



T.C.

**İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

Yüksek Lisans Tezi

**MARKKHK ANLAMINDA KARIİLTIRILMA
KHTKMALK KAVRAMI**

**SEVGK EPÇELK
2501990264**

Tez Danışmanı Doç. Dr Mehmet Helvacı

İSTANBUL - 2002

ABSTRACT

Trademark infringement occurs when one party uses a trade mark of another such that there is confusion in the minds of consumers as to the the source of product or service. The appreciation of the likelihood of confusion depends on numerous elements which includes the strength or weakness of the trademark, the similarity in the appereance, sound and the meaning of the signs, the similarity of the goods or services in the question, proximity of the marketing or the distrubition chanells of the goods, and actual evidence of confusion on the part of the public which *includes the likelihood of association* between the sign and the mark. The main aim of this study is to define when there is a likelihood of confusion in the mind of consumers.

ÖZ

Markanēn üçüncü kılı tarafēndan mallarēn ve hizmetlerin kaynaēē konusunda karētēēmaya sebep olacak kullanēnē marka hakkēna tecavüz telkil etmektedir. Karētēēma ihtimalinin varlēēnēn belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak pek çok unsur bulunmaktadır. Bu çalēmanēn esas amacē da bu unsurlara açēklēk getirerek karētēēma ihtimali kavramēnēn anlamēnē belirleyebilmektir.

ÖNSÖZ

Markalar bir taraftan üzerine konuldukları mal veya hizmetin hangi işletmeye ait olduğunu gösterirken, diğer taraftan sahip oldukları simgesel gücün yarattığı farklılıkla o mal ya da hizmeti piyasadaki benzerlerinden ayırd etmeye yarayan ad ve işaretlerdir.

Serbest rekabetin esas olduğu ekonomik düzenlerde marka, bu düzenin işlemlerini sağlayan temel unsurlardan biridir. Bu nedenle, bir markanın aynısının ya da benzerinin bir başka tarafından ticaret hayatında karıştırılmaya neden olacak kullanımı ekonomik düzeni de olumsuz etkileyecektir. Bu sebeple, Marka Hukukunda ifadesini bulan karıştırılma ihtimali kavramının sahip olduğu anlamın belirlenmesi önemlidir.

Gerek tez konusunun sınırlarının belirlenmesinde gerekse tezin hazırlık sürecinde çalışmamla ilgilenerek beni cesaretlendiren danışman hocam Sn. Doç. Dr. Mehmet Helvacı'ya buradan teşekkürlerimi sunmak isterim.

Bundan başka, sevgisi ve desteği ile her zaman yanımda olan ailem ve sevgili dostları Özgün Kalkan, Av. Birsan Kalkan, Av. Derya Kaya, Av. K. Tolga Gürbüz'e teşekkür etmek isterim.

İstanbul, Eylül 2002

Sevgi Epçeli

KİÇİK İNDEKİLER

Öz.....	
Önsöz.....	
Kıçindekiler.....	
Kısaltmalar Cetveli ..	
Giriş ..	
Birinci Bölüm ..	
Karşıtılma ihtimali Kavramı ..	
I. Kavram ..	
A. Klasik Anlamda ..	
B. Geniş Anlamda ..	
II. Konu ile ilgili Yasal Düzenleme ..	
A. Genel Olarak ..	
B. Tescil Engeli ..	
C. Hükümsüzlük Sebebi ..	
D. Tecavüz Eylemi ..	
İkinci Bölüm ..	
Karşıtılma ihtimalinin Unsurları ..	
I. Aynı İfade/ Benzer İfade ..	

- A. Genel Olarak
- B. Aynē/ Ayēt Edilemeyecek Kadar Aynē/ġaretē
- C. Benzer ġaretē
- II. Aynē/Benzer Mal veya Hizmet..... ..
- A. Genel Olarak..... ..
- B. Aynē/ AynēTür Mal veya Hizmet..... ..
- C. Benzer Mal veya Hizmet
- III. Alġġarēn Benzer ġaretleri Karġtāmasē..... ..
- A. Genel Olarak
- B. Dikkate AlēnmasēGereken AlġēGruplarē..... ..
1. Benzer ġaretleri Talēyan Ma ya da Hizmetin Genelde Her Kesimden Alġēya Hitap Etmesi
2. Benzer ġaretleri Talēyan Mal ya da Hizmetin Özel Bir veya Birkaġ AlġēGrubuna Hitap Etmesi
3. Benzer ġaretleri Talēyan Mal ya da Hizmetin Uzmanlġk Sahibi Bir AlġēGrubuna Hitap Etmesi..... ..
- C. Bilirkiġi kncelemesinin Gerekliliġi
- Üçüncü Bölüm
- Karġtāma ktimalinin Belirlenmesinde Göz Önünde Bulundurulacak Esaslar
- I. Kuvvetli Marka- Zayē Marka Ayrānē
- II. Marka ġekillerinde Esas Unsurlar YardāncēUnsurlar
- A. Genel Olarak
- B. Esas Unsurlarē
1. Genel Olarak
2. Kanun Gereġi Esas Unsur Olabilecek ġaretler
- a. Genel Olarak
- b. Ses
- c. Koku..... ..

	d. Tat.....
	e. Renk.....
	f. Üç Boyutlu Lékiller
C. Yarděncě Unsurlar	
1. Betimleyici İáaretler	
a. Genel Olarak	
b. Mal veya Hizmetin Niteliğini Gösteren İáaretler	
c. Çokrafi Kaynak Gösteren İáaretler	
d. Bir Meslek/Hizmet Grubuna Aidiyeti Gösteren İáaretler.....	
2. Serbest İáaretler.....	
D. Kullanma ile Ayıt Edicilik Kazanan İáaretler.....	
III İáaretler Arasěnda Ses, Anlam, Lékil Benzerliđinin Bulunmasě.....	
A. Genel Olarak.....	
B. Ses Benzerliği.....	
C. Anlam Benzerliği.....	
D. Lékil Benzerliği	
IV. İáaretlerin Birbirini Çađrđtěmasě.....	
V Bütünlük İlkesi.....	
VI. BađlantěOlduđu İhtimali	
Dördüncü Bölüm	ě ě ě ě ...
Kullanma Sorunu ě ..	
I. Genel Olarak ě ě ě ě ě ě ě ě ě ě ě ě	
II. İáaretin Marka Sahibi Tarafěndan Kullaněma Zorunluluđu.....	
III. İáaretin Mütecaviz Tarafěndan Kullaněma Zorunluluđu.....	
A. Tescilli Markaněn Üçüncü Kíli Tarafěndan Ticaret Unvaně Olarak Kullaněmasě.....	
B. Tescilli Markaněn Üçüncü Kíli Tarafěndan İáletme Adě Olarak Kullaněmasě.....	

C. Tescilli Markanın Üçüncü Kişisi Tarafından İnternette Kullanılması.....

1. Genel Olarak
 2. Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması.....
 - a. Alan Adı Kavramı.....
 - b. Alan Adının Hukuki Niteliği
 - c. Alan Adının Tahsis ve Tescilinde Benimsenen Kurallar ...
 - d. Alan Adı ile Marka Arasında Karşıtlaşma ihtimalinin Belirlenmesi.....
 - i. Alan Adı ile Marka Arasında Ayniyet/ Benzerlik.....
 - ii. Aynî Benzer/ Mal/ Hizmet
 - iii. Göz Önünde Bulundurulacak Alın Kitlesi
 - e. Alan Adı Kullanımının Marka KHK md. 12 Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği
 3. Tescilli Markanın Üçüncü Kişisi Tarafından İnternet Teknolojisinin Araçları Çerçevesinde Kullanılması.....
 - a. Tescilli Markanın Metatag Olarak Kullanılması.....
 - b. Tescilli Markanın Anahtar Sözcük Olarak Satılması.....
 4. Marka Sahibinin Sayfasına Link veya Frame.....
- SONUÇ.....
- KAYNAKÇA.....

KISALTMALAR

AAD	: Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AFN	: Alameti Farika Nizamnamesi
age	: adögeçen eser
agm	: adögeçen makale
AT	: Avrupa Topluluğu
Anm	: Anmerkung
Ann	: Annales de la Propriete Industrielle, Aristisque et Litteraire
Art.	: Artikel
ATM	: Avrupa Toplulukları Mahkemesi
ATMK	: Alman Temyiz Mahkemesi Kararı
ATRG	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd	: Band
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bknz	: Baknız
BpatGE	: Entscheidungen des Bundespatentgerichts
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

C	: Case
C.	: Cilt
CoğKHK	: Coğrafi Karetlerin Korunmasđ Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
çev.	: Çeviren
D.	: Daire
Da.	: Danıştay
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas Numarası
ECJ	: European Court of Justice
ECR	: European Court Report
Einl.	: Einleitung
EndTasKHK	: Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
Eskişehir İKTAD	: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun
FMK	: (İsviçre) Federal Mahkemesi Kararları
FMR	:Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht- Internationaler Teil
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İKİD	: İlimi ve Kazai İncelemeler Dergisi
İKVD	: İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JDT	: Journal des Tribunaux
karı.	: Karşılaştırma
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname

K.	: Karar numarası
L.	: Legislation
Marken G	: Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (1994 tarihli Alman Kanunu)
md.	: madde
MarkK	: 551 Sayılı Markalar Kanunu
MarkKHK	: 556 Sayılı Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MarkKHKY	: Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama İleklini Gösterir Yönetmelik
MSchG	: Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG) (1992 tarihli İsviçre Kanunu)
MSchV	: Markenschutzverordnung
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OHIM	: Office for Harmonization in The Internal Market
Paris Sözleşmesi	: Sınai Mülkiyetin Himayesine İlişkin Paris İttihadi Mukavelenamesi
Propri. Industr	: La Propriete Industrielle
RG	: Resmi Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
RO	: Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TD	: Ticaret Dairesi
TİG	: Türkiye İktisat Gazetesi
TİM	: Türkiye İktisat Mecmuası
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TTD	: Temyiz Ticaret Dairesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

**PDF**
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

Y	: Yargăay
Y.	: Yă
YTD	: Yargăay Ticaret Dairesi
YKD	: Yargăay KararlarăDergisi
WIPO	: World Intellectual Property Organization

GİRİŞ

Bu çalışmada markalar hukuku alanında en çok rastlanılan sorunlardan biri olan karđtđđma ihtimali incelenmiştir. Ancak bu inceleme adđ geçen kavramđn anlamđđn belirlenmesine yđnelik olup, karđtđđma ihtimalinin varlıęđ halinde marka sahibinin elindeki hukuki imkanlar ile koruma kapsamđ dđđnda kalan haller alđmanđn kapsamđ dđđnda bđrakđlmđ, aynđ zamanda konu sadece MarkKHK hđkđmleri gđz đnđnde bulundurularak ađđlanmđ tđr.

Bu alđma dđrt ana bđlđmden olulmaktadır.

Birinci bđlđm 6Karđtđđma ihtimali Kavramđđ balđđđđnđ talđđmaktadır. Bu bđlđmde karđtđđma ihtimali kavramđđn klasik ve geniş anlamdaki tanđđnđ yapđlmđ ve kđsaca konu ile ilgili yasal dđzenlemeye yer verilmiştir.

ıkinci bđlđm 6Karđtđđma ihtimalinin Unsurlarđđ balđđđđnđ talđđmaktadır. Bu bđlđmde karđtđđma ihtimalinin varlıęđ için bulunmasđ gereken unsurlar ađđlanmđ tđr.

Üçüncü bđlđm 6Karđtđđma ihtimalinin Belirlenmesinde Gđz Đnđnde Bulundurulacak Esaslarđđ balđđđđnđ talđđmaktadır. Burada karđtđđma ihtimalinin belirlenmesindeki rolleri ađđđndan kuvvetli marka- zayış marka ayrđđđ marka íekillerinde esas unsurlar ñ yardđncđ unsurlar, íaretler arasđnda ses, anlam ve íekil benzerliği, akırtđđma, bđtđnlđk ilkesi ile MarkKHKđde ifadesini bulan baęlantđ ihtimali ađđlanmđ tđr.

Dđrdüncü bđlđm 6Kullanma Sorunuđđ balđđđđnđ talđđmaktadır. Bu bđlđmde esas itibari ile iki sorunun cevabđ aranmđ tđr. Birincisi, marka sahibinin 6karđtđđma ihtimaliğ ne dayanarak bir kimse aleyhine MarkKHK md. 62 vd. maddeleri ile tanđđn hak ve yetkileri kullanabilmesi için markasđđ kullanđđyor olmasđ íart mđđđ? ıkincisi ise bir kimsenin karđtđđma sureti ile bir kimsenin marka



PDF
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

hakkına tecavüz ettiğinden bahsedebilmek için mütecavizin kullandığı ilâretin markasal kullanışın artırma?

BİRİNCİ BÖLÜM

Karşıtarma ihtimali Kavramı

I. Kavram

A. Klasik Anlamda

Karşıtarma ihtimali, bir mal veya hizmetin alıcısı durumunda bulunan kimselerin almayı dıündükü, bildiki veya duyduku bir mal veya hizmeti aldıkı dıüncesi ile başka bir işletmenin aynı veya benzer malı veya hizmetini alma tehlikesi ile karlı karlıya olması anlamına gelmektedir.¹ Başka bir deyişle, markası sebebi ile belirli bir mal veya hizmeti alma durumunda bulunan bir kimse, o malı veya hizmetin almayı dıündükü mal veya hizmet olmadıkını başka bir işletmenin aynı veya benzer malı olduğunu bilse, o mal veya hizmeti almayacak olmasına rağmen, marka ile ilâret arasında aynıyet veya benzerlik nedeni ile diğeri bir işletmeye ait mal ve hizmeti alma tehlikesi ile karlı karlıya bulunuyorsa okarşıtarma ihtimali veya okarşıtarma vardı.²

Bu durumda, hedef kitle, almayı dıündükü mal veya hizmetin aynı işletme tarafından üretildiği ya da piyasaya sürüldükü dıüncesine kapılmaktadır. Bu klasik anlamda işletmelerin karşıtarmasıdır.³

B. Geni Anlamda

MarkHKH, okarşıtarma ihtimali kavramına ilâret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimalinin de dahil olduğunu belirterek kavramı genişletmi bulunmektedir.⁴ Buna göre, tescilli marka ile mütecaviz tarafından kullanılan ilâret arasında obağılantı olduğu ihtimali varsa iki ilâret arasında

¹ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. bası, İstanbul, Beta, 2002, s. 372

² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 372

³ Hamdi Yasaman, **ÖTanım Markalar**, Halil Arslanlının Anısına Armağan, İstanbul, İÜHF Yayını, 1978, s. 699, Dilek Cengiz, **Türk Hukukunda İktibas veya İtibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İlgili Mevzuat Danıştay ve Yargıtay Kararları**, İstanbul, Beta, 1995, s. 71, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 372, Nazmi Ocak, **ÖMarkalarda Tescilin Saklanması Korumanın Kapsamı**, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, BTHAE, 1998, s. 275

⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 373

ókarđtđđma ihtimaliğnin var olabileceği kabul edilmđtir. (MarkKHK md. 9/1 (b)) Nitekim; adđ geçen hđkđmde , marka sahibinin, ótescilli bir marka ile aynđ veya benzer olan ve tescilli markanđn kapsadđđ mal veya hizmetlerin aynđ veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk úzerinde, ílaret ile tescilli marka arasđnda bađlantđ olduğu ihtimali de dahil, karđtđđma ihtimali olan herhangi bir ílaretin kullanđmađsđnđda yasaklayabileceği ifade edilmđtir.

Görúldđđđ úzere, bu hđkđmde karđtđđma ihtimali, ílaretler arasđnda bađlantđbulunmasđihtimalini de kapsayacak biçimde ifade edilmđ bulunmaktadđ.

MarkKHKđnin hazđrlanmasđnda yararlanđan 89/104 Sayđđ Yönergeđde⁵ de benzer ifadeli hđkđmler yer almđtđ. Topluluk Hukuku uygulamasđnda bu hđkđmlerin uygulanmasđnda önemli bir sorunla karđđ karđđya kalđnmđ bulunmaktadđ. Bu sorun, eski marka ile bađlantđ kurulmasđ ihtimalinin karđtđđma ihtimali içinde mi yoksa ondan ayrđ olarak mđ ele alđnacađđ noktasđnda toplanmaktadđ.⁶

Bu konu ile ilgili olarak ileri sürúlmúđ iki görúđ bulunmaktadđ.

Bir görúđe göre, söz konusu hđkđm dar yorumlanmalđ ve bađlantđ kurulmasđ ihtimali markanđn kaynak gösterme fonksiyonunda bir karđđklđđa yol

⁵ First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of Member States relating to trade marks (Markalarla ilgili úye úlkelerin mevzuatđnđn uyumlađtđđmasđna dair 21 Aralđđ 1988 tarih ve 89/104/EEC sayđđ birinci Konsey Direktifi, ATRG (1989) L 040/1) Metnin Türkçe çevirisi için bknz. Ömür Yarsuvat, **Türk Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum- Acquis Communautaiređn Alđnmasđ Ađđlamalar, Değerlendirmeler, Öneriler**, proje yöneticisi, Únal Tekinalp, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Yayđđ 2001, s. 710-721, ABđnin konuya iliğkin mevzuat listesi hakkđnda bknz. Türk Patent Enstitüsü, **Sđnai Haklarla ilgili Uluslararası Anlalmalar ve ilđkiler**, Ankara, TPE Yayđđ 2001, s. 41vd. Ayrđca bknz. Ergun Özsunay, **óATöda Ulusal Marka Hukuklarđnđn Uyumlađtđđmasđ ve Denkleđtirilmesi: AT Yönergesi ve Bazđ Üye Devletler Hukuklarđ Üzerine Dúđüncelerö**, Prof. Dr. Selim Kanetiđnin Anđđna Armağan, İstanbul, Aybay,1996, s. 120-130), Ali Kara, **óTürkiye ve Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Marka Mevzuatđnđ Uyumlađtđđma Çalđmalarö** , İBD, Y. 1996, C.70, S.7-8-9, s. 478-487,Erdöđan Karaahmet, **óSđnai Múlkiet Haklarđnđn Korunmasđna ilđkin Uluslararası Anlalmalarö**, AAD, Y. 1995-1996, C.4, 5.1-2, s. 3 vd.

⁶ Sabih Arkan, **óílaret ile Marka Arasđnda Bađlantđ ihtimali ve ilđbas (Karđtđđma) Tehlikesiö**, Batider 1999, C.20, s. 5

açma koşulunun varlığına bařlanmalıdır⁷. Başka bir deyişle, başlantı ihtimali daha geniş bir kavram olan karştışma ihtimaline başlı bir alt kavram olarak dđlđnđlmelidir.

Diğer bir gđrđle gđre⁸ ise başlantı kurulmasđ ihtimali markanın kaynak gđsterme fonksiyonundan başınsız olarak ele alđnmalıdır. Nitekim; markalar arasında zihnen başlantı kurulmasđ ihtimali, karştışma ihtimaline neden olmadan da ortaya çıkabilir. Bu gđrđlte olanlara gđre Yđnergecin 5.1.b ve 4.1.b maddelerinde; ilaretler arasında zihnen başlıık kurulmasđ ihtimali de dahil olmak üzere karştışma ihtimalinden söz edilmesi çelişkili bir durumdur, nitekim bu hđkđmlerde alt kavram olarak kullanıdan başlantı kurulmasđ ihtimali, karştışma ihtimalinden daha geniş bir kavramdır. Başka bir ifade ile, her karştışma ihtimali, ilaretler arasında bir başlantı kurulmasının sonucudur ve bu nedenle başlantı ihtimali, karştışma olasılığına başlı bir alt kavram deşildir.

ATM, konu ile ilgili dđlđncesini, vermiş olduğu kararlarda ağıklamış bulunmaktadış:

ATM, Sabel BV v. Puma AG davasında, 11.11.1997 tarihinde vermiş olduğu kararda⁹ başlantı kurulmasđ ihtimalinin, karştışma ihtimalinin alternatifi olmadığını ancak bu kavramın onun amacını açıklamaya hizmet edebileceğini, bu durumun maddenin yazılı biçiminden de açıkça anlaşıldığını nitekim Yđnergecin

⁷ Bknz. Arkan, **Karştışma Tehlikesi**, s. 6, dpn. 3'te anılan yazarlar İngiliz Yđksek Mahkemesi, 1995 yđlında vermiş olduğu bir kararda başlantı kurulmasđ ihtimalinin başınsız bir biçimde değerlendirilmesinin, marka hakkının koruma çevresinin, geçerli bir ekonomik gerekçe gđsterilmeden genişletilmesine neden olacağını belirtmiş ve Yđnerge doğrultusunda hazırlanan 1994 tarihli Trade Marks Act'ın 10 (2). maddesinde đngđrđlen korumanın önceden olduğu gibi sadece markanın kaynak gđsterme fonksiyonunda karştışıkı engelleme amacına yđnelik olduğunu kabul etmiştir. High Court, Chancery Division 1.8.1995, (Arkan, **Karştışma Tehlikesi**, s. 9'dan naklen)

⁸ Sack, **đDoppelidentität und ógedankliches Inverbindungbringenđ im neuen deutschen und europaischen Markenrecht**, GRUR, 1996, s. 665-666, (Arkan, **Karştışma Tehlikesi**, s.6'dan naklen) Schmieder, **Erste Erfahrungen mit dem neuen Markengesetz**, NJW, 1997, s. 2912, (Arkan, **Karştışma Tehlikesi**, s.6'dan naklen) Fezer, **Erste Grundsätze des EuGH zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr-oder: óWie weit springt die Raubkatze?**, NJW, 1998, s. 716 (Arkan, **Karştışma Tehlikesi**, s. 6'dan naklen)

⁹ C-251/95, 11.11.1997 , Sabel BV v. Puma AG, Rudolf Dassler Sport, (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

4.1.b hükmünde kullanılan terimlerin¹⁰ kendisinin, karđtđđma ihtimalinin bulunmadđđ hallerde bu hükmün uygulanmayacađđ ifade ettiğini belirtmiğ bulunmaktadış.¹¹ Dolayışđ ile Mahkemeöye göre, karđtđđma ihtimalinin söz konusu olmadđđ durumlarda, Yönergeğnin 4.1.b hükmünün uygulanma olanađđ yoktur, ancak karđtđđma ihtimalinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlar arasđnda¹² kullanılan ilaretin marka ile bađlıđđ kurulmasđna neden olmasđ hali de bulunmaktadış.¹³

ATM, Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn- Mayer Inc. davasđnda¹⁴ da aynđ görüľü tekrarlamđđđ. Mahkeme bu kararđnda öncelikle daha

¹⁰ 89/104 Sayđđ Yönergeđnin bu hükmünde ó... there exits a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association between the sign and trademark..đ ifadesine yer verilmiğ tir.

¹¹ ó ...it is to be remembered that Article 4 (1) (b) of the Directive is designed to apply only if, by reason of the identity or similarity both of the marks and of the goods or services which they designate, óther exits a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association with the earlier trade mark. *It follows from that wording that the concept of likelihood of association is not an alternative to that of likelihood of confusion, but serves to define its scope. The terms of the provision itself exclude its application where there is no likelihood of confusion on the part of the public...*đ C-251/95, 11.11.1997 , Sabel BV v. Puma AG, Rudolf Dassler Sport , paragraf 18 (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

¹² ó... the appreciation of the likelihood of confusion depends on numerous elements and, in particular, on the recognition of the trade mark, of the association which can be made with the used or registered sign, of the degree of similarity between the trade mark and the sign and between the good or services identified...đ C-251/95, 11.11.1997 , Sabel BV v. Puma AG, Rudolf Dassler Sport , paragraf 22 (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

¹³ Mahkemeđnin bu kararđ da konuya ililkin tartđđmalarđ sona erdirmemiğ ve karar doktrinde farklı íekillerde yorumlanmđđđ. Fezer, mahkemenin, karđtđđma ihtimalinin belirlenmesinde markanđ tanđnmđđlđk düzeyi üzerinde de durmasđđđ, markanđ çekici gücünün, reklam değerinin korunmasđđđ da, karđtđđma ihtimaline karđđ korumanđ içinde yer aldđđđđ gösterdiğini ifade etmektedir. Yazarđ görüľünün hareket noktasđ kararda, karđtđđma ihtimaline karđđ korumanđ markanđ mallarđ veya hizmetlerin kaynađđđ gösterme fonksiyonu ile sđđđlđ olduğu yolunda bir ifadeye yer verilmemiğ olmasđđđ. Tüm bunlardan hareketle yazar, Avrupa Birliği Hukukunda kaynak itibari ile karđtđđmadan bađđnsđz bir karđtđđma tehlikesinin kabul edilmiğ olduğu sonucuna varmđđđ. (Fezer, **Erste Grundsätze des EuGH zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr-oder: óWie weit springt die Raubkatze?**đ, NJW, 1998, s.1716, Arkan, **Karđtđđma Tehlikesi**, s. 10đđan naklen) Mannen de verilen kararla bađlantđ ihtimali kavramđđđ hukuki konunun açđldđđ kavul turulmadđđđđ ancak kararda yer alan bađlantđ ihtimali kavramđđđ karđtđđma ihtimalinin kapsamđđđ daha iyi belirlenmesi amacđna yönelik olduğu yolundaki ifadenin, Beneliüs devletlerinin görüľüne itibar edildiği íeklinde yorumlanabileceğini ve sorunun, Yönergeđnin bir uzlal mayđ ifade eden ve kendi içinde çeliilgili olan 4.1.b. maddesinin metni esas alđarak çözümlenemeyeceğini savunmaktadış. (von Mannen, **Assoziationsgefahr, óRaubkatzenö Urteil des EuGH and Benelux- Markenrecht**, GURUR Int, 1998, s. 473, Arkan, **Karđtđđma Tehlikesi**, s. 10-11đđan naklen)

¹⁴ C-39/97, 29.9.1998, Canon Kabushiki Kaisha v. Metro- Goldwyn Mayer Inc. (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

önce vermiş bulunduğu Hag II kararına¹⁵ yollamada bulunarak markanın temel fonksiyonunun¹⁶, mal ve hizmetlerin kaynağını garanti etmek olduğuna işaret etmiş¹⁷, bundan sonra da alıcıların, mal veya hizmetlerin ayrı işletmelerden ya da aralarında hiçbir ekonomik bağlantı bulunmayan işletmelerden kaynaklandığını bilmeleri halinde karıştırmaya ihtimalinden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁸

Görüldüğü üzere, ATM, bağlantı ihtimali kavramına, karıştırmaya ihtimalinden bahşimsiz bir anlam vermemiş ve bu hususun sadece karıştırmaya ihtimalinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak unsurlardan biri olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır.

¹⁵ ATM, bu karar ile daha önce vermiş olduğu Hag I kararındaki görüşünden vazgeçmiştir. Hag I davasında Mahkeme, tarihsel olarak aynı kimseye ait olan ve fakat sonradan iki farklı telebbüs tarafından bakışimsiz olarak sahip olunan markaların, ortak menfeli olduğunu kabul etmiştir. ATM, Hag II kararında ortak menle ilkesinin kabul edilmesinin markaların korunması amacıyla ters düştüğünü ifade etmiş ve her ne kadar ortak menfeden de gelseler bu iki markanın artık farklı ellerde birbirinden bakışimsiz markalar olarak dölünülmesi gerektiğine ve bu yüzden de bunlar arasında bir karışıklık doğabileceğine hükmetmiştir. Bu kararlar hakkındaki açıklamalar için bkz. Gülören Tekinalp/ Ünal Tekinalp/ Yeşim M. Atamer/ Bertil Emrah Oder/ Burak Oder/ Gül Okutan, **Avrupa Birliği Hukuku**, güncellenmiştir 2. Bası, İstanbul, Beta, 2000, s. 698- 701, Gülgün Anık, **AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları**, FMR, Y.1,C.1,S.3, s.112-113

¹⁶ Markanın, aydın etme, mal veya hizmetin işletmesel kökenini gösterme, mal veya hizmetin niteliklerini garanti etme, reklam, tekelleştirme ve koruma fonksiyonları olduğu kabul edilmektedir. Bu fonksiyonlarla ilgili olarak bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, 321-322, Sabih Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, Ankara, AÜHF Yayınları 1997, 38-40, Sami Karahan, **Yeni Marka Hukukumuz ve ilgili Mevzuat**, Konya, Mimoza, 1996, s. 6-8, Merih Kemal Omaş, **Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması**, Hukuk Araştırmaları Ocak- Aralık 1991, C.6, S.1-3, s. 7-9 Markanın fonksiyonlarından hangilerinin hukuki koruma kapsamında olduğu ise tartışmalıdır. Alman doktrininde markanın aydın etme ve köken gösterme fonksiyonlarının hukuki koruma altında bulunduğu belirtilmiştir. (Adolf Baumbach/Wolfgang Hefermehl, **Warenzeichenrecht**, Kurz Komm., 12. Auflage, 1985, Einl. N.14-21, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 322'den naklen) Arkan, markanın mal ya da hizmetin kalitesini garanti etme fonksiyonunun sadece garanti markaları bakımından hukuki korunduğunu, bunun dışında hukuki açıdan markanın, malın veya hizmetin belli niteliklere sahip olduğunu ve daima aynı kaliteyi koruyacak şekilde üretildiğini garanti etme fonksiyonunun bulunmadığını ifade etmektedir. Bundan başka, yazar MarkKHK'de markanın, garanti fonksiyonunu koruyucu hükümlere yer verilmiş olduğuna da işaret etmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 38-39) Özdemir, MarkKHK md. 13/II ve md. 21/VIII hükümlerine yer vermiş olmasından hareketle markanın kaliteyi garanti etme fonksiyonunun hukuki korunduğunu ifade etmiştir. (Saibe Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, İstanbul, Beta, 2002, s. 134

¹⁷ C-39/97, 29.9.1998, Canon Kabushiki Kaisha v. Metro- Goldwyn Mayer Inc., paragraf 28 (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

¹⁸ "... there may be a likelihood of confusion within the meaning of Article 4(1) (b) of the Directive even where the public perception is that the goods or services have different places of production. By contrast, there can be no such likelihood where it does not appear that the public could believe that the goods or services come from the same undertaking, or, as the case may be, from economically-linked undertakings..." C-39/97, 29.9.1998, Canon Kabushiki Kaisha v. Metro- Goldwyn Mayer Inc., paragraf 30 (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

Kan nca, ATM nin ad  ge en kararlar  MarkKHK nin yorumu bak n ndan g z  n nde bulundurulmak gerekir. Gerçekten de MarkKHK md. 8/I (b) ve 9/I (b) hükümlerinde    aret ile tescilli marka aras nda ba lant  oldu u ihtimali de dahil kar t  ma ihtimali  denmek sureti ile  ba lant  ihtimali  nin kar t  ma ihtimaline ba l  bir alt kavram olarak d   n lm   olduğu ifade edilmiş bulunmaktadır. Dolay   ile ad  geçen kavram kar t  ma ihtimalinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olup ondan ba  ns z bir anlama sahip değildir.

Ancak hemen belirtelim, MarkKHK  ba lant  ihtimali  kavramına yer vermek sureti ile kar t  ma ihtimali kavramını MarkK ve TTK da ifadesini bulan   ltibas  a kıyasla geni letmi  bulunmaktadır.¹⁹ L yle ki: MarkK ve TTK anlamında   ltibas  ta mal veya hizmetin al     durumunda bulunan kimse, marka ile   areti kullanan   letmelerin ayn  olduğu yan    na düşürülmektedir. MarkKHK anlamında kar t  ma ihtimalinde ise mal veya hizmetin al     durumunda bulunan kimse ald    mal veya hizmetin başka bir   letmeye ait olduğunu bilse, fakat her iki   letme aras nda ekonomik ya da idari bir ba lant  olduğunu d   nse yine kar t  ma ihtimali vardı. ²⁰ Başka bir deyişle; burada al    r, mal ya da hizmeti üreten ya da piyasaya süren iki ayrı   letmenin varl   n  farkında olmakla beraber   letmelerden birinin diğeri üzerinde ekonomik, finansal veya ticari etkisi olduğunu düşünmektedirler.   te bu geniş anlamda   letmelerin kar t  mas   .²¹

Bundan başka,  ba lant  ihtimali kavramına yer verilmi  olmas n n  ltibas n   as n  biraz daha al    ya çekmiş bulunduğu ileri s r lm  t r.²²

¹⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 371

²⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 371, s.373, Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s. 98, Erik Noteboom, **  toplulukta Markalar Hukuku **, Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplant ar  n 3- Markalar Hukuku nun Avrupa Birli i ne Uyumu ve Sorunlar  Semineri (6 Temmuz 1995),  stanbul,    O Yay n  1995, s. 49

²¹ Yasaman, **Tan nm   Markalar**, s. 700, Cengiz, age, s. 71, Ocak, age, s.275

²² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 371

Buna göre; tescilli marka ile kullanılan ilâret arasında isterse ses²³, İekil,²⁴ anlam²⁵, hatta genel görünül²⁶ bakımından ayniyet veya benzerlik bulunmasın, halk bunlar arasında herhangi bir İekilde bir bağlantı kuruyorsa karđtđđma ihtimalinin varlığı kabul edilecektir. Bağka bir deyişle, MarkK ve TTK md. 57,b.5'te yer alan kriterler varlığklarını sürdürmekle birlikte eski önemlerini yitirmişlerdir.²⁷

II.Konu ile ilgili Yasal Düzenleme

A.Genel Olarak

Karđtđđma ihtimali, MarkKHK'de hem bir tescil engeli hem de bir tecavüz eylemi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Tescil engelinin varlığına rağmen tescil işlemi gerçekleştirilmişse hak sahibi hükümsüzlük davası açmak sureti ile söz konusu markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini Mahkeme'den talep edebilir. Bundan bağka, böyle bir ilâretin tescilli / tescilsiz kullanımı marka sahibinin haklarına tecavüz oluşturduğundan o KHK'nin 61 vd. maddelerinde düzenlenen yasal yollara bağ vurabilir.

B.Tescil Engeli

Karđtđđma ihtimali kavramı MarkKHK'de hem mutlak hem de nisbi red sebebi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

MarkKHK md. 7/I (b) hükmü uyarınca aynı veya aynı türdeki mal ya da hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş ya da tescil için bağvurusu yapılmış bir markanın, *aynı* veya *ayrı edilemeyecek kadar benzeri* olan bir ilâretin tescil talebi TPE tarafından resen reddedilir.

²³ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, III/A

²⁴ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, III/B

²⁵ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, III/C

²⁶ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, V

²⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 371

Bu durum MarkKHK md. 8(I(a) ve (b) bentlerinde de ayrıca öngörölmöl bulunmaktadı. Löyle ki:

MarkKHK md. 8/I (a) uyarınca tescil için başvurusu yapıdan marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapıđmđ marka ile *aynđ* ise ve aynđ mal ve hizmetleri kapsđyorsa tescil edilmiş ya da tescil için başvurusu yapıđmđ markanın sahibi tarafından itirazda bulunularak tescil önlenebilir.

MarkKHK md.8/I (b) hükmü ise tescil edilmiş ya da tescil için başvurusu yapıđmđ bir marka ile *aynđ* ya da benzer olup halk tarafından karđtđđma ihtimali bulunan ilaretlerin tesciline itiraz olunabileceğini ifade etmektedir.

Yukarıdaki düzenlemelerden anlağıacağ üzere, tescil edilmiş ya da tescil için başvurusu yapıđmđ bir markanın *aynđnđ*²⁸ aynđ mal ve hizmetler için tescilinin istenmesi hem mutlak hem de nisbi red sebebi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Arkan,²⁹ aynđ durumun hem mutlak hem nisbi red sebepleri arasında düzenlenmiş bulunmasđ eleştirmektedir. Yazara göre, bu durumda eski hak sahibinin çıkarların korunmasđ söz konusudur ve bu nedenle adı geçen durumun nisbi red sebepleri arasında yer almasđ gerekir. Dolayış ile adı geçen durumun aynđ zamanda mutlak red sebepleri arasında yer almasđ isabetli olmamđ tđ.

Tekinalp³⁰ ise aynđ sebebin hem mutlak hem de nisbi red sebebi olarak öngörölmesinin nedeninin; mükerrer tescilleri olabildiğince önlemek

²⁸ TPE'den marka olarak tescil edilmesi düşünölen bir ilaretin daha önce bir başka kimse adına tescil edilmiş olup olmadığı hususunda bir arařtđma yapıđmasđ istenebilir. Bu arařtđma TPE Enformasyon ve Dokümantasyon Dairesi Başkanlığına yapığmaktadı.

²⁹ Arkan, **Marka Hukuku**, C.I, s. 71-72

³⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 342-343, 357 Bu durumun MarkKHK'de aynđ zamanda bir mutlak red sebebi olarak öngörölöl bulunulmasđ Yalener tarafından şu sözlerle aıklanmđ bulunmaktadır:  Özellikle aynđ markaların başvurularında , ki bunu TPE'nin bugünkü alt yapışı bilgisayar olanakları ile belirlemek kolay, o nedenle bunlar belirlendiğinde, baştan hak sahiplerinin haklarına gitmesini önlemek ve kötüniyetli uygulamaları önlemek... Çünkü tescil edilse dahi 8. maddeye göre incelenirse de, ilan edilse itiraz olmasa dahi, böyle bir markanın hak dođurmasđ söz konusu olamaz. Onun için bu

olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, aynı ilareti daha önce marka olarak tescil ettirmiş veya bu ilaretin tescili için başvuru da bulunmuş kimselere itiraz hakkı tanınarak, bunlara TPE'nin gözünden kaçan ya da TPE tarafından yanlış değerlendirilen olaylara müdahale edebilme imkanı sağlanmıştır.

Burada mutlak red sebepleri ile nisbi red sebepleri arasındaki nitelik farkından bahsetmekte yarar vardır.

Mutlak red sebepleri,³¹ bir ilaretin marka oluşturma özelliği ile yakından ilgili olup, esas itibarı ile herhangi bir ayart edici gücü olmayan veya ticaret alanında herkesin kullanımına açık tutulması gereken ilaretlerin ya da halkın yanıtı³², kamu düzenine³³, dini değerlere³⁴ ve genel ahlaka³⁵ aykırı ilaretlerin

madde aynı olan marka ve aynı mallar için birinci kısma... mutlak nedenler kısmına alınmıştır.6(Uğur Yalçın, **Ölürkiyeöle Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Getirdikleri**, Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları 3- Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları ve Sorunları Semineri (6 Temmuz 1995), İstanbul, KTO Yayını 1995 s. 64'den naklen)

³¹ Arkan, **Marka Hukuku**, C. I, s. 71, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 341

³² Adı geçen durum MarkHKH md. 7/I (f) öle yer almaktadır. Buna göre, mal ya da hizmetin niteliği, kalitesi, üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkın yanıtı olacak ilaretler marka olarak tescil edilemez. Markanın, mal ya da hizmetin niteliği, kalitesi itibarı ile yanıtı olup olmadığı tescil başvurusu ile birlikte verilen ve ilaretin üzerinde kullanılacak mal ya da hizmetleri gösteren liste dikkate alınmak sureti ile belirlenir. TPE, tescili istenilen ilaretin üzerinde kullanılacak mal / hizmetler için yanıtı olmaması için gerekirse bu listede MarkHKHY md. 14/III uyarınca değişiklik yapabilir, nitekim tescil başvurusunun bir kısmı mal/ hizmetler için kabul bir kısmı mal/ hizmetler için reddedilmesi mümkündür.

Federal Mahkeme, Bioclinique adlı marka ile ilgili olarak vermiş olduğu kararda; bu markanın üzerinde yer aldığı güzellik müstahzarlarının sanki tedavi edici bir niteliği varmış veya bunların bir klinikte kullanılmaları mümkünmüş gibi halkın yanıtı bir etkiye neden olabileceği gerekçesi ile söz konusu markanın tescil edilemeyeceğine karar vermiştir. (BGE 101 I 14 = JDT 1975 I 534, Selahattin Sulhi Tekinay, **Öesas Unsurları Dolayısı ile Koruma Dairesi Bırakılan Markalar**, Prof. Dr. Yalır Karayalçın 65. Yal Günü Armağanı, Ankara, Türkiye İ Bankası Kültür Yayınları 1988, s. 71'den naklen)

Federal Mahkeme, bir diğeri kararında Diamalt markasının tescilini, bu markayı taşıyacak mamulün içinde ömaltö denen madde bulunmadığı gerekçesi ile kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, marka olarak tescili istenen sözcüğün ikinci hecesinin malt olması halkın bu marka altında satılan malın söz konusu maddeyi de içerdiğini düşünmesine ve böylece aldanmasına neden olabilecektir. (BGE 93 I 573 = JDT 1968 I 626, Tekinay, agm, s.71'den naklen)

Federal Mahkeme, 1 Aralık 1970 tarihli bir başka kararında ö Bakışsıkların bakın ve tedavisiö anlamına gelen ö Enterocuraö markasının gerçekte bakışsak bakınına ililkin olmayan İeyler için tescil edilemeyeceğini kabul etmiş, objektif bir yanılma tehlikesinin varlığının yeterli olduğunu ayrıca bir aldatma kasdının bulunmasına gerek olmadığını hükmetmiştir. (BGE 96 I 752 = JDT 1971 I 606, Tekinay, agm, s. 71'den naklen)Buna karlıık plastikten üretilen çanta, bavul üzerinde öplastik deriö (Plasticleder) sözcüğünün yer alması yanıtı sayılmamıştır. Nitekim, Federal Mahkemeöye göre, hemen hemen herkes plastik kelimesinin suni bir maddeyi çağrıldığından bilir. (BGE 87/II, s. 348, Arkan, **Marka Hukuku**, C.I, s. 87'den naklen)

tescilini önlemeye yönelik olan ve bu itibarla TPE tarafından resen³⁶ nazara alınan sebepler olup bunlar da kamunun yararlı plandadır.

İngiltere'de plastik termoslar için "China" Thermolife markası olarak tescili, "China" kelimesinin porseleni çağrıştırması nedeni ile kabul edilmemiştir. Bunun gibi yumuşak olmayan lensler için "softlens" markasına, "es" ile kontrol altında tutulan valfler, supaplar, klape ve ventiller için "safemex" markasına izin verilmemiştir. Nitekim, "safe" kelimesi valfin her türlü durumda ve ırtta illevini yerine getireceği zannını uyandırmaktadır. (Ruth Annaud / Helen Norman, **Trade Marks Act 1994**, London 1994 s. 88, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 354'den naklen) Tekinalp, yukarıda adı geçen iaretlerin MarkKHK md. 7/I (k) uyarınca reddedilebileceği görülmüştür. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 353) Kanınca, burada uygulanması gereken MarkKHK md. 7/I (f) olmak gerekir, nitekim adı geçen hüküm açıkça bu ihtimali düzenlemiştir.

İngiliz Patent ve Marka Dairesi, tam yünlü olmayan ürünler için kullanılmak istenen "Orlwool" markasına bu kelimenin tamamen yünlü olan ürünlerin tarifinde kullanılabileceğinden hareketle kabul etmemiştir. (White Blanco T. A. / Inn Lencoln, **Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names**, London 1966, s.18, Ömer Camcı, **Marka Patent Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul, Kazancı Matbaası, 1998, s. 56'dan naklen) Marka olarak tescili talep edilen iaretin mal ya da hizmetin üretim yeri, coğrafi kaynağı konusunda da aldatıcı olmaması gerekir. Örn Bern İhrinin İtalyanca ismi olan Berna, İtalya'da üretilip İsviçre'de satışa sunulan ürünlerin markası olarak kullanılması, coğrafi kaynak konusunda aldatıcı olacağı gerekçesi ile izin verilmemiştir. Adı geçen kararda, hammadde'nin özelliğinin ve ilçilerin yeteneklerinin farklı olabileceğinden hareketle üretimin İsviçre firmasının orijinal formülüne göre İtalya'da yapılmasının, malın İsviçre'de üretilen mal ile aynı kalitede olması anlamına gelmeyeceği ve bu durumun İsviçre'deki alışlar bakımından yargıya yol açacağına hükmedilmiş bulunmaktadır. BGE 89/I, s. 52-53(Arkan, **Marka Hukuku**, C.I, s. 88, d. 79'dan naklen)

³³ Ö...Bir markanın kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılığı o markanın unsurlarını teşkil eden sözcükler, şekiller, harfler, sayılar ile iaretlerle bunların yarattıkları imaj ve verdikleri mesajda ortaya çıkar ve aykırılık bunlarda aranır. Bir markanın diğerine benzerliği, tescille ortaya çıkacak bir hak ihlali kamu düzeni ile ilgili olamaz. Örnek olarak, suça teşvik edici, insan haklarına, demokratik düzene aykırılık, bölücülük içeren unsurların taşıyan markalar kamu düzenine, aile nizamı ve yerleşik örf ve adetlere aykırılık unsur taşıyan markalar da genel ahlaka aykırılık markalar sayılır. ..ö 11. HD. 8.2.2000 E. 1999/7314, K. 2000/ 1195, (Batider, Y. 2000, C. XX, S. 3, s. 231-233)

³⁴ Almanya'da bir azize ismi olan St. Mariannenin likörlerde kullanılması, Avusturya'da ise Roma'daki St. Pierre kilisesinin isminin marka olarak kullanılması izin verilmemiştir. (Haydar Arseven, **Nazari ve Tatbiki Alamelî Farika Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası 1951, s. 94'den naklen)

³⁵ İsviçre'de hamileliğe engel olan araçlar için alınmak istenen rahat- tasasız gelecek anlamına gelen "Frohe Zukunft" kelimelerinden oluşan iaretin marka olarak tescili talebi İsviçre Tescil Bürosu tarafından reddedilmiştir. (Arseven, age, s. 94'den naklen) İngiltere'de, İbrani'de "elhamduillah" anlamına gelen "Hallelujah" kelimesinin kadın giyimi için marka olarak kullanılması ahlaka aykırılık bulunmuştur. (W.R. Cornish, **Intellectual Property**, fourth ed., London 2002, s. 595, 17/48, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 353'den naklen) Ahlaki değerlerde zaman içinde değişiklik söz konusu olabileceğinden önceleri ahlaka aykırılık bulunan bir iaret daha sonra bu niteliği kaybedebilir. Örn. İngiltere'de, yakın bir zamana kadar, çöplük kadın fotoğrafları ahlaka aykırılık kabul ediliyorken, 1989 yılında çöplük bir erkek bebeğin marka olarak seçilebilmesi uygun bulunmuştur. (Annaud/ Norman, age, s. 88, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 353'den naklen)

³⁶ Mutlak red sebepleri TPE tarafından resen göz önünde bulundurulduğu gibi, uyulmazlığın yargıya intikal etmesi halinde mahkemeler tarafından da resen göz önünde bulundurulacaklardır. Bu husus bir Yargı kararında şu sözlerle ifade edilmiş bulunmaktadır: Ö...Doktrinde de benimsendiği gibi, mutlak red sebepleri, iaretin marka oluşturma niteliği ile sıkı sıkıya bağli olup, genel hatları ile her hangi bir aydın gücü olmayan ve ticaret alanında kullanılması açık tutulması gereken iaretlerin veya halkın yanlılığı kamu düzenine, toplumun dini değerlerine ve nihayet genel ahlaka aykırılık iaretlerin marka olarak tescil edilmesini önlemeye yönelik amaçlarla konulmuşlardır. Bu nitelikleri sebebiyle, yasada belirlenen mutlak red sebepleri, toplumun genel çıkarlarıyla sıkı sıkıya bağli olup, iaretin niteliğinden kaynaklanan bu itirazlardan feragat edilmesi de mümkün değildir. Bir

Nisbi red sebepleri ise ilâretin nitelik ve özelliklerinden değil, üçüncü kılillerin bu ilâret üzerinde tescil başvurusundan önce bir hak elde etmiş olmalarından doğar.³⁷ Başka bir deyişle, burada amaç, üçüncü kılillerin hukukunu korunmaktır. Nisbi red sebepleri, TPE tarafından resen nazara alınmazlar³⁸, bunların göz önünde bulundurulabilmeleri için üçüncü kıliller tarafından ileri sürülmeleri gerekir.

Mutlak ve nisbi red sebepleri arasındaki bu nitelik farkı da göz önünde bulundurulduğunda adâ geçen durumun sadece nisbi red sebepleri arasında yer almasının daha doğru olacağını düşünüyorum. Nitekim, Arkan'ın da belirttiği gibi burada eski hak sahibinin çıkarlarının korunması söz konusudur.³⁹

Tekinalp, bu durumun aynı zamanda nisbi red sebepleri arasında yer almasının 3. kılillere TPE'nin gözünden kaçan ya da TPE tarafından yanlış değerlendirilen olaylara müdahale edebilme imkânı sağladığını ifade etmektedir.⁴⁰ Ancak mutlak red sebepleri esasen TPE tarafından resen dikkate alınacağından, bu hususta ayrıca itiraz yapılmasına gerek bulunmadıkları sürülebilir.⁴¹

başka anlatımla, mutlak ret nedenini oluşturan ilâretler, üzerlerinde bir hakkın hakkı olduğu gerekçesiyle değil, nitelik ve özellikleri itibari ile herkese kapalı olan ilâretlerdir. Bu nedenle KHK'nın 32. maddesinin emredici hükmü uyarınca mutlak ret sebepleri, Enstitüce resen dikkate alınarak *incelenmesi gerektiği gibi, uyulmazlığın yargıya intikal etmesi halinde mahkemelerce de bu sebeplerin bir defa değil, itiraz niteliğinde olduklarından bu hususun kendiliğinden dikkate alınarak incelenmesi gerekir.* (Bkz. Prof. Dr. U. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 1st. 1999, sh. 369 vd., Prof. Dr. S. Arkan, Marka Hukuku C. 1. Ank. 1997, sh. 71 vd.) Bu nedenle, davalı Enstitü'nün mutlak ret sebeplerini yargıya şurasında değil tirmesinin, savunmanın genişletilmesi olarak kabulü mümkün değildir...ö Y.11.HD. 26.11.1999 E. 1999/5790, K. 1999/9590 (YKD, Nisan 2000, s. 556)

³⁷ Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s.71-72, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.356

³⁸ Ö...Dava konusu olayda başvuru ilanâ yapılmadığından bir itiraz da bahis konusu değildir. Enstitü ve mahkeme red kararını incelerken 7. maddeyi uygulayacak, nisbi red sebepleri ile ilgili 8. maddeyi nazara alamayacaktır. ...Red kararına mesnet yapılan özgün tasarına (telif hakkına) tecavüz teşkil edecek kullanılan 556 Sayılı KHK'nın 8. maddesinde yazılan nisbi red sebeplerinden olup, bunun mutlak red sebebi addedilerek resen nazara itibare alınması mümkün değildir. ..ö 11. HD. 8.2.2000 E. 1999/7314, K. 2000/ 1195, (Batider, Y. 2000, C. XX, S. 3, s. 231-233)

³⁹ Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 71-72

⁴⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 342,343

⁴¹ Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s.29

Bundan başka, ilgili kimsenin itirazda bulunabilmesi için bu durumun nisbi red sebepleri arasında ayrıca öngörülmüş olması da gerekli değildir, nitekim itirazı düzenleyen 35. maddede tescil başvurusu yapılmış markanın 7. madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazların ilgili kişiler tarafından başvurunun yayından itibaren 3 ay içinde yapılacağı belirtilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla, adı geçen durumun hem mutlak hem de nisbi red sebepleri arasında düzenlenmiş bulunması isabetli olmamıştır.⁴²

Konuyu mutlak red sebepleri başlığı altında düzenleyen hükümde tescil talebinin TPE tarafından resen reddedileceği belirtilmiş iken adı geçen hükmün son fıkrası ile bu hükme bir istisna getirilmiş bulunmaktadır. Buna göre, kullanma ile ayırt edicilik kazanmış bulunan işaretlerin⁴³ marka olarak tescili MarkKHK md. 7/I (a) hükmü gerekçe gösterilerek reddedilmeyecektir.

Arkan⁴⁴, MarkKHK'nin 7. maddesinin son fıkrasıyla aynı maddenin (b) bendine yapılan yollamanın isabetli olmadığına nitekim böyle bir durumda aynı markanın iki farklı kişi adına tescil edilebileceği gibi bir sonuç çıktığına, markanın, kural olarak sadece bir sahibi olabileceği gerçeği karşısında⁴⁵ bu sonucun kabul edilemeyeceğini, MarkKHK'nin 7. maddesinin son fıkrasında değişiklik yapılmaması ve aynı maddenin (b) bendi yerine (a) bendine yollama yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Böylece, teorik olarak herhangi bir ayrıntı gücüne sahip olmadığı için MarkKHK md. 5 kapsamına girmeyen bir işaret de tescil tarihinden önce kullanılmış ve bunun sonucunda ayırt edicilik kazanmış olmasıyla tescil edilebilecektir.

Tekinalp⁴⁶ ise adı geçen durumun tescilde öncelik ilkesinin istisnasına olulmadığını, nitekim MarkKHK'nin kazanılan ayırt edicilik dolayısıyla piyasada

⁴² 89/104 Sayılı Yönerge'de bu durum nisbi red sebepleri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁴³ Kullanma ile ayırt edicilik kazanma kavramı için bkz. Üçüncü Bölüm II/D

⁴⁴ Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s.82-83)

⁴⁵ "...Bir markanın iki hakiki sahibi olamaz. Çünkü öhakiki kelimesi ikinci bir bakışsız ve münferit mülkiyete hak vermez..." (11. HD. 7.4.1997 E. 659 K. 2470, Batıder Y. 1997, C.19, S.1, s. 178)

⁴⁶ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 343-344, Ünal Tekinalp, **Yeni Marka Hukukunda Tescil İskesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu**, Prof. Dr. Kenan Tunçomak'a Armağan, İstanbul, MÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları 1997, s. 475 vd. Aynı yönde Ömer Teoman, **Yalayan**

ayn  veya ayniyet içinde bulunan markalar n varlı  ndan rahatsızlık duymadı  n  kazan dan ay t edicili in kar t  ma riskini ortadan kald racak n  kabul ettiğini ve böylece tescilsiz kullan dan  larete de tescil hakk  tanınarak ona s n l  bir koruma sa ladı  n  ileri sürmektedir. Yazara göre, Arkan n eleştirisinde  laret ettiği sak ncalar  bertaraf etmek için ikinci markan  ek yapmak zorunda olmas  en iyi c z md r.⁴⁷

Kan nca burada Arkan n g r    isabetlidir. Gerçekten de MarkKHK md. 7/II hükmünde de il liklik yap arak (b) bendine yönelik yollaman n madde metninden   kar mas  uygun olur.⁴⁸ Nitekim, konuyu nisbi red sebepleri bakımından düzenleyen hüküm bakımından böyle bir istisnaya yer verilmediği gibi⁴⁹ hükmün mehz  olan 89/104 Say   Y nerge nin 3.3. maddesinde de sadece ay  n gücü olmayan , ticaret alanında cins,  el it, vas , bildiren ve ticari yaşamda herkes tarafından kullan dan  laretler yönünden bir istisnaya yer verilmiştir.

MarkKHKöde bu yönde yapılacak bir de il likli in, bir  lareti tescil ettirmeden ilk defa kullanarak ona ay t edicilik kazandı m   bir kimsenin   karlar n  zedeleyece i de ileri s r lemeyecektir⁵⁰.

Nitekim, böyle bir durumda  lareti ilk defa kullanan kimse, bu  laretin bir b l kas  ad na marka olarak tesciline MarkKHK md. 8/III⁵¹ hükmü

Ticaret Hukuku, C.I: Hukuki Mütalaalar, Kitap:9: 1998-1999,  stanbul, Beta, 2000, M tala : 100, s. 71)

⁴⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 344, dpn. 2, Tekinalp, **Tescil  lkesi**, s. 475 vd.

⁴⁸ DPT tarafından hazırlanan Fikri Haklar  zel  htisas Komisyonu raporunda da MarkKHK md. 7/son hükmü ile (b) bendine yapıdan yollaman n, 89/104 Say   Y nerge nin 3.3 maddesi ile uyumlu olmadı   belirtilmiş ve (b) bendine yönelik yollaman n madde metninden   kar mas  önerilmiştir. (DPT, **Sekizinci Be  Y ll k Kalkınma Planı Fikri Haklar  zel  htisas Komisyonu Raporu**, Ankara, DPT Yay n  2000, s. 198)

⁴⁹ Tekinalp, MarkKHK md. 7/II hükmünde öngörülen istisnanın MarkKHK md. 8/ I (b) bakımından da uygulanacak  görüşündedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.365)

⁵⁰ Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 77, dpn. 21

⁵¹ MarkKHK md. 8/ III uyarınca tescilsiz bir markan  veya ticaret s ras nda kullan dan bir b l ka  laretin sahibi, bu markan  veya  laretin ayn  veya benzeri olan  laretlerin b l kas  ad na tesciline itiraz edebilir. Böylece tescilsiz bir marka ya da diğer bir tanıma  laretini (ticaret  nvan ,  lletme ad , logo, alan ad  gibi) ilk defa kullanan kişinin haks z rekabet hükümlerine göre elde ettiği hakka üstünlük tan nm   ve ilgiliye bu hakkına dayanarak itirazda bulunma imkan  tan nm  t r. MarkKHKönin getirdiği bu düzenleme ile , markayı ilk defa kullanan kişiye bu markan  b l kas  ad na tesciline, tescilden önce itiraz etme imkan  sa lanm  , böylece uyulmazlı  n, markan  bir

uyarınca itiraz edebileceği⁵² gibi adē geēen ilaretin bir balıkasē adēna marka olarak tescil edilmesi halinde MarkKHK md. 42/ I (b) uyarınca hūkūmsūzlūk davasē aēabilecektir.

Sonuç olarak, tescil edilmiē ya da tescil iēin balıvurusu yapāmē bir markanē *aynēēē* aynē mal ve hizmetler iēin tescilinin istenmesi haline hem mutlak hem de nisbi red sebepleri arasēda yer verilmesi isabetli olmadāēē gibi MarkKHKōnē 7. maddesinin son fēkrasēyla aynē maddenin (b) bendine yapādan yollama da isabetli deēildir, adē geēen hūkūmde deēilīlik yapāmasē yerinde olacaktē.

MarkKHK md. 7/I (a) ve adē geēen kararnamenin 8/I (a)⁵³ bendinde sadece bir marka ile aynē ya da ayāt edilmeyecek kadar aynē olan markalar dūzenlenmekteyse de MarkKHK md. 8/I (b) bu ihtimal de dahil olmak ūzere⁵⁴ deēilīk ihtimalleri būnyesinde barēndērmaktadē. Nitekim, tescilli bir markanē aynēēēē benzer mal/ hizmet iēin, tescilli bir markanē benzerinin aynē mal/ hizmet iēin, tescilli bir markanē benzerinin benzer mal/hizmet iēin tesciline bu hūkūm uyarınca itiraz olunabilecektir.

balıka kimse adēna tescilinden ōnce cōzūmlenmesi istenmiētir. MarkK dōneminde ise adē geēen hak sahibinin elinde bōyle bir imkan bulunmuyor, o sadece markanē balıkasē adēna tescili halinde sicildeki kaydēn terkin iēin dava aēabiliyordu. Bundan balıka MarkK md. 15/II uyarınca aynē markayē daha ōnce fiilen ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kiēi bu imkana sahipti. MarkKHK md. 8/IIIōde ōngōrūlen itiraz hakkēnē kullanēabilmesi iēin ise markanē ōmarufō hale gelmiē olmasē İart deēildir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 110) Maruf hale gelme, markanē sadece malēn ūretildiēi veya piyasaya sūrūldūēi ticari ortamda ya da bu mal ile ilgili alēē kitlesi tarafēndan tanēnmasē halinde sōz konusu olur. (Yasaman, **Tanēnmē Markalar**, s. 707)

⁵² Y 11. HD.ōnin 26.10.2000 tarihli bir kararēna konu olan olayda ōMNG Holding A.L.ō ōMNGō nin hem kendi unvanēnē hem de topluluk İirketlerinin unvanlarēnē parēasē olduğunu belirterek, dūnyaca tanēnmē yabancı bir marka olan MNGōnin hazē giyim iēin tesciline itiraz etmiē ve bu itiraz TPEēce kabul edilmiētir.11. HD. MNGōnin Tūrkiyeōde marka olarak mūseccel olmadāēē giyim sanayiinde dūnyaca tanēndēēē MNGHoldingōn İirketlerinin inīaat sektōründe faaliyet gōstermeleri sebebi ile TPEōnin kararēnē iptal etmiētir. Y 11. HD. 26.10.2000 2000/7064 E. 2000/8215 K (Tekinalp, **Fikri Mūlkiyet**, s. 359ōdan naklen)

⁵³ MarkKHK md. 7/I (a) hūkmūnden farklı olarak burada ōayāt edilemeyecek kadar aynē olan markaōdan sōz edilmemiētir. Arkan, adē geēen bu durumun da MarkKHK md. 8/I (a) kapsamēda deēerlendirilmesinin uygun olacaēnē ileri sūrmetedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s.97, dpn. 111)

⁵⁴ Bu durumda karētēāma ihtimali ūzerinde ayrēca durulmasēna gerek yoktur, nitekim bōyle bir durumda karētēāma ihtimalinin varlēēē mutlak olarak kabul edilmiē bulunmaktadır. (Arkan, **Marka Hukuku, C. I**, s. 97)

ıtırız, red kararının bildiriminden itibaren iki ay içinde⁵⁵ yazılı olarak yapıldı. MarkKHK md. 49 uyarınca, itirazın gerekçelerinin de bu süre içinde bildirilmesi gerekmektedir, aksi halde itiraz yapılmamış sayılır. TPE Markalar Dairesi itirazın haklı olduğuna ve doğruluğuna inanırsa , kararını düzeltebilir. Aksi takdirde ise, itiraz MarkKHK md. 51 uyarınca Yeniden inceleme ve Değerlendirme Kuruluna gönderilir. Kurul, itiraz eden kişi ve Markalar Dairesisinin görüşlerini bildirmesini ister ve kurul tarafından verilecek karar TPE'nin nihai kararıdır.

Marka sahibi, yaptığı itirazdan olumlu sonuç alamazsa TPE'nin nihai kararına karşı MarkKHK md. 53 uyarınca dava açma yoluna⁵⁶ gidecektir.⁵⁷

⁵⁵ Yargıtay, Enstitünün Markalar Dairesinin markanın tescili talebine ilişkin red kararının bildiriminden itibaren 2 aylık süre içinde itiraz edilmeden yani, 47, 49 ve 53. maddelerinde yer alan prosedür takip edilerek bu husustaki Yeniden inceleme ve Değerlendirme Kurulunun kesin kararı alınmadan , Markalar Dairesinin kararının iptali için dava açılmayacağını kabul etmektedir. Yargıtaya göre 556 Sayılı KHK'de öngörülen prosedüre uymayan kimsenin bu talebinden vazgeçmiş olduğu sonucuna varılması gerekir. Y 11. HD. 1.02.1999 E. 1999/8325 K. 1999/ 357 (FMR, Y.1, C.1, S.2, s. 196-199) Aynı yönde. Y 11. HD. 2.10.1999 E. 1999/3272 K. 1999/7807 (FMR, Y.1, C.1, S.2, s. 194-196) Yargıtay, başka bir kararda tescil başvurusuna, başvuruya konu olan ilaletin kendi markalarının aynı veya benzeri olduğu iddiası ile yapılan itirazın, Markalar Dairesinin ön incelemesi olmaksızın doğrudan Yeniden inceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından karara bağlanması halinde Yeniden inceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından verilen kararın iptalinde, anılan kurul Enstitünün nihai karar organı olduğu için , hukuki yarar bulunmadığına hükmetmiştir. Y 11. HD. 1.6.1998 E. 1998/2513 K. 1998/4021 (FMR, Y.1, C.1, S.2, s. 192-193)

⁵⁶ Bu konudaki Yargıtay uygulamasına göre, böyle bir davada husumet her ne kadar MarkKHK hükümleri uyarınca TPE'ye dülse de, dava sonucunda verilecek karar tescil başvurusunda bulunan kimsenin haklarını da olumsuz etkileyebileceğinden, husumetin TPE ile birlikte başvuru sahibine de yöneltilmesi gerekir. Bunun sağlanabilmesi için ise , tescilli marka sahibine, başvuruda bulunan kimse aleyhine ayrı bir dava açması için mehil verilmekte, ve bundan sonra da her iki dava birleştirilerek görülmektedir. Y. 11.HD. , 10.07.1997, E. 4836, K.5634 (Ömer Teoman, **ÖMarkanın Terkini için Açılacak Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsüne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu**, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, Beta, 1998 Teoman, ad geçen kararda verilen sonucu, markanın henüz tescil edilmediği haller bakımından doğru ve yerinde bulmaktadır. (Teoman, **Markanın Terkini**, s. 649) Arkan da bu uygulamanın, uyumsuzluğun tek alama içinde ve hızlı biçimde çözülmesi bakımından uygun olduğunu ifade etmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s. 162, dñn. 26) Aynı yönde, Erdal Sanlı, **ÖTürk Patent Enstitüsü Aleyhine Açılan Davalar**, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, İstanbul , 24-25.6.1998, TPE Yayın s. 270-271) , Erdal Sanlı, **ÖMahkemelerde Sınai Mülkiyet Davaları** , Türkiye'de ve Dünya'da Sınai Mülkiyet Koruması Uluslararası Konferansı, İstanbul, 24-25.6.1997 , TPE Yayın s. 121

⁵⁷ MarkKHK md. 71'de, MarkKHK'de öngörülen bütün davalarda, görevli mahkemenin Adalet Bakanlığınca kurulacak ihtisas mahkemeleri olduğu belirtilmiştir, ad geçen maddenin üçüncü fıkrasında da TPE'nin MarkKHK hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve TPE'nin kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin TPE aleyhine açacakları davalarda da görevli mahkemenin ihtisas mahkemeleri olduğu açıkça ifade edilmiştir. (MarkK döneminde markanın terkini için açılacak davada yargı yolunun neresi olacağı konusunda belirtilmediğinden bu durum tartışılabilir. Bu konuda bkzn. Selçuk Öztekin, **ÖMarka Terkini Davalarında Yargı Yolu (Görevli Mahkeme)**, İBD, Y. 1993, C. 67, S. 4-5-6, s. 237-242) Bu itibarla, MarkKHK md. 53 uyarınca açılacak davada görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Hemen belirtelim; İstanbul'da üç hakimli toplu mahkeme

B. Hükümsüzlük Sebebi

MarkKHK md. 42'de hükümsüzlük sebepleri sıralı sayım yolu ile belirtilmiş bulunmaktadır.⁵⁸ Bu madde uyarınca mutlak ve nisbi red sebeplerinin varlığına rağmen bir markanın tescil edilmiş olması hali bir hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Buna göre, tescilli bir markanın aynı ya da benzeri olan ve bu nedenle halk tarafından karışılma ihtimali bulunan bir işaret marka olarak tescil edilmişse ilgili kişiler⁵⁹, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini mahkemeden talep edebilirler.

