T.C.
KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ EKSENİNDE ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMI

BERK KARAYEL

DANIŞMAN: Dr. Öğr. Üyesi Esra HAMAMCIOĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSTANBUL, EYLÜL, 2019

TÜRK MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ EKSENİNDE ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMI

BERK KARAYEL

DANIŞMAN: Dr. Öğr. Üyesi Esra HAMAMCIOĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı'nda Yüksek Lisans derecesi
için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla
Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'ne
teslim edilmiştir.

İSTANBUL, EYLÜL, 2019

Ben, BERK KARAYEL;

Hazırladığım bu Yüksek Lisans Tezinin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde tez içerisinde belirttiğimi onaylıyorum.

BERK KARAYEL

02.09.2019

KABUL VE ONAY

BERK KARAYEL tarafından hazırlanan **TÜRK MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ EKSENİNDE ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMI** başlıklı bu çalışma **02.09.2019** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Dr. Öğr. Üyesi Esra HAMAMCIOĞLU(Danışman)	Kadir Has Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Argun KARAMANLIOĞLU	Kadir Has Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Rabia Eda GİRAY	Marmara Üniversitesi

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

ONAY TARİHİ:

Prof. Dr. Sinem Algüt Açıkmeşe
Müdür
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

İÇİNDEKİLER

ÖZET ix

ABSTRACT x

KISALTMALAR xi

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI VE MARKA HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

I. MARKA KAVRAMI, İŞLEVLERİ, UNSURLARI VE TÜRLERİ 3

A. Marka Kavramı 3

B. Markanın İşlevleri 5

1. Genel Olarak 5

2. Mal veya Hizmetin Ayırt Edilmesi İşlevi 5

3. Kaynak Gösterme İşlevi 6

4. Reklam İşlevi 7

5. Garanti İşlevi 8

C. Markanın Unsurları 8

1. Sicilde Gösterilebilir Bir İşaretin Mevcut Olması 9

a. Genel Olarak 9

b. Geleneksel Markalar 11

i. Sözcükler 11

ii. Şekiller 14

iii. Harfler ve Sayılar 15

c. Geleneksel Olmayan Markalar 16

i. Üç Boyutlu Markalar 16

ii. Renk Markaları 18

iii. Ses Markaları 20

iv. Hareket markaları 20
v. Koku markaları 21
vi. Diğer Geleneksel Olmayan Markalar 22
2. İşaretin Ayırt Edici Olması 23
a. Tanım 23
b. Soyut ve Somut Ayırt Edicilik 24
c. Ayırt Ediciliğin Tespitinde Esas Alınabilecek Kriterler 27
i. İşaretin Bütünlüğü 27
ii. İşaretin Malın Zorunlu Bir Hususu Olmaması 29
iii. İşaretin Kullanılacağı Mal / Hizmetler Yönünden Tanımlayıcılığı 29
iv. İşaretin Anlamsal Gücü 30
D. Marka Türleri 31
1. Tescil Amaçları ve İşlevlerine Göre Markalar 32
2. Bilinirlik Ölçüsüne Göre Markalar 33
3. Sahiplerine Göre 33
4. Teşekkül Tarzına Göre Markalar 35
II. MARKA HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER 35
A. Türk Hukukundaki Marka Düzenlemeleri 35
1. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Öncesi Dönem 35
2. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname 36
3. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 38
B. Markalara İlişkin Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Anlaşmalar 38
1. Markaların Milletlerarası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşması 38
2. Markaların Milletlerarası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşması ile İlgili Protokol 39
3. Sahte Mahreç İşaretlerinin Men'i Hakkında Madrid Sözleşmesi 40
4. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası

Sınıflandırılmalarına İlişkin Nis Anlaşması 40

5. Markaların Şekilli Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması 41

6. Marka Kanunu Anlaşması 41

C. Türkiye'nin Taraf Olduğu Kısmen Markalara İlişkin Uluslararası Anlaşmalar 42

1. Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi 42

2. Milletlerarası Bir Beratlar Bürosu Kurulmasına Dair La Haye Anlaşması 42

3. Sahte Mahreç İşaretleri Hakkında Madrid Sözleşmesi 43

4. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi 43

5. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ve TRIPS 43

İKİNCİ BÖLÜM

KARIŞTIRILMA İHTİMALİ KAVRAMI, ÖLÇÜTLERİ VE ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMI

I. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ 44

A. Tanım 44

B. Karıştırılma İhtimali ile İlgili Düzenlemeler 53

1. SMK Kapsamında 53

a. Mutlak ve Nisbi Tescil Engeli Olarak 53

b. Hükümsüzlük Sebebi Olarak 53

c. Marka Hakkına Tecavüz Eylemi Olarak 53

d. Yabancı Ülke Kaynaklı Başvurular Bakımından 54

2. Fikri Haklara İlişkin Bazı Uluslararası Düzenlemelerde 54

a. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasında (TRIPS) 54

b. AB Mevzuatında 55

3. Ülkemizdeki Diğer Düzenlemelerde 56

a. TTK'da 56

c. TBK'da 57
d. TMK'da 58
C. Karıştırılma İhtimalinin Türleri 59
1. Tüketici Yanılgısı Bağlamında Karıştırılma İhtimali Türleri 59
a. Dar Anlamda Karıştırılma İhtimali 59
b. Geniş Anlamda Karıştırılma İhtimali 60
2. Klasik Olmayan Karıştırılma İhtimali Türleri 63
a. Satış Öncesi Karıştırılma İhtimali 63
b. Satış Sonrası Karıştırılma İhtimali 64
c. Ters Yönde Karıştırılma İhtimali 66
d. Parodi Amaçlı Kullanımdan Kaynaklanan Karıştırılma İhtimali 69
e. Bilinçaltından Kaynaklanan Karıştırılma İhtimali 74
D. Karıştırılma İhtimali ile Markanın Sulandırılması Kavramlarının İlişkisi 74
E. Karıştırılma İhtimalinin Unsurları 76
1. Markayı Oluşturan İşaretlerin Aynı, Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer veya Benzer Olması 77
a. Markayı Oluşturan İşaretlerin Aynı Olması 77
b. Markayı Oluşturan İşaretlerin Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer Olması 79
c. Markayı Oluşturan İşaretlerin Benzer Olması 80
2. Markaların Aynı, Aynı Tür veya Benzer Mal veya Hizmetleri İçermesi 81
a. Markaların Aynı veya Aynı Tür Mal veya Hizmet İçermesi 81
b. Markaların Benzer Mal veya Hizmet İçermesi 84
II. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNIN BELİRLENMESİNDE GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULACAK ÖLÇÜTLER 87
A. Ayırt Edicilik Ölçütü 87
1. Genel Olarak 87
2. Ayırt Ediciliği Belirlemede Markanın Esas ve Yardımcı Unsurları 87

B. Karıştırılmada Bütünlük Ölçütü 90

C. İşaretlerin Birbirini Çağrıştırması Ölçütü 93

D. İşaretler Arasında Karıştırılma İhtimali Doğurabilecek Benzerlik Değerlendirilmesinde Dikkate Alınan Ölçütler 94

1. İşitsel Benzerlik 95

a. Genel Olarak 95

b. TÜRKPATENT Değerlendirmesi 96

2. Görsel Benzerlik 98

a. Genel Olarak 98

b. TÜRKPATENT Değerlendirmesi 99

i. Sözcüklerden Oluşan Markalar Yönünden 99

ii. Şekilden Oluşan Markalar Yönünden 99

iii. Sözcük ve Şekillerin Kombinasyonundan Oluşan Markalar Yönünden 101

aaa. Şeklin Farklı Sözcüklerin Aynı Olması Durumunda 101

bbb. Sözcüklerin Farklı Şekillerin Aynı Olması Durumunda 102

3. Anlamsal Benzerlik 103

a. Genel Olarak 103

b. TÜRKPATENT Değerlendirmesi 104

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSAL VE ULUSLARARASI İÇTİHATLAR IŞIĞINDA ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I. HİTAP EDİLEN ALICI GRUPLARINA GÖRE ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMI 106

A. Genel Olarak 106

B. Markayı Taşıyan Mal veya Hizmetin Günlük Tüketime Konu Olması Durumunda 108

C. Markayı Taşıyan Mal veya Hizmetin Özel Nitelikli Olması Durumunda 115

D. Markayı Taşıyan Mal veya Hizmetin Özel veya Uzman Alıcı Grubuna Hitap Etmesi Durumunda 118

E. Karıştırılma İhtimali İncelemesi Yapılan Mal veya Hizmetlerin Farklı Niteliklerde Olması Durumunda 122

II. UYGULAMADAKİ ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMININ ELEŞTİRİSİ VE ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLARI 123

A. Genel Olarak 123

B. Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi 128

C. Göz İzleme Yöntemi 128

SONUÇ 133

KAYNAKÇA 136

ÖZET

BERK KARAYEL
TÜRK MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ EKSENİNDE ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ
İSTANBUL 2019

Günümüzde şirketlerin artan markalaşma faaliyetleriyle birlikte marka ve markanın sağladığı haklar birçok uyuşmazlığa konu olmaktadır. Marka hakkı ihlalinin sıklıkla karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkması nedeniyle gerçekleştiği de bilinmektedir. Mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici kitlesinin algısını etkilemeye yönelik marka tescilleriyle birlikte karışıklığa yol açan taraf, önceki marka sahibinin itibarından yararlanmakta ve bu durumdan kazanç elde etmektedir.

Karıştırılma ihtimalinin ortaya konulabilmesi için doktrinde ve uygulamada bazı ölçüt ve unsurların varlığı kabul edilmektedir. Teknolojik gelişmeler ve teknolojiye ulaşım imkanlarının hızla artması nedeniyle karıştırılma ihtimalinin bir ölçütü olan ortalama tüketici kavramı da bu süreç içinde gelişmekte ve değişmektedir.

Bu çalışmada, karıştırılma ihtimali ölçütleri ve unsurlarıyla açıklanmış, yargı kararları da kullanılarak karıştırılma ihtimalinin nasıl tespit edilebileceği anlatılmıştır. Karıştırılma ihtimalinin unsurlarından biri ve kanımızca en önemlisi olan ortalama tüketici kavramı da hem doktrin görüşleri hem de yargı kararları ışığında açıklanmaya çalışılmıştır. Bu çalışmanın ana amacı, marka hukuku ekseninde karıştırılma ihtimali kavramının açıklığa kavuşturulması ve ortalama tüketici kavramının bu kapsamda nasıl tespit edilmesi gerektiğine dair görüşlerin ortaya konulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: 1) Marka, 2) Marka Hukuku, 3) Karıştırılma İhtimali 4) Ortalama Tüketici Kavramı

ABSTRACT

BERK KARAYEL

AVERAGE CONSUMER CONCEPT ON THE SCOPE OF LIKELIHOOD OF CONFUSION OF THE TURKISH TRADEMARK LAW

MASTER THESIS

ISTANBUL 2019

Today, with the increasing branding activities of companies, trademarks and the rights provided by trademarks now become subject to many disputes. It is also known that the trademark right violations often happen because of the likelihood of confusion occurrences. The party that leads to confusion with the trademark registrations, which are intended to influence the perception of the consumer audience that the goods or services appeal to, takes advantage of the reputation of the previous brand owner and benefits from this situation.

In order to present the likelihood of confusion, some criteria and elements are accepted both in the doctrine and in practice. The average consumer concept, which is the criterion for the possibility of confusion, is also developing and changing in this process due to technological developments and the rapid increase in the chances of access to technology.

In this study, the likelihood of confusion is explained with its criteria and elements, and also by using judicial decisions, how to determine the possibility of confusion is expounded. The concept of average consumer, which is one of the elements of confusion and the most important one in our opinion, has also been tried to be explained in light of both doctrine opinions and judicial decisions. The main purpose of this study is to clarify the possibility of confusion concept in trademark law and to put forward the opinions about how the concept of average consumer should be determined in this context.

Key words: 1) Trademark, 2) Trademark Law 3) Likelihood of confusion 4) Average consumer

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AT	: Avrupa Topluluğu
bkz.	: Bakınız
c	: Cilt
C.D.	: Ceza Dairesi
C.G.K.	: Ceza Genel Kurulu
CJEU	: Court of Justice of the Europeran Union (Avrupa Adalet Divanı)
dpn.	: dip not
E	: Esas
ECJ	: European Court of Justice (Avrupa Birliği Adalet Divanı)
EUIPO	: European Union Intellectual Property Office (Avrupa birliği Fikri Mülkiyet Ofisi)
FSHHM	: Fikri sınai Haklar Hukuk Mahkemesi
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
H.D.	: Hukuk Dairesi
H.G.K.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
INTA	: International Trademark Association (Uluslararası Marka Birliği)
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MarKHK	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MİK	: Marka İnceleme Kılavuzu
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OHIM	: Office for Harmonization in the Internal Market (İç Pazar Uyumlaştırma Ofisi)
RG	: Resmi Gazete

s.	: Sayfa
syf.	: Sayfa
S.	: Sayı
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TFM	: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPs	: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rigths (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TURKPATENT	: Türk Patent ve Marka Kurumu
WIPO	: World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
Y	: Yıl
YİDK	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu

GİRİŞ

Markalar, mal veya hizmetler üzerinde diğer mal veya hizmetlerden ayırt etme, reklam aracı olma, garanti aracı olma, kaynak gösterme ve bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme aracı olduğundan, üreticiler açısından büyük önem taşımaktadır. Tüketiciler günlük alışverişleri dahil mal ve hizmet alımlarında sıklıkla markalara dikkat etmekte ve daha önceden bildiği, güvendiği ve belirli bir itibarı olan markaları tercih etmektedir. Buna bağlı olarak, günümüz dünyasında üreticiler için markalaşma faaliyeti de son derece önemli bir konuma gelmiştir. Marka sahipleri ise kendi aralarında tüketicinin dikkatini çekmek ve güvenini kazanmak konularında yarış halindedir.

Hızla artan markalaşma faaliyetleri sonucunda bilinçli veya bilinçsizce başka marka sahiplerinin hakları ihlal edilebilmektedir. Bu durum birçok farklı şekilde ortaya çıkabilse de en sıklıkla görülen durumlardan birinin karıştırılma ihtimali olduğu söylenebilir. Önceki tescilli markanın tüketici gözündeki güveni, itibarı ve reklamından yararlanmak isteyen üreticiler, mal veya hizmetlerine tüketici algısını yanıltacak nitelikteki işaretlerden oluşan markaları tescil ettirmek için başvuru yapmakta, bazen de tescil ettirmektedir.

Tüketiciler ise, fiyatı, niteliği veya kendisi için önemi gibi sebeplerden dolayı yararlanacakları mal veya hizmetin markası üzerinde bazen ortalama dikkat ve özen gösterirken, kimi durumlarda çok daha dikkatli ve özenli olabilmektedirler.

Çalışmamızın amacı markanın ne olduğu, neden önemli olduğu ve nelerin marka olabileceğini açıklamak; karıştırılma ihtimalinin hangi durumlarda ortaya çıktığını ve nasıl tespit edilebileceğini belirlemek ve karıştırılma ihtimalinin varlığı için gereken koşullar kapsamında ortalama tüketici kavramını tanımlayarak nasıl tespit edileceğine dair görüşleri ortaya koymaktır.

İşte bu amaç doğrultusunda, çalışma üç bölüme ayrılmıştır;

Birinci bölümde genel olarak marka kavramı, işlevleri, unsurları ve nelerin marka olabileceği, markanın ülkemizdeki yasal gelişimi ve yer aldığı yasal düzenlemeler, markayla ilgili olarak katıldığımız uluslararası anlaşmalar açıklanmıştır.

İkinci bölümde, karıştırılma ihtimali kavramı, ulusal ve uluslararası doktrin ve yargı kararlarında yer alan farklı karıştırılma ihtimali türleri, karıştırılma ihtimalinin unsurları ve nasıl tespit edileceği belirlenmiştir.

Son bölümde ise, ortalama tüketici kavramının tanımı yapılmış, uygulamada ve doktrinde bu kavramın nasıl ele alındığı belirtildikten sonra kavramla alakalı farklı görüşlere yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
MARKA KAVRAMI VE MARKA HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

I. MARKA KAVRAMI, İŞLEVLERİ, UNSURLARI VE TÜRLERİ

A. Marka Kavramı

Marka kavramının kökeninde aile, kent, semt, beylik ve krallık logoları ile bayrakları ve Avrupa'da orta çağdan bu yana kullanılan semboller bulunmaktadır. Geçmişte mülkiyet markaları olarak kullanılan bu semboller zamanla ticaret markasına dönüşmüştür[1].

Türk Dil Kurumu, marka kavramını dört farklı şekilde tanımlamıştır. Bu tanımlar, "*Resim veya harfle yapılan işaret*", "*Bilet, para yerine kullanılan metal veya başka şeyden parça*", "*Bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret*" ve "*Tanınmış ürün, saygın kişi vb.*" şeklinde sıralanmıştır[2]. Bu tanımlara göre marka kavramı görülebilir işaret veya bırakılan iz anlamlarında kullanıldığı gibi, ticaret hayatında kullanımı bakımından ayırt edici nitelikteki bir işaret olarak da tanımlanabilmektedir. Bu kapsamda marka en basit tanımıyla, malın ürün olarak belli bir üreticiden veya üretici grubundan geldiğini gösteren işarettir[3].

Ticaret hayatında, yukarıdaki tanımda sözü edilen üreticilerin veya üretici gruplarının, ürettikleri mal veya hizmetleri birbirlerinden ayırt etmeye yardımcı olmak üzere, ticaret unvanı, marka, işletme adı gibi farklı nitelikte işaretler kullandığı görülmektedir[4].

Bu ayırt edici işaretlerden biri olan marka kavramının hukuki tanımı ise SMK'da[5],

---

[1] Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s.353.

[2] www.tdk.gov.tr. (Erişim tarihi 31.07.2018).

[3] Güneş İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Ankara, 2018, s.37.

[4] Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul, 2016, s.9.

[5] RG 10.01.2017, S. 29944.

MarKHK'da da olduğu gibi açık şekilde bulunmamaktadır[6]. Fakat SMK'nın marka olabilecek işaretler başlıklı dördüncü maddesi kapsamına bakıldığında markanın tanımının; "bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan her türlü işarettir" şeklinde dolaylı olarak yapıldığı doktrinde kabul edilmektedir[7].

TRIPS Anlaşması'nın 15. maddesinde de marka, "Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu" şeklinde tanımlanmıştır[8].

2008/95 sayılı AB Direktifi'nin 2. maddesinde ise, SMK ve TRIPS Anlaşması'nda yapılan tanımlar ile benzer bir tanım yapılmış fakat küçük bir fark getirilmiştir. Madde kapsamında marka kavramı, "bir marka, bir işletmenin mal ve hizmetlerini, başka işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edebilmesi koşuluyla, özellikle kişi adları da dahil olmak üzere sözcükler, harfler, rakamlar, mallarının veya ambalajlarının şekli gibi grafik olarak temsil edilebilen, herhangi bir işaretten meydana gelebilir" şeklinde tanımlanmıştır[9].

---

[6] Kaya Arslan, Marka Hukuku, İstanbul, 2006, s.13; Bahadır Zeynep, Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Ankara, 2018, s. 5; İmirlioğlu, Dilek, Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Ankara, 2018 s.3; Tekinalp, s.360; Sekmen Orhan, Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2013, s.47; RG. 10.01.2017, S. 29944, 2017 yılında yürürlüğe girmiş bulunan SMK'da markanın tanımı doğrudan yapılmamıştır, bunun yerine kanun metninde markanın içermesi gereken unsurlar sayılmıştır.

[7] Çağlar Hayrettin, Marka Hukuku Temel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.11; İmirlioğlu, s.3, Bahadır, s.4; Çolak, s.10.

[8] Fikir Mülkiyeti Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma (Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights) (TRIPS Agreement 1994).

[9] Çolak, s.8.

B. Markanın İşlevleri

1. Genel Olarak

Marka sadece ürünü tanımlayan bir işaret olarak değil bunun yanında ürünü ve işletmeyi hedef pazarda mutlak başarıya ulaştırmayı üstlenmiş bir pazarlama uygulaması olarak da karşımıza çıkmaktadır[10]. Söz konusu bu başarıya ulaşmak için ise aşağıda detaylı olarak açıklanan işlevleri yerine getirmesi gerekmektedir. Bu işlevler; mal ve hizmetin ayırt edilmesi, kaynak gösterme, reklam ve garanti işlevleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Karıştırılma ihtimali kapsamında bakıldığında kanaatimizce bu işlevlerin belirlenmesi ve tanımlanmasının çok önemli olduğu görülmektedir zira ortalama tüketici açısından temelde mal veya hizmetin ayırt edilememesi veya malın hangi kaynaktan geldiğinin belirlenememesi gibi hususlar karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bunun dışında ise ortalama tüketiciler yönünden karıştırılma ihtimali yaratan markalar olması durumunda bir marka diğerinin garanti veya reklam işlevinden haksız şekilde yararlanabilecektir.

2. Mal veya Hizmetin Ayırt Edilmesi İşlevi

Markanın temel işlevi olarak da değerlendirilen mal veya hizmetin ayırt edilmesi işlevi, tüketicilerin mal veya hizmetleri, sahip oldukları markalar sayesinde birbirlerinden ayırt edebilmesi amacına ilişkindir[11].

Marka sahibi, mal veya hizmetini, kullandığı işaret ile farklılaştırırken, kullandığı işaret ile mal veya hizmetine öznel bir nitelik ve kimlik kazandırmaktadır. Sınai Mülkiyet Kanununun 4. maddesinin ilk fıkrasında da marka tanımı yapılırken bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt

---

[10] Öztürk, Neylan, Marka Yönetimi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı İşletme MBA Programı, İstanbul, 2010, s.36.

[11] Kaya, s.60; Çolak, s.17 Yasaman Hamdi / Ayoğlu Tolga / Altay Anlam / Yusufoğlu Fülürya / Yüksel Sinan, Marka Hukuku, Cilt I, İstanbul, 2004, s. 18; Tekinalp, s.378; Bilge Mehmet Emin, Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma İhtimali, Ankara, 2014, s.38; Sekmen, s.77; İmirlioğlu, s.5-6.

edilmesi önkoşul olarak kabul edilmiştir. Ayrıca yine aynı kanunun 5-1(b) maddesinde ise bir işaretin ayırt edici niteliğe sahip olmaması marka tescilinde mutlak ret nedenleri arasında sayılmıştır. Bu yüzden ayırt ediciliği olmayan ibare ve işaretler marka olma vasfını haiz değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da ticaret unvanı ve markanın farklarını tespit ettiği bir kararında; "Ticaret unvanı bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmeyi sağlarken, marka ise bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamaktadır." lafzı ile birlikte markanın temel işlevinin mal ve hizmetlerin ayırt edilmesi olduğu şeklinde bir değerlendirme yapmıştır[12]. Doktrinde de kanunun bu lafzının kabul edildiği görülmektedir[13].

3. Kaynak Gösterme İşlevi

Marka, kapsamında bulunan mal veya hizmetlerin hangi işletmeye ait olduğunu göstermektedir. Böylece alıcı, satın aldığı mal veya hizmetin kime veya hangi işletmeye ait olduğunu öğrenebilecektir[14]. Fakat günümüz dünyasında lisanslı üretim, franchising gibi yeni üretim ilişkilerinin gelişmesi nedeniyle söz konusu işlevin eski önemini kaybettiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır[15].

Markanın doğal yapısı nedeniyle tüketicide oluşan marka algısından dolayı her marka kullanımının aynı zamanda bir üreticiyi gösterme etkisinin bulunduğu kabul

---

[12] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/11-119 K. 2019/187 T. 21.2.2019 (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 02.08.2019).

[13] Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s. 38, İmirlioğlu, s. 5-6.

[14] Çolak,s.16; Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.18; Tekinalp, s.378; Arkan Sabih, Marka Hukuku, Cilt I, Ankara, 1997, s.38; Bahadır, s.20; Bilge, Karıştırılma Tehlikesi s.38; İmirlioğlu, s.7; Çolak, s.13.

[15] Çolak, lisans yolu ile çok sayıda ülke kapsamında üretim gerçekleştiği için kaynak gösterme fonksiyonunun günümüzde önemini yitirdiğini belirtmektedir (Çolak, s.16); Benzer şekilde, İmirlioğlu, s. 8; Dirikkan Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.13; Kaya ise mal veya hizmetin işletmeden bağımsızlaşmasının kaynak gösterme işlevini azaltmadığını aksine artırdığını savunmaktadır. Ayrıca üretici ve tüketicinin haklarının ve sorumluluklarının somutlaşmasını sağlayan bu işlevin öneminin giderek arttığını belirtmektedir. (Kaya, s.59-60).

edilmektedir[16].

4. Reklam İşlevi

Günümüzde tüketicilerin ihtiyaçlarını karşılamak için çok sayıda ürün ve hizmet alternatifine sahip oldukları ve bu alternatifler arasından seçim yaparak ihtiyaç duydukları ürün veya hizmete eriştikleri bilinmektedir. Söz konusu bu seçim sürecinde ise kendi araştırmalarını herhangi bir aracıya ihtiyaç duymaksızın yaptıkları ve çevrimiçi olarak dünyanın diğer ucundan dahi alışveriş yapabildikleri görülmektedir. İşte bu noktada işletmelerin ürünlerini tanıtabilmek adına olağanüstü bir çaba göstermesi gerekmektedir. Bu yüzden işletmeler ürün ve hizmetlerini iyi izlenimi olan bir marka altında, rakiplerinden üstün özelliklerde ve doğru fiyatlarda pazara sunmaya diğer bir deyişle tüketicileri kendilerine ait ürün veya hizmetleri satın alma konusunda ikna etmeye çaba göstermektedirler[17].

Bu noktada, markanın reklam işlevi, günümüzde markanın ekonomik alandaki en önemli işlevi olarak görülmektedir[18]. Markanın dikkat çekiciliği, özgünlüğü ve piyasada sahip olduğu olumlu itibar marka için reklam işlevi görmektedir[19]. Halk, marka aracılığıyla malı tanımakta ve satın almaktadır[20]. Marka sahipleri mal ve hizmetlerinin piyasada daha fazla rağbet görmesi amacıyla söz konusu mal ve hizmetlerde kullandıkları markalarına reklam ve tanıtım yatırımı yapmaktadırlar. Tüketiciler ise bu marka aracılığı ile mal veya hizmeti tanımakta ve çoğu zaman satın alma kararlarını buna göre vermektedirler[21]. Diğer bir deyişle, markanın daha önceden başka bir mal veya hizmetinden yararlanmış bir tüketicinin zihninde o marka hakkında bir algı oluşmaktadır. Tüketicinin zihninde

---

[16] Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s.38.

[17] İplikçi Handan Güler, Reklamlarda Tüketiciyi İkna Etmek İçin Kullanılan Stratejiler ve Reklam Örnekler Sosyal ve Beşeri Bilimleri Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2015 ISSN: 1309 -8039 (Çevrimiçi), s.66.

[18] Kaya, s.60-61.

[19] Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s.39; İmirlioğlu, s.11.

[20] Arkan, Marka I, s.39; Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.20.

[21] Çolak, s.14; Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s.39.

oluşmuş bu algı, bir nevi markanın reklamı olarak değerlendirilebilmektedir[22].

5. Garanti İşlevi

Tüketiciler, satın aldıkları mal veya hizmetlerde belirli seviyede bir kalite aramakta ve bunun karşılığında markalar sundukları mal veya hizmetlerin aynı kalitede olduğunu garanti etmektedirler[23]. Tüketiciler, kötü sürprizlerden kaçınmak için daha önceden bildiği ve beğendiği markalara yönelmektedir. Alıcıların belirli bir markayı taşıyan mal veya hizmete rağbet etmeleri, bu mal veya hizmetin kalitesini korumasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle markanın, malın ya da hizmetin kaynağı ve kalitesi konusunda alıcılarına garanti verme işlevinin bulunduğu da kabul edilmektedir[24].

Diğer bir deyişle; garanti kavramı tüketicilerin satın alma davranışı etkilemekte ve başlı başına bir satın alma nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüketiciler garanti vasfını haiz ürünleri daha önceden bildiği veya kullandığı için belirli bir markayı tercih etme noktasına yönelmektedir.

Ayrıca bir başka önemli husus olarak, garanti işlevinin kapsamının ürün ve hizmetle sınırlı kalmadığı, satış sonrası destek hizmetleri, teknik hizmetler gibi yan hizmetleri de kapsadığı kabul edilmektedir[25].

C. Markanın Unsurları

6769 sayılı SMK'nın dördüncü maddesi kapsamında markanın unsurları sicilde gösterilebilir bir işaretin mevcut olması ve işaretin ayırt edici nitelikte olması şeklinde kabul edilmektedir[26].

---

[22] İmirlioğlu, s.10.

[23] Kaya, s.61; Çolak, s.18; Yasaman, s.19; İmirlioğlu, s.8.

[24] Tekinalp, s.378; Arkan, Marka I, s.39; Bahadır, s.22; Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s.39.

[25] Kaya, s.61.

[26] Yılmaz Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul, 2017, s.68; Çolak, s.23.

1. Sicilde Gösterilebilir Bir İşaretin Mevcut Olması

a. Genel Olarak

Marka hukuku kapsamında işaret, bir işletmeyi çağrıştıran, ifade eden, işletmenin hitap ettiği kitleyi işletmeye bağlayan, işletmeyi temsil eden bir simgedir[27].

SMK'nın 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce 556 sayılı KHK'nın 5. maddesi metninde bir işaretin marka olarak tescil edilebilir olması için, "çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret" olması gerektiği öngörülmekteydi. Bu hükmün menşei 89/104 sayılı AT Yönergesi'nin 2. maddesidir[28]. Söz konusu madde metninde "çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret" ibaresi kullanılarak marka olabilecek işaretler açısından bir zorunluluk öngörülmüştür. Avrupa Birliği 89/104 sayılı Marka Yönergesi'nde yer alan, işaretin "grafik" olarak tasvir edilmesi gerekliliği ilkesinden (any sign capable of being represented graphically) yola çıkılarak kabul edilen bu husus ve akabindeki tartışmalar 6769 sayılı SMK ile sona ermiştir[29].

Konu ile ilgili SMK'nın 4. maddesinde ise sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretin marka olarak tescil edilebileceği düzenlenmiştir. Madde metninde "sicilde gösterilebilir olması şartıyla" ibaresinin kullanılması suretiyle

---

[27] Tekinalp, s.360; Çolak, s.25; İmirlioğlu, s.12.

[28] Yılmaz, s.68; İmirlioğlu, s.12.

[29] Madde gerekçesinde; "TRIPS'in 15 inci maddesi ile yeni AB Marka Direktifi ve AB Marka Tüzüğüne uygun olarak madde metni yeniden yazılmıştır. Mevcut düzenlemede yer alan "*çizimle görüntülenebilme*" koşulu yerine yeni marka türlerinin tesciline de imkan verebilecek şekilde *"İşaretin, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve net olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması*" koşulu eklenmiştir" ifadesine yer verilmiştir. https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/D386475F-DF3B-4446-86EB-14B783211D78.pdf.

işaretin kapsamının genişletildiği ve 556 sayılı KHK'nın 5. maddesini içeriğinin karşısında önemli bir değişiklik yapıldığı kanaatindeyiz[30]. Ayrıca SMK 4. madde metninden kaldırılan "baskı yoluyla yayınlanabilen" ifadesi ile birlikte marka olabilecek işaretler için artık grafikle gösterilme zorunluluğu ortadan kalkmıştır[31].

Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in[32] 7. maddesinde genel olarak marka olabilecek işaret türlerine değinilmiştir. Maddenin altıncı fıkrasında ise *"niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yukarıda sayılanlar dışında kalan bir işaretin gösterimi hakkında da uygulanır"* ifadesi kullanılarak kanun koyucu tarafından sayılan bu işaretlerin sınırlı sayıda olmadığı hükme bağlanmıştır. Bu maddede "Sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların veya ambalajlarının biçimi gibi görme duyusu ile algılanabilen işaretler veya bunların kombinasyonundan oluşan işaretler" ile ses markası, üç boyutlu marka, renk markası ve hareket markasından söz edilmektedir. Sayılan markaları sınıflandırma aracı olarak kullanılabilecek "Geleneksel" ve "Geleneksel olmayan marka" kavramlarında, geleneksel markalar alışılageldik işaretler olan kelime ve logo gibi işaretlerden oluşmaktadır. Bunların dışında kalan; renk, ses, koku, hareket, tat, pozisyon, ürünlerin üç boyutlu görünümleri gibi geleneksel anlamda marka olarak algılanmayan unsurları ifade etmek için ise geleneksel olmayan markalar nitelendirmesi kullanılmaktadır[33]. 6769 sayılı SMK'nın 4. maddesinde "sicilde gösterilebilir olma" dışında herhangi bir koşul aranmaması hususuyla birlikte kanaatimizce geleneksel olmayan markaların tescili son derece kolaylaşmıştır. Örnek olarak, bir renk markasının

---

[30] 556 sayılı KHK'nın 5. maddesi uyarınca, "*kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret*" marka olarak tescil edilebilecektir. KHK düzenlemesinde "*çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen*" kıstasları aranmasına rağmen yürürlüğe giren 6769 sayılı SMK'nın 4. maddesinde "*sicilde gösterilebilir olma*" dışında herhangi bir koşul aramamıştır.

[31] Çağlar Hayrettin, Sınaî Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 2017, s.140; Güneş İlhami, Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Uygulama, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 137, Ocak 2018, s. 84; Paslı Ali, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul, 2018, s.15.

[32] RG, 24.04.2017, S.30047.

[33] Köse Mutlu Yıldırım / Tınaz Canan / Atlı Tuğçe: "Geleneksel Olmayan Markalar", FMR 2014/2, s.76.

çizimle gösterilmesi ve sicile tescili geçmişte mümkün olmayabilirken, günümüzde renge ait "pantone" kodunun belirlenmesi ile birlikte tescil için tek koşul olan sicilde gösterilebilme koşulu yerine getirilebilmektedir.

b. Geleneksel Markalar

i. Sözcükler

Herhangi bir sözcük veya sözcük grubu, SMK kapsamındaki marka olma şartlarını sağlamak kaydı ile, marka olarak tescil edilebilir[34]. Dünyada marka olarak kullanılan en yaygın tür olarak sözcük markaları; hayal ürünü sözcüklerden oluşan markalar (örn. Asus, Uno), müstear adlar dahil[35] kişi adları[36]-[37] (Hugo Boss, Kamil Koç, Benetton),

---

[34] Tekinalp, s.362; Deyiş Cesur, Yargıtay Kararları Işığında Marka Olarak Kabul Edilen İşaretler, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 19, Mart 2008, s. 82.

[35] "Minik Serçe" (Sezen Aksu) örneğinde olduğu gibi müstear adların tescili hukukumuzda mümkün olarak kabul edilmektedir. (Bahadır, s.7, dpn.8).

[36] Yüksekol Türkan Deniz, Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Olabilecek İşaretler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 2, Aralık 2017, s.413; Yargıtay 11. H.D. T. 25.03.2008 2006/11683 E. 2008/3864 K. sayılı kararında "*...bir kişinin ad ve soyadını marka olarak tescil ettirme olanağının bulunduğu*" hükmüyle kişi adlarının marka olarak tescilinin mümkün olduğunu kabul etmiştir. (Lexpera, Son Erişim Tarihi: 13.03.2019).

[37] Kişi adları kavramı marka hukukunda geniş yorumlanmalıdır. Marka olarak tescil edilecek kişi adlarında mutlaka adın veya soyadın marka sahibi kişiye ait olması gerekmediği gibi adın mutlaka tamamının kullanılması da zorunlu değildir. Fakat başka bir gerçek veya tüzel kişiye ait bir adın kullanılması durumunda, TMK ve TTK bakımından koruma gündeme gelebilecektir. Bu durumlarda kişilik haklarının zedelememek, haksız rekabet oluşturmamak ya da üçüncü kişilerin fikri haklarını ihlal etmemek esastır. (Kaya, s.21-22).

sloganlar[38]-[39]-[40], coğrafi yer adları[41]-[42] ve kişi adlarından türetilmiş sözcük markaları

---

[38] Yargıtay 11. H.D. T. 20.11.2000, E. 2000/7674, K. 2000/9346 sayılı kararında *"...Türkçe karşılığı "neysen o ol" şeklinde olan ve İngilizce sözcüklerden oluşan "become what you are" ibaresi, marka olarak bir anlam taşımakta olup bu anlam, marka olarak kullanılacak mal veya hizmet için yabancı olsa da, ayırt edicilik niteliğinin varlığı kabul edilmelidir. Öte yandan marka olarak kullanılacak işaretin, tescilden önce ayırdedicilik vasfını kazanıp kazanmadığı da tescil açısından önemli değildir. Ayırt edicilik vasfı, tescille birlikte de oluşabilir...*" hükmüyle birlikte sloganların marka olarak tescilinin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Kazancı İçtihat Bankası, (Son Erişim Tarihi: 20.03.2019). ABAD ise, "DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT" (C-64/02) kararında, "slogan markalarının diğer markalardan daha katı inceleme kriterlerine tabi tutulmaması gerektiğini ifade etmekle birlikte, sloganların ilgili tüketiciler tarafından, tek bir işletmenin ürünlerini ayırt eden işaretler olarak algılanmasının daha zor olduğunu" belirtmiştir.

[39] Doğruluğu tartışmalı ve gerçekçi verilere dayanmayan sloganlar, ayırt edici nitelikte dahi olsalar marka olarak tescil edildiklerinde haksız rekabet yaratacaktırlar ve bu hususta TURKPATENT (TPE)'nun dikkatli olması gerekmektedir. (Detaylı açıklama için bkz. İlhami Güneş, Yanlış veya Yanıltıcı Sloganların Marka Olarak Kullanımı Reklamlarda Yer Alması ve Tescili, FMR, 2008/4, s.79-89).

[40] Ayırt edicilik niteliğine sahip olması koşuluyla sloganlar marka olarak tescil edilebilir niteliktedir. Doğrudan toplumsal, çevreci, ikaz/uyarı niteliğinde vb. mesajlar ileten, herkes tarafından serbestçe kullanılabilecek nitelikte ve bu nedenlerle marka olarak algılanamayacak sloganlar ile Mal ve hizmetleri doğrudan tanımlayan sloganlar ise ayırt ediciliği haiz olmadıklarından marka olarak tescil edilemezler. TPE, MİK, s.10-11.

[41] Çolak, bir ürünün coğrafi kaynağını gösteren sözcüklerin ayırt edici niteliğe sahip olmadığını, söz konusu markaların ancak coğrafi işaretin yanına bir ek sözcük alarak ayırt edicilik kazanabileceğini savunmaktadır (Çolak, s.72), Bu hususta Yargıtay 11. H.D. T. 17.12.2014 E. 2014/13252 K. 2014/19918 sayılı MENGEN kararında; *"Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davaya konu marka tescil başvurusunun "...+şekil" ibare ve biçimli olduğu, şeklin yemek takdiminde bulunan bir aşçıyı tasvir ettiği, asıl unsurunun "..." sözcüğü olduğu, şeklin hiç bir ayırt ediciliğinin bulunmadığı, ...'in... ilinde bulunan bir ilçenin ismi olduğu, coğrafi yer isimlerinin marka olarak alınması ve bir kişinin tekeline bırakılması durumunda, isterse o bölge markanın kapsamında bulunan mal ve hizmetlerle ilgili belli bir tanınmışlığa erişmemiş olsun, artık bu yer isimlerini anılan mal ve hizmetlerle ilgili anılan yerlerde çok daha eski tarihlerden bu yana oturan ve ticaret yapan kişilerin bile markasal olarak yahut marka ile iltibas yaratabilecek biçimde kullanamayacakları, bunun Anayasa ile güvence altına alınmış rekabet özgürlüğünü kısıtlayacağı, bu sebeple çok bilinen bu tür coğrafi yer isimlerinin hangi tür mal veya hizmet ile ilgili olursa olsun marka olarak tescilinin mümkün olmadığı, coğrafi yer isimlerinin belli bir hizmet ve malla ilgili olarak bilinirlik kazanması durumunda ise şayet anılan mallar ilgili yerden gelmiyorsa veya anılan yerde sunulmuyorsa yanıltıcılık yaratacağı, bu sebeplerle davaya konu marka başvurusunun ayırt edici olmadığı gerekçesiyle TPE YİDK kararının iptali ile davalı adına tescilli bulunan markanın hükümsüzlüğüne karar verilmiştir."* şeklindeki yerel mahkeme kararını Çolak'ın görüşüne paralel şekilde onamıştır (Kazancı

İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi 11.04.2019).

Coğrafî markaların coğrafî kaynak belirtmediği, diğer bir deyişle ayırt edicilik kazandığı ve tasvirî nitelik taşımadığı durumlarda, tescili mümkün olabilecektir. (Yıldız Burçak, Yargıtay Kararları Işığında Coğrafî Markalar, Inonu University Law Review, Vol:9, No:2, 2018, s.125-156 (129); Noyan Erdal/ Güneş İlhami, Marka Hukuku, Ankara, 2015, s. 1095; Yüksekol, s.416; Yargıtay 11. H.D., T. 26.11.1999, E. 1999/5790, K. 1999/9590 sayılı kararında "Pendik" işaretinin tek başına marka olarak tescil ettirilmesini hukuka aykırı bulmuşsa da Kaya'ya göre (Kaya, s.19, dpn.11) ilkesel bir karar vererek birden çok sözcükten oluşan bir markada sözcüklerden bir tanesinin (örn. Ankara Pazarları) coğrafi yer adı olabileceğine şu ifadelerle hükmetmiştir; *"...İstanbul ilinin herkesçe bilinen Pendik ilçesi adının, yani "Pendik" sözcüğünün bir işaret olarak marka tesciline konu yapılıp yapılamayacağı, bir başka ifade ile ülkemizdeki bir il veya ilçe veya bilinen bir yerleşim yeri adının tek başına marka olarak tescilinin mümkün olmadığı noktasında toplandığı sonucuna varılmıştır. KHK. nin bir nevi marka tanımını içeren 5. maddesinde, markanın, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajlarının gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretlerin marka olabileceği sayılmıştır. Görüldüğü gibi, anılan düzenlemede coğrafi yer isimlerinin marka olarak alınabileceği yönünde açık bir düzenleme yok ise de, maddenin genel düzenlemesi ve özellikle son sözcüklerden bu gibi yer isimlerinin de marka olarak tescil edebileceği kanısını vermektedir. Nitekim, doktrinde de bölge veya şehir adlarının marka olarak tesciline ilke olarak bir engel bulunmadığı, benimsenip, savunulmaktadır.*

Ne var ki, ülkemizdeki şehir, bölge veya maruf mahal isimlerinin tek bir sözcük olarak bir kişi lehine marka olarak tesciline olanak tanımak, bu isimlerin artık başkaları tarafından markalarında kullanılamayacağı sonucunu ortaya çıkaracaktır. Örnek verilmek gerekirse İstanbul, Ankara veya İzmir veya dava konusu olayda olduğu gibi İstanbul'un maruf bir ilçesinin adı olan sadece "Pendik" sözcüğünün bir kişi adına marka olarak tescil edilmesi halinde bu sözcük artık bir kişinin tekelinde kalacak ve bu şekilde bir kamu adı başkaları tarafından markalarında kullanılmayacaktır. Zira, yerleşen uygulamaya, göre, bu isim, markanın "kök" sözcüğü olacak ve iltibas iddiası ile diğer marka başvurularının önlenmesine neden teşkil edecektir. 556 sayılı KHK'nın genel amacı dikkate alındığında, böyle bir imtiyazın kimseye tanınmaması gerekir. Bu şekildeki şehir, ilçe veya maruf yerleşim yerlerinin isimlerini teşkil eden sözcükler hangi ürünün markası olarak kullanılacak ise, onunla birlikte tesciline imkan verilmesinin anılan yasal düzenlemenin amacına daha uygun olduğu görüşünün benimsenmesi ve bu şekilde böyle bir markayı kullanmak isteyenlerin menfaat dengelerinin korunması bakımından da uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Bu ilkeye göre, örneğin "İstanbul" ve "Ankara" adları coğrafi işaretlerle karışmaya meydan vermeyecek şekilde, "İstanbul Şarabı" "Restaurant İstanbul" "Ankara Pazarları" gibi kullanılacağı 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 şekildeki marka kullanılması ile 555 sayılı KHK. ile belirlenen coğrafi işaretlerle karışıklığın önlenebilmesi de mümkün olabilecektir. Dairemizce

(örn. Adidas, Mudo) ve olarak karşımıza çıkmaktadır.

ii. Şekiller

Şekil kavramının içerisine, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması ve ayırt edicilik işlevini gerçekleştirebilmesi şartı ile çizimler, resimler, somut çizgi veya renkler ile anlatımları, semboller, simgeler amblemler, armalar, sözcükler gibi somut unsurlar ile çizgiler ve renklerden oluşan kompozisyonlar veya tüm bu işaretlerin oluşturabilecekleri

---

benimsenen bu ilke, esasen renklerin marka olarak tescilinde de uygulanagelmektedir…".

