüzüğün 7. maddesinin 1/ b bendinde somut ayırt edici gücün yokluğu bir tescil engelidir. Yönergenin 3/1 (b) maddesinin 556 sayılı KHK.'nın 7/I (a) maddesine karşılık olduğunu söyleyen görüşe<sup>452</sup> karşı bir diğer görüş bunun karşılığının kararnamede bulunmadığını 7/ I.(a) bendinin 3/ I. (a) maddesine karşılık olduğunu söyler<sup>453</sup>. Marka kullanma sonucu ayırt edici güç kazanmışsa tescili mümkündür, denilerek bu hükümle soyut ayırt edici niteliği olmayan veya çizimle görüntülenemeyen işarete de marka olabilme olanağı vermiştir. Oysa, Alman hukukuna ve AB hukukuna göre soyut ayırt ediciliği olmayan işaretler kullanım sonucunda ayırt edici güç kazansa dahi tescili mümkün değildir. Türk hukukunda soyut ve somut ayırt edicilik karıştırılmakta ve soyut ayırt edicilik gücü olmayan markanın tescil edilemeyeceği kuralı çiğnenmektedir. Soyut ayırt edicilik gücü olmayan marka kullanma sonucu somut ayırt edicilik kazansa dahi tescil edilemez<sup>454</sup>.

İşaretin tescil edilebilmesi için ne derecede soyut ayırt edici güce sahip olması gerektiği her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilir. İşaret serbest işaret olduğu

---

bir isim haline geldiği ve onun ayırt edici karakterinin kalmamasında üst mahkemenin işaretin kullanılmasını emretmesi düşünülemez.

<sup>451</sup> DOĞAN, agm., s. 23.

<sup>452</sup>YASAMAN, Marka Hukuku, C. I. İstanbul 2004, s. 279.

<sup>453</sup>Buna karşılık Alman marka kanununda ise 8. md II-1 de ve yönergenin 3. md. nin I-b de ve Tüzük 7. md I-b de somut ayırt edici gücü olmayan marka mutlak tescil engeli ile karşılaşır. DOĞAN, agm., s. 27.

<sup>454</sup> DOĞAN, agm., s. 19; Örneğin, futbol topu, traş bıçağı, kağıt atacısı, çamaşır mandalı örneğinde böyledir..

konusunda piyasada güçlü bir kanaat varsa o işaret ayırt edici güce sahip olsa dahi marka olarak tescil edilemez<sup>455</sup>.

## 2. Kullanma İle Ayırt Edicilik Kazanan İşaretler

556 sayılı KHK kararname tescil sistemini kabul etmesine rağmen bunun istisnaları vardır. Örneğin; tanınmış marka sahibi Paris sözleşmesi uyarınca, üye ülkelerden birinde tescilli markaya karşı dava açarak markanın hükümsüzlüğünü isteyebilir. Kullanma ile ayırt edicilik kazanan bir işaretin daha önce tescil edilmiş marka sahibince tesciline engel olunamaz. Ayırt edici işaret sahibi tescilli markanın terkinini kararnamenin 42. maddesi gereği isteyebilir<sup>456</sup>. Kararnamenin 6. maddesindeki koruma için tescilin gerektiği ve üçüncü kişilere karşı korunmadan doğan bu hakların ileri sürülebilmesi için de 9. maddenin 3. bendinde belirtildiği şekilde tescilin ilan edilmesi gerekmektedir. Tek harf veya sayı ayırt ediciliği yoksa marka olarak tescil edilemez. Kullanma sonucu ayırt edicilik kazandıkları takdirde marka olarak tescil edilirler<sup>457</sup>. Uzun süreli reklam eşliğinde kullanım sonucu ayırt edici güç kazanan marka da tescil edilebilir<sup>458</sup>.

---

<sup>455</sup> DOĞAN, Türk Alman s. 28; Henkel dosyasında ATAD. “ayırt edici karaktere sahip marka, bir işletmenin malınının kaynağını göstermek için malı tanıtmaya hizmet etmeli ve böylece diğer işletmelerin ürünlerinden ayırtetmelidir.” der. (birleşen dosyalar C-473/01 P ve C-474/01 P Procter & Gamble v OHIM 2004 ECR I-5173, prg. 32, ve Case C-64/02 P OHIM v Erpo Möbelwerk 2004 ECR I-10031, prg. 42 ([www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int), erişim tarihi: 24. 02. 2008).

<sup>456</sup> YASAMAN, age., Marka Hukuku, C. I, s. 184

<sup>457</sup> YASAMAN, Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları C. II, s. 7; “Davacı, kendisi ile aynı alanda faaliyet gösteren davalının kendisine ait “İGM” harflerinden oluşan tescilli markasını mamullerinde kullandığını belirterek haksız rekabetin önlenmesine karar verilmesini istemiş, mahkemece hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda ki gerçeklerle davalının “İGM” harflerini fiğüre bir resme dönüştürerek kullandığı ve bu durumun iltibasa yol açmayacağı sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmiştir. Markada önemli unsur “İGM” harfleridir. Her ne kadar bilirkişi raporunda davalının “İGM” harflerini davacı gibi sade şekilde kullanılmadığına işaret edilmiş ise de, dosyada mevcut davalı mamullerine ait ambalaj, broşür, fatura ve sair belgelerde davalının da aynı harfleri ayrıca sade şekilde kullandığı da anlaşılmaktadır. Bu itibarla davalının davacının tescilli markası olan “İGM” harflerini kendi mamullerinde kullanmasının iltibasa yol açtığı kabulü gerekir.” 11. HD. T. 5.6.1989, E. 1989/6111, K. 1989/3749;

“Mahkemece toplanan delillere göre, başvuru konusu ve redde mesnet olan emtia ve hizmet sınıflarının aynı ve markaların esas unsurunun Akel ibaresi olduğu, bunlarda yer alan şekil ve yardımcı unsurların ayırt edici nitelikte olmadığı, markanın genel intibai nazara alındığında markanın esas unsurunu oluşturan sözcüğün sonraki başvuruda farklı büyüklük ve farklı yazı biçimi ve renkle yazılmasının ayniyeti ortadan kaldırmadığı, dolayısıyla davacı başvurusu ile

İşaretin pazarda ayırt edici güç kazandığının kabulü, piyasayı oluşturan bütün kesimlerde ve bu kesimlerin önemli bir bölümünde, markanın menşei belirttiği yönünde kanaat oluşturması ile mümkün olur. Tekinalp, ilgili piyasanın çoğunluğu nezdinde ayırt edicilik, gücün kazanılmasını yeterli görmektedir<sup>459</sup>.

Kullanım sonucu ayırt edicilik kazanan marka tescille ulusal düzeyde koruma sağladığından vasıf bildiren veya coğrafi kaynak bildiren bir işaretin ulusal düzeyde ayırt edici güç kazanmış olması gerekir. Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki piyasada bilinir hale gelme için yeterlidir<sup>460</sup>.

556 sayılı KHK.'nın 42/son fıkrası hükmü 2004 yılında yapılan değişiklik öncesinde kullanma ile ayırt edicilik kazanan betimleyici işaretlerin 7. maddenin 1/(b), (c) ve (d) bentlerine göre hükümsüzlüğüne karar verilmesinin istenemeyeceğini belirtmekteydi. ARKAN 7. maddenin 2. fıkrasında bu durumun düzenlendiğini bu

---

redde mesnet olan markaların 556 sayılı KHK'nin 7/1-b maddesi kapsamında benzer oldukları ve tüketici nezdinde iltibasa sebebiyet verdiği, davacının yargılama sırasında redde mesnet alınan markaların kapsamında yer alan 25/4. ve 6.sınıfta kayıtlı emtiaları devralmasının kurum kararının verildiği andaki duruma göre isabetli olup olmadığı tahkik edileceğinden uyuşmazlığın çözümüne bir etkisinin olmadığı, davacı eşarp emtiası için 1988 yılından beri tescilli Gamze Akel ibareli markanın sahibi olduğundan 25/6.sınıf için kazanılmış hakkı bulunduğunu ileri sürmüştü de, sonraki tarihli başvurunun önceden tescilli bulunan başka markaların kapsamındaki marka ve hizmetlere sirayet etmesi halinde 556 sayılı KHK'nin 7/1-b maddesi gereğince TPE'nin ve 8/1-b maddeleri uyarınca haklarının çiğnendiğini düşünen marka sahiplerinin buna engel olma hakkı bulunduğu, kaldı ki davacının önceki tarihli markasındaki ibare ile sonraki başvurusundaki işaretler farklı olduğundan farklı hukuki sonuçlara tabi bulunmasının kaçınılmaz olduğu, yargılama sırasında Akel ibaresine kullanımla ayırt edicilik kazandırıldığından 556 Sayılı KHK'nin 7/son maddesi uyarınca tescilin reddedilemeyeceği belirtilmişse de, kurum nezdindeki itiraz dilekçesinde ileri sürülmeyen bu iddianın tetkikine olanak bulunmadığını, ayrıca davacının başvurudaki işaretin tescilini istediği sınıflarda diğer markalarla karıştırılmasını önleyecek yoğunluğa ulaşan kullanımını kanıtlayamadığı, YİDK kararının iptaline yönelik bu davanın başvuruya itiraz eden dava dışı şirketin katılımıyla görülmesi zorunlu bulunduğu halde verilen kesin mehillere karşın redde mesnet emtiaların bir kısmının devralındığı belirtilerek bu davanın açılmamasının da bir red sebebi olduğu gerekçesiyle davanın reddine" dair verilen karar dairece onanmıştır. 11.HD. 29.1.2007 T. E. 2005/13994, K. 2007/98, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 30.06.2008.

<sup>458</sup> DOĞAN, agm, s. 222.

<sup>459</sup> DOĞAN, agm., s. 227; TEKİNALP, Ünal, Ayırt Edici Nitelik Kazanma, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 184.

<sup>460</sup> DOĞAN, agm., s. 230; Ankara FSHK mahkemesinin yayınlanmayan E.2004/1111, 2005/86 sayılı kararında ; davacı şirketin 1977 yılından beri 25. sınıf mallarda markayı kullandığı, 1996 yılında davalı şirket kurulduktan sonra da İstanbul, Ankara, İzmir gibi geniş bir coğrafi alanda kullanımının devam ettiği, bu sınıf emtialarla ilgili çevrelerde davacı şirketin markası olarak algılanmaya başladığı ve bu suretle kullanım yolu ile ayırt edicilik kazandığını belirtmiştir. Doğan ise üç büyük şehirde tanınmanın ayırt edicilik için yeterli olmayacağını belirtir.



nedenle bunun hükümsüzlük davası açıldığı tarih itibarıyla, ayırt edicilik kazanmış işaretlerin hükümsüzlüğünün ileri sürülmeyeceğini söyler<sup>461</sup>.

### **a.Kararnamedeki 7/son Maddesindeki Değişiklik Öncesindeki Durum**

KHK.'nın 22.6.2004 tarihli 5194 sayılı Kanununun 13. Maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde 556 sayılı KHK'nın 7. maddesinin son fıkrası, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetler ile ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise, aynı maddenin (b) bendindeki aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış, bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olduğundan bahisle, istemin reddolunamayacağı hükmünü içermekteydi. Bu halde ayırt edici nitelik kazanmış bir marka sahibi, yasa gereği, önceki benzer tescilli markanın terkinini istemeden bu markayı tescil ettirebilme hakkına sahipti<sup>462</sup>.

Zira değişiklik öncesinde Kararname'nin 7/(b) fıkrasına atıf olduğundan, kullanma ile karıştırma tehlikesi kalkmışsa tescile engel olmaz ve aynı veya benzer marka aynı veya benzer mallar için ikinci kez tescil edilebilirdi. Aynı durum 42/sondaki hükümsüzlük nedenlerine ilişkin istisnalar için de geçerli idi.

---

<sup>461</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 156; 11. HD. SHOW TV markası ile SHOW TIME markalarına ilişkin açılan davada "Konu ile ilgili 556 sayılı KHK'nın 7/son fıkrası, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetler ile ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise, aynı maddenin (b) bendindeki aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka bulunduğu bahisle tescil isteminin reddolunamayacağı hükmünü içermektedir. Diğer bir deyişle, böyle bir halde yasa koyucu, ayırt edici nitelik kazanmış bir marka sahibine önceki benzer tescilli markanın terkinini istemeden bu markayı tescil ettirebileceğini öngörmüş bulunmaktadır. Ayırt edici nitelik kazanmış markalar bakımından getirilen bu özellik, Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesi hükmü uyarınca sözleşmeye dahil tüm ülkelerde üstünlük tanınmış bulunan "tanınmış marka"ya evleviyet ilkesi uyarınca tanınması gerekir. Çünkü, doktrinde de değinildiği üzere, "556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, kazanılan ayırt edici nitelik dolayısı ile piyasada aynı veya benzer markanın varlığından rahatsızlık duymamakta, kazanılan ayırt edici niteliğin birden ziyade aynı veya benzer marka arasındaki karıştırılma riskini ortadan kaldırılacağını kabul etmekte..."dir. (Bkz.Prof.Dr.Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş 2.Basım 2002, sh.354 vd.) Aynı ilkelerin tanınmış markaya da, tanınmış olması halinde, tanınmış marka sahibinin, kendinden önce tescilli markayı terkin ettirme yoluna gitmeden kendi markasının tescilini isteyebilmelidir. Böyle bir halde, tanınmış marka sahibine terkin davası açma yükümlülüğü getirilmemelidir 11.HD.26.05.2000 T.,E. 2000/2762, K. 2000/4717; E.2003/5445 K.2004/1483, www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 03.04.2008.

<sup>462</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, 2005, s. 391, N.40.

Hukumumuzda tescilli istenilen işaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanıp kazanmadığı TPE tarafından ciddi ve objektif bir şekilde yaptırılacak ve masrafları başvuran tarafından karşılanarak anket çalışması ile mümkün olabilir.

Ayırt edici nitelik kazanmış markalar bakımından getirilen bu özellik, Paris Sözleşmesi 1. Mükerrer 6. maddesine göre sözleşmeye dahil tüm ülkelerde üstünlük tanınmış bulunan, "tanınmış markaya" öncelik ilkesi gereği tanınması gereken bir durumdur. 556 sayılı Kanun hükmünde kararnameye göre marka sahibi kazanılan bu ayırt edici nitelik dolayısı ile piyasadaki aynı veya benzer markanın varlığından rahatsızlık duymamakta, kazanılan ayırt edici niteliğin birden ziyade aynı ve benzer marka arasındaki karıştırılma riskini ortadan kaldıracığını kabul ettiği düşünülmektedir<sup>463</sup>. Tanınmış marka sahibi, önceki tescilli markayı terkin ettirme yoluna gitmeden kendi markasının tescilini isteyebilir. Böyle bir halde, terkin davası açma yükümlülüğü tanınmış marka sahibine değil, bu niteliği taşımayan önceki tescilli marka sahibine ait olmalıdır<sup>464</sup>.

Karıştırılma tehlikesinde markanın ait olduğu sınıf ve türün yanı sıra, mal ve hizmet markası ayırımı da önem taşır. Karıştırılma iki ticari marka veya iki hizmet markası arasında olabileceği gibi, bir ticari marka ile bir hizmet markası arasında da ortaya çıkabilir. Ticari marka ile hizmet markası arasındaki iltibas, alıcıların satın almayı düşündükleri mal yerine bir hizmet almak durumunda bırakılmalarından ziyade, mal ve hizmetin ekonomik önemi ve kullanım amaçlarındaki benzerlik nedeniyle mal ve hizmetin aynı kişiye ait olduğunu sanmaları ya da bunları üreten ve sunan işletmeler arasında bir bağlantının bulunduğu düşüncesine kapılmalarından kaynaklanır<sup>465</sup>. Yargıtay, önceki kararlarında tescil başvurusunda bulunulan markanın

---

<sup>463</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 71, prg. 6, n. 17-20. Tekinalp kitabın bu basısında da eski durumdan bahsetmektedir.

<sup>464</sup> “Davadaki uyumsuzluğun odaklanma noktası, tanınmış marka niteliğini kazanmış yurt dışında tescilli bir markanın, Türkiye’de tescil edilebilmesi için benzer nitelikteki markanın Türkiye’de tescilli olması halinde tanınmış marka sahibini tescilli bu markanın terkinini istemeden kendi markasını tescil ettirip, ettiremeyeceği hususunda toplanmaktadır. Mahkemece, bu hususlar üzerinde ve öncelikle tanınmışlık iddiası üzerinde durulup, değerlendirilmesi”11.HD. 26.5.2000 T., E. 2000/2762, K. 2000/4717, <http://www.turkhukuksitesi.com> Erişim tarihi: 30.04.2008.

<sup>465</sup> BGH (7. 11. 1985), GRUR, 1986, s. 381; Fezer: § 14, Anm. 396a., (naklen; KIRCA, İsmail, “symposium on effective enforcement of intellectual property rights, in turkey, session 5 speech 2, türkiye’de markalara ve Tanınmış Markalara yönelik uygulamalar yargıtay kararları açısından marka hukukunda İltibas (karıştırılma) kavramı ve Paris sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış marka”, s. 7). KIRCA bu

daha önce tescilli olan ve benzerliği iddia olunan marka ile aynı mahiyette olmadığı öncekinin hizmet, sonrakinin ticari marka olduğu ve her markanın tabii olduğu kendi sınıfında değerlendirilmesi gerektiği, bu itibarla 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 7. maddesindeki 1/ (b), (f) ve (k) bentlerinde sayılan hallerin bulunmadığına ve ticari marka ile hizmet markası arasında iltibas tehlikesi bulunamayacağına hükmetmiştir<sup>466</sup>. Daha sonraki kararlarında ise bu görüşünden vazgeçerek görüşünü değiştirmiştir. Bu konuda 11. HD'nin TPE. nin uygulamasından farklı uygulaması mevcuttur<sup>467</sup>.

### **b.Kararnamenin 7/son Maddesindeki Değişiklik Sonrasındaki Durum**

Kanun Hükmündeki Kararnamenin 7. Maddesinde yapılan bu değişiklik sonucunda markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılma sonucu ayırt edicilik kazandığından bahisle tescili mümkün olmamakta ve bu düzenleme ile karıştırma tehlikesinin önüne geçilmektedir. Keza hernasılsa böyle bir işaret marka olarak tescil edilmiş ise yine kullanma sonucu ayırt edicilik kazandığından bahsedilemeyecek ve sonraki markanın KHK. 42/son fıkra gereği hükümsüzlüğüne karar verilecektir.

556 sayılı KHK.'nın 42/ son fıkrası hükmü 2004 yılında yapılan değişiklik öncesinde kullanma ile ayırt edicilik kazanan betimleyici işaretlerin 7. maddenin 1/(b), (c) ve (d) bentlerine göre hükümsüzlüğüne karar verilmesinin

---

makalesinde çamaşır yıkama hizmeti ile çamaşırlar için yıkama, yumuşatma, beyazlatma maddeleri; jimnastik dersi hizmeti ile jimnastik egzersizlerini içeren video kasetler; inşaat malzemeleri ile kapı, pencere, musluk gibi malzemelerin montajına yönelik hizmetler; kitap ile kitap ödünçüne ilişkin hizmetler vs. arasında benzerlik olup, markaların aynı veya benzer olmaları durumunda iltibastan sözedilebileceğini örneklemiştir. [www.abgm.adalet.gov.tr/5-2-TR-Kirca.pdf](http://www.abgm.adalet.gov.tr/5-2-TR-Kirca.pdf), Erişim tarihi: 11.11.2007.