İçerisinde çalışacak bir Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi ile tek hakimli bir İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi kurulmuş olup her iki mahkemenin yargı alanı İstanbul ili sınırları olarak tespit edilmiştir. (Bu konuda bkz. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 25.1. 2001 gün ve 59 sayılı kararı RG 1.2.2001 S. 24305, s. 4) MarkKHK ile getirilen bu düzenleme ile marka hukukundan kaynaklanan uyumsuzlukların uzman hakimler eliyle hızlı bir biçimde çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır bulunmaktadır. Yasaman, adı geçen düzenlemeyi yerinde bulmakta ve ilhallerin daha hızlı ve sağlıklı çözülebilmesi için ihtisas mahkemelerinin oluşturulması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, FSEK'den ve telif haklarından doğan davalar ile Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat ile Borsa hukukundan doğan davalar bakımından da aynı çözüm benimsenmelidir. (Hamdi Yasaman, **6 Ticari Davalar**, 40. Yılda Türk Ticaret Kanunu, AÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul, AÜHF Yayını 1997, s. 4, Karı. Haluk İnançlı **6 Avukatlık Mesleğinde İhtisaslaşma ve Fikretileme**, Demokratiileme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Anlamında Avukatlık Mesleki (Sorunlar- Çözüm Perspektifleri), 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 128, 129) Hemen belirtelim, İstanbul'da kurulan ihtisas mahkemeleri FSEK'den düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan uyumsuzluklara da bakmaya görevlidir.

⁵⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.400, Sami Karahan, **6556 Sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İdmi ve Kazai İhtihatlar İle İlgili Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, C.I, Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2002, s. 514

⁵⁹ MarkKHK md. 43'de hükümsüzlük davası açabilecek olan kişiler gösterilmiş bulunmaktadır. Buna göre, aktif dava ehliyeti, zarar gören kişilere, Cumhuriyet savcısına ve ilgili resmi makamlara aittir. Maddede ifadesini bulan ilgili resmi makam kavramının içine TPE de girmektedir. (Sabih Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, Ankara, AÜHF Yayınları 1998, s. 166, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 438,) Arkan, davacı olabilecek kişilerin, MarkKHK md. 42'de yer alan hükümsüzlük sebeplerinin türlerine göre bir ayrım yapmadan genel bir şekilde belirlenmesini eleştirmektedir. Yazara göre, MarkKHK'de gösterilen hükümsüzlük nedenleri arasında nitelik farkı vardır, bu nedenlerden bir kısmında kamusal yarar ön planda iken bir kısmında esas itibarı ile önceki hak sahiplerinin çıkarlarının korunması amaçlanmıştır. Böyle olunca, hükümsüzlük davasının, davacıların da bu durum dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Yazar, MarkKHK md. 43'de değişiklik yapılarak, mutlak red sebeplerine aykırı tescilin hükümsüzlüğünün (MarkKHK md. 42/1, a) ve tescilden sonra 42. maddenin (c) ve (f) bentlerindeki hallerin gerçekleştirilmesi dolayısıyla hükümsüzlüğün, Cumhuriyet Savcısına ilgili resmi makamlar dahil herkes tarafından istenebileceği, nisbi red sebeplerine aykırı tescilin hükümsüzlüğünü isteme yetkisinin ise sadece eski hak sahibine tanındığı bir düzenleme

tescili için yapılan başvuru ilanına görmemiş olmaları mümkündür. Böyle bir durumda, adı geçen kimselerin haklarının korunabilmesi ancak açılacak hükümsüzlük davası ile mümkün olacaktı.⁶⁴ Ancak, itiraz hakkına sahip bulunan kimselerin, bu haklarını kullanmamaları dürüstlük kuralına aykırı oluştuyorsa, hükümsüzlük davası bu sebeple reddedilebilir.⁶⁵

Marka tescil başvurusuna ilgili kişi tarafından itiraz edilmesi halinde ise itiraz, TPE tarafından reddedilmiş ise adı geçen kimsenin hükümsüzlük davası açabilmesi, onun MarkKHK md. 47vd.öda öngörülen prosedürü takip etmesine bağlı olmadığı gibi, adı geçen prosedüre başvurulması halinde, TPE Yeniden inceleme ve Değerlendirme Kurulunun kararına karşı MarkKHK md. 53öde öngörülen davanın açılması mümkün değildir. Nitekim, her iki davanın tarafları ve konusu birbirinden farklı olduğu gibi hizmet ettikleri amaçlar da farklıdır. Böyle ki; MarkKHK md. 53ödeki dava, markanın tesciline engel olmak amacı ile açılırken MarkKHK md. 42öde öngörülen dava markanın tescilinden sonra gündeme gelmektedir. Her iki davanın konu ve tarafları birbirinden farklı olduğundan

⁶⁴ Teoman, bu düzenlemeyi eleştirmektedir. Yazara göre, MarkKHKöde bir markanın tescil ettirilmesinden önceki alanda ilgililere itiraz olanakları tanımasına ve söz konusu itirazın çeşitli kademelerden geçerek çözümlenmesine ilişkin bir dizi kural getirilmesine karşın, gerek tescil öncesi itirazda bulunmayan gerekse itirazı reddolunan ilgililere markanın tescilinden sonra bir de hükümsüzlük davası açma imkanı tanımasıdaki gerekçeyi anlamak mümkün değildir. Yazar, özel hukukumuzda hakim olan ilkelerden birinin de illemlerin olanaklar ölçüsünde ayakta tutulması olduğunu, yine hukukun en alta gelen görevlerinden birinin de uygulamadaki tekdüzelik ve sürekliliğe bağlı hukuki güveni sağlamak olduğunu belirttikten sonra eski MarkKönun yürürlükte bulunduğu dönemdeki sistemin daha doğru ve somut olayda her iki markanın da tescilli olduğu durumlarda, artık terkin ya da hükümsüzlük davası açılmasına izin vermemenin yerinde olduğunun söylenebileceğini ifade etmektedir. (Teoman, **Kitap:9**, Mütalaa: 100, s. 70) MarkK 50. maddesinde markanın hükümsüzlüğü hali düzenlenmiş bulunuyordu. Bu hüküm gereğince sadece markanın kullanılmaması ve birlik markalarının teknik yönetmeliklere aykırı kullanılması olması ve markanın devrinin halkın aldatılmasına yol açması hali hükümsüzlük sebebi olarak öngörülmüştü, MarkK md. 40öde ise markanın koruma süresinin bitmesinden itibaren üç yıl içinde yenileme talebinde bulunulmayan markaya ait sicil kaydının resen terkin edileceği kabul edilmişti.

⁶⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 406, Teoman, **Kitap:9**, Mütalaa: 100, s. 69-70, Teomanın mütalaaına konu oluşturan olayda davacı davalının Resmi Marka Bülteninde yayınlanan ve tescil edilene oranla sadece yazın biçimi yönünden farklılık gösteren bir diğer markasına TPE nezdinde itiraz ederek, bunun tescilini önlemiş, buna karşılık hükümsüzlüğünü talep ettiği marka başvurusu da aynı Resmi Marka Bülteninde yayımlandığı halde, buna herhangi bir itirazda bulunmamıştır. Yazar, davacının bu davranışı ile davalıda, bu markanın geçerli bir biçimde tescil edilebileceği yolunda bir hukuki güven ortamı yarattığını ve onun, davalının tescilden sonra markasını tanımak amacı ile yokun bir reklam kampanyasına girilerek, giderek ürünün bir çok büyük mağazada satılmasına olanaklı kılmasından sonra açtığı davanın, dava hakkının kötüye kullanılması tipik bir örneğini oluşturduğunu ve bu nedenle de MK md. 2 uyarınca reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

MarkKHK md. 53'e göre açılan davanın reddedilmiş olması da hükümsüzlük davası için kesin hüküm⁶⁶ oluşturmaya yetmez.⁶⁷

Acaba bu dava hangi süre içinde açılmak gerekir? Madde metninde bir hal hariç hükümsüzlük davasının açılacağı sürenin belirtilmemiş olması tartışılabilir, bu konuda doktrinde çelişkili görüşler ileri sürülmüştür. Öyle ki:

Arkan⁶⁸ göre hükümsüzlük davasının zamanlaştırma uyarısı söz konusu değildir, nitekim hukuka aykırılık oluşturan durum, yani tescil, süreklilik arz etmektedir. Bununla birlikte hükümsüzlük talebinin tescilden çok sonra ileri sürülmesi halinde, MK md. 2'ye dayanarak bu talebin reddi istenebilir.

Karahan⁶⁹ göre, hükümsüzlük davaları nitelik itibarı ile haksız rekabet hukukunda men davaları ile benzerdir, nitekim her ikisinde de süregelen bir hukuka aykırılık vardır. Men davaları ise, kural olarak zamanlaştırmaya illemediği ve her zaman açılacak davalar olarak değerlendirilmektedir. Ancak,

⁶⁶ Kesin hüküm ile ilgili ayrıntıya açıklama hakkında bkz. Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. bası, İstanbul, Nesil, 2000, s. 693-723, Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:V**, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir, 2001, s. 4988-5094)

⁶⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.407, Arkan ise itirazı TPE tarafından reddedilen kimsenin, MarkKHK md. 53 uyarınca TPE'nin kararına karşı dava açma yoluna gitmesi durumunda, mahkemenin, bafvurusu yapıldan markanın tesciline karar vermesi halinde bu kararın kesinleşmesinden sonra ilk marka sahibinin, tescil olunan markaya karşı hükümsüzlük davası açamayacağı, açılan davanın kesin hüküm itirazı ile karşılaşılabileceği ileri sürmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s. 161-162) Oysa aynı yazar, MarkKHK md. 53'e göre açılan bir davada Mahkeme'nin mutlak red sebebinin bulunmadığına karar vermesi halinde, aynı nedenlere dayanarak MarkKHK md. 42'ye dayanarak hükümsüzlük davası açılabilir mi? sorusuna ÖBu durumda ilk dava ile sonraki hükümsüzlük davasının tarafları farklı olacaklarından, ilk davada verilen karar, hükümsüzlük davası bakımından kesin hüküm oluşturmaz. Ancak her iki davaya konu oluşturan vak'a aynı olduğundan, birinci davada verilen kesin hükmün, ikinci davadaki maddi vak'a bakımından da yeniden yargılama yapılmasına engel oluşturmaya söylenebilir. Öİçinde cevap vermiştir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s. 159) Karahan da, bu durumla karşı karşıya kalan kişiye aynı sebebe dayalı ve aynı sonucu gerçekleştirmeye matuf olarak, TPE kararı aleyhine dava açıp bu davayı reddedildikten sonra, tekrar hükümsüzlük davası açmasına imkan tanınamaması gerektiği görülmüştür. Nitekim, birinci davanın görülüp karara bağlanması ile bu konuda bir kesin hüküm oluşmuştur. Yazara göre, dava adının değiştirilerek aynı sonuca ulaşmaya çalışılması kesin hüküm kaziyesini çürütmeye imkan tanıyıp kanun hükümlerinin dolandırılması anlamına geleceğinden birinci davaya açıp kaybeden kişinin ancak itiraza ilişkin davasında kullanmadığı bir hükümsüzlük sebebine dayanarak hükümsüzlük davası açabileceği, aksi takdirde dava hakkının bulunmadığı kabul edilmesi gerekmektedir. (Karahan, **Hükümsüzlük Davası**, s. 517)

⁶⁸ Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s. 167, 257, dnp.22

⁶⁹ Karahan, **Hükümsüzlük Davaları** s. 534-535

MK md. 2'den kaynaklanan sessiz kalma nedeni ile hak kaybı ilkesine göre, dava hakkının hiçbir zaman sınırlanması olmaksızın sınırsız olarak tanınması hukuki güvenlik ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Söz konusu ilke hükümsüzlük davalarına da uygulanabilir. Bu itibarla, haksız tescile muttali olmasına rağmen, uygun bir süre için bu süre Yönerge ve Alman Hukukunda öngörülmüş bulunan 5 yıllık süre olabilir, dava açmayarak kendi isteği ile sessiz kalan kimsenin dava hakkının zamanlaşmasına uğradığı ve artık hükümsüzlük davasının açamayacağı sonucuna varılmalıdır.

Teoman⁷⁰, haksız rekabete ilişkin TTK md. 62'nin burada da uygulanacağı görülmüştür, yazara göre MarkHKH'nin özamanlaşması bakiyle 70. maddesinin burada uygulanması mümkün bulunmamaktadır, nitekim bu madde yasadaki sistematik yeri itibarı ile md 64 ve md. 66'dan sonra gelmektedir ve bu nedenle de sadece marka hakkı tecavüzüne uğrayanın maddi ve manevi tazminat taleplerinde uygulanabilir, ancak bu durumda dahi MarkHKH'nin yaptığı yollamanın bakiyle olduğunu söylemek mümkün değildir. Bundan başka, eğer dava açılması hakkın kötüye kullanılmasıyla oluşturun ya da davacının önceki tutum ve eylemleri karşısında bir çelişkili davranış sergilenmesi anlamına geliyorsa, açılan davanın, zamanlaşma ilk görünümünde dolmamış olmasına karşın, MK md. 2 uyarınca yine reddi gerekmektedir.

Poroy/ Yasaman⁷¹ göre; iki tescilli marka söz konusu olduğunda, ilk tescil ettirenin öncelik hakkı bulunduğundan, markayı önce tescil ettiren diğerine karşı herhangi bir süreye bağlı olmaksızın hükümsüzlük davası açabilir. Ancak, uzun süre ikinci markanın kullanılmasıyla ses çıkarmayan bir kimsenin talebi MK md. 2 göz önünde tutularak incelenmeli ve hakkın suistimali varsa, bu talep reddedilmelidir.

⁷⁰Ömer Teoman, **Yalayan Ticaret Hukuku, C.1: Hukuki Mütalaalar, Kitap:8**, İstanbul, Beta,1997, s. 43, 44

⁷¹Reha Poroy/ HamdiYasaman, **Ticari İletme Hukuku**, Gözden geçirilmiş 8. bası, İstanbul, Beta,1998, s. 269-270

Tekinalp'e⁷² göre terkin bir tecavüzün durdurulması olmadıkça ve hukuka aykırı şekilde belirli sebeplerle bertaraf ettiği için , tecavüz sürdükçe zamanlañın illemeyeceğini ileri sürmek mümkün değildir, kaldı ki markanın hükümsüzlüğü davası terkinin de kapsayan bir eda⁷³ davasıdır ve eda davalarının belli bir süre içinde ikame edilmeleri de zorunludur. Her ne kadar Yargıy sessiz kalma dolayısıyla hakkın yitirilmesini MK md. 2'ye göre kabul ve uzun süre geçtikten sonra açılan davaları reddetmekteyse de sürenin belirsizliği ve kararların kesin hükümler içermemesi sakıncanın bertaraf edilmesine engel olmaktadır. Bu nedenle, yazar MarkKHK md. 70'de yer alan zamanlañ süresinin , hükümsüzlük davalarına da 42. maddede öngörülen istisnalar da göz önünde bulundurulmak kaydı ile uygulanmasının doğru olacağını ileri sürmektedir.

Yargıy 11. H.D. 11.9.2000 tarihli bir kararında⁷⁴ bu soruna değinmiş ve MarkKHK md. 42'de hükümsüzlük davasının hangi sürede açılacağına dair var

⁷² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 403-404

⁷³ Kanınca, markanın hükümsüzlüğü için açılacak dava, bir in'ai davadır. in'ai davada davacı var olan bir hukuki durumun değiştirilmesini, kaldırılmasını veya yeni bir hukuki durum yaratılmasını talep etmektedir. Mahkemece davanın kabulüne karar verildiğinde , hukuki durumdaki değişiklik kararın kesinliği anda meydana gelir. Buna karşılık hükmün etkileri ya geleceğe ya da geçmişle yönelik olmaktadır. (in'ai davalar hakkında geniş bilgi için bkz. Üstündağ, 335-337, Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II**, 6. Baskı , İstanbul, Demir Demir, 2001, s. 1468-1483) Bu bilgiler ışığında; marka kaydının hükümsüzlüğü için açılacak davanın türünün in'ai dava olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Gerçekten de burada davacı var olan tescilin ortadan kaldırılmasını ve yeni bir hukuki durumun yaratılmasını talep etmektedir. Markanın hükümsüzlüğü için açılan dava kabul edildiği takdirde davacı bu kesin hüküm ile TPE'ye başvuracak ve bu kesin hükme dayanarak davalı adına yapılmış olan marka kaydının terkin ettirecektir. Hukuki durumdaki değişiklik kararın kesinliği anda meydana geleceğinden TPE tarafından yapılacak terkin işlemi ise açıklayıcı nitelik taşıyacaktır. (Aynı yönde Cengiz, age, s. 139-140) MarkKHK md. 44/I uyarınca hükümsüzlük kararının sonuçları geçmişle etkilidir. Ancak bu düzenlemenin katı bir şekilde uygulanmasını adil olmayacağı düşüncesinden hareketle bu kurala bir takım istisnalar getirilmiştir. Buna göre; markanın hükümsüz sayılmasından önce, bir markaya tecavüz sebebi ile verilen hukuken kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar ile markanın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmeler hükümsüzlüğün geriye dönük etkisinden etkilenmezler. (MarkKHK md. 44/II, (a), (b))

⁷⁴ Ö... 556 Sayılı KHK'de, marka tescil başvuruları değerlendirilirken, ilgililere, itiraz olanağı ile birlikte sonradan marka tescilinin hükümsüz sayılmasına ilişkin dava açma olanağı da tanınmasına rağmen, bu davanın hangi sürede açılacağı hususunda bir düzenleme getirilmemiştir. Yine aynı KHK'nin 42. maddesinde Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış marka sahiplerinin hükümsüzlük davasının tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde açılması gerektiği belirtilmiş dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının da yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek bu yasal boşluğun yukarıda sözü edilen tanınmış markalar için öngörülen 5 yıllık sürenin, en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması dairemizce uygun görülmüştür. Nitekim, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 189 ncu maddesi uyarınca kabul edilen 89/104 sayılı Yönerge'de tanınmış markalar için de, 5 yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür...ö Y. 11. HD. 11.9.2000, E: 2000/5607, K: 2000/6604 (FMR, Y.1, C.1, S.4, s. 207-210)

olan yasal boşluğun anđan maddede tanınmış markalar için öngörölen 5 yılđk sürenin , hükümsüzlük sebebi ile açđacak diğer davalara da uygulanmasė sureti ile doldurulduğuna hükmetmiştir. Başka bir deyişle, Yargđay hükümsüzlük davalarđnđn 5 yılđk hak düşürücü süreye tabi olduğunu kabul etmiştir.⁷⁵

Böylece hükümsüzlük davasđnđn açđacađė süre konusunda doktrin ve Yargđay tarafđndan ileri sürölen göröşlere değinmiş bulunuyorum. Adė geçen göröşlerin eleştirisine gelince:

Kanđnca Arkan ve Karahanđn, hükümsüzlük davasđnđn zamanalđnđna uđramayacađė yolundaki göröşlerine katđabilmek mümkün değildir, burada Tekinalpđn⁷⁶ bu göröş ile ilgili olarak getirdiği eleştirilere aynen katėyor, gereksiz tekrardan kaçđnmak amacė ile yukarıda yapđan açđklamalara atėf yapmakla yetiniyorum.

Her ne kadar Yargđay sessiz kalma yolu ile hak kaybė ilkesini⁷⁷ benimsemiř⁷⁸ ise de Tekinalpđn de haklı olarak belirttiği gibi adė geçen ilkenin

⁷⁵ Tekinalp, Yargđayđn adė geçen kararđndaki 5 yılđk sürenin niteliğinin belirsiz olduğunu, adė geçen sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanalđnđn süresi mi olduğunun karardan anlalđdamadėđnė ifade etmektedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 404) Yargđay adė geçen kararđnda 89/ 104 Sayđđ Yönergeöye atėfta bulunmul ve bu Yönergeöde tanınmış markalar için 5 yılđk *hak düşürücü süre* öngörölmöl olduğunu ifade etmiştir. Dolayışė ile Yargđay kararđnda adė geçen sürenin hak düşürücü süre olarak düşünölmöl olduğu açđktır, burada bir belirsizlik söz konusu değildir.

⁷⁶ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 403

⁷⁷ Bu ilke ile ilgili ayrıntığe açđklama için Karahan, **Sessiz Kalma**, s.293-305, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 386-387

⁷⁸ Ö... Hak sahibi olan davacė hareket tarzė ile hakkđn ihlaline zännen müsaade ettiği taktirde, davalđnđn senelerden beri hüsnüniyetle kullandėđ ve tanıtđđė markanđn iptalini dava edemez. Bu şekildeki bir dava bir hakkđn şışf gayrėsuiistimali olup kanun himaye etmez...ô Y. TD. 30.04.1968, E. 3837/ K. 2562 (Gönen Eriş, **Madde Açđklamalė En Son İştihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. 1, Ticari İşletme ve Ticaret İşirketleri**, genişletilmiş 2. baskė Ankara, En-kay, 1992 s. 370) Ö...Sözcüğün 19.2.1982 tarihinden itibaren tescilli marka olarak kullanđa gelmesine rağmen , yıllar sonra , 17.9.1990 tarihinde (yani sadece 8 yıl sonra) sözcüğün markadan silinmesi davasđnđn ikame edilmiş olmasđnđn MK md. 2'de yazđđıyiniyet kurallarė ile bağdaş masė mümkün görölmemiştir. ..ô Y. 11. HD. 10.03.1997 E. 1996/9094, K. 1997/1587 (Teoman Seyithanođkullarė **ôYargė Kararlarđnda Sėnai Mülkiyet Hukuku Uygulamalarė Yönünden Ortaya Çėkan Olumsuzluklarô**, Türkiyeöde ve Dünyada Sėnai Mülkiyet Korumasė Uluslararası Konferansė İstanbul, 24-25.6.1997, TPE Yayınė s. 303) Ö... aynė mal ve hizmetler alanđnda faaliyette bulunan taraf unvanlarđnda yer alan ôTelsimô ibaresinin aynė olup , yine davacđnđn bu sözcüğü marka olarak tescili karşışında diğer savunma ve itirazlara itibar edilmeyecek ise de , davanđn hallinin, dava açđmasđnđn MKönun 2. maddesine aykırė olup olmadėđđnđn açđklėa kavuřturulmasđna bağlı olduğu, davacđnđn davalđnđn ticaret unvanđndan haberdar olduğu halde uzun süre sessiz kalđnmasđnđn zännen icazet anlamđnda olduğu, davalđnđn

belirsizliki ve özellikle sessiz kalmanın kaç yıl sonra hak kaybına yol açacağı ile ilgili olarak kesin bir süre vermenin mümkün olmaması ve bu durumun somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiği⁷⁹ sakıncalara neden olmaktadır.⁸⁰ Bu sebeple, hükümsüzlük davasının açılması gereken sürenin belirlenmesi gerekmektedir.

Kanınca, burada Tekinalp'in MarkKHK md. 70'de yer alan sürenin hükümsüzlük davalarına da uygulanması gerektiği yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir. Gerçekten de Teoman'ın haklı olarak ifade ettiği üzere⁸¹, adı geçen madde yasadaki sistematik yeri itibarı ile sadece marka hakkı tecavüzüne uğrayanın maddi ve manevi tazminat taleplerinde uygulanabilir. Böyle olunca, adı geçen davanın TTK md. 62'de yer alan süreye tabi olacağı kabul edilebilir.

Ancak her iki durumda da şu sakınca göz önünde bulundurulmamaktadır. MarkKHK md. 42'de tanımlı markalarla ilgili hükümsüzlük davasının 5 yıllık süreye tabi olduğunu belirtmiş bulunmaktadır. Doktrinde bu sürenin hak dürlürücü⁸² süre olduğu ifade edilmektedir. Yazarların görüşleri kabul edildiğinde; tanımlı markalar ile ilgili hükümsüzlük davalarında hak dürlürücü süreler uygulama alanı bulacakken , MarkKHK'de yer alan diğer hükümsüzlük sebepleri bakımından zamanlaşmış süreleri söz konusu olacaktır. Bilindiği üzere, adı geçen süreler , hem

kamuoyunda bilindiği (HUMK 238/2) , İyayet kurululda karlı çıkarsa idi davalanın belki de başka hareket tarzı seçmesinin muhtemel olduğu, dava konusu olay bakımından uzunca bir süre sonra böyle bir dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. .. Kararı davacı temyiz etmiştir. ...davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmektedir.ô Y 11. HD. 2.3.2000, E. 1999/8169, K. 2000/1726 (Sami Karahan, **ôHaksız Rekabet Davalarında Dava Zamanlaşmaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İnkisiô**, Prof. Dr. Hayri Domaniç 80. Yıl Günü Armağanı, C.1, yayına hazırlayan Doç. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, Beta, 2001, s.300) Adı geçen karar aleyhine davacı vekili tarafından karar düzeltme talebinde bulunulmuş, ancak Yargıtay bu talebi reddetmiştir. Y. 11. HD. , 30.6.2000, E.2000/5841, K. 200/6238 (Batider, Y.2000,C.XX, S.4, S. 246-247)

⁷⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 387, Arkan, **Marka Hukuku, C. II**, s. 161, Ömer Teoman, **Yalayan Ticaret Hukuku, C.I, Kitap 5: 1992-1993**, 2. Tpké Basé İstanbul, Beta, 2000, s. 47

⁸⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 403

⁸¹ Teoman, **Kitap: 8**, s.43,44

⁸² Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s. 157, Sabih Arkan **ôYabancı Markaların Türkiye'de Korunmasıô** , Batider, Y. 1999, C.XX, S.1, s. 7, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 403, Poroy/ Yasaman, s. 269 , Teoman ise adı geçen sürenin zamanlaşmış süresi olduğunu ifade etmiş bulunmaktadır. (Teoman, **Kitap:9**, Mütalaa 100, s. 67

nitelik⁸³ hem de zaman açışından birbirinden farklıdır. Bu da aynı madde altında düzenlenmiş bulunan hükümsüzlük sebeplerine dayanarak açılacak davaların süre bakımından birbirinden farklı hükümlere tabi olmaları sonucunu doğuracaktır. Bu durumun ise hukuk mantığı ile izah edilmesi güç görünmektedir.

Dolayış ile burada Yargıtayın vardığı sonuç isabetli olmuştur. Böylece, MarkKHKde öngörülen hükümsüzlük sebepleri bakımından tek bir sürenin uygulanması gündeme gelmiştir. Ancak kanınca, burada tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davalarındaki benzer bir istisna hükmüne yer vermek ve tescilin yapılmasında kötüniyet varsa⁸⁴ hükümsüzlük davasının herhangi bir süreye tabi olmadığı belirtilmesi yerinde olurdu.

Nitekim, 40/94 Sayılı Tüzükün⁸⁵ 53. maddesinde hükümsüzlük sebepleri arasında herhangi bir ayrıntı yapılmadan markanın tescili için yapılan

⁸³ Zamanla süresinin söz konusu olduğu durumlarda bizzat hak değil, hakkın ileri sürülmesi olanak ortadan kalkmaktadır. Hak düürücü sürenin söz konusu olduğu durumlarda ise, belli bir sürenin geçmesi bizzat hakkın ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle de hak düürücü süreler usul hukuku bakımından bir itiraz olup, hakim tarafından resen nazara itibare alınırken, zamanla bir defa olup ilgililerce ileri sürülmedikçe hakim tarafından resen göz önünde bulundurulamaz.

⁸⁴ ... Dolce Vita markasının İspanya'da 24.5.1978 tarihinde parfümeri, esansal yağlar, kozmetikler, losyonlar, sabunlar vs. için Don Jarne ve Don Jesus Garcia adına tescil edildiği, markanın davacıya devir edildiği ve davacının bu markayı Paris'te 11.10.1983 tarihinde adına tescil ettirdiği, bu tarihten sonra da dünyanın değişik 22 ülkesinde daha davacı adına tescil ettirildiği, Madrid Anlaşması uyarınca 23 Ekim 1995 tarihinde Fikri Haklar Dünya Örgütü Bürosuna Uluslararası Markalar Siciline tescil edildiği, davalının ise aynı cins emtialar için 11.2.1993 tarihinde Türkiye'de marka tescil belgesi aldığı anlaşılmaktadır...birçok yabancı ülkede tescilli bulunan hele somut olayda Fikri Mülkiyet bürosuna tescilli davacı markasının korunmasının gerekmesine, davalının parfüm bulularına gelişmelerini ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu basiretli bir tacir olmanın zaruri sonucudur. O halde aynı sahada çalışan davalının 22 ülkede tescilli bu markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye'de tescil ettirdiğini ileri sürmesi MK'nın 2. maddesine göre mümkün görülmemiştir. Bu halde Paris Sözleşmesinin mükerrer 6. maddesi 3. bendi anlamında suiniyetli bir tescil vardır ve bu tescilin terkinin talep edilebilir...ô 11. HD. 6.7.1999, E. 1998/1734, K. 1999/5146 (FMR, Y.2001, C.I, S.1, s. 146)

ô... davalının, davacı tarafından markanın telifat saatleri yine bu marka adı altında davacıdan (Kore'den) ithal edip, Türkiye'de pazarladıktan ve bu saatlerin ithalinin ve dolayış ile Türkiye'deki satış yetkisinin elinden alınması sebebi ile bu markayı iltibasa meydan verebilecek şekilde kendi adına tescil ettirmesi hukukun temel ilkelerinden olan MK'nın 2. maddesinde yer alan iyiniyet kuralları çerçevesinde hareket etme yükümlülüğüne de ters dülmekte olduğundan hukuken himayesine mümkün görülmemiştir...ô Y. 11. HD. 29.1.1999, E. 1998/5372, K. 1999/256 (Arkan, **Yabancı Markalar**, s. 15'den naklen)

⁸⁵ Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü, ATRG (1994) L. 11/1, Metnin Türkçe çevirisi için bkznz. Ayşe Odman/ Gül Okutan/ Türkan Özdemir/ Arzum Günelçin/ Sanem İmen/ Tolga İmen/ Müge Tekil/ Seda Kışa, **Türk Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu- Acquis Communautaire'nin**

başvurunun kötünüyetli olmaşı halinde, maddede öngörölmöl bulunan 5 yılđk sürenin uygulanmayacağıağıca belirtilmiğ bulunmaktadır.

Burada íu hususun üzerinde durulmaşı yerinde olacağı. Marka olarak tescil ettirilmil ílaretin aynı ya da benzeri olan ve bu nedenle halk tarafđndan karđıtđđma ihtimali bulunan bir ílaret her nasđsa marka olarak tescil ettirilmil olur ve bu markanđn hükümsüzlüğü 5 yılđk hak düşürücü sürede talep edilmezse ne olacağı? Bu durumda ortada iki tane tescilli marka söz konusu olacağı ve her iki marka sahibi aynđ marka altđnda birlikte faaliyet göstereceklerdir.

Bu ihtimal 40/94 Sayđı Tüzükte öngörölmöl bulunmaktadır. Tüzüğüñ düzenlemesine göre; bel yılđk sürenin bitiminde eski marka sahibi, sonraki tarihli markanđn sahibine karđı hükümsüzlük davası açamayacağı gibi , adđ geçen sürenin sonunda sonraki tarihli marka sahibi de , önceki tarihli hakkđn kullanđnđna, -bu hak artđk kendisine karđı ileri sürölmele dahi- itiraz edemeyecektir⁸⁶.

Kanđnca, Tüzük ile getirilen düzenleme yerindedir ve pek çok uyulmazlıđđñ önüne geçecek niteliktedir.

Göröldüğü üzere, MarkKHKñn hükümsüzlük davası ile getirdiğı düzenlemenin bařarđı olduğı söylenemez. Bu nedenle, yasakoyucunun yasa maddesini 40/94 Sayđı Tüzük hükümlerini göz önünde bulundurmak sureti ile yeniden gözden geçirmesi ve madde metninin adđ geçen düzenleme ile uyumlu hale getirilmesi yerinde olacağı.⁸⁷

Alđnmařı Açđlamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, proje yöneticisi, Ünal Tekinalp, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Yayđı 2001, s. 650-710

⁸⁶ 89/104 Sayđı Yönergeñin 9.1 maddesi de bu yöndedir. Bundan başka, MarkenGöde de bu düzenlemeye paralel bir bir hükme yer verilmiğ bulunmaktadır. Bu konuda bkzn. Karl-Heinz Fezer, **Markenrecht (auf der Grundlage von Baumbach-Hefermehl, Warenzeichenrecht, 12. Auflage, 1985),** München 1997, &21, Anm. 18 (Arkan, **Marka Hukuku, C.II,** s. 160ödan naklen) , Carlos Novoa, **Die Verwirkung durch Duldung im System der Gemeinschaftsmarke,** GRUR Int, 1996, 444 (Arkan, **Marka Hukuku, C.II,** s. 160ödan naklen)

⁸⁷ Aynđ yönde DPT, **Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu,** s. 198

Son olarak, MarkKHK md. 42/son hükmüne⁸⁸ kısaca değinmek isterim. Bu maddede MarkKHK md. 7/II hükmüne paralel bir düzenleme yapılmış ve kullanma ile ayırt edicilik kazanmış betimleyici işaretlerin tescilinin MarkKHK md. 7/I (b), (c) ve (d) bentlerine göre hükümsüzlüğüne karar verilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

C. Tecavüz Eylemi

Marka hakkına tecavüz oluşturan eylemler, MarkKHK'nin 61. maddesinde tanımlayıcı bir biçimde sayılmış⁸⁹ bulunmaktadır. Aynı maddenin (a) bendine göre, 9. maddenin⁹⁰ ihlal edilmesi, marka hakkına^{91 92} tecavüz sayılır.

⁸⁸ Arkan, hükümsüzlüğü bertaraf eden MarkKHK md. 42/ son hükmünün gereksiz olduğunu, MarkKHK md. 7/II uyarınca ayırt edicilik kazanmış işaretlerin tescillerinin zaten reddedilemeyeceğini, bu sebeple adı geçen hükmün, hükümsüzlük davasının açıldığı tarih itibarı ile ayırt edicilik kazandığı tespit edilen markaların hükümsüzlüğüne karar verilemeyeceği şeklinde anlaşılmalı gerektiğini ileri sürmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C. II**, s. 156) Tekinalp ise yasakoyucunun MarkKHK md. 7/II hükmüne göre tescil edilmiş markaların terkinini önlemek amacıyla açık bir hüküm sevk etmek ihtiyacı duyduğunu, ancak hükmün Arkan'ın savunduğu varsayımı da kapsadığını ileri sürmektedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 406) Burada Tekinalp'in görüşüne katılmıyorum.

⁸⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 415

⁹⁰ Tescilli markanın sakladığı hakların kapsamı MarkKHK md. 9'da düzenlenmiş bulunduğundan, Arkan, tecavüz oluşturan eylemlere bu madde içerisinde yer verilmemiş olması eleştirmekte, bunun bir takım sakıncalara neden olabileceğini ileri sürmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C. II**, s. 209, aynı yönde Esin Çamlıbel Taylan, **Marka Hakkının Kullanıyla Paralel İhtilallerin Önlenmesi**, Ankara, Seçkin, 2001, s. 52)

⁹¹ Marka, sahibine tescilli olduğu mal ve hizmetlere ilişkin olarak markayı kullanma konusunda münhasır bir hak tanımakta olup bu hak olumsuz yasaklama yetkileri ile olumlu kullanma haklarını içermektedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.324, Karahan, **Yeni Marka Hukukumuz**, s. 35, İhan Yılmaz, **Avrupa Topluluğunda Fikri ve Sınai Haklar**, AAD C.4, S.1-2, 1995-1996, s. 17 , Taylan, s. 51) Taylan, tescilsiz markaların da sahiplerine münhasır hak tanıdığı savunmaktadır. Yazara göre, marka üzerindeki hakkın niteliği , onun tescilli olup olmamasına göre değişmez, nitekim burada önemli olan bir kimsenin markaya konu kelime veya işareti bir ürünü diğerlerinden farklı kılmak üzere marka olarak kullanmasıdır, kaldı ki tescilsiz markalar bakımından marka sahibinin haksız rekabet hükümlerine dayanması mümkün olduğundan burada münhasır bir hakkın varlığından bahsetmek gerekir. (Taylan, s. 51-52) Tekinalp ise aksi görülmüştür. Yazara göre, MarkKHK bir markayı seçerek tescilsiz olarak kullanan kimseye , marka üzerinde münhasır hak sahipliği tanınmamıştır. Nitekim, MarkKHK ile MarkK md. 15'ün sistemi terk edilmiş ve okullanma ilkesi o yerine ötescil ilkesi getirilmiş olup MarkKHK'de tescil ilkesine getirilen istisnalardan hiç biri de MarkK md. 15'ün öngördüğü , tescil ile elde edilen gerçek hak sahipliğini karinesini çürütebilme hakkının tanınması yönünde olmamaktadır.(Tekinalp, **Tescil İlkesi**, s. 470, Aynı yönde; Özdemir, s. 134-135) Kanınca, burada Tekinalp'in görüşü isabetlidir.

⁹² Markanın sakladığı hakkın kapsamı ile marka üzerindeki hakkın hukuki niteliği ise birbirinden farklı kavramlardır. Marka üzerindeki hakkın niteliği konusunda doktrinde çelişitli tanımlar verilmiş bulunmaktadır. Arkan, markanın işletmeden tümüyle bağımsız bir sınai mülkiyet hakkı olduğu görüşündedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 2) Poroy/ Yasaman'a göre marka üzerindeki hak, özel bir koruma gereksiniminin ortaya çıkardığı kendine özgü bir hak olarak kabul edilmelidir ve bu hakkı klasik hukuk kavramlarının içine sokmak için zorlamanın bir anlamı yoktur. Bir ticari işletmenin var

MarkKHK md. 9/I uyarınca marka sahibi, tescilli markasının aynısını bir başka kimse tarafından aynı tür mal/ hizmetler için kullanılmasına engel olabileceği gibi tescilli markası ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal/hizmetlerle aynı veya benzer⁹³ mal/hizmetleri kapsayan ve bu nedenle karıştırmaya ihtimali bulunan bir ilaletin kullanılmasını da önleme hakkına sahiptir.

MarkKHK'nin 9/II maddesinde ise, I. fıkra da belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde marka sahibinin yasaklayabileceği davranışlar gösterilmiş bulunmaktadır. Buna göre, ilaletin mal ya da ambalajı üzerine konulması ilaleti taşıyan malın piyasaya sürülmesi⁹⁴ veya stoklanması ilaleti taşıyan malın tesliminin

olduğu durumlarda marka üzerindeki hak, işletmenin bir unsurunu oluşturur. Bu anlamda genel olarak şeff malvarlığı hakkıdır ve korunması malvarlığı çevresine yapılan saldırıya ortadan kaldırmak amacı ile olur. (Poroy/ Yasaman, s. 263) Tekinalp, marka üzerindeki hakkı sahibine izni olmadan markanın kullanılmasını önleme yetkisi veren aynı etkileri olan mutlak hak olarak nitelendirmektedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.324) Poroy/ Tekinalp'e göre ise marka hakkı sahibine markayı kullanmada, markadan yararlanmada ve marka üzerinde tasarrufta bulunmada inhisari yetkiler veren mutlak bir haktır. (Reha Poroy/ Ünal Tekinalp, **ÖMarka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Ankara, BTHAE,1990, s. 336, Aynı yönde, Çaklar Özel, **Marka Lisans Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 76) ATM de vermiş olduğu çelişkili kararlarda marka hakkının özgül konusu tanımlanmış bulunmaktadır. Buna göre, marka hakkı sahibinin , markasını taşıyan ürünlerin imali ve bunların ilk satış ve bu sırada markayı kullanma konusunda mutlak hakkı vardır ve bu mutlak hak ihlal edildiğinde sahibine hukuki koruma sağlamaktadır. (Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkzn. Oder, (Tekinalp/ Tekinalp) **AB Hukuku**, s. 693 vd. , Mehmet Özcan, **Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar**, Ankara, Nobel,1999, s. 117-119, Taylan, age, s.87-91, Hamdi Pinar, **ÖMarka ve Haksız Rekabet Hukuku Alanında Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Gümrük Birliğinde Malların Serbest Dolaşımına İlişkin Kararları ve Türk Hukukuna Etkileri** Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, C.1, Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2002, s. 696-697) Kanınca burada ATM kararları doğrultusunda verilen tanım kabul edilmek gerekir.

⁹³ Markanın tanınmış bir marka olması durumunda ise marka sahibi, bu markanın aynısını ya da benzerinin farklı mal/hizmetler için de kullanılmasını önleme hakkına sahiptir. (MarkKHK md. 9/I, c)

⁹⁴ Marka hakkı sahibinin markasını taşıyan malları piyasaya ilk defa sunma konusunda sahip olduğu mutlak hak gereği onun izni olmadan markayı taşıyan malların bir başka kimse tarafından piyasaya sürülmesi marka hakkına tecavüz oluşturur. Ancak, marka sahibinin, markasını taşıyan malları piyasaya sürmesinden sonra marka hakkı tükenmiş olur ve marka hakkı sahibi markayı taşıyan malları iktisap etmiş olan kişilerin bu malları tekrar satışa sunmalarına engel olamaz. Bu ilke MarkKHK md. 13'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Hukukumuz bakımından marka hakkının tüketilmesinden söz edilebilmesi için, tescilli markayı taşıyan malların Türkiye'de piyasaya sunulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, hukukumuz bakımından ulusal tükenme ilkesi kabul edilmiş bulunmaktadır. (Arkan, **Marka Hukuku**, C.II, s. 135, Sabih Arkan, **Marka Hakkının Tüketilmesi**, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, BTHAE, 1999, s. 203, Ayşe Saadet Arkan, **ÖFikri ve Sınai Haklarda ÖHakkının Tüketilmesi Doktrini** Avrupa Birliği ve Türkiye, İKVİD, Mart-Nisan 1996, No.129, s. 43, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 385, Taylan, age, s.105, Fahrettin Kayhan **ÖTürk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Markanın Tüketilmesi**, FMR C.1, S.1, s. 70, Ayşe Saadet Arkan,

teklif edilmesi, ilâreti talâyan malın ithali⁹⁵ ve ihracê ilâretin il evrakê ve reklamlarda kullanılması marka sahibi tarafından engellenebilecektir. Hemen

ô Fikri ve Sınai Hakların Tükenmesi ve Rekabet Hukuku n Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirme-ô Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultay 2002, C.1, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2002, s. 771, Sevgi Kali, **ô Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tüketilmesi ve Sınai Mülkiyet Hukukuyla İlişkisiô** FMR, Y.1, C.1, S.4, s. 68) Pınar ise önce tükenme ilkesinin coğrafi sınırların kanun metninde düzenlenmemiş olduğunu belirtmiş, daha sonra da MarkKHK md. 13/I'de yer alan ifadenin emredici değil, asgari bir düzenleme olduğunu ileri sürmüştür. (Hamdi Pınar, **ô Marka Hukukunda Hakların Tükenmesiô**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, Beta, 2000, s.902) Arkan, maddenin yazdığı ilâleli karârında uluslar arası tükenmenin kabulünün oldukça zor olduğunu ifade etmiş, ancak bu görüşün devamında Yargıtay'ın yorum yoluyla uluslararası tükenmeyi uygulamasına bir engel tanımadığını ileri sürmüştür. (Arkan, **Hakkın Tüketilmesi Doktrini**, s. 43, Ancak yazar daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş görünmektedir, nitekim yazar daha sonra katıldığı bir sempozyumda sunmuş olduğu bildirisinin sonuç kısmında aynen şu ifadelerle yer vermiş bulunmaktadır: ô Türkiye'nin yukarıda ayrıntılı olarak FSH mevzuatının tükenme ilkesi ile ilgili hükümleri, hiçbir kulağına yer bırakmayacak ilâlede ölümlül tükenme ilkesine getirdiğinden; Mahkemelerin veya diğer kurumların, yasal olarak Parlatentonun benimsediğı bu yaklaşıma değıltirmekten ziyade uygulamaları beklenmektedir.ô Arkan, **Fikri ve Sınai Hakların Tükenmesi**, s. 771) Yazarların görüşlerine katılabilmek mümkün değildir. Nitekim; MarkKHK md. 13/I'de açıkça ô..Türkiye'ye piyasaya sunulmasından sonra..ô ifadesine yer verilmiş olduğundan tükenme prensibinin coğrafi sınırların kanun metninde düzenlenmemiş olduğu ya da adâ geçiren düzenlemenin emredici olmadığâ ileri sürülemeyecektir. Maddenin açık ve kesin ifadesi ve getirdiğı emredici düzenleme karârında mahkemelere tanıyan bir takdir yetkisinden de bahsedebilmek mümkün değildir. (Taylan, age, s. 105, dpn. 162, s. 105, dpn. 163, Kayhan, agm, s. 70) Ancak Yargıtay vermiş olduğu kararlarda uluslararası tükenmeyi benimsemiş bulunmaktadır. Bu yöndeki kararlar için bknz. Y.11. HD. 12.3.1999, 1998/7996 E. 1999/2099 K, Batider, Y. 1999, C.1, s. 194-198, Y.11. HD. 14.6.1999/ 3243 E. 1999/ 5170K. , Yargı Dünyası Kasım 1999, S.47, s. 32-35 Yargıtay kararlarında varılan sonucun MarkKHK md. 13/I ile uyumlu olmadığâ doktrinde ifade edilmektedir. (Pınar, **Tükenme**, s. 905 vd. , Okutan, (Tekinalp/ Tekinalp), **AB Hukuku**, s. 686, Taylan, age, s. 106, Kayhan, agm, s. 70) Yargıtay, MarkKHK'nin kabulünden önceki dönemde de konuyla ilgili olarak vermiş olduğu Epson kararında da aynı sonucu kabul etmiş bulunmaktadır. Bu karar ile ilgili olarak bknz. Ömer Teoman, **ô Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kurallara Uygulama Olanağıô**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1993, C.X, s. 25 vd. , Nurkut Teoman, **ô Tek Satıcılık ve Üçüncü Kişilerô** Batider 1993, C.XVII, S. 2, s. 55-77.

⁹⁵ Marka hakkının tüketilmesinde ölkesellik prensibinin kabul edilmesi nedeni ile Türkiye'de piyasaya sürülmemiş olan bir malın, yurt dışında piyasaya sunulmuş olması marka sahibinin Türkiye'de hakkının tüketmesine sebep olmayacaktır. Bu durumda, marka sahibi, markalı malın Türkiye'ye ithalini marka hakkına dayanarak önleyebilecektir, nitekim bu malların Türkiye'ye ilk kez ithali hakkı da marka sahibine aittir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s. 135, Arkan, **Hakkın Tüketilmesi**, s. 203, Ancak bu görüşün dipnotunda yazar bu defa şu ifadelerle yer vermiştir: ô Aynı durum, yabancı markayı talâyan malların Türkiye'de tek satıcısı durumunda olan ve marka sahibinin izniyle bu markayı adâna tescil ettirmiş olan kimse bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla ô Timberlandô markasına talâyan malların Türkiye'de tek satıcısı durumunda olan firma, bir üçüncü kişinin Fransa'dan ucuzca satın aldığı aynı marka ayakkabıları Türkiye'ye ithal etmesine marka hakkına dayanak karârı çıkamaz.ô (Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s. 135, dpn. 16, Arkan, **Hakkın Tüketilmesi**, s. 203, dpn. 27, Bu farklılaşan eleştirisi için bknz. Pınar , **ô Hakların Tükenmesiô**, s. 898, dpn. 163) Tekinalp de Arkan ile aynı görüştedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 379) Ancak Tekinalp, bu görüşünün yanısıra, marka hakkının paralel ithalatı önlemek amacı ile kullanılıp kullanılmayacağını belirlerken bir ayrım yapmaktadır. Yazara göre, eğer marka, Türkiye'de ve yurt dışında aynı kili adâna tescilli ise bu durumda marka sahibi marka hakkına dayanarak yurtdışında piyasaya sunulmuş malların Türkiye'ye ithalini önleyemeyeceğini, buna karşılık eğer Türkiye'de tescilli marka yurt dışında başka bir kili adâna tescilli ise, Türkiye'deki marka hakkı sahibinin marka hakkına tecavüz sebebi ile paralel ithalatı önleyebileceğini ifade etmektedir. Taylan, yazarın bu durumu sadece MarkKHK md. 9/II (c)

belirtelim, MarkKHK md. 9/II'de yapılan bu sayım, örnek⁹⁶ niteliğinde olup tahdidi nitelikte değildir.

Marka sahibi, MarkKHK md. 9/II'nin İartları'nın varlığı halinde marka hakkına tecavüz eden kimseye karşı MarkKHK'de öngörülen hukuk ve ceza davaları açılabilir.⁹⁷

maddesi çerçevesinde değerlendirmiş bulunduğunu, bu halde dahi markalı malın ithalinin marka sahibine ait olduğunu, nitekim anılan madde çerçevesinde üçüncü kılilerin markalı malın ithalini önlemek için hukuka aykırı bir kullanıcının İart olmadığına MarkKHK md. 13 karışığında tükenme prensibinin ulusal nitelikte olduğu gerçeği karışığında markanın yurt içinde ve dışarıda aynı kılı ya da farklı kılı adına tescil edilmiş olmasının paralel ithalatı önleyebilmek açısından bir önemi olmadığıne belirtmektedir. (Taylan, age, s. 105, dpn. 164) Konu ile ilgili Yargıtay kararları için bkz. dpn.94

⁹⁶ Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s. 211, 89/104 Sayılı Yönerge'nin 5.3. maddesinde bu husus açıkça (ó... the following inter alia may be prohibited...ö) ifade edilmiş bulunmaktadır.

⁹⁷ Konu ile ilgili ayrıntılı açıklama hakkında bkz. Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s.223-260, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 414-444, Sabri Soner, **ÖSınai Mülkiyet Hakları'nın Kılali Halinde Hukuki ve Cezai Balıvuru Yolları ve İhtisas Mahkemeleri**BD, 1996, C. 70, S. 7-8-9, s. 496-502, İktibar tazminatı ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Ünal Tekinalp, **İktibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar**, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1999, s. 589-598, MarkKHK'de hakkında özel hükümler öngörülen ihtiyati tedbirler ile ilgili olarak bkz. Nevhis Deren Yıldırım, **Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyette İhtiyati Tedbirler**, İstanbul, Alkan, 1999, Gümrüklerde Elkoyma ile ilgili olarak bkz. Ayşe Saadet Arkan , **ÖFikri ve Sınai Haklar Kapsamındaki Taklit ve Korsan Malların Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurulması**, AAD, Y. 1995-1996, C. 4, S.1-2 , s. 143-1

KKNCBÖLÜM

Karşıtarma ihtimalinin Unsurları

I. Aynılık/ Benzer ilaret

A. Genel Olarak

MarkKHK konumuzla ilgili maddelerinde öaynık, öayıt edilemeyecek kadar aynık ve öbenzerö ve öayıt edilemeyecek kadar benzerö kavramlarına yer verilm, ancak bu kavramları tanımlamamıdır. Oysa MarkK md. 47öde markanın aynen kullanılması ile markanın benzerinin kullanılması tanımlanmı ve her ikisi için de bir takım kriterler öngörölmüü. Buna göre, başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana⁹⁸ veya bunlardan birisi itibari ile elini veya ebat yahut renk itibarıyla ya da dikkatlice bakmadıkça farkına varamayacak kadar cüzü surette deitirilmil İeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmı sayıyor, buna karlıık, başkasına ait tescilli markaya, toplu olarak bıraktık umumi intiba itibari ile ilk bakıda kolayca tefrik edilemeyecek İekilde benzeyen ve bu surette iltibasa sebebiyet veren bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmı kabul ediliyordu.

MarkKHKöde adı geçen kavramlar bakından herhangi bir kriterle yer verilmemil olması bu kavramların anlamının tespit edilmesini zorunlu kılmaktadır. Acaba bu konuda MarkK md. 47öde yer alan kriterler ve bu dönemde verilen yargı kararları göz önünde bulundurulacak mıdır? Alakıda bu soru cevaplanmaya çalışılacaktır.

B. Aynık/ Ayıt Edilemeyecek Kadar Aynık ilaret

MarkKHK md. 7/I (a) maddesinde öaynık veya öayıt edilemeyecek kadar aynık marka kavramına yer verilmil bulunmaktadır. Bu kavramların ne anlama geldiği doktrinde tartışılmı bulunmaktadır.

⁹⁸ Mark döneminde tescilli bir markanın anlam bakımından elinin kullanılması, markanın aynen kullanılması kapsamında değerlendirilmesi doktrinde Cengiz tarafından eleitirilmil tir. (Cengiz, s. 9)

Arkan, markalar arasėnda ayniyet bulunup bulunmadığının markanın bütün olarak bıraktığı izlenime göre değerlendirilmesi gerektiğini, markanın *esas unsurunu*⁹⁹ oluşturan sözcüğün, sonraki markada farklı büyüklükte olmasının veya farklı yazı biçimi ile ifade edilmesinin ya da başka bir renk içinde verilmesinin markalar arasındaki ayniyeti ortadan kaldırmayacağını ileri sürmektedir.¹⁰⁰

Karahan, MarkKHKöde geçen aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka ibaresi ile neyin kastedildiğinin adı geçen KHK ile açıklığa kavuşturulmamış olduğunu, ancak Mark md. 47'den MarkKHK döneminde de yararlanmamak için bir sebep olmadığını ileri sürmektedir.¹⁰¹

Özsunay, MarkKHKönin bu konuda herhangi bir kriter getirmemekle, konuyu uygulama ve doktrine bıraktığını bu konunun esasen bir yorum problemi olduğunu ve bu yorum yapılırken MarkK zamanında verilmiş içtihatlardan yararlanılabileceğini, ayrıca MarkKHK ile ilgili olarak yazılacak İerhler, açıklamaı kitaplar, monografiler ve tezlerde bu kavramların incelenerek uygulamaya yön vereceğini ileri sürmektedir.¹⁰²

Tekinalpö göre ise bir ilaretin MarkKHK anlamında tescilli markanın aynı olması öiki ilaretin tıpatıı birbirinin aynı olması ikisi arasında hiçbir noktada, çok küçük de olsa , bir fark bulunmaması¹⁰³ anlamına gelmektedir. Yazara

⁹⁹ Marka İekillerinde esas- unsur yardımcı unsur ayrıntı hakkında ayrıntıı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm/II

¹⁰⁰ Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 76

Bir Fransız Mahkemesi kararına göre, ö Aynen kullanmadan söz edebilmek için markanın en ince ayrıntılarına kadar taklit edilmesi gerekmez. Esaslı unsurların taklit edilmesi yeterlidir.ö (Arseven, age, s.137'den naklen) Bir Seine Mahkemesi kararına göre, ö Esaslı unsurların tekrar edilen bir markaya ayrıntı sayılabilecek eklemelerin yapılması aynen kullanmanın varlığına engel değildir. ö (Arseven, age, s.137'den naklen) Fransız Mahkemeleri öBryh- Byrrhó, ö Graetzin- Gretzineö, öParadis Voyage- Paris Voyageö markaları arasında aynen kullanmanın varlığını kabul etmişlerdir. (Arseven, age, s.137'den naklen)

¹⁰¹ Karahan, **Yeni Marka Hukukumuz** , s. 17

¹⁰² Ergun Özsunay, öTartıı malarö, Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıı 3- Markalar Hukukuönnun Avrupa Birliğine Uyumu ve Sorunları Semineri (6 Temmuz 1995), İTO Yayını , s. 75 MarkKHKönin adı geçen düzenlemesi seminerde katılımcılardan Süha Bolton tarafından da eleştirilmiştir. (**Tartıı malar**, s. 69)

¹⁰³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 371, 374,375

göre, bir marka sadece bir renkte kullanılabiliyorsa, ayniyet için ilâretin öaynê renkteô kullanênê gerekir. Bunun gibi, yazâğ farklê kulakta kalan ses têpa têp aynê ise yine ayniyet yok benzerlik vardê. Buna göre, óNeksô ile óNexô óPirizô ile óPrizô benzer veya ayârt edilemeyecek kadar benzer kabul edilebilir, fakat aynê sayđamaz. Yazar, óaynê kavramênê MarkKHKöde bu derece sêkê tanânlanmasênê nedeninin, MarkKHKönin çelítli hükümlerinde (MarkKHK md. 7/I, md.8/I (a), (b) , md. 9, md. 61/I (b) (c) , md. 64 vd.) bu kavrama ótaklitô adê altênda yer verilmiê olmasênê göstermektedir. Yazar bu sebeplerle, MarkKHKönin óaynê ilâretô ile ómarkanê aynê kavramlarênê, MarkKöde ifadesini bulan ómarkayê aynen kullanmaô kavramêndan tamamen farklê olduğunu kabul etmekte ve MarkK döneminde ómarkayê aynen kullanmaô ile ilgili verilmiê içtihatlarê geçerliliğini yitirdiğini ileri sürmektedir.¹⁰⁴

Kanêncâ markalar arasênda ayniyet bulunup bulunmadêđênê belirlenmesinde markanê bütün olarak bêraktêđê izlenim göz önünde bulundurulmak gerekir. Bundan baêka, burada MarkK döneminde verilmiê içtihatlar da yol gösterici olabilir.

Ayrêca, yukarêda ifade edilen görüêler arasênda da vardêklarê sonuç itibari ile önemli bir farklêđê da bulunmamaktadır. Nitekim, bir markanê esas unsurunun diğer bir markada farklê büyüklükte olmasê farklê yazê biçimi ile ifade edilmesi, baêka renk içinde verilmesi halinde bunlar arasênda ayniyet deêil, fakat benzerlik olduğu kabul edilse bile, bu benzerliğin, ayârt edilemeyecek, yani karêđklêa yol açêp açmayacađênê ayrêca inceleme yapêlmasênê gereksiz kêacak derecede güçlü ve açêk olduğunu kabul etmek gerekir. MarkKHKöde aynê ilâret ile ayârt edilemeyecek kadar benzer ilâret aynê hükümlere tabi tutulmuê, MarkKHK bu iki kavrama taklit adê altênda yer vermiêtir. Dolayêê ile karêđalêtêdan ilâretler ister aynê ister ayârt edilemeyecek kadar benzer kabul edilsinler tabi olacaklarê hükümler birbirinden farklê olmayacaktır. Her iki durumda da her iki ilâret arasêndaki

¹⁰⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 371

karşıtarma tehlikesinin varlığı mutlak biçimde kabul edilmeli, ayrıca bu hususun ispatına ya da bu konuda bilirkili incelemesi yapılmamasına gerek duyulmamalıdır.¹⁰⁵

Ayart edilemeyecek kadar aynı ilaret kavramının anlamına gelince, kanınca bu kavram MarkKHK'de ifadesini bulan öayart edilemeyecek kadar benzer kavramından farklı bir anlama sahip değildir¹⁰⁶ ve MarkKHK md. 7/I (a)'da öayart edilemeyecek kadar aynı denilirken tescilli bir markanın ayart edilemeyecek kadar benzeri olan ilaretiler kastedilmiştir.¹⁰⁷

Yukarıda da belirtildiği gibi; MarkKHK bu kavrama MarkKHK md. 61/I (a) ve (b) bentlerinde yer vermiş ve bir markanın ayart edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması tescilli markanın taklit edilmesi olduğunu ifade etmiştir.

C. Benzer ilaret

MarkKHK'de benzer kavram tanımlanmamış olmakla beraber MarkKHK md. 9/I (b) hükmünde kavrama verilen anlam belirtilmiştir. Buna göre bir

¹⁰⁵ Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 75

¹⁰⁶ DPT Özel İhtisas Komisyonu Raporunda da , MarkKHK md. 7/I (b) de yer alan öayart veya ayart edilemeyecek kadar aynı markaların ibaresinin maddi bir yanlışlık içerdiği belirtilmiş ve adı geçen hükümdeki öayart edilemeyecek kadar aynı ifadesinin öayart edilemeyecek kadar benzer olarak değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. (DPT, **Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, s. 198-199)

¹⁰⁷ Arkan, MarkKHK'de yer yer Türkçe bakımından aksak karşıt ve anlaşılabilir güç bir ifade tarzı kullanıldığı ifade etmekte ve MarkKHK md. 16 /II son cümlesinde yer alan öbu hüküm illetmenin devrine, sözleşmeden doğan yükümlülük halinde uygulanır şeklindeki ifadenin hatalı olduğunu, aynı maddenin III. Fıkrasında , devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılacağı belirtildikten sonra, aksine sözleşmelerin hükümsüz olacağı ifade edilmemesinin isabetli olmadığı yine MarkKHK md. 22'de yer alan ödevir, lisans, intikal, haciz, rehin ve marka sahibi hakkındaki değişiklikler ile ilgili hukuki illemler marka başvurularına da uygulanır şeklindeki hükümden fazla bir şey anlaşılmadığı ileri sürmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 28) Yazara göre, MarkKHK terminoloji açısından da tutarlı değildir. Nitekim, MarkKHK md. 15/I'de markanın rehnedilebileceğinden söz edilmiş, 18. maddede ise bu defa markanın teminat olarak gösterilmesi hususu hükme bağlanmıştır. Bundan başka MarkKHK'de genellikle ömal/hizmet terimi kullanılmış ancak 61, 61 A, 62 ve 64. maddelerde öürün tabirine yer verilmiştir. Yine MarkKHK md. 34 ve 55. maddelerinde kullanılan ögrup tabirinin de neyi ifade ettiği belli değildir. MarkKHK'de bazı teknik tabirlerin isabetli kullanılmadığına da rastlanmıştır. Bundan başka MarkKHK'de yapılan düzenlemede gereksiz tekrarlara da yer verilmiştir. Örneğin, lisans alan dava açma yetkisi ile ilgili olarak MarkKHK md. 21/V-VI'da yer alan hükümler, MarkKHK md. 73'de tekrarlanmıştır. MarkKHK'nin öGörevli ve Yetkili Mahkeme kenar başlıkla 71. maddesinde, sadece uyumsuzluklara bakmakla görevli ihtisas mahkemelerinden söz edilmiştir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 29) Bundan başka, MarkKHK md. 54/I 'de garanti markasının, illetmelerin ortak özelliklerini gösterdiğinden bahsedilmiş olması hatalıdır, nitekim garanti markası illetmelerin değil üretilen mal/hizmetlerin ortak özelliklerini garanti etmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 30)

İlâretin tescilli marka ile arasında bağılantı olduğu ihtimali de dahil karârtâma ihtimali varsa , o İlâret tescilli markanın benzeri kabul edilir.¹⁰⁸

Doktrinde yazarlar bir markanın benzerinin kullanıldığını tespitinde MarkK döneminde verilmiş bulunan içtihatların geçerliliğini sürdürmekte olduğunu kabul etmektedirler.¹⁰⁹

Ancak burada şu husus belirtilmek gerekir: Daha önce de belirtildiği gibi; MarkKHK'nin getirdiği düzenleme uyarınca benzerlikte esas olan ôkarârtâma ihtimaliôdir, böyle olunca İlâret ile tescilli marka arasinda yukarıda belirtilen ölçüler uyarınca bir benzerlik bulunmasa dahi, iki İlâret arasinda ôbağılantı olduğu ihtimaliô varsa bu iki İlâret yine benzer kabul edilecektir.¹¹⁰

Hemen belirtelim, ôbenzerô ve ôâyât edilemeyecek kadar benzerô kavramlarê birbirinden farklı kavramlar olup birincisi karârtâmaya neden olurken ikincisi taklit¹¹¹ oluşturur.¹¹²

¹⁰⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 375

¹⁰⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 372, Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s.101, Teoman, **Kitap: 9**, Mütalaa 100, s. 66, Karahan, **Yeni Marka Hukukumuz**, s.24 , Taylan, age, s. 49, dpn. 121

¹¹⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 375

¹¹¹ Markanın taklit edildiğinin bilindiği veya bilinmesi gerektiği halde, söz konusu İlâreti talâyan ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da anılan amaçlar için ithal etmek ve ticari amaçla elde bulundurmamak MarkKHK md. 61/ I (c) uyarınca marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. Bu madde uyarınca, dava açılabilmesinin üç İlârtê bulunmaktadır. Buna göre, birinci İlârt tescilli markanın aynen ya da ayât edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması yani olayda ôtaklitô olgusunun bulunmasıdır. İkinci İlârt, maddede ifadesini bulan eylemleri gerçekleştiren kimsenin, malların talârtê markanın taklit olduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olmasıdır. Üçüncü İlârt ise , taklit İlâreti talâyan malların ticaret alanına çıkarılması, ithal edilmesi ya da ticari amaçla elde bulundurulmasıdır, bu nedenle malın tüketilmek amacı ile elde bulundurulması hali bu madde kapsamında değerlendirilemez. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 417)

¹¹² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 416

Bu husus Tansê tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: ô...Taklit ve iltibas kavramlarê birbirlerinden farklı kavramlardır, taklit fiilinde benzerlik hemen ayniyet vardır. İltibasta ise yakınlık hatta uzak bir benzerlik bile yeterli olabilmektedir...ô (Tansê, **ôTürk Hukukunda Alâmeti Farika İltibaslarê** , İBD., 1965, C. XIX, s. 5, s.301)

II. Aynē Benzer Mal veya Hizmet

A. Genel Olarak

İlâretlerin üzerinde kullanıldıkları mal ya da hizmetlerin türleri birbirine ne kadar yakınsa, bunların karıştırılma ihtimali de o kadar büyüktür.¹¹³ Bu nedenle, her iki ilâretin kullanıldıkları mal veya hizmetin aynı veya benzer olmasının ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

B. Aynē Aynē Tür Mal veya Hizmet

Aynı mal ve hizmet kavramı herhangi bir açıklama yapmaksızın gerektirmeyecek kadar açıktır. Burada aynı tür mal ve hizmet kavramı üzerinde durulması gerekmektedir. İlâretlerin üzerinde kullanıldıkları mal ya da hizmetlerin aynı türden olup olmadığının belirlenmesinde sâñflar göz önünde bulundurulur.¹¹⁴

MarkHKH md. 24'te markanın kullanılacak mallar ve¹¹⁵ hizmetlerin, malların ve hizmetlerin uluslararası¹¹⁶ sâñflandırılmasına¹¹⁷ ilişkin esaslar göz

¹¹³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 376, Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 102 Yazar, böyle bir durumda karıştırılma ihtimalinin önlenmesi için , yeni markanın eskisinden belirgin bir şekilde farklı olması gerektiğini ifade etmektedir.

