

T.C.
KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
FİKRİ ve SINAİ MÜLKİYET HUKUKU



MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA TEHLİKESİ

Yüksek Lisans Tezi

Hazal MİNTAŞ

DANIŞMAN: Yard. Doç. Dr. Argun KARAMANLIOĞLU

İSTANBUL, EYLÜL 2017

MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA TEHLİKESİ

HAZAL MİNTAŞ

DANIŞMAN: YARD. DOÇ. DR. ARGUN KARAMANLIOĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tezli Yüksek Lisans Programı'nda
Yüksek Lisans derecesi için gerekli kısmi Şartların yerine getirilmesi amacıyla
Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ

Mayıs, 2017

BİLDİRİM SAYFASI

Ben, Hazal MİNTAŞ;

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

Hazal MİNTAŞ

18.09.2017



KABUL VE ONAY

HAZAL MİNTAŞ tarafından hazırlanan MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA TEHLİKESİ başlıklı bu çalışma 18.09.2017 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından YÜKSEK LİSANS BİTİRME TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Argun KARAMANLIOĞLU (Danışman)

Kadir Has Üniversitesi



Yrd. Doç. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU


Kadir Has Üniversitesi

Yrd. Doç. Dr. Rabia Eda GİRAY

Marmara Üniversitesi



Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.


Prof. Dr. Sinem Argül Açıkgöçer
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü
11.10.2017

ÖZET

**Yüksek Lisans Tezi
Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi
Hazal MİNTAŞ**

**Kadir Has Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı**

İstanbul, 2017

Günümüz şartları değerlendirildiğinde marka hukukunda tecavüz çokça yaşanmaktadır. Marka hakkına yönelik bu tecavüz ise büyük ölçüde iltibas yani karıştırılma tehlikesi suretiyle gerçekleşmektedir. Karıştırılma tehlikesinin gerçekleşmesiyle markalar arasında karışıklığa yol açmaya çalışılarak tüketicileri yanıltma amacı güdülmektedir.

Karıştırılma tehlikesi ile gerçekleşen tecavüz, diğer tecavüz hallerine kıyasla daha zor tespit edilmektedir. Bu husus gerek Sınai Mülkiyet Kanunu gerekse Türk Ticaret Kanunu ile hüküm altına alınmıştır. Zira tescilli markalar için Marka Hukuku, tescilsiz markalar için ise Haksız Rekabet Hukuku hükümlerinden faydalanılmıştır. Bu bağlamda karıştırılma tehlikesinin açıklanması, karıştırılma tehlikesi ile marka hakkına tecavüzün nasıl gerçekleştiği ve tespit edilebildiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Yapılan çalışmada, ilk bölümde Marka Hukuku'nun temel unsurları açıklanmış, ikinci bölümde marka hukukunda karıştırılma tehlikesi kavramı, hukuki düzenlemeler, karıştırılma tehlikesinin tespiti hususları açıklanmış ve nihayet son bölümde ise karıştırılma tehlikesinin varlığı halinde marka sahibinin hakları açıklanarak çalışma sonlandırılmıştır. Çalışmanın temel amacı, marka hukukunda karıştırılma tehlikesi kavramının açıklanarak, bu vesileyle gerçekleşen marka hakkına tecavüzün nasıl gerçekleşip, tespit edildiğini ve tecavüz akabinde marka sahibinin haklarının Yargıtay kararları ışığında belirlenmesidir.

Anahtar Sözcükler: 1) Marka, 2) Marka Hukuku, 3) Marka Hakkı, 4) Karıştırılma Tehlikesi, 5) İltibas, 6) Marka Hukukunda Tecavüz

ABSTRACT

Graduate Thesis

Risk of Confusion in Trade Mark Law

Hazal MINTAŞ

Kadir Has University

Institute of Social Sciences

Department of Private Law

ISTANBUL 2017

When recent conditions are evaluated, we can see a lot infringement on trademark law. The reason of this infringement is mostly the risk of confusion. Consumers are misguided with the help of confusion between trademarks and with the actualization risk of confusion.

The concept of confusion according to infringement is really hard to identify comparing to other infringement examples. This matter ensure by Industrial Property Law and Turkish Trade Law. Because Trademark Law provisions are utilized for registered trademarks and Unfair Competition Law provisions are utilized for unregistered trademarks. In this context we need to explain the risk of confusion, we need to find the answer of how infringement to trademarks actualized with the risk of confusion and how can we identify it.

In this study, the main factors of Trademark Law are described in the first part, the concept of confusion risk on Trademark Law, legal arrangements, determination of confusion risk are explained in the second part and in case of confusion, rights of the trademark holder are explained and study is finalized with this topic. The main purpose of this study is to explain the term of confusion in trademark law and to determine how trademark infringement can be performed in light of decision of Court of Appeal.

Key Words: 1) Trade Mark, 2) Trade Mark Law, 3) Trade Mark Right, 4) Risk of Confusion, 5) Confusion, 6) Trade Mark Infringement

İÇİNDEKİLER

BİLDİRİM FORMU.....	III
ONAY SAYFASI.....	IV
ÖZET	V
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR.....	XV
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI

I. Marka Kavramı.....	3
A. Marka Olabilecek İşaretler.....	3
B. Unsurları.....	3
1. İşaret.....	3
2. Ayırt Edicilik.....	5
C. Marka Türleri.....	7
1. Kullanım Amacı ve İşlevine Göre Marka.....	7
a. Ticaret Markası.....	7
b. Hizmet Markası.....	8
c. Garanti Markası.....	8
d. Koruyucu Marka.....	9
2. Hak Sahiplerine Göre Marka.....	9
a. Ferdi Marka.....	9

b. Vekil Markası.....	9
c. Ortak Marka.....	9
3. Bilinirliğe Göre Marka.....	10
a. Alelade Marka.....	10
b. Tanınmış Marka.....	10
D. Markanın Fonksiyonları.....	11
1. Ayırt Edicilik Fonksiyonu.....	11
2. Kalite / Garanti Fonksiyonu.....	11
3. Kaynak Gösterme Fonksiyonu.....	12
4. Reklam Fonksiyonu.....	12
II. Marka Olarak Seçilebilecek İşaretler.....	13
A. Genel Olarak.....	13
B. SMK’da Açıkça Belirtilmiş Olanlar.....	13
1. Kişi Adları.....	14
2.Sözcükler.....	14
3.Harf ve Sayılar.....	15
4.Şekiller.....	16
5.Ses.....	16
a. Kavram.....	16
b. Seslerin Marka Olarak Tescil Edilebilip Edilememeleri.....	17

6.Renk.....	20
a. Kavram.....	20
b. Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilip Edilememeleri.....	21
C. SMK’da Açıkça Belirtilmemiş Olanlar.....	25
1. Genel Olarak.....	25
2. Reklam Sloganları.....	26
a. Kavram.....	26
b. Reklam Sloganlarının Marka Olarak Tescil Edilebilirliği.....	27
3.Koku.....	29
a. Kavram.....	29
b. Kokuların Marka Olarak Tescil Edilebilirliği.....	30
4.Tat.....	32
a. Kavram.....	32
b. Tatların Marka Olarak Tescil Edilebilirliği.....	32
5.Üç Boyutlu Cisimler.....	34
a. Kavram.....	34
b. Üç Boyutlu Cisimlerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği.....	34
III. Markaya İlişkin Hukuki Düzenlemeler.....	38
A. Türk Hukuku’ndaki Düzenlemeler.....	38
B. Uluslararası Düzenlemeler.....	39

1. Madrid Protokolü ve Madrid Anlaşması.....	40
2. Paris Sözleşmesi ve Nis Anlaşması.....	41
3. TRIPS.....	42
IV. Marka Hakkı ve Hukuken Korunması.....	43
A. Tescilli Markalar Yönünden.....	44
B. Tescilsiz Markalar Yönünden.....	47
1. SMK'ya Göre Koruma.....	48
a. Tanınmış Markalar.....	48
b. Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanmış Markalar.....	49
c. Rüçhan Hakkı.....	50
d. Gerçek Hak Sahipliği.....	51
2. TTK Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Koruma.....	52

İKİNCİ BÖLÜM

KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

I. Kavram ve Kapsam.....	54
A. Genel Olarak.....	54
B. Kapsam.....	56
1. Dar (Doğrudan) Anlamda Karıştırılma Hali.....	56
2. Dolaylı Karıştırılma Hali.....	57
3. Geniş Anlamda Karıştırılma Hali.....	57
C. Terminoloji.....	59

D.	Karıştırılma Tehlikesi Kavramının Anlamı ve Hukuki Sonuçları.....	60
E.	Tescil Edilmiş veya Tescil Başvurusu Yapılmış Bir Marka veya İşaret ile Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer Olan Markalar (KHK m.7/b-1, SMK m.5/1-c).....	62
F.	Karşılaştırma Tehlikesi Kavramına İlişkin Yasal Düzenlemeler.....	64
1.	KHK ve SMK Kapsamındaki Düzenlemeler.....	64
2.	Tük Ticaret Kanunu Kapsamındaki Düzenlemeler.....	66
3.	Borçlar Kanunu Kapsamındaki Düzenlemeler.....	67
II.	Karıştırılma Tehlikesinin Unsurları.....	67
A.	İki İşaret, Ürün veya Hizmetin Varlığı.....	67
B.	Aynı ve Benzer Olma Durumu.....	68
1.	Genel Olarak.....	68
2.	İşaretler Arasındaki Aynı veya Benzer Olma Durumu.....	68
a.	Görsel Benzerlik.....	69
b.	İşitsel Benzerlik.....	72
c.	Kavramsal Benzerlik.....	74
3.	Mal ve Hizmetlerin Aynı ya da Benzer Olup Olmadığı.....	76
C.	Benzerliğin Alıcılar Arasında Karıştırılma Tehlikesine Neden Olması.....	84
1.	Alıcı Kavram.....	84
2.	Markanın Kullanıldığı Ürün veya Hizmetin Niteliğine Göre.....	85
a.	Ortalama Tüketici.....	85
b.	Uzman Alıcı Grup.....	87
D.	Marka Sahibinin Markasının Hukuken Haklı ve Öncelik Taşıyan Bir Kullanım Niteliği Taşımaması.....	89
III.	Karıştırılma Tehlikesinin Denetimi Yönünden Markaya İlişkin Ölçütler.....	90

A.	Markanın Ayırt Edicilik Derecesi Yönünden: Güçlü Marka – Zayıf Marka...	90
B.	Markanın Unsurları Yönünden: Esas Unsur Yardımcı Unsurlar.....	92
C.	Markanın Tanınmış Olup Olmaması Yönünden.....	94
IV.	Markanın Farklı Tanıtıcı İşaretlerle Karıştırılması.....	96
A.	Ticaret Ünvanı ve İşletme Adı Yönünden.....	96
1.	Ticaret Ünvanı.....	96
2.	İşletme Adı.....	97
B.	İnternet Alan Adı Yönünden.....	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRILMA TEHLİKESİNİN VARLIĞI HALİNDE

MARKA SAHİBİNİN HAKLARI

I.	Tescilli Marka Yönünden.....	101
A.	Genel Olarak.....	101
B.	Markaya Tecavüz Halleri (KHK m.61 / SMK m.29).....	102
1.	Marka Hakkına Tecavüz Koşulları.....	102
2.	Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller.....	103
a.	Tescilli Markanın Aynını Kullanarak Markayı Taklit Etme Yoluyla Tecavüz.....	103
b.	Taklit Markayı Taşıyan Ürünün Satmak, Dağıtmak ve Başka Bir Şekilde Ticari Alana Çıkarmak Yoluyla Tecavüz.....	104
c.	Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları İzinsiz Olarak Genişletme veya Devretmek Yoluyla Tecavüz.....	105
3.	Marka Hakkına Tecavüz Halinde Açılacak Davalar.....	106
a.	Genel Olarak.....	106

b.	Tespit Davası.....	106
c.	Menfi Tespit Davası.....	107
d.	Tecavüzün Durdurulması ve Önlenmesi (Men'i) Davası.....	107
e.	Tecavüzün Giderilmesi (Ref'i) Davası.....	109
f.	Tazminat Davaları.....	110
aa.	Maddi Tazminat Davası.....	111
bb.	Manevi Tazminat Davası.....	113
cc.	İtibar Tazminatı.....	114
C.	Marka Hakkı İhlalinin Suç Sayıldığı Haller (KHK m.61/A / SMK m.30)....	115
1.	Korunan Hukuki Değer.....	115
2.	Suçün Unsurları.....	116
a.	Maddi Unsur.....	116
aa.	Fiil.....	116
bb.	Fail.....	118
cc.	Mağdur.....	118
dd.	Suçun Konusu.....	119
b.	Manevi Unsur.....	119
3.	Yaptırım.....	120
4.	Yargılama.....	120
II.	Tescilsiz Marka Yönünden.....	121
A.	Genel Olarak.....	121
B.	Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Açılabilecek Davalar.....	121
1.	Hukuki Yönden.....	121
a.	Genel Hususlar.....	122
b.	Haksız Rekabetin Tespiti Davası.....	124

c. Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası.....	124
d. Haksız Rekabetin Giderilmesi ve Sonuçların Ortadan Kaldırılması.....	126
e. Maddi ve Manevi Tazminat Davası.....	126
aa. Maddi Tazminat Davası.....	126
bb. Manevi Tazminat Davası.....	127
f. Haksız İhtiyati Tedbir Nedeniyle Tazminat.....	128
2. Cezai Yönden.....	129
SONUÇ.....	131
KAYNAKÇA.....	134

Kısaltmalar

AB : Avrupa Birliği

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı

C. : Cilt

CD : Ceza Dairesi

CGK : Ceza Genel Kurulu

DTÖ : Dünya Ticaret Örgütü

eTTK : Eski Türk Ticaret Kanunu

FMR : Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

KHK : 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHKY : 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Yönetmeliği

m. : Madde

MÜHF-HAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi

OHIM : Office For The Harmonisation Of The Internal Market (Avrupa Toplulukları

İç Pazar Harmonizasyon/ Uyumlaştırma Ofisi)

RG : Resmi Gazete

S. : Sayı

s.	: Sayfa
SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TPMK	: Türk Patent ve Mark Kurumu
TRIPS	: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb	: Ve benzeri
YİDK	: Yeniden İnceleme Değerlendirme Kurulu

MARKADA KARIŞTIRILMA TEHLİKESİ

Giriş

Marka, bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler olduğundan üreticiler açısından çok büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle de üreticiler, satışlarını arttırabilmek ve tanınabilmek için marka oluşturmayı en önemli husus olarak görmeye başlamışlardır. Zira, tüketiciler bir mal veya hizmet satın alırken önceliği genel olarak bildikleri, önceden kullandıkları, memnun kaldıkları ve güvendikleri mal veya hizmete vermeyi tercih ederler. Bu halde, üreticilerin satış arttırabilmek için öncelikli hedefleri tüketici kitlesinin kendi markalarını tanımalarını ve ona güvenmelerini sağlamak olacaktır. Bu noktada ise her pazarda ilgili üreticiler arasında ciddi bir rekabet söz konusudur.

Üreticiler arasında gerçekleşen bu ciddi rekabet içerisinde bazı üreticilerin başka üreticilerin marka hakkına çeşitli yollarla tecavüz ettiği ortaya çıkmıştır. Zira bu üreticiler başka markaların tanınmışlığından, güvenilirliğinden faydalanarak haksız kazanç sağlama amacı gütmüşlerdir. Ancak burada başkalarının hakkına tecavüz olduğundan bu hususun tespit edilerek engellenmesi gerekmektedir. Günümüzde çok yaygın olan marka hakkına tecavüz pek çok farklı ve değişik şekilde gerçekleşse de uygulamada çoğunlukla iltibas yani karıştırlma tehlikesi ile gerçekleşmektedir. Zira karıştırlma tehlikesi suretiyle gerçekleşen marka hakkına tecavüz diğer tecavüz hallerine göre hem daha zor tespit edilebilen hem de daha zor önlenebilen bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu sebepten ötürü de marka hukukunda karıştırlma tehlikesi hususu, karıştırlma tehlikesi suretiyle marka hakkına tecavüzün nasıl gerçekleşebileceği ve tespit edilebileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İşte bu çalışmanın amacı da karıştırlma tehlikesi kavramına açıklık getirerek, karıştırlma tehlikesi kavramının yasal düzenlemelerdeki yerinin açıklanması ve karıştırlma tehlikesinin gerçekleşmesi ile tespitinin Yargıtay kararları ışığında belirlenmesi olmuştur. Yapılan çalışmada karıştırlma tehlikesi tecavüz hususu ile sınırlandırılmıştır.

Bu amaç doğrultusunda, çalışma üç bölüme ayrılmıştır.

Birinci bölümde genel olarak Marka Hukuku'nun temel unsurları ve korunması, markanın ülkemizdeki yasal gelişimi ile yasal düzenlemeler, markayla ilgili olarak taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalara ilişkin bilgiler verilmiştir.

İkinci bölümde, karıştırılma tehlikesi kavramı ile kavramın farklı yasal düzenlemelerdeki durumu hakkında bilgi verilmiş, ülkemizde yürürlükte olan yasal düzenlemeler açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu bölümün devamında ise karıştırılma tehlikesinin unsurları belirlenerek, tespit edilmesinde kullanılan ölçüler Yargıtay kararlarıyla beraber incelenmiştir. Bölümün sonunda ise markalar ile farklı tanıtıcı işaretlerin karıştırılma tehlikesinden bahsedilmiştir.

Son bölümde ise, karıştırılma tehlikesinin varlığı halinde marka sahibinin haklarından bahsedilerek açılacak davalar hakkında bilgi verilmiştir.

I. BÖLÜM

MARKA KAVRAMI

I. Marka Kavramı

A. Marka Olabilecek İşaretler

Markanın kanuni tanımı gerek 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'de gerekse 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)'da açıkça ifade edilmemiştir. İlgili kanun maddelerinden yola çıkarak markanın dolaylı tanımı yapılmaktadır. KHK m.5'e göre, *“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 işaretleri içerir.* SMK'da markayı düzenleyen birinci kitabın 4.maddesine göre ise; *“Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir.”* Tanımlarda hemen hemen birbiriyle eşdeğer olmakla beraber KHK'dan farklı olarak SMK'da marka olabilecek işaretlerin tanımına renk ve ses markaları da eklenmiştir. Bunun yanında ise sicilde gösterilebilirlik de bir kriter olarak kendini göstermiştir.

Markalar uzun zamandan beri kişilerin mal ve hizmetlerini ayırt etmek için kişiler tarafından kullanılan işaretler olup; günümüzdeki anlamıyla markalar esas olarak sınai devriminden sonra doğmuş ve küresel markalar ülkelerin gelişmişliği ve sanayileşmesini göstermektedir¹.

B. Unsurları

1. İşaret

¹ Bozbel, Savaş, Fikri Mülkiyet Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 331-332; Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam/Ayoğlu, Tolga/Yusufoğlu, Fülürya/Yüksel, Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi. C.1, Vedat Kitabevi, İstanbul 2004, s. 15-16.

SMK m.5'e göre, kişi adları, sözcük, şekil, renk harf, sayı, ses ve mal veya ambalaj biçimleri marka olarak kullanılabilir. Burada ambalaj biçimlerinin içine üç boyutlu cisimler de girebileceği gibi burada ifade edilen hususlar sınırlı sayıda değildir. Zira madde hükmüne göre koşul ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla her türlü işareti ifade eder. Markalar ise bir mal veya hizmeti, bir başka mal veya hizmetten ayıran; işletmesel köken belirten işaretlerdir².

Marka olarak tescil edilecek olan işaretlerin, SMK'nın 5. ve 6. maddelerinde yer alan mutlak ve nispi red nedenlerine yol açan işaretlerden olmaması gerekmektedir beraber çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen işaretler de marka olarak tescil edilebilmektedir³. Yani, işaretin marka olabilmesi için grafiksel olarak ifade edilmesi gerekli ve yeterli olmakla beraber; markanın mutlaka görsel nitelikte olması aranmaz⁴. Zira marka bir ticari işletmenin üretimini ya da ticaretini yaptığı mal veya hizmetlerini için seçtiği işaretleridir⁵. Ancak marka olmanın koşulu ticari işletme olması kişinin tacir olmasına bağlı olmayıp gerçek kişilerin de markası olabilmektedir. Nitekim, marka olabilecek işaretler kanunda sınırlı olarak sayılmadığından, bir marka olarak işaret işletmesel köken gösteren bir bilgi olup; fiziki olmasa dahi zihinsel olarak maldan ve/veya hizmetten soyutlanabilmelidir⁶.

İşaret kelimesi geniş kapsama sahip olarak, yalnızca bir simgeyi, yani şekli ifade etmekten ziyade söz konusu hükümde sayılan örneklerin yanında pek çok unsur ve bunların birleşimlerini de içine almaktadır⁷.

İşaretin işaret olmasının sebebi ise henüz tescil edilmemiş olması olmasıdır. Tescil edilmiş olan işaretler de marka olarak nitelendirilmektedirler. Her işaret marka olabilir ve bir

² Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 23.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s. 285; Bozbel, s. 349-351; Çağlar, Hayrettin, Marka Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.12; Çolak, Uğur, Türk Marka Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3.Baskı, 12 Leva Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 7; İmirlioğlu, Dilek, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 3; Karahan, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012, s. 153; Özkök, Başak, Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmet İptali, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 26; Yasaman, s. 61, Yılmaz, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 35.

³ Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta, İstanbul 2004, s. 339-340; Yasaman, s. 61.

⁴ Bozbel, s. 351-352; Çağlar, s. 12; İmirlioğlu, s. 13; Yılmaz, s. 37.

⁵ Çağlar, 12; İmirlioğlu, s.12; Yasaman, s. 61.

⁶ Bozbel, s. 351.

⁷ Çolak, s. 22; İmirlioğlu, s. 13; Karadenizli, Hasan Tolga, "Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri", Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Daire Başkanlığı, Ankara 2008, s. 4.

markada birden fazla işaret kullanılabilir ancak bu işaretlerin marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde⁸ gösterilebilir olması gerekmektedir⁹. Bu bağlamda değerlendirildiğinde marka oluşturabilecek işaretlerin sayıca veya türsel olarak sınırlayıcı olmadığı ancak, işaretlerin marka olabilmesi bazı şartlara sahip olması gerektiği açıktır¹⁰. Bu da işaretin somut olması gerektiğinden kaynaklanan bir husustur¹¹. Her işaretin marka olamayacak olmasına karşın her marka bir işarettir¹².

Ayrıca SMK, hizmetlerin de işaret olarak kullanılmasına olanak sunmuştur. Yani 4.madde uyarınca hizmet markaları da kullanılmaktadır. Böylelikle, reklam, büro, otelcilik, inşaat, sanat gibi alanlarda verilen hizmetlerin marka ile korunmasına imkân sağlanmış ve bunlar da sınırlı sayıda olarak nitelendirilmemiştir¹³.

2. Ayırt Edicilik

Markanın olmazsa olmazı ayırt edicilik unsurudur. İşaretin ayırt edici gücü olmadığında, o işaretin marka olarak alınması mümkün değildir¹⁴. Ayırt edicilik somut ve soyut ayırt edicilik olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵. Soyut ayırt edicilik için, bir işaretin teorik olarak herhangi bir şekilde mal ve/veya hizmeti göstermeye elverişli olması yeterli iken; somut ayırt edicilik için ise tescili talep edilmiş olan işaretin tescil edilmek istenen mal ve hizmetleri diğerlerinden ayırt edebilmekle beraber aynı zamanda tescil engeli teşkil edebilecek hususların da söz konusu olmaması yeterlidir¹⁶.

Bununla beraber, marka olarak kullanılan işaret ayırt edici niteliğini tescille beraber kazanabilmekte olup; işaretin tescil öncesi ayırt edici olmasının gerekliliği bir şart olarak aranmamıştır¹⁷. Tescilden önce ayırt ediciliğin kullanmakla kazanılması da SMK m.5 uyarınca mümkündür. Nitekim bu noktada, soyut ayırt ediciliğin yokluğu mutlak bir tescil engeli olarak karşımıza çıkarken, somut ayırt ediciliğin yokluğu kullanmakla kazanılan ayırt

⁸ Sicile ilişkin hususlar SMK'nın Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.14'te ifade edilmiştir.

⁹ İmirlioğlu, s. 13; Tekinalp, s. 340; Yılmaz, s. 37.

¹⁰ Bozbel, s. 351; Karadenizli, s. 4.

¹¹ Bozbel, s. 352; İmirlioğlu, s. 12.

¹² Çolak, s. 22; İmirlioğlu, s. 12; Tekinalp, s. 361

¹³ Arkan, s. 291; Bozbel, s. 352.

¹⁴ Çağlar, s. 12; İmirlioğlu, s. 14; Yasaman, s. 61.

¹⁵ Bozbel, s. 359; Çağlar, s. 12; Çolak, s.24; İmirlioğlu, s. 21.

¹⁶ Bozbel, s. 361; Çağlar, s. 12; Çolak, s.24; İmirlioğlu, s. 21-22.

¹⁷ Çağlar, s. 12-13; Noyan, Erdal, Marka Hukuku, Adil Yayınevi, Ankara, 2004, s. 46.

edicilik ile giderilebilmektedir¹⁸. Zira kullanılmakla ayırt edicilik, marka olarak seçilen işaretin; o mal veya hizmette kullanılması ile artık onu diğer mal veya hizmetlerden ayıracak hale gelmesiyle kazanılır. Ayırt edicilik, tayin edici bir unsurdur ve tescil edilebilirliği ifade etmektedir¹⁹.

Marka, esas ve yardımcı unsur olarak iki unsurdan meydana gelmekle beraber; yardımcı unsur her zaman kullanılması zorunlu olan bir unsur da değildir²⁰. Nitekim markaların tescil edilebilirliğinin değerlendirmesinde markanın tamamı yani her iki unsuru göz önünde bulundurulur²¹. Esas unsur, ayırt edici niteliğe sahip ve özgün nitelikteyken; yardımcı unsurlar ise, ayırt edici nitelik taşımayan, kamuya ait olup herkesçe kullanılacak niteliktedir ve bunlar esas unsur olarak tescil edilmeyip, sadece belirli koşullarda esas unsurlarla kullanılarak tescil edilebilirler²². Uğur Derin Dondurucu buna örnek gösterilebilir. Burada “Uğur” özel bir isim olduğundan esas unsurken; “derin dondurucu” ise ürün adı olduğundan kamuya açık herkes tarafından kullanılabilir niteliğe sahip olan yardımcı unsurdur.

Ayırt ediciliğin de unsurları bulunmaktadır. İlk unsur işaretin kavram adına yakın olmamasıdır²³. İkinci olarak işaretin anlamsızlığından, icat edilmiş olmasından söz edilebilir²⁴. Üçüncü olarak, uzun süreden beri kullanma ve son olarak ise marka olarak seçilmiş olan işaretin aynı veya benzer olan mal veya hizmetler için mevcut olan markalardan farklı olmalı yani karıştırılma tehlikesinin bulunmamasıdır²⁵. Zira işaretin ayırt edici gücü; kullanılacağı mal veya hizmetin cins ya da niteliğine ne kadar uzak olursa o kadar kuvvetlenir²⁶.

Bununla beraber, bazı işaretlerin hiçbir mal veya hizmet için ayırt etmeyi sağlayamamasına karşın, bazı işaretler ise tescile konu edilen mal/hizmetler açısından ayırt edici nitelikten yoksun olabilmektedir²⁷. Bu doğrultuda ayırt edicilik konusunda SMK m.5/2’de düzenlenen istisnaya göre bir marka başvuru tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak ayırt edici bir nitelik kazanmış ise, ayırt edici

¹⁸ Bozbel, s. 361; Çağlar, s. 12.

¹⁹ Tekinalp, s. 339.

²⁰ İmirlioğlu, s. 26; Karahan, s. 157; Yılmaz, s. 46.

²¹ Bozbel, s. 363; İmirlioğlu, s. 26.

²² Bozbel, s. 363; İmirlioğlu, s. 26-27; Karahan, s. 157.

²³ Bozbel, s. 362; Çolak, s. 26; Tekinalp, s. 345-346; Yasaman, s. 62.

²⁴ Bozbel, s. 362; Çolak, s. 26; Tekinalp, s. 345-346; Yasaman, s. 62.

²⁵ Bozbel, s. 362; İmirlioğlu, s. 20; Tekinalp, s. 345-346; Yasaman, s. 62; Yılmaz, s. 50.

²⁶ Çolak, s. 26; İmirlioğlu, s. 20; Yasaman, s. 62.

²⁷ İmirlioğlu, s. 20; Karadenizli, s. 5; Yılmaz, s. 50.

olmadığı gerekçesiyle tescili reddedilemez. Yani işaretler kullanılmakla ayırt edici hale gelebilirler. Bu bağlamda doktrindeki bir görüş ayırt ediciliği kazanmış olan bir işaretin tescil talebinin reddedilemeyeceğini ve tescil tarihinden önce kullanılarak ilgili çevrede marka olarak algılanmaya başlanmış olan işaretin de tescil edilebileceğini savunmaktadır²⁸. Diğer bir görüş ise, ilgili işaret çok uzun süre kullanılsa dahi ayırt edici bir güç kazanamayacağından o işaretin marka olarak tescil edilemeyeceği yönündedir²⁹. Nitekim kullanma yoluyla kazanılan ayırt ediciliğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu "ICEBERG" kararında da ifade edildiği üzere iddia eden tarafça ileri sürülmesi ve ispat edilmesi gerekmektedir³⁰. Aksi halde hâkim yargılama sırasında bu hususu re'sen dikkate almayacaktır.