[42] Coğrafi yer isimlerinin bir başka tescil edilebilirlik hali ise kullanıldığı mal/hizmetler açısından açık şekilde ayırt edici nitelik kazanması durumudur. (Kaya, s.20)

Bununla ilgili olarak Yargıtay 11. H.D., T. 25.06.2000, E. 2000/2127, K. 2000/5561 sayılı kararında hükmedilen; *"…Davanın Yukarıda da özetlendiği üzere davacı şirket, davalı adına tescilli 170486 nolu "ÇIRAĞAN" markasının 556 sayılı KHK.nın 42 (b) maddesi gereğince hükümsüzlüğüne karar verilmesini istemiştir. Dava konusu yapılan "Çırağan" adı davalı şirketin unvanın taşıyan otel kompleksinin bulunduğu yerdeki saraydan gelmektedir. Bu yerde ilk kez 17. Yüzyılda ilk saray binası yapıldıktan sonra Osmanlı Sultanlarından III.Ahmet zamanında Nevşehirli Damat İbrahim Paşa tarafından yaptırılan saray bahçesinde (1730) saray erkanının katıldıkları Çırağan (Çerağan) eğlencelerinin yapılmasından bu yana Sultan I.Mahmut, Sultan III.Selim ve nihayet Sultan Abdulaziz zamanında onarım ve yeniden yapılan saraylara hep bu ad verilmiş, bir başka deyişle bu yerde yapılan saraylarla "Çırağan" adı özdeşleşmiş bulunmaktadır. En son olarak söz konusu saray binası ise, geçen yüzyıl başlarında (19.01.1910) çıkan yangın sonucu tamamen yanmış ve enkaz olarak kalan dış duvarlar restore edilerek ve içi yeniden aslına uygun şekilde davacı tarafından inşa edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. (Ayrıntılı bilgi için Bkz. M.Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, Cilt 3, Sh. 218 vd, İslam Ansiklopedisi, Cilt 8, Sh. 304 vd.)*

Söz konusu saray kalıntısı ve arsa için Maliye Hazinesi tarafından davacı şirket lehine 49 yıl süreyle irtifak hakkı tesis edilmiş, davacı saray kalıntısını restore edip, yanındaki arsaya da beş yıldızlı otel inşa ederek tamamını "Çırağan Palace Hotel Kempinski" adı altında işletmektedir.

Bütün bu açıklamalardan "Çırağan" sözcüğünün "Çırağan Sarayı" ile özdeşleşmiş bulunmasına ve Milli Emlak Müdürlüğü'nce verilen irtifak hakkına ilişkin protokolde irtifak konusu taşınmazın "Çırağan Sarayı" ve bitişiğindeki arsa olduğuna ve böylece "Çırağan" adının da davacı tarafından kullanılmak üzere devredildiğinin kabulünün gerekmesine, Çırağan adı, Çırağan Sarayı'nı çağrıştırdığına göre, bu sözcüğün öncelikli olarak kullanma hakkının sözleşme uyarınca davacıda olduğu kabul edilerek…" ifadeleri örnek verilebilir. (Lexpera, Son Erişim Tarihi: 13.03.2019).

kombinasyonlar girmektedir[43].

TÜRKPATENT; dikdörtgen, daire, beşgen gibi basit geometrik şekiller ile toplumun farklı kesimleri tarafından yaygın olarak kullanılan "@" gibi semboller ile "$, €, £" gibi para birimi sembollerini ilke olarak ayırt edici nitelikte değerlendirmemektedir. Bunun dışında ilgili sektör açısından genel ve yaygın kullanımı haiz, basit ve sıradan mekan gösterimlerinin de tek başına ayırt edici nitelikte olmadığı kabul edilmektedir[44].

iii. Harfler ve Sayılar

Markaların harf veya harflerden yahut sayılardan oluşması da mümkündür. "MNG", Migros'un "M"si, otomobilde Mercedes'in "SL"si gibi işaretlerin stilize edilmiş ve özgün niteliği haiz olduğu ve marka olarak tescil edildiği örnekler mevcuttur. Harfin mutlaka Latin alfabesinden olmasına dair bir sınırlama bulunmamaktadır. Dünyada mevcut bulunan diğer alfabelerdeki harfler de tescil edilebilmektedir. Japon, Çin veya Kiril alfabesinden harf veya harfler buna örnek olarak gösterilebilmektedir[45]. Sayılardan oluşan markalara ilişkin olarak ise Boeng'in "727" markası gibi işaretler örnek olarak gösterilebilir.

TÜRKPATENT, ayırt edici niteliğe sahip olan harfler ve sayıları marka olarak tescil edilebilir şekilde kabul etmekte iken, stilize edilmemiş, özel biçim verilmemiş ve özgün bir niteliği bulunmayan standart karakterlerle yazılmış tek harfler ve tek basamaklı sayıların ilke olarak tescil edilebilir nitelikte olmadığını kabul etmektedir[46]. Diğer bir deyişle, yalın bir şekilde bir sayı veya bir harfin, tek bir kişinin tekeline bırakılması uygun olmayacağından, tek haneli bir sayı veya harfin ayırt edicilik vasfı kazanmadıkça tescil

---

[43] Karan Gülay, "WIPO Tahkim ve Uzlaştırma Merkezi İdari Panel Kararı (Dava No: 2002-0001), FMR, Y.2, C.2, S. 2002/3, s.141-153; Bahadır, s.7, dpn.10, Kaya, s.24; Tekinalp, s.363; Cesur, s. 84; Yüksekol, s.417.

[44] TPE, MİK, s.13.

[45] Tekinalp, s. 363-364, Kaya s.23; (Bu konuda aksi görüşte bir mahkeme kararı için bkz. s.16, dpn.43).

[46] TPE, MİK, s.27.

ettirilmesi mümkün olmayacaktır[47]. Bu bağlamda çok haneli sayıların veya çok harfli işaretlerin, tek haneli sayılara ve tek harflere göre marka olarak tescili durumunun daha az tehlike arz ettiği söylenebilir[48]. Buna karşılık tek başına harf veya sayının özel bir biçim yahut tasarım şeklinde hazırlanması halinde marka olarak tescili mümkün olabilecektir[49].

c. Geleneksel Olmayan Markalar

i. Üç Boyutlu Markalar

Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde ürün ambalajlarının marka olarak tescili mümkün görülmemişken, ilk olarak 556 sayılı MarKHK'de tescil edilebilir işaretler arasına giren malların biçimi ve ambalajları 6769 sayılı SMK'nın 4. maddesi uyarınca da tescil edilebilir niteliktedir[50].

Bu kapsamda, üç boyutlu markaların tescil edilebilirliği TÜRKPATENT tarafından kabul edilmekle birlikte, bu tür markaların incelenmesi sırasında SMK'nın 5. maddesi "*Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şeklî ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler*"in marka olarak tescil edilemeyeceği hükmünü içermekle, bu suretle üç boyutlu şekillerin tesciline kısıtlama getirmektedir. Buna göre, üç boyutlu bir markanın tescil edilebilmesi için öncelikle şeklin ayırt edici olması ve malın doğal yapısından ve teknik zorunluluktan kaynaklanmıyor olması gerekmektedir[51].

Üç boyutlu şekiller daha çok tasarım olarak tescil edilmektedirler. Fakat tasarım olarak

---

[47] YİDK'nun bir dosyada; harfin standart yazımından farklılaşmamış, stilize bir tasarım içermeyen, standart daktilo veya bilgisayar karakterlerinden farklı görünümü olmayan tek harften oluşan markaların ayırt edici işaretler olarak değerlendirilmeyeceği yönünde bir değerlendirmesi mevcuttur, TPE, MİK, s.28.

[48] Çolak, s.65; Kaya, s.24.

[49] Çolak, s.66-67, Kaya, s.23.

[50] Bahadır, s.8; Yüksekol, s.418-419.

[51] Köse/Tınaz/Atlı, s.78.

tescil için yenilik vasfını haiz olmak gerekmekte iken, marka olarak tescil için ayırt edici niteliğe haiz olmak yeterlidir. Üç boyutlu şekillerin tasarım değil marka olarak tesciliyle birlikte; koruma süresinin ilelebet uzatılabilmesi, tanınmış marka korumasına sahip olabilme gibi markalara tanınan haklardan da yararlanılabilecektir[52].

Üç boyutlu markaların tesciline ilişkin uygulamaya bakıldığında birçok üç boyutlu şeklin marka olarak tescil edilmiş olduğu görülebilir. Özellikle mallara ilişkin olarak, malın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen ambalajlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Coca-cola'nın şişesi[53], "Toblerone" isimli çikolatanın üçgen prizma şeklindeki ambalajı[54] bu tür markalara örnek olarak gösterilebilir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararında *"...Dava konusu, tescili talep edilen marka dikdörtgen biçiminde, üst yandan sonra kapaklı, kızıl kahverengi karışımı rengini içeren bir sigara kutusu şeklidir. Ünlü bir yabancı sigara mamulünün ambalajında kullanılan bu şeklin (özel rengi ile birlikte) marka olarak 556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde öngörülen bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan niteliğinin bulunduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, Türkiye'nin de tarafı olduğu Paris Sözleşmesinin dördüncü mükerrer altıncı maddesinin ilk fıkrası da davacıya bu şekli tescil hakkı tanımaktadır. Bu nedenlerle davalı enstitünün tescil istemin reddine dayanak yaptığı 556 sayılı KHK.nın 5 ve 7/a maddesinin olayda uygulama alanı bulunmamaktadır..."* ifadelerine yer verilerek ayırt edici nitelikteki ürün ambalajlarının tescil edilebileceğine hükmedilmiştir[55].

---

[52] Karasu Rauf, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 3, Haziran 2008, s. 332-333.

[53] Arkan, Marka I, s.42, Kaya, s.25, Tekinalp, s.363.

[54] Bahadır, s.9, dpn.9.

[55] Yargıtay 11. H.D. T.12.11.1999, 1999/6866 E., 1999/9075 K. sayılı kararı (https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_11_Hukuk_Dairesi_1999-6866.php, Son Erişim Tarihi: 25.02.2019).

ii. Renk Markaları

Avrupa Birliği Hukukunda 2015/2436 sayılı Direktif'in 3. maddesinde[56] ve hukukumuzda SMK'nın 4. maddesinde renklerin marka olabileceği hüküm altına alınmıştır. TRIPS 15. madde kapsamında marka olabilecek işaretlere renk kombinasyonları da eklenmiştir[57].

Renk markası tescili için, tescil edilmek renge ait "pantone" kodunun belirlenerek başvuruda renge ve koda yer verilmesi gerekmektedir[58].

Yargıtay 1997 tarihli bir kararında gökkuşağında yedi ana rengin bulunduğu, eğer bu renkler üzerinde tekel hakkı tanınırsa diğer firmalara renk kalmayacağı gerekçesine dayanarak renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılamayacağına hükmetmiştir[59].

Yine Yargıtay 2006 tarihli başka bir kararında ise *"...Mahkemece, toplanan kanıtlar doğrultusunda, kural olarak tek bir renkten oluşan işaretlerin, tek rengin kendi başına ayırt edici özelliğinin olmaması ve bunun herkes tarafından kullanılmasının hakkaniyet gereği bulunması nedeni ile marka olarak tescilinin mümkün olmadığı, iş bu davada ise tescili istenen işaretin üçlü bir renk kombinasyonundan ibaret bulunduğu, özel olarak tasarlanıp üç rengin bir araya gelmesi sonucunda bir renk kompozisyonu şeklinde tescil ettirilmek istendiği, 556 sayılı KHK.'nın 5. ve 7/1-a maddesi anlamında ayırt edici niteliğinin bulunduğu ve tescil edilebilirlik koşullarını kapsadığı gerekçesiyle…"* ifadesiyle birlikte renk kombinasyonlarından oluşan markaların tescil edilebileceğini

---

[56] "Article 3/ Signs of which a trade mark may consist/ A trade mark may consist of any signs,colours,.." https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN.

[57] "Any sign, or any combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings, shall be capable of constituting a trademark. Such signs, in particular.combinations of colours…" https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04_e.html.

[58] Yüksekol, s.421.

[59] Yargıtay 11. H.D., T. 07.07.1997, E. 1997/3559, K.1997/5453 sayılı kararı (Tekinalp, s.364).

belirlemiştir[60].

Alman Federal Mahkemesi, Nivea şirketine ait soyut renk markası olan Blau (Pantone Kodu: 280 C) markasının ayırt ediciliğini değerlendirdiği 2014 tarihli kararında, soyut renk markası görselliğin söz konusu olduğu çok spesifik bir sektörde kullanılması gerektiği, söz konusu spesifik sektörde rengin kullanılmasının çok nadir bir durum olması gerektiği ve renk markasının uzun süredir kullanılması gerektiği gibi kriterler belirlemiş ve soyut renk markasının ayırt ediciliğe sahip olmadığı hükmünü içerir yerel mahkeme kararını bu kriterlerin değerlendirilmesi ve buna göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur[61].

SMK öncesi dönemde "çizimle gösterilebilir olma" koşulu kapsamında renk markalarının tescil yöntemi hakkında belirsizlikler mevcuttu. Bu markalar, TPE tarafından marka olarak kabul edilmekle birlikte, renk markaları için yapılan başvurular renk kodu belirtilmeden yapılmakta ve genel olarak "şekil markası" altında değerlendirilmekteydi. Tescil sonrası ise markanın/marka başvurusunun renk markası olduğu yine TPE kayıtlarında özel olarak belirtilmemekte, bu durum ancak ihtilafa düşülmesi durumunda başvuru sahibi tarafından iddia edilebilmekteydi[62].

SMK, renk markalarının tescil edilebilir olduğunu açıkça kabul ederken, Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinin 4. fıkrası[63] da renk markalarının tescilinde "kod" sistemini getirmiş ve renk dışında herhangi bir unsurla kombinasyonu halinde ilk fıkra hükümlerinin geçerli olacağını belirterek renk

---

[60] Yargıtay 11. H.D., T. 09.10.2006, E. 2005/9360, K. 2006/9986 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 13.03.2019).

[61]http://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7d39c694347f5953e8da3c3139e5c472&nr=71944&pos=0&anz=2.

[62] Köse/Tınaz/Atlı, s.84.

[63] "Başvurunun renk markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, işareti oluşturan renk görselinin sunulması ve Kurum tarafından geçerliliği kabul edilen renk kodunun belirtilmesi gerekir. Renk veya renklerin somutlaşmış, sınırları belli bir şekil, figür, resim veya kelime gibi unsurlar dâhilinde kullanılması durumunda işaret renk markası olarak değerlendirilmez ve birinci fıkra hükmü uygulanır".

markalarının tescilini özel koşullara bağlamış ve tescil için sicilde gösterilebilir olma koşulunun ne şekilde yerine getirileceği renk markaları için hükme bağlanmıştır.

iii. Ses Markaları

SMK'nın 4. maddesi, 2015/2436 sayılı Direktif'in 3. maddesi ve 2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesi kapsamında sesler marka olarak tescil edilebilmektedir. Sesler, marka olma kriterlerini karşıladığı ve ayırt edici karakteri haiz olduğu sürece marka olarak tescil edilmektedir[64]. Ses markalarına örnek olarak Windows'un açılış sesi, Nokia'nın açılış tonu ve Harley Davidson motorlarının sesi verilebilir.

SMK öncesinde, "çizimle görüntülenebilme" kriteri melodinin marka örneği bölümünde notalar ile birebir karşılığının yazılması şeklinde yerine getirilen ses markası tescilinde; Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinin 4. fıkrası uyarınca başvurunun ses markası olduğunun formda açıkça belirtilmesi ve işaretin elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli kaydının Kuruma sunulması yeterlidir. Dileyenlerin nota ile gösterimin mümkün olduğu hallerde bu gösterimi de başvuruyla birlikte sunabileceği açıkça ortada olduğu gibi, bu durum günümüzde zorunluluk olmaktan çıkmıştır.

iv. Hareket markaları

Bazı işletmeler kullandıkları ayırt edici karakterdeki hareketli görüntüler ile tanınmaktadır. Bu tarz markalara örnek olarak 20th Century Fox Film Corporation logosundaki gökyüzünde sağa sola hareket eden spot ışıkları verilebilir[65]. Başvuru formunda tescil edilmek istenen markanın hareket markası olduğunun açıkça belirtilmesi ve işareti oluşturan hareketi tasvir eden bir görüntünün veya hareketsiz ya da hareketli görüntü dizisinin TÜRKPATENT'e sunulması ve marka olma şartlarının sağlanması

---

[64] Yüksekol, s.424.

[65] WIPO Magazine 2009 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0003.html (Son Erişim Tarihi: 05.02.2019).

durumunda bu tür markaların tescili kabul edilmektedir. Bu markalarda bütünlüğün sağlanması özellikle önem arz etmektedir[66].

v. Koku markaları

Koku markalarının tescili son derece tartışmalı bir konudur. SMK bu tür markaların tescili hususunda açık şekilde bir yorum yapmamış olsa da 2017/1001 sayılı Tüzük'ün 4. maddesi, 2015/2436 sayılı Direktif'in 3. maddesi ve SMK'nın 4. maddesine göre markaların sicilde gösterilebilir işaretlerden oluşması gerekmektedir.

Kokuların sicilde gösterilmesi çeşitli şekillerde denenmiştir. Örneğin; OHIM nezdinde topluluk markası olarak tescil edilen ilk koku markası olan "the smell of fresh cut grass" (taze biçilmiş çim kokusu) dosyasında, işaretin grafikle ifade edilebilmesi için yazılı açıklama yeterli bulunmuş ve markanın tescil şartlarını yerine getirdiği sonucuna varılmıştır[67].

TPE Marka İnceleme Kılavuzu'nda açıkça "*Enstitü tarafından koku ve tatların çizimle görüntülenebilme (grafik gösterim) şartını yerine getiremediği*" kabul edilmektedir[68]. Fakat bu durum mülga KHK'da yer alan çizimle gösterilebilme ilkesinin bir sonucudur. Ancak bu ilkenin yerini alan SMK'nın getirdiği sicilde gösterilebilme ilkesinin koku

---

[66] Sinai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, m.7/5; "*Başvurunun hareket markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işareti oluşturan hareketi tasvir eden bir görüntünün veya hareketsiz ya da hareketli görüntü dizisinin Kuruma sunulması gerekir. Gösterimler, markanın bütünlüğünü bozmayacak nitelikte olmalıdır.*".

[67] Luca Escoffier, Arnold Jin, "To scent, or not to scent, that is the question: a comparative analysis of olfactory trademarks in the EU and US as good brand opportunities for SMEs", 2011, s.5, (http://www.wipo.int/sme/en/newsletter/2011/attachments/olfactive_trademarks.doc, Son Erişim Tarihi : 04.03.2019) *"The smell of freshly cut grass is a distinct smell which everyone immediately recognizes from experience. For many, the scent or fragrance of freshly cut grass reminds them of spring, or summer, manicured lawns or playing fields, or other such pleasant experiences.*
The Board is satisfied that the description provided for the olfactory mark sought to be registered for tennis balls is appropriate and complies with the graphical representation requirement of Article 4 CTMR.".

[68] TPE, MİK, s.27.

markası tesciline ne ölçüde imkan sağlayacağı ise henüz açıklığa kavuşmuş değildir. Bu noktada Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO); kokuların henüz tescil edilebilmesini sağlayan bir teknolojinin bulunmadığını ve yakın bir gelecekte de böyle bir ihtimalin bulunmayacağını öngördüklerini ifade etmiştir[69]. Koku markalarının ayırt edici nitelikte olup olmadığına dair değerlendirme kanımızca renk markalarına ilişkin belirlenen kriterler kapsamında, ortaya çıkacak genel nitelikte bir koku sınıflandırması sayesinde yapılabilecektir[70].

vi. Diğer Geleneksel Olmayan Markalar

Yukarıda açıklanmış geleneksel olmayan markalara ek olarak, TÜRKPATENT dahil birçok ülkenin marka ofisleri tarafından tescil edilebilirliği tartışmalı olan ve dolayısı ile yaygın bir kullanımına rastlanmayan mağaza dekorasyonu[71], tat[72], doku (touch), pozisyon, hologram markası gibi marka türleri bulunmaktadır[73].

---

[69] EU Trade Mark Regulation FAQS, *"with regard to smells, if the state of the art ever allows smells to be filed by means 'of generally available technology', the category 'other' could be used for such marks. However, it is difficult to see this happening in the near future. Consequently, the elimination of graphic representation does not have a major impact for such applications,"* https://euipo.europa.eu/ohimportal/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017(Son Erişim Tarihi: 15.03.2019).

[70] bkz. Birinci Bölüm, Başlık I/C/1/c/ii.

[71] Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız Burçak, Mağazaların Dekorasyon Planlarının Marka Olarak Korunması Prof Dr. Sabih Arkan'a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.1409-1480

[72] Tat markalarının tescilinin mümkün olup olmadığı hususu henüz netlik kazanmamıştır. Bazı ülke yargılarının tat markalarının tesciline imkan tanıdığı görülmektedir. Örnek olarak Benelux Marka Ofisinin DE SMAAK VON DROP BX isimli ve 625971 sayılı likör tadında kağıt materyalleri için tescil edilmiş tat markası verilebilir. (Detaylı bilgi için bkz. WIPO STANDING COMMITTEE ON THE LAW OF TRADEMARKS, INDUSTRIAL DESIGNS AND GEOGRAPHICAL INDICATIONS, NEW TYPES OF MARKS, Sixteenth Session, Geneva, November 13 to 17, 2006, s.10; Vasheharan Kanesarajah, The taste of ripe strawberries: representing non-visual trademark, Thomson Scientific March 2008 s.4, http://ips.clarivate.com/m/pdfs/klnl/2008-03/taste.pdf)

[73] Köse/Tınaz/Atlı, s.94.

2. İşaretin Ayırt Edici Olması

a. Tanım

Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için gereken ikinci temel şart ise işaretin ayırt edici nitelikte olmasıdır[74]. Bu ayırt edicilik, SMK m. 4'te bir mal veya hizmeti, diğer bir mal veya hizmetten ayırmaya elverişli olmayan işaretlerin marka olarak tescil edilmesinin mümkün olmayacağı şeklinde ifade edilmiş ve SMK m. 5/1-a hükmü gereğince de 4. maddede belirtilen koşulları sağlamayan işaretlerin marka olarak tescil edilemez olarak kabul edilmiştir.

SMK 5-1(b) maddesinde ise herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler tescil edilemez nitelikte kabul edilmiş fakat aynı maddenin ikinci fıkrasında bu duruma bir istisna getirilerek markanın, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış olması durumunda bu markanın ayırt ediciliğe sahip olmaması nedeniyle reddedilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Bir işaretin ayırt edici olması için özgün, estetik veya karakteristik olmasına gerek yoktur. Zira Yargıtay konu ile ilgili olarak yerel mahkemenin *"iki sözcükten oluşan markanın bir bütün olarak başkalarının mal ve hizmetlerini ayırt edici orijinal nitelik taşımadığı, markanın kullanılacağı mal ve hizmetlerin karakteristik özelliklerini yansıtmadığı"* şeklindeki değerlendirmesine karşı *"Her şeyden önce markanın orijinal sözcük veya işareti içermesi ve kullanıldığı mal ve hizmetlerin karakteristik özelliklerini taşıması gerektiği yönünde 556 sayılı KHK'nın 5 inci maddesinde bulunmayan bir koşulun varlığından söz edilerek davacı markasının tescil edilmezliği sonucuna varılması doğru değildir"* şeklinde bir hüküm kurarak[75], bir işaretin ayırt edicilik niteliğini haiz olmasının, işaretin özgün olması, estetik olması veya markanın karakteristik özelliklerini

---

[74] Tekinalp, s.365; Kaya, s.32; Yılmaz, s.76; Çolak, s.22, Bahadır, s.10.

[75] Yargıtay 11. H.D., T. 15.01.2014 E. 2003/6068, K. 2004/229, (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 09.07.2019).

yansıtması anlamına gelmediğini belirtmiştir[76].

Marka olarak tescil edilebilmenin koşullarından biri olan ayırt edicilik gücü hem tescil edilebilirlik hem de karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde önemli rol oynamaktadır[77]. Tüketiciler markanın sahip olduğu ayırt edicilik sayesinde markaları birbirlerinden ayırabilmektedirler ve marka sahiplerinin aynı veya birbirleriyle bağlantılı olduğu yanılgısına düşmekten kurtulmaktadırlar[78]. Tüketicilerin bu şekilde bilinçli alım tercihlerinde bulunabilmesi, emeğin korunması, doğruluk ilkesinin uygulanabilmesi için marka hukuku açısından ayırt ediciliği son derece önemli bir konuma getirmektedir[79].

b. Soyut ve Somut Ayırt Edicilik

Ayırt edici nitelik kavramı doktrinde bazı yazarlar tarafından soyut ve somut ayırt edicilik olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu görüş kapsamında işaretin marka olabilmesi için tescil edileceği mal ve hizmetten bağımsız olarak soyut ayırt edici niteliğe sahip olması gerekmektedir. Yani soyut ayırt edicilik, işaretin tescille bağlı olmaksızın ayırt edebilme vasfını haiz olması anlamına gelmektedir. Sınırları belli olmayan işaretler gibi tüketici nezdinde mal veya hizmetlerin ayırt edilebilmesine hizmet etmeyen işaretlerin soyut ayırt ediciliğe sahip olmadığı söylenebilir. Somut ayırt edicilik ise soyut ayırt ediciliğe sahip bir işaretin tescile konu mal veya hizmetler açısından ayırt ediciliğe sahip olması ve tescil edilebilirliği anlamına gelmektedir[80]. Diğer bir deyişle işaret SMK m.4 kapsamında ayırt edici nitelikte olmasına rağmen tescil edilmek istendiği sınıfta ayırt ediciliği bulunmayan işaretler somut ayırt ediciliğe sahip değildir.

Bu görüş incelendiğinde, soyut ayırt edicilik işaretlerin genel olarak ayırt edici olup olmaması hususu ile ilgilenirken, somut ayırt edicilikte tescil edilmek istenilen mal veya

---

[76] Karan Hakan / Kılıç Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004 s.59-60; Kaya, s.33.

[77] Kaya, s.32.

[78] Küçükali, Canan, Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali, Ankara, 2009, s.128.

[79] İmirlioğlu s.15.

[80] Doğan, s.18, İmirlioğlu, s.21.

hizmet sınıf kapsamında değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Bu durumun sonucu olarak somut ayırt edici niteliği bulunmayan bir işaret, tescil edilmek istenildiği mallar ve hizmetler dışındaki hizmetler için tescil edilebilecektir.

Soyut ayırt edicilik bir işaretin genel olarak ayırt edici olup olmamasını ilgilendirdiğinden, bu niteliğin yokluğu hiçbir şekilde aşılamayacak bir mutlak tescil engeli olarak görülmektedir. Diğer yandan, somut ayırt edici niteliğin yokluğu kullanım sonucu aşılabilir bir durumdur[81].

SMK m.4'te kastedilen ayırt ediciliğin, bir işaretin genel olarak marka olabilirlik esasını belirleyen soyut ayırt edicilik olduğu kabul edilmektedir[82]. Somut ayırt edicilik ise kendine SMK m.5-1(b) bendinde yer bulmuştur. Belirtilen kanun maddelerinin

---

[81] 6769 sayılı SMK'nın 5/2 maddesi kapsamında, bazı durumlarda markanın kullanım yoluyla sonradan ayırt edicilik kazanabileceği öngörülmüştür. Buna göre, "*herkesin serbest kullanımına bırakılmış olan, ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten, malların üretildiği hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren, malların veya hizmetlerin karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren, belli bir meslek sanat veya ticaret grubuna dahil olanları ayırd etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların*" tescili kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanma yoluyla mümkün olabilecektir(Çolak, s.34). Doğan, s.34-35. Kanımızca bu görüş somut ayırt edicilik kapsamındadır. Kanun lafzı soyut ayırt edicilik niteliğini haiz fakat somut ayırt edicilik niteliği eksik olan işaretlerin kullanım yolu ile külli bir biçimde ayırt edicilik kazanabileceğini öngörmektedir. Soyut ayırt edicilik ise aynı kanunun beşinci maddesinin birinci fıkrasının aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamına dahil edilmemesi nedeniyle bu kapsam dışında bırakılmıştır. Bu noktada doktrinde soyut – somut ayırt edicilik tartışmasına girilmeksizin, ayırt edici nitelikte olmayan kamuya mal olmuş işaretlerin, uzun bir zamana yayılan sürekli bir kullanım ve yoğun ve aralıksız bir reklam etkinliği sonucunda pazarda yerleşmek suretiyle halk gözünde fiili bir ayırt edicilik işlevi kazanabildiğini ve tescilinin mümkün olduğunu savunan bir görüş de bulunmaktadır (Osman Berat Gürzumar, Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler, Yargıtay Dergisi, C.20/S. 4, Ekim 1994, s.506., Arkan, s.83.). Örnek olarak ise süper ve hipermarket sektöründe etkinlik gösteren İsviçre merkezli Migros'un kullandığı "M" harfi verilmektedir(Gürzumar, s.506., Arkan, s.83.). Bu görüşte belirtilen ayırt ediciliğin soyut ayırt edicilik olduğunu düşünmekteyiz. Her ne kadar yürürlükteki mevzuat soyut ayırt edicilik niteliğini haiz olmamanın aşılmaz bir tescil engeli olduğunu hükme bağlamış olsa da verilen örnekteki gibi bir durumun ortaya çıkması halinde kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanımının soyut ayırt edicilik noktasında da geçerli olmasının gerektiğini düşünmekteyiz.

[82] Çolak, s.130; İmirlioğlu, s.22.

işaretlerin ayırt ediciliği kapsamında uygulanabilirliği kanımızca her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Tartışmanın temeli olarak, AB Marka Direktifi ve Marka Tüzüğü'nde bir işaretin marka olarak tescili için 556 sayılı KHK'dan farklı olarak "marka olamayacak işaretler" ile "ayırt edicilikten yoksun işaretler" kavramlarını ayrı olarak ele almış olması gösterilebilir. Diğer bir deyişle çelişkili gibi görünen durumun nedeni MarKHK'da ayırt edicilikten yoksunluğun ayrı bir tescil engeli olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Bu tartışmanın SMK m.5/1 (b)[83] ve m. 5/2'de yapılan değişiklik[84] ile birlikte sonlanacağı

---

[83] Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler ayrı bir mutlak red sebebi olarak belirtilmiştir.

[84] MarKHK m.7/2' de kullanılan bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez ibaresi ile;

1) "*Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret…"* kapsamına girmeyen işaretler

2) "*Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar*"

3) "*Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar*" kullanım yoluyla ayırt edicilik istisnası kapsamına alınmıştı. Fakat SMK'da yapılan değişiklik ile beraber atıf yapılan bentler değişmiş ve "Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez." Hükmü getirilmiştir. Buna göre kullanma yoluya ayırt edicilik MarKHK'dan farklı olarak aşağıdaki durumları kapsayacaktır;

1) "*Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler*"

2) "*Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler*"

3) "*Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler".*

düşünülmektedir[85].

c. Ayırt Ediciliğin Tespitinde Esas Alınabilecek Kriterler

i. İşaretin Bütünlüğü

İşaretin bütünlüğü, işaretin fark edilebilmesi, bir bütün olarak tanınması ve sınırlarının tespit edilebilmesi anlamına gelmektedir. Marka olarak kullanılan işaret, tüketici tarafından ilk bakışta fark edilemiyorsa, uzun bir düşünme veya inceleme gerektiriyorsa, o işaretin bütünlük unsuruna sahip olmadığı söylenebilecektir[86].

İşaretin bütünlük vasfını haiz olup olmadığı, işaretin başka işaretlerle benzer olup olmadığı tespit edilirken son derece önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bütünlüğü olmayan, bakar bakmaz anlaşılacak sınırlara sahip olmayan bir işaretin diğer işaretlerden ayırt edilmesi mümkün olmayacaktır[87].

Örneğin, Latin alfabesi kullanılan bir ülkede, yan yana beş Çin yazı karakteri kullanılan bir işareti bira markası olarak tescil edilmesi talebi işaretlerin bir bütün olarak tanınamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir[88]. Gerçekten de bu minvalde bir işaretin tescil edilmesi halinde, o mal veya hizmet grubu için tüm Çin harflerinden oluşan işaretler ilk tescil edilen malın sahibine verilmiş olacaktır. Bu nedenle sınırları tespit edilemeyen bir işaretin tescilinin yapılması mümkün değildir[89].

---

[85] İmirlioğlu, s.25.

[86] Doğan Beşir Fatih, Türk, Alman ve Avrupa birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR Dergisi 2006 Sayı 3, s.24, http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/frmmakale/2006-3/1.pdf.

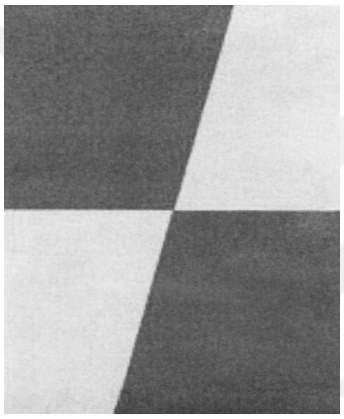
[87] İmirlioğlu, s.17.

[88] Alman Patent Mahkemesi 5 Çin harfinden meydana gelen işaretin marka niteliğinin bulunmadığına karar vermiştir. Karl-Heinz Fezer, Die Markenfaehigkeit nach § 3 MarkenG, in: Festschrift für Henning Piper, München 1996, s.530 (Doğan, s. 24-25'ten naklen).

[89] Doğan, s.25; İmirlioğlu, s.17.

TÜRKPATENT, tescil başvurularını değerlendirirken işaret bütün olarak ele alınmakta, eğer işaretin esas bir unsuru var ise ayırt edicilik o unsur üzerinden incelenmektedir. Birden fazla unsurdan meydana gelmiş bir işaretin unsurlarının her biri ayırt edici olmasa dahi bir araya gelmiş halleri ayırt edici nitelikteyse, marka tescil edilebilecektir[90].

Bu noktada farklı renklerden[91] veya farklı meyvelerden[92] oluşan ve unsurları kolayca anlaşılamayan kombinasyonların sınırları belli olmadığı için ve bu şekilde tescil edilmek istenen tüm kombinasyonlar marka sahibinin tekeline verileceği için bu tarz markaların tescil edilmemesi gerektiği doktrinde kabul edilmektedir.



Görseli yukarıda verilen ve TÜRKPATENT nezdinde 2013 66967 numarası ile tescilli şekil markası incelendiğinde, aynı şirkete ait (Red bull Gmbh) 2016/92026, 2014/03556 tesciller gibi şekil ve renk kombinasyonu olmadığı, sadece damalı bir şeklin renk gözetmeksizin tescil edildiği görülmektedir. Kanımızca işaretin bütünlüğü kriterinde anlatılan hususlar ışığında, sınırları belli olmayan ve marka sahibine iki renkten oluşan herhangi bir damalı şekil açısından tekelleşme imkanı sağlayacak bu tescilin ayırt ediciliğe sahip olduğu söylenemeyecektir. TÜRKPATENT'in bu başvuruyu tescil ile sonuçlandırması, yine şahsi kanaatimizce ayırt edicilik noktasında uygulamada ve doktrinde belirtilen görüşler ile çelişen bir durum ortaya çıkarmıştır.

---

[90] İmirlioğlu, s.17.

[91] Doğan, s.25.

[92] İmirlioğlu s.17.

ii. İşaretin Malın Zorunlu Bir Hususu Olmaması

SMK m. 5/1-(e) bendi uyarınca malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şeklî ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler marka olarak tescil edilememektedir.

Malın ayırt etme işlevinin zorunlu bir sonucu olarak, işaret, maldan ayırt edilebilmeli ve malın zorunlu bir parçası olmamalıdır. Eğer mal üzerinde bulunan bir işaret malın işlevsel olarak zorunlu bir parçasını oluşturursa, bu işaret marka olamayacaktır[93].

iii. İşaretin Kullanılacağı Mal / Hizmetler Yönünden Tanımlayıcılığı

İşaretler açısından ayırt edicilik değerlendirilmesi yapılırken, tescil edilmek istenilen mal ve hizmetlere göre değerlendirme yapılmalıdır. Bir takım mal ve hizmetler için ayırt edici nitelikte olan bir işaret, başka mal ve hizmetler için ayırt edici nitelikte olmayabilecektir[94].

Yargıtay, "saten" sözcüğünün genel bir ifade olup herkesçe kullanılıp kullanılamayacağı noktasında uyuşmazlık bulunan bir dosyada, saten sözcüğünün düz, parlak kumaş anlamına gelen genel bir ifade olduğu ve bir boya türü olmadığı için boya ürünü üzerinde ayırt edici nitelikte olduğuna hükmetmiştir[95]. ABAD ise C-383-99 sayılı kararında

---

[93] Eroğlu Sevilay, Soyut Renk, Ses Ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s.99.

[94] Çolak, s.149-150, İmirlioğlu, s.19.

[95] Yargıtay 11. H.D., T. 08.05.2000, E. 2000/2921, K.2000/3904 sayılı kararında; *"Markaların Korunması Hakkında KHK.nin 7/c maddesinde "ticaret alanında cins, çeşit, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak veya malların veya hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırılmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar'ın marka olarak tescil edilmeyeceği öngörülmüş ise de saten sözcüğü bu kanun hükmü anlamında bir boya cinsi değildir. Bu nedenle boya markası olarak tescil eden kişi tarafından kullanılmasının ve tescilin korunması gerekir."* şeklinde hükmetmiştir. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 07.03.2019). Yargıtay'ın yeni tarihli "MEDİKAL PERUK" (Yargıtay 11. H.D., T. 02.11.2015, E. 2015/4450, K.2015/11336), "YAPI KATALOĞU" (Yargıtay 11. H.D., T.

verdiği; *"Tanımlayıcılık sadece her kelimenin ayrı ayrı anlamına göre değil, aynı zamanda oluşturdukları bütüne göre değerlendirilmelidir. Tescili talep edilen kelime kombinasyonuyla, ilgili tüketici kesiminin malları / hizmetleri veya onların karakteristik özelliklerini tanımlamak için günlük dilde kullandıkları terimler arasındaki belirgin farklar, kelime kombinasyonuna marka olarak tescil edilmesini sağlayacak derecede ayırt edicilik kazandıracaktır."* hükmüyle birlikte, markadaki iki sözcük de tasvir edici nitelikte olsa da bir araya getiriliş tarzlarının alışılmışın dışındaki yapısının bir dil buluşu teşkil etmesi durumunda markanın ayırt edici nitelik kazanabileceğini belirtmiştir[96].

Ayırt edici işaretler, kullanılacağı mal veya hizmeti tanımlamayan, o sınıfa ait karakteristik özellikler içermeyen, cins, çeşit, vasıf, amaç, kalite vs. göstermeyen, kullanılacağı mal veya hizmetten uzaklaşmış, kullanılan diğer işaretlerden farklı ve karıştırılma ihtimali bulunmayan ve kaynağı belirtme vasfını haiz işaretler olarak kabul edilebilir[97]. Bu nedenle işaretler, tescil edilecekleri ve kullanılacakları mal ve hizmet sınırlarını tanımlamaktan uzaklaştıkça, daha fazla ayırt edici nitelik kazanacaklardır[98].

iv. İşaretin Anlamsal Gücü

Marka olarak kullanılacak sözcüklerin anlam içerme veya içermeme zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat söz konusu sözcük günlük hayatta herkes tarafından kullanılıyor

---

10.05.2012, E. 2010/6952, K.2010/7551) sayılı kararlarında da söz konusu markaların Yargıtay nezdinde tanımlayıcı kabul edildiği görülmektedir. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi 17.04.2019)

[96] *"...As regards trade marks composed of words, such as the mark at issue here, descriptiveness must be determined not only in relation to each word taken separately but also in relation to the whole which they form. Any perceptible difference between the combination of words submitted for registration and the terms used in the common parlance of the relevant class of consumers to designate the goods or services or their essential characteristics is apt to confer distinctive character on the word combination enabling it to be registered as a trademark..."* (http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=610E0B09F685CB3E7AF061CBA39B58DE?text=&docid=46602&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5092938(Son Erişim Tarihi : 09.02.2019).

[97] Çolak, s.31; İmirlioğlu, s.19.

[98] Çolak, s.31; Küçükali, s.72.

ve birden çok anlam barındırıyor ise ayırt ediciliği düşük olarak kabul edilir. Diğer yandan marka olarak kullanılan sözcük anlam taşımasına rağmen kullanıldığı mal veya hizmet ile hiçbir bağlantısı yoksa ayırt edicilik vasfını haiz olduğu söylenebilir[99].

Tüketicilerin anlam içermeyen sözcük markalarını zihinlerinde daha kolay tuttuklarından[100] yola çıkılarak farklı sözcüklerin kısımları kullanılarak yeni sözcük türetilmesi ve bu şekilde ayırt ediciliği güçlü markaların yaratılması tercih edilmektedir. Bu şekilde türetilmiş markalara örnek olarak, Adolf Dassler isimli şahsa ait ve adının ve soyadının bölümlerinden oluşmuş "Adidas" markası verilebilir[101].

Yabancı dilde cins isim olarak kullanılan bir sözcüğün başka bir ülkede anlamı olmasa dahi marka için kullanılıp kullanılmayacağının değerlendirmesinde ise, söz konusu sözcüğün ortalama tüketici nezdindeki algısı önemlidir. Sözcüğün başvuru yerindeki yaygınlık derecesine ve o coğrafi bölgede yaşayan insanların sözcüğü cins ad olarak anlayıp anlamayacağına göre farklı sonuçlara ulaşılacaktır[102].

D. Marka Türleri

Markalar temel olarak tescil amaçları ve işlevlerine göre, sahiplerine göre, bilinirlik ölçüsüne göre ve teşekkül tarzına göre olmak üzere farklı türler içerisinde değerlendirilebilirler. Bu türler doktrinde farklı isimler altında olsa da çalışmamızda en yaygın şekilde kabul edilen sistematik üzerinden tanımlamalar yapılacaktır[103].

---

[99] İmirlioğlu, s.20, Tekinalp, s.367, Kaya, s.81; Çolak, s.30-33.

[100] Tekinalp, s.367.

[101] Çolak, s.159-160; İmirlioğlu, s.20.

[102] Çolak, s.159-160; İmirlioğlu, s.20.

[103] Kaya, s.50-59; Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, Kaya'nın başlıklarına ek olarak, tescilin etkisini gösterdiği coğrafi alana göre ulusal marka, topluluk markası, uluslararası tescilli marka ayrımı (s.25-35) ile tescilli olup olmamalarına göre tescilli ve tescilsiz marka (s.34-35) ayırımına gitmiştir. Çalışmamızda marka türleri olarak Kaya'nın sistematiği izlendiğinden markalar dört başlık altında sınıflandırılmışlardır.

1. Tescil Amaçları ve İşlevlerine Göre Markalar

Markalar tescil amaçlarına göre; ticaret markaları, hizmet markaları, garanti markaları, koruyucu markalar ve ihtiyat markaları olarak gruplandırılabilirler.[104]. Ticaret markaları, sanayide, ticarette, tarımda veya küçük sanatlarda üretimi ve ticareti yapılan bir malı ayırt etmek amacı ile mal veya ambalaj üzerine konulan ve bir işletmenin imalat veya ticaretini yaptığı malları diğer işletmelerin mallarından ayırmaya yarayan markalardır[105].