<sup>466</sup> 11.HD. 25.5.1999 T., E. 1998/9864, K. 1999/4428, (yayınlanmamış), (naklen; KIRCA, "İltibas", s. 3), [www.abgm.adalet.gov.tr/5-2-TR-Kirca.pdf](http://www.abgm.adalet.gov.tr/5-2-TR-Kirca.pdf), Erişim tarihi: 11.11.2007.

<sup>467</sup> "Davacı ticaret sınıfı için markanın tescilini istemiştir. Davalının markası ise hizmet sınıfı için tescillidir. Ancak, farklı mal ve hizmetler ile ilgili olmasına rağmen davacının tescilini istediği marka ile davalı adına tescilli markanın kullanılacağı mal ve hizmetler açısından benzerlik ve bu benzerliğin halk arasında karıştırılma olasılığı bulunduğu savunmasının değerlendirilmesi gerekmektedir. O halde; mahkemece 556 Sayılı KHK'nın ve atıf yapılan uluslararası anlaşmanın hükümleri gözetilerek benzerlik, iltibas ve halk nazarında karıştırılma olasılığı açısından somut olaya ilişkin durum ve veriler birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir iken, salt tebliğ hükümlerine dayanılarak taraf markalarının farklı sınıflar için tescilli olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir". Daire'nin 2004/6405 Esas, 2005/2823 K. sayılı onama ilamını kaldırarak kararı davalı Enstitü Başkanlığı yararına bozmuştur. 04.10.2005 T.'li karar, [www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr). Erişim tarihi: 03. 02. 2008.

istenemeyeceğini belirtmekteydi. ARKAN 7. maddenin 2. fıkrasında bu durumun düzenlendiğini bu nedenle bunun hükümsüzlük davası açıldığı tarih itibarıyla, ayırt edicilik kazanmış işaretlerin hükümsüzlüğünün ileri sürülmeyeceğini söyler<sup>468</sup>.

YASAMAN/YUSUFOĞLU 5194 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle 7. maddenin 2/(b) bendine yapılan göndermenin kaldırılarak, maddenin (a) bendine gönderme yapılması ve 42. maddenin 2. fıkrasında da aynı değişikliğin yapıldığını bu değişikliğin yeterli olmadığı çünkü bu maddenin Topluluk Tüzüğü 51. maddesinin 2. fıkrasına uygun yorumlandığını, Tüzüğün bu maddesinde kullanım ile ayırt edicilik kazanma durumunda hükümsüzlüğün istenemeyeceğinin düzenlenmiş olup, 42. maddenin buna göre düzeltilmesi gerektiğini söylerler<sup>469</sup>. TEKİNALP ise bu değişiklik yapılmadan da yorum yoluyla buna gidilebileceğini belirtir<sup>470</sup>.

Ön karar ile Avrupa Topluluğu Mahkemesine gelen CHİEMSEE kararında ATAD, bir işaretin, bir işletmenin mallarını diğer bir işletmenin mallarından ayırt etme niteliği kazanması halinde, isterse olaydaki gibi kullanımı serbest işaret olsun, marka olarak tescil edilebilir sonucuna varmıştır. ATAD, ayırt edici nitelik

---

<sup>468</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 156; 11. HD. SHOW TV markası ile SHOW TIME markalarına ilişkin açılan davada "Konu ile ilgili 556 sayılı KHK'nın 7/son fıkrası, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetler ile ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise, aynı maddenin (b) bendindeki aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka bulunduğu bahisle tescil isteminin redolunamayacağı hükmünü içermektedir. Diğer bir deyişle, böyle bir halde yasa koyucu, ayırt edici nitelik kazanmış bir marka sahibine önceki benzer tescilli markanın terkinini istemeden bu markayı tescil ettirebileceğini öngörmüş bulunmaktadır. Ayırt edici nitelik kazanmış markalar bakımından getirilen bu özellik, Paris Sözleşmesi'nin 1 nci mükerrer 6 ncı maddesi hükmü uyarınca sözleşmeye dahil tüm ülkelerde üstünlük tanınmış bulunan "tanınmış marka"ya evleviyet ilkesi uyarınca tanınması gerekir. Çünkü, doktrinde de değinildiği üzere, "556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, kazanılan ayırt edici nitelik dolayısı ile piyasada aynı veya benzer markanın varlığından rahatsızlık duymamakta, kazanılan ayırt edici niteliğin birden ziyade aynı veya benzer marka arasındaki karıştırılma riskini ortadan kaldıracaklarını kabul etmekte..."dir. (Bkz. Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Basım 2002, sh.354 vd.) Aynı ilkelerin tanınmış markaya da, tanınmış olması halinde, tanınmış marka sahibinin, kendinden önce tescilli markayı terkin ettirme yoluna gitmeden kendi markasının tescilini isteyebilmelidir. Böyle bir halde, tanınmış marka sahibine terkin davası açma yükümlülüğü getirilmemelidir 11.HD.26.05.2000 T.,E. 2000/2762, K. 2000/4717; E.2003/5445 K.2004/1483, www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 03.04.2008.

<sup>469</sup> YASAMAN/YUSUFOĞLU, Marka Hukuku, C.II, s. 871. YASAMAN/YUSUFOĞLU, 42/2. maddenin, "Bir markanın 7/1 (a), (c), (d) bentlerine aykırı tescili halinde kullanım sonucu, tescil edildiği mal ve hizmetler açısından ayırt edici nitelik kazanmış ise, marka hükümsüz sayılmaz." Şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

<sup>470</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 441, prg. 29, n. 5.

kazanmanın soyutlanma ve bir işletmeye bağlanma (köken işlevi) gibi iki şartının olduğunu belirtir<sup>471</sup>.

OHIM de August Storck KG.' nin altın renginde Şeker ambalajı kağıdının çizgisel olarak görüntüsünü içeren şekil markasının tescili için yapılan başvuruya, 2005 yılında markanın ayırt edici karaktere sahip olmaması nedeniyle red kararı vermiştir. Dypna Mc Sweeny ve Pauline Armstrong arasındaki ihtilafta August Storck KG lehine AB. 1. Derece mahkemesinin 10.11.2004 tarihli kararına karşı 29.01.2005 tarihinde OHIM e yaptığı başvuru sonucunda OHIM 2. Dairesi bükülmüş altın renkli şeker kağıdının şekline ilişkin marka tescil talebini markanın tescili için temel şart olan ayırt ediciliğinin bulunmadığı ve kullanma yolu ile ayırt edicilik kazandığının ispat edilemediğini, bunun ispatının gerektiğini söyler<sup>472</sup>. Kararda, “Eğer işaret mal ve hizmetlerle ilgili olarak kullanma ile ayırt edicilik kazanmış ise tescil edilebilir.” demiştir. Mahkeme, markanın izleniminde malın kaynağını belirten ambalajın rengi ve şekli birlikte bir bütün olarak birlikte bakıldığında tüketicinin ticari kaynağı tespit için yeterli olmadığını ve piyasadaki sıradan kullanılan şeker kağıtlarından yeterli farklılıkta olmadığını söyler.

Mahkeme, “İlk derece mahkemesi karıştırılma tehlikesinin oluşmasında halkı hedef kitle ile sınırlandırırken, hedef kitleyi markalı malları edinme ihtimali olan tüketiciler olarak bahsetmiştir. Oysa hedef kitle çok farklı olarak markalarla karşılaşma ihtimali olan bütün kişileri kapsayan halktır. ” der<sup>473</sup>.

Marka sahibinin kaliteli üretimi, tanıtımını iyi yapması sonucunda bazı markalar tescilli buldukları mal kategorisinde sivrilerek kalite sembolü ve reklam aracı olabilirler. Piyasaya ilk olarak sürülecek bir malın tanınmış işaretler altında

---

<sup>471</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 393, prg. 25, n. 42.

<sup>472</sup> ATAD'ın bu kararında sıradan kullanılan şeker kağıtlarından farklı olarak ticari kaynağı gösterecek şekilde akılda kalıcı yeterli özellikleri olmadığını belirtir. <http://curia.europa.eu/juris/>, Erişim tarihi: 25. 02. 2008; “İltibas sadece ad, unvan ve markada değil, piyasaya sürülen malların ambalaj kompozisyonunda da olabilir. Taraflara ait ambalajın genel görünümü estetik, grafik, renk kompozisyon ve ağırlık yönlerinden tüketiciyi yanılgıya düşürebilecek nitelikte olduğu” Y 11. HD. 07. 03. 1985, 1985/887 E, 1985/1265 K.; Sadece ambalajlarda dahi benzerlik ve aynıyetin yalnız başına haksız rekabet oluşturacağına dair bkz. 11. HD. 25.01. 1983 T, E. 82/5869, K. 83/246, DÖNMEZ, age., s. 65, 66.

<sup>473</sup> Kararda mahkeme karıştırma tehlikesinde hedef kitle “the public concerned consists of all persons likely to be confronted with the mark” “marka ile karşılaşması muhtemel kitle”deyimini kullanmıştır. ATAD kararı, Case C-106/03 P) <http://curia.europa.eu/juris/cgi>, erişim tarihi: 16. 03. 2008.

piyasaya sunulması, o malın satışında büyük kolaylık sağlar. Bu sebeple kanun koyucular tanınmış markaları daha kapsamlı korumaktadırlar. Tanınmış markalar başkaları tarafından sadece aynı veya benzeri mal veya hizmetler için değil, farklı mal veya hizmetler için, iltibas tehlikesinin yanı sıra itibarına zarar verecek davranışlara karşı da korunur.

556 sayılı KHK.'da tanımı yapılmayan tanınmış markanın ne zaman tanınmış sayılacağı konusunda kesin bir kriteri yoktur. Her mal veya hizmet grubu için tanınmışlık düzeyi kriterleri farklı olabilir. Önemli olan markanın farklı mal veya hizmetler için kullanılmasının, markanın ayırt edici karakterine zarar verip vermeyeceği ya da çekici gücünden haksız biçimde yararlanılmasına neden olup olmayacağıdır. Bunun tespiti için de markanın tanınmışlık düzeyinin yanında piyasada bu markanın aynının ya da benzerlerinin kullanılmakta olup olmadığı, markanın ne ölçüde orijinal olduğu ve markanın sahip olduğu reklam değeri ile hafızalarda yer edinmiş olup olmadığı araştırılması gerekir. Tanınmış markadan söz edebilmek için bu marka altında dağıtımı yapılan malların objektif olarak üstün kalitede olması şart değildir.

Markanın orijinal olması, onun reklam gücünü, değerini artırır. Buna bağlı olarak tanınmış markada aynı markanın farklı mal veya hizmetler için kullanılması onun ayırt edici karakterini zedeleyebileceği gibi itibarından haksız biçimde yararlanılması sonucunu da doğurabilir. Fakat marka kullanılan mal veya hizmet sınıfında orijinal ise farklı mallar için kullanılsa dahi ayırt ediciliğine zarar gelmeyebilir. Tanınmış markaların korunmasına ilişkin sorunlar uygulamada sıklıkla görülmektedir<sup>474</sup>. Markanın ayırt edici fonksiyonu marka sahibinin izin ve denetimi olmaksızın, markanın değişikliğe tabi tutulamayacağını garantisini de içerir.

Yukarıda da bahsedildiği gibi 556 sayılı kanun hükmünde kararname marka olabilecek işaretlerin dışında markada yardımcı unsur olabilecek ve markanın esas unsuru olamayacak işaretleri de 7. maddenin 1/ (c) ve (d ) fıkralarında düzenlemiştir.

---

<sup>474</sup> Chanel- Chanel Turkey, Y. 11. HD. 3. 3. 1989 T, 1120/1284; Güloğlu – Güllüoğlu, 11. HD. 10.11.1987, T., 5450/6065; Playboy markası ve Tavşan başının kullanılmasına dair dava, 11. HD. 26.2.1985 T, 995/995; Şahin- Uşak Şahin. 11. HD. 14.6.1988 T, 1918/3940, DÖNMEZ, age., s. 128-137; Davidoff markasının kullanıldığı dava Y.11.HD. 22.2.1999 T, 9442/1386, TEOMAN, s. 48 vd.; Levi' Strauss & Co. - Fan kot davası, Y. 11. HD. 6.6.1999 T, 1734/5146 Christian Dior, Dolce Vita' nın markasının kullanılmasına dair davalar örnek gösterilebilir.

Bunlar betimleyici işaretler olan, mal veya hizmetin niteliğini gösteren işaretler, coğrafi kaynak gösteren işaretler ve bir meslek veya hizmet grubuna aidiyeti gösteren işaretler ile serbest işaretlerdir.

Kararname'deki 2004 yılında yapılan değişiklik öncesinde TEKİNALP, tescilli markadan önce bir markayı kullanan ve ayırt edici nitelik kazandıran kişi markası için tescil başvurusunda bulunduğu kararnamenin 7. maddesinin (b), (c), (d) bentlerindeki mutlak red sebepleri ileri sürülemeyeceği bunun sebebinin markanın kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması ve bu nedenle aynı veya benzer mallarda iltibasa sebep olmayacağı görüşündedir. TEKİNALP, tescilli markanın terkininin istenemeyeceğini fakat ayırt edici nitelik kazanan markanın da tescilinin yapılabileceğini TPE.'nin başvuruyu reddetmesi halinde mahkemeden KHK.'nın 7/2. maddesine göre tescil talebinde bulunulabileceğini savunmaktadır<sup>475</sup>. Fakat değişiklik nedeniyle, bunu artık savunmak, ancak benzer markalar için iltibasın bulunmadığı anlamında mümkündür.

TPE tarafından, tescil talebi reddedilmişse, mahkemede tescil davası açılabilir<sup>476</sup>. İşaretin belli bir hizmetle ilgili olarak yoğun bir reklam kampanyası ile uzun süre kullanılarak o malla ilgili çevrelerde bu işaret belli bir işletmenin markası olarak algılanmaya başlar. ARKAN'a göre kullanımın hangi koşullar altında uzun ve kesintisiz sayılacağı somut olayın özelliklerine göre tespit edilir<sup>477</sup>. ARKAN 7. md.'nin 2. fıkrasındaki ibarenin tescil başvurusundan önce kullanılmayı kastettiği<sup>478</sup>, TEKİNALP'e göre ise burada kastedilen işaretin tescil tarihi öncesi kullanılma olduğunu belirtir<sup>479</sup>. Fiili tescil sonra dahi olsa tescil tarihi hukuken başvuru tarihine kadar geri gittiğinden, tescil tarihi ile tescil başvuru tarihi arasında fark yoktur.

---

<sup>475</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2002, s. 355, 356. Tekinalp'e göre daha önce kullanılan işarete bir ek yapılması gerektiğini söylemektedir. Dirikkan ise buna gerek olmadığını, çünkü; ek yapılması, diğeri ile karıştırılmaması ayırt edicilik kazanılması halinde mümkündür, demektedir. DİRİKKAN, age., s. 32, dpn. 93. Kanaatimce kullanma sonucu ayırt edicilik kazanılmış ise ayrıca ek konulması gereksizdir. Bu ayırt edicilik kazanılmadığı takdirde tescil doğal olarak mümkün olmayacaktır.

<sup>476</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2002, s. 356.

<sup>477</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 83.

<sup>478</sup> ARKAN, Marka Hukuku, s. 74, 85.

<sup>479</sup> TEKİNALP, Tescil İlkesi, s. 476.

Doktrinde 556 sayılı Kanun hükmünde kararnamenin 7. md.' nin kararnamenin 8. md'nde tekrar edilmesinin nedeni hakkında görüş birliği yoktur. ARKAN'a göre, bunun hem nispi hem mutlak tescil engelleri arasında düzenlenmesi isabetli değildir. Tescili istenen markanın daha önce tescil edilmiş ya da tescili konusunda başvurusu yapılmış markanın aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar aynı olup olmadığı re'sen TPE. tarafından değerlendirilecektir. KHK. 7. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, 8. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinden farklı olarak, markanın halk tarafından karıştırılma ihtimalinden bahsedilmemiştir. Dolayısıyla, yukarıda da bahsedildiği gibi 7. maddenin 1. fıkrasının (a) bendindeki aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka ifadesinin, markalar arasındaki benzerliğin iltibasa yol açıp açmayacağına ayrıca inceleme yapılmasına gerek kalmayacak derecede güçlü ve açık olduğu halleri kapsadığı söylenebilir. Burada iltibas tehlikesinin varlığı mutlak şekilde kabul edilir. Bu durumun ayrıca ispatı bilirkşi incelemesi yapılmasına gerek duyulmaz. ARKAN, aynı inceleme kriterlerine hem mutlak hem nispi red nedenleri arasında yer verilmesini isabetsiz bulmakta, ancak; nispi red nedenini oluşturan iltibas hallerinin mutlak olanların aksine sadece çok açık iltibas hallerini değil inceleme ve değerlendirme gerektiren halleri de kapsadığını söylemektedir. Nispi red sebeplerini incelerken de daha önce tescil edilmiş bir markanın aynı olan markanın tescilinin mutlak red sebeplerine dayanarak reddedilmesi gerektiğini belirtir<sup>480</sup>. İltibasın mutlak varlığı kabul edilmiş ve itirazda bulunana herhangi bir ispat yükü yüklenmemiştir.

Bu çerçevede, karıştırmada bütünlük ve işaretlerin birbirini çağrıştırmaları ölçütlerine değinmek gerekir.

### ***C. KARIŞTIRMADA BÜTÜNLÜK ÖLÇÜTÜ***

Marka tescil edilirken, unsurları ayrıştırılarak ayrı ayrı değil bir bütün halinde değerlendirilerek, uygun olduğu takdirde tesciline karar verilir. Markalar arasındaki benzerliklerin tespitinde de aynı değerlendirme yapılır. Çünkü tüketici markayı ayrı ayrı unsurlarına ayrıştırarak değil bir bütün halinde algılar. Karıştırılma tehlikesinde de markanın bir bütün olarak tüketici hafızasında kaldığı iz önem taşır. 556 sayılı Kanun hükmünde kararnamede yer almamış olmasına rağmen bugün de geçerliliğini sürdüren ve 551 sayılı MarK. 47. maddesinde belirtilen toplu olarak bırakılan umumi intiba

---

<sup>480</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 71, 72; ARKAN, age., C. II, s. 216; BATTAL, agm., s. 18, 21.



tüketicinin hafızasında kalan bu izdir<sup>481</sup>. Markalar tüketiciler tarafından aynı anda göz önünde bulundurulamayacağı, ayrıntılar değil bütüne ilişkin benzerliğin, markanın kullanıldığı ürünün ve tüketici kesimi nazara alınarak değerlendirme yapılmak gerekir<sup>482</sup>. İşaret, tüketicisi tarafından bakılır bakılmaz fark edilmiyor, uzun inceleme veya düşünme neticesinde anlaşılabiliriyorsa marka olarak kullanılan işaret bütünlük unsuru taşımaz<sup>483</sup>.

Alman Patent Mahkemesi beş tane çin yazı karakterinden oluşan işaretin bira markası olması talebini işaretlerin tanınabilir olmadığından bahisle reddetmiştir. Birden fazla unsurdan oluşan bir işarete esas unsur konumundaki unsur açısından bütünlük esası incelenecek ve işaret aynı zamanda bir bütün olarak da değerlendirilecektir. Markada yardımcı unsurlar markanın genel görünümünü etkilerken esas unsurlar ayırt ediciliği sağlamakta ve karıştırma tehlikesinde etkili olmaktadır. Yardımcı unsur orijinal bir şekil verilmişse bu orijinal şekil de korunur ve karıştırma tehlikesinin tespitinde değerlendirilir<sup>484</sup>. Markada bütünlük şartının önemi, işaretlerin benzer olup olmadıklarının tespitinde gereklidir. Bir bütünlüğü olmayan, sınırları tespit edilemeyen bir işaret, diğer işaretlerden ayırt edilmesi zorlaşacaktır. Bu durumda uzun yıllar kullanım sonucu ayırt edicilik kazandığı iddiası ile marka tescil edildiği takdirde örnekteki gibi bütün çin harfleri marka sahibinin tekeline verilmiş olur. Benzer marka ile arasında karıştırma tehlikesi yönünden yapılacak incelemede

---

<sup>481</sup>TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 407, ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 99; ARSEVEN, age., s. 143; CENGİZ, age., s. 34.