SMK m.5'te somut ve soyut ayırt edicilik kavramlarına açıkça ilk kez yer verildiği ve SMK m.5/2'de kullanmakla ayırt edicilik hüküm altında olduğundan SMK m.5 ilgili tartışmaları da noktalayacak bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır.

Markanın ayırt ediciliği ile esas ve yardımcı unsurları aynı zamanda markada karıştırılma tehlikesinin denetimi yönünden de markaya ilişkin ölçütler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayırt edicilik arttıkça markanın karıştırılma tehlikesine maruz kalma ihtimali de artacaktır³¹.

C. Marka Türleri

1. Kullanım Amacı ve İşlevine Göre Marka

a. Ticaret Markası

Ticaret markaları, üretilen veya satışa çıkarılmış olan markaların başkalarının ürünleri ile karışmamasını sağlayan; işletmenin üretimini veya ticaretinin yapıldığı malların sahip olduğu markadır³². Markalara sağlanan ilk koruma ticaret markalarına sağlanan koruma olmuştur³³. Ticaret markaları sadece endüstriyel mallarda değil aynı zamanda ticaret konusu yapılan tüm mallarda kullanılabilir; nitekim tanımından da bu husus anlaşılmaktadır³⁴. Örneğin, Erikli bir ticaret markasıdır.

²⁸ İmirlioğlu, s. 23; Tekinalp, s. 366.

²⁹ Çağlar, 61; İmirlioğlu, s. 23.

³⁰ Yargıtay HGK., E. 2011/11-9, K. 2011/249, T. 29.04.2011, E.T. 14.06.2017, www.kazanci.com.

³¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinciBölüm III.,A. ve B.

³² Çolak, s. 15; Noyan, s. 48; Özkök, s. 33.

³³ Yasaman, s. 21.

³⁴ Özkök, s. 33; Tekinalp, s. 347.

b. Hizmet Markası

Hizmet markaları Paris Sözleşmesi'nde yapılan değişiklik ile uluslararası düzeyde korumaya sahip olmuştur³⁵. Ürünleri, piyasaya sundukları hizmet olan bankacılık, sigortacılık, turizm gibi sektörlerdeki teşebbüslerin hizmetlerini, diğer teşebbüslerin hizmetlerinden ayıran işaretler olup; SMK'ca bu teşebbüslere hizmetlerini bir marka olarak sunabilme imkânı tanınmıştır³⁶. Nitekim KHK'da da aynı imkân sunulmuştu.

Ticaret markası ile hizmet markası arasındaki fark şöyle belirtilebilir: Ticaret markalarının konusu mal iken, hizmet markalarının konusu yapılan hizmet olup; bir ayakkabının nasıl tamir edileceğinin öğretilmesi bir hizmet markası altında arz olunurken, ayakkabının üretimi ile satışı ise ticaret markası altında pazarlanır³⁷. Nitekim hizmet markaları, ilgili hizmeti tanıtmak ve diğerlerinden ayırt etmek için kullanılan markalardır³⁸.

c. Garanti Markası

Mal ve hizmetlerin, üretim usullerini, coğrafi özelliklerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan; bu mal veya hizmetin kesinleşmiş kalite ve özelliklerini ifade eden markalar, garanti markaları olarak adlandırılır³⁹. Nitekim SMK m.31'de garanti markaları marka sahibinin kontrolünde birçok işletme tarafından; o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaret olarak tanımlanmıştır. İlgili maddenin devamı hükmünde ise bu markanın, sahibinin veya sahibine iktisaden bağlı olan bir işletmenin mal veya hizmetlerinde kullanılamayacağı ifade edilmiştir.

Garanti markaları, örneğin "ISO 9000", "WOOLMARK" gibi belirli standartlara uyanlar tarafından kullanılabilen markalardır⁴⁰. Garanti markasının diğer markalardan farklı olması, sahibi tarafından kullanılmamasından kaynaklanmakla beraber aynı zaman da markanın sahibine iktisaden bağlılığından da kaynaklanır⁴¹.

³⁵ Yasaman, s. 21.

³⁶ Tekinalp, s. 347.

³⁷ Noyan, s. 48.

³⁸ Çolak, s. 15; Özkök, s. 34; Yasaman, s. 22.

³⁹ Çolak, s. 18; Karahan, s. 156; Özkök, s. 38; Yılmaz, s. 58.

⁴⁰ Arkan, s. 291; Çolak, s. 18; Karahan, s. 156; Yılmaz, s. 60.

⁴¹ Noyan, s. 51.

Garanti markası, garanti markasının kullanılacağı markanın sahibince değil garanti markasının sahibinin belirlediği kaliteye uygun olduğu sürece bütün markalarda kullanılabilir zira bu marka malın kalitesi hakkındaki garantiyi simgeleyerek esas markanın yanında kullanılır⁴².

d. Koruyucu Marka

Koruyucu marka, marka sahiplerinin kendi markalarında çeşitli ufak değişikliklerle yaratılacak ve kendilerininle karıştırılacak markaların başkaları tarafından yaratılıp kullanılmasını engellemek amaçlı bu markaları, benzer işaretler ile yaratıp tescil ettirirler ki bu markaya tecavüzün engellenmesi amacını güder⁴³.

2. Hak Sahiplerine Göre Marka

a. Ferdi Marka

Hak sahibi bir gerçek ya da tüzel kişi olan, üretim, hizmet ya da ticaret işletmesi tarafından kullanılan ve ona ait olan markalar ferdi markalardır⁴⁴. Markaların üzerinde el birliği ile müşterek bir mülkiyet olabilir ancak o marka dahilinde mutlak hak sahibi olmaları ve tüm hakları kullanmaları faktörü ön planda olduğu için bu markalar da bireysel markadır⁴⁵.

b. Vekil Markası

Yabancı bir işletmenin, kendi markasını Türkiye’de kendi adına tescil ettirmek yerine, pazar şartları dolayısıyla vekili adına tescil ettirmesi ile oluşan marka vekil markası olup⁴⁶, vekil ile işletme sahibi arasındaki ilişki ise aralarındaki inanca bağlıdır⁴⁷. Böylece markanın Türkiye’deki sahibi vekil olur ve ferdi marka statüsündedir⁴⁸.

c. Ortak Marka

⁴² Çolak, s. 18; Özkök, s. 39; Tekinalp, s. 348.

⁴³ Çolak, s. 19; Özkök, s. 43; Tekinalp, s. 347.

⁴⁴ Çolak, s. 16; Karahan, s. 155; Özkök, s. 35; Yasaman, s. 22; Yılmaz, s.56.

⁴⁵ Çolak, s. 16; Özkök, s. 35; Tekinalp, s. 348; Yasaman, s. 22; Yılmaz, s.56.

⁴⁶ Çolak, s.16; Yasaman, s. 22.

⁴⁷ Çolak, s.16; Tekinalp, s. 350.

⁴⁸ Çolak, s.16; Yasaman, s. 22.

Ortak marka, gerçek veya tüzel kişilerin oluşturduğu bir gruba dâhil işletmelerin ürettiği mal ve hizmetleri, diğerlerinden ayırt etmeye yarayan işaretlere verilen addır⁴⁹. Nitekim SMK'nın 31. maddesinde de şöyle ifade edilmiştir: “*Ortak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir. Ortak marka, gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarar.*”. Örneğin, TARİŞ, MARMARA BİRLİK gibi.

3. Bilinirliğe Göre Marka

a. Alelade Marka

SMK kapsamında tanınmış marka olarak nitelendirilmemiş markalardır. Nitekim bu markalar da koruma kapsamında olup, tanınmış markalar gibi özel düzenlemelere sahip değildirler.

b. Tanınmış Marka

Başlı başına bir kalite haline gelmiş, herkes tarafından bilinen markalardır. Ancak bu statünün nasıl kazanılacağı ile ilgili olarak WIPO, TPMK gibi merciiler farklı kriterler koymuştur⁵⁰. Zira her bir markanın tanınmışlığı somut duruma göre farklılıklar gösterecektir⁵¹.

Yargıtay ise konu ile ilgili olarak, bir teşebbüse ait olan markanın, kişiler arasında yaş ya da statü farkları gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlarda refleks olarak ortaya çıkan çağrışımlarının aynı olması halinde o markanın tanınmış marka olarak nitelendirilebileceği görüşündedir⁵². Nitekim, bir markanın tanınmış sayılabilmesi için o markanın üzerinde bulunduğu mal veya hizmetin yöneldiği tüketici çevresinde ya da ilgili sektörde tanınıyor olması yeterli bir kriter olarak görülebilir⁵³. Çünkü kişilerin alan ya da ilgisi farklı olduğundan her markayı tanımayabilir. Bu durum o markanın tanınmış marka olmasını engellemeyecektir. Örneğin, silahlar ile ilgilenen bir avcı ile kozmetik ile ilgilenen bir makyözün bu alanlarda tanıdığı markalar bir diğerinin tanımadığı olabilir. Bu bağlamda o markalar tanınmışlığından bir şey kaybetmeyecektir.

⁴⁹ Karahan, s. 155.

⁵⁰ Karahan, s. 170-171.

⁵¹ Yasaman, s. 24; Yılmaz, s.62 vd..

⁵² Karahan, s. 171, Yargıtay 11. HD, 13.3.1998, E.1997/5647, K. 1998/1704, E.T. 08.05.2014, www.kazanci.com.

⁵³ Yasaman, s.24.

D. Markanın Fonksiyonları

1. Ayırt Edicilik Fonksiyonu

Ayırt etme fonksiyonu markanın tanımından da gelen, bir işletmeye ait olan mal veya hizmetleri diğerlerinden ayırmak için o mal veya hizmete bir kişilik kazandıran, ona bir ad veren ana unsurdur⁵⁴. Bu ayrımı sağlama işlevi marka sahibine mal veya hizmetini pazarlama; alıcıya ise rakip firmalar tarafından üretilen benzer mal ya da hizmetlerin arasından seçim yapma olanağını sağlar⁵⁵. Nitekim bir mal veya hizmette kullanılmak için seçilmiş olan marka o mal ve hizmetler için seçilmiş olan diğer markalardan farklı olacak ve ilgili mal veya hizmetin karakteristik özelliklerini de belirtmeyecektir⁵⁶.

2. Kalite / Garanti Fonksiyonu

Markalar malları yalnızca birbirinden ayırt etmeye değil; aynı zamanda üzerinde bulunduğu malın kalite sembolü haline gelerek tüketicinin o mal üzerindeki beklentisini de arttırmaktadır⁵⁷. Tüketicinin, malı kalitesine inandığı işletmenin markası ile tanınmasını sağlayan bir fonksiyon olup; böylece tüketici, güvendiği firmanın markasını taşıyan başkaca mal ve hizmetlerden de gönül rahatlığı ile yararlanmak isteyecektir⁵⁸. Zira tüketici nezdinde o markayı taşıyan mal veya hizmetin benzer kalitede olduğu beklenti ve güvenini oluşturur⁵⁹. Zamanla tüketici, mal ya da hizmet yerine marka talebinde bulunacaktır; buna örnek olarak, UHU, Selpak gibi markalar gösterilebilir⁶⁰.

Marka ile simgeleştirilmiş olan kalite itibarı; bir taraftan marka sahibi için önemli bir üstünlük sayılırken, diğer taraftan kalitesi kullanıncaya kadar belli olmayan rakip markalar arasından müşterinin kolay bir seçim yapmasına imkân vermektedir⁶¹. Ancak markalar tanınarak güçlendikçe, başkaca firmaların mevcut pazarda tutunmaları zorlaşacak ve bu markaların tekelleşmesine de neden olacaktır⁶². Zira her marka ile hedeflenen belli bir tüketici kitlesi olmakla beraber; vasat kaliteli mal veya hizmet garanti eden bir marka da düşük fiyatlı

⁵⁴ Bozbel, s. 34; Özkök, s. 29; Tekinalp, s. 353; Yılmaz, s. 53.

⁵⁵ Çolak, s. 14; Karadenizli, s. 10.

⁵⁶ Özkök, s. 29; Yasaman, s. 18; Yılmaz, s. 53.

⁵⁷ Özkök, s.30; Yasaman, s. 19.

⁵⁸ Özkök, s.30; Tekinalp, s. 352; Yılmaz, s.55.

⁵⁹ Bozbel, s. 346; Çolak, s.15; Özkök, s.30; Yılmaz, s.55.

⁶⁰ Karahan, s. 153.

⁶¹ Karadenizli, s.11.

⁶² Tekinalp, s. 352.

olması sebebiyle tercih edilebilecek olup; markanın garanti işlevi doğrudan marka hukuku ile korunan bir durum değildir⁶³.

3. Kaynak Gösterme Fonksiyonu

Bir mal veya hizmetin hangi işletme tarafından üretildiğini veya yapıldığını ya da piyasaya sürüldüğünü gösteren fonksiyon olup, işletme sahipleri açısından da ayırt edici rol oynar⁶⁴. Tüketiciler bir malı alırken, onun markasına bakarak, o markanın kime ait olduğunu anlayarak menşeyini öğrenmiş olur ve bu da kaynak gösterme fonksiyonu ile doğrudan ilişkilidir⁶⁵. Nitekim buradaki amaç ilgili mal veya hizmet ile işletme arasındaki bağlantının kurulmasının sağlanmasıdır⁶⁶.

Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarına göre ise markanın esas fonksiyonu, markalı ürünün müşterisinin, herhangi bir karıştırma olasılığı olmaksızın, söz konusu olan ürün veya hizmeti, farklı kaynağa sahip ürün veya hizmetlerden ayırmasını sağlayarak onun kaynağının kimliğini garanti etmektir ve markanın bozulmamış rekabet sistemindeki esas görevini yerine getirebilmesi için, markayı taşıyan tüm ürün veya hizmetlerin tek bir teşebbüsten kaynaklandığını garanti etmesi zorunludur⁶⁷.

4. Reklam Fonksiyonu

Markasız bir reklam düşünülemez olduğundan, isabetli bir marka seçimi markanın yükselişi için çok önemli bir yer taşımaktadır⁶⁸. Markaların kullanıldıkça bilinirliği ve alıcı kitlesi arttığından tüketici daha önce tercih ettiği ve belli kaliteyi garanti ettiğine inandığı markayı, başka ürün ve hizmetler için de çoğunlukla tercih ettiğinden marka bir reklam ve tanıtım aracı olur⁶⁹. Marka tanındıkça bu şekilde bir reklam etkisi yarattığından dolayı pazar da bu durumdan doğrudan etkilenir⁷⁰. Zira müşteri bir süre sonra markayı taşıması nedeniyle o mal veya hizmeti tüketmeye başlar⁷¹. Markanın reklam işlevine markaya ilişkin yeni anlamlar

⁶³ Karadenizli, s. 12; Yılmaz, s.53.

⁶⁴ Bozbel, s. 344; Karahan, s. 153; Yılmaz, s.53.

⁶⁵ Bozbel, s. 344; Tekinalp, s. 352.

⁶⁶ Yasaman, s. 18; Yılmaz, s.54.

⁶⁷ Karadenizli, s. 11.

⁶⁸ Karahan, s. 153.

⁶⁹ Çolak, s. 14; Karadenizli, s. 12; Özkök, s. 31; Yılmaz, s. 55-56.

⁷⁰ Özkök, s. 31; Tekinalp, s. 352.

⁷¹ Yasaman, s. 20; Yılmaz, s. 55.

yüklenerek marka ile tüketici arasında bir bağ kurulmaktadır⁷². Çünkü markanın reklam işlevi, o markanın telkin ve çekim gücü olarak anlaşılmaktadır⁷³.

II. Marka Olarak Seçilebilecek İşaretler

A. Genel Olarak

Marka olarak seçilebilecek işaretler SMK m.4'te açıkça belirtilmiştir. SMK m.4 uyarınca: “*Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir.*” Her türlü işaret tabiri, işaret teriminin geniş anlamda kullanıldığını ve her türlü işaret ile işaret bileşenlerinin marka olarak kullanılmasının mümkün olacağını göstermektedir⁷⁴.

Ayırt edicilikten yoksun, 4. madde kapsamında değerlendirilemeyen işaretler, marka olarak seçilemezler⁷⁵. İlgili kanun hükmündeki sayım, sınırlayıcı değil örneklendirici nitelik taşıyor; bu sayıma dâhil edilebilecek işaretlerin marka olarak seçilebilmesinde de herhangi bir engel bulunmamaktadır⁷⁶. Ayırt edici niteliğin bulunması bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için vazgeçilmez olup, marka olarak tescil edilebilme potansiyeline sahip işaretlerin ayırt edici niteliğe sahip olması gerekmektedir⁷⁷. Seçilmiş olan işaretin orjinal ve yeni olmasına, mana ifadesine gerek olmadığı gibi endüstriyel tasarımlarda aranan yenilik ve orjinallik unsurları da aranmamaktadır⁷⁸. SMK 5. maddesinin 2. fıkrasına göre ise: “*Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili reddedilemez.*” Ancak marka olarak kullanılacak işaretin tescilden önce ayırt edicilik nitelik kazanmasına gerek olmayıp bu ayırt edicilik, tescille de kazanılabilir⁷⁹.

B. SMK'da Açıkça Belirtilmiş Olanlar

⁷² Karadenizli, s. 12.

⁷³ Bozbel, s. 346.

⁷⁴ Yasaman, s. 62.

⁷⁵ İmirlioğlu, s. 28; Karahan, s. 156.

⁷⁶ Arkan, s. 290; Çolak, s. 58; İmirlioğlu, s. 28; Karahan, s. 158.

⁷⁷ Çolak, s. 50; Yasaman, s. 61.

⁷⁸ Yasaman, s. 62.

⁷⁹ Yasaman, s. 62.

1. Kişi Adları

Kişi adları marka olarak tescil edilebilmektedir. Ancak “kişi adı” ibaresinden söz ederken, ad ve soyadın beraber mi yoksa ikisinin birbirinden ayrı olarak mı değerlendirileceğine dair bir soru işareti bulunmaktadır⁸⁰. Bu hususta önemli olan ad veya soyadların ya da her ikisinin oluşturduğu kombinasyonun ayırt edici niteliğe sahip olmasıdır⁸¹. Nitekim adlar sınırlı olup birden fazla kişi tarafından kullanılmakta olup; soyadlar daha az, farklı olduğu için yalnız soyad ya da ad soyad tescilleri mümkündür⁸². Ancak adın ayırt edici niteliği düşük olmasına karşın tescil edilmiş ve tescilden sonra kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmış olması halinde ise bunun terkini istenemez⁸³. Buna örnek olarak Beyti ve Hamdi gösterilebilir. Sadece soyaddan oluşan markalara Koç, Eczacıbaşı ve Sabancı; sadece addan oluşan markalara, Nevzat (ayakkabıcı), Dr. Oetker, ad ve soyad kombinasyonundan oluşan markalara ise Canan Yaka, Yıldırım Mayruk, Tommy Hilfiger örnek gösterilebilir. Bunların yanı sıra müstear ad olarak nitelendirilen takma adların kişi adı içerisine girip girmediği tartışılmakla beraber izin alınması kaydıyla tescil edilebilir⁸⁴. Halikarnas Balıkçısı buna örnek olarak gösterilebilir. Marka olarak seçilen ad ve soyadın kişinin kendine ait olması aranmaksızın, tanınmış birine ait olan ad ve soyad da tescil edilebilmektedir ancak bunun içinde kişinin, kişi öldüyse mirasçılarının izni gerekmektedir⁸⁵. Mirasçılarının izni olmaksızın bir kişinin ad veya soyadı marka olarak tescil ettirilemez⁸⁶. Zira ad üzerindeki haklar kişilik hakkı olup, devredilemez ve feragat edilemez nitelik taşır⁸⁷. Kişi adları görsel, işitsel ve kavramsal olarak karıştırılma tehlikesine konu olabilirler⁸⁸.

2. Sözcükler

Herhangi bir sözcük marka olarak tescil edilebilir ve bunun için engel teşkil eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözcük sayısında bir sınırlamaya gidilmemesi nedeniyle, sözcük grupları da marka olarak tescil edilebilmiştir⁸⁹. Bu sayede de özellikle reklam

⁸⁰ Tekinalp, s. 341.

⁸¹ Çolak, s. 65; Karahan, s. 159; Yılmaz, s. 77.

⁸² Çolak, s. 65; İmirlioğlu, s. 31; Yasaman, s. 64; Yılmaz, s. 77-78.

⁸³ Çolak, s. 65; Yasaman, s. 64; Yılmaz, s. 77.

⁸⁴ Çağlar, s. 15; İmirlioğlu, s. 30; Tekinalp, s.3 41; Yasaman, s. 65.

⁸⁵ Bozbel, s. 352; Tekinalp, s. 341.

⁸⁶ Bozbel, s. 352; Çağlar, s. 15.

⁸⁷ İmirlioğlu, s. 29; Yılmaz, s. 78.

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinci Bölüm, II., B., 2.

⁸⁹ Bozbel, s. 353; Çolak, s. 59-60; Tekinalp, s. 34; Yasaman, s. 69.

sloganları bu yolla tescil edilebilir olmuştur⁹⁰. Buna örnek olarak, “Bira bu kapağın altındadır” sloganı verilebilir⁹¹. Marka olarak tescil edilebilecek sözcüklerin tek sınırı, bu sözcüklerin markanın kullanılacağı mal veya hizmeti belirleyemeyecek, onu ifade edip ayırt edicilik ile tanınmasını sağlayamayacak kelimelerden oluşmamasıdır⁹².

Sözcükler anlamlı olabileceği gibi anlamsız da olabilirler; örneğin, Topi top, Maret gibi⁹³. Sloganlar da sözcükler de Türkçe olabileceği gibi yabancı bir dilde de olabilir⁹⁴. Yabancı dildeki sözcüklerin marka olarak tescil edilebilip edilememesi hususu, Yargıtay’a taşınan bir konu olmuştur. Yargıtay “Multicanal” markası ile ilgili kararında, ayırt ediciliğin bulunması halinde tescilinde bir sakıncanın olmadığını ifade etmiştir. Ancak ilgili işaretin ayırt ediciliği sağlamaması nedeniyle marka olarak tescili, ilk derece mahkemesi kararının onanması suretiyle mümkün kılınmamıştır⁹⁵. Sözcükler görsel, işitsel ve kavramsal olarak karıştırılma tehlikesine konu olabilirler⁹⁶.

3. Harfler ve Sayılar

Harfler ve sayılar marka olarak tescil edilebilmekle beraber tescil ettiren kişiye o harf ve sayılar üzerinde bir tekel hakkı sağlamaz⁹⁷. Harf ve rakam kombinasyonları ayırt ediciliği sağlamaları halinde tescil imkânına sahip olabilecek; münferiden bir harf veya sayı tescil edilemeyecektir⁹⁸. BMW, TCDD gibi harf dizilimlerinin tescili ise kısaltma olmaları nedeniyle mümkündür⁹⁹. Yani tescil edilecek olan harf ve sayının o marka için bir ayırt ediciliğe sahip olması gerekecek; tek bir harf veya sayı herhangi bir teşebbüsün tekeline bırakılmayacaktır¹⁰⁰.

Bununla beraber Latince’de 4 anlamına gelen “Quatro” sayısı tek başına tescil edilememiş ancak “Audi 4” olarak ayırt ediciliğin sağlaması nedeniyle tescil edilmiştir. Marka olarak tescil edilmesi istenen harfin Türk alfabesinde olması koşulu aranmaksızın, Kiril, Arap, Çin, Yunan alfabelerinin harfleri de marka olarak tescil edilmek istenen işaretlere

⁹⁰ Bozbel, s. 353; Çağlar, s. 16; Tekinalp, s. 34; Yasaman, s. 69.

⁹¹ Reklam Sloganları başlığı altında incelenecektir.

⁹² Çolak, s.59; İmirlioğlu, s. 45; Yasaman, s. 69.

⁹³ Karahan, s. 159.

⁹⁴ Bozbel, s. 35; Karahan, s. 159.

⁹⁵ Yargıtay 11. HD, 9.11.2000, E. 2000/6135, K. 2000/8767, E.T. 08.05.20014, www.kazanci.com.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinci Bölüm, II., B., 2.

⁹⁷ Karahan, s. 160.

⁹⁸ Bozbel, s. 354; Çağlar, s. 17; Çolak, s. 60; Karahan, s. 161.

⁹⁹ Çağlar, s. 17; Çolak, s. 63; İmirlioğlu, s. 48.

¹⁰⁰ Çolak s. 60-61; Yasaman, s. 74.

seçilebilecektir¹⁰¹. Bu durum SMK'daki sınırlamaların ihlali de olmayacaktır. Harfler ve sayılar görsel, işitsel ve kavramsal olarak karıştırılma tehlikesine konu olabilirler¹⁰².

4. Şekiller

Bir nesnenin dış görünüm bakımından niteliği şekil olup; tasarımlar, resimler, semboller, amblem ve armalar gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen ve ayırt edicilik işlevini gerçekleştirebilen çeşitli kombinasyonlar bu kavram içine girebilmektedir¹⁰³. Şekil olarak seçilen işaretlere resimler, fotoğraflar, grafikler, armalar, mühürler, rölyefler, amblemler, logo ile hologramlar, sentez görüntüleri girmektedir ve bunlar ayırt edici özellikleri olması halinde tescil edilerek aynı zamanda sözcüklerle beraber de kullanılabilirler¹⁰⁴. Malların ambalaj biçimlerinin tescili de bu kapsamda değerlendirilebilmektedir¹⁰⁵. Bununla beraber malın doğal yapısını, oluşumunda ya da oluşturulduğunda zorunlu olup; malın esas değerini veren ve onun o mal olmasını sağlayan şekli işaretler marka olarak tescil edilememektedir¹⁰⁶. Şekiller görsel olarak karıştırılma tehlikesine konu olabilirler¹⁰⁷.

5. Ses

a. Kavram

Ses, nesnelere hareketinden ya da titreşiminden ortaya çıkan mekanik bir dalga olup; yayılabilmesi için katı, sıvı veya gaz ortamlara, yani maddesel ortamlara ihtiyaç duymaktadır¹⁰⁸.

556 sayılı KHK'nın yürürlükten kalkması ve SMK'nın yürürlüğe girmesiyle artık sesler de marka olarak tescil edilebilecek işaretler arasında yerini almıştır. İlgili kanunun 4.maddesinde marka olabilecek işaretlerin arasında ses de sayılmıştır. KHK döneminde ise her ne kadar kanunda açıkça ifade edilmese de “benzer şekilde ifade edilebilen” kavramı ile yine seslerin tescili mümkündür.

¹⁰¹ Bozbel, s. 354; Çolak, s. 63; Tekinalp, s. 342.

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinci Bölüm, II., B., 2.

¹⁰³ Çağlar, s. 17; Karahan, s. 159-160.

¹⁰⁴ Bozbel, s. 354; Yasaman, s. 71.

¹⁰⁵ Tekinalp, s. 342.

¹⁰⁶ Karahan, s. 160.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinci Bölüm, II., B., 2.

¹⁰⁸ İmirlioğlu, s. 82; Karadenizli, s. 78.

Çağ ilerledikçe sesler farklı alanlarda kendilerine kullanım imkânı bulmuş; televizyon ya da radyo programlarının başlangıcında kullanılan tanıtıcı melodiler, yani *jingle*lar başlayacak olan programa işaret ederek; gerek ürün/hizmetler gerekse söz konusu ürün/hizmetin ticari kaynağı olan firma ayırt edilmesini sağlayacak niteliğe sahip olmuşlardır¹⁰⁹.

Sesler, kulak yoluyla algılanan ve kulağa hitap eden işaretlerdir¹¹⁰. Nitekim bu sesler notaya dökülebildiği takdirde marka olarak tescil edilebilme hakkı kazanacaktır¹¹¹. Sesler doğal olabileceği gibi bilgisayar tarafından da oluşturulabilirler¹¹².

Satın alma davranışını etkileyebilmek açısından marka sesi hem işiteni hem de dinleyeni hedef almak durumundadır çünkü her ikisi de bu bağlamda eşit ölçüde önem taşımaktadır¹¹³. Sesler, diğer görsellere göre daha hızlı algılanıp, akılda kalabildiklerinden marka olarak tescil edilecek işaretlerin seslerden seçilmelerinin temeli de bu olup, diğer işaretlere göre daha çok tercih edilmişlerdir¹¹⁴. Bu sayede birçok firmanın reklam müziği ile dizi ve programların simgesi haline gelmiş *jingle*lar yani tanıtıcı müzikler ile herhangi bir melodi niteliği taşımayan sesler de marka olarak tescil edilebilme şansı yakalamıştır¹¹⁵. Sesler işitsel olarak karıştırılma tehlikesine konu olabilirler¹¹⁶.

b. Seslerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği

Gelişen teknolojiyle gelecekte daha fazla sayıda üreticinin ses markalarından yararlanmak istemesi ihtimalinin çok güçlü olmasından bahisle ses markalarının tescil edilebilirliği de önem kazanmakta ve geleneksel markalar gibi, ses markalarının da tescil yoluyla korunup korunamayacağı hususu marka hukukunun güncel ve önemli tartışma konularından biri haline gelmiştir¹¹⁷.

¹⁰⁹ Karadenizli, s. 78.

¹¹⁰ Karasu, Rauf, "Ses Markaları", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), C. 7, S. 2007/2, s. 31.

¹¹¹ İmirlioğlu, s. 82; Karahan, s. 161.

¹¹² İmirlioğlu, s. 83; Karasu, s. 31.

¹¹³ İmirlioğlu, s. 83-84; Karadenizli, s. 79.