Hizmet markaları ise işletmenin ulaşım, taşıma, bankacılık vb. hizmetlerini diğer işletmelerden ayırmaya yaramaktadır[106].

Koruyucu markalar, daha önceden tescil edilmiş ve koruma altındaki bir markanın halihazırdaki koruma alanını genişletmek amacına yönelik olarak tescil ettirilen markalardır. Örnek olarak ana marka olarak "üç çizgi + Adidas" kullanan işletmenin, "iki çizgi + A" ve "dört çizgi + A" markasını tescil ettirmesi gösterilebilir[107]. İhtiyat markaları, tescil zamanında kullanma amacı ile tescil ettirilmeyen, ileride kullanmaya yönelik veya iktisadi açıdan değerlendirilebilmek adına tescil ettirilen markalardır. Örnek olarak ilaç markalarının uzun süren ruhsatlandırma sürecinde markanın tescil edilememesi ihtimaline karşı benzer yedek markaları tescil ettirmesi verilebilir.[108]. Hem koruyucu markaların hem de ihtiyat markalarının SMK'nın markanın kullanılmamasına dair içerdiği hükümler karşısındaki durumunun ise ayrıca incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz[109].

---

[104] Kaya, s.50; Çolak, kullanım ve tescil amaçlarına göre markaları farklı kategorilerde değerlendirmiş ve kullanım amacına göre ticaret ve hizmet markaları ayrımına giderken tescil amacına göre, normal markalar, koruyucu markalar ve ihtiyat markaları olarak bir gruplandırma yapmıştır. (Çolak, s.19).

[105] Tekinalp, s.370; Arkan, Marka I, s.44; Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.21; Çolak, s.15; Sekmen, s. 57; Gökçen Görkem, Markanın hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2017, s.13.

[106] Tekinalp, s.371; Arkan, Marka I, s.44; Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.21; Kaya, s.51; Çolak, s.15; Sekmen, s. 57; Gökçen, s.13.

[107] Kaya, s.53; Çolak, s.19.

[108] Kaya, s.53; Çolak, s.19.

[109] Gerçekten de sadece markayı korumaya ilişkin olarak tescil edilmiş ve marka sahibi tarafından kullanılmayan marka tescilleri kullanmama nedeniyle iptal davasıyla veya bu markalara dayanılarak açılan

Garanti markası ise bir malın veya hizmetin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti eden markalardır. Yün birliğine ait "Woolmark", Türk standartlarına uygunluğu gösteren "TSE" gibi markalar bu türe örnektir[110].

2. Bilinirlik Ölçüsüne Göre Markalar

Markalar bilinirlik ölçüsüne göre tanınmış ve alelade (standart[111]) marka olarak sınıflandırılabilirler[112]. Alelade markalar tescil yoluyla koruma elde etmiş ve tanınmış olmayan markalardır. Tanınmış markalar ise toplumun ilgili kesiminde belirli bir tanınmışlığa erişmiş ve SMK'nın hükümleri çerçevesinde alelade markalardan daha geniş korumaya alınmış markalardır[113].

3. Sahiplerine Göre

Sahiplerine göre markalar; ferdi markalar, ortak markalar ve vekil markaları olarak üçe ayrılmaktadır[114].

Ferdi markalar sadece bir gerçek veya tüzel kişiye ait olup markanın sağladığı hakların sadece o gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılabildiği markalardır. Bu marka türü

---

bir davada kullanmama def'i ile karşı karşıya kalabilecektir. Bu konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Özarmağan, Müge, Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.64-67; Çağlar, Hayrettin, 6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXI, Y. 2017, S:. 1, s.3-19.

[110] Arkan, Marka I, s.47-48; Kaya, s.53; Doktrinde garanti markalarını sahiplerine göre marka türleri arasında gösteren yazarlar bulunmaktadır. (bkz. Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.23; Arkan, Marka I, s.46, Gökçen, s.17).

[111] Çolak, s.16.

[112] Kaya, s.56; Sekmen, s.66; Çolak, s.16.

[113] Arkan, Marka I, s.53; Kaya, s.56; Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.23-24; Çolak, s.16; Gökçen, s.14-17.

[114] Kaya, s.54.

münferiden bir kişiye yahut müştereken birden fazla kişiye ait olabilmektedir[115]. Bu markalara örnek olarak "Pegasus + Uçan at figürü" veya "SEK" verilebilir[116].

Ortak markalar, SMK m.31 kapsamında mal üreten veya hizmet sunan birden fazla işletmenin yapmış oldukları sözleşme çerçevesinde aynı markanın ayrı ayrı kullanılmasını sağlayan marka türü olarak tanımlanmıştır. Ortak markanın sahibi, sözleşmeyle bir araya gelen işletmelerden oluşan grup değil, gruba dahil olan kişilerdir. Bu grubun ise tüzel kişiliği yoktur[117].

Ortak markanın iki türü bulunmaktadır. İlk türe ait ortak marka kullanımında marka kullanıcıları, belirli bir grubun üyesi olduklarını ifade etmek amacıyla ortak markayı kullanmaktadırlar. Amerika'da yeminli hesap uzmanlarınca kullanılan CPA (*Certified Public Accountant*) markası bu duruma örnek olarak gösterilebilir[118].

İkinci türe dahil olan ortak markalardaysa; her biri diğerinden bağımsız durumda bulunan işletmeler, mal ve/veya hizmetlerin kaynağına dair tüketiciyi bilgilendirmek amacı ile ortak markayı kullanmaktadır. Bu türe örnek olarak Almanya'da kesici aletler için kullanılan SOLINGEN markası ile ülkemizde tarım sektöründe kullanılan TARİŞ verilebilir[119].

Vekil markaları ise bir markanın gerçek hak sahibi tarafından değil, vekil veya temsilcisi olan kişi tarafından tescil ettirilmesi halinde ortaya çıkmaktadır[120].

---

[115] Tekinalp, s.372.

[116] Arkan, Marka I, s.44; Kaya, s.54; Yılmaz, s.91.

[117] Arkan, s.53.

[118] Başer Eren, Marka Tescilinde Benzerlik ve Karıştırılma İhtimali Kavramları ile Bu Kavramların Farklı Ülke Sistemleri ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014, s.11.

[119] Karahan Sami / Suluk Cahit / Saraç Tahir / Nal Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2012, s. 155.

[120] Kaya, s.55.

4. Teşekkül Tarzına Göre Markalar

Markalar teşekkül tarzına göre bir işaretten oluşan marka ve karma marka olarak sınıflandırılabilirler. Tek bir şekil, kelime veya marka olabilecek işaretten oluşan markaların yanında, bu işaretlerin kombinasyonlarından oluşan karma markalar da bulunmaktadır[121]. IKEA, Vakko gibi kelime markaları sadece tek bir işaretten oluşan markalara örnek olarak verilebilir. Pegasus + Kanatlı At, Redbull + Kırmızı Boğa gibi hem kelime hem de şekil içeren markalar ise karma markalara örnek oluşturur. Markaların teşekkül tarzları karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde önemli rol oynamaktadır. Zira çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı şekilde açıklanacağı üzere farklı türde markaların birbirleri arasındaki karıştırılma ihtimali düzeyleri de farklılaşmaktadır.

II. MARKA HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

A. Türk Hukukundaki Marka Düzenlemeleri

1. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Öncesi Dönem

Ülke tarihimizde markalarla ilgili ilk düzenleme 1872 tarihli Alamet-i Farika Nizamnamesi ile yapılmıştır. Bu nizamname daha sonrasında 1888 tarihli "Fabrikalar Mamulatı İle Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname" ile yürürlükten kaldırılmıştır[122]. Devamında yeni nizamnamenin Cumhuriyet Döneminde de kullanılmasını sağlayan ve 1955 yılında çıkarılan 6591 sayılı Yasa ile önemli ölçüde değiştirilmiş 1928 tarihli Talimatname kullanılmıştır. 1965 yılında 551 sayılı Markalar Kanunu kabul edilerek yürürlüğe girmiş ve 27.06.1995 yılında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname düzenlenene kadar yürürlükte kalmıştır[123].

---

[121] Kaya, s.58.

[122] Arkan, Marka I, s.13; Kaya, s.6.

[123] Kaya, s.6; Çolak, s.2.

2. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik sürecindeki ilişkilerinde birtakım taahhütler verilmiştir. Bu taahhütlerin yerine getirilebilmesi adına 1995 yılında Türkiye ve Avrupa Birliği arasında, Ortaklık Konseyi'nin 1995 tarih ve 1/95 sayılı ortaklık konseyi kararı alınmış ve uluslararası alanda marka korunması standartlarının sağlanabilmesi kapsamında çalışmalar hız kazanmıştır[124].

Çalışmaların hızlanması ile birlikte 08.06.1995 tarihinde kabul edilen 4113 sayılı Yetki Kanunuyla Bakanlar Kuruluna, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, markalar ve coğrafi işaretlerin korunmasını sağlamak amacıyla, Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verilmiştir[125]. Verilen bu yetki uyarınca, Bakanlar Kurulu, markalarla ilgili olarak, "Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyi" kabul etmiştir[126]. 551 sayılı Markalar Kanunu, bu KHK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte yürürlükten kalkmıştır. Kısa bir zaman sonra kabul edilen 4128 sayılı Kanun ile, 556

---

[124] Kaya, s.7; Arkan, Marka I, s.17-18; Bu kararın 29. maddesi şu şekildedir: "*1.Taraflar fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının uygun ve etkin biçimde korunması ile uygulanmasını sağlamak konusuna verdikleri önemi teyit ederler. 2.Taraflar, fikri mülkiyet haklarına Gümrük Birliğini oluşturan iki tarafta da eş düzeyde verimli koruma sağlanması halinde Gümrük Birliğinin düzgün işleyebileceğini kabul etmektedirler. Bu doğrultuda, bu Kararın Ek 8'de belirlenen yükümlülükleri üstlenmektedirler*." Madde ve kararın tümü için bkz. www.dtm.gov.tr.

[125] RG, 24.06.1995, S.22323. (Arkan, Marka I, s.19); Yetki kanununun ilk maddesi; "*Bu Kanunun amacı, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, markalar ve coğrafî işaretlerin korunmasını sağlamak, yaş sebze ve meyve ticaretini düzenlemek, yaş sebze ve meyve üretici ve tüketicileri ile bunların ticaretini yapanların çıkarlarını korumak, toptancı hallerini tanzim etmek, Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birliklerinin daha etkin bir şekilde çalışmasını kolaylaştırmak, gıda konularının Avrupa Birliği standart ve normlarına uygun olarak düzenlenmesini sağlamak, anonim ve limited şirketlerin kuruluş işlemleri ve denetimleriyle ticaret siciline ilişkin konularda düzenlemeler yapmak ve Türkiye Turistik Otelciler ve Turizm İşletmecileri Birliğinin kuruluşunu düzenlemek, dış ticaretin gelişimine uygun olarak gümrük mevzuatında değişiklik ve düzenlemeler yapmak üzere Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi vermektir*." hükmünü içermektedir. (Kazancı Bilgi Bankası, Son erişim tarihi: 22.01.2019).

[126] RG, 27.06.1995, S.22326. MarkKHK'nın 83. maddesine göre "*Bu Kanun Hükmünde Kararname yayımı tarihinde yürürlüğe girer*." Bu kapsamda 27.06.1995 tarihinde yayımlanan söz konusu KHK aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

sayılı KHK'ya ceza hükümleri de eklenmiştir[127].

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin kabulünün ardından, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca "556 sayılı KHK'nın Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik" hazırlanmış ve kabul edilmiştir[128]. Ancak bu Yönetmelik daha sonra "556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmelik[129]"in 40. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır[130].

556 sayılı KHK'nın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ilk hükümleri marka hakkının ihlali hakkındadır. KHK'nın 61. maddesinin (d) bendi 02.03.2004 tarihli karar ile iptal edilmiştir[131]. Bu iptal kararının ardından aynı maddenin (a) ve (c) bentleri de iptal edilmiştir[132]. Bunun dışında hükümsüzlük hallerine ilişkin 42/1-(c) maddesi[133], markanın devrine ilişkin 16/5 maddesi[134], marka tescilinde red için mutlak nedenlere

---

[127] RG, 07.11.1995, S.22456.

[128] RG, 05.11.1995, S.22454.

[129] RG, 09.04.2005, S.25781.

[130] Söz konusu madde kapsamı şöyledir: "*5/11/1995 tarihli ve 22454 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.*" (Kazancı Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 22.01.2019)

[131] Bahadır, s.25-26, Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004, E. 2002/92, K. 2004/25 sayılı iptal kararı 14.05.2004 tarih ve 25462 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında, iptal edilen 61.maddenin (d) bendinin, Anayasanın 38 ve 91. Maddelerine aykırı olduğuna fakat bendin iptali ile doğacak hukuki boşluğu önlemek için iptal kararının yürürlüğünün bir yıl ertelenmesine karar vermiştir.

[132] Bahadır, s.26, Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008, E. 2005/15, K. 2008/2 sayılı iptal kararı 05.07.2008 tarih ve 26927 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında, iptal edilen 61.maddenin (a) ve (c) bentlerinin, Anayasanın 38 ve 91. Maddelerine aykırı olduğuna fakat bentlerin iptali ile doğacak hukuki boşluğu önlemek için iptal kararının yürürlüğünün bir yıl ertelenmesine karar vermiştir.

[133] Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2014, E. 2013/147, K. 2014/75 sayılı iptal kararı 24.07.2014 tarih ve 29070 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

[134] Anayasa Mahkemesi'nin 13.05.2015, E. 2015/49, K. 2015/46 sayılı iptal kararı 15.05.2015 tarih ve 29356 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

ilişkin 7/1-(ı) maddesi[135] ve son olarak markanın kullanılması başlıklı 14. maddesi [136] Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir[137].

3. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

556 sayılı KHK'nın kabulünden sonraki süreçte Anayasa Mahkemesi tarafından 556 sayılı KHK'nın iptal edilen hükümlerinin mevzuatta meydana getirdiği boşluğun doldurulması, Türk Marka Hukuku'nu AB mevzuatı ve uluslararası anlaşmalar ile uyumlu hale getirilmesi ve etkin ve nitelikli bir sınai mülkiyet sistemine ulaşılabilmesi amacıyla 22.12.2016 tarihinde 6769 sayılı SMK kabul edilmiş ve bu Kanun 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir[138].

SMK'nın birinci kitabı yalnızca markalara ayrılmıştır. Bunun yanında SMK'nın ilk üç maddesinden oluşan başlangıç hükümleri ile beşinci kitapta yer alan ortak ve diğer hükümler başlıkları markalar açısından dikkate alınmalıdır. Ayrıca Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Yayınlanmasına Dair Yönetmelik[139] de Kanun'un yürürlüğe girmesinin akabinde yürürlüğe girmiş hatta bu Yönetmelik'e dair bir değişiklik[140] de yapılmıştır[141].

B. Markalara İlişkin Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Anlaşmalar

1. Markaların Milletlerarası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşması

Markalar alanında Paris Sözleşmesi dışında bir diğer önemli sözleşme 14 Nisan 1891

---

[135] Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015, E. 2015/33, K. 2015/50 sayılı iptal kararı 02.06.2015 tarih ve 29374 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

[136] Anayasa Mahkemesi'nin 14.12.2016, E. 2016/148, K. 2016/189 sayılı iptal kararı 06.01.2017 tarih ve 29940 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

[137] Bahadır, s.26.

[138] Bahadır, s.26-27; RG, 10.01.2017, S.29944.

[139] RG, 24.04.2017, S.30047.

[140] RG, 27.10.2017, S.30223, Söz konusu değişiklik çevrimiçi yolla yapılan başvuruların e-devlet sistemi üzerinden yapılacağına ilişkindir.

[141] Bahadır, s.27.

tarihinde Madrid'de imzalanan Markaların Milletlerarası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması'dır. Bu anlaşmayla taraf ülkelerde tescil edilmiş bir markanın, anlaşmada öngörülen uluslararası merkezi bir büroya bildirilerek tescil edilmesi ve bunun neticesinde markanın diğer üye devletlerde de korunması amaçlanmıştır[142]. Anlaşma metni farklı tarihlerde değişikliklere uğramıştır[143].

Ülkemiz 15 Mayıs 1930 tarih ve 1619 Sayılı Kanun'la Madrid Anlaşması'nın 1925 tarihli Lahey metnine katılmıştır[144]. Fakat 1955 yılında, Bakanlar Kurulu çok sayıda yabancı markanın bu yolla Türkiye'de korunmasına karşılık, Anlaşmadan yeterli Türk markasının yararlanamayacağı gerekçesiyle bu anlaşmadan çekilmeye karar vermiştir[145].

2. Markaların Milletlerarası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşması ile İlgili Protokol

1955 yılındaki Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Anlaşması'ndan çekilme kararı sonrasında Türkiye, AT- Türkiye Ortaklık Konseyinin 1/95 sayılı kararında verdiği taahhüt üzerine Bakanlar Kurulu'nun 5.8.1997 tarihli ve 97/9731 sayılı kararıyla Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Anlaşması ile ilgili Protokole katılmıştır[146].

Madrid Protokolü 27.06.1989 yılında Madrid'de imzalanmıştır. Protokol, markaların uluslararası tescili ile ilgili mevcut Madrid Anlaşması'ndan farklı olarak, uluslararası tescil için yetkili ulusal makama tescil başvurusunun yapılmasını yeterli bulacak şekilde hazırlanmış ve özellikle Madrid Anlaşması'na katılmakta tereddüt yaşayan ülkelerin sorunlarını ortadan kaldırmak amacıyla uygulamaya konulmuştur. Söz konusu protokol

---

[142] Arkan, Marka I, s.32; Kaya, s.9.

[143] Anlaşma 1900 yılında Brüksel'de, 1911 yılında Washington'da, 1925 yılında La Haye'de, 1934'te Londra'da, 1957'de Nis'te ve 1967 yılında Stockholm'de tadil edilmiştir. (Kaya, s.9).

[144] RG, 29.05.1930, S.1506.

[145] RG, 20.07.1955, S.9059; Kaya, s.9.

[146] RG, 22.08.1997, S.23088.

yalnızca devletlerin değil, milletlerarası örgütlerin katılımına da açıktır[147].

Protokol ile birlikte gelen sistemin amaçları markaların tek bir başvuru, tek bir dil ile Protokol'e taraf birden fazla ülkede uluslararası tescilini sağlamak ve marka tescil edildikten sonra yapılacak olan adres değişikliği, mal ve hizmet listelerindeki sınırlamalar gibi değişikliklerin tek ve basit bir işlem ile uluslararası sicile kaydedilmesini sağlamaktır[148].

3. Sahte Mahreç İşaretlerinin Men'i Hakkında Madrid Sözleşmesi

Bu sözleşme 1891 yılında imzalanmıştır ve Türkiye 6894 sayılı Kanun'la[149] bu sözleşmeye taraf olmuştur. Sözleşme 1911 yılında Washington'da, 1925 yılında Lahey'de, 1934'de Londra'da, 1958'de Lizbon'da ve 1967'de Stockholm'de tadil edilmiştir[150].

Sözleşmenin kapsamı, malların kaynağı hususunda halkı yanıltıcı mahiyette olan tüm işaretlerin kullanımı yasaklama noktasındadır[151].

4. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmalarına İlişkin Nis Anlaşması

Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmalarına İlişkin Nis Anlaşması 15.06. 1957 tarihinde imzalanmış ve çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramıştır[152]. Bakanlar Kurulu'nun 95/7094 sayılı ve 12.07.1995 tarihli kararıyla

---

[147] Kaya, s.10.

[148] Madrid Protokolü Çerçevesinde Markaların Uluslararası Tescili İle İlgili Prosedürün Uygulanmasına İlişkin Temel Bilgiler, Türk Patent Enstitüsü, Ocak 2017, s.7.

[149] RG, 7.2.1957, S.9529.

[150] Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, s.26.

[151] Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, s.27.

[152] Arkan, Marka I, s.33; Kaya, s.10, Sözleşme, 14.07.1967'de Stockholm'de, 13.05.1977 ve 02.10.1979 tarihlerinde Cenevre'de tadil edilmiştir.

Türkiye Anlaşmaya katılmıştır[153].

Nis Anlaşması ile birlikte, anlaşmaya taraf olan ülkelerin, markaların tescili amacına yönelik olarak, mal ve hizmetlerin ortak sınıflandırma sistemini kurmaları, sınıflandırma yapmaları ve her bir mal veya hizmetin alfabetik listesinin düzenlemeleri öngörülmüştür[154].

5. Markaların Şekilli Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması

12 Haziran 1973'te hazırlanan Anlaşma'ya[155], Türkiye 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla birlikte katılmıştır[156]. Viyana sınıflandırması, markaların şekilli elemanları için belirli bir sistem öngörerek ülkelerarası iş birliği bakımından avantajlar sağlamaktadır[157].

6. Marka Kanunu Anlaşması

Marka Kanunu Anlaşması, 27.10.1994'te Cenevre'de kabul edilen[158] ve uluslararası düzeyde marka tescili ve tescil sonrası yapılacak işlemlerde uyum sağlama amacı ile hazırlanan bir anlaşmadır[159].

Türkiye, 07.04.2004 tarihinde 5118 sayılı Kanun ile anlaşmaya katılmıştır[160]. Anlaşmanın uygulamasını gösterir bir uygulama yönetmeliği de mevcuttur[161].

---

[153] RG, 13.08.1995, S.22373.

[154] Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, s.27.

[155] Kaya, s.10.

[156] RG, 13.08.1995, S.22373.

[157] Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, s.20.

[158] Kaya, s.10.

[159] Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, s.23.

[160] RG, 14.04.2004, S.25433.

[161] RG, 23.09.2004, S.25592.

C. Türkiye'nin Taraf Olduğu Kısmen Markalara İlişkin Uluslararası Anlaşmalar

1. Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi

Sınai hakların uluslararası düzeyde korunması amacıyla, 20 Mart 1883'te Paris'te "Sınai Mülkiyetin Himayesi İçin Bir İttihat Teşkili Hakkındaki Mukavele" (Paris Sözleşmesi) kabul edilmiştir[162]. Daha sonrasında ise birçok kez tadil edilmiştir[163].

Ülkemiz, Paris Sözleşmesi'nin 14 Temmuz 1967 tarihli Stockholm metnine 1975 tarihinde 1-12. maddeleri hariç katılmıştır[164]. Daha sonra Bakanlar Kurulu'nun 29.07.1994 tarih ve 94/5903 sayılı kararıyla 1-12. maddelere konulmuş olan çekince de kaldırılmıştır[165].

Bu sözleşmenin 1. maddesinin 2. bendine göre; sınai mülkiyetin korunmasının konusu, ihtira beratları, faydalı modeller, sınai resim veya modeller, fabrika veya ticaret markaları, hizmet markaları, ticaret unvanı ve orijin işaretleri veya menşe adlandırmaları ve haksız rekabetin önlenmesidir[166].

2. Milletlerarası Bir Beratlar Bürosu Kurulmasına Dair La Haye Anlaşması

Milletlerarası Bir Beratlar Bürosu Kurulmasına Dair La Haye Anlaşması 06.06.1947

---

[162] Kaya, s.11.

[163] Paris Sözleşmesi, 14 Aralık 1900 yılında Brüksel'de,, 02 Haziran 1911 yılında Washington'da, 06 Kasım 1925 yılında La Haye'de, 02 Haziran 1934 yılında Londra'da, 31 Ekim 1958 yılında Lizbon'da, 14 Temmuz 1967 yılında Stockholm'de tadil edilmiştir (Kaya, s.11; Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, Türk Patent Enstitüsü Yayınları, 2003, s.6).

[164] Kaya, s.11.

[165] RG, 23.09.1994, S.22060.

[166] Karan / Kılıç, s.699.

tarihinde kabul edilmiş ve Türkiye bu Anlaşmaya 1408 sayılı Kanun ile taraf olmuştur[167].

3. Sahte Mahreç İşaretleri Hakkında Madrid Sözleşmesi

Sahte Mahreç İşaretleri Hakkında Madrid Sözleşmesi 1891 yılında imzalanmıştır[168]. Türkiye Sözleşmeye 6894 sayılı Kanun ile taraf olmuştur[169].

4. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi

1967'de Stockholm'de imzalanan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi[170] ile Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) kurulmuştur. Ülkemizin de taraf olduğu[171] bu Sözleşme ile, Paris Konvansiyonu kapsamında faaliyet gösteren Büro'nun yerini WIPO almıştır[172].

5. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ve TRIPS

Türkiye'nin 26.01.1995 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 4067 sayılı Kanunla onayladığı anlaşmanın 1-C eki olan ve tüm sınai hakları kapsayan TRIPS de ülkemiz bakımından bağlayıcı hale gelmiştir[173].

---

[167] RG, 21.5.1955, S.9011, Anlaşma daha sonrasında tadil edilmiştir (Kabul Tarihi 08.06.1971, RG, 19.06.1971, S.13870 Kaya, s.12).

[168] Doğan Bilge, Coğrafi İşaret Korumasının Gelişmekte Olan Ülkeler İçin Önemi, E-Journal of New World Sciences Academy, 2015, s.62.

[169] RG, 07.02.1957, S.9529.

[170] Kaya, s.12.

[171] Bakanlar Kurulu'nun 14.08.1975 tarih ve 7/10540 sayılı kararı, RG, 19.11.1975, S.15417.

[172] Arkan, Marka I, s.33.

[173] RG, 29.01.1995, S.22186.

İKİNCİ BÖLÜM
KARIŞTIRILMA İHTİMALİ KAVRAMI, ÖLÇÜTLERİ VE ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMI

I. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

A. Tanım

Gelişen üretim koşulları ve marka kullanımının yaygınlaşması nedeniyle günümüzde çok yaygın olan marka hakkına tecavüz hali birçok şekilde karşımıza çıkabilmekte ise de marka hakkına tecavüzün uygulamada çoğunlukla karıştırılma ihtimalinin varlığı suretiyle gerçekleştiği söylenebilir[174]. Hatta, marka hukukunun tarihi temellerinin karıştırılma ihtimali prensibi çevresinde oluşturulduğu ve marka korumasının geleneksel formunun karıştırılma ihtimaline karşı olan koruma olduğu kabul edilmektedir[175]. Doktrinde, karıştırılma ihtimalinin marka hukukunun "omurgası" olarak kabul edildiği de görülmektedir[176]. Kanımızca da markalaşma sürecinin temel amacı, işletmelerin mal veya hizmetlerinin kaynağını gösterme ve diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden farklılaştırma kaygısıdır. Bu farklılaştırma çabasını koruyacak kavram ise marka hukukunda karşımıza karıştırılma ihtimali olarak çıkmaktadır.

Karıştırılma ihtimali kavramının sözlük tanımı, doktrinde kabul edilen tanımı, TURKPATENT'in değerlendirmesi ve Yargıtay kararlarında yer alan tanımlarını incelemek, kavramın anlaşılması açısından son derece yararlı olacaktır.

---

[174] Pekdinçer Remzi Tamer / Ertem Hakan, Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarda İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İçin Öneriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20 S. 3, 2014, s.306.

[175] Marka hukukunun tarihsel gelişimine dair bkz. Drescher, Thomas D., "The Transformation and Evolution of Trademarks - From Signals to Symbols to Myth", Trademark Reporter, Vol. 82, s.301 vd. (Heinonline, Son Erişim Tarihi: 22.07.2019).

[176] Çolak, s.198.

Karıştırılma ihtimalini geçmişte hukukumuzda tanımlayan iltibas kelimesi, sözlük anlamı olarak, karışma ve birbirine çok benzeyen iki şeyin karışması durumlarını nitelemektedir[177]. Başka bir anlatımla, alıcının zihninde karışıklık yaratma durumu iltibası tanımlamaktadır[178].

Doktrinde ise; karıştırılma ihtimali kavramı, "*tescil edilmemiş bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın daha önceden tescilli bir marka ile görsel, işitsel, anlamsal vs. sebeplerden dolayı aynı veya benzer kabul edildiği için, hitap edilen tüketici kitlesinde markalar arasında karıştırılma tehlikesinin ortaya çıkması*" olarak tanımlandığı görülmektedir[179]. Yine benzer şekilde karıştırılma ihtimali kavramı; "*bir mal veya hizmetin alıcısının, yani genel anlamda halkın almayı tasarladığı, bildiği veya duyduğu bir mal veya hizmeti aldığı zannı ile başka bir işletmenin aynı veya benzer malını veya hizmetini alma ihtimali(tehlikesi) ile karşı karşıya kalması*" şeklinde de tanımlanmıştır[180]. Karıştırılma ihtimalinin, "*mal ve hizmetlerin veya bu mal ve hizmetleri sağlayan firmaların, sahip oldukları ad ve işaretlerin birbirleri ile karıştırılarak*", markanın ayırt etme işlevini[181] doğru şekilde gerçekleştirememeleri ihtimalidir şeklinde tanımlandığı da görülmektedir[182].

TÜRKPATENT ise, karıştırılma ihtimalini; "*Bir mal veya hizmetin alıcısının, yani genel anlamda halkın almayı tasarladığı, bildiği veya duyduğu bir mal veya hizmeti aldığı zannı ile başka bir işletmenin aynı veya benzer malını veya hizmetini alma ihtimali (ihtimali) ile karşı karşıya olması.*" şeklinde tanımlamıştır[183].

---

[177] www.tdk.gov.tr. (Erişim tarihi 17.12.2018).

[178] İmirlioğlu, s.161.

[179] Tekinalp, s.436.

[180] Pekdinçer / Erdem, s.306.

[181] bkz. Birinci Bölüm, Başlık I/B/2.

[182] Bilge Mehmet Emin, Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas, TFM 2015/2, s.9.

[183] TPE, Marka İnceleme Kılavuzu 2015, s.104 (Kılavuz 2015 yılında hazırlandığı için TURKPATENT yerine TPE kısaltması kullanılmıştır).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise karıştırılma ihtimali kavramını[184]; *"karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus halkın iki işaret arasında herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel ve görsel bir benzerlik ve hatta genel görünüş açısından "umumi intiba" olmasa bile, halk tarafından iki marka arasında bağlantı kurulması ve hatta çağrıştırması dahi karıştırma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir."* şeklinde tanımlamıştır. Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında yer alan görüşlerinin de verilen karar ile paralellik gösterdiği görülmektedir[185]. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararlarında ise karıştırılma ihtimali, *"Halkın, söz konusu mal ve/veya hizmetlerin aynıya da bağlantılı işletmelerden geldiğini düşünme tehlikesidir"* şeklinde tanımlanmaktadır[186].

Karıştırılma ihtimali yaratma suretiyle marka hakkına iltibas, bir markanın aynının kullanılması veya bir markanın benzerinin kullanılması durumlarında gerçekleşebilmektedir. Alıntılanan Yargıtay kararındaki tanım uyarınca; bir markanın aynı veya benzeri, bu markanın kullanıldığı mal veya hizmetle aynı veya benzer mal veya hizmette kullanılırsa, halkın iki marka arasında bağlantı kurması ve karıştırılma ihtimali ile karşı karşıya kalması olasıdır.

Tüketiciler için karıştırılma ihtimali iki marka arasında yaşayacakları karıştırma (confusion), hata yapma (mistake) ve aldanma (deception) durumları nedeni ile ortaya çıkabilir[187]. Bunlardan karıştırma (confusion), markaların tüketicilerin zihninde büyük ölçüde özdeş psikolojik reaksiyon yaratması veya ilgili ürünler veya üreticileri arasında zihinsel bir ilişki kurmaları şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin "Apple" sözcüğü İngilizcede elma anlamına gelmekte ve İngilizce bilen neredeyse herkes bu kelimenin sözlük anlamını bilmektedir. "Apple" isimli bir cep telefonu piyasaya çıktığı ve belirli

---

[184] Yargıtay 11. H.D., T. 13.11.2003 E. 2003/4003 K. 2003/10839 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 10.01.2019).

[185] Yargıtay 11. H.D., T. 13.11.2018 E. 2017/1410 K. 2018/7017 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 13.07.2019).

[186] http://csuria.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-251/95.

[187] Leeds, Daphne. "Confusion and Consumer Psychology." Journal of the Patent Office Society, Vol. 37, No. 12, December 1955, pp. 894-901. HeinOnline, s.899.

bir tanınmışlığa eriştiği durumda, yine "Apple" işareti bir kulaklık ürünü için kullanıldığında bu kulaklığı gören tüketicinin zihninde artık elma anlamına gelen İngilizce sözcük değil "Apple" isimli cep telefonu markası belirecektir. İkinci durum olan hata yapma (mistake) durumunda ise tüketiciler birbirlerine çok benzeyen markalar arasında psikolojik bağlantı kurmaksızın hata nedeniyle yanlış tercihlerde bulunabileceklerdir. Bu durum "Nitey Nite" ve "Mighty Mite"[188] gibi markalar arasında vuku bulabilecektir. Üçüncü ve son durum olan aldanma (deception) ise bir markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kötü niyetli satıcılar tarafından müşterilere sunulması durumunda ortaya çıkacaktır. "Adidas" ve "Adıdas" gibi örneklerde ortaya çıkabilecek bu durum direkt olarak aynı markanın kullanılması halinde de vuku bulabilecektir.

Durumu bir örnek ile açıklamak gerekirse: "Lolita" markalı çanta kullanan ve kullandığı çantanın kalitesinden memnun olan bir kişi alışveriş yaparken, sürekli kullandığı ve kullanmaktan hoşnut olduğu "Lolleta" tescilli markasına sahip çantaya, şekil, tasarım ve adı bakımından çok benzeyen ve tescilsiz kullanılan veya "Lolita" markasından daha sonra tescil edilmiş "Lolleta" markalı çantayı, daha önceden kullandığı markaya ait bir ürün sanarak, bir diğer deyişle yanılarak satın alabilir. İltibasın karıştırma, benzeşme, karışıklık ve aldatıcı benzerlik anlamına geldiği göz önüne alınırsa[189] bu iki markanın, birinin öteki sanılacak surette birbirine benzemesi nedeniyle örnekteki kişinin bu şekilde yanılgıya düştüğü söylenebilecektir. Nitekim 2008/95 sayılı Direktif'in önsözünde de karıştırılma ihtimali kavramının, markanın köken gösterme fonksiyonu ile ilgili olduğu belirtilmiştir[190].

---

[188] Daphne, s.890.

[189] Küçükali, s.18.

[190] Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yaklaştırılması Hakkında 22 Ekim 2008 tarihli ve 2008/95/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nin önsözünün 11. Paragrafında; "…İşlevi esas olarak markayı kaynak yönünden garanti etmek olan tescilli marka tarafından sağlanan koruma, marka ve işaretler ile malların ya da hizmetlerin aynı olduğu durumlarda mutlak olduğundan; koruma ayrıca marka ve işaret ile mallar veya hizmetler arasında- benzerlik söz konusu olduğunda da uygulandığından; karıştırılma ihtimaline ilişkin olarak benzerlik kavramının bir açıklamasını yapmak zaruri olduğundan; tanımlanması çok sayıda öğeye ve özellikle markanın pazardaki bilinirliğine, kullanılan veya tescil edilen işaretle arasında kurulabilen bağlantıya, marka ile işaret arasındaki ve tanımlanmış mallar veya hizmetler

Doktrinde karıştırılma ihtimali ile ilgili belirtilen bir başka husus ise kimi durumlarda, marka-işaret benzerliğinin yanında ürün benzerliğinin de karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde bir ölçüt olarak yer alması gerektiğidir[191]. Yargıtay'ın konu ile ilgili 2015 tarihli bir kararında, karıştırılma ihtimalini benzer şekilde geniş anlamda değerlendirdiği ve yukarıda açıklanan işaret benzerliklerinin yanında ikinci bir koşul olarak ürün benzerliğini ortaya koyduğu görülmektedir[192]. Bu görüşün karıştırılma ihtimalini dar açıdan ele aldığı ve potansiyel tehlikeleri göz ardı ettiği söylenebilir. Zira hem doktrinde hem de farklı yargı kararlarında[193] tescil edilmiş bir marka henüz bir ürün üzerinde kullanılmamakta da olsa kullanıldığı takdirde karıştırılma ihtimalinin doğması

---

arasındaki benzerliğin derecesine göre takdir edilen karıştırılma ihtimali, böyle bir koruma için kati koşulu oluşturduğundan…".

[191] Paslı, s.7.

[192] Yargıtay 11.H.D. T. 28.3.2016 E:2015/8465 K:2016/3391 sayılı kararındaki hükmü şu şekildedir; *"…Doktrinde halk tarafından karıştırılma ihtimalinin iki koşulun bir araya gelmesi halinde irdelenebileceği kabul edilmiş ve bu iki koşuldan birincisi tescili istenilen markanın daha önce tescil edilmiş markanın aynısı veya benzeri olması ikincisi ise her iki markanın aynı mal ve hizmetlerde kullanılması olarak kabul edilmiştir. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise bu işin ilgilisi veya uzmanı değil tüketici olan halkın olduğu göz önünde tutulacaktır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus halkın bu iki işaret arasında herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel veya görsel benzerlik ve hatta genel görünüş açısından umumi intiba olmasa bile halk tarafından iki marka arasında bir bağlantı kurulması ve hatta çağrıştırılması dahi karıştırılma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir.*

Somut olayda; başvuruya konu marka ile redde mesnet markaların aynı emtia sınıfında kullanılması söz konusu olup markaların benzer oldukları iddia edildiğine göre markaların halk tarafından karıştırılma ihtimalinin de irdelenmesi gerekmektedir. Redde mesnet markaların esas unsurunu teşkil eden ... ibaresiyle başvuruya konu markanın esas unsurunu teşkil eden... ibaresi arasında (K) harfi dışında görsel açıdan benzerlik bulunmaktadır. Redde mesnet markalar ile başvuruya konu markanın tescil kapsamın dahilinde bulunan 30. sınıfta yer alan çikolata, şekerleme ve benzeri emtialarının ortalama tüketicileri çocuklar olup karıştırılma ihtimalinin bu kapsamda değerlendirilmesi gereklidir. Zira uyuşmazlığın çözümü yönünden daha çok çocuklardan oluşan ortalama tüketici kitlesinin, oldukça benzer yazılımı olan davalı markasını bu neviden ürünler üzerinde redde mesnet markaları taşıyan davacı ürünleriyle aynı raflarda görmeleri halinde her iki markayı karıştırma ihtimali bulunup bulunmadığının ayrıca değerlendirilmesi gereklidir…". (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 13.07.2019).

[193] Çolak, s.290.

potansiyeli varsa, önceki tarihli marka sahibinin markasının korunması gerektiği kabul edilmektedir. Zira markaların veya işaretlerin fiilen karıştırılması şart değildir, tehlikenin varlığı dahi yeterli olacaktır[194]. Kanımızca, karıştırılma ihtimali ortalama tüketicinin algısı üzerinden karar verilebilecek bir husus olup, henüz ürün halini almamış marka üzerinden bilimsel ve objektif bir şekilde tüketicilerin söz konusu markaları karıştırabileceğine dair bir bulgu olması halinde potansiyel karıştırılma ihtimali tehlikesi göz önüne alınmalıdır. Diğer yandan henüz ürüne dönüşmemiş bir markanın hakim veya bilirkişinin öznel değerlendirmesi ile karıştırılma ihtimali yaratıp yaratmayacağını tespit edilmesi sağlıklı sonuçlar doğurmayacaktır. Bu nedenle henüz ürüne dönüşmemiş markalar üzerinde de bilimsel teknikler kullanılarak karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılması gerektiği kanısındayız.

Karıştırılma ihtimali ile ilgili önemli bir başka husus ise bu kavramın "hukuki bir kavram" olarak ele alınıp alınamayacağı noktasındadır[195]. Yargıtay'ın bu husustaki kararları da konu ile ilgili net bir çıkarım yapmayı zorlaştırmaktadır. "Cocobar" ve "Coco Ball" markalarına ilişkin 2016 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında karıştırılma ihtimalini tanımladıktan sonra, HMK m.266 kapsamında hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağını belirtmiştir. Karıştırılma ihtimali gibi bir hususta Türk Milleti adına hüküm vermeye tek yetkili hakim yerine bu yetkiye sahip olmayan bir bilirkişinin yetki kullanması sonucunu doğuracağını ve yargılamanın sürat ve az masrafla yapılması ilkesini de zedeleyeceğini belirtmiştir. Özetle Yargıtay bu kararında; işaretler arasında yapılacak karıştırılma ihtimali değerlendirilmesinin hukuki bir konu olduğuna ve bu konuda bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulamayacağına karar vermiştir[196]. Diğer yandan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, karıştırılma ihtimalinden doğan marka tecavüzüne ilişkin bir dosyada ise markaların karşılaştırılmasının bilirkişi incelemesi ile yapılmadığı gerekçesi ile yerel mahkemenin kararını bozduğu görülmektedir[197]. Benzer

---

[194] Çağlar, Temel Esaslar, s.67.

[195] Çağlar, Temel Esaslar, s.67, Çolak, s.290.

[196] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 08.06.2016 E. 2014/11-696 K. 2016/778 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 13.07.2019).

[197] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 06.04.2011 E. 2010/11-744 K. 2011/57 sayılı kararında*; "dava*

olarak Yargıtay'ın "İçim" ve "Çimi" markaları arasındaki uyuşmazlıkta verdiği kararda, yerel mahkemece bilirkişi raporu alınmadan karar verildiği gerekçesiyle kararı bozduğu görülmektedir[198]. Birbirleri ile çelişen bu kararlar incelendiğinde her ne kadar

---

marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespit ve men'i istemine ilişkindir. Davacı vekili, davalı şirketin "N... 3'ü 1 yerde ürün ambalajı üzerinde kullanılan kırmızı kupa" şeklinin aynen müvekkili davacının "K... K..." tescilli şekil marka tescilindeki marka ve kompozisyon özellikleri ile kullanıldığını, müvekkilinin markasına iltibas ve tecavüz yarattığını ileri sürerek, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti ve bu fiillerin önlenmesini talep etmiştir. Somut olayda mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, davacıya ait ve tescilli tanınmış "K... K... şekil" markasındaki kompozisyon gibi davalı N...3'ü bir yerde ürün ambalajının ön yüzüne kahve çekirdekleri üzerine oturtulmuş, yaldızlı, kırmızı renk, kahve dolu, duman tütmekte olan kahve fincanı kullanarak, ambalajın arka yüzünde de ürünün kullanımına ilişkin açıklamalar aynı tür fincanın bulunduğu 3 kutucuk halinde kullanılarak tüketiciyi yanıltabilecek nitelikte iltibas oluşturduğu, markanın sahibinin izni olmadan markanın ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanan davalının 556 sayılı KHK'nun 61. maddesi uyarınca davacının marka hakkına tecavüzde bulunduğu, TTK'nun 56. ve 57. maddelerindeki haksız rekabet koşullarının oluştuğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Bu durum karşısında mahkemece, HUMK'nun 275 ve devamı maddeleri uyarınca, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren somut uyuşmazlıkta, ambalaj yoluyla haksız rekabet iddiası konusunda uzman bir bilirkişinin görüşünün alınmasına karar verilmesi ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..."(Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 13.07.2019).

[198] Yargıtay 11.H.D., 2004/9547 E, 2005/6156 K T. 14.06.2005 sayılı kararında; "..*Mahkemece, herhangi bir şekilde ve herhangi bir nedenle iki marka arasında bağlantı kurulması ve alıcısı tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunması, davalı markanın tescilinin hükümsüzlüğüne yeterli görülmüştür. Ancak mahkeme bu sonuca varırken, davacı ve davalı markalarını oluşturan İÇİM ve ÇİMİ kelimelerinin, görünüş ve okunuş biçimlerinin hangi gerekçe ve kabule göre benzerlik taşıdıklarını yeterince tartışıp değerlendirmediği gibi, bu hususta uzman bilirkişi incelemesi de yaptırmamıştır. HUMK' un 275. maddesinde, mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceğini hükme bağlamıştır. Dava konusu olayda, iki ayrı markayı oluşturan iki kelimenin okunuş ve görünüş itibarıyla benzerlik taşıyıp taşımadıkları uyuşmazlık konusudur. Ayrıca bu hususta, dava vekilince gerekmediği belirtilmekle birlikte, bilirkişi deliline de dayanılmıştır. Bu durumda mahkemenin gerekçeleri, yazılı şekilde hüküm kurmaya yeterli görülmediğinden, eğer varsa, davalıya ait ürün örnekleri de getirtilerek, sahasında uzman bilirkişiden ya da bilirkişi kurulundan, markaları oluşturan kelimelerin yazılış, okunuş ve görünüş olarak, ne şekilde benzerlikler taşıdıkları, hangi nedenlerle insanlarda benzerlik ve bağlantı duygusuna neden olabileceği ve karıştırılacağı hususlarında rapor alınarak, buna göre hüküm kurulması gerekirken; eksik inceleme ve yetersiz gerekçeye dayalı olarak, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir*" (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 13.07.2019).