¹¹⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, 323

¹¹⁵ Hükümde öveyaô ibaresine yer verilmiş olup bu durum Tekinalp tarafından eleştirilmiştir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 323)

¹¹⁶ Türkiye öMarkaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslar arası Sâñflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşmasına (RG 13.8.1995, S.22373), öMarkaların İkilli Elamanlarının Uluslararası Sâñflandırılmasına Tesis Eden Viyana Anlaşması öna (RG 13.8.1995, S. 22373) taraftır. Bu sözleşmelerin metinleri için bkz. Karahan, Yeni Marka Hukukumuz, s. 373-407, Arslan Kaya / Reyhan Varol / Gül Okutan, **Fikri Mülkiyet Hukuku ve Radyo Televizyon Hukuku Mevzuatı**, İstanbul, Beta, 1998, s. 911-937

¹¹⁷ MarkHKH'nin getirdiği bu düzenleme ile markaların tescili ve korunması hususunda mal/ hizmet sâñflama esasına geçilmiş bulunmaktadır. Böylece, tescil edilen markanın sahibine, sadece sicilde belirtilen mallara ilişkin olmak üzere koruma sağlayan emtia sistemi terk edilerek, marka sahibine markanın aynı tür ya da benzerinin aynı veya benzeri mal ve hizmetler için de kullanılmasına engel olma hakkı tanınmıştır. MarkK döneminde geçerli bulunan emtia sistemi yürürlükte bulunduğu dönemde de pek çok eleştirilere maruz kalmıştır. Bu konuda bkz. Akar Öçal, **Türk Hukukunda Markaların Himayesi -İsviçre ve Fransız Hukuku ile Mukayeseli Olarak**, Ankara, 1967, s.54-55, Cengiz, age, s.73-79, Sami Karahan, **öMarka İkilleriô**, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 1987 108-110, Kazım Dündar, **öTescil Öncesi ve Sonrasında Bulul ve Markalarla İlgili Sorunlara Genel Bakışô**, Patent ve Markaların Tescil Öncesi ve Sonrası Sorunları Sempozyumu, 21.05.1984, Ankara, Kamu Hizmetleri Araştırma Vakfı Yayınları s. 24-27 Ancak adı geçen dönemde Danıştay vermiş olduğu bazı kararlarda öaynē emtia ö kavramının sicilde tek tek ismen belirlenmiş olan emtianın dahil olduğu emtia sâñflama giren diğer emtiayē veya benzer emtiayē da kapsadıkları ileri sürmüştü ve aynı emtia kavramının dar bir çerçeve

önünde bulundurulmak sureti ile sñşlandırılacakē belirtilmiē ve sñşlandırma ile ilgili ilkelerin yönetmelikte belirtilecekē ifade edilmētir. Adē geēen hñkme uygun olarak , TPE, markaların kullanılacaklarēmal ve hizmetleri, 2001/02 Nođu Tebliē¹¹⁸ ile sñşlandırılmētē.

Tebliēde, mallar 34, hizmetler de 8 sñşfa ayrılmētē. (Tebliē md. 3) Bununla birlikte her sñş kendi iēerisinde aynē ya da benzer mal ve hizmetleri kapsayacak ēekilde ayrıēa gruplandırılmētē. (Tebliē md. 4) Tebliēde bazē sñşların genel tanēnē yapılmētē. Genel tanēnē yapılmē olan 02, 03, 04, 05, 08, 14, 15, 23, 25, 28, 31, 32, 33 ve 34. sñşlarda yer alan mallar veya hizmetler iēin yapılacak baēvurularda sadece genel tanēnē belirtilmesi halinde, baēvuru, o sñşfa dahil mallarēn tamamē iēin yapılmē kabul edilecektir. (Tebliē md. 5) Tebliēin 6. maddesine gōre ise marka tescil baēvurularēnda herhangi bir grup iēerisindeki herhangi bir mal veya hizmet belirtilmiēse, bu mal veya hizmet aynēgrup iēerisindeki diēer mal veya hizmetlerle aynē türden kabul edilecektir. Tebliēde bazē sñşlarınēn alt gruplarınēn tanēnlarē koyu renk karakterlerle verilmiētir. Markaların tescili iēin yapılacak baēvurularda koyu karakterli bu tanēnların yazılmasē halinde, baēvurunun o grubu oluēturan tüm mal ve hizmetleri kapsadēēē kabul edilecektir. (Tebliē md. 7) Tebliēin 8. maddesinde de aynē grupta yer alan mal veya hizmetlerden herhangi biri iēin daha önce tescil edilmē veya tescil iēin baēvurusu yapılmē markalarla aynē veya ayērt edilemeyecek kadar aynē olan marka baēvurularēnēn reddedilecekē hñkme baēlanmētē .

Tebliē hñk÷mlerini bir örnekle aēāklamak gerekirse; Tebliēde 3. sñş kendi iēerisinde 9 ayrē gruba ayrılmē olup bu sñş aynē zamanda Tebliēde genel tanēnēverilmē sñşlardan biridir. Bir markanın tescili, 3. sñş iēerisinde oluēturulan parfümeri grup adē kullanılmadan sadece bu gruptaki deodorantlar iēin istendiēēi

iēinde dñlñnmenin MarkKōnēn özüne ve amacına aykēē dñlecekēini kabul etmiētir. Bu yōndeki kararlara örnek olarak ñunlar gösterilebilir: Da. 12. D. 21.1.1969 E.1918 K. 732 (Mehmet Adil Saēlam, **Markalar Kanunu ēerhi ve Tatbikatē**, Ankara, 1973, s. 36) , Da. 12. D. 12.2.1972 E.2871 K.428 (Saēlam, s. 47), Da. 12. D. 14.6.1972 E.3778 K.1634 (Saēlam,age, s. 48) Da. 12. D. 17.5.1972 E.3333 K.1466 (Saēlam,age, s. 48) Danētayōē bu uygulamasē Cengiz tarafēndan eleētirilmē ve Danētayōē bu görñlñnñ MarkK ñna dayandramayacakē ifade edilmētir. (Cengiz,age, s. 79)

¹¹⁸ RG 31.12.2001 S. 24627

taktirde, koruma sadece deodorantlarla sññlñ kalmayşp bu grupta sayşdan parřmñler, uşucu yaşlar (esans yaşlarş), kolonyalar, losyonlar, gñlsuyu, trař losyonlarş ter önleyici deodorantlarş da kapsayacak, adř geçen mallar aynř tür kabul edileceklerdir. Bundan başka, tescil başvurusunda adř geçen markanñ parřmñeri için kullanřacařē belirtilmiş, başka bir deyişle başvuruda sadece grup adř belirtilmiş ise bu da aynř sonucu doşuracaktır. Bunun gibi, başvuru sahibi başvurusunda adř geçen sññřñ genel tanñnññ belirtmiş olursa başvuru, 3. sññřa dahil 9 ayrř grupta yer alan mallarñ tamamēiřin yapşmş kabul edilecektir.

Ocak,¹¹⁹ Tebliřñ 6. maddesinde yer alan dñzenlemeyi eleştirmektedir. Yazara gñre, teblişin bu hñkmñ ile sññř sisteminden uzaklaşşmştş. Nitekim, Tebliřñ bu hñkmñ uyarşnca aynř tür mal sayşabilmek için sadece aynř sññřta bulunmak yeterli olmayşp, o sññř altñndaki gruptan birinde yer almak gerekecek , dişer gruptaki mallar ve hizmetler ise farklı tür mal veya hizmet olarak gñrñlecektir.

Gerçekten de yazarñ eleştirilerinde haklaşık payē bulunmaktadış. Ancak bu sorun Tebliřde genel tanñnñ verilmiş olan sññřlar bakñnñndan alşabilir gñrñnmektedir. Nitekim, Tebliřñ yukarıda sñzñnñ ettişim 5. maddesi uyarşnca bu sññřlar için yapşacak başvurularda sadece genel tanñnñ belirtilmesi , başvurunun o sññřa dahil mallarñ tamamēiřin yapşmş sayřmasññ saşlayacak ve bu durumda adř geçen sññřñ içinde yer alan gruptaki mal ve hizmetler birbirinden farklı tür mal veya hizmet olarak deşerlendirilemeyecektir.

Bñyle bir hñkñm getirilmemiş olsaydış marka sahibi markasññ aynř sññř içerisinde yer alan farklı gruptaki mal veya hizmetlerde kullanmak istedişinde, birden fazla tescil yaptşmak zorunda kalacaktır Bu ise onu markasññ kullanma zorunluluşu ile karřē karřēya bñrakacak (MarkKHK md. 14) ve markanñ, ùzerinde kullanmadřē mal ve hizmetler için hñkñmsñz sayşma tehlikesi (

¹¹⁹ Ocak, agm, s. 282

MarkKHK md. 42) gündeme gelebilecekti. Tebliğde öngörülen bu hükümle adı geçen tehlikenin önüne geçilmek istenmiştir.¹²⁰

C.Benzer Mal veya Hizmet

Mal ve hizmetlerin benzer olup olmadığının belirlenmesinde ise onların ait olduğu sınıflar yine yol gösterici olmakla birlikte burada bir bağlayıcı söz konusu değildir.¹²¹ Nitekim; Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşmanın 2 (1) maddesinde sınıflandırma tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınıflarının değerlendirilmesi konusunda özellikle bağlayıcı olmayacaktır. Ö hükmüne yer verilmiş bulunmaktadır.

Bu konuda mahkemeler tarafından bir takım kriterler geliştirilmiştir.

Bazı durumlarda mal veya hizmetin kaynağının kararlaştırılması üzerinde durulmuştur.¹²² Nitekim, Fransa'da Lyon Mahkemesi konu ile ilgili kararında, otomobiller için kullanılmakta ve genellikle beraber satılmakta olan yaklar ve yakların marka hukuku bakımından benzer mal olarak kabul edilmesi gerektiğini, çünkü müfterilerin yaklar ve yaklar üzerinde aynı markayı gördüklerinde, bu malların aynı işletmeye ait olduğunu sanarak yandabileceklerini kabul etmiştir.¹²³ İsviçre Federal Mahkemesi de, dezenfektan ile romatizma ilacının ecza eliyası sınıfa girdiklerini, bu nedenle de farklı işletmelere ait iseler, bunların üzerinde benzer markaların kullanılmayacağını nitekim aksi durumda alacakları bu malların aynı işletmeye ait olduğunu sanarak yandacaklarını kabul etmiştir.¹²⁴ Türk Hukukunda ise Danıştay, kadın ve erkek giysilerinin giyim eliyası grubuna dahil olduklarını, bu nedenle bunların ayrı ayrı gruplarda yer alan elya olarak kabul edilemeyeceğini ve genel olarak giyim eliyasında kadın-erkek bakımından bir ayrım

¹²⁰ Ocak, agm, s. 282

¹²¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 377

¹²² Öçal, **Markaların Himayesi**, s. 40, La Tarnec Alain (Çev. Akar Öçal), **Ö Markalara Saklanan Himayenin Benzer Mamullere Tevili** Ö, Eskişehir İTAD, 1966, C.1, S.1, s. 235), Cengiz, age, s. 65

¹²³ Tarnec, agm, s. 235'ten naklen

¹²⁴ Fed. Mah. 12.12.1950, JDT 1951, I, 442 (Salamon Kaneti, **İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İtibasla İlgili Kararları** Batider, Y.1961, C.1,S.2,s. 240)

yapılamayacağını ileri sürmöl ve her iki mal için aynı markanın kullanılması alıcılarda malların kaynağı konusunda yanđıya neden olacağını kabul etmiştir.¹²⁵

Bazı durumlarda mal ve hizmetin hangi alıcı kitlesine hitap ettiği başka bir deyişle hangi ihtiyaçlara özgülennil olduğu dikkate alınmalıdır.¹²⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında; markaların üzerlerine konulduklarıl malların benzer tarzda ve benzer amaçlarla kullanılmaları ve aynı mağazada satılmaları durumunda, farklı türde maldan bahsedilemeyeceği için iltibasın varlığı kabul edilmiştir.¹²⁷ Bir Fransız Mahkemesi de , öher durumda malların tahsis cihazları dikkate alınacağından, aynı markayı taşıyan malların aynı tahsis cihazına sahip olmamaları ve farklı müterilere hitap etmeleri halinde , alıcılardan yanılmaları söz konusu olmadığı için tecavüzün bulunmadığına hükmetmiştir.¹²⁸

Bazı durumlarda mal ve hizmetin niteliği ve ekonomik illevleri göz önünde bulundurulmuştur.¹²⁹ İsviçre Federal Mahkemesi konu ile ilgili bir kararında; öiki metaın tamamen farklı olup olmadıklarını anlamak için sadece maddelerini dikkate almanın yeterli olmadığı ekonomik illevlerinin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.¹³⁰ Bir Fransız Mahkemesi kararında ise korumanın söz konusu olabilmesi için malların niteliği veya özgülendikleri gereksinimler arasında alıcılardan, bu malların tescilli marka sahibi tarafından satıla sunulduğu veya üretildiğini düşünmelerine neden olacak derecede bir yakınlığın bulunması gerektiği ileri sürülmüştür.¹³¹ Danıştay , oksijenli sabun tozu ve deterjan maddelerinin konu olduğu bir davada her iki malın kimyevi oluşumlarının farklı olmasının, bu malların alıcılar tarafından çamaşı yıkama tozu olarak algılanmasını

¹²⁵ Da. 12. D. 12.2. 1972 E. 2871 K. 428 (Saklam, age,s. 47)

¹²⁶ Öçal, **Markaların Himayesi**, s. 40, Tarnec,agm, s. 235 , Cengiz, age, s. 65

¹²⁷ Fed. Mah. 28.6. 1921, JDT 1921, I, 514 (Kaneti, agm, s. 239ödan naklen)

¹²⁸ Strazburg Mahkemesinin 13.3.1956 tarihli kararı(Tarnec, agm, s. 235öden naklen)

¹²⁹ Öçal, **Markaların Himayesi**, s. 40, Tarnec,agm,s. 235 , Cengiz, age, s. 65

¹³⁰ JDT 2.9.1930 1931 I 236 (Kaneti, agm, s. 239ödan naklen)

¹³¹ Ann. 1960-1963 (Akar Öçal , **öMarkalarla ilgili Bazı Fransız Mahkeme Kararları**, Eskişehir İTAD, 1965, C.1, s. 155öden naklen)

önlemeyeceği gerekçesi ile niteliği bakımından aynı olan mallar için kullanılan markanın alıcıları yanıtlayacak şekilde kabul etmiştir.¹³²

Öyleyse; ilgili mal ve hizmetlerin benzer alıcı çevresine hitap edip etmedikleri, benzer ihtiyaçları gidermede kullanılıp kullanılmadıkları birbirlerini tamamlayıcı ya da birbirleri ile rekabet eder nitelikte olup olmadıkları göz önünde bulundurulacak gibi¹³³ malların veya hizmetlerin pazara ulaşmasında kullanılan satış yollarının benzerliği, (örn. günlük tüketim mallarında ilgili malların süper marketlerde aynı reyonda veya rafta bulunmalarından kaynaklanan benzerlik)¹³⁴ hizmetlerin niteliksel benzerliği duruma göre dikkate alınabilecektir.¹³⁵

Aslında yukarıda belirtilmiş olan kriterlerin tümü, alıcıların farklı işletmeler tarafından piyasaya sürülen mal ya da hizmetlerin aynı veya karıştırılmaya neden olacak surette benzer markaları taşınmaları nedeniyle ile işletmelerin karıştırılıp karıştırılmadıklarının belirlenmesine yöneliktir. Bu nedenle, benzer mal ve hizmet kavramının saptanmasında temel alınacak esas, alıcıların

¹³² Da. 12. D. 23.3.1971 E. 69/1693, K. 71/697 (Saçlam, age, s. 42) Danıştayın MarkK döneminde vermiş olduğu bu karar doktrinde Cengiz tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, deterjan ile oksijenli sabun tozunu benzer mal olarak kabul etmek doğru değildir. Nitekim, bunlar MarkK md. 5/I, (c) ödeki aynı mal kavramı kapsamına girerler. Tescilde mal olarak deterjan belirtilmiş ise bu kavramın kapsamına sive katı toz bütün deterjanlar gireceğinden ve oksijenli sabun tozu da bu anlamda bir deterjan olduğundan kararda adı geçen malların benzer kabul edilmesi doğru olmamıştır. (Cengiz, age, s. 79) Danıştay, 21.6.1971 tarihli kararında ise sabun ile deterjanı birbirinden farklı mallar olarak kabul etmiş ve her iki mal bakımından aynı markanın kullanıldığını tescile engel olmayacağına karar vermiştir. Da. 12. D. 21.6.1971 E. 3941 K. 1540 (Saçlam, age, s. 43) Bu karara karşı yazılan karşı oy gerekçesinde ise şu ifadeler yer verilmiştir. Ö... Aynı emtiyeye karşılayan sabun ile deterjan birbirinden ayrı emtia olarak kabul etmeye imkan olmamasına bir gruba dahil her emtiyeye kendi içlerinde ayrı bir tasnife tabi tutmak ve herbirine ayrı marka vermek halkın aldatılmasına yol açacağına binaen yukarıdaki madde hükmüne göre yapılan işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği... (Saçlam, age, s. 43)

¹³³ Michau Reinard, *South Africa: Does Anyone Know What Constitutes Similar Goods?* Trade Mark World 110 (September 1998), s. 20, (Önder Erol Ünsal , *Marka İncelemesinde Karıştırılma Olasılığı Kavramı* TPE Bülteni, Y.1, S.3, s.18'den naklen), Arkan, *Marka Hukuku, C. I*, s. 102, Oytaç, *Marka Hukuku*, s. 148, Taylan, age, s. 54

¹³⁴ Reinard, agm, s.20 (Ünsal, agm, s. 18'den naklen)

¹³⁵ ATM de Canon kararında benzer mal/ hizmet kavramının belirlenmesinde yukarıda adı geçen kriterlerin göz önünde bulundurulacağına işaret etmiş bulunmaktadır. Ö In assessing the similarity of the goods or services concerned, ...all the factors relating to those goods or services themselves should be taken into account. Those factors include, inter alia, *their nature, their end users, and their method of use and whether they are in competition with each other or are complementary* (C-39/97, 29.9.1998, Canon Kabushiki Kaisha v. Metro- Goldwyn Mayer Inc., paragraf 23, Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

zihninde bu mal ve hizmeti üreten ya da piyasaya süren işletmeler bakımından bir karışıklık doğmasıdır.¹³⁶ Nitekim, alıcılar aynı veya benzer markaları taşıyan ve fakat birbirinin aynı olmayan mal ya da hizmetleri farklı işletmelere ait olduklarını bilerek ñ bu işletmeler arasında ekonomik ya da idari herhangi bir ilişki olduğunu düşünmeden- satın alıyorlarsa bir karışıklıktan bahsedilmesi mümkün değildir.

Ünsal,¹³⁷ yukarıda belirtilen kriterlerin geniş bir bakışla yorumlanmasının birçok mal ve/ veya hizmetin birbiri ile ilişkili olduğu sonucunu ortaya çıkarabileceğini, bu yüzden malların ve hizmetlerin benzerliğinin mutlaka markaların benzerliği göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, malların ve hizmetlerin benzerliği markaların benzerlik derecesine göre kademeli olarak değerlendirilmelidir.

Bu konuda en radikal tutum Almanya'da benimsenmiş bulunmaktadır. Nitekim, Alman Patent ve Marka Ofisi ve Federal Patent Mahkemesi, aynı malların üzerlerinde kullanılan markaların benzerlik derecesine göre, kimi durumlarda benzer kimi durumlarda farklı değerlendirmiştir.¹³⁸

Kanınca, burada esas alınması gereken kriterler yukarıda belirtilen kriterler doğrultusunda, alıcıların zihninde bu mal ve hizmeti üreten işletmeler arasında karışıklık doğmasıdır.

¹³⁶ Arseven, age, s. 149, Tarnec, agm, s. 236-237, Cengiz, age, s. 66-67, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 376

¹³⁷ Ünsal, agm, s. 19

¹³⁸ Manfred Buehring, **óThe Practise of the German Patent Office and the Jurisdiction of the Federal Patent Court in Trademark Affairsô**, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 24-25 Haziran 1998, s. 258

III. Al  dar n Benzer   aretleri Kar  t rmas 

A. Genel Olarak

Kar  t rma ihtimalinin belirlenmesinde esas nokta, sadece iki   aret aras nda az veya çok benzerlik olup olmaması de il¹³⁹, mal ya da hizmetin al      durumunda bulunan kimselerin içinde bulundukları sosyal durum ve bilgi ve ayırt etme seviyeleri göz önünde bulundurularak bir mal ya da hizmet yerine diğerini tercih edip etmedikleri¹⁴⁰ ya da iki   aret arasındaki benzerlik nedeni ile   arete sahip kimseler aras nda herhangi bir ba lant  kurup kurmad klar d r.

Bu husus saptanırken herhangi bir   letmeye ait mal ya da hizmeti sat n almak anlay  na sahip al   dar n değil belirli bir   letmeye ait mal ya da hizmeti sat n almak isteyen al   dar n etkilennimleri göz önünde bulundurulmal d r. Başka bir deyişle, sat n alacaklar  mal ya da hizmetin markası konusunda bir seçim yapm  olan al   dar n etkilennimleri dikkate al nmal d r.¹⁴¹

Bundan başka, kar     t rma benzer markalar yanyana konularak yap mamal d r. Nitekim, al   dar benzer markalar  genellikle ayr  zamanlarda görür ve belleklerinde kalan izlenime göre hareket ederler.¹⁴²

¹³⁹   iki marka aras nda iltibas n mevcut olup olmad   n n kabulü için, bilirk linin estetik ve grafik bak  n ndan verdiği rapor yeterli addedilemez; ayrıca her  el t içtimai s n fa mensup al   dar bak  n ndan iltibas n ve haks z rekabetin bulunup bulunmad    da incelenmelidir.    TD 18.11.1958 E. 2175 K. 2765 (Batider, C.I, S.2, s. 243)

¹⁴⁰ TTD 8.6.1955 2520-4162 (Tatbikatta Yargıtay Kararları 1955, s. 1983-1985, Cengiz, age, s. 246-247 den naklen)

¹⁴¹ Karayal  n, ** zel Hukukta Meseleler ve G r  ller**, s. 74, Karahan, **Marka   ekilleri**, s. 115, Cengiz, age, s. 29

¹⁴² Arseven, age, s. 144, Karahan, **Marka   ekilleri**, s. 116, Cengiz, age, s. 29

  iki markanın birbiriyle kar  t r  p kar  t r  mayacak  meselesinin c z m  konusunda kulland n kelimelerin sesi, g r n l  ve anlam  önem tal r; ancak bu unsurlar  değerlendirirken, her iki markayı aynı anda önlerinde bulunduramayan al   dardan beklenebilecek dikkat derecesini göz önünde tutmak gerekir.     svi re Federal Mahkemesi, JDT 1935 I 409 (Kaneti, agm, s. 237 den naklen)

  Kar       olas     ve benzerliklerin tayini markalar  aynı anda görebilen ve farklar n  seçebilmek için yeterli zamana sahip olabilen m  ter  bak  n ndan değil ve fakat markalar  aynı anda göz önünde bulunduramayan fakat arad   markanın al    yukarı ayn   n n etkisinde olan t ketic  bak  n ndan yap mal d r.   Ann., 1937-30 (  al, **Fransız Mahkeme Kararları** s. 151-152 den naklen)

B.Dikkate Alınması Gereken Alıcı Grupları

Alıcıların benzer işaretleri karıştırmak karıştırmadıkları belirlenirken işareti taşıyan mal ya da hizmetin hitap ettiği alıcı grubunun¹⁴³ etkilenimleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu konu, üçlü bir ayrım yapmak sureti ile incelenecektir:

1. Benzer İşaretleri Taşıyan Mal ya da Hizmetin Genelde Her Kesimden Alıcıya Hitap Etmesi

Benzer işaretleri taşıyan mal ya da hizmet genelde her kesimden tüketiciye hitap ediyorsa alıcıların benzer işaretleri karıştırmak karıştırmadıklarının belirlenmesinde herhangi bir orta yetenekteki alıcının¹⁴⁴ edindiği izlenim göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁴⁵

¹⁴³ İsviçre Federal Mahkemesi, iltibasın tayininde genel olarak alıcıların, örneğin yerine göre ev kadınlarının, hizmetçilerin, çocukların dikkat derecesini göz önünde bulundurmak gerektiğine hükmetmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi 8.3.1925 JDT1926 I 467 (Kaneti, agm, s. 236'dan naklen)

¹⁴⁴ Ö... Emtia doğrudan doğruya tüketicilere satılmıyorsa bile markaların birbirlerinden yeteri kadar ayrılmak ayrılmadıkları toptancıların ve ticari araçların değil tüketicilerin ayırt etme gücüne göre incelenmelidir...ö İsviçre Federal Mahkemesi 18.6.1930 JDT 1931 I 53 (Kaneti, agm, s. 236'dan naklen)

Ö...bir markanın başkasının hakkına korumaya layık markası bakımından orta seviyedeki müşteriler üzerinde yanıltıcı ve aldatıcı bir etki yaptığının bilrkişilerce tesbiti halinde TK 57/5 maddesi anlamında iltibas ve haksız rekabet söz konusu olur...ö TD. 13.11.1967 E.65/4131, K. 67/4003 (Batider, C.IV, S.4, s. 722, **Erdogan Moroklu, Notlu- İhtidatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 7. Baskı İstanbul, Beta, 2001, s. 75)

Ö...davalıların kullandıkları etiketlerde davacının markasına benzetmek için özellikle (Çimen) ve (Çimen Çiçeği) sözcüklerini kullandıklarına, bu eylemlerin vasat seviyedeki kişiler için iltibasa meydan verebilecek ve yanıltabilecek nitelikte olduğu...ö Y. 11. HD. 26.6.1986 E. 3932 K. 3939 (İrfan Dönmez, **Markalar ve Haksız Rekabet Davaları** 2. bası İstanbul, Beta, 1999, s. 242)

Ö...davacının tescilli ödiorissimo markası ile davalının aynı parfüm mamülü için kullandığı ödorisima markası normal ve orta seviyedeki bir alıcıya yanıltıcı vasıfta ve iltibasa meydan verebilecek mahiyette bulunması bakımından...ö Y. 11. HD. 20.11.1987 E. 7269 K. 6440 (Eriş, age, s. 394)

Ö... Davacı Ziylen ve Parabol isimli markalı ayakkabı desenlerini imal ettiği ve davalı da aynı sözcüklerle aynı emtiyayı imal etmekteir. Bu her iki marka ve biçimleri orta seviyedeki alıcılar ayırt edemez. Bu nedenlerle iltibasın varlığına kabul etmek gerekir... ö Y. 11. HD. 23.10.1989 E. 8859 K. 5596 (Eriş, age, s. 399)

Ö...Dava konusu markalar arasında ayniyete yakın bir benzerlik olduğu ve orta zekalı alıcı açısından iltibas varsa markalar arasında haksız rekabetin varlığına kabulü gerekir...ö Y. 11. HD. 9.12.1991 E. 4354 K. 6526 (Eriş, age, s. 408)

¹⁴⁵ Karahan, **Marka İşkilleri**, s. 113, Ömer Teoman, **Yalayan Ticaret Hukuku, C.I, Kitap 1: 1989-1991**, İstanbul, Kazancı 1992, Mütalaa 5, s. 34, Mütalaa 12, s.117, Teoman, **Kitap 5**, Mütalaa 8, s.52,

2. Benzer İlaletleri Talâyan Mal ya da Hizmetin Özel Bir veya Birkaç Alâç Grubuna Hitap Etmesi

Benzer ilâletleri talâyan mal ya da hizmet özel bir alâç grubuna hitap ediyorsa alâçdarân benzer ilâletleri karâttâşp karâttâmadâklarân belirlenmesinde bu özel alâç grubunun izlenimleri göz önünde bulundurulmalâdır.^{146 147}

Benzer ilâletleri talâyan mal ya da hizmet özel birkaç alâç grubuna hitap ediyorsa ilâletlerin bu alâç gruplarân bir tarafân karâttâması yeterlidir¹⁴⁸

Bu özel alâç gruplarân her biri kendi içinde farklı yetenekteki kimselerden olursa da benzer ilâletlerin karâttâşp karâttâmadâklarân

Cengiz, age, s. 30, Oğuz ınregün, **Bilirkılı Raporlarê (1987 Yââ)**, İstanbul, Filiz, 1999, XVI. Bilirkılı Raporu, s. 80

¹⁴⁶ Arseven, age, s. 146-147, **Teoman, Kitap 1:**, Mütalaa 5, s. 34-36, Mütalaa 12, s. 117-120, Mütalaa 17, s. 185, Cengiz, age, s. 30, Oğuz ınregün, **Bilirkılı Raporlarê (1971-1982)**, İstanbul, Filiz, 2000, XXV. Bilirkılı Raporu, s. 150, Oğuz ınregün, **Bilirkılı Raporlarê (1983-1984)**, İstanbul, Filiz, 2000, XVI. Bilirkılı Raporu, s. 137, XXVI. Bilirkılı Raporu, s. 197 ınregün, (**1987 Yââ**), X. Bilirkılı Raporu, s. 56, XIX. Bilirkılı Raporu, s. 106

¹⁴⁷ Ó... bu regulâtörlerin mülterileri belirli vasâlarê haiz kimseler olmalarına göre (oto parçalarê parekende satâçdarê oto elektrik aksamê tamircileri gibi) bunlarân İekil benzerlikî nedeniyle birisinin yerine diğlerini alâp almayacaklarê yani aldanâp aldanmayacaklarê yoksa mülterilerin benzerlikê rakmen aldanmayâp marka ve teknik kaliteyi mi seçecekleri.... konusunda görüleri alânarak sonucuna göre hüküm tesis edilmelidir. Ó Y 11. HD. 22.2.1985 516-879 (Dönmez, age, s. 238-239)

Ó.. iki marka arasânda iltibasân tespitinde, evvel emirde, bu emtiayê kullanacak olan ev kadânlarê hizmetçiler ve satân alacak olan kimselerinin özen derecelerinin dikkate alânması gerekir. ..Ó Y 11. HD. 27.9.1976 4091-4234 (Dönmez, age, s. 253-254)

Ó.... taraflarân piyasaya sürdükleri ôgofretôin ambalaj biçimi ve marka adlarê ile bu markalarân yazââê ile renk, ebat ve âkârlâk olarak nasâ kullanâddâklarê tüketicinin kimler olduğu ve küçük yaftaki tüketiciler ile normal tüketiciler arasânda herhangi bir ayrâm yapâp yapâmayacakê hususlarê üzerinde durulduktan sonra ..Ó Y. 11. HD. 7.3.1985 E. 887 K. 265 (Dönmez, age, s. 123-124)

Ó... Dosyaya ibraz edilmiş bulunan mütalaadaki görülerin inkar edilemeyecek psikolojik ve hukuki değeri olup mahkemece yaptâdan bilirkılı incelemesi sonucu alân raporda zikredilen mütalaadaki görüler müzakere ve münakaâa edilmemiş ve ciklet satân alanlarân daha ziyade küçük çocuklar olduğu ve bunlarân psikolojik durumlarê ve dikkatleri göz önüne alânmamâttâ. Bu nedenle bilirkılı raporu inandâçê ve doyurucu değıldir. Mahkemece içlerinden biri çocuk psikolojisinden anlar olmak üzere yeniden seçilecek bir bilirkılı kuruluna konunun yeniden incelenmesi ve anâan sonuca göre karar verilmesi kanaatiyle çokunluğun eksik incelemeye dayanan mahkeme kararân onanması görüüne karâşyânô (Y 11. HD. 26.10.1982 3129-4192 sayâê karar ve bu muhalefet İerhi için bkzn. Dönmez, age, s. 297-297)

¹⁴⁸ Arseven, age, s. 146-147, Cengiz, age, s. 31

belirlenmesinde bu kişilerden orta yetenekte olanların etkilenimleri göz önünde bulundurulur.¹⁴⁹

3.Benzer İlaçları Tıbbi mal ya da Hizmetin Uzmanlık Sahibi Bir Alıcı Grubuna Hitap Etmesi

Benzer ilaçları tıbbi mal ya da hizmet belirli bir uzmanlık sahibi bir alıcı grubuna hitap ediyorsa ilaçların kararlaştırıp kararlaştırmadığının belirlenmesinde bu uzman alıcı grubunun etkilenimleri göz önünde bulundurulur.¹⁵⁰

Bu durumda uzman alıcılardan mal ya da hizmete ve markasına uzmanlıkları ölçüsünde göstermeleri gereken özen esas alınmalıdır. Nitekim bu kişiler kendi uzmanlık alanları ile ilgili mal ya da hizmet konusunda özel bilgi sahibi olduklarından uzmanlık alanlarına giren mal ya da hizmete ve markasına uzmanlıkları ölçüsünde gösterilmesi gereken özeni göstermekle yükümlüdürler.¹⁵¹

İlaç markaları arasında kararlaştırma ihtimali bulunup bulunmadığının belirlenmesinde reçete ile satılması zorunlu olan- olmayan ilaç ayrılmış yapılmaktadır. Buna göre; reçete ile satılan ilaçlarda, doktor ve eczacıların etkilenimleri; bu zorunluluğa tabi olmayan ilaçlarda ise , orta yetenekteki alıcılardan etkilenimleri esas alınır.¹⁵²

¹⁴⁹ Arseven,age,s. 147, Cengiz,age, s. 31

¹⁵⁰ Arseven, age, s. 146, Teoman,**Kitap 1**, Mütalaa 12, s.117-120, Oğuz Kınar'ın, **Bilirkişi Raporları (1985-1986)**, İstanbul, Filiz, 2000, LII. Bilirkişi Raporu, s. 291, Cengiz,age, s. 32

¹⁵¹ Arseven,age, s. 146, Teoman, **Kitap 1**, Mütalaa 12, s.117-120,Cengiz, age, s. 32

ÖHaksız rekabet konusu olduğu iddia edilen total kalça protezi herkes tarafından kendi takdirine göre satın alınacak bir emtia olmayıp ancak uzman hekimlerin lüzum üzerine ve onların tavsiyesine göre alınabilecek şeylerdendir. Protezin niteliklerini en iyi bilebilecek durumda olan uzman hekimlerin de bu konudaki beyan ve yayınların etkisinde kalması söz konusu olamayacağına göre...ö Y. 11. HD. 14.3. 1979 1047-1227 (Tarık Bağcıoğlu, **Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.1**, Ankara, Yetkin, 1988 s. 130)

¹⁵² Öçal, **Markaların Himayesi**, s. 122, Selçuk Öztekin, **İlaç Markaları Arasında İtibas ve Türk Markalar Hukukunun Çözümlemesi Bazı Genel Sorunlar**, Hukuk Araştırmaları Ocak-Aralık 1991, C.6, S.1-2-3, s.17-18, Teoman, **Kitap 1**, Mütalaa 12, s.119-120, Ömer Teoman, **Yalayan Ticaret Hukuku, C.1,Hukuki Mütalalar, Kitap 2: 1986-1988, İstanbul, Kazancı,1993**, Mütalaa 28, s. 26-29, Cengiz, s. 32-33, Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 103

Ö...Oftalin ve oktarjin adlarındaki ilaçların reçete ile satılması kanun icabı olması rağmen cari hayatta bunların reçetesiz olarak satıldıkları bir vakit olduğu anlaşılmaktadır. Halin bu merkezde

C.Bilirkiili İncelemesinin Gerekliliği

Bir markanın aynısını kullandıkça hallerde karıştarma ihtimalinin ayrıca araltılmasına gerek yoktur. Ancak bir markanın benzerinin kullandıkça hallerde karıştarma ihtimalinin bulunup bulunmadıkça araltılmasına gerek duyulmaktadır. Nitekim, alıcılardan benzer ilaetleri karıştıp karıştımadıklarının saptanması teknik bilgi ve toplumsal araltıma gerektiren bir konudur.¹⁵³

Yargıay da bu gerçekten hareketle bir markanın benzerinin kullandıkça hallerde karıştarma ihtimalinin varlıkta tesbiti için bilirkiili incelemesi yapılmasının zorunlu olduğunu kabul etmektedir.¹⁵⁴ Ancak uyulmazlık konusu ilaetlerin alıcılardan karıştırmalarına neden olacak surette benzer oldukları açık ise bilirkiili incelemesi yapılmasına gerek olmadıkça hükmetmiştir.¹⁵⁵

olması muvacehesinde bu iki müstahzaratın gerek isimleri gerekse ambalaj kompozisyonları bakımından aralarında iltibasın bulunup bulunmadıkça nazarı itibare alınması icab eder.ô TTD. 22.6. 1954 3804- 4745 (Saymen / Elbir/ Erman, **Türk içtihatlar Külliyyatı**, 1954, C. 1-2, İstanbul, 1958, s. 238-239)

ô... her iki ilacın reçete ile satmak mecburiyeti de bu durumu dekıltirmez. Kaldı ki tatabikatta ve ahvalin mutad yürüyüşüne göre cezai müeyyide ile men edilmis olmasına rağmen reçete ile satması gereken ilaetlerin reçetesiz olarak satıldıkça ve kolaylıkla tedarik edildiği gerçektir. ô Y. 11. HD. 22.1. 1963 3483-6925 (Batider, 1967, C. III, S.1, s. 193)

Görüldüğü üzere Yargıay vermiş olduğu kararlarda reçete ile satması gereken ilaetlerin fiilen reçetesiz satılmaları gerçekten hareketle bu ilaetler üzerinde kullanılan benzer markaların karıştıp karıştımadıklarının belirlenmesinde ilacı kullanan alıcılardan etkilenimlerinin dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıayın bu tutumu doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve hukuki düzenlemeler gereği reçete ile satması zorunlu olan ilaetler üzerindeki benzer markaların karıştıp karıştımadıklarının saptanmasında hukuki düzenlemelere dayanarak değerlendirme yapılması ve bu konuda doktor ve eczacılardan etkilenimlerinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. (Teoman, **Kitap 1**, Mütalaa 12, s.120, Teoman, **Kitap 2**, Mütalaa 28, s. 29, Cengiz, age, s. 33, karı. Okuz ınregün, **Bilirkiili Raporları(1988)**, İstanbul, Filiz, 2001, VII. Bilirkiili Raporu, s. 44)

¹⁵³ Öçal, **Markaların Himayesi**, s. 107, Arseven,age, s.139, Karahan, **Marka İlekilleri**, s. 112, Cengiz, age, s. 16

¹⁵⁴Y. 11. HD. 23.11.1978 E. 978/4624, K. 78/5251(ABD, Y. 1979, S.1, s. 63-64), Y. 11. HD. 17.4.1975 E. 1975/ 587 K. 1975/2557 (YKD, Y. 1976, S.3, s. 353), 11.HD. 11.6.1982 E. 1982/1978 K. 1982/2664 (YKD, Y. 1982, C. VIII, S.8, s. 1133) Y. 11. HD. 27.9.1976 E. 4091 K. 4234 (Dönmez, age, s. 120), Y. 11. HD. 7.3. 1985 E. 887 K. 1265 (Dönmez,age, s. 123-124)

¹⁵⁵ Y. 11. HD. 22.5.1989 E. 3286 K. 3018 (Eriş,age, s. 398)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Karşıtlaşma ihtimalinin Belirlenmesinde Göz Önünde Bulundurulacak Esaslar

κ Kuvvetli marka- Zayıf Marka Ayrımı

Kuvvetli marka ile zayıf marka ayrımının hukuki bir dayanağı yoktur, ancak bu ayrım marka olarak tescil edilen işarete sağlanan korumanın kapsamı bakımından etkili olmaktadır.¹⁵⁶ Löyle ki; bir tanıma işaretinin ayırt edici gücü ne kadar kuvvetli ise ona sağlanan koruma da o kadar kapsamlı olur.¹⁵⁷ Nitekim, karşıtlaşma ihtimalinin bulunup bulunmadığı saptanırken marka olarak tescil edilen işaretin başlangıçtaki ayırt edici etkisi göz önüne alınır.¹⁵⁸ Bütün tanıma işaretlerinin ayırt edici gücü ise aynı değildir. Bazı tanıma işaretleri başlangıçtan itibaren büyük bir ayırt ediciliğe sahip iken bazı işaretlerin bu gücü zayıftır.¹⁵⁹

Burada ayırt edicilik kavramı üzerinde durmakta fayda vardır. MarkHKK md. 5 ayırt edici niteliği tanımlamakla birlikte onu tanımlamaktadır.¹⁶⁰ Nitekim; bir işaret bir işletmenin maline veya sunduğu hizmeti diğer bir işletmenin aynı veya benzer mal veya hizmetinden ayrılmayı sağlıyorsa o işaret ayırt ediciliğe

¹⁵⁶ Öztek, **İlaç Markaları** s. 16-17, Cengiz, s. 22-23

¹⁵⁷ Ayrım gücü yüksek tanımlı markalarda, karşıtlaşma tehlikesinin az olacağı da ifade edilmiştir. Nitekim bu markalar alıcıların zihninde yer etmiştir. Arkan, bu görüşle katılmamakta ve tanımlı markaya benzer bir markanın kullanılması halinde de alıcıların, bu markaya talifan malların da tanımlı marka sahibi tarafından üretildiği ya da ticaret alanına sürüldüğü düşüncesine kapılmalarına, ve böylece yanılgıya düşmelerine neden olabileceğini belirtmekte, ayrım gücü yüksek tanımlı markanın da karşıtlaşma tehlikesine karşı korunması gerektiğine işaret etmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I.**, s. 100, dñn. 126

¹⁵⁸ Öztek, **İlaç Markaları** s. 16-17, Cengiz, age, s. 22-23, Arkan, **Marka Hukuku, C.I.**, s. 100
ATM de vermiş olduğu kararlarda bir işaretin sahip olduğu ayırt ediciliğin karşıtlaşma ihtimalinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu yöndeki kararlara örnek olarak İunlar gösterilebilir: C-251/95, 11.11.1997 , Sabel BV v. Puma AG, Rudolf Dassler Sport , paragraf 22, C-39/97, 29.9.1998, Canon Kabusahiki Kaisaha v. Metro Goldwyn Mayer Inc , paragraf 18 C 425/98, 22.06.2000, Marca Mode CV v. Adidas AG, Adidas Benelux BV, paragraf 39,40 (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

¹⁵⁹ Örn. hammadde isimlerinden esinlenilerek oluşturulan ilaç markaları başlangıçtan itibaren özayrım marka niteliğindedir. Bu konuda bkñz. Öztek, **İlaç Markaları** s. 16, Cengiz, age, s. 23, Arkan, **Marka Hukuku, C.I.**, s. 100, Tekin Memiş, **óAlman Federal Mahkeme Kararı (I ZR 232/98) ve Değerlendirilmesi**, AÜEHFD, Y. 2001, C. V, S.1-4, s. 647

¹⁶⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 314

sahip demektir.¹⁶¹ Gerçekten de bir marka bir taraftan o malın veya hizmetin hangi işletmeye ait olduğunu gösterirken, diğer taraftan sahip olduğu simgesel gücün yarattığı farklılıkla o mal ya da hizmetler için kullanılan diğer işaretlerden ayırtmasını sağlamaktadır.¹⁶²

Böyle olunca bir markanın ayırt ediciliği, öncelikle tescilin talep edildiği mallar veya hizmetler¹⁶³ ve söz konusu mal veya hizmetlerin alışış durumunda bulunan kimselerin yani ürün veya hizmetin hedef alışışın adı geçen işareti belli bir işletmenin mal ya da hizmeti olarak algılayıp algılamadığı göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir.¹⁶⁴

Hemen belirtelim, başlangıçta ayırt edicilikten yoksun ya da bu gücü zayıf olan işaretler kullanma ile ayırt edicilik¹⁶⁵ kazanabilirler. Bu durum MarkHKH md. 7/sonunda açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Başka bir deyişle, MarkHKH hem başlangıçtan beri var olan ayırt ediciliği hem de sonradan kullanma ile kazanan ayırt ediciliği kabul etmiş bulunmaktadır.¹⁶⁶

¹⁶¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 314, Teoman, **Kitap: 9**, Mütalaa 100, s. 64

¹⁶² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 314 Nitekim ; yazara göre ayırt etmede göz önünde bulundurulacak kriterlerden biri de marka olarak seçilen işaretin aynı veya benzer mal veya hizmet için mevcut bir markadan farklılığı, yani bağlantı dahil, onunla karıştırılma ihtimalinin bulunmamasıdır. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 316)

¹⁶³ Tekinalp de , ayırt etmede hareket noktasının kavramsal anlamda mallar ve hizmetler olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre; bir işaret kavram adına veya tanınma yakın olduğu oranda ayırt etmeyi sağlamaktan uzaklaşırken, ona yabancılaşırken oranda ayırt edicilik kazanır. Yine, marka olarak tescili istenilen işaretin herhangi bir anlamı yoksa, başka bir deyişle kelime icat edilmiş ise , adı geçen işaret kavrama tamamen yabancı olacakından ayırt ediciliğe sahip olacaktır. Bununla birlikte işaretin sahip olduğu anlam, tescilin talep edildiği mal ya da hizmet için tamamen yabancı ise adı geçen işaretin ayırt ediciliğe sahip olduğu kabul edilir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 315) Nitekim; Yargıtay 11. HD de vermiş olduğu bir kararda Tekinalp'e atıfta bulunmak sureti ile öBecome What You Areö işaretinin öneysen o olô anlamına gelmekle beraber, ilgili mal ve hizmete tamamen yabancı nitelikte bir kelime olmasından hareketle işaretin marka olarak tescilini uygun bulmuştur. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 315'den naklen)

¹⁶⁴ ATMd'e vermiş olduğu kararlarda bir markanın ayırt edici niteliğe sahip olup olmadığının belirlemek için yukarıda ifadesini bulan kriterlere başvurmuştur. Bu yöndeki kararlara örnek olarak İU kararlar gösterilebilir:T-88/00, 7.2.2002, Mag Instrument Inc. v. OHIM, paragraf 30,31, (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002) T-219/ 00 Ellos AB v. OHIM, paragraf 29 (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

¹⁶⁵ Kullanma ile ayırt edicilik kazanan işaretler ile ilgili ayrıntılı açıklama için bknz. Üçüncü Bölüm, II/D

¹⁶⁶ Arkan, **Marka Hukuku**, C. I, s.100, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 316, Oytaç, **Marka Hukuku**, s. 14, Memiş, **Federal Mahkeme**, s. 647

Bir ilâretin hangi durumlarda ayârt edici niteliğe sahip olduğunu böylece belirlemiî bulunuyorum.

Hemen belirtelim ayrân gücü zayî olan olan bir marka ile ilgili olarak karâ'tâ'dma ihtimalinin önlenebilmesi için, tescili istenilen yeni markada ufak bazê deîîlikliklerin yapâ'mâ olması yeterli olacaktâ. ¹⁶⁷¹⁶⁸

II.Marka İleklerinde Esas Unsurlar- Yardâncê Unsurlar

A. Genel Olarak

Marka olarak alânablecek ilârette esas unsur- yardâncê unsur¹⁶⁹ ayrânê markalar hukukunu ilgilendiren bir çok meselede önem tâlânmaktadır. Lâyile ki; bir ilâretin marka olarak alâ'nêp alânamayacaê esas unsur itibari ile ayârt edici

¹⁶⁷ Ötek, **İlaç Markalarê** s. 16, Cengiz, age, s. 23, Arkan, **Marka Hukuku, C. I**, s. 100

¹⁶⁸ Bu husus bir Belçika Mahkemesi kararênda lâyile ifade edilmiîtir: ô.. terkihi ve etkileri birbirine yakân olan ve bu terkip veya etkiden esinlendiîi için isimleri, artâk bir aile görünümü içinde belirlemekle beraber taklit telkil etmeyen sayêz ilaç arasênda belli bir muhtemel karâ'êlêk marjânê normal addetmek gerekir...ô (Brüksel istinaf Mahkemesiânin 14 Ocak 1953 tarihli kararê Schricke/ Franco/ Wunderlich, La repression de la concurrence deloyele dans les Etats members de la CEE, Tome II/I Belgique- Luxembourg, Paris 1974, s. 258, no. 195 , Ötek, **İlaç Markalarê** s. 17'den naklen) İsviçre Mahkemeleri de bu husus lâyile ifade etmiî bulunmaktadêlar: ô Colunvar ve Collunusol markalarê arasênda iltibas yoktur. Çünkü Collu Fransêzcada bir ilaç türünü belirten jenerik Collutoire terimine âlîkar bir telmihtir ve Novar ile Nosol unsurlarê yeterince farklıdê....ô (Cenevre Kanton Mahkemesiânin 14 Haziran 1966 tarihli kararê Romy/ Gautier/Wernli, Concurrence deloye: textes legislatifs et repertoire des arrets federaux et contonaux, Lausanne 1989, s. 261 (Ötek, **İlaç Markalarê** s. 17'den naklen)

Yargêtay da konu ile ilgili bir kararênda lâyile demiîtir: ô... Davalê tarafêndan kullanêdan Sulfalumin ismi ile davacê tarafêndan kullanêdan Sulfacol ismi arasênda yalnêz iki kelime olan Sulfa'da bir benzerlik mevcut olup ikinci ve ek kelimenin birisinde ñcol diêerinde ñ lumin İlekinde benzerliêi bertaraf edecek tarzda deîîliklik bulunmasê ve aynê zamanda benzerliêi iddia edilen Sulfa kelimesinin ilacên içerdikî madde-i asliyenin bir remzini ifade eder bir kelime olmasê dolayêşyla hüküm yolsuz...ô TTD 29.1.1951 95-491 (Sungurbey/Çaêa/Kaneti, **Marka Davalarê** s. 160) Cengiz, bu alandaki karâ'tâ'dmanê önlenebilmesi için ilacên hammaddesi veya bilêliminin ismi ile çağrêân yapan ilâretin yanêşêra , emtiyê üreten ya da piyasaya süren ilâtmeye aidiyeti belirleyen özgün ve orijinal bir isim veya ilâret koymanê isabetli olduğunu ileri sürmekte ve ô Aspirine Bayerô markasêê örnek göstermektedir. (Cengiz, age, s. 23-24)

¹⁶⁹ Doktrinde bu kavramlar için farklı isimler kullanâ'mâ'têr: Karayalçân ô Çekirdek-Ekô (Karayalçân, **Ticaret Hukuku**, s. 413, Teoman, **Kitap: 9**, s.64); ô Asli unsur- Tali unsurô (Öçal, **Markaların Himayesi**, s. 115); ô Esas unsur- Yardâncê unsurô (Saêlam, age, s.41, Hayri Dericioêlu, **ôîhtira ve Marka Tatbikatêndaki Aksaklêdarô**, Patent ve Markaların Kullanâ'masê Sempozyumu, Ankara, TC Sanayi ve Teknoloji Bakanlêê Eğitim Yayınlarê 1975, s.196, Tekinay, agm, s.72, Karahan, **Marka İlekleri**, s. 137, Cengiz, age, s. 17, Arkan **Marka Hukuku, C.1**, s. 78, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet** s. 373)

niteliğe sahip olmasına bakıldığında, yine bir ilâretin başka markalarla arasında karâ tâtma ihtimali olup olmadığının tayin edilirken de , karâ tâtma ihtimalinin varlığı için benzerliklerin esas unsurlar arasında olması gerekmektedir, yardımcı unsurlar arasındaki benzerlik karâ tâtma neden olmaz.

B.Esas Unsurlar

1.Genel Olarak

Bir markanın esas unsuru, onun diğerlerinden ayırt edilmesini sağlayan, özgün, karakteristik unsurlardır.¹⁷⁰ Dolayısıyla marka olarak tescili talep edilen ilârette bu unsurlar yardımcı unsurlardan daha belirgin ve farkedilir olmalıdır, aksi durumda marka ayırt edici ilâlevini yerine getiremez.¹⁷¹

Markanın ayırt edici unsurları esas unsurları olduğundan bir marka sadece esas unsurlardan da oluşabilir, esas unsurların yanında muhakkak yardımcı unsurların bulunması şart değildir.¹⁷²

¹⁷⁰ Karayalçın, **Ticaret Hukuku**, s.413, Saklam, age, s.55-57, Karahan, **Marka İlekilleri**, s.137 , Cengiz, age, s.18, Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s.76

¹⁷¹ Cengiz, age, s.18

ó.Bir markanın esas unsuru o markaya benzerlerinden tefrikaneyan unsurdur. Tescili istenen markada ilk bakışta göze çarpan kelime büyük harflerle yazılmış. Hipo kelimesi olup bu kelimenin tescilli bulunan Hypo markasına gerek telaffuz ve gerekse görünüş bakımından benzerliği açıktır. Bu durumda davacı tarafından yardımcı unsur olduğu iddia edilen ve büyük harflerle yazılmış Hipo ve bunun altındaki klorit kelimelerindeki Hipo kelimesini yardımcı unsur olarak saymak mümkün bulunmamaktadır....ô Da 12. D. 19.10.1970 E. 970/1870, K. 970/1908 (Saklam, age, s. 61)

ó Tescili istenen markanın yardımcı unsuru olarak gösterilen (JÖLE) kelimesinin büyük asıl markaya ifade eden (Pertev) kelimesinin de çok küçük ve belirsiz bir şekilde yazılması , markanın, münhasıran elyanen cinsini belirtecek şekilde düzenlendiğini gösterdiğinden, tescil talebinin reddinde isabetsizlik görülmemekle davanın reddine....ô Da 12. D. 21.10.1968 E. 967/1856, K. 968/1914 (Saklam, age, s. 59)

ó... tarafların kullandıkları markalar arasındaki benzerlik (Marmara) kelimesinde olup bu kelime her iki markanın da asli unsurudur. Kullanılan etiketlerde, iki taraf da Marmara kelimesini göze batacak şekilde büyük olarak yazmışlardır. Davalı dahi, önüne (Hakiki) kelimesini koymak sureti ile (Marmara) kelimesini asli unsur olarak kullanmışlardır....ô (Y. 11. HD. 28.4.1987 E. 987/1790, K. 987/2556 , (Balıbuoğlu, age, s. 140)

ó....Bir markaya oluşturan unsur , o markanın başka markalardan ayırdedilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı vs.den oluşan şekil olup , marka birden ziyade unsur ihtiva ediyorsa , asıl unsuru markanın bütünü itibarı ile baktığımızda izlenim , tümüne hakim olan görünüş ve ayırtıcılığı vurgulayan imajda aramak lazımdır. ..ô Y. 11. HD. 1.12. 2000 2000/7590 E. 2000/9528 K. sayılı karar , FMR, Y.2, C.2 ,S.1, s. 179)

¹⁷² Cengiz, age, s. 18

2.Kanun Gereği Esas Unsur Olabilecek İlairetler¹⁷³

a.Genel Olarak

Seçimde geniililik ilkesi¹⁷⁴ uyarınca; ayırt edici nitelik taılamak ve MarkKHK md. 7 ve 8de belirtilen ilairetlerden olmamak kaydı ile her türlü ilairet bir markanın esas unsurunu oluıturabilir.

Burada MarkKHK md. 5 hükmü üzerinde durmak yerinde olacaktı.

Bu hükmeye göre oMarka bir telebbüsün¹⁷⁵ mal veya hizmetlerini bir baıka telebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi saılaması koıuluyla, kiıi adları¹⁷⁶ dahil, özellikle sözcükler¹⁷⁷, íekiller, harfler¹⁷⁸, sayılar¹⁷⁹, malların biçimi

¹⁷³Kullanma ile ayırt edicilik kazanan ilairetler de bir markada esas unsur olarak yer alabilirler. Dolayısı ile adı geçen ilairetler ile ilgili açıklamanın da bu baıık altında yer alması daha uygun olacağı düılünülebilir. Ancak kullanma ile ayırt edicilik kazanan ilairetlerin bir markada esas unsur olarak yer alabileceğine dair getirilmiş kural MarkKHK md. 7/1 (c) ve 7/ 1 (d) hükümlerine getirilmiş bir istisna olduğundan öncelikle adı geçen hükümlerin açıklanmasının plan açısından daha uygun olacağı düılünüldüğünden adı geçen ilairetler ayrı bir baıık altında incelenmiş bulunmaktadır. Kullanma ile ayırt edicilik kazanan ve bu itibarla bir markada esas unsur olarak yer alabilecek ilairetler hakkında bkız. Üçüncü Bölüm, II/D

¹⁷⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 310

¹⁷⁵ Arkan, MarkKHK md. 5de öıiletmeö sözcüğü yerine ötelebbüsün kullanılması eleıirmekte, MarkKHKnin birçok maddesinde (md. 16/II, 18, 19, 54, 55) öıiletmeö sözcüğüne yer verildiğinin altını çizmekte , ayrıca MarkKHKYün bazı maddelerinde (md. 6-9, 26) ilaitleminin tercih edilmiş olduğunu belirtmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku**, C. I, s. 36) Tekinalp ise, kanunkoyucunun telebbüs sözcüğünü bilerek ayırt etme sözcüğüne irtibatlandırarak kullanmış olduğunu, böylece marka sahibi olabilecek kiıilerin çevresinin geniıletilmiş olduğunu ifade etmektedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 316 , Aynüyönde Özel, age, s. 30)

¹⁷⁶ Kiıisel adın marka olarak kullanılması sıkça rastlanılmaktadır. Örn. Koç, Sabancı Eczacıbaıı, Ford, McDonalds , Dr. Oetker, Estee Lauder, Calvin Klein, Hugo Boss, Donna Karan, Gianni Versace , Scholl, Philip Morris. Hemen belirtelim, kiıisel adın marka olarak seçilebilmesi için adı geçen adın sahibi olunması gerekmez. Ancak bu halde üçüncü kiının kiıilik hakları korunur. Löyle ki, kendisinin veya mirasçılarının izni olmadan, üçüncü kiının adı marka olarak tescil edilemez. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 311, Poroy/ Yasaman, age, s. 271)

¹⁷⁷ MarkK md. 4/ I (b) ticaret unvanları hariç olmak üzere, beıten fazla kelimeden oluıan ilairetlerin marka olarak tesciline izin vermiyordu. Nitekim; Danııtay da konu ile ilgili olarak vermiş olduğı bir kararda ö... bütün olarak tescili istenilen ibarede (Yeni Tekstil Herko Virginwoll Türk Malı) bulunan öTürk Malı ibaresinin yardımcı unsur olarak kabulü de mümkün bulunmamaktadır. Bu hale göre tescili istenilen ibare beı kelimeyi altııandan ve 551 Sayılı Kanunun 4. maddesinin (b) bendi esas ve yardımcı unsur ayrıne göz etmeden íekil itibarıyla beı kelimeyi ihtiva eden ilairetlerin tescil edilemeyeceğini öngördüğünden...ö ifadelerine yer vermiştir. Da. 12. D. 21.1.1974 E. 1973/2482 K.

veya ambalajların¹⁸⁰ gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.ô

MarkKHK getirdiği bu hükümle, ayırt edici niteliğe sahip olmak kaydı ile her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Maddede yapılan sayım sınırlayıcı değildir¹⁸¹, ayırt etmeyi sağlaması ve çizimle görüntülenebilmesi ya da benzer biçimde ifade edilebilmesi koluluyla her türlü işaretin marka olarak kullanılabilmesi mümkündür.

Burada ses ve melodi, koku, tat, renk ya da renk bileşimleri, üç boyutlu şekiller üzerinde durmak gerekmektedir.

1974/74 (Nevzat Yosmaoğlu, **Dünyada ve Türkiye’de Patentler, Know How’lar, Markalar, Ankara, Mis, 1978**, s. 114-115) MarkKHK böyle bir sınırlamaya yer vermiş değildir. MarkKHK’de ösözcüklerô ibaresi kullanılmı olduğından reklam sloganlarının da marka olarak tescil edilebilmesi mümkün hale gelmiştir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 40, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 311, Poroy/ Yasaman, age, s. 270) Nitekim; Yargıtay da 20.11.2000 tarihli bir kararda ôBecome What You Areô sloganının tescilini uygun görmüştür. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 311’den naklen) Sözcüğün ya da sözcüklerin abartılı olmasi ya da üstünlük ifade etmesi bunların marka olarak seçilebilmesine bir engel teşkil etmemektedir. Ancak adı geçen durum haksız rekabet teşkil edebilir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 312) Ekstra, süper ve lüks gibi betimleyici işaretlerin bir markanın yardımcı unsuru olarak tescili ve kullanılması veya bu ibarelerin markalarla birlikte reklam elemanı olarak kullanılması marka, haksız rekabet ve gıda mevzuatı açısından değerlendirildiği bir makale için bkz. Sami Karahan, **ôSüper Lüksô, ôSüper Iô , ôEkstraô ve ôLüks Iô işaretlerinin gıda markalarında kullanılması mümkün müdür?ô** FMR, Y.1, C.1, S.3, s. 29-42

¹⁷⁸ MarkK özel bir şekil verilen veya herhangi bir remiz, tezyinat, çizgi, resim veya renkle, şeklen beraber olan harflerin marka olarak seçilebilmesine olanak sağlıyordu. MarkKHK’de ise böyle bir sınırlamaya gidilmemiştir.