¹¹⁴ Karasu, s. 32.

¹¹⁵ Tekinalp, s. 343.

¹¹⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinci Bölüm, II., B., 2.

¹¹⁷ İmirlioğlu, s. 85; Karadenizli, s. 80.

Seslerin marka olarak tescil edilebilirliğine ilişkin KHK’da açık bir hüküm olmamakla beraber, gelişmiş ülkelerin birçoğunda seslerin marka olarak tescil edilebileceği açık bir şekilde kabul edilmiştir¹¹⁸. Bu bağlamda, KHK’nın 5. maddesi uyarınca marka olabilecek işaretler, yalnızca görsel olarak algılanabilen işaretlerle sınırlı olacak şekilde dar yorumlanmamalıydı. Ancak SMK’nın yürürlüğe girmesiyle 4.maddede seslerin açık olarak marka olarak tescil edilebileceğine ilişkin ifade bulunduğundan; yorumlama ve bunun getirmiş olduğu tartışmalar da ortadan kalkmıştır.

Ses markaları insan kulağınca algılanabilen nitelikte olup; marka olarak tescil edildikleri mal veya hizmetler açısından tüketiciye, o mal veya hizmete ilişkin bir çağrışım yaratabilirler¹¹⁹. Bu çağrışımla beraber ayırt ediciliğin de yakalanması, basit ve zihne kolay yerleşebilen melodiler marka olarak tescil edilmek için seçilirler¹²⁰. Temelde bir ses markasının tescili için aranan şart ayırt edicilik olduğundan, tüketicinin akustik algısı burada önemli bir rol oynamaktadır ve bir melodinin akustiğinde farklılıklar olmasına karşın, bir bütün olarak algılanabiliyor, süresi de bir dakikanın altında ise o halde marka olarak tescil edilmesi hususunda ayırt ediciliği sağlamış olmaktadır¹²¹.

Bu bağlamda, seslerin marka olarak tescil edilebilmesinde hem somut hem de soyut ayırt edicilik unsurunun sağlanmış olması dikkate alınmaktadır¹²². Nitekim bir ses veya melodi bir mal veya hizmet için somut ayırt edici özellik taşımasa dahi başka bir mal veya hizmet için ayırt edici özellik taşıyabilir ki bu da soyut ayırt edicilik özelliğine sahip olmasından gelir¹²³.

KHK Yönetmeliği’nde ses markalarının tescil başvurusu ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamakla beraber, bu Yönetmeliğin 12.maddesinin a bendi uyarınca: “*başvuruya eklenecek belgeler arasında talep edilen, markanın yayıma ve çoğaltılmaya elverişli en az 5x5 ve en fazla 8x8 cm ebadında 20adet örneği*” tescil başvurusunda istenmekteydi. Ancak marka olarak tescil edilmesi istenen ses işaretlerinin notaya dökülebiliyorsa nota ile, dökülemiyorsa da sonogram cihazı ile ilgili makama sunulması daha sağlıklı olacaktır¹²⁴. SMK Yönetmeliği’nin; 7.maddesinin 2.fıkrasındaki ifade şöyledir: “*Başvurunun ses markası olarak*

¹¹⁸ Çağlar, s. 21; Çolak, s. 77; Karasu, s. 30.

¹¹⁹ Çolak, s. 77; Eroğlu, Sevilay, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S. 2003/1, s. 113.

¹²⁰ Eroğlu, s. 113

¹²¹ Eroğlu, s. 102.

¹²² Çağlar, s. 21; İmirlioğlu, s. 84; Yılmaz, s. 131.

¹²³ Bozbel, s. 356; İmirlioğlu, s. 84; Karasu, s. 35; Yılmaz, s. 131-132.

¹²⁴ Eroğlu, s.127.

tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işaretin elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli kaydının Kuruma sunulması gerekir. Başvuru sahibi nota ile gösterimin mümkün olduğu hallerde bu gösterimi de başvuruyla birlikte sunabilir.”.

TPMK'nin 2015 yılında yayınlamış olduğu marka inceleme klavuzunda ise konu ile ilgili olarak: *“Melodik (notaya dökülebilir) sesler için grafik gösterim, sese ait özellikleri (anahtarı, ölçüleri, notaları, durakları, tekrar eden tempoları ve diğer detayları) tasvir eder nitelikte hazırlanmış bir porte ile yapılmalıdır. Bu tür bir gösterim, anında anlaşılır olmasa dahi, kolay anlaşılır nitelikte olduğundan, yetkili makamların ve kamunun marka olarak tescili istenen işareti kesin olarak bilmelerine imkân tanır.”* demektedir¹²⁵.

Bununla birlikte sesin daha iyi ve kolay anlaşılması ile hukuki korumanın daha rahat yapılabilmesi amacıyla TPMK, ilgili müziğin bir CD'ye de aktarılarak, tercihen mp3 formatında olmak üzere ek olarak verilmesini talep etmekte olup; her bir başvuru için farklı kayıtlar yapılması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁶. TPMK eğer ki bir ses işaretinin marka olarak tescilini sonogram cihazı kullanmadığı ve bu talep ettiği şekilde aldığı sesleri marka olarak tescil etmemesi halinde ise, Türkiye'nin de taraf olduğu Paris anlaşmasına üye olan herhangi bir ülkede tescil edilmiş ses markası, bu anlaşma uyarınca markasını Türkiye'de de tescil ettirebilmektedir¹²⁷.

WIPO tarafından yaptırılan bir ankete göre, bazı ülkelerdeki marka mevzuatında seslerin marka olarak korunabileceğini açıkça belirtildiği, bazı ülkelerin mevzuatlarında ise; açıkça belirtilmemekle beraber, marka olabilecek işaretler listesinin sınırlı olmamasından bahisle, önceden belirlenmiş koşulları sağladığı müddetçe seslerin de marka olabileceği şeklinde yorumlandığı görülmektedir¹²⁸.

Bununla beraber, topluluk markalarının tescil mercii olan İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisi'nin marka sicillerinde, tescil edilmiş çeşitli ses markaları mevcut olup; topluluk üye ülkelerinden İngiltere ses markalarını koruma kapsamına açıkça almamış ama koruma dışında

¹²⁵ Türk Patent Enstitüsü, Marka İnceleme Kılavuzu, 2011, s.27, (http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/haber/Marka_Karar_Kriteri_TR.pdf ; 15.03.2016).

¹²⁶ Türk Patent Enstitüsü, Marka İnceleme Kılavuzu, 2011, s.27, (http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/haber/Marka_Karar_Kriteri_TR.pdf ; 15.03.2016).

¹²⁷ Yasaman, s.74.

¹²⁸ Karadenizli, s.81.

da bırakmamış; Fransa ise markanın hukuki tanımında sesi açıkça belirterek koruma içine almıştır¹²⁹.

Avustralya'da durum sesin bir işareti temsil ettiğinden bahisle tescil edilebilirliği yönünde olmuş, Amerika'da ise tümü açıkça belirtilmese de neredeyse her tür ayırt edici işaretin marka olarak tescil edilebileceğinden bahisle ses markaları da tescil edilebilmektedir¹³⁰.

Konu ile ilgili olarak Avrupa Adalet Divanı görüşleri ise şöyledir: Mahkeme ilk olarak doğal seslerin kendi ile, onlara benzetilmek amacıyla çıkarılan seslerin farklı olduğunu ifade etmiş olup; ikinci olarak ise melodinin notalar ile ifade edilmesi halinde, onların basitçe ifade edilmesinin yeterli olmadığını belirtmiş ve çeşitli vurgu, duruş gibi özelliklerden yoksun olacağından marka olarak tescilin gerektirdiği özelliklerin yerine getirilemeyeceğini vurgulamıştır¹³¹.

Marka Direktifi Protokolü'nde bulunan Avrupa Konsey ve Komisyonu'nun ses markalarına ilişkin ortak beyanatına göre, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olması koşuluyla, renk veya renk kombinasyonlarının marka olarak tesciline veya gelecekte, seslerin Avrupa Topluluğu markası olarak tesciline ikinci madde engel oluşturmamaktadır¹³².

6. Renk

a. Kavram

Renkler; ışığın göz, beyin ve deneyimler ile etkileşimiyle ortaya çıkan bir duygu olup; belirgin bir ışık altında farklı dalga boyları farklı renkler şeklinde görünmekte olup bu nedenle de görünen renklerin çoğu dalga boyları yelpazesinden ibarettir¹³³.

Renkler, sessiz iletişimin en önemli parçalarından biri olup, sadece estetik katmaktan ziyade sübliminal mesajlar yoluyla insan zihninde akılda kalıcılığı sağlarken bir yandan da

¹²⁹ Karadenizli, s.83.

¹³⁰ Karadenizli, s.83.

¹³¹ Nilsson Okutan, Gül, "Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Yıl 23, S. 2003/1-2, s.588-589.

¹³² Karadenizli, s.82.

¹³³ İmirlioğlu, s. 65; Karadenizli, s. 22.

düşünceleri şekillendirerek duyuların da harekete geçmesini sağlayan çok önemli işaretlerdir¹³⁴. Soyut renk markası herhangi belli bir dış hat çizgisi olmayan şekilde somutlaşmayan renk görünümünün bir işaret olarak marka hukuku bakımından korunan halidir¹³⁵.

556 sayılı KHK'nın yürürlükten kalkması ve SMK'nın yürürlüğe girmesiyle artık renkler de kanunen marka olarak tescil edilebilecek işaretler arasında yerini almıştır. İlgili kanunun 4.maddesinde marka olabilecek işaretlerin arasında renk de sayılmıştır. Renkler görsel olarak karıştırılma tehlikesine konu olabilirler¹³⁶.

b. Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği

Renkler SMK m.4 uyarınca tescil edilebilecek işaretler arasında sayılmıştır. Renklerin marka olarak tescil edilebilmesi için ayırt ediciliği sağlamaları gerekmektedir. Ancak kural olarak münferit renkler bu ayırt ediciliği sağlamadığı için marka olarak tescil edilemezler¹³⁷. Marka olarak tescil edilmek istenen renk, bir şekil oluşturuyorsa o halde renk, o şeklin ayrılmaz bir parçası olarak nitelendirileceğinden marka olarak tescilinde herhangi bir engel bulunmamaktadır¹³⁸.

Renklerin marka olarak tescil edilmek istenmesinin en temel nedeni olarak renklerin insan beyni üzerinde bazı duyu ve düşünceleri harekete geçirerek, psikolojik etkiler yaratması gösterilebilir¹³⁹. Kurumsal kimliğin oluşturulmasında da renk seçiminin büyük önem taşıması ve tüketiciye belli mesajlar iletmek amacıyla renklere başvurulması nedeniyle pazarlama ile reklamcılık alanlarında da renkler büyük rol oynamaktadır¹⁴⁰.

Daha önce de belirtildiği üzere soyut renk, herhangi bir şekil ile sınırları belli olmayan renktir. Bu halde soyut rengin marka olarak tescilinde aranan ilk özellik ayırt edicilik olacaktır¹⁴¹. İlk olarak rengin bu özelliğe haiz olup olmadığının tespiti yapılarak o işaretin yani rengin, marka olarak tescil edilmek istenen mal veya hizmet için somut ayırt edicilik

¹³⁴ İmirlioğlu, s. 66-67; Şimşek, "Markaların Renk Serüveni", 2011, s.1, (<http://www.truvainegi.com/2011/10/markalarn-renk-seruveni.html> ; 15.03.2016).

¹³⁵ Doğan, Beşir Fatih, "Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi(FMR), C. 5, S. 2005/4, s. 40; İmirlioğlu, s. 70; Tekinalp, s. 364; Yılmaz, s. 113.

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinci Bölüm, II., B., 2.

¹³⁷ Bozbel, s. 355; Çolak, s. 72; Karahan, s. 161.

¹³⁸ Tekinalp, s. 343.

¹³⁹ İmirlioğlu, s. 67; Karadenizli, s. 22; Yasaman, s. 80; Yılmaz, s. 116.

¹⁴⁰ İmirlioğlu, s. 67; Karadenizli, s. 24; Yılmaz, s. 116.

¹⁴¹ Doğan, s. 40; İmirlioğlu, s. 71; Yılmaz, s. 113.

gücüne sahip olup olmadığına bakılır¹⁴². Nitekim rengin ayırt edici gücünün bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirmede ilgili çevrenin görüşü ölçüt olarak alınmaktadır¹⁴³. Ayırt edici karakterin değerlendirilmesinde ise dikkate alınması gereken kıstas rengin, tescilli talep edilen mal ya da hizmet üzerinde alışılmışında dışında bir renk olması ve mal veya hizmete ilişkin sektörde herkes tarafından yaygın olarak kullanılmayan bir renk olması olup böylece ayırt ediciliği ilgili sektör içerisinde artacak ve rengin kullanım amacına ulaşılmış olunacaktır¹⁴⁴. Örneğin bir boya firması için renk kullanımı ayırt edici bir özellik olmayacaktır; ancak bir süt markasında kırmızı rengi kullanmak alışılmış renkleri olan mavi ve yeşilin dışında olduğundan ayırt edici özelliği taşıyor olacaktır. Hekim Süt markası kırmızı logosu ile bunun örneklerinden biridir. Pınar, İçim, Sek gibi markalar ise mavi ve yeşili yani alışılmış renkleri kullanan firmalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Renklerin somutlaşmış belli bir şekil içerisinde ya da şekille beraber kullanılması halinde, söz konusu şeklin ayırt edici niteliğe sahip olduğu hallerde tescile engel teşkil eden herhangi bir durum bulunmamakta olup bu durum renklerin, sözcük, sayı ya da diğer işaretlerle beraber kullanılması halinde de geçerli olacaktır¹⁴⁵.

Bununla beraber, somutlaşmamış yani belirli bir şekil içerisinde olmayan bir renk, marka olarak tescil edilmek istendiği mal veya hizmet ile özdeşleşmiş, onu çağrıştırır hale gelmişse böyle ayırt edici nitelik kazandığı kabul edilmek suretiyle marka olarak tescil edilebilir¹⁴⁶. Bu noktada ise tek başına somutlaşan rengin tescil edilebilmesinde fayda sağlayıcı işlevsellik ve estetik olarak işlevsellikten bahsedilerek bunların olmasının gerekliliği ileri sürülmektedir¹⁴⁷. Bunun en önemli örneklerinden biri, “*Milka*” çikolata markasının lila renginin ve mor ineğinin marka olarak tescillenmesidir¹⁴⁸.

Renklere ilişkin olarak her rengin farklı bir anlamı olduğundan bahisle; Mc Donald’s, Burger King, Coca Cola gibi fast-food yiyecek, içecek markalarının canlandırıcı ve iştah açıcı etkisinden dolayı kırmızı rengi seçmektedirler¹⁴⁹. Diyet ürünlerin seçimini iştahı kapatıcı olmasından dolayı mavi yönünde yaptıklarını; süt ve süt ürünlerinde ise sağlıklı oldukları mesajını vermek, şişmanlatıcı olmadıklarını göstermek için yine tercih mavi ve yeşil

¹⁴² Doğan, s. 40; İmirlioğlu, s. 71; Yılmaz, s. 113.

¹⁴³ Yasaman, s. 83.

¹⁴⁴ Çağlar, s. 19; Karadenizli, s. 38.

¹⁴⁵ İmirlioğlu, s. 80-81; Karadenizli, s. 28.

¹⁴⁶ Tekinalp, s. 343.

¹⁴⁷ Karadenizli, s. 35-36.

¹⁴⁸ Karahan, s. 161.

¹⁴⁹ İmirlioğlu, s. 67-68; Karadenizli, s. 22.

renklerini kullanma yönünde olmuştur¹⁵⁰. Sarı ve turuncu ise çabuk dikkat çeken renkler olduğundan Hollanda milli takımı renginde olduğu gibi takımlarda ve taksilerde kullanılmıştır¹⁵¹.

Konu ile ilgili bir Yargıtay kararı ise şöyledir: *“Davacı vekili müvekkili adına tescilli 16 adet markanın ‘‘Aygaz-Gümüş rengi alüminyum Boya’’ ibareleri ve gümüş (gri) rengi unsurlarından oluştuğunu ve özellikle, müvekkilince dolum yapıp piyasaya sürülen LPG tüplerinin gümüş (gri) renk ile meşhur hale geldiğini, ‘‘Aygaz AŞ’’ ile özdeşleştiğini ve tüketicilerin tercih ettiği LPG tüpü olduğunu, davalı kuruma tescil için başvurusu yapılan ‘‘Petgaz – Alüminyum Beyazı’’ ibarelerinden oluşan 4 ayrı markanın müvekkilinin markasındaki aynı renk unsurunu ihtiva ettiğinden iltibas ve dolayısıyla haksız rekabete yol açacağını.....başvuru sahibinin markasındaki renk unsurunun diğer unsurlar ile birlikte (lafzi marka ile) tescili bulunduğu, her iki tarafın renk ile ilgili tescillerinin yasaya uygun bulunduğu, bu şekillerdeki tescillerde sadece renk ile ilgili koruma ve tekel hakkı verilemeyeceği, böylece marka hakkı sahibinin aynı rengi diğer (ayırıcı) unsurları ile birlikte tescil ettirilen kimseye karşı açacağı terkin davasının dinlenemeyeceği, ferii müdahilin (Petgaz AŞ.nin) ‘‘lafzi’’ markasının yanında rengi tescil ettirmesi sebebiyle iltibasın söz konusu olmayacağı, aynı rengin başka firmalarca da tescil ettirilebileceği(ne) karar verilmiştir¹⁵². Bu karardan da anlaşılacağı üzere, bir renk münferit olarak hiçbir işletmenin tekeline verilmemektedir. Başka işletmelerin de mal veya hizmetlerinde o rengi marka olarak kullanmaları mümkündür. Aksi halde işletmeler mal veya hizmetleri için kullanacak renk bulamayacaktır.*

Nitekim doğadaki ana renklerin birinin inhisarına verilmesi düşünölemeyeceğinden, onlar ancak başka bir renk veya başka bir işaretle kombinlenerek marka olarak tescil edilmelidirler¹⁵³. İlgili kararda renk, şekille beraber tescilde olduğundan burada Yargıtay'ın da rengin şekille beraber bir ayırt edicilik kazanmak suretiyle tescil edilebileceği görüşünde olduğu anlaşölmaktadır.

Bunların yanında soyut bir rengin marka olarak tescilinin kabul edilmesi için, o rengin diğer marka olarak tescil edilebilen işaretler gibi bağımsız bir niteliğe sahip olup, malın kendi

¹⁵⁰ İmirlioğlu, s. 68; Karadenizli, s. 23.

¹⁵¹ İmirlioğlu, s. 69; Karadenizli, s. 23.

¹⁵² Yargıtay 11.HD., 25.6.1998, E.1997/8873, K.1998/4815, E.T. 05.04.2016, www.kazanci.com.

¹⁵³ Kaya, Arslan, Marka Hukuku, Arıkan, İstanbul, 2006, s. 30-31.

tabiatıyla özdeş olmaması gerekir ve aynı zamanda ilgili mal veya hizmetle de teknik, estetik vb açılardan bağlantılı olması gerekmektedir¹⁵⁴.

Türk Patent Enstitüsüne yapılacak olan başvurularda; “(...) *tek renkten oluşan marka başvurularında, başvuru formunda marka örneği alanında tescili istenen rengin örneğine yer verilmesi, ayrıca, başvuru formundaki uygun bir alanda veya ilave sayfada sunulacak bir tarifnamede başvurusu yapılan rengin, uluslararası geçerliliği olan bir renk kodlama sistemine göre renk kodunun belirtilmesi gerekmektedir.*”¹⁵⁵. Ancak burada, örneğine yer verilen rengin görüntülenmesinin nasıl değerlendirileceği önemli olup, teknolojik gelişmeler o marka için görüntülenme imkânının kolay olmasını sağlıyorsa şartın yerine gelmesi açısından bu husus yeterlidir¹⁵⁶.

Avrupa Topluluğu mevzuatına bakıldığında, 89/104 sayılı Direktif’in 2.maddesinde yer alan marka tanımına göre, marka teşkil edebilecek işaretler arasında renklere açıkça yer verilmemiş ancak hariç de bırakılmamış; bunun yanında 40/94 sayılı Tüzük’ün ise Topluluk Markası’nın içerebileceği işaretleri düzenleyen 4.maddesi için de geçerlilik taşıyarak; Direktif’in 2.maddesindeki işaretleri tamamlayıcı nitelikte olan Marka Direktifi Protokolü’ndeki Avrupa Topluluğu Konseyi ve Komisyonu’nun ortak beyanatında ise tek renkler ve renk kombinasyonlarının Topluluk Markası olarak tescil edilebilmesi yok sayılmamıştır¹⁵⁷.

Avrupa Adalet Divanı’nın konu ile ilgili görüşü ise “Libertel” davasında, tek başına turuncu renginin mal veya hizmetin ticari kaynağını gösterme kapasitesi konusunda verilen kararda kendini göstermektedir: “(...) *renklerin belli düşünceleri ilişkilendirme ve hisleri uyandırabilme yetisine karşın; mal ve hizmetlerin tanıtımı ve pazarlanması sırasında, herhangi bir özel mesaj içermeksizin, çekici özellikleri nedeniyle yaygın olarak kullanılmalarından ötürü, tabiatları gereği, özel bir mesajı (burada mal/hizmetlerin ticari kaynağını gösterme mesajı) iletme kapasiteleri çok düşüktür. Ancak durumla ilgili bu tespit, tek başına renklerin ilke olarak ayırt edici nitelikte olmadığı sonucunu doğurmaz. Renklerin bazı durumlarda, işletmelerin mal/hizmetlerinin bir kimliği yerine geçmesi ti göz ardı edilemez. Bu nedenle, tek başına renklerin (...) bir işletmenin mal/hizmetlerini diğer işletmelerin mal/hizmetlerinden ayırt edebilme niteliğini haiz olabileceği kabul*

¹⁵⁴ Doğan, s. 44.

¹⁵⁵ Türk Patent Enstitüsü, Marka İnceleme Kılavuzu, 2011, s. 26, (http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/haber/Marka_Karar_Kriteri_TR.pdf ; 15.03.2016).

¹⁵⁶ Doğan, s. 48.

¹⁵⁷ Karadenizli, s. 26.

*edilmelidir*¹⁵⁸. Burada yapılmış olan değerlendirmede Adalet Divanı öncelikle Direktif'in 2.maddesi uyarınca tek başına renklerin marka olup olamayacağı hususunu irdeleyerek; rengin, nesnelere temel bir özelliği olduğu belirtilmiş ancak, bir mal ya da hizmetle ilişkili olarak tek başına rengin işaret teşkil edebilme niteliğine de sahip olduğu ayrıca kabul edilmiştir¹⁵⁹.

Mahkeme, ayırt ediciliğin kullanımla kazanılabileceğini belirtmiş; ülkelerin marka tescil araştırmalarını bu yönde yapmaları gerektiğini ifade etmiş ve tek başına bir rengin marka olarak tescil edilmiş mal veya hizmetin hangi firmaya ait olduğunu göstermeye yeterli olmayacağını söyleyerek, tescilin somut olgularla ele alınarak yapılması gerektiğini vurgulamıştır¹⁶⁰.

ABD'de ise, tek başına renklerin marka olabilmesi konusuna açıklık getiren Qualitex davasında, ABD Yüksek Mahkemesi'nin görüşü markanın temel amacına hizmet etmesini sağlayan ona izin veren hususun onun kaynak ayırt edebilme yeteneğinden olmasından bahisle renk, şekil, koku, kelime ya da işaret olarak varlığının olmadığı yönünde olmuştur¹⁶¹.

C. SMK'da Açıkça Belirtilmemiş Olanlar

1. Genel Olarak

SMK'da açıkça belirtilmemiş olan işaretler gelişen rekabet ortamı, yenilikçi pazarlama ve reklam stratejileri ile teknolojileri sayesinde ortaya çıkan yeni ve geleneksel olmayan işaretler olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶².

Paris Sözleşmesi markalarla ilgili hükümleri içeren en temel sözleşmelerden olmasına karşın buradaki hükümlerden hiçbiri özel olarak yeni marka türleri ile ilgili değildir. Bunun yanı sıra TRIPS'e bakıldığında o da Paris Anlaşması gibi fikri mülkiyet hususundaki temel hususları belirleyen bir anlaşma olarak karşımıza çıkmaktadır. TRIPS'in 15.maddesinde hangi işaretlerin markanın koruma konusu olabileceği belirlenerek marka tanımı yapılmış ve renk

¹⁵⁸ Türk Patent Enstitüsü, Marka İnceleme Kılavuzu, 2011, s.25, (http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/haber/Marka_Karar_Kriteri_TR.pdf ; 15.03.2016).

¹⁵⁹ Karadenizli, s.27.

¹⁶⁰ Nilsson Okutan, Gül, "Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?"

Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Yıl 23, S. 2003/1-2, s.588

¹⁶¹ Karadenizli, s.27.

¹⁶² Karadenizli, s. 13.

kombinasyonlarının da marka olarak tescil edilebilecek işaretlerden olduğu belirtilmiştir. Genel olarak ise bu marka formlarının tescili üye ülkelerin insiyatifindedir.

Madrid Anlaşması ve Protokolü'nde ise, yeni marka formlarına ilişkin hükümler yine bulunmamaktadır. Ancak başvuru formunda markanın üç boyutlu marka veya ses markası olması halinde işaretlenmesi gereken kutuların yer aldığı bir bölüm bulunmaktadır¹⁶³. Mal ve hizmetlerin sınırlandırılmasına ilişkin Nice Anlaşması ile markaların figüratif elemanlarının sınıflandırılmasına ilişkin olan Viyana Anlaşması'na göre 29. kategori renklere ilişkin olarak düzenlenmiştir. Ancak diğer yeni marka formlarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

2. Reklam Sloganları

a. Kavram

Üretici veya satıcıların, tüketicilerin kendi mal veya hizmetlerini tercih etmeleri için, mal veya hizmetlerini topluma tanıtır, onların mal veya hizmetlerini arz etmelerini sağlamak amacıyla yaptıkları birtakım faaliyetler reklam kapsamına girmektedir¹⁶⁴. Böylece reklamlar, ticari hayatın canlanması ve pazarlama konusunda büyük etkiler sağlamıştır¹⁶⁵.

Reklamlarda daha büyük bir etki yaratmak amacıyla tekrar tekrar kullanılan kısa sözcükler, akılda kalıcı tabirler, sözcük grubu ya da cümleden oluşan sloganlar kullanılır ki bunlar reklamların temelini oluşturan dilsel öğedir ve reklam sadece bu sloganlardan oluşabileceği gibi, slogan reklamın bir bölümünü de oluşturabilir¹⁶⁶.

Kullanılan sloganlar, mal veya hizmetin kalitesi ile ilgili olabileceği gibi, onun hakkında bilgi veren; dikkat çekici öğelerden de oluşabilmektedir¹⁶⁷. Sözü edilen mal veya hizmetler zamanla dikkat çekici sloganlar da anılmaya ve o şekilde bilinmeye başlanacaktır ki

¹⁶³ Karadenizli, s. 18.

¹⁶⁴ Güneş, İlhami, "Yanlış veya Yanıltıcı Sloganların Marka Olarak Kullanımı, Reklamlarda Yer Alması ve Tescilleri", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), C. 9, S. 2008/4, s. 80; Kervankıran, Emrullah, "Reklam Sloganlarının Hukuken Korunması", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, s.292-293.

¹⁶⁵ Kale, Serdar, "Reklam Sloganlarının Taklitle Karşı Korunması", MÜHF-HAD, C.14, S. 2008/3, s. 265; Kervankıran, s. 291.

¹⁶⁶ Kale, s. 265; Kervankıran, s. 295-296.

¹⁶⁷ Güneş, s. 80.

bunun sağlanması da oldukça masraflı olmaktadır¹⁶⁸. Reklam sloganları görsel, işitsel ve kavramsal olarak karıştırılma tehlikesine konu olabilirler¹⁶⁹.

b. Reklam Sloganlarının Marka Olarak Tescil Edilebilirliği

Ayırt edicilik niteliğini taşıması kaydıyla sloganlar marka olarak tescil edilebilmektedirler¹⁷⁰. Sloganların marka olarak tescilinin istenmesindeki temel sebep ise ürün prestijini arttırmak için kullanılmış olan sloganın reklam ile kitlelere ulaşımının markanın yardımı ile olacak olmasıdır¹⁷¹. Öncelikle bir reklam sloganının marka olarak tescil edilebilmesi için iki temel koşul aranmaktadır; (i) reklamın gerçek olması, (ii) reklamın amaca uygun olması¹⁷². Bunun yanında sloganın ayırt edici olması, tasvir edici işaret özelliği taşımaması, bir başka slogan ile aynı veya benzer olmaması, karıştırılma tehlikesi oluşturmaması hususları marka olarak tescilini sağlamaktadır¹⁷³. Nitekim bu hususlar esasen marka olarak tescil edilmenin de temelini oluşturmaktadır. Örneğin, Yudum reklamında kişilerin uçması gerçeğe uygun değildir. Zira bu ürünler kullanıldığında reklamda ya da sloganda vaat edilen durumlar söz konusu olmayacak ve böylece reklamlar yanıltıcı veriler içerip, gerçeğe uygun olmayacaktır. Nitekim sloganın abartı içerdiği açıktır.

Bununla beraber reklam gerçek olmakla beraber içeriğin yanıltıcı olması hususu da bu kapsamda değerlendirilir. Örneğin bir süt reklamının yalnızca o sütün kemik gelişimini sağladığına dair yapılacak bir reklam her ne kadar süt açısından gerçek olsa da tüketiciyi kandırmak olacağından yanıltıcı nitelik taşıyacaktır.