<sup>482</sup> 11. HD. 05.10.2000 T, 2000/4309 E, 2000/7468 K, ORHAN, age., s. 51, 52.

<sup>483</sup> DOĞAN, agm., s. 24; “davacının "PORT" markası 27. 5. 1994 tarihinde 25. sınıf emtialar için tescil edilmiş, davalının "İTERPORT" markası ise, 24. 8. 1999 tarihinde yine 25. sınıf emtialar için tescil edilmiştir. Bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı vs. den oluşan şekil olup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanın bütünü itibariyle bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüm ve ayrıcalığını vurgulayan imajda aramak gerekir. 556 sayılı KHK. nin 7/1-b maddesi ve 8/1-b maddesi gereği, markalardaki kök kelime "PORT" ibaresi olup, her iki markada da "PORT" ibaresi müşterektir. Bu sözcüğün ise davacının önceden tescilli markası ile yazılış, okunuş, görsel ve fonetik yönlerden orta seviyedeki insanlar bakımından iltibasa meydan verecek derecede benzer olduğu, davalının sırf davacı markasından istifadeye yönelik olarak bu sözcüğü tercih ettiği anlaşılmaktadır. Davalının markasındaki mevcut eklentinin başlı başına ayırt edicilik vasfının da olmadığı anlaşılmaktadır.” 11. HD. . 5. 5. 2003 T., E. 2002/12018, K. 2003/4432.

<sup>484</sup> FEZER, Festschrift, s. 530, (naklen; DOĞAN, s. 25); CENGİZ, age., s. 28; ARKAN tükenmez kalemlerde kullanılan BİG-PEN markası ile Big markası arasındaki iltibasta markaların esas unsurunun Big kelimesi olmasına bağlar. BGE, 87/II, s. 37, 38, ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 99.

her zaman bunun varlığının varolması nedeniyle farklı kombinasyonların tescil edilebilmesi imkansız hale gelecektir.

Marka hakkına tecavüzün tespit edilmesinde markalar bir bütün olarak dikkate alınmalıdır<sup>485</sup>. Yargıtay Dairesi, "Playboy" markası ile "Playback" markaları arasında, semantik ve fonetik bakımlardan kesin bir farklılık olduğu davalı şirkete ait "Playback" sözcüğü ise, önceden kayda alınmış, ses dizisine uygun ağız hareketlerinin, görsel olarak yapılması eylemini ifade ettiği, bu sözcüklerin birden fazla kelime unsurunun kaynaştırılması ile türetilmiş tamlamalar olup, kendi içlerinde bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmeleri gerektiğini belirtir<sup>486</sup>. Yine daire, Mintaks olarak yazılan davacı markasının mintax olarak piyasada kullanıldığı, davalının mintan olarak markası ile markanın bir bütün olarak bıraktığı intiba göz önüne alındığında iltibasın bulunduğu ve davacının markasını kullanmış olduğunu kabul etmiştir<sup>487</sup>.

---

<sup>485</sup> 11. HD. 13. 02. 2001 T., E. 2000/10286, K. 2001/1183, Pınar Mini kararı; dairenin başka bir kararında, daire; "yabancı iki sözcüğün birleştirilmesinde oluşan (STEELCASE) sözcüğünün marka eşya listesinde yer alan mobilyalar, büro kitapları, kitaplıklar kütüphaneler iskemleler ve benzeri eşya için ayırt edici bir nitelik taşıyan bir marka sözcüğü haline gelmiş bulunduğu anlaşılmasına bu markanın (steel) ve (case) sözcüklerine ayrılarak Enstitü'ce reddolunması isabetli görülmediğinden" diyerek onama kararı vermiştir. Y. 11. HD, T. 12.12.1997, E. 1997/7901 K. 1997/9168.

<sup>486</sup> "Davaya, konu markalar arasında semantik ve fonetik bakımlardan kesin bir farklılık bulunduğunun kabulü zorunludur. Daha çok bir magazin dergisi ile özdeşleşmiş bulunan davacıya ait "Playboy" markasının sözlük anlamı "değişik hazları kovalayan ve yaşamının temel uğraşı edinmiş varlıklı genç erkek"tir. Davalı şirkete ait "Playback" sözcüğü ise önceden kayda alınmış ses dizisine uygun ağız hareketlerinin görse olarak yapılması eylemini ifade eder. Bu sözcükler birden fazla kelime unsurunun kaynaştırılması ile türetilmiş tamlamalar olup kendi içlerinde bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmeleri gerekir. Oysa, mahkemece, her bir marka ayrıştırılmış ve (Play) ibaresi esaslı unsur kabul edilerek davalı şirket markasındaki aynı ibarenin davacı markası ile iltibas doğuracağına sonucuna varılmıştır. Ortalama kavrayışı dikkat ve zekaya sahip bir tüketicinin, bu markaları karıştırıp davalı markasını, davacı markasının bir türevi imiş gibi algılayabileceği görüşü isabetli bulunmamıştır. Öte yandan, davalı şirkete ait markanın tescilli logosunda (P) harfi aşağıya dönük bir şapka biçiminde dizayn edilmiş, "Authentic Wear" sözcük grubu ile farklı bir grafik kompozisyonu oluşturulmuştur. Anlamsal, görsel ve işitsel bu farklılıkların yanında söz konusu markaların içerdiği emtialar da büyük ölçüde farklılık taşımaktadır. Bütün bu olgular gözetilerek, 556 sayılı KHK. 'nın 9/b maddesinde öngörülen halleri içermeyen davacı itirazının reddi kararı yerinde olduğu halde, aksine düşüncelerle davanın kabulü doğru bulunmamış kararın bozulması gerekmiştir." 11. HD E.1999/4005, K.1999/8651, 02.11.1999 T., ATAD kararlarında da bütünlük konusuna ısrarla değinilir. Nestlenin OHIM.'e ve quick restoranlarına açtığı davada 20. 09.2007 tarihinde eski marka QUICKIES ile QUICKY şekil markası arasında karıştırma tehlikesinin varlığına ilişkin 22.2.2006 tarihli, 1 derece mahkemesinin 74/04 nolu dosyasına ilişkin Mahkeme OHIM 1. derece mahkemesine dosyayı iade ederek mahkeme bir bütün olarak markaları görsel benzerlik açısından değerlendirmemi der. " (Case C-193/06 P) <http://eur-lex.europa.eu>,

<sup>487</sup> YHGK. 18. 02. 1976 T, 213-244, DÖNMEZ, age., s. 68.

## D. İŞARETLERİN BİRBİRİNİ ÇAĞRIŞTIRMASI ÖLÇÜTÜ

Marka işaretleri arasında benzerlik büyük olmasa da, bazen bu markalar arasında işaretlerin birbirini çağrıştırması nedeniyle karıştırılma tehlikesi doğabilmektedir<sup>488</sup>. Tabii ki çağrıştırma sonucunda karıştırma tehlikesinin bulunup bulunmadığına da bakılması gerekir. Ortalama dikkat sahibi tüketici tarafından malın veya hizmetin alımı için ayırabildiği süre içinde edindiği toplu izlenim esastır. Alım süresi kısaldığı, malın ya da hizmetin alınmasının günlük iş niteliği taşıdığı oranda yanılma payı yüksek olur. Alıcının almak istediği mal veya hizmetin üzerindeki işareti çağrıştıran bir işareti taşıyan mal veya hizmet alıcı tarafından karıştırılma sonucu alınabilir. Burada işaret aynı veya benzer değildir. Fakat gördüğü işaret, tüketicide almak istediği mal veya hizmeti çağrıştırır<sup>489</sup>. TEKİNALP, buna güzel bir örnek olarak, tüketicinin beğenip almak istediği üzerinde yüzü siyah bir geç kız resmi olan Siyah Bacı markalı kahve yerine, üzerinde yaşlı, gözlüklü bir teyze bulunan, Arap Teyze markalı kahveyi almasını göstermiş olup, burada markalar arası çağrıştırma yoluyla karıştırılma vardır<sup>490</sup>.

Marka olarak kullanılan işaret malın zorunlu bir parçası olmayıp parçadan ayırt edilebilmelidir. Markanın ayırt etme işlevinin bir sonucu olarak malın üzerindeki işaret malın işlevsel bir parçası olamaz<sup>491</sup>. İşaretin ayırt ediciliğinin olmaması mutlak tescil

---

<sup>488</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 377. Burada yazar ambalajında siyah bir genç kız resmi olan Siyah Bacı markası ile markette satılan Arap Teyze kahve markasındaki gözlüklü yaşlı bir bayan resmini vererek işaretlerin birbirini çağrıştırabileceğini söylemektedir.

<sup>489</sup> “Doktrinde, halk tarafından karıştırılma ihtimalinin iki koşulun bir araya gelmesi halinde irdelenebileceği kabul edilmiş ve bu iki koşuldan birincisinin tescili istenen markanın, daha önce tescilli bulunan markanın aynısı veya benzeri olması, ikincisinin ise her iki markanın aynı mal ve hizmetlerde kullanılması olacaktır. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise, bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halkın olduğu gözönünde tutulacaktır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel veya görsel bir benzerlik ve hatta genel görünüş açısından "umumi intiba"olmasa bile, halk tarafından iki marka arasında bir bağlantı kurulması ve hatta çağrıştırması dahi karıştırılma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir. Somut olayda da her iki markanın aynı emtia sınıfında kullanılması söz konusu olup, her ikisinin de benzer olduğu iddia edildiğine göre,halk tarafından karıştırma ihtimalinin irdelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mahkemece, özellikle davacı vekilinin her iki markanın " karıştırılma ihtimali" bulunduğu yönündeki itirazları dikkate alınarak ve davaya konu emtianın niteliği itibariyle alıcısı olan halk kitlesinin "ayırt etme, bağlantı kurma" durumu göz önünde tutularak bu konuda uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılarak, oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekir.” 11.HD. 13.11.2003 T., E. 2003/4003, K.2003/10839, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 28.06.2008.

<sup>490</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 415, prg. 26, n. 35.

<sup>491</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 412, prg. 26, n. 29; EROĞLU, S., agm., s. 100.

engeldir. 556 sayılı KHK marka olan işaretleri aynı, ayırt edilemeyecek kadar aynı, benzer, ayırt edilemeyecek kadar benzer şekilde ayırmıştır.

### **E.MARKALAR ARASINDA BAĞLANTI KURULMASI TEHLİKESİ**

Eski Markalar Kanununda olsun, 556 sayılı Kanun hükmünde kararname ve TTK'da olsun, karıştırılma tehlikesinde halkın marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanılgısına düşmesi veya düşürülmesi aranmaktadır. 556 Sayılı KHK.'da Karıştırılma tehlikesinde ise halk bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde bağlantı olduğu ve herhangi bir nedenle aldığı malın başka bir işletmeye ait olduğunu bilse de; itibar ettiği işletme ile malını aldığı işletme arasında bir ekonomik bağlantı olduğunu düşünse dahi karıştırılma tehlikesi mevcuttur. Bazen marka işaretleri arasında benzerlik olmamasına rağmen malların ambalajları itibarıyla ambalajın renk, şekil, dizaynı ile önceki markayı çağrıştırdığı ve karıştırma tehlikesine sebebiyet verebileceği durumlar olabilir<sup>492</sup>. Bu durumda malın biçimi özgün biçimde tescilli ise o zaman markada iltibas olur.

Karıştırılma, marka, ad ve unvan gibi doğrudan doğruya piyasaya sürülen ambalajların kompozisyonlarında da olabilir. Aldatıcılık hedef kitlenin asıl marka ile taklit markalar arasında ayırımı yapıp yapamayacakları, aldatıcılık olup olmadığına göre belirlenir. Aldatıcılık yoksa markaya tecavüzden dolayı gerçekleşen bir haksız rekabet durumu yoktur<sup>493</sup>.

Bağlantı ihtimali marka ile işaretler arasında veya marka ve işaretin kaynağı arasında olabilir. Bu durumda marka ile işareti kullanan işletmenin aynı olduğu veya aynı şirketler veya işletmeler grubuna ait olduğu yönündeki ya da tescilli marka ile işaret arasındaki çeşitli yönlerden benzerlik sebebiyle bağlantı ihtimali iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz oluşturur. Örnek olarak, sadece seramik üreten bir işletmenin

---

<sup>492</sup> 11.HD 2001/4623 E, 2001/6954 K, 20.09.2001 T. "PINAR Beyaz sürülebilir Krem Peynir" ve "PINAR LABNE" markalarının peynir emtiasında kullanılmak üzere marka olarak tescil ettirildiğini, davacı markasının tanınmışlığından yararlanmak isteyen davalıların "BEYAZ" ve "LABNE" sözcüklerini marka olarak aynı ürünlerde kullanıp pazarladıklarını, aynı şekilde ürün ambalajında da, renk, dizayn, ebat yönünden iltibasa neden olacak benzerlik yaratıldığını, bu hususun marka haklarına tecavüz ve haksız rekabet olduğu dairece kabul edilerek karar düzeltme talebi kabul edilmemiştir.11.HD.20.09.2001T.,E.2001/4623, K. 2001/6954 T., e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=11>, erişim tarihi: 13. 03. 2008;YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s.323; ORHAN, age., s. 113, 11. HD, 29. 03. 2002 K, 2001/11402 e, 2002/2859 K.; MERAN, age., s. 56.

<sup>493</sup> DÖNMEZ, age., s. 85.

seramik markası ile bağlantı oluşturacak şekilde başka bir işletmenin seramik yapıştırıcısı imalatında bağlantı olduğu ihtimalini yaratan karıştırılmaya sebep olabilir<sup>494</sup>.

## **F. KARIŞTIRILMA TEHLİKESİNİN TESPİTİNDE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ**

### **1. Objektif Görüşün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi**

Marka tescil edilirken piyasada oluşan kanaate göre, işaretin ayırt edici güce sahip olup olmadığı, piyasada oluşan kanaat ile her somut olaya göre ayrı ayrı belirlenir. Bu tespitte işaretin orijinallığı, fantezi bir işaret olması, tanınmışlığı, piyasada genel olarak kullanılabilirliği, kullanım süresi ve yoğunluğu gibi objektif hususlar önemlidir<sup>495</sup>. Kanaatin yoğunluğu, ağırlıklı olarak ne yönde olduğunun ve yeterli ayırt edici güce sahip olup olmadığının tespitinde piyasa araştırmalarından faydalanılması gerekir<sup>496</sup>.

HUMK 76. maddesi gereği yargıcın doğrudan doğruya görev alanına giren hususların tespitinde hukuki belirleme ve hukuk kuralının uygulanmasını yargıç yapar<sup>497</sup>. Karşı görüşe göre fiili karıştırmaları bulunup bulunmadığının tespitinin zorunlu olduğunu, bu nedenle yargıcın anket veya örneğin self servis bir işletmede ortalama bir tüketicinin katılacağı keşifte markaları karıştırıp karıştırmadığına bakılarak karar vermesi gerekir<sup>498</sup>.

Görsel boyutta amaç, ürünlerin birlikte sunulduğu market reyonlarında, görsel ağırlıklı olarak, nihai alıcılar tarafından her iki marka arasında bir karıştırma veya ilişki kurma durumu söz konusu olup olmadığını görmektir. Bu amaçla, iki markette, her iki markaya ait ürünlerin özellikle yan yana dizildiği bir satış reyonunda anket yapılmış, ankete katılanlara tek soru olarak, “reyonda gördükleri ürünlerden hangilerinin Y tarafından üretildiğini düşündükleri” sorulmuş ve verilen sözlü

---

<sup>494</sup> ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER/ERTAN, age., s. 422.

<sup>495</sup> DOĞAN, agm., s. 27, 28. Yazar lezzet ibaresinin marka olarak kullanılması örneğini vererek marka olarak tescil edilebilmesi için güçlü bir ayırt edici güç kazandığı takdirde tescilinin mümkün olduğunu söyler.

<sup>496</sup> DOĞAN, agm., s. 29.

<sup>497</sup> BG, 18. 07. 2000GRUR int 2001, s. 187; KLETT, GRUR 2001, s. 551, (naklen; DİRİKKAN, age., s. 192).

<sup>498</sup> DEHLFİNG, s. 45; SCHERER, GRUR 2000, s. 273. ( naklen; DİRİKKAN s. 192).

cevaplarla veya ürünü işaret etmiş olmalarıyla somutlaşan tercihleri anketör tarafından anket formuna işaretlenmiş ve bu testin tümü, video kaydı altına alınarak mahkemeye sunulmuştur<sup>499</sup>. Ülkemizde anket çalışması sistemi yerleşmemiş olup bu konuda çalışmalar ile karıştırma tehlikesini tespit etmede kullanılması yerinde olacaktır.

## **2. Hakimin Bizzat Karar Vermesi Hali**

Yargılama sürecinde genel kural, hakimin özel uzmanlık gerektirmeyen her konuda, ve özellikle hukuk bilgisi gerektiren konularda bizzat karar vermesi yükümlülüğüdür. Medeni Hukuk, hakime geniş bir insiyatif alanı bırakmıştır. Kamu hukukundan farklı olarak hakime, gerektiğinde, “hukuk yaratma” yetkisi verilmiştir. Hakim, bariz olarak işaret ile markanın karıştırılmasına sebep olabilecek şekilde ayniyet veya benzerlik gördüğü durumlarda bilirkişiye gitmeyerek uyuşmazlığı çözebilir. Bizzat tespit edebileceği bir karıştırma olayı için bilirkişiye gitmesine gerek kalmaz. Yargıtay 11. HD.’nin de emsal kararlarında bu husus dile getirilmiştir<sup>500</sup>. Karıştırılma tehlikesinde işaretlerin aynı yahut ayırt edilemeyecek derecede benzer olmaları durumunda özellikle işaretlerin aynı olup renk, boyut veya yazılış farklılığı durumlarında bilirkişi incelemesine gerek duymadan, hakim uyuşmazlığı çözebilir<sup>501</sup>. Buna karşın Yargıtay 11. HD.’nin markanın tanınmışlığının tespitinde yargıcın şahsi bilgisinin yeterli olmayacağını ve bilirkişiye başvurulması gerektiğini kabul eden kararı da mevcuttur<sup>502</sup>.

## **3. Bilirkişi İncelemesinin Gerekliliği**

Çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren marka ihlali davalarında bilirkişiye başvurularak, 556 sayılı KHK'nın 9 ve 61. maddeleri anlamında bir tecavüzün gerçekleşip gerçekleştirilmediğinin incelenmesi zorunludur. Ancak bu

---

<sup>499</sup> ÜNLÜÖNEN, Kurban; BATTAL Ahmet; YAYLI Ali;YÜKSEL, Sedat; “Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuk Sürece Dahil Edilmesi : Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği Conclusion Of Public Opinion In Brand Imitation Lawsuits: A Three Dimensional Research Case”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi www. esosder. org ISSN: 1304-0278 Güz-2007 C. 6 S. 22 (01-12)

<sup>500</sup> "DİDO" ile "DİTTO" markalarının okunuş ve telaffuz itibarıyla benzer olduğu ve markaların kullanıldığı malın alıcılarının çocuk olduğu dikkate alındığında, davacının meşhur "ÜLKER DİDO" markası ile davalının tescil başvurusunda bulunduğu "DİTTO" markaları arasında iltibas olduğunun bilirkişi incelemesine gerek görülmesizin kabulü gerekir". 11. HD'nin 1. 7. 2003 T, E. 2002/1728, K. 2003/7187, www.kazanci.com.tr.