Yargıtay'ın konu ile ilgili görüşü hakkında kesin bir kanıya varılamasa da karıştırılma ihtimali değerlendirmesinin hukuki bir kavram olarak görüldüğü Hukuk Genel Kurulu kararının daha yeni bir tarihli karar olması nedeniyle günümüzde yapılacak yargılamalarda daha etkili olacağı kanaatindeyiz.

Doktrinde ise Çolak'ın, yukarıda yer verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2016 tarihli "Cocobar" kararı üzerinden benzer şekilde karıştırılma ihtimalini hukuki bir kavram olarak değerlendirdiği ve aksi bir değerlendirmenin "çok uzun yıllardır sürdürülen yanlış bir uygulama" şeklinde kabul ettiği görülmektedir[199].

Konu ile ilgili olarak GÜNEŞ, hakimin tek başına karar vermesi yerine, uyuşmazlıkla ilgili olarak uzmanlığını kanıtlamış olan, mahkeme dışı bir odak tarafından yapılacak bir değerlendirmenin, taraflara hukuki güvence verebilmek bakımından hakime yardımcı olabileceği görüşündedir[200].

Küçükali ise bu konuda ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiğini, hakimin bizzat kendisinin karar vermesine müsait dosyalarda bilirkişi incelemesi yapılmasının gerekli olmadığını, özel veya teknik bilgi gerektiren konularda ise bilirkişiye başvurulmasının zorunlu olması gerektiğini savunmaktadır[201]. Soydan ise yine bir ikili ayrım önermekte fakat bunu ihtisas mahkemeleri olan yerlerde hakimin bizzat karar vermesi, olmayan yerlerde ise bilirkişiye başvurulması şeklinde belirtmektedir[202].

Hem doktrin hem de yargı tarafından yapılmış söz konusu değerlendirmelerden farklı

---

[199] Çolak eserinin 325. sayfasında "*iki marka arasındaki karıştırma ihtimalinin bulunup bulunmadığı konusu ise "TEKNİK DEĞİL, SALT HUKUKİ" bir değerlendirmedir*" ifadesini kullanmıştır. Fakat aynı eserin 201. sayfasında ise karıştırılma ihtimali incelemesi ile ilgili "her somut olayda BİLİMSEL ve OBJEKTİF kriterlerden hareketle denetletilebilir bir analiz yapılması gerektiğini savunmuştur. Bu noktada kanımızca birbiri ile çok da uyumlu olmayan bu iki ifade ile alakalı olarak Çolak'ın karıştırılma ihtimali incelemesini hakimin gerçekleştirmesi zorunlu olan bir hukuki kavram olarak gördüğü ve ancak çok teknik bir konuda bilirkişiye danışabileceğini savunduğu söylenilebilir.

[200] Güneş İlhami; Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, 2.baskı, Ankara 2009, s.371.

[201] Küçükali, s.144-145.

[202] Soydan Nilgün, Marka Davalarında Bilirkişilik, FMR, 2018-1, s.108-109.

düşünmekteyiz. Karıştırılma ihtimalini hukuki bir mesele olarak değerlendirmek, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere hakimin bilirkişiye başvurmaksızın karar vermesi gerektiği sonucunu doğuracaktır[203]. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde[204] inceleneceği üzere son derece teknik bir husus olan karıştırma kavramını, teknik bilgiye sahip olmayan hakimlerin değerlendirmesine izin vermek gerçeğe ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmasına sebep olabilecektir. Zira, marka hukukunda kabul edilmesi gereken ilkenin, karıştırılma ihtimaline ilişkin yapılacak değerlendirmelerde mahkemedeki adli görüşün değil, piyasadaki tüketici görüşünün önemli olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız[205].

Kanımızca karıştırılma ihtimali sektörü iyi bilen bir bilirkişinin dahi sübjektif değerlendirmesiyle tespit edilebilecek bir husus değildir. Karıştırılma ihtimali tüketicinin potansiyel veya gerçekleşmiş yanılgısı sonucunda ortaya çıkabilir. Tüketicinin algısının ne yönde olduğu bilimsel bir araştırma yapılmadan bilinemez. Bu noktada hakimden bu şekilde bir değerlendirme yapmasını beklemenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Tekrarlamak gerekir ki karıştırılma ihtimali, çalışmamızın devamında detaylı şekilde açıklayacağımız üzere[206], bilirkişilerin dahi nesnel ve bilimsel çalışma yapmaksızın hüküm kuramayacağı bir kavramdır. Bu nedenle kanımızca, karıştırılma ihtimali son derece teknik bir kavramdır ve bu kavramı "hukuki" nitelikte tanımlamak mahkeme kararlarının sübjektif sonuçlar doğurmasına neden olabilecektir.

---

[203] HMK m. 266/I uyarınca mahkemelere hukuki konularda bilirkişi dinlenilmesini yasaklanmış, m. 266/II ile hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülebilecek konularda bilirkişi dinlenemeyeceğini belirterek söz konusu yasak pekiştirilmiştir. HMK uyarınca mahkemelerce hukukun herhangi bir alanı, özel bilgi gerektiren bir alan olarak tanımlanmak suretiyle bilirkişiden görüş alınması HMK mad. 266 yürürlükte olduğu sürece mümkün olmayacaktır. (Papakçı Acun, Hukuki Bilirkişilik (Judicial Expert), MÜHF- HAD, C: 22, S: 1, s. 437-438.

[204] Bkz. Üçüncü Bölüm, Başlık II/A.

[205] Barton Beebe, An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement, 94 CALIF. L. REV. 1581, 2006, s.1646.

[206] bkz. Üçüncü Bölüm, Başlık II/A.

B. Karıştırılma İhtimali ile İlgili Düzenlemeler

1. SMK Kapsamında

a. Mutlak ve Nisbi Tescil Engeli Olarak

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5-1(ç) maddesi uyarınca; tescil edilmek istenilen işaret, "*aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önceki tarihte tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer*" ise tescil edilemeyecektir.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 6-1 maddesi uyarınca; tescil edilmek istenilen işaretin, "*tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile ilişkilendirilmesini de içerecek biçimde, halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa*" yapılacak itiraz üzerine marka başvurusu reddedilebilecektir.

b. Hükümsüzlük Sebebi Olarak

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 26-1 maddesi uyarınca, tescil edilen işaret, yukarıda bahsedilen 5. veya 6. Madde kapsamında yer alan sebeplerden biri olan karıştırılma ihtimaline neden olabilecek nitelikte ise mahkeme tarafından markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilecektir.

c. Marka Hakkına Tecavüz Eylemi Olarak

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda yer alan ret sebepleri ile paralel olarak, aynı kanunun 7-1(b) maddesinde de, marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları kapsamında marka sahibinin önleyebileceği durumlardan biri olarak; *"Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından işaret ile tescilli*

markanın ilişkilendirilmesini de içerecek şekilde, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması" sayılmıştır. 30-1(a) maddesi ise "*Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7 nci maddede belirtilen biçimlerde*" kullanmayı ve 30-1(ç) maddesi ise "*Markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak, 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (14) numaralı bendinde tanımlanan gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak*" fiillerimi marka hakkına tecavüz eylemi olarak belirlemiştir[207].

d. Yabancı Ülke Kaynaklı Başvurular Bakımından

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 39-2 maddesi kapsamında ise karıştırılma ihtimali, "*yabancı ülke kaynaklı coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı başvurusu Türkiye'de korunan bir coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı ile aynı ise inceleme, bölgesel ve geleneksel kullanım ile benzer adların tüketici tarafından birbiriyle karıştırılması riski göz önüne alınarak yapılır*" şeklinde yer almaktadır.

2. Fikri Haklara İlişkin Bazı Uluslararası Düzenlemelerde

a. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasında (TRIPS)

Anlaşmanın 16-1. maddesinde; "*Tescilli bir markanın sahibi, aşağıda belirtilen kullanım şekli karışıklık olasılığına neden olacak ise, marka sahibinin iznini almamış bütün üçüncü şahısların, ticaretin olağan gidişatı içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını*

---

[207] 31. maddede ise "*Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutan, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*" ifadeleri ile markanın sağladığı haklara tecavüz fiillerine cezai hükümler getirilmiştir.

engelleme hakkına münhasıran sahip olacaklardır. Aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde, karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılacaktır. Yukarıda tanımlanan haklar önceden tanınmış mevcut haklara zarar vermeyeceği gibi, Üyelerin kullanım esasına göre hak elde etme olanağını da etkilemeyecektir" hükmü bulunmaktadır. Bu genel hükümle birlikte hem marka hakkı sahiplerinin, marklarının tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını engelleme hakkına sahip olacakları belirtilmiş hem de aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinin karıştırılma ihtimali kapsamında karine teşkil edeceği hükme bağlanmıştır.

b. AB Mevzuatında

556 sayılı KHK'nın da kaynağını oluşturan AB'nin 89/104 sayılı Yönergesi'nin dördüncü maddesinin ilk fıkrasında ve beşinci maddesinin ilk fıkrasında, karıştırılma ihtimali düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre;

"- *Eğer marka önceki marka ile aynı ise ve önceki markanın koruma kapsamında olan mallar ya da hizmetlerle aynı mallar veya hizmetler için başvurusu yapılmış ya da tescil edilmiş ise*

- *Markanın önceki marka ile aynılığı ya da benzerliği ve markaların kapsamında olan malların veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, toplumun bir kesiminde önceki marka ile bağlantı kurulması ihtimalini de içerecek şekilde karıştırılma ihtimali meydana geliyorsa*"

marka tescil edilemeyecek ve eğer tescil edilmiş ise hükümsüzlüğü istenebilecektir.

2008/65/AT sayılı Yönerge'de, 2015/2436/AB sayılı Direktif'te ve 2017/1001 sayılı Yeni AB Tüzüğü'nde içeriğin aynı kaldığı görülmektedir.

3. Ülkemizdeki Diğer Düzenlemelerde

a. TTK'da

TTK m.55-1(a)(4) hükmü kapsamında; "*başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak*" dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak nitelenmiş ve haksız rekabet kavramı içinde değerlendirilmiştir. Madde metninde hükme bağlanmış fiilin karıştırılma ihtimali kavramının tanımı ile paralellik gösterdiği[208] görülmektedir[209].

6762 Sayılı TTK'nın 54. maddesinde belirtilen "*ticaret unvanı kanuna aykırı olarak başkası tarafından kullanılan*" ibaresinden ticaret unvanının aynısının veya karıştırılma (iltibas) ihtimali oluşturacak derecede benzerinin bir başkası tarafından kullanılmasının anlaşılması gerektiği ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından hükme bağlanmıştır[210].

b. TKHK'da

6502 sayılı TKHK'nın Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar başlıklı Altıncı Bölümü'nün Ticari Reklam başlıklı 61. maddesi kapsamında "*Ticari reklamların Reklam*

---

[208] bkz. İkinci Bölüm, Başlık I/A

[209] Uygulamada karıştırılma ihtimalinden doğan marka hakkına tecavüz davalarında genellikle haksız rekabet iddiasının da ileri sürüldüğü ve bu iki iddianın mahkemelerce birlikte ele alındığı görülmektedir. Örnek için bkz. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2013/11-1521 K. 2015/852 T. 25.2.2015 "*Ayrıca, davalının "Hacı Bekiroğlu" şeklinde ibare taşıyan bir markasının olmadığı ve davalının bu ibareyi işbu davadan önce de kullanmak suretiyle davacının marka hakkına tecavüz ederek haksız rekabette bulunduğuna ilişkin kesinleşen FSHH Mahkemesi ilama rağmen davalının Sulh Hukuk Mahkemesi delil tespit dosyasında belirlendiği üzere; aynı ibareyi kullanmaya devam ettiği görülmektedir. Bu itibarla, davalı şirket adına basılı ambalajlarda davalının markasını tescil edildiği şekli ile değil davacının tek başına dahi tescilli "HACI BEKİR+ Şekil" markasına yaklaştırmak ve iltibasa neden olmak için HACI BEKİR ibaresini öne çıkaracak şekilde kullandığı, bu kullanımın davacı tarafın marka haklarına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun kabulü*".

[210] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 21.3.2019 E. 2017/11-1298 K. 2019/335 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 18.07.2019).

Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır." hükmüne yer verilmiştir.

Ticari reklamlara ilişkin getirilecek sınırlamalar ile bu reklamlarda uyulması gereken usul ve esasların belirlenmesine yönelik çıkarılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin Karşılaştırmalı Reklamlar başlıklı 8. Maddesinin (h) fıkrasında ise ticari reklamlar ile ilgili olarak; "*Reklam veren ile rakibinin markası, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili karışıklığa yol açmaması*" koşulu getirilmiştir.

Marka hukukunda yer alan "markanın reklam işlevi"[211] göz önüne alındığında yukarıda verilen her iki hükmün markalar için de geçerli olabileceği kabul edilmelidir. Özellikle sloganların da marka olarak tescilinin mümkün olduğu günümüz hukukunda marka olarak kullanılan işaretin TKHK ve ilişkili yönetmelikleri kapsamında da değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz.

c. TBK'da

6098 sayılı TBK'nın haksız rekabet başlıklı elli yedinci maddesinde, "*gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişinin, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebileceği*" ve "*ticari işlere ait haksız rekabet hakkında TTK hükümlerinin saklı olduğu*" düzenlenmiştir. Söz konusu madde metni incelendiğinde karıştırılma ihtimali tanımı[212] ile benzerlik gösterdiği ve karıştırılma ihtimali doğuracak eylemlerin bu madde kapsamında yasaklandığı görülmektedir.

---

[211] bkz. Birinci Bölüm, Başlık I/B/4.

[212] bkz. İkinci Bölüm, Başlık I/A

d. TMK'da

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun dürüst davranma başlıklı ikinci maddesi; *"herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."* hükümlerini havidir. Yargıtay'ın karıştırılma ihtimaline ilişkin bazı kararlarında söz konusu bu hükme işaret ettiği görülmektedir[213].

---

[213] Örnek için bkz. Yargıtay 11. H.D. E. 2007/8127 K. 2008/11151 T. 14.10.2008 *"...Dava, davacının ticaret unvanının davalı tarafından kullanıldığı iddiasına dayalı haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi talebine ilişkindir. Daha önce kullanılan bir unvanın daha sonra başkası tarafından kullanılmasının yasaklanması suretiyle, ticaret unvanı koruma altına alınmıştır. İktisadi rekabetin kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Karışıklığa yol açacak şekilde ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa yol açılması yalnız başına iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturur. Dosya kapsamından, tarafların ticaret unvanında kullanılan çekirdek ibarenin iltibasa yol açacak şekilde benzer olduğu anlaşılmaktadır. Davacının yıllardır kullandığı ibarenin davalı tarafından kullanılması, açıkça unvan tecavüzü oluşturmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekir... TTK'nun 54'üncü maddesi, daha önce kullanılan bir unvanın daha sonra bir başkası tarafından kullanılmasının yasaklanması suretiyle, ticaret unvanını koruma altına almıştır. Aynı yasanın 56'ncı maddesi ise, iktisadi rekabetin her türlü suiistimalini yasaklamıştır. Yasadaki bu sınırın aşılması MK'nun 2'nci maddesinde yazılı bulunan objektif iyi niyet kurallarına aykırı biçimde ekonomik rekabetin kötüye kullanıldığı hallerde meydana çıkmaktadır. Karışıklığa meydan verebilecek bir ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa yol açılması, yalnız başına iyi niyet kurallarına aykırı bir davranış olarak kabul edilmelidir. Bilindiği gibi iltibas unsurunun varlık kazanması için aranan en önemli unsur başkalarının emek ve masraf yapmak suretiyle elde ettiği haklı şöhrete ortak olmak ve bu benzerlikten yararlanma yollarını denemektir...."* Yargıtay 11. H.D. E. 1999/8169 K. 2000/1726 T. 2.3.2000, *"...Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere nazaran, zamanaşımı savunmasının yersiz olduğu gibi, aynı mal ve hizmetler alanında faaliyette bulunan taraf ünvanlarında yer alan "Telsim" ibaresinin aynı olup, yine davacının bu sözcüğü marka olarak tescili karşısında diğer savunma ve itirazlara itibar edilemeyecek ise de, davanın hallinin, dava açılmasının MK.nun 2. maddesine aykırı olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasına bağlı olduğu, davacının davalı tarafın ticaret ünvanından haberdar olduğu halde uzun süre sessiz kalınmasının zımnen icazet anlamında olduğu, davalının, dava dışı PTT Genel Müdürlüğü ile sözleşmeler yaptığının tüm kamuoyunca bilindiği (HUMK. 238/2), şayet, kuruluşta karşı çıkılsa idi davalının belki de başka hareket tarzı seçmesinin muhtemel olduğu, dava konusu olay bakımından uzunca bir süre sonra böyle bir dava açılmasının hakkın kötüye kullanımı olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir..." (*Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 11.08.2019).

C. Karıştırılma İhtimalinin Türleri

1. Tüketici Yanılgısı Bağlamında Karıştırılma İhtimali Türleri

Karıştırılma ihtimali çok genel bir ifade ile, "*bir mal veya hizmetin alıcısı durumunda bulunan kimselerin almayı tasarladığı, duyduğu veya bildiği bir mal veya hizmeti aldığı zannıyla başka bir işletmenin aynı veya benzer malını veya hizmetini alma ihtimali (tehlikesi)*[214]" demektir. Söz konusu bu yanılgının tüketici nezdinde nasıl şekilde ortaya çıktığına dair öğretide karıştırılma ihtimalinde ayrımlara gidildiği görülmektedir[215].

a. Dar Anlamda Karıştırılma İhtimali

Doğrudan karıştırılma ihtimalinde tüketiciler marka ile aynı veya benzer işaret nedeniyle karışıklığa düşecek ve iki farklı işletmeye ait mal veya hizmetin aynı işletme tarafından sağlandığı yanılgısına uğrayacaktır[216]. Bu nedenle yaptığı satın alma ise doğrudan karıştırılma ihtimalinin doğmasına neden olacaktır[217]. Bir diğer deyişle, ürün veya hizmetler üzerindeki işaretlerin aynı ya da benzer olmaları nedeniyle birbirleriyle karıştırılması ve bu yüzden bunların ayırt edilememeleri söz konusudur. Tüketici bu durumda işaretlerin kendisini ayırt edemeyerek yanılgıya düşmektedir.

"Koka Kola" işaretini havi bir ürün almak niyeti ile yola çıkan tüketicinin yanılarak "kopa kolla" işaretini taşıyan bir ürünü satın alması durumunda, bu iki işaretin içerisinde bulunduğu karıştırılma ihtimalinin, doğrudan karıştırılma ihtimali olduğu kabul edilebilir.

---

[214] Çolak, s.198.

[215] Çolak, s.199.

[216] Küçükali, s.66; Dirikkan, s.164, Fırıncıoğulları Feray, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Karıştırılma İhtimali, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 145, Eylül 2018, s.146.

[217] Çolak, s.199.

b. Geniş Anlamda Karıştırılma İhtimali

Dolaylı karıştırılma ihtimalinde, doğrudan karıştırılma ihtimalinden farklı olarak, farklı işletmelere ait mal veya hizmetin markası birbirinden ayırt edilmekte fakat bu markaların aynı işletmeye ait olduğu veya markaların ekonomik olarak bağlantılı olduğu kanısına varılmaktadır.

Dolaylı karıştırılma ihtimali, hedef tüketici kitlesinin, ürün veya hizmetlerin üzerinde kullanılan işaretler arasındaki benzerlikten yola çıkarak, işaretleri ayırt etmesine rağmen marka sahibinin markasında kısaltmalar yaptığı veya seri markalar kullandığı varsayımıyla söz konusu mal ve hizmetlerin aynı işletmeye ait olduğu yargısına sahip olma ihtimalidir[218].

ABAD bu konudaki kararlarında, 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün madde 8 (1)-(b)'nin ihlali açısından yapılacak değerlendirmede, halkın mal veya hizmetlerin aynı kaynaktan geldiği veya aynı kaynak olmadığı durumda dahi ekonomik olarak bağlantılı kaynaklardan geldiği inancına sahip olmasının da karıştırılma ihtimali yaratacağı hükmüne varmıştır[219].

Tüketici farklı ama benzer markaları gördüğünde marka sahibinin daha önce tarihli tescilli markasını kısaltarak, ekleme yaparak veya kısmen değiştirerek kullandığına dair düşüncelere sahip olabilmektedir. Benzer şekilde daha önceki markanın tescilli olduğu mal veya hizmet sınıfından farklı mal veya hizmet sınıflarında aynı veya benzer işaretin kullanılması sonucunda da tüketici, söz konusu markanın sahibinin farklı mal veya

---

[218] Çolak, s.199, Dirikkan, s. 165; Küçükali, s.67.

[219] T-162/01 no'lu dosya, Laboratorios Rtb v Ohim — Giorgio Beverly Hills [2003], paragraf 30, C-39/97 no'lu dosya, Canon [1998] ECR 1-5507, paragraf 29; C-342/97 no'lu dosya, Lloyd Schuhfabrik Meyer [1999] ECR 1-3819, paragraf 17; T-104/01 no'lu dosya, Oberhauser v OHIM — Petit Liberto (Fifties) [2002] ECR 11-4359, paragraf 25 (http://curia.europa.eu, Erişim Tarihi 27.02.2019).

hizmet sınıflarında da piyasaya girdiği kanısına kapılabilecektir[220].

Yargıtay konu ile ilgili olarak; asli ve/veya tali unsurlar eklenerek oluşturulan markaların tüketiciler tarafından seri marka olarak algılanıp işletmeler arasında bağlantı olduğuna dair yanlış bir algı oluşturabileceğini hükme bağlamıştır[221].

Bu hususta ortaya çıkabilecek bir başka durum ise tüketicilerin işaretleri veya işletmeleri birbirlerinden ayırt edebilmelerine rağmen, herhangi bir sebeple aralarında çağrışım kurması hali şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bir diğer ifadeyle bu durum mal veya hizmetin hedef kitlesinin, hem işaretleri hem de işletmeleri ayırt edebildiği ve fakat yanlış bir şekilde işletmeler arasında özel ekonomik bağlantılar veya sıkı örgütsel ilişkiler bulunduğunu düşünmeleri durumunda meydana gelecek olan karıştırılma tehlikesidir[222].

AB Marka mevzuatına dahil edilen çağrıştırma ihtimali kavramı 2017/1001 sayılı Yeni

---

[220] Küçükali, s.67, Fırıncıoğulları, s.146.

[221] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu., E. 2017/1729 K. 2017/1186 T. 14.06.2017 kararında "İPEKYOL + deve/kervan şekli" ve "İPEKYOLU" markaları arasındaki uyuşmazlığa ilişkin dosyada seri marka oluşturulduğu kanısıyla yaratılan dolaylı iltibas ihtimaline ilişkin söz konusu şekilde açıklama yapmıştır;
"…Bir işletme tarafından uzunca süredir kullanılan markanın asli unsuru muhafaza edilerek ve markanın bu işletmeyle bağlantısı ve tüketici nezdinde yarattığı izlenim korunmak suretiyle, önceki markanın kapsadığı ürünlerin veya bir ürün çeşidinin tüketiciye yenilenmiş bir marka imajıyla sunulması ve bu yolla marka sahibi işletmenin piyasaya arz ettiği ürünlerinin de işletmesel köken olarak öncekilerle bağlantılı olduğu mesajını veren yeni markalar yaratmak amacıyla önceki markada yer alan asıl unsurun yanına başkaca asli ve/veya tali unsurlar ekleyerek oluşturduğu markaların seri marka olarak kabulü olanaklıdır. Bu açıklamalar ışığında somut uyuşmazlık incelendiğinde;
Davalı şirketin "İPEKYOLU" yazısı ve deve figürüyle kullandığı markasındaki şekil unsurunu bertaraf ederek yaptığı tescil yenileme başvurusunda marka üzerindeki kazanılmış hakkının şekil unsuruyla birlikte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Markanın seri marka olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir, zira seri markanın oluşturulmasında markanın seri marka olarak nitelendirilebilmesi için markanın 1997 8174 sayılı "İPEKYOL" markasına da benzetme ihtimali yaratmayacak derecede meydana getirilmiş olması gerekir. Ne var ki her iki ibare arasında 556 s. KHK'nın 7/1-b ve 8/1-b maddesi anlamında benzerlik ortadadır. Bu halde hatalı gerekçeyle yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi yerinde değildir…" (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 13.02.2019).

[222] Dirikkan, s. 166; Küçükali, s.67.

AB Tüzüğü'nün 8/1-b maddesinde, 2015/2436 sayılı Yeni AB Marka Direktifinin ise 5/1-b maddesinde yer almaktadır. Mülga 556 sayılı MARKHK'dan farklı olarak 6769 sayılı SMK bu kavramı düzenlemiş ve *"ilişkilendirme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali"* şeklinde bir hükümle karıştırılma ihtimalinin ilişkilendirme durumunu da kapsadığı kabul edilmiştir. Daha çok tanınmış markaların korunması hususundaki zorunluluktan doğan ilişkilendirme sonucu karıştırılma ihtimali kavramı[223]; hem markaların hem de işletmelerin tüketiciler tarafından karıştırılmamasına rağmen, iki marka arasında idari veya ekonomik bir bağlantı kurulması durumunda ortaya çıkmaktadır[224].

ABAD, bahsi edilen bu düşünsel bağlantı kurulması halinin karıştırılma ihtimalinin tespitine yardımcı olan bir husus olduğunu ve düşünsel bağlantı olmasına rağmen karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı durumlarda 89/104 sayılı Yönerge'nin[225] 4/1-(b)[226] bendinin uygulanmayacağını belirtmiştir[227]. Bir diğer deyişle sadece ilişkilendirme ihtimalinin varlığı, tek başına, karıştırılma ihtimali yaratmayacaktır. Her somut olayda, ortalama tüketicinin algısı, markalar arasındaki çağrıştırmanın işletmesel bağlantı doğurup doğurmayacağı, potansiyel alıcıların bu iki markayı aynı işletmeye ait sanıp sanmayacağı gibi hususların değerlendirilmesi gerekmektedir[228].

---

[223] Küçükali, s.67, Dirikkan, s. 168-170.

[224] Dirikkan, s. 166.

[225] 2017/1001 sayılı Yeni AB Tüzüğü'nün 8/1-b maddesine karşılık gelmektedir.

[226] *"1. Bir marka aşağıdaki durumlarda tescil edilmez ya da tescil edilmişse, hükümsüz ilan edilir:*

…

b) eğer önceki markaya benzer ya da aynı olmasından dolayı ve markalar tarafından kapsanan malların veya hizmetlerin benzerliği ya da aynılığından dolayı halk tarafından karıştırılma ihtimali ortaya çıkarsa ve bu karıştırılma ihtimali önceki marka ile ilişkilendirilme ihtimalini de kapsıyorsa." (https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil_7_Fikri_Mulkiyet_Hukuku/32008l0095.doc, Son Erişim Tarihi: 27.02.2019).

[227] Çolak, s.290; Küçükali, s.68.

[228] Çolak, s.290

2. Klasik Olmayan Karıştırılma İhtimali Türleri

Uluslararası hukukta alışılageldik durumlar dışında bazı durumların karıştırılma ihtimali kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bu durumlar bir önceki başlıkta bahsedilen tüketici yanılgısının ortaya çıktığı zaman, ortaya çıktığı ürün veya hizmet gibi hususlar nedeni ile çalışmamızda farklı bir başlık altında ele alınacaktır.

a. Satış Öncesi Karıştırılma İhtimali

Karıştırılma ihtimali temel olarak müşterilerin mal veya hizmeti satın aldıkları anda ortaya çıkmaktadır. Zira çalışmamızda yer verilen yargı kararlarında yer alan olay ve örneklerin büyük bir çoğunluğu tüketicilerin uğradıkları yanılgının tam olarak satın alma anında ortaya çıktığını göstermektedir. Fakat bazı durumlarda bu yanılgı satın alma işlemi öncesinde, hazırlık aşamasında ortaya çıkabilmektedir. Hızla gelişen teknolojiyle birlikte sanal ortamda yapılan alışveriş miktarının hızla artması da bu tarz durumların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Satış öncesi karıştırılma ihtimali henüz hizmet satın alınmadan, örneğin tüketici internette bir firmayı ararken benzer markalı bir firmanın sitesine giderek, satın alım yapmak istediği firma dışında başka bir firmanın mal veya hizmetini satın alma ihtimali olarak karşımıza çıkmaktadır[229].

Bu durumun marka hukukundaki karıştırılma ihtimali olarak kabul edilip edilmeyeceği, kabul edildiği takdirde farklı bir tanımlama ve düzenleme yapılıp yapılmayacağı konusunda bir açıklık yoktur[230]. Bu konuda INTA, satış öncesi karıştırılma ihtimalinin var olduğunu ve kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Fakat sonuçları ve uygulanacak hükümler kapsamında geleneksel karıştırılma ihtimalinin dışına çıkılmaması gerektiğini belirtmiştir[231].

Kavramı bir örnekle açıklamak gerekirse, tüketici "X" işletmesine ait bir ürün veya

---

[229] Çolak, s.204.

[230] Annette KUR, Martin SENFTLEBEN, European Trademark Law, A commentary, Oxford, 2017, s.324

[231] Request For Actıon By The Inta Board Of Directors, Initial Interest Confusion, Eylül, 2006. https://www.inta.org/Advocacy/Documents/INTAInitialInterestConfusionResolutionReport.pdf.

hizmet almak için işletmeye ait mağaza veya internet sitesine gitmek istemekte fakat yanılgıya uğrayarak "Y" işletmesine gelmektedir. "Y" mağazasına geldikten sonra ise durumu fark etmesine rağmen tercihini herhangi bir sebeple (fiyat, kalite vb.) "Y" işletmesine ait ürünler yönünde kullanmaktadır. Örnek incelendiğinde "karıştırılmanın" henüz alım satım işlemi gerçekleşmeden hazırlık aşamasında ortaya çıktığı görülmektedir.

Bu hususta yanıltıcı marka sahibinin tüketicilerin algısında yarattığı karışıklık reklam kaynaklı ise eylemin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bağlamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun incelendiğinde, "Ticari reklam" başlığı altında 61. maddesinin üçüncü fıkrasında "*tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, reklam ve ilanların*" yasak olduğu hükme bağlanmıştır. Çalışmamızda daha önceden incelediğimiz bir husus olan Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan haksız rekabet hükümleri[232] de somut olayda koşulları oluşmuşsa değerlendirilebilecektir. Fakat karıştırılma ihtimali kapsamında bu hususa ilişkin farklı bir düzenleme bulunmamaktadır. Karıştırılma ihtimalinin doktrinde ve yargıda kabul edilmiş olan tanımlarında tüketicinin zihnindeki yanılgının ne zaman ortaya çıkacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yüzden markasal benzerlik nedeni ile böyle bir yanılgının ortaya çıkması durumunda karıştırılma ihtimali hükümlerinin geçerli olabileceği kanaatindeyiz.

b. Satış Sonrası Karıştırılma İhtimali

Amerikan hukukunda ortaya çıkmış olan satış sonrası karıştırılma ihtimali kavramı temelde satın alma işlemini gerçekleştiren tüketicinin yanılgısını değil daha sonrasında söz konusu mal veya hizmet nedeniyle yanılgıya düşecek üçüncü kişilerin markalar ile ilgili yanılgısını konu almaktadır[233].

Bir diğer deyişle, satış sonrası karıştırılma ihtimali, mal veya hizmet satın alındıktan

---

[232] bkz. İkinci Bölüm, Başlık I/B/3/a.

[233] Çolak, s.204.

sonrasında ortaya çıkan söz konusu mal veya hizmetin kökeni konusunda ilgili toplum kesiminde yanılgıya sebep olan karıştırılma ihtimalidir[234].

Konuyu bir örnek ile açıklamak gerekirse, "Maremar Eğitim" markalı eğitim merkezinde eğitim almış bir kişinin eğitim aldığı konuyla ilgili yetersizliği nedeniyle işvereninin bu işletmeyi "Marmara Üniversitesi" ile karıştırması ve kendisinde "Marmara Üniversitesi ile alakalı kötü bir algı oluşması hali bu kapsamda değerlendirilebilir. Karıştırılma ihtimali bu durumda tüketici nezdinde değil, tüketicinin etkisiyle üçüncü kişiler genelinde ortaya çıkmaktadır.

ABD Yüksek Mahkemesi 2006 tarihli bir kararında satış sonrası karıştırılma ihtimalinde üçüncü kişiler nezdinde doğabilecek yanılgı nedeniyle ortaya çıkabilecek bazı zararları[235] tespit etmiştir[236]. Buna göre, öncelikle sonraki markanın piyasada önceki markanın değerini düşürmesi nedeniyle, önceki marka sahibi zarara uğramaktadır. Aynı zamanda önceki markanın ait olduğu işletme karıştırılan ürün veya hizmetler nedeniyle itibar kaybına uğramaktadır. Ayrıca potansiyel tüketicilerin kalitesiz ürün veya hizmet satın alma korkusundan dolayı markadan vazgeçmesi nedeniyle önceki marka sahibi işletme zarar görmektedir.

Sayılan zararlar dahil zarara uğrayan işletme sahiplerinin somut olayda koşullarının oluşması kaydıyla TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerine başvurulabilecektir. Fakat unutulmamalıdır ki verilen örnekte de görüldüğü üzere zarar markalar ve dolayısıyla işletmeler arasında yaşanan karıştırılmadan doğmaktadır. Bu nedenle satış sonrasında doğan bu tip durumlarda karıştırılma ihtimali hükümlerinin uygulanabileceği görüşündeyiz.

---

[234] Morris, P. Sean, Guess What Gucci? Post-Sale Confusion Exists in Europe (May 30, 2012). Valparaiso University Law Review, Vol. 47, No. 1, pp. 1-61, 2012. s.5.

[235] Yukarıda çalışmamızla ilgili olan zarar başlıkları yer almaktadır. Kararda geçen tüm zarar türleri için bkz. Morris, s.36 vd.

[236] Morris, s.36.

c. Ters Yönde Karıştırılma İhtimali

Klasik anlamda karıştırılma ihtimalinde ileri yönlü bir hareket bulunmaktadır. Bir diğer deyişle yeni tarihli (junior) marka, eski tarihli (senior) marka ile karıştırılmakta ve yeni tarihli marka eski tarihli markanın ün ve itibarını kullanarak yarar elde etmektedir[237]. Fakat piyasada rollerin tersine döndüğü durumlar da gerçekleşebilmektedir. Ters yönde karıştırılma ihtimali (reverse confusion veya wrong way round confusion) daha güçlü ve büyük bir şirketin daha küçük ve daha az güçlü bir şirkete ait markayı veya benzerini kullanmasıyla ortaya çıkmaktadır[238]. Ters yönde karıştırılma ihtimali doktrini, küçük çaplı önceki hak sahiplerinin markalarını, büyük şirketlere karşı korumalarını sağlamak için tasarlanmıştır[239].

İlk defa 1918 yılında "*International News Service v. Associated Press*" arasındaki uyuşmazlıkta bahsi geçmesine rağmen tanımı yapılmayan[240] ters yönde karıştırılma ihtimali kavramının ilkelerine "*Big 0 Tire Dealers v. Goodyear Tire & Rubber Co.*"[241] uyuşmazlığında hükmedildiği kabul edilmektedir. Big 0 isimli şirketin "Big 0 Big Foot" markasıyla çıkardığı otomobil lastiklerinin ardından, bu şirketten çok daha büyük ve güçlü olan Goodyear şirketi "Bigfoot" markalı otomobil lastiklerini piyasaya sürmüş ve çok yüksek miktarlarda paralar harcayarak tanıtımını yapmıştır. İleri yönlü karıştırılma ihtimalinde yer alan "önceki markanın itibarından haksız şekilde yararlanma" kavramı bu noktada ters yöne dönmüş ve tüketiciler Goodyear şirketine ait sanarak Big 0 şirketine ait malları satın almaya başlamışlardır. Mahkeme olayı inceledikten sonra ilkesel bir karar vermiş ve karıştırılma ihtimalinde önemli olan hususun tüketicilerin yanılması olduğunu,

---

[237] Mott, Christina P. "Multifactors, Multiconfusion; Refining Likelihood of Confusion Factors for Reverse-Confusion Trademark Infringement Claims to Achieve More Consistent and Predictable Results." Suffolk University Law Review, Vol. 47, No. 2, 2014, pp. 421-450. HeinOnline. s.423.

[238] Fullmer, Hal. "Intellectual Party - Third Circuit Recognizes Reverse Confusion Doctrine in Trademark Infringement - A Potential Reversal of Fortune for Small Senior Users." Temple Law Review, Vol. 69, No. 1, Spring 1996, HeinOnline, s.602.

[239] Long, Thad G., and Alfred M. Marks. "Reverse Confusion: Fundamentals and Limits." The Trademark Reporter, Vol. 84, No. 1, Ocak-Şubat, 1994, HeinOnline. s.1.

[240] Mott, s.442.

[241] Big 0 Tire Dealers, Inc. v. Goodyear Tire & Rubber Co., 561 F.2d 1365, 1372 (10th Cir. 1977).

somut olayda bu durumun gerçekleştiğini, önceki marka sahibinin ise marka kimliğini, marka üzerindeki kontrolünü ve yeni pazarlara açılma kabiliyetini kaybettiğini belirterek somut olayda karıştırılma ihtimalinin hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir[242].

İngiltere menşeili bir uyuşmazlıkta ise Comic Enterprises Ltd. şirketine air "The Glee Club" isimli sahne sanatları markasının, televizyon dizisi olan ve FOX şirketine ait "Glee" markasıyla arasında çıkan uyuşmazlıkta, sonraki markanın milyonlarca tüketici tarafından benimsenmesi ve önceki tarihli markanın tanınmışlığının kat kat üzerine çıkması durumu çok daha farklı şekilde ele alınmıştır. Mahkeme iki markayı görsel, işitsel ve tescil edildikleri sınıflar açısından incelemiş, benzer bulmuş ve sonraki markanın karıştırılma ihtimali yarattığı gerekçesiyle FOX şirketinin "Glee" isminin kullanılamayacağına karar vermiştir. Fakat ters yönde iltibas kavramı değerlendirilerek, her ne kadar tüketici nezdinde eski tarihli marka ve dava konusu dizi arasında en azından ekonomik bir ilişkinin var olduğuna dair bir yanılgı yaşanması mümkün ise de eski tarihli marka sahibinin yeni açtığı işletmelerinde uğradığını iddia ettiği zararlardan davalının sorumlu tutulmasını gerektirmediği, hatta davacının önceki işyerlerindeki gelirlerin artmasında dava konusu dizinin katkısının olabileceğini, zira ortalama tüketicilerin, söz konusu işletmeleri, dizi ile ilgili bir işletme olarak algıladıkları için bu mekanları tercih etmiş olabileceklerine hükmetmiş ve tazminat talebini reddetmiştir[243].

Ülkemizde ters yönlü karıştırılma ihtimali kavram olarak doktrinde veya yargı kararlarında henüz yer almamaktadır. Fakat Yargıtay'ın bazı kararlarında yer verdiği tazminat değerlendirmelerinde somut olayın koşullarını değerlendirerek markanın unsurlarını ve satışlara etkisini incelediği görülmektedir. Örneğin; 16.09.2014[244] tarihli bir kararında "*…kargo taşımacılığı sektöründe müşteriler yönünden belirleyici olan şeyin*

---

[242] Fullmer, s.41; Gan, David Y. "March Madness: An Examination of Dual-Use Trademark Terms and Reverse Confusion." Hastings Law Journal, Vol. 50, No. 1, Kasım, 1998, HeinOnline, s.230.

[243]Mahkeme kararı için bkz. https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/7a5f535f-58d4-4568-a119-dfeffaedbb72.pdf#page=1 (Son Erişim Tarihi 21.07.2019).

[244] Yargıtay 11 H.D. 16.09.2014, E. 2013/11080, K. 2014/13905 (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 29.07.2019).

"ARASPUANTUM KART" markasının kullanılması değil, kargo şirketinin adının "ARAS KARGO" olması olduğunu, "PUANTUM" ibaresinin satışlara ve elde edilen net gelire etkisinin oldukça az bulunduğu…net gelirin tamamının davacı markasından kaynaklanmadığı, kullanılan ARASPUANTUM ibaresindeki ARAS ibaresinin davalının ticari faaliyetlerini yürütürken kullandığı marka olduğu, davalının ticaret unvanında da "ARAS" çekirdek unsurunu içerdiğini, kargo taşımacılığı sektöründe ARAS KARGO şirketinin önemli Pazar payına sahip olması nedeniyle ARASPUANTUM KART ve ARASPUANTUM biçimindeki kullanımlardan dolayı elde edilen gelirin %70'inin "aras" markasından dolayı, %30'unun ise "PUANTUM" markasından dolayı elde edilmiş olduğunun kabul edildiği…" şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükümden hareketle yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi bir ters yönlü karıştırılma ihtimaline dair uyuşmazlıkta tazminat hesabının da benzer şekilde işletmelerin satışlarının artma veya azalma sebepleri göz önüne alınarak yapılabileceği kanaatindeyiz.

İleri yönlü karıştırılma ihtimali kadar sık görülmese de ters yönlü karıştırılma ihtimalinin son derece önemli bir husus olduğunu düşünmekteyiz. Örnekle açıklamak gerekirse, Yerel bir işletme olan ve önceki tarihli "Barbaros" markalı tekstil ürünleri satan işyerinin tüketicilerce daha sonraki tarihli ve toplumda bilinirliği çok yüksek "Barbaros" markasıyla karıştırılarak tercih edilmesi durumunda tarafların zararları ve karları dikkatlice incelenmelidir. Eski tarihli marka sahibi özetle marka üzerindeki kontrolünü kaybetmekte iken bir yandan da sonraki markanın tanınırlığından yararlanmaktadır. Bir an için bu hususta eski tarihli marka sahibinin dava açtığı düşünüldüğünde, yürürlükteki mevzuat uyarınca yeni tarihli marka sahibi bu markanın kullanımından men edilecek ve bu kullanımından ötürü kötü niyetli bir kullanım olmasa dahi tazminat ödeme tehdidi altında kalacaktır. Yine bir an için davanın bu şekilde sonuçlandığı varsayımında, eski tarihli marka sahibi yine markanın münhasır olarak sahibi olmakta fakat markanın bilinirliği de belirli bir süreliğine devam etmektedir. Bu durumda eski tarihli marka sahibinin markanın bilinirliğinden yararlanmaya devam etmesi ve yukarıda verilen "Glee" örneğinde olduğu gibi işlerinin artmasının sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olup olmayacağı gibi sorular ortaya çıkabilecektir. Kanımızca ters yönde karıştırılma ihtimali durumlarında yeknesaklık ve hakkaniyetin sağlanması açısından karıştırılma ihtimaline dair hükümler arasında ters yönde karıştırılma ihtimalinden bahsedilmesi

yararlı olacaktır.

d. Parodi Amaçlı Kullanımdan Kaynaklanan Karıştırılma İhtimali

Parodi, konu aldığı eser veya sembole ait karakteristik özellikler ile alay ederek komik, iğneleyici veya alaycı bir etki oluşturmayı amaçlayan bir çalışmadır[245]. Markanın parodi amaçlı kullanımı ise toplumda belirli bir tanınmışlık düzeyine sahip bir markanın aynısının veya benzerinin eleştiri veya mizah amaçlı şekilde benzer şekilde kullanımı durumunda ortaya çıkmaktadır[246].

Parodi amaçlı kullanımın kimi durumlarda karıştırılma ihtimali yaratabileceği kabul edilmektedir. Parodi kullanımın ifade özgürlüğünün sınırlarını aşarak, asıl markanın yarattığı ayırt ediciliğe ve itibarına zarar vermesi ve bu durumun marka imajına zarar vermesi bu durumlardan biri olarak görülmektedir[247].