Reklamın amaca uygun olması ise reklamın yapılma amacı ile reklamı yapılan mal veya hizmet arasındaki bağlantının kopuk olmaması anlamına gelmektedir. Slogan olarak seçilen ibarelerdeki iddialar, mal veya hizmet sahiplerince ispatlanabilir nitelikte olmalıdır¹⁷⁴. Aksi takdirde yapılmış olan tesciller haksız rekabete neden olacağından, tüketiciyi yanıltmak gibi olumsuzluklara yol açabilecektir¹⁷⁵.

¹⁶⁸ Kale, s. 265.

¹⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinci Bölüm, II., B., 2.

¹⁷⁰ Bozbel, s. 357; İmirlioğlu, s. 101; Kervankıran, s. 311.

¹⁷¹ Kervankıran, s. 309.

¹⁷² Güneş, s. 81.

¹⁷³ İmirlioğlu, s. 101 vd.; Kervankıran, s. 311 vd.

¹⁷⁴ Güneş, s. 83; İmirlioğlu, s. 103; Kervankıran, s. 327.

¹⁷⁵ Güneş, s. 83; İmirlioğlu, s. 103; Kervankıran, s. 327.

Esasen sloganlarda markanın fonksiyonlarından olan reklam fonksiyonunu yansıtmak ön planda olup, böylece ayırt edicilik de esas olarak bu slogan üzerinde yoğunlaşacaktır¹⁷⁶. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, *“Reklam sloganlarının marka olarak tescil edilebilmesi için, sloganın içerisinde, hukuken korunan bir kısmın, örneğin işletmenin veya markanın orijinal isminin yer alması gerekmektedir”*¹⁷⁷. Buna örnek olarak, *“Akbanklı hep farklı”*, *“Snickers açlığını yok et”* sloganları verilebilir. Ancak böyle bir durumda sloganın korunması sınırlı olacak, sözü edilen marka adı kaldırıldığı takdirde farklı bir marka adı yerine konursa, karıştırılma ve taklit ihtimalleri ortaya çıkacaktır¹⁷⁸. Zira marka adları kaldırılmadan bile yapılan ufak değişikliklerle taklitler ortaya çıkabildiğinden karıştırılma tehlikesi doğmaktadır. Böyle bir uygulama halinde bunlar çoğalacak ve markaların korumadan yararlanabilme alanları gittikçe daralacaktır.

Tüm bunların yanında, marka olarak tescil edilecek olan sloganın markanın bütünlüğüne zarar verecek nitelikte olmaması gerekmektedir; buna örnek olarak ise *“Paranın satın alamayacağı şeyler vardır, geri kalan her şey için Master Card”* verilebilir ki sloganın uzunluğu da bütünlüğe zarar verici bir husus değildir¹⁷⁹. Her ne kadar reklam sloganlarının marka olarak tescil edilmesi ile ilgili birçok koşul ve kanunlarca belirlenmiş¹⁸⁰ hususlar olsa da yapılan tesciller her zaman buna uygun olarak gerçekleşmemiş veyahut gerçekleşen tesciller ile ilgili birtakım pürüzler çıkmıştır.

Bu nedenle de bu konu ile ilgili birçok Yargıtay kararı bulunmaktadır. Yargıtay’ın reklam sloganları ile ilgili verdiği kararların bir tanesi BP benzin markası ile ilgili olmuştur¹⁸¹. İlgili slogan *“BP’de yakıt mükemmel çünkü katık mükemmel”* şeklindedir. İlgili karardaki dava sebebi ise şöyle nitelendirilmiştir: *“ “BP’de yakıt mükemmel çünkü katık mükemmel” sloganı ile pazarladığını, yapılan çeşitli tespit ve testlerde ürünler arasında hiçbir fark olmadığını anlaşıldığını yine aynı uygulamanın “BP süper kalorifer”, “yepyeni bir kalorifer yakıtı” sloganı ile kalorifer yakıtı ürününde de tekrar ettiğini, rafinerilerde değişik kalite ve farklılıkta üretim yapılmadığını, bu şekilde tanıtım ve reklamların, sanki kendi ürünün daha üstün ve rakiplerindeki ise düşük kaliteli olduğuna yönelik ve tüketiciyi de yanıltacak mahiyette olduğunu ileri sürerek, davalının bu şekildeki haksız rekabetinin tespit ve men’ine, kararın ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.”*¹⁸². Yargıya konu edilen

¹⁷⁶ Kale, s. 268.

¹⁷⁷ Kale, s. 268.

¹⁷⁸ Kale, s. 268; Kervankıran, s. 317.

¹⁷⁹ Kale, s. 268.

¹⁸⁰ SMK m.4, TTK m.54 vd..

¹⁸¹ Yargıtay 11.HD., 29.06.2011, E. 2001/10574 K.2002/2316, E.T. 16.03.2014, www.kazanci.com.

¹⁸² Yargıtay 11.HD., 29.06.2011, E. 2001/10574 K.2002/2316 , E.T. 05.04.2016 , www.kazanci.com.

karar ve dava sebebine bakıldığında, reklamın gerçeğe uygun olmasının gerekliliği konusundaki ölçüte uyulmamış, diğer firmaların ürünlerinden daha farklı bir kalite görülmemesi nedeniyle ise tüketiciyi yanıltma durumu oluşmuştur. Nitekim Yargıtay'ın görüşüne göre, böyle bir reklam sloganının marka olarak tescil edilebilmesi için, kullanılan “katık” kelimesinin ne olduğu ve bu katıktaki mükemmelliğin ispat edilmesi gerekmektedir¹⁸³.

Yargıtay bir başka kararında ise ayırt edicilik unsurunun üzerinde durmuş olup, sözü edilen kararda marka olarak tescil edilen işaret ise “Become what you are” cümlesi olmuştur¹⁸⁴. İlgili karardaki dava sebebi şöyle nitelendirilmiştir: “*Davalı Enstitü vekili, davacının ülkemizin de üyesi bulunduğu Madrid Protokolü hükümleri gereğince WIPO aracılığıyla tescil talebinde bulunduğunu, 556 KHK.nın 5. maddesi uyarınca bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması gerektiğini, davacının bu konuda yasal delil sunmadığı gibi, anılan markanın özel bir anlam da ifade etmediğini ve dolayısı ile ayırt edicilik vasfının bulunmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.*¹⁸⁵”.

Buradaki görüşü isabetsiz olup; markanın ayırt edici özelliğe sahip olabilmesi için yeni, anlamlı ve orijinal olması koşulu aranmamaktadır. Zira günlük dilde alışlagelmiş kullanımda olmayan sözcüklerin ayırt edici niteliği daha yüksektir. Eğer ki özel bir anlam ifade edilecekse de bu anlam hitap edilen mal veya hizmetten bağımsız olan bir anlam olmalıdır. Nitekim Yargıtay görüşü de bu yönde olup, “*Öte yandan, marka olarak kullanılacak işaretin tescilden önce ayırdedicilik vasfını kazanıp kazanmadığı da tescil açısından önemli değildir. Ayırdedicilik vasfı tescille birlikte de oluşabilir. Kaldı ki, dava dosyası içerisindeki çeşitli ülkelerde yayınlanan reklam yayınlarından ve ürün tanıtım broşürlerinden davacının anılan ibareyi kullana geldiği de açıkça belirlenmektedir.*¹⁸⁶” denmiş ve bu yapılan itiraz da Yargıtay tarafından da kabul görmemiştir¹⁸⁷.

3. Koku

a. Kavram

¹⁸³ Yargıtay 11.HD., 29.06.2011, E. 2001/10574 K.2002/2316, E.T. 05.04.2016 , www.kazanci.com.

¹⁸⁴ Yargıtay 11.HD., 20.11.2000, E. 2000/7674 K. 2000/9346, E.T. 05.04.2016 , www.kazanci.com.

¹⁸⁵ Yargıtay 11.HD., 20.11.2000, E. 2000/7674 K. 2000/9346, E.T. 05.04.2016 , www.kazanci.com.

¹⁸⁶ Yargıtay 11.HD., 20.11.2000, E. 2000/7674 K. 2000/9346, E.T. 05.04.2016 , www.kazanci.com.

¹⁸⁷ Yargıtay 11.HD., 20.11.2000, E. 2000/7674 K. 2000/9346, E.T. 05.04.2016 , www.kazanci.com.

Kavram olarak koku; “*havada gaz halinde bulunan koku moleküllerinin (kimyasal maddelerin) burun yoluyla algılanıp beyindeki merkezde duyum haline gelmesi olayıdır*¹⁸⁸.” Koku hissi tamamen kişisel özellikler gösterdiğinden kokuya verilen tepki; cinsiyet, yaş, sağlık durumu, çevresel faktörler gibi nedenlere bağlı olarak değişmekle beraber insanların kendi vücut kokuları gibi alışık oldukları kokular, dışarıdan gelen ve alışık olmadıkları diğer kokulara nazaran daha az algılanır¹⁸⁹.

Koku, kişinin görme duyusundan önce algıladığı ve zihninde birtakım psikolojik durumlar yaratan bir unsur olduğundan firmaların birçok alanda kullanım isteğiyle ilgi odağı olmuştur¹⁹⁰. Koku markaları buna bağlı olarak, bir işletmenin mal veya hizmetlerini başka bir hizmetin mal veya hizmetlerinden ayırmayı koklama duyusuyla sağlayan formüller olup, temel koşul burada da ayırt edicilik olacaktır¹⁹¹.

b. Kokuların Marka Olarak Tescil Edilebilirliği

SMK’da koku işaretlerinin marka olarak tescil edilebilmesi ile ilgili açık bir hüküm bulunmamakla beraber, SMK m.4’te ifade edilmiş ve sınırlı sayıda olmayan diğer işaretler gibi sicilde açıkça gösterilebilir nitelikte olması halinde marka olarak tescilinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kokuların marka olarak tescil edilmesindeki benzer şekilde ifade, onların kimyasal formüllerinin aktarılması olacaktır¹⁹². KHK’nın kaynak aldığı 89/104 sayılı Direktif ve 40/94 sayılı AB Marka Tüzük’ünün ilgili maddelerinin de benzer şekilde yorumlanması durumu söz konusudur¹⁹³.

Marka olarak tescil edilecek olan kokunun, tescil edileceği mal veya hizmeti diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayıracak kadar, onu diğerlerinden farklı kılacak kadar güçlü olması gerekmektedir¹⁹⁴. Kokunun tescili için, kimyasal olarak formülize edilip bunların aktarılacağı gibi bir grafikte çizilerek de ifade edilebilir¹⁹⁵. Türkiye’de tescil edilmiş bir koku markası yoktur. Çünkü TPMK kokuların, “(...) çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme şartını (grafik gösterim) yerine getiremediği kabul

¹⁸⁸ Öztürk, Özge, “Koku Markası”, *Anakara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR)*, C. 7, S. 2007/2, s. 62.

¹⁸⁹ Karadenizli, s. 117.

¹⁹⁰ Karadenizli, s. 117.

¹⁹¹ İmirlioğlu, s. 90; Öztürk, s. 62.

¹⁹² Çolak, s. 79; Öztürk, s. 62; Yasaman, s. 88; Yılmaz, s. 139.

¹⁹³ Karadenizli, s. 120.

¹⁹⁴ İmirlioğlu, s. 91; Öztürk, s. 62; Yılmaz, s. 139.

¹⁹⁵ Çağlar, s. 23; İmirlioğlu, s. 92; Öztürk, s. 64; Yılmaz, s. 139.

*edilmektedir*¹⁹⁶”. WIPO tarafından yaptırılmış bir ankete göre, anketi yanıtlayan 72 Ofis’in 20’si, koku markalarının tescil başvurularını kabul ettiklerini belirtmiştir¹⁹⁷.

Koku markası başvuruları almış ofislerden Avustralya Fikri Mülkiyet Ofisi’nin kriterleri uyarınca, uygun koşullardaki kokunun da tek bir işletmenin mallarını teşhis etmek için marka işlevi görmesinin mümkün olup; görme ve işitme duyusundan ziyade koku alma duyusuna dayanarak bir mal sahibini teşhis etmenin yeni bir kavram olduğunu kabul etmekte, ancak bir kokunun, başvuru sahibinin mallarını veya hizmetlerini ayırt edebilir nitelikte olup olmadığına, diğer marka türleri için geçerli aynı genel kriterlere göre karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁹⁸.

Avrupa’da da koku markalarının tescili mümkündür ve bira kokulu dart tahtası buna örnek teşkil eder. Bir başka örnek ise, Sents Aromatic Marketing adlı firmanın, taze kesilmiş çim kokusunu marka olarak tescil ettirebilmiş olması olup, konu ile ilgili kararda ise bu kokunun ayırt edici özelliğe sahip olduğu için marka olarak tescil edilebileceği kararına varılmıştır¹⁹⁹. Ancak, markanın yenilenmemesi nedeniyle tescil sona ermiştir²⁰⁰. Nitekim; İngiltere, Fransa, Almanya, İsveç gibi bazı AB üye ülkelerinde, Benelüks ve OHIM gibi bölgesel ofislerde ve ABD’de tescil edilmiş az sayıda koku markası mevcut olmakla beraber henüz, Türkiye’de TPMK nezdinde yapılmış herhangi bir koku markası başvurusu olmamakta ancak Türkiye’nin uluslararası anlaşmalara taraf olmasından ötürü AB uyumlu marka mevzuatı gereğince de yeni marka formları takip edilerek kokunun marka olarak tesciline imkân tanınmalıdır²⁰¹.

Avrupa Adalet Divanı bir kararında, çilek kokusunun ayırt ediciliğe sahip olmadığından marka olarak tescil edilemeyeceğine karar vermiştir²⁰². Konu ile ilgili aynı yöndeki bir başka kararda, “*Sieckmann*” kararıdır²⁰³. İlgili kararda, bazı koku markaları çeşitli hizmet sınıfları için tescil edilmek istenmiş ve bu kokunun tarifi yazılarak, bir örneği de ilgili makama sunulmuş; kokunun “*hafifçe tarçını andıran yumuşak meyveli koku*” şeklinde nitelendirildiği de başvuru belgesinde yerini almıştır²⁰⁴. Değerlendirme safhasında,

¹⁹⁶ Türk Patent Enstitüsü, Marka İnceleme Kılavuzu, 2011, s.29, (http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/haber/Marka_Karar_Kriteri_TR.pdf ; 15.03.2016).

¹⁹⁷ Karadenizli, s. 121.

¹⁹⁸ Karadenizli, s.124.

¹⁹⁹ Çolak, s. 79; İmirlioğlu, s. 93; Öztürk, s.64.

²⁰⁰ İmirlioğlu, s. 93.

²⁰¹ Karadenizli, s.122.

²⁰² Öztürk, s.64.

²⁰³ Okutan Nilsson, s.581.

²⁰⁴ İmirlioğlu, s. 94; Okutan Nilsson, s.582.

Alman marka hukukuna göre marka olarak tescili talep edilen işaretlerin tescile uygun işaret olup olmadığı ve grafik ile belirtilme şartlarını yerine getirip getirmediği konusunda şüphe duyulmakla beraber, marka tescili istenen işaretin ayırt edicilikten yoksunluğu sebebiyle, varlığı hakkında belirsizliğe düşülen iki koşulun tespitine de gerek duyulmadığı gerekçesi ile başvuru reddedilmiştir²⁰⁵. Konuyla ilgili olarak, “(...) markanın görüntü, çizgi veya harflerle ifade edilmiş biçiminin açık, kesin, kendi içinde bir bütün oluşturan, kolay ulaşılabilir, anlaşılır, zamanla bozulmaz ve nesnel nitelik taşıması gerekir²⁰⁶.” demiştir²⁰⁷.

ABD Patent ve Marka Ofisi'nin uygulamaları ise bir ürünün kokusunun işlevsel olmayan şekilde kullanılması halinde tescil edilebilmesi yönünde olup; faydalı amaca yönelik olarak kullanılan kokular işlevsel ve tescil edilebilir nitelikte olmadığından kokunun marka fonksiyonu gördüğüne ilişkin güçlü kanıtların bulunması gerekmektedir²⁰⁸.

4. Tat

a. Kavram

Tat, SMK'da marka olarak tescil edilebilecek işaretlerden sayılmamıştır. Tat, kelime anlamı olarak “*Canlıların besinlerdeki uçucu olmayan bileşikleri damak, boğaz ve dil yüzeyindeki mukoza noktaları aracılığıyla algıladığı duyum.*²⁰⁹” olarak ifade edilir. Yani tat, dil tarafından algılanan ve insandan insana değişen bir olgudur.

Doğası gereği tadın insan tarafından algılanabilmesi için dille teması gerektiği için tatların kullanım alanlarını sınırlanmış; tat markalarının hizmetler için uygulama alanının olmamasından dolayı tat markalarının bu alanda kullanımı mümkün görünmemektedir²¹⁰.

b. Tatların Marka Olarak Tescil Edilebilirliği

Temelde, seslerin, kokuların, renklerin marka olarak tescil edilebilmesi sebebiyle bir diğer duyu tarafından algılanan tadın da marka olarak tescil edilmesinde herhangi bir engel

²⁰⁵ İmirlioğlu, s. 94; Okutan Nilsson, s.582.

²⁰⁶ Okutan Nilsson, s.585.

²⁰⁷ Okutan Nilsson, s.585.

²⁰⁸ Karadenizli, s. 126

²⁰⁹ TDK Sözlüğü

²¹⁰ Çolak, s. 81; Karadenizli, s. 142.

olmadığı düşünölebilmektedir²¹¹. Nitekim “89/104 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin 2.maddesi anlamında grafik olarak ifade edilebilmeleri kaydıyla, görsel olarak algılanamayan işaretler de marka olarak tescil edilebilir. (...) Bu nedenle görsel olarak algılanamayan işaretlerin marka olarak tescil edilebilmesi için çizgiler, karakterler, formüller vasıtasıyla açık, kesin, tam kolayca ulaşılabilir, anlaşılabilir, dayanıklı ve nesnel surette grafik olarak temsil edilebilmeleri gerekir.”²¹²” denmiştir.

AB ölkelerinden Fransa’da, Paris Temyiz Mahkemesi tat markalarına ilişkin bir kararında, “marka şu tattan oluşmaktadır: yapay çilek tadı” şeklinde olan ifadeyi erişilebilir ve anlaşılır bir grafiksel gösterim olarak kabul edilebilir bulurken, çeşitli çilek tatları bulunduğundan dolayı farklı yapay tatlar da elde edilebileceği, “yapay tat” ifadesinin tutarlı olmayarak değişkenlik arz ettiğinden bahisle verilen yazılı tarifin gerekli kesinlik ve objektiflik şartlarını yerine getirmediğine hükmetmiştir²¹³.

Tatlar için yapılan değerlendirmede, tatların bu şekilde grafik olarak gösterilemediği için, dayanıklılıklarının ise çok az olması, zamanla bozulabilmesi ve buna bağlı olarak da tadı değişebilmesi gibi hususlar mevcuttur²¹⁴. Yani tescil için istenen tat, tescil edilmek amacıyla kontrol aşamasına geldiğinde, işaret sahibinin istediğinden farklı bir hale gelmiş olabilir.

Ayrıca tatlar herkesin damak tadının farklı olması nedeniyle, herkeste değişik algılar uyandırabilir ve tescil edilmek istenen ile edilen tatlar farklı olabilir zira kişinin duygularına göre dahi aynı tatlar birbirine göre farklılık gösterebilirler²¹⁵. Tüm bu sebeplerden ötürü, tatların marka olarak tescil edilebilmesi grafik şekilde ifade edilememesi, ayırt ediciliği sağlayamaması, örnek olarak saklanamaması ile zamanla bozulma ve değişme ihtimalinin olması gibi sebeplerle günümüz teknolojisinde pek mümkün görünmemektedir²¹⁶.

şu ana kadar, TPMK nezdinde yapılmış herhangi bir tat markası başvurusu bulunmamakla beraber tat markalarının tescilinin kabul edildiği ölkeler de mevcuttur. Benelüks Marka Ofisi, Nice sınıflandırmasının 16. sınıfında yer alan bazı mallar için meyankökü tadını tat markası olarak tescil etmiş; söz konusu başvuruda markanın bir tat markası olduğu belirtilmiş ve marka yazılı olarak 16. sınıftaki mallara uygulanan meyankökü

²¹¹ Ünal, Mücahit, “556 Sayılı KHK’ya Göre Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler”, s.12, (www.kazanci.com; 20.03.2016).

²¹² Ünal, s.12.

²¹³ Karadenizli, s. 144.

²¹⁴ Çağlar, s. 23; Çolak, s. 81; İmirlioğlu, s. 99; Ünal, s. 13.

²¹⁵ Ünal, s. 13.

²¹⁶ Ünal, s. 13.

tadından oluşmaktadır diyerek istisnai bir yazılı tarifname getirerek grafiksel gösterim şartını yerine getirmiştir²¹⁷.

5. Üç Boyutlu Cisimler

a. Kavram

Üç boyutlu cisimler, mallar ve ambalajların biçimi olarak ifade edilebilir²¹⁸. Üç boyutlu şekiller birer endüstriyel tasarımdır²¹⁹. Sektörde üreticiler dikkat çekmek, tanınırlığı ve satışı arttırmak için farklılığa ihtiyaç duyduklarından üç boyutlu cisim şeklindeki ambalajlara yönelirler. Örneğin Toblerone® çikolataları, kendine özgü bu farklı şekli ve bu şekle sahip ambalajı sayesinde Toblerone® ibaresi bulunmasa dahi diğer çikolata markalarından ayırt edilebilir nitelikte olup; farklı parfüm firmaları da değişik şekillerdeki şişeleri sayesinde kolayca ayırt edilebilir olmuşlardır²²⁰. Söz konusu tasarımlar, ayırt ediciliği sağlayan işaretler ise bu halde marka olarak tescil edilerek, KHK döneminde olduğu gibi SMK döneminde de korunmaya hak kazanmaktadır²²¹. Üç boyutlu cisimler görsel olarak karıştırılma tehlikesine konu olabilirler²²².

b. Üç Boyutlu Cisimlerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği

KHK’da malların biçim ve ambalajlarına ilişkin husustan bahsedilmesine karşın üç boyutlu cisimlerin marka olarak tescili açıkça düzenlenmemiş; malların iki boyutlu görüntülenmesinin yanında üç boyutlu olarak görüntülenmesinin de mümkün olduğu atlanmıştır. Nitekim aynı husus “*malların veya ambalajların biçimi*” ifadesi ile SMK’da da kendini göstermektedir.

Üç boyutlu şekil markaları; iki boyutlu şekil markalarının üç boyutlu versiyonları (yıldız), bir ürün veya standart kullanıma sahip şişe kutu gibi ambalaj şekilleriyle bunların üzerindeki ayırt edici işaretler, standart ve yaygın kullanımı olmayan ürün veya ambalaj şekilleri ile bunların üzerindeki ayırt edici işaretler, bir ürün ambalajının üç boyutlu şekli, bizzat ürünün kendisinin şekli olarak gruplandırılabilir²²³.

²¹⁷ Karadenizli, s. 143.

²¹⁸ Tekinalp, s. 342.

²¹⁹ Bozbel, s. 354; Çolak, s. 81; Yasaman, s. 74.

²²⁰ Karadenizli, s. 55.

²²¹ Yasaman, s. 74-75.

²²² Ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinci Bölüm, II., B., 2.

²²³ Karadenizli, s. 58.

Üç boyutlu cisimler ayırt ediciliğe sahip, malın herkes tarafından bilinen şekli ya da işlevi sonucunda ortaya çıkan bir işaret olmadığı sürece marka olarak tescil edilebilirler²²⁴. Malın normal, bilinen şekli ve işlevi ile aldığı şeklinin marka olarak tescil kabulünün mümkün olmayacağı gibi, malın teknik zorunluluk nedeni ile aldığı şeklin de marka olarak tescil edilmesi mümkün olmayacaktır²²⁵.

İşletmeler, üç boyutlu cisimleri kendilerine marka olarak tescil edilecek işaret olarak seçerek, dikkat çekiciliği arttırma ve böylece akılda kalarak kendilerini tanıtmaya imkânı sağlamışlardır ki bu da satışları arttırmada çok önemli bir rol oynamıştır²²⁶. Buna örnek olarak, bir İngiliz markası olan portakal görünümünde ve turuncu renk ile kaplanmış “*Terry’s Chocolate Orange*” marka çikolata gösterilebilir. Böylece, tescil edilen üç boyutlu marka malın tamamını ilgilendirmeyeceği gibi, ambalaj ve malın bir kısmı ile ilgili de olabilmektedir²²⁷.

Marka olarak tescili istenen üç boyutlu cismin, kullanılan bir cinsinin olmaması gerekmektedir ki bunun için o ambalajın bir özelliğinin olması da aranmamakta olup, Paris Temyiz Mahkemesi tarafından, limon suyu şişesinin; limon formundaki ambalajının marka olarak tescili de reddedilmiştir²²⁸. Bununla beraber, Coca Cola şişesi gibi orijinal olan şişelerin marka olarak tescili mümkün olmuştur²²⁹.

Üç boyutlu şekiller üzerinde bir tekel hakkına sahip olmak suretiyle, o şekli korumak isteyen kişi marka tescil korumasının yanında; endüstriyel tasarım olarak da tescil ettirerek üç boyutlu şeklini bu koruma kapsamından da faydalandırabilir²³⁰. Ancak tam tersi düşünüldüğünde, yani bir endüstriyel tasarım olan üç boyutlu cismin, bu tescili aldıktan sonra, ek olarak marka olarak tescilini alması hususunda farklı görüşler olup; Roubier, bunu hile olarak değerlendirirken, Chavanne, ise bu konuda herhangi bir sakınca görmemiştir²³¹.

²²⁴ İmirlioğlu, s. 56; Tekinalp, s. 342.

²²⁵ Yasaman, s. 74.

²²⁶ Eroğlu, s. 115.

²²⁷ Eroğlu, s. 115.

²²⁸ Yasaman, s. 75.

²²⁹ İmirlioğlu, s. 58; Yasaman, s. 76.

²³⁰ Karahan, s. 160.

²³¹ Chavanne'nin konu ile ilgili görüşüne göre “*Bir ürünün veya hizmetin ayırt edilmesini sağlayan ve bunun kullanılması ile rakiplere sınırlama ve anormal sıkıntı yaratmayan, tasarımın, marka olarak tesciline bir sakınca görülmemektedir.*” ; Yasaman, s. 75.

Konu ile ilgili bir Yargıtay kararı ise şöyledir : “(...) davacının bir tür çikolatasının SMARTIES adı altında özel tüp şekli ve tüp üzerinde gösterilen renkli çikolata taneleri ile tüm dünyada ve ülkemizde davacı şirketin çikolata ve şekerleme ürünlerini ayırt etmek için kullanılıp tanındığını, bu kullanma nedeniyle ŞEKİL markasının çikolata ve şekerleme mamüllerinde ayırt edici bir nitelik kazandığını, davacının şekil markasının menşe ülkede tescilli olduğu gibi, dünyanın birçok ülkesinde de tescilli olduğu, müvekkilinin şekil markasının tescili başvurusunun davalı Enstitüce 556 sayılı KHK'nın 7.maddesinin 1 (a) fıkrası gereğince reddi üzerine, yapılan itirazın da reddedildiğini, oysa müvekkiline ait markanın şekil ve renklerin diğer markalı benzer ürünlerden tamamen farklı olup, ayırt edici vasfının bulunduğunu, kaldı ki Paris Sözleşmesinin 4.mükerrer 6.maddesinin ilk fıkrasının da davacıya bu şekli tescil hakkı tanıdığını belirterek davalı Enstitünün red kararlarının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir. Davalı vekili, dava konusu markanın iki adet arkaya doğru eğik ve bir tane de öne doğru eğik üç adet tüp şeklinden ibaret olup, ayırt edici niteliğinin bulunmadığını belirterek, davanın reddini istemiştir²³².” Nitekim dava sonucunda, özel olan şekli ve tüp üzerindeki renkli çikolata tanelerinin bulunduğu ambalajın üç boyutlu şekil olarak tescili mümkün kılınarak sadece ambalajın tescil edilmesine ilişkin bir örnek oluşturmuştur²³³.

Üç boyutlu cisimlerin marka olarak tescili ile ilgili olarak TPMK'nin görüş ve koşulları ise şöyledir; “556 Sayılı KHK'nın 7/1(a) maddesi ve buna bağlı olarak 5 inci maddesinde belirtilen koşulları sağlaması şartıyla üç boyutlu şekiller marka olarak tescil edilebilecek işaretlerdendir. Bu çerçevede ,i) Çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen (grafik gösterim); ve ii) Ayırt edici niteliği haiz bulunan;üç boyutlu şekiller marka olarak tescil edilebilir niteliktedir.²³⁴” Nitekim böylece TPMK KHK'nın, kendi içinde sayılmayanlar için öngördüğü çizimle görüntülenebilip, benzer şekilde ifade edilebilmesi ile marka olarak tescilinin mümkün kılınması kuralını üç boyutlu cisimler için de kabul etmiştir. SMK Yönetmeliğinin 7.maddesinin 3.fıkrası uyarınca da “Başvurunun üç boyutlu marka olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, ayrıca koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde işaretin tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimlerinin Kuruma sunulması gerekir. Bu gösterimler, en fazla altı farklı açıdan görünümü içerecek ve markanın bütünlüğünü bozmayacak şekilde olmalıdır.” şeklinde düzenleme getirilmiştir.