<sup>501</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C. I, s. 75.

<sup>502</sup> Y.11.HD. 14.06.1999 T., E. 1999/3271, K. 1999/5256, (www.kazanci.com.tr).

inceleme yaptırılırken, düzenlenen raporun hükmü veren mahkemece ve hükmü denetleyen mercilerce değerlendirilebilmesi için, taklit ürün, varsa ve elde edilmesi mümkün olduğu takdirde orijinal ürünün, getirtilip dosya içine konulması, bulunmaması veya temininin mümkün olmaması halinde ise, TPE.'den marka tescil belgelerinin tasdikli suretleri ile karşılaştırmayı sağlayacak fotoğrafların elde edilerek dosyaya eklenmesi suretiyle taklit ürün ile karşılaştırılmalı inceleme yaptırılması gerekmektedir<sup>503</sup>.

Karıştırılma tehlikesinde, markanın esaslı unsuru aynen veya kısmen değiştirilmiş ise, bunun tespiti genel izlenim sonucu mümkündür. Baskın unsur (esas unsur) aynen kullanılırken, (tali unsur) yardımcı unsurların değiştirilerek kullanılması karıştırılmaya engel olamaz. Markanın çok küçük değişiklikler ile kullanılmasında genel görünüm, estetik, grafik, renk kompozisyon ve boyut biçim bakımından iltibas varsa markaya tecavüz mevcuttur. Bu bazen ilk bakışta kolayca anlaşılabilirken bazen teknik özellikleri gereği bilirkişi incelemesi yapılması gerekir. Karıştırmanın tespiti teknik bilgi ve toplumsal araştırma gerektirir<sup>504</sup>. HUMK. nun 275. maddesine göre, çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde, hakim bilirkişi görüşüne başvurmak zorundadır. Yargıtay da karıştırma tehlikesinin tespitinde bilirkişi incelemesi yapılarak rapor alınması gerektiğine kararlarında değinir<sup>505</sup>. Yargıtay markaya tecavüz davalarında bilirkişi incelemesi ile iltibasın

---

<sup>503</sup> YCGK. 2005/7-143 E, 2005/169 K, 27.12.2005 T.; “Aynı isimle yapılan tescil başvurusunun reddedilebilmesi için marka konusunda uzman bilirkişilerden oluşacak bir kurulca, davaya konu her üç sınıf gıda için davalı şirketin marka başvurusunu eklediği emtia listesinin, davacının daha önce tescil ettirdiği markaya ait ürünlerle orta düzeydeki tüketiciler tarafından " karıştırılma ihtimali" veya daha önce tescil edilmiş marka ile ""ilişkili olduğu ihtimalini kapsayıp kapsamadığı"" hususlarının araştırılması ve oluşacak sonuca göre hüküm kurulması gerekir.” 2003/13267 E. 2004/9678 K. 12.10.2004 T.; “Mahkemece alına bilirkişi raporu doğrultusunda, davalı şirket markasının adına tescilli "LİMON COMPANY" markasından türetildiği, davaya konu markalar arasında sıradan alıcılar nezdinde iltibas yaratacak bir benzerlik bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, davacı vekilince rapora karşı yapılan ciddi itirazlar incelenmemiş, karar yerinde de değerlendirilip, tartışılmamıştır. Bu durumda mahkemece, davacı vekilinin hükme dayanak alınan bilirkişi raporuna vaki itirazlarını da değerlendirecek biçimde, içinde öğretim üyelerinin de yer aldığı bir bilirkişi heyetinden rapor alınarak, hasıl olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekir.” 2003/13602 E. 2004/10026 K. 19.10.2004 T. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 30.06.2008.

<sup>504</sup> DÖNMEZ, age., s. 85; ARSEVEN, age., s. 139.

<sup>505</sup> “somut olayın özellikleri göz önüne alındığında, mahkemenin inceleme ve değerlendirmesinde yazılı şekilde hüküm kurmaya yeterli olmadığından, sahasında uzman

ürünün hitap ettiği tüketici kitlesini yanıltacak nitelikte olup olmadığının araştırılması gerektiğini söyler<sup>506</sup>.

Daire kararlarında, tarafların delilleri değerlendirilirken, gerektiğinde uzman bilirkişiden iltibasın varlığı, biçimi ve kapsamı konularında görüşünün alınması gerektiği belirtilir<sup>507</sup>.

---

bilirkişiden yada bilirkişi kurulundan markaları oluşturan kelimelerin yazılış, okunuş ve görünüş olarak benzer olup olmadıkları, hangi nedenlerle taraf markalarının tescilli olduğu malların tüketicilerinde benzerlik ve bağlantı duygusuna neden olabileceği ve karıştırılacağı hususlarında rapor alınarak buna göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması gerekirken” HGK. 7.3.2007 T, E.2007/11-94, K.2007/113, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) , Erişim tarihi: 11. 04. 2008.

<sup>506</sup> “mahkemece bu sonuca varırken, davacı ve davalı markalarını oluşturan İÇİM ve ÇİMİ kelimelerinin, görünüş ve okunuş biçimlerinin hangi gerekçe ve kabule göre benzerlik taşıdıklarını yeterince tartışıp değerlendirmedeği gibi bu hususta uzman bilirkişi incelemesi de yaptırmamıştır. Bu durumda mahkemenin, gerekçeleri yazılı şekilde hüküm kurmaya yeterli görülmediğinden, eğer varsa davalıya ait ürün örnekleri getirilerek sahasında uzman bilirkişiden ya da uzman bilirkişi kurulundan markaları oluşturan kelimelerin yazılış okunuş ve görünüş olarak ne şekilde benzerlik ve bağlantı duygusuna neden olabileceği ve karıştırılacağı hususlarında rapor alınarak buna göre hüküm kurulması gerekirken” Y.11.HD. 14. 06. 2005 T., E.2004/9547, K. 2005/6156 , İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı 4, Temmuz 2007, s. 141.

<sup>507</sup> “tescilli "MARTİNİ DRY" markası ile benzer emtia için davalı adına tescil ettirilen "Artin-Drays" markasının kullanılmasında iltibas bulunduğu ilişkin davada daire; “mahkemece, açıklanan hususları göz önünde bulundurulmak suretiyle, taraflara ait iddia ve savunmaların değerlendirilerek delillerinin toplanması, gerektiğinde uzman bilirkişiden iltibasın varlığı, biçimi ve kapsamı konularında görüşünün alınması ve tarafların istek ve savunmaları tümüyle karşılanacak şekilde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde salt davalı markasının da tescilli olduğu gerekçesine dayalı olarak eksik araştırmayla davanın reddi yolunda hüküm tesisi doğru görülmediğinden” der. 11. HD. 16. 11. 1995 T., E.1995/7491, K. 1995/8600, [www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr)



# ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

## MARKAYA TECAVÜZLE BAĞLANTILI OLARAK KARIŞTIRILMA TEHLİKESİ YÖNÜNDEN İŞARETİN KULLANILMASI GEREKLİLİĞİ

### I. MARKA SAHİBİ TARAFINDAN İŞARETİN KULLANILMASI

Tescilli olmayan marka 556 sayılı KHK'ye göre kural olarak korunmaz. Tescil iptal edilmediği müddetçe marka korunur. Koruma isteyen marka sahibi yönünden kullanma zorunluluğu yoktur. Tecavüz edecek kişi yönünden kullanma gerekmekte olup, bazen ise tecavüz tehlikesi de men davası için yeterli olmaktadır.

Marka sahibi izin alınmaksızın markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve hizmetlerle ilgili olarak tescilli markayla aynı olan herhangi bir işaretin kullanılmasını KHK'nın 9/ I. (a) bendi gereği, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılmasını aynı maddenin (b) bendi gereği yasaklayabilir<sup>508</sup>.

Tescil öncesi marka olarak veya herhangi bir biçimde kullanma zorunluluğu yoktur. Marka olacak işaret hakkında marka sahibi aynı gün kullanmaya karar vererek markasını tescil ettiren kişi koruma elde edebilir<sup>509</sup>.

Korunan marka, hükümsüzlük davası açılıncaya kadar amacına hizmet ettiği için kullanılmasa da esas markayla karıştırılma tehlikesi doğabilir<sup>510</sup>.

---

<sup>508</sup> DİRİKKAN, age., s. 161.

<sup>509</sup> Bu konuda farklı görüş için bkz. POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal, "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", Prof Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, BTHEY 1990, s. 334, 335.

<sup>510</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 413, prg. 26, n. 32. Koruyucu marka için bkz. age., s. 351, prg. 22, n. 36; "AYAKKABI DÜNYASI ibaresinin, münhasıran ve esas unsur durumunda bulunmadığı, halkı yanıltıcı niteliğinden de sözedilemeyeceği aynı ibarenin davacı tarafından

Uygulamada yeterli objektif kriter kullanılmadığından, her zaman isabetli değerlendirme yapılamamaktadır. Fakat piyasa araştırması ile markanın piyasada ne kadar süredir kullanıldığı, ilgili piyasayı oluşturan grupların bu markayı ne derece bildikleri daha sağlıklı olarak belirlenebilir ancak, bu tespit ile piyasa araştırmaları tek başına yeterli olabilir<sup>511</sup>.

İşaretin markasal kullanımının tespitinde ilgili piyasanın o işareti marka olarak algılanması objektif ihtimalinin varlığına bakılmalıdır. Bu varsa işaret markasal olarak kullanılmıştır<sup>512</sup>.

İşaretin marka olarak kullanılmasından kastedilen, işaretin üzerinde olduğu mallar üzerinde veya kapsadığı hizmetlerle bağlantılı bir şekilde kullanılmasıdır. Ticaret markalarının tek başına kataloglarda, faturalarda, iş evraklarında, reklamlarda promosyon ürünlerinde kullanılması markasal kullanım değildir. İlişkin olduğu mal veya hizmetlerin dışında başka bir takım mal veya hizmette kullanım da bu markanın kullanım sonucu ayırt edicilik kullandığı anlamına gelmez<sup>513</sup>.

556 sayılı Kanun hükmünde kararnamenin 14. maddesinin 2. fıkrası markanın ciddi bir şekilde kullanılmasından bahseder. Bundan kastedilen, markadan işlevlerine uygun bir tarzda yarar elde edecek, yani onun malın veya piyasada tanınmasını ve diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayrılmasını sağlayacak şekilde ve yoğunlukta piyasada ve piyasaya hitap eden, piyasayı etkileyen yerlerde kullanılması demektir. Bu tanıma göre markanın malın veya ambalajının üzerinde birkaç kez konulması markanın iptaline engel olur<sup>514</sup>.

---

daha önce kullanıldığı ve bu kullanım sonucu ayırt edicilik sağlandığı” 11. HD. 05. 04. 2004 T.,E. 2003/9027, K. 2004/3569, ORHAN, age., s. 211, 212.

<sup>511</sup> DİRİKKAN, age., s. 37; DOĞAN, Beşir Fatih, “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma” Batider, Haziran 2007, C. XXIV, S. 1, s. 225.

<sup>512</sup> FEZER, & 14, Rn. 26; ARKAN, Marka Hakkına Tecavüz- İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu, Batider 2000, C. XX, S. 3, s. 5; DİRİKKAN, age., s. 272.

<sup>513</sup> DOĞAN, agm., s. 226; DİRİKKAN, age., s. 273; TEKİNALP, Tunçomağ’a Armağan, s. 467.

<sup>514</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 428, prg. 27, N. 5; ATAD ciddi kullanım ile markanın tescil edildiği mal ve hizmetler için pazar yaratmak, pazarı korumak amacıyla ve temel işlevine uygun biçimde kullanılmasının kastedildiğini Ajax kararında belirtir. YASAMAN, Şerh s. 665. (çeviri: Sinan Yüksel); OHİM de TRAXDATA kararında kullanımın devamının ispatlanamadığını belirtir. "TRAXDATA FRANCE SARL şirketi OHİM e Ritrax Corp. Ltd şirketi aleyhine yaptığı başvuru sonucu TRAXDATA ve TEAM TRAXDATA markasında karıştırılma tehlikesi bulunması nedeniyle tescilin reddine ilişkin kararı tescilsiz olan şirket

Marka ayırt edici unsuru değişmeden farklı unsurlarla kullanılabilir. Yalnız ihracatta mal veya ambalajında kullanılabilir. Sahibinin izniyle başkasınca kullanılabilir. Yurt dışında üretilip Türkiye'ye ithal edilebilir. Bunlar markanın kullanılmasıdır<sup>515</sup>.

ATAD'ın Bridge kararında da görüşü, Topluluk marka tüzüğünün 8/1 maddesine göre eski marka sahibi tarafından markanın tescilinden önceki 5 yılda toplulukta markanın gerçek kullanımının olduğunun ispatı, yahut 5 yıldan az kullanımın geçerli mazeretini ispatlanması halinde itirazın kabul olup, aksi halde reddedileceği şeklindedir<sup>516</sup>.

Markayı kullanmama haklı bir sebebe dayanıyorsa 5 yıllık süre geçmesine rağmen yine de hükümsüzlüğüne karar verilemez. Haklı nedenler, karışıklık, ambargo, savaş gibi olağanüstü hallerden oluşan durumlar olabilir. Malın piyasaya hazırlanması, malla ilgili ruhsat kayıt, izin gibi formalitelerin ve lisans görüşmelerinin uzaması şeklindeki mala veya piyasaya ilişkin sebepler de olabilir<sup>517</sup>.

## **II. İŞARETİN MÜTECAVİZ TARAFINDAN MARKA OLARAK KULLANILMASI ZORUNLULUĞU**

Markanın kullanımındaki değişiklik fonatik veya anlam itibarıyla bir değişiklik yaratmıyorsa ve toplum tarafından tescilli marka ile farklı kullanılan markanın aynı marka olduğunda toplumda bir tereddüt doğmuyorsa, kullanımındaki farklılık önemli olmaz<sup>518</sup>.

---

adı ve TRAXDATA markasını danışma bilgisayar ve aksesuarları konusunda başvuruda temyiz kurulu reddederek nizalı markalar arasında karıştırma tehlikesinin önceki uygulamalar ışığında ve 40/94 sayılı konsey düzenlemesinin 8/4 maddesi 52 md ihlali konusunda markalar arası karıştırma tehlikesinin yanlış uygulandığı ve başvuranın kullanımın devamını ispatlayamadığını 40/94 sayılı düzenleme 8/4 maddesiyle bağlantılı 52. md 1/ (c) bendinin ihlal edilmediğine karar vererek başvuruyu reddeder. 17 September 2007 - Traxdata France v OHIM - Ritrax (TRAXDATA, TEAM TRAXDATA)(Case T-365/07), <http://oami.europa.eu>, Erişim tarihi: 23.03.2008.

<sup>515</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 428-430, prg. 27, n. 7-11.

<sup>516</sup> ECJ, 29 March 2007 Case C-234/06 P II Ponte Finanziaria SpA, [curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&), Erişim tarihi: 24. 02. 2008, Kullanımın ispatı; paket, etiket, fiyat listesi, kataloglar, fatura, fotoğraf, gazete reklamları ve yazılı açıklamalar gibi eşya ve dökümanlarla sınırlı kalır.

<sup>517</sup> FEZER, prg. 26, Anm. 45,(naklen; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 427, prg. 27, N. 3.)

<sup>518</sup> ÇAĞLAR, agm., s. 15, FMR S. 2.

Haksız işaretin, mal veya ambalajın üzerine konularak hukuka aykırı şekilde kullanılması, marka hakkının ihlali olduğundan 556 sayılı Kanun hükmünde kararnamenin 9. maddesinin 1/(a) bendinde düzenlenen markanın haksız kullanma şekillerinden biridir. Ambalaj ile ürünü saran düzen ve ürünün içine konulduğu kutular anlaşılır<sup>519</sup>.

Dürüstçe ve ticari veya sınai konularla ilgili olarak kullanmaları koşuluyla üçüncü kişilerin mal ve hizmetlerle ilgili olarak cins, kalite, miktar, kullanım amacı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez<sup>520</sup>. Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna kenar başlıklı 12. maddedeki istisnalardan birisi de dürüst ve ticari ve sınai konularla ilgili olarak markanın üçüncü kişilerce kullanılmasıdır. Tanınmış markanın hakim unsur olarak kullanılması halinde KHK.'nın 12. maddesi anlamında dürüstçe kullanımdan bahsedilemez<sup>521</sup>.

#### **A. TESCİLLİ MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN TİCARET ÜNVANI OLARAK KULLANILMASI**

TTK'nın 41. maddesinin 1. fıkrasında tacirin ticari işlerinde kullandığı isimin Ticaret unvanı olarak adlandırıldığını ve sadece tacirler tarafından kullanılabileceğini belirtir<sup>522</sup>. Tescil olunmuş ticaret unvanları TTK'nın 54. maddesine göre korunur. Ticaret unvanının işletmenin açıldığı günden itibaren en geç 15 gün içinde ticaret siciline tescili zorunludur<sup>523</sup>. TTK tasarısında bu koruma daha genişletilmiştir. Unvanını tescil ettirmemiş olsa dahi piyasada tanınmış bir ticaret unvanının aynı veya benzeri bir başka kişi tarafından kullanıldığında ekonomik çıkarları bakımından zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz kalan kişi TTK'nın 58. maddesi gereği haksız rekabet davası açabilir. TTK'nın 54. maddesi uyarınca, unvanı kanuna aykırı

---

<sup>519</sup> TEKİNALP Fikri Mülkiyet Hukuku s. 415, 416, prg 26, no 38.

<sup>520</sup> İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2006/299 E, 2006/1101 K, 30. 11. 2006 T, Fikri ve Sınai Haklar İhlaller & Davalar, 2008 İstanbul Barosu, "Bozma kararında davalının 556 sayılı KHK'nın 12. md. gereğince Servis ibaresini peçetelerinde hizmetin cinsini belirtmek için kullanma hakkı bulunup, bulunmadığı ve ceza kararının bu dava yönünden bağlayıcı olup olmadığı hususlarının gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yapılarak değerlendirilmesi istenmektedir"

<sup>521</sup> 11. HD. 03.10.2003 T, E.2003/2346, K. 2003/8743, ORHAN, age., s. 164, 165.

<sup>522</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 54; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 23, prg, 1, n. 77; DOĞANAY, age., C. I, S. 349.

<sup>523</sup> DOĞANAY, age., C. I, s. 352.

kullanılan kişi bunun önlenmesini, unvanı tescilli ise haksız tescilin terkinini ya da ayırt edici ek almasını dava ile talep edebilir, zarar olduğu takdirde zararın tazminini talep edebilir. Mahkeme talebi kabul ettiği takdirde aleyhine hüküm verilenden gazete ile yayın masrafları karşılanılarak hüküm talep üzerine gazetede yayınlanır<sup>524</sup>.

Ticaret ünvanının tescilli marka ile karıştırma tehlikesi yaratacak şekilde markasal olarak kullanımı halinde mahkemeden marka sahibince bu kullanımın engellenmesi istenir. TTK'nın 41. maddesi ve devamında ticaret ünvanı ve işletme adının korunması sistemi kurulmuş ticari isim, işaret ve markalar için tescil ile korumaya ilişkin kanuni düzenleme yapılmıştır.

YHGK 2007 tarihli bir kararında aynı hizmetlere ilişkin ticaret ünvanı olarak kullanılan markanın karıştırmaya sebep olduğuna hükmetmiştir<sup>525</sup>.