2004 yılında Fransız mahkemelerinde görülen ve Greenpeace organizasyonunun, Fransız şirketler "SPCEA" ve bağlı şirketi "AREVA"ya ait logoları ölüm olgusu ile ilişkilendirmek amacıyla hazırladığı kuru kafa ve kemiklerden oluşan logo kullanımına dair davada, kullanımın ifade özgürlüğü kapsamının sınırlarını aştığına hükmedilmiştir.

---

[245] Özkan Yatağan Armağan, Markayla Şaka Olur mu? Marka Parodilerinin Hukuka Uygunluğuna Dair Düşünceler, Prof Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.1349-1381, s.1350.

[246]Smith, Peter W. "Trademarks, Parody, and Consumer Confusion: A Workable Lanham Act Infringment Standard." Cardozo Law Review, Vol. 12, No. 5, Nisan, 1991, HeinOnline, s.1546.

[247] Özkan, s.1356.

Greenpeace'in bu karara itiraz etmesi üzerine Yüksek Mahkeme söz konusu kullanımın marka tecavüzü olarak değerlendirilemeyeceğine fakat markanın aşağılanmasının söz konusu olduğuna ve bu nedenle eğer ispatlanırsa tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir[248]. Yüksek Mahkeme'nin bu durumu marka tecavüzü (trademark infrengement) olarak değil markanın kötülenmesi (denigration) olarak değerlendirmesinin son derece önemli olduğu kanısındayız.

Yukarıda görselleri verilen Coca Cola şirketine ait marka ile bu markadan türetilmiş parodi marka arasındaki uyuşmazlıkta mahkeme[249], "Koka Kola'nın keyfini çıkar" şeklindeki ibarenin "Kokainin zevkini çıkar" şeklinde değiştirilmesinin her ne kadar parodi amacı ile yapılmışsa da önceki marka sahibinin itibarını zedeliyor olması ve markanın kalite yönünden ayırt ediciliğinin zarar görecek olması sebebiyle hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Kararda asıl marka ile parodi amaçlı marka arasında bir bağlantı kurulmasa dahi marka tecavüzünün ortaya çıkabileceği öne sürülmüştür.

---

[248] https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/FRANCEAREVAParodyPushestheLimitsofFreedomofSpeech.aspx

[249] Coca-Cola Company v. Gemini Rising, Inc., 346 F. Supp. 1183 (E.D.N.Y. 1972). https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/346/1183/1878661/

Alman Federal Mahkeme kararları incelendiğinde de parodi amaçlı kullanımlarda önceki marka sahibinin mülkiyet hakkı ile sonraki marka sahibinin ifade özgürlüğünün karşı karşıya geldiğinin tespit edildiği görülmektedir[250]. Fakat yukarıda örneği verilen iki marka kapsamında yapılan yargılamada Alman Mahkemesi[251]; tanınmış markanın davalı tarafından mizah amaçlı kullanımının davacıya ait markanın "kaynak gösterme işlevine" herhangi bir zarar vermediğine, logolar her ne kadar aynı olsa da "Bumms Mal Wieder" şeklindeki ibarenin açıkça mizah unsuru olmasından dolayı tüketicilerin bu ürünü sadece mizaha eşlik etmek amaçlı satın alacağına ve bu durumun karıştırılma ihtimali kapsamına girmediğine karar vermiştir. Başlık içerisinde verilen diğer örneklerden farklı olarak Alman yargısı ifade özgürlüğünü bu noktada markanın itibarının zedelenmesinden daha üstte tutmuş ve buna göre hüküm vermiştir.

Parodi amaçlı kullanımlarda, parodi marka ile asıl markanın hitap ettiği alıcı kitlesinin temelde farklı olduğu ve bu nedenle tüketiciler üzerinde bir karıştırılma tehlikesinin oluşmayacağı kabul edilmektedir[252].

---

[250] Bu yönde mahkeme kararları için bkz. Scheider, Bernadette, Die Markenparodie in Deutschland, Peter Lang, Köln, 2010, s.35-42.

[251] BGH v. BMW BumsMal Wieder, BGH, 03.06.1986- VI ZR 102/85.

[252] Armağan, s.1356.

Yukarıda görselleri verilen Universal şirketine ait King Kong markası ile Nintendo şirketine ait Donkey Kong markası arasındaki uyuşmazlıkta mahkeme son derece önemli bir değerlendirmede bulunarak; markalar arasında benzerlik olduğunu, bu benzerlik nedeniyle bazı tüketicilerin markaların aynı işletmeye ait olduğunu sanabileceğini fakat temelde hitap edilen tüketici kitlesi farklı olduğu için, az sayıda tüketicinin markaları karıştırmasının, karıştırılma ihtimali hükümlerinin uygulanması anlamına gelmediğini, söz konusu bu algının belirli sayıda tüketici tarafından benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir[253].

[253] Smith, s.1543; "*We do not doubt that there are some consumers who believe that the producers of Donkey Kong and of King Kong are the same. However, the fact that there may be a few confused consumers does not create a sufficiently disputed issue of fact regarding the likelihood of confusion so as to make summary judgement improper*".

Tişörtler üzerinde kullanılan Pudel parodi markası ile tanınmış Puma markası arasında çıkan uyuşmazlıkta ise mahkeme markalar arasında karıştırılma ihtimalinin olmadığına fakat Puma markasının sahip olduğu tanınmışlıktan haksız şekilde faydalanan Pudel markasının hükümsüzlüğüne karar vermiştir[254]. Mahkeme tarafından, markalar arasında her ne kadar bağlantı kurulması mümkün gözükmese de marka tecavüzünün ortaya çıktığı yönünde bir karar verilmiştir. Ticari amaçlı parodi kullanımı olarak değerlendirilebilecek bu örnekte, başlık altında verilen diğer örneklerden farklı bir durum ortaya çıkmıştır. Parodi amaçlı kullanıma sağlanan koruma, parodinin tanımına uygun bir şekilde eleştiri veya mizah amaçlı yapılması kapsamında geçerli olacaktır. Bunun dışında bir ticari kazanç amacı güdülmesi ise hukuki korumaya tabi olmayacak ve markanın tecavüzü olarak değerlendirilecektir[255].

Parodi amaçlı kullanım sonucunda zarar gören marka sahibi somut olayda koşullarının oluşması kaydıyla TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerine başvurulabilecektir. Diğer yandan ticari amaçlı parodi kullanımlarında ise markanın tecavüzü gündeme gelebilecek ve bu korumadan yararlanmak mümkün olabilecektir. Markanın itibarının zarar görmesi durumunda da yukarıda sayılanlar dışında markanın sulandırılmasına karşı koruma hükümleri kullanılabilecektir. Fakat markaların parodi amaçlı kullanımından kaynaklanan uyuşmazlıklarda temel ilkelerin belirlenebilmesi için marka hukukumuzda direkt olarak parodi amaçlı kullanıma dair hükümlerin yer almasının gerektiği kanısındayız.

---

[254] Pudel v. Puma, BGH; 02/04/2015, IZR 59/13.

[255] Armağan, s.1363.

e. Bilinçaltından Kaynaklanan Karıştırılma İhtimali

Bilinçaltından kaynaklanan karıştırılma ihtimali, potansiyel tüketicinin zihninde, mental bir çağrışım yaratarak önceki tarihli ve daha bilinir markanın itibarından yararlanma olarak karşımıza çıkmaktadır[256]. Amerikan hukukunda benimsenen bu türe ilişkin yargı kararlarında, tüketicinin satın almak istediği markayı hatırlamadığı, nasıl bir marka olduğu ile ilgili zihninde bir his olduğu ve bu hissin sonraki markayı gördüğünde yanılabileceği şeklinde yorum yapılmıştır[257].

Çalışmamızda daha önce incelenen "ilişkilendirmeden doğan" karıştırılma ihtimalinin[258] bir üst seviyesi olarak nitelendirilebilecek bilinçaltından doğan karıştırılma ihtimali kavramının yine ilişkilendirme durumunda olduğu üzere doğrudan karıştırılma ihtimali olarak değerlendirilmemesi ve bu durumun ortaya çıktığı dosyalarda somut olayın özelliklerinin incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

D. Karıştırılma İhtimali ile Markanın Sulandırılması Kavramlarının İlişkisi

Geleneksel anlamda karıştırılma ihtimali markanın köken gösterme işlevinin korunmasına yöneliktir. Geleneksel marka korumasını günümüz koşulları kapsamında tamamlamak adına ise markanın sulandırılması kavramı ortaya çıkmıştır[259]. Diğer bir ifadeyle, markanın köken gösterme işlevi dışındaki işlevlerinin korunabilmesi adına yirminci yüzyılın sonlarına doğru yeni bir kavram olan markanın sulandırılmaya karşı korunması kavramı ortaya çıkmıştır[260].

Karıştırılma ihtimali kavramının özellikle rekabet içerisinde olmayan, aralarında bağlantı ihtimali kurulamayan mal ve hizmetler kapsamında gerçekleşen hukuka aykırı

---

[256] Çolak, s.206.

[257] Playboy Enters. v. Chuckleberry Publ'g, Inc., 687 F.2d 563, 570 (2d Cir. 1982).

[258] bkz. İkinci Bölüm, Başlık I/C/1/b.

[259] Maglioccat Gerard N., One and Inseparable: Dilution and Infringement in Trademark Law, MINNESOTA LAW REVIEW [Vol. 85:949, 2001, s. 958.

[260] Martino, Tony, Trademark Dilution,Oxford, Clarendon Press, 1996, s.4-6.

kullanımlara karşı ihtiyaç duyulan korumayı sağlayamaması nedeni ile markanın sulandırılmasına karşı koruma adı altında bağımsız ve ikincil bir koruma türü marka hukukuna girmiştir[261]. Markanın sulandırılmaya karşı korunması başlı başına bir çalışma konusu olup, çalışmamızın konu bütünlüğünü bozmamak adına sadece karıştırılma ihtimali kavramıyla farkları üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır.

Karıştırılma ihtimali koruması ile sulandırmaya karşı koruma kavramları arasındaki farklılıklar aşağıdaki şekilde özetlenebilir[262];

- Karıştırılma ihtimali kavramı temelde tüketicilerin markalar arasında yanılgı yaşamasını odak olarak alırken, sulandırmaya karşı koruma kavramı yanılgı yaşayıp yaşanılmadığına bakılmaksızın marka sahiplerinin menfaatlerini korumaya yöneliktir. Bu nedenle karıştırılma ihtimalinde tüketicilerin markalar arasında reel veya potansiyel yanılgıları aranmaktayken, sulandırmaya karşı korumada böyle bir yanılgıya düşmeleri aranmamaktadır.
- Sulandırmaya karşı korumada karıştırılma ihtimalinden farklı olarak markaların aynı veya benzer tür mal ve hizmetlerde kullanılıyor olması koşulu aranmamaktadır.
- Karıştırılma ihtimalinde temelde markanın kaynak gösterme işlevi korunmaya çalışılırken, sulandırmaya karşı koruma hallerinde markanın çağrışım yapabilme gücü ve markanın olumlu imajının korunması amaçlanmaktadır.
- Karıştırılma ihtimalinin vuku bulduğu durumlarda zarar derhal ortaya çıkmakta iken, sulandırma hallerinde bazı durumlarda zarar kademeli olarak ortaya çıkmaktadır.
- Sulandırmaya karşı koruma tarafların mal veya hizmetleri arasında kurulan bağlantıya değil tarafların markaları arasındaki bağlantıya dayanmaktadır.
- Karıştırma ihtimali kavramı tüm markaları korumaktayken, sulandırmaya karşı koruma tüketiciler nezdinde belirli bir bilinirliğe ulaşmış markalar için geçerli

---

[261] Büyükkılıç Gül, Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırılmaya Karşı Korunması, İstanbul, 2019, s.149.

[262] Büyükkılıç, s.153-154.

olacaktır.

Sayılan farklar göz önüne alındığında sulandırmaya karşı koruma kavramının, karıştırılma ihtimali kavramının uygulanabileceği olaylardan daha az sayıda ve özel nitelikli durumlarda ortaya çıkabileceği görülmektedir. Fakat bu durum sulandırmaya karşı korumanın önemini gölgelememelidir. "Parodi amaçlı kullanım" sonucunda zarar gördüğünü düşünen marka sahibi sonraki markanın kullanımını karıştırılma ihtimaline dayanarak durduramasa dahi, markasının sulandırıldığını ileri sürerek uğradığı zararı durdurma imkanına sahip olabilecektir. Fakat bu durumda da akıllara aynı uyuşmazlıkta hem karıştırılma ihtimali hem de sulandırmaya karşı koruma kapsamında olması durumunda uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kurallarının ve koruma isteyen marka sahibinin taleplerinin nasıl belirlenebileceği sorusu gelmektedir. Bu noktada doktrinde, marka sahibinin kavramlar arasında tercih hakkının olduğu ve somut olayda hangi hükümler avantajına ise o hükümlere dayanabileceğini kabul edenler olduğu gibi[263]; tüketicilerin bir yanılgıya uğradıklarını fark ettikleri andan öncesinde sulandırma hükümleri geçerliyken sonrasında karıştırılma ihtimali hükümlerinin geçerli olması gerektiğine dair görüşler de bulunmaktadır[264].

E. Karıştırılma İhtimalinin Unsurları

Karıştırılma ihtimalinin unsurlarının markayı oluşturan işaretler ve markanın tabi olduğu sınıflar kapsamında ele alınması gerekmektedir.

SMK'da 5. maddede düzenlenen mutlak ret sebepleri arasında *"Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler."* sayılmıştır. Nisbi ret nedenlerini düzenleyen 6. maddede ise *"Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği*

---

[263] Büyükkılıç, s.158, bu konudaki aksi görüşler için bkz. Cornish, William Rudolf / Llewelyn, David, "Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights, 7th ed., Londra, Sweet & Maxwell, 2003, s.17:99; Büyükkılıç, s.156-158.

[264] Çolak, s.368 vd.

ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir." hükmü bulunmaktadır. Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları başlıklı 7. maddede ise, "*Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması*" şeklinde bir lafız kullanmayı tercih etmiştir.

Söz konusu üç fıkra incelendiğinde kanun koyucunun işaretler için "aynılık", "ayırt edilemeyecek kadar benzerlik" ve "benzerlik" şeklinde ayrım yaptığı görülebilirken, işaretlerin tescil edildiği sınıflar içinse "aynılık" "aynı türlük" ve "benzerlik" şeklinde ayrım yaptığı görülebilmektedir. Çalışmamızın konusu genel olarak karıştırılma ihtimali kavramı olduğundan ve yukarıda verilen her üç fıkranın da sonucu karıştırılma ihtimalinin doğmasına neden olacağından, bu kavramlar tek bir başlık altında külli olarak değerlendirilerek markaların hangi durumlarda birbirleri ile karıştırılma ihtimali yaratacakları açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Markayı Oluşturan İşaretlerin Aynı, Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer veya Benzer Olması

a. Markayı Oluşturan İşaretlerin Aynı Olması

556 sayılı MarkKHK'da ve 6769 sayılı SMK'da bir işaretin aynısının kullanılmasının nasıl olacağının tanımı yapılmamıştır. 551 sayılı Markalar Kanunu'nda ise bu husus, başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanmak şeklinde açıklanmıştır[265].

[265]https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc048/kanuntbmmc048/kanuntbmmc04800551.pdf, Son Erişim Tarihi : 27.02.2019.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, "*556 sayılı KHK'nın 7/1-(b) bendinde belirtilen 'aynı' olmayı; karşılaştırılan işaretlerin özdeş, birbirinden farksız, birebir aynı, taklit vb. olması şeklide ifade eder. Bunun yanında, işaretlerin örneğin farklı renk veya büyüklükte olması, yazı karakteri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişiklikler de 'aynı' olma durumunu etkilemez*" hükmü ile birlikte, "*aynılık değerlendirmesi yapılırken değerlendirilen markaların birbirinden farksız ve özdeş olup olmadığına*" bakılacağına karar vermiştir. Önceki marka ile sonraki markanın "aynı" olmasından kasıt, her iki markanın sözcük, şekil, rakam, renk gibi tüm unsurlarının özdeş olmasıdır[266].

Yukarıda paylaşılan Hukuk Genel Kurulu kararıyla paralel olarak doktrinde, önceki tarihli markanın esas unsurunun, karşılaştırıldığı markalardan farklı büyüklükte olması veya farklı yazı biçiminde ifade edilmesi ya da başka bir renk içinde verilmesinin markalar arasındaki ayniyeti ortadan kaldırmayacağını düşünen yazarlar da bulunmaktadır[267].

Fakat markaların "aynı" olması hususu birebir benzeme olarak ele alındığında, aralarında ufak tefek değişiklikler yapılmış markaları tasvir ederken bir sonraki başlık olan ayırt edilemeyecek kadar benzer ibaresinin kullanılmasının gerekli olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Aynılık veya ayniyet derecesinde benzerlik için uygulanacak hüküm SMK m.5/1-(ç) olmakla, her iki durumda da somut olaya uygulanacak hüküm değişmemektedir. Küçük farklılıkların da ayniyet olarak kabul edildiği noktada ayniyet ve ayniyet derecesinde benzerlik kavramları arasında bir fark kalmamaktadır. Ancak kanun koyucunun, madde içerisinde bu iki farklı kavramı kullanması bu kavramlar arasında fark olduğunu göstermeyi amaçlamaktadır[268].

---

[266] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu., E. 2012/11-154, K.2012/659, T.05.10.2012 sayılı kararı.

[267] Arkan, Marka I, s.76; aksi görüş için bkz. Tekinalp s. 441, (Tekinalp'e göre ayniyet kavramının oluşması için işaretin tıpa tıp birbirinin aynı olması, aralarında en ufak bir farklılık bulunmaması gerekmektedir); bkz. Arzu Oğuz/ Zehra Özkan, Yargıtay Kararları Işığında Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5/1-ç Maddesi Anlamında Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 141, Mayıs 2018, s.41.

[268] İmirlioğlu, s.143; Çolak, s.136; Bahadır, s.57.

b. Markayı Oluşturan İşaretlerin Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer Olması

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, *"...Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik ise, karşılaştırılan işaretler arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal ve hizmetin orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenim itibariyle önemsenmeyecek derecede düşük olması nedeniyle aynı işaret gibi algılanmasıdır...*" cümleleriyle birlikte ayniyet derecesinde benzer olmanın tüketicinin üzerinde bıraktığı imaja göre belirleneceğine hükmetmiştir[269].

Bazı markaların gözde bıraktığı iz farklıyken, kulakta bıraktığı iz ayırt edilemeyecek kadar benzer olabilir. Bu kapsamda, Chanel-Şanel, Belix-Beliks, Lux-Lüks gibi örnekler arasında ayırt edilemeyecek kadar benzerlik olduğu kabul edilebilir[270]. Yargıtay uygulamalarında ise İnnovia-İnnova, Medicana-Medicenna gibi örnekler mevcuttur[271]

Ayniyet derecesinde benzerlik kavramında bahsedilen benzerlik sıradan bir benzerlik değil ayırt edilemeyecek derecede bir benzerliktir, bu nedenle kavram çok geniş yorumlanmamalıdır[272]. Benzerlik değerlendirmesinde markayı oluşturan unsurlar göz önünde bulundurulmalı, birden fazla unsur varsa esas unsur itibariyle benzerlik araştırması yapılmalıdır[273].

---

[269] Yargıtay HGK., T.05.10.2012, E. 2012/11-154, K.2012/659 sayılı kararı.

[270] Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.228.

[271] Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik ile alakalı olarak;Yargıtay 11. H.D., T.04.06.2013, E. 2012/13216, K.2013/11611 sayılı kararı, Yargıtay 11. H.D., T.23.09.2013, E. 2012/2085, K.2013/16337 sayılı kararı gibi kararları mevcuttur. Daha fazla karar için bkz. Çolak, s.138-140.

[272] Oğuz / Özkan, s.41.

[273] İmirlioğlu, s.145, bu konuda "Yargıtay, "ByBU+şekil" ve "BU2" markaları kapsamında yaptığı değerlendirmede her iki markada da yer alan baskın ve ayırt edici unsur olan "BU" ibaresinin esas unsur olduğunu tespit ederek her iki markada da yer alan bu ibarelerin ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğu sonucuna varmıştır"; aynı yönde Yargıtay 11 H.D. , T. 13.12.1999, E. 1999/8495, K. 1999/10179 sayılı kararında , biri tek diğeri iki sözcükten oluşan "Champion" ve "cebi Campion" markalarının vurgu sözcüğünün "Champion" olduğunu ve bu sözcük itibariyle markalar arasında ayırt edilemeyecek derecede benzerlik olduğuna karar vermiştir, (Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, s.294-296).

c. Markayı Oluşturan İşaretlerin Benzer Olması

6769 sayılı SMK'da bir markanın benzerinin kullanılmasının nasıl olacağının tanımı yapılmamıştır. 551 sayılı Markalar Kanunu'nda ise bu husus, başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimsenin o markanın benzerini kullanmış olması biçiminde açıklanmıştır[274].

Alman mahkeme kararlarında, karıştırılma ihtimalinin araştırılmasında, markalar arasında benzerlik bulunup bulunmadığından başlanılmasının uygun olacağı ve benzerliğin olup olmadığına markanın bütünü itibariyle bıraktığı etki dikkate alınarak karar verileceği belirtilmiştir[275]. Benzer şekilde Yargıtay'ın kararlarında da bu sistemin uygulandığı görülmektedir[276]. Karıştırılma ihtimalinde dikkate alınacak ortalama

---

[274]https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc048/kanuntbmmc048/kanuntbmmc04800551.pdf, Son Erişim Tarihi : 27.02.2019.

[275] BGH (10.10.1995), GRUR Int, 1996, s.1235 (Arkan, Marka I, s.99'dan naklen).

[276] Yargıtay, 11.HD, T. 1.12.2000, E.2000/7590, K.2000/9528 sayılı kararında *"Bir markaya oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı vs.den oluşan sekil olup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanın bütünü itibariyle bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırıcılığını vurgulayan imajda aramak lazımdır. Mahkemece, iki sözcükten oluşan yazı unsuru, markadaki şekil unsuru nazara alınmadan incelenmiş, "Computer" sözcüğü biraz daha büyük ve kalın yazıldığı gerekçe gösterilerek onun asıl unsur olduğu neticesine varılması isabetli değildir. Olayda sözcüklerden cins bildiren "Computer" sözcüğü asıl unsur olmaktan çıkmış, sözcükler özel ve özgün renk ve şekil kompozisyonu içinde verilerek öne çıkarılmış, ayırt edici özellik kazanmış ve oluşan bu yeni görünümle marka olarak kabul ve tescile değer hale gelmiştir"* şeklinde hüküm kurmuştur. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 28.02.2019(.

Yargıtay 11.H.D, T.02.11.1999, E.1999/4005, K.1999/8651 sayılı kararında *"...Davaya konu markalar arasında semantik ve fonetik bakımdan kesin bir farklılık bulunduğunun kabulü zorunludur. Daha çok bir magazin dergisi ile özdeşleşmiş bulunan davacıya ait "playboy" markasının sözlük anlamı, değişik hazları kovalayan ve yaşamının temel uğraşı edinen varlıklı genç erkektir. Davalı şirkete ait "playback" sözcüğü ise önceden kayda alınmış ses dizisine uygun ağız hareketlerinin görsel olarak yapılması eylemini ifade eder. Bu sözcükler birden fazla kelime unsurunun kaynaştırılması ile türetilmiş tamlamalar olup kendi içlerinde bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmeleri gerekir. Oysa, mahkemece her bir marka ayrıştırılmış ve play ibaresi esaslı unsur kabul edilerek davalı şirket markasındaki aynı ibarenin davacı markası ile iltibas doğuracağı sonucuna varılmıştır. Ortalama kavrayış, dikkat ve seviyeye sahip bir*

tüketici[277], markayı bir bütün olarak algılayıp, markanın bütünü itibarıyla üzerinde bırakılan etkiyle karar vereceği için uygulama da bu yönde gelişmiştir.

2. Markaların Aynı, Aynı Tür veya Benzer Mal veya Hizmetleri İçermesi

Markaların kullanıldıkları mal veya hizmet türlerinin birbirine yakın olması karıştırılma ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Bu sebepten dolayı markaların kullanıldığı mal veya hizmet sınıflarının aynı veya benzer olmasının ne anlam ifade ettiği karıştırılma ihtimali kapsamında önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır[278].

a. Markaların Aynı veya Aynı Tür Mal veya Hizmet İçermesi

Aynı mal ve hizmet kavramı son derece açık olduğundan, daha derinlemesine değerlendirilmesi gereken husus aynı tür mal ve hizmet kavramıdır[279]. Mal veya hizmetin aynı tür olup olmadığı değerlendirilirken sınıflar göz önünde bulundurulacak fakat

---

tüketicinin bu markaları karıştırıp davalı markasını, davacı markasının bir türeviymiş gibi algılayabileceği görüşü isabetli bulunmamıştır…" şeklinde hüküm kurmuştur. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 28.02.2019).

Yargıtay 11.H.D, T.12.04.2005, E. 2004/5632, K. 2005/3561 sayılı kararında *"… bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı v.s.'den oluşan şekil olup, marka birden fazla unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanın bütünü itibariyle bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırıcılığını vurgulayan imajda aramak lazımdır… Pirelli ve Polimak kelimeleri okunuş itibariyle birbirlerine benzer değil ise de, her iki markaya da ayırt edici vasfını veren özellik "P" harfinin hemen göze çarpacak şekilde, diğer harflerin üzerini örtecek şekilde ve özel bir tasarım olarak kullanılması ve bu şekilde tescil edilmiş olmasıdır…Davalı markasında yer alan P harfinin bu şekilde kullanımını engelleyecek biçimde hükümsüzlük kararı verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olmuş ve kararın davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir…"*şeklinde hüküm kurmuştur. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 28.02.2019).

[277] Yasaman Hamdi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, C:V, s.71.

[278]Epçeli Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, Legal Yayınevi, İstanbul, 2006, s.38; Tekinalp, s.426; Çolak, s.210.

[279] Epçeli, s.38; Tekinalp, s.426.; Çolak, s.210.

aşağıda açıklandığı üzere sınıflarla bağlı kalınmayacaktır[280].

Çalışmada daha önce de değinildiği üzere; ülkemiz, 1957 tarihli "Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmalarına ilişkin Nis Anlaşması"na Bakanlar Kurulu'nun 95/7094 sayılı ve 12.07.1995 tarihli kararı uyarınca katılınmıştır.

Bu kapsamda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından, "Marka Tescil Başvurularına ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ"i yayınlanmıştır[281]. Bu Tebliğ uyarınca marka başvurularında mallar için 34 ve hizmetler için 11 olmak üzere toplam 45 sınıf belirlenmiştir[282].

Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ (TPE: 2016/2)[283] uyarınca "556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin yedinci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, bu Tebliğ ekindeki listede yer alan gruplar esas alınır. Ancak, Enstitü marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında bu grupları, aynı tür malın veya hizmetin tespitinde daha dar veya farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebilir". Bu hükme göre, mal veya hizmetlerin aynı türden olup olmadığı, ilgili oldukları sınıf ve alt gruba göre tespit edilecektir[284]. Bu konuda TÜRKPATENT, esas aldığı kuralları Marka İnceleme Kılavuzu'nda belirtmiştir[285].

---

[280] Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s.75; Oğuz/Özkan, s.42-43.

[281] RG, 08.01.2007, S. 26397.

[282] https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/MClassification/.

[283] RG, 30.12.2016, S. 29934.

[284] Paslı, s.54.

[285] "*Mal ve hizmet listesinde, "özellikle", "yani" (Madrid Protokolü markaları bakımından "in particular", "namely", vb.) gibi içerikle ilgili kapsamı açıklayıcı, özelleştirici ifadelerin bulunması durumunda listenin kapsamı kullanılan ifadeye göre belirlenir. Genel bir ifadeden sonra gelen "özellikle (in particular)" kelimesiyle oluşturulan ifadenin, söz konusu ifadeden sonra gelen mallarla ve hizmetlerle sınırlı olmayacağı, genel ifadenin de kapsandığı kabul edilecektir. Örneğin; "Oyuncaklar, özellikle model uçak biçimindeki oyuncaklar" ifadesi tüm oyuncakları kapsar bir ifade olarak değerlendirilir. Buna karşılık, genel bir ifadeden sonra gelen "yani (namely)" kelimesiyle oluşturulan ifadenin, genel ifadeyi*

Örnek vermek gerekirse 16. sınıfta yer alan gruplar;

"*Kağıt, karton (mukavva); kağıt veya karton malzemeden mamul ambalajlama ve sarma malzemeleri, karton kutular; kağıttan yapılmış tek seferlik kullanıma mahsus ürünler (kırtasiye amaçlı ürünler hariç): kağıt havlular, tuvalet kağıtları, kağıt peçeteler.*

Plastik malzemeden mamul ambalajlama ve sarma malzemeleri.

Matbaa ve ciltleme malzemeleri.

Basılı yayınlar, basılı evrak: kitaplar, dergiler, gazeteler, faturalar, irsaliyeler, gelir makbuzları, takvimler, posterler, fotoğraflar, afişler, tablolar, çıkartmalar, pullar.

Kırtasiye, büro, eğitim-öğretim, yazım, çizim, resim ve sanatçılar için malzemeler (mobilyalar ve cihazlar hariç): kırtasiye tipi kağıt ürünler, yapıştırıcılar, kalemler, silgiler, kırtasiye tipi bantlar, el işi için karton, yazı kağıtları, kopyalama kağıtları, yazarkasa kağıt ruloları, çizim aletleri, kara tahtalar, resim boyaları.

Büro makineleri.

Badana ve boya işleri için fırçalar ve rulolar." şeklinde sıralanmıştır.

Bu sınıfta yer alan her bir paragraf, Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ uyarınca farklı grupları ifade etmekte ve aynı grupta yer alan mal ve hizmetler ise aynı tür kabul edilmektedir. Sınıf içerisindeki mal türleri incelendiğinde bu sınıfta yer alan "kağıt havlular" için tescil edilmiş bir marka var ise "tuvalet kağıtları" için yapılan ikinci başvuru aynı tür mal için yapılmış başvuru,

---

kapsamadığı, söz konusu ifadeden sonra gelen mallarla ve hizmetlerle sınırlı olduğu kabul edilir. Örneğin; "Elektronik cihazlar, yani taşınabilir müzik çalarlar" ifadesi tüm elektronik cihazları kapsar bir ifade olarak değerlendirilmez." (TPE, MİK, s.33-34).

“kitaplar” için yapılan ikinci başvuru ise farklı tür mal için yapılmış başvuru olarak kabul edilmelidir.

Bu noktada üstünde durulması gereken bir başka husus ise bazı sınıflarda geçen genel ifadelerdir. Örneğin 29. sınıfta yer alan “süt ve süt ürünleri (tereyağı dahil)” mal grubu bakımından tereyağı, peynir gibi başka herhangi bir süt ürünü mal ile “aynı” değil “aynı tür” kabul edilir. Aynı genellemenin içerisinde yer alsa da karşılaştırılan iki malın “aynı” olmadığı açıktır. Bunların verilen örnekte olduğu gibi aynı sınıf ve grup içinde yer almaları sebebiyle “aynı tür” oldukları söylenebilir[286].

b. Markaların Benzer Mal veya Hizmet İçermesi

Benzer mal ve hizmetleri açıklarken, sınıf sistemine göre kabul edilen benzerlik ve doktrinde “ürün benzerliği” olarak da nitelendirilen mal benzerliği olmak üzere iki ayrı hususun açıklanmasında yarar vardır.

1957 tarihli Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmalarına ilişkin Nis Anlaşması’nın 2-(1) maddesi uyarınca sınıflandırma, tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi konusunda özellikle bağlayıcı olmayacaktır[287]. Bu nedenle mal ve hizmetlerin benzerliği değerlendirilirken ait oldukları sınıf ve grupların, yine yol gösterici nitelikte olsa da tamamıyla bağlayıcı olduğu söylenemeyecektir[288].

Mal veya hizmetin benzer olup olmadığı araştırılırken, benzer alıcı çevresine hitap edip etmediklerine ve benzer ihtiyaçları gidermede kullanılıp kullanılmadıkları değerlendirilir[289].

Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmalarına

---

[286] Paslı, s.56.

[287] Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s.75; Epçeli, s.41.

[288] Epçeli, s.41; Tekinalp, s.379.

[289] Arkan, Marka I, s.102.

ilişkin Nis Anlaşması'nda yer alan sınıfların benzer mal ve hizmet tespitinde sınırlayıcı olmadığına dair 2002 tarihli bir Yargıtay kararında, uyuşmazlık konusu malların farklı sınıflara ait olmalarına rağmen temelde tekstil ürünleri içerdiklerinden dosyada karıştırılma ihtimalinin mevcut olabileceğine hükmedilmiştir[290]. ABAD, CANON KABUSHIKI KAISHA v METRO-GOLDWYN-MAYER (C-39-97) şirketleri arasında geçen uyuşmazlıkla ilgili kararında; uyuşmazlıkta yer alan mal veya hizmetlerin benzerlik değerlendirilmesi yapılırken değerlendirmeye konu mal veya hizmetlere ilişkin tüm faktörlerin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kararda; malların ve hizmetlerin niteliği, son tüketicileri, kullanım yöntemleri, malların veya hizmetlerin birbirleriyle rekabet içerisinde veya birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olup olmadıkları gibi faktörler sıralanmış fakat bunlar kesin olarak sınırlandırılmamıştır. Diğer bir deyişle somut olayda yer alan mal veya hizmetlere ilişkin sıralanan faktörler dahil olarak tüm faktörler dikkate alınmak zorundadır[291].

---

[290] Yargıtay 11.H.D, T. 30.05.2002, E.2002/2403, K.2002/5382 sayılı kararında "*Taraflara ait markalar farklı ürünlere ve bundan dolayı Nice anlaşması ile belirlenen farklı sınıflara ilişkin olsa da temelde tekstil ürünlerini içerdiklerinden 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8/b ye 9/b bentlerinde tanımlanan anlamda bir markanın tescile veya önceye dayalı kullanımla oluşan üstün hak sahibi, markasının benzer ürün veya hizmetlerle ilgili tescilinin iptalini isteyebilir. Bunun zorunlu koşulu, sonradan tescil başvurusuna konu edilen veya tescil edilen markanın orta düzeyde bir tüketici tarafından önceki marka ile karıştırılma olasılığının ciddi biçimde belirebileceğinin ortaya çıkacak olmasıdır.*

Davacının 20.05.1992 tarihinde tescil ettirdiği hazır giyim ürünlerine ilişkin markası ile davalının 20.09.1993 tarihli genel tekstil türevi olan havlu, çarşaf ve benzeri ürünleri içeren markası özdeş olup, EVITA sözcüğünden ibarettir. Markaların tescil belgelerindeki yazılış biçimlerinde ve logolarında beliren farklılığın ürünlere yansıma biçimi fazla öne çıkmadığından marka kimliğinin temel unsurunun EVITA sözcüğü olduğunun kabulü gerekir. Esasen kataloglardan da eylemli durumun böyle olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, tekstil sektöründen deneyimli bir bilirkişinin de bulunduğu yeni, bilirkişi kurulu oluşturularak 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin anılan hükümlerinin taraflara ait markalar bakımından taşıdığı anılan ve özellikle tüketiciler nezdinde iltibas oluşup oluşmayacağı konularında görüş sorulup sonucuna göre karar verilmek gerekirken, açıklanan yönleri aydınlatmayan yetersiz bilirkişi raporu ile yetinilmesi doğru görülmemiştir", şeklinde hüküm kurmuştur.(Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 27.02.2019).

[291]http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=4B87E5DEC2FD54FD0A8F8B5BF76C4D30?text=&docid=44123&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9017585

Yürürlükteki düzenlemeler ve uygulamadaki kararlar göz önüne alındığında, mal veya hizmetlerin benzerliği değerlendirilirken, tüm faktörlerin değerlendirilmesi gerektiği fakat tüketicilerin nezdinde karışıklık yaratıp yaratmadıkları esas ölçüt olarak alınmasının uygun olduğunun savunulduğu da görülmektedir[292].

Kanımızca her somut olayda mal veya hizmetlerin karıştırılma ihtimali doğuracak şekilde benzer olup olmadıkları ayrıntılı olarak değerlendirilmelidir. Bu hususu kesin kurallara bağlamak hatalı değerlendirmelere yol açabilecektir. Fakat benzerlik saptamasında yol gösterebilecek bazı temel kriterler doktrinde kabul edilmektedir. Bunlar;

- Somut olayda yer alan mal veya hizmetlerin kullanım amaçlarının veya alanlarının benzer olması
- Somut olayda yer alan mal veya hizmetlerin kullanıcılarının benzer olması
- Somut olayda yer alan malların dış görünüşlerinin, hizmetlerin ise niteliklerinin benzer olması
- Somut olayda yer alan mal veya hizmetlerin piyasaya sürülmesinde kullanılan satış tekniklerinin benzer olması
- Market raflarında aynı reyon veya rafta bulunmadan kaynaklanan benzerlik
- Somut olayda yer alan mal veya hizmetlerin birbirleriyle rekabet halinde bulunması nedeniyle ortaya çıkan benzerlik
- Somut olayda yer alan mal veya hizmetlerin birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olmasından doğan benzerlik

gibi kriterlerdir[293]. Fakat yeniden belirtmek gerekir ki, söz konusu kriterler her somut olayda ayrı şekilde ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmeli ve sonuç bu değerlendirme sonucunda ortaya çıkmalıdır.

---

[292] Çolak, 202; Epçeli, s.44, konu ile ilgili diğer mahkeme kararları için bkz. Epçeli, s. 43-44.

[293] Ünsal, Önder Erol, IPR Gezgini Seçme Yazılar I, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018, s.15-16.

II. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNIN BELİRLENMESİNDE GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULACAK ÖLÇÜTLER

A. Ayırt Edicilik Ölçütü

1. Genel Olarak

Ayırt edicilik kavramı, tarafımızca karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde üzerinde durulması gereken en önemli hususlardan birisidir. Nitekim karıştırılma ihtimali incelenirken marka olarak tescil edilen işaretin başlangıçtaki ayırt edici etkisi göz önüne alınacaktır[294] ve işaretin ayırt edici gücü ne kadar yüksek olursa o işarete sağlanacak koruma da o kadar yüksek olacaktır[295].

Bu nedenle ayırt edicilik kavramının ne olduğu, tespitinin nasıl yapılacağı ve hem soyut hem de somut ayırt ediciliğin açıklanması, karıştırılma ihtimali değerlendirmesini yapabilmek açısından son derece önemlidir[296].

2. Ayırt Ediciliği Belirlemede Markanın Esas ve Yardımcı Unsurları

Marka olabilecek işaret türlerine göre karıştırılma kavramı incelenmeden önce, markanın esas ve yardımcı unsurlarını anlamak konunun anlaşılması açısından yardımcı olacaktır. Karıştırılma incelemesinde, işaretlerin unsurları bakımından karıştırılacak kadar benzer olması da önemli bir ölçüt olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle unsurlar üzerinde dikkatle

---

[294] Arkan, Marka I, s.100.

[295] Epçeli, s.51, bu konuda aksi görüş için bkz. Arkan, Marka I, s.100, dpn. 126, Arkan'a göre tanınmış markaya benzeyen bir markanın kullanılmasının da tüketicilerin malın kaynağı konusunda yanılgıya düşmelerinin mümkün olabileceğini bu nedenle ayırt ediciliği yüksek tanınmış markaların da karıştırma ihtimaline karşı korunması gerektiğini savunmaktadır.

[296] Detaylı açıklama için bkz. Birinci Bölüm/I-C-2 sayılı başlık.

durulması gerekmektedir[297].

Marka, esas ve yardımcı unsurlardan oluşmaktadır. Bir markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan, markaya özgü ve karakteristik özellikler taşıyan unsur markanın esas unsuru iken, esas unsura bağlı ve onunla ilişki içindeki diğer unsurlar yardımcı unsur olarak adlandırılmaktadır[298].

Esas unsurlar, markanın ayırt edici niteliğini taşıyan, özgün, karakteristik unsurlardır. Bunlar markanın benzerlerinden ayrılmasını sağlar. Tamamlayıcı unsurlar ise markada ayırt edici nitelik taşımaz, ilgili herkes tarafından kullanılabilir ve ancak belirli koşullara bağlı olarak esas unsurlarının yanında tamamlayıcı unsur olarak tescil edilebilirler[299].

Yargıtay'a göre esas unsur, markanın diğerlerinden ayırt edilmesini sağlayan sözcük, harf, sayı gibi birden fazla unsur içermesi durumunda markanın bütünü üzerine bıraktığı izlenim itibariyle ayırıcılığı vurgulayan ve markanın tümüne hâkim olan işarettir[300].

---

[297] Çolak, s.254-255; Küçükali, s.69; Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s.64.

[298] Arkan, Marka I, s.78; Küçükali, s.70; Çolak, s.255.

[299] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu., T. 14.6.2017 E. 2017/1729 K. 2017/1186 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 19.11.2018)

[300] Yargıtay 11. H.D. T.05.05.2003, E.2002/12018/K.2003/4432, sayılı kararında; "*Davacının " PORT" markası 27.5.1994 tarihinde 25.sınıf emtialar için tescil edilmiş, davalının "İNTERPORT" markası ise, 24.8.1999 tarihinde yine 25.sınıf emtialar için tescil edilmiştir. Bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı vs.den oluşan şekil olup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanın bütünü İtibariyle bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırıcılığını vurgulayan imajda aramak lazımdır. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 7/1-b maddesine göre, aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescili için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar tescil edilemez. Yine, 8/1-b madde hükmü uyarınca, daha önce tescil edilmiş veya daha eski tarihte tescili için başvuruda bulunulmuş marka ile karıştırılma ihtimali bulunan marka tescil edilemez. Marka başvurusunun reddedilebilmesi için, tescil edilmek istenen marka ile tescil edilmiş markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olması gerekmektedir. Davacının markası "PORT" olup, 25.sınıf emtialar için tescil edilmiştir. Davalının markası ise "İNTERPORT" olup yine, 25.sınıf emtialar için tescil edilmiştir. Markalardaki kök kelime "PORT" ibaresi olup, her iki markada da "PORT" ibaresi müşterektir. Bu sözcüğün ise, davacının önceden tescilli markası ile yazılış, okunuş,*

Yine Yargıtay'a göre esas unsur, o markayı benzerlerinden tefrike yarayan yani markanın diğerlerinden ayırt edilmesini sağlayan unsurdur.[301]

Markalarda yer alan yardımcı unsur ise esas unsura bağlı ve onunla ilişki halinde bulunan, esas unsurla birlikte tescil ettirilen unsurdur ve kural olarak ayırt edicilik niteliğini haiz değillerdir[302]. Bu nedenle ilke olarak esas unsur olarak tek başlarına tescil edilemezler, belirli koşulların varlığı halinde esas unsur ile birlikte tescil edilebilirler[303].

Ayırt edicilik hususunda ise Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere ayırt edicilik değerlendirilmesi markanın bütün olarak bıraktığı izlenimin tümüne hakim olan görünüş ve imaj üzerinden yapılmaktadır. Bu nedenle bazı durumlarda yardımcı unsurların da ayırt edici niteliğin sağlanmasına etki edebileceği kabul edilebilmektedir[304].

---

görsel ve fonetik yönlerden orta seviyedeki insanlar bakımından iltibasa meydana verecek derecede benzer olduğu, davalının, sırf davacının markasından istifadeye yönelik olarak bu sözcüğü tercih ettiği anlaşılmaktadır. Davalının markasındaki mevcut eklentinin başlı başına ayırdedicilik vasfının da olmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yukarıda anlatılanlar karşısında mahkemece davanın kabulüne karar verilmek gerekirken, reddi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir…" şeklinde hüküm kurmuştur. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi 19.11.2018).