²³² Yargıtay 11.HD., 11.02.2002, E. 2002/8772 K. 2002/1060, E.T. 05.04.2016, www.kazanci.com.

²³³ Yasaman, s. 78.

²³⁴ Türk Patent Enstitüsü, Marka İnceleme Kılavuzu, 2011, s. 18, (http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/haber/Marka_Karar_Kriteri_TR.pdf ; 15.03.2016).

TRIPS'te ise; markaların koruma konusunu düzenleyen 15.maddesinin ilk paragrafına göre; bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edebilir her tür işaretin veya işaret kombinasyonlarının marka teşkil edebileceği ve kişi adları da dâhil olmak üzere özellikle sözcükler, harfler, rakamlar, figüratif unsurlar ve renk kombinasyonları ile bu işaretlerin her tür birleşimden oluşan işaretlerin marka olarak tescil edilebileceğinin ifade edilmiş olmasından bahisle açıkça sayılmamış olsa da üç boyutlu cisimlerin de maddenin geniş yorumlanması yoluyla marka olarak tescil edilmesi mümkün olacaktır²³⁵.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ise konu ile ilgili olarak görüşünü Procter & Gamble Şirketi'nin OHİM'e yaptığı, çamaşır ve bulaşık makineleri için kenarları yuvarlanmış, çift katlı ve üstü beyaz altı açık yeşil olan kare tableti üç boyutlu marka olarak tescilinin reddi üzerine, divana başvurulması sonucunda belirtmiştir²³⁶. Divan kararında²³⁷, ayırt ediciliğin tescili istenen mal veya hizmete göre değerlendirilmesi gerektiğini ve markanın kaynak gösterici niteliği haiz olduğu sürece ayırt ediciliğe sahip olduğunu ifade etmiş; ilgili markanın kaynak göstergesi olup olmadığının belirlenmesi için de tescili istenen kombinasyonun bir bütün olarak değerlendirilip analiz edilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır²³⁸. Buna bağlı olarak, tescili istenen temel geometrik şekillerden biri olan kare bir tablet olup, tipik bir çamaşır ile bulaşık makinesinin şeklini ifade ettiğinden yuvarlanmış köşeler pratik düşünce gereği olsa da ayırt ediciliği sağlayamaz²³⁹.

İngiltere Fikri Mülkiyet Ofisi'nin uygulamasına göre ise, malların ve ambalajların şekilleri de dahil olmak üzere üç boyutlu işaretler belli şartları taşımak kaydıyla marka olarak tescil edilebilecek işaretler arasında yer almakta olup; şartların başında ise ayırt edicilik ve grafiksel gösterim gelmektedir²⁴⁰.

ABD içtihatlarında bir işaretin marka olarak kullanılması, marka fonksiyonunu yerine getirmesine karşın, o işaret üzerinde kullanıldığı ürünün fonksiyonel bir özelliği ise; yani, ürünün kullanımı ya da amacı için gerekli bir unsur veya ürünün fiyatını, kalitesini

²³⁵ Karadenizli, s.5 7-58.

²³⁶ Yasaman, s. 76.

²³⁷ CJEU, Procter & Gamble vs OHIM (T-241/05, T-262-05, T-263/05, T-264/05, T-364/05 no'lu bileşen davalarda verilen karar) <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/pdf/JT050241.pdf>, E.T. 20.04.2017.

²³⁸ Çolak, s. 83; Yasaman, s. 76.

²³⁹ Yasaman, s. 76.

²⁴⁰ Karadenizli, s. 67.

etkiliyorsa o işaret kamu yararı gözetilerek ayırt edici niteliği yok olarak kabul edilerek işlevsellik doktrini uygulanır ve buna göre tescil işlemleri gerçekleştirilir²⁴¹.

Bunların yanında ise yine ABD sisteminde, genellikle bulaşık ve çamaşır makinelerinin rengi açık gri ya da beyaz olsa da, marka olarak tescili istenen ürünün renklerinin farklı olması onun kaynağını göstererek ayırt ediciliğini sağlayamayıp, ancak kalite olarak farkını ortaya koyabildiğinden tescili istenen üç boyutlu cismin marka olarak tescilinin ayırt edicilik koşulunu sağlayamamasından dolayı da tescil gerçekleştirilememektedir²⁴².

III. Markaya İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Marka Hukukuna ilişkin düzenlemeler hem ulusal hem de uluslararası düzeyde bizim için önem taşımaktadır. Zira markalara ilişkin birçok uluslararası anlaşmanın tarafı olarak yer almakta ve markalarımızı uluslararası platformlarda da kullanmaktayız.

A. Türk Hukuku'ndaki Düzenlemeler

Türk Hukuku'nda markaya ilişkin ilk düzenlemeler 1857 tarihli Fransız Kanunu'ndan temelini alan 1872 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Nizamname olup; bu Nizamname yine temelini Fransız Kanunu'ndan alan 1888 tarihli “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname” ile ortadan kalkmıştır²⁴³. Alameti Farika Nizamnamesi uyarınca bir marka almak ya da alınan markayı kullanma mecburiyeti olmayıp, tescile dair bir sistem öngörülmemiş ve tescil hak doğurmayarak ancak bir karine teşkil etmektedir²⁴⁴.

3 Mart 1965 tarihinde 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlüğe girmiş ve Alameti Farika Nizamnamesi yürürlükten kalkmış ve bu kanun uyarınca, marka korunması için tescil şartı aranarak tescilin kurucu nitelikte olduğu; marka sahibinin onu ilk tescil ettiren kişi olduğuna dair bir karine ortaya konmuştur²⁴⁵. 551 sayılı kanun, fiilen ihdas, istimal, piyasada maruf hale

²⁴¹ Karadenizli, s. 72.

²⁴² Yasaman, s. 76.

²⁴³ Bozbel, s. 336; Çağlar, s. 3; Yasaman, s. 2; Yılmaz, s. 5.

²⁴⁴ Bozbel, s. 337; Çağlar, s. 3; Çolak, s. 2; Yılmaz, s. 5.

²⁴⁵ Bozbel, s. 338; Yılmaz, s. 6-7.

getirme unsurlarını marka hakkının oluşması için gerekli hukuki unsurlar olarak ortaya koymuştur²⁴⁶.

Sınai Mülkiyet Hukuku'ndaki çağdaş düzenlemeler esas olarak 1980'li yıllarda başlamış olup, Türkiye'nin Avrupa Birliği (AB)'ye üyelik müzakereleri ve Gümrük Birliği çerçevesinde fikri mülkiyet alanında temel düzenlemeler yapılmıştır²⁴⁷. 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı Avrupa Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı'ndan sonra 4113 sayılı kanun ile Bakanlar Kurulu'na ilgili konuda KHK çıkarma yetkisi verilerek; Türkiye'nin Avrupa Topluluğu'ndaki koruma düzeyine eşit koruma düzeyi teminat altına alınarak fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının etkin şekilde korunması amaçlanmış ve böylece Türkiye'deki çalışmalar da ivme kazanmıştır²⁴⁸.

Bu gelişmelerin akabinde 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 27.06.1995 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, 551 sayılı KHK'nın 51, 52 ve 53. maddeleri haricindeki maddeler yürürlükten kaldırılmış olup; 4128 sayılı kanunla ise ilgili maddeler de yürürlükten kaldırılarak KHK'ya ceza hükümleri eklenmiştir²⁴⁹. 556 sayılı KHK'nın getirdiği iki önemli değişiklik ise hizmet markalarının tesciline imkân vermiş olması ve marka olarak kullanılacak herhangi bir işaretin mal ya da ambalaj üzerine herhangi bir şekilde konuşabilmesi şartını aramamasıdır²⁵⁰. Bu KHK 22/12/2016 tarihli ve 6769 sayılı Kanunun 191 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 6769 sayılı Kanunun geçici maddeleri gereğince mülga KHK'nin bazı hükümlerin uygulanmasına devam edileceğinden uygulayıcıya kolaylık sağlamak amacıyla 556 sayılı KHK sistemde korunmuştur²⁵¹.

Son olarak ise 10.01.2017 tarihinde ise 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile 24.04.2017 tarihinde ise Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

B. Uluslararası Düzenlemeler

²⁴⁶ Bozbel, s. 338.

²⁴⁷ Bozbel, s. 339; Yasaman, s. 2; Yılmaz, s. 10-11.

²⁴⁸ Bozbel, s. 339; Yasaman, s. 2-3; Yılmaz, s. 10.

²⁴⁹ Bozbel, s. 339; Yasaman, s. 3.

²⁵⁰ Bozbel, s. 339-340.

²⁵¹ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.556.pdf> , 06.02.2017.

Hukukun birçok alanında olduğu gibi Sınai Mülkiyet alanında da Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar yer almaktadır. Bu bağlamda markaya ilişkin hukuki düzenlemeleri incelerken bu anlaşmalardan da söz etmek gerekmektedir.

1. Madrid Protokolü ve Madrid Anlaşması

1891 tarihli Markaların Uluslararası Tescili Konusunda Madrid Anlaşması ve 1996 tarihinde uygulanmaya başlayan Markaların Uluslararası Tescili Konusunda Madrid Anlaşmasına İlişkin Protokol; markaların tek tescil başvurusu ile anlaşma ve/veya protokole üye olan ülkelerde aynı şekilde korunmasını amaçlayan metinlerdir²⁵². Bu sistemdeki bir diğer amaç da markanın tescil edildikten sonra yapılacak olan (unvan veya adres değişikliği, devir, mal ve hizmet listelerindeki sınırlamalar gibi) değişikliklerin tek ve basit bir işlem sayesinde Uluslararası Sicile kaydedilmesini sağlamaktır²⁵³. Bu metinler ile kurulan tescil sistemi ile, her ülkeye ayrı ayrı başvuruda bulunmak, çok uzun zamanlar beklemek, ayrı ayrı ücretler ödemek, her ülke için ayrı ayrı dillerde formlar doldurmaktan kurtularak; markalara ilişkin işlemlerin (başvuru, ücret, devir, iptal, yenileme vb.) kolayca tek bir merkez (WIPO) tarafından, protokolde 18 aya kısıtlanmış ret süresi ile hızlı yürütülmesi sağlanmış ve tek elden işleyen bir sistem oluşturmuştur²⁵⁴. Yani bu sistem ile marka sahibi kendi ülkesinden yapacağı tek bir başvuru ile, koruma talep ettiği tüm ülkelerde markasına koruma sağlayabilecektir²⁵⁵.

Madrid Protokolü ile anlaşmaya taraf olmayan ABD, İngiltere ve Japonya gibi sanayi ülkelerini de sisteme dahil ederek, milletlerarası bir kuruluş olan AB'ye de üyeliğini sağlamak suretiyle sistem ile Topluluk markası arasında bir bağlantı kurmak amacıyla hazırlanan bir protokol olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵⁶. Nitekim dünyanın ekonomi alanında önde gelen ülkelerinin büyük kısmı ve AB üyesi ülkelerin tamamı Madrid Protokolü'ne taraf olmakla beraber; Türkiye'nin katılım tarihi olan 1999'da üye ülke sayısının 35 olduğu göz önüne alınırsa, Protokol'ün dünya ülkeleri tarafından tercih edilen ve hızla yayılan bir sistem olduğu ortaya çıkmakta ve hali hazırda protokole taraf olan doksanın üzerinde ülke bulunmaktadır²⁵⁷.

²⁵² Bozbel, s. 342; Yılmaz, s. 23.

²⁵³ Türk Patent Enstitüsü. < <http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/28D57A9B-C447-4480-B433-6323950218C5.pdf;jsessionid=722546BFE2BB563B453D4C124F1714C0> >, 06.02.2017.

²⁵⁴ Güngüneş, Halil Murat, Uluslararası Marka Tesciline İlişkin Madrid Protokolü Uygulamaları, 08 Kasım 2010. < www.arastirma.boun.edu.tr/files/etkinlikler/20101108/halil_murat_gungunes_1.ppt > , 06.02.2017; Ünsal, Erol Önder, "Madrid Protokolü Yoluyla Uluslararası Marka Tescil Sistemi", 4 Kasım 2013. <<https://iprgyzini.org/2013/11/04/madrid-protokolu-yoluyla-uluslararasi-marka-tescil-sistemi/>> 06.02.2017.

²⁵⁵ Yasaman / Yusufoğlu, s. 29.

²⁵⁶ Bozbel, s. 342.

²⁵⁷ Bozbel, s. 342; Ünsal, s. 1.

Madrid Protokolü'nün getirdiği yenilikler ise şöyle olmuştur: Esas tescilin yanı sıra esas başvuruya dayalı uluslararası başvuru imkanı doğmuş, ret bildirim süresi 12 aydan 18 aya çıkarılmış, itiraz durumunda ret bildirim süresinin uzatılması imkanı sunulmuş, Madrid Antlaşması'nın sadece Fransızca'yı kabul etmesinin aksine; protokolda Fransızca, İngilizce, İspanyolca'dan oluşan 3 dilli sistem getirilmiş, bireysel ücret talep edebilme hakkı tanınmış, uluslararası tescili ulusal/bölgesel başvuruya/tescile dönüştürülebilme imkanı verilmiş, devletlerin yanı sıra hükümetler arası örgütlerin de Protokole taraf olabilecek hakka sahip olmuş ve uluslararası tescilin esas tescile/başvuruya 5 yıllık bağımlılık süresi içerisinde, menşe ülkede esas tescilin/başvurunun hükümden düşmesi veya başka bir nedenle iptal edilmesi durumunda uluslararası tescilin iptal edilmesi gerekirken, protokol ile seçilen ülkelerde iptalin önüne geçilebilmesi başvuru sahiplerine dönüştürme hakkını tanımaktadır²⁵⁸.

Uluslararası marka tescil başvurusu ancak, Madrid Protokolüne taraf bir ülkede gerçek ve etkin sınaî veya ticari bir kuruluşa sahip veya o ülkede yerleşik olan veya o ülkenin tabiiyetinde olan gerçek veya tüzel kişi tarafından yapılabilecektir²⁵⁹. Türkiye'nin protokole taraf olmasının ardından Türkiye'de tescil dilmiş veya başvurusu yapılmış olan bir markanın TPMK vasıtasıyla WIPO nezdindeki Milletlerarası Büro'ya tescilini yaptırmak suretiyle diğer üye ülkelerde de koruması sağlanmaya başlanmış ve tek bir dil ile Protokole taraf her ülkede uluslararası tescil kurulabilmiştir²⁶⁰. Nitekim Madrid Sistemi; kuruluş, yerleşiklik veya tabiiyet açısından Madrid Sisteminin bir üyesiyle gerekli bağlantısı olmayan gerçek veya tüzel kişiler tarafından kullanılmayacağı gibi Madrid Birliği'nde olmayan bir ülkede, marka koruması da sağlanamayıp; uluslararası marka tescilinin sağlanması için öncelikle ilgili menşe ofiste, tescilli bir markanın veya bir marka tescil başvurusunun mevcut bulunarak; uluslararası marka tescil başvurusunun, menşe ofis aracılığıyla Uluslararası Büroya yapılması zorunludur²⁶¹.

2. Paris Sözleşmesi ve Nis Anlaşması

Paris Sözleşmesi sınaî mülkiyetin yeknesaklaştırılması adına yapılmış olan ilk çalışma olup, bu sözleşme ile üye devletlerin iç hukuk sistemlerini ihlal etmeden kurulacak birlik çerçevesinde sınaî mülkiyet üzerindeki hakların korunmasını sağlayacak temel prensipler

²⁵⁸ Güngüneş, s.7-8; Ünsal, s. 1.

²⁵⁹ Güngüneş, s. 9; Yasaman / Yusufoglu, s. 30; TPMK, s. 1.

²⁶⁰ Bozbel, s. 343.

²⁶¹ TPMK, s. 1.

belirlenmesi adına 20 Mart 1883'te imzalanarak vatandaşlara eşit işlem ilkesi ve rüçhan hakkı ilkesi getirilmiştir²⁶². Türkiye bu sözleşmenin tamamını 1994 yılında kabul etmiştir²⁶³.

14 Temmuz 1967 tarihinde Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi imzalanarak “Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü” yani WIPO kurulmuş; evrensel kültürün korunmasını sağlamak için gereken önlemleri almak, fikri haklar alanındaki ülke mevzuatlarının birleştirilmesini sağlamak, Bern ve Paris Birliklerinin ve Madrid Sisteminin idari hizmetlerini görerek, fikri mülkiyete ilişkin uluslararası sicilleri tutmak ve bunlara ilişkin tüm gerekli bilgileri yayınlama amacı güdülmüştür²⁶⁴. Türkiye bu anlaşmaya 14 Ağustos 1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla katılmıştır²⁶⁵.

Nis Anlaşması ise, Paris Sözleşmesi'nin bir eki olarak, tescilli markaların mal ve hizmet sınıflandırmaları için 1957 yılında uygulamaya konulmuş, son halini 1979 tarihli Cenevre değişikliğinde alan bir anlaşma olup; Türkiye bu anlaşmaya 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren taraf olmuştur²⁶⁶. Nis Anlaşmasına göre 34 mal ve 11 hizmetten oluşan bir sınıflandırma sistemi hali hazırda taraf ülkelerce kullanılmaktadır.

3. TRIPS

1970'lerin sonu itibariyle özellikle ABD'de markaların taklidi nedeniyle ciddi sorunlar ortaya çıkmış ve 1979'da ABD ile AB arasında “Taklit Malların İthalatının Önlenmesi İçin Gerekli Tedbirlerin Alınması” konulu bir anlaşma imzalanmış ancak bu anlaşmanın uluslararası zeminde korunması için Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nda ifade edilmesi gerektiğine ilişkin öneriler sunulmuştur²⁶⁷.

Bu bağlamda 1986-1994 yılları arasında sürdürülen Uruguay Turu müzakereleri sırasında Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ)'nün kurucu anlaşmasına ek olarak kabul edilen TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rigths), DTÖ içerisinde yer alan diğer

²⁶² Yasaman, s. 35-36.

²⁶³ RG.23.09.1994, s.22060.

²⁶⁴ Yasaman, s. 35.

²⁶⁵ RG. 19.11.1975, S. 15417.

²⁶⁶ Bozbel, s. 343.

²⁶⁷ Yasaman, s. 36.

konuların yanında, 1C ekini Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması yani TRIPS uluslararası ticaret sistemine 1995 yılında eklenmiştir²⁶⁸.

TRIPS, şimdiye kadar fikri mülkiyet alanında uluslararası düzeyde kabul edilen en kapsamlı anlaşma olup; Paris ve Bern Anlaşmalarına atıfta bulunarak, bırakılan boşlukları da doldurma işlevi görebilecek nitelikte olması ve kapsam-yaptırım açısından daha geniş kabul edilmesinden dolayı da taşıdığı önem çok büyüktür²⁶⁹. Zira fikri hakların tüm türlerini içine almış olan bu sözleşme: Fikir ve sanat eserleri ve bağlantılı haklar, veri tabanları ve bilgisayar programları; markalar; coğrafi işaretler; endüstriyel tasarımlar; patent; yarı iletken topografyalar; açıklanmamış bilgiler (ticaret sırları-know how) konularında minimum koruma standartları getirmiş olup; üye olan ülkeler de TRIPS'te beklenen standarttan daha düşük bir koruma ön göremez ve daha kapsamlı bir koruma sağlamaya da zorlanamazlar²⁷⁰.

Nitekim anlaşmanın amacı; uluslararası ticaretteki engelleri ve düzensizlikleri azaltmak, fikri mülkiyet haklarının uygulanmasına ilişkin usul ve önlemlerin ticaret için bir engel teşkil etmemesini sağlamak olduğundan buna yönelik fikri mülkiyet haklarının tanınarak korumanın sağlanması, üye ülkelerin ulusal planda ve birbirlerine ait fikri mülkiyet haklarını korumaları bağlamında asgari standartların belirlenmesi gibi hususlara anlaşma kapsamında yer verilmiştir²⁷¹. Zira TRIPS bir çerçeve anlaşma olduğundan, üye ülkeler iç hukuk kurallarını düzenlerken ve mevzuatlarını hazırlarken kabul edilen asgari standartlara uymak zorundadır²⁷².

IV. Marka Hakkı ve Hukuken Korunması

Markanın hukuken korunması marka üzerindeki haklardan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda marka hakkı, markanın oluşturulması ile doğan; markayı ilk olarak kullanan ya da tescil ettiren kişinin sahip olduğu bir haktır²⁷³.

Marka üzerindeki hak parayla ölçülebilen bir hak olmasından bahisle mal varlığı haklarından olup; bu hak herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikli bir hak olarak sahibine

²⁶⁸ Telif Hakları Genel Müdürlüğü, "Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)". <<http://www.telifhaklari.gov.tr/Ticaretle-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS> >, 06.02.2017; Yasaman, s.37.

²⁶⁹ Telif Hakları Genel Müdürlüğü, s. 1.

²⁷⁰ Yasaman, s. 37.

²⁷¹ Telif Hakları Genel Müdürlüğü, s. 1.

²⁷² Telif Hakları Genel Müdürlüğü, s. 1.

²⁷³ Çağlar, s. 37; Çolak, s. 365; Tekinalp, s. 382; Yasaman, s. 174.

marka üzerinde mutlak hakimiyet sağlamaktadır²⁷⁴. Bu özelliğinden ötürü ise marka hakkı başkasına devredilebilir ve devir neticesinde marka hakkı devralan kişinin mal varlığına girer²⁷⁵. Markanın korunması tescilli ve tescilsiz markalar yönünde farklılık gösterecektir.

A. Tescilli Markalar Yönünden

Tescilli markanın korunması SMK ve tabi olunan uluslararası anlaşmalar kapsamında gerçekleşen korumalardır. Bu koruma da ilgili kanun ve anlaşmalardan doğan marka hakkı ile doğar. SMK’da marka tescilinden doğan haklar ve istisnaları 7. maddede ifade edilmiştir. Bu bağlamda marka hakkı, kural olarak tescille doğar.

Tescilin marka hakkının kazanılmasında kurucu etkiye sahip olması²⁷⁶ tescil ilkesi olarak nitelendirildiği gibi, bu ilkenin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde kural olarak markanın kullanılması, markalar için tanınan özel düzenlemeler çerçevesinde marka hakkı doğurmayarak ancak tescille doğacak ve markayı kullanan kimse bu markayı daha sonra tescil ettiren kimse karşısında kural olarak özel hükümler çerçevesinde korunmayacaktır²⁷⁷. Bu sistemin temel alındığı hukuk sistemin Avrupa Birliği örnek olarak verilebilecektir²⁷⁸. Türk Hukuku’nda ise hem tescil hem de kullanma sistemi²⁷⁹ olduğundan; karma bir sistemden söz edebiliriz²⁸⁰.

Marka hakkının sağladığı korumaya ilişkin olarak SMK m.7/2’ye göre “*Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır*”. Maddenin ilerleyen bentlerinde de bu hususlar ayrı ayrı açıklamıştır. Buna göre; m.7/2’nin a bendi uyarınca; “*Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması*” hususu söz konusudur. Bu durum, markanın tescil kapsamındaki mal ve hizmetlere ilişkin olarak kullanımı münhasıran marka sahibine verdiği için ona tek hak sağlanmaktadır²⁸¹. Bu halde, korunması istenmiş olan marka ile kullanımının

²⁷⁴ Aksoy, Ramazan, “Markada Tescilin Hukuki Önemi”, www.kazanci.com; Cicim Uluğ, İlkur / Kılıç, Ali, “Markanın Korunması”, Sosyoteknik Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi, Yıl:2, Sayı:4, Aralık 2012, s. 39; Yasaman, s. 175.

²⁷⁵ Yasaman, s. 176.

²⁷⁶ Aksoy, s. 1; Arkan s. 307; Çolak, s. 365.

²⁷⁷ Aksoy, s. 1.

²⁷⁸ Yasaman, s. 179.

²⁷⁹ Bu husus, bir sonraki başlık olan “Tescilsiz Markalar Yönünden” başlığında detaylı olarak incelenecektir.

²⁸⁰ Aksoy, s. 1.

²⁸¹ Yasaman / Ayoğlu, s. 489.

engellenebilmesi istenen işaretin aynı olması ve bu işaretlerin aynı mal veya hizmetlerle ilgili olması gerekmektedir²⁸².

SMK m.7/2'nin b bendinde 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 düzenleme bulunmaktadır. Bu bağlamda, üçüncü kişilerin markanın aynısını ya da benzerini kullanmasını kanun koyucu engellemiştir²⁸³.

SMK m.7/2'nin c bendi uyarınca da; *“Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.”* ifade edilmiştir. Buradaki hususta üçüncü kişilerin tescilli olan bir markayı, tescil sahibinden izin almadan kullanılmasına müdahale olanağı sağlanmış ve tescil sahibinin markanın tekel hakkı menfaati korunmaktadır²⁸⁴.

Marka hakkının sağladığı korumaların en önemlilerinden biri de SMK m.7’de de ifade edilmiş olan markaya tecavüzde markasal kullanımdır. Nitekim markasal kullanım, ilgili mal ve hizmetlerin köken itibarıyla farklılıklarını belirtmeyi sağlayan bir kullanım şekli olup; bundan bahsetmek için ise mal ve hizmetlerin üzerine ya da ambalajına koyarak markanın piyasaya sunulmuş olması gerekmektedir²⁸⁵.

Bunların yanında SMK’nın 7. maddesinin 3. fıkrası uyarınca da bu fıkranın bentlerinde belirtilen durumlar halinde işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir. Yani burada münhasır bir hak tanınmıştır. Hükümde ifade edilmiş olan yasaklar sınırlayıcı nitelikte olmayıp; bunların dışında kalan ancak marka hakkını ihlal edecek niteliğe sahip olan kullanım şekillerini de önleme yetkisine sahiptir²⁸⁶.

SMK m.7/4’e göre ise markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm doğuracaktır. Ancak marka başvurusunun, Bülten’de

²⁸² Bozbel, s. 460.

²⁸³ Yasaman / Ayoğlu, s. 490.

²⁸⁴ Yasaman / Ayoğlu, s. 491.

²⁸⁵ Bozbel, s. 455.

²⁸⁶ Yasaman / Ayoğlu, s. 492.

yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilanı hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkili olacaktır. Bu bağlamda; mahkeme, öne sürülmüş olan iddiaların geçerliliğine ilişkin kararını tescilin yayımlanmasından önce veremeyecektir. Yani bunu bekletici mesele yapacaktır. Bu maddede marka hakkı sahibine markanın tescilden doğmuş olan haklarına bir tecavüz gerçekleşecek fiilin oluşması halinde tazminat davası açma hakkı verilerek, yine tekel menfaatini koruma altına almıştır.

Maddenin 5. ve son fıkrasına göre ise “*Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:*

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunulmuş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması.

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.”

Özellikle, fikranın son bendine göre aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, markanın malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hallerde kullanılmasının, marka sahibi tarafından engellenemeyecek olması nedeniyle ürün üzerinde görünmeyen parçalar için marka başvurusunda bulunmak anlamsız bir hal almıştır.

Bunların yanı sıra, SMK m.10’a göre; marka sahibinin izni olmaksızın markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin ticari vekil ya da temsilci adına tescilinin yapılması durumunda, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir sebebi yoksa marka sahibi mahkemeden, markasının kullanımının yasaklanmasını talep edebileceği gibi ilgili tescilin kendisine devredilmesini de talep edebilmektedir. Böylece kanun marka sahibinin izni alınmadan temsilcisi veya ticari vekil adına tescilin yapılmasını yasaklayarak²⁸⁷; marka sahibine markasını ticari temsilci ve vekilden koruma imkânı sağlamıştır.

Ayrıca tescil edilmiş olan bir markanın kullanım hakkı SMK m.24’e göre tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Buna maddeye göre, lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans olmak

²⁸⁷ Cici Uluğ/Kılıç, s. 44.

üzere iki şekilde verilebilir. Lisans, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece inhisari değildir. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de lisans verebilir. İnhisari lisans sözleşmelerinde lisans veren, başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi de markayı kullanamaz. Bir diğer fıkra uyarınca ise sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez. Son fıkra uyarınca lisans veren, lisans alan tarafından üretilecek malın veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alacak önlemleri alır. Lisans alan, lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uymak zorundadır. Aksi halde ise marka sahibi, tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilecektir. Bu bağlamda, marka lisansı sözleşmesiyle lisans alan, markanın ayırt edici gücünden, reklam fonksiyonundan yararlanarak ekonomik fayda elde etmek isterken; lisans verene ait olan üretim tekniklerinden de faydalanmaktadır²⁸⁸. İlgili kanun maddesi ile marka, yapılan sözleşme doğrultusunda hem lisans alandan hem de lisans verenden korunmaktadır. Çünkü maddede hem lisans alanın hem de lisans verenin uyması gereken hususlar ve uymamaları halinde gerçekleşecek hususlar caydırıcı olarak ifade edilmiştir.

Tüm bu hususların neticesinde ise SMK m.25'te düzenlenen hükümsüzlük, m.26'da düzenlenen iptal halleri ve diğer açılacak hukuk ile ceza davaları tescilli markaların korunmasını sağlamaktadır²⁸⁹.

B. Tescilsiz Markalar Yönünden

Kural olarak bir markanın korunması için tescil edilmiş olması esas olsa da, SMK'daki şartların yerine getirilmiş olması halinde bazı istisnai durumlarda tescilsiz markaların korunması da mümkün olup; bu koruma genel hükümler ile Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.54 vd. hükümlerinde düzenlenen haksız rekabet kurumu ile mümkün olmuştur²⁹⁰.