---

<sup>524</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 262. "Davalının ticaret ünvanının da tescilli olması halinde, tescilli bu ünvanının sicilden terkin edilmesi anına kadar kullanılmasında usulsüzlük yoktur. Dolayısıyla terkinine kadar olan dönemde, unvana tecavüzdən ve haksız rekabetten söz edilemez." 11. HD. 06. 07. 2004 T, E. 2003/13467, K. 2003/7561, YKD., 2006, C. 32, S. 2, s. 248-249 (naklen; ARKAN, age., s. 263 dpn. 3; POROY, /TEKİNALP, "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", s. 341.

Yargıtay Çapari ismindeki ticaret ünvanını başkası tarafından hizmet markası ve işletme adı olarak tescil ettirilmesini KHK.'nın 7/1 (b) bendine aykırılık saymıştır. 11.HD. 20.01.2001 T, E. 2001/9368, K. 2001/640, (yayınlanmamış kararı), naklen Tekinalp, s. 377, prg. 25, n. 7; "mahalli mahkemece: Davalının da ticari ünvanında soy ismini kullanabilmesinin sağlanması gerektiği belirtilerek, davalının kullandığı "Özçayan Emlak Ticaret" ünvanının, iltibasa yer vermeyecek hali ile aynı büyüklük ve punto harfler kullanarak "Özçayan Emlak" olarak değiştirilmesine, dair verilen karar isabetlidir." 11.HD. E. 2000/2077, K. 2000/2686, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 28.06.2008.

<sup>525</sup> "TTK.'nın 57/1-5 anlamında davacının üzerinde bulunan atılım ibaresinin davalı yanca ticari unvan olarak tescili; aynı ibarenin aynı hizmetler için her iki tarafça da kullanılması nedeniyle, iltibas gerçekleşmiştir. Tarafların işaret ve hizmetlerinin aynı olmasının tüketicideki etkisi, davalının atılım ibaresi ile başlayan ticari ünvanı nedeniyle davacı üniversitesinin davalı şirkete ait olabileceğini veya tersine davalının okul ve üniversitelerinin de davacıya ait olabileceği düşüncesinin ortaya çıkması şeklinde gerçekleşebilecektir. Zira TTK. 41. md gereğince davalı tüm ticari iş ve evraklarında ticari ünvanı kullanmak ve tescil olunan ticaret ünvanını ticari işletmenin giriş cephesine herkes tarafından kolayca görülebilecek bir yerine yazılması zorunluluğu vardır. Böylece davacı hizmet markası davalı ise ticari unvan olarak aynı ayırt edici işareti işyerinin giriş cephesine yerleştireceklerinden tüketicinin üniversite veya okulların orijinini karıştırmaya kaçınılmaz olacaktır. Tarafların okullarının tamamı eğitim öğretim kapsamında kaldığından bunlar yasal açıdan aynı faaliyet kabul edilir. Davalının ticari faaliyet alanında üniversite açmak ibaresinin varlığı da göz ardı edilmemeli, atılım ibaresi salt ticari ünvanında yer alan bir unsur olarak sınırlı bir biçimde değerlendirilmemelidir."

Kararda ayrıca davalının ticari ünvanının çekirdek kısmının atılım sözcüğü olduğu faaliyetlerin nitelik ve işi hizmetlerin aynı olması nedeniyle davalının sonradan tescil ettirdiği ticari ünvanındaki ibarenin, davacının tescilsiz markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu, davalının ticari ünvanından atılım ibaresinin terkinini koşullarının gerçekleştiğinin kabulü gerektiğine

HGK başka bir içtihadında aynı sınıftaki ürünler için bu sözcük dışında sayısız kelime seçme imkanı varken, ticaret unvanının ayırıcı eki ile birlikte sözkonusu kelimeyi de ekleyerek marka olarak tescil ettirmesi, davacının bu markayı taşıyan ürünler için tüketiciler nezdinde tesis ettiği güven ve itimattan haksız olarak yararlanma sonucunu doğurabileceğinden markalar ile işaretin benzerliğini kabul etmiştir<sup>526</sup>. 11. HD “TTK'nun 47/son maddesi hükmüne göre, bir tüzel kişinin ticaret unvanı Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmişse, bu unvanın diğer bir unvandan ayırılması için sonradan tescil edilen tüzel kişi ortaklığın unvanına gerekli ekleri yapması zorunludur. Ticaret ortaklıklarının merkezleri ayrı yerde olsa ve logolarında farklılık bulursa bile, unvanlarında iltibas varsa, önceden ticaret sicil kaydını yaptıran tüzel kişilik, TTK'nun 43, 47, 54 ve 57/5. maddeleri uyarınca haksız rekabetin men'i davası açabilir. Ancak hareket tarzı itibariyle hakkın ihlaline zımnen müsaade edildiği takdirde, karşı tarafın senelerden beri iyiniyetle kullandığı unvanın iptali dava konusu olamaz.” şeklinde karar vermiştir<sup>527</sup>.

---

hükmedilmiştir.” HGK 12.12.2007 T. E. 2007/11-965, K. 2007/961, Fikri ve Sınai Haklar, İhlaller & Davalar, 2008, İstanbul Barosu Yayınları, s. 125-127.

<sup>526</sup> YHGK. davalı kullanımının 556 Sayılı Kanun hükmünde kararnamenin 12. maddesi anlamında "dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılma" olarak nitelendirilemeyeceği, tescili istenen markada kullanılan ve davacının önceden tescilli olan markasının tek ve hakim unsuru olan ibarenin esas ve hakim unsur olarak yer almakta olduğu bir başkasının ticaret unvanının ayırt edici ekinin bile, sonradan marka olarak alınmasına müsaade etmeyen 556 Sayılı KHK 'nin, tescilli markanın tamamen ve aynen başka bir işaret içerisine konularak marka olarak tesciline izin verdiğinin düşünülemediğini söyler. YHGK 7.6.2006 T., E. 2006/11-338, K. 2006/338, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). , Erişim tarihi: 23.03.2008; “her iki ünvanında da “Saraçoğlu-Saraçoğulları” ibaresinin vurgulayıcı çekirdek sözcük olduğu ve iltibasın olduğu konusunda davacı tarafından haklı gerekçeler gösterilmiştir. Gerçekten de, her iki limited şirketin de işgal konuları aynı olup, davacının öncelikli tescilli ünvanı TTK. nun 52.md. koruması altındadır. Mahkemece, davalının ünvanında yer alan “Saraçoğulları” ibaresinin TTK.nın 54/1. maddesi uyarınca haksız rekabet oluşturduğunun” 11.HD. 11.02.2002 T, E. 2001/8976, K. 2002/1062, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)., Erişim tarihi: 30.02.2008.

<sup>527</sup> 11.HD. 21. 06. 2005 T., E. 2004/8579, K. 2005/6539, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Erişim tarihi: 11.02.2008;

Daire, davalı şirket tarafından "şekil+Koç Un Sanayi A.Ş. "marka başvurusuna, davacı şirket tarafından yapılan itirazın reddedilmesi nedeniyle davalı Enstitünün YİDKK' nın iptali davasında 556 sayılı KHK 8/1-b maddesinin hükmü tartışma konusu yapılarak sonuca ulaşılmış olsa da, anılan maddenin tatbik edilemeyeceğini hükmetmiştir. 11. HD. 13.10.2003 T., E. 2003/2883, K. 2003/9171.

## ***B. TESCİLLİ MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN İŞLETME ADI OLARAK KULLANILMASI***

TTK'nın 55 ve 17. maddesinde düzenlenen, işletmeyi diğer benzer işletmelerden ayırt etmeye yarayan işletme adı, tacirlerin yanı sıra esnaf tarafından da kullanılır. İşletme adını ticaret unvanı gibi kullanmak zorunlu değildir. Yasada belirtilmemekle birlikte, işletme adı aldatıcı nitelikte olmamalı ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Ayrıca TTK'nın 55. maddesi nedeniyle TTK 43/II ve TTK 23/III gereği seçilen işletme adı başka kişiler tarafından kullanılan işletme adıyla karışıklığa yol açmaması da gerekir. Kullanılması zorunlu olmasa da tescil zorunludur. Ticaret unvanının aksine işletme adı ticari işletmeden ayrı devredilebilir. Çünkü ticaret unvanını işletmeden ayrı devrini yasaklayan TTK 51/I. fıkrasına yasanın 55. maddesinde atıf yapılmamıştır<sup>528</sup>. İşletme adı tescil ve ilan edilmiş ise tekel hakkı verir. Tescil sicil çevresinde TTK'nın 54. maddesi gereği koruma sağlarken sicil dışında haksız rekabet hükümlerince koruma sağlanır<sup>529</sup>.

## ***C. TESCİLLİ MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN İNTERNET ÜZERİNDE KULLANILMASI***

### **1. Genel Olarak**

İnternet vasıtasıyla ticaretin her geçen gün önemini arttırması sonucu üretici firmalar ürünlerini dünyanın her tarafına ulaştırabilmek amacıyla web sitelerinden yararlanma yolunu da seçmişlerdir. Bu elektronik ortamda yapılan ticarete, markaların haksız olarak üçüncü kişilerce kullanılması engellenmeye çalışılmaktadır. İnternet alan adı sistemi, global bir sistem olup, bir numaradan meydana gelen adresler, uluslararası alanda kullanılan bazı ikincil adları alırlar. İnternet alan adı web

---

<sup>528</sup> Yargıtay'ın bu konuda tam tersi kararları mevcuttur. 11. HD. 27.10.1974 T., 1574 E. 3909 K.'nda işletme devredilmeden sadece işletme adının devrinin olanaksız olduğu ifade edilmiştir. ERİŞ, s. 366, N. 495, (naklen; ARKAN, age., s. 264); TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 24, prg. 1, N. 79.

<sup>529</sup> ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 264; "Davalı şirket ortağının davacı şirkette çalışmış olması nedeniyle bu işletme adı altında pastane bulunduğunu bilmemesi mümkün değildir. Davacı şirketin bu işletme adını uzun yıllardır istikrarlı bir şekilde kullanmış olması nedeniyle kazandığı ün ve müşteri potansiyelinden yararlanmak amacıyla aynı ad altında aynı iş kolunda çalışılmaya başlanması açıkça haksız rekabet oluşturmakta olup, tarafların farklı yerleşim birimlerinde olması sonuca etkili olmadığı gibi, aynı ad altında başka işletmelerinde bulunması davalı şirketin kötüniyetini ortadan kaldıracak nitelikte değildir." 11.HD. 08.12.2003 T, E. 2003/4620, K. 2003/11523, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) , Erişim tarihi: 11.03.2008.

sitelerinin bulunabilmesi için kullanılan internet adresleridir. Çoğunlukla kişi adları, ticaret unvanları, marka gibi fikri bir hak içerirler<sup>530</sup>.

Markalar Kanunu Tasarısında 9. madde Alman Marka Kanunu 14. maddesi ve Topluluk Marka Tüzüğü 9. maddesi dikkate alınarak uyumlu hale getirilmeye çalışılmış ve Tasarının 9/2 fıkrası (d). bendi Topluluk Marka Tüzüğü ve Alman Marka Kanununda düzenlenmeyen İnternette marka kullanılması düzenlenmiştir. Taslağa bu hüküm konulurken WIPO tahkim ve arabuluculuk merkezi ve diğer internet alan adı ile marka arasında uyumsuzlukları çözen merkezlerin kuralları gözetilmiştir<sup>531</sup>.

Tasarının 9. maddesi 2.fıkrasının (d) bendine göre işareti kullanan kişinin işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşullarıyla,işaretin aynı veya benzerinin dijital ortamda ticari etki yaratacak biçimde,alan adı ,yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması markaya tecavüz kabul edilmiştir.

## **2. Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması**

Alan adı internet üzerinde bir elektronik adresin bir kısmı olarak alan adı tescil eden bir yetkili veya kurumca kaydedilen numaraların dizaynı ile oluşmuş bir adresleme sistemidir<sup>532</sup>. İnternette erişilebilecek her bilgisayarın numarası vardır. Kolay tanıma ve akılda kalıcı olması amacı ile bu isimlendirmeye dönüşmüştür. İnternette alan ismi yazıldığında bu adres IP'ye dönüştürülerek bağlantı sağlanır<sup>533</sup>.

---

<sup>530</sup> ÜSTÜN Dilek, “Fikri ve Sınai Haklarla İlgili Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları ve İnternet Alan Adı (Domain Name) Uyuşmazlıkları”, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2004, Y. 2, S. 20, s. 2227.

<sup>531</sup> Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı, [http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar\\_kanunu\\_tasarisi\\_taslagi.pdf](http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar_kanunu_tasarisi_taslagi.pdf)

<sup>532</sup> The term “domain name” means any alphanumeric designation which is registered with or assigned by any domain name registrar, domain name registry, or other domain name registration authority as part of an electronic address on the Internet.”Construction and definitions; intent of chapter

[http://www.law.cornell.edu/uscode/15/usc\\_sec\\_15\\_00001127----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/15/usc_sec_15_00001127----000-.html), erişim tarihi: 01.02.2008.

<sup>533</sup> YILDIRIM, Mustafa Fadıl, “Kişi İsimlerinin İnternet Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın Korunması”, Mukayeseli Hukuk Bülteni (MHB), Y.19-20, S. 1-2, Prof. Aysel ÇELİKEL'e Armağan, İstanbul 2001, s. 1003 vd.



Tescilli hizmet markasının alan adı olarak kullanımı, markaya tecavüz eylemini oluşturur. Kentbank markasını 1995 yılında tescil ettirip kullanan davacının açmış olduğu davada, Yargıtay dairesi, aynı sözcüğü alan adı olarak kullanan kişinin faaliyetini başka isim altında sürdürmesinin mümkün olduğu ve Bankalar Kanununa tabi olmaması nedeniyle banka sözcüğünü kullanmasının Bankalar Kanununa aykırılık ve haksız rekabet olarak görmüştür<sup>534</sup>.

#### **a. Alan Adı Kavramı ve Niteliği**

İnternet denilince sanal ortamda milyonlarca bilgisayarın on-line hizmet sunucuları gibi çeşitli vasıtalarla birbirine bağlandığı elektronik ortam anlaşılır<sup>535</sup>. Bu ağda IP numarası olarak adlandırılan sayısal kombinasyonlardan oluşan adresler sayesinde iletişim kurulmakta ve bu numara altında erişim sağlanmaktadır. Zamanla alan adları fikri mülkiyet hukukundaki işaretin tanıtma vasıtasının görevini yüklenerek bir malvarlığı değeri kazanmışlardır<sup>536</sup>.

Müteşebbisler alan adlarını; ticaret unvanı, işletme adı ve markalarıyla aynı yaparak, ekrana marka ismi yazıldığında internet yoluyla işletmelerine ulaşılabilmesini sağlamaktadırlar. Böylece alan adı ile işletme sahibi özdeşleşerek mal veya hizmetin kaynağını göstermektedir<sup>537</sup>.

Marka tescili, coğrafi alan bazında bir kamu kurumunca yürütülür. Alan isimlerinin dağıtımı, herhangi bir sınırlama olmaksızın kamu kurumu dışında bir kurum tarafından yürütülmekle farklı tescil sistemine tabidirler<sup>538</sup>. Gerçek kişi isimleri ile alan isimlerinin hukuki statüsü birbirinden farklıdır. Bu farklılık

---

w3.gazi.edu.tr/web/, Erişim tarihi: 16.10.2007;TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, 2005, s. 24, N. 81.

<sup>534</sup> 11. HD, 01.11.1999 T., E. 1999/6674, K. 1999/8598, Batider, Y. 2001, C. XXI, S. 1, s. 301-302.

<sup>535</sup> AKİPEK, Ş./DARDAĞAN, E., “Sanal Ortamda Telif Hakları”, Batider, C. 21, Ankara, 2001, 2002, s. 47, (naklen; TÖRE, Nazlı, “Sanal Ortam ve Telif Haklarına Uygulanacak Hukuk”, TBB. Dergisi, S. 72, 2007, s. 297).

<sup>536</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2005, s. 24,25, N. 81,82 ; NOMER, F., ‘İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayıt Edici Ad ve İşaretler ile Benzerlikler Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar’, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 1, İstanbul, Beta, 2001, s. 400.

<sup>537</sup> NOMER, age., s. 400.

<sup>538</sup> DPT, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s. 244, (naklen; MEMİŞ, Tekin, “Alan Adları ve tr. Alan Adı Politikalarına Eleştirel bir Yaklaşım”), <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000110-yazi.htm>

nedeniyle gerçek ve ticari isimler, tanınmış marka ve işletme veya gerçek kişilerin isimlerinin hakkı olmayan üçüncü kişiler tarafından alan adı olarak haksız olarak kullanılabilmesine (cybersquatting) yol açmaktadır<sup>539</sup>.

Alan isimlerinin korunması her ülkenin hukuk sistemlerinde farklı kanun ve hükümlerle sağlanmaktadır. Alman hukukunda alan isimleri öncelikle isim ve şahsiyet hakları ile ilgili hükümlerle korunmaktadır. İsviçre, Hollanda, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde bu marka hukukunun hükümleri ile sağlanmaktadır<sup>540</sup>. Alan ismi, Medeni Kanun anlamında bir isim niteliğini haizdir ve MK'nun 25. maddesi gereği korunmaktadır.

AB kurucu anlaşması fikri hakları serbest dolaşımın bir istisnası olarak kabul eder. ATAD topluluk içi malların serbest dolaşımı ile fikri hakların bağdaştırılması konusu ile uğraşmakta ve kararlarında “fikri hakların varlığı milli hukuk sistemlerine göre, kullanımlarının topluluk içi serbest ticaret ile bağdaşması topluluk hukukunca düzenlenmelidir.” demektedir<sup>541</sup>.

#### **b. Alan Adının Tahsis ve Tescili**

Alan adı kullanılması sonucu 556 sayılı Kanun hükmünde kararnamenin 7. maddesinin 2. fıkrasına göre tescil ettirebilir ve başkalarının tescilini de kararnamenin 8. maddesinin 3. fıkrası gereğince engel olabilir<sup>542</sup>.

Alan adında “İlk gelen alır.” kuralı gereği, sadece ilk başvuran alan adını adına tescil ettirebilir. Ülke ile bağlantılı alan adlarında her ülkedeki yetkili kurum kendi kurallarına göre tahsis ve tescil yapmaktadır.

Ayırt edici nitelik kazanmış, internet adresi dışında bir işaret olma hüviyeti kazanmış ve internette ticaret sırasında kullanılmış alan adları sahipleri üçüncü kişinin tescil talebinde itiraz hakkı mevcuttur<sup>543</sup>. Semboller yoluyla kullanılan

---

<sup>539</sup> DPT, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s. 244, (naklen;MEMİŞ, “Link ve Frame-1”), <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000110-yazi.htm>

<sup>540</sup> MANKOWSKİ, P.: Besondere Formen von Wettbewerbsverstößen im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1999, s. 996, 997, naklen MEMİŞ, “Link ve Frame -1, <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000110-yazi.htm>

<sup>541</sup> TEKİNALP./Tekinalp, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, s. 520.

<sup>542</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 25, prg. 1, n. 82.

<sup>543</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 397, prg. 25, n. 56.

kullanımı kolay olan alan adı sistemi DSN ile alan adı IP adresi yerine harflerle oluşturularak internet kullanımını kolaylaştırır. Alan adları üst düzey alan adları (top level domains, TLDs) ve ikinci düzey alan adları (second level domains, SLDs) olarak ikiye ayrılır. Bu ikincil adlar, Gtld-Generic top level domain ve CcTLD – (Country code top level domain), ülke kodlarını içeren ikincil adlardır. Üst düzey alan adları, cins üst düzey alan adları (generic top level domains, gTLDs) ve ülke kodu üst düzey alan adları (country code top level domains, ccTLDs) olarak ikiye ayrılır<sup>544</sup>.