¹⁷⁹ MarkK döneminde Danıştay 4001 işaretinin özel bir şekil içermediğini ve bu nedenle de marka olarak tescil ettirilemeyeceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Da. 12. D. 2.3.1974 E.1972/2338 K. 1974/551 (Yosmaoğlu, age, s. 115)

¹⁸⁰ omalların biçimi veya ambalajlarının ô ibaresi, 3.11.1995 tarih ve 4128 sayılı Kanunun 5. maddesi ile madde metnine eklenmiş bulunmaktadır. Ancak bu ibare doktrinde hâkl olarak eleştirilmiş ve adı geçen ifadenin omalların veya ambalajların biçimiô şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s.35, dñ. 2 , Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 312, Kaya / Varol / Okutan, age, s. 293, md. 5 altındaki metin Çaklar, age, s. 29, dñ. 22

¹⁸¹ Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s.42 , Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 310 Nitekim, bu husus maddede yer alan ôgibiô, ôbenzer biçimdeô , ôher türlüô kelimelerinden açıkça anlaşılmalıdır.

b. Ses ve Melodi

MarkKHK md.5'öde ifadesini bulan öbenzer biçimde ifade edilenö¹⁸² ibaresi içine ses ve melodinin de girdiği doktrinde¹⁸³ kabul edilmektedir. Böylece, Metro-Goldwyn Mayer'ın aslan'ın kükremesi¹⁸⁴, Harley Davidson motorsikletlerinin motorları'nın sesleri¹⁸⁵, Volkswagen'ın kaplumbağa otomobiline ililkin egzoz veya motor sesi¹⁸⁶, reklam öjingleölarö (Aygaz)¹⁸⁷ marka olarak tescil ettirilebilecektir.¹⁸⁸

c.Koku

Koku da kendisini oluıturan kimyasal formöl belirtilmek sureti ile marka olarak kabul edilebilecektir¹⁸⁹

¹⁸² Alman Hukukunda ses ilaretlerinin marka olabileceği açkça ifade edilmi MarkenGöye ililkin Tüzükte ses ilaretlerinin nota; notaya dökölmesi mümkün olmayan hallerde ise teknik usullerle yapılan kayö yoluyla canlandırömasöndan söz edilmitir. Balika bir deyiölle, marka olarak tescil edilebilecek ilaretin herhangi bir teknik aygö yardöne olmadan görsel olarak algöanabilir nitelikte olmasö kolölundan vazgeçilmiöl bulunulmaktadır. (Schmieder, **Neues deutsches Markenrecht nach europaischem Standard**, NJW, 1994, s. 1249, Kur, **Tröps und das Markenrecht**, s. 991, Arkan, **Marka Hukuku**, C.I, s. 41, dpn. 28'öden naklen) İsviçre hukukunda da aynö esas kabul edilmektedir. (Roland von Büren, **ösviçreöde Markalar Hukukuö, Gümrük Birliöl Bilgilendirme Toplantölarö-3-, Markalar Hukukunun Avrupa Birliölüne Uyum Sorunlarö ve Semineri, 6 Temmuz 1995, istanbul, ITO Yayöne 1995, s.26)MarkKHKY öde ise bu konu ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almamötür. Hukukumuz bakömenödan da benzer bir çözüml kabul edilebilir.**

¹⁸³ Virginia Brown Keyder, **Fikri Mülkiyet Haklarö ve Gümrük Birliöl (Intellectual Property Rigts and Customs Union)**, istanbul, intermedia, 1996, s. 25, Poroy/ Yasaman, age, s. 270, Arkan, **Marka Hukuku**, C.I, s. 41, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 313, Tekinalp Gülören/ Tekinalp Ünal, **ö Fikri Mülkiyet Hukukuna ililkin Kanun Hükümünde Kararnamelere Göre Korumadan Yararlanacak Kiöliler ve Elveriöl Hükümler (Asgari Haklar) ökesiö**, Prof. Dr. Bülent Davranöa Armağan, istanbul 1998, istanbul Üniversitesi, Eölitim, Ökretim ve Yardönlöl ma Vakfö Yayöne s. 165, Fahiman Tekil, **Ticari öletme Hukuku, Üçüncü Baskö istanbul, 1997, s. 258, s. 25, Taylan, age, s. 31, Özel, age, s. 29, dpn. 22, karöl.Oytaç, Marka Hukuku, s. 7, Yazar, MarkKHK md. 7'önin ifadesi karölönda ses ya da kokunun marka olarak tescil edilemeyeceöini ileri sürmektedir.**

¹⁸⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 313, Taylan, age,s. 31, dpn. 45

¹⁸⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 313, Oytaç, **Marka Hukuku**, s. 15

¹⁸⁶ Oytaç, **Marka Hukuku**, s. 15

¹⁸⁷ Taylan,age, s. 31

¹⁸⁸ MarkK döneminde, marka olarak tescil edilebilecek ilaretlerin göze hitap etmesi arandööndan bunlarö marka olamayacakö çokunlukla kabul edilmekteydi. (Karayalçö, **Ticaret Hukuku**, s. 412, Arseven, age, s. 79, Karahan, **Marka öekilleri**, s. 61, karöl. Örs, **Türk Hususi Hukukunda Haksöz Rekabet**, Ankara 1958, s. 53

¹⁸⁹ Poroy/ Yasaman, age, s. 270, Arkan,**Ticari öletme**, s. 258, Arkan, **Marka Hukuku**, C.I, s. 41, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 310, Tekinalp/ Tekinalp, **Asgari Haklar ökesi**, s. 165, Taylan, age, s. 32 MarkK döneminde koku da öpköses ilaretleri gibi marka olarak kabul edilmiyordu. (Karayalçö,

AT uygulamasında OHIM, yeni kesilmiş çimen kokusunu , tenis toplarının birbirinden ayırt etmeye yarayan bir işaret olarak kabul ederek tescil edilmiş bulunmaktadır.¹⁹⁰

Arkan¹⁹¹, kokunun parfümler bakımından marka olarak kabul edilemeyeceğini, nitekim bu durumda adı geçen işaretin MarkKHK md. 7/I (e)de ifadesini bulan mala asli değerini veren işaretler kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Taylan¹⁹² ise dünyaca ünlü parfümlerin kokusunun balıbalına ekonomik bir değere sahip olduğunu belirtmekte ve bunların marka olarak kabul edilmesi gereğinden bahsetmektedir.

Burada bir sonuca varabilmek için MarkKHK md. 7/I (e) de ifadesini bulan omala asli değerini veren işaretler¹⁹³ kavramının anlamını tespit etmek gerekmektedir. Burada iki ihtimalden bahsedilebilir.¹⁹⁴ Ya adı geçen ifade ile teknik durumun zorunlu kâddâkâle kastedilmektedir ya da bu ifade *mala ekonomik değer katan* işareti ifade etmektedir. Birinci ihtimalde, adı geçen durum esasen anılan fâkranın (b) bendinde düzenlendiğinden ayrıca (c) bendine bir ihtiyaç bulunmamaktadır. İkinci ihtimal kabul edildiğinde ise bu tür işaretlerin neden marka korumasından yoksun bırakıldıklarına makul bir gerekçe bulmak zordur.

Eğer, adı geçen ifade ile teknik durumun zorunlu kâddâkâle kastedildiği kabul edilirse, bu durumda parfümlerin kokusu da marka olarak kabul

Ticaret Hukuku, s. 412, Arseven, s. 79, Karahan, **Marka İşkilleri**, s. 61, karf. Örs, **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet**, Ankara, 1958, s. 53)

¹⁹⁰ OHIM, Board of Appeal, Case R 156/198-2, 30 IIC 308 (1999) n. 6 Smell of Fresh Cut Grass (Bastian, s. 468'den naklen)

¹⁹¹ Arkan, **Marka Hukuku**, C.I, s. 86, dpn. 70

¹⁹² Taylan, age, s. 34

¹⁹³ 40/94 Sayılı Tüzükün 6. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

¹⁹⁴ Cahit Suluk, **Öyede Parça Tasarım Hakkında Korunması**, Ankara, Yargı, 2001, s. 102

edilecek, buna karlığık adē geēen ibare ile mala *ekonomik değer katan ilāret* kastedilmiğ ise tersi sonuca varmak gerekecektir.

d. Tat

Kokularēn marka olarak tescili kabul edildiğinde aynē sonucun tatlar bakēmēndan da kabulē mēmkēn olmalāđđ. Nitekim, tadēn neye benzediği ifade edilerek tescili sağlanabilir.¹⁹⁵

Bēyle bir durumda McDonalds kēftesinin ve ekmeğinin tadē Coca-Colaēn lezzeti marka olarak tescil edilebilecektir. Ancak MarkKHK md. 7/I (e) āde ifadesini bulan ōmala asli değerini veren ilāretlerō ibaresi ile mala *ekonomik değer katan ilāret* kastedilmiğ ise bu sonuca varmak mēmkēn olmayacaktır.

e. Renkler

Doktrinde renklerin md. 5ōte ifadesini bulan ōçizimle gērēntēlenebilen veya benzer biēimde ifade edilebilen, baskē yoluyla yayđılabilen ve ēoēaltđılabilen her tērlē ilāretō ibaresi iēine girdiği ifade edilmektedir.¹⁹⁶

¹⁹⁵Taylan,age,s. 32, dpn. 49

¹⁹⁶ Tekinalp, **Fikri Mēllkiyet**, s. 336, Tekinalp/ Tekinalp, **Asgari Haklar ıkesi**, s. 165, Arkan, **Marka Hukuku,C.II**, s. 40, Poroy/ Yasaman,age, s.270, Karl. Suluk Cahit, **ōAvrupa Birliği ve Tērk Hukukunda Tescilli Tasarēnlarē Koruma lartlarō**, FMR Y.1 C.1 S. 2, s. 31 dpn. 32
AFN ōnin yērērlēlēkē zamanāda renklerin bir markanēn yardāncē unsuru olduğu kabul edilmekteydi. ō Fotolarēn renk ve lēkilllerinde bir takēm aēđk farklarēn varlāđē iltibas denilen neticeyi ortadan kaldērmaēa mutlak surette kafi gelemeyeēekine.....ō (YTD. 15.V.1954 gēn ve E. 4659/ K. 4091, H.H Hasan Halis Sungur/ M. Kamil Boran, **Tērk Ticaret Kanunu lērhi ve Tatbikatē ve ılgili Mevzuat, I, Ticari Mēletme**, ıstanbul, Kurtulmēl Matbaasē 1957,s. 531) ō ...davalē markasēnēn da davacēnēn markasē gibi kuğ resmini ihtiva etmesi itibariyle mēlterilerce kuğlu olarak tanēnan mamullerden birinin yerine diğerinin alēnmasē daima mēmkēn olup *renk gibi tali mahiyette bazē* ayrđđklar iltibasē ōnleyecek hususlardan olmadāđē gibi.....ō Y TD. 11.11.1956 gēn ve E. 56-369/K. 909, Saymen / Erman/ Elbir: **Tērk ırtihatlar Kēlliyatē Sene: 1956, C. I-II, ıstanbul 1960**, s.223 551 Sayđē MarkK, sēf muayyen bir renkten ibaret olan ilāretlerin tescilini yasaklarken , rengin ōzel bir lēkil iēinde yer almasē halinde marka olarak tesciline imkan vermekteydi. (Mark K. md. 4/II)

Öyleyse, burada sorun¹⁹⁷, rengin somut olayda ilgili mal veya hizmet bakımından ayırt edici niteliğe sahip olup olmadığının belirlenmesidir.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir çok rengin birleşmesinin ya da bir tek rengin orijinal bir şekilde kullanılmasından, bir mal diğerinden ayırtetmekte karakteristik bir şekil meydana getirebileceğine hükmetmiştir.¹⁹⁸

ATM, Procter & Gamble Company v. OHIM davasında¹⁹⁹ 40/94 Sayılı Tüzükün²⁰⁰ 4. maddesi uyarınca renklerin bir Topluluk Markası²⁰¹ oluşturabileceğini belirtmiş bulunmaktadır. Ancak, Mahkeme'ye göre genel olarak bir işaretler kategorisinin marka oluşturabilmesi, bu kategoriye dahil işaretlerin, spesifik bir ürün veya hizmet bağlamında zorunlu olarak ayırt edici özelliğinin olacağı anlamına gelmemektedir.

Davaya konu olan olayda başvurucu, kenar ve köşeleri hafifçe yuvarlatılmış, iki katlı üst tarafı beyaz ve alt tarafı açık yeşil renklerden oluşan kare tabletin deterjanlarda kullanılmak üzere tescilini talep etmiş, özgül paternli, özgün

¹⁹⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 336

¹⁹⁸ JDT 20.12.1932 1933 I 425, ö. Kaide olarak bir markanın bütün karakteristik ayırtıcı unsurları korunur. Bu bağlamdan diğer çeşitli renklerin birleştirilmesi veya bir rengin orijinal bir şekilde kullanılması bir mal diğerinden ayırtmak konusunda bir değer taşıyorsa, bir markanın rengi de korunur...ö (Akar Öçal, **ÖMarka Hukukunda Rengin Önemi**, ABD, 1968, C.25, s.417, dñn.8'den naklen) Aynı yönde; JDT 1963 I 602, JDT 1936 I 279 (Öçal, **Rengin Önemi**, s.417, dñn.8'den naklen)

¹⁹⁹ T-117/00, 19.09.2001, Procter & Gamble Company v. OHIM (çev. Hasan Muratçavuluoğlu, **Ö OHIM'e Karşı Procter & Gamble Company T 117/00**, FMR, Y. 2, C.2, S. 1, s. 153-160

²⁰⁰ Gerek 40/94 Sayılı Tüzük gerekse 89/104 Sayılı Yönerge'de renklerin marka olabileceğine dair getirilmiş açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Noteboom, 89/104 Sayılı Yönerge'de böyle bir düzenlemenin yer almasından nedeni olarak Yönerge'nin hazırlandığı dönemde bu konu ile ilgili tartışmaların henüz açıldığı kavuturulmamış olmasından göstermektedir. (Noteboom, agm, s. 48)

²⁰¹ 40/94 Sayılı Tüzükte, markanın OHIM nezdinde tescili imkanı, sadece Topluluk üyesi devlet vatandaşlarına tanınmış değildir. 40/94 Sayılı Tüzükün 5.1.b. maddesine göre Paris Konvansiyonu'na ya da Dünya Ticaret Örgütü Kurulu Anlaşması'na taraf diğer devlet vatandaşları da bir Topluluk Markası için başvuruda bulunabilirler. Türkiye, gerek Paris Konvansiyonu'na gerekse Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'na taraf olduğundan, Türk vatandaşları da markalarını OHIM nezdinde tescil ettirebileceklerdir. Topluluk Markası tescili ile sağlanacak avantajlar ve dezavantajlar hakkında bkñz. M. Kaan Dericioğlu, **ÖTürkiye'de ve Avrupa Topluluğunda Markaların Korunması**, AAD, Y. 1995/1996, C.4, S.1-2, s. 68-69 Bu konuda ayrıca bkñz. Kutlu Oytaç, **ÖAvrupa Birliği Markası (OTM) nasıl elde edilir?**, ABD, Y. 1996, C.70, S. 7-8-9, s. 488-495

bir İlekle uygulanan iki veya üç renk kombinasyonundan olulan bir markanın kesinlikle en az ayırtediciliğe sahip olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme, kare tablet olarak tescili istenilen üç boyutlu İlekin temel geometrik İleklerden biri olduğu ve çamaşır ve bulaşık makinası kullanma için bilinen bir ürün olduğunu, tabletin yuvarlatılmış köşelerinin pratik düğünceler gereği olduğunu ve bu İlekin ayırtedici özelliğini ortalama tüketicinin algılayamayacağını bir kat beyaz , diğer kat yeşil olan tabletler bakımından ise hedef kitlenin deterjan prepatlarında farklı renkler görmeye alışık olduklarını ve bu ürünlerin geleneksel sunum İlekinin genel olarak çok açık gri veya bej ve tamamen beyaz görünümündeki toz olduğunu, tozun sıklıkla bir veya daha fazla renkli parçacık içerdiğini, bu parçacıkların birçok aktif içeriğin varlığını vurgulamakta olduğunu, renklendirilen parçacıkların 40/94 Sayılı Tüzüğün 7/1 (c) maddesi hükümlerine göre betimleyici işaret anlamına gelmese de belirli kaliteleri akla getirdiğini, hedef kitlenin, renklendirilmiş elementlerin varlığını ürünün kaynağını göstergesi olarak değil de ürünün belli kalitede olduğunun göstergesi olarak algılayacağını temel renklerden yeşil ve mavinin tipik deterjan renkleri olarak sektörde kullanılmalarının harcama olduğunu, bu nedenle başvurunun tabletin katlarından birinin açık yeşil olması nedeniyle, başvuru konusu markanın ayırtedici olduğuna ilişkin argümanların reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, ATM renklerin Topluluk Markası oluşturabilmesini ilke olarak kabul etmektedir. Ancak önemli olan rengin ilgili mal ve hizmet bakımından ayırt ediciliğe sahip olup olmadığıdır. Bunun için de somut olayda ilgili mal ve hizmet sektörü bakımından marka olarak tescili talep edilen rengin geleneksel olarak kullanılan renklerden olup olmadığı önem taşımaktadır. Bundan başka, hedef kitlenin söz konusu renk ya da renk bileşimlerini mal ya da hizmetin kaynağını göstergesi olarak algılayacak hallerde bu renk ya da renk bileşimleri marka olarak korunacaktır.

Avusturya Temyiz Mahkemesi de vermiŕ olduğu bir kararda rengin korunabileceğine hŕkmetmiŕ bulunmaktadır.²⁰² Karara konu olan olayda , davacŕ hukuk kitaplarŕnda kullanmakta olduğu kŕmŕzŕ renk tonunun baŕka bir yayŕncŕ tarafından yine hukuk kitaplarŕnda kullanŕlmaya baŕlanması ŕzerine mahkemeye baŕvurmuŕtur.

Avusturya Temyiz Mahkemesi, bir rengin korunup korunmayacağına karar verirken rengin ayŕt edici gŕcŕ ile bu renge duyulan toplumsal gereksinim arasŕnda bir denge kurulmasŕ gerektiğini , eğer rengin ayŕt edici gŕcŕ zayıf olup, toplumsal gereksinim gŕcŕlŕyse, rengin ŕzerinde kullanŕldđđŕ mal ya da hizmetlerle ilgili pazarŕn bŕyŕk bir yŕzdesinin rengi belli bir ŕlletme ve onun ŕrŕnleriyle bađdaŕtŕldđđŕnŕn kanŕlanması gerektiğine hŕkmetmiŕtir. Karara konu olan olayda, bu hususa ilŕlkin yapŕdan ankette ankete katŕdanlarŕn %90ŕ kŕmŕzŕ renk tonunu davacŕ ve onun yayŕnlarŕ ile bađdaŕtŕmŕlardŕ. Temyiz Mahkemesi de bu hususu gŕz ŕnŕnde bulundurarak adŕ geĕen rengin Avusturya ŕda korunabileceğine karar vermiŕ, davalŕnŕn, baŕka ŕlkelerde baŕka bazŕ yayŕncŕlarŕn da aynŕ kŕmŕzŕ tonu kullanmakta olduklarŕna dair savunmasŕna itibar etmemiŕtir.

Amerika Birleŕlik Devletleriŕnde de Yŕksek Mahkeme rengin bir marka olarak korunabileceğine karar vermiŕ bulunmaktadır.²⁰³ Karara konu olan olay ŕdudur: Davacŕ Qualitex firmasŕ kuru temizlemede kullandđđŕ press- padlerinde 1950 yŕlŕndan beri yeŕil- altŕn sarŕŕrengi kullanmaktadır, 1989 yŕlŕnda aynŕ sektŕrde faaliyet gŕsteren Jacobsen firmasŕbenzer bir rengi kullanmaya baŕlamŕtdŕ.

Yŕksek Mahkeme, davacŕ tarafından kullanŕdan yeŕil - altŕn sarŕŕ rengin marka olarak kullanŕlabileceđine karar vermiŕ ve rakip firmayŕ aynŕ rengi kullanmaktan menetmiŕtir. Yŕksek Mahkeme, vermiŕ olduğu kararda bir rengin marka olarak korunabilmesi iĕin ŕzerinde kullanŕdacađŕ mal ya da hizmetler iĕin ŕllevsel olmamasŕ gerektiğine de deđinmiŕtir. Ŗrneđin, sarŕ renk, gece ya da suyun altŕnda diğer renklere oranla daha gŕze ĕarpacađŕndan dalgŕĕ giysileri ŕreten bir

²⁰² Oytaĕ, **Marka Hukuku**, s. 146 ŕdan naklen

²⁰³ Oytaĕ, **Marka Hukuku** , s. 158-159 ŕdan naklen

firma bu renk üzerinde hak iddia edemeyecektir, nitekim adı geçen mallar bakımından bu renk illevseldir.

Hukukumuz bakımından da aynı ilkelerin geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim; ayırt edici niteliğe sahip olmak kaydı ile rengin ya da renk bileşimlerinin tek başına ya da tamamlayıcı unsurlarla birlikte marka olmasında engelleyici herhangi bir hüküm mevcut değildir.

Ancak Yargıtay²⁰⁴, vermiş olduğu kararlarda renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılamayacağına, başka bir deyişle bunların bir markada ancak yardımcı unsur olarak yer alabileceğine karar vermiş bulunmaktadır:

Karara konu olan olayda ; davacı sevdaaltın petrol gazı dolum ve dağıtım faaliyeti yaptığına 30 yıldan fazla bir süreden beri gümüş rengi tüpler içinde pazarlama yaptığına 1989 yılında markasına gümüş rengi ibaresi ile birlikte tescil ettirdiğini belirterek , tüplerinde 20 yıldan beri kahverengi rengi kullanmalarına rağmen bu rengi bırakıp gümüş alüminyum rengi kullanan bir diğer firmaya dava etmiştir.

²⁰⁴ Y 11. HD. , 7.7.1997, E.1997/3559, 1997/5453K (FMR, Y.1, C.1,S.4, s.212), Y 11. HD., 28.10.1997, E. 1997/8257, K.1997/7514 (FMR, Y.1, C.1,S.4, s.210-212) Oysa Yargıtay 14.05.1993 tarihinde vermiş olduğu bir kararda şu ifadelerle yer vermiştir: *“Davalılar ... tarafından her ne kadar marka veya bandrol kullanılmadık olsa dahi gümüş renkli , boyalı tanıtma vasıtaları LPG tüplerine sevdaaltın petrol gazı veya benzeri emtia dolumu yapmadıkları ve böyle tüplerle satış yapmadıkları Menâne; davalılar tarafından dolumu yapılan veya satışa sunulan gümüş (beyaz) renkli- boyalı- tanıtma vasıtaları LPG tüplerinin bulundukları her yerden toplanmasına, iltibası giderici ayrılmı yapmadıkları tüplerin davalılara iadesine,davalıların, davacı adına....numaralar ile tescilli markalardan faydalanma haklarına vaki tecavüzlerinin (551 Sayılı) Markalar Kanunu’nun 47-49 maddelerine istinaden de ref ve menâne...” (Seyithanoğulları agm, s. 303) Yargıtay’ın 14.06.1995 tarihli kararında aynı yöndedir. (Seyithanoğulları agm, s. 304) Görüldüğü üzere, adı geçen kararlarda Yargıtay rengin de marka olarak korunabileceğine hükmetmiştir. Bu kararların verilmesinden önce bir süre sonra ise Yargıtay önceki kabulünü değiştirmiş ve ... Renk, markanın bir unsuru olarak tescilli olsa dahi, kadim tarihle tescil ettiren ve kadim tarihle kullanan ilk sahibi lehine herhangi bir himaye sağlamaz demiştir. Y. 11. HD. 01.10.1996, E. 3037, K. 6298 (Seyithanoğulları agm, s. 304’den naklen) Yargıtay’ın bu son kararını Seyithanoğulları tarafından da eleştirilmiş ve kararda ifade edilen görüşün marka ve haksız rekabet hukuku dışında kaldığı ifade edilmiştir. (Seyithanoğulları agm, s. 304) Y 11. HD 10.3.1997 tarihli kararında da marka hakkı sahibinin aynı rengi diğer unsurları ile birlikte tescil ettiren kimseye karşı ileri sürülebilecek bir öncelik ve inhisar hakkı bulunmadığına hükmetmiştir. (Y 11. HD. , 10.3.1997, E. 1996/ 8650, K. 1996/1568 , Camcıoğlu, s. 178)*

Yargıy, 6.... MarkKHKöin 5. maddesine göre renklerin bağınsöz olarak marka konusu yapıdamayacağıne..... gökkuşakında 7 ana renk bulunduğı, renkler üzerinde tekel hakkı tanınması halinde bir kışın firmaların renk kalmadığından faaliyet yapamamaları gibi garip bir sonuçla karıdalıacağıneö belirtmiştir.

Yukarıda yapıdan açıklamalar doğırtusunda, MarkKHK md. 5, renklerin bağınsöz olarak marka oluştıurabilmesine engel değıldir. Kaldı ki, somut olayda davacı 30 yđe alıkın bir süredir gümiöl rengi tüpleri kullandığından bu renk onun hizmeti ile özdeğilmiöl ve ögümüöl rengiö onun markasınin ayıt edici bir unsuru haline gelmiölür. Davalının 20 yđe alıkın bir süredir kullandığı kahverengi rengi bırakıp tüplerinde ögümüöl alüminyumö rengini kullanması davacının marka hakkına tecavüz telkil etmektedir.

Böyle olunca, Yargıy kararında varılan sonuca katılmıyorum.

Kaldı ki, TRIPS²⁰⁵ md. 15/1de renk bileğimlerinin marka olabileceğı açıklıca belirtilmiölür. MARK KHK md. 4te usulüne göre yürürlüğe konulmiöl milletlerarası anlağma hükümlerinin bu KHK hükümlerinden daha elveriğli olması halinde korumadan yararlanacak kılilerin²⁰⁶ elveriğli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahip oldukları belirtilmiölür.²⁰⁷

²⁰⁵ 25.2.1995 tarih ve 22213 sayđı R.G.öde yayınlanmıölür.

²⁰⁶ MarkKHK ile getirilen korumadan yararlanacak olan kimseler MarkKHK md. 3te gösterilmiöl bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntıde bilgi için bkz. Tekinalp/ Tekinalp, **öAsgari Haklar dkesiö**, 155-162, Arkan, **Marka Hukuku**, C.I, s.26 , Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.56 vd.

²⁰⁷ Usulüne göre yürürlüğe konulmiöl milletlerarası anlağma hükümlerinin kanun hükmünde olduğı anayasamıde belirtilmiölür. Ancak milletlerarası anlağmaların tümü doğırudan uygulanma özelliğine sahip bulunmamaktadır, büyük bir kışmı yasakoyucuya hitap eder ve ulusal mevzuatın bu anlağmalara uygun hale getirilmesi zorunluluğı yükler. Bu zorunluluk ta hukuki değıil siyasi bir zorunluluktur. Acaba MarkKHK md. 4 ile getirilen bu hükümle, markalar hukukunu ilgilendiren milletlerarası anlağma hükümlerine doğırudan uygulanma özelliğı mi kazandığmak istenmiölür? Tekinalp/ Tekinalpö göre adıgeçen hükme, fikri mülkiyet hukuku ile ilgili KHKderde yer verilmiöl olması milletlerarası anlağmalardaki elveriğli hükümleri, KHKderin önüne geçirmiöl bulunmaktadır. Yazarlara göre; bu hükmün kabul edilmesi ile birlikte bir taraftan haklar düzeyi milletlerarası anlağmalar düzeyine yükseltilmiöl , diğertaraftan da milletlerarası anlağmaların Türk hukukundan daha elveriğli olan hükümlerinin uygulanmasını talep etme hakkı, yabancılar yanında Türk vatandaşlarına da tanınmıölür. Böylece, Türk mevzuatında yer alan hükümlerin hak sahiplerine tanıđđı hakların milletlerarası anlağmalardan daha elverisiz olduğı hallerde Türk vatandaşlarının mağdur olmaları önlenmek istenmiölür. (Tekinalp/ Tekinalp, **Asgari Haklar dkesi**, s. 163-164)

74

Arkan²¹², bu ilâretlerin iki boyutlu çizimlerinin hazırlanması ile Mark KHK md. 5'te ifadesini bulan öçizimle görüntülenebilmeô kolulunun yerine getirilmiô olacađıñ ifade etmektedir. Bu durumda , Coca- Cola'nın lîlesi ile birlikte tescili mümkün olabilecektir.

Maddenin ifadesi bu yönde olmakla birlikte aynı fâkra hükmünde mal ya da ambalajın biçiminin tescilinin, sahibine mal ya da ambalaj için inhisari bir hak saklamayacağı belirtilmiô tir.²¹³ Bu ifade ile kastedilenin ne olduğunu anlamak kolay değildir. Eğer kastedilen, böyle bir tescilin sahibine mal ve ambalaja ilîkin olarak markadan bağınsız bir hak bahsetmeyeceği ise marka zaten tescile konu malların üretimine veya satıôına ilîkin bir tekel hakkı saklamadığından bu yöndeki bir hükme ihtiyaç bulunmamaktadır. Tescile rağmen marka sahibinin markasını ambalaj ile koruma hakkı olmadığından söz ediliyorsa bu durumda tescilin bir anlam kalmayacaktır. Kanınca, burada kastedilen böyle bir tescilin , sahibine tescile konu malların üretimine ya da satıôına ilîkin bir tekel hakkı tanınmasıdır. Nitekim, ikinci halde tescilin bir anlam kalmayacaktır.

Burada MarkKHK md. 7/I (e) hükmüne değinmekte fayda vardır. Löyle ki; adı geçen hükümle malın özgün yapıôından, illevinden ve teknik zorunluluktan doğan lîkillerin²¹⁴ marka olarak tescil edilemeyeceği açđıça ifade

hükmünde üç boyutlu lîklin, ómalın ambalaj olarak kullanılması niteliğini taşımasıından söz edilmesi doktrinde eleştirilmiô tir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 42, Poroy/ Yasaman, age, s. 270) Gerçekten de, üç boyutlu lîklin mutlaka malın ambalaj olarak kullanılması gereğinden bahsetmek marka olarak tescil edilebilecek ilâretler çerçevesini daraltacaktır. Bu zorunluluk kabul edildiğinde malın ambalaj ile ilgisi olmayan ancak, malın üzerinde kullanılan üç boyutlu lîkiller marka olarak tescil edilemeyecektir. Bu duruma örnek olarak Jaguar marka arabanın üç boyutlu jaguar amblemi (Poroy/ Yasaman, age, s. 270), Mercedes marka otomobillerdeki yıldız ilâreti ve Rolls Royce marka otomobillerin önündeki kadın figürü (Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 42) gösterilebilir.

²¹² Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 44

²¹³ DPT, Özel İhtisasa Komisyonu Raporunda da MarkKHK md. 5'ın 1. ve 2. fâkraları arasındaki uyumsuzluğa ilâret edilmiô bulunmaktadır. (DPT, **Özel İhtisasa Komisyonu Raporu**, s. 199)

²¹⁴ Tekinalp, bunlara örnek olarak futbol topu, kağat atacđı çamalı mandalı, tralı beçaklı yastık, beçak, çakı ve ütüyü göstermektedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 347) Dünya literatüründe gösterilen diğer örnekler ise lunlardır: ó variller, benzin çantaları, akı likitleri taşıyan kaplar, dil macunu, krem tüpleri, süt kutuları, bira ve alkolsüz içki lîleleri, evrak çantaları, çoraplar, zarflar, ayakkabılar, eldivenler, yüzükler, bilezikler, saksılar, fincanlar, elektrik prizleri gibi örneklerin lîkileri malın illevinin zorunlu kâdığı lîkilleridir.ô (Annaud Norman, age, s. 87, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 348'den naklen, Cornish, age, s. 592-594, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 348'den naklen) Dödüklü

edilmiştir. Böyle bir durumda, adē geçen ilaretin ayērt ediciliēe sahip olduğunu kabul etmek de zaten mümkün değildir. Bu hüküm, EndTasKHK md. 10/Iöde²¹⁵ düzenlenen, ürünün teknik fonksiyonunu ifa edebilmek için zorunlu olan ve tasarımcılara seçenek özgürlükü bırakmayan tasarımların korunamayacağı yolundaki kuralla paralel niteliktedir. Her iki kuralın öngörülül nedeni de defacto meydana gelebilecek tekellelmenin önüne geçmektir.²¹⁶ Ancak malın İekli; illevini, teknik gerekliliğini zorunlu ve doēal olan biçimini alan özgünlükte ise²¹⁷ bu durumda ilaret yine marka olarak korunmaya değerdir.²¹⁸ Bu konuda örnek olarak Dimple marka viskinin İllesi ile Coca- Cola İllesi örnek gösterilebilir.

tencereler de konumuza örnek oluturabilir. 6...Gerçekte, ödüdüklü tencereö veya öbasançlı tencereö denilen ev elyasē tüm dünyada hemen tüm evlere girmil yayēan bir mutfak elyasēdē. Çalēma prensipleri basittir. Yiyecekleri basanç altēnda çabuk pilirmeye yarar. Kapak sistemi diēer normal tencerelerden farklı olup , basanca dayanēklē basançın fazla yüksek olmasē halinde ikaz tertibatlıē kolay açēdē, kapanē İekilde olmasēnē saklayacak tarzdadē. Bu esaslar içinde, kapakēn tek veya iki manivile ile açēmasē, ikaz düdükünün kapakēn üzerinde İurada veya burada olmasē artēk yenilik olarak nitelendirilemez. Tencerenin İekli tüm dünyada silindir İeklindedir, zira bu İekil basanca en mukavim ve kullanēlı İekil olarak ortaya çēkmaktadır...ö (mregün, (1971-1982) , XXV. Bilirkiİi raporu, s. 148öden naklen) Yazar, başka bir uyulmazlıkta davacēnēn kullanmakta olduēu tabaklıēın İeklinin harcēalem olduğunu ifade etmil ve bizzatihi tabaklıēların İekil benzerliēinin haksē rekabet oluturmayaēanē ifade etmil tir. (Oēuz mregün, **Bilirkiİi Raporlarē (1992)** , İstanbul, Filiz, 2001, XXIV.Bilirkiİi Raporu, s. 140)

²¹⁵ Türk Hukukundā tasarēmlar ilk kez 554 Sayē End TasKHK ile özel olarak düzenlenmil bulunmaktadē. Bu Kararname sadece tescilli tasarēmlarēnlarē düzenlemekte olup ötesilsiz tasarēmlarē genel hükümlere tabi tutmaktadē. (End. TasKHK md. 1/II) Bir tasarēnēn tescil yoluyla korunabilmesi için gereken unsurlar End TasKHKnēn 5 ila 10. maddelerinde açēlanmē bulunmaktadē. Bu konuda ayrıntāē bilgi için bknz. Müēe Tekil, **6554 Sayē KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarē Kavramē ve Koruma İartlarō** , İFM Y. 1997, C.LV, S.4, s. 233-250, Ayē Saadet Arēkan, **6Tasarēmlarēn 554 Sayē Tasarēn Kararnamesi ve Fikir- Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Korunmasō**, AAD, Y. 1995-1996 ,C.4,S.1-2, s. 71-91 Cahit Suluk, **6Tasarēmlarēn Kümülatif Olarak Korunmasō** , FMR, Y.1, C.1, S.3, s. 42-72, Suluk, **Yedek Parça** s. 17-51 Adē geçen yasal düzenlemenin kabulünden önce ise bu alanda ortaya çēkan hukuki sorunlar TTKnēn haksē rekabet hükümleri ve FSEK çerçevesinde çözümlenmeye çalēmāē tē. Bu konuda bknz. Hamdi Yasaman, **6Sānai Resim ve Modellerō**, Batider, Y.1984, C.12, S.2-3, s.93-98, Ayē Saadet Arēkan, **6Sānai Tasarēmlarō**, Batider, C.17, S. 3, Haziran 1994, s. 67-113

²¹⁶ Suluk, **Yedek Parça** s. 102

²¹⁷ 6...dava konusu Rowenta markalıē ... ütülerin model ve dizaynlarē menē ilke olan Almanyaöda tesisli ve İekilli olarak tescil edildiēine göre bu model ve dizaynların, özgün birer model ve dizayn olduklarēnēn kabulü gerekmesine...ö Y. 11. HD. 27.1.1989 E. 88/10004 K. 89/325 (Dönmez, age, s. 295) Yargēay, 24.3.1998 tarihinde vermil olduēu bir kararda, Aygazēn kullandēē küresel tüplerin İeklinin tescil edilse dahi sahibine inhisar hakkē tanēmayacağıēē nitekim davalēnēn küresel (tombul) tüp kullanmasēnēn standardizasyon ve teknik zorunluluktan kaynaklandēēnē kabul etmil tir. Y 11. HD. 23.3.1998 E. 1997/9672 , K. 1998/2127 (Yargē Dünyasē İubat 1999, S. 38, s. 90-91)

6... davacēnēn bu modüllerden hangisine dayandēē davalēnēn berata konu bululunun yenilik arzedip etmediēi, yenilik arzetmiyorsa hangi modeline benzediēi ve bu benzerliēin *teknik zorunluluktan kaynaklanēp kaynaklanmadēē* hususlarēnda rapor alınmasē ve hasē olan sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir. (Y 11. HD. 9.6.1994, 1994/6346E. 1995/1201 K., Ömer Teoman, **Yalayan Ticaret Hukuku, C:I, Hukuki Mütalaalar, Kitap:7 1995-1996**, İstanbul, Beta, 1997, s. 14-16)

²¹⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 348, Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 85, dpn. 69

Üç boyutlu İleklerin marka olarak tesciline imkan tanınması isabetli olmuştur. Nitekim; uygulamada marka olarak kullanılan işaret yerine ürünlerin ambalaj ve tasarımlarının taklit edildiği bir gerçektir. İşte böyle bir durumda marka sahibi , ürünün ambalaj ve tasarımının marka olarak tescil ettirmekle marka hukukuna özgü korumadan²¹⁹ yararlanabilecektir.

C.Yardımcı Unsurlar

MarkHK md. 7 mutlak red sebeplerini düzenlemiştir ve 7/1 (c) ve 7 /1 (d) bentleri ile getirdiği düzenleme ile bir takım işaretlerin bir markanın esas unsuru olamayacağını ifade etmiştir.

MarkHK md. 7/1 (c) bendinde ticaret alanında cins, çeşit, vasfı, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği , hizmetlerin yapıldığı yer ve zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran²²⁰ veya esas unsur olarak içeren işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği gösterilmiştir ken aynı

²¹⁹ Dava, davacıya ait Del- Rey markalı lastik ayakkabının tescilli marka kapsamındaki taban İekli ve deseninin davalının ürettiği Derby marka ürünlerde taklit edilerek kullanıldığı iddiasına dayalı olarak açılan markaya tecavüz ve haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi istemine ilişkin olup , mahkemece aynı taraflar arasındaki karı İddi davalarla ilgili olarak açılmış bulunan ve kesinleşen Afyon 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1994/408- 1997 /40 sayılı kararına dayanarak davalının tecavüz ve taklidinin söz konusu olmadığa gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Herleyden önce, redde dayanak kılınan kesinleşmiş ilamda sadece markaların iltibas oluşturmadağı karara bağlanmış olup , bu davaya konu edilen mamül İekil ve İekilleri konusunda bir hüküm kurulmuş değildir. Bu nedenle, andan karar uyulmazlık konusu olgular bakımından kesin delil değeri taşınmamaktadır... 556 Sayılı KHK'nin 5. maddesi çerçevesinde, davacının Derby markasının tescil belgesinde takliti esas olan taban İekli ve deseni de tescil edilmiş olmakla bu İekil ve desen de hukuken korunmaya değer bir marka ifareti kazanmış olduğu gözetilerek , davalı eyleminin markaya tecavüz ve TTK 57/5. maddesi anlamında haksız rekabet oluşturduğunun hüküm altına alınması gerekirken , yazılı gerekçelerle davanın reddi isabetli görülmemiş , kararın bozulması icap etmiştir.(Y 11. HD 27.06.2000 2000/4387 E. 2000/6071K. sayılı karar, Batider, Y. 2000, C. XX S.4, s. 250)

Yargıtay 12.11.1999 tarihli başka bir kararda ise Davidoff Classic sigarasının ambalajında kullanılan İeklin özel rengi ile birlikte marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmiştir. Kararda Türkiye'nin taraf olduğu Paris Sözleşmesinin dördüncü mükerrer 6. maddesinin ilk fıkrasının da davacıya bu İekli tescil hakkı tanınacağına da işaret edilmiştir. Y 11 HD. 12.11.1999 E. 68676 K. 9075, YKD, C. 26, S. 5, s. 716-717)

²²⁰ Adı geçen hükümlerde söz konusu işaretleri münhasıran içeren markaların da tescil edilemeyeceğinden bahsedilmesi isabetli olmamıştır, nitekim söz konusu işaretlerin bir markanın esas unsurunu oluşturamayacağı yolundaki kural , esasen bu durumu da içereceğinden hükmün bu İekli ile kaleme alınması haklı olarak eleştirilmiştir. (Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s.78, dph.24)

hükümün (d) bendinde de ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya meslek grubuna mensup olanlara ayart etmeye yarayan ilaret ve adlandırmalara münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların tescil edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Böyle bir düzenlemeye gidilmesinin iki haklı nedeni bulunmaktadır.²²¹ Birincisi; adı geçen ilaretleri esas unsur olarak bünyesinde barındıracak bir ilaretin ayart edicilikten yoksun olacağı , ikincisi ise herkesin kullanımına açık tutulması gereken bu tür genel ilaretlerin marka olarak tescili sureti ile bir kimsenin tekeline bırakılmamasıdır. Nitekim, bu tür ilaretler mal veya hizmet hakkında bilgi verici nitelikte olduklarından söz konusu mal ya da hizmeti üreten ya da piyasaya süren herkesin alıcılara bilgi verebilmek için bu tür ilaretleri kullanma hakkı vardır. Bu ilaretler üzerinde ilgili herkesin kullanma hakkına sahip olması , bu ilaretleri ayart edicilikten de yoksun kalmaktadır.

Gerçekten de ; mal ya da hizmetin karakteristik özelliklerini belirten sözcük veya resmin²²² marka olarak tescil edilmesi halinde hem söz konusu ilaret o mal ya da hizmetin karlılığı olan kavram ile özdeşleşecek²²³ ve bu itibarla ayart edicilikten yoksun olacak, hem de bu ilaret üzerinde sadece adına tescilli olan kimsenin kullanma hakkı söz konusu olacağından rekabet imkanı haksız bir şekilde sınırlandırılmayacaktır.

Böyle olunca; adı geçen ilaretler bir markada ancak yardımcı unsur olarak yer alabilir, bir markanın esas unsurunu oluşturamazlar.

²²¹ Bilgili'nin, age, s. 206, Karayalçın, **Ticaret Hukuku**, s. 414, Arseven, age, s. 84-90, Sağlam, age, s. 55, Tekinay, age, s. 72-78, Sungurbey/ Çaka/ Kaneti, age, s. 158, Karahan, **Marka İlekilleri**, s. 139, Karahan, **Yeni Marka Hukukumuz**, s. 19, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 345, Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s. 77, Memiş, **Federal Mahkeme Kararı** s. 646

²²² Örneğin; domates salçaları için domates resminin, zeytinyağı tenekeleri üzerinde zeytin resminin, bal kavanozları üzerinde arı ve petek resminin (Karahan, **Marka İlekilleri**, s. 139) İftali reçeli üzerine İftali resmi veya ismi, kolonya İftesi üzerine kolonya ismi veya kolonyanın bileşimlerinde kullanılan maddelerin isimleri, Türk usulü lokum üzerine Türk lokumu ismi veya bu sayılanların miktarlarının belirtilmesi (Cengiz, age, s. 19) bu kabildendir.

²²³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 315

Hemen belirtelim; bu madde ile öngörülen düzenleme hukukumuzda MarkKHK ile getirilmiş bir yenilik değildir. MarkK md. 6'da da benzer bir düzenlemeye yer verilmiş ve betimleyici nitelik taşıyan bu gibi işaretlerin bir markanın esas unsurunu oluşturmaya kabul edilmiştir. Dolayısıyla MarkK. yürürlükte bulunduğu dönemde bu konu ile ilgili olarak verilmiş yargı kararları büyük ölçüde güncelliğini korumaktadır ve marka işlemlerinde esas unsur- yardımcı unsur ayrışmasının kriterleri bakımından yol göstericidir. Bu bakımdan adı geçen kararlara yeri geldikçe yollama yapılacaktır.

Ayrıca Mark KHK md. 7/1 (c) ve (d) bentlerinde genel nitelikleri belirtilmek sureti ile sayılmış bulunan ve bir markada ancak yardımcı unsur olarak yer alabilecek işaretleri doktrinde daha önce yapılmış ayrışma²²⁴ bakış kalarak öbetimleyici işaretler^o ve öserbest işaretler^o olmak üzere ikiye ayrılarak inceleyeceğim.

1. Betimleyici İşaretler:

a. Genel Olarak

İsviçre Federal Mahkemesi, bir işaretin betimleyici işaret olarak kabul edilebilmesi için bir takım kriterler getirmiş bulunmaktadır:²²⁵ Buna göre; mal ile işaret arasında öyle yakın bir ilişki olmalıdır ki işaret özel bir dölünsel çaba gerektirmeksizin, doğrudan doğruya malın niteliğini veya niceliğini dölündürebilmeli ve işaretin ilgili herkes tarafından kullanılabilmesi ticari hayatın ihtiyacıcaöolmalıdır ve ticari yaşamın anlayışında bu doğrultuda olmalıdır.²²⁶

²²⁴ Arseven, age, s. 84 vd. , Karayalçın, **Ticaret Hukuku**, s. 414, Kaneti, agm, s. 240 vd. Karahan, **Marka İşlemleri**, s. 138 vd. Cengiz, age, s. 19 vd.

²²⁵ FMK, C.36 II s.488 (Arseven, age, s.87'den naklen); BGE 106, II, 245, BGE 103 I b 16, BGE II 408 (Tekinay, agm, s.73-75'den naklen); Fed. Mah. 3.11.1937 JDT 1938 I 271 (Kaneti, agm, s.241'den naklen) ; BGE 54 II 406 (Sungurbey/Çağa/Kaneti, **Marka Davaları** s.161'den naklen)

²²⁶ Arseven, age, s. 87, Karahan, **Marka İşlemleri**, s.141, Cengiz, age, s. 24

Federal Mahkeme, 12.12.1980 tarihinde vermiŕ olduğu kararında²²⁷ İu ifadelere yer vermiŕ bulunmaktadır: ó İsviçre Markalar Kanunu'nun 14/2. maddesine göre , bir marka herkesin kullanabileceği bir İareti esaslı unsur olarak ihtiva ettiği taktirde tescil edilemez. (Herkesin kullanılabileceği) tarzındaki niteleme , markanın kendileri için kullanılabileceği emtianın özelliklerine veya muhtevasına (terekübüne) ilıllkin kayı ve İaretleri ifade eder. Mal ile sadece uzaktan ilıllkisi olan basit hatırlatmalar veya telmihler , markaya tasviri bir karakter vermez. Eğer marka bir İeyin adını ihtiva ediyorsa, onun , herkes tarafından kullanılabileceğinin kabulü için mal ile öyle bir fikri yakınlığı mevcut olmalıdı ki , markanın malı anlatı (tasviri) karakteri özel bir zihni çaba gerektirmeksizin anlılabilsin!

Federal Mahkeme, bu karar ile bir mala uzaktan yapılmı bir hatırlatma veya telmihten ibaret olmayan, doğrudan doğruya o malın kendisini veya cinsini ifade eden sözcüklerin marka olarak kullanılamayacağına hükmetmiŕtir. ²²⁸ Baıka bir deyişle, mal ile İaret arasındaki bağlantının onun *malın niteliği hakkında derhal bilgi verecek ölçüde sığı* olması gerekmektedir.²²⁹ Eğer İaret ile mal arasındaki bağlantı ancak çağrıın yoluyla kurulabiliyorsa, İaret marka olarak korunur. ²³⁰

²²⁷ BGE 106, II, 245 (Tekinay , agm, s. 73'den naklen)

²²⁸ Federal Mahkeme, 27.04.1977 tarihli baıka bir kararında ó...Aynı prensip , malın menli, kullanılması ve karakteristik özellikleri ile doğrudan fikir beraberliği yaratacak surette mala çok yakı bir bağlantı olan kayı ve İaretler için de caridir. Bunlar cinsi veya türü gösteren kayılar olup, bu mahiyetleriyle yeterli bir özellik ve ayırt edicilik vasfına sahip değillerdir. Kayı ve İaret , özel bir zihni çabaya mahal bırakmadan , mal ile sığı ilıllkisi sebebiyle malın belli bir özelliğini veya kompozisyonunu düündürdüğü taktirde böyle bir hal söz konusu oluró diyerek aynı ilkeyi tekrarlamıŕtır. BGE, 103, I b16, (Tekinay, agm, s.73-74'den naklen) Federal Mahkeme, ó Dünyada Kardiyolojió anlamına gelen ó La Cardiologie dans le Mondeó markasının tescil edilemeyeceğini belirten 5.12.1961 tarihli kararında da söz konusu markanın yayınlanacak derginin içeriğini gösterdiği ve bu sebeple herkes tarafından kullanılabileceği sonucuna ulaımıŕtır. (Tekinay, agm, s. 73'den naklen) Aynı mahkeme, óBiocliniqueó kelimesinin parfümler, güzellik ve bakım müstahzarları, saç boyaları ve losyonları için (BGE 101 I 14, Tekinay, agm, s. 74'den naklen) , óMoreó kelimesinin sigara (BGE 103, II 342, Tekinay, agm, s. 74) , óLessó kelimesinin ilaı (BGE 103, II 216, Tekinay, agm, s.74'den naklen) için tescilinin kabul edilemeyeceğine hükmetmiŕtir.

²²⁹ Karahan, **Marka İekilleri**, s.142

²³⁰ Fed. Mah. 6.7.1937, JDT 1938 I 18, (Kaneti, agm, s. 241'den naklen) , Danıtay, kutupları çağrıııran óFoxó kelimesinin dondurmalarda marka olarak kullanılabileceğini kabul etmiŕtir. Da. 12. D. 19.10.1970, E.1970/1871, K.1970/1907, **Danıtay 12. Daire Kararları** s.535)

ATM de vermiŕ olduğu kararlarda benzer bir ölçüt getirmiŕ bulunmaktadır. Zaft Creation AG v. OHIM davasında²³¹ Mahkeme, hedef kitlenin *dava konusu ifaret ile ilgili mal arasında açđk ve dokrudan bir bađlantē kuracađē* söylemenin mümkün olmadığına ve bu nedenle 40/94 Sayđē Tüzüğün 7/1 (c) maddesinin ihlal edilmif olduğuna hükmetmif tir.

Davaya konu olan olayda bağvurucu, óoyuncak bebekler ve bu tip bebeklerin oyuncak biçimindeki aksesuarlarđ için óNew Born Babyô ifaretinin marka olarak tescilini talep etmif, bu talebi inceleyici tarafđndan reddedilmif, bağvurucunun Ofis nezdinde yaptēđitiraz da sonuç vermeyince konu Divanđn önüne gelmif tir. ĩtiraz Kurulu, óNew Born Babyô nin óyeni doğmuf bir bebekô belirttiği ve ilgili markaya ilk defa karđđalan kifilerin, bağkaca belirgin bir fikre sahip olmaksēđn markaya bakmakla edinecekleri ilk izlenimin , bu oyuncak bebeklerin belirgin bir özelliğe sahip olduklarē yani yeni doğmuf bebeklere benzedikleri olacađēnē tespit etmif tir. Mahkeme, bu tespiti ilifkin olarak, óNew Born Babyô ifaretinin oyuncak bebeklerin modeli olduğu İeyleri tanēnlayēē niteliği haiz bulunduğunun kabulünün, ifaretin bebekler için de tanēnlayēē nitelikte olduğunu kabul etmeye yetmeyeceğini, óNew Born Babyô sözcüğünün oyuncak bebekler için tanēnlayēē olduğu ve aksesuarlarđn da bu oyuncaklar için imal edildiği kabul edilse bile , hedef kitlenin dava konusu ifaret ile anđan aksesuarlar arasında açđk ve dokrudan bir bađlantē kuracađēnē söylemenin mümkün olmadığına karar vermiŕ tir.

ATM, coğrafi menif lei gösteren ifaretler ile ilgili olarak vermiŕ olduğu óWindsurfing Chiemseeô kararında²³² ise hedef kitlenin gelecekte söz konusu ifaret ve ilgili mal ve hizmetler arasında bir bađlantē kurmasđnē makul olup olmadıđđın da belirlenmesi gerektiğine hükmetmif tir.

²³¹ T-140/00, 03.10.2001, Zapf Creation AG v. OHIM (çev. A. Relit Saraçoklu, óOHIMôe Karlē Zapf Creation AG, T- 140/00ô FMR Y: 2 C:2 S.:2002/1, s.153-160)

²³² Birleŕik davalar T- 108/97, T-109/97, 4.05.1999, paragraflar 30, 31 (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

Aynë ilke Telefon & Bach Verlags GmbH v OHIM davasında²³³ da uygulanmış ve Almanca'da evrensel telefon rehberi ve evrensel haberleşme rehberi anlamına gelen universaltelefonbuch ve universalkommunikations- verzeichnis kelimelerinin Nis Anlaşmasını 9, 16, 41 ve 42. maddelerinde yer alan mal ve hizmetler bakımından tanımlayıcı niteliğe sahip olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, öncelikle "Telefonbuch" ve "kommunikationsverzeichnis" kelimelerinin dava konusu mal ve hizmetlerin özgülendikleri amaç göstermeleri sebebi ile ad geçiş mal ve hizmetler için tanımlayıcı olduğunu kabul etmiş, daha sonra da bu kelimelere eklenen "universal" kelimesinin tanımlayıcı niteliğe sahip olup olmadığının tartışılması. Mahkeme, dünya çapında bilgileri içeren telefon veya haberleşme rehberlerinin "bu anda pazarda bulunmamasına rağmen, bu tür ürünlerin yakında gelecekte ya kağıt üzerinde ya da elektronik ortamda mevcut bulunmasını kuvvetle muhtemel olduğuna işaret etmiş ve universalbuch ve universalkommunikations- verzeichnis kelimelerinin bugün bile evrensel içerikli veya evrensel içerikli olduğunu iddia eden rehberleri ifade ettiğini kabul etmiştir.

Öyleyse, ad geçiş kararlardan da anlaşılacağı üzere bir işaretin üzerine konulacak mal ve hizmetler bakımından betimleyici niteliğe sahip olup olmadığının belirlenirken öncelikle hedef kitlenin halihazırda söz konusu işareti, ilgili mal ve hizmetler için betimleyici kabul edip etmediği araştırılmalı hedef kitlenin anlayış bu doğrultuda değilse, bu durumda da bu tür bir ilgilendirilmenin gelecekte kurulmasını makul olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

ATM, Eylül 2001'de vermiş olduğu "Baby- Dry" kararında²³⁴ marka olarak tescilli talep edilen işareti tescilin talep edildiği mallar bakımından

²³³ Birlik davaları T-357/99, T-358/99, 14.06.2001, Telefon & Bach Verlags GmbH v OHIM (çev. Taylan Arslan, FMR, Y.1, C.1, S.4, s. 177-185)

²³⁴ ECJ Case C-383/99, E.C.R. 2001, 000- "Baby-dry" (Marina Eva Bastian, "Avrupa Hukukunda Topluluk Markası", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı s. 469-470 öden naklen) ATM, "Bravo" sloganının dolma kalem gibi yazan araçlar için marka olarak tescil edilemeyeceği ile ilgili olarak verdiği ön kararda önemli olan, markayı oluşturan işareti başvurunun ilgili olduğu malların veya hizmetlerin ifadesi olarak geleneksel hale gelip gelmediğine karar verilmesi olduğunu yoksa malların ya da hizmetlerin özel niteliklerini ifade etmeyen reklam sloganları kalite göstergeleri ve tüketim tercihleri olarak geleneksel hale gelen ifadelerin şeff bu nedenle tescil edilemez kabul edilemeyeceklerini ifade etmiş, "Bravo" kelimesinin yazan araçların ifade etmek için geleneksel hale

betimleyici olup olmadığını belirlemede önemli bir kriter daha getirilmiş bulunmaktadır. Buna göre ; tescili talep edilen kelime kombinasyonu ile mallarē ya da hizmetleri veya onların temel niteliklerini ilgili tüketici sēnēına genel olarak ifade etmek için kullanılan kelime kombinasyonu arasında algılanabilir bir fark varsa , adı geçen kelime kombinasyonu betimleyici değildir. Bu ilkedен hareketle Divan , óBaby-Dryô İeklindeki kelime kombinasyonun İngilizceде çocuk bezleri için kullanılan genel bir ifade olmadığını bu nedenle de adı geçen kelime kombinasyonunun bu mallar için betimleyici kabul edilemeyeceğini²³⁵ ifade etmiştir.

Böylece, bir ilaretin betimleyici kabul edilebilmesi için gerekli olan kriterleri İsviçre Federal Mahkemesi ve ATM kararları doğrultusunda genel olarak belirlemiş bulunuyorum. Aşağda ise, betimleyici ilaretlер kendi içinde gruplara bölünerek ayrıca incelenecektir.

b.Mal ve Hizmetin Niteliğini Gösteren İlaşetler

Bu ilaretlер , mal ve hizmetin cins, çelit, vasē, kalite, miktar, amaç ve değerini ya da diğer karakteristik özelliklerini gösteren ilaretlерdir. Hemen belirtelim; maddede sayılan özellikler örnek için sayılmış olup, numerus clausus değildir, nitekim bu husus hükümden de açıkça anlaşılmaktadır.

Uygulamada bu konuda verilmiş bir çok karar bulunmaktadır:

gelip gelmediğine karar vermenin ise ulusal mahkemenin ilii olduğuna hükmetmiştir. ECJ Case C-517/99, E.C.R. 2001, 000- óBravoô (Bastian, agm, s. 470'den naklen)

²³⁵ Kanēnca, óBaby-dryô kelimesi birlikte okundukunda, tüketicileri , özel bir dūşünsel çaba gerektirmeksizin, doğrudan doğruya çocuk bezlerinin beklenilen amacı hakkında bilgilendirmektedir. Bu nedenle , adı geçen kelime kombinasyonu İngiltere'de çocuk bezleri için kullanılan genel bir ifade olmasa da üzerinde kullanılacak çocuk bezlerinden beklenilen amacı ifade eden bir kelime kombinasyonu olması sebebi ile tescile elverişli bir ilareť olarak kabul edilemez.

Danětay, óFildilí²³⁶, óCinema Center Films²³⁷, óKpragaz²³⁸
óBirebir²³⁹, óIlça²⁴⁰ işaretlerinin, Yargıay óLux²⁴¹, óBetefaz²⁴², óCiklet²⁴³,
óKörük²⁴⁴, Multicanal²⁴⁵, Mükellefin²⁴⁶ işaretlerinin bir markanın esas unsuru
olarak tescil edilemeyeceklerini kabul etmiştir.

²³⁶ ó Fildilí ve bunun İngilizcesi olan óivory²³⁶ kelimelerinin ise marka olarak üzerine konacak²³⁶
el ya olan tarak için vasfı belirtici mahiyette bulunduğuna göre..ó (Da. 12. D. 14.11.1966 E:965/3360,
K:966/3143, Saklam,age, s.57)

²³⁷ ó..... Tescili talep edilen marka ise, üzerine konacak²³⁷ elyanın çelidini, cinsini gösteren işaret ve
kayıtlardan mütel ekil olup, davacı²³⁷ lirketin iddia ettiği gibi óCinema²³⁷ ve óFilms²³⁷ kelimeleri markanın
tamamlayıcı unsurları olmadık²³⁷ndan .ó(Da.12.D.21.12.1972,E.969/2421,K.972/541, Saklam,age,s.62)

²³⁸ Da. 12. D. 28.10.1965, E.1965/11, K.1965/865, Danětay Ba lkanlık²³⁸ **Danětay 12. Daire**
Kararlar²³⁸ 1. Kitap, C.1, Ankara, Danětay Yayınları²³⁸ 1976, s. 531

²³⁹ Da.12. D. 19.2.1973, E.1971/3941, K.1973/439, **Danětay 12. Daire Kararlar²³⁹** s. 533

²⁴⁰ Da.12. D.27.9.1973, E. 1972/2618, K.1973/2283, **Danětay12. Daire Kararlar²⁴⁰** s. 534

²⁴¹ ó... Lux kelimesi , İeyin halini bildiren sözcüklerden ve s fat nevinden olup bu gibi sözcükleri
herkes kullanabileceğine ve bu ilte iltibas bulunmadık²⁴¹ bilirki li raporunda bildirilmi l olmasına göre
Lux almeti farikasına davalanın kullanmaktan men... usul ve kanuna uygundur.óTTD 11.12.1945
K.2487 (Hayri Domanıç , **Türk Ticaret Kanunu İerhi, C.1, İstanbul, Temel, 1988, s. 208)**

²⁴² ó.....Davalanın marka olarak tescil ettirdiği Betefaz kelimesinin , sabunlar için bir terim ve vasfına
belli eden bir işaret olduğu bilirki li raporundan anlaşılmaktadır. Bu durumda taraflara ait mamullerin
vasfına belli eden kelimenin marka olarak tescil edilmesini kanun hükmü yasakladık²⁴² ve davalanın bu
yasağa aykırı hareket ettiği sübut bulduğuna göre davanın kabulü ile.....ó Y TD. 22.12.1972,
E.1972/4967, K.1972/4967 (RKD, Y.1973, C.8, S. 377-378)

²⁴³ Y HGK 24.2.1973, 1765-121 (RKD, Y. 1973, C.13, s.149)

²⁴⁴ Y 11. HD 10.07.1985 E. 4250 K. 4385 (Dönmez, age, s. 234)

²⁴⁵ ó....Dava konusu uyuşmazlık, óMulticanal²⁴⁵ sözcüğünün televizyon ve radyo program ve yayın
hizmetlerinde hizmet markası olarak tescilinin mümkün olup olmadık²⁴⁵ noktasında
toplantıdadır.....mahkemenin de kabul ettiği üzere anılan sözcük, çok kanallı TV veya radyo hattı
anlamına ifade etmektedir. Bu birleşik kavramın, ilk sözcüğü ó Multi²⁴⁵ çoklukun yani KHK'nin 7/1-c
maddesindeki ömiktara ó yönelik bir sözcük, ikincisi óCanal²⁴⁵ ise TV veya radyo hattına beliren bir
sözcüktür. İki markada bulunması gereken ve onun diğer markalardan farklılaşmasını sağlayacak öayıt
edicilik²⁴⁵ unsurunu taşımadık²⁴⁵ gibi , yukarıda da değinildiği üzere sadece cins, çelit ve miktar
belirlemeye yönelik bu sözcüğün marka olarak tesciline 7/1-c maddesi de engel teşkil etmektedir.ó

²⁴⁶ ó... markanın bütünü değerkendirildiğinde óMÜKELLEFin²⁴⁶ ibaresinin, davacı²⁴⁶ unvanının markadaki
başka bir unsurdan ayıt etmek için kullanılan yardımcı unsur değil, davacının çıkaracak²⁴⁶ derginin
cins, çelit ve amacına göstermeye yönelik esas unsur olarak kullanıldık²⁴⁶ anlamaktadır...ó Y 11.
HD. E.2001/1245, K. 2001/2188 (FMR, Y.2,C.2, S.2002/2, s.172-175)

Buna karlıđđk, bir güzellik m stahzar  için   amsak    ²⁴⁷, ya  için  Tere  ²⁴⁸ boya için  Saten  ²⁴⁹ bas   yay lar, gazete ve dergi için  Auto Car  ²⁵⁰, ibaresinin marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmi tir.

Yarg ay HGK 20 Aral k 2000 tarihli bir kararında vas  ve cins bildiren interactive s zc k n n tek ba na marka olarak tescilinin yap lamayaca  n  ancak bu sözcüklerin sonuna   Reklam   , Pazarlama, Tan  n,  letim 

²⁴⁷ Y.11. H.D. 25.11.1983 E. 1982/5869, K.1983/246 (Dönmez, age,s. 78-80) Kararda   amsak    kelimesinin betimleyici nitelik tal nad   bu nedenle esas unsur olarak tescil ettirilebilece i ve korunaca   belirtilmiştir. Tekinay da    amsak    kelimesinin özel bir düşünsel çaba gerektirmeksizin dolaysız olarak güzellik m stahzarlar n  d   nd rmedi ini ve bu nedenle esas unsur olarak tescil edilmesinin ve korunmas n n doğru olduğunu kabul etmiştir. (Tekinay, agm, s. 76)

²⁴⁸ Y.11. H.D. 4.10.1984 E.1984/3747, K. 1984/4395 (Tekinay, agm, s. 77) Tekinay,  Tere  kelimesinin özel bir düşünsel çaba gerektirmeksizin dolaysız olarak tereya  n  ifade ettiğini , herkesin paketlerde tereya   bulunduğunu d   nece ini ve bu nedenle esas unsur olarak tescilinin ve korunmas n n hatalı olduğunu ileri sürmüştür. (Tekinay, agm, s. 76-77)

²⁴⁹ Y. 11. HD. 28.6.2001 E. 2001/ 4176 K. 2001/5874 (FMR, Y.2,C.2, S.2, s. 153-156) Karara konu olan olayda davacı vekili, davalı  irket tarafından muhtelif  ekil ve ibareler ile marka olarak tescil ettirilen  Saten  s zc k n n esasen boyanın vass n  ifade eden bir sözcük olup, tek ba na tescil edilemeyece ini, bundan başka markanın ilk sahibinin, ad  geçen s zc k n kendi markası yanında cins, kalite, miktar açıklaması olarak kullan n na kar     kamayaca  n  müvekkilinin de bu s zc k  ürettiği boyalarla ilgili olarak kullanmak istediğini, bu şekilde kullan n n daval n n tescilli marka haklarına tecavüz tel kil edip etmediğinin belirlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Yerel Mahkeme, taraflar n boya üreten ve bu alanda tan nm   firmalar olduklarını her iki taraf  r nlerinin Türkiyeöde DYO ve  BS olarak tan nd  n   bir taraf  parlak ve yumul k ipek  anlamına gelen  Saten  s zc k n n boya alanında boyanın bir cinsini belirten ve  parlakl      ifade eden bir kelime olsak yerle ti i , bu itibarla bu s zc k n malın cinsini belirlemek üzere tan  n malzemeleri ve ürün ambalajlarında kullanmanın daval n n marka haklarına tecavüz olu turmayaca   , zaten davac n n da tescil istemediği , taraf ürünlerinin  DYO  ve   BS  olarak birbirinden ayrı oldukundan iltibas do mayaca   ,  Saten  denilince davalı markası değil, parlak bir boya türü akla geldiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmi tir. Bunun  zerine Yarg ay  bir taraf  parlak ve yumul k ipek   anlamına gelen  Saten  s zc k n n boya ve benzeri kimyasallar için 1988 y  ndan beri tescilli marka olarak kullan ld   ve bu kelimenin MarkKHK md. 7/I (c) anlamında bir boya cinsi de olmad  n  gerekçe göstererek, ad  geçen kelimenin sadece bunu ad na boya markası olarak tescil ettiren kili tarafından kullan labilece ini ifade edilmi tir. Kan nca, kararda var an sonuç isabetli olmam  t r. Gerçekten de  saten  s zc k  boya alanında boyanın bir cinsini belirten ve  parlakl      ifade eden bir kelime olarak yerle mi  bulunmaktadır. Bu itibarla, yerel mahkemenin yukarıda özetlenen gerekçesine aynen kat  yor, Yarg ay kararında var an sonucun isabetli olmad  n  düşünüyorum.