İstisnalar genel olarak incelendiğinde, ilgili işaret üzerindeki hakkın tescilden önce doğmuş olması durumunda önceki hakkın üstün tutulması; istisnaların arasındaki ortak özellik olarak görülmektedir²⁹¹.

²⁸⁸ Cici Uluğ/Kılıç, s. 46.

²⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. 3.Bölüm.

²⁹⁰ Arslan, İbrahim, "Tescilsiz Markaların Korunması" www.kazanci.com, s.1; Uluslu, Çağrı Şükrü, "Türkiye'de Tescilsiz Markaların Korunması", s. 11-12.

http://ulusluersen.com/makale_TURKIYEDE_TESCILSIZ_MARKALARIN_KORUNMASI.pdf, s.12.

²⁹¹ Yasaman, s. 183.

1. SMK'ya Göre Koruma

Esas olarak SMK'ya göre korumada açık bir hüküm bulunmamakta olup, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda dolaylı bir şekilde koruma mevcuttur²⁹².

a. Tanınmış Markalar

Tanınmış marka kavramı geniş veya çok geniş kitle tarafından bilinen markadır²⁹³. Tanınmış markalara ilişkin SMK'da açık bir düzenleme bulunmamakla beraber, marka tescilinde nispi red sebeplerini düzenleyen 6. maddenin 4. fıkrasındaki "*Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir.*" hüküm ile beraber tanınmış markalar korunmuştur. Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6.maddesine göre ise Paris Sözleşmesi'ne üye ülkeler tanınmış markaların korunmasını taahhüt etmişlerdir. Üye olan ülkelerin mevzuatı uygun ise doğrudan, uygun olmaması halinde ise ilgilinin talebi üzerine dikkate alınmaktadır. Bu hükme aykırılık olması halinde markanın tescil talebi reddedilerek, tescil edilmiş olan marka ise hükümsüz kılınır. Bununla beraber SMK m.6/5'e göre tescil edilmiş veya başvurusu daha önce yapılmış bir markanın, Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi vesilesiyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hâllerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı bir sebebe dayanma hâli saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.

Doktrinde tanınmış markaya ilişkin pek çok tanımlama yapılmış²⁹⁴, Yargıtay ise konuyla ilgili olarak "*markanın birçok ülkede tescilli olmasını*", "*marka tescil başvurularının devam etmesini*", "*markanın reklam ve promosyon ile tanıtım çalışmalarının yapılmasını*" kriter olarak öngörmüştür²⁹⁵. Bir başka karar olan Dolce Vita kararında²⁹⁶ ise İsviçre Federal Mahkemesine paralellik göstererek tanınmış markanın Türkiye'de fiilen kullanılmasına gerek olmadığı yönünde hüküm kurmuştur²⁹⁷.

²⁹² Arslan, s. 1.

²⁹³ Özkök, s. 52; Yasaman, s. 247.

²⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz, Uluslu, s. 13 vd., Özkök, s. 51 vd.

²⁹⁵ Yargıtay 11. H.D., E. 2002/10575, K. 2003/2752, T: 24.03.2003, E.T. 24.05.2017. www.kazanci.com.

²⁹⁶ Yargıtay 11. H.D., E. 1998/7711 K. 1998/8024 T. 20.11.1998, E.T. 24.05.2017. www.kazanci.com.

²⁹⁷ Uluslu, s. 14.

Tanınmış olan marka, tescilli olan bir markanın terkinini isteme hakkına sahip olduğu gibi aynı zamanda bunun gibi fikri ve sınai mülkiyet haklarından, ad ve soyadlarından, ticaret unvanları, işletme adı gibi hakların tescil başvurusundan önce kazanılmış olması halinde, bunların tescile rağmen öncelik hakları da bulunmaktadır²⁹⁸.

Bu bağlamda değerlendirildiğinde, tescilsiz olarak korunan tanınmış marka tabiri ile ifade edilmek istenen husus gerek Türkiye'de gerekse dünyadaki diğer ülkelerde kullanılsın, tüketiciler arasında genel kabul görmüş, geniş kitlelerce benimsenmiş ve tercih edilmiş ancak Türkiye'de tescil edilmemiş bulunan markalardır²⁹⁹. Nitekim Türkiye'de tescili bulunmayan bir tanınmış marka başkası tarafından kötü niyetli olarak tescil edilmek istenirse bunun kötü niyetli tescil ve gerçek hak sahipliğine dayanılarak hükümsüz kılınması mümkün olacaktır³⁰⁰.

b. Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanmış Markalar

SMK'nın 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bir markanın, başvuru tarihinden önce kullanılmış olması ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması halinde, bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez.

Kullanmakla ayırt edicilik kazanılmasından kasıt ise, ayırt edici niteliğe sahip olmayan markanın kullanıldığı mal veya hizmet ile ilişkili uzun süre kullanılmış; ilgili çevrede reklam gibi tanıtım araçlarıyla tanıtılarak mal veya hizmetle işletme arasındaki bağlantının tam olarak kurulmuş olmasıdır³⁰¹.

Böylece ayırt edicilik vasfına sahip olmayan işaretler m.5/1'de ifade edilmiş hususlar olan, ticaret alanında cinsi 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, ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adlar münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar, kullanmakla ayırt edicilik kazanmaları halinde istisnai olarak tescilli markalar gibi korumadan yararlanabilecektir.

²⁹⁸ Yasaman, s. 183.

²⁹⁹ Arslan, s. 1; Çolak, s. 181; Özkök, s. 54.

³⁰⁰ Çolak, s. 186.

³⁰¹ Çağlar, s. 192-193; Çolak, s. 33-49; Uluslu, s. 18.

Nitekim Yargıtay markanın kendisine ait olduğunu kabul ettirmesinin ayırt edicilikten daha güçlü olmasından bahisle sektörel açıdan da tüm Türkiye'yi kapsamı gerektiğini ifade etmiştir³⁰². Yani burada kazanılacak olan ayırt ediciliğin dar bir kitleden ziyade ülke çapında olması önem taşımaktadır.

Kullanmakla ayırt edicilik sağlamış olan marka, marka sahibi tarafından tescile konu edilebilecek ve sahibi tarafından TPMK'ye tescil başvurusu yapılabilecektir³⁰³. Bu halde başvuru sırasında, markanın daha önce başkası adına tescilli olduğu görülürse, daha önce tescilli yapılmış olan bu markanın varlığına rağmen tescilsiz marka sahibinin başvurusu reddedilmeyecek ve markanın sahibi markası tescil edilebilecektir³⁰⁴. Böylece burada, markayı yaratan ve onu kullanan kişiye istisnai bir öncelik tanınmaktadır³⁰⁵.

c. Rüçhan Hakkı

Rüçhan kavramı öncelik anlamına geldiği için, marka hukukunda ön alım hakkı olarak değerlendirilmektedir. Rüçhan hakkı bu bağlamda hakka sahip olanın başvurusunun daha sonraki bir tarihte yapılsa da diğer başvurulardan daha önce yapılmış sayılarak; rüçhan hakkına sahip olan kimsenin öngörülmuş yasal süre içerisinde başvurması koşuluyla bu zaman zarfında yapılmış olan başvuruların önünde kabul edilmesine imkân veren bir haktır³⁰⁶. Rüçhan hakkı kendiliğinden oraya çıkmayan, talep ile söz konusu olan bir haktır³⁰⁷.

Rüçhan hakkı ve etkisi SMK'nın 12. maddesinde; 13. maddesinde ise hakkın talep edilmesi hükmü hususu detaylı olarak incelenmiştir. Bu maddeler değerlendirildiğinde, 12. madde uyarınca Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kurucu Anlaşmasına taraf olan devletlere mensup olan ya da ikametgâhı veya fiilen bir ticari işletmesi bulunan gerçek veya tüzel kişilere başvuru yapma konusunda bir rüçhan hakkı sağlanmış; bundan yararlanması için ise ilk başvuru yapılan devletin yetkili makamından rüçhan hakkı belgesi alınması koşulu öngörülmüştür. Başvuru için tanınmış süre ise 6 aydır. 13. madde uyarınca ise, rüçhan hakkından yararlanmak isteyen başvuru sahibi, başvuru aşamasında markanın

³⁰² Yargıtay 11.HD., E. 2006/13826, K. 2008/588, T. 28.01.2008, E.T. 24.05.2017. www.kazanci.com .

³⁰³ Uluslu, s. 18.

³⁰⁴ Çolak, s. 36; Uluslu, s. 18.

³⁰⁵ Yasaman, s. 183.

³⁰⁶ Uluslu, s. 19.

³⁰⁷ Çolak, s. 103.

rüçhan hakkına dayandığını belirterek; rüçhan hakkı belgesini başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde vermek zorundadır.

d. Gerçek Hak Sahipliği

Tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan işaret için daha önce hak elde edebilmek mümkündür. Sınai hak alanında gerçek hak sahipliği ilkesi hukukumuzda benimsenmiştir³⁰⁸. Bu husus SMK m.6/3 ile hüküm altındadır. Buna göre başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için elde edilmiş olan bir hak varsa, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir. Kullanım sonucunda hak sahipliği ilkesi nispi ret nedeni olarak düzenlenerek koruma altına alınmıştır.

Bu ilke temelini aynı veya aynı türden bir mal veya hizmetin yalnızca bir defa tescil edilebilecek olması; aksinin ise karışıklıklara sebep olacağından almaktadır³⁰⁹. Tescilden önce bir hakka dayanıldığına iddiasının oluşmuş olması halinde; bu iddianın ispatı, doğrulanması ve gerektiğinde mahkeme hükmü ile ileri sürülmesinin gerekliliğinden bahisle nispi red nedenleri arasında değerlendirilmiş olması doğru bir yaklaşım olmuştur³¹⁰.

Bu husus daha önce kendine 556 sayılı KHK m.8/3³¹¹'te yer bulmuş ve iki bent olarak düzenlenmiştir. Ancak SMK'ya bakıldığında, "*Belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa*" bendi kaldırılmıştır. Buna karşın ilgili kanun maddesine bakıldığında zaten maddenin doğası gereği, bu imkân doğmuş olacaktır. Bu bağlamda markanın tescili için yapılmış olan başvurunun tarihinden veya marka tescili için yapılmış olan başvuruda belirtilmiş olan rüçhan tarihinden önce ilgili işaret için hak elde edilerek; bu hak sahibine daha sonraki bir markanın kullanılmasını yasaklama imkânı sağlanmış olacaktır³¹².

³⁰⁸ Bozbel, s. 8.

³⁰⁹ Yasaman, s. 189.

³¹⁰ Yasaman, s. 186.

³¹¹ Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescili istenilen marka, aşağıdaki hallerde tescil edilmez.

a) Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş ise,

b) Belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa.

³¹² Yasaman, s. 187.

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 06.07.1998 tarihli "Dolca Vita"³¹³ ve 19.04.2002 tarihli "Alvorado"³¹⁴ kararı gerçek hak sahibinin o markayı ilk defa kullanan kişi olacağını ifade eden bir karar olmuştur³¹⁵.

2. TTK Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Koruma

Tescilsiz markaların korunmasına ilişkin özel bir mevzuat daha önce de belirtildiği üzere bulunmamaktadır. Ancak tescilsiz markaları koruyan düzenlemeler Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin 56 ve devamı maddelerinde kendini göstermektedir. Kanunun 58-63. maddelerinde haksız rekabetten kaynaklanan hukukî sorumluluk ve bundan kaynaklanan davalara ilişkin düzenlemeler, m.64'te ise cezai sorumluluk bulunmaktadır. Ayrıca TTK m.55'te dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden davranışlar da haksız rekabet oluşturan hususlar olarak ifade edilmiştir.

Tescilsiz bir markayı kullanırken, ilgili markanın aynı veya benzerinin başkaları tarafından tescil edilmek istendiğini öğrenen hak sahibinin SMK'dan yararlanamamış veya yararlanmasına karşın haklarının korunmasını tam olarak sağlayamamış olması halinde TTK'nın haksız rekabet hükümlerine başvurabilmesi mümkündür³¹⁶.

Nitekim haksız rekabet "*Rakipleri ezmek ve onları ekonomik faaliyet alanından uzaklaştırmak amacıyla ve iyi niyet kullarına aykırı şekillerde başvuru, kanuna, nizam, adap ve teamüle göre kabul edilmesi mümkün olmayan hareket ve fiillerin tümü*" şeklinde tanımlanarak, haksız fiilin farklı bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır³¹⁷.

TTK uyarınca, tescilsiz markası tecavüze uğramış olan hak sahibinin dört ayrı dava açma hakkı bulunmaktadır. TTK'nın 58. maddesinde düzenlenen bu davalar; haksız rekabetin tespiti (m.58/I, a), haksız rekabetin men'i (m.58/I, b), haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması (m.58/I, b) ve maddi ve manevi tazminat davaları (m.58/I, d, e) olarak hükme bağlanmıştır. Bu dört davayla bağlantılı olarak ise TTK m.63 uyarınca hak sahibi olan davacılara mahkemeden ihtiyati tedbir talep etme hakkı da sağlanmıştır.

³¹³ Yargıtay 11.HD., E. 1998/1734, K. 1998/5146, T. 06.07.1998, E.T.04.03.2017. www.kazanci.com.

³¹⁴ Yargıtay 11.HD., E. 2001/9903, K. 2002/3699, T. 19.04.2002, E.T.04.03.2017. www.kazanci.com.

³¹⁵ Çolak, s. 369; Yasaman, s.187-188.

³¹⁶ Arslan, s. 1.

³¹⁷ Uluslu, s. 25.

TTK 58. maddesinde düzenlenen davaların açılabilmesi için kural olarak kusurun varlığı aranmamakta olup; haksız rekabet fiilinin varlığı davanın açılması için yeterliyse de tazminat davasının açılabilmesi için davalının kusuru aranacaktır³¹⁸.

TTK m.64'teki şartların gerçekleşmesi halinde, cezaî sorumluluğun yolu da açılmış olup; marka tescilsiz de olsa, başkasına ait bir markanın aynını veya çok benzerini kullanan davalı taraf, m.64'te hükme bağlanmış olan yazılı şartları yerine getirmiş olması kaydıyla hukukî sorumluluğun yanında cezaî sorumluluğu da üstlenmiş olacaktır³¹⁹.

³¹⁸ Arslan, s. 1.

³¹⁹ Arslan, s. 1.

2.BÖLÜM

KARIŞTIRILMA TEHLİKESİ

I. Kavram ve Kapsam

A. Genel Olarak

Karıştırılma tehlikesi, tescilli bir işaret veya markanın; daha önceden tescil edilmiş bir marka ile şekil, görüş, ses, genel izlenim gibi sebepleri ile aynı ya da benzer olmasından ötürü; hedef kitle tarafından daha önceden tescili yapılmış olan marka olduğu intibasını uyandırarak o hedef kitlenin daha önceden aldığı mal veya hizmeti aldığı düşüncesiyle esasında bir başka mal veya hizmeti alma tehlikesi ile karşı karşıya kalması olarak değerlendirilmektedir³²⁰. Karıştırılma tehlikesi sadece bir tescil engeli olmayıp aynı zamanda bir SMK m.29 uyarınca tecavüz eylemidir³²¹. Karıştırma tehlikesi en genel haliyle “ortalama tüketicinin, her iki işaret arasında bir şekilde bağlantı kurması”³²² şeklinde ifade edilebilir. Bu bağlamda karıştırılma tehlikesi, işaretler arasında bir bağlantı kurulmasının doğal bir sonucu olmuştur³²³. Dolayısıyla markaların kullanıldığı mal ve/veya hizmet gruplarının benzerliği birbirine ne kadar yakınsa, karıştırılma tehlikesi de o kadar artacaktır³²⁴.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) karıştırılma tehlikesini; “halkın, söz konusu mal ve/veya hizmetlerin aynı ya da bağlantılı işletmelerden geldiğini düşünme tehlikesidir” şeklinde tanımlamaktadır³²⁵.

SMK m.6/1 uyarınca “*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.*” şeklinde hükümde karıştırılma tehlikesinden bahsedilmiştir³²⁶. Bununla beraber SMK m.7/2-b’ye göre (KHK m. 9/1-b), marka sahibi, “*Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya*

³²⁰Bozbel, s. 408; Epçeli, Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006, s.1; İmirlioğlu, s. 161; Küçükali, Canan, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara 2009, s.18; Tekinalp, s. 436.

³²¹ Bozbel, s. 408; Epçeli, s. 7; Tekinalp, s. 437.

³²² Çolak, s. 205; Epçeli, s. 3.

³²³ Epçeli, s. 3.

³²⁴ Çolak, s. 207; İmirlioğlu, s. 162; Tekinalp, s. 442.

³²⁵ ABAD ABAD, c-39/97, 29.09.1998, Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc. paragraf 29.

³²⁶ SMK m.19/2 de bu hükmün devamı niteliğindedir.

hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması” nın önlenmesini talep edebilecektir.

Marka tescil için başvuru yapıldığı anda, tescilli marka ile aynı veya benzer ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer olması halinde ve bu durum halk tarafından karıştırılma tehlikesini doğuruyorsa; bu durum nispi ret nedeni olup, itiraz üzerine marka başvurusunun reddedilmesi sağlanacaktır.

Madde metni yalnızca tescilli markaları korunduğundan, tescilli olmayan fakat fiilen kullanılan mal veya hizmetler haksız rekabet hükümlerine göre korunacaktır. Bu bağlamda, marka sahiplerinin mal veya hizmet listesinde bulunmakla beraber, tescilli olmayan ancak taraflarca fiilen kullanılan mal veya hizmetler arasında herhangi bir benzerliğin olup olmamasının incelemesi yapılmayacaktır³²⁷.

Hem markaların hem de mal ve/veya hizmetlerin aynı olması durumunda marka hakkının ihlali doğrudan doğruya kabul edilmektedir³²⁸. Ancak, markaların aynı, mal veya hizmetlerin benzer; ya da mal veya hizmetlerin aynı, markaların benzer olması halinde ise ihlalin varlığı ve karıştırma tehlikesi somut olaya göre belirlenmelidir³²⁹.

TPMK Marka İnceleme Kılavuzu'na göre ise karıştırma tehlikesinin varlığı incelenirken; inceleme konusu markaların benzerlik derecesi, inceleme konusu markalar kapsamında bulunan mal ve hizmetlerin benzerlik derecesi, önceki markanın ayırt edici gücünün, tanınmışlığının derecesi, inceleme konusu mal ve hizmetlerin tüketicilerinden oluşan ortalama tüketici kitlesinin bilinç ve dikkat düzeyi esas alınacaktır. Karıştırılma tehlikesi, incelenen vakayla ilgili tüm unsurlar dikkate alınarak, genel (bütünsel) olarak değerlendirilmelidir³³⁰.

Öncelikle markaya tecavüz ihtimalinde karıştırılma tehlikesinin oluşabilmesi için; markaya tecavüz eden kişinin kullandığı işaretin tescil edilmiş mal ile aynı veya benzer

³²⁷ Küçükali, s.38.

³²⁸ Çolak, s. 207.

³²⁹ Bozbel, s. 409; Çolak, s. 207; İmirlioğlu, s. 162.

³³⁰ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 105 vd.

olması ve tescil edildiği mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir³³¹.

İkinci olarak karıştırılma tehlikesi halk nezdinde olmalıdır. Bu noktada alanında uzman olan kişilerin, ilgililerin ayırt etmesi veya karıştırmamasının bir önemi bulunmamaktadır³³².

Karıştırılma tehlikesi, “aynı mal ve/veya hizmet- benzer markalar”, “aynı marka, benzer mal ve/veya hizmet”, “benzer marka- benzer mal ve/veya hizmet” halleri şeklinde gerçekleşebilmektedir.

Markaların aynı ya da benzer olup olmadıkları incelenirken, her bir markanın bıraktığı genel ve bütünsel (toptan) izlenim ile markaları. Birlikte tümüyle bıraktıkları izlenim dikkate alınacaktır³³³. Çünkü tüketici markayı bir bütün olarak algılayacak ve markaları akılında kaldığı ve kendisine çağrışım yaptığı sürece hatırlayacaktır³³⁴. Zira ortalama bir tüketici detaylara girmeyip, markayı bir bütün olarak algılayacaktır. Bütünsel değerlendirme yapılırken, her bir faktör birbirinden bağımsız şekilde ele alınmalıdır. Örneğin, ABAD’ın bir kararında, BRIDGE, FOOTBRIDGE ve BAINBRIDGE arasında mevcut olan işitsel bağlantıya rağmen, ilgili kişiler arasında marka derhal anlaşılabilir özel bir anlama sahipse, karıştırılma tehlikesine yol açmayabilir şeklinde görüşü mevcuttur³³⁵.

Bütünsel değerlendirmede unutulmaması gereken, yapılan değerlendirmede markadaki baskın ve ayırt edici unsurlar belirli olurken, jenerik ve tanımlayıcı olan ve ayırt edicilik vasfına haiz olmayan unsurlar ise, sonuçta etkili olmayacaktır³³⁶.

B. Kapsam

1. Dar (Doğrudan) Anlamda Karıştırılma İhtimali

Doğrudan karıştırılma tehlikesi markanın kaynak belirtme işlevi ile bağlantılı olup, hedef kitlenin edinmeyi düşündüğü mal veya hizmetin markası ile aynı veya benzer işarete

³³¹ Bozbel, s. 408; Çolak, s. 204-205; İmirlioğlu, s. 161-162; Tekinalp, s. 437.

³³² Bkz. aşağıda II, C., 2..

³³³ Çolak, s. 208.

³³⁴ Çolak, s. 214.

³³⁵ Çolak, s. 215.

³³⁶ Çolak, s. 216.

sahip olan markanın birbirinden farklı olduğunu ayırt edemeyerek, ilgili mal veya hizmetin aynı işletmeye ait olduğu hissine kapılmasını ifade eder³³⁷. Bir başka deyişle, mal veya hizmetin hitap etmiş olduğu hedef kitle almayı düşündüğü mal veya hizmetin aynı işletme tarafından üretildiği ya da hizmete sunulduğu düşüncesine kapılarak ilgili işletmeleri karıştırabilme tehlikesi doğrudan ya da klasik anlamda karıştırılma tehlikesini doğurur³³⁸. Nitekim doğrudan karıştırılma tehlikesinde, ilgililer marka ve işaretin aynı olmadığını fark eder ancak aynı işletmeye ait olduklarını düşünürler. İlgili kitle markanın aynı işletmeden olduğunu düşündüğünden, markanın köken belirtme işlevi bu bağlamda zarar görmektedir³³⁹.

ABAD'ın bu konuda vermiş olduğu kararlarında 40/94 numaralı Topluluk Marka Tüzüğü m.8/1-b'nin ihlali anlamında “halk” ve karıştırılma tehlikesi” hususlarının değerlendirilmesinde halkın mal veya hizmetlerin aynı ticari kökene ait olmasına dayanmadığını ancak bunun yanında ilgili işletmelerin yalnız ekonomik açıdan birbiriyle bağlantılı olduğu inancına sahip olması halinde de karıştırılma tehlikesinin bulunduğunu kabul etmektedir³⁴⁰.

2. Dolaylı Karıştırılma İhtimali

Dolaylı karıştırılma tehlikesinde, tüketici işaretleri birbirinden ayırırken aynı zamanda işaretlerin benzer olması sebebiyle marka sahibinin kendi markasında bir takım kısaltmalar, değişiklikler yaptığını varsayarak ilgili mal veya hizmetin yine aynı işletmenin mal veya hizmeti olduğu düşüncesine kapılması söz konusudur³⁴¹. Dolaylı karıştırmada, ilgililer marka ve işaretin aynı olmadığını ve aynı işletmeye ait olmadığını farkında olmakla beraber, bir şekilde arada bağlantı olduğunu düşünmektedirler. İlgililer, bu mal veya hizmetin aralarında ekonomik bağlantı bulunan işletmelerden geldiği izlenimi şeklinde bir algıya sahip olmaktadır³⁴².

3. Geniş Anlamda Karıştırılma İhtimali

Geniş anlamda karıştırılma tehlikesi tanınmış markaların korunması hususuyla ortaya çıkmakla beraber, tescilli marka ile markaya tecavüz eden taraf tarafından kullanılan işaretler

³³⁷ Bozbel, s. 409; Epçeli, s. 1; Küçükali, s.66.

³³⁸ Epçeli, s. 1.

³³⁹ Küçükali, s. 66.

³⁴⁰ Küçükali, s. 66.

³⁴¹ Bozbel, s. 409; Küçükali, s. 67.

³⁴² Bozbel, s. 409; Çolak, s. 206.

arasında bağlantı olması ihtimalinin doğması halinde bu iki işaret arasında karıştırılma tehlikesinin de doğabileceği öngörülmüştür³⁴³. Bu husus daha ziyade taraflar arasında bir lisans sözleşmesi olduğu zannedilerek, marka sahibi ile mal veya hizmeti sunan arasında bir ortaklık olduğuna dair bir bağlantı kurulması şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁴⁴.

Bu bağlamda KHK m.8/1-b ile SMK m.6/1'de işaretin tescilli veya tescil başvurusu yapılmış olan bir marka ile ilişkili olma ihtimali, KHK m.9/1-b ile SMK m.7/2-b' ye göre ise işaretle marka arasında ilişkilendirme ihtimali de dahil olmak üzere bir karıştırılma tehlikesinden söz edilmektedir. Yani netice itibariyle bakıldığında marka ile işaret arasında kurulan bir bağdan söz edilmektedir. Burada SMK m.7/f.2 daha geniş kapsama sahiptir.

Bu bağlamda değerlendirildiğinde dar yorumlayan görüşe göre, bağlantı ihtimali daha geniş bir kavram olan karıştırılma tehlikesine bağlı olan bir alt kavram olarak düşünülmesi gereken bir husustur³⁴⁵. Diğer görüşe göre ise, bağlantı kurulması ihtimali markanın kaynak gösterme fonksiyonundan ayrı ele alınmalı ve karıştırılma tehlikesi ilgili işaretler arasında bağlantı kurulmasının sonucu olarak karıştırılma tehlikesinin alt kavramı olarak yorumlanmamalıdır³⁴⁶.

Nitekim AB Hukuku uygulamasında sadece bağlantı kurulması ihtimalinde yönergenin 4/1-b.maddesinin uygulanması hususuna ilişkin yorumlarda bu maddenin yalnızca bağlantı kurulması ihtimalinin yanında halkın da karıştırma tehlikesinin ortaya çıkacağı durumlarda uygulanacağı belirtilmiş; aynı zamanda ABAD da, bağlantı kurulması kavramının karıştırılma tehlikesinin bir alternatifi olmayıp; onun tespitine katkı veren bir husus olmasından bahisle karıştırılma tehlikesi olmaksızın hükmün uygulanamayacağı yönünde kararlar vererek gerek yönerge gerekse yönergenin 10.maddesinin gerekçesi olan karıştırılma tehlikesinin koruma için özel bir koşulu ifade etmesi hususuyla uyumludur³⁴⁷. Bu kararlara örnek olarak, ilk olarak Sabel BV v. Puma AG kararında ilgili markalar arasında bunlara ilişkin görsel, işitsel ve anlamsal benzerliklerinin ve bunların yanında da ayırt edicilik ile baskı unsurlarının göz önünde bulundurulması neticesinde karıştırılma tehlikesinin bulunmadığından yönergenin 4/1-b.maddesinin de uygulanamayacağı yönündeki karar verilebilir³⁴⁸. İkinci olarak ise, Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc. davasında aynı görüş tekrarlanarak;

³⁴³ Epçeli, s. 2; Küçükali, s. 67.

³⁴⁴ Küçükali, s. 67.

³⁴⁵ Epçeli, s. 3.

³⁴⁶ Epçeli, s. 3.

³⁴⁷ Küçükali, s. 68.

³⁴⁸ Bozbel, s. 410; Epçeli, s. 4; İmirlioğlu, s. 166.

daha önceki Hag II kararına da atıfta bulunmuş, markanın temel fonksiyonunun mal veya hizmetlerin kaynağını garanti altına almak olmasından bahisle tüketicinin mal veya hizmetlerin aynı işletmelerden ya da aralarında herhangi bir ekonomik ilişki olmayan işletmelerden kaynaklandığını bilmesi halinde karıştırılma tehlikesinden söz edilemeyeceğini belirtmiştir³⁴⁹.

C. Terminoloji

Karıştırılma tehlikesi hukukumuzda kendisiyle çok yakın ve iç içe olan iltibas ve iltibas ile birlikte incelenmelidir³⁵⁰.

İltibas kelime anlamı olarak karışma, birbirine çok benzeyen iki şeyin karışması anlamına gelmektedir³⁵¹. İltibasa yol açmak ise karışıklığa neden olmak, karıştırmaya yol açmaktır³⁵². Marka hakkına iltibas ile tecavüz edilmesinde, karışıklığa yol açmaya çalışılarak tüketicileri yanıltmak amacı güdülmektedir. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken husus ise “Karıştırılma İhtimali” kavramının TTK ve mülga Markalar Kanununda tanımlanan “iltibas” kavramından farklı ve daha geniş bir kavram olduğudur³⁵³. Bu iki kavram aynı anlama gelmemekle beraber, mülga Markalar Kanunu’nda ve Türk Ticaret Kanunu’nda “bağlantı ihtimali” kavramı mevcut değildir. İltibas ile ilişkilendirme ihtimali birleştiğinde karıştırılma tehlikesi ortaya çıktığından karıştırılma tehlikesi kavramı iltibasa göre daha geniş olarak yorumlanmaktadır.