Üst düzey alan adları akademik kuruluşlar için edu, devlet kuruluşları için gov, ticari kuruluşlar için com gibi isimler alırlar.

Bir ülkede tescil edilen alan adı başka bir ülkede de tescil edilebilir. Bu nedenle bir görüşe göre alan adı marka olarak kabul edilebilir ve marka korumasından yararlanabilir<sup>545</sup>.

Amerikan Ticaret Bakanlığı 1998 yılında yayınladığı bildiri (White paper) ile internet ad ve adreslerinin küreselleştirilmesi tavsiyesinde bulunmuş ve çalışmalar sonucunda internet alan adlarını, IP adres numaralarını ve protokol parametreleri ve port numaralarının tahsisi görevini yerine getiren ICANN oluşturulmuştur<sup>546</sup>. Türkiye’de tr adı altında yeralan ikinci düzey internet alan adı tahsisi işlemlerini ve tescil işlemini 1990 yılından beri Orta Doğu Teknik Üniversitesi yapmaktadır<sup>547</sup>. ODTÜ gen.tr alt alanı dışındaki alt alan adlarının tahsis talebini değerlendirir. Ticari alanda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından verilen Ticari Tescil Belgesi veya TPE. tarafından verilen Marka Tescil Belgesinin ibrazı ile alan adı alınmakla büyük

---

<sup>544</sup> OĞUZ, SEFER: “İNTERNET ORTAMINDA, ALAN ADI GASPINA KARŞI TÜKETİCİLERİN KORUNMASI KANUNU’NUN ÇEVİRİSİ”, FMR. ANKARA BAROSU FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ, Y. 5, C. 5, S. 3, S. 68.

<sup>545</sup> BRUNEL, A., “Trademark Protection for Internet Domain Names”, International Business Lawyer, Nisan 1996, C.24, s. 174; “kendine özgü ayırıcı niteliğini ve diğer kriterleri karşılamak şartıyla alan adları da marka olarak tescil edilebilirler.” DURLE, R., Ticari Markalar ve İnternet, s. 16, İnternette Çalışma Olanakları IBA Semineri, 7-9 Mayıs 1997, Ankara; bu konuda KAUFMAN alan adlarının ticari ve ticari olmayan şeklinde ikiye ayrılması ve ticari olanların nis sınıflandırmasına tabi olması gerektiğini ve alan adının com olarak tescil edilmesi gerektiğini ifade eder. KAUFMAN, I, J, The Domain Name System, International Business Lawyer, Ocak 2000, C. 28, S. 1, s. 40, (naklen; OĞUZ, agm., s. 77.

<sup>546</sup> OĞUZ, agm., s. 74.

<sup>547</sup> OĞUZ, agm., s. 73; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 25, N. 81.

ölçüde doğabilecek ihtilaflar önlenmektedir. ODTÜ'nün katı tutumu ve bürokratik engelleri nedeniyle alan adları tescillerinin çoğunlukla yurt dışında yapıldığı görülmektedir. Bu durumda da tescilli bir marka ile aynı veya benzer bir alan adı ABD. deki yetkili kuruluşlardan alınan ülke kodu içermeyen alan adı veya başka bir ülke kodu ile ikincil düzey alan adı olarak alıp Türkiye'de ticaret yapmasında ihtilaf ortaya çıkar<sup>548</sup>. Marka Türkiye'de tescil ettirirken WIPO'ya tescil edilmesi talep edilmediyse, koruma sadece Türkiye içinde geçerlidir. TPE'ye başvurup markanın WIPO'ya da tescili istenerek dünya çapında koruma sağlanır.

### **c. Alan Adı ile Marka arasındaki Karıştırılma Tehlikesinin Tespiti**

Alan adları ayırt edici ad ve işaret hakları kapsamında değerlendirilen gayri maddi malvarlığı hakkıdır. Alan adları, ticaret unvanı, marka ve ad gibi değişmez bir yapısı yoktur. İnternet ortamı dışında kazanılan bir ayırt etme fonksiyonu olmayan bir alan adı üzerinde, sahibine bir mülkiyet hakkı tanınması gerekir<sup>549</sup>. Alan adı gaspının önlenmesine ilişkin, iletişim ve fikri mülkiyete ilişkin kanunlarda yapılan reform ile Amerikan Markalar kanunu 43. kısmına eklemeler sonucu; kullanılan alan adı, tescil edildiği tarihte marka olarak ayırt edici niteliğinin varlığına rağmen, markanın aynısını veya karıştırılacak şekilde benzerinin alan adı olarak kullanılması hali, alan adına tecavüz eylemidir. Söz konusu maddede “kullanılan alan adı, tescil edildiği tarihte marka olarak meşhur olmasına rağmen, markayı sulandıran ya da karıştırılacak şekilde benzerini ya da aynısının alan adı olarak kullanan kimse işaret korunan marka ise marka sahibi tarafından açılan hukuk davasında sorumlu tutulacaktır.” der<sup>550</sup>.

Fikri ve Sınai mülkiyet haklarıyla ilgili uyuşmazlıklarla ilgili uluslararası kuruluşlardan birisi olan WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı-World Intellectual Property Organization)'nın 1994 yılında oluşturduğu uluslararası uyuşmazlıklarda taraflara alternatif uyuşmazlık yolları ile çözüm öneren Hakemlik ve arabuluculuk merkezi (Arbitration and Mediation Center) dir <sup>551</sup>. WIPO toplantılarında marka ile

---

<sup>548</sup> KIRCA, İsmail, “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması” Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, Beta, 2002, s. 531.

<sup>549</sup> OĞUZ, agm., s. 71.

<sup>550</sup> OĞUZ, agm., s. 69.

<sup>551</sup> ÜSTÜN, agm., s. 225.

alan isimleri arasındaki bağlantı nedeniyle, alan isimleri ile markalar arasındaki ortak sınır veya bağlantının marka hukukuna ait hükümlerin İnternet'te de uygulanması ile çözülebileceği belirtilmiştir<sup>552</sup>. Dünyadaki uygulamalarda verilen mahkeme kararlarında da olaya markalara ait hükümlerin uygulanması ile uyuşmazlıkların çözülmeye çalışıldığı görülmüştür. Bir diğer uluslararası kuruluş olan INTA (International Trademark Association) da tüketicilerin korunabilmesi için marka hukukuna ait hükümlerin alan isimleri ile ilgili sorunlara uygulanması gerektiği görüşündedir<sup>553</sup>.

Bilgisayar kullanıcısı, web sayfasındaki reklamı görmekte, tanıtıcı yazıları okumasına rağmen mal ve hizmetlerin yapımcısını bilememektedir. Örneğin; [www.nestle.com](http://www.nestle.com) adresi altında reklam edilen malların İsviçre Nestle ortaklığına ait olduğunu düşünebilmektedir. WIPO, bu hallerde doğrudan bir marka tecavüzünün olduğunu veya korunmayan bir isim dolayısıyla bir yanıltma tehlikesinin söz konusu olacağı görüşündedir<sup>554</sup>.

#### **aa. Alan Adı ile Marka Arasındaki Ayniyet/Benzerlik**

Alan adı, İnternet ortamında kişileri veya web sitelerinden sunulan hizmetlerden ayırt etmeye yarayan tanıtıcı işarettir. Alan adının ayırt edici unsuru, ikincil düzey alan adıdır. Bu tescilli marka ile aynı ise ayniyet vardır<sup>555</sup>.

---

<sup>552</sup> An Open Letter from the WIPO to the Internet Community Concerning Domain Name Dispute Resolution Procedures under the gTLD-Mou, (naklen; MEMİŞ, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İnternet Ortamında Fikri Hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul ve Bu Usulün Değerlendirilmesi”) [www.wipo.org/eng/internet/domains/openlet.htm](http://www.wipo.org/eng/internet/domains/openlet.htm).

<sup>553</sup> Internet Domain Name White Paper, [www.inta.org/wpwhole.htm](http://www.inta.org/wpwhole.htm). (naklen; MEMİŞ, “İhlallerin engellenmesi”), <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=98>

<sup>554</sup> An Open Letter from the WIPO to the Internet Community Concerning Domain Name Dispute Resolution Procedures under the gTLD-Mou, (naklen; MEMİŞ, (İhlallerin Engellenmesi), [www.wipo.org/eng/internet/domains/openlet.htm](http://www.wipo.org/eng/internet/domains/openlet.htm).

<sup>555</sup> UBBER, T, Rechtsschutz bei Missbrauch von İnternet-Domains, WRP 6/97, s. 505; KUR, A, İnternet und Kennzeichenrecht, (in: Praxis des Online Rechts, hrsg. Loewenheim/Koch, München 2001) s. 347; LG Düsseldorf, 04. 04. 1997, CR 3/1998, S. 166, (naklen; Kırca, s. 528); Farklı bir görüş ise bağımsız unsurların değil alan adının bütünü itibarıyla değerlendirme gerektiğini söyler. Ü. Buri, Die Verwechselbarkeit von İnternet Domain Names, Bern 2000, s. 77, (naklen; KIRCA, agm., s. 529); UBER istisna olarak somut olayın özelliklerine göre farklılık olabileceğini söyleyerek İletişim sektöründe faaliyet gösteren kimselerin com ekini ikincil düzey alan adından alıp jenerik üst düzey alan adı olarak aldıklarını Eunotcom sözcük markasından [www.eunet.com](http://www.eunet.com) adresinin yaratılmasında com ibaresinin dikkate alınması gerektiğini söyler. UBBER, age., s. 505, (naklen; KIRCA, “Alan Adı”, s. 534, dpn. 31).

Tescil edilmiş olan markaların hak sahibinden başka biri tarafından alan ismi olarak kullanılması, KHK.'nin 9'uncu maddesi ile engellenebilir. Markanın aynısının veya benzerinin kullanılmasının yasaklanacağı haller, 9'uncu maddenin 1'inci fıkrasında sayılmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise "işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması"nın birinci fıkra uyarınca yasaklanabileceği hükme bağlanmıştır. KHK hükümlerine göre, markanın aynısının veya benzerinin ticari hayatta kullanılması da yasaklanmış ve markanın korunma sınırları genişletilmiştir<sup>556</sup>. KHK.m.9/2'nin uygulanabilmesi için öncelikle bu kullanımın ticari bir amaç taşıması gerekmektedir<sup>557</sup>.

Birçok marka, ticaret unvanı, işletme adı, ünlü kişilerin adları haksız menfaat elde etmek için tescil edildiğinden hak sahipleri kendi tanıtma işaretlerini tescil edememiş ve buna ilişkin ihtilaflar markalar kanunu ve haksız rekabet hükümlerine göre yetkili mahkemelerce çözülmeye çalışılmıştır. Alan adı olarak kullanılan marka işaretinin ticari amaçlı olmayan kullanımında bu hak korumasız kalmıştır<sup>558</sup>.

Tescilli marka ile alan adı arasında karıştırılma tehlikesinin tespitinde işaretin bir bütün olarak bıraktığı etkide jenerik üst düzey alan adı ile ülke kodunun genel görünümüne etkisi fazla olamayacağından esas unsur ikincil düzey alan adı olup karıştırmanın tespitinde etkilidir<sup>559</sup>.

#### **bb. Aynı/ Benzer Mal veya Hizmet**

Alan adının karıştırılma tehlikesinin olması için yine her iki işaretin aynı ya da benzer mal veya hizmete ilişkin olması gerekir. Alman Düsseldorf Mahkemesi tartışılan bir kararında adları aynı olan iki dergideki karıştırılma tehlikesinde dergi içeriklerinin önemli olmadığı örneğini göstererek, mal ve hizmetlerin aynı olması veya benzerliklerinin önemli ve belirleyici etken olduğu, bunun değerlendirilmesinde internet ana sayfasında hangi malların satıldığı veya ana sayfanın hangi içeriğe sahip olduğunun önemi olmadığını söylemiştir<sup>560</sup>.

---

<sup>556</sup> ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 214 vd.

<sup>557</sup> KARAYALÇIN, age., s. 156 vd.

<sup>558</sup> OĞUZ, agm., s. 66.

<sup>559</sup> BURİ, age, s. 85, (naklen KIRCA, "Alan adı" s. 534).

<sup>560</sup> Alman LG Düsseldorf'un 04. 04. 1997 tarihli kararı, CR 3/1998, S. 165 vd. (naklen; Kırca, "Alan Adı", s. 539, 540).

Benzer alan isimi olarak Actmedia.Inc. ile Active Media International arasındaki bir davada mahkeme, Active Media International şirketine “[www.actmedia.com](http://www.actmedia.com)” alan ismini kullanmayı yasaklamış ve burada ortalama bir yanılma riskini de yeterli görmüştür<sup>561</sup>

Fransız mahkemelerinde, Alan isimleri olarak “alice”i kullanan ve farklı branşlarda faaliyet gösteren iki şirket arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkta<sup>562</sup> yine Alman mahkemesinin Dimple kararında<sup>563</sup> mahkeme çözüme esas olarak “first come first served” yani “ilk gelen ilk alır” kuralına dayanmıştır. Mahkeme kararında ayrıca marka hukukunun uygulanmadığı ve aralarında bir rekabetin de söz konusu olmadığı şirketlerde de haksız rekabetin söz konusu olabileceğine işaret etmektedir. Bu tür yargı yoluyla çoğu zaman davalardan sonuç alamayan marka sahibi ya başka bir ismi alan ismi seçmekte veya alan ismini satın almaktadır<sup>564</sup>.

İsviçre’de bir yüksek mahkeme kararında ise; bir kişinin coğrafi yer ismi olan “Berner Oberland” ismini alan ismi olarak kullanması değerlendirilmiştir<sup>565</sup>. Mahkeme kararda coğrafi isimlerin herkesin kullanımına açık bulunduğu, ancak bu kullanımın sınırsız olmadığını, herkesin kullanımına açık olan bu isimler, uzun süre kullanım dolayısıyla ayırt edici bir özellik kazanmışsa artık bunların bir rekabet ilişkisi içinde başkaları tarafından kullanılması engellendiği ve bu tür isimlerin özel ilaveler yapmak suretiyle yanılma tehlikesinin kaldırılmasını belirtir. Olayda davalı “berneroberland.ch” alan ismini değişik varyasyonları ile kendi adına kaydettirmiş, sonuçta mahkeme olayda haksız rekabetin varlığını tespit etmiştir. Temyiz mahkemesi, davalı adına kayıtlı bulunan alan isminin silinmesi hakkındaki ilk derece mahkemesinin kararını onaylamıştır.

---

<sup>561</sup> HOEREN, s. 30, dn. 35; BETTINGER, s. 410, dn. 55. [www.wipo.org/eng/internet/domains/openlet.htm](http://www.wipo.org/eng/internet/domains/openlet.htm). (naklen; MEMİŞ, “Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”), <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm>.

<sup>562</sup> HAAS, s. 939, (naklen; MEMİŞ, “Hukuki Sorunlar”), <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm>.

<sup>563</sup> BGH, GRUR 1985, s. 247, (naklen; MEMİŞ, “İhlallerin Engellenmesi”).

<sup>564</sup> BETTINGER, s. 412; LAGA, s. 119, (naklen; MEMİŞ, “Hukuki Sorunlar” <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm>

<sup>565</sup> [www.weblaw.ch/kompetenzzentrum/entschberner\\_oberlandbge.htm](http://www.weblaw.ch/kompetenzzentrum/entschberner_oberlandbge.htm), (naklen; MEMİŞ, “Hukuki Sorunlar”), <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm>.

### **cc. Göz önünde Bulundurulacak Alıcı Kitle**

Tescilli marka ile alan adının karıştırılmasında ortalama bir alıcının dikkat ve ihtimamı ölçüt olması gerekir<sup>566</sup>. İnternet kullanıcısı sanal ortamdaki adreslerin önemini ve bir harf değişikliği ile farklı adreslere gidebileceklerini bilebilirler. Fakat bu marka ile alan adının karıştırılması tehlikesini ortadan kaldırmaz.

İnternet kullanıcısı farklı iki işaretin farkına varmalarına rağmen marka alan adının aynı kişiye ait olduğu veya marka sahibi ile alan adı sahibi arasında idari, ekonomik olarak bir bağlantı olduğu düşüncesine kapılabilir. Bu nedenle internet kullanıcısının sahip olduğu bilgi ve tecrübe karıştırma tehlikesini azaltır, fakat tümüyle ortadan kaldırmaz<sup>567</sup>.

### **dd. Alan Adı Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Sorunlar**

Ünlü marka sahipleri markalarını alan adı olarak kaydetmedikleri takdirde, kasıtlı olarak marka adlarının alan adı olarak başka şahıslarca kaydedilmesi riski mevcuttur. Bu durumda, marka sahibi alan adını bu şahıstan satın almak zorunda kalmaktadır. Örnek olarak Mc Donalds şirketinin mcd. com'u alan adı olarak aldıktan sonra Josh Quittner isimli birinin mcdonalds. com alan adını alması nedeniyle bu alan adını satın almak zorunda kalmıştır<sup>568</sup>.

Alan adı konusundaki uyuşmazlıklarda tek taraflı başvuru ile ICANN (The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers- Tahsis edilmiş isim ve

---

<sup>566</sup> KIRCA, agm., s. 538.

<sup>567</sup> İki marka arasındaki karıştırma tehlikesi alan adlarında olmayabilir. Örneğin ALBA markası önceki tescilli ALPI markası ile karıştırma tehlikesi yaratmasına karşın Alba sözcüğünün ikinci düzey alan adı olarak kullanılması karışıklığa sebep olmaz. UBBER, age., s. 505, (naklen; KIRCA, s. 537, 538).

<sup>568</sup> OĞUZ, agm., s. 77; "ODTÜ'ye başvurarak Türkiye'de www.leadtek.com. tr alan adını alan davacı, davalının Win fast markasını kendi adına tescil ettirdiğini ve bu web sitesinde Leadtek markasını aynen kullanarak distribütörlük sözleşmesinin feshedilmesine rağmen ürünlerin tanıtılması ve pazarlanmasına devam edildiği, davalının Leadtek tanıtıcı kelimesini bilerek ve art niyetli alması ile iltibasa sebebiyet verdiği ve TTK. 56/6 ya göre haksız rekabet oluşturduğu bu unvanı haksız bir şekilde alarak ODTÜ nezdinde alan adı elde ettiğini ünvanından bu ibarenin ve alan adının terkinin ve maddi manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Yasaman mütalaasında, aynı sektörde faaliyet gösteren ve tescilli bir markanın aynısının ticari kaygı güdülmeksizin dahi domain name olarak kullanılmasının haksız rekabeti oluşturduğu, davalının art niyetli ünvanını değiştirerek Leadtek markasından ve ünvanından haksız yararlanma amacıyla olduğu davalının bu eylemi ile davacının tescilli markası ile Türkiye' de tescilsiz leadtek ünvanı arasında iltibas yarattığı ve bunun haksız rekabet ve markaya tecavüz teşkil ettiğini mütalaa etmiştir. YASAMAN, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar, s. 195-196.



numaralar için internet kuruluşu) alternatif çözüm yolları için tek yetkili kuruluştur. ICANN internet ortamında teknik koordinasyonu sağlayan ve alan adı sisteminin yönetilmesi, protokol parametrelerinin yönetilmesi ile IP adresleri yer tahsis görevlerini yerine getirir<sup>569</sup>.

Alelade markalar hakkında, alan adlarının ticari amaç dışında kullanılması halinde ABD tarafından (Anticyberquatting Consumer Protection Act)-ACPA adlı bir kanun ile koruma sağlanmıştır. Bu kanunun amacı alan adları, adlar ve marka işaretlerinin kötü niyetle alan adı olarak tescil edilerek haksız kazanç sağlanmasını önlemekte ve alan adının haksız tescilinde tazmini para cezasına hükümlenmektedir<sup>570</sup>.