²⁵⁰    bas   yay lar, gazete, dergi ve bro  rde  marka olarak kullan mak üzere tescili istenen  AUTO CAR  s zc k n n, marka olarak kullan mak istendiği emtianın cins,  elit, vas , kalite, miktar gibi unsurlar n  gösteren , özellik  ilet ve adland rmalar  içeren unsur olmad  n n anl  lmas na....  Y 11. HD. 24.4.2001 E. 2001/ 1400, K. 2001/3499 (FMR, Y.2,C.2, S.2, s.175-177)

ilavesi ile oluşan kelimeler grubunun marka olarak tescilinin mümkün olduğunun kabul edilmesi açıklanan bu ilke ile uyumlu olmamıştır. Nitekim;  Reklamcıđđ, Pazarlama, Tanıđđn, İletim  gibi sözcükler esasen ticaret alanında herkes tarafından kullanılabilecek olan söz konusu hizmetlerin türünü ifade eden kelimelerdir. Bu itibarla, söz konusu kelimeler nitelikleri itibari ile ayışt edici nitelikte kabul edilemeyeceklerinden dava konusu  interaktif  ya da  interaktif  kelimesinin bu kelimelerle oluşturacağı tamlama da ayışt edicilikten yoksun olacaktır.

Bu durumda  interaktif  ya da  interaktif  kelimesinin   Reklamcıđđ, Pazarlama, Tanıđđn, İletim  gibi kendileri de herkesin kullanıma açık tutulması gereken sözcüklerle birlikte oluşturacağı tamlama da KHKönin 7/I (c) maddesi kapsamında değerlendirilmek gerekecektir.

Böyle olunca, kararda varđan sonuç hatalı olmuştur. Karar gerekçesinde hem tek bağına marka olarak tescili mümkün olmayan sözcüğün yanına ayışt edici nitelikte ek ve ibareler getirilmesi durumunda tescilin mümkün olduğu belirtilmiş, hem de hiçbir ayışt edici niteliğe sahip olmayan , kendileri de ticarete herkes tarafından kullanılabilecek nitelikte ilaret ve adlandımalardan olan ve bu sebeple de bir markada ancak yard nc  unsur olarak bulunabilecek  Reklamcıđđ, Pazarlama, Tanıđđn, İletim  gibi kelimelerin dava konusu kelime ile birlikte oluşturacağı tamlamanın marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmiştir. Bu durum gerekçe ile varđan sonucun birbirleri ile çelişkili olmasına yol açmıştır.

Karara karş yazđan karş oy gerekesinde²⁵³ de   (İteraktif) ibaresinin yanına getirilen ibareler (interaktif) ibaresinin cins ve vasıf belirleme özelliğini ortadan kaldırmayacaktır. Markada ayışt edici k ş n cins ve vasıf belirten (interaktif) dir. Yüksek Daire 556 Sayıđđ KHKönin 5. maddesi göz önüne alındığında davanın kabulü gerektiğini belirtmektedir. 5. madde markanın içereceği ilaretleri genel olarak belirten madde olup, 7. maddede bu ilaretlerden hangilerinin mutlak olarak tescil edilemeyeceklerini açıklamıştır. 7. madde ile marka olarak tescili

²⁵³ Y HGK 20 12 2000 E. .2000/11- 1804 K. 2000/1814 (FMR, Y.1, C.1, S. 2001/2, s. 191-192)

yasaklanan bir ibare veya ifaretin genel nitelikteki 5. maddeye dayanarak marka olarak tescili mümkün değildir...ô denmiitir.

Malin yapininda hammadde olarak kullanilan dokal ya da kimyasal maddelerin isimleri ile bunlaren bilelimlerini gosteren isimler de bir markanin esas unsurunu oluturamazlar.²⁵⁴

Danftay oDacrono²⁵⁵ ve oPerlono²⁵⁶ isimlerinin hammadde ve bilelim bildirdiklerini ve bu nedenle de bir markanin esas unsuru olarak tescil ettirilemeyeceklerini kabul etmiil bulunmaktadir.

Burada ilac markalari uzerinde durmak gerekmektedir. Luphesiz ilac sektorunde de hammadde ve bilelim isimleri hic kimsenin tekeline deildir, nitekim bu isimler ilace tanamak icin kullanildiklarindan bunlar uzerinde ilgili herkesin kullanma hakkibulunmaktadir.²⁵⁷

Uygulamada ilac markalari daima hammaddesi ile caktiran yapacak iekilde secilir ve bu konuda cok sayda ornek²⁵⁸ bulunmaktadir. Acaba hammadde veya bilelim ismi ile caktiran yapan ilac isimleri bir markanin esas unsurunu oluturabilir mi?²⁵⁹ lacin hammadde ve bilelim isimlerinin markanin esas unsuru olarak kabul edilemeyeceki aciktir.

²⁵⁴ Sungurbey/Çaka/Kaneti, age, s. 163, Karahan, **Marka İekilleri**, s. 146, Cengiz, age, s. 21, Arkan, **Marka Hukuku, C.I.**, s. 78

²⁵⁵ Da. 12. D. 27.6.1967 E. 1965/31, K. 1967/1170 (Yosmaoklu, age, s.118)

²⁵⁶ Da. 12. D.24.6.1976, E. 1974/2292, K.1976/1532 (Yosmaoklu, age, s. 118)

²⁵⁷ Teoman, **Kitap 1**, Mütalaa 12 , s. 123-124, Özte, **ılac Markaları** s. 15 , Cengiz, age, s. 21

²⁵⁸ Cıprofloxacin maddesini iceren ilaclar icin Ciproo, oCıproxeno, o Proxacin, oSıflokso, oCıflosino, markaları Amoxecilin maddesini iceren ilaclar icin Amoksina, Amosin, Amoxecil markaları Ampicilin maddesini iceren ilaclar icin Ampı Ampicilin, Ampilin, Ampisil, Ampisina, Ampilen markaları Ranitidine maddesini iceren ilaclar icin Ranidif, Ranit, Ranitab, Ranitin, Ranitine, Ranobel ve Raneks markaları ornek olarak gosterilebilir. (Teoman, **Kitap 1**, Mütalaa 12 , s. 123-124)

²⁵⁹ Fransız Hukukunda bu isimlerin bir markanin esas unsurunu oluturamayacakı kabul edilmektedir. Bu konuda marka hukukçusu Saint Gall İöyle demektedir: o ilac markalari da özel bir sorun cıkmaktadır. Nitekim, Kamu Saklıı Kanunun L. 601. maddesi ilaclarin özel bir ad altında satılmalarını İart kılmaktadır. Bu özel nitelendirme marka deildir, fakat marka ile caktirabilir. İlac markası jenerik olmamalıdır. Dolayısıyla ürünün kimyevi ya da bilimsel adı (Örnekin: Aureomicine) marka olarak seçilemez. Halk tarafından bilinen ismi de (Morfin gibi) keza marka olarak kullanılamaz. Kaldı ki Kamu Saklıı Kanununun R. 5125. maddesi seçilen markanın mülterek adlandırılmaya çok yakın olması halinde ilac vizesinin verilmeyeceğini amirdir. İte bu nedenle

Nitekim; Yargıyay 29.04.1969 tarihli bir kararında²⁶⁰ aynen şu ifadelerle yer vermiştir: Ó...ilaçlara ilâkin markalar için çıkan uyulmazlıklarda , ilin fenni ve teknik yönü bakımından, eczacı veya kimyager, doktor ve hukukçudan oluşturulacak uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla inceleme yapılarak, iki tarafa ait ilaçların asli maddesi ve ana unsurunun nelerden ibaret bulunduğu ve bu durumda davalının çıkarmış olduğu ilacına başka bir isim vermesinin olanaklı bulunup bulunmadığının saptanması gerekir....ô

Hammadde ve bileşim isimlerinin kendileri bakımından durum bu merkezde iken hammadde ve bileşim isimleri ile çıkarılan yapan isimlerin markanın esas unsuru olarak kabul edilebilmeleri gerekir. Ancak bu halde söz konusu markalar zayıf marka²⁶¹ niteliğini taşıyacaktı.

Betimleyici nitelik taşıyan yabancıdillerdeki kelimelerin marka olarak tescili mümkün müdür? Bu konu tartışmalıdır. Löyle ki: Bir görüşe göre, hangi dilde olursa olsun betimleyici işaretlerin bir markanın esas unsuru olarak tescil edilebilmeleri mümkün değildir.²⁶² Bir görüşe göre, söz konusu yabancı dilin az tanınması ve bu dilin konuşulduğu ülkelere ihracat yapmaması koşuluyla bu dildeki betimleyici kelimeler bir markanın esas unsuru olarak tescil ettirilebilirler.²⁶³ Bir görüşe göre ise söz konusu yabancı dilin tanınmaması halinde bu dilin

(Phenosalyl...) , (Thêcol...) markaları iptal edilmiştir. Buna karşılık (Metacê d) markası geçerli sayılmıştır....ô (Y. Saint- Gall, Repertoire Dallaz Commercial, Marquesno, no. 156 , Öztekin, **İlaç Markaları** s. 15-16'dan naklen) Krasser de aynı görüşü şu sözcüklerle paylaşmaktadır. Ó Örneğin bir çok kararda ürünün kimyevi terkibinden esinlenen ecza müstahazaratı markası kural olarak korunabilir addedilmemiştir; nitekim marka olarak bahsedilecek korumanın , bir ihtirâs konusunu teşkil edememekle beraber o ürünün tekel altına alınması sonucunu doğurabilmesinden endişe edilmiştir....ô (R. Krasser, La repression de la concurrence deloyele dans les Ttats membres de la CEE, Tome IV- France , Paris, 1972, s. 169, no.224 , Öztekin, **İlaç Markaları** s. 16'dan naklen)

²⁶⁰ Y. TD. 29.4.1969 E. 4503 K. 2174 (Eriş, age, s. 389) óBuscotekô ve óBuscopanô markaları arasındaki iltibasla ilgili davada da Yargıyay ilaç adının saptanmasında , ó Buscoô sözcüğünün kullanılması tıbbi ve farmakolojik zorunluluk olup olmadığının üzerinde durulması gerektiğine işaret etmiştir. (Y. 11. H.D. 27.5.1988 E. 3736 K. 3469, Eriş, age, s. 396) Ayrıca bkz. Y. 11. HD. 6.7.1994, E. 1990/407, K. 1994/836 , Y. 11. HD. 9.2.1995, E.992/947, K. 995/1151 (Teoman,**Kitap:7**, s. 273-280)

²⁶¹Kuvvetli marka n zayıf marka ayrımı ile ilgili olarak bkz. Üçüncü Bölüm/ I

²⁶² Arseven,age, s. 87

²⁶³ Arseven,age, s. 87

konuđulduđu űlkelere ihracat yapđsđn ya da yapđmasđn bu dildeki betimleyici kelimeler bir markanđn esas unsuru olarak tescil ettirilebilirler.²⁶⁴

Burada önemli olan , adđ geĉen yabancı dilin, tescilin talep edildiđi űlkede yaygın olarak bilinip bilinmemesi ve buna bađlı olarak o űlkede yađayan insanların söz konusu sözcüğü algđama biçimleridir.²⁶⁵ Bu dilin konuđulduđu űlkelere ihracat yapđđp yapđmamasđ önemli deđildir. Nitekim, yabancı kelimedenden oluđan markaların ihraĉ edildikleri űlkede korunup korunmayacađına o űlkenin makamđ tarafından ayrıĉa karar verilecektir.

ısviĉre Federal Mahkemesi, óYeni Rakđö sözcüğünün, bu íareti talđyan içkinin, alđĉĉ çevresinin esas itibariyle ısviĉreöde yağayan Türkler olmasđndan hareketle marka olarak tescil edilemeyeceğine karar vermiğtir.²⁶⁶ Kararda, içkinin türünü gösteren óRakđö ibaresinin yanđda kullanđan óYeniô sözcüğünün ise çok genel olduğu ve bu íekliyle íarete ayđrtedicilik kazandıramayacağı ifade edilmiğtir. Yine óever freshô sözcüğünün iç ĉamađıđı için marka olarak tescili yolundaki talep, bu ibarenin elđyanđn özelliklerine yönelik olmasđ ve ısviĉre halkđnđn önemli bir kesimi tarafından bu anlamđyla değerlendirileceği gerekĉesiyle reddolunmuğtur.²⁶⁷

Almanyaöda, malđn özelliklerini gösteren óRigiditeô sözcüğünün, Almanyaöda malđn özelliklerini gösterir doğrultuda anlađđmamasđ karđışında marka olarak alđnabilmesine hükmedilmiğtir.²⁶⁸

²⁶⁴ Arseven,age, s. 87

²⁶⁵ Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s.80

²⁶⁶ 7.4.1994 tarihli karar (GRUR Int, 1996, s. 837-838, Arkan, **Marka Hukuku,C.1**, s.80, dpn. 41öden naklen)

²⁶⁷ BGE 91/1, s. 358-359, (Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 81, dpn. 44öden naklen)

²⁶⁸ BGHZ 124, s. 294 (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 80, dpn. 41öden naklen)

Türk uygulamasında ise Danıştay 6 Bürograf6²⁶⁹, 6Primier6²⁷⁰ kelimelerinin, Yargıday ise Lux,²⁷¹ Pretty²⁷² kelimelerinin yabancı dilde cins ve vasıf bildirdiğini ve bu nedenle marka olarak tescil edilemeyeceğine karar vermiştir.

Yargıday,²⁷³ besinle zenginleştirilmiş tabletler , alaminut yiyecekler, kilo kontrol ürünleri, meyve- sebze suyu, süt veya su ile kombine edilmek suretiyle alınan ve yemek yerine geçen içecek karışınları kilo kontrol ürünleri ve iltah bastırıcı ve metabolizmayı uyarıcı ajanlar içeren yiyecek ve tabletlerde kullanılmak istenen 6 Juice Plus +6 ibaresinin marka olarak tescilini, 6Juice6 kelimesinin *ülkemizde meyve suyu yerine alternatif bir kelime olarak yaygın bir biçimde kullanılmaması* ve bu kelimenin anlamı itibari ile betimleyici bir işaret olarak kabul edilmesi halinde dahi esasen tescili talep edilen işaretin bir bütün olarak değerlendirildiğinde ayırt ediciliğe sahip olması sebebi ile kabul etmiştir.

Görüldüğü üzere, Yargıday da son olarak vermiş olduğu kararda, marka olarak tescili istenilen işarete yer alan yabancı kelimenin, ülkemizde yaygın bir biçimde kullanılmadığı üzerinde durmuş bulunmaktadır. Gerçekten de, önemli olan adı geçen sözcüğün ülkemizde yaşayan insanlar tarafından nasıl algılanacağıdır. Dolayısıyla mal ya da hizmetin özelliklerine ilişkin olduğu yaygın şekilde bilinen yabancı sözcüklerin bir markada esas unsur olarak bulunması mümkün değilken, aksi durumda adı geçen yabancı sözcük bir markanın esas unsurunu oluşturabilecektir.

²⁶⁹ Da. 12. D. E. 971/3353, K. 972/1767 (Saklam, age, s.64)

²⁷⁰ 6....Türkçe karışık (birinci) anlamına gelen (Premier) kelimesini , marka olarak üzerine konacak eıya olan sigara, püro ve pipo tütünü için vasıf belirtici nitelikte bulunması nedeniyle bu kelimenin marka olarak tescil isteminin idarece kabul edilmemesinde yasaya aykırılık görülmediğinden dayanaksız davanın reddine...6(Da 12. D. 10.11.1973 3019-2691 (**Danıştay 12. Daire Kararları** s. 534) Buna karışık Danıştay, saatler için tescili istenen Christal Watch markasının , üzerine konacak eıyayla vasfın neğini gösterdiği , temyiz ve tefrik edici vasfının bulunmadığı gerekçesiyle tescil edilmemesine ilişkin illemin , kristalden saat yapılması mümkün olmadığınan iptaline karar vermiştir. (Da. 12. D. 13.06.1967 E. 3780 K. 2691(**Danıştay 12. Daire Kararları** s. 532)

²⁷¹ bkz. d.pn. 2416'deki karar

²⁷² Hoş ve güzel anlamına gelen bu sözcüğün tescil edilemeyeceği yönünde TD. 10.07.1965, E. 1964/147, K.1965/2309 (Batider, 1966, C.3, S.3, s. 573-574)

²⁷³ Y 11. H.D. 09.11.2000 E. 2000/ 6135, K. 2000/8767 K. (YKD. Ağustos 2001 , s. 1204)

c.Coğrafi Kaynak Gösteren İlaletler

Coğrafi kaynak gösteren ilaletler, mal veya hizmetin üretildiği, sevk edildiği, özgülendiği yeri ve zamanı gösterirler.²⁷⁴ Örneğin; Anzeli balı, Amasya elması, Arnavutköy çileği, Bursa ıııııııı Taıııııııı suyu, Kayseri pastırması, Karadeniz pidesi, Urfa peyniri, Malatya kayısı, Antep fıstığı, ıııııııı çinisi, Van otlu peyniri, Trabzon ekmeği, Kars kaıııııı Oltu taıııııı Maralı dondurması, Çorum leblebisi, Isparta halısı, Bozcaada İarabı, Seylan çayı, Türk lokumu, 18. yüzyıl İarabı gibi ilaletlerin bir markanın esas unsuru olabilmeleri mümkün değildir. Bu ilaletler bir alana, yöreye, bölgeye ya da ülkeye yollamada bulunarak o mala istek ve güven duyulmasına katkılarından²⁷⁵ inhisar altına alınamaz ve bir markanın esas unsurunu²⁷⁶ oluşturamazlar.

Ancak, söz konusu kaynak üzerinde bir kimsenin tekel hakkı var ise bu katkı gösteren ilalet üzerinde de onun tekel hakkı vardır. Nitekim; böyle bir durumda o bölge isminin herkesin kullanımına açık tutulması gerektiren bir durum söz konusu değildir. İsviçre Federal Mahkemesi, konu ile ilgili bir kararda, bütün alım, satım ve her türlü üretiminin Fransız devletinin bağımsız bir kurumunun tekelinde olduğu bir dönemde, bu kurumun sigaraları için "Fransız Sigaraları" markasını tescil ettirebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır.²⁷⁷

Coğrafi kaynak göstermeyen bölge veya şehir adlarının marka olarak seçilip kullanabilmesi ise mümkündür.²⁷⁸ Örneğin, Danıştay "Boğaziçi" kelimesinin bölgesel nitelikte olduğunu ve bir köken de göstermediğini belirterek bir

²⁷⁴ Cengiz, age, s. 20

²⁷⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 21

²⁷⁶ Bu ilaletlerin bir markada yardımcı unsur olarak bulunmaları ise mümkündür. Ancak bu durumda MarkHKK md. 7/ I(f) hükmü gözden uzak tutulmamak gerekir. Böyle ki, böyle bir ilaletin bir markada yardımcı unsur olarak bulunması dahi malın ya da hizmetin coğrafi kaynağı konusunda halkı aldatıcı olmamalıdır.

²⁷⁷ T. Çullu, **İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından, Fabrika Markaları Gayri Kanuni Rekabet- Tatbik Edilecek Kanun** İBD, 1948, C.22, s.786-787'den naklen

²⁷⁸ Karahan, **Marka İekilleri**, s. 144, Karahan, **Yeni Marka Hukukumuz**, s. 18, Cengiz, age, s. 21, Poroy/ Yasaman, age, s. 271, Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 79, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 377, Ayşe Nur Berzek, **6556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Markaların Düzenlenmesi**, Prof. Dr. Oğuz ıııııııııı Armaıan, İstanbul, Beta, 1998, s. 81, 82) Aynı yönde, DPT, **Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, s. 200

markanın esas unsuru olabileceğine hükmetmiştir.²⁷⁹ Yargıy da , Hatay iline bağlı ÓAltınözü ilçesinin adının, zeytinyağı markası olarak kullanılması, bu ilçenin zeytinyağı üretim ve satışında adından yararlanacak kadar tanınmış bir yer olmamasından hareketle izin vermiştir.²⁸⁰ Gerçekten de kaynak göstermeyen bölge veya İehir adlarının marka olarak seçilip kullanılabilesinde herhangi bir sakınca yoktur. Dolayısıyla yukarıda anılan kararlarda varılan sonuç isabetli olmuştur.

Ancak, Yargıy 26.11.1999 tarihinde vermiş olduğu bir kararda²⁸¹ bölge, İehir, ilçe veya maruf yerleşim yerlerinin isimlerini temsil eden sözcüklerin, ancak üzerinde kullanılabilecek ürün veya hizmetin niteliğini ifade eden bir sözcük ile birlikte marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmiş, ÓPendik ilçesinin üzerinde kullanılabilecek nişasta vb. ürünlerin üretim ve satışında tanınan ya da ilerde²⁸² tanınması mümkün olan bir yer olup olmadığı hususu kararda hiç tartışılmamış, bunun yerine ÓPendik ilçesinin İstanbul'un maruf bir ilçesi olduğundan bahsedilmiş ve sırf bu nedenle bu ismin marka olarak tescili sureti ile bir kimsenin tekeline bırakılması MarkHKH'nin genel amacına uygun olmadığı belirtilmiştir.

²⁷⁹ Da.12.D. 29.12.1965 E. 3368 K. 1719 (**Danıştay 12. Daire Kararları** s. 532)

²⁸⁰ Y.11.HD 9.10.1984 E. 4499 K.4560 (Dönmez, age, s.70)

²⁸¹ Kararda aynen İu ifadelere yer verilmiştir: Ó...ülkemizdeki İehir, bölge veya maruf mahal isimlerinin tek bir sözcük olarak bir kili lehine marka olarak tesciline olanak tanımak, bu isimlerin artık balıkalrı tarafından markalarında kullanılamayacak sonuçunu ortaya çıkarmaktadır, örnek verilmek gerekirse İstanbul, Ankara veya İzmir veya dava konusu olayda olduğu gibi İstanbul'un maruf bir ilçesinin adı olan sadece ÓPendik sözcüğünün bir kili adına marka olarak tescil edilmesi halinde , bu sözcük artık bir kilinin tekelinde kalacak ve bu İekilde bir kamu adı balıkalrı tarafından kullanılamayacaktır. Zira, yerleşim uygulamaya göre, bu isim markanın kök sözcüğü olacak ve iltibas iddiası ile diğer marka balıvurularının önlenmesine neden temsil edecektir. 556 Sayılı KHK'nin genel amacı dikkate alındığında , böyle bir imtiyazın kimseye tanınmaması gerekir. Bu İekildeki bölge, İehir, ilçe veya maruf yerleşim yerlerinin isimlerini temsil eden sözcükler hangi ürünün markası olarak kullanılabilecek ise onunla birlikte tesciline imkan verilmesinin anılan yasal düzenlemenin amacına daha uygun olduğu görülünün benimsenmesi ve bu İekilde böyle bir markayı kullanmak isteyenlerin menfaat dengelerinin korunması bakımından da uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Bu ilkeye göre, örneğin Ó İstanbul ve ÓAnkara adları coğrafi işaretlerle karılmaya meydan vermeyecek İekilde, Ó İstanbul İarabı, ÓRestaurant İstanbul , ÓAnkara Pazarları gibi kullanılabilecek mamul veya hizmetin nevi ile birlikte ancak işaret olarak kullanılabilecek ve bunun sonucu marka olarak tescili mümkün olabilecektir. Ve yine bu ilkeye bağlı uygulamanın sonucu olarak, bu İekildeki marka kullanılması ile 556 Sayılı KHK ile belirlenen coğrafi işaretlerle karıldığı önlenilmesi de mümkün olabilecektir...öY 11.HD. 26.11.1999 1999/5790E., 1999/9590K. (FMR, Y.1, C.1, S.1, s.126 vd.)

Bu görüü kabul etmek mümkün değildir. Nitekim; coğrafi kaynak göstermeyen bölge veya İehir adlarıñın marka olarak seçilebilmesi mümkündür ve bu husus doktrinde de ²⁸³ kabul edilmektedir.

Bundan baıka, adē geçen sözcüğün üzerinde kullanıacaē mal ya da hizmetin türü ile birlikte kullanımasē ve bu İekli ile tescil edilmiı olmasē halinde de bu, marka olarak tescil edilen İlaretin esas unsurunun öPendikō kelimesi olmasē sonucunu deēiltirmeyecek ve bu İlaretı adēna tescil ettiren kimse, iltibas iddiasē ile diēer marka baı vurularēñe sahip olduēu inhisar hakkēna dayanarak önleyebilecektir. Yargāay ise bu İekilde yapıacak bir tescilin böyle bir markayē kullanmak isteyenlerin menfaat dengelerinin korunmasē bakımēndan daha uygun olduēunu ileri sürmüştür. Ancak yukarıda da belirttiēim gibi, bu İekilde gerçekleştirilmiı bir tescil dahi İüphesiz sahibine inhisar hakkē saēlayacaktır. Nitekim; İlaretin üzerinde kullanıacaē mal ya da hizmetin türünü ifade eden sözcükler ilgili herkes tarafından kullanılabileceēinden bölge veya İehir adları ile bu türden isimlerin oluıturduēu tamlamadan ibaret bir markada esas unsur o bölge ya da İehir adē olacak ve bu bölge ya da İehir adē artēk bir baı kasē tarafından marka olarak kullanıamayacaktır.

Yargāay kararēnda böyle bir uygulamaya gidilmesinin coğrafi İlaretlerle karēıklıē önleyeceēi de ileri sürülmüştür. Bu gerekēe de tarafēnca anlaılabilmiı değildir. Nitekim; coğrafi kaynak göstermeyen bölge ya da İehir isimlerinin coğrafi İlaretlerle nası karēıılabileceēini ve eēer böyle bir karēıtēma ihtimali varsa bölge ya da İehir isimlerinin yanēna getirilecek mal ya da hizmetin türünü gösterir sözcüğün bu karēıtēımayē nası önleyeceēini çözebilmiı deēilim.

Aēēladāēın sebeplerle, Yargāay kararēnda varıdan sonuca katēmam mümkün değildir.

²⁸³ bkz. dpn. 278’de adēgeēen yazarlar

Coğrafi kaynak gösteren adlar 24.06.1995 tarih ve 555 Sayılı KHK²⁸⁴ ile düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. KHK'nin 1. maddesinde coğrafi işaretin kapsamına nelerin gireceği belirtilmiş bulunmaktadır. Buna göre, doğal ürünler, tarım, maden ve el sanatları ürünleri ile sanayi ürünleri²⁸⁵ bu kapsamda değerlendirilebileceklerdir.²⁸⁶ Ancak bu ürünlerin coğrafi işaretler kapsamında korunabilmeleri için bu KHK'de yer alan tanımlar ve koullar da talımlar gerekmektedir. (KHK / 555 m.d.1)

KHK'nin 3. maddesinde ise coğrafi işaret, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibarıyla kökenin bulunduğu bir yöre alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü²⁸⁷ gösteren işaretler olarak tanımlanmıştır. Bu madde uyarınca; coğrafi işaretler menle adı ve mahreç işareti olmak üzere ikiye²⁸⁸ ayrılmıştır:

Menle adının kullanılabilmesi için ürünün belli bir yöre, bölge, alandan²⁸⁹ kaynaklanmasa tüm veya esas nitelik ve özellikleri itibarı ile bu yöre, alan

²⁸⁴ 24.6.1996 tarih ve 4128 sayılı KHK (RG. 27.06. 1995 S. 22326)

²⁸⁵ Coğrafi işaretlerin doğa ve beşeri unsurların bir araya gelmesi sonucu ortaya çıkan ürünleri korumaya amaçladıkları göz önünde bulundurulduğunda maddedeki sanayi ürünleri ibaresi ile neyin kastedildiği anlaşılamamaktadır. KHK'de yer alan bu ifade doktrinde de haklı olarak eleştirilmiş bulunmaktadır. Bknz. Zekeriya Arı **Coğrafi İşaret Kavramı ve Coğrafi İşaretlerin Tescili**, Prof. Dr. Ömer Teomanca 55. Yıl Günü Armağanı yayına hazırlayan Doç Dr. Abuzer Kendigelen, C.1, İstanbul, Beta, 2002, s. 47 dph. 8

²⁸⁶ Konsey Tüzüğüne coğrafi işaretlerin konusu KHK/555'e göre daha dar tutulmuş ve bunlar sayma yoluyla belirtilmiştir. Bu konuda bknz. Deniz Ilgaz, **Coğrafi İşaretlerin Korunması Dünyada ve Türkiye'de Durum**, AAD, C. 4-6, Y. 1995-1996, S.1-2, s. 129-134

²⁸⁷ KHK/ 555'in bir çok maddesinde ürünün tabiri kullanılmadığından bu işaretlerin sadece mallar için söz konusu olabileceği kanşını uyandırmaktadır. Nitekim; amaç ve kapsamı bağıyla 1. maddesinde *ö.....doğal ürünler, tarım, maden ve el sanatları ürünleri ile sanayi ürünlerinden* bu Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan tanımlara ve koullara uygun her türlü ürünün...ö ifadesine yer verilmiştir, yine öbaıvuru hakkı bağıyla 7. maddesinde ö söz konusu ürünün üreticisi olan gerçek ve tüzel kişiler ö den bahsedilmiş, öbaıvuru larları bağıyla 8.maddesinin 1. fıkrasının (b), (c), (e),(f) bentlerinde de ürünün tabirine yer verilmiştir. KHK'nin ifadesi bu yönde olmasına rağmen coğrafi işaretlerin hizmetler için de kullanılması mümkün olmak gerekir. Nitekim, Tekinalp, coğrafi işaretlerin hizmetler için kullanılabilmesini belirtmekte ve örnek olarak da dca ve kaplıcaları göstermektedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 22)

²⁸⁸ Konsey Tüzüğü coğrafi işaretleri menle ve mahreç işareti olarak ikiye ayırmak yerine, coğrafi işareti, mahreç işareti yerine kullanmış ve coğrafi işaret ve menle işareti ayrışını yapmıştır. (Ilgaz, agm, s.131) TRIPS md. 22'de ise coğrafi işaret , öbir malın kalitesinin, namının veya diğer özelliklerinin esas olarak coğrafi menline atfedildiği durumlarda , bir malın menline herhangi bir Üyenin ülkesi veya bu ülkede bir bölge veya yer olduğunu gösteren işaretler ö olarak tanımlanmıştır.

²⁸⁹ Arı bu alanın mutlaka şenlerle belirlenmiş bir yer olmasa gerektiğini, şenlerle belirlenmemiş bir yer için menle adı kullanılmayacağını ifade etmektedir. (Arı agm, s.49)

veya bölgeye özgü doğa²⁹⁰ ve beferi unsurlara²⁹¹ dayanmasē ve üretimi, ilenmesi ve diğer illemlerinin tümüyle bu yöre, alan ve bölge sēñlarē içersinde yapıması gerekir. Baēka bir deyiēle; ürün, özelliğini ancak o yöre, alan ve bölge sēñlarē içinde üretildiēi taktirde kazanmaktadır.²⁹²

Mahreç ilaretinden bahsedebilmek için ise ürünün üretimi, ilenmesi ve diğer illemlerinden en az birinin belirlenmiē²⁹³ yöre, alan veya bölge sēñlarē içinde yapıması yeterlidir. Burada mal tümüyle veya esaslē unsurlarē ile bir coğrafyadan kaynaklanmaz, fakat malē sadece belirgin bir niteliēi, ileniē lēkli, üretim yöntemi, motifi gibi bir unsuru sebebi ile bir coğrafyaya yollama yapılmaktadır.²⁹⁴ Dolayēēyla mahreç ilaretini talēyacak ürünlerin, menlē ilaretinden farklı olarak , ait olduklarē yöre veya bölge dēñda üretilmeleri de mümkün bulunmaktadır. Ancak bu üretim yapıēırken , ilgili yöre veya bölgeden kaynaklanan hammadde ve üretim yöntemlerinin aynen²⁹⁵ kullanēması gerekmektedir.

Coğrafi ilaretler üzerindeki hak mutlak bir hak olmadēē gibi kullanan kil i yönünden inhisari nitelikte de deēildir. 555 Sayēē KHK md. 17/ 2 uyarēnca bu ilaretler , sicilde belirtilen coğrafi bölgede faaliyet gösteren üreticilerin tümü tarafından, ürünün sicilde gösterilen kalite, ün ve diğer özellikleri talēması lartē ile kullanılabilir. Nitekim, bu ilaretler alansal, yöresel, bölgesel, ülkesel genelliēe, bir anlamda anonimliēe sahip olduklarēndan belli bir kilinin inhisarēna bēakēamazlar.²⁹⁶

²⁹⁰ óDoğa unsurlarē toprak, toprak altē topraēēn kimyevi yapēē iklim yapēē, yaēē miktarēēn mevsim itibari ile daēēēmē, suyun yapēēvb. unsurlardē.ó (Arēagm, s. 49)

²⁹¹ Beferi unsurla kastedilen ise adē geēen coğrafyada üretim yapan üreticilerin bu üretimi yaparken kullandēlarē örf ve adettir. Böyle bir örf ve adetin varlēēndan bahsedebilmek için üretimin uzun bir süredir belli bir lēkilde yapıēyor olmasē ve bu yerdeki üreticilerin bu örf uymak için kendilerini mecbur hissetmeleri ve kililerin lāhsi tercihlerine göre bir deēililik olmamasē gerekmektedir.

²⁹² Erdoğan Karaahmet, **óMarkalar Kanunu Tasarēē**, Sēnai Mülkiyetin Korunması ve Türkiyeēdeki Geliēmeler Hakkēnda Dünya Fikri Mülkiyet Telēilatē (WIPO) Sempozyumu,19-20.06.1995, TPE Yayēē s. 29 , Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s.50 , Tekinalp , **Fikri Mülkiyet**, s. 22, Arē agm,s. 50

²⁹³ 01.09.1996 tarih ve 22744 sayēē Resmi Gazetede pek çok el halēēēñ mahreç ilareti yayınlanmēē, ancak bu ilaretlerin hiçbirinde mahreç ilaretine konu olan halēēñ üretim alanē belirtilmemiētir. Halbuki Resmi Gazetede yayınlanan menlē adlarēñ üretim alanlarē aēēēa belirtilmiētir. Kararnamenin 1. maddesinde ó coğrafi sēñlarē belirlenmiē yöreō ibaresi bulunduēundan yapıēan ilanlarda üretim alanlarēñ belirtilmemesi Arē tarafından eksiklik olarak deēerlendirilmiētir. (Arēagm, s. 51, dpn. 25)

²⁹⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 25

²⁹⁵ Karaahmet, agm, s. 29, Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s. 50, Arēagm, s. 51

²⁹⁶ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 22

Görüldüğü üzere; coğrafi işaret o yöre veya bölgedeki üreticiler tarafından kullanılan ve o bölgede üretilen mal ya da hizmeti , *coğrafi kaynağa* itibari ile diğer mal ve hizmetlerden ayırt etmeye yarayan bir işarettir.²⁹⁷ Bu niteliği ile ferdi markalardan ayrılmaktadır.²⁹⁸ Nitekim; ferdi markalar belli bir işletmenin ürettiği mal ya da hizmetleri diğerlerinden ayırt etmeye yönelik işaretlerdir. Bundan başka, coğrafi işaretler kolektif işaretlerden iken ferdi markalar bireyseldir.²⁹⁹ Coğrafi işaretler , sahibine bir inhisar hakkı sağlamaz iken ferdi marka sahibin hakkı inhisaridir. Bu nitelikleri gereği coğrafi işaretler hukuki işlemlere konu olamazken , markalar her türlü hukuki işleme konu olabilirler.³⁰⁰

Coğrafi işaretler, bu yönleri ile ferdi markalardan ayrışsalar da onların garanti markası ile bir takım ortak özellikleri bulunmaktadır. Acaba coğrafi işaretler garanti markası olabilir mi?

556 Sayılı KHK'nin 54. maddesinde garanti markası³⁰¹, marka sahibinin kontrolü altında bir çok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini,

²⁹⁷ Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s.50

²⁹⁸ Arkan, **Marka Hukuku** , C.1, s. 50, Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncelleştirilmiş 6. Baskı Konya , Mimoza, 2001 , s. 134, Arçagm, s. 55

²⁹⁹ Sungur/ Boran, age,s. 509, Omağ, agm. s. 9, Arkan, **Marka Hukuku** , C.1, s. 50, Karahan, **Yeni Marka Hukukumuz**, s. 10, Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncelleştirilmiş 6. Baskı Konya , Mimoza, 2001 , s. 134, Arç agm, s. 55,

³⁰⁰ Öçal, s. 14, Karahan, **Ticari İşletme**, s. 134,144, Arç agm, s. 55,56

³⁰¹ Garanti markalarına örnek olarak Uluslar arası Yün Birliğine ait Woolmark® işareti gösterilebilir, bu işareti taşıyan bir ürünü satın alan kimse ürünün saf yünü yünden üretilmiş olduğuna dair bir garantiye sahip olmaktadır.İsviçre'de üretimin en iyi şartları altında İsviçre'de yapıldığını garanti eden LABEL işareti bu anlamda birer garanti markasıdır. Yine Zürih Üniversitesi Dilçilik Enstitüsüne ait ve dil çürümeye yol açmayan ceketler üzerinde kullanılan dil üzerinde İmseyeden oluşan işaret de bir garanti markasıdır. Hizmet markası olarak ise The Leading Hotels of The World® yine bir garanti markasıdır. Ülkemizde, üretilen mal ya da sunulan hizmetlerin Türk Standartlar Enstitüsüne kabul edilen standartlara uygun olduğunu gösteren Enstitüye ait OTSE® markası da MarkHKH md. 54 anlamında bir garanti markasıdır. Bu konuda bkz. Hayri Kazgan, **ÖSınai ve Ticari Markaların Pazarlamadaki Rolü**, İTOM, 1963, S.11-12, s.55, Poroy/Yasaman, age, s. 240, Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s. 49, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 343, Karı., Öçal, **Markaların Himayesi**, s. 14, Ali Bozer/ Celal Göle; **Bankacılar için Ticaret Hukuku Bilgisi**, 14. Baskı Ankara, BTHAE,1994, s. 89) 132 Sayılı Türk Standartlar Enstitüsünün Kuruluş Kanununda Enstitünün markasının OTSE® olduğundan söz edilmiş (md. 1/II) , ancak bu markanın türü konusunda herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Yargıtay 11. H.D. ösi vermiş olduğu kararlarda TSE işaretinin marka olduğu kabul edilmiş ve bu işaretin haksız yere kullanılmasıyla markaya tecavüz olduğu kararlaştırılmış, ancak markanın türü konusunda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. (11. HD, 27.12.1982, E.5594, K.5674, 11. HD. 3.6.1983, E. 2578, K2907(Dönmez, age, s. 152,161) ,

Üretim usullerini, coğrafi menelerini garanti etmeye yarayan aret olarak tannlanmı bulunmaktadır. Bu tann yerinde olmamıt.³⁰² yle ki: madde metninden garanti markasnn , *letmenin* ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menelerini ve kalitesini garanti ettiği gibi bir anlam maktadı, oysa garanti edilen , *mal veya hizmetin* menşei , üretim usulü ve kalitesidir. Bundan başka; garanti markasn kullanan letmeler marka sahibinin kontrolü altında deđildir³⁰³ , burada kastedilen garanti markasn kullanmanın bir denetime tabi olduğudur.

Grldğ üzere, garanti markalar da, tpk coğrafi aretler gibi , üretilen mal ya da hizmetin belli bir letmeden kaynaklandğn göstermez,³⁰⁴ üretilen mal ya da hizmetin belli özellik ve niteliklere sahip olduğunu bildirir. Garanti markasn kullanma hakk , teknik yönetmelikte gösterilen özellik ve niteliklere uygun mal ve hizmet üreten herkese³⁰⁵ tannmıt, başka bir deyişle bu aret de coğrafi aretler gibi kolektif bir nitelik tamakta, aynı anda birden coğ kimse tarafından ayr ayrı kullanılabilmektedir.³⁰⁶ Bundan başka, her iki aretin kullannda bir denetim altında tutulmaktadır.

Her iki aretin birbirlerine olan yaknlğ sebebi ile 89/104 Say Yönerge ile ye devletlerin coğrafi aretlerin ortak marka ya da garanti markası olmasını kabul edebilecekleri belirtilmiş, yine topluluk markası ile ilgili 40/94 Say Tüzüğün 64.2. maddesinde de , coğrafi kaynak gösteren aretlerin kolektif marka olarak kullanılabileceği ifade edilmitir.

7.02.1983, E. 4, K.499, YKD, 1984, C.10, S.1, s. 72 vd.; 8.3.1990, E. 1989/443, K.1935, Batider, 1989 C.15, S.2, s.111-112, Ayn yönde, Oğuz mregn, **Bilirkişi Raporları (1993)**, stanbul, Filiz 2001, LVII. Bilirkişi Raporu, s. 277)

³⁰² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 318

³⁰³ Nitekim, maddenin ikinci fkrasgaranti markasnn marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı olan letmenin mal veya hizmetlerinde kullanmasn yasaklamaktadır.

³⁰⁴ Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s.50, Karahan, **Yeni Marka Hukukumuz**, s. 11, Aragm, s. 56

³⁰⁵ Garanti markasn kullanma hakk teknik yönetmelikte gösterilen özellik ve niteliklere uygun mal ve hizmet üreten herkese tanndğndan bu marka lisans sözleşmesinin konusunu olturmaz. (Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s.48) Tekinalp, ise garanti markasnn her türlü hukuki üçleme konu olabileceği grlndedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.319)

³⁰⁶ Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s.50, 51, Aragm, s. 56

Burada KHK/555ö in 18. maddesine değinmekte yarar vardır. KHKönin öticari markalarla³⁰⁷ ilí kiö balí lkle maddesinin birinci fêkrasênda öbu KHK hükümlerine tescil için balí vurusu yapđmđ bir cođrafi í laret, 15. madde hükümlerine giren biçimde veya aynê ürünle kullanđmak üzere marka olarak tescil edilemez.ö denmił, aynê maddenin 4. fêkrasênda ise bu fêkra hükmüne aykêř olarak tescili yapđmđ markaların hükümsüz olduđu belirtilmiłtir. Böyle olunca, cođrafi í laretlerin garanti markasêolabileceđi kabul edilebilir mi?

Arkan, madde metninde geöen ómarkaö teriminin maddenin balí lçê ile bađlantê kurularak, ticaret markasê í ekinde anlağı masê gerektiğini ileri sürmektedir³⁰⁸. Ticaret markasêise ortak ve garanti markalarınê değil, ferdi markaların ifade etmektedir. Dolayêř ile adê geöen madde hükmü coğrafi í laretlerin garanti markasêolarak kabulüne engel telí kil etmeyecektir. MarkKHK öde coğrafi í laretlerin garanti markasêolamayacađına dair bir hüküm bulunmamaktadır. MarkKHK md. 7/1 (c)öde yer alan hüküm ferdi markalar bakánından öngörölmöl bir hüküm niteliğindedir, nitekim daha önce de belirtildiği gibi bu madde ile bir takán í laretlerin bir markada esas unsur olarak yer alamayacađê belirtilirken göz önüne alénan kêstaslardan biri de markanın bir í lletmenin mal ve hizmetlerini diğer í lletmenin mal ve hizmetlerinden ayêrt etme fonksiyonudur. Garanti markasınê ise böyle bir fonksiyonu bulunmamaktadır.

Kaldê ki; MarkKHKönin sistemi ferdi markalar üzerine kurulmul³⁰⁹, garanti ve ortak markalar bakánından ise özel hükümler sevk edilmiłtir. Garanti markasına ilí lkin hükümler incelendiğinde; coğrafi í laretlerin garanti markasêolamayacađına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine, garanti markasınêtanénênê içeren 54. maddede açêkça ó..... coğrafi mení lelerini..ö ifadesine yer

³⁰⁷ Arkan, 556 Sayđê KHKönin 18. maddesinin balí lçênda yer alan öticari marka ó ibaresinin öticaret markasêö olarak değerlendirilebileceğini, nitekim ticari olan ve ticari olmayan marka biçiminde bir ayrén yapđlamayacađênê ifade etmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s. 52 dpn. 73)

³⁰⁸ Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s. 52

³⁰⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.318

verilmiştir. Böyle olunca, coğrafi iletten olulan bir garanti markasının mümkün olabileceği kabul edilmek gerekir.³¹⁰

Sonuç olarak, MarkKHK md. 7/1 (c) ile coğrafi kaynak gösteren iletlerin bir markada esas unsur olarak yer alamayacağına dair getirilmiş kural ferdi markalar bakımından ve bu hüküm gereğince coğrafi kaynak gösteren ilet ferdi marka olarak kullanılamaz ise de , söz konusu iletin garanti markası olarak alınması mümkündür.

d. Bir Meslek/ Hizmet Grubuna Aidiyeti Gösteren İletler

Belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup bulunan kimseleri ayırt etmeye yarayan ilet ve adlandırmalar da bir markada esas unsur olarak bulunamazlar. Nitekim, bu iletler de nitelikleri gereği herkesin kullanımına açık tutulması gereken iletlerdir.

Bu konuda Danıştay³¹¹ öBakkalö kelimesinin bir markanın esas unsurunu oluşturamayacağına kabul edilmiş bulunmaktadır.

Tekinalp³¹², bu hükmün varlığı nedeni ile pengel, gönye, cetvelin mühendislik; arının balı ve dilili çarkın sanayi alanında bir markanın kendisini veya esas unsurunu oluşturamayacağı ifade etmektedir.

³¹⁰ Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s.53, Taylan, age, s. 38, dpn. 85, Poroy/ Yasaman, age, s. 258

³¹¹ Ö... Marka olarak tescili istenen örneği dosyada mevcut kompozisyonun esas unsuru Bak ve Kal ibarelerinin meydana getirdiği Bakkal kelimesidir. Ortadaki üst gözünde S ve alt gözünde F harfleri bulunan büyük B harfi ise ilk bakışta Bakkal kelimesi olarak görünen kompozisyonun bu mahiyetini deki tirecek nitelikte deki. ... Bakkal kelimesinin uzun süredir davacının imal ettiği sabunlar üzerinde kullanılması ve davacının bakkal esnafından bulunmamasının davacıya bir hak bahsetmesi ise ancak yasanın bunu gerektiren açık bir hükmünün bulunması ile mümkündür. Oysa yasanın 6. maddesinde böyle bir ayrışa da gidilmemiştir. Bu nedenlehukuki dayanağı bulunmayan davanın reddine...ö Da. 12. D. 23.10.1973 E.1972/2864, K. 1973/2532 (Yosmaoğlu, age, s. 118, Dönmez, age, s. 72)

³¹² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 347

2. Serbest İlaçlar :

Önceden ayırt etme gücüne sahip bulunan bir ilaletin sonradan bu niteliğini kaybederek betimleyici ilalet haline dönüşmesi ve özellikle cins ismi olarak algılanmaya başlanması mümkündür.³¹³ Bu durum marka sahibinin ilini terk etmesi üzerine çeşitli kimselerin bu markayı kullanmalarına veya marka sahibinin haklarına korumadaki ihmali sebebiyle markasının başkalarına tarafından kullanılmasına karşı tepki göstermemesi³¹⁴, markasının çok sayıda lisans sözleşmesine konu yapmasına ya da yürütülen yoğun reklam kampanyasına nedeni ile markanın elya ile özdeşleşmesi biçiminde ortaya çıkabilir.³¹⁵

³¹³ Arseven, age, s. 90, Karahan, **Marka İlelleri**, s.147, Cengiz, age, s. 25, Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s.81, Oytaç, **Markalar Hukuku**, s. 15

³¹⁴ Amerikan Temyiz Mahkemesi, Murphy Door Bed Co. Inc. v. Interör Sleep Systems davasında öMurphy Bedö sözcüğünün cins ismi haline gelip gelmediğini tartışmış bulunmaktadır. Karara konu olan olayda Amerikan Patent Ofisi, William Murphy'ye kendisi tarafından üretilen ve kullanıldığında katlanıp duvara gizlenebilen yatak tipi için 1925 yılında patent hakkı vermiştir. Başvurucu, 1925 yılında firmasına Murhy Door Bed Co olarak tescil ettirir ve patenti kendisine ait olan bu yatak tipini öMurphy Bedö adıyla satışa arz eder. Murphy Door Bed Co, 1982 yılında, 1925 yılından bu yana öMurphy Bedö adıyla üretilip pazarladığı bu ürün için öMurphy Bedö kelimelerinden oluşan ilaleti marka olarak tescil ettirmek üzere Amerikan Patent ve Markalar Dairesine başvurur. Ancak başvurusu öMurphy Bedö kelimesinin kullanıldığında katlanıp duvara gizlenebilen yatak türünü gösteren cins ismi olarak kullanıldığı gerekçe gösterilerek reddedilir. Red kararı dairesinin Markalar Muhakeme ve Temyiz Kurulunca da onaylanır. 1986 yılında Interör Sleep Systems ve Frank Zarcone, öMurphy Bedsö olarak tanımladıkları yatakları piyasaya sürerler. Murphy Door Co., öMurphy Bedö kelimesinin ilk defa kendisi tarafından kullanıldığını ileri sürerek bu kimselere karşı markaya tecavüz ve müdahalenin menâ ile tazminat davası açar. Durulmaya bakan yerel mahkeme, davayı kabul eder, karar davalılar temyiz ederler. Davalılar, öMurphy Bedö sözcüğünün zamanla, duvara gizlenen yatak anlamına kazandığı ve bu anlamın toplum tarafından da benimsendiğini ileri sürerler. Temyiz Mahkemesi, davacıların öMurphy Bedö kelimesinin adına tescili için yaptığı başvurunun Patent ve Markalar Dairesince reddedilmiş olduğunu, bu itibarla Patent ve Markalar Dairesinin de adı geçen kelimeyi üzerinde kullanıldığı mal tanımlayan bir cins ismi olarak değerlendirdiğini, birçok sözlükte bu sözcüğün duvar yatağına karşı olarak gösterildiğini, hatta davalı tarafça dosyaya delil olarak sunulan gazete ve dergilerde de bu kelimenin bu tip yatağı gösterdiğini belirterek öMurphy Bedö sözcüğünün toplumun önemli bir kesimi tarafından toparlanıp duvara konan yatak anlamına gelen bir cins ismine dönüşmüş olduğuna ve bu itibarla açılan davanın yersiz olduğuna hükmetmiştir. (A Mark Rozskowsky, **Business Law 1992**, s. 731, Camcı age, s. 9-10'dan naklen)

İlgili olarak ise öOvalö markası altında ve oval şekilde çivit üreten ve pazarlayan marka sahibi tacirin aynı ürünü aynı marka altında ve aynı şekilde üretilip pazarlayan üç rakip firma aleyhine açtığı davada, dava konusu markanın yaygın ad haline gelmediğine karar verilmiş ise de marka sahibinin bu hakkına diğer davalılara karşı korumada ihmalle bulunduğu gerekçesi ile davacıların davasına reddedilmiştir. (Camcı age, s. 70'den naklen)

Sony firmasına ait tescilli öWalkmanö markası marka sahibinin haklarına korumadaki ihmali sebebi ile cins ismi haline gelmiştir. (Wolfgang Berlitz, **Das Neue Markenrecht**, München 1995, s. 91, Nr.212, Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 164, dph. 33'den naklen)

³¹⁵ Arseven, age, s. 90, Karahan, **Marka İlelleri**, s.147, Cengiz, age, s. 26, Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s. 81

İsviçre Federal Mahkemesi, kalemler için kuğu resmini³¹⁶, merhemler için vazelin ismini³¹⁷, hamur ılleri veya pastalar için balak resmini³¹⁸, demir elı ya için dıllı çark resmini³¹⁹ serbest ilaret olarak kabul etmiştir. Zehirli maddeler için okurukafaô³²⁰ da bu niteliktedir.

Yargăay, óFăğgaô markasănă făă ve ăzgaradan oluđan bir elı yană adă haline geldikini ve bu itibarla herkes tarafăndan kullanăbileceğine hükmetmiştir.
321

Bir markană serbest ilaret olarak kabul edilmesini İsviçre Federal Mahkemesi săkăkođullara bađlamăđ bulunmaktadır.³²²

Buna göre, bir marka serbest ilaret olma yolunda o kadar ilerlemiđ olmalăđ ki bu ilaretin bugün ve gelecekte bu niteliđi yitirmeyeceđi ve tekrar ayărt edici nitelik kazanmayacađı kabul edilmelidir. Bundan balıka, bir markană serbest ilarete dănăltăđının kabul edilebilmesi için o mal ya da hizmetle ilgili tđm³²³ ticari çevrelerin (tđketiciler , üreticiler, tacirler) görđlđ alănmalıđ ilaret ilgili ticari çevrelerin tđmđ tarafăndan kaynak gösteren bir ilaret olarak deđil, ilgili olduđu mal ya da hizmeti belirtici nitelikte algădanmalăđđ.

³¹⁶ F.M.K. C.20, s. 103 (Arseven, age, s. 90ădan naklen)

³¹⁷ F.M.K. C.36, II 253 (Arseven, age, s. 90ădan naklen)

³¹⁸ F.M.K. C..49 II 315 (Arseven, age, s. 90ădan naklen)

³¹⁹ Arseven, age, s. 90

³²⁰ Arseven, age, s. 90

³²¹ Y. 11.HD 8.3.1990 E. 1989/443 K. 1990/ 1935 (Dönmez, age, s. 67,68)

³²² F.M.K. C.42 II 71(Arseven, age, s. 90ădan naklen) , F.M.K. C.50 II 200 (Arseven, age, s.91ădan naklen) , F.M.K. C.62 II 325 (Arseven, age, s.91ădan naklen) , F.M.K. C.55 II 252 (Arseven, age, s.91ădan naklen) , İsviçre Federal Mahkemesi, 15.5.1934 JDT 1934 I 257 (Kaneti, agm, s. 241ădan naklen) , İsviçre Federal Mahkemesi 23.9.1936 JDT 1937 I 112 (Kaneti, agm, s. 241ădan naklen)

³²³ Tđketiciler, ilareti marka olarak algădınasalar da (Frigidaire, Eternit markalarănda olduđu gibi) rakipler, ilaret sahibinin haklarănă korudukunu biliyorlarsa, bu durum markană serbest ilaret haline dănălmesine engel olacaktăđ. (Alois Troller/Patrick Troller,**Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts**, 3, Auflage, Basel 1989, s. 73, Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s. 82, dpn. 51ădan naklen) Zaten, tđketicilerin tanănmăđ bir markayă malăn ismi olarak kullanmalară da săk rastlanăđan bir durum olduđundan onlarăn görđlđne daha az dikkat edilmelidir. (Fezer Karl - Heinz, **Markenrecht (auf der Grundlage von Baumbach- Hefermehl, Warenzeichenrecht, 12 Auflage)**, 1985, München 1997, &8, Anm.279, Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s. 82, dpn. 51ădan naklen)

Markanēn, bir yabancēülkede serbest îlaret haline gelmiŕ olmasē onun Türkiyeöde de serbest îlaret olduŕunu göstermez.³²⁴ Nitekim, bir îlaretin serbest îlaret olup olmadıŕē deŕlendirilirken îlaretin kullanıddıŕē ÷lkedeki o mal ya da hizmetle ilgili tüm ticari çevrelerin gör÷l÷ esastā ve farklı ÷lkelerde yaŕayan kimselerin bu îlareti algıdayālarēda farklıolabilir.

Burada İu hususun da altē çizilmek gerekir. Markanēn, serbest îlaret haline gelmiŕ olmasē sebebiyle tescilinin reddolunabilmesi için, tescil baŕvurusunun karara baŕlanması aŕamasında adē geēen îlaretin serbest îlarete dön÷l÷m÷ fiilen tamamlanmıŕ ya da çok yakēn bir gelecekte kesinlikle tamamlanacak olmasē İarttı, böyle bir ihtimalin varlıŕēyeterli gör÷lemez.³²⁵

Ayrıēa, serbest îlaret haline gelmiŕ marka MarkHK md. 7/1 (c) ve (d) hükümleri uyarınca bir baŕka kiŕi adına da tescil edilemeyecektir.³²⁶

Markanēn sözlük, ders kitabē veya diŕer baŕvuru eserlerinde, gümrük tarife cetvellerinde cins ismi olarak kullanılmamasē da tek baŕna, markanēn serbest îlarete dön÷l÷t÷k÷n÷ göstermez.³²⁷ İsviēre Federal Mahkemesi de bir markanēn sözlüklerde cins ismi olarak geēmesini markanēn serbest îlaret haline dön÷l÷mesi için tek baŕna yeterli görmemiŕtir.³²⁸

MarkHK md. 10 markanēn sözlük veya baŕka baŕvuru eserlerinde yer almasēnē³²⁹ düzenlemiŕ bulunmaktadır. Buna göre, markanēn sözlüklerde ve diŕer baŕvuru eserlerinde yer almasē hallerinde, tescilli marka olduŕu belirtilmemiŕse, marka sahibinin talebi üzerine , yayıñın sonraki basıñında bunun düzeltilmesi

³²⁴ Arseven, age, s. 91, Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 81, karŕ. Karahan, **Marka İekilleri**, s. 148

³²⁵ Berlit, age,s.34.Nr. 69, Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 82öden naklen)

³²⁶ Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 81

³²⁷ Lucas David, **Markenschutzgesetz, Muster-und Modellgesetz (Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Herausgeber: Honsell- Vogt- David)**, Basel 1994, Art.2, Nr. 28 (Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 82öden naklen)

³²⁸ F.M.K. C.31 II 519 (Arseven, age, s. 91öden naklen), FMK C. 50 II 200 (Arseven, age, s. 91öden naklen) F.M.K. C. 62 II 322 (Arseven, age, s. 91öden naklen)

³²⁹ Tekinalp, óGiletteô markasēnēn sözlüklerde traŕ bēēakēnēn karŕıđıŕē olarak gösterilebileceğini , bir deterjan markasē olan óVimôđın ise óvimlemekô olarak fiil halinde kullanılabileceğini bu hallere örnek olarak vermektedir. (Tekinalp, **Fikri M÷lkiyet**, s. 382)

gerekmektedir. Bu hükmün amacı marka sahibine, başvuru eserlerinde kullanılan markasının ömarka olduğu belirlenmesi ve bu suretle markasının toplumda cins isim olarak algılanarak ayırt edici gücünü yitirmesinin önüne geçebilmektir.³³⁰ İşte marka sahibinin, bu maddedeki imkandan yararlanmayla ihmal etmesi durumunda adlı geçen marka ayırt edici niteliğini yitirebilir³³¹ ve serbest ilarete dönüşebilir.

Tekinalp³³², bu halde marka sahibinin, tescilin yenilenmesi için yapacağı başvurunun TPE tarafından MarkKHK md. 7/1 (a)ya dayanarak reddedilebileceğini ileri sürmektedir. Yazara göre, her ne kadar MarkKHK md. 41 , yenilemenin istemin yapılması ve ücretin ödenmesi halinde otomatik olarak gerçekleştirileceği izlenimini veriyorsa da , yenileme illeminin öyeniden tescil olduğu gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Arkan³³³ da böyle bir durumda yenileme talebinin TPE tarafından reddedilebileceği görüşündedir. Yazara göre, aksi taktirde, yenileme illemini yapan TPEnin bu illemi yaptıktan sonra MarkKHK md. 42öye göre hükümsüzlük davası açma yoluna gitmesi gibi pratik olmayan bir sonuçla karşılaşacaktır.³³⁴

Kanancı, MarkKHKnin düzenlemesi açısından böyle bir görüşün kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır:

Öyle ki; yenileme ile ilgili MarkKHK md. 41 incelendiğinde, koruma süresi sona eren markanın, sahibinin veya onun yetkili kâddâ vekilinin talebi ve yönetmelikte öngörülen yenileme ücretinin ödenmesi kulluyla yenileneceği, yenileme talebinin yapılması ve yenileme ücretinin ödenmesinin, koruma süresinin

³³⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 382

³³¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 382

³³² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 382

³³³ Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 172 Yazar, yenileme talebinin red gerekçesinin ne olacağı bildirilmemekle beraber, TPE tarafından yenileme talebi reddedilen marka sahibinin, TPEnin bu kararına karşı MarkKHK md. 47 vd.ödaki prosedürü takip ederek yetkili mahkemede itiraz edebileceğini de belirtmektedir.

³³⁴ Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 172

sona erdiği ayın son gününden önceki altı ay içinde³³⁵ gerçekleştirileceği ve yenilemenin sicile kayıt ve ilan edileceği belirtilmiştir. Maddenin ifadesinden yenilemenin marka sahibinin süresinde yapacağı başvuru ve yenileme ücretinin ödenmesi koşuluyla otomatik olarak gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, yenileme talebini alan TPE'nin inceleyebileceği tek husus başvurunun süresinde yapıp yapmadığıdır. Başvuru süresinde yapılmı ve yenileme ücreti de yine aynı süre içinde ödenmişse yenileme sicile kayıt edilir ve yayınlanır. Burada artık TPE'nin adı geçen talebi mutlak red sebepleri bakımından incelemeye tabi tutması söz konusu değildir.³³⁶

Bundan başka, yenileme işleminin hukuki niteliğinin öyeni bir tescil değil, öyeniden tescil olduğu kabul edilmesi de bu görüşü desteklemektedir. MarkKHK yenileme işlemi sonrasında yapılacak tescili yeni bir tescil değil, yeniden tescil olarak değerlendirmiştir.

Öyle ki; MarkKHK md. 40'da tescilli markanın koruma süresinin, başvuru tarihinden itibaren³³⁷ 10 yıl olduğu belirtilmiş ve bu sürenin onar yıllık dönemler halinde yenileneceği belirtilmiştir. Başka bir deyişle, burada yeni bir tescil değil, daha önce gerçekleştirilmiş olan tescilin on yıllık bir dönem için yenilenmesi³³⁸

³³⁵Bu sürenin kaçması durumunda , yenileme talebi Tebliğde belirtilen ek ücretin ödenmesi koşuluyla, koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden itibaren altı ay içerisinde de yapılabilir (MarkKHK md. 41/III) ve bu süre içerisinde yenilenmeyen markalar koruma süresinin bitiminden itibaren kendiliğinden hükümsüz hale gelir. (MarkKHK md. 41/V, 45/II) Bu durumda marka kayd sicilden terkin edilir ve durum Resmi Marka Bülteni'nde ilan edilir. (MarkKHK md. 45/II) Yenilenmemenin diğer bir sonucu da MarkKHK md. 8/VII'de gösterilmiştir. Buna göre, bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içinde aynı veya benzer markanın aynı veya benzer mal/ hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir. Bu madde gerekince yapılacak itiraz, ancak itiraz eden kişinin markasının bu süre içerisinde kullanmaması halinde reddedilir. (MarkKHK md. 35/II)

³³⁶İsviçre Hukukunda da yenileme işleminin, koruma için ön şartlar aranmadığı için sadece bir formalite olduğu ifade edilmektedir. (von Büren, agm, s. 29)

³³⁷ Bu hükmün varlığı nedeni ile markanın korunma süresi tescil tarihinden önce işlemeye başlayacak fakat markanın sakladığı haklar üçüncü kişilere karşı kural olarak marka tescilinin yayımlanma tarihi itibarı ile hüküm ifade edecektir. (MarkKHK md. 9/III)

³³⁸ Yenileme başvuru için istenilen belgeler MarkKHKY md. 9'da gösterilmiştir. Buna göre, yenileme başvurusu için, talep dilekçesi ile birlikte marka yenileme harcı ve yenileme belgesi düzenleme, sicil kayıt işlemi ücreti ödenti belgesi aslının verilmesi zorunludur. Görüldüğü üzere, yenileme başvurusu sırasında istenilen belgeler ile bir ifadenin marka olarak tescili için yapılan ilk başvuruda istenilen belgeler MarkKHKY md. 12) birbirinden farklıdır. Yenileme sonrasında yapılacak tescil, eski tescilin süresinin uzatılması niteliğinde olduğundan , ifadenin marka olarak tescili için yapılan başvuru

söz konusudur, yani eski tescilin süresi on yıl³³⁹ daha uzatılmaktadır. MarkKHK'nin yenileme ile ilgili 41. maddesi uyarınca da yenileme üzerine TPE tarafından yapılacak tek inceleme, başvurunun süresinde olup olmadığa³⁴⁰dır. Yine MarkKHK md. 41/ IV'de yenilemenin sicile kayı³⁴¹ edilerek yayınlanacağı belirtilmi³⁴², MarkKHKY md. 23/III'de de yenilenen markanın Resmi Marka Gazetesinde ilan edileceği ifade edilmi³⁴³tir. Resmi Marka Gazetesi, tescile bağlanmı³⁴⁴ markaların yayınlandığı gazetedir. Bu husus, yenilemenin yeni bir tescil değil öyenidenö tescil³⁴⁵ olduğunu göstermektedir. Nitekim; yenileme başvurusu üzerine yapılan tescil , yeni bir tescil olsa idi marka sahibinin yenileme başvurusunun öncelikle Resmi Marka Bülteninde yayınlanmas³⁴⁶ ve böylece ilgili kişilerle tescile itiraz edebilme imkanının da tanınmas³⁴⁷ gerekirdi.