Zira eTTK’da iltibas kavramı kullanılırken, TTK ve KHK’da iltibas yerine karıştırılma teriminin kullanılması, öğretisi ve içtihatlarda da bu terimin tercih edilmesi gerekçesiyle karıştırılma kavramı kullanılmaya başlanmıştır³⁵⁴. Nitekim SMK’da da karıştırılma tehlikesi kavramı kullanılmaktadır.

Nitekim iltibasta tüketici, marka ile işareti kullanan işletmeleri birbiriyle karıştırdığından kendi düşündüğü işletmenin mal veya hizmetinden faydalandığını

³⁴⁹ Epçeli, s. 6; ABAD, c-39/97, 29.09.1998, Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., paragraf 28.

³⁵⁰ Küçükali, s. 23.

³⁵¹ TDK Sözlük www.tdk.gov.tr, E.T. 05.05.2017.

³⁵² İmirlioğlu s. 161, Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, S.293, 5.baskı, Ankara 1969, s. 225.

³⁵³ Çolak, s. 206.

³⁵⁴ Nomer Ertan, Fusun, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016, s. 170.

düşünürken aslında farklı bir işletmeninkinden faydalanmakta olup; KHK'nın genişletilmesiyle beraber bu husus karıştırılma tehlikesinin kapsamına dahil edilmiştir³⁵⁵.

İktibas ise bir ürünün ya da faaliyetin aynısının yapılması ya da kullanılması anlamına gelmekte olup; bu kopyalamada birebir kopyalama aranmayıp, önemli unsurların aynen alınmış olması yeterli bir kıstastır ve iktibas ile oluşmuş haksız rekabette, mal veya hizmetin karıştırılma tehlikesinin engellenmesi için kullanıcının hiçbir girişiminin olmaması gerekmektedir³⁵⁶.

D. Karıştırılma Tehlikesi Kavramının Anlamı ve Hukuki Sonuçları

Karıştırılma tehlikesi; madde metninde, işaretler arası bağlantı bulunması ihtimalini de kapsadığı ifade edilerek düzenlenmiştir³⁵⁷. Dolayısı ile güncel, gerçekleşmiş bir karıştırılma aranmayarak, bu hususta bir ihtimalin varlığı dahi yeterli olup; bu ihtimalin ise, her türlü tüketici için değil, bir kısım tüketici nezdinde olması da yeterli kabul edilmektedir³⁵⁸.

Hem markaların hem mal ve/veya hizmetlerin aynı olması durumunda marka hakkı ihlali doğrudan kabul edilmektedir³⁵⁹. Markalar aynı, mal veya hizmetler benzer ya da mal veya hizmetler aynı, markalar benzer ise ihlalin mevcut olup olmadığı somut duruma göre belirlenmelidir³⁶⁰. İlgili mal veya hizmetler aynı ya da benzer ise, bu noktada bu markaların aynı ya da benzer olup olmadıkları incelenecektir. Bu bağlamda, KHK m. 7/1-b ve SMK m.5/1-c maddesinden farklı olarak mal ve hizmet bakımından aynılık ile markaların aynılığı söz konusu olmayıp, markalar ve sınıflar arası benzerlik durumu söz konusudur³⁶¹.

Zira karıştırılma tehlikesi, “aynı mal ve/veya hizmet- benzer markalar”, “aynı marka, benzer mal ve/ veya hizmet”, “ benzer marka-benzer mal ve/veya hizmet” hallerinde söz

³⁵⁵ Küçükali, s. 23.

³⁵⁶ Küçükali, s. 23.

³⁵⁷ Çolak, s. 216.

³⁵⁸ “...Bu durumda sırf dalgalı renk karışımından oluşan davacı markasının varlığından bahisle marka hakkına tecavüzdən söz edilmesi mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde açıklandığı üzere direnme kararının bozulmasında temel gerekçe fiili iltibasa neden olup olmamak değil, iltibas tehlikesinin dahi bulunmadığı hususudur. Bu husus görüşmelerde ayrıntısıyla tartışılıp açıklanmış bozma ilamının yukarıda açıklanan ilk bölümündeki sehve dayalı aşağıda yer verilen bir kısım açıklama ve ifadelerin, varılacak sonuca etkili görülmemekle birlikte temel gerekçeyi etkilememek üzere bozma metninden çıkarılması gerekmektedir...”(Yargıtay HGK., E. 2008/11-465, K. 2008/470, T. 02.07.2008, E.T. 24.04.2017, www.kazanci.com.tr).

³⁵⁹ Bozbel, s. 408.

³⁶⁰ Bozbel, s. 411; Çolak, s. 206.

³⁶¹ Çolak, s. 207; Noyan/Güneş, s. 136-137.

konusu olmaktadır. Bu bağlamda da karıştırılma tehlikesinin varlığı tespit edilirken, benzerlik ve aynılığın yanı sıra; markanın pazardaki bilinirliği, ayırt etme gücü, işaretin marka ile bağlantısına, çağrıştırmaya olan elverişliliğine de bakılır³⁶².

AB hukuku öğretisi ve ABAD yerleşik içtihatlarında, markanın asli fonksiyonunun, karıştırılma tehlikesi olmaksızın, ilgili mal veya hizmetin kökenini tüketicilere garanti etmek olmasından sebep; halkta o mal veya hizmetin aynı ya da ekonomik teşebbüsten geldiğine inanabilme olasılığı, karıştırma ihtimali veya tehlikesi olarak kabul edilmiştir³⁶³.

Yargıtay “*Karıştırılma ihtimali, hem bir tescil engeli, hem de bir tecavüz eylemidir. Karıştırılma ihtimali kavramı tecavüz yönünden ele alındığında, özelliklerini şöyle sıralayabiliriz: Karıştırılma ihtimalinin varlığı için, mütecaviz tarafından kullanılan işaretin tescil edilmiş markanın aynısı veya onun benzeri olması ve tescil edilmiş markanın, tescil edildiği mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması şarttır. Bu ikisi bir arada bulunmalıdır. Bunun yanı sıra, karıştırma halk yönünden olmalıdır. Yani tescilli marka ile tescilsiz olarak kullanılan işareti halkın karıştırması ihtimali bulunmalıdır. Çünkü işaret ile tescilli marka arasında halk nazarında "bağlantı olduğu ihtimali" de "karıştırılma ihtimali" kavramına dâhil kabul edilmiştir. Zira iltibasta halk, marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanılığına düşmekte, düşürülmektedir. Yani düşündüğü, tasarladığı işletmenin malını aldığı zannederken iltibas sonucu başka bir işletmenin malını almaktadır. "Karıştırılma ihtimali"nde ise halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde, herhangi bir sebeple bir bağlantı kurması yeterlidir. Halk aldığı malın başka bir işletmeye ait olduğunu bilse, fakat güvendiği işletme ile malını aldığı işletme arasında ekonomik bir bağlantı bulunduğunu zannetse gene "karıştırılma ihtimali" vardır. Başka bir ifadeyle, tescilli marka ile kullanılan işaret arasında görsel ve sescil (fonetik) yönden benzerlik bulunmasa, hatta genel görünüş (umumi intiba) açısından ayniyet veya benzerlik bulunmasa dahi, halk bunlar arasında herhangi bir şekilde bir bağlantı kuruyorsa karıştırılma ihtimalinin mevcudiyeti kabul olunacaktır. Böylece görsel, biçimsel, sescil benzerlik olmasa bile, halkın iki işaret arasında herhangi bir sebeple bağlantı kurduğu hallerde "karıştırılma ihtimali" bulunabilmektedir³⁶⁴ şeklinde hüküm kurmuş ve halk nezdinde iki işaret arasında bir şekilde bağlantı kurulduğu hallerde karıştırma tehlikesinin bulunacağını belirtmiştir.*

³⁶² Küçükali, s. 66.

³⁶³ Sekmen, Orhan, Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2013, s.168.

³⁶⁴ Yargıtay HGK., E. 2013/11-1521 K. 2015/852 T. 25.2.2015, E.T. 25.04.2017, www.kazanci.com.tr.

ABAD, karıştırma tehlikesinin incelenmesinde mal veya hizmetlerin karşılaştırılmasından başlamakta olup; mal veya hizmet arasında ayniyet ya da benzerlik varsa, markaların ayniyet ya da benzerliklerine bakılır. Ancak, markaların unsurları arasında hiçbir fark yok ise ayniyetten; ufakta olsa bir fark mevcut ise benzer markalardan söz edilecektir³⁶⁵.

İnceleme yapılırken, jenerik unsurlar değerlendirme dışı bırakılacaktır. Örneğin, Faruk Eczanesi ile Faruk Otomotiv markaları arasındaki “eczane” ile “otomotiv” kelimeleri ilgili hizmetler için tanımlayıcı olduğundan, iki marka arasında ortak sözcükler mevcut olsa da bu hususun sonuca herhangi bir etkisi olmayacaktır.

İki rakip marka arasında tehlikenin varlığı; markaların aynı veya benzer olmasının yanında, mal veya hizmetlerin aynı veya benzer olması ile önceki tarihli markanın ayırt edici niteliğine bağlıdır³⁶⁶. Kavramın yapısının dinamikliğinden dolayı, husus her bir somut olay ve içinde bulunulan koşullara göre farklı sonuçlar doğurabilmektedir³⁶⁷.

TPMK Marka İnceleme Kılavuzu uyarınca çağrıştırma ihtimalinde, sonraki ile önceki marka arasında kolaylıkla ayırt edilebilen farklılıklar bulunur³⁶⁸. Bu nedenle, sonraki marka tüketiciler tarafında farklı bir işaret olarak değerlendirilecek niteliktedir. Bununla birlikte, sonraki markanın; önceki marka sahibiyle ilişkilendirilmesi, tüketicinin marka sahiplerinin ekonomik olarak bağlantılı olduklarını düşünmesi tehlikesi bulunmaktadır. İlişki veya bağlantı kurulması hali, sonraki markanın, tüketicilerce önceki markanın sahibine ait bir marka serisinin devamı veya alt markası olarak değerlendirilmesi hususlarında ortaya çıkabilir.

E. Tescil Edilmiş veya Tescil Başvurusu Yapılmış Bir Marka veya İşaret ile Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer Olan Markalar (KHK m.7/1-b, SMK m.5/1-c)

SMK m.5/1-ç (KHK m.7/1-b) “*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*”ı tescil için mutlak red nedeni olarak görmüştür.

³⁶⁵ Çolak, s. 208; İmirlioğlu, s. 163.

³⁶⁶ Çağlar, s.67.

³⁶⁷ Çağlar, s. 67.

³⁶⁸ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 105 vd..

Bu bağlamda önceden tescil başvurusu yapılmış olan veya tescil edilmiş olan marka ile aynı veya benzer ayırt edilemeyecek kadar benzer olan işaretler tescil edilemeyecektir. Benzerlik değerlendirmesi ise, Nis Anlaşması hükümlerince düzenlenmiş olan Tebliğ'deki mal ve hizmet sınıflarının listelerinin karşılaştırması yapılarak değerlendirilecektir³⁶⁹.

Bu durum, SMK m.6/1 (KHK m. 8/1-b) mutlak ret nedeni olarak düzenlenen SMK m.5/1-ç (KHK m.7/1-b) arasında bir ayırım yapılmasını gerektirmektedir. Nitekim bu maddede karıştırılma tehlikesi, eski ve yeni markaların aynı veya benzerliği ve aynı ya da benzer mal veya hizmetleri kapsama durumlarına göre değerlendirilmektedir³⁷⁰. Ancak, KHK m. 7/1-b ve SMK m.5/1-ç'de “*ayırt edilemeyecek kadar benzer olma*“ şartı aranmaktadır ve KHK m.7/1-b'de bulunan halk tarafından karıştırılma tehlikesi koşulu da bulunmamaktadır.

Mutlak red nedeni olarak kabul edilmesi ve re'sen inceleme yapılabilmesi için markalar arası benzerliğin belirgin ve güçlü olması gerekmektedir³⁷¹. Tescilli olan marka iptal edilmediği sürece, aynı sınıf içerisinde başka kişilerce aynı veya benzer markanın tescil ettirilmesi ve kullanılması mümkün değildir³⁷².

TPMK Marka İnceleme Kılavuzu'na göre başvuruya konu olan işaretin daha önce tescil edilmiş (veya başvurusu yapılmış) marka ile aynı olması, karşılaştırılan işaretlerin birbiriyle özdeş, birbirinden farksız, tıpa tıp taklit, aynen veya birebir kopya olmalarını ifade eder³⁷³. Aralarında az bir farklılık dahi bulunan markalar ise aynı sayılamazlar. Ancak markaların boyutlarının birbirinden farklı olması veya sözcük markalarının yazı karakterleri ve/veya renginin farklılaştırılması ise aynı olma durumunu etkilemeyecektir. Yine kılavuza göre, CASHMERE-KAŞMİR, AKIN-AKINPENİ YURT-YENİYURT, GÜLLÜOĞLU-BAKLAVACI GÜLLÜOĞLU gibi markalar TPMK tarafından ayırt edilemeyecek kadar benzer bulunmuştur.

Markalar arasındaki benzerlik konusunda “*ayırt edilemeyecek kadar benzer*” ile “*benzer*” kavramlarının farkı YHGK kararı ile açıklığa kavuşmuştur. Buna göre “*556 sayılı KHK'nin 7/1-(b) bendinde belirtilen "aynı" olma; karşılaştırılan işaretlerin özdeş, birbirinden farksız, birebir aynı, taklit v.b. olmalarını ifade eder. Bunun yanında, işaretlerin örneğin farklı renk veya büyüklükte olması, yazı karakteri ya da tipinin farklılaştırılması gibi*

³⁶⁹ Noyan/Güneş, s. 136.

³⁷⁰ Bozbel, s. 408.

³⁷¹ Çolak, s.122.

³⁷² Noyan/Güneş, s. 137.

³⁷³ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 106 vd..

değişiklikler de "aynı" olma durumunu etkilemez. "Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik" ise, karşılaştırılan işaretler arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal ve hizmetin orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenim itibariyle önemsenecek derecede düşük olması nedeniyle aynı işaret gibi algılanmasıdır. Bu durumda, karşılaştırılan işaretlerin "aynı" ya da "ayırt edilemeyecek kadar benzer" olması halinde, markayı oluşturan işaretler arasında iltibasın varlığı ayrıca bir inceleme yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olduğu peşinen kabul edileceğinden; anılan KHK'nin 7/1-(b) bendinde ayrıca iltibas tehlikesi bulunup bulunmadığı hususlarının da araştırılması gibi bir koşul yer almamıştır. Bu bakımdan, yukarıda da ifade edildiği gibi bir ayniyet veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik mevcut ise Türk Patent Enstitüsü tarafından re'sen başvurunun 556 sayılı KHK'nin 7/1-(b) bendi uyarınca reddine karar verilebilecektir. Ancak, marka tescilinde nispi ret nedeninin düzenlendiği 556 sayılı KHK'nin 8/1-(b) bendine göre başvurunun reddedilebilmesi için, başvurunun bültende ilanı üzerine yasal sürede ilgililerin itirazı halinde Enstitüce işaretler arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil halk tarafından karıştırılma ihtimaline neden olacak derecede benzerlik bulunup bulunmadığı hususu incelenecektir. Bir başka deyişle, anılan madde hükmüne göre yapılacak benzerlik incelenmesinde asıl olan karıştırılma ihtimalidir. Bu nedenle, 556 sayılı KHK'nin 32. maddesi uyarınca Enstitü tarafından 7. madde yönünden inceleme yapılırken, başvuru konusu işaretin üzerinde kullanılacağı mal veya hizmetlerin ortalama tüketicileri nezdinde sicilde daha önce tescilli bir marka veya marka başvurusu ile karıştırılma ihtimaline yol açılıp açılmayacağına da değerlendirilmesini gerektiren derecede, yani Enstitüce takdir yetkisinin kullanılacağı bir benzerlik mevcut ise, bu takdirde işaretler arasında güçlü ve açık bir iltibasın varlığı peşinen kabul edilmiş sayılmayacağından "ayırt edilemeyecek kadar benzerlik" bulunduğundan bahisle re'sen, başvurunun reddine karar verilemez. Çünkü, böyle bir durumda işaretlerin 556 sayılı KHK'nin 8/1-(b) bendi anlamında bir "benzer"liği söz konusu olacağından, artık bu husus nispi ret nedeni olarak ve ancak başvuruya itiraz halinde Enstitüce değerlendirilebilecektir."³⁷⁴ . Nitekim TPMK Marka İnceleme Kılavuzu'daki ifadeler de bu kararı destekleyici niteliktedir³⁷⁵.

F. Karıştırılma Tehlikesi Kavramına İlişkin Yasalar Düzenlemeler

1. KHK ve SMK Kapsamındaki Düzenlemeler

³⁷⁴ Yargıtay HGK., E. 2012/11-154, K. 2012/65, T. 05.10.2012, E.T. 09.04.2016, www.kazanci.com.tr.

³⁷⁵ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 114-115.

Karıştırılma tehlikesi, KHK 8/1-b'ye göre nispi red engeli “*Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa*” ve KHK 9/1-b'ye göre marka hakkına tecavüz hali olarak ele alınmaktadır. Madde hükmündeki ifade ise “*Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması*” şeklindedir.

Aynı şekilde SMK m.6/1 hükmü de aynı şekilde nispi red nedenlerine ilişkin olup buna göre de, “*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*”. Bu bağlamda değerlendirildiğinde de karıştırılma tehlikesine neden olacak haller; markaların aynı-mal/hizmetlerin benzer olması, markaların benzer-mal/hizmetlerin aynı olması, markaların ve mal/hizmetlerin benzer olması şeklinde üç grupta değerlendirilebilecektir. Bununla beraber, aynı hüküm uyarınca karıştırılma tehlikesi hususundaki ölçüt halk olacaktır.

Karıştırılma tehlikesine göre, tescil engelinin mevcudiyetine rağmen tescil yapılmışsa, hak sahibi hükümsüzlük davası açabilecek ve söz konusu markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden talep edebilecektir. Aynı zamanda oluşan tecavüz eylemleri dolayısı ile KHK m. 61 ve SMK m. 30 vd. hükümlerinde düzenlenen yollara başvurabilecektir³⁷⁶.

Nitekim gerek KHK m.7/1-a'da gerekse KHK m.7/1-b ve ve SMK m.5/1-ç “*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*” kavramına yer verilmiş ve aynı veya benzer işaret olma hususuna mevzuatta da yer verilmiştir³⁷⁷. Doktrinde konuya ilişkin pek çok görüş bulunmakla beraber³⁷⁸; değerlendirildiğinde, bir

³⁷⁶ Epçeli, s. 7; Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, I, A..

³⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yukarıda Birinci Bölüm, I, E..

³⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Epçeli, s. 33 vd.

markanın esaslı unsurunun diğerk bir markada farklı ebatta, renkte, şekilde olması aynılık değil de benzerlik olarak kabul edilmiş olsa dahi bu benzerliğin aynı zamanda karışıklığa yol açacağını da kabul etmek gerekmektedir³⁷⁹.

Karıştırılma tehlikesi SMK’da hem nispi hem de mutlak red nedenlerini hükme bağlayan maddelerde ifade edilmiştir. Bu nedenle karıştırılma tehlikesinin nispi ve mutlak red nedeni olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

2. Türk Ticaret Kanunu Kapsamındaki Düzenlemeler

Haksız rekabet TTK’nın madde 54 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Haksız rekabet kurumu, aldatici hareketler ya da iyi niyete aykırı olacak şekilde ekonomik rekabetin kötüye kullanılmasının her türünü işaret etmektedir³⁸⁰. Bu bağlamda haksız rekabet katılanların menfaatlerine uygun, düzgün bir rekabetin sağlanması ve dürüstlük kuralına sadık kalınması temellerine dayanmaktadır³⁸¹.

Ticaret unvanı, işletme adı veya markanın tescilli olmadığı hallerde, bu hususlara tecavüz olmasına ilişkin iltibasa dayanılmak suretiyle haksız rekabet davaları açılabilmektedir³⁸². Bu duruma ilişkin Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında, rakip markalar arasındaki şekil, söylenme gibi konularda orta düzeyli bir tüketici kitlesinin, taklit edilmiş markalı bir malı piyasadan alırken aldanıp aldanmayacağını tespiti gerekli görülmüştür³⁸³. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir başka kararda ise, orta düzeyli bir tüketici kitlesinin gözündeki ilk izlenimin yanılma için yeterli olabileceğinden bahisle, ilgili durumda da karıştırılma tehlikesinin oluşmuş olması başka bir husus aranmaksızın haksız rekabetin kabulünü gerektirmesi yönünde hüküm kurmuştur³⁸⁴.

Zira TTK’nın 55/1,a-4 maddesindeki “Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” ifadesi ile iltibas oluşturmanın haksız rekabet olarak kabul edileceği açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Karıştırılmaya yol açacak önlemleri almanın haksız rekabet kurumunda hüküm altına alınmış olmasının temeli önlem alan yani iltibası yaratanın, bir başka kimsenin emeğinden haksız yarar sağlıyor

³⁷⁹ Epçeli, s. 35.

³⁸⁰ Güneş, s. 21; Küçükali, s. 46.

³⁸¹ Bilge, s. 105; Güneş, s. 25.

³⁸² Küçükali, s. 46.

³⁸³ Yargıtay HGK., E. 2007/11-965, K. 2007/961, T. 12.12.2007, E.T. 16.04.2017, www.kazanci.com.tr.

³⁸⁴ Yargıtay 11.HD., E.2003/11057, K.2004/7032, T.04.06.2004, E.T. 16.04.2017, www.kazanci.com.tr.

oluşundan kaynaklanmaktadır³⁸⁵. Ancak karıştırılma hususunda herhangi bir düzenleme olmamasından bahisle alınan önlemin karıştırılmaya neden olup olmayacağına incelenmesi; TTK m.54'te haksız rekabetin oluşumu için aranan koşullar ışığında değerlendirilerek, doktrin ve içtihadattan da faydalanılacaktır³⁸⁶.

Uygulamada da iltibasın en çok tescilli markalar arasında olmasından bahisle Yargıtay da bir kararında iki tescilli marka arasında haksız rekabetin söz konusu olamayacağını, bu nedenle de sonradan tescil olunmuş markanın iptalini sağlanması gerektiği yönüne hüküm kurmuştur³⁸⁷.

TTK m.60 uyarınca 56. maddedeki davalar, davaya hakkı olanın bu hakların doğumunu öğrendiği andan itibaren bir yıl ve her hâlde hakların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak haksız rekabet fiili aynı zamanda Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğine sahip ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olacaktır.

3. Borçlar Kanunu Kapsamındaki Düzenlemeler

Borçlar Kanunu'nun 48. maddesinde karıştırılma tehlikesine ilişkin hususlar düzenlenmiştir ve bu madde önem taşımaktadır. Bu bağlamda, yanlış ilan veya kötü niyetle müşteri kayıplarına sebep olacak ya da kayıp korkusuna maruz kalacak kişilerin; buna sebep olanlara karşı faaliyetlerini sonlandırmak ve sebep olunan zararların tazmin edilmesini isteme haklarına sahip olacakları şeklinde bir düzenleme yapılmıştır³⁸⁸. 49.maddede ise manevi zararların giderilmesi için dava açılacağı hüküm altına alınmıştır.

II. Karıştırılma Tehlikesinin Unsurları

A. İki İşaret, Ürün veya Hizmetin Varlığı

³⁸⁵ Bilge, s. 106; Küçükali, s. 47; Nomer Ertan, s. 169.

³⁸⁶ Bilge, s. 106.

³⁸⁷ Yargıtay 11.HD., E.2002/6904, K. 2002/10352, T. 12.11.2002, E.T. 16.04.2017, www.kazanci.com.tr. "Tarafların her iki markası da tescilli olduğuna göre, davalının markasının iptal ettirilmediği sürece yukarıda sayılan yasal korumadan yararlanması doğaldır. Meğer ki tescil ettirilen markanın tescilli hali dışında kullanılıyor olmasının kanıtlanması durumunda haksız rekabetin varlığından söz etmek mümkün olur. Dava dilekçesinde bu şekilde bir iddia da olmadığına ve davalının markasını tescil ettirdiği biçim dışında kullandığının kanıtlanamamış olması karşısında davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir..."

³⁸⁸ Küçükali, s. 48.

Karıştırılma tehlikesinden söz edebilmek için; öncelikle birbiriyle karıştırılması söz konusu olabilecek en az iki işaret ile ürün veya hizmet bulunmalıdır. Zira bu yönüyle karıştırılma tehlikesi tüketicilerin almayı veya yararlanmayı düşündüğü bir mal veya hizmeti aldığını veya yararlandığını zannetmesine karşın aslında bir başka işletmeye ait mal veya hizmeti edinme tehlikesiyle karşı karşıya olma halidir³⁸⁹. Bu bağlamda da değerlendirildiğinde en temel unsurun iki ayrı işaret, mal veya hizmetin olması olduğunu anlamaktayız.

B. Aynı ve Benzer Olma Durumu

1. Genel Olarak

Karıştırılma tehlikesinin en temel unsurlarından biri daha önce de bahsedildiği gibi ilgili markayı oluşturan işaretlerin aynı ya da benzer olma durumudur. Markaların aynı veya benzer olma durumları görsel, işitsel ve anlamsal açılarından olup; karıştırılma tehlikesinden söz edebilmek için üç hususun birlikte bulunması aranmayarak, bir tanesi bile yeterli olabilmekte ve tehlike somut olaya göre değerlendirilmektedir³⁹⁰.

2. İşaretler Arasındaki Aynı veya Benzer Olma Durumu

Bir marka sahibi markasının aynı veya bir benzerinin izinsiz olarak kullanılmasını önleme hakkına sahip olduğundan, tescilli markası ile aynı veya benzer olan işaretlerin kullanımını yasaklayarak; kendi markasının tescili kapsamına giren mal veya hizmetlerin aynı veya benzerleri için tescilli markasıyla karıştırılma tehlikesi olan aynı veya benzerlerinin kullanılmasının önüne geçilmesini ister³⁹¹. Ancak belirtmek gerekir ki benzer ve ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramları birbirinden farklı olup benzerlik karıştırılma tehlikesini doğururken, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik ise taklit edilmeyi doğurmaktadır³⁹². Benzerlik incelemesi yapılırken, temelde markanın bütün olarak bıraktığı etki dikkate alınmalı, marka farklı unsurlardan oluşsa dahi bütünüyle bırakılan etkinin yarattığı çağrışım dikkate alınmalıdır³⁹³.

³⁸⁹ Küçükali, s. 20.

³⁹⁰ Bilge, s. 64; Bozbel, s. 411.

³⁹¹ İmirlioğlu, s. 164; Küçükali, s. 96; Tekinalp, s. 441.

³⁹² Epçeli, s. 37.

³⁹³ Bozbel, s. 411.

Nitekim gerek KHK m.7/1-a'da gerekse KHK m.7/1-b ve ve SMK m.5/1-ç "*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*" kavramına yer verilmiş ve aynı veya benzer işaret olma hususuna mevzuatta da yer verilmiştir. Doktrinde konuya ilişkin pek çok görüş bulunmakla beraber³⁹⁴; özünde bakıldığında, bir markanın esaslı unsurunun diğer bir markada farklı ebatta, renkte, şekilde olması aynılık değil de benzerlik olarak kabul edilmiş olsa dahi bu benzerliğin aynı zamanda karışıklığa yol açacağını da kabul etmek gerekmektedir³⁹⁵.

Karıştırma tehlikesine konu olmuş olan markalar, birbirinin aynısı ise ve aralarında ufakta olsa bir farklılık bulunmuyor ise bu durumda iki markanın "aynı" olduğundan bahsedilecek; iki marka arasında ufakta olsa bir farklılığın mevcut olması halinde artık aynı olduğundan bahsedilemeyecektir³⁹⁶. YHGK, tecil başvurusu yapılırken somut koşullara göre değerlendirme yapılması gerektiğini vurgularken "*556 sayılı KHK'nin 7/1- (b) bendinde belirtilen "aynı" olma; karşılaştırılan işaretlerin özdeş, birbirinden farksız, birebir aynı, taklit v.b. olmalarını ifade eder. Bunun yanında, işaretlerin örneğin farklı renk veya büyüklükte olması, yazı karakteri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişiklikler de "aynı" olma durumunu etkilemez. "Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik" ise, karşılaştırılan işaretler arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal ve hizmetin orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenim itibariyle önemsenecek derecede düşük olması nedeniyle aynı işaret gibi algılanmasıdır*" şeklinde hüküm kurmuştur³⁹⁷.

Zira tescilli olan bir markanın aynı veya benzeri olan bir işaretin; tescilli markadan farklı bir mal veya hizmette kullanıma tehlikesinde ise, yine tescilli olan markanın itibarından haksız menfaat elde edilecek ve/veya tescilli olan markanın ayırt ediciliğine zarar gelecekse bu işaret yine marka korumasına sahip olamayacaktır³⁹⁸.

Markalar arasında benzerlik çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir;

a) Görsel Benzerlik

³⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Epçeli, s. 33 vd.

³⁹⁵ Epçeli, s. 35.

³⁹⁶ Çolak, s. 217.

³⁹⁷ Yargıtay HGK., E. 2012/ 11- 154, K. 2012/ 659, T. 05.10.2012, E.T. 19.04.2017, www.kazanci.com.tr.

³⁹⁸ Küçükali, s. 97.