İnternet alan adı üzerindeki hak sahipliği, hak sahibinin sicil sözleşmesinden kaynaklanan tahsis talebi karşısında yer alan tüm borçlar hukuku talepleri temeline dayanır ve haciz konusu da olabilir<sup>571</sup>.

Alternatif çözüm yolunda ICANN'ın yetkilendirdiği kuruluşlara başvuran hak sahibi karşı tarafça tescil ettirilen alan adının kendisine ait bir marka, ticaret unvanı, kişi adı vb. bir hakkı içerdiği ve bu hak ile alan adının aynı veya benzeri olduğunu, karşı tarafın bu adla herhangi bir yasal bağlantısının olmadığını ve karşı tarafın kötü niyetli olduğunu ispatlaması gerekir. Söz konusu alan adının başvurana ait olmasının ispatı halinde, hak sahibine transferi sağlanır veya tescilin hükümsüzlüğüne karar verilir<sup>572</sup>. Şikayette bulunan ihtilafın mahkeme önüne gelmesinde alan adını tescil eden şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme veya davalının bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olmasında seçim hakkına sahiptir. Karşı taraf aleyhine verilen karara karşı 10 gün içinde yetkili ihtisas mahkemeleridir<sup>573</sup>.

### **3. Marka Sahibinin Web Sayfasına Link ve Frame Vermesi**

Link ve frame verme esnasında ortaya çıkan sorunlar, özel hukuk alanında özellikle fikri hukuk ve haksız rekabet hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır.

---

<sup>569</sup> ÜSTÜN, agm., s. 2225.

<sup>570</sup> OĞUZ, AGM., S. 67.

<sup>571</sup> Kale, Serdar, "İnternet Alan Adlarının (Domain Name) Hazine Dair Alman Federal Mahkemesi Kararı- (Çev. Serdar Kale), Mühf Had, 2007, C. 13, S. 1-2, S. 229.

<sup>572</sup> ÜSTÜN, agm., s. 2229.

<sup>573</sup> ÜSTÜN , agm., s. 2229.

Başka bir sayfaya verilen linklerin türü veya frame'e göre link ve frame verilen sayfa sahibinin fikri hakları ihlal edilebilmektedir. Bir başkasının web sayfasından veya bu sayfadaki bir hizmet sunumundan link vererek yararlanma halinde ayrıca ihlalin boyutlarının haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de ele alınması gerekmektedir.

Marka sahibi bir başka marka ismi ile bulunduğu siteden başka bir siteye geçebilmektedir<sup>574</sup>. Bir web sayfasından başka bir sayfaya geçişi sağlayan unsura link denir<sup>575</sup>. İnternet kullanıcısı bir sayfada iken bu link sayesinde diğer web sayfasına geçmektedir. Bu geçiş ya link verilen sayfadaki linkler tıklandığında diğer sayfaya geçiş şeklinde olmakta yahut, internet kullanıcısı o linki veren sayfada kalırken linkin verildiği sayfa kullanıcının sayfasında görünür.

Fikri hukuk bakımından link'ler, intern (dahili) ve ekstern (harici) link olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>576</sup>. Ekstern link'lerde İnternet kullanıcısı, link verilen sayfada bulunan link'lerin tıklanması ile diğer sayfaya ulaşmaktadır. Bu doğrudan diğer web sitesinin ana sayfası olabileceği gibi, o site içinde bulunan bir diğer sayfa da olabilir. intern link'lerde ise İnternet kullanıcısı, bir başka sayfaya aktarılmamaktadır. Burada kullanıcı link veren sayfada kalmakta, ancak link'in verildiği sayfa, bu sayfa içinde görülebilmektedir. İtern link'ler sayesinde, yüzlerce grafik ve büyük hacimli veriler, link veren kimsenin serveri meşgul edilmeksizin kullanılmaktadır. Bu tür link'ler, bir marka sahibinin link veren kimse olduğu görünümü verdiği için kötüye kullanılabilir<sup>577</sup>. Frame vermede bir web sayfasında web sayfası yapımcısı, bir başkasına ait web sayfasını kendi sayfası içine monte etme imkanını elde etmektedir. Her frame verilmesinde, İnternet kullanıcısının ekranında yabancı web sayfaları görüntülenebilmektedir<sup>578</sup>.

---

<sup>574</sup> MEMİŞ, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, Seçkin Yayınevi, s. 134.

<sup>575</sup> KIRÇOVA, İ/ÖZTÜRK P., "İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar", İstanbul 2000, İTO Yayını, s. 80.

<sup>576</sup> KREUZER, P. A.: "Urheberrecht im Internet", s. 250, 252; Fröhlich, s. 131, 135; Leupold, A./Demisch, D.: "Bereithalten von Musikwerken yum Abruf in digitalen Netzen", ZUM 2000, s. 385.(naklen; MEMİŞ, agm).

<sup>577</sup> FRÖHLICH, s. 135, (naklen; MEMİŞ, agm).

<sup>578</sup> BURMEİSTER, K.: "Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet-eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Urheberrechts", Köln 2000, s. 22, 23; Laga, G.: "Neue Techniken im World Wide Web - Eine Spielwiese für Juristen?", JurPC Web-Dok. 25/1998, Abs. 1 – 50 (www.jurpc.de), p. 23 (Eine Spielwiese für

Kamu hukuku bakımından ise link verilen sayfadaki içeriğin suç teşkil etmesi halinde link verenin hangi hukuk ilkelerine göre sorumluluğunun tesis edileceği özel olarak incelenmelidir.

Link veya hyperlink, web sayfasından Internet kullanıcıasını, başka bir sayfaya aktaran bir program kodudur<sup>579</sup>. Link verme (çengel atma), özel bir bilgisayar programı ile gerçekleştirilen ve bir web sayfasından diğerine geçiş işlemi sağlayan bir tekniktir. Bu şekilde word metninde yazılan bir web adresi, otomatik olarak geçişe uygun hale getirilmektedir. Internet bağlantısının mevcut olması ve adrese tıklanması halinde web sayfalarına geçiş mümkün olmaktadır.

Bir link'de ağda herhangi bir yerde bulunan bir içeriğe işaret ve bu içeriğe ulaşabilme imkanı olmak üzere iki esas unsur vardır<sup>580</sup>. Link verilme halinde işaret edilen web sayfaları veya bilgiler, link veren veya ziyaret edilen sayfanın sunucusunda tutulmamakta, link verilen sayfanın veya atıf yapılan web sayfasının kendi sunucusunda bulunmaktadır.

Frame, intern link vermeden farklıdır. İtern link'lerde bir web sayfasının sadece belirli bir metni veya grafiği görüntülenmekte iken frame vermede link verilen tüm sayfa görüntülenmektedir<sup>581</sup>.

Fikri hukuk açısından problem olabilecek link türleri dahili linklerdir. Harici linkler ile sadece eser sahibinin sayfasına bir geçiş sağlanmaktadır ki buna Internet ağında ulaşmak zaten mümkündür. İtern linkte, link verilen sayfa bağımsız bir sayfa olarak açılmamakta, link veren sayfada görüntülenmekte; sayfanın bir parçası

---

Juristen). Frame verilen web sayfası örneği için bkz. [www.netbul.com](http://www.netbul.com). (naklen; MEMİŞ, “Müzik Sunumu”, s. 134,135).

<sup>579</sup> Link vermek için web sayfasının HTML-kodları arasına -Tag yazılması ile gerçekleştirilmektedir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. FFRÖHLICH, M.: “Zentrale Institutionen des deutschen Urheberrechts und des französischen Droit d’auteur auf dem Prüfstand der elektronischen Netzwerke”, Frankfurt am Main 2001, s. 131; BECHTOLD, S.: “Schutz des Anbieter von Information Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz im Internet”, [www.jura.uni-tuebingen.de/ri/96ws/bechtold/seminar.htm](http://www.jura.uni-tuebingen.de/ri/96ws/bechtold/seminar.htm)); Völker, S./Lührig, N.: “Abwehr unerwünschter Inline-Links”, K&R 2000/1, s. 21.(naklen; MEMİŞ, “Link ve Frame Verme 1”), <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000110-yazi.htm>

<sup>580</sup> SOSNITZA, O.: “Das Internet im Gravitationsfeld des Rechts: Zur rechtlichen Beurteilung so genannter Deep Links”, CR 10/2001, s. 694. (naklen; MEMİŞ, “Link ve Frame-1”).

<sup>581</sup> Laga, Eine Spielwiese für Juristen, p. 24, ( naklen; MEMİŞ, “Link ve Frame-1”).

görünümü verilmektedir<sup>582</sup>. Burada bir başkasının yaptığı web sayfasının değiştirilmesi, bir başka görünüme kavuşturulması söz konusudur. Ancak işlemenin var olup olmadığı her somut olayda ayrıca araştırılmalıdır.

Ekstern link veren kimse, diğer sayfanın içeriğine herhangi bir etkisi bulunmadan aracılık yapmaktadır. Link verdiği sayfanın içeriğinin kendi serveri üzerinden sunulması da söz konusu değildir. Bu nedenle link veren web sayfası işleticilerine aracılık yapan kimselere dair bir sorumluluk türünün uygulanması gerekmektedir<sup>583</sup>.

1998 yılında internet iş çevreleri, teknik, akademik ve kullanıcı topluluklarının oluşturduğu kuruluş olan ICANN, teknik fonksiyonlarla ilgili çözümleri ABD hükümeti ile IANA ve diğer gruplarla yapılan anlaşmalar altında çözümü görevini üstlenir<sup>584</sup>.

Finlandiyalı Nokia Corporation firması “www. nokiaheavenuk. com” adlı web sitesi hakkında şikayette bulunarak bu alan adının haklarının kendisine devredilmesini talep etmiştir. Şikayetçi firma, “nokiaheavenuk. com”i nternet alan adının, hak sahibi olduğu ticaret ve hizmet markalarıyla aynı ve ayırt edilemez derecede benzer olduğu ve şikayetçi olunan kişinin bu alan adına ilişkin olarak hiçbir meşru hak ve menfaat sahibi olmadığını ve alan adını kötü niyetle tescil ettirmiş ve kullanmakta olduğunu ileri sürmüştür. Yine aynı firmanın bir başka şikayetinde de “worldnokia. com” alan adı ile ilgili olarak da talebini tekrarlamıştır. Her iki olayda da WIPO Tahkim ve Uzlaştırma Merkezi alan adlarının Nokia Corporation'a devrine karar vermiştir<sup>585</sup>.

---

<sup>582</sup> IHDE, s. 2, [www.graefe-partner.de/ecom/hyperlinks.html](http://www.graefe-partner.de/ecom/hyperlinks.html). , MEMİŞ, “Link ve Frame-1”.

<sup>583</sup> MEMİŞ, “link ve frame- 1”, s.135.

<sup>584</sup> ÜSTÜN Dilek, “Fikri ve Sınai Haklarla İlgili Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları ve İnternet Alan Adı(Domain Name) Uyuşmazlıkları”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 20, Ağustos 2004. ., s. 2226.

<sup>585</sup> MADRAN, Orçun, İnternet ve Hukuk, Sayfa 6. [www.baskent.edu.tr/~omadran/eskiweb/yayinlar/internethukuk.pdf](http://www.baskent.edu.tr/~omadran/eskiweb/yayinlar/internethukuk.pdf), Erişim tarihi: 23. 11. 2007.

## **4. Markanın Üçüncü Kişi Tarafından İnternet Teknolojisi Araçları ile Kullanımı**

### **a. Markanın Meta Tag Olarak Kullanılması**

Meta tag web sayfalarının içeriğini sınıflandıran arama motorlarının bu işlemi yapabilmeleri için web sitesinin HTML kodunun başındaki anahtar kelimedir. Bu kelimeler web sitesinde görünmemekte ilgili yazılımın kaynak kodunda bulunurlar. Otomatik aramada bu web sitesinin seçilmesini sağlar. Web sayfası sahibi kendi sayfasını hazırlarken başka bir markayı kaynak kodunda kullandığı takdirde internet kullanıcısı bu markayı yazdığı anda markanın asıl sahibinin sayfasına değil, bu marka ismini metatag olarak kullanan kişinin web sitesine girecektir<sup>586</sup>. Burada internet kullanıcısı bu iki markanın arasında ekonomik olarak bağlantı olduğu kanısına kapılacaktır. Bu da karıştırma tehlikesi doğurabilir. Marka sahibinin buna itiraz edebilmesi gerekir.

### **b. Markanın Anahtar Sözcük Olarak Satışı**

İnternetin gün geçtikçe daha fazla kullanılması nedeniyle marka sahiplerince markalarının reklamcılara anahtar sözcük şeklinde satışı sonucu, marka sahibinin markasının kullanıldığı anahtar sözcük yazılarak ilgili arama sitesinde arama yapıldığında arama sonucunun yanında asıl markanın yanında anahtar sözcük olarak satılan bu işaretin de sayfada reklamı görülür<sup>587</sup>. Bu kelimelere ilişkin otomatik arama yapıldığı zaman bu web sitesi açılır. Anahtar sözcük olarak başkasına ait bir marka kullanıldığında bu kelime girildiğinde başka bir kişinin sayfası açılmaktadır. Bu durumda başka birinin markası ile diğer işaret arasında karıştırılma tehlikesi kanaatimce oluşur. İnternet kullanıcısı bu yönlendirme sonucu marka sahibinin sayfasına ulaşmakla birlikte rakip firmanın reklamını da görecektir. Bu durumda karıştırma tehlikesi bulunmayıp haksız rekabet oluşmaktadır<sup>588</sup>. Bu durumda marka sahibinin itiraz edebilmesi gerekir.

---

<sup>586</sup> ARIKAN, Ayşe, Saadet., “İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002, s. 148.

<sup>588</sup> ARIKAN, agm., s. 106.

## SONUÇ

Hukuk devletinde, hakka konu olan şeylerin, sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişiler tarafından kullanılması, üretimi, satışı ve benzer şekillerde yararlanılması yasalarla sınırlandırılmıştır.

Bölgesel ve diğer bütün hukuk alanları gibi içinden çıktığı kültürün izlerini taşıyan fikri mülkiyet hakları, sahiplerine belirlenen süre zarfında, belirlenen ekonomik faaliyetler üzerinde tekel hakkı sağlar. Bu hak kişiye, kendisine tekel hakkı veren devlet içinde kendinden başka herhangi bir kimsenin bu faaliyetlere girişmesine engel olma hakkını verir<sup>589</sup>.

Markanın karıştırma tehlikesinde korunan iki taraf mevcut olup, bunlardan ilki üreticidir. Çünkü, bir mal veya hizmetin üretilmesi zor olup onun kopyalanması ise hem kolaydır, hem de “ilk” olana saygısızlıktır. Böyle bir ortamda da orijinal bir şeyler üretilmek yerine kopyalamalar artar. Marka, patent gibi haklar anlamını yitirir. Diğer taraftan korunması gereken ikinci kitle ise bizzat tüketicidir. Çünkü tüketici belirli bir malı alırken markaya güvenir ve o marka üzerinden alışkanlıklar kazanabilir ve haklı olarak aynı kaliteyi aynı şartlarda almak ister. Bir mal veya hizmetin benzerinin yapılmasında her zaman tescilli olanın kalite ve ayarında üretilip tüketiciye sunulmadığı hepimizin malumudur. Böylece karıştırılma sonucunda çift taraflı bir mağduriyet doğmuş olur. Bu mağduriyetin faturası hem üreticinin, hem de tüketicinin, aynı zamanda kendisine güvenin yitirildiği ekonominin sırtına biner.

Hukukumuzda da, fikri ve sınai haklar kapsamında bulunan marka, işletmelerin mal veya hizmetlerini diğerlerinininkinden ayırt etmeye yarayan işaretler olup, markalara ilişkin düzenleme yapan 556 sayılı KHK. 5. maddesinde bir işaretin marka olabilme şartlarını, 7 ve 8. Maddesi de tescil engellerini düzenlemiştir. Çağdaş ülke hukuklarına ve özellikle AB hukukuna uyumlaştırılmaya çalışılan ve bu nedenle yenilenen 556 sayılı KHK marka sahibinin haklarının korunması yolunda değişiklikler geçirmiştir.

KHK.'da tescilli veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın aynısının aynı mal veya hizmetler için mutlak olarak; buna karşılık markanın aynı veya benzerinin

---

<sup>589</sup> AYDIN Muammer, “Sınai Haklar Komisyonu ve TPE”, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, s. 26.

aynı veya benzer mallarda, işaretler arasında bağlantı olma ihtimali de dahil olmak üzere karıştırma tehlikesine yol açabilecek durumda, somut olayın özelliklerine göre markaya sağlanacak koruma düzenlenmiştir. Tescilli markanın bahsedilen mal ve hizmetler yönünden korunması, karıştırma tehlikesi kavramına bağlanmıştır. 556 sayılı KHK da bir yenilik olarak benzer mal ya da hizmetler için yönerge ve AB tüzüğüne uydurularak koruma sağlanmıştır

Bir malın hangi işletme tarafından üretildiği veya piyasaya sürüldüğünü yahut bir hizmetin hangi işletme tarafından sunulduğunu gösteren markalar, mal ve hizmetlerin kaynağını gösterme işlevinin yanı sıra, markalar, işletme, mal ve hizmetler bakımından ayırt edicilik özelliğine de sahiptirler.

Bir markaya olan talebin arttırılması için üreticiler çeşitli yollar deneyebilirler. Tüketiciler de kafalarının karışmasından şikayetçi olsalar bile önlerinde farklı seçeneklerin olmasından hoşlanırlar. Tüketiciler tarafından karıştırılma ihtimalinin varlığının ilk şartı, tescili istenen markanın, daha önce tescilli bulunan markanın aynısı veya benzeri olması, diğer şartın ise her iki markanın aynı mal ve hizmetlerde kullanılması olacaktır. Tüketiciler tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici kitlenin halk olduğu göz önünde tutulacaktır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel veya görsel bir benzerlik ve hatta sadece çağrıştırma dahi karıştırma tehlikesi için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir.

Marka sahibi olan davacının, markaya tecavüz davalarında, markasının tescil edilmiş olduğunun varlığını ispatlaması yeterlidir. Ancak, markanın tescil edilmemiş olması durumunda, markanın tanınmış, “maruf”, “meşhur” olduğunun ispat edilmesi halinde genel hükümlere göre haksız rekabet yoluyla da korunması mümkündür.

Ülkemizde Fikri ve Sınai mülkiyetin korunması konusunda son yıllarda hızlı çalışmalar yapılmakta ise de bunlar yeterli düzeyde olmayıp, AB. Müktesebatına uygun hale getirme çalışmaları halen devam edegelmektedir.

Son olarak bugünlerde Anayasa Mahkemesinin yukarıda bahsedilen 3.1.2008 tarihli 2008/2 karar sayılı iptal kararı ile kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi

uyarınca sıkça eleştirilen kararnamedeki bu yanlışlık da giderilmiş ve altı aylık sürenin sonunda Markalar Kanunu Tasarısının da yasalaşması dileğimizdir.