[301] Yargıtay 12.H.D. T.13.2.1971, E.1970/5653, K.1971/356 sayılı kararında; *"…Bir markanın esas unsuru, o markayı benzerlerinden tefrike yarayan unsurdur. Tescili istenen markada ilk bakışta göze çarpan kelime büyük harflerle yazılmış HİPO kelimesi olup, bu kelimenin tescilli bulunan HYPO markasına gerek telâffuz ve gerekse görünüş bakımından benzerliği açıktır. Bu durumda davacı tarafından yardımcı unsur olduğu iddia edilen ve büyük harflerle yazılan HİPO ve bunun altındaki klorit kelimelerindeki HİPO kelimesini yardımcı unsur olarak saymak mümkün değildir. Markanın esas unsuru olduğu iddia edilen Kim kelimesinin HİPO kelimesine nazaran küçük ve köşeye yazılmış olması da bu kelimenin esas unsur olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle tescili isteyen davacının davasının REDDİNE…"* şeklinde hüküm kurmuştur. (Mücahit Ünal, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Göre Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, 2005, s.27).

[302] Çolak, s.255; Epçeli, s.54.

[303] Uğur Aktekin / Güldeniz Doğan Alkan / Zeynep Çağla Özcebe, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.02.10.2013 E. 2013/11-52., K.2013/1416 sayılı kararı "DIAMOND Kararı" ve Tanımlayıcı İbareler İçeren Markaların Karıştırılma İhtimali Değerlendirilmesi", Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S.2, 2015, s.17-24, s.22.

[304] Yargıtay 11. H.D., T. 30.11.1999 E. 1999/5356, K. 1999/9805sayılı kararında*; "…markalar arasındaki*

6769 sayılı SMK'nın 4. maddesi uyarınca markalar, kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir. 556 sayılı MARKHK'nın 5. maddesinde olduğu gibi sayılan bu şekiller örnekleme amacı ile yapılmıştır ve kanun koyucu "her tür işaret" ibaresini kullanarak hukuka uygun olduğu sürece bu konuda bir sınır olmadığına hükmetmiştir[305].

B. Karıştırılmada Bütünlük Ölçütü

Markalar, esas ve tamamlayıcı unsurların birleşmesinden oluşan bir bütün olarak ele alınır ve bir bütün olarak korunur[306]. Bu nedenle markalar arasında karıştırılma ihtimali bulunup bulunmadığı değerlendirilirken, markada yer alan esas ve tali unsurların, birbirlerinden bağımsız olarak tek tek değil, bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir[307].

İltibas incelemesinde her ne kadar bütünsel bir değerlendirme söz konusu olsa da, markanın esas unsurunun tamamlayıcı unsurlara göre daha fazla önem arz ettiği sabittir. Nitekim markaların esas unsurlarının benzer olması durumunda, tek başına ayırt ediciliğe sahip olmayan tamamlayıcı unsurlar bakımından herhangi bir inceleme yapılmasına gerek olmayacaktır. İltibasın oluşup oluşmadığı incelenirken esas unsurlar kural olarak öncelikle dikkate alınacak husustur, tamamlayıcı unsurlar ise tek başlarına herhangi bir ayırt ediciliği bulunmadığı için ancak markanın genel görünümüne etkileri ölçüsünde dikkate alınacaktır[308].

---

benzerliğin markanın bütünü itibariyle bıraktığı etki, alıcıların satın almayı düşündükleri yerine bir başka mal alacak durumda kalmaları halinde söz konusu olabileceği, markalar farklı unsurlardan oluşsalar dahi bütünü bakımından bıraktıkları etkinin diğer bir markayı çağrıştırmaması gerektiği, markalar esas unsurlarının benzer olması halinde, markanın geneline etkisi az olan diğer hususlardaki farklılığa rağmen iltibasa yol açabileceği, taraflara ait markalar arasında da açık farklılık bulunmadığı..." şeklinde hüküm kurmuştur. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi 19.11.2018).

[305] Çolak, s.23-24; Arkan, Marka I, s.42.

[306] Çolak bu konuda "*global değerlendirme*" kavramını kullanmaktadır. Çolak, s.208; Arkan, Marka I, s.99.

[307] Epçeli, s.121; Çolak, s.208; Arkan, Marka I, s.99; Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s.77.

[308] Çolak, s.254-255; Epçeli, s.122.

Almanya'da 1 106 066 numarası ile tescilli Puma AG, Rudolf Dassler Sport (Puma olarak anılacaktır) şirketine ait marka

540 894 uluslararası tescil numaralı Sabel BV'ye (Sabel olarak anılacaktır) ait marka

ABAD tarafından SABEL ve PUMA (C-251/95)[309] arasındaki uyuşmazlıkta yapılan değerlendirmede; markaların görsel, işitsel veya kavramsal benzerliğine ilişkin incelemenin, markaların ayırt edici ve baskın unsurlarının dikkate alınarak yapılması ve markaların bıraktığı bütünsel izlenime dayanması gerektiğine hükmedilmiş ve ortalama tüketicilerin işaretleri bütün olarak algıladıkları ve işaretlerin sahip olduğu ayrıntıları analiz etmeye yönelmediklerini belirtmiştir.

Yargıtay ise bilgisayar anlamındaki "Computer" ve resim anlamındaki "Bild" sözcüklerinin yanında renk ve şekil kompozisyonunun ikinci bir unsur olarak yer aldığı Computer Bild + Şekil'den oluşan bir markayı incelerken; markanın birden fazla unsur içermesi durumunda, ayırt ediciliğin, markanın bütünü itibariyle bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırıcılığını vurgulayan imajda aramak gerektiğine, kısaca markaların bütün olarak değerlendirilmesin doğru olacağına hükmetmiştir[310]. Yargıtay'ın benzer şekilde, karıştırılma ihtimali incelemesinde markanın tüm unsurlarıyla birlikte bütünsel olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair birçok farklı

---

[309] http://csuria.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-251/95.

[310] Yargıtay 11. H.D. T: 01.12.2000, E: 2000/7590, K: 2000/9528 sayılı kararı https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_11_Hukuk_Dairesi_2000-7590.php.

kararı bulunmaktadır[311].

---

[311] Yargıtay 11. H.D., T. 12.12.2018, E. 2017/2175, K. 2018/7736 sayılı kararında, *"At üzerinde polo oynayan insan figürü" ile "iki farklı at üzerinde oynanan polo" figürünün karşılaştırılması yapılırken bütünsel bir değerlendirme yapılması gerektiği zira ortalama tüketicilerin bu görselleri bir bütün olarak değerlendireceği hükme bağlanmıştır; Yargıtay 11. H.D., T. 10.12.2018, E. 2017/2171, K. 2018/7896 sayılı kararında "...Bilgi İşlem Hizmetleri A.Ş." ibareli marka ile davacıya ait "...." esas unsurlu markalar bütünsel olarak karşılaştırıldığında, markaların görsel ve anlamsal olarak farklı olduğu, birbirlerinin farklı versiyonları, alternatifleri veya bir serinin devamı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan işaretler oldukları…"* hükmünü içerir değerlendirme Yargıtay'ca onanmıştır (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 08.03.2019).

Yargıtay 11. H.D., T. 10.12.2018, E. 2017/2171, K. 2018/7736 sayılı kararında *"...Bilgi İşlem Hizmetleri A.Ş." ibareli marka ile davacıya ait "...." esas unsurlu markalar bütünsel olarak karşılaştırıldığında, markaların görsel ve anlamsal olarak farklı olduğu, birbirlerinin farklı versiyonları, alternatifleri veya bir serinin devamı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan işaretler oldukları…"* hükmünü içerir değerlendirme Yargıtay'ca onanmıştır (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 08.03.2019).

Yargıtay 11. H.D., T. 12.12.2018, E. 2017/2799, 2018/7899 sayılı kararında *"…davalının "...+şekil" ibareli başvurusuyla davacının "...+şekil" ibareli tescilli markaları arasında biçim, düzenleme ve tertip tarzı itibariyle görsel ve anlamsal olarak ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunmadığı, başvuru konusu işaret ile davacı markası arasında işletmesel bağlantılandırmayı tesis eden herhangi bir unsurun bulunmadığı, gerek bütünsel ve gerekse içerisinde bulunan unsurlar itibariyle başvuru konusu işaretin davacı markasını sunan işletmeyle idarî ve ekonomik anlamda bağlantılı bir işletme tarafından piyasaya sunulduğu biçimde bir algılama oluşturmasının mümkün olmadığı, belli bir bilinirlik seviyesine ulaşmış da olsa bir markanın kendisinin aynısı veya benzerine karşı korunabileceği, oysa davacı markası ile davalı başvurusu arasında bu yönde bir benzerlik bulunmadığı… gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir…"* hükmünü içerir değerlendirme Yargıtay'ca onanmıştır (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 08.03.2019). Benzer şekilde, Yargıtay 11. H.D., T. 17.12.2018, E. 2017/2582, 2018/7993 sayılı kararında; *"…Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, redde mesnet alınan markanın asıl ve ayırt edici unsurunun "bayfarma" ibaresinden oluştuğu ve yazıldığı gibi okunduğu, 44.sınıf hizmetler bakımından somut ve soyut olarak ayırt edicilik vasfının olduğu, davacının başvurusunun da "..." ibareli olduğu ve "by ..." ibaresinin de asıl ve ayırt edici unsur olduğu, redde mesnet marka ile başvuru konusu işaretin aynı veya benzer sescil ve görsel etkiyi bıraktıkları, bütünsel olarak bıraktıkları izlenimin bu marka ve işaretlerin birbirleriyle ilintili oldukları yönünde kanaat oluşturduğu, bir kısım ekler itibariyle küçük bir fark varsa bile bu farklılığın ürün ve hizmetlerin ortalama tüketicilerinin önemli bir kısmı tarafından fark edilmesinin veya bilinmesinin mümkün olmadığı… gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir…"* hükmünü içerir değerlendirme Yargıtay'ca onanmıştır (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 08.03.2019)

C. İşaretlerin Birbirini Çağrıştırması Ölçütü

Bazı durumlarda karıştırılma ihtimali, iki işaretin birbirini çağrıştırması durumunda da ortaya çıkabilir. Dikkat edilmesi gereken husus bu durumlarda iki işaretin birbirlerine benzememesi halinde dahi çağrıştırmasının karıştırılma ihtimali yaratabileceğidir[312].

Konuyla ilgili verilen kahve markalarına ilişkin örnekte, "siyah bacı" ibareli ve üzerinde siyah genç bir kızın resmi bulunan işaret ile "arap teyze" ibareli ve üzerinde oldukça yaşlı ve gözlüklü bir kadın olan işaret karşılaştırıldığında, iki işaret arasında şekil, görüntü veya ses açısından bir benzerlik olmadığının açık olduğunu fakat bu iki işaretin birbirine çağrışım yapması sebebiyle karıştırılmaya yol açacağını belirtmiştir[313]. Başka bir örnekte ise hoparlörün önünce keman çalan bir tavşanın bulunduğu işaret ile hoparlörün önünde duran köpek işaretini içeren markanın çağrıştırma yarattığını belirtmiştir[314].

Çalışmamızda daha önceden belirttiğimiz bir uyuşmazlıkta[315] ise Yüksek Mahkeme, tüketicilerin iki markanın birbirini çağrıştırdığını düşünmesi durumunda dahi bu durumun tek başına karıştırılma ihtimali yaratmayacağına dair bir hükümde bulunmuştur[316].

Yargıtay ise bazı dosyalarda çağrıştırma ve bağlantı kurma durumlarını karıştırılma ihtimali yaratılması açısından yeterli bulmuşken, bazı dosyalarda ise karıştırılma ihtimali yaratmayacağına hükmetmiştir[317]. Bu nedenle çağrıştırmanın ne ölçüde olduğu ve

---

[312] Tekinalp, s.442.; Çolak, s.290-291.

[313] Tekinalp, s.444; Epçeli, s. 120.

[314] Tekinalp, s.444, İmirlioğlu, s.166.

[315] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.02.10.2013 E.2013/11-52., K.2013/1416 sayılı kararı.

[316] http://csuria.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-251/95, Sabel v Puma davasında, markalara dair bütünsel incelemenin sonunda halkın bu iki markanın birbirini çağrıştırdığını düşünmesi durumunda dahi bu durumun tek başına karıştırma ihtimali yaratmayacağı kanaatine varılmıştır.

[317] Yargıtay 11. H.D. T. 13.11.2003 E. 2003/4003 K. 2003/10839 sayılı kararında *"...karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus halkın iki işaret arasında herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel ve görsel bir benzerlik ve hatta genel görünüş açısından "umumi intiba" olmasa bile, halk tarafından iki marka arasında bağlantı kurulması ve hatta çağrıştırması dahi karıştırma ihtimali için yeterli bir ölçü*

tüketiciler açısından işletmesel bağlantı ihtimali yaratıp yaratmadığı, işaretlerin ve somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak her somut olay için ayrı şekilde değerlendirilmelidir[318].

D. İşaretler Arasında Karıştırılma İhtimali Doğurabilecek Benzerlik Değerlendirilmesinde Dikkate Alınan Ölçütler

Markalar arasında karıştırılma ihtimali olup olmadığına dair yapılacak bir incelemede markaların benzerliklerinin tespiti; görsel, işitsel ve anlamsal benzerlik bulunup bulunmadığı da dahil olmak üzere bütünsel olarak ve somut olayın tüm faktörleri göz önünde bulundurularak, ilgili toplum nezdinde markaların bırakacağı genel intiba dikkate alınarak yapılmalıdır[319].

Markalar işlevleri gereği göze, kulağa veya düşünceye etki edecek niteliktedir[320]. Markaların bazılarında ses, bazılarında şekil, bazılarında anlam, bazılarında ise bunların birleşimi markanın esas unsurunu oluşturmaktadır[321]. Yargıtay, karıştırılma ihtimali incelenirken tüm bu hususların göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermiştir[322]. ABAD C-579/08 P sayılı dosyada, benzerlik değerlendirmesinin görsel,

---

olarak kabul edilmelidir…" şeklinde verdiği hükümle çağrıştırma ihtimalini karıştırma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul etmiştir., (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 10.01.2019). Yargıtay 11. H.D., T. 24.10.2018, E. 2018/4137, 2018/6628 sayılı kararında ise *"…davacı markaları ile davaya konu olan marka karşılaştırıldığında her iki markanın ortak unsurunun "…" işareti olduğu, davalının markasındaki twenty two ibaresinin "22 ayar altın" anlamına gelmekte olup kullanıldığı mallar yönünden ayırt ediciliği bulunmadığı, davalı markasının tüketiciler nezdinde çağrıştırma ve bağlantı kurma suretiyle davacı markaları ile karıştırılma ihtimaline yol açacağı…"* hükmünü içerir değerlendirme Yargıtay'ca onanmıştır (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 08.03.2019); Yargıtay 11. H.D., T. 17.01.2011, E. 2009/6868, 2011/202 sayılı kararında ise "SYH BYZ" markası ile "Siyah Beyaz" sözcüklerinin birbirlerini çağrıştırdığını fakat bu çağrışımın "Siyah Beyaz Tv Bjk 1903" markası ile karıştırma ihtimaline neden olmayacağına hükmetmiştir (İmirlioğlu, s.166).

[318] Çolak, s.201; İmirlioğlu, s.177.

[319] Çolak, s.207; İmirlioğlu, s.169.

[320] İmirlioğlu, s.170.

[321] Epçeli, s.113.

[322] Yargıtay 11. H.D., T. 27.10.2011, E. 2009/13322, 2011/14579 sayılı kararında *"…her ne kadar işaretler*

işitsel, kavramsal açıdan markaların ayırt edici ve esaslı unsurları dikkate alınarak yapılacağını belirtmiştir[323].

Bu nedenle ses, anlam ve şekil benzerliğinin yargı kararları ve örneklerle açıklanması benzerlik değerlendirmesinin anlaşılması açısından yararlı olacaktır.

1. İşitsel Benzerlik

a. Genel Olarak

İşitsel benzerlik, iki işaretin telaffuzu sırasında ortaya çıkan benzerliktir[324]. Yazılış olarak benzer olmasalar dahi iki işaret okunuş olarak yakınlarsa işitsel açıdan benzer kabul edilirler. Uygulamada Danıştay'ın bu kapsamda verdiği Viyola/Viala[325], Vepa/Vega[326], Tursil/Torsil[327], Royalüks/Royolüx[328] gibi birçok kararı bulunmaktadır[329].

Yargıtay'ın vermiş olduğu işitsel benzerlik kararlarındaki markalara ise Michel/Mişel, Chanel/Şanel, Pril/Pırıl[330] gibi örnekler verilebilir. Yargıtay kararlarında işitsel benzerlik bazı durumlarda karıştırılma ihtimali olarak sayılmış ve buna dayanılarak birçok

---

arasında esas unsurlarından kaynaklanan benzerlik bulunmakta ise de, davacı başvurusunda bulunan şekil unsuru ile "my..." kelime unsurlarından kaynaklanan görsel, işitsel, semantik farklılıklar karşısında davaya konu markaların gözde ve kulakta bıraktığı intiba farklılaşmakta, bu farklılıklar davacının marka başvurusunu redde dayanak gösterilen markadan "ayırt edilemeyecek kadar benzer" olmaktan çıkartmaktadır…" hükmünde bulunmuştur. https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=218&t=181148 (Son Erişim Tarihi : 12.19.2018).

[323] Emre Kurt, Uygulamalı Marka Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ocak 2015, s.40.

[324] Çolak, s.229; Fırıncıoğlulları, s.149.

[325] Danıştay 12. D. 12.01.1970 E. 968/739, K. 970/967. (Yayımlanmamış)

[326] Danıştay 12. D. 07.04.1970 E. 969/2241, K. 970/967. (Yayımlanmamış)

[327] Danıştay 12. D. 23.03.1971 E. 969/1693, K. 971/697. (Yayımlanmamış)

[328] Danıştay 12. D. 27.06.1972 E. 971/2657, K. 972/1766. (Yayımlanmamış)

[329] Mehmet Adil Sağlam, Türk Markalar Kanunu Şerhi Ve Tatbikatı, 1973, Ankara, s.36 vd (naklen, Epçeli, s.114).

[330] Epçeli, s.115.

hükümsüzlük kararı verilmiştir.[331].

Bu noktada önemli olan bir başka husus ise, ABAD'ın 2006 tarihli ECJ C-206/04 Cabel Hall Citrus Ltd. v OHIM dosyasında da belirttiği üzere markaların işitsel benzerliği karıştırılma riski yaratabilse de bu durumun görsel, kavramsal benzerlikle birlikte ele alınması gerektiğidir. Diğer bir deyişle işitsel benzerlik karıştırılma ihtimali incelemesi yapılırken değerlendirilecek unsurlardan sadece birisidir ve her işitsel benzerlik karıştırılma ihtimaline neden olmayacaktır[332]. Başka bir deyişle, markayı oluşturan işaretlerin ifade ettiği anlamlar markaların esas unsuru olarak kabul edildiğinde, işitsel benzerlik olması durumunda dahi karıştırılma ihtimalinin oluşmayacağı kabul edilebilir[333]. Örneğin, "Boss" ile "Boks" markası arasında yapılan karıştırılma ihtimali ve benzerlik değerlendirmesinin sonunda karıştırılma ihtimalinin bulunmadığına karar verilmiştir[334].

Benzer şekilde 2003 tarihli CFI T-292/01 Philips Van Heusen Corp v OHIM dosyasında, "Bass" ve "Pash" markaları arasında yapılan benzerlik incelemesinde, markaların işitsel olarak birbirlerine benzediği fakat anlamlarının net manalarının bulunması nedeniyle karışıklık yaratmayacaklarına hükmedilmiştir[335].

b. TÜRKPATENT Değerlendirmesi

TÜRKPATENT, markalar arasında işitsel benzerlik olması durumunda dahi, markaların

---

[331] Yargıtay 11. H.D., T. 19.12.2018, E. 2017/2513, 2018/8093 sayılı kararında *"...dolayısıyla anılan markanın tedavisi amaçlanan hastalığa neden olan bakteri adından hareketle oluşturulan "..." sözcüğüne "-NE" ilavesiyle ve sonuç olarak "..." şeklinde oluşturulduğu; "..." şeklinde üç hecede okunacağı; davalı markasının da aynı yolla ve "..." sözcüğünden esinlenerek bu kez "..." şeklide oluşturulduğu; bu sözcüğünde aynı şekilde üç hecede ve "..." biçiminde telaffuz edileceği sert söylendiğinde ise telafuzun "..." şeklinde işitsel bir etki bırakabileceği... gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne..."* hükmünü içerir değerlendirme Yargıtay'ca onanmıştır (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 08.03.2019).

[332] Kurt, s.49.; Çolak, s.231.

[333] Epçeli, s.115.

[334] Arkan, Marka I, s.102.

[335] Kurt, s.44.

birbirlerinden ayırt edilemeyecek derecede görsel benzerliklerinin bulunmaması halinde, tek başına işitsel benzerliği ayırt edilemeyecek derecede benzerlik için yeterli bir kriter olarak kabul etmemektedir. Diğer bir deyişle markalar işitsel açıdan benzer olmasına rağmen görsel açıdan farklılaştıklarında ayırt edilmeyecek derecede benzerlik kavramından uzaklaşmaktadırlar[336].

Bu değerlendirmeye ilişkin olarak ise aşağıdaki örnekler kullanılmıştır;

ANJELICA **ANGELICA**
(Ayırt edilemeyecek derecede benzer)

POLİMER **POLYMER**
(Ayırt edilemeyecek derecede benzer)

PHONE **FON**
CASHMERE **KAŞMİR**
(Ayırt edilemeyecek derecede benzer <u>değil</u>)

TÜRKPATENT, işitsel benzerlik ile ilgili bir istisnaya da değinmiştir. Bu istisna uyarınca, markalar arasında işitsel benzerliğin daha az olduğu fakat sözcüklerde kullanılan harfler arasında görsel benzerliğin yüksek bulunduğu durumlarda markalar ayırt edilemeyecek derecede benzer kabul edilecektir. Bu istisnanın örneği ise aşağıdaki şekilde verilmiştir[337];

Örnek:
DAKIRS DOCKERS
(Ayırt edilemeyecek derecede benzer)

[336] TPE, MİK, s.37.

[337] TPE, MİK, s.38.

2. Görsel Benzerlik

a. Genel Olarak

Görsel benzerlik, sözcük veya şekillerden oluşan markaların görünüm olarak birbirlerine benzemesi durumunda ortaya çıkmaktadır[338]. Söz konusu benzerlik markalarda kullanılan işaretlerin benzemesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi malın dış görünüşü veya ambalajının benzetilmesi şeklinde de ortaya çıkabilmektedir[339]. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu bu benzerliğin malın teknik fonksiyonunun yerine getirilmesi için zorunlu olarak ortaya çıkmaması gerekmektedir. Marka olarak kullanılan işaretler ancak teknik zorunluluğu aşan özgünlükte ise benzerlik değerlendirmesi yapılabilecektir[340].

Görsel benzerlik kavramının bazı mal türleri için daha belirleyici olduğu söylenebilir. Örneğin marka sahipleri, çocuklara yönelik oyuncaklar, şekerleme, çikolata gibi mallar üzerinde, çocukların dikkatini çekebilmek adına görsel açıdan çok daha özenli düzenlemeler yapmaktadırlar[341].

ABAD konu ile ilgili bir kararında, giyim eşyalarında tüketicilerin markalar üzerinde görsel inceleme yapmalarından dolayı, bu mallar bakımından görselliğin önem olarak işitselliğin önünde olduğunu belirtmiştir[342].

Yargılamada görsel benzerliğin, karıştırılma ihtimali açısından önemli bir ölçüt olarak ele alındığı görülmektedir[343].

---

[338] Çolak, s.226; İmirlioğlu, s.170.

[339] Fırıncıoğulları, s.149; Epçeli, s.120.

[340] Fırıncıoğulları, s.149; Epçeli, s.120.

[341] İmirlioğlu, s.171.

[342] T-194/03, Il Ponte Finanziaria SpA v OHIM, 23.02.2006, http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-194/03 (Son Erişim Tarihi: 09.03.2019).

[343] Yargıtay 11. H.D., T. 19.12.2018, E. 2017/2578, 2018/8082 sayılı kararında *“"..." ve "..." ibareleri arasında bir benzerlik yok ise de dava konusu marka başvurusunda yer alan koyu renkteki ters üçgen şeklinin "V" harfi olarak algılanması ve bu şeklin devamında yer alan "..." ibaresiyle bir bütün olarak "..." şeklinde algılanmasının kaçınılmaz olduğu, mahkemece benzerliğin bulunduğunun kabul edilmesinde bir*

b. TÜRKPATENT Değerlendirmesi

i. Sözcüklerden Oluşan Markalar Yönünden

TÜRKPATENT, kelimelerden oluşan markalar arasında işitsel benzerliğin daha az olduğu fakat sözcüklerde kullanılan harfler arasında görsel benzerliğin yüksek bulunduğu durumlarda markaları ayırt edilemeyecek derecede benzer kabul etmektedir. Bu duruma örnek olarak aşağıdaki markalar verilmiştir[344];

Örnek:

angel anqel

(Ayırt edilemeyecek derecede benzer)

Ayrıca görsel benzerlik kapsamında, yüksek görsel benzerliğe rağmen bilinen farklı anlamları nedeniyle farklı algılama yaratan ibarelerin benzer görülmeyebileceğine dair bir istisna olduğu belirtilmiştir. İstisna kapsamında ise aşağıdaki markalar örnek gösterilmiştir[345].

Örnek:

kolay **kalay**

(Ayırt edilemeyecek derecede benzer <u>değil</u>)

ii. Şekilden Oluşan Markalar Yönünden

Markaların kelime unsurlarının dışında, fotoğraflar, resimler, çizimler, logolar, amblemler başta olmak üzere grafikler, armalar, mühürler, etiketler vb. den oluşan şekil

---

isabetsizliğin bulunmadığı gerekçesiyle davalılar vekillerinin istinaf başvurularının esastan reddine karar verilmiştir." hükmünü içerir değerlendirme Yargıtay'ca onanmıştır (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 08.03.2019).

[344] TPE, MİK, s.38.

[345] TPE, MİK, s.38.

unsurlarının da ayniyet veya benzerlik yaratabileceği TÜRKPATENT tarafından kabul edilmiştir. Ayniyet durumunun açık olduğunu belirten TÜRKPATENT, ayniyet düzeyinde benzerlik değerlendirmesinde ise üst düzeyde görsel benzerlik aranacağını belirtmiştir. Üst düzeyde görsel benzerlik içeren marka örnekleri olarak aşağıdaki görseller verilmiştir[346].

(Ayırt edilemeyecek derecede benzer değil)

Verilen örnek ve TÜRKPATENT uygulaması hakkında doktrinde eleştiriler mevcuttur. Konuyla ilgili olarak İmirlioğlu tarafından, ortalama tüketicinin kısa süreli hafızasında söz konusu şekillerin ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğunu, sonraki tarihli başvuruyu yapan marka sahibinin önünde milyonlarca farklı şekil seçeneği varken bu şeklin seçilmesinin tesadüf olmadığını, daha sonrasında itiraza konu olduğunda benzerlik nedeni ile reddedilebilecek bir marka hakkında TÜRKPATENT'in mutlak ret kararı vermesinin isabetli olacağını belirtilmiştir[347].

Bu konuda TÜRKPATENT, detaylardaki küçük farklılıkların ayırt edilemeyecek derecede benzerlik halini ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir[348]. İmirlioğlu yaptığı eleştiride bir bakımdan bu durumu savunmaktadır fakat verilen örnek görsellerdeki farklılıkları TÜRKPATENT'dan farklı olarak detaylardaki küçük farklılıklar olarak değerlendirmiştir. Kanımızca, grafik tasarım olarak farklı olan, yönleri ve detayları yönünden de farklılaşmış söz konusu işaretlerin mutlak ret sebebi kapsamında değerlendirilmesi ağır olacaktır. SMK'nın mutlak ret sebepleri ile ilgili 5. madde gerekçesinde "daha çok kamu düzeni ile ilgili olan" hususları içerdiği" belirtilmiştir[349].

---

[346] TPE, MİK, s.61

[347] İmirlioğlu, s.172.

[348] TPE, MİK, 60.

[349] TURKPATENT, Sınai Mülkiyet Kanun Tasarısı Taslağı Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleri, s.4, https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/D386475F-DF3B-4446-86EB-

Verilen örnekte kamu düzenini sarsacak kadar üst düzey benzerlik bulunmadığı görüşündeyiz. Bu noktada tarafımızca TÜRKPATENT'nun görüşü isabetli olarak değerlendirilmektedir.

iii. Sözcük ve Şekillerin Kombinasyonundan Oluşan Markalar Yönünden

aaa. Şeklin Farklı Sözcüklerin Aynı Olması Durumunda

Sözcük ve şekil kombinasyonundan oluşan markalarda, sözcük unsurunun aynı şekil unsurunun farklı olduğu durumlarda, ortalama tüketicinin sözcük unsurunu daha kolay hatırladığı göz önüne alınarak benzerlik incelemesi sözcük üzerinden yapılmaktadır. Bu gerekçeyle TÜRKPATENT bu tarz benzerliklerde şekli unsurlarına değil sözcük unsurlarına ilişkin değerlendirme yapmakta ve SMK 5/1(ç) bendi kapsamında sonraki başvuru tarihli markayı ayırt edilemeyecek kadar benzer kabul etmektedir. Bu durum kılavuzda aşağıdaki örnekle açıklanmıştır[350];

Örnek:

(Ayırt edilemeyecek derecede benzer)

İmirlioğlu bu hususta TÜRKPATENT'nu eleştirmiş ve ayırt edilemeyecek kadar benzerlik kavramının olabildiğince dar yorumlanması gerektiğini, bu nedenle ortalama bir tüketicinin ilk bakışta fark edebileceği kadar farklı şekil unsuru barındıran bir markanın, SMK m. 5/1(ç) bağlamında ayırt edilemeyecek kadar benzer kabul edilmesinin

---

14B783211D78.pdf , Son Erişim Tarihi : 09.03.2019.

[350] TPE, MİK, s.61.

yerine yayına çıktıktan sonra hak sahiplerinin itirazına konu edilmesi gerektiğini belirtmiştir[351].

bbb. Sözcüklerin Farklı Şekillerin Aynı Olması Durumunda

TÜRKPATENT, sözcük ve şekil kombinasyonundan oluşan başvurularda, şekli unsurun özgün nitelikte olması ve bu şeklin sonraki başvuru sahibince aynen veya çok benzer biçimde kopyalanması durumunda, bu kopyalama halinin kolaylıkla tespit edilmesinin mümkün olduğu veya şekli unsurun tanınmış olduğu hallerde sözcük unsurundaki farklılığın benzerliği ortadan kaldırmadığı görüşündedir. Bu hususta örnek olarak aşağıdaki markalar verilmiştir[352].

(Ayırt edilemeyecek derecede benzer)

Bu noktada, önceki tarihli markada şekli unsurun ayırt edici gücünün zayıf olması, şeklin orijinal ve özgün bir şekil olmaması veya şekil unsurunun markada dikkat çekmeyen yardımcı bir unsur olarak yer alması durumlarında, sonraki tarihli markanın bir bütün olarak yarattığı algı ve izlenim itibariyle önceki tarihli markayla ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğu sonucu ortaya çıkmayabilecektir[353]. Kanımızca yukarıda belirtilen her iki durumda da benzerlik değerlendirmesinin somut olaydaki markaların niteliklerine göre ve olaya özgü şekilde yapılması daha isabetli olacaktır.

---

[351] İmirlioğlu, s.173.

[352] TPE, MİK, s.60.

[353] TPE, MİK, s.61.

3. Anlamsal Benzerlik

a. Genel Olarak

İki işaret, anlam açısından sahip oldukları benzerlik nedeniyle aynı kişiye ait izlenimi yaratıyorsa ve zihinlerde aynı çağrışımları ortaya çıkarıyorsa söz konusu işaretlerin benzer kabul edilmesi gerekmektedir[354]. Anlamsal benzerlik sözcük markalarında, farklı şekilde yazılmış sözcüklerin aynı dilde veya farklı dillerde aynı veya benzer anlamlara gelmesi şeklinde meydana gelirken, şekil markalarında ise markalarda yer alan şekil unsurlarının aynı kavramları nitelemesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir[355].

Örneğin Yargıtay'ın bir kararında, "Hethiter" ve "Hitit" sözcüklerinin farklı dilde de olsalar anlamsal olarak aynı olduklarına karar verilmiştir[356]. Yargıtay bir başka kararında ise "*davacının tescilli tanınmış markasının timsah şeklinden oluşmasına ve davalı şirketin dava konusu marka başvurusunu oluşturan işaretinde aynı anlama gelen "CROCODİLE+timsah şekli" itibariyle, halk tarafından karıştırılmaya sebebiyet verme ihtimali bulunduğunun anlaşılmasına*" ifadeleriyle birlikte anlamsal benzerliğin karıştırılma ihtimali yarattığına hükmetmiştir[357].

Bazı durumlarda markalar aynı anlama gelmeseler dahi aynı kavramsal etkiye sahip olmaları durumunda anlamsal benzerlik içerisinde değerlendirilmişlerdir. "Sunrise" ve "Sunset" kelime markaları, biri gün doğumu diğeri gün batımı anlamına gelmekteyse de OHIM tarafından aynı duygusal çağrışımı yaptıkları gerekçesiyle benzer bulunmuştur[358].

---

[354] Çolak bu kavramı "*kavramsal benzerlik*" olarak ele almıştır. Çolak, s.232-233; Epçeli, s.115; Fırıncıoğulları, s.250.

[355] İmirlioğlu, s.177-178.

[356] Yargıtay 11. H.D., T. 30.12.1982, E. 1982/5229, K. 1982/5746, İmirlioğlu, s.178.

[357] Yargıtay 11. H.D., T. 18.11.2015, E. 2005/13104, K. 2005/11243 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası: Son Erişim Tarihi : 05.03.2019).

[358] Guidelines For Examination In The OHIM On Community Trade Marks, Part C, Opposition Section 2, Identity and Likelihood of Confusion, s.34 (İmirlioğlu, s.179'dan naklen).

b. TÜRKPATENT Değerlendirmesi

TÜRKPATENT, markalar ayırt edilemeyecek derecede benzerlik bakımından karşılaştırılırken, markaların görsel ve işitsel açılardan benzerliğinin esas alınacağını, markaların görsel ve işitsel açılardan ayırt edilemeyecek derecede benzer olmadığı sürece, tek başına anlamsal açıdan aynılığın veya benzerliğin ayırt edilemeyecek derecede benzerliğe yol açmayacağını kabul etmektedir. Markada kullanılan sözcük unsurunun tanımlayıcı nitelikte olması durumunda kavramsal benzerlik ortaya çıkmayacaktır. Aynı şekilde korunabilir nitelikte olmayan işaretler de karıştırılma ihtimaline gerekçe teşkil etmeyeceklerdir[359].

TÜRKPATENT markalar arasındaki kavramsal benzerlik konusunda altı adet faktör tanımlamıştır. Bunlar kılavuzda aşağıdaki şekilde sıralanmıştır;

− Kavramsal benzerlik incelemesinde şekil unsurunun yaygın kullanımı göz önüne alınmalıdır.

− Önceki markanın şekil unsurunun kendiliğinden sahip olduğu veya halk nezdinde tanınmışlıktan kaynaklanan yüksek ayırt ediciliği olması durumunda ortaya çıkan kavramsal benzerlik, karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkmasına neden olabilir.

− Yüksek bilinirlik göstermeyen veya yaratıcılık düzeyi düşük şekil unsurları kullanılan markalarda kavramsal benzerlik, tek başına, markalar arasında karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkmasına neden olmayacaktır.

− Markada kullanılan şekil unsurunun tanımlayıcı nitelikte olması durumunda, marka bu şekilde tanınmışlık kazanmadığı sürece, kavramsal benzerlik ortaya çıkmayacaktır. Aynı şekilde popüler olarak veya ilgili sektörde yaygın biçimde kullanılan kalp, taç, yıldız şekilleri gibi şekil unsurları için de bu husus geçerlidir.

− Bir şekil markasının bir sözcük markasıyla kavramsal benzerliğinin ortaya çıkması için sözcüğün açıkça ve doğrudan o şeklin adlandırması olması gerekmektedir. Başka bir ihtimalin mümkün olduğu hallerde ve sözcüğün daha geniş veya genel bir anlama sahip olması halinde de kavramsal benzerlik ortaya çıkmayacaktır.

---

[359] TPE, MİK, s.35-36.

− Benzer kavramlara tekabül eden şekiller ihtiva eden markalarda halkın iki markanın birbirini çağrıştırdığını düşünmesi, tek başına, karıştırılma ihtimali yaratmayacaktır[360].

[360] TPE, MİK, s. 113-114.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSAL VE ULUSLARARASI İÇTİHATLAR IŞIĞINDA ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I.HİTAP EDİLEN ALICI GRUPLARINA GÖRE ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Karıştırılma ihtimali değerlendirilirken, tüketicilerin toplumsal çevresi ve özellikleri önemli rol oynamaktadır zira değerlendirilen mal veya hizmetin hangi alıcı grubuna hitap ettiği değerlendirmenin ne şekilde yapılacağı noktasında önem arz etmektedir.

SMK, karıştırılma ihtimali kapsamında markaların benzerlik değerlendirilmesi ile alakalı olarak "halk tarafından"[361] kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Fakat "halk" kavramının kanun koyucu tarafından bilinçli bir tercih ile kullanılmadığını, kanun koyucunun bu ibareyi "ortalama tüketici" anlamında kullandığını düşünmekteyiz. Bu noktada doktrinde de kanun koyucu tarafından kullanılan "halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırma ihtimali" ifadesiyle kastedilen toplumun bütün kesimleri değil, ilişkilendirme veya karıştırma tehlikesi ile karşı karşıya kalan spesifik çevre olduğu kabul edilmektedir[362].

Yargıtay kararlarında da bu durum; *"...halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise…ortalama tüketicilerden oluşan halkın yaklaşımı göz önünde tutulacaktır."* şeklinde

---

[361] "*Marka tescilinde nispi ret nedenleri*

MADDE 6- (1) Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir"

[362] Dirikkan, s.188; Çolak, s.238; İmirlioğlu, s.67-68; Bahadır, s.87; Arkan, Cilt I, s.103; Epçeli, s.46.

değerlendirilmiştir[363]. Yargıtay kararlarında kanunda belirtilen "halk" kavramının "ortalama tüketici" olarak değerlendirildiği görülmektedir[364].

TURKPATENT, ortalama tüketici kavramını işaretin hitap ettiği ilgili toplum kesimi olarak tanımlamıştır[365].

EUIPO'nun ise ortalama tüketici kavramı ile ilgili olarak; "ilgili tüketici kitlesi" veya "ilgili toplum kesimi" yorumu yapmakta ve bu terimin yargı kararlarının aksine genel anlamda toplum kavramından ayırt edilmesi gerektiğini belirtmektedir[366].

ABAD ise bu hususta, uyuşmazlığa konu mal veya hizmet kategorisinin ortalama tüketicisine ait algının, karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde belirleyici bir rol oynadığını belirterek ortalama tüketicinin değerlendirmeye konu mal ve hizmetler yönünden belirleneceğini kabul etmektedir[367]. Ortalama tüketici kavramının yine ABAD tarafından, "tüketicinin reklâm ve ticari uygulamaların arkasındaki mesajı eleştirel ve izanlı bir şekilde analiz edebilmesinin yanı sıra duyarlı, dikkatli ve ihtiyatlı biri olması" şeklinde nitelendirilerek soyut nitelikteki "halk" kavramından farklılaştırıldığı

---

[363] Yargıtay 11. H.D., T. 21.01.2014, E. 2013/10656, K. 2014/1223 (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 08.07.2019).

[364] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu., T. 23.02.2006, E.2006/11-338, K. 2006/338 sayılı kararında *"Mahkemece hükme dayanak alınan bilirkişi raporu ve mahkeme kararında da işaret edildiği gibi karıştırmada asıl olan ortalama tüketicinin algılamasıdır*." ifadesiyle karıştırma ihtimaliyle karşı karşıya olan toplum kesimini "ortalama tüketici" olarak nitelemiştir. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 07.03.2019).

[365] TPE, MİK, s. 8.

[366] EUIPO, Trade Mark Guidelines, Chapter 3 Relevant Public and Degree of Attention, *"*
The term 'average consumer' is a legal concept that is used in the sense of the 'relevant consumer' or 'relevant public'. It should not be confused with the 'general public' or 'public at large', although the Courts sometimes use it in this sense. However, in the context of relative grounds, the term 'average consumer' must not be used as a synonym of 'general public"

[367] http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-342/97 *"...shows that the perception of marks in the mind of the average consumer of the category of goods or services in question plays a decisive role in the global appreciation of the likelihood of confusion…".*

görülmektedir[368].

Sonuç olarak SMK'da yer alan "halk" kavramının karıştırılma ihtimali değerlendirilmesi kapsamında incelenecek toplum kesimini tam olarak karşılayamayacağı ve bu ibarenin terk edilerek sadece "ortalama tüketici" kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Uygulamada ortalama tüketici kavramı incelenirken mal veya hizmetin niteliğine göre veya alıcı kitlesinin niteliğine göre farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu bölüm içerisinde öncelikle doktrindeki bu üçlü ayrım Türk yargısından ve uluslararası yargıdan karar örnekleri ile incelenecektir.

Fakat belirtmek gerekir ki kanaatimizce uygulamada ele alınan bu ölçütler marka hukukunda karıştırılma ihtimalini incelerken eksik kalabilmektedir. Ortalama tüketicinin algısının çok önemli yer tuttuğunu düşündüğümüz karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde bu algının nesnel ve bilimsel şekilde tespit edilmesi gerektiğine dair görüşler de çalışmamızın devamında yer bulacaktır[369].

B. Markayı Taşıyan Mal veya Hizmetin Günlük Tüketime Konu Olması Durumunda

Markayı taşıyan mal veya hizmet, özel veya birkaç alıcı grubuna ya da konuda uzmanlaşmış alıcılara hitap etmiyorsa bu durumda her kesimden alıcıların dikkat ve özeni esas alınacaktır[370].

Söz konusu mal ve hizmetler, giyim, yiyecek, içecek vb. her kesimden insanın günlük hayatında kullandığı niteliktedir. Bu tür mallarda tüketici genellikle dikkatli davranmayacaktır[371].

---

[368] Pekdinçer/ Ertem, s.305 dpn.6.

[369] bkz. Üçüncü Bölüm, Başlık II/A.

[370] Küçükali, s.121.; Çolak, s.238.

[371] Dirikkan, s.189; Çolak, s.238-239.

Örneğin Yargıtay "ütü" malını günlük tüketim içinde değerlendirmiş ve ortalama tüketici daha dikkatsiz davranacağı için karıştırılma tehlikesinin bu üründe daha geniş değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir[372]. Aynı yöndeki bazı kararlarında ise giyim eşyaları değerlendirilirken ortalama zeka ve dikkate sahip tüketicilerin algısının dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir[373]-[374]. Benzer şekilde ev eşyalarını da günlük tüketim

---

[372] Yargıtay 11. H.D., T. 10.06.1988, E.1987/8854 , K. 1988/3861 sayılı kararında; *"...Mahkemece toplanan delillere, birbirini teyit eden 30.9.1985 ve 5.5.1986 tarihli bilirkişi raporlarına dayanılıp son defa alınan 21.8.1987 tarihli ek rapora itibar edilmeyip, R. firmasının davalıdan önce dava konusu ütülerin şeklini patent olarak Türkiye'de tesbit ettirmiş ve korumaya almış ve yabancı ülkelerdeki tescilinin de daha eski olduğu, davalının imal ettiği ütülerine aynı şekli görünüşü ve büyüklüğü vermekle haksız rekabette bulunduğu ve bu şekil benzerliği yüzünden orta halli normal zekalı alıcıların marka ve teknik kaliteyi incelemeden birini diğerinin yerine alabileceği ve böylece aldanabileceği ve iltibasa yol açıldığı sonucuna varılıp, dava kabul edilmiştir…"* (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 03.03.2019).