Hukuki nitelendirme bu yönde olunca, ne TPE'nin³⁴⁸ ne de böyle bir tescilin varlığından zarar görebilecek kişilerin³⁴⁹ böyle bir başvuruya tescilden önce müdahale edebilmeleri mümkün bulunmamaktadır. Dolayış ile böyle bir durumda onlar tarafından başvurulabilecek tek yol markanın hükümsüzlüğü için dava açmaktır. Nitekim, markanın tescilden sonra sahibinin davranışları nedeniyle mal veya hizmetler için yaygın bir ad haline gelmesi, MarkKHK md. 42/I(d)'de bir hükümsüzlük sebebi olarak öngörölmü³⁵⁰ bulunmaktadır.

sıraşında verilen belgelerin tekrar verilmesine gerek duyulmamı³⁵¹tır. Bu da yenilemenin yeni bir tescil değil, yeniden tescil olduğunu gösteren başka bir kanıttır.

³³⁹ Yenileme, on yıl³⁴⁰ süre için istenebilir, bundan daha kısa veya uzun bir süre için yenileme talep edilmesi ya da bir seferde birbirini izleyecek şekilde yenileme istenmesi mümkün değildir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.2, s. 171**)

³⁴⁰ Acaba yenileme başvurusu ile marka sicil kaydında bir değişiklik yapılmaması mümkün müdür? Burada yapılabilecek iki değişiklikten bahsedilebilir. Marka sahibinin ad ve adresindeki değişikliklerin sicile işlenmesi yenileme başvurusu ile birlikte talep edilebileceği gibi yenilemenin sicilde kayıtlı mal/hizmetlerin bir kiş³⁴¹ için talep edilmesi de mümkündür. Ancak, yenileme sırasında bunlar dışında bir değişiklik yapılamamalıdır. (Arkan, **Marka Hukuku, C.2, s. 173**)

³⁴¹ Alman Hukukunda da Patent Ofisinin bu alanda böyle bir inceleme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. (Fezer, age, Anm.11, Arkan, **Marka Hukuku, C.2, s. 172, d.pn.69'dan naklen**) Aynı yönde Baumbach/ Hefermehl, &9, Anm.6, Arkan, **Marka Hukuku, C.2, s. 172, d.pn. 69'dan naklen**)

³⁴² Zaten bu kişiler böyle bir işlemin varlığından ancak yenileme talebi TPE tarafından kabul edilip ilan edildikten sonra bilgi sahibi olabileceklerdir. Dolayışyla onlar tarafından kullanılabilecek tek yol hükümsüzlük davası açmak olacaktır. Böyle bir davada ise herkesin zarar görebilecek durumda olduğu kabul edilmelidir. Nitekim; serbest ilarete dönülmü³⁴³ bir marka betimleyici nitelik taşımaktadır ve bu niteliği itibarı ile de herkesin kullanmasına açık bırakılmalıdır. (Arkan, **Marka Hukuku, C.2, s. 166, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet, s. 402****)

Kaldı ki, yazarların görülünün kabul edilmesi, TPE'nin adı geçen durumda herhangi bir mahkeme kararı olmadan, markanın kaydedilmesinin terkin etmesi anlamına gelmekte olup bunun kabul edilmesi de mümkün bulunmamaktadır. Nitekim; markanın tescilini gerçekleştiren TPE'nin, bu işleminden sonra resen³⁴³ veya yeni bir itiraz³⁴⁴ üzerine mevcut tescili iptal etmesi düşünülemez.³⁴⁵ Bu görüş doktrinde Arkan³⁴⁶ tarafından da ifade edilmiş olmasına rağmen yazarın daha sonra yenileme talebinin TPE tarafından reddedilebileceğini ileri sürmesi isabetli olmamıştır.

Bundan başka, markanın serbest ilarete dönüşümünün şekli koşullara bağlı olması ve bu dönüşümün gerçekleştirilmi kabul edilebilmesi için o mal/hizmetle ilgili tüm ticari çevrelerin görülünün alınmasının zorunlu olması gibi hususlar da göz önünde bulundurulduğunda bu dönüşümün gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin yapılacak bir yargılamada tartışılmasının, TPE'nin tek başına yapacağı bir değerlendirmeden daha sakıncalı olacaktır.

³⁴³ Ö... Türk Patent Enstitüsü bundan sonra tescil edilmiş bir marka statüsünü kazanmış olan markalar üzerinde yeniden inceleme yaparak o markaların hukukunu ihlal edecek şekilde karar alamaz. Dairemizin konuya ilişkin 3.6.1999 gün ve 1999/2118-4802 sayılı kararında da değinildiği gibi; bu şekilde kesinleşmiş ve tescil yapılmış bir markanın her ne sebeple olursa olsun mevcut yasal düzenlemeye göre, tescili yapan kurululca resen iptali ve terkinin mümkün olamaz. Nitekim doktrinde de bu görüş benimsenmiş bulunmaktadır. (Bk. Prof. Dr. Sabih Arkan, Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998, s. 166 vd.) Davalı TPE'nin kendi kuruluşu ve uyguladığı 556 Sayılı KHK nin yürürlüğünden çok önceki idari düzenleme tarzına dayanarak Danıştayın resen terkinine imkan tanıyan idari yargı çerçevesinde geçerli olabilecek olan ve o dahi idari dava açma süresi ile sınırlı olarak idareye kendiliğinden il bu iptal yetkisi tanıyan 20.2.1973 gün E. 1971/2335-1973/446 sayılı karara dayanmış olması Enstitünün bu işlemine geçerlilik tanınması sonucunu doğurmaz. ...Bu nedenlerden dolayı da davacılar tarafından davalı TPE aleyhine açılan başvuru ve tescil işlemlerinin iptali yolundaki kararların iptaline karar verilmesi gerekirken...ô Y 11. HD. 10.2.2000 E. 2000/226, K. 2000/1196 (Batider, C.XX, S.3, s. 231) Ö...kesinleşmiş ve tescili yapılmış bir markanın her ne sebeple olursa olsun mevcut yasal düzenlemeye göre, tescili yapan kurulularca resen iptali ve terkinin mümkün olamaz. Bu nedenle, davalı TPE'nin davaya konu teklil eden... kararı dayanaktan yoksun olup hükümsüzdür.ô Y 11. HD. 1.5.2000 E. 2756/ K. 3680 (Karahan, **Hükümsüzlük Davaları** s. 527, dpn.47'den naklen)

³⁴⁴ Yargıtay, endüstriyel tasarımlarla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda bu hususu açıkça ifade etmiş bulunmaktadır. Ö... 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkındaki KHK'nin 37/2 maddesi uyarınca, itirazların yayın tarihinden itibaren 6 aylık sürede yapılması gerektiği, aksi halde tasarım tescilinin kesinlik kazandığını, buna göre 1.4.1997 de yayınlanan 5 no'lu tasarıma 28.10.1997 de itiraz edildiği için bu itirazın reddine karar verilmesi gerekeceğinden (Yeniden inceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından yeniden incelemeye alınarak tasarım tescil belgesinin iptaline karar verilmesi yerinde değildir.)ô Y 11. HD. 17.12.1998, E. 7432/K. 9012 (FMR, C.1, S.3, s. 192)

³⁴⁵ MarkK döneminde de Sanayi ve Ticaret Bakanlığının MarkK'na aykırı sicil kayıtlarının resen veya ilgililerin talebi üzerine düzeltmeyeceği ve silmeyeceği ifade edilmiştir. (Karayalçın, **Ticaret Hukuku**, s. 431, 435, Öztekin, **Görevli Mahkeme**, s. 242)

³⁴⁶ Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s. 166 , Aynı yönde Karahan, **Hükümsüzlük Davaları** s. 527-528

Dolayışē ile Tekinalp'ın hem yenilemenin hukuki niteliğini óyeniden tescilô olarak vasēlandēması hem de yenileme ba'lvurusunun, sanki ortada yeni bir tescil ílemi varmē gibi, TPE tarafından MarkKHK md. 7/1 (a) uyarınca reddedilmesi gerektiğini ileri sürmesi isabetli olmamē tē.

Tekinalp'ın bu görú'ünün kabul edildiği ihtimalde de red sebebinin gerekçesi MarkKHK md. 7/1 (a) değil, 7/ 1 (c) veya 7/1 (d) olmalēđē. Łöyle ki; serbest íaretler sonradan betimleyici íaret niteliğini kazanan íaretlerdir ve betimleyici íaretler de MarkKHK md. 7/ 1 (c) ve (d) hükümlerinde düzenlenmi'lerdir. MarkKHK md. 7/ 1 (a) ise esasen ba'langēçtan itibaren ayērt edici niteliēe sahip olmayan íaretleri düzenlemektedir. Bu nedenle, Tekinalp'ın , yenileme talebinin TPE tarafından reddedilebileceği yönündeki görú'ü kabul edilse dahi red gerekçesinin MarkKHK md. 7/1 (a) değil somut olayın özelliğine göre MarkKHK md. 7/ 1 (c) veya 7/1 (d) olmasē gerektiğini dü'ünüyorum.

Belirttiğim sebeplerle, Tekinalp ve Arkan'ın görú'üne katđmam mümkün değildir. Böyle bir durumda, TPE'nin elindeki tek imkan markanēn hükümsüzlüğü için dava açmak olmalēđē. Ancak bu durumda hükümsüzlük davasē açēabilmesi için markanēn serbest íaret haline gelmesi yeterli değildir, buna marka sahibinin davranē larēneden olmalēđē.³⁴⁷

Eğer markanēn sonradan tescil edildiği mal/ hizmet için yaygın bir ad haline gelmesi sahibinin davranēđından kaynaklanmēyorsa, bu durumda markanēn MarkKHK md. 42/1 (a) ōya göre hükümsüzlüğü istenebilir mi?

Arkan,³⁴⁸ bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Yazara göre, markanēn tescili sērasēnda söz konusu olmayan bir mutlak red sebebine dayanarak MarkKHK md. 42/1 (a) ōya göre hükümsüzlük davasē açēamaz.³⁴⁹ Buna göre, tescil tarihinde gerekli ayrı'n gücüne sahip olup, herkesin kullanēnēna açēk tutulmasē gereken

³⁴⁷ Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 163, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 409

³⁴⁸ Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 163, dpn. 31

³⁴⁹ Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 158

bir ilâret niteliği taâlânayan böyle bir markanên hükümsüzlüğü de MarkKHK md. 42/1 (a) uyarınca istenemez.

Gerçekten de, MarkKHK md. 42'de öngörülen halleri iki grupta³⁵⁰ incelemek mümkündür³⁵¹: Bunlardan bir bölümü markanên tesciline engel olan mutlak ya da nisbi red sebepleridir. İkinci bölümde yer alan nedenler ise , markanên tescili anında mevcut olmayıp sonradan zaman içinde³⁵² ortaya çıkan durumlardır. MarkKHK md. 42/1 (a) öya dayanan bir hükümsüzlük davasında davacê taraf, marka olarak tescil edilmiê bulunan bir ilâretin, daha tescil edildiêi âlamada var olan bir red sebebi nedeni ile TPE tarafından tescil edilmemesi gerektiêi halde her nasêsa tescil edildiêini ileri sürmektedir. Baêka bir deyiêle, burada markanên tescili sêrasında var olan bir mutlak red sebebi vardêr, tescilden sonra ortaya çıkan bir red sebebi deêil. Daha önce de belirttiêim gibi, serbest ilâretler baêlangıêta ayêrt edici niteliêe sahip iken sonradan bu niteliklerini yitirmiê ve ilgili olduklarê mal/ hizmeti betimleyici hale gelmiê betimleyici ilâretlerdir. Dolayêêe ile burada ilâretin tescili sêrasında var olan bir mutlak red sebebi bulunmamaktadır. Bu nedenle, Arkanôn görüêüne katêđıyorum.

³⁵⁰ Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 155

³⁵¹ 89/104 noêu Yönergeêde ise bu haller ayrê ayrê düzenlenerek, markanên mutlak ya da nisbi red sebeplerinin varlêına râkmen tescil edilmemiê olmasê halinde tescilin hükümsüzlüêünden, sonradan ortaya çıkan sebepler dolayêıyla ise marka hakkânê iptalinden bahsedilmiêtir. Topluluk Markasê ile ilgili tüzükte de aynê ayrêna yer verilmiêtir. MarkKHKônin bazê maddelerinde (md. 14/1, 42/1-a, 59) de ôiptalô den bahsedildiêi görülmektedir. Ancak, bu durumun MarkKHK açêından hüküm-sonuç farklılêêe yaratmaya yönelik olmadêêe sorunun terminoloji konusundaki özensizlikten kaynaklandêêe ifade edilmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 155, dpn. 1, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.400)

³⁵² Bu grup içinde deêerlendirilebilecek üç hal bulunmaktadır. Tescilli markanên kullanêmamasê, marka sahibinin davranêlarê nedeni ile markanên mal/ hizmetler için yayêın bir ad haline gelmesi, tescilli markanên kullanên biçiminin halkta yanlê anlama ihtimali yaratmasê . Marka sahibinin davranêlarê nedeniyle markanên mal/ hizmetler için yayêın bir ad haline gelmesi ve tescilli markanên kullanma biçiminin halkta yanlê anlama ihtimali yaratmasê hallerinde markanên tescilinden sonra ortaya çıkan bir mutlak red sebebi söz konusudur. Arkan, bunlar dâında kalan ve sonradan ortaya çıkan diêer mutlak red sebepleri bakâmından (örneğin, bir markanên tescilden sonra deêiêilen deêer yargêlarê nedeni ile kamu düzenine ve genel ahlaka aykêrê düêmesi) TTKônê haksê rekabet hükümlerine dayanarak terkin istenebileceêini ileri sürmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 158) Kanênca, bu görüêün kabul edilmesi mümkün deêildir. Nitekim; MarkKHKêde hükümsüzlük sebepleri MarkKHK md. 42'de sênêlayêêe biçimde sayêlmıêtır, bu sebeplerin dâında bir sebeple markanên hükümsüzlüêü talep edilemez. Kaldê ki, MarkKHK ile markalar arasê haksê rekabet özel olarak düzenlenmiê olup burada yer alan hükümler, TTKônê haksê rekabete iliêkin hükümlerinden önce gelir ve burada sênêlayêêe biçimde öngörülmüê olan hükümsüzlük sebepleri genel nitelikteki haksê rekabet hükümlerine dayanêarak geniêletilemez.

Burada íu husus da belirtilmek gerekir: Markasē serbest íarete dönüíen marka sahibi , markasēnē bir baíka kíli tarafēndan kendi markasē yanēda cins, kalite, miktar aēđlamasē olarak kullanēmasēna da MarkKHK md. 12 uyarēnca karlēēđkamayacaktır.³⁵³

Bir serbest íaret, bu íarete yapđacak yeni ilaveler ya da verilecek yeni íekillerle orijinal hale getirilerek³⁵⁴ veya rakiplerin bu íareti kullanmaktan vazgeçmesi ve bir kílinin tekelinde uzun zaman kullanēmasē sonucunda tekrar ayērt edicilik kazanabilir.³⁵⁵

C. Kullanma ile ayērt edicilik kazanan íaretler

Yukarēda MarkKHK md. 7/1 (c) ve (d) hükümleri ile getirilen düzenlemeyi doktrin ve yargē kararlarē doğrultusunda ayrıntēđ olarak aēđklamaya çaldđtēn. Buna göre, adē geçen hükümlerde genel nitelikleri belirtilmek sureti ile sayđmē bulunan íaretler, bir markada esas unsur olarak bulunamazlar. Kural bu olmakla birlikte MarkKHK md. 7/II ile bu kurala bir istisna getirilmií bulunmaktadē. Bu hüküm uyarēnca, óBir marka tescil tarihinden önce kullanēmē ve tescile konu mallar ve hizmetlerle ilgili olarak bu kullanēn sonucu ayērt edici nitelik kazanmē ise (b)³⁵⁶, (c), (d) bentlerine göre tescili reddedilemez.ó

Adalet Divanē óWindsurfing Chiemseeô kararēnda³⁵⁷ kullanēma ile kazanēdan ayērt ediciliğin ne anlama geldiğini aēđklamē bulunmaktadē. Divanōa göre, kullanēma ile kazanēmē olan ayērt edicilik de tēpkē bir íaretin marka olarak tescilinin genel íartlarēndan olan ayērt edicilik gibi, tescili talep edilen íaretin tescil konusu mallarēn belli bir íletmeden kaynaklandēđēnētanēnlamaya ve böylece o malē

³⁵³ Baumbach/ Hefermehl, age, &4, Anm. 13 (Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s.81öden naklen)

³⁵⁴ Karahan, böyle bir durumda serbest íaretin tek baíēna korunmayacađēđ burada markanēn bütün olarak oluíturduđu orijinal íeklin korunacađēđ ifade etmektedir. (Karahan, **Marka íekilleri**, s. 148) Bu yönde bknz. BGE 25 II 304, 56 II 509 (Sungurbey/ Çaka/ Kaneti , age, s. 162)

³⁵⁵ Arseven, age, s. 91

³⁵⁶ Hükümde 7/I (b) bendine yapđan yollamanēn yerinde olmadēđēna ilíkin aēđlamalar için bknz. s.14-16

³⁵⁷ Birleílik davalar T- 108/97, T-109/97, 4.05.1999, paragraf, (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002

diğer işletmelerin mallarından ayırt etmeye hizmet etmektedir. Divan'a göre coğrafi isimlerin diğer işletmelerin kullanışına da açık tutulmasının artık farkedilmiş önemi, burada ayırt edicilikle ilgili herhangi bir farklılaşmaya gidilmesine izin vermemektedir.

Dolayısıyla ile Divan'a göre öayrt edici nitelik kazanma kavramının anlamı MarkKHK md. 5'de yer alan öayrt etmeyi saklama kavramının anlamından farklı değildir.³⁵⁸ Her iki durumda da marka olarak kullanmak istenen işaretin tescilin talep edildiği mal/hizmetlerin işletmesel kökenini ifade edecek güçte olması gerekir.

Gerçekten de, burada bir anlam farklılığı olmamak gerekir. Ancak başlangıçta betimleyici nitelik taşıyan bir işaretin sonradan bu niteliği unutulmuş bir işletmenin markası olarak algılanmaya başlanması için sonradan kazanılması gerekli ayırt edici güç ile başlangıçtan itibaren ayırt ediciliğe sahip bir işaretin marka olarak tescili sırasında sahip olduğu ayırt edicilik birbirinden farklı olmak gerekir. Nitekim, Alman doktrininde ökendisine ait olduğunu kabul ettirme kavramının öayrt etmeyi saklama dan daha güçlü olduğu ve bunun bütün Almanya'ya³⁵⁹ kapsadığı ifade edilmektedir.³⁶⁰

Bu hükmün uygulanabilmesi için işaretin, belirli bir mal ya da hizmetle ilgili olarak yoğun bir reklam kampanyası ilişkisinde uzun süre kullanılması ve bunun sonucunda o mal ya da hizmetle ilgili çevrelerde bu işaretin betimleyici

³⁵⁸ Tekinalp ise öayrt edici nitelik kazanma kavramının buradaki anlamının MarkKHK md.5'deki anlamından farklı olduğunu, ancak MarkKHK md.5'de yer alan öayrt etmeyi saklama unsurunun MarkKHK md. 7/2'de öngörülen öayrt edici niteliği de kapsadığını belirtmektedir. Yazara göre, MarkKHK md. 5'de yer alan ayırt etmeyi saklama unsuru bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırt etmeye yararken MarkKHK md. 7/2'de öngörülen ökullanma ile ayırt edicilik kazanma, aynı maddenin 1. fıkrasının (b) , (c) , (d) bentlerinde yazılan mutlak red sebeplerinden biri sebebi ile tescil edilemeyecek bir işaretin o işareti kullanan işletmenin adı geçen işaretin kendisine ait olduğunu ticaret alanında kabul ettirmiş bulunması anlamına geldiğini ifade etmektedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 356)

³⁵⁹ Arkan da tescil olunan markanın Türkiye çapında korunacağı gerçeğinden hareketle sadece belli bir bölgede kullanma yoluyla ayırt edicilik kazanan bir işaretin MarkKHK md. 7/II öye göre tescil olunarak tekil altına alınamayacağını ifade etmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s. 85)

³⁶⁰ Berlit Wolfgang, **Das neue Markenrecht**, 2. Auflage, München 1997, N. 28 vd. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 356'dan naklen)

niteliği unutulurak, işaret belli bir işletmenin³⁶¹ markası olarak algılanmaya başlanmalı olmalıdır.³⁶²

Buradaki kullanmadan, işaretin markasal kullanımı anlamak gerekir.³⁶³ Böyle bir kullanımı varlığından bahsedebilmek için ise işaretin doğrudan doğruya malin kendisi veya ambalajı üzerinde³⁶⁴ kullanılması şart değildir³⁶⁵, önemli olan mal/ hizmet ile işaret arasında dölünsel bağlantı kurulmasıdır.

³⁶¹ ilgili çevrenin, bu işletmenin adını açkça bilmesi ya da tanınması şart olmadığı ifade edilmektedir. (Müller, Unterscheidungskraft, Freihaltebedürfnis, Verkehrsdurchsetzung, Marke und Marketing, s. 210, Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 83, dpn. 56'dan naklen)

³⁶² Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 83

³⁶³ Tekinalp ise, burada markasal kullanmanın şart olmadığı dölünçesindedir. Yazara göre, bir işaretin bu suretle tanınması her zaman marka şeklinde olmayabilir. Örneğin; öletim Yayınları A.Ş.ö unvanına sahip olan anonim İirket yıllardır unvanını kullanarak çıkardığı kitaplar, yaptığı ilan ve reklamlarla ayrt edici nitelik kazandırdığı öletimö kelimesini marka olarak tescil ettirmek isterse bu sözcüğün MarkKHK md. 7/1 (d) hükmü anlamında ticaret alanında herkes tarafından kullanılan bir sektörün adı olduğu itirazıyla karılmalı mamalıdır. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 355) Kanınca, bu görölün kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim; MarkKHK'nin 7/son maddesinin uygulanabilmesi için işaretin toplumun ilgili bölümü bakımından marka olarak algılanması gerekmektedir. Bunun ise ancak söz konusu işaretin markasal kullanımı ile mümkün olacağı açıktır. Bir işaretin ticaret unvanında kullanılması ise markasal kullanımı değildir. Diğer taraftan, marka ve ticaret unvanlarının farklı gayelere sahip olduğu da dikkate alınmalıdır. Marka , birlikte kullanıldığı mal/ hizmetleri başka kimselerin mal/hizmetlerinden ayrt etmeye yararken , ticaret unvanı işletmenin sahibini gösteren bir ad olması itibarı ile bir işletmeyi diğerinden ayrt etmeye yaramaktadır. Bundan başka, TTK md. 45 uyarınca bir anonim ortaklığın unvanında işletme konusunun gösterilmesi şarttır, başka bir deyişle ticaret unvanının işletme konusu ile ilgili bölümünün bu unvanında bulunması zorunludur. Dolayış ile bir kimse, ticaret unvanını ya da unvanında yer alan bir sözcüğü markasal olarak kullanması olmadıkça MarkKHK md. 7/son hükmünden faydalanamayacaktır.

³⁶⁴ Bu durum MarkKHK önin getirdiği yeniliklerden birisidir. Öyle ki, MarkK md. 1'de ifadesini bulan işaretin mal ya da ambalajı üzerine konulması şartından artık vazgeçilmiştir. MarkK döneminde bu şartın varlığı nedeni ile marka olarak tescil edilmek istenen işaretin ayrt ediciğe sahip olması tek başına marka olarak kabul edilmesine yetmiyor, işaretin aynı zamanda mal veya ambalajı üzerine yerleştirilmesi mümkün işaretlerden olması gerekiyordu. Bu nedenle de, bu dönemde işaretin mal ya da ambalajı üzerinde kullanılması markasal kullanmanın varlığı için zorunlu olup işaretin sadece işletme evrakında ya da reklamlarda kullanılması , bu kanun anlamında kullanma şartının gerçekleştirilmesine yetmiyordu. MarkKHK md. 5 hükmünde işaretin mal ya da ambalajı üzerine konulabilmesi gibi bir şartta yer verilmemiştir. MarkKHK bakımından bu konuda temel alınan tek kışas, işaretin hasredildiği mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılmasıdır. Dolayış ile bu kullanılan işaretin mal ya da ambalajı üzerine konulması sureti ile olabileceği gibi , adı geçen işaret sadece il evrakında da kullanılıyor olabilir. MarkKHK'deki bu anlayış farklılığı hizmet markalarının , MarkKHK kapsamına alınmasından kaynaklanmalı bulunmaktadır. Nitekim; hizmet edimi, (Bu kavram ile ilgili olarak bkznz. Hamdi Yasaman, **öHizmet Markalarıö**, Batider, Y. 1975, C. VIII, s. 75-76) maddi bir mal olmadığından , mal ya da ambalaj üzerine konulma şartının burada aranması mümkün değildir. Gürzumar da İsviçre Markalar Kanunöda yapılan benzer dekiliklikten sonra kullanma şartının yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Osman Berat Gürzumar, **öYeni Markalar Kanunu İöğünde İsviçre Marka Hukukunöda Meydana Gelen Gelişmelerö**, Yargıay Dergisi, C. 20, Ekim 1994, S.4, s. 513-514

³⁶⁵ Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 36, Taylan, age, s. 57, dpn. 153, karl. Tekinalp, **Tescil ökisi** , s.467 Yazara göre , marka hukukuna özgü kullanmadan bahsedebilmek için bir markanın , halen ticarete bulunan malların veya ambalajlarının üzerine konulması veya hizmetle birlikte kullanılması

sağlamak ve ortalama dikkate sahip bir kimsenin söz konusu ifaretin belli bir ifletmeyi tanıtılma ve bu sayede adı geçen ifletmenin mal/ hizmetlerini diğer ifletmelerin özde veya aynı tür mal / hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamasıdır. Böyle olunca, ifaretin, mal/hizmet ile ifaret arasında sadece dölünsel bağlantı kurmaya yarayan katalog, mala ekli evrak, fatura ve sipariş formları gibi ifletme evrakında, reklamlarda kullanılması da yeterli kabul edilebilecektir.

Aslında bu durum somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken bir konudur ve ifaretin toplumun ilgili kesimi tarafından marka olarak algılanabilmesi, bazı hallerde ifaretin sadece ilgili olduğu mal ya da ambalaj üzerinde kullanılması³⁶⁶, bazı hallerde sadece ifletme evrakı ya da reklamlarda kullanılması bazı hallerde ise bunların tümünde kullanılmasına bağlanabilecektir.

Ifaretin toplumun ilgili kesiminin büyük bir kısmı³⁶⁷ tarafından marka olarak algılanmasında esas alınacak ölçü ne olmak gerekir? Burada da kesin bir ölçüt vermek söz konusu değildir. Örn. Almanya'da toplumun ilgili kesiminin

gerekmektedir. Markanın sadece if evrakında, faturalarda, reklamlarda ve ilanlarda kullanılması marka hukukuna özgü kullanım değildir. Aynı yönde, Camcı age, s. 48 Dirikkan ise marka hukukuna özgü kullanımın markanın doğrudan doğruya malin kendisi veya ambalajına konulması durumunda mevcut olduğunu, ancak malin niteliği gereği marka ile mal arasında fiili bağlantının kurulamaması veya bunun ticari yalanda olan olmaması durumunda, ifaretin ifletmenin evrakı üzerinde kullanılması da yeterli olacaktır kabul etmektedir. Yazar, hizmet markaları açısından ise ifaretin sadece ifletmenin if evrakında, reklamlarında, servis araçlarında ya da personelini giysilerinde kullanılması yeterli görmekte ve bu durumun hizmet ediminin doğasından kaynaklandığını belirtmektedir. (Hanife Dirikkan, **ÖTescilli Markayı Kullanma Kulfeti**, Prof. Dr. Oğuz ınregünce Armağan, İstanbul, Beta, 1998, s. 236-240)

³⁶⁶ Ifaretin malin ya da ambalajının üstünde bulunduğu her durumda toplumun adı geçen ifareti marka olarak algıladığı kabul edilmemiştir. Örneğin, bir olayda ÖGreyhound Busı biçiminde tescilli marka, oyuncak bir otobüsün ön camının üstüne konulmuştur. Mahkeme, bu şekilde kullanılan bir ifaretin toplumda marka olarak değil, otobüsün güzergahını belirleyen levha olarak değerlendirileceğini kabul etmiştir. BPatG., 21.08.1992, GRUR 1996, s. 414, 415 (Dirikkan, agm, s. 238, dpn. 65'den naklen) BGH de bir kararda markanın şapagetti, peynir ve diğer ilave tatlandırıcıların bulunduğu bir paket üzerine konulması durumunda paket içinde bulunan peynir ambalajında tescilli marka ayrıca kullanılmadıkça sürece, markanın peynir ürünü için mevzuata uygun kullanılması sayılmayacağı ifade etmiştir. Mahkeme, markanın ürünlerin toplu olarak bulunduğu ambalaja konulmasının, paket içindeki bütün ürünler için kullanılmadıkça anlamına gelmeyeceğini, böyle bir durumda toplumun peyniri n üzerinde ayrı bir marka bulunmadıkça sürece- asıl ürünün tatlandırıcı bir unsuru olarak benimseyeceğini, bağımsız olarak marka altında topluma sunulan bir mal olarak algılamayacağını gerekçe olarak göstermiştir. 18.5.1995, GRUR 1995, s. 583, 584 (Dirikkan, agm, s. 238, dpn. 65'den naklen)

³⁶⁷ Arkan, **Marka Hukuku**, C.I, s. 84

yüzde ellisinden fazlasının betimleyici işareti , bir işletmeyle ilişkili içinde algılanması yeterli görülmüştür.³⁶⁸

Arkan,³⁶⁹ bu konuda esas alınacak ölçünün , hiçbir şekilde markanın tanınması olup olmadığının belirlerken³⁷⁰ kullanımdan daha hafif olmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, herkesin kullanımına açık tutulması gereken bir betimleyici işaretin marka olarak tescil edilerek belli bir kişinin tekeline bırakılması önceden tescil edilmiş olması itibari ile esasen tekel altına alınmış bir markanın tanınması marka sayılmasından daha önemli sonuçları olan bir durumdur.

Kanımca, böyle bir ölçünün belirlenmesi isabetli değildir. Nitekim; tanınması markadan söz edilebilmesi için reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş bir markanın, sadece kendi mal ve hizmetlerinin alıcıları tarafından değil, bu çevre dışında , o mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişilerce de bilinmesi gereklidir.³⁷¹ Sadece kendi alıcı çevresi içinde tanınan markanın MarkKHK md. 8/IV anlamında tanınması marka olarak kabul edilmesi mümkün değildir.³⁷²

³⁶⁸ Giefers, age, s. 39, Nr 53, Berlitz, age, s.17, Nr.30, BGHZ 113, s. 118-119, Fezer & 8. Anm 431-433 (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 84'den naklen)

³⁶⁹ Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 84 Ayni yönde, Wilfried Heinzelmann, Der Schutz der berühmten Marke, Bern 1993, (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 84, dnp. 66'dan naklen)

³⁷⁰ MarkKHK öde tanınması markanın tanınmasına rastlamak mümkün değildir. Buna karşılık doktrin ve içtihatlarda çeşitli tanımlar verilmeye çalışılmış ve tanınması markanın varlığını gösteren belli kriterler geliştirilmiş bulunmaktadır. Bu tanımlar ve kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yasaman, **Tanınmış Markalar**, s. 693. Nomer, tanınması markanın tesbitinde yol gösterecek olan kriterleri şu şekilde sıralamıştır: 6Halk arasında yüksek tanınmışlık düzeyi, üstün bir ticari değer ve reklam gücü, benzerlerine pek rastlanmaması mal ve hizmetlerin kalitesi, markaya oluşturan işaretlerin orijinalitesi.6 (Fusun Nomer, 6Tanınmış Marka: Nike (İsviçre Federal Mahkemesinin 24 Mart 1998 tarihli kararı), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yıl Günü Armağanı İstanbul , Beta, 1999, s. 502) Ancak, yazara göre, bu kriterler mutlak olmadıkça gibi, bunlara dayanarak tanınması markanın bir tanınmasının verilmesi de oldukça zordur. Bu nedenle, bir markanın tanınması marka sıfatının taşıdığı belirlenirken yukarıda adı geçen kriterler somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmelidir. (Nomer, **Nike**, s. 502)

Yargıtay 13.03.1998 tarihli bir kararında tanınması markaya şöyle tanımlamıştır: 6... bir işareti veya teebbüse şekli bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dâkâten sistemine bağlı mühteri, akraba, dost, dâman ayrıntı yapmadan coğrafi şekil, kültür, yıl farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından reflex halinde ortaya çıkan bir çağrışım olarak tarif etmek mümkündür...6 Y. 11. HD. 13.03.1998 E. 1997/5647 K. 1998/1704 (Samiye Eyüboğlu, 6Tanınmış Marka6 , FMR Y.1, C.1, S.2, s. 114-115'den naklen)

³⁷¹ Yasaman, **Tanınmış Markalar**, s. 695, Poroy/ Yasaman, age, s.237, Gürzumar, agm, s. 518, Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 105, Nomer, **Nike**, s. 50, Teoman, **Kitap:8**, Mütalaa 72, s.41, Teoman, **Kitap: 9**, Mütalaa 100, s. 61,

³⁷² Tekinalp ise MarkKHK md. 8/IV öde ifadesini bulan ötoplumda tanınmışlık düzeyine erişme kavramının ötanınması marka6 kavramından farklı olduğunu, adı geçen kavramın ondan daha geniş ve

MarKHK md. 7/II'nin uygulanabilmesi için ise ilâretin sadece kendi alâcê çevresi içinde ³⁷³ marka olarak algılanması yeterlidir. Burada önemli olan önceden betimleyici nitelik taşıdığı için ayârt edicilikten yoksun olan ve bu nedenle de tesciline izin verilmeyen bir ilâretin daha sonra kullanılarak ayârt edicilik kazanması ile tescile elverişli hale gelmesidir. Nitekim, artık 7/I (c) ve 7/1 (d) maddelerinin öngörülmesinde rol oynayan sakıncalar ortadan kalkmıştır. Kaldık ki bir ilâretin tescil edilebilir olup olmaması ile onun tanınması olup olmadığı birbirinden farklı kavramlardır. Örn. bir ilâret pek çok ülkede marka olarak tescil edilmiş olabilir, ancak bu tek başına onun tanınması olduğunu göstermeye yetmez. ³⁷⁴ Bundan

tanınması derecesi itibarıyla da daha düşük olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, her tanınması marka aynı zamanda toplumda tanınması düzeyine ulaşmıştır. Ancak, bir marka tanınması marka olmasa bile toplumda tanınması düzeyine ulaşmış olabilir. Buradan hareketle, yazar belli bir çevrede tanınan markaların da MarkKHK md. 8/IV anlamında tanınması düzeyine erişmiş marka olarak kabul edilebileceklerini ifade etmektedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 362)

³⁷³ B urada ilgili malın kullanın amacı ve dağıtım şekli de göz önünde bulundurulmak gerekir. Löyle ki; günlük yaşamda herkes tarafından kullanılan mallarla ilgili ilâretlerde , satıcê alâcê çevresinin büyük bir kısmının, bu ilâreti belli bir ilâletmeyle bağlantı içinde algılaması gerekirken, pahalê ve lüks mallarda ilâretin sadece o malla ilgili satıcê alâcê çevresi içinde marka olarak algılanıp algılanmadığına bakılmak gerekir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 84)

ısviçre Federal Mahkemesi ó Yeni Rakê sözcüklerinin ayârt etme gücüne sahip olup olmadığına , ısviçre'de yaşayan Türklerin görüllerine bakılarak karar verilebileceğini, davacê Tekel idaresinin Yeni Rakê markasının taşıyan içkiyi, ısviçre piyasasına ne zaman ve nasıl sunmuş olduğunu açdılayamaması nedeniyle óYeni Rakê sözcüklerinin ısviçre'de marka olarak algılanıp algılanmadığının belli olmadığına, bu sözcüklerin Türkiye'de ayrım gücüne sahip olmasının ise , ısviçre bakımından önemi bulunmadığına hükmedilmiştir. GRUR Int 1996, s. 837-838 (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 84, dpn. 62'den naklen)

³⁷⁴ Ancak Yargıtay 11. HD. 23.06.2000 tarihli bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: ó... yerel mahkeme , davacının markasının Türkiye'de maruf ve meşhur hale getirdiğini, ürünlerin Türkiye'de satıldığı dünyada maruf ve meşhur hale getirdiğini ispat edemediği gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Oysa davacının (The Cockpit) markasının başka A.B.D. olmak üzere Almanya, Kanada, Japonya, Romanya, Avusturya, Hollanda, Danimarka, Yunanistan, Macaristan, İngiltere, Polonya, Norveç, Fas gibi bir çok ülkede tescil ettirdiği, böylece dünyada maruf ve meşhur hale getirdiğini kabul gerekir.ó Y 11 HD. 23.6.2000 E. 2000/5459 K. 2000/5902 (Kutlu Oytaç, ó**Tanınması Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargalaşına Sonô** FMR , Y.1, C.1, S.3, s. 100'den naklen) Yargıtay bir diğer kararında da ó...davacê markasının yüzden fazla yabancı ülkede tescilli olduğunun ve tanınması düzeyine eriştiğinin kabulü gerekmektedir.ó demştir. Y 11. HD. 3.7.2000 E: 2000/5331 K. 2000/6265 (Oytaç, **Kavram Kargalaş** s. 101'den naklen) Adê geçen kararlarda varılan sonuç Oytaç tarafından eleştirilmiş ve bir markanın çok sayıda yabancı devlette tescilli olmasına bakıp Türkiye'de de de facto tanınması sayılacakê yönündeki görölün kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. (Oytaç, **Kavram Kargalaş** s. 101, Aynı yönde, Eyüboğlu, s. 114) Ancak Yargıtay , bir diğer kararında tanınması iddiasının ayrıca aralıması gerektiğine hükmetmiştir. Kararda şu ifadelerle yer verilmiştir: ó...davacının L&M markasının, sigaralar üzerinde Türkiye'de ve bütün dünyada bilinmekte olup, bu sigaraların Avrupa'da , Orta Doğu'da ve başka kıtalardaki en az 50 ülkede satılmakta olduğunu, markanın Türkiye'de tescilli olup, geniş ölçüde kullanıldığı ve ilanlara konu edildiğini ileri sürdüğüne göre, esasen asê davada, davacê markasının, ótanınması markaó olduğu iddia edilmiş bulunmaktadır. Bu haliyle dahi, davacê markasının tanınması marka olup olmadığına

başka, burada markanın tanınmış olup olmadığını belirlerken kullanılan ölçütlerin göz önünde bulundurulması maddenin uygulama alanını daraltacak, kendi alıcısı çevresi içinde ayırt edicilik kazanan ve bu suretle tescile elverişli hale gelen bir ilaletin sahibinin, bu ilaleti, korunmaya değer hale geldiği dönemde dahi tescilsiz kullanmak zorunda bırakacaktır. Bunun ise MarkHK md. 7/II'nin öngörölöl amacı ile bağdaşmayacaktır.

Bundan başka, böyle bir ilaleti adına marka olarak tescil ettiren kimse, bunun bir başka kılı tarafından kendi markası yanında cins, kalite, miktar açıklaması olarak kullanılması da MarkHK md. 12 uyarınca karşı çıkamayacaktır. Böyle olunca, adı geçen ilaletin marka olarak tescil edilerek bir kimsenin inhisarına bırakılması halinde adı geçen ilalet başkasına ait markanın esas unsurunu oluşturamayacak, ancak onun markasında yardımcı unsur olarak yer alabilecektir. Başka bir deyişle, burada 3. kılıların haklarını zedeleyen bir durum da söz konusu değildir. Nitekim, bu kılılar betimleyici nitelik taşıyan ilaletleri, MarkHK md. 7/I (c) ve 7/I (d) uyarınca markalarında ancak yardımcı unsur olarak kullanabilirlerdi, bu ilalet kullanın sonucu ayırt edici nitelik kazanarak bir kimse adına tescil edildiğinde de kendilerinin elinden bu imkan alınmış değildir, onlar bu ilalete markalarında yardımcı unsur olarak yine yer verebileceklerdir.

Açıkladığınız sebeplerle, Arkanın görölüne katılmıyorum. MarkHK md. 7/II'nin uygulanabilmesi için betimleyici nitelik taşıyan ilaletin sadece kendi alıcısı çevresi içinde bu niteliği unutulurak marka³⁷⁵ olarak algılanmasını yeterli olduğunu düşünüyorum.

araştırılması zorunludur...ô demidir. Y. 11. HD. 2.3.1999 E. 1999/1154 K. 1999/1718 (Oytaç, **Kavram Kargılası**, s. 101'den naklen)

³⁷⁵ Kalite bildirmesi nedeni ile betimleyici nitelik taşıyan oluxô kelimesi , uzun süre bir illetme tarafından kullanılmak sureti ile İöhret ve ayırdedici nitelik kazanmış ve bu nedenle daha sonra çıkan oluxoliveô, oluxô, oluxon oluxô, oluxon markaları karşısında korunmuştur. Propr. industr 1948, s. 200 (Arseven, age, s. 85 dñ. 41 'den naklen)

Coğrafi kaynak gösteren Alp sütü anlamına gelen olalpenmilchô kelimesinin piyasayı önemli bir kismé tarafından belirli bir illetmenin ayırdedici markası olarak benimsendiği ve betimleyici niteliğini kaybettiği kabul edilmiştir. Alman Temyiz Mahkemesi'nin 23.06.1941 tarihli kararé, ATMK C..67, s.171 (Arseven, age, s. 86'dan naklen)

Gerçek anlamına gelen olveritableô kelimesinin, betimleyici bir kelime olmakla beraber ticari hayatta uzun süre Boldoot kolonyalarının markası olarak kullanılmak ve bir İöhret iktisap edilmek sureti ile

Kullanmanın, hangi koşullar altında uzun ve kesintisizle sayılacağı konusunda önceden kesin bir ölçü konulamaz, bu husus somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmek gerekir.³⁷⁶ Kullanılan betimleyici işaret ne kadar sıradansa, bu işaretin ayırdedicilik kazanması da o kadar zor olacak³⁷⁷ ve işaretin marka haline dönüşmesi de betimleyici nitelik taşıyan başka bir işarete göre daha uzun zaman alabilecektir.

Ayır edicilik ne zaman kazanmış olmalıdır? Madde metninde ötescil tarihinden önce ibaresine yer verilmiştir. Arkan, bu ibarenin 89/104 Sayılı Yönerge'nin 3.3. maddesinde olduğu gibi³⁷⁸ ötescil başvurusu tarihinden önce kullanıma özelinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir.³⁷⁹ Gerçekten de maddenin bu şekilde yorumlanması yerinde olacaktır. Nitekim; MarkHKK md. 6'de bir işaretin marka olarak tescili için yapılan başvurunun bu tarih itibarıyla sahibine öncelik hakkı tanıdığı ifade edilmiştir. Eğer işaretin başvuru tarihi itibarıyla ayır edicilik kazanması gerekmesi idi bu madde hükmüne bir istisna getirilmesi gerekirdi, nitekim aksinin kabulü başvuru tarihinde ayır edici nitelik taşımayan bir işarete,

ayır edici nitelik kazandığı kabul edilmiştir. Propr. Industr 1942, s.194, La Haye Mahkemesi'nin 2.12.1938 tarihli kararı (Arseven, age, s. 86'den naklen)

Boyalar için alınmış bulunan onu enamel markası da betimleyici kabul edilmiştir. Nitekim; enamel bir renk ismi olduğu gibi, onu da yeni manasına gelen onew kelimesinin fonetik karışığıdır. Ancak başvuru sahibi bu işareti uzun süre kullanmak suretiyle ona ayırdedicilik kazandırmış, işaret betimleyici anlamı yanında ikinci bir anlam (signification secondaire) kazanarak marka olmuştur. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 5.12.1938 tarihli kararı Prop. Industr 1942, s.16 (Arseven, age, s. 86'den naklen)

Nitelik ifade eden standart sözcüğünün, kullanıma ile kazandığı ayırdedicilik göz önünde bulundurularak, sabun için marka olarak kullanılması ve korunması için verilmiştir. Baumbach/Hefermehl, age, &25, Anm. 41, 52 (Arkan, **Marka Hukuku, C. I**, s.83 dnp. 57'den naklen)

İsviçre'de bir nehir ismi olan Sihl kelimesinin kâğıtlar için 54 yıl kullanılması ve ürün ile o nehrin bulunduğu bölge arasında tabii bir bağlanış (Ren bölgesi ile İarap arasında olduğu gibi) bulunmaması karşısında, bu ismin bir mahali gösterme özelliğini kaybettiği ve marka halini alabileceği kabul edilmiştir. BGE 77/II, s. 324-326; 92/II, s. 274, David, age, Art, 2, Nr. 40 (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 83, dnp. 57'den naklen)

³⁷⁶ Arkan, **Marka Hukuku, C. 1**, s. 83 Örneğin, İsviçre'de Einfach-Reinigung sözcüğünün reklam eliliğinde iki yıl süre ile kullanılmış olması bu işaretin ayırdedicilik kazandığını gösterme açısından yeterli sayılmamıştır. BGE 87 /II, s. 353 (Arkan, **Marka Hukuku, C. 1**, s. 83, dnp. 61'den naklen)

³⁷⁷ Giefers, age, s. 90, Nr.140, E.Matter, **Kommentar zum Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrikund Handelsmarken der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen**, Zürich 1939, Art. 3 Nr. III, 1, c; Fezer, age, &, Anm. 432-433 (Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 83'den naklen)

³⁷⁸ Yönerge'de öbefore the date of application for registration ifadesine yer verilmiştir.

³⁷⁹ Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 85

ayt edicilik talnadđđ ve herkesin kullanđđna ađđ tutulmasđđ gerektiđđ bir dđnemde koruma sađđlamak olacaktđđ ki, bunun da kabul edilmesi mđmkđn deđđdir. Dolayđđ ile balvurunun yapđđđđ tarihi³⁸⁰ betimleyici ilaret ayt etme gđcđ kazanmđđ olmalđđđ.

Burada íu hususun da altđ çizilmek gerekir: Tescil balvurusu, ilaretin balvuru tarihine kadar birlikte kullanđđđđ mallar ve hizmetler bakđđndan yapđđabilir. Nitekim, ilaret adđ geçen mal ve hizmetlerle ilgili kullanđđ sonucunda ayt edicilik kazanmđđ ve marka olarak kabul edilmiğtir. Balđa bir deyiğle, ilaretin tescilin talep edildiđđ mallardan veya hizmetlerden sadece bir bđlđmđ için kullanđđmđ olmasđ , diğerleri için de 7/IIđnin aradđđđ tescil íartlarđđn gerđekleđtiđđ anlamđna gelmez. Bu husus maddenin ifadesinden de ađđđa anlalđđmaktadı. ³⁸¹ Ancak kanđnca ilaretin tescili talep edilen mal/ hizmet gruplarđđn üst kavramđ içinde sayđan mal/ hizmetlerde kullanđđmasđ adđ geçen grup bakđđndan balvuru yapđđabilmesi için yeterli kabul edilebilir. Örn. Giyim elyasđ üst kavramđ altđda sadece T-shirt için adđgeđen ilaretin kullanđđmđ olmasđ gibi.

Yukarıda ađđđlamaya đaldđđđm kođullarđ talđđđđnđ ileri sđren bir kimse ilaretin adđna tescili için balvuruda bulunabilecektir. Bu durumda, balvurucu balvurusunun MarkKHK md. 7/IIğye dayandđđđnđ da bildirmeli³⁸² ve balvurusuna bu

³⁸⁰ Almanyağda ise , ayt edici niteliğin tescil karardđn verildiđđ tarihten önce kazanđđmđ olmasđndan sđz edilmiğ , ilaretin tescil talebinin incelenmesi sđrasđnda ayt edicilik kazanmasđ da yeterli sayđmđđtđ. Ancak bđyle bir durumda , henđz ayt edici nitelik kazanmamđ bir ilaretin tescili için yapđan balvurunun sahibine öncelik hakkđ sađđlamasđ kabul edilmemiğ , önceliğin ayt ediciliğin kazanđđđđ tarih itibari ile tanđnacađđ gösterilmiğtir.(Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 85, dpn. 68đden naklen)

³⁸¹ Nitekim maddede ótescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarakđ ifadesine yer verilmiğtir.

³⁸² Balvurusu TPE tarafından MarkKHK md. 7/I (c) ve (d) hđkđmleri uyarđnca reddedilmiğ bir kimse de bu karara karđđ yapacađđ itirazda MarkKHK md. 7/II hđkmđne dayanabilir. Balđa bir deyiğle, balvuru sđrasđnda bu maddeye dayanmamđ bir balvuru sahibi de balvurusunun reddine dair yapacađđ itirazda MarkKHK md. 7/II hđkmđne dayanabilir ve iddiasđna dayanak telkil eden kanđlarđsunabilir. Acaba bu durumda Markalar Dairesi ve Yeniden inceleme ve Değerlendirme Kurulu, MarkKHK md. 7/IIđnin kođullarđnđ olulup olulmadđđđnđ incelemeye almadan sđrf bu hususun balvuru sđrasđnda ileri sürđlmediđđ gerekđesi ile itirazđn reddine karar verebilir mi? Kanđnca , bđyle bir karardđ verilebilmesi mđmkđn olmamak gerekir. Bđyle bir durumda, MarkKHK md. 7/IIđnin íartlarđnđ olulup olulmadđđđnđ adđ geçen kurullar tarafından incelenmesi gerekir. Ancak aksinin kabul edildiđđ bir durumda da , balvuru sahibinin yeni bir balvuruda bulunmasđ ve bu defa balvurusunda ađđđa MarkKHK md. 7/II đye dayanmasđmđmkđndür.

iddasñē kanālayacak bilgi ve belgeleri³⁸³ de eklemelidir. Nitekim, kullanma ile ayāt edici nitelik kazanāddēñēsavunan bunu ispatlamak zorundadē. ³⁸⁴

Böyle bir durumda TPE yaptēē inceleme sonucunda MarkKHK md. 7/IIñin kořullarññ oluştuğu dñlñncesindeyse başvuruyu kabul edecek³⁸⁵, aksi dñlñncede ise başvuruyu reddedecektir.

Başvurunun reddi durumunda başvuru sahibinin elindeki hukuki imkan ne olmak gerekir? Tescil başvurusunun reddi üzerine başvuru sahibinin red kararña karřē MarkKHK md. 47 ve md. 48 hñkñmleri uyarñca TPE nezdinde itirazda bulunabileceği ve bu itirazdan da sonuç almaz ise TPEñin nihai kararña karřē MarkKHK md. 51 uyarñca bu kararñ bildiriminden itibaren iki ay içinde yetkili mahkemede dava aēabileceđi lñphesizdir. Acaba bu durumda başvuru sahibi adēgeēen yollarētüketmeden doğrudan doğruya yetkili mahkemeye başvurmak sureti ile ilāretin adña tescilini talep edebilir mi?

Tekinalp,³⁸⁶ bu soruya olumlu cevap vermektedir. Yazara göre, MarkKHK md. 7/II uyarñca tescili reddedilemeyecek bir ilāretin tescili, TPE tarafñndan kabul edilmediği taktirde başvuru sahibi mahkemeye başvurarak tescil davasēaēabilir, bu davanñ yasal dayanaēēMarkKHK md. 7/IIñdir.

Kanēmca, burada başvuru sahibi seēimlik bir hakka sahiptir, ister MarkKHK md. 47 vd. hñkñmleri uyarñca öncelikle adē geēen karara TPE nezdinde

³⁸³ ilāretin ne zamandan beri, hangi mal ve hizmetlerle ilgili olarak kullanāmakta olduğu ve özellikle bu kullanñ sonrasında kullanāddēē mal/ hizmetin alēē çevresinde ayāt edicilik kazandēñña dair bilgi ve belgeleri başvurusuna eklemelidir. Başvurucu, bu hususta kamuoyu araştırma kurululñlarññ düzenlediği raporlarēda TPEñin bilgisine sunabilir.

³⁸⁴ Tekinalp, **Fikri Mñlkiyet**, s. 356

³⁸⁵ Bu durumda başvuru MarkKHK md. 33 ve MarkKHKY md. 4 ve 16 uyarñca Resmi Marka Bñlteninde yayñlanacaktır. Ancak , marka tescil başvurusunun yayñlanmā olmasē TPEñin bu konudaki nihai kararñē aēēklamā olduğu anlamña gelmemektedir. Nitekim MarkKHK md. 34 , marka başvurusunun yayñmñndan sonra 3. kişilere markanñ 7. maddede sayđan mutlak red sebepleri dolayēē ile tescil edilemeyeceği hususunda görñl sunma olanaēñē tanñmaktadır. Bu durumda TPE başvuruyu bir kez daha inceler . Yaptēē bu inceleme sonucunda, TPE bir önceki kararñētekrarlarsa , 3. kişiler bu karara karřē - TPE nezdindeki ilēmlerin tarafē olmadēklarñndan- (MarkKHK md. 34/son) itirazda bulunamayacaklardē.

³⁸⁶ Tekinalp, **Fikri Mñlkiyet** , s. 356

itiraz ve bunun reddi halinde yetkili mahkemede dava açar, isterse hiç bu yolları tüketmeden doğrudan doğruya yetkili mahkemede tescil davası açar.

Bu hususu da böylece belirttikten sonra MarkKHK md.42/son hükmüne katıca değinmek isterim. Bu maddede MarkKHK md. 7/II hükmüne paralel bir düzenleme yapılmış ve kullanma ile ayırt edicilik kazanmış betimleyici işaretlerin tescilinin MarkKHK md. 7/I (c) ve (d) bentlerine göre hükümsüzlüğüne karar verilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

III.İşaretler Arasında Ses, Anlam ve İkil Benzerliğinin Bulunması

A. Genel Olarak

Markalar İkilleri bakımından göze, söylenişleri bakımından kulağa ve anlamları bakımından da düşünceye etkide bulunurlar.³⁸⁷ Bazı markalarda ses, bazılarıda İkil, bazılarıda anlam, bazılarıda ise bunların birleşimi markanın esas unsurunu oluşturur.

Resim markalarında genellikle İkil ön planda iken bunların ifade ettikleri anlam da bazen önem taşımaktadır.³⁸⁸ Kelime markalarında ise ses, İkil ve anlam unsuru bir arada bulunabilir, ancak bunlarda kelimenin çıkardığı sese, İkilinden fazla önem vermek gerekir. ³⁸⁹ Bu itibarla, işaretler arasında benzerlik olup olmadığının bu hususlarda bir inceleme yapılması gerektiği kalmaktadır.

B. Ses Benzerliği

Ses benzerliği, iki işaretin telaffuzu sırasında ortaya çıkmaktadır. Eğer iki işaret telaffuz olarak yakınlarsa, yazılı olarak benzer olmasalar bile benzer kabul edilirler. Ses açısından benzerlik, kelimelerin yazıldığı gibi okunduğu dillerde

³⁸⁷ Arseven, age, s. 143

³⁸⁸ Arseven, age, s. 143

³⁸⁹ Arseven, age, s. 143

genellikle íekil ve anlam açışından benzerlik ile birlikte ortaya çıkarken, telaffuz ile yazılma farksızlıklarında tek başına önem taşımaktadır.

Uygulamada bu konu ile ilgili olarak verilmiş bir çok karar bulunmaktadır.

Danıştay, óHayat Çiftliği/óHayat³⁹⁰, óViyola/óViala³⁹¹, óVepa/óVega³⁹², óAga/óAga³⁹³, óTursil/óTonsil³⁹⁴, ógüzellik/ógüzeli³⁹⁵, óQuinocorbine/óQugnacrine³⁹⁶, óFLY-TOX/óF.L.Y.³⁹⁷, óÇok-Ay/óÇokrak³⁹⁸, óRoyalüks/ óRoyolux³⁹⁹, óTürkmen Sucuğu/ ó Türkmenoklu Sucuğu⁴⁰⁰, óTursil/ óPursil⁴⁰¹ óKirpi Resmi/ ó Kirpi Léekli⁴⁰², óKaleflex/ óHaléflex⁴⁰³ markaların ses açışından benzer olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır.

Danıştay, óUzun/ óOzon⁴⁰⁴, óAldo/ óArto⁴⁰⁵, óBuz -il/ óBuz Kap⁴⁰⁶ markaların ise söyleniş bakımından benzer olmadıklarına hükmetmiştir.

Yargıtay, óMichel/ óMile⁴⁰⁷, óChanel/ óLanel⁴⁰⁸, óPré/ óPé⁴⁰⁹, óBahlsan/ óBalsen⁴¹⁰, óCamsil/ óAlsil⁴¹¹, óAsprin/ óAspro⁴¹², óTic

³⁹⁰ Da. 12. D.21.4.1969 E. 968/732 (Saklam, age, s. 36)

³⁹¹ Da. 12. D. 12.1.1970 E. 968/739, K. 970/967 (Saklam, age, s. 37)

³⁹² Da. 12. D. 7.4.1970 E.969/2241, K.970/967 (Saklam,age, s. 38)

³⁹³ Da. 12. D. 18.1.1971E.970/628, K.971/62 (Saklam, age, s.40)

³⁹⁴ Da. 12. D. 23.3.1971 E. 969/1693, K. 971/697 (Saklam, age, s. 42)

³⁹⁵ Da. 12. D. 21.6.1971, E. 970/3941 K. 971/ 1540 (Saklam, age, s. 43)

³⁹⁶ Da. 12. D. 4.10.1971 E. 969/1841, K. 971/2019 (Saklam, age, s. 45)

³⁹⁷ Da. 12. D. 26.10.1971 E. 971/ 2294 K. 971/2361 (Saklam, age, s. 46)

³⁹⁸ Da. 12. D. 6.12.1971, E. 970/4700, K. 971/2361 (Saklam, age, s. 46)

³⁹⁹ Da. 12. D. 27.6.1972, E. 971/2657, K. 972/1766 (Saklam, age, s. 46)

⁴⁰⁰ Da. 12. D. 12.10.1965 E. 1965/3332, K. 1965/700, (Danıştay 12. Daire Kararlaré s. 524),

⁴⁰¹ Da. 12. D. 14.3.1972 E. 1970/3129, K. 1972/793, (Danıştay 12. Daire Kararlaré s. 527)

⁴⁰² Da. 12. D. 20.2.1973 E. 1971/2335 K. 1973/446 (Danıştay 12. Daire Kararlaré s. 529)

⁴⁰³ Da. 12. D. 29.11.1973 E. 1972/ 2992 K. 1973/2911 (Danıştay 12. Daire Kararlaré s. 531)

⁴⁰⁴ Da. 12. D. 5.10.1970 E. 969/2243 K. 970/1793 (Saklam, age, 39)

⁴⁰⁵ Da. 12. D. 26.1.1971 E. 970/2825, K. 971/174 (Saklam, age, s. 41)

⁴⁰⁶ Da. 12. D. 13.12.1971 E.970/629, K. 971/2904 (Saklam, age, s. 46)

⁴⁰⁷ TTD. 30.10.1941 K.2296 (Láhap Arç, Yargıtay içtihatlarına Göre Halíyeli Ticaret Kanunu, İstanbul, Pulhan Matbaasé 1946, s.105)

⁴⁰⁸ TTD. 16.10.1953 E. 1697, K. 527 (Tatbikatta Yargıtay Kararlaré 1954, s. 1460-1461)

⁴⁰⁹ TTD. 11.11.1958 E. 2094, K. 2700 (Batider, 1961, C.1, s.245-246)

⁴¹⁰ 11. HD. 27.2.1989, E.4249, K. 1126 (Dönmez, age, s. 102)

⁴¹¹ 11. HD. 26.10.1993, E. 7459 K. 993, Batider, C.XVII, S.2, s. 116)

⁴¹²TD. 2.4.1959, 914/1990 (İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu İerhi, C.I, 3. basé, Ankara, Yetkin, 1990, s. 327)

Tacô/ óCici Tak Têkô⁴¹³, óMintaxô/óMintaksô⁴¹⁴, óDamalê/ óDominoô⁴¹⁵, óÇimenô/ Çimen Çiçeğiô⁴¹⁶ markaların ses açışından benzer olduğuna karar verilmiştir.

Burada íu husus belirtilmek gerekir. Sözcük markalarında , sözcüğün ifade ettiği anlam hakim durumda olursa başka bir ílaretin, ses ve íekil açışından bu marka ile karđtđđma tehlikesi azalđr.⁴¹⁷ Bu anlamda, íef, patron anlamına gelen óBossô sözcüğünden olulan marka ile óBoksô markası arasında karđtđđma tehlikesinin bulunmadığına karar verilmiştir.⁴¹⁸

C.Anlam Benzerliği

Eğer, iki ílaret anlam açışından sahip oldukları benzerlik nedeni ile aynı kimseye ait izlenimini yaratıyorlarsa benzer kabul edilirler. Örn. Amerika Birlelik Devletlerinde óCycloneô ve óTornadoô markaları sahip oldukları anlam benzerliği nedeni ile benzer markalar olarak değerlendirilmiştir.⁴¹⁹

Burada yabancı⁴²⁰ bir sözcükten olulan marka ile onun Türkçe karđđđğđndan oluturulacak ílaret arasındaki karđtđđma olasđđğđndan bahsetmekte

⁴¹³ 11. HD. 13.7.1988, 7928/ 2977 (Dönmez, age, s. 120)

⁴¹⁴ HGK. 18.2.1976, 213/244, KTD 1976, C.6, s. 4778

⁴¹⁵ 11.HD. 30.9.1983 3755/4773 (Dönmez, age, s.)