AB.'ye üye olma yolunda ilerleyen Türkiye'nin hukukunun da markaya ilişkin bu düzenlemelerden etkilenmesi kaçınılmazdır. AB.'nin bu konuda çıkarmış olduğu Tüzük ve Yönergede düzenlenen hususlar, Türk hukukuna aktarılmaya çalışılmaktadır. Bu uyumlaştırma sonucunda çağdaş standartlara ulaşılmış olacaktır. Karıştırma tehlikesine ilişkin, AB Tüzüğü olsun Konsey Yönergesi olsun ve tüm uluslararası anlaşmalar ve direktifler ışığında olsun, mevzuatımız hızlı bir şekilde uyumlaştırılmaya çalışılmakla birlikte, tasarının bir an evvel yasalaştırılarak kanun haline getirilmesi eleştirileri giderme açısından faydalı olacaktır. Markalar Kanun tasarısı, bu yolda önemli bir adım olup, tasarının bu konuyu düzenleyen maddelerinde değişiklik yapılmadan geçilmiş olması konunun uluslararası düzeydeki uygulamaları yakından takip ettiğimizizin göstergesidir.



## KAYNAKÇA

“DefineTrademark”, <http://www.uspto.gov/web/offices/tac/tmfaq.htm#>, erişim tarihi:03. 11. 2007.

“First Directive 89/104/EEC of the Council, of 21 December 1988, to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks (OJ EC No L 40 of 11.2.1989, p. 1)” <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/direc/direc.htm>, Erişim tarihi:21.03.2008.

AKİPEK, Ş./DARDAĞAN, E., “Sanal Ortamda Telif Hakları”, Batider, C. 21, Ankara, 2001, 2002, s. 47.

AKTAN, Coşkun Can: “Türkiye Avrupa Birliği’nin Neresinde?”. [canaktan.org/ekonomi/avrupa-birligi/ab-dogusu.htm](http://canaktan.org/ekonomi/avrupa-birligi/ab-dogusu.htm), İzmir 2000, [www.canaktan.org/ekonomi/avrupa-birligi/anasayfa-ab.htm](http://www.canaktan.org/ekonomi/avrupa-birligi/anasayfa-ab.htm) - 12k, erişim tarihi: 10. 03. 2008.

ALBAYRAK, Mustafa, “Taklit Ürün Suçlarının Yargılanmasında Yaşanan Sorunlara Yeni Markalar Kanunu Çözüm Getirebilecek mi?” TBB. Dergisi, S. 72, Y. Eylül- Ekim 2007, s. 277-296.

ALCAN, Emre, “Marka ve Marka Hakkının Korunması”, [www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/marka\\_hakki\\_korunmasi.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/marka_hakki_korunmasi.htm), erişim tarihi: 23. 11. 2007.

ANIK, Gülgün, “İnternet Alan Adı”, FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 5, C. 5, S. 4, s. 65-88.

ARIKAN, Ayşe, Saadet. ,“ İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002, s. 89-110,

ARIKAN, Serdar,“Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri”, 2004, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/06sarikan>.

ARKAN, Sabih, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BTHEY 1998, s. 197-208.

ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997.

ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, C. II, Ankara 1998.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Onuncu Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.

ARKAN, Sabih, "Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Korunma Kullanma Zorunluluğu", Batider Y. 2000, C. XX, S. 3, s. 5-13.

ARSEVEN, H, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1951.

ASLAN, Kaya, Marka Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006.

ASLANER, Nuran, "Almanya Uygulamasında Renk Markalar", İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007, s. 41-50.

ATAD Kararları, European Union - Case Law [www.sib.com](http://www.sib.com) - News - Trademarks, Erişim tarihi: 26.06.2008.

ATAD Kararları, <http://curia.europa.eu/>, Erişim tarihi: 03. 10. 2007.

ATAD Kararları, <http://eur-lex.europa.eu>, erişim tarihi: 11. 02. 2008.

ATAD Kararları, [www.sib.com](http://www.sib.com) - News - Trademarks, Erişim tarihi: 26.06.2008.

AYDIN, Muammer, "Sınai Haklar Komisyonu ve TPE", İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2008, s. 93-113.

BATTAL, Ahmet, "Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, Y. 2000, s. 12-22.

BERLİT, Wolfgang, Das neue Markenrecht, 3. Aufl., München 1999.

BETTİNGER, T.: Kennzeichenrecht im Cyberspace: Der Kampf um die Domain-Namen, GRUR-Int 1997, H.5

BOZBEL, Savaş, "Domain Hukuk ve Bilgileri Sorunlar Çözümler", Marka Vekilliği Pratik Notları/Hukuki İncelemeler Kütüphanesi, [www.turkhukuksitesi.com/makale\\_erişim](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_erişim) tarihi: 8. 3. 2008.

CAN, Ozan, "Markalar Kanunu Tasarısı Taslağının 12. Maddesi Üzerine Düşünceler" THD. Y. 3, S. 18, Şubat 2008.

ÇAĞLAR, Hayrettin, "Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması-Use of Trademark In A Different Form", FMR, Y. 7, C. 7, S. 2.

Danıştay Başkanlığı, Danıştay 12. Daire Kararları, 1. Kitap, C. 1, Ankara, Danıştay Yayınları, 1976.

DEHLFING, Thomas, Das Recht der irreführenden Werbung in Deutschland, Großbritannien und Frankreich, Diss., Frankfurt am Main/Berlin/Bonn/NewYork/Paris/Wien 1999.

DİLEK, Cengiz, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz İlgili Mevzuat Danıştay ve Yargıtay Kararları, İstanbul, Beta, 1995.

DİRİKKAN, Hanife, “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, Beta, 1998.

DİRİKKAN, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara-2003

DOĞAN, Beşir Fatih, “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma” Batider, Haziran 2007, C. XXIV, S. 1, s.219-237.

DOĞAN, Beşir Fatih, “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, FMR, S. 2006/3, s. 17-42.

DOĞANAY, İsmail, Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 2004, Beta.

DÖNMEZ, İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1987.

EJDER, Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002.

EKDİAL, İbrahim: “Tanınmış Markalar ve Uygulamaya Genel Bakış”, [http://www.istanbulpatent.com/tr/mak\\_marka\\_taninmis.html](http://www.istanbulpatent.com/tr/mak_marka_taninmis.html), Erişim tarihi: 25.11.2007.

ELSAESSER, Martin, Der Rechtsschutz berühmter Marken, Weinheim 1959.

EPÇELİ, Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, 2006 İstanbul.

ERİŞ, Gönen, Madde Açıklamalı En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara En-kay, 1992.

ERİŞ, Metin, “Liberalizm Üzerine Düşünceler”, Yeni Türkiye Liberalizm Özel Sayısı, S. 25, Ankara: 1999.

EROĞLU, Sevilay, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2003, s. 95-129.

FEZER, Karl-Heinz, Markenrecht. Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen. München 1999.

FIRAT, Aytakin; ERSOY, Hüseyin,” Türk Otomotiv Sanayinde Markaların Tüketici Tercihleri Üzerine Etkisi” Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt 8, S. 1, 2006, www. sbe. deu. edu.tr/Yayinlar/dergi/2006/Cilt%208%20Sayi%201%202006/firat-ersoy. pdf - erişim tarihi 25 12 2007.

Fikri Mülkiyet Hukuku,  
www.abgs.gov.tr/files/Muktesebat\_Uyum\_Programi/07\_FikriMulkiyet, erişim tarihi:15. 11. 2007.

GÖLE, Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara-1983.

GÜRZUMAR, Osman Berat, “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler” Yargıtay Dergisi, C. 20, S. 4, Ekim 1994.

GÜRZÜMAR, O B, Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler” YKD,1994, C. 20, S. 4, s. 504-515.

KALE, Serdar, “İnternet Alan Adlarının (Domain Name) Haczine Dair Alman Federal Mahkemesi Kararı- Çev. Serdar Kale, MÜHF HAD, 2007, C. 13, S. 1-2, s. 225-230.

Kanun metinleri, www. uyap. gov. tr/bilgi/bilgiyon. html.

KARAHAN, Sami, “556 Sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İلمي ve Kazai İctihatlar Işığında Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2002, s. 510-539, Anılış: Hükümsüzlük Davaları).

KARAHAN, Sami, “Marka Şekilleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987

KARAHAN, Sami, “Ne Kadar Ticaret O Kadar Özgürlük”, Yeni Türkiye Liberalizm Özel Sayısı, S. 25, Ankara: 1999.

KARAHAN, Sami, “Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları”, Fikri ve Sınai Haklar İhlaller & Davalar, 2008, İstanbul Barosu Yayınları, s.18-29,(Anılış: Hükümsüzlük).

KARAHAN, Sami, SULUK, Cahit, SARAÇ, Tahir, NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskıya ek, Mimoza Yayınları, Eylül 2006,(Anılış: Ticari İşletme).

KARASU, Rauf, “Ses Markaları”, FMR, Y. 7, C. 7, S. 2.

KARAYALÇIN, Y., Ticaret Hukuku-1-Giriş-Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara,1968.

KARİMİ, Jasmine, Trademarks, Law, Many countries Avoiding Dilution of Well-known Marks in the US, EU and Asia Asialaw. Hong Kong: Apr 1, 2007. erişim tarihi:2. 2. 2008.

KELLER, Erhard, Der Schutz eingetragener Marken gegen Rufausnutzung, Baden-Baden 1994.

KIRCA, İsmail, “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması” Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. yaş Günü Armağanı, C. II, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, Beta, 2002, (Anılış:Alan Adı).

KIRCA, İsmail,“Symposium on Effective Enforcement of Intellectual Property Rights, in Turkey, Session 5 Speech 2, Türkiye’de markalara ve Tanınmış Markalara Yönelik Uygulamalar Yargıtay Kararları Açısından Marka Hukukunda İltibas (karıştırılma) Kavramı ve Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka” www. abgm. adalet. gov. tr/5-2-TR-Kirca. pdf, Erişim tarihi:11. 11. 2007,(Anılış:İltibas).

KIRÇOVA, İ/ÖZTÜRK P., “İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar”, İstanbul 2000, İTO Yayını.

KİZİROĞLU, Serap Keskin,” Marka Patent Suçları”, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı

MADRAN, Orçun, İnternet ve Hukuk, s. 6. www. baskent. edu. tr/~omadran/eskiweb/yayinlar/internethukuk. pdf,erişimtarihi:23. 11. 200.

Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı, [http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar\\_kanunu\\_tasarisi\\_taslagi.pdf](http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar_kanunu_tasarisi_taslagi.pdf)

MEMİŞ, TEKİN, “ Alan İsmi Üzerinde Çıkabilecek Hukuki Sorunlar”, <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000110-yazi.htm>,(Anılış:Hukuki Sorunlar)

MEMİŞ, Tekin, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İnternet Ortamında Fikri Hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul ve Bu Usulün Değerlendirilmesi”, <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=98>,(Anılış:İhlallerin Engellenmesi).

MEMİŞ, Tekin, “Fikri ve Sınai Hukukun Koruma Alanının Genişlemesi ve Ülke Hukuk Politikası Açısından Değerlendirmeler”, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, s.3-14.

MEMİŞ, Tekin, “Link ve Frame Verme-1”, <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000110-yazi.htm> (Anılış: Link ve Frame-1)

MEMİŞ, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, Seçkin Yayınevi, (Anılış: Müzik Sunumu)

MERAN, Necati, Marka Hakları ve Korunması, Seçkin Yayınevi Ankara 2004.

MOON, Michael/MILLISON, Doug, Ateşten Markalar İnternet Çağında Marka Sadakati Yaratmanın Yolları, MediaCat Kitapları, Ocak 2005 İstanbul, s. 34, (çeviren: Ş. Tanju Kalkay).

NILSSON, Gül Okutan: “Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin üç Kararı” Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 23, S. 1-2/2003, Prof Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 579-598.

NOMER, N. Füsün, ‘İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayıt Edici Ad ve İşaretler ile Benzerlikler Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar’, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, (Ed. Doç. Dr. Abuzer Kendigelen), C. 1., İstanbul, Beta, 2001.

NOMER, N. Füsün, “Tanınmış Marka: Nike (İsviçre Federal Mahkemesi’nin 24 Mart 1998 Tarihli Kararı)”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999.

NOYAN, Erdal; Marka Hukuku, Adil Yayınevi, Ankara, 2004.

OCAK, Nazmi, “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı”, Prof Dr Ali Bozer’e Armağan, Ankara, BTHAE, 1998.

OĞUZ, Sefer, “İnternet Ortamında, Alan Adı Gaspına Karşı Tüketicilerin Korunması Kanunu’nun Çevirisi”, FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 5, C. 5, S. 3, s. 65-82.

OHIM Kararları, <http://oami.europa.eu/> Erişim tarihi: 10.10.2007.

OMAĞ, Merih Kemal, Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması, Hukuk Araştırma Dergisi, 1991, C. 6.

ORHAN, Ali: Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Markalar, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd Şti, Haziran 2007 İstanbul.

OYTAÇ, Kutlu, “Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri ile Birlikte Ele Alınması”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku dergisi, C. 3, S. 2003/2.

OYTAÇ, Kutlu, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Nobel Yay., İstanbul: 2002.

ÖÇAL, Akar, “Marka Hukukunda Rengin Önemi” Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 25, 1968.

ÖÇAL, Akar, “Markalara İlişkin Bazı Fransız Mahkeme Kararları”, s. 151,152, İTİAD,1965, C. 1, S. 1.

ÖZDAL, Şule, “Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler”, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, 2007, s. 85.

ÖZSUNAY, Ergun; “551 Sayılı Markalar Kanunu Döneminde Markalara İlişkin Bazı Önemli Sorunlar ve Markaların Korunması Hakkında KHK/ 556 ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler”, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu ve Sorunları Semineri, İTO Yay., N. 39, İstanbul: 1995.

ÖZTEK, Selçuk, “556 Sayılı KHK’da Benzer Mal ve Hizmetler”, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı 2007 s.206-224..

PALA, Mehmet/SAYGI, Birol, Gıda Sanayiinde Büyük Mağazaların Özel Markalı Ürün Uygulamaları, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul 2004.

PINAR, Hamdi, “Marka, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından LPG Tüp Piyasasındaki Bazı Uygulamalar”, FMR, Y. 6, C. 6, S. 3, s. 122-135.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal, “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan, BTHEY 1990, s. 333-345.

PRINGLE, Hamish/THOMPSON, Marjorie, Sosyal Sorumluluk Kampanyaları ile Marka Yaratmak, Scala Yayıncılık, Ocak 2000, (çevirenler:Zeynep Yelçe-Canan Feyyat)

RIES, Al/RIES Laura, Markaların Evrimi, Kapital Medya Hizmetleri AŞ, Şefik Matbaası, Mart 2005 İstanbul, (çevirenler: Neşe Kars Tayanç-Dinç Tayanç), s. 13.

SADAY, Okay, “Marka Vekilliği Sınavı İçin Marka Hukuku Pratik Notları" (<http://www.turkhukusitesi.com>) tarih:19. 01. 2008

SAĞLAM, Mehmet Adil., Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara, 1973.

SAMWER, Klaus, Der Rechtsschutz berühmter Marke, Diss., Göttingen 1977.

SAVAŞ, Bozbel, “Domain Names (Internet alan adları ve ICANN- Tahkim Usulü”, Prof Dr. Ömer Teoman’a Armağan, İstanbul, Beta, 2002.

SEYİTHANOĞULLARI, Teoman,,: Türkiye’de ve Dünyada Sınai Mülkiyetin Koruması Uluslararası Konferansı: TPE Yayınları: Ankara, İstanbul 1997.

SULUK, Cahit, Telif Hakları Ve Korsanlıkla Mücadele, Hayat Yay., İstanbul: 2004.

SUMROY, Rob- BADGER, Carina, “Examination of The Illegal Use of The Trademark With Respect to Its Main Function- Markanın Esas Fonksiyonu Yönünden Yasa Dışı Kullanımının İncelenmesi”, Çeviren: SERT, Selin, FMR. Y. 7,C. 7,S. 3.

SUNGUR, H/BORAN, K., Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat I. Ticari İşletme, İstanbul, Kurtulmuş Matbaası, 1957, s. 514.

ŞANAL, Osman, “Marka Hakkına Tecavüz”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl. 1, S. 2, 2005.

ŞANAL, Osman, Markanın Hükümsüzlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004.

TEKİN Memiş, “Alan Adları ve tr. Alan Adı Politikalarına Eleştirel bir Yaklaşım”, Erişim tarihi:24.03.2008.



TEKİNALP, Gülören, TEKİNALP, Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

TEKİNALP, Ünal, “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması”, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998.

TEKİNALP, Ünal, Ayırt Edici Nitelik Kazanma, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003.

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2002.

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, Aralık 2005.

TEKİNAY, S. Sulhi, “Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar”, Prof. Dr. Karayalçın’a Armağan, Ankara 1988.

TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku Cilt 1, Hukuki Mütalaalar (BTHAE) Kitap 5, İstanbul 1992-1993.

TÜRKEKUL, Erdem, “Bilgi Toplumunda Fikri Haklar”, Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi, S. 6, Haziran 2004.

TÜRKEKUL, Erdem, “İnternette Fikri Hakların Korunması”, Açık Sayfa Aylık Aktüel Hukuk Dergisi, S. 44, Haziran 2003.

ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

ÜNAL, Mücahit, “556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Göre Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, Y. 2005, s. 23-48.

ÜNLÜÖNEN, Kurban; BATTAL Ahmet; YAYLI Ali;YÜKSEL, Sedat; “Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuk Sürece Dahil Edilmesi : Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği Conclusion Of Public Opinion In Brand Imitation Lawsuits: A Three Dimensional Research Case”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi www. esoder. org ISSN: 1304-0278 Güz-2007 C. 6 S. 22 (01-12)

ÜNSAL, Ö. E., “Marka İncelemede Karıştırılma Olasılığı Kavramı”, TPE Bülteni, Y. 1, S. 3, s. 16-19.

ÜSTÜN Dilek, “Fikri ve Sınai Haklarla İlgili Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları ve İnternet Alan Adı(Domain Name) Uyuşmazlıkları”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 20, Ağustos 2004.

WEBERNDÖRFER, Jörg, Rechtsvergleich Deutschland- vereinigtes Königreich:Auswirkungen der Umsetzung der EG-Markenrichtlinie auf den erweiterten Schutz “bekanntere” Marken, Diss., Berlin1997.

YALÇINER, Uğur, “Marka-Patent Hukuku”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000.

YALÇINER, Uğur, “Türkiye’de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK’nın Getirdikleri”, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu Ve Sorunları Semineri, İTO Yay., N. 39, İstanbul 1995.

YALÇINER, Uğur, “Türkiye’de Sınai Mülkiyet Korunmasının Tarihsel Gelişimi”, Symposium on Effective Enforcement of Intellectual Property Rights in Turkey, İstanbul: 2004.

Yargıtay Kararları, www. kazanci. com. tr

Yargıtay Kararları, YKD. Şubat 2004, Mayıs 2000.

YASAMAN, Hamdi “Tanınmış Markalar”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, İÜHFY., 1978.

YASAMAN, Hamdi, "Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar", GSÜHFD 2002, S. 2, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan.

YASAMAN, Hamdi, “Hizmet Markaları”, Batider, C. VIII, Y. 1975, s. 73-93.

YASAMAN, Hamdi, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.’nin Kararı Üzerine Düşünceler”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1, S. 2, 2002/2, s. 151-158.

YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan, Marka Hukuku 556 sayılı KHK şerhi, C. II, Vedat Kitapçılık Ekim 2004,(Anılış:Marka Hukuku).

YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku ile İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, İstanbul 2003.

YASAMAN, Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi, C. I, Vedat Kitapçılık, Ekim- 2004,(Amlış:Marka Hukuku).

YAVAŞ, Murat, “Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri” Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, İstanbul 2006.

YILDIRIM, Mustafa Fadıl, “Kişi İsimlerinin İnternet Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın Korunması”, Mukayeseli Hukuk Bülteni (MHB), Y. 19-20, S. 1-2, Prof. Aysel ÇELİKEL’e Armağan, İstanbul 2001, s. 1003 vd.w3.gazi.edu.tr/web/, Erişim tarihi: 16.10.2007.