[373] Yargıtay 11. H.D., T. 12.12.2018, E. 2017/2789 K. 2018/7900 sayılı kararında; *"...Mahkemece, iddia, savunmalar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacı markaları ile davalı başvurusu arasında 556 Sayılı KHK'nın 7/1-b maddesi kapsamında "aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik" koşullarının oluşmadığı, ancak, davalının "...+Şekil" ibareli başvuru markası ile davacının "..." ve "..." ibareli tescilli markaları arasında, dava konusu markanın 25. sınıfta yer alan "Koruyucu amaçlı olanlar hariç her türlü malzemeden yapılmış iç-dış giysiler, çoraplar." emtiaları yönünden, biçim, düzenleme ve tertip tarzı itibariyle görsel ve sescil olarak, ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunduğu, işin uzmanı yahut dikkatli kişilerden oluşmayan, ortalama düzeydeki alıcı kitlesinin, yargılama konusu yukarıda ismi geçen mallar için ayırdığı satın alım süresi içinde, davalının başvuru markasını gördüğünde derhal ve hiç düşünmeden davacının markasından farklı bir marka olduğunu algılayamayacağı, bunun sonucunda davacıya ait markanın yukarıda bahsi geçen malları yönünden yararlanmak isterken davalının başvuru markasından yararlanmak şeklinde bir yanılgıya düşebileceği, bu nedenle 556 Sayılı KHK'nın 8/1-b anlamında iltibasın bu mallar yönünden oluştuğu, davacı markalarının tanınmışlığının kanıtlanmadığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüyle ... YİDK'nın 2015-M-4912 Sayılı kararının, dava konusu olan 2013/41948 Sayılı markanın kapsamındaki 25. sınıfta yer alan "Koruyucu amaçlı olanlar hariç her türlü malzemeden yapılmış iç-dış giysiler, çoraplar." emtiaları yönünden iptaline, dava konusu marka tescilli olmadığından hükümsüzlük konusunda karar verilmesine yer olmadığına, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir..."* değerlendirmesi yapılan yerel mahkeme kararı onanmıştır. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 11.03.2019).

[374] Yargıtay 11. H.D., T. 02.11.1999, E. 1999/4005 K. 1999/8651 sayılı kararında; *"...Davacı vekili, müvekkilinin "Playboy" ve "Playmete" tescilli markalarının sahibi olduğunu birleştirilen dava davalısı S..... A.Ş. nin giyim eşyalarına ilişkin…*

kapsamında değerlendirmiştir[375]. Bankacılık hizmetleri de Yargıtay tarafından

---

Dava, "Playboy" tescilli marka sahibi olan davacının birleştirilen dava davalısına "Playback" markasının tescili için davalı kuruma yaptığı başvuru sonrasında markalar arasında görsel ve işitsel benzerlikler bulunduğu iddiası ile tescil başvurusunun reddi istemine dair itirazının reddi kararının kaldırılması istemine ilişkin olup, mahkemece reddi istemine dair itirazının reddi kararının kaldırılması istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir.
Davaya, konu markalar arasında semantik ve fonetik bakımlardan kesin bir farklılık bulunduğunun kabulü zorunludur. Daha çok bir magazin dergisi ile özdeşleşmiş bulunan davacıya ait "Playboy" markasının sözlük anlamı "değişik hazları kovalayan ve yaşamının temel uğraşı edinin varlıklı genç erkek" tir. Davalı şirkete ait "Playback" sözcüğü ise önceden kayda alınmış ses dizisine uygun ağız hareketlerinin görse olarak yapılması eylemini ifade eder. Bu sözcükler birden fazla kelime unsurunun kaynaştırılması ile türetilmiş tamlamalar olup kendi içlerinde bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmeleri gerekir. Oysa, mahkemece, her bir marka ayrıştırılmış ve (Play) ibaresi esaslı unsur kabul edilerek davalı şirket markasındaki aynı ibarenin davacı markası ile iltibas doğuracağına sonucuna varılmıştır. Ortalama kavrayışı dikkat ve zekaya sahip bir tüketicinin bu markaları karıştırıp davalı markasını, davacı markasının bir türevi imiş gibi algılayabileceği görüşü isabetli bulunmamıştır. Öte yandan, davalı şirkete ait markanın tescilli logosunda (P) harfi aşağıya dönük bir şapka biçiminde dizayn edilmiş "Authentic Wear" sözcük grubu ile farklı bir grafik kompozisyonu oluşturulmuştur. Anlamsal, görsel ve işitsel bu farklılıkların yanında söz konusu markaların içerdiği emtialar da büyük ölçüde farklılık taşımaktadır. Bütün bu olgular gözetilerek, 556 sayılı KHK.'nın 9/b maddesinde öngörülen halleri içermeyen davacı itirazının reddi kararı yerinde olduğu halde, aksine düşüncelerle davanın kabulü doğru bulunmamış kararın bozulması gerekmiştir…" şeklinde hüküm kurmuştur. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 11.02.2019).

[375] Yargıtay 11. H.D., T. 17.02.2006, E. 2004/14154, K. 2006/1555 sayılı kararında; *"…Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki kanıtlara nazaran, davacının ticaret ve davalının hizmet markalarını, alışveriş merkezlerinde birbirinin aynı veya benzer ürünlerin pazarlanmasında kullandıkları, her iki tarafın ticari faaliyetlerinin aynı olup, kendi üretmedikleri malları tescil ettirdikleri markalar altında pazarladıkları, marka iltibasının iki ticari marka arasında olabileceği gibi koşulları varsa ticaret ve hizmet markaları arasında da olabileceği, taraf markalarında yer alan "Alışveriş Merkezleri" ifadesinin kullanım cinsi belirttiğinden tesvir edici ve ayırt edici nitelik taşımadığından dikkate alınamayacağı, ayırt edici elemanın "Evkur" ibaresi olup, ayrılmaz bir bütün oluşturmadığından hem "ev" hem de "kur" ibarelerinin ayrı ayrı ayırt edicilik vasfına sahip bulunduğu, ancak baskın ve güçlü olan sözcüğün "Ev" olduğu, davalı markasında yer alan "Shop" ibaresinin İngilizce'de dükkan anlamına geldiğinden "Ev" olduğu, davalının davacının markasındaki ayırt edici elemanı aldığı, davalı markasının figüratif olan şekil kısmının ise "EV" sözcüğüne fikri olarak vurgu yaparak dikkatlerin ev imajında yoğunlaşmasını sağladığından tek başına ayırt ediciliğinin bulunmadığı, kaldı ki şekildeki dikdörtgenin davacı markasının şekil kısmını çağrıştırdığı şekil ve sözcüklerden oluşan markalarda genellikle markanın sözcüklerden oluşan kısmının daha ayırt edici kabul edildiğini, markalar arasında görsel, işitsel ve anlamsal benzerlik bulunduğu, davacının markasının*

karıştırılma ihtimali yüksek mal ve hizmetlerden biri kabul edilmektedir[376]. Çocuklara yönelik ürünlerden şeker ve çikolatalara dair de benzer Yargıtay değerlendirmeleri

---

1994 tarihinde tescil edilmekle piyasada belli bir tanınmışlık düzeyine ulaştığı, ticari faaliyetlerinde aynı olduğu, tüm faktörler gözönüne alındığında orta dikkatli tüketici için markaların genel izlenime göre karıştırılma riskinin de yüksek bulunduğu, davalının davacının piyasadaki tanınmışlığından faydalanmayı hedeflediği, "EV" sözcüğünün bir ailenin bakındığı mekan ve konutu ifade edip, her iki tarafın markası ile korunan ürün ve hizmetler için tamamlayıcı olmadığı, kaldı ki nitelik belirten tasvir edici bir sözcüğün gerek Paris Konvansiyonu'nun 6/4 mükerrer C-1 maddesine, gerekse 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7/son maddesi uyarınca tescilinin reddedilemeyeceği, tescil hakkını kaybettiği gerekçeleriyle, davanın kabulü ile davalı markasının iptali ile sicilden terkinine, hüküm özetinin ilanına karar verilmiştir…" şeklinde hükmetmiştir. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 11.02.2019).

[376] Yargıtay 11. H.D., T. 30.04.2014 E. 2013/9101 K. 2014/8109 sayılı kararında; *"…Taraflar bankacılık sektöründe faaliyet göstermekte olup önceki hak sahibi olan davalının markasında bulunan "24" ve "KREDİSİ" ibareleri ile davacı başvurusunda yer alan "HESAP" ibaresi verilen hizmetin niteliğini ve süresini göstermesi bakımından tanımlayıcı mahiyette olup, her iki marka/marka başvurusundaki esas unsur "TURUNCU" kelimesidir ve her iki markadaki bu kelimeler Türkçe kelimeler olup bire bir aynıdır. Davacının bankacılık faaliyetinde turuncu rengini yoğun bir şekilde kullanmış olması rengin ismi üzerinde de kendisine herhangi bir üstün hak vermez. Kaldı ki davacının bu rengi Türkiye'deki faaliyetlerinde kullanımı, bankanın ana hissedarı olan ... Bank N.V'nin Türkiye'deki ... Bank A.Ş'nin hisselerini satın aldığı 14.12.2007 tarihinden sonra, bankanın isminin ... BANK A.Ş olarak değiştirildiği 07.07.2008 tarihinden itibaren, yani yine davalının itiraza mesnet "TURUNCU 24 KREDİSİ" markasının tescil tarihi olan 2006 tarihinden sonra başlamıştır.*

Bankalar bugün artık toplumun hemen hemen tüm kesimine hizmet veren kurumlar olup, hizmeti alan müşterilerin hepsinin dikkatli ve tercihinde bilinç seviyesi yüksek olduğu söylenemez. Bu sebeple uyuşmazlığa konu markaların kullanılacağı hizmetin (hesap çeşidinin) hangi bankanın hizmeti olduğunun -en azından bu hizmeti alan bir kısım tüketici nezdinde- karıştırılma ihtimali yüksektir. Uyuşmazlığa konu markalarda tarafların lider markaları ya da ticaret unvanlarının yer almaması ve tartışılan markaların otomatik olarak lider markayı ya da işletmeyi akla getirmemesi de karıştırılma ihtimalini artırmaktadır…" şeklinde hüküm kurmuştur. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 03.03.2019).

mevcuttur[377]_[378]. Bunların dışında da hem yerel mahkemeler nezdinde hem Yargıtay'da hem de uluslararası mahkemelerde[379] karıştırılma tehlikesi değerlendirilirken farklı

---

[377] Yargıtay 11. H.D., T. 01.11.2007, E. 2016/3603 K. 2017/6005 sayılı kararında; *"...Asıl davada dava konusu marka başvurusu "Ozmo Ogo Pogo+şekil ibaresinden oluşmakta olup, davacının itirazına dayanak aldığı marka ise "Ogi Puki kelime markasıdır. 556 sayılı KHK 8/1-b bendi anlamında iltibastan söz edilmesi için işaretler ve kapsadıkları mal ve hizmetler bakımından markalar arasında görsel, işitsel ya da telafuz bakımından iltibas tehlikesine yol açılmış bulunmalıdır. Somut uyuşmazlıkta taraf markalarında yer alan "Ogo Pogo ve "Ogi Puki ibarelerinin üzerinde kullanılacağı ürünlerin ortalama alıcılarının çocuklar da dahil olmak üzere geniş bir tüketici kitlesini kapsayacak olması ve bu tür ürünleri alırken yeterli dikkat ve özeni göstermeyecek olmaları karşısında bahse konu ibarelerin görsel ve işitsel olarak iltibas tehlikesine yol açacağının kabulü gerektiği halde asıl davanın reddi doğru görülmeyip bozmayı gerektirmiştir..."* şeklinde hüküm vermiştir.(Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 03.03.2019).

[378] Yargıtay 11. H.D., T. 24.04.2017, E. 2015/13753 K. 2017/2329 sayılı kararında; *"...Mahkemece iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacıya ait 2007/02951 numaralı ... ve 2007/48723 numaralı ... + şekil, 2006/47412 numaralı ... + şekil markaları dışındaki markaları ile davalı markası arasında arasında 556 Sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi anlamında benzerlik olduğu, her iki markada ortak ibarenin "..." ibaresi olduğu, kelime anlam olarak golden ibaresinin markaların ilgili olduğu emtialar bakımından vasıf bildirmediği, dolayısıyla "..." kelimesinin benzerlik değerlendirilmesinde belirleyici unsur olduğu, "..." kelimesindeki benzerlik aynılık nedeniyle, davacının markalarında asıl unsur konumunda olan markasının davalı markasında aynen yer aldığı ve bütün olarak bıraktıkları izlenim açısından benzer olduğu ve seri marka izlenimi yarattığı, söz konusu davacı markaları ile davalı markası arasında davalı markasının kapsamındaki tüm emtialar yönünden 8/1-b maddesi anlamında iltibas oluştuğu, davacı markalarının KHK 8/4 maddesi anlamında tanınmış marka olduğu ve davacının tanınmış markalarının davalı markasının emtia listesindeki bütün mallar açısından KHK m. 8/4 maddesinin şartlarını taşıdığı, davaya konu başvuru kapsamında kalan pralinler çikolata ve çikolatalı ürünlerin günlük tüketim ve konu hızlı satın alınıp kullanılan göreceli olarak ucuz gıda ürünleri olduğu, bu sebeple önceki markanın hafızada bıraktığı izin tüketici tercihlerinin belirlenmesinde önemli bir etken olduğu, tüketici kitlesinin büyük bir kısmının her ikisinin aynı tür emtialarda kullanılması halinde ikisi arasında bir yakınlık ve bağlantı kurabileceği, alıcının davacı tarafından sunulan ürünü; almayı düşündüğü ürün zannedebileceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir..."* değerlendirmesi yapılan yerel mahkeme kararı onanmıştır. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 11.02.2019).

[379] GC T-146/08 GC T–146/08 Deutsche Rockwool Mineralwoll GmbH & Co. OHG / OHIM- Redrock Construction s.r.o, T.13.10.2009 tarih ve sayılı kararında inşaat malzemesi ürünlerinin ortalama tüketiciler tarafından günlük kullanım için tasarlanmadıkları ve bu ürünlerin fiyatı ve miktarına bakmaksızın kesin ve bilinçli bir seçim gerektireceği bu nedenle ortalama dikkate sahip ortalama tüketicilerin algısı ile karıştırılma tehlikesi değerlendirmesi yapılamayacağına karar verilmiştir. *"il convient de souligner que les produits visés, en large partie des matériaux de construction, n'ont pas vocation à être utilisés*

ürünlerin kullanım şekilleri bakımından nitelendirildiği görülmektedir[380].

---

quotidiennement par des consommateurs moyens. Leur nature spécialisée nécessite un choix précis et avisé, indépendamment du prix et de la quantité des produits vendus." (http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73467&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4724919, Son Erişim Tarihi: 11.02.2019).

[380] Yargıtay 11. H.D., T. 15.03.2017, E. 2015/12698 K. 2017/1541 sayılı kararında görülebileceği üzere, karıştırılma tehlikesi incelenirken, yerel mahkemece ev tekstili ürünlerinin günlük ve sık şekilde satın alınmayan ürünler olduğuna dair değerlendirme yapılmıştır ; *"Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının ... ibareli tescilli çok sayıda markası olduğu gibi davalının da 8 ve 21 sınıftaki bazı mallar için 1997 yılından itibaren muhtelif sayılarla tescilli ... markalarının olduğu, farklılaşan mallar açısından ilişkilendirme ve iltibas ihtimallerinin oluşmayacağı, davacı markalarının özellikle ev tekstili emtia ve sektöründe tanındığı; bu tür malların ortalama tüketici kitlesinin özellikle yetişkin bayanlar ve yetişkin kişilerden oluştuğu; ancak sık ve günlük alınan ürünler olmadıkları, başvuru kapsamındaki 8. sınıftaki değerli madenlerden olanlar dahil yukarda dökümü yapılan mutfak ve yemek takım ve aletlerinin alıcılarının da aynı veya benzer olduğu, benzer ihtiyaçları karşıladığı günümüzde mağazacılık sektörünün ulaştığı boyut düşünüldüğünde aynı veya benzer yerlerde satışa sunuldukları bu sebeple malların düşük düzeyde de olsa benzer sayılabileceği, ancak davalının renk kombinasyonlu haliyle markasını başvurudan geriye dönük 6 yılı aşkın bir süre 2005'ten başlamak üzere markasal biçimde ve logoyu da içerecek şekilde, fatura, iş evrakı, broşür, yazılı basında yayınlanan reklamlarında yoğun şekilde kullandığı, esasen davalının 1997/20675, 2000/28662 Sayılı ve "..." ibareli yine en son çekişmeli logoyu da içeren 1998/19473 Sayılı "..." ibareli mallarla aynı veya aynı tür emtia yönünden tescilli markalarının bulunduğu, bu markaların başvuru yönünden kazanılmış hak oluşturacağı, YİDK kararının isabetli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir."* (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 11.02.2019)

Yargıtay 11. H.D., T. 11.12.2018, E. 2017/2583 K. 2018/7834 dosyasında ; *"...Davacı vekili, müvekkili şirketin 2013/78928 numara ile '...L' markasının tescili için başvuruda bulunduğunu, 2013/77845 ve 2009/28052 Sayılı "..." ibareli tescilli markalar mesnet gösterilerek davalı tarafından itiraz edildiğini, itiraz üzerine başvurunun emtia listesinden 17, 36. 37, 38, 39, 40 ve 42.sınıfta yer alan bir kısım hizmetlerin çıkarıldığını, müvekkilinin markası ile kısmi redde mesnet gösterilen markaların benzer olmadığını ve karıştırılma ihtimalinin bulunmadığını, müvekkili markasında asıl dikkat çeken kısmın turkuaz ve yeşil kare olduğunu, tüketicilerin markayı görür görmez doğrudan şekle ve akabinde ... ibarelerine odaklanacağını, bu ibarelerin ve renklerin markayı farklılaştırdığını, markaların daha ilk bakışta ayırt edici olduklarını, ... veri tabanında ... ibareli bir çok markaya ulaşılabileceğini, ...'nın aynı zamanda müvekkilinin ticaret unvanının çekirdek kısmını oluşturduğunu ileri sürerek, ... YİDK'nın 17.09.2015 tarih ve 2015-M-9210 Sayılı kararının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.*

Davalı ... vekili, yapılan işlemlerin usule ve yasaya uygun olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Davalı şirket vekili, müvekkili şirkete ait ... ibareli markanın 2010 senesinde tescil edilerek belirli bir

Verilen kararlar incelendiğinde, yiyecek, içecek, giyim gibi günlük veya dikkate değer sıklıkta alım-satım ilişkilerine konu edilen, daha düşük bedelli ve toplumun her kesiminden insanlara hitap eden ürünlerin karıştırılma ihtimali dikkate alınırken ortalama

---

tanınmışlık düzeyine ulaştığını, dava konusu marka başvurusunun müvekkiline ait ... markaları ile iltibas tehlikesi yaratmakta olduğunu, markalarda yer alan ekler, yazı biçimi, rengin benzerlik ve karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmadığını, markalar arasındaki esaslı unsurun ... ibaresi olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İlk derece mahkemesince tüm dosya kapsamına göre, davacının başvuru markası ile davalının markaları arasında başvuru kapsamından çıkartılan mal ve hizmetler yönünden, biçim, düzenleme ve tertip tarzı itibariyle görsel ve sescil olarak ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunduğu, her iki taraf markalarında da göze batan asli unsur olarak ...ibaresinin ön plana çıktığı, işin uzmanı yahut dikkatli kişilerden oluşmayan, ortalama düzeydeki alıcı kitlesinin, yargılama konusu ürün ve hizmetler için ayırdığı satın alım süresi içinde, davacının başvuru markasını gördüğünde derhal ve hiç düşünmeden davalının aynı sınıfta tescilli "... markasından farklı bir marka olduğunu algılayamayacağı, bunun sonucunda davalının markasını taşıyan maldan yararlanmak isterken davacının başvuru markasından yararlanabileceği şeklinde bir yanılgıya düşebileceği, başvuru kapsamından çıkartılan mal ve hizmetler yönünden 556 Sayılı KHK'nın 8/1-b maddesindeki iltibasın bulunduğu ve YİDK kararı yerinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir…" (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 18.03.2019)

Yargıtay 11. H.D., T. 01.06.2015, E. 2015/2555, K. 2015/7356 dosyasında yerel mahkemece verilmiş kararı onayarak, davalı tarafın, uyuşmazlık konusu ürünlerin günlük kullanıma yönelik kolay tüketilen ve ucuz ürünler olması nedeniyle iltibas tehlikesinin daha da arttığına dair iddiasını kabul etmiştir; *"…Davacı vekili, müvekkili şirketin TPE nezdinde tescilli "E. P. K.", "E.P." ve "P." markalarının sahibi olduğunu, bu markalardan 2000/04161 sayılı P. markasının bir kısım emtialar bakımından müvekkili tarafından K.Ş. Fabrikası A.Ş.'ye devredildiğini, davalı şirketin "P." ibaresinin marka olarak TPE'ye yaptığı 2007/06423 sayılı başvurunun ilanı üzerine yasal süresi içerisinde başvuruya itiraz ettiklerini, itirazlarının YİDK'nın 2008-M-5241 sayılı kararı ile haksız şekilde reddedildiğini, müvekkili markaları ile davalı şirket başvurusunun ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğunu ve markalar arasında iltibas tehlikesi bulunduğunu, emtia listesindeki malların günlük kullanıma yönelik kolay tüketilen ve ucuz ürünler olması nedeniyle iltibas tehlikesinin daha da arttığını, dava konusu markanın tüm sınıflarda reddi gerektiğini, davalının tescil başvurusunun aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğini, başvurunun kötü niyetle yapıldığını, ileri sürerek YİDK kararının iptaline, davalı markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep ve dava etmiştir… sayılı markanın başvuru kapsamındaki 29 ve 30.sınıflarda yer alan mallar yönünden kısmen hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine, fazlaya ilişkin istemlerin reddine, asli müdahale davasının açılmamış sayılmasına karar verilmiştir…"* (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 11.02.2019).

derecede dikkatli ve özenli ve ortalama zekadaki bireylere göre değerlendirme yapılacaktır.

C. Markayı Taşıyan Mal veya Hizmetin Özel Nitelikli Olması Durumunda

Potansiyel müşterilerin dikkat ve özeni, satın alınacak mal veya yararlanılacak hizmetin mahiyetine göre farklılık gösterebilecektir. Bu nedenle bazı ürünler özel bir tüketici çevresine sahip olmasalar da genel tüketiciler bu malları alırken günlük tüketim ürün ve hizmetlerinden daha fazla dikkat ve özen gösterecektir[381]. Bu kapsamda bazı mal ve hizmetler alıcı kesimi yönünden özel nitelik arz etmese dahi ürünün kendi özel niteliği sebebiyle karıştırılma değerlendirmesinde günlük tüketim mallarından daha farklı değerlendirileceklerdir. Bu duruma örnek olarak yüksek değerli makinalar veya otomobiller verilebilir. Bu tür ürünler alıcılar tarafından özenle araştırılmakta, denenmekte ve satın alma kararı daha sonra verilmektedir[382].

Tüketicilerin, özel nitelikte bulunan ve değeri yüksek olan ürünler hakkında yapacağı ayrıntılı değerlendirme ve inceleme nedeniyle, bu ürünlerde karıştırılma ihtimali tehlikesinin ilke olarak günlük tüketim malzemelerine göre daha düşük düzeyde olacağı kabul edilmektedir[383].

Ayrıntılı değerlendirme ve inceleme sonucunda alınan ve değeri yüksek olan mallarda karıştırılma ihtimalinin ilke olarak günlük tüketim ürünlerine göre daha düşük olduğu kabul edilmektedir[384].

Bu durumla ilgili olarak bir OHIM kararında "yüksek fiyat, güvenlik ve konfor nedeniyle nadiren alınan mallar için yüksek dikkat ve özen gösterileceğinden karışıklık riski de düşecektir" yorumu yapılarak otomobiller açısından özel nitelikli mal tanımlaması

---

[381] GC T-66/11 Present Service Ullrich GmbH CO. KG v OHIM; Punt Nou SL 31.01.2013 rarih ve sayılı karar (Kılıç, s.83).

[382] Dirikkan, s.190.

[383] Richtlinie Widerspruchsverfahren vom 17 November 1997 (C.II.2.c) (Dirikkan, s.190'dan naklen).

[384] Dirikkan, s.190.

yapılmıştır[385].

Bunun dışında yatçılık ve havacılık kavramlarının söz konusu olduğu bir dosyada yerel mahkeme;

> *"...benzerliğin çekişmeli 39. sınıfta yer alan hizmetlerin ortalama tüketicileri tarafından hemen hemen aynı gibi algılanacak düzeyde bir benzerlik olmadığı görülmektedir. Zira anılan ortalama tüketici profili, özen seviyesi, hizmetin alım sıklığı, ücreti, sunum kanalları dikkate alındığında, başvurudaki "yatçılık"; redde mesnet markalarda yer alan sırasıyla "havacılık turizm ve ticaret a.ş. + şekil" ve "çevre teknolojileri ve inşaat san. tic. ltd. şti.+ şekil" ilaveleri nedeniyle işaretlerin aynı marka gibi algılanmasına imkan yoktur. Özen seviyesi makul yeterince bilgili ortalama tüketiciler başvuruyu iki kelime ve beş hecede "at-las-yat-çı-lık" şeklinde okuyup görsel olarak algılayacak buna karşılık redde dayanak alınan markaları "at-las-ha-va-cı-lık-tu-rizm-ve-ti-ca-ret-a.ş. + şekil" biçiminde okuyup göreceklerdir..."*

değerlendirmesi yaparak hizmetin alım sıklığı, ücreti ve dağıtım kanalları gibi hususların karıştırılma değerlendirmesi yapılırken dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir[386]. Yargıtay ise söz konusu kararı onamıştır[387].

Yargıtay'ın 2017 tarihli bir kararında ise paralı eğitim hizmetinin yüksek fiyatlardan dolayı tüketicilerin dikkatli araştırma ve incelemesine konu olduğuna ve bu nedenle karıştırılma ihtimalinin düşük olacağına dair bir değerlendirmesi bulunmaktadır[388].

---

[385] GC T-486 CA Ford Motor Company v OHIM; Alkar Automotive SA 22.03.2011 sayı ve tarihli karar (Kurt, s.84).

[386] Ankara 3. FSHHM'nin 16.07.2013 tarih ve 2012/218 Esas ve 2013/131 Karar sayılı kararı (Emre Yılmaz, Markaların Benzerliği Konusunda TPE ve Yargı Kararlarının Karşılaştırılması, Eskişehir, 2018, s.67'den naklen).

[387] Yargıtay 11. H.D., T. 26.05.2014, E. 2014/3051 K. 2014/9713 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi : 11.02.2019).

[388] Yargıtay 11. H.D., T. 15.03.2017, E. 2015/13554 K. 2017/1523 sayılı kararında; *"...Mahkemece; davalı derneğin Türkiye genelinde birden fazla kolejinin bulunduğu, kolej isminin bulunduğu şehir veya ilçe adı ile ... olarak bilindiği, markaların karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde, davalı markasındaki baskın unsurun ... ibaresi olduğu, bu hali ile ... ibaresinin davacı markasından ayırt edicilik itibariyle*

OHIM'in 2008 tarihli bir kararında ise, "müşterilerin düzenli olarak satın almadıkları bir mal söz konusu olduğunda alım sürecindeki dikkatlerinin normalde gösterdikleri dikkatten yüksek olduğu kabul edilir" hükmü ile birlikte markayı taşıyan mal veya hizmetin özel nitelikli olarak kabul edilebileceği bir başka durum ortaya konulmuştur. Söz konusu kararda mobilya ürünleri ile ilgili değerlendirme yapan OHIM; tüketicilerin mobilya gibi fonksiyonel olan ve günlük tüketime konu olmayan ürünler satın alırken normalden daha fazla dikkat sarf ettiğini belirtmiştir[389]. Ülkemizde de benzer yargı kararları mevcuttur[390].

Özel nitelikteki ürünlerin hitap ettiği ortalama tüketicilere ilişkin kararlar incelendiğinde, otomobiller, yatlar, havacılık hizmetleri, yüksek fiyatlı makinalar gibi, tüketicileri yüksek bedellerden ötürü daha dikkatli ve özenli olmaya iten mal veya hizmetlerden oluştuğu görülmektedir. Fakat bu başlıkta anılması gereken bir başka olasılık daha mevcuttur. Bu

---

yeterli görsel ve işitsel ayırt ediciliği sağladığı, ayrıca somut uyuşmazlıkta standart eğitim hizmeti yerine daha pahalı olan ücretli eğitim hizmetini tercih eden tüketicilerin daha araştırmacı ve hassas davranacaklarının açık olduğu, bu hali ile daha vasıflı bir tüketici kitlesinin iki marka arasındaki ilişkilendirme ihtimalini ortadan kaldıracağı, aldırılan bilirkişi raporunun da bu yönde olduğu, davalı şirketin ...+ logo şeklindeki markayı kullanmasının markalar arasında bir benzerlik ve iltibas tehlikesinin bulunmaması sebebi ile davacı markasına tecavüz teşkil etmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir..." şeklindeki yerel mahkeme kararını onamıştır. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 11.02.2019).

[389] CFI T-112/06 Inter Ikea Systems BV v OHIM, Walter Waibel 16.02.2008 sayı ve tarihli karar (Kılıç, s.83-84).

[390] Ankara 2. FSHHM'nin 06.02.2013 tarih ve 2012/195 Esas ve 2013/25 Karar sayılı kararında; *"...Davacının marka tescil başvurusu manyetik, optik ve pozlanmış film halinde kayıt taşıyıcılar ürünleri için reddedilmiştir. Redde mesnet markanın kapsamında bu ürünlerin bire bir aynısı bulunmamaktadır. Redde mesnet markada yer alan televizyon, video, kamera, fotoğraf makinesi, müzik seti, kasetçalar, radyo, bilgisayar, disk, disket ürünlerinin fonksiyonel olarak benzer işlev görmesine karşın teknik olarak başvuru konusu işaretteki ürünlerden farklıdır. Redde konu ürünlerden yararlanacak veya satın alacak olan kişiler normalden daha fazla dikkat ve özenle bu ürünleri tercih edeceklerdir. Tüketicilerin yararlanma veya satın alma için ayıracakları süre oldukça uzun olacaktır. Zira söz konusu ürünler teknik ve işlevleri sebebiyle dikkatli ve özenli bir seçimi gerektiren ürünlerdir. Söz konusu ürünlerin yararlanıcı ve alıcı kitlesi yetişkin ve belli bir seviyede aydınlanmış kişilerden oluşmaktadır. Şu duruma göre başvuru konusu işaret ile redde mesnet markanın redde konu ürünler bakımından ortalama yararlanıcı ve alıcı kitlesi için açık bir şekilde iltibasa neden olacakları da söylenemeyecektir..."* (Yılmaz, s.63)

olasılık, tüketicilerin mal veya hizmetten sıklıkla yararlanmadığı ve tüketici tercihinde fonksiyonu önemli mobilyacılık gibi mal ve hizmetlere ilişkindir. Her iki tür mal veya hizmet için tüketici, normal zekalı ve orta düzeyde dikkat ve özen seviyesindeki bir vatandaştan daha dikkatli, daha özenli ve daha akılcı seçimler yapmaya çalışacak bu nedenle karıştırılma ihtimali tehlikesi bu tür mal ve hizmetlerde de daha düşük olacaktır[391].

D. Markayı Taşıyan Mal veya Hizmetin Özel veya Uzman Alıcı Grubuna Hitap Etmesi Durumunda

Piyasaya sürülen bazı ürünler özel veya uzman alıcı gruplarına hitap etmektedir. Söz konusu ürünler ile ilgili olarak yapılacak karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde bu uzman veya özel topluluğun izlenimi dikkate alınacaktır. Özel veya uzmanlaşmış alıcı kitlesi, ortalama dikkat ve özene sahip alıcılardan daha özenli ve seçici davranmaktadır[392].

Yerel mahkeme kararlarında; "Reklamcılık, pazarlama ve halkla ilişkiler ile ilgili hizmetler(Ticari ve reklam amaçlı sergi ve fuarların organizasyonu hizmetleri dahil), büro hizmetleri, iş yönetimi idaresi ve bu konular ile ilgili danışmanlık, muhasebe ve mali müşavirlik hizmetleri"[393], "Boyalar, vernikler, laklar, pas önleyiciler, ahşabı koruyucu

---

[391] CFI T-112/06 sayılı 16.02.2008 tarihli kararda OHIM, mobilya ürünleri için söz konusu değerlendirmeyi yapmıştır. (Kurt, s.84).

[392] Küçükali, s.123; Epçeli, s.47; Dirikkan, s.125.

[393] Ankara 3. FSHHM'nin 13.02.2014 tarih ve 2013/220 Esas ve 2014/23 Karar sayılı kararında; *"...Somut uyuşmazlıkta dava konusu başvuru "optimum denetim" sözcüklerinden oluşmaktadır. Marka başvurusunun kapsamından "Reklamcılık, pazarlama ve halkla ilişkiler ile ilgili hizmetler (Ticari ve reklam amaçlı sergi ve fuarların organizasyonu hizmetleri dahil), büro hizmetleri, iş yönetimi idaresi ve bu konular ile ilgili danışmanlık, muhasebe ve mali müşavirlik hizmetleri" çıkartılmıştır. Bu hizmetler redde mesnet markaların kapsamında aynı veya aynı tür olarak yer almaktadır. Bu hizmetlerin ortalama tüketicileri yeterince özenli hatta hizmetlerin niteliği de dikkate alındığında üst seviyede dikkatli, seçici profesyonellerden oluşmaktadır. Bu kişilerin dikkat ve özeninin günlük tüketime tabi ucuz, her yaş ve eğitimdeki kitleye hitap eden malların alıcılarının dikkatine ve özenine göre çok daha yüksek olduğu görülmektedir.*

maddeler, boyalar için bağlayıcı ve inceltici maddeler, boya pigmentleri vb."[394]

Denetim ibaresinin eklenmesi nedeniyle başvuru ile redde mesnet markaların aynı olmadığı şüphesizdir. Dolayısıyla ayırt edilemeyecek derecede benzerlik olup olmadığı incelenmelidir. Bu değerlendirmede çekişmeli 35. sınıftaki hizmetlerin yukarıda tanımlanan alıcılarının dikkatinin, özeninin ve algısının dikkate alınması gerektiği tekrar vurgulanmalıdır…Ortalama tüketicilerin ve özellikle somut olayda olduğu gibi profesyonel yöneticilere hitap eden mal ve hizmetlerin ortalama alıcıları bu işaretleri aynı veya hemen hemen aynı gibi algılamazlar. Bu nedenle bu incelemenin nispi ret nedeni olan ve itiraz üzerine incelenebilecek olan KHK 8/1-b bendi alanına terk edilmesi gerekir. Aksi uygulamalar TPE uzmanlarının subjektif, öngörülemeyen, başvuru sahibi bakımından bir tür kamu hizmeti olan tescil hizmetinden eşit şekilde yararlanmayı ortadan kaldıran bir uygulamaya dönüşecektir.

Somut olayda söz konusu markaların, başvuru kapsamındaki hizmetlerin ortalama tüketicileri tarafından okunuş, yazılış, anlam ve özellikle redde mesnet markaların şekil unsurları da içermesi dikkate alındığında görünüm ve genel izlenim itibariyle hemen hemen aynı gibi algılanmasına olanak bulunmamaktadır. KHK'nın 8/1-b bendi anlamında benzerlik tartışması gerektiren bir benzerliğin KHK'nın 7/1-b bendi anlamında tartışılması kabul edilemez. Hizmetler yönünden gerçekleşen aynı veya aynı tür olma halinin işaretler aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olmadığından sonuca etkisi bulunmamaktadır. KHK'nın 7/1-b bendi koşulları gerçekleşmediğinden YİDK kararının iptali gerekmiştir…" (Yılmaz, s.101-102).

[394] Ankara 2. FSHHM'nin 12.02.2014 tarih ve 2013/165 Esas ve 2014/33 Karar sayılı kararında; *"…2. sınıf ürünlerden yararlanacak olan kişiler normalden daha fazla dikkat ve özenle bu ürünleri tercih etmektedirler. Satın alma ve yararlanma için ayıracakları süre oldukça uzundur. Zira 2. sınıfta yer alan ürünler (Boyalar, vernikler, laklar, pas önleyiciler, ahşabı koruyucu maddeler, boyalar için bağlayıcı ve inceltici maddeler, boya pigmentleri vb.) pahalı ürün ve hizmetler olduğu gibi alıcı ve yararlanıcı kitlesi yetişkin ve belli seviyede aydınlanmış ve hatta uzmanlığı bulunan kişilerden oluşmaktadır. Bu nedenle 2. sınıf ürünler bakımından ortalama alıcı ve yararlanıcı kitlesi için başvuru konusu işaret ile redde mesnet markanın herhangi bir inceleme yapılmasını gerektirmeyecek derecede iltibasa neden olacakları söylenemez.*

Söz konusu markalar arasında yukarıda belirtildiği üzere aralarında iltibas ihtimali bulunmadığından başvurunun ilana çıkarılması ve redde mesnet marka sahibinin itirazına açılması makul ve zorunludur.

Ortalama düzeydeki tüketicilerin ve yararlanıcıların ilk bakışta ve derhal herhangi bir araştırma yapmasına gerek kalmaksızın bu marka ve işareti karıştırabileceklerinin kesin ve açık olarak söylenmesi gerçekçi olmayacaktır. Zira ortalama tüketicilerin veya yararlanıcıların önceki kullanımlardan edindikleri izlenimle bu marka ve işaretin farklı işletmelere ait iki marka olduğunu algılamaları daha gerçekçi bir yaklaşım olacaktır. 2. sınıf ürünlerle ilgili olarak satın alma veya yararlanma süresi içerisinde redde mesnet markayı taşıyan hizmetlerden yararlanmak veya onu taşıyan ürünlerden satın almak isterken davacının işaretini taşıyan ürün ve hizmetleri satın alma biçiminde bir yanılgı yaşamayacaklardır…" (Yılmaz, s.98).

ürünlerinin alıcı gruplarının bu şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Yargıtay'ın ise; 01 ve 02. sınıflardaki mallar[395] ile eczacılık ve kimyacılık[396] gibi mal ve hizmetlerde

---

[395] Yargıtay 11. H.D., T. 18.04.2018, E. 2017/4240 K. 2018/2881 sayılı kararında; *"…Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; işaretler arasındaki sescil ve sözcük unsurları yönünden görsel benzerliğin çekişmeli 02. sınıftaki "boyalar, vernikler, laklar, pas önleyiciler, ahşabı koruyucu maddeler, boyalar için bağlayıcı ve inceltici maddeler, boya pigmentleri, metali koruyucu maddeler, ayakkabı boyaları; tonerler" yönünden emtianın ortalama tüketicilerinin her yaştan ve meslekten bireysel ihtiyaçları için anılan ürünleri satın alabilecek kişilerden oluştuğu; zira "boyalar, metal koruyucu maddeler, ayakkabı boyaları; tonerler" gibi ürünlerin ortalama tüketicilerin sadece profesyonel alıcılardan oluşmayıp bu ürünleri nadiren ve sadece bireysel olarak ihtiyaç duyup satın alabilecek kişileri de içerdiği; dolayısıyla bu tüketicilerin özen ve bilgi seviyelerinin profesyonellere göre daha düşük olacağı; işaretler arasında mevcut görsel ve işitsel benzerliğin bu alıcıların en azından marka ve arkasındaki işletmeler arasında ticari, ekonomik, ya da yönetsel bir bağ olduğu yanılgısına düşebilecekleri, çekişmeli 01. sınıftaki "Sanayide, bilim sahasında, fotoğrafçılıkta, tarım, bahçecilik ve ormancılıkta kullanılan kimyasallar. İşlenmemiş suni reçineler ve işlenmemiş plastikler. Gübreler ve topraklar. Yangın söndürücü maddeler. Ev ve kırtasiye amaçlı olmayan yapıştırıcılar" ile 02. Sınıftaki "matbaa boyaları ve mürekkepleri, tonerler; besin maddelerini, ispençiyari ürünleri ve içecekleri boyamağa mahsus maddeler. İşlenmemiş doğal reçineler. Boyacılar, dekoratörler, matbaacılar ve sanatçılar için metal levhalar ve toz halde metaller" emtialarının alıcılarının bu ürünlere profesyonel olarak ihtiyaç duyan ya da özen seviyesi yüksek kişi ve tüketicilerden oluştuğu; dolayısıyla bu malların ortalama alıcılarının satın alma işlemi öncesinde ve sonrasında üst düzeyde özenli, seçici, piyasayı araştırıp fiyat, kalite ve alıcıyı etkileyecek tüm unsurları gözeten kimseler oldukları; bu kişiler için "S." ve "S." kelimeleri arasındaki son harf farkından kaynaklanan okunuştaki vurgu farkı ile bir bütün olarak işaretler arasında bulunan görsel, kavramsal ve genel izlenim farklarının başvuru ile davacı markalarının farklı işletmelere ait aralarında herhangi bir bağlantı bulunmayan markalar ve ürünler olduğunu ayırt edebilmelerine yeterli olduğu, mal ve hizmet benzerliği ile işaretler arasındaki benzerliğin karşılıklı bir bağımlılık ve etkileşim içinde bulunduğunu göz ardı eden, tüm sınıf ve alt grupları aynı biçimde değerlendiren yaklaşımların hukuki dayanaktan yoksun bulunduğu ve gerçekçi olmadığı; bu tespitler aksine bilirkişi raporunda belirtilen bir kısım görüşlere bu nedenlerle itibar edilemeyeceği gerekçesiyle…"* şeklindeki yerel mahkeme değerlendirmesini onamıştır. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 11.03.2019).

[396] Yargıtay 11. H.D., T. 29.11.2018, E. 2017/1905 K. 2018/7507 sayılı kararında; *"…Davacı vekili, müvekkili şirketin, 05. sınıf ürün ve hizmetleri içeren, 2006/01017 numaralı "…" ibareli markanın sahibi olduğunu, davalı şirket tarafından 05. sınıf emtialarda kullanılmak üzere, 2013/46231 başvuru numaralı, "…" ibareli marka tescil başvurusuna iltibas ve markalarının tanınmışlığından faydalanma sebeplerine dayalı olarak müvekkili şirketçe yapılan itirazın, nihai olarak … … tarafından reddedildiğini, kararın haksız ve hukuka aykırı olduğunu, davalının kötü niyetinin 556 Sayılı KHK madde 35 ve TMK madde 2 gereğince korunamayacağını ileri sürerek, … … kararının iptalini, tescili halinde markanın hükümsüzlüğünü ve*

benzer değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Gerçekten de "*İlk derece mahkemesince iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; taraf markalarının "..." ve "..." olarak eczacılıkta ve kimyada farklı anlama gelen kelimeden oluştuğu, reçetelendirilmeleri gereği objektif ilkelere göre bilinçli kullanıcı grubu olan doktor ve eczacılar yönünden markaların karıştırılmasının mümkün olmadığı*" şeklindeki ifadelerle doktor ve eczacıların halktan ayrıştırıldığı ve özel ve nitelikli bir tüketici kitlesi olarak ele alındığı görülmektedir.

Yabancı mahkeme kararlarında ise insan ve hayvan sağlığı için ilaçlar, kimyasal, elektroteknik ölçü ve kontrol cihazları[397], telekomünikasyon hizmetleri, bilişim uzmanlarının bankacılık dışındaki telefon uygulamalarında kullanacakları resimlerin kalitesini yükseltmek için bilgisayar sistemi gibi mal ve hizmetler bu kapsamda değerlendirilmiştir[398].

Bu noktada önemli olan husus ise, mal veya hizmetlerin bilinçli veya uzman tüketicilere

---

sicilden terkinini talep ve dava etmiştir.

Davalı ... vekili, ... kararının usul ve yasaya uygun olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı şirket vekili, taraf markaları arasında farklılık olduğunu, markalar arasında görsel, işitsel ve anlamsal benzerliğin dahi bulunmadığını, ilaçların farklı hastalıkların tedavisinde kullanılacak olmalarının da karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırdığını, müvekkilinin kötüniyetli olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesince iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; taraf markalarının "..." ve "..." olarak eczacılıkta ve kimyada farklı anlama gelen kelimeden oluştuğu, reçetelendirilmeleri gereği objektif ilkelere göre bilinçli kullanıcı grubu olan doktor ve eczacılar yönünden markaların karıştırılmasının mümkün olmadığı, kaldı ki bu tür ilaçların kullanıcısı olan hastaların da bilinçli tüketici olarak kabul edilmesinin gerektiği, davacı şirkete ait "..." adlı ilacın konu ile ilgili kişilerce bilindiği ancak, taraf markaları benzer bulunmadığından tanınmışlığın somut olaya bir etkisinin bulunmadığı, yine taraf markalarının benzer bulunmaması nedeniyle 556 Sayılı KHK'nın 8/3 madde koşullarının da oluşmadığı gibi başvurunun kötüniyetle yapıldığını söylemenin de mümkün bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir...." şeklindeki yerel mahkeme değerlendirmesini onamıştır. (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 11.03.2019).