⁴¹⁶ 11. HD. 26.6.1986 E. 3932 K. 3939 (Dönmez, age, s. 242)

⁴¹⁷ Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 102

⁴¹⁸ BGH (10.10.1995), GRUR Int. , 1996, s. 1236 (Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 102'den naklen)

⁴¹⁹ Halpern Sheldon W., Craig Allen Nard and Kenneth L. Port. Fundamentals of United States Intellectual Property Law, The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 344 (Ünal, agm, s. 17'den naklen) Alman İmparatorluk Mahkemesi de , óNegerô ile óMohrô kelimelerinin karđtđđabileceğini kabul etmiştir. Nitekim, her iki sözcük te özenciô anlamına gelmektedir. (Heinrich Hubman, **Gewerblicher Rechsschutz, 6. Auflage**, München 1998, s. 254-255, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 377'den naklen)

⁴²⁰ MarkK döneminde yabancı sözcükten olulan markaların tescili MarkK md. 5/I (b) gerekçe gösterilerek kabul edilmiyordu. Nitekim, bu dönemde adı geçen düzenleme nedeni ile Danđtay , yabancı kelimelerden olulan ílaret ve adlandırmaların bir markada esas unsur olarak bulunamayacağına buna karđđđğđ esas unsur Türkçe olmak koluyla yabancı kelimelerin bir markada yardımcı unsur olarak yer alabileceğini kabul etmiştir. Bu konu ile ilgili olarak verilmiş kararlar hakkında bkz. Sağlam, age, s. 28 vd. Ancak Danđtay, óFoxô markası ile ilgili olarak verilmiş olduğu kararda bu yabancı sözcüğün, Türkiye'de üretilen bazı mallarla ilgili olarak tescil edilmeden önce sürekli olarak kullanılmığ olmasđ sebebi ile halkta bir yanlışya yol açmayacağına, ancak bunun dđđndeki mallar bakımından ise aldatıcı nitelikte olabileceğine ílaret etmiş ve tescil talebinin incelemesinde bu hususun da göz önünde bulundurulmasđ gerektiğine ílaret etmiştir. (Da. 12. D. 19.10.1970 E. 970/1871, K. 970/1907 , Sağlam, age, s. 29) Bu karar Tekinay tarafından eleştirilmiştir. (Tekinay, agm, s.71) Bu yasaklı varlığına rağmen uygulamada çok sayıda yabancı sözcüğün, örn.

yarar vardır. Hemen belirtelim, çeviri markaların⁴²¹ konu olduğu her olayda bir karârtâma ihtimalinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Burada önemli olan adı geçen yabancı sözcüğün Türkiye'deki alâcâr tarafından kolaylıkla anlaşılabilmesi ve bu durumun her iki ilâretin aynı kimseye ait olduğu düüncesini onlarda uyandırabilmesidir.^{422 423}

bir Alman telebbüsünün óHellaô markası bir İngiliz firmasının óNixô markasının, Türk vatandaşları adına marka olarak tescil ettirilmiş olduğu Özsunay tarafından ifade edilmiştir. (Ergun Özsunay, 6551 sayılı 6Markalar Kanunu Döneminde Markalara İlk Önemli Sorunlar ve 6Markaların Korunması Hakkında KHK/556 ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler, Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları-3-, Markalar Hukukunun Avrupa Birliği'ne Uyum ve Sorunları Semineri, (6 Temmuz 1995), İTO Yayınları İstanbul 1995, s. 18) MarkK'da yer alan yasağın eleştirisi için Av. Mehmet Günün, Markalar Hukukunun Avrupa Birliği'ne Uyum ve Sorunları Seminerindeki konuşmasına da bkz. (Tartılmalar, s.35-36) MarkK'nun adı geçen hükmü MarkKHK'ye alınmadı, MarkKHK'de sadece, mal veya hizmetin niteliği, kalitesi, üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yandıracak markaların tescil edilemeyeceği yönünde genel bir hükme yer verilmiştir. Acaba düzenlenme tarzında yapılan bu değişiklikten hareketle artık Türkiye'de yabancı sözcüklerin marka olarak tescil edilebileceği kabul edilebilir mi? Özsunay, bu soruyu olumlu cevaplamaktadır. Yazar, bu görüşünü şu sözlerle dile getirmiş bulunmaktadır: "...gelilmekte olan Türk satış rekabet nedeni ile bazı yabancı sözcüklerin de marka olarak tescil ettirilmesi gereksinimi içindeydi. İşte KHK/556 marka tescilinde mutlak nedenler içine bu yasakları almamak suretiyle yabancı sözcüklerin de marka olarak tescil ettirilebilmesi olanağını sağlamış oluyordu. (m.7)... (Özsunay, Çözüm ve Yenilikler, s. 18) Arkan, MarkKHK'nin kabulü ile yabancı sözcüklerin de marka olarak tescil ettirilebileceği yolunda genel bir yargıya varılmasının doğru olmadığını ileri sürmektedir. (Arkan, Marka Hukuku, C.I, s. 89) Yazara göre, MarkKHK md.7/ I(f) de açıkça ifade edildiği üzere, bir ilâretin marka olarak tescil edilebilmesi, mal ya da hizmetin coğrafi kaynağı konusunda halkı yandırgıya düürmemesine bağlıdır. Bununla birlikte, yabancı sözcüklerin marka olarak kullanılmasının da, her zaman yandırtıcı olacağını söylemek mümkün değildir. Yazar, bu soruya genel bir cevap aramanın yersiz olduğunu, bu hususta, yabancı sözcüklerin, o tür mal ya da hizmetler için yaygın biçimde marka olarak kullanılıp kullanılmadığına böylece o alan için yabancı kaynak gösterme özelliğinin yitirip yitirmediklerine bakılarak, somut olaya göre karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır. (Arkan, Marka Hukuku, C.I, s. 90) Gerçekten de yabancı sözcüklerden oluşan ilâretlerin marka olarak tescilinde MarkKHK md. 8/I (f) de yer alan kural göz önünde bulundurulmak gerekecektir. Bu itibarla, burada Arkan'ın görüşüne katılmıyorum.

⁴²¹ Paris Konvansiyonu'nun birinci mükerrer 6. maddesinde tanınmış markanın karârtâma yol açacak tercümesinin aynı veya benzeri mallarda kullanılması yasaklanmıştır bulunmaktadır.

⁴²² Arseven, age, s.139, Cengiz, age, s. 10

⁴²³ Rio de Janeiro İstinaf Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda óLifeô dergisi adına Brezilya'da marka olarak tescil ettirmek istemi ve bu sırada Portekizce öhayat anlamına taşıyan óVidaô markasının 1939 yılında marka olarak tescil edildiğini öğrenmiştir. Mahkeme, óLifeô markasının milletlerarası düzeyde tanınmış bir marka olması sebebi ile Paris Anlaşmasının mükerrer 6. maddesine göre korunduğunu belirtmekle beraber her iki isim başka dillerde yazıldığından karârtâma ihtimali olmadığına hükmetmiştir. Propri industr. 1948, s. 81 (Arseven, age, s. 139, dpn. 7a, 1'den naklen) Milano İstinaf mahkemesi de 10.03.1943 tarihli bir kararında bu soruna değinmiş bulunmaktadır. Karara konu olan olayda milletlerarası düzeyde tanınmış bir Fransız markası olan óUn Sourireô markası parfüm, pudra, ruj gibi kozmetik elyada kullanılmaktadır. Daha sonra bir İtalyan firması öğülümsemekô kelimesinin İtalyanca olan óSorrisoô kelimesini rujlarda marka olarak kullanmaya başlamıştır. Mahkeme, burada bir taklit eyleminin bulunmadığına nitekim taklitten bahsedebilmek için sadece çevirinin yeterli olmadığını bunun yanında İkil ve söyleniş benzerliğinin de bulunması gerektiği ifade edilmiş ancak İtalya'da her şeytan halkın bazı Fransızca kelimeleri bilmesi nedeni ile olayda karârtâma ihtimalinin bulunduğunu kabul etmiştir. Propri industr. 1943, s. 99 (Arseven, age, s. 139, dpn 7a, 2'den naklen) Fransız Hukukunda alâcârın çeviri markaları karârtâp

Yargıtay 6Sungurlu Hitit- Hitit Sungurlu markaları ile Almanca Hitit Devleti anlamına gelen 6Hethiter markasının konu olduğu bir uyumsuzlukta 6Hethiter ve 6Hitit sözcüklerinin anlam bakımından eldel olduklarına kabul etmiştir.⁴²⁴

Sözcük markaları ile İekilli işaretler arasındaki anlam benzerliği de karđtđmaya yol açabilir.⁴²⁵ Nitekim; Danđtay da konu ile ilgili olarak vermiğ olduğu bir kararda,⁴²⁶ marka olarak tescili talep edilen 6Sincap kelimesi ile daha önce tescil edilmiğ bulunan sincap resmi arasında anlam bakımından benzerlik olduğuna hükmetmiştir.

D. İekil Benzerliği

Karđtđma iki işaret arasındaki İekil benzerliğinden de kaynaklanabilir.⁴²⁷ Bu durum iki işaretin gözle algılanan resimlerinin⁴²⁸

karđtđmadıkları ekili bir ayrım yapılmak sureti ile saptanmıştır. Buna göre, bir markayētalēyan mallar ihraç edilmekteyse, marka sahibi alēdarēn markasına anlayabilmelerini sağlamak amacıyla , markayē satēn yapıtēye yabancı ülkenin diline çevirmek sureti ile kullanmak isteyebilir. Bu durumda çeviri markanın başka bir kimse tarafından kullanılması marka sahibinin yabancı pazarlardan yararlanma hakkına tecavüz oluşturmaz. Eğer markayē talēyan mallar sadece ülke içinde satēlıyorsa çeviri marka alēdar tarafından rahatça anlaşılabiliyor ve iki marka da aynı işletmeye ait sanđabiliyorsa tecavüzün varlığı kabul edilir. (E. Pouillet, Traite des Marques de Fabriques de Fabrique et de la Concurrence Delojale en Tous Genre, 4.basē, Paris 1898, s. 197-1, No. 146, Öçal, **Markaların Himayesi**, s.111’den naklen)

⁴²⁴ Y 11. HD. 30.12.198 2 E. 5229 K. 5749 (Dönmez, age, s. 77-78) MarkK döneminde bir markanın anlam bakımından elinin kullanılması, markayē aynen kullanma hallerinden biri (MarkK md. 47/a,2) olarak öngörölmüştü. MarkK’nun bu düzenlemesi doktrinde Cengiz tarafından haklı olarak eleştirilmiğ ve burada sorunun iltibas sureti ile marka hakkına tecavüz kapsamında ele alınması gerektiği ifade edilmiştir. (Cengiz, age, s. 9) Nitekim; Yargıtay da , yukarıda adı geçen kararda sorunun iltibas sureti ile marka hakkına tecavüz kapsamında ele alınması ve alēdarēn markaları karđtđp karđtđmadıklarının aralıması gerektiğini kabul etmiğ bulunmaktadır.

⁴²⁵ Arseven, bu durum için İu örneği vermektedir: Collman çivitlerinde bir öküz balē resmi marka olarak bulunmaktadır. Ancak bu çivitler halk arasında öküzbalē biçiminde tanınmaktadır. Dolayısıyla bir kimse çikardē çivitler üzerine öküz balē resmini koymayp da yalnız öküzbalē kelimesini marka olarak kullansa karđtđma ihtimali doğacaktır. (Arseven, age, s. 143) , Cengiz, age, s. 12, Ünsal, agm, s. 17, Arkan, **Marka Hukuku, C.I**, s. 101

⁴²⁶ Da. 12. D. 14.10.1968 E. 1972, K. 1823 (Saklam, age, s. 42)

⁴²⁷ Cengiz, age, s. 12, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.376, Arkan, **Marka Hukuku, C.I**,101

⁴²⁸ 6... üzerinde fil ve balak resimleri bulunan marka tescilli olduğundan, aynı emtia için fil resmi ve bir kompozisyonun ibaret marka arasında ilk bakıda biçim ve anlam bakımından ilk bakıda taayēdedilemeyecek benzerlik olduğundan...6 (Da. 12. D. E. 971/2320 K. 971/2363, Saklam, age, s. 65)

İekli kullanma hakkı vardı, ancak İekil teknik zorunluluğu alan özgünlükte ise karđtđmaya sebep olmayacak biçimde kullanđlması gerekir.

IV.İaretlerin Birbirini Çağrđtması

Karđtđma bazen iki İaretin birbirini çağrđtması halinde söz konusu olabilir. Bu durumda, iki İaret arasında herhangi bir benzerlik bulunmamakla birlikte bunlar birbirlerini çağrđtmaktadırlar.⁴³²

Tekinalp, bu konuda İöyle bir örnek⁴³³ vermektedir: Alđē markası óSiyah Bacō olan ve ambalajında yüzü siyah bir genç kızın resmi olan bir kahveyi bekenmekte ve almaktadır. Buna karđđk markette gördüğü bir başka kahvenin markası ise óArap Teyzeō olup markada oldukça yallı ve gözlüklü bir bayan resmi resmi vardı. Bu örnekte iki İaret arasında ne İekil, ne görüntü, ne de ses açışından bir benzerlik vardı. Ancak ósiyahō ile óarapō ve óbacō ile óteyzeō kavramları iki İaretin birbirini çağrđtması sonucunu doğurmaktadır.

Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi⁴³⁴, ócuceō anlamına gelen óGnomō ve yeryüzü cinlerini ifade eden óKoboldō kelimeleri için aynı sonuca varmış bulunmaktadır. Alman İmparatorluk Mahkemesi ise , bir oparlörün önünde kenen çalan tavlan resminden oluşan bir markanın, ósahibinin sesiō markası ile karđtđabilir bulmuştur, nitekim Mahkemeöye göre tavlan oparlörün önünde duran köpeki çağrđtmaktadır.⁴³⁵

⁴³² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 377

⁴³³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 377

⁴³⁴ Hubmann, age, s. 254-255 (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 377'den naklen)

⁴³⁵ Hubmann, age, s. 254-255 (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 377'den naklen)

V. Bütünlük ilkesi

Marka esas unsurlarla tamamlayıcı unsurların birleşiminden oluşan bir bütündür ve bütün olarak korunur.⁴³⁶ Dolayısıyla markalar arasındaki benzerliğin değerlendirilmesi, markada yer alan kelime ya da İkel unsurlarının birbirlerinden bağımsız olarak tek tek⁴³⁷ ele alınması yoluyla değil, markada yer alan tüm unsurların birlikte yarattığı bütüncül izlenime göre yapılmalıdır.⁴³⁸

Nitekim, öyle durumlar vardır ki markaların bağımsız unsurları arasında benzerlik bulunmasına rağmen bunlar bütün olarak tamamen farklı etki bırakabilirler.⁴³⁹ Yine öyle durumlar olabilir ki markaların bağımsız unsurları arasında

⁴³⁶ Arseven, age, s. 142-143, Hayri Dericioklu, **Marka Tescilinde Aranılan Hususlar** (Mülâhabetin Tespiti), TİG, 19.8.1957, S.235, s. 4, Karayalçın, **Ticaret Hukuku**, s. 461, Teoman, **Kitap 1**, Mütalaa 5, s. 34, Mütalaa 12, s. 120-121, Teoman, **Kitap 2**, Mütalaa 28, s. 29, Cengiz, age, s. 28, **Arkan, Marka Hukuku, C.1**, s. 99, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 407, Ünsal, agm, s. 17

⁴³⁷ Ö... İki markanın esaslı özelliklerle ayrışıp ayrılmadığını tayin ederken bu markaların elemanlarına ayrı ayrı incelemek doğru olmayıp bütün olarak markaların bellekte bıraktıkları etkiyi dikkate almak gerekir. Ö İsviçre Federal Mahkemesi 14.10.1952 RO 78 II 379 (Ekrem Edgü, **ÖFabrika Markaları**, ABD, 1954, S.1, s.68'den naklen) Ann. 1939-57 (Öçal, **Fransız Mahkeme Kararları** s. 152-153'den naklen)

⁴³⁸ Bu ilke, MarkK.öda açıkça ifadesini bulmuştur. Böyle ki; MarkK. Md. 7'ye göre ÖHerhangi bir İfadenin marka olarak tescil edilip edilemeyeceğinin tayininde münferit unsurlardan ziyade markanın bütün olarak bıraktığı genel intiba nazara alınır. Ö MarkK. Md. 47/a,3 ö göre : Ö... tescilli bir markaya toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibarı ile ... benzer... bir markayı kullanan kimse, o markanın benzerini kullanmış sayılır. Ö Her ne kadar MarkKHK'de açıkça böyle bir düzenleme yapılmamış ise de bu ilkenin yeni hukukumuz bakımından da geçerli ve uygulanabilir olduğu doktrinde ifade edilmektedir. (Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 99, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 407, Ünsal, agm, s. 18)

⁴³⁹ Arseven, age, s. 143, Cengiz, age, s. 34, **Arkan, Marka Hukuku, C.1**, s. 99

Ö... Tescili istenilen markaya ait Yelilova isminin 1966 yılından beri davacı İirket tarafından fiilen kullanıldığı diğer taraftan tescilli markanın siyah köfeli beyaz zeminli dörtgen içinde bir tek ova kelimesinden , tescili istenilen markanın ise yuvarlak bir İkel içinde ÖYelilova ve ekstraö kelimelerinden meydana geldiği, bu nedenle aralarında ilk bakışta benzerlik bulunmadığı anlaşılmaktadır. Markaların tescilinde münferit unsurlardan ziyade bir bütün olarak bıraktığı genel intibaı nazara alınması kanun icabı olduğuna göre, tescili talep edilen markanın bir bütün olarak göze alınması halinde tescilli markaya benzemediği açıkça görülmektedir. ..ö Da. 12. D. E. 969/1433, K. 972/633 (Sağlam, age, s. 48)

Ö... Tescili talep edilen marka 16917 sayılı marka ile aynı İekli taİlamakta , ancak tescilli İkel üzerinde bulunan kelimeleri bulunmamaktadır. Davacı marka üzerinde bulunan kelimelerin biçim, telaffuz ve mana bakımından tescilli markadan farklı bulunduğunu, İkel benzerliğinin ise , 551 Sayılı kanunun 7. maddesi hükmü karışında tescile mani olmayacağını iddia etmekte ise de ; mezkur kanunun 7. maddesi markaların münferit unsurlardan ziyade markanın bir bütün olarak bıraktığı intibaı dikkate alınacağını belirttiği, tescili talep edilen markanın ise bir bütün olarak 19617 sayılı tescilli markaya benzerliği bulunduğu cihetle...ö Da. 12. D. 5.4.1972 71/984-72/1042 (Dönmez, age, s. 88)

tam bir benzerlik olmadıkça halde bütün olarak b akt klar  genel görünüm onları benzer k dabilir. ⁴⁴⁰

Ancak yapılacak ara tımda a  l kl  rolü esas unsurlar oynayacaktır. ⁴⁴¹ Nitekim; markaların esas unsurlarının benzer olmas  durumunda , tek ba ına ay rt edicili e sahip olmayan yard nc  unsurların ayn  veya benzer olup olmad klar  üzerinde durulmas na gerek yoktur. Başka bir deyişle, esas unsurlar iltibas n varlığının saptanmasında bak ms z birer parça olarak dikkate al n r n ⁴⁴²,

 ...Marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa , as  unsuru markanın bütünü itibari ile b rakt   izlenim , tümüne hakim olan g r n l ve ay rt   ve ay rt  n  vurgulayan imajda aramak laz md r...  Y 11. HD. 1.12. 2000 E. 2000/7590 K. 2000/9528 (FMR, Y.2, C.2 ,S.1, s. 179)

⁴⁴⁰ Arseven, age, s. 143, Cengiz, age, s. 34, Arkan, **Marka Hukuku, C.1**, s. 99

 ... Kar        markaların bütün elemanlarının ayr  olmas  bunların iltibas etmesi olas      bertaraf edilmiş olmasını gerektirmez. ..  RO 25 II 308 (Edgü, agm, s. 69 dan naklen)

⁴⁴¹ Karahan, **Marka İ killeri**, s. 130 , Cengiz, age, s. 28,  nsal, agm, s. 18

⁴⁴²   ... Tereya ında kullan mak üzere tescili talep edilen   Hayat  itliki  markas n n, Ceyhan Sanayi ve Ticaret  letmeleri T.A.O. ad na tescilli bulunan  Hayat  markasına , her ikisinin de hakim unsuru  Hayat  i leti olmas  ve bu i letler aras nda gerek biçim gerek telaffuz bak n ndan bir ayniyetin bulunmas  sebebiyle ilk bak ta tefrik edilemeyecek derecede benzer bulunduğu meydandadı r...  Da. 12. D. E: 968/1918, K. 969/732 (Sa lam, age, s. 36-37)

 ... Davac n n  Alper  marka ve  nvan  ile daval n n  Ayd n Alper  marka ve  nvan  aras nda iltibas n varlı  n  kabul etmek gerekir. ..  Y 11. HD. 12.10.1990 e. 6580/K. 6475 (Eri , age, s.399)

 ...Davac lar ad na kay tl  Perma- Sharp ve Permatik markalar  ile davalı ad na tescilli , Pol S permatik markalar  aras nda iltibas olup daval n n Pol S permatik markas ndan S permatik s zc k n n   kar lmas  gerekir...  Y 11. HD. 25.10.1990 E.1100 / K. 6854 (Eri ,age, s. 400)

  Davac n n ürettiği elarplarda kulland   tescilli Solmaz Giyim Sanayi markası ile daval n n ürettiği elarplarda kulland   İ   Solmaz markas ndaki Solmaz s zc k  her iki markanın belirleyici unsuru olduğu ve iltibas yaratt  ndan daval n n markas ndan Solmaz s zc k n n silinmesi gereklidir.   Y 11. HD. 13.11. 1990 E. 3651/ K. 7245 (Eri , age, s. 400)

  G l kl  ibaresini davacıların mel ur ve maruf hale getirdikleri 1982 y  nda  Baklavac  G l kl  ve  Baklavac  G ll  kl  olarak m lterek marka tescili yapt    lar  daval n n ayn  ibareyi işletme ad  ve marka olarak kullanmas n n iltibasa yol a     ve haks z rekabet tel il ettiği, vurgu s zc k n n  G l kl   olmas  nedeniyle işletme ad n n ba ına   z  kelimesinin ilavesinin iltibas  ortadan kald rmayacak  kaldı ki   z  kelimesinin çok küçük boyutta kullan     gerekçeleriyle..  Y 11. HD. 4.2.1991 E. 8510/K. 507 (Eri , age, s. 403-404)

 Dava, davac n n tescilli bulunan (supar) markasına, daval n n tescilsiz (suparsan) markas n  kullanmak suretiyle vaki tecavüzün önlenmesi istemine ilişkindir. Taraflar n kulland  lar  markaların her ikisinde de (supar) kelimesi aynen mevcuttur. Daval n n kulland   markanın sonundaki (san) eki ayrıca bir fark meydana getirmez. Her iki marka aras nda benzerlik sebebiyle iltibas vardır.  Y 11. HD. 18.3.1991 E. 251/ K. 1966 (Eri , age, s. 404)

 ... Davac n n markas n n 1988 y  nda , daval n n markanın ise , daha sonra 1989 y  nda tescil edildikleri , her iki markanın da  Karel  s zc k nden oluştuğu, davalı markas n n  Kar-el  İ leinde yaz lm  olmas n n sadece teferuattan ibaret olduğu , ... orta kültür ve düzeyli al   larda tam bir benzerlik bulunduğu izlenimi verdiği... gerekçeleri ile davanın kabulüne...  Y 11. HD. 7.12.1993, 1993/ 1883-8169 (Cam  age, s. 176)

  ...Mahkemec , Riva tek markas n n kılavuz s zc k n n  kerde i  Riva  s zc k  olup , bu s zc  e ilave edilmiş olan tek hecesinin vasat bir m lterinin davacı İ irketin (Riva) markası ile ilgi kurmasına engel olacak bir nitelik arz etmediği böylece... davanın kabulü ile ... marka iptal isteminin reddine dair karar usul ve kanuna uygun olmakla...  Y 11. HD. 25.10.1993, 1993/134-6760 (Cam   age, s. 181)

yardımcı unsurlar ancak markanın genel görünümüne etkileri ölçüsünde⁴⁴³ dikkate alınabilirler.

Burada esas olan , o mal/ hizmetin ortalama dikkat sahibi alıcısının, malin/ hizmetin niteliğine göre ayırdedildiği alın süresi içinde edindiği toplu izlenimdir.⁴⁴⁴ Alın süresinin kısıldığı malin/ hizmetin alınmasıyla günlük il niteliği taşıdığı hallerde yanma payı yükselir. ⁴⁴⁵ Nitekim, pahalı ve teknik kullanıma ilkin malların/hizmetlerin alıcılara alınmaları, ilk andaki izlemime göre değil, daha detaylı araştırma ve karşılaştırma sonuçlarına göre yaparlar. ⁴⁴⁶

ATM de Sabel BV/ Puma AG davasında⁴⁴⁷ ortalama tüketicilerin bir işareti bir bütün olarak algıladıklarını ve onun belirli ayrıntılarına analiz etmeye yönelmediklerine işaret etmiştir.

VI. Bağlantı ihtimali

Yukarıda bağlantı ihtimali kavramına verilen anlamı aydınlatarak açıklamamı bulunuyorum. ⁴⁴⁸ Gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla orada yaptığım açıklamalara atıf yapmakla yetiniyorum.

ısviçre'de óSadinó ile óSado , óAlphaó ile óAlpha-Daraó markaları arasında iltibas bulunduğuna karar verilmiştir. David, age, Art 3, Nr 22 s. 67 (Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s. 99'dan naklen) Yine, tükenmez kalemle kullandın óBigó markası ile iki sözcükten oluşan óBig-Penó markası arasında da benzerlik bulunmaktadır, nitekim ikinci markanın akılda kalan unsuru óPenó değil óBigó sözcüğüdür. BGE 87/II, s.37,38 (Arkan, **Marka Hukuku** , C.1, s. 99'dan naklen)

⁴⁴³ Bilginin, markada yer alan yardımcı unsurlara orijinal bir şekil verilmişse bu orijinal şeklin de korunacağını ve iltibas ve iltibasın saptanmasında dikkate alınacağını ifade etmektedir. (Bilginin, age, s. 206) Cengiz de aynı görüşü paylaşmıştır. (Cengiz, age, s. 28)

⁴⁴⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 408

⁴⁴⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 408

⁴⁴⁶ Ünsal, agm, s.18

⁴⁴⁷ C-251/95, 11.11.1997 , Sabel BV v. Puma AG, Rudolf Dassler Sport , paragraf 23 (Çevrimiçi: www.europa.eu.int, 21.05.2002)

⁴⁴⁸ Bu konuda bkz. Birinci Bölüm II.

III.İlâretin Mütcevaz Tarafından Markasal Kullanış Zorunluluğu

Tescilli bir markanın sahibine sakladış hakların kapsamı MarkKHK md. 9/İde düzenlenmiş ve aynı maddenin II. fıkrasında marka hakkını ihlal eden kullanış biçimleri örnek niteliğinde⁴⁵¹ olmak üzere sayılmıştır.

Bu hüküm anlamında marka hakkına tecavüzden bahsedebilmek için, marka olarak tescil olunan ilâretin aynıışın ya da benzerinin markasal olarak kullanışmasını zorunlu olup olmadış tartışılmaktadır. Burada bu tartışmaya⁴⁵² girmeden , baskın görölün, böyle bir zorunluluk aramadışın⁴⁵³ belirtmek isterim. Anılan görölün sonucu olarak tescilli bir markanın aynı veya benzeri bir sözcüğün başkasına ait ticaret unvanı ilâletme adı alan adıda kullanışması ya da adı geçen markanın internette farklı İekillerde kullanışına duruma göre marka hakkına tecavüz telîk edebilecektir. Alışda bu ihtimalleri ayrı ayrı inceleyeceğim:

A. Tescilli Markanın Üçüncü Kili Tarafından Ticaret Unvanı Olarak Kullanışması

Ticaret unvanı tacirin ticari ilâletmesine ilişkin İ ve İlemlerinde kullandışad olup bir taciri diğerinden ayırt etmeye yarayan bir kavramdır.

⁴⁵¹ Arkan, **Marka Hukuku**, C.II, s. 211, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.368, 377, Fusun Nomer, **İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İlâretler ile Benzerlikler Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar**, Prof. Dr. Hayri Domaniçe 80. Yıl Günü Armağanı C.1, yayına hazırlayan Doç Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, Beta, 2001, s. 408, İsmail Kırca, **İ Tescilli Markanın Üçüncü Kili Tarafından Alan Adı Olarak Kullanışması**, Prof. Dr. Ömer Teomanı 55. Yıl Günü Armağanı C.II, yayına hazırlayan Doç Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, Beta, 2002, s. 527

⁴⁵² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sabih Arkan, **İMarka Hakkına Tecavüz- İlâretin Markasal Kullanma Zorunluluğu ?**, Batider 2000, C. XX, S.3, s. 5 vd.

⁴⁵³ Arkan, **Kullanma Zorunluluğu** , s. 11, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.368, 377, karlı. k Yılmaz Aslan, **İEndüstriyel Tasarım Haklarının Kullanışması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlîlileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Dölünceler**, FMR, Y. 1, C. 1, S.1, s. 31-32, Bu yazar, görölünü desteklemek için Teomanı atıfta bulunmaktadır. Ancak yazarın atıfta bulunduğu mütalaa Teoman tarafından MarkK döneminde kaleme alınmış bulunmaktadır. (Teoman, **Kitap:1**, s. 32)

TTK'na göre, ticaret unvanı⁴⁵⁴ çekirdek ve ek olarak isimlendirilen iki unsurdan oluşur. Ticaret unvanının esas unsuru, çekirdek olarak isimlendirilen kısım olup bu kısım tacirin gerçek⁴⁵⁵ veya tüzel kişi olması; tüzel kişiye seçilen hukuki statüye göre⁴⁵⁶ değişiklik göstermektedir. Ticaret unvanının esas unsuru olmayan ekin kullanılması ise kural olarak istenilmez olmakla birlikte, bazı hallerde⁴⁵⁷ kanun tarafından zorunlu kılınmaktadır.

Karşıtlaşma ihtimali, bir kimsenin markasının başka bir kimse tarafından ticaret unvanı olarak kullanılması halinde de ortaya çıkabilmektedir. Nitekim; böyle bir durumda markanın ticaret unvanının çekirdek kısmında

⁴⁵⁴ Tescil edilmiş ticaret unvanının korunmasına ilişkin yasal düzenleme TTK md. 54 ile getirilmiş bulunmaktadır. Bu madde uyarınca ticaret unvanı sahibinin elindeki hukuki imkanlar ise şöyledir: Unvanı kanuna aykırı bir şekilde başkası tarafından kullanılan tacir, bu kullanmanın önlenmesini dava edebilir, tescilli ticaret unvanını haksız olarak kullanan kimse, bu unvanı tescil de ettirmiş ise, ilk tescili yaptıran tacir, duruma göre ikinci tescilin terkinini ya da adı geçen unvanının ayırdedici bir ek almasını dava yoluyla ileri sürebilir. Bundan başka, ticaret unvanının haksız şekilde kullanılması zarara yol açmış ise o, kusurlu kişiden tazminat da talep edebilir. TTK md. 54 ile getirilen korumanın kapsamının dar olduğu ve bunun diğer fikri haklar bakımından sağlanan koruma paralelinde genişletilmesi önerilmektedir. (Gül Okutan, **6Ticaret Unvanı ve İletme Adı**, 40 Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul, İÜHF Yayını 1997, s.23, Okutan (Tekinalp/ Tekinalp) **AB Hukuku**, s. 19-21) Nitekim; Okutan'a göre; TTK md. 54'deki haksız olarak kullanılan tescil edilmiş tabirinden, bu maddede ele alınan tecavüz halinin, bir ticaret unvanının başka bir kimse tarafından haksız şekilde ticaret unvanı olarak kullanılması olduğu anlaşılmaktadır. Oysa, unvana tecavüz bu halle sınırlı kalmayabilir. Örn. ; tanınmış bir ticaret unvanı içindeki ayırt edici sözcük, bir başkası tarafından marka olarak kullanılabilir. (Okutan, **Ticaret Unvanı ve İletme Adı** s. 19) Hemen belirtelim; bu son ihtimalde ticaret unvanı haksız olarak bir başka kimse tarafından marka olarak tescil ettirilmek istenirse, unvanının sahibi MarkHKH md. 8/ III uyarınca bu tescile itiraz edebilecektir.

Tescil edilmemiş ticaret unvanları ise haksız rekabet hükümleri dahilinde korunmaktadır. Bu konuda bkznz. Ayşe Yürük, **6Türk Hukukunda Tescilsiz Ticaret Unvanlarının Korunması**, Prof. Dr. Suat Merve Anı'sına Armağan, C.I, Eskişehir 1986, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları s. 179-189

⁴⁵⁵ Gerçek kişi tacirlerde ticaret unvanının çekirdek kısım, kişinin kişiliğinden yazılacak ad ve soyadından oluşmaktadır. (TTK md. 43/I)

⁴⁵⁶ Kollektif şirketlerde ticaret unvanının çekirdek kısım tüm ortakların ya da hiç olmazsa ortaklardan birinin ad ve soyadı ile şirket türünü gösteren ibareden oluşur. (TTK md. 44/I) Adi ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ticaret unvanında, komandite ortaklardan en az birinin ad ve soyadı ile şirketi ve türünü gösteren bir ibare bulunur. (TTK md. 44/II) Bu şirketlerin ticaret unvanında komanditer ortakların ad ve soyadlarının bulunması yasaktır. (TTK md. 44/II, son) Komanditer ortakın ismi ticaret unvanında yer alırsa, bu ortak üçüncü kişilere karşı komandite ortak gibi sorumlu tutulur ve bu durum ayrıca TTK md. 53/II uyarınca cezai müeyyideyi de beraberinde getirir. Limited, anonim ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanının çekirdek kısım iletme konusu ile şirketin türünü gösteren kelimelerden oluşur. (TTK md. 45) Amacı ulaşmak için ticari iletme ileten dernek ve vakıfların ticaret unvanı ise kendi adlarının aynısıdır. (TTK md. 46/I)

⁴⁵⁷ Bu zorunluluk esas itibarı ile üç halde söz konusudur: Bu haller için bkznz. TTK md. 43/II, TTK md. 47/II, TTK md. 50/I

kullanılması alıcıların iki işletme arasında bir bağlantı kurmalarını sonucunu doğurabilir ve bu nedenle marka sahibi markasının üçüncü kişi tarafından ticaret unvanında kullanılması⁴⁵⁸ marka hakkına dayanarak engel olabilir.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Y 11. HD. E. 1997/ 955 K. 1997/1255 , Y 11. HD. E. 1997/424 K.1997/1140, Y 11. HD. E. 1997/2226 K. 1997/2828 (Alper Tunga Akgülen, **6 Haksız Rekabet ve Markalar Kanunu Üzerine Yargıtay içtihatları**, Türkiye'de ve Dünya'da Sınai Mülkiyet Koruması Uluslararası Konferansı, Bidiriler, İstanbul 24-25 Haziran 1997 , TPE Yayın s. 131-132'den naklen) Yargıtay'ın önüne gelen bir uyumsuzlukta; davalı şirketler BMW markasını izinsiz olarak ticari faaliyetlerinde, yedek parça satış ve servis bakım faaliyetlerinde, *ticaret unvanlarında*, tabelalarda, her türlü il evrak ve kârtasiye ve tanıtım vasıtalarında kullanılmaktadırlar. Yargıtay, bu davada BMW, yedek parçalarını ithal ederek satan davalıların BMW markası ve logosunu *ticaret unvanında*, basılı evraklarda, tabelalarda, camekanlarında aynen kullanmasını, *ödevce marka sahibi ile aralarında bir bağlantı bulunmadıkça* belirtecek tedbir ve tefrik edici ayrılma yapmaktan uzak olduğu gibi aksine bir *bağlı varlığı* ortaya koyar *İkilde olduğundan davranışları ödevce marka ve logolarına tecavüz niteliği taşıdığına* hükmetmiştir. (Y 11. HD. 15.4.1993, 1992/1577-2447, Camcı, age, s. 187-189'dan naklen) Burada dava konusu olayı biraz dekiştirerek değerlendirmek istiyorum: Davalar bu defa BMW markasına ne ticaret unvanlarında ne de işletme adında yer vermiş olsunlar. Onlar sadece adı geçen markaya, antetli faturaları fiyat listeleri, katalogları ile afiş ve tabelalarında yer vermiş olsunlar. Acaba bu durumda onların kullanımının MarkKHK md. 12 kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilir mi? MarkKHK md. 12 konu ile ilgili bir açıklık taşımamaktadır. Ancak 89/104 sayılı Yönerge'nin 6. maddesinin MarkKHK'ye alınmamış bulunan c bendinde malın veya hizmetin öngörülen amacına ve özellikle teferruat veya *yedek parça* niteliğini belirtebilmek için gerekli olması halinde, markanın kullanılması marka sahibi tarafından engellenemeyeceği ifade edilmiştir. Tekinlpe göre , MarkKHK'nin adı geçen varsayımı bilerek dâladık ve MarkKHK'nin bu hususta menfi bir buluşu içerdiği söylenemez, aksine MarkKHK'nin , markanın üçüncü kişi tarafından kullanılması müessesini tanıması, marka olarak kullanılması da olanak veren bir anlamlandırma ve açıklamaya amaca uygun hale getirmektedir. Bundan başka yazar, MarkKHK hükmünün, mevcut biçiminin markanın marka olarak kullanılması engel oluşturmadağın aksine bazı ibarelerin bu tür bir kullanmaya imkan verecek *İkilde* yoruma elverişli olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre; ö... mal ve hizmetlerle ilgili ... kullanım amacı ibaresi tescilli bir markanın başka tarafından marka olarak kullanılması imkan sağlayacak lafza ve ruha sahiptir ve bu nedenle de kaynak yönergenin ilgili hükmü, Türk hukukuna aktarılmamış olsa bile MarkKHK'nin 12. maddesinde yer alan *sınırlar* içinde bir markanın üçüncü kişi tarafından marka olarak kullanılması engel yoktur. (Ünal Tekinalp, **Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması**, Prof. Dr. Okuz *ın*regünce Armağan, İstanbul, Beta,1998 s. 643-644) Bu açıklamalar *İkilde*; onun adı geçen markayı bu *sınırlar* içinde kalmak kaydı ile üretilen ürünlerin hangi marka ve tipe uyduğunu gösterme amacı ile- kullanım MarkKHK md. 12 kapsamında değerlendirilir ve marka sahibi bu kullanıma engel olamaz. Adalet Divanı 23 *İubat* 1999 tarih ve C-63/97 sayılı kararında, BMW markasının sahibinin BMW araçlarının ikinci el satışları ve bakım ve onarımını yapan bir üçüncü kişinin BMW markasını kullanıp kullanmayacağını tartışmışlardır. Divan bu kararda; Topluluk markaları hakkında direktifine göre, BMW markasının sahibi, garaj sahibinin BMW araçlarının bakım ve onarım ilinin yapıldığını veya bu araçların yeniden satışında veya bakım ve onarımında uzmanlaşmış olduğunu kamuya duyurmak amacı ile BMW markasını kullanmasını yasaklayamayacağını belirtmiş, ancak bu markanın garaj ile BMW markasının sahibi arasında bir ticari bağlantı varmı gibi sahte bir imaj yaratabilecek *İkilde* kullanımı halinde marka sahibinin bu kullanıma engel olabileceğine hükmetmiştir. (Aslan, agm, s. 33-34'den naklen) Kanınca, hukumuz bakımından ATM kararında getirilen kriter göz önünde bulundurularak bir sonuca varılması mümkündür. Nitekim MarkKHK md. 9/I, (b) maddesi uyarınca bir ifadenin tescilli bir marka ile bağlantı olduğu ihtimali dahil kararda *İkilde* ihtimali varsa kullanımının yasaklanabileceği ifade edilmiş olmakla, adı geçen hükmün tescilli bir markanın böyle bir kararda *İkilde* neden olmadan kullanabilmesine imkan tanıdığı göstermektedir. Kaldı ki, ürünün teferruat ya da yedek parça niteliğini göstermek amacı ile kullanımı da haksız bir kullanım olarak kabul edilmemelidir.

⁴⁵⁹ Arkan, **Kullanılma Zorunluluğu**, s.11, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.368

Ancak marka sahibinin böyle bir iddia ileri sürebilmesi için onun adı geçen markayı bu kimseden önce haklı olarak kullanmış olması gerekmektedir. Nitekim; hukukumuzda farklı aydın edici ad ve işaretlerin birbirlerine karşı üstünlüğü kabul edilmemiştir.⁴⁶⁰

Bundan başka, adı geçen durumun MarkHKH md. 12 çerçevesinde değerlendirilmesi de mümkün olabilmektedir. Nitekim; adı geçen hüküm ile tescilli bir markanın üçüncü kişi tarafından ad olarak kullanılması, bu kullanımı ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı değildir⁴⁶¹ izin verilmiştir.

Böyle olunca; bir kimsenin tescilli markasının, bir diğer kimsenin adı ile aynı olması bu kişinin adını kullanmasını engelleyemez. Dolayısıyla bir markada yer alan adın, aynı adı taşıyan bir gerçek kişi tacir tarafından ticaret unvanında kullanılması marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilemeyecektir.⁴⁶² Zaten adı geçen durumda ticaret unvanının çekirdek kısmı, TTK md. 43/I uyarınca zorunlu olarak kişinin adını içermektedir. Bundan başka ticaret unvanının kullanılması tacirler açısından sadece bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür.⁴⁶³ Başka bir deyişle; tacir adı geçen unvanını ticari işletmesi ile ilgili tüm işlemlerde kanun gereği zorunlu

⁴⁶⁰ Karayalçın, **Ticaret Hukuku**, s. 460, Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, s. 298, Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukuki Mütalaalar, Kitap 4**, 1982-1983, İstanbul, Kazancı 1995, Mütalaa 123, s. 4, Teoman, **Kitap:9**, Mütalaa:98, s. 26, Nomer, **Alan Adı** s. 413

⁴⁶¹ MarkHKH md. 12'de ödürüst ve ticari ve sənai konularla ilgili olma ifadesine yer verilmiş bulunmaktadır. Tekinalp, hükümdeki ifadeyi eleştirmekte ve hükümdeki bu ifadenin 89/104 Sayılı Yönerge'de olduğu gibi ticaret ve sanayideki uygulamalara aykırı değildir biçiminde anlaşılmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, bu iki ifade arasında iki önemli fark vardır. Birincisi, MarkHKH'de ödürüst ve ticari ve sənai konularla ilgili olmak ifadesinde iki ayrı farklı öngörülme olması, ikincisi ise ödürüst sözcüğünün kullanılması sureti ile MK md. 2'deki dürüstlük kuralının çağrılmasıdır. Oysa, kaynak metinde MK md. 2'deki dürüstlük kuralına değil, ticari ve sənai alandaki teamüllere atıf yapılmıştır. (Tekinalp, **Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılma**, s. 640-641)

⁴⁶² Tekinalp, **Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılma**, s. 638, Arkan, **Marka Hukuku, C.II**, s. 133, Kırca, agm, s. 543

⁴⁶³ Böyle bir yükümlülüğün öngörülmesi ise, sadece tacirler bakımından değil, onunla ilişkide bulunan diğer tacirler ve tüm ilgili üçüncü kişiler bakımından da yararlıdır. Nitekim; ticaret unvanının taciri aydın ederek piyasada tanıtılması ticari işlemlerde gerekli olan hız, kolaylık ve güvenin hem tacir, hem de onunla ilişkide bulunan diğer tacirler ve müşteriler bakımından sağlanmasına yardımcı olmaktadır. (Yürük agm, s. 182)

olarak kullanmak durumundadır. Görüldüğü gibi, burada ne adın seçiminde ne de onun kullanılması ihtiyarlık söz konusu değildir.

Aynı esas markanın kolektif ve komandit şirketlerin unvanında yer alması durumunda da kural olarak geçerlidir. Nitekim, TTK md. 44 uyarınca bu şirketlerin ticaret unvanlarında ortaklardan en az birinin ad ve soyadının bulunması gerekir.

Tekinalp, bu durumda adı unvana konulacak ortakın seçiminde ortakların serbest olduğunu belirtmekte ve adının, unvanı yer alması diğer ortaklarca uygun görülen ortakın adının, tescilli bir markanın aynı veya benzeri olması, kolektif ve komandit ortakların ortaklarının seçimine engel oluşturmayacağını ifade etmektedir.⁴⁶⁴

Kısaca, bu gibi durumlarda da kullanının dürüst olup olmadığının araştırılması gerektiğini ileri sürmektedir.⁴⁶⁵ Yazara göre; tescilli bir markanın itibarından yararlanma amacı güdülerek, diğer ortak veya ortakların adlarına unvanı yer vermekten kaçınıp, bunun yerine markayla aynı veya benzer adı unvanı yer verilmesinin, MarkHKK md. 12 kapsamında değerlendirilmesinin güç olacağını hatta markanın itibarından yararlanma niyeti bir taraf bırakacak olsa bile , dürüstçe kullanının tespitinde başvurulacak ölçütlerin bu sakınmak mümkünken bu özeni göstermemek⁴⁶⁶ ölçütünün burada da uygulanmasının pekala mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Kısaca, burada kısacının yapıldığı bulunduğu tespit yerindedir.

B.Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından İletme Adı Olarak Kullanılması

⁴⁶⁴ Tekinalp, *Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılma*, s. 638

⁴⁶⁵ Kısaca, agm, s. 543, dñn. 67, Yazar, aynı sonucun donatma iştirakinin ticaret unvanının teñkilinde de geçerli olduğunu ifade etmektedir.

⁴⁶⁶ Tekinalp, *Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılma*, s. 641

İletme adē ticari İletmenin adē olup, ticari İletmeyi tanıma fonksiyonuna sahiptir. Baēka bir deyiēle, İletme adē bir İletmenin diēerlerinden ayērdedilmesini saēlar.

Hemen belirtelim, bir kimseye ait markanın baēka bir kimse tarafından İletme adē olarak kullanēmasē halinde de bir karētēāma ihtimalinden bahsedilebilir ve marka sahibi marka hakkēna dayanarak bu duruma engel olabilir.

Bir markada yer alan adē, aynē ada sahip baēka bir kimse tarafından İletme adē olarak kullanēmasē hali acaba MarkKHK md. 12 kapsamēda deēerlendirilebilecek midir?

TTK İletme adēnın nasē oluēuēulacaēāna dair bir hēkēm sevk etmiē deēildir, baēka bir deyiēle İletme sahibi bu konuda serbesttir. Bundan baēka İletme adēnın kullanēmasē zorunlu da deēildir. Ancak İletme adē kullanēēyorsa bunun tescil⁴⁶⁷ ettirilmesi gerekmektedir. Bu bilgiler ēēānda; adē geēen durumun MarkKHK md. 12 kapsamēda deēerlendirilmesinin mēmkēn olmamak gerekir.⁴⁶⁸ Nitekim; İletme adēnın gerek seēilmesi gerekse kullanēnē ihtiyaridir ve İletme adēnın, sahibinin adēnētēāmasēda zorunlu deēildir.

C. Tescilli Markanın Üçüncü Kiēi Tarafēndan İnternette Kullanēmasē

1. Genel Olarak

⁴⁶⁷ İletme adēnē tescil ettiren kimse , tescilin yapēmē olduēu sicil ēevresi iēinde TTK md. 54ēe dayanarak koruma talep edebilir. (TTK md. 55) İletme adē tescil edilmemiēse haksēz rekabet hēkēimleri uyarēnca korunacaktır.

⁴⁶⁸ Tekinalp, **Üçüncü Kiēi Tarafēndan Kullanēma**, s. 642, Kēca, agm, s. 544, dpn. 68

İnternet, dünya üzerindeki milyonlarca bilgisayarların birbirlerine bağlanmaları ile oluşan global bir bilgisayar ağına sistemini ifade eden bir kavram⁴⁶⁹ olup dünya çapında elektronik bir pazar olarak hizmet veren bir araçtır.⁴⁷⁰

Elektronik ticaretin önemi gün geçtikçe artmaktadır. Nitekim; dünya çapında faaliyet gösteren işletmeler, internetin sağladığı bu olanaklar sayesinde dünyaya küresel bir pazar olarak görmeye başlamış ve kurdukları web siteleri üzerinden kendileri ve ürünlerini tanıtarak satış yapmaya başlamışlardır. Yüzyüze gelmenin mümkün olmadıkça bu sanal pazarda, mal ile fiziki ilişki kurulması da mümkün olmadıkça, işletmelerin kendileri ve piyasaya sundukları mal ya da hizmetler açısından oluşturmak istedikleri güven ihtiyacı ile tüketicilerin güvenilir kaynaktan alması verilmesi ihtiyaçları ancak marka ile sağlanabilecektir.⁴⁷¹

Elektronik ticaret içinde böylesine önemli bir yeri olan markaların, 3. kişiler tarafından internette haksız yere kullanılması durumunda değişiklik ihtimalleri göz önünde bulundurulmak sureti ile açıklanmaya çalışılacaktır.

2. Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması

⁴⁶⁹ Erkan Bokaç/ Songür Murat, **Açıklanmış Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü**, Ankara, Hacettepe- Taşı, 1999, s. 282

⁴⁷⁰ Wolfgang Kötter, Çev. Ayça Akkayan Yıldırım **Dijital Medya ve Sözlüme Hukuku** Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2002, s. 162

⁴⁷¹ Ayşe Saadet Arkan, **İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi**, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2002, s. 103

a. Alan Adı Kavramı

İnternet ağında bilgisayarlar arasındaki iletişim İnternet Protokolü (IP)⁴⁷² adı verilen ve sayısal bir kombinasyonla ifade edilen adresler aracılığı ile kurulabilmektedir. Bu sistemde, her internet sayfasına bir IP numarası tahsis edilmekte ve adı geçen sayfaya bu numara altında erişilme imkanı sağlanmaktadır.

Ancak numaralardan ibaret bir IP adresinin ağıda tutulması ve kullanılması İnternet kullanıcıları açısından zor olacaktır. Bu gerçekten hareketle şu anda kullanılmakta olan alan adı sistemi geliştirilmiş bulunmaktadır. Buna göre her bir alan adı bir IP numarasına karşılık gelmekte ve İnternet kullanıcıları alan adını yazdığında bu ad, bilgisayar tarafından gerçekte bu adres için belirlenmiş olan IP adresine çevrilmektedir. Başka bir deyişle, alan adı teknik olarak İnternet ağına bağlı olan herhangi bir bilgisayarın adresi veya kodudur.⁴⁷³

Burada İnternet alan adlarının yapısına kısaca değinmek yerinde olacaktır. Örn. <http://www.garanti.com.tr> adresindeki .tr ülke kodunu, .com alan türünü, garanti ise sitenin adını ifade etmektedir. Ülke kodu (ccTLDs- Country Top Level)⁴⁷⁴ ve alan türünü (gTLDs- Generic Top Level)⁴⁷⁵ gösteren uzantılar üst düzey alan adı (TLD- Top Level Domain) olarak nitelendirilirken diğer uzantılar ikincil düzey alan adı (SLD- Second Level Domain) olarak ifade edilmektedir.

⁴⁷² IP Number (IP Numarası) : Noktalarla ayrılmış dört numaradan oluşan benzeri olmayan bir sayıdır. (Mehmet Ekitmen, **İnternet Güncel Bilgi Kılavuzu**, İstanbul, Alfa, 2000, s. 284
İnternet Protocol Adress : İnternete erişimde kullanılan herhangi bir bilgisayara ait rakamsal adres (Erkan/ Songür, age, s. 285)

⁴⁷³ Nomer, **Alan Adı** s. 400

⁴⁷⁴ Ülke ve bölgelerin kısaltmalarının listesine [http:// www.netplanet.org/adressierung/ index.html](http://www.netplanet.org/adressierung/index.html) adresinden ulaşılabilir. (Çevrimiçi [http:// www.netplanet.org](http://www.netplanet.org), 25. 07.2002)

⁴⁷⁵ Alan türünü gösteren üst düzey alan adlarına örnek olarak şunlar gösterilebilir: ticari kuruluşlar için .com, akademik kuruluşlar için .edu, devlet kuruluşları için .gov, uluslararası örgütler için ise .org alan türünü göstermektedir.

Belli bir ülkenin kodunu içeren alan adlarē tescilin talep edildiēi ülkedeki yetkili kuruma bařvurmak ve o kurum nezdinde tescil ettirilmek sureti ile edinilebilmektedirler. Türkiye için ülke kodu 0.tr0 olup 0.tr0 altında yer alan alan adlarēnē verilmesinde ve tescilinde yetkili kurulū Ortadoēu Teknik Üniversitesi'dir.

Ülke kodu içermeyen alan adlarēna ise alan adı veren herhangi bir kurulūa internet ortamēnda bařvurarak sahip olunabilmektedir.

Üst düzey alan adı olarak sadece üst organizasyonlar tarafēndan belirlenen üst alan adlarē seçilebilmekte olup alan adēnē ilgili herkes tarafēndan tescili yapılabilecek kēsmēnē oluşturmaktadır. Buna karřđđk ikincil düzey alan adlarē ilgililer tarafēndan seçilmekte olup alan adēnē ayēdedici kēsmēnē⁴⁷⁶ oluştururlar.

b. Alan Adēnē Hukuki Niteliēi

Yukarıda alan adēnē teknik olarak internet aēına baēlı olan herhangi bir bilgisayarēn adresi veya kodu olduēunu ifade etmiştim. Bu tanēn göz önünde bulundurulduğunda alan adēnē bir kişi veya kurumu tanıma ilēi yoktur, bir kişinin veya kurumun tanıma vasēasēdeēildir. Ancak alan adēnē sadece teknik olarak ifade ettiēi bu anlam, alan adēnē bugünkü kullanēn amacē ve internet kullanēēēē bakānēndan gerēēi yansıtmamakta olup alan adēnē sadece adres olarak deēerlendiren anlayē bugün geride kalmıştır.⁴⁷⁷

Günümüzde internette temsil edilmeyen, web sitesi olmayan kurulūlarēdölünmek imkansē hale gelmiřtir. İřletme sahipleri, kendi web sitelerine ulařmayē saēlayacak alan adlarēnē, ticaret unvanē, ilēletme adlarē veya markalarē ile aynē olmasēna özen göstermektedirler. Aynē dölünce internet kullanēēēarē bakānēndan da geçerlidir. Nitekim; bir ilēirket veya ürün hakkēnda bilgi almak veya

⁴⁷⁶ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 24

⁴⁷⁷ Fahri Murat Arēkan, 0Markalarēn Alan Adlarēna Karřđē Korunmasē, İBD., Y. 2000, C.74, S.7-8-9, s. 786, Nomer, **Alan Adē** s. 400, Savaş Bozbel, 0Domain Names (İnternet Alan Adlarē ve ICANN- Tahkim Usulü0, Prof. Dr. Ömer Teomanē Armaēan, İstanbul, Beta, 2002, s. 216, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.23

bir hizmetten yararlanmak isteyen bir kimse, internet tarayıcısının adres kısmına, ilgili mal veya hizmetin markasını yazmakta ve bu şekilde bilgi ve hizmete ulaşmayı hedeflemektedir. Bu da internet kullanıcısının gözünde marka sahibi ile o alan adı ile ulaşılan web sitesinin sahibini özdeşleştirmektedir.⁴⁷⁸ Böyle olunca; o internet kullanıcısı bakından alan adının ilmi şirket, kurum, organizasyon veya bireylerin internet ortamındaki hem isim hem de adresleri olarak nitelendirilebilir.⁴⁷⁹ Başka bir deyişle, alan adı internet ortamında mal ve hizmet sunan kişi ve işletmelerin kaynağını göstermektedir.

Böyle olunca, alan adında TTK md. 57/ V anlamında işaret ve tanınma vasıtası olarak kabul edilmelidir.⁴⁸⁰ Nitekim, adı geçen hükümde o... başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka , işaret gibi tanınma vasıtaları ile ...ö ifadesine yer verilmiş olması fikri mülkiyet hakları ve özellikle aydın edici ad ve işaretler hukukunda numerus claususun reddedilmiş olduğunu göstermektedir.⁴⁸¹

c. Alan Adının Tahsis ve Tescilinde Benimsenen Kurallar

Hemen belirtelim, alan adları bakımından internet ağına tamamlanmış geçerli bir hukuk düzeninden bahsedebilmek mümkün değildir.⁴⁸² Ancak alan adları bakımından geçerli olan temel bir kural vardır: Buna göre; bir alan adı sadece ilk başvuran, başka bir deyişle, bu adı adına ilk defa tescil ettiren kimse tarafından kullanılabilir. (ilk gelen aler prensibi) Bu nedenle, aynı alan adının ikinci bir kişi tarafından internette kullanılması mümkün bulunmamaktadır.

Böyle olunca, başkalarının haklı olarak kullandığı marka, isim, ticaret unvanı veya işletme adının, yetkili kurullara başvurulmak sureti ile alan adı olarak alınması bu ad daha evvel alan adı olarak tescil edilmemiş olmak kaydıyla, mümkündür.

⁴⁷⁸ Nomer, **Alan Adı** s. 400, Bozbel, agm, s. 216

⁴⁷⁹ Nomer, **Alan Adı** s. 400, Aynı yönde, Bozbel, agm, s. 216

⁴⁸⁰ Nomer, **Alan Adı** s. 401, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 25, Kırca, agm, s. 543

⁴⁸¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 4, 25

⁴⁸² Nomer, **Alan Adı** s. 398

Ülkeyle bağlantı alan adlar bakından ise durum farklıdır. Nitekim, her ülkenin yetkili kurumu kendi belirlediği kurallar çerçevesinde alan adı tahsis ve tescil etmektedir.

Ülkemizde bu konuda yetkili kurum olan ODTÜ alan adı taleplerini belirli kurallar dahilinde değerlendirmektedir.⁴⁸³ Bu kurallar uyarınca; .gen.tr⁴⁸⁴ alt alan adında kalan diğer tüm alt alanlar için talep edilen alan adının, talepte bulunan kişi ve/veya kuruluşun ismi ve/veya tescilli markası ile ilişkili olması gerekmekte ve başvuruda bulunan kimse bu ilişkiyi belgeleyebilmelidir, aksi takdirde alan adı tahsisi durdurulabilmektedir. Bu kurallara göre; .com.tr ikinci seviye alt alan adı bakından sunulması gerekli belge, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından verilen Ticari Sicil Tescil Belgesi ve /veya Türk Patent Enstitüsü tarafından verilen Marka Tescil belgesidir.

ODTÜ'nün yukarıda adını andığımız kuralları sayesinde, alan adı tahsislerinde, alan adının başkalarının hakları olarak kullandığı tescilli marka ile benzerliği sebebi ile doğabilecek ihtilaflar büyük ölçüde engellenmiştir.⁴⁸⁵ Ancak

⁴⁸³ Bu kurallar için bkz. (Çevrimiçi: www.dns.metu.edu.tr, 09.07.2001)

⁴⁸⁴ .gen.tr, kişisel ve kurumsal başvurunun (genel) yapılabilirdiği ve ilk gelen alfa olan alan adı kuruluş ilki aranmaz. İlkeleri gözetilerek ad tahsisi yapılan alt alandır.

⁴⁸⁵ Ancak Nomerin de hakları olarak ifade ettiği gibi; adı geçen kuralın konu ile ilgili olabilecek tüm ihtilafları engellediği de söylenemeyecektir: Burada sorun, daha ziyade aynı ismi, markayı ticaret unvanına ya da başkaca bir tanıma ifadesini kullanan kişiler arasında söz konusu olacaktır. Nitekim; tanınmış marka olmadıkça, aynı marka farklı kişiler tarafından kullanılabilirdiği (MarkHKK md. 9/I,c), yine gerçek kişi ticaret unvanları da TTK md. 43/II uyarınca tescil edildiği sicil çevresi dışındaki kişilerce kullanılabilirdiği. Buna karşılık, alan adı sadece bir kimse adına tahsis edilebilmektedir. Böyle olunca; yukarıda adı geçen kişilerden, yalnızca bir tanesi, ilk talepte bulunan kişi, tanıma ifadesinde kullandığı kelimeyi alan adı olarak kullanabilecektir. Acaba bu durumda aynı ifadesi tanıma vasıtası olarak kullanan diğer kişiler, ilk başvuranın söz konusu ifadesi içeren alan adını kullanmasını engelleyebilirler mi? Nomer, İsviçre Federal Mahkemesi'nin konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir karara makalesinde yer vermek sureti ile bu soruna açık tutulmuştur. Federal Mahkeme'nin karara konu olan olayda, Kurt Rytz adında bir mühendis, öRytz ifadesini 1974'ten itibaren ticaret unvanı olarak kullanmakta olup 1983'te işletmesini öRytz Industrie Bau AG ticaret unvanı altında tescil ettirmiştir. Bir başka şirket ise öRytz et Cie SA ifadesini 1987'de ticaret unvanı olarak, öRytz ifadesini ise 1995'te marka olarak tescil ettirmiştir. Daha sonra öRytz Industrie Bau AG öRytz.ch ifadesini internete alan adı olarak kullanmaya başlamıştır. Bunun üzerine, öRytz et Cie SA şirketi, öRytz markasının sahibi olarak, öRytz Industrie Bau AG aleyhine dava açarak adı geçen şirketin öRytz.ch alan adını kullanmaktan men edilmesini talep etmiştir. Ancak onun bu talebi ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş ve Federal Mahkeme de ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Federal Mahkeme adı geçen kararda; kanunkoyucunun niteliği birbirinden farklı

ODTÜ'nün bu uygulaması alan adı tescilinde getirdiği bürokrasi sebebi ile eleştirilmiş ve alan adı kayıtlarının yurt dışına kaydedilmediği görülmüştür.⁴⁸⁶ Dolayısıyla ülkemiz bakımından alan adının tescilli bir marka ile aynı veya benzer olması sebebi ile bir karışıklığa doğması ihtimali, marka olarak tescilli bulunan bir sözcüğün, daha ziyade ABD'deki yetkili kuruluşlardan alınan, dolayısıyla herhangi bir ülke kodu içermeyen alan adlarında ya da Türkiye'de başka bir ülke kodu altında ikincil düzey alan adı olarak yer alması ve alan adı sahibinin Türkiye'de⁴⁸⁷ ticari faaliyette bulunması halinde ortaya çıkabilecektir.⁴⁸⁸

iki ifaretin aynı olması durumunda hangisinin öncelik taşıyacağı konusunda herhangi bir düzenleme getirmediğine ifaret etmiş ve her somut olayda mevcut çıkarların tartışılması sureti ile adil bir çözüme ulaşabileceğini belirtmiş, davalının ÖRytzô markasından menfaat sağlamak amacıyla internet sitesi açmadığını, aksine adı geçen ifaretin onun tarafından davacının söz konusu ifareti adına marka olarak tescilinden önce zaten kullanılmakta olduğunu, dolayısıyla onun davacının markasına taklit etme amacıyla hareket etmediğini, davalının adı geçen ifareti alan adı olarak kullanmasının objektif sebeplere dayandığını ve onun adı geçen ifareti internette kullanmaktaki menfaatinin, davacının marka hakkının ileri sürmesindeki menfaatten üstün olduğunu gerekçe göstererek davalıya haklı bulunmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11.ubat 1999 tarihli kararı BGE 125 III, 91 (Nomer, **Alan Adı**, s. 412-413'ten naklen) Yazar, Federal Mahkeme'nin kararında varılan sonuca katılmış ve alan adı seçmekte objektif sebeplerin bulunması halinde aynı ayet edici ad ve ifareti kullanan kişiler arasında alan adının ilk tescil ettiren kimsenin, adı geçen ifareti alan adında kullanabileceğini ifade etmiştir. (Nomer, **Alan Adı**, s. 414, aynı yönde; İbrahim Kırçova/ Pınar Öztürk: **İnternette Ticaret ve Hukusal Sorunlar**, İstanbul, İTO Yayınları, 2000, s.49)

⁴⁸⁶Kırçova/ Öztürk, age,s. 9,Bozbel, agm, s. 253 Bu son yazar, ODTÜ'nün uyguladığı bu katı kuralların alan adındaki kayıtları yurt dışına kaydetmesini, bu alandaki içtihatları da dolaylı olarak engellediğini ifade etmekte ve bakımsız bir alan adı tescil makamının oluşturulmasını önermektedir. (Bozbel, agm, s. 254) Yabancı ülkelerin yetkili kuruluşlarının ise ODTÜ kadar katı davranmadığı ifade edilmiştir. Bu konuda bkzn. Nomer, **Alan Adı**, s. 405-406

⁴⁸⁷Marka hakkının ülkeselliği ilkesi uyarınca, her devlet, marka korunmasını sadece kendi ülkesinde sağlar. Buna göre, markanın sahibi, izni olmadan markanın kullanılmasına ancak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde engel olabilir, buna karşılık Türkiye'deki tescille dayanarak, markanın Türkiye'de kullanılmasına yasaklayamaz. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 366-367) Marka hakkının ülkeselliği ilkesi Yargıtay kararlarında da ifadesini bulmuştur. Ö ... Markaların korunması ülkemizde yürürlükte bulunan 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3, 6, ve 9 ncu maddelerine göre ilke olarak, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde geçerli bulunmaktadır. Markaların korunmasının ülkeselliği adı verilen bu ilke, her ülkenin kendi sınırları içerisinde ve mevzuatına göre tescil edilmiş bir markayı koruma siyasetinin bir ifadesi olmaktadır...ö Y 11. HD. E. 1999/4928 K. 1999/7026 (FMR, Y.1, C.1, S.2, s. 202-205) Yargıtay, bu kararda Bulgaristan'da tescilli Bahman marka sigaraların Mersin serbest bölgesine getirilmesini, Türkiye'de sigaralar için tescilli Bahman markasına tecavüz oluşturmada kabul etmiştir. Nitekim; başka bir ükeye gönderilmek üzere serbest bölgeye getirilen sigaralar Türkiye'ye ithal edilmiş kabul edilemez. Yargıtay'a göre; Türkiye'ye doğrudan ithal amaçlı olan firmanın bu ürünleri serbest bölgeye getirmesi ikincil bir varsayındır, ithal için kural ve esas olan malın, doğrudan gümrük aracılığı ile ükeye sokulmasıdır. Bu nedenle Yargıtay adı geçen kararda davanın özelliği itibarı ile markanın ülkeselliği ilkesinin uygulanma amacının gerçekleştirilmediğine hükmetmiş bulunmaktadır. Aynı yönde; Y 11. HD. 24.4.2000 2440 / 3445 sayılı karar da aynı yöndedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 367'den naklen) Yargıtay konu ile ilgili başka bir kararda da aynı ilkeyi açıklamış ve izinsiz kullanılan markanın başka bir ülkede tescilli olmasının bu sonucu değiştirmeyeceğini şu sözlerle açıklamıştır: Ö ... izinsiz kullanılan markanın yurt dışında bir başka ülkede tescilli olması hali de bu sonucu değiştirmez. Nitekim; anılan KHK'nin 9/2-c maddesinde bu ilkenin vurgulanması amacıyla markalı malın ithalinin

d.Alan Adë ile Marka Arasındaki Karđtđđma ıhtimalinin Belirlenmesi

i.Alan Adë ile Marka Arasındaki Ayniyet/ Benzerlik

Alan adının yukarıda açıklanan yapılarından kaynaklanan özelliklerinden dolayı marka ile alan ad arasında hangi durumlarda ayniyet veya benzerlik bulunduğu hususu tartışılmalara yol açmaktadır.