[397] Dirikkan, s.190, dpn.69.

[398] Kurt, s.82-87.

hitap etmesinin tek başına karıştırılma ihtimalini bertaraf etmediğidir[399]. ABAD, ilaç markalarıyla ilgili verdiği bir kararında her ne kadar hitap edilen müşteri kitlesinin dikkat seviyesi ortalama tüketiciden yüksek olsa da somut durumda karıştırılma ihtimalinin yine de ortaya çıkabileceğine hükmetmiştir[400].

E. Karıştırılma İhtimali İncelemesi Yapılan Mal veya Hizmetlerin Farklı Niteliklerde Olması Durumunda

Yukarıda incelenen durumlarda karıştırılma ihtimalini değerlendirilen mal veya hizmetler aynı niteliktedir veya aynı tüketici çevresine hitap etmektedir. Mal veya hizmetlerin farklı niteliklerde olması veya hitap ettikleri çevrenin farklı alıcılardan oluşması durumunda ne olacağı yargı kararları ışığında açıklanacaktır.

Öncelikle aynı mal veya hizmet hem ortalama dikkatteki halka hem de uzman alıcı grubuna hitap edebilmektedir. Bu konudaki yabancı mahkeme kararlarında; malların hem profesyonellere hem de normal halka hitap etmesi halinde bu gruplardan yalnızca biri için karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkmasının hüküm için yeterli olacağı[401] ve yine bu tip durumlarda daha düşük dikkatteki müşteri grubunun esas alınarak karıştırılma ihtimali değerlendirilmesi yapılmasının ilke olarak kabul edildiği belirtilmiştir.[402].

---

[399] Yasaman, s.83-84.

[400] Prazol ve Prezal ibareli ilaç markalarıyla ilgili 21.10.2008, T-95/07 sayılı karar. (http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66808&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6553358 Son Erişim Tarihi 20.01.2019).

[401] GC T-213/09 15.02.2011 tarihli karar, (Kurt, s.86).

[402] GC T-366/11, 03.03.2015 sayı ve tarihli yargılamada 03 ve 05 sayılı sınıflardaki ürünlerin genel alıcı kitlesine hitap ettiği, sadece 5. sınıftaki diş sabitleme materyali, diş mumu (material for stopping teeth, dental wax) ürününün profesyonel alıcıları ilgilendirdiği, ancak, genel halkın, profesyonel halktan daha az bilinçli ve dikkatli olduğu düşünüldüğünde, dikkate alınması gerekenin genel halka ait dikkat düzeyi olduğuna hükmedilmiştir. *"In the present case, with regard to the relevant public, the Board of Appeal found that it was composed of the average consumer in the European Union, who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect. It is appropriate to endorse that finding, which is not disputed by the parties. All the goods in Classes 3 and 5 designated by the marks at issue are directed at the general public, with the sole exception of 'material for stopping teeth, dental wax' in class 5 and*

Bu kapsamda ortaya çıkabilecek bir başka uyuşmazlık türü ise önceki tarihli markanın genel dikkat düzeyindeki halka hitap etmesi ve tescili talep edilen markanın profesyonellere hitap etmesi durumu veya tam tersinde ortaya çıkabilecek durumdur. Böyle bir dosyada karıştırılma ihtimali değerlendirilmesi yapılırken sadece profesyonel alıcı grubu dikkate alınacaktır[403].

II.UYGULAMADAKİ ORTALAMA TÜKETİCİ KAVRAMININ ELEŞTİRİSİ VE ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLARI

A. Genel Olarak

Alıcıların benzer markaları karıştırıp karıştırmadıklarının saptanması teknik bilgi ve toplumsal araştırma gerektiren bir konudur ve bu nedenle mahkemeler bu hususta bilirkişi incelemesine başvurmalıdır[404]. Başka bir deyişle, karıştırılma tehlikesi ve dolaylı olarak ortalama tüketici kavramının ortaya çıkıp çıkmadığının belirlenebilmesi için soyut bir

---

designated by the two marks, which are directed at a professional public. However, the general public being considered to be less informed and observant than the professional public, it is the level of attention of the former that must be taken into account." (http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162622&doclang=EN Son Erişim Tarihi: 15.03.2019).

[403] GC T-408/09, 24.05.2011 sayı ve tarihli yargılamada genel halk kitlesinin asla karşılaşmayacağı ürünler ile alakalı olarak onların dikkat düzeyinin değil profesyonel tüketicilerin dikkat ve özen düzeyinin dikkate alınması gerektiğine karar verilmiştir. *"…En revanche, le grand public, qui n'est pas concerné par les services visés par la marque demandée, ne sera jamais confronté à cette dernière marque, si bien que, pour ce public, tout risque de confusion entre les marques en conflit en l'espèce est, par définition, exclu…Toutefois, en l'espèce, la conclusion selon laquelle la marque demandée vise un public restreint et spécialisé de professionnels est, précisément, fondée sur la liste de services telle qu'elle découle de la demande d'enregistrement après sa modification par la requérante (voir le point 11 ci-dessus) et non, comme l'OHMI et l'intervenante le prétendent à tort, sur les seules intentions de celle-ci quant à l'utilisation de sa marque, si elle est enregistrée…"* (http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=81982&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4930066 , Son Erişim Tarihi : 18.03.2019).

[404] CENGİZ, Dilek: Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995, s.33-34.

değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Hakimin pratikte soyutluk ve hukukilik kriterlerini sağlayabilmesi için ise, değerlendirmeyi yaparken her türlü sübjektif etkiden arınması; teknik uzmanlık gerektiren noktalarda ise bilirkişiye müracaat etmesi gerektiği görülmektedir[405]. Bu zorunluluk uygulamada, marka vekillerinin, markanın kullanılacağı ürünün ya da hizmetin içinde bulunduğu sektör temsilcilerinin ve hatta hukukçuların sübjektif görüşlerine başvurularak yerine getirilmektedir. Bir diğer deyişle hakimin sübjektif değerlendirmesinden kaçınılırken başka bir şahsın sübjektif değerlendirmesi ile karşı karşıya kalınmaktadır[406].

Karıştırılma ihtimali kapsamında görülen her dava, ayrı bir "olay çözümü" dür. Markaların özgün karaktere sahip olması, markalarla ilgili uyuşmazlık dosyalarını da benzersiz kılmaktadır. Bu nedenle taraflar arasındaki ihtilafın çözümünde emsal karar ya da içtihat bulmak veya kullanmak mümkün değildir. Bu durumda, öncelikle uygulamada her davanın ayrı bir "olay" olduğu ve daha önceden benzer sayılan olaylarda farklı gerekçelerle farklı sonuçlara ulaşıldığı unutulmamalı ve "içtihat istikrarı/sürekliliği" gibi yaklaşımlara özel bir önem vermeden sonuca ulaşılmalıdır[407].

Örneğin Yargıtay, giyim ürünleri ile ilgili verdiği kararda[408], tüketicilerin bu ürünler ile alakalı ortalama bir dikkat düzeyine sahip olduğu ve karıştırılma ihtimali değerlendirmesinin ortalama dikkat ve özende bir bireyin gözünden yapılması gerektiğini hükmetmiştir. Söz konusu ürünler kapsamında yer alan kot pantolonlarla ilgili bir uyuşmazlıkta karıştırılma ihtimali değerlendirmesi için bilirkişi raporu hazırlandığında, Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararlar doğrultusunda bir sonuç ortaya çıkması muhtemeldir. Fakat bu ürünlerle ilgili yapılmış bir çalışmada; cinsiyet farklılıklarının, yaş farklılıklarının, eğitim farklılıklarının hatta birlikte üniversite eğitimi alan bireylerin

---

[405] Dirikkan, s.192-193, dpn.74-75.

[406] Ünlüönen, Kurban / Battal, Ahmet / Yaylı, Ali / Yüksel, Sedat, Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Güz-2007, C.6, S.22, s.7

[407] Ünlüönen / Battal /Yaylı /Yüksel, s.6-7.

[408] Yargıtay 11. H.D., T. 19.12.2018, E. 2017/2578, 2018/8082 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 08.03.2019).

fakülte ve bölüm farklılıklarının dahi ürün ve marka seçimindeki dikkat ve özen düzeyini farklılaştırdığı gözlenmiştir[409]. Yapılan bu araştırmaya göre hakimin veya bilirkişinin kendi yaşı, cinsiyeti, eğitim durumu veya okuduğu fakülte yapacağı değerlendirmeyi etkileyebilecektir.

Bu kapsamda, 2014 yılında, "Pazarlama ile Hukuk Arasında- Gerçek ve Hukuki Şartlarda Ticari Markalar ve Marka Kimliği" başlığıyla gerçekleşen Almanya Federal Patent Mahkemesi 4. Uluslararası Sempozyumu'nda "Does trademark law need a new concept of the average consumer?" başlıklı panelde günümüz dünyasında ortalama tüketici kavramının tespitiyle ilgili tartışmalar yapılmıştır. Panelde anket gibi bilimsel araştırmaların yargıyı ve marka sahiplerini zorlayacağına dair görüşlere karşılık Dimitris Botis[410], halihazırdaki marka hukuku sisteminde karıştırılma ihtimalinin tüketicileri değil marka sahiplerini korumaya yönelik olduğunu kabul etmekle birlikte tüketicinin görüşlerinin öncelikli öneme sahip olduğunu belirtmiştir. Claudia Meindel ise belirsizliğe veya adaletsizliğe sebep olsa dahi şirketlerin ortalama tüketicinin tespiti için pahalı anketler yapmasından uzak durulması gerektiğini belirtmiştir. Meindel'in şirket temsilcisi olarak panelde yer aldığı düşünülürse bilimsel araştırma yapılmadan ortalama tüketici kavramının tespitinin belirsizlik ve adaletsizliğe yol açabileceğini kabul etmesi dahi

---

[409] Serdar Çifçi, Ruziye Cop, Marka ve Marka Yönetimi Kavramları: Üniversite Öğrencilerinin Kot Pantolon Marka Tercihlerine Yönelik Bir Araştırma, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 2007 Cilt: 44 Sayı:512, s.85 *"...Üçüncü faktör olan ürün özellikleri faktöründe cinsiyetler arası farklılıklar gözlemlenmiştir. Kot pantolon markası tercihlerinde kadınlar, erkelere kıyasla ürün faktörüne daha çok önem vermektedirler. Ürün özellikleri faktörü 20-23 yaş aralığında yer alan müşterilerde, 16-19 ve 24 ve üzerisi yaş gruplarında yer alan müşterilere kıyasla satın alımlarında daha fazla bir etkiye sahiptir. Tablo 11'deki Tukey testi tablosuna göre, 16-19 yaş grubu, 20-23 yaş grubuna kıyasla, ürün özelliklerine satın alım sırasında daha az önem vermektedirler…. Tablo 10'daki varyans analizleri sonucundaki ortalamalara göre, cevaplayıcıların kot pantolon satın alırken ürün özellikleri faktörüne verdikleri önem istatistiksel olarak öğrenim gördükleri fakülte ve yüksekokullara göre farklıdır. Tablo 12'de yapılan Tukey testi sonucunda, özellikle bu farklılıkların Tıp Fakültesinden kaynaklandığı görülmektedir. Tıp fakültesinde ki öğrenciler; Bolu SYO, Fizik Tedavi ve RYO ve Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi öğrencilerine göre ürün faktörüne, daha çok dikkat etmektedirler…".*

[410] OHIM İspanya Hukuk İşleri Müdür Yardımcısı.

kanımızca çalışmada belirttiğimiz düşünceleri destekler niteliktedir[411].

Söz konusu Sempozyumun katılımcısı olan Güneş, Federal Mahkeme Başkanı Profesör Dr. Joachim Bornkamm'ın sunumunu anlattığı bölümde, ortalama tüketici kavramının özel uzmanlığa başvurulması gereken bir husus olduğunu belirttiğini aktarmıştır[412]. Aynı sempozyumda yer alan Dr. Christian Scheier'in ise, tüketici gözüyle markalar ve markanın tüketici psikolojisi ile ilgisi üzerinde durduğunu ve tüketicilerin marka seçimindeki davranışlarının bilimsel açıklamaları olduğunu belirtmiştir[413].

---

[411] Between Marketing and the Law – Trade Marks and Brand Identity in Real and Legal Terms, Symposium 2014, s.100-104 https://www.bundespatentgericht.de/cms/media/Oeffentlichkeitsarbeit/Veroeffentlichungen/Tagungsbaende/tagungsband_2014.pdf (Son Erişim Tarihi : 22.03.2019).

[412] *"…Alman Mahkeme Kararlarında Marka Kimliği" başlıklı bir sunum yaptı. Alman Marka Kanunu'nun 14/2.2 bendine göre, marka ile aynı veya benzer işaret, aynı veya benzer mallar ve hizmetler bakımından halk için karıştırma tehlikesi yaratıyorsa iltibas ve dolayısıyla tecavüz var demektir. Mal ve hizmet benzerliği tür, kullanım amacı, yararlanma biçimi gibi özellikler dikkate alınarak değerlendirme konusu yapılmaktadır. İşaret benzerliği ise, görünüş itibarıyla işaretin yarattığı izlenimin, makul düzeydeki müşteri kitlesi gözünde bıraktığı etkiye göre değerlendirilmektedir.*
Bu konuşmacı, iltibas veya karıştırma riski konusunda kullanılan "ortalama tüketici" kriterinin hukuki mi, yoksa soyut bir kavram mı olduğunu irdeledi. Bu kriterin haksız rekabet, marka hukuku, işaretlerin ayırt edici gücü, kullanımla kazanılan ayırt edici güç ve karıştırma riski konularında kullanılacağını belirtti. Alman yaklaşımına göre, ortalama tüketici tanıklarla kanıtlanabilecek bir olgu değildir. Bu konuda özel uzmanlıktan yararlanılmaktadır. Hâkime, olayların önceden hikâye edilmesi gerekmekte ise de bu tanıklar eliyle olmamaktadır. Hâkimin belli bir uzmanlığı yoksa, mesleki faaliyeti olan bir uzmana başvurması mümkündür. Anket çalışmaları kullanılmakta ve gözlemsel değerlendirme hukuki bir mesele olarak kabul görmektedir. Alman uygulamasında tarafların uzman raporu sunması mümkündür ve bu iki rapor birbiri ile çelişik ise hâkim yeni bir uzman görüşüne başvurabilmektedir…" (İlhami Güneş, "Marka Kimliği ve Markalar" Uluslararası Sempozyumu, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 94, Haziran 2014, s.71).

[413] *"…Dr. Scheier, tüketicinin günlük hayattaki karar mekanizmaları ve nasıl karar oluşturduğuna ilişkin bilimsel kuralları ifade etti. İnsan beyninin bilgiyi depolamasına ve aktive etmesine dair süreçler üzerinde durarak, beyin loblarının rollerine de değindi. Konuşmacı tarafından, mantığın ve duyguların rolleri ve karar üzerindeki etkileri konu edilerek, marka bilgisinin işlevleri ortaya konuldu. Buna göre, sağlıklı bir beyin bir şeyi algılıyor, saklıyor ve yeri geldiğinde kullanıyor. Ancak bu genellikle açık ve net bir bilgi olmayabiliyor, daha ziyade bağlantıları, kodları olan bir bilgi; bildik "koka-kola şişesi" resmi görüldüğünde markanın akla gelmesi gibi. Küçücük bir şeklin sağladığı bilgi, tüm pratik bilgi ağının kapağını açıyor. Bu süreç "nöro-network" olarak adlandırılıyor. Bu terim, beynin içindeki sinir ağına*

Belirtilen hususlar çerçevesinde ve kanımızca karıştırılma ihtimali incelenirken sübjektif değerlendirmeyi sağlamak adına bilimsel ve nesnel ölçütler kullanılmalıdır. Ortalama tüketicinin algısı ancak bu şekilde dosya kapsamına tam olarak sirayet edebilecektir. Aşağıda bu konuda yapılan iki farklı araştırma ve tavsiye edilen iki farklı yöntem incelenecektir.

---

verilen ad ve aynı zamanda öğrenebilme yeteneğine sahip olan bir sorun çözüm modeli anlamına geliyor. Dr. Scheier, Nobel ödüllü Daniel Kahneman adlı iktisatçının ödüllü yapıtında yer alan kirleri referans göstererek, insan beyninin algı, düşünme ve güdü süreçlerini marka bakımından el aldı. Kahneman'a göre insanın iki ayrı düşünce sistemi arasında bir ikilem bulunmakta. İlki, çabuk, duygusal ve güdüsel bir görünüm arz eder. İkincisi ise, daha yavaş, kararlı ve mantık ağırlıklı bir süreçtir. Konuşmacıya göre, beyinde objektif bilgi algılarından sonra, sübjektif yükselti ve deneyim sonuca götürmektedir. Dışarıdan yüklenen resim, şekil ve reklam gibi bilgilerden sonra görüş, duyuş, dokunuş ve tatma gibi duyularımızla üstü kapalı, otomatik, hızlı, efor gerekmeden ve çağrıştırıcı biçimde karar süreçleri işlemekte; alım, tekrar alım, kapma ve klikleme davranışlar gösterilmektedir.

Sözcüklerden ziyade, soyutlama sağlamış şekillerin bu süreçte daha etkin olduğunu bilimsel biçimde ifade etti. Örneğin, insan beyninin sevdiği bir markayı alırken kortiksal olarak rahatlama elde ettiğinin kanıtlandığını açıkladı. Zayıf markalarda ise bu sonucun tersine döndüğünü, beyin iç görünümlerine dair görsel birtakım deney verileri ile anlattı. Bir sosyal deneyde, görevli senaryo gereği üzerinde büyükçe bir pankart taşımaktadır ve pankartta "isterseniz size karşılıksız 5 paund veririm" mesajı yazılıdır. Bu deney sırasında, 2719 kişi pankartı gördüğü halde, sadece 16 kişi bu 5 paundu talep etmiş. Bunun gerekçesi; insanlardaki otomatik algının "karşımdaki benden ne istiyor?" kalıbında olması olarak açıklanmış ve bu güdü kolay kolay değişmemekte…

Dr. Scheier, insanların odaklı ve bulanık olmak üzere iki tip algıları olduğunu belirterek, süpermarket raflarında yan yana duran aynı sınıfta yer alan ayrı markalara sahip ürünleri net fotoğrafla ve bulanıklaştırarak göstermek suretiyle, tüketicinin nasıl yanılabildiğini, iki algının nasıl bir sonuç verdiğini ifade etti. Nitekim normal bir bilgili bakışla kolayca farklı ve karışmaz diyebileceğimiz ürünlerin bulanıklaştırılan halleri ile gerçekten de karıştığını izlemiş olduk. Avrupa Adalet Divanının da önüne gelmiş olan 'Lindt tavşanı' örneğine değinerek iltibasın, aslında beynimizin bize oynadığı bir oyun olduğunu kanıtladı. Golden Eagle ve Nescafe arasında görülen marka ve haksız rekabet davalarında renklerin ve şekillerin iltibas yönündeki etkisi üzerinde durdu. Ürün görsellerinin bulanıklaştırılması, iltibas olgusunun gerçekleşmesi ve işleyişini ortaya koymaktadır…" (Güneş, "Marka Kimliği ve Markalar" Uluslararası Sempozyumu, s.70-71).

B. Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi

Karıştırılma ihtimali incelemesinde ortalama tüketici algısı ile ilgili bilimsel bir ölçüt yaratmaya yönelik olarak kamuoyu görüşünün hukuki sürece dahil edilmesi yöntemi kullanılabilmektedir.

Yapılan bir çalışmada, X Markası ile Y Markası arasında nihai alıcı ve tüketici (kamuoyu) nezdinde bir karıştırma, ilişki kurma ve etkilenme ihtimali olup olmadığını ortaya koymak üzere yapılan araştırmada tüketicilere X ürünlerini, Y zannederek satın alıp almadıkları ve X ürünleri ile Y ürünleri arasında bir ilişki kurup kurmadıkları sorularına cevap bulunmaya çalışılmıştır. Farklı teknikler kullanılarak, görsel, ürünsel ve işitsel olarak cevap bulmayı hedefleyen çalışma, her iki markanın da tüketicilere fiilen sunulduğu yerde ve ürünü kullanabilecek bireyler üzerinde yapılmış ve karıştırılma ihtimali ile ilgili devam etmekte olan bir davada, mahkemenin kanaat oluşturmasına katkıda bulunabilecek bir neticeyle sonuçlanmıştır[414].

Kanımızca araştırma sonucunda bulunan değerler, hakimin sübjektif değerlendirmesinden çok daha bilimsel ve nesnel olmakla birlikte marka hukukunun özüne çok daha uygundur[415].

C. Göz İzleme Yöntemi

Pekdinçer ve Ertem, ambalaj tasarımlarını ele aldığı ve projenin başarılı olması

---

[414] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünlüören/ Battal/ Yaylı/ Yüksel, s.8-11.

[415] Gerçekten de araştırmanın sonucunda "benzerdir", "benzememektedir" gibi kesinlikten uzak sonuçlar değil, "Araştırmada "tüketiciler X ürünlerini, Y zannederek satın alıyorlar mı? Sorusuna cevap olarak; "sokaktaki vatandaşın" %91,3'ünün, marketteki tüketicilerin %95,4'ünün ve reyon önünde bu gruptaki ürünleri satın almak üzere olan müşterinin ise %97,4'ünün, X ürünlerini "Y" ile karıştırarak satın alma ihtimalinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Araştırmada "tüketiciler X ürünleri ile Y ürünleri arasında bir ilişki kuruyorlar mı? şeklinde ifade edilen ikinci soruya cevap olarak; "X" adını ilk kez duyan sokaktaki vatandaşın %95,2'sinin; X'ın ne ürettiğini bilen marketteki tüketicilerin %97,1'inin; reyonda bu gruptaki ürünleri satın almak üzere olan müşterinin ise %97,4'ünün "X" ile "Y" arasında herhangi bir ilişki kurmadığı sonucuna ulaşılmıştır." gibi son derece açık ve kesin sonuçlara ulaşılmıştır.

durumunda diğer karıştırılma ihtimalleri ile ilgili olarak kullanılabileceğini öngördüğü yöntem çalışmasında; uygulamada kullanılan, orta düzeydeki tüketici veya halk tarafından gibi belirsiz, bilimsel olmayan ve sübjektif bir ölçütün yerine ölçülebilir ve nesnel bir değerlendirme biçimi geliştirmeye çalışmışlardır[416].

Kanımızca da markalar arasındaki karıştırılma ihtimali değerlendirilmesinde görsel benzerlik ile alakalı somut ve nesnel ölçütler getirebilecek göz izleme yöntemi kısaca; bir görsel uyaran (ürün paketi, logo, şekil vs.) kapsamında bireyin baktığı yerin takip edilmesine dayanmaktadır[417].

Göz izleme yöntemi; gözbebeğimetrik, göz hareketi kayıt cihazı, katılımcının gözlem sırasındaki ilk izlenimini ölçen, bir resmi saniyenin bir parçasında yanıp sönerek gösteren projektör veya göz aracı (Eyetool) tekniği kullanıralar yapılabilmektedir[418]. Tüketicilerin, sigara reklamlarındaki uyarıları ne şekilde algıladıkları, reklamda yer alan resim, logo, yazı ve renklerin tüketici algısını ne şekilde yönlendirdiği ve tüketicinin nelere dikkat ettiği konusundaki bir araştırmada[419], bireylerin ürün incelerken göz hareketlerini dikkatlerini çeken noktalar üzerinde yapmaları sayesinde görsel dikkat araştırması yapılırken göz izleme yönteminin kullanılmasının son derece güvenilir sonuçlar sağlayacağı belirtilmiştir.

Pekdinçer ve Ertem çalışmalarında örnek olarak aşağıdaki ürün ambalajlarını kullanmışlardır[420];

---

[416] Pekdinçer, Ertem, s.304.

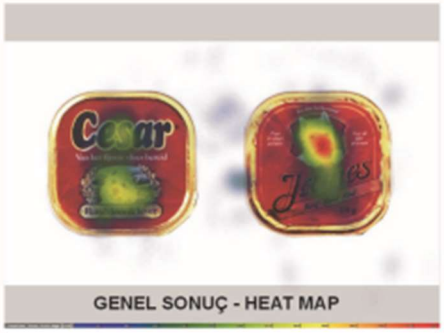
[417] F. Bahar Özdoğan, Göz İzleme ve Pazarlamada Kullanılması Üzerine Kavramsal Bir Çalışma, Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Dergisi Yıl: 2008 Sayı: 2, s.135.

[418] Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Özdoğan, s.136-138.

[419] Krugman D. Richard J. Fox J. Fletcher M. Fletcher T. (1994) Do Adolescents Attend To Warnings In Cigarette Advertising? An Eye Tracking Approach, Journal Advertising Research, November-December 1994, s., 39-52.

[420] İncelenen ürünler ve inceleme sonuçları için bkz. Pekdinçer, Ertem, s.327-329

TEST NESNESİ

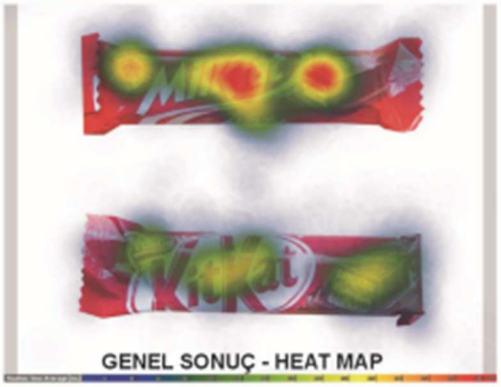


GENEL SONUÇ - HEAT MAP

Cesar ve James Marka
Ürünlere Ait Ambalajlar

GENEL SONUÇ - FOCUS MAP

TEST NESNESİ



GENEL SONUÇ - HEAT MAP

Kit Kat ve Milk Tat Marka
Ürünlere Ait Ambalajlar

GENEL SONUÇ - FOCUS MAP

Verilen ilk örnek olan "Cesar" ve "James" markalı ürünlere ait göz izleme sonucu incelendiğinde tüketicilerin markada yer alan köpek resmine odaklandıkları, markaların sözcük unsurlarının ise arka planda kaldığı görülmektedir. Çalışmamızda daha önceden bahsedildiği üzere TÜRKPATENT, sözcük ve şekil kombinasyonundan oluşan markalarda, sözcük unsurunun aynı şekil unsurunun farklı olduğu durumlarda, ortalama tüketicinin sözcük unsurunu daha kolay hatırladığı göz önüne alınarak benzerlik incelemesi sözcük üzerinden yapmakta, sadece aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer şekil unsurları söz konusu ise bu benzerliği dikkate almaktadır[421]. Eldeki örnekte tüketiciler TÜRKPATENT'in görüşünün tam aksine görsel unsura dikkat etmiş ve sözcük unsuru neredeyse tamamıyla dahi okumamıştır.

İkinci örnekte incelenen "Kit Kat" ve "Milk Tat" ürünlerinde ve son örnek olan "Komili" ve "Palmolive ürün incelemesinde de benzer şekilde sözcük unsurunun tüketicilerin dikkatini diğer unsurlardan daha fazla çekmediği, tüketicilerin görsel algılarının renk, şekil ve sözcük unsurları arasında bir kombinasyon yaratarak ürünün farklı yerlerine

[421] bkz. İkinci Bölüm, Başlık II/D/2/b/iii.

odaklandığı görülmektedir.

Her ne kadar söz konusu çalışma tasarımların karıştırılma ihtimali üzerinden değerlendirilmiş olsa da[422], marka hukukunda da özellikle şekil markaları ve şekil ile birlikte kombinasyonu yapılmış sözcük markalarında, halihazırda uygulamada yer alan bilirkişinin raporlarına göre daha bilimsel ve nesnel sonuçlar getirebileceği açıktır.

[422] "…Göz izleme yöntemi ile nesne üzerindeki seçici algı alanlarının tespiti tasarım tekniği yönünden yapılacak incelemelere yardımcı olacak incelemenin tamamen sübjektif olmayıp belli kriter ve değerler ile objektif kriterlere oturmasını sağlayacaktır…" (Pekdinçer, Ertem, s.341).

SONUÇ

Marka, Avrupa'da orta çağdan bu yana kullanılan ve kökeninde aile, kent, semt, beylik ve krallık logoları ile bayraklarının bulunduğu, günümüzde ise bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamak amacıyla ticari hayatta yer alan bir kavramdır.

Markanın, tüketicilerin mal veya hizmetleri, sahip oldukları markalar sayesinde birbirlerinden ayırt edebilmesine ilişkin mal veya hizmetin ayırt edilmesi, kapsamında bulunan mal veya hizmetlerin hangi işletmeye ait olduğunu göstermeye ilişkin kaynak gösterme, halkın marka aracılığıyla malı tanıması ve satın almasına ilişkin reklam aracı olma ve malın ya da hizmetin kaynağı ve kalitesi konusunda alıcılarına garanti vermeye ilişkin garanti aracı olma işlevleri mevcuttur.

Marka olarak tescil edilebilme için sicilde gösterilebilir bir işaretin bulunması ve bu işaretin ayırt edici niteliği haiz olması gerekmektedir. Sicilde gösterilebilir işaret kavramı SMK kapsamında; sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların veya ambalajlarının biçimi gibi görme duyusu ile algılanabilen işaretler veya bunların kombinasyonundan oluşan işaretler ile ses markası, üç boyutlu marka, renk markası ve hareket markasından oluşmaktadır.

Doktrinde markalar tescil amaçları ve işlevlerine göre ticaret, hizmet, garanti markaları, koruyucu markalar ve ihtiyat markaları olarak, bilinirlik ölçüsüne göre alelade ve tanınmış marka olarak, sahiplerine göre ferdi, ortak ve vekil markaları olarak ve teşekkül biçimlerine bir işaretten oluşan ve karma markalar olarak farklı türler altında değerlendirilmektedirler.

Türk marka hukukunun gelişimi 1872 tarihli Alamet-i Farika Nizamnamesi ile başlamış ve 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile son halini almıştır. Marka hukuku kapsamında ülkemizin taraf olduğu birçok uluslararası anlaşma,

sözleşme ve protokol de mevcuttur.

Karıştırılma ihtimali, tescil edilmemiş bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın daha önceden tescilli bir marka ile görsel, işitsel, anlamsal vs. sebeplerden dolayı aynı veya benzer kabul edildiği için, hitap edilen tüketici kitlesinde markalar arasında karıştırılma tehlikesinin ortaya çıkması olarak tanımlanmaktadır. Bu ihtimalin ortaya çıkması için markaların aynılığı, ayırt edilemeyecek kadar benzerliği veya benzerliği ve markaların kapsadığı malların / hizmetlerin aynılığı veya benzerliği olmak üzere temel unsurlar bulunmaktadır.

Karıştırılma ihtimalinin tespiti yapılırken dikkat edilmesi gereken esaslar bulunaktadır. Bunlar genel itibarıyla; önceki markanın ayırt edici gücü, karıştırılmada bütünlük ölçütü ve işaretlerin birbirini çağrıştırması ve işaretlerin karıştırılma ihtimali doğurabilecek düzeyde benzer olmasıdır. Söz konusu benzerlik incelenirken de görsel, işitsel ve anlamsal benzerliğin yanında inceleme konusu malların ve hizmetlerin tüketicilerinden oluşan ortalama tüketici kitlesinin bilinç ve dikkat düzeyi dikkate alınmaktadır.

Karıştırılma ihtimalinin tespitinde kanımızca en önemli husus olan ortalama tüketici kavramı markayı taşıyan mal veya hizmetin günlük tüketime konu olması, markayı taşıyan mal veya hizmetin özel nitelikli olması ve markayı taşıyan mal veya hizmetin özel veya uzman alıcı grubuna hitap etmesi durumlarında farklılık arz etmektedir. Doktrinde ve uygulamada söz konusu farklı durumlara uygun olarak değerlendirmeler yapılmakta ve karıştırılma ihtimali her somut olayda hitap edilen tüketici kitlesine göre tespit edilmektedir.

Karıştırılma ihtimalinin hukuki bir kavram olarak değerlendirilip teknik bir inceleme gerekmedikçe hakim tarafından bizzat incelenmesi, teknik inceleme gerektiğinde ise bilirkişi incelemesine konu olmasına ile birlikte uygulamada bilirkişilerin öznel ve bilimsellikten uzak bir şekilde tespitler yapması hususu da tarafımızca eleştirilmiştir. Bu kapsamda ortalama tüketici algısının bilimsel ve nesnel şekilde nasıl araştırılabileceğine dair göz izleme ve kamuoyu görüşünün alınması yöntemleri incelenmiştir.

Karıştırılma ihtimali kavramı günümüzde işletmeler için önemi gittikçe artan marka kavramının uygulamada en sık görülen ihlal biçimlerinden birisidir. Özellikle yeni marka türlerinin hayatımıza girmesi ile birlikte işletmeler ses, renk ve üç boyutlu şekiller gibi tüketicilerin algı düzeylerinin kolayca tespit edilemeyeceği işaretleri marka olarak tescil ettirmektedirler. Hem geleneksel hem de geleneksel olmayan bu markalar ile ilgili uyuşmazlıklarda tüketicilerin dikkat ve algı düzeyinin doğru tespit edilmesi karıştırılma ihtimalinin varlığının doğru değerlendirilebilmesi için hayati önem taşımaktadır. Bu nedenle ortalama tüketici kavramının ve dolayısıyla karıştırılma ihtimali hususunun tespitinde nesnel ve bilimsel teknikler kullanılması kanımızca daha doğru olabilecektir.

KAYNAKÇA

Aktekin, U. / Doğan Alkan, G./ Özcebe, Z. (2015). Yargıtay H.G.K., E.2013/11-52., K.2013/1416 T.02.10.2013 sayılı kararı ("DIAMOND KARARI") ve Tanımlayıcı İbareler İçeren Markaların Karıştırılma İhtimali Değerlendirilmesi", Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S.2, 2015, syf. 17-24.

Arkan, S.(1997). Marka Hukuku, C:1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.

Bahadır, Z. (2018). Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Turhan Kitabevi, Ankara.

Barton, B. (2006). An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement, 94 CALIF. L. REV. 1581.

Başer, E., (2014). Marka Tescilinde Benzerlik ve Karıştırılma İhtimali Kavramları ile Bu Kavramların Farklı Ülke Sistemleri ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Ankara. (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi).

Bilge, M. (2014). Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma İhtimali, Yetkin Yayınları, Ankara.

Bilge, M. (2015). Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas, TFM 2015/2, syf.7-22.

Cengiz, D. (1995). Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, Beta Yayınevi, İstanbul.

Cesur, D. (2008). Yargıtay Kararları Işığında Marka Olarak Kabul Edilen İşaretler, Terazi Hukuk Dergisi, C: 3, S: 19, syf.77-89.

Cornish, W./Llewelyn, D. (2003). "Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights, 7th ed., Londra, Sweet & -Maxwell, syf.17-99.

Çağlar, H. (2017). Marka Hukuku Temel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara.

Çağlar, H. (2017). Sınaî Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1, syf. 139-154.

Çifci, S. / Cop, R. (2007). Marka ve Marka Yönetimi Kavramları: Üniversite Öğrencilerinin Kot Pantolon Marka Tercihlerine Yönelik Bir Araştırma, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, C: 44, S:512, syf.69-88.

Çolak, U. (2016). Türk Marka Hukuku, On İki Levha Yayınevi, İstanbul.

Dirikkan, H. (2003). Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Doğan, B. (2006). Türk, Alman ve Avrupa birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR Dergisi, S: 3, syf.17-42.

Doğan, B. (2015). Coğrafi İşaret Korumasının Gelişmekte Olan Ülkeler İçin Önemi, E-Journal of New World Sciences Academy, syf. 58-75.

Drescher, T. (2009). "The Transformation and Evolution of Trademarks - From Signals to Symbols to Myth", Trademark Reporter, Vol. 82, syf.301 vd.

Epçeli, S. (2006). Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, Legal Yayınevi, İstanbul.

Öztürk, N. (2010). Marka Yönetimi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı İşletme MBA Programı, İstanbul, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Eroğlu, S. (2003). Soyut Renk, Ses Ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5, S:1, syf.95-166.

Escoffier, L. / Jin, A. (2011). "To scent, or not to scent, that is the question: a comparative analysis of olfactory trademarks in the EU and US as good brand opportunities for SMEs", WIPO.

Fırıncıoğulları, F. (2018). 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Karıştırılma İhtimali, Terazi Hukuk Dergisi, C: 13, S: 145, syf. 144-157.

Fullmer, H. (1996). "Intellectual Party- Third Circuit Recognizes Reverse Confusion Doctrine in Trademark Infringement - A Potential Reversal of Fortune for Small Senior Users." Temple Law Review, Vol. 69, No. 1, syf. 601-626.

Gan, D. (1998). "March Madness: An Examination of Dual-Use Trademark Terms and Reverse Confusion." Hastings Law Journal, Vol. 50, No. 1, syf. 223-240.

Gökçen, G. (2017). Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Lykeion Yayınları, Ankara.

Güneş, İ. (2014). "Markalaşma Kimliği ve Markalar" Uluslararası Sempozyumu, Terazi Hukuk Dergisi, C: 9, S: 94, syf. 70-72.

Güneş, İ. (2018). Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara.

Güneş, İ. (2008). “Yanlış veya Yanıltıcı Sloganların Marka Olarak Kullanımı Reklamlarda Yer Alması ve Tescili”, FMR, S: 2008/4, syf.79-89.

Güneş, İ. (2018). Sinai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Uygulama, Terazi Hukuk Dergisi, C: 13, S: 137, syf. 80-87.

Güneş, İ. (2009). Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, 2.baskı, Ankara.

Gürzumar, O. (1994). Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler, Yargıtay Dergisi, C:20, S: 4, syf. 501-524.

İmirlioğu, D. (2018). 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara.

İplikçi, H. (2015). Reklamlarda Tüketiciyi İkna Etmek İçin Kullanılan Stratejiler ve Reklam Örnekler Sosyal ve Beşeri Bilimleri Dergisi, C: 7, S: 1, syf. 65-77.

Karan, H. / Kılıç, M. (2004). Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara.

Karan, G. (2002). “WIPO Tahkim ve Uzlaştırma Merkezi İdari Panel Kararı (Dava No: 2002-0001), FMR, Y.2, C.2, S. 2002/3, syf. 141-153.

Karasu, R. (2008). Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 24, S: 3, s.331-354.

Kaya, A. (2006). Marka Hukuku, Arıkan Yayınları, İstanbul.

Krugman, R. / Fox, J. / Fletcher, J. / Fletcher, M. (1994). “Do Adolescents Attend To Warnings In Cigarette Advertising? An Eye Tracking Approach”, Journal Advertising Research, syf. 39-52.

Kurt, E. (2015). Uygulamalı Marka Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Küçükali, C. (2009). Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Leeds, D. (1955). "Confusion and Consumer Psychology." Journal of the Patent Office Society, Vol. 37, No. 12, syf. 894-901.

Long, T. / Alfred M. (1994). "Reverse Confusion: Fundamentals and Limits." The Trademark Reporter, Vol. 84, No. 1, syf. 1-37.

Maglioccat, G. (2001). One and Inseparable: Dilution and Infringement in Trademark Law, Minnesota Law Review, Vol: 85:949, syf. 950-1036.

Martino, T. (1996). Trademark Dilution, Oxford, Clarendon Press.

Morris, S. (2012). Guess What Gucci? Post-Sale Confusion Exists in Europe, Valparaiso University Law Review, Vol. 47, No. 1, syf. 1-61.

Mott, C. (2014). "Multifactors, Multiconfusion; Refining Likelihood of Confusion Factors for Reverse-Confusion Trademark Infringement Claims to Achieve More Consistent and Predictable Results." Suffolk University Law Review, Vol. 47, No. 2, syf. 421-450.

Noyan, E. / Güneş, İ. (2015). Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara.

Oğuz, A. / Özkan, Z. (2018). Yargıtay Kararları Işığında Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5/1-ç Maddesi Anlamında Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler, Terazi Hukuk Dergisi, C: 13, S: 141, syf. 39-50.

Özarmağan, M. (2018). Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Özdoğan, B. (2008). Göz İzleme ve Pazarlamada Kullanılması Üzerine Kavramsal Bir Çalışma, Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Dergisi, S: 2, syf. 134-147.

Özkan Yatağan, Ç. (2019). Markayla Şaka Olur mu? Marka Parodilerinin Hukuka Uygunluğuna Dair Düşünceler, Prof Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, syf. 1349-1381.

Paslı, A. (2018). Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Papakçı, A. (2016). Hukuki Bilirkişilik (Judicial Expert), MÜHF- HAD, C. 22, S. 1, syf. 433-456.

Pekdinçer, R. / Ertem, H. (2014). Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarda İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İçin Öneriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20 S. 3, syf. 303-344.

Sağlam, M. (1973). Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara.

Scheider, B. (2010). Die Markenparodie in Deutschland, Peter Lang, Köln.

Sekmen, O. (2013). Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Bilge Yayınevi, Ankara.

Smith, P. (1991). "Trademarks, Parody, and Consumer Confusion: A Workable Lanham Act Infringment Standard." Cardozo Law Review, Vol. 12, No. 5, syf. 1525-1582.

Soydan, N. (2018). Marka Davalarında Bilirkişilik, FMR, S. 2018-1, syf. 103-131.

Tekinalp, Ü. (2012). Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

TÜRKPATENT. Sinai Mülkiyet Kanun Tasarısı Taslağı Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleri.

TÜRKPATENT(Türk Patent Enstitüsü). (2015). Marka İnceleme Kılavuzu.

TÜRKPATENT. (2017). Madrid Protokolü Çerçevesinde Markaların Uluslararası Tescili ile İlgili Prosedürün Uygulanmasına İlişkin Temel Bilgiler.

TÜRKPATENT (Türk Patent Enstitüsü). (2003). Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, Türk Patent Enstitüsü Yayınları, Ankara.

Ünal, M. (2005). 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Göre Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, syf. 23-48.

Ünlüönen, K. / Battal, A. / Yaylı, A. / Yüksel, S. (2007). Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S. 22, syf.1-12.

Vasheharan, K. (2008). The taste of ripe strawberries: representing non-visual trademark, Thomson Scientific.

Yasaman, H. (2016). Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, C: V, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Yasaman, H. / Ayoğlu, T. / Altay, A. / Yusufoğlu, F. / Yüksel, S. (2004). Marka Hukuku, C: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Yıldırım Köse, M. / Tınaz, C. / Atlı, T. (2014). "Geleneksel Olmayan Markalar", FMR, S. 2014/2, syf. 73-96.

Yıldız, B. (2018). Yargıtay Kararları Işığında Coğrafî Markalar, İnonu University Law Review, Seri:9, No:2, syf. 125-156.

Yıldız, B. (2009). Mağazaların Dekorasyon Planlarının Marka Olarak Korunması Prof Dr. Sabih Arkan'a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, syf. 1409-1480.

Yılmaz, E. (2018). Markaların Benzerliği Konusunda TPE ve Yargı Kararlarının Karşılaştırılması, Eskişehir. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Yılmaz, L. (2017). Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, Aristo Yayınevi, İstanbul.

Yüksekol, D. (2017). Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Olabilecek İşaretler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, syf. 411-430.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Berk KARAYEL
Doğum Yeri ve Tarihi : ÇANKAYA / 20.05.1992

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Öğrenimi : Kadir Has Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı
Bildiği Yabancı Diller : İngilizce, İspanyolca

İş Deneyimi

Çalıştığı Kurumlar ve Tarihleri: Gün + Partners Avukatlık Bürosu 01.09.2014-01.03.2016

KMA Hukuk Bürosu : 01.06.2016 - Günümüz

İletişim

Telefon : 0 (541) 297 08 94
E-posta Adresi : berkkarayel@gmail.com