Bir görüşe göre⁴⁸⁹, alan adının ayırt edici unsuru, ikincil düzey alan ad olup, gerek jenerik üst düzey alan adının, gerek ülke kodlu üst düzey alan adının ayırt edici bir illevi bulunmamaktadır. Nitekim, söz konusu üst düzey alan adları alan adında zorunlu olarak bulunmaktadır. Bu itibarla, marka ile alan ad arasındaki ayniyet ya da benzerliğin belirlenmesinde bunlar göz önünde bulundurulmamalıdır. Bu yüzden, tescilli bir sözcük markasının alan adında ikincil düzey alan ad olarak aynen yer alması halinde, marka ile alan ad arasında benzerlik, değil ayniyetin var olduğu kabul edilmelidir.⁴⁹⁰

dahi marka korumasına tecavüz teşkil edeceği ve bunun aynı kararnamenin 61/a maddesi hükmüne önlenmesinin mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Bu ilkelerin deđđ altında dava konusu olaya dönülecek olunursa, davacının markası Türkiye'de normal tescilin deđđda ayrıca öTanınmış Marka statüsü olarak da tescilli bulunmaktadır. Davalının Türkiye'ye ithalat yolu ile sokarak pazarladđđ ürünlerde marka olarak kullanılan öV.öibaresi ise, yurt deđđda tescilli olup, Türkiye'de tescilli bulunmamaktadır. Bu durum karđsında davacının Türkiye'de tanınmış marka olarak tescilli markasının, mal ve hizmet sđđrlamasına tabi olmaksızın, Türkiye'de tescilli bulunmayan markaya karđ korunması gerekir ve korumanın kapsamına bu ilareti taşıyan malların ithalini önlemek hakkında dahildir...ö Y 11. HD. 26.10.2000 E. 2000/5199 k. 2001/8216 (FMR, Y.1, C.1, S. 4, s. 204-206)

⁴⁸⁸ Kırca, agm, s. 531

⁴⁸⁹ T.Übber, **Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet-Domains**, WRP 6/97, s. 505 (Kırca, s. 528'den naklen), A. Kur, **Internet und Kennzeichenrecht**, (in: **Praxis des Online Rechts**, hrsg. **Loewenhehn/ Koch**, München 2001) s. 347 (Kırca, agm, s. 528'den naklen), LG Düsseldorf, 04.04.1997, CR 3/1998, s. 166 (Kırca, agm, s. 528'den naklen)

⁴⁹⁰ Übber, age, s. 505, (Kırca, agm, s. 529'dan naklen) Kur, age, s. 347 (Kırca, agm, s. 529'dan naklen)

Diğer bir görüşe⁴⁹¹ göre ise, her ne kadar ülke kodu ile jenerik üst düzey alan adının tek başlarına alan adının ayırt edici nitelikte unsurları olmadıkları yolundaki tespit doğruysa da bunlar alan adının bütünü itibari ile bıraktıkları izlenimin belirlenmesinde rol oynayabilirler. Kaldı ki, alan adının yapışma tanınan, onu oluşturan unsurların ne anlama geldiğini, hangi unsurun alan adının sahibini gösterdiğini bilen bir kimse, alan adının bağımsız unsurlarına değil, daima bütününe ilgili internet sitesinin ayırt edici işareti olarak görür.⁴⁹²

Yine, üst düzey alan adlarının zorunlu olarak alan adında bulunmaları sebebiyle bunların işaretler arasında ayniyet veya benzerliğin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmayacakları düşüncesi de doğru değildir. Nitekim, bunların seçimi de belirli ölçülerde de olsa alan adı sahibinin isteğine bırakılmıştır.⁴⁹³ Dolayısıyla ile tescilli bir sözcük markasının alan adında aynen yer alması halinde bunların aynı değil, benzer işaretler olduğu kabul edilmelidir. Buna göre, alan adı ile marka arasında ayniyet, ancak markanın alan adı biçiminde oluşturulmuş bulunması halinde bu işaretin üçüncü kişi tarafından alan adı olarak kullanılması halinde söz konusu olabilir.⁴⁹⁴

Her şeyden önce, alan adı biçiminde oluşturulan bir markanın aynı zamanda bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılması durumunda işaretler arasında ayniyet bulunacakları kuşku yoktur. Ancak ticari yaşamda olağan durum, marka olarak tescilli bulunan bir sözcüğün başkası tarafından ikincil düzey alan adı olarak kullanılmasıdır. Dolayısıyla ile ticari yaşamın bu gerçeğinden hareketle bir sonuca varmak gerekmektedir.⁴⁹⁵

Daha önce de belirttikim gibi; işaretler arasında ayniyet bulunup bulunmadıkları tespit edilirken işaretlerin bütünü itibari ile bıraktıkları izlenimin⁴⁹⁶ göz

⁴⁹¹ Ü. Buri, **Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names**, Bern 2000, s. 77 (Kärra, agm, s. 529'dan naklen)

⁴⁹² Buri, age, s. 77-78 (Kärra, agm, s. 529'dan naklen)

⁴⁹³ Buri, age, s. 78 (Kärra, agm, s. 529'dan naklen)

⁴⁹⁴ Buri, age, s. 78 (Kärra, agm, s. 529'dan naklen)

⁴⁹⁵ Kärra, agm, s. 532

⁴⁹⁶ Bütünlük ilkesi ile ilgili açıklamalar için bkzn. Üçüncü Bölüm, V

önünde bulundurulması gerekmektedir. Burada sorun , bu yöntemin uygulanmasında alan adındaki öwwwô îareti, jenerik üst düzey alan adı ve ülke kodunun dikkate alınmamasıdır.⁴⁹⁷

Hemen belirtelim, esas itibari ile bütün alan adlarının önünde bulunan ve alan adının bir internet sitesinin adresine ilişkin olduğunu belirten öwwwô îareti, tamamen betimleyici îaret niteliğindedir. Bu nedenle, alan adının bütünü itibari ile bıraktışetkinin belirlenmesinde bu îaret dikkate alınmamalıdır.⁴⁹⁸

Buna karşık alan adlarında bulunan jenerik üst düzey alan adları ve ülke kodları bakımından durumun incelenmesi gerekir:

Yukarıda belirtildiği gibi; jenerik üst düzey alan adları ilgili alan adı altında yürütölen faaliyet türü hakkında bilgi verirler ve bu faaliyet türüne göre de çelıtilik gösterirler. Ancak tescilli bir markanın üçüncü kıli tarafından alan adı olarak kullanılması yoluyla marka hakkı ihlali, ticari bir faaliyet sebebi ile gündeme gelebileceğinden, bu ihlal, daha çok ócomô üst düzey alan adı altında kullanılan bir alan adı ile gerçekleşecektir. Bu nedenle, pek çok sayıda kimse tarafından kullanılması sebebi ile, ó.comô baıta gelmek üzere jenerik üst düzey alan adlarının, tescilli marka ile benzerliğin belirlenmesinde önemsenerek bir ayırt ediciliğe sahip olduğunu söylemek zordur.⁴⁹⁹

Alan adlarında bulunan ülke kodlarına gelince; bu îaretlerin, alan adının hangi ülkenin yetkili kurulundan alındığı göstermelerinden hareketle, marka hakkının ülkeselliği ilkesi bakımından göz önünde bulundurulabilecekleri ileri sürölmüştür.⁵⁰⁰ Buna göre, alan adındaki ülke kodunun, alan adı ile yürütölen ticari faaliyetlerin alan adında kodu bulunan ülkeyle sınırlı olduğu ve bu sebeple alan adının bu ülkede tescilli olan bir marka ile bağlantıda olduğu düşüncesini yaratabileceği söylenebilir. Ancak, bir kimsenin ticari faaliyette bulunduğu ülkeden

⁴⁹⁷ Kırca, agm, s. 532

⁴⁹⁸ Buri, age, s. 80 (Kırca, agm, s. 532'den naklen), Kırca, agm, s. 532

⁴⁹⁹ Kırca, agm, s. 533

⁵⁰⁰ Buri, age, s. 85 (Kırca, agm, s. 533'den naklen)

bařka bir űlkenin yetkili kurululundan aldęę alan adē altēnda ticari faaliyette bulunmasē műmkűn olduęu gibi internet kullanęęlarē da bűyle bir kullanēnēn ticari yařamēn bir geręęi olduęunu bilirler. Bundan bařka, ABDdeki yetkili kurululardan alēnan alan adlarēnda űlke kodu bulunmamaktadır ve ABD dēēndaki űlkelerden pek çok kimsenin de bu tűr alan adlarē ile ticari faaliyette bulunduęu da gűz űnűnde bulundurulmak gerekir. Bűyle olunca, alan adlarēnda yer alan űlke kodlarēnēn marka ile alan adē arasındaki karř tēēma tehlikesini ortadan kaldērabilecek űlűde bir ilēvi olacaęsűylenemeyecektir.⁵⁰¹

Tűm bu aęklananlar doęrultusunda; tescilli marka ile alan adē arasında karř tēēma ihtimalinin var olup olmadęęē incelenirken, ilāretin bűtűnű itibari ile bēaktęęē etkinin belirlenmesinde, alan adēnda yer alan jenerik űst dűzey alan adē ile űlke kodu hesaba katēlacak ise de bu unsurlarēn genel gűrűnűme etkisi az olacaęēndan⁵⁰² ve alan adēnda esas unsur ikincil dűzey alan adē olduęundan, marka ile alan adē karř tēēmasēnda, ikincil dűzey alan adēnēn tescilli marka ile olan benzerlięi belirleyici olacaktē.⁵⁰³

ii.Aynē Benzer Mal/ Hizmet

Karř tēēma ihtimalinin belirlenmesinde, ilāretlerin aynē ya da benzer olmasē yanēnda mal veya hizmetlerin de aynē olmasē gerektięini daha űnce belirtmiř

⁵⁰¹ Kēca, agm, s. 533

⁵⁰² Ubber, marka ile alan adē arasındaki aynēlık ve benzerlięin belirlenmesinde sadece ikincil dűzey alan adēnēn dikkate alēnacaęēnē savunmakla beraber, somut olayēn űzelliklerine gűre bu kuralēn da bir takēm istisnalarēnēn var olabileceęini ifade etmektedir. Yazara gűre, űzellikle iletiřim sektűrűnde faaliyet gűsteren kimseler, alan adēndaki űcomű ibaresini, sűzcűk markasēnēn son hecesi olarak kullanmayē tercih etmektedirler. Bu kimseler, alan adē tescillerinde alan adēnēn kolay hatērlanabilmesini saęlamak amacē ile űcomű ekini ikincil dűzey alan adēndan atēp, jenerik űst dűzey alan adē olarak almaktadırlar. Yazar, űEunotcomű sűzcűk markasēndan www.eunet.com ēeklinde bir alan adē oluřturulmasēnē bu hale űrnek gűstermektedir. űlte bu gibi durumlarda marka ile alan adē arasında ayniyet veya benzerlik bulunup bulunmadęęēnēn belirlenmesinde, alan adēndaki űcomű ibaresinin dikkate alēnmasē gerekmektedir. (Ubber, age, s. 505, Kēca, agm, s. 534, dpn. 31ēden naklen)

⁵⁰³ Buri, age, s. 85 (Kēca, agm, s. 534ēden naklen), Kēca, agm, s. 534

bulunuyorum. Bu íart, marka- alan adē uyuílmazlıklarēda da kuíkusuz uygulama alanē bulacaktır.^{504 505} Nitekim; karđtđđma tehlikesi, ancak markanē aynē veya benzeri bir alan adēyla ulaíđan internet sitesinde , markanē tescil edildiği mal veya hizmetlerin aynē veya benzerinin satđđđn yapıđmasē⁵⁰⁶ ya da bunlarē tanđđn ve reklamēn yapıđmasē halinde gerēekleēbilir.⁵⁰⁷

iii.Göz Önünde Bulundurulacak AlēēKitlesi

Alan adē marka arasēdaki uyuílmazlıklarda karđtđđma ihtimalinin belirlenmesinde, internet kullanēđđrēnē sahip olduklarē bilgi ve gösterecekleri dikkat ve özen derecesi mi yoksa ortalama bir alēēnē göstereceği dikkat ve özen derecesi mi esas alınacaktır?

Bir görüíe göre; alan adlarē arasēda belirli ölçülerde benzerliklerin bulunacađđnē ve alan adēda yer alacak farklı bir harfin dahi farklı bir internet adresini ifade edeceğini bilirler. Buradan hareketle, marka ile alan adē arasēdaki karđtđđma ihtimalinin belirlenmesinde katē davranmamak, iki marka arasēda karđđklēa sebep olan benzerliklerin, alan adlarēsöz konusu olduğuunda karđtđđmaya sebep olmayabileceğini kabul etmek gerekir⁵⁰⁸. Örn. Alba markasē daha önce tescil

⁵⁰⁴ Kēca, agm, s. 540

⁵⁰⁵ Alman LG Düsseldorf Mahkemesi ise konu ile ilgili bir kararēda karđtđđma tehlikesinde ilgili mal veya hizmetlerin aynē olmasēnē veya bunlarē benzerlik derecesinin belirleyici olduğunu vurguladıktan sonra, bu değerlendirmenin yapıđmasēda ilgili alan adēna iliíkin internet sitesinin ana sayfasēda hangi mallarē sunulduğunun veya ana sayfanē hangi içeriğe sahip olduğunun önem talēmadēđē belirtmiítir. Mahkemeöye göre, karđtđđmaya uygun mal veya hizmet alan adē ile ulaíđan sitenin kendisi olup, onun içeriği değildir. Mahkeme, bu sonuca varēken karíē karíēya bulunan durumu, adlarē aynē olan iki ayrı derginin karđtđđmasēna benzetmiítir. Nitekim, aynē ada sahip dergiler arasēda karđtđđma ihtimalinin belirlenmesinde, onlarē içerikleri rol oynamaz. Alman LG Düsseldorfün 04.04.1997 tarihli kararē CR 3/1998, s. 165 vd, Kēca, agm, s. 539-540đdan naklen) Bu karar Alman ve İsviçre Hukukunda taratē malara neden olmuítur. Bu tartēmalar için bknz. Kēca, agm, 539 vd.

⁵⁰⁶ Kur, age, s. 350 (Kēca, agm, s. 541đden naklen) , Kēca, agm, s. 541

⁵⁰⁷ Kēca, agm, s. 541

⁵⁰⁸ Ubbet, age, s. 505 (Kēca, agm, s.537đden naklen) , Kur, age, s. 348 (Kēca, agm, s. 537đden naklen) , T. Bettinger **Kennzeichenrecht im Cyberspace: Der Kampf um die Domain- Namen**, GRUR Int, 1997/5, s. 414-415 (Kēca, agm, s. 537đden naklen) , A Jaeger-Lenz, **Markenrecht im Internet, (in: Rechtsgeschäfte im Netz ñ Electronic Commerce**, hrsg. M. Lehmann, Stuttgart 1999), s. 195 (Kēca, agm, s. 537đden naklen)

edilmiş Alpi markası ile karışıklığa yol açabilecekken, Alba sözcüğünün ikincil düzey alan adı olarak kullanılması Alpi markası ile herhangi bir karışıklığa sebep olmayacak ve böyle bir alan adı kullanmak marka hakkına tecavüz teşkil etmeyecektir.⁵⁰⁹ Başka bir deyişle, bu görüşte olan yazarlar karıştırma ihtimalinin belirlenmesinde internet kullanıcılarının göstereceği dikkat ve özen derecesinin göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürmektedirler.

Bu görüşle karlı çıkmaktadır. Gerçekten de internet kullanıcıların, alan adları arasında belirli ölçülerde benzerliklerin bulunacağını ve alan adı da yer alan farklı bir harfin dahi farklı bir adresi ifade ettiğini bilebilecekleri gerçeği, tek başına, internet kullanıcıların marka ile alan adının karıştırmaları tehlikesini ortadan kaldırmaya yetmez. Nitekim; bu ihtimalde internet kullanıcılar alan adları ile ilgili sahip oldukları bilgileri nedeni ile iki farklı işaret karışığında bulunduklarını anlamalarına rağmen, onlar marka ile alan adının aynı kişiye ait olduğunu zannedebilir ya da marka sahibi ile alan adı sahibi arasında idari- ekonomik anlamda bir bağlantının bulunduğu düşüncesine kapılabilirler.⁵¹⁰ Başka bir deyişle, internet kullanıcıların sahip oldukları bilgi sebebi ile sarfedecekleri özel dikkat, karıştırma ihtimalini belki azaltabilir, fakat bertaraf etmez.⁵¹¹

Bundan başka, alan adlarının ticari yalıamdaki kullanımları internetteki sanal ortamla sınırlı kalmamakta, bu işaretler ürün ve ambalajlarının üzerine konulmakta, il evraklarında ve reklamlarda da kullanılmaktadır. Bu da karıştırma ihtimalinin belirlenmesinde, dikkatli bir internet kullanıcıların değil, ortalama bir tüketicinin esas alınması zorunlu kalmaktadır.⁵¹²

Kanınca, son görüş isabetlidir.

⁵⁰⁹ Ueber, age, s. 505 (Kärca, agm, s. 537'den naklen)

⁵¹⁰ Kärca, agm, s. 538, A. Nordemann **Internet- Domains und zeichenrechtlicher Kollisionen**, NJW 1997, s. 1894 (Kärca, agm, s. 538'den naklen)

⁵¹¹ Kärca, agm, s. 538

⁵¹² Kärca, agm, s. 538

d.Alan Adē Kullanēmēñ MarkKHK md. 12 Kapsamēda Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu

Tescilli bir markanē alan adē olarak kullanēmasē ile ilgili olarak tartēđđan bir diğē konu da bu kullanēmēñ MarkKHK md. 12 kapsamēda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

Bir görüēe göre; bir kimse, tescilli bir marka ile karēēklēka yol açacak olsa bile adēñ yer aldēğē bir alan adēñ kullanmaya yetkili olmalēđē.⁵¹³ Bundan baēka, alan adē internet adresi niteliğinde olduğundan bunun kullanēmasē MarkKHK md. 12 kapsamēda değerlendirilmelidir.⁵¹⁴

Bu görüēle, ad ve adresin belirlenmesinde kilinin iradesinin rol oynamadēğē esasen bunlarē kullanmanēñ bir zorunluluktan kaynaklandēğē alan adē bakımēndan ise böyle bir kullanēñ zorunluluğē bulunmadēğē aksine bu adēñ sahibince serbestçe seçildiği gerekçeleri ile karēēçēkmaktadē.⁵¹⁵

Kanaatimce, alan adē kullanēmēññ MarkKHK md. 12 kapsamēda değerlendirebilmesi mümkün değıldir. Nitekim; yukarıda da belirtildiği gibi, alan adēñ sadece adres olarak değerlendiren anlayēđ bugün geride kalmēđtē. Dolayēēē ile , marka, ticaret unvanē , ilētme adē gibi bir ayērt edici ad ve ilēret olan alan adēñ teknik olarak bir internet adresi olma niteliğinden hareketle, fiili bir zorunluluktan kaynaklanan adres kullanma hakkēññ kapsamēda değerlendirebilmek mümkün olmamak gerekir.⁵¹⁶

⁵¹³ A. Kur, **Namens- und Kennzeichenschutz im Cyberspace**, CR 10/1996, s. 593 (Kēca, agm, s. 542ēden naklen)

⁵¹⁴ A. Kur, **Internet Domain names**, CR 6/1996, s. 328 (Kēca, agm, s. 542ēden naklen) , Bettinger, age, s. 410-411 (Kēca, agm, s. 542ēden naklen)

⁵¹⁵ Ubbet, age, s. 506 (Kēca, agm, s. 543ēden naklen)

⁵¹⁶ Kēca, agm, s. 543, Arkan, **Kullanma Zorunluluğē**, s.13

Bunun gibi, alan adında gerçek kişinin adına yer verilmesi zorunluluğu olmadıkça, markayla aynı ya da benzer olan adın alan adında kullanılması MarkHKH md. 12'ye aykırı olacaktır.⁵¹⁷

3. Marka sahibinin web sayfasına link ve frame verme:

Link, bir web sayfasında⁵¹⁸ bulunan ve seçildiğinde kullanıcıya başka bir web sayfasına bağlayan unsurdur.⁵¹⁹ Özel bir bilgisayar programı ile gerçekleştirilen bu teknik sayesinde, internet kullanıcıları bir web sayfasından diğerine geçebilmektedir.⁵²⁰

Link vermenin⁵²¹, genel olarak intern ve ekstern link olarak iki türünden söz edilebilir:⁵²² Ekstern linklerde internet kullanıcıları link verilen sayfada bulunan linklerin tıklanması ile diğer sayfaya⁵²³ ulaşabilmekte, intern linklerde ise internet kullanıcıları diğer sayfaya aktarmamakta, o link veren sayfada kalmakta, ancak linkin verildiği sayfa bu sayfa içinde görüntülenebilmektedir.

Frame verme halinde ise bir web sayfasında birbirinden bağımsız bölümlerde birden çok doküman görülebilmekte⁵²⁴, bu teknik ile web sayfası sahibi, bir başkasına ait web sayfasını kendi sayfası içine monte etme imkânını elde etmektedir.⁵²⁵

⁵¹⁷ Kâca, agm, s. 544

⁵¹⁸ Web sayfalarının fikri haklar kapsamında korunabilmesi mümkündür. Bu konuda bkz. Haluk Kınanç, **ÖWeb (HTML) Dokümanının (Sayfasının) Fikri Haklar ve Basın Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, İBD, Y.2000, C. 74, S.2, s. 489-495, Sait Güran / Teoman Akınal / Köksal Bayraktar / Erdener Yurtcan / Abuzer Kendigelen / Önder Beller / Bülent Sezer, **İnternet ve Hukuk Temel Metni**, İstanbul 2000, [http:// www. superonline.com/ hukuk/ hukuk.htm](http://www.superonline.com/hukuk/hukuk.htm), 09.08.2002, s. 17-18

⁵¹⁹ Erkan/ Songür, age, s. 306, Kâçova/ Öztürk, age, s. 80

⁵²⁰ Tekin Memil, **Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 134

⁵²¹ Link vermenin fikri hukuk bakımından değerlendirilmesi için bkz. Memil, **Müzik Sunumu**, s. 135-138

⁵²² Memil, **Müzik Sunumu**, s. 134

⁵²³ Bu doküman doküman diğer web sitesinin ana sayfası olabileceği gibi, o site içinde bulunan bir diğer sayfa da olabilir. (Memil, **Müzik Sunumu**, s. 134)

⁵²⁴ Memil, **Müzik Sunumu**, s. 134

⁵²⁵ Memil, **Müzik Sunumu**, s. 135

Bir web sitesinden diğetine geçili saklayan link verme durumunda , bu bağlantı genellikle karlı tarafın markasına da içeren bir adla tanımlanmaktadır.⁵²⁶ Bu durumda, kendi web sitesine geçil yapılan site sahibinin, link ilaetinde kendisine ait markanın sembol olarak kullanmasına engel olabilmesi mümkün müdür?

Amerika'da bu sorun Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp. davasında gündeme gelmiştir.⁵²⁷ Davaya konu olan olay şöyle gelişmiştir: Microsoft , osidewalk.com adında bir web sitesi yaratmıştı. Site, Amerika Birlelik Devletlerindeki çeitli şehirler için planlanmış site serisinin bir bölümü olarak Seattle ile Washington şehirlerindeki restoranları, eğlence ve kültür olaylarına içeren faaliyetlere ilişkin bilgiler içermektedir. Bu faaliyetlerden birçoğu, bilet gerektiren faaliyetler olup Microsoft, Amerika Birlelik Devletlerindeki en büyük bilet satı firması olan Ticketmaster tarafından iletilen siteye link vermek sureti ile, kendi sitesinde bilet almasını hız hale getirmiştir. Başka bir deyişle, Microsoft, internet kullanıcılarının belirli faaliyetlere ilişkin biletleri doğrudan doğruya satın alabilmeleri için, Ticketmaster web sitesinin iç sayfaları ile bağlantı kurmuştur.

Ticketmaster, bu duruma üç farklı sebebe dayanarak itiraz etmiştir.⁵²⁸ Ticketmaster öncelikle, Microsoft'un bağlantılarının, Ticketmaster'ın ana sayfasına atlamak sureti ile kendisini reklam gelirlerinden yoksun bıraktığını ileri sürmüştür. İkinci olarak , Microsoft'un , Ticketmaster'ın ünü ve ticari sırları üzerinde serbestçe tasarruf ederek, sahip olduğu osidewalk.com sitesinin değerini arttırdığını iddia etmiştir. Üçüncü olarak ise, Microsoft'un kendisinden izin almaksızın yaptığı bu bağlantıların, Ticketmaster'ın izin/ lisans gelirlerinden mahrum bıraktığını ileri sürmüştür. Gerçekten de Ticketmaster, dava sırasında, rehberlik hizmetleri sunan

⁵²⁶ Robert G. Bone (çev. Ayça Akkayan Yıldırım) **Bağlanma (Linking), Toplama (Aggregating) ve Buluş Yapma (Innovating): Web Sitelerine ve Site İçeriklerine Erilimin Düzenlenmesinde Mülkiyet, Sözleşme ve Haksız Fiil Prensiplerinin Rolü**, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001 , İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s. 43

⁵²⁷ Bone, agm, s. 43-44

⁵²⁸ Bone, agm, s. 44

başka bir web sitesi ile, bu sitenin kendi sitesine başlantı yapabilmesine ilişkin bir yetki anlařmasę yapmıştı.

Davaya konu olan uyuşmazlık, davanın karara başlanmasından önce tarafların anlařmasę ile son bulmuştur. Bu nedenle, davanın seyri sırasında tarafların ne tür iddia ve talepler ileri sürebileceklerine dair sadece tahmin yürütülebilecektir⁵²⁹.

Bu davada, Ticketmaster, Microsoft'un sitesinde Ticketmaster markasının yer alması sebebi ile, siteyi ziyaret eden internet kullancıların, bu başlantıya Ticketmaster'ın izin ya da yetki vermiş olduşuna inanacakları iddiasının ileri sürebileceği gibi, markasının Microsoft tarafından kullanılması markasının ayırt ediciliğini zayıflatacağını da ileri sürebilir ve pratikte bu başlantının kurulmasını imkansız hale getirecek bir karar alabilirdi.⁵³⁰

Bir web sitesinden diğerine link verme sureti ile kurulan bařlantılar⁵³¹, internet kullancıların link veren ve link verilen site sahipleri arasında bir ilişki kurmasına neden olabilir. Özellikle, intern linklerde bu karđıřlık olasılığı daha yüksek olabilir, nitekim bu link türünde link verilen sayfa başımsız bir sayfa olarak ağımadığından, link veren sayfanın adeta bir parçası gibi görünmektedir. Bu durumda internet kullancıların link verilen sayfaya ulaşmamakta, aksine link veren

⁵²⁹ Bone, agm, s. 44

⁵³⁰ Bone, agm, s. 44 Yazar, başlantıların olduğu yaygın oluğu ve genel anlamıyla yerine getirdikleri fonksiyonlar dikkate alındığında, Ticketmaster markasının ekranda gören internet kullancıların sadece bu veriye dayanarak Ticketmaster'ın Microsoft sitesinin sponsoru olarak dölünmelerinin mümkün olmadığını, dahası Microsoft sitesini ziyaret eden bir kimsenin gördüğü markayı Ticketmaster ile özdeşletireceğini bunun da adı geçen markayı toplumun zihninde daha da güçlendireceğinin de ileri sürülebileceğine işaret etmektedir. (Bone, agm, s. 45)

⁵³¹ Burada akla şu soru gelmektedir: Hedef web sitesinin sahibi , istemediği, başka bir deyişle, kurulmasına muvafakatē olduğunu beyan ettiği linklerin deşında link kurulmasının engellenmesini internet Servis Saklayıcısından talep edebilir mi? Burada iki yaklaşım olduğu ifade edilmektedir. Ancak hemen belirtelim, genel olarak óNeiquette ó veya óCybermannersó kuralları izinsiz link kurulmasını doğru bulmamamaktadır. Bununla beraber, internetin sınış tanımayan açık bir platform olmasından hareketle internette site kuranın bu linkleri kabul etmiş olacağı da ileri sürülmüştür. İnternet ve Hukuk isimli raporda yazarlar bu sorunun taraflar arasındaki sözlüleme konulacak açık hükümler ile çözümlenmesini, bu tür açık hüküm bulunmayan hallerde ise, web sitesi sahibinin link başlantılarını kabul etmiş olduğunun varsayılarak internet servis saklayıcısı İirketin sorumlu tutulmamasının daha doğru olacağını ileri sürmüşlerdir. (Güran / Akunal/ Bayraktar/ Yurtcan / Kendigelen / Beller/ Sezer , s. 12,13)

kimsenin sayfasında kalmakta olduğundan o linkte kullanılan markanın link veren kimseye ait olduğunu dölünebileceği gibi, taraflar arasında markanın kullanılmına ilıllkin bir lisans sözleşmesi olduğunu da dölünebilecektir.

Frame verme durumu bakımından aynı sonucun öncelikle geçerli olmasđ gerekir. Nitekim; intern linklerde bir web sayfasının sadece belli bir metni veya grafiği görüntülenmekteyken frame vermede link verilen tüm sayfa link veren kimsenin sayfasında görüntülenmektedir.⁵³²

4.Tescilli Markanın Üçüncü Kiili Tarafından İnternet Teknolojisinin Araçları Çerçevesinde Kullanılm

a. Markanın Metatag Olarak Kullanılm

Metatag, web sayfalarının içeriğini sñđlandırın arama metotlarının⁵³³ bu illemi yapabilmeleri için , web sitesinin HTML⁵³⁴ kodunun başında bulunan anahtar kelimelerdir.⁵³⁵ Bu kelimeler, web sitesinde görünmeyip, ilgili yazılmın kaynak kodunda bulunurlar ve bu kelimelere ilıllkin olarak yapılan

⁵³² Laga G. öNeue Techniken im World Wide Web- Eine Spielwiese für Juristen?6 , JurPc Web-Dok. 25/1998, Abs. 1- 50 (www.jurpc.de), (Memil, **Müzik Sunumu**, s. 135'den naklen)

⁵³³ İnternete bir çok arama sitesi bulunmaktadır. Bunlar her ne kadar görünülte birbirlerine benzeseler de çalışma prensipleri bakımından birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Bu çalışma prensipleri üç ana başlıkta toplanabilir: 1. Net Search: Bu kategoriye giren siteler arama motorlarıdır. Bunlar robot ya da örümcek adı verilen programlar sayesinde belirli periyotlarla, veri tabanlarındaki siteleri güncellerler. Robot programlar sayfaları kategorilerken, o sayfanın başında yer alan ve sayfa sahibi tarafından önceden belirlenmi anahtar kelimelerden yararlanırlar. Bu sitelere örnek olarak , Alta Vista, Excite, Hot Bot, Infoseek , Lycos, WebCrawler verilebilir. 2. Net Directory: Bu kategoriye giren siteler İnternet Dizini olarak da adlandırılırlar, bu sitelerin arama robotları bulunmamaktadır, bunlar kendi veri tabanlarına kaydettilirilmiş siteleri, ana ve alt başlıklar halinde kategorilendirerek listelerler. Yahoo, Arabul ve Magellan bu sitelere örnektir. 3-Meta Search: Bu kategorideki sitelerin kendilerine ait bir veri tabanı yoktur. Bunlar, istenilen bilgiyi, diğer arama motorları üzerinden sorgulayarak, kullanıcıya listeme yaparlar, Meta Crawler bu sitelere örnek olarak verilebilir. (Eğitmen, age, s. 44-45) Yukarıda üzerinde durduğumuz ihtimal birinci kategoriye giren sitelerde yapılan aramalarda gündeme gelecektir.

⁵³⁴ Hyper Text Mark Up Language . Web sayfalarının oluturulmasında kullanılan ilaretleme diline verilen addır. (Aslan İnan, **İnternet El Kitabı** 3. Baskı, İstanbul, Sistem, 1999, s. 547, Erkan/Songür, age, s. 262)

⁵³⁵ Arkan, **İnternet**, s. 106

otomatik aramada adē geēen web sitesinin seēilmesini saēlarlar.⁵³⁶ Bu anahtar kelimeler arasēnda bir baēka kimseye ait markanē bulunmasē halinde marka sahibi bu duruma engel olabilecek midir?

Durumu bir örnekle aēēklamak gerekir ise: İnternette fotoğraf makinalarē satēē yapan Aōnē kendi web sayfasēē hazēlarken yazdēēē kaynak kodunda, her dokümanē ana baēlēēna, kendisine rakip olan Bōnin fotoğraf makinalarēnda kullandēēē X markasēē yazdēēēē dūlūnelim.

Bu durumda, Aōnē web sayfasēnda X markasē hiçbir İekilde görünmeyecektir, ancak arama motoruna X kelimesini yazan bir kimse, öncelikle markanē asē sahibi olan Bōnin deēil, onun markasēē metatag olarak kullanan Aōnē web sayfasēna yönlendirilmiē olacaktē.⁵³⁷

Kanēnca, burada da bir karēētēēma ihtimalinden bahsedilebilir. İöyle ki; markanē metatag olarak kullanēēē sureti ile internet kullanēēēēē, Aōnē web sayfasēna yönlendirilmesi, bu kimsede marka sahibi B ile A arasēnda ekonomik ya da idari bir baēlantē olduēu dūlūncesini doēurabilir. Öyleyse, böyle bir durumda marka sahibinin, markasēēē bir baēka kimse tarafēndan metatag olarak kullanēēēna, karēētēēma ihtimaline dayanarak itiraz edebilmesi kabul edilmek gerekir. Nitekim; daha önce de belirtildiēi gibi, hedef kitleye dahil insanların ilēletmeler arasēnda her hangi bir sebeple idari- ekonomik bir ilīēki olduēunu zannetmeleri karēētēēma ihtimaline dahildir.⁵³⁸

b. Markanē Anahtar Sözcük Olarak Satēē

Arama sitelerinin çok sēē ziyaret edilmesi, bunlarē reklamcēlar aēēēndan da cazip hale getirmiēētir. Bu sebeple, bu site sahipleri iēinde markalarē da

⁵³⁶ Arēkan, İnternet, s. 106 , Eēitmen, age, s. 45

⁵³⁷ Arēkan, İnternet, s. 106

⁵³⁸ Amerika Birleēik Devletleriēnde mahkemeler adē geēen varsayēnda marka hukukunu uygulamēēēlardē. (Bone, agm, s. 45, dpn. 32)

yer aldıkçe bazē anahtar sözcükleri reklamcđlara satmaktadēlar. Böyle bir illem gerçektēlirildiğinde, ilgili arama sitesinde o anahtar sözcük girilerek aralıēma yapıldıkēnda, arama sonucu ile birlikte, sayfada, reklam da yer almaktadır.⁵³⁹

Durumu bir örnekle⁵⁴⁰ açıklayalēn: Arama sitesi Yahooönun , internette satē yapan Böye ait olan kozmetiklerle ilgili X markasēnē , ücret karēlıkēnda , yine internette kozmetik ürünleri satmakta olan Cönin kendi ürünleri ile ilgili reklamēyla baēlantēē hale getirmesi halinde, Yahoo üzerinde X kelimesi yazđarak yapığan aralıēmalarda, internet kullanēēē Bönin adresine ulaēabilecek, ancak arama sonuçlarēnēn yer aldıkē bu sayfada , rakip firma Cönin reklamē görünecektir.

Kanēnca, bu ihtimalde marka sahibinin karētıēđma ihtimaline dayanmasē mümkün deēildir. Ancak , bu durumun haksē rekabet hükümleri⁵⁴¹ çerçevesinde deēerlendirilmesi mümkün olmak gerekir.

SONUÇ

MarkKHK karētıēđma ihtimali kavramēnē MarkK ve TTKöda ifadesini bulan öiltibasöa kēyasen geniēletmiē bulunmaktadır. Nitekim; adē geēen düzenleme ile ilāret ile tescilli marka arasēnda öbaēlantēolduēu ihtimaliö karētıēđma

⁵³⁹ Arēkan, **internet**, s. 106

⁵⁴⁰ Örnek Arēkan, **internet**, s. 107öden alānmēttē.

⁵⁴¹ WIPOönun konuyla ilgili olarak 1999 yēđnda yaptıēē anket çalıēmasēnda, 13 öлке bu durumu haksē rekabet olarak nitelendirirken, diēer 13 öлке, konuyla ilgili hukuki düzenlemelerinin olmadıkēnē belirtmiētir. (Arēkan, **internet**, s. 107öden naklen)

ihimali kavramına dahil kabul edilmiştir. Dolayış ile hukukumuz bakımından marka ile ticaret şasasında kullanılan diğeri bir ilaret arasında karđtđđma ihtimalinin var olup olmadıđđ belirlenirken göz önünde bulundurulacak esaslardan biri de obađlantđ olduğu ihtimaliödir. Böylece, MarkK ve TTK döneminde öiltibasöen varlıđđnđ belirlemek için kullanılan kriterler bugün için de geçerli olmakla birlikte eski önemlerini yitirmiş bulunmaktadırlar.

Marka sahibinin karđtđđma ihtimaline dayanarak MarkKHK md. 61vd. maddelerindeki hak ve yetkilerini kullanabilmesi , onun markasınđ kullanđyor olmasđ İartına bağlıdır. Nitekim, kullanđmayan bir marka alđđdarđn karlığına çıkmadđđ için onlar tarafından karđtđđdamaz.

MarkKHK md. 9/ II.öde marka hakkınđ ihlal eden kullanđn biçimleri örnek niteliğinde sayđlmđ olup, adđ geçen madde anlamında marka hakkına tecavüzden bahsedebilmek için, marka olarak tescil olunan ilaretin aynışınđn ya da benzerinin markasal olarak kullanđmasđ zorunlu değildir. Bu itibarla, tescilli bir markanın aynışınđn veya benzerinin bağkasına ait ticaret unvanđ illetme adđ alan adında kullanđmasđ MarkKHK md. 9/II anlamında marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmek gerekir. Bundan bağka, marka sahibi, markasınđn bađkasđ tarafından metatag olarak kullanđmasına ve izni olmadan sayfasına link ve frame verilmesinin önüne karđtđđma ihtimaline dayanarak karlığı çıkabilir. Markanın arama motorlarđ tarafından anahtar sözcük olarak satđmasđ durumunda ise bir karđtđđma ihtimali bulunmamaktadır, ancak marka sahibi adđ geçen duruma haksız rekabet hükümlerine dayanmak sureti ile engel olabilir.

KAYNAKÇA

Akgülen A. T., ó Haksız Rekabet ve Markalar Kanunu Üzerine Yargđay kıtıhatlarđ, Türkiyeöde ve Dünyaöde Sđnai Mülkiyet Korumasđ Uluslar arasđ Konferansđ Bidiriler, İstanbul 24-25 Haziran 1997 , TPE Yayınđ s.125-135

Anđk G., óAT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarđ, FMR, Y.1,C.1,S.3, s. 103-117

Arđhan T.,óBirleđik davalar T-357/99 ,T-358/99 , 14.06.2001, Telefon & Bach Verlags GmbH v OHIMö, FMR, Y.1, C.1,S.4, s. 177-185

Arkan S., Marka Hukuku, C.I, Ankara, AÜHF Yayınları 1997 (**Marka Hukuku C. I)**

Arkan S., Marka Hukuku, C.2, Ankara, AÜHF Yayınları 1998 (**Marka Hukuku C.II)**

Arkan S., Ökaret ile Marka Arasında Bağlantı ihtimali ve kıtibas (Karşıtarma) Tehlikesi, Batider 1999, C.20, s. 5-11 (**Karşıtarma Tehlikesi**)

Arkan S., Marka Hakkında Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHAE, Ankara, 1999, s. 197-208 (**Hakkında Tüketilmesi**)

Arkan S., ÖMarka Hakkında Tecavüz- Ökaretin Markasal Kullanma Zorunluluğu ? Batider Y. 2000, C. XX, S.3, s. 5-13 (**Kullanma Zorunluluğu**)

Arkan S., ÖYabancı Markaların Türkiye'de Korunması, Batider, Y. 1999, C.XX, S.1, s.5-17 (**Yabancı Markalar**)

Ar Z., ÖCoğrafi Ökaret Kavramı ve Coğrafi Ökaretlerin Tescili, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaşı Günü Armağanı C.1, yayına hazırlayan Doç Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, Beta, 2002, s. 45-68

Arkan A.S., ÖFikri ve Sınai Haklarda ÖHakkında Tüketilmesi Doktrini Ö Avrupa Birliği ve Türkiye, İKV, Mart-Nisan 1996, No.129, s.33-52 (**Hakkında Tüketilmesi Doktrini**)

Arkan A.S., Öİnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s.89-110 (**İnternet**)

Arkan A.S., ÖFikri ve Sınai Haklar Kapsamındaki Taklit ve Korsan Malların Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurulması, AAD, Y. 1995-1996, C. 4, S.1-2, s.71-91

Arkan, A.S., Ö Fikri ve Sınai Hakların Tükeneşmesi ve Rekabet Hukuku n Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirme-Ö Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2002, s.754-771 (**Fikri ve Sınai Hakların Tükeneşmesi**)

Arkan A. S., ÖSınai Tasarımlar, Batider, C.17, S. 3, Haziran 1994, s. 67-113

Arkan A. S., ÖTasarımların 554 Sayılı Tasarım Kararnamesi ve Fikir- Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Korunması, AAD, Y. 1995-1996, C.4, S.1-2, s. 71-91

Arđkan, F. M., óMarkaların Alan Adlarına Karşı Korunması, İBD., Y.2000, C.74, S.7-8-9, s.781-790

Arseven H., Nazari ve Tatbiki Alâmeti Farika Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası 1951

Aslan K.Y.,óEndüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlkeleri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Dört İnceleme, FMR, Y. 1, C. 1, S.1, s.19-41

Bastian M.E., óAvrupa Hukukunda Topluluk Markası Ulusal Hukuk ve Mevcut Sorunlarla İlkeleri Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara, Ankara Barosu Yayınları s. 461-482

Balıboğulu T., Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.1, Ankara, Yetkin, 1988

Berzek A. N., 6556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Markaların Düzenlenmesi, Prof. Dr. Oğuz İmregünce Armağan, İstanbul Beta, 1998, s. 77-88

Boğaç E. / **Songür** M. , Açıklamalı Bilgisayar ve İnternet Terimleri Sözlüğü, Ankara, Hacettepe- Talı, 1999

Bone R.G., çev. Ayça Akkayan Yıldırım, óBağlanma (Linking), Toplama (Aggregating) ve Buluş Yapma (Innovating) : Web Sitelerine ve Site İçeriklerine Erişimin Düzenlenmesinde Mülkiyet, Sözleşme ve Haksız Fiil Prensiplerinin Rolü, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001 , İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002, s. 31-63

Bozbel S., óDomain Names (İnternet Alan Adları ve ICANN- Tahkim Usulü, Prof. Dr. Ömer Teoman Armağan, İstanbul, Beta, 2002, s.215-254

Bozer A. /**Göle** C.,Bankacılar için Ticaret Hukuku Bilgisi, 14. Baskı Ankara, BTHAE, 1994

Cengiz D., Türk Hukukunda İktibas veya İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz İlgili Mevzuat Danıştay ve Yargıtay Kararları İstanbul, Beta, 1995

Camcı Ö., Marka Patent Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları İstanbul, Kazancı Matbaası 1998

Çullu, T., óİsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından, Fabrika Markaları Gayri Kanuni Rekabet- Tatbik Edilecek Kanun İBD, Y.1948, C.22, S.12,s. 782-790

Danıştay Başkanlığı Danıştay 12. Daire Kararları 1. Kitap, C.1, Ankara, Danıştay Yayınları 1976

Dericioğlu H., óMarka Tescilinde Aranan Hususlarô (Mûlahabetin Tespiti) , TKG, 19.8.1957, S.235, s.4

Dericioğlu H., óiktira ve Marka Tatbikatındaki Aksaklıklarô, Patent ve Markaların Kullanılması Sempozyumu, Ankara, TC Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Eğitim Yayınları 1975, s. 168-206

Dericioğlu M.K.,óTürkiyeöde ve Avrupa Topluluğunda Markaların Korunması, AAD, Y. 1995/1996, C.4, S.1-2, s.65-69

Dirikkan H., óTescilli Markayın Kullanma Kulfetiô , Prof. Dr. Oğuz İmregünöce Armağan, İstanbul, Beta, 1998, s.219-280

Doğanay K., Türk Ticaret Kanunu İerhi, C.I, 3. bası Ankara, Yetkin, 1990

Domanıç H., Türk Ticaret Kanunu İerhi, C.1, İstanbul, Temel, 1988

DPT, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, DPT Yayını 2000

Dönmez K., Markalar ve Haksız Rekabet Davaları 2. bası İstanbul, Beta, 1999

Dündar K., óTescil Öncesi ve Sonrasında Bulul ve Markalarla İlgili Sorunlara Genel Bakışô, Patent ve Markaların Tescil Öncesi ve Sonrasında Sorunları Sempozyumu, 21.05.1984, Ankara, Kamu Hizmetleri Araştırma Vakfı Yayını s. 19-27

Edgü E., óFabrika Markaları, ABD, 1954, S.1, s. 68-71

Eğitmen M., İnternet Güncel Balıvuru Kılavuzu, İstanbul, Alfa, 2000

Eriş G., Madde Açıklamaları En Son İhtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. 1, Ticari İletme ve Ticaret İirketleri, genişletilmiş 2. bası Ankara, En-kay, 1992

Eyüboğlu S., óTanınmış Markaô, FMR Y.1, C.1, S.2, s. 109-120

Güran S./ Akünal T./ Bayraktar K./ Yurtcan E./ Kendigelen A. / Beller Ö./ Sezer B., İnternet ve Hukuk Temel Metni, İstanbul 2000, (Çevrimiçi:<http://www.superonline.com/hukuk/hukuk.htm> , 09.06.2002)

Gürzumar O.B., óYeni Markalar Kanunu İıışında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmelerô , Yargıay Dergisi, C. 20, Ekim 1994, S.4, s. 501-524

İlgaz D., óCoğrafi İaretlerin Korunması Dünyada ve Türkiyeöde Durumô, AAD, C. 4-6, Y. 1995-1996, S.1-2, s. 117-141

İmregün O., Bilirkiş Raporları(1971-1982), İstanbul, Filiz, 2000 (1971-1982)

İmregün O., Bilirkiş Raporları(1987 Yıı) , İstanbul, Filiz, 1999 (1987)

İmregün O., Bilirkiş Raporları (1983-1984) İstanbul, Filiz, 2000 (1983-1984)

- İnregün O.**, Bilirkiili Raporlar(1985-1986), İstanbul, Filiz, 2000 (1985-1986)
- İnregün O.**, Bilirkiili Raporlar(1988), İstanbul, Filiz, 2001
- İnregün O.**, Bilirkiili Raporlar(1992) , İstanbul, Filiz, 2001
- İnregün O.**, Bilirkiili Raporlar(1993), İstanbul, Filiz 2001
- İnan A.**, İnternet El Kitabı 3. Baskı İstanbul, Sistem, 1999
- İnan N.**, İstek Satış ve Üçüncü Kişiler Batider 1993, C.XVII, S. 2, s.55-77
- İnanlı H.**, İstisna Mesleğinde İstisnasızlık ve İstisnasızlık, Demokratisme,
İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Anlamında Avukatlık Mesleği (Sorunlar- Çözüm
Perspektifleri), 2. Baskı İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları 2000, s. 126-145
- Kali S.**, İstisna Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İstisna Hakkının İstisnası ve
İstisna Mülkiyet Hukukuyla İstisnası, Y.1, C.1, S.4, s. 53-73
- Kaneti S.**, İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İstisnası İlgili
Kararları Batider, Y.1961, C.1,S.2,s. 235-250
- Kara A.**, İstisna ve Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Marka Mevzuatının
Uyumlaştırma Çalışmaları, İBD, Y. 1996, C.70, S.7-8-9, s. 478-487
- Karaahmet E.**, İstisna Mülkiyet Haklarının Korunmasına İstisnası Uluslararası
Anlaşmalar, AAD, Y. 1995-1996, C.4, S.1-2, S. 3-16
- Karaahmet E.**, İstisna Kanunu Tasarısı, İstisna Mülkiyetin Korunması ve
İstisna'daki Gelişmeler Hakkında Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO)
Sempozyumu, 19-20.06.1995 TPE Yayınları s. 24-30
- Karahan S.**, İstisna İstisnası, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü,
yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul,1987 (**Marka İstisnası**)
- Karahan S.**, Yeni Marka Hukukumuz ve İstisnası Mevzuatı,Konya, Mimoza, 1996
(**Yeni Marka Hukukumuz**)
- Karahan S.**, İstisna İstisnası, İstisna İstisnası ve İstisnası İstisnası İstisnası
markalarında kullanılması mümkün müdür? İstisnası FMR, Y.1, C.1, S.3, s.29-42
- Karahan S.**, İstisnası Sayısı KHK Uyarınca Verilmiş İstisnası ve Kazai İstisnası İstisnası
Marka Hukukunda İstisnasızlık Davaları, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk
Kurultayı 2002, Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2002, s. 510-539 (**İstisnasızlık
Davaları**)
- Karahan S.**, İstisnasız Rekabet Davalarında Dava Zamanları ve İstisnasız Kalma
Nedeniyle İstisnası Kaybı İstisnası, Prof. Dr. Hayri Domaniç 80. Yaşı Günü

Armağan E. C.1, yayına hazırlayan Doç. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, Beta, 2001, s. 292-305 (**Sessiz Kalma Hukuku**)

Karahan S., Ticari Hukukta Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Baskı Konya , Mimoza, 2001(**Ticari Hukuk**)

Karayalçın Y., Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara, BTHAE, 1983

Karayalçın Y., Ticaret Hukuku- I- Giriş- Ticari Hukuk, 3. baskı Ankara, BTHAE, 1968 (**Ticaret Hukuku**)

Kaya A./ Varol R/ Okutan G., Fikri Mülkiyet Hukuku ve Radyo Televizyon Hukuku Mevzuatı İstanbul, Beta, 1998

Kayhan F., Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkında Tüketilmesi, FMR C.1, S.1, s.52-70

Kazgan H., İdari ve Ticari Markaların Pazarlamadaki Rolü, İTOM, 1963, S.11-12, s. 44-64

Kerem K., İdari 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, s. 527-544

Kökten W., (Çev. Ayça Akkayan Yıldırım) Dijital İletişim ve Sözleşme Hukuku, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001 , İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını İzmir 2002, s.161-167

Körçova K / Öztürk P., İnternette Ticaret ve Hukuki Sorunlar, İstanbul, İTO Yayını 2000

Keyder V. B., Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği (Intellectual Property Rights and Customs Union), İstanbul, İntermedia, 1996

Kuru B. , Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6. Baskı , İstanbul, Demir Demir, 2001

Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:V, 6. Baskı İstanbul, Demir Demir, 2001

Memiş T., Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara, Seçkin, 2002 (**Müzik Sunumu**)

Memiş T., Alman Federal Mahkeme Kararı (I ZR 232/98) ve Değerlendirilmesi, AÜEHFD, Y. 2001, C. V, S.1-4, s.637-647 (**Federal Mahkeme Kararı**)

Moroğlu E., Notlu- İhtilaf Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 7. Baskı İstanbul, Beta, 2001

Noteboom E., óToplulukta Markalar Hukukuó, Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıların 3- Markalar Hukukuóunun Avrupa Birliğine Uyumu ve Sorunları Semineri (6 Temmuz 1995), İstanbul, İTO Yayını 1995, s.45-56

Nomer F., óİnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayrı Edici Ad ve İletmeler ile Benzerlikler Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlaró, Prof. Dr. Hayri Domaniçö 80. Yılı Günü Armağanı C.1, yayına hazırlayan Doç Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, Beta, 2001, s. 395-417
(**Alan Adı**)

Nomer F., óTanınmış Marka: Nike (İsviçre Federal Mahkemesinin 24 Mart 1998 tarihli kararıó, Prof. Dr. Erdoğan Moroğluöna 65. Yılı Günü Armağanı İstanbul, Beta, 1999, s.485-506 (**Tanınmış Marka**)

Ocak N., óMarkalarda Tescilin Sakladığı Korumanın Kapsamıó Prof. Dr. Ali Bozerö Armağan, Ankara, BTHAE, 1998, s. 269-286

Omağ M. K., óMarka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunmasıó, Hukuk Araştırmaları Ocak- Aralık 1991, C.6, S.1-3, s. 5-14

Okutan G., óTicaret Unvanı ve İletme Adıó, 40 Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri , İstanbul, İÜHF Yayını 1997, s. 19-23

Oytağ K., óTanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Sonó FMR , Y.1, C.1, S.3, s. 91-102 (**Tanınmış Markalar**)

Oytağ K., Son Uluslararası Değilikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku, İstanbul, Beta, 1999 (**Marka Hukuku**)

Oytağ K., óAvrupa Birliği Markası(OTM) nasıl elde edilir? , İBD, Y. 1996, C.70, S. 7-8-9, s. 488-495

Öçal A., Türk Hukukunda Markaların Himayesi- İsviçre ve Fransız Hukuku ile Mukayeseli Olarak, Ankara, 1967 (**Markaların Himayesi**)

Öçal A., óMarkalara İlişkin Bazı Fransız Mahkeme Kararlarıó, Eskişehir İTAD, 1965, C.1, S.1, s. 151-161 (**Fransız Mahkeme Kararları**)

Öçal A., óMarka Hukukunda Rengin Önemió, ABD, 1968, C.25, s.416-418 (**Rengin Önemi**)

Örs H. F., Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara, 1958

- Özcan M.**, Avrupa Birliğinde Fikri ve Sənai Haklar, Ankara, Nobel,1999
- Özdemir O. S.**, Sənai Haklara kılın Lisans Sözləlmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözləlmelerine Uygulanmasđ İstanbul, Beta , 2002
- Özel Ç.**, Marka Lisansə Sözləlmesi, Ankara, Seçkin, 2002
- Özsunay E.**, 6551 sayđđ 6Markalar Kanunu6 Döneminde Markalara kılın Önemli Sorunlar ve 6Markalarđ Korunmasđ Hakkında KHK/5566 ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler6 , Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıar3-, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunlarə Semineri, (6 Temmuz 1995), KTO Yayınlarə İstanbul 1995 , s.13-24 (**Çözüm ve Yenilikler**)
- Özsunay E.**, 6ATöda Ulusal Marka Hukuklarđın Uyumlaıtđlması ve Denkleıtirilmesi: AT Yönergesi ve Bazə Üye Devletler Hukuklarə Üzerine Dölünceler6, Prof. Dr. Selim Kanetiönin Anđđna Armağan, İstanbul, Aybay,1996, s. 120-130)
- Öztek S.**, 6laç Markalarə Arasında ktibas ve Türk Markalar Hukukunun Çözömlenmemiğ Bazə Genel Sorunlar6, Hukuk Araıtđlmalarə Ocak- Aralđk 1991, C.6, S.1-2-3, s. 15-22 (**laç Markalarə**)
- Öztek S.**, 6Marka Terkini Davalarında Yargə Yolu (Görevli Mahkeme)6 , KBD, Y. 1993, C. 67, S. 4-5-6, s.237-242 (**Görevli Mahkeme**)
- Pınar H.**, 6Marka ve Haksə Rekabet Hukuku Alanında Avrupa Topluluklarə Mahkemesiönin Gümrük Birliğinde Mallarđ Serbest Dolađđnına kılın Kararlarə ve Türk Hukukuna Etkileri6 Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayə 2002, Ankara, Ankara Barosu Yayınlarə 2002, s. 666-854
- Pınar H.**, 6Marka Hukukunda Haklarđ Tükenmesi6, Prof. Dr. Kemal Oğuzmanöın Anđđna Armağan, İstanbul, Beta, 2000, s. 855-915
- Poroy R. / Tekinalp Ü.**, 6Marka Hakkında kılın Bazə Sorunlar6, Prof. Dr. Haluk Tandoğanöın Anđđna Armağan, Ankara, BTHAE,1990, s. 333-345
- Poroy R. / Yasaman H.**, Ticari kılletme Hukuku, Gözden geçirilmiğ 8. basə İstanbul, Beta, 1998
- Sağlam M. A.**, Markalar Kanunu 6erhi ve Tatbikatə Ankara, 1973
- SanlıE.**, 6Türk Patent Enstitüsü Aleyhine Açđan Davalar6, Marka Korumasə Uluslar arasə Sempozyumu, İstanbul , 24-25.6.1998, TPE Yayınə s.269-271

- Sanlı E.**, öMahkemelerde Sınai Mülkiyet Davalarıö , Türkiyeöde ve Dünyada Sınai Mülkiyet Korumasö Uluslar arasö Konferansö , İstanbul, 24-25.6.1997 , TPE Yayınö s. 117-122
- Saraçoğlu A. R.**, öOHIMöe Karlö Zapf Creation AG T- 140/00ö , FMR Y.2 C.2 S.2002/1, s.153-160
- Saymen F. H./ Erman S. / Elbir H.K.** , Türk içtihatlar Külliyyatö Sene: 1955, C.1-2, İstanbul ,1959
- Saymen F. H./ Erman S. / Elbir H.K.**,Türk içtihatlar Külliyyatö Sene: 1956, C. I-II, İstanbul,1960
- Seyithanoğullarö T.**, öYargö Kararlarönda Sınai Mülkiyet Hukuku Uygulamalarö Yönünden Ortaya Çökan Olumsuzluklarö, Türkiyeöde ve Dünyada Sınai Mülkiyet KorumasöUluslararası Konferansö İstanbul, 24-25.6.1997, TPE Yayınö s. 299-311
- Suluk C.**, öTasarönlarö Kümülatif Olarak Korunmasö , FMR, Y.1, C.1, S.3, s. 42-72
- Suluk C.**, öYedek Parça Tasarö Hakkö Korunmasö, Ankara, Yargö 2001
- Suluk C.**, öAvrupa Birlii ve Türk Hukukunda Tescilli Tasarönlarö Koruma Áartlarö , FMR Y.1 C.1 S. 2, s. 23-57
- Sungur H./Boran K.**, Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat I. Ticari İletme, İstanbul, Kurtulmuş Matbaasö 1957
- Sungurbey K /Çaça T./Kaneti S.**, Marka Davalarö Sungurbey K , Medeni Hukuk Eleíirileri, C.3, İstanbul ,1971, s. 156-167
- Tarnec L. A.** (Çev.Akar Öçal), öMarkalara Saklanan Himayenin Benzer Mamullere Teímiliö, Eskiéehir İTİAD, 1966, C.1, S.1, s.234-237
- Taylan Ç. E.**, Marka Hakkö Kullanöyla Paralel İhlatö Önlenmesi, Ankara, Seçkin, 2001
- Tansö Ö. C.**, öTicaret Hukukunda Alamenti Farika İtibaslarö , İBD, Y.1965, C. XIX, S.5, s. 297-309
- Tekil M.**, ö554 Sayö KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarö Kavramö ve Koruma Áartlarö , İHFM Y. 1997, C.LV, S.4, s. 233-250
- Tekinalp Ü.**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleíirilmiş 2. basö İstanbul, Beta, 2002

Tekinalp Ü., 6Yeni Marka Hukukunda Tescil İkkesi ve Tescilsiz İaretlerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Kenan Tunçomağöa Armağan, İstanbul, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardėnlalma Vakfė Yayınė,1997, s. 467-480 (**Tescil İkkesi**)

Tekinalp Ü., İktibar Tazminatė ve Bazė Sorunlar, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinayöñ Hatėrasına Armağan, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Faköltesi Yayınė 1999, s. 589-598

Tekinalp Ü., Markanın Üçüncü Kili Tarafėndan Kullanđması Prof. Dr. Oğuz İmregünöe Armağan, İstanbul, Beta, 1998, s. 633-644 (**Üçüncü Kili Tarafėndan Kullandma**)

Tekinalp G./ Tekinalp Ü./ Atamer Y. M./ Oder B. E./ Oder B./ Okutan G. , Avrupa Birliği Hukuku, güncelleİtirilmiİ 2. Basė İstanbul, Beta, 2000, (**Tekinalp/ Tekinalp) AB Hukuku**

Tekinalp G./ Tekinalp Ü., 6 Fikri Mülkiyet Hukukuna İliİkin Kanun Hükmünde Kararnamelere Göre Korumadan Yararlanacak Kiliİler ve Elveriİli Hükümler (Asgari Haklar) İkkesi, Prof. Dr. Bülent Davranöa Armağan, İstanbul 1998, İstanbul Üniversitesi, Eğitim, Öğretim ve Yardėnlalma Vakfė Yayınė s.155-166 (**Asgari Haklar İkkesi**)

Tekinay S. S., 6Esas Unsurlarė Dolayışė ile Koruma Dėİ Bėrakđan Markalar, Prof. Dr. Yalār Karayalçėnöa 65. Yalı Günü Armağanė Ankara , Türkiye İ BankasėKültür Yayınlarė 1988, s. 72-78

Teoman Ö., Yalāyan Ticaret Hukuku, C.I: Hukuki Mütalaalar, Kitap: 1, 1989-1991, İstanbul, Kazancė 1992 (**Kitap: 1**)

Teoman, Ö., Yalāyan Ticaret Hukuku, C.1,Hukuki Mütalaalar, Kitap 2: 1986-1988, İstanbul, 1993 (**Kitap: 2**)

Teoman, Ö., Yalāyan Ticaret Hukuku, C. I: Hukuki Mütalaalar, Kitap 4, 1982-1983, İstanbul, Kazancė 1995

Teoman, Ö., Yalāyan Ticaret Hukuku, C.I, Kitap 5: 1992-1993, 2. Tėpkė Basė İstanbul, Beta, 2000 (**Kitap:5**)

Teoman, Ö., Yalāyan Ticaret Hukuku, C:I, Hukuki Mütalaalar, Kitap:7 1995-1996, İstanbul, Beta, 1997 (**Kitap:7**)

Teoman Ö., Yalāyan Ticaret Hukuku, C.1: Hukuki Mütalaalar, Kitap:8, İstanbul, Beta,1997 (**Kitap: 8**)

Teoman Ö., Yalayan Ticaret Hukuku, C.I: Hukuki Mütalaalar, Kitap:9: 1998-1999, İstanbul, Beta, 2000 (**Kitap:9**)

Teoman Ö., óTek Satıcık Hakkın Üçüncü Kıliler Tarafından khlali Durumunda Haksız Rekabete kılkin Kuralların Uygulama Olanakı, Ticaret Hukuku ve Yargıay Kararları Sempozyumu, Ankara 1993, C.X, s.24-72

Teoman Ö., óMarkanın Terkini için Açıkacak Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsüne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu, Prof. Dr. Oğuz Kınregünöe Armağan, İstanbul, Beta, 1998, s. 645-653

Türk Patent Enstitüsü, Sınai Haklarla ile ilgili Uluslararası Anlaımlar ve kıl kiler, Ankara, TPE Yayın 2001

Ünsal Ö. E., óMarka kncemesinde Karđtđrđma Olasıkđ Kavramı TPE Bülteni, Y.1, S.3, s. 16-19

Üstündağ S., Medeni Yargıama Hukuku, 7. bası İstanbul, Nesil, 2000

von Büren, óısviçreöde Markalar Hukuku, Gümrük Birlii Bilgilendirme Toplantıları -3-, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu Sorunları ve Semineri, 6 Temmuz 1995, İstanbul, ITO Yayın 1995, s. 25-31

Yalçner U., óTürkiyeöde Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHKön Getirdikleri, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu ve Sorunları kTO Yayın İstanbul, s. 58-66

Yalçner U., óPatent ve Faydalı Model Belgelerinin Hükümsüzlük Davaları, FMR, Y.1, C.1, S.3, s.73-80 (**Faydalı Model**)

Yasaman H., óTanınmı Markalar, Halil Arslanlının Anısına Armağan, İstanbul, kÜHF 1978, s. 691-708 (**Tanınmı Markalar**)

Yasaman H., óSınai Resim ve Modeller, Batider, Y.1984, C.12, S.2-3, s. 93-98

Yasaman H., óHizmet Markaları, Batider, Y. 1975, C. 8, s. 73-93

Yasaman H., óTicari Davaları, 40. Yılda Türk Ticaret Kanunu, kÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin ve Araıtma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul, kÜHF Yayın 1997, s. 3-5

Yarsuvat Ö., Türk Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu- Acquis Communautaireın Alınması Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, proje yöneticisi, Ünal Tekinalp, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Yayın 2001, s. 710-721

Yıldırım N.D., Haksöz Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyette İhtiyati Tedbirler, İstanbul, Alkım, 1999

Yılmaz K., Avrupa Topluluğunda Fikri ve Sınai Haklar, AAD C.4, S.1-2, 1995-1996, s. 17-53

Yosmaoğlu N., Dünyada ve Türkiye'de Patentler, Know How'lar, Markalar, Ankara, Mis, 1978

Yürük A. , Türkiye Hukukunda Tescilsiz Ticaret Unvanlarının Korunması, Prof. Dr. Suat Məzaçın Anısına Armağan, C.I, Eskişehir 1986, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları s. 179-189