Görsel benzerlik, markaları meydana getiren harfler, sözcükler, resim veya logo vb. şekli hususlarda kendi gösterir. Markalardaki görsel benzerlik sözcüklerinde, şekil unsurları arasında veya sözcük unsuru ile şekil unsuru arasında olabilmektedir ve en çok karşılaşılan karıştırılma durumu da görsel benzerlikte ortaya çıkmaktadır³⁹⁹. Örneğin; bu benzerlikler, malın dış görünümü veya ambalajda görülebilir. Ancak, teknik bir özellik gerekiyorsa ambalajda bu durum bir istisna oluşturacaktır⁴⁰⁰. Zira görsel benzerlik malın işlevini yerine getirmesi için zorunlu ise, herkesin bu şekli kullanmaya hakkı olmakla beraber, şekli zorunluluğu aşan durumlarda karıştırılma tehlikesini doğurmayacak şekilde kullanılması gerekmektedir⁴⁰¹. SMK m. 4 uyarınca ambalajlar da marka olarak tescil edilebilecek işaretlerden sayılmıştır⁴⁰².

Çikolata, gofret, vb. ürünlerin hitap ettiği kitle olan çocuklar açısından ambalajlar üzerindeki resim ve kompozisyonların, ürünün adından daha büyük önem taşımasında olduğu gibi bazı ürünler açısından görsellik daha önemlidir⁴⁰³.

Yargıtay, KOSKA markasına ilişkin vermiş olduğu bir kararında “...Bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı, şekil vb. işaretlerden oluşup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanın bütünü itibariyle bıraktığı izlenim, tümüne hâkim olan görünüş ve ayıricılığını vurgulayan imajda aramak lazımdır. ...Davalının markalarında yer alan kelime unsuru, davacı markasından farklı ise de davacı markasında yer alan şekil unsuruna benzer şeklin dava konusu başvurularda da markanın asli unsuru olarak yer alması mahkemenin kabulünün aksine, markalar arasında 556 sayılı KHK'nin 8/1- (b) bendi anlamında iltibas veya iltibas tehlikesine yol açacak derecede benzerlik oluşturmaktadır. Çünkü markalarda kullanılan "kazan ve yaşlı adam", "terazi ve yaşlı adam" unsurları nedeniyle markayı oluşturan işaretleri bir bütün olarak algılayan, ancak markalardaki "yaşlı adam" şekillerinin detaylarındaki farklılıkları hatırla tutamayacak olan orta düzeydeki tüketiciler nezdinde markalar arasında bir irtibat kurulması ve davacının markaları ile aynı seri içinde bir marka olarak algılanması dolayısıyla da karıştırma ihtimali mevcuttur. O halde mahkemece, davalı tarafın tescilini istediği markaların, davacının tescilli markaları ile iltibas tehlikesi yaratacağı tartışmasıdır. Ancak davalının önceden dava konusu markada yer alan şekil

³⁹⁹ Bozbel, s. 412; Çolak, s. 218; İmirlioğlu, s. 170.

⁴⁰⁰ Küçükali, s. 103.

⁴⁰¹ Epçeli, s. 120.

⁴⁰² Bununla beraber, KHK m.5/2'ye göre ambalaj ve biçim korunmaz, marka sahibine tekel hakkı vermez demekte anca malın özgün şekli varsa bu koruma altındaydı. Ancak SMK bu sorunu ortadan kaldırmıştır. Küçükali, s. 103.

⁴⁰³ Çolak, s. 219; İmirlioğlu, s. 170.

unsurunun davalı adına aynı/aynı tür emtialar için 1996 yılından itibaren tescilli olduğu belirtildiğine göre davalının seri marka yaratma çabası içerisinde bulunup bulunmadığı da değerlendirilerek hasil olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekmele davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına bozulmasına karar verilmesinde usul ve yasaya aykırı bir durum görülmemiştir” şeklindedir⁴⁰⁴. Burada, Yargıtay; markanın asli unsuru “kazan ve yaşlı adam”ın halk nezdinde karıştırma tehlikesi yaratacağına haklı olarak kanaat getirmiştir. Nitekim bu husus SMK m.5/1-ç uyarınca figürler arasında ayırt edilemeyecek kadar benzerlik olarak mutlak red nedenleri arasında sayılmıştır. Karardaki gibi hususların, ortalama tüketici kitlesi tarafından kısa süreli görsel hafıza nedeniyle karıştırılma tehlikesine yol açacak nitelikte olabileceği de açıktır⁴⁰⁵.

SHERATON HOTEL VE SOYİÇ HOTEL SH ile ilgili Yargıtay “...Davalı şirket tarafından tescil başvurusuna konu yapılan marka ile davacı markasının aynı sınıfta yer alan hizmetleri kapsadığı, davacı markasının tanınmış marka niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Taraf markaları esasında şekli unsurlardan oluşmakta olup davacı markası defne yaprağı şeklindeki çelenk içerisine yerleştirilmiş "S" harfi ve "Sheraton" ibaresinden müteşekkildir. Davalı markasında yer alan yarım daireler içindeki "SH" ibaresinin "H" harfi İngilizce "Hotel" kelimesinin kısaltması niteliğinde olup markaya diğer şekli unsurlarla birlikte yeterli düzeyde ayırt edicilik katmamaktadır. Bu nedenle markalar arasında kullanılan simge ve harflerin aynıyeti, markanın genel kompozisyonu, şekli unsurlar itibarıyla 556 Sayılı KHK'nın 8/1 -b anlamında benzerlik bulunmaktadır. Öte yandan, davacı markası tanınmış marka olup taraf markalarının aynı sınıfta yer alan hizmetleri kapsadığı dikkate alındığında davalı şirketin davacı markasına yaklaşma, davacı markasının tanınmışlığından istifade etme gayretinde olduğu sonucuna da varılmaktadır. Her ne kadar davacı ve davalı şirketin hitap ettiği tüketici kitlelerinin farklı olduğu ifade edilmiş ise de ortalama tüketici nezdinde davalı şirketin otellerinin daha düşük gelirli kitlelere hizmet vermek amacıyla kurulmuş davacının yeni bir otel türü olarak algılanma olasılığının da mevcut olduğu gözetildiğinde davanın kabulü yerine reddi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir” şeklinde hüküm kurmuştur. Karıştırılma tehlikesi, haksız yararlanmanın da önüne geçen bir kurumdur. Burada davalı, davacının markasının gücünden yararlanmak istemektedir. Nitekim bu hususla ilgili TPMK de ilgili benzerliğin kolayca tespit edilebilmesi durumunda şekli unsurun tanınmış olması halinde, şekille beraber farklı sözcükler kullanılsa dahi bunun markalar arası benzerliği bertaraf edemediği görüşündedir⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Yargıtay HGK., E. 2012/11-1569, K. 2013/750, T. 22.05.2013, E.T. 24.04.2017, www.kazanci.com.tr.

⁴⁰⁵ İmirlioğlu, s. 172.

⁴⁰⁶ İmirlioğlu, s. 173.

TPMK Marka İnceleme Kılavuzu'na göre kelime markaları söz konusu olduğunda, kelimenin yazım şekli değil, kelimenin kendisi korunmaktadır⁴⁰⁷. Bu nedenle, kelimenin büyük veya küçük harfle ya da farklı yazım karakterinde yazılmış olmasının incelemeye etkisi yoktur. Ancak bazı hallerde, markanın esaslı unsuru sözcük değil; şekil olduğundan ve orta düzey tüketicisinin baskın olan şekli dikkate alarak markayı düşünmesi durumunda da karıştırılma tehlikesi ortaya çıkabilmektedir⁴⁰⁸.

OHIM kararlarında ise genel görüş ayırt ediciliğin düşük ve markanın zayıf marka niteliğinde olması kullanımı yaygın olan sözcükler açısından, bu sözcüklerin farklı şekiller ile beraber kullanılabilmesi ve bu kullanımın karıştırılma tehlikesine yol açacak bir benzerliğe sahip olmayacağı yönünde hüküm kurulmuştur⁴⁰⁹.

b) İşitsel Benzerlik

İşitsel benzerlik markanın okunuşları nedeni ile oluşan benzerliktir. Markaların esaslı unsuru niteliğindeki bir sesin benzerliği o markanın tescil edilip edilmemesi hususunda bir etkidir⁴¹⁰. Zira bazı markaların yazılış ve görünüşleri farklı olsa dahi, okunduğunda fonetik bir benzerlik meydana gelebilmektedir⁴¹¹.

İki işaret, telaffuz olarak yakın olmaları durumunda, yazılış olarak benzer olmasalar dahi benzer kabul edilirler⁴¹². Ses benzerliğinin söz konusu olması için tescilli veya tescili için başvuruda bulunulan yeni marka ile telaffuz benzerliği varsa, yazılışları farklı olsa dahi markalar benzer kabul edilmekle beraber sözcük markalarında kullanılmış olan dilde yazım ve okunma aynı olduğu takdirde bu benzerlik bir anlam benzerliğini de beraberinde getirmektedir⁴¹³. Ses benzerliğinin karıştırılma tehlikesini doğurmasının tespitinde, markanın bir bütün olarak; sadece ses değil, görünüş ve anlam gibi unsurları da dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁴¹⁴. Çünkü daha önce de belirtildiği üzere aranan, tescili istenen markanın halk tarafından daha önce tescil edilmiş bulunan markanın aynısının veya benzerinin olması ve markaların aynı veya benzer mal ve hizmette kullanılmasıdır. Ancak ses

⁴⁰⁷ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 48.

⁴⁰⁸ Epçeli, s. 118; İmirlioğlu, s. 171; Küçükali, s. 104.

⁴⁰⁹ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 60.

⁴¹⁰ Küçükali, s. 101.

⁴¹¹ Çolak, s. 219; İmirlioğlu, s. 175.

⁴¹² Çolak, s. 219; Epçeli, s. 114; İmirlioğlu, s. 175.

⁴¹³ İmirlioğlu, s. 175-176; Küçükali, s. 102-103.

⁴¹⁴ İmirlioğlu, s. 175-176; Küçükali, s. 102-103.

markası söz konusu ise, sadece ses benzerliği karıştırılma tehlikesi için yeterli olacaktır. Türkçe sözcüklerde işitsel benzerlik açısından daha güçlü bir ses benzerliğinin gerekli olmasına karşın, yabancı sözcüklerde bu husus daha kolay kabul edilebilir niteliktedir⁴¹⁵.

Yargıtay (“ZARA” – “AZARA GOLD” markalarına ilişkin vermiş olduğu kararda; “...556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi hükmü uyarınca, tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescili için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescili için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescili için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa, marka sahibinin tescile itirazı üzerine başvurunun reddine karar verilir. ... Somut olayda, davacı "ZARA" esas unsurlu markalarına dayanmış olup davalı Y. K.'nın tescil başvurusuna konu marka "AZARA GOLD" ibaresinden müteşekkildir. Buna göre, işaretler arasında yazılış ve telaffuz yönünden farklılıklar olduğu gibi anlamsal açıdan da bir benzerlik bulunmadığı, ayrıca işaretlerin toplu olarak bıraktığı izlenimin de iltibas tehlikesine yol açacak derecede benzerlik taşımadığının kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” şeklinde hüküm kurmuş ve bu iki marka arasında bütünü ile bir değerlendirme yapılması gerektiğini ve buna göre bir hüküm kurulması gerekliliği sebebiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur⁴¹⁶.

Yargıtay “FLO”-“FLOOR” yönünden; “...Dava, markanın hükümsüzlüğü istemine ilişkindir. Somut olayda, davalı markası davacı markasının da tescilli olduğu 25. sınıf ürünler yönünden tescilli olup, davacı markası "FLOOR", davalı markası "FLO" olmakla, yazılış, okunuş, görsel ve fonetik yönlerden orta düzeydeki tüketici bazında değerlendirildiğinde iltibas yaratacak derecede benzerdir. Davalıya ait marka ayırt edici nitelikte değildir. Bu itibarla, mahkemece, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, markalar arasında bir benzerlik ve ortalama tüketici açısından karşılaştırma ihtimali bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir” şeklinde hüküm kurmuştur. Ancak bu kararda ise fonetik yönden benzerlik sebebi ile karıştırılma tehlikesinin mevcudiyetine hükmetmiştir⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Çolak, s. 207; İmirlioğlu, s. 176.

⁴¹⁶ Yargıtay 11.HD., E. 2015/6266, K. 2016/81, T. 11.01.2016, E.T. 25.04.2017, www.kazanci.com.tr.

⁴¹⁷ Yargıtay 11.HD., E. 2013/10656, K. 2014/1223, T. 21.01.2014, E.T. 05.04.2017, www.kazanci.com.tr.

Nitekim ortalama tüketiciler esasen sözcüklerin en başına dikkat ettiklerinden işitsel benzerlik noktasında da sözcüklerin ilk hecelerine dikkat edilir ve uzun sözcüklerin birbirlerine benzeme ihtimalinin bu bağlamda daha yüksek olduğu düşünülmektedir⁴¹⁸.

Sözcük markalarında ve eğer marka birden çok sözcükten oluşuyorsa; sözcüklerinin sıralarının değişimi durumunda da işitsel benzerlik ortaya çıkacaktır. Örneğin, OHİM “HEDGE INVEST” ve “InvestHedge” arasında işitsel benzerlik olduğunu belirtmiştir⁴¹⁹.

c) Kavramsal Benzerlik

Kavramsal benzerlik, ortalama tüketici zihninde iki markanın şekil ve yazı açısından aynı veya benzer anlamlarla bıraktıkları izlenim bakımından ortaya çıkmaktadır⁴²⁰. Markaların aynı kavrama atıf yapmaları halinde de kavramsal benzerlik mevcut olabilecektir. İşaretler arasında mevcut olan bir anlamsal benzerlik durumunda, sonradan tescili talep edilen işaretin marka olarak tescil edilebilmesi mümkün değildir⁴²¹.

TPMK Marka İnceleme Kılavuzu'na göre, aynı veya benzer kavramlara (anlamlara) tekabül eden markalar arasındaki karıştırılma tehlikesi değerlendirilirken; genel ilke olarak, anlamsal benzerlik görsel veya işitsel benzerlikle desteklenmediği veya önceki marka yüksek düzeyde ayırt ediciliğe veya bilinirliğe sahip olmadığı sürece, kavramsal (anlamsal) benzerlik tek başına karıştırılma tehlikesine yol açan bir unsur olarak kabul edilmeyecektir⁴²². Bununla beraber, kavramsal benzerliğin bazı durumlarda tek başına markaların benzerliğine yol açabileceği haller, teorik olarak ortaya çıkabilmektedir. Kavramsal benzerliğin ortaya çıkması için benzerlik derecesinin düşük seviyede olmaması gerekmektedir. Çünkü sadece kavramsal benzerliğin varlığının tespit edilmesi, işitsel ve görsel anlamda ciddi farklılıkların bulunduğu anlamına gelebilir ve bu halde de karıştırılma tehlikesi ortaya çıkmaz⁴²³. Bu nedenle kavramsal benzerlik sadece eş anlamlı ve neredeyse eş anlamlı kelimeler için ortaya çıkabilir. Ancak bazen farklı anlamlara gelen “sunrise” ve “sunset” gibi sözcükler aynı duygusal çağrışımı yaparak benzerlik yaratabilirler⁴²⁴.

⁴¹⁸ İmirlioğlu, s. 176.

⁴¹⁹ Çolak, s. 220.

⁴²⁰ Çolak, s. 225; İmirlioğlu, s. 177-178.

⁴²¹ Küçükali, s. 105.

⁴²² TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 109.

⁴²³ Ayrıca bkz. Bozbel, s. 409-410 ABAD'ın Sabel kararı.

⁴²⁴ İmirlioğlu, s. 179.

Yabancı sözcüklerden oluşan markaların, Türkçe karşılıklarındaki işaretlerde karıştırılma tehlikesi bulunmaktadır. Ancak, her çeviri markada ise pek tabii karıştırılma tehlikesi bulunmamaktadır. Nitekim yabancı bir dildeki kelimenin Türkçe karşılığı olan kelime somut olaya göre değişirken tüketicinin de o kelime anlamını bilip bilmemesine göre değerlendirilir⁴²⁵. Bu noktada, karıştırılma tehlikesinden bahsedilebilmesi için yabancı sözcüğün Türkiye’de alıcılar tarafından her iki işaretin aynı kimseye ait olduğu düşüncesine sahip olunması gerekliliği mevcuttur⁴²⁶. Ayrıca iki sözcük farklı dillerde aynı anlama da gelebilirler⁴²⁷.

Markanın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, TPMK her somut durumu kendi içerisinde ayrı olarak değerlendirmektedir⁴²⁸. Yargıtay da değerlendirmenin bir bütün olarak yapılması gerektiği görüşündedir. Yargıtay’ın bu görüşe örnek teşkil edebilecek bir kararı “...Mahkemece, başvuru markası ile davacı markasının tescil kapsamalarının aynı tür olduğu, anlamsal açıdan ise farklı oldukları, başvuru markasındaki ortak kelime olmasına karşın, ek kelime sebebiyle görsel, kavramsal ve işitsel açıdan farklılaştığından 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi uyarınca markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı ayrıca, markanın tanınmış olduğu ileri sürülmüş ise de, başvuru markasının bir bütün olarak değerlendirildiğinde davacı markasına benzer olmaması ve KHK'nın 8/4 maddesindeki risklerin varlığının ispat edilememesi sebebiyle bu maddenin uygulanması imkanının bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine kararının onanması gerekir” şeklindedir⁴²⁹.

Ancak bir bütün olarak değerlendirme kuralının istisnası şeklinde yorumlanabilecek bir kararında Yargıtay; “... Davacı markasının asli unsuru "öztürkmax" kelimesidir. Mahkemece davacı markasını oluşturan ibareyle davaya konu markalarda yer alan "max" kelimeleri ortak olmakla birlikte iltibasa yol açmayacak derecede farklı oldukları, davalı markalarında söz konusu "max" ibaresine eklenen diğer kelimeler sebebiyle davalı markalarına ayırt edicilik vasfı kazandırıldığı görüşü benimsenmek suretiyle dava reddedilmiştir. Ancak az önce de belirtildiği üzere taraf markalarının "max" ibaresinden türetildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar 556 Sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi uyarınca iltibas değerlendirilmesinde markaların bir bütün olarak bıraktıkları izlenimin dikkate alınması gerekmekte olup, kelime markalarının parçalara ve hecelere bölünmek suretiyle değerlendirilmesi mümkün değil ise de, az önce de açıklandığı üzere uyumsuzluk konusu

⁴²⁵ Küçükali, s. 105.

⁴²⁶ Epçeli, s. 117.

⁴²⁷ İmirlioğlu, s. 178.

⁴²⁸ Küçükali, s. 105

⁴²⁹ Yargıtay 11.HD., E. 2015/3353, K. 2015/ 9386, T. 16.9.2015, E.T. 25.04.2017, www.kazanci.com.tr.

ibareler türetme kelime markası niteliğinde olduklarından, yapılacak değerlendirmede bu ibarenin üzerinde kullanıldıkları emtianın tüketicileri nezdindeki algılamaya esas olan markanın baskın karakteri de dikkate alınmalıdır. Bu durumda "max" ibaresinin, uyumsuzluk konusu markaların ortalama tüketiciler bakımından 556 Sayılı KHK'nun 8/1-b maddesi uyarınca ilişkilendirme ihtimalini de kapsayacak şekilde aynı firmaya ait seri markalar olduğu ya da farklı firmalara ait markalar olmakla birlikte işletmeler arasında idari ya da ekonomik bağlantı bulunduğu ihtimali suretiyle iltibas tehlikesine yol açacağıın kabulü gerekirken davanın yazılı gerekçeyle reddi doğru görülmemiş, kararın bozulmasını gerektirmiştir.” şeklinde hüküm kurmuştur.⁴³⁰

3. Mal ve Hizmetlerin Aynı ya da Benzer Olup Olmadığı

Ürünün üzerine konulan ve bu ürünün konusu veya hizmetin sahibini belirten işaretlerin yanı sıra bir hizmetin görülmesine yardımcı olan ve bir maddi ürün ile alakasız olan faaliyetleri gösteren işaretlere hizmet markası denilmektedir⁴³¹. Nitekim işaretlerin üzerlerinde kullanıldıkları mal veya hizmetlerin türleri birbirlerine ne kadar yakınsa, karıştırılma tehlikeleri de o kadar yüksek olduğundan; bu hususun da irdelenmesi büyük önem taşımaktadır⁴³².

Markalar birbirleriyle aynı veya benzer olmakla beraber, kullanıldıkları mal veya hizmetin farklı olması halinde ise; tanınmışlık düzeyi yüksek olan markalarda istisnai olarak eğer ki haksız yarar sağlanması gibi bir husus söz konusu olacaksa, bu tescil talebine itiraz edilebilecektir⁴³³. Karıştırılma tehlikesi iki ticari ya da hizmet markası arasında doğabileceği gibi aynı zamanda bir ticari ile bir hizmet markası arasında da doğabilir⁴³⁴.

KHK m.24'e göre; markaların kullanılacağı mallar veya hizmetler, markaların tescili amaçları için malların veya hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılır. SMK m.11/3 ve 7. fıkralarında da bu durum yine aynı şekilde geçerliliğini korumuştur. İşaretlerin marka olarak kullanıldığı mal veya hizmetler birbirine yaklaştıkça karıştırılma tehlikesi artacaktır. İlgili hükümlere göre TPMK tarafından en son çıkarılan ve 30.12.2016 tarihli RG'de yayınlanan “Sınıflandırma Tebliği” ne göre, mallar 34, hizmetler ise

⁴³⁰ Yargıtay 11. HD., E. 2013/8160, K. 2014/364, T. 09.01.2014, E.T. 25.04.2017, www.kazanci.com.tr.

⁴³¹ Bozbel, s. 365; Çağlar, s. 26; Çolak, s. 15; Küçükali, s. 106; Özkök, s. 34; Yasaman, s. 22.

⁴³² Epçeli, s. 38.

⁴³³ Bozbel, s. 415.

⁴³⁴ Küçükali, s. 107.

11 olmak üzere toplam 45 sınıfta düzenlenmektedir⁴³⁵. Her bir sınıf ise kendi içinde tekrar gruplandırılmıştır.

Sekmen'e göre, mutlak ret nedeninin düzenlendiği KHK m.7/1-b, nispi ret nedeni olan 8/1-b hükmünü de kapsamaktadır⁴³⁶. Zira bu hükümler mehzada nispi ret nedeni olarak görülmüştür⁴³⁷.

Benzer mal veya hizmet kavramlarının tespitinde ilkin mal ve hizmetler göz önünde bulundurulur; ikinci olarak mal ve hizmetlerin nitelik, tür ve kullanım amaçları göz önüne alınarak; üçüncü olarak ise, mal ve hizmetlerin kullanım amacı değil onları belirleyen markaya göre dikkate alınması olarak üç grup bulunmaktadır⁴³⁸. Bu değerlendirme neticesinde yüksek değerli mal ve hizmetler ile düşük değerli mal ve hizmetlerin birbiriyle karıştırılma tehlikesinin düşük olacağı ortaya çıkmaktadır⁴³⁹. Bununla beraber, marka korunmasında belirlilik ilkesi söz konusu olduğu için marka soyut olarak değil, tescil edildiği mal ve hizmetler bağlamında korunarak; ilgili mal ve hizmetler bağlamında o markanın üçüncü kişilerce kullanımı yasaklanabilecektir⁴⁴⁰.

TPMK Marka İnceleme Kılavuzu'na göre, markalar arasındaki benzerlik değerlendirilirken, markaların koruma altındaki halleri karşılaştırılmalıdır⁴⁴¹. Bu, önceki markanın veya yeni başvurunun tescile veya başvuruya konu halleri esas alınarak karşılaştırılmaları gerektiği anlamına gelmektedir. Özellikle, markanın fiilen (tescilli halinden) başka bir biçimde kullanılıyor olması veya (tescilli halinden) başka bir biçimde kullanılması niyetinin bulunması, markaların karşılaştırılması incelemesine etki etmeyecektir. Nitekim markanın korunması hususunda, marka ve işaret, mal ve/veya hizmetler arasındaki benzerlik kavramıyla karıştırılma tehlikesi arasında bir bağlantı hali hazırda kurulmuş olduğundan tek aşamalı inceleme yapılarak; benzerlikler ayrı ayrı değil toplu değerlendirilmeli ve sorun tek aşamada çözümlenmelidir⁴⁴². Çünkü markaların korunmasında karıştırılma tehlikesi tek başına bir ölçüt olarak karşımıza çıkar ve en önemli unsur ise mal ve hizmetlerin kendi arasındaki benzerlikleridir⁴⁴³.

⁴³⁵ Tebliğ 01.01.2017'de yürürlüğe girmiştir.

⁴³⁶ Sekmen, s. 166.

⁴³⁷ Sekmen, s. 166.

⁴³⁸ Küçükali, s. 107.

⁴³⁹ Küçükali, s. 107.

⁴⁴⁰ Bozbel, s. 416.

⁴⁴¹ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 109.

⁴⁴² Küçükali, s. 107.

⁴⁴³ Küçükali, s. 107.

Karıştırılma tehlikesinin ortaya çıkabilmesi için, ilk olarak markaların tescilli oldukları ya da sonraki markanın tescili istenen mal veya hizmetlerin aynı ya da benzer olması gerekliliği vardır. Zira sınıfsal bir benzerlik ya da özdeşlik yoksa zaten markalar benzer olsalar dahi karıştırma tehlikesinin varlığından söz edilemez⁴⁴⁴. Bunun tek istisnası tanınmış markalardır⁴⁴⁵. Zira Yargıtay da konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda; “... Davacı tarafa ait "Sealy" markaları 06 ve 20. sınıf ürünler, davalı tarafa ait dava konusu "Sealy" markası ise 27. sınıf ürünler yönünden tescillidir. Mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda dava konusu marka ile davacının markalarının tescilli olduğu mallar için "bağımsız ve bambaşka alanlara ait değildir" ifadesi kullanılmış, taraf markalarının tescilli olduğu mallar tek tek karşılaştırılarak 556 sayılı KHK'nın 8/1- (b) maddesi kapsamında aralarında benzerlik bulunup bulunmadığı denetime elverişli bir şekilde tartışılmamıştır. ...Mahkemece, davalı vekilinin davacı markasının tanınmış marka olmadığı ve taraf markalarının tescilli oldukları sınıfların farklı olduğu yönündeki bilirkişi raporuna itirazları da karşılanmamıştır. ...tanınırlık ile tescil kapsamındaki mallar da karşılaştırılmadan yetersiz gerekçeyle davanın kabulü ile markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi yerinde görülmemiştir.” şeklinde hüküm kurmuş ve markaların tescilli oldukları sınıfların tek tek incelenmesi gerekliliğini belirtmiştir⁴⁴⁶.

Bunun istisnasını tanınmış markalar oluşturmaktadır. Marka sahibinin sınıfsal bir benzerlik ya da özdeşlik olmamasına karşın zaten markalar benzer olsalar dahi karıştırma tehlikesinin varlığından söz ederek bu tür izinsiz kullanımları önleme hakkı mevcuttur⁴⁴⁷.

Mal veya hizmet sınıfları yönünden yapılacak incelemeye ilişkin bir kararında Yargıtay; “...Davaya konu 2003/20912 Sayılı "COFFEE BEAN + Şekil" markasının kapsamında tescil tarihindeki TPE Tebliği'ne göre 43. sınıftaki "Geçici Konaklama Hizmetleri" alt grubunda belirtilen hizmetlerde bulunmaktadır. Bu alt grupta sayılan hizmetleri ile aynı sınıftaki "yiyecek içecek sağlanması hizmetleri" karşılaştırıldığında; "restoran self-servis, restoran, lokanta, kafeterya, kafe, kantin, kokteyl salonu, snack bar, bar ikram hizmetleri" ile "otel, motel, tatil köyü, pansiyon vb, hizmetlerinin (geçici barınma)" farklı alt gruplarda yer almasına karşın piyasanın anlayışı, hizmetlerin sunulduğu yer ve biçimi itibarıyla benzer alıcı çevresine hitap etmeleri, birinin diğerini tamamlama imkanı olması nedeniyle, hizmet kanallarının ortak veya birlikte yapılan faaliyetleri içerdiği göz önüne

⁴⁴⁴ Çolak, s. 228.

⁴⁴⁵ Bozbel, s. 418; Küçükali, s. 96.

⁴⁴⁶ Yargıtay 11HD., E. 2014/8687 K. 2014/15539, T. 14.10.2014, E.T. 25.04.2017, www.kazanci.com.tr.

⁴⁴⁷ Bozbel, s. 418; Çolak, s. 228; Küçükali, s. 96.

alınarak benzer türden "Geçici Konaklama Hizmetleri" alt grubundaki hizmetler bakımından iltibas tehlikesine yol açacağı dikkate alınmaksızın anılan hizmetler yönünden de hükümsüzlük isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir..." şeklindeki kararı ile "geçici konaklama hizmetleri" ve "yiyecek içecek sağlanması hizmetleri" arasında sınıfsal benzerlik kurmuştur⁴⁴⁸.

Yargıtay 29. sınıftaki dondurulmuş sebzeler ve dondurulmuş meyveler ile 30. sınıftaki dondurmalar, buz kremler, yenilebilir buzları benzer mallar olarak kabul etmiştir⁴⁴⁹.

Karıştırılma tehlikesinin tespitinde tek başına bir ölçü olmamakla birlikte, incelemenin en önemli unsuru da söz konusu mal veya hizmetler arasındaki benzerliktir⁴⁵⁰. Zira tebliğin 8. maddesinde aynı grupta yer alan mal veya hizmetlerden herhangi biri için daha önce yapılmış olan bir tescil veya tescil başvurusu yapılmış markalar ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markaların başvurularının reddedileceği hükme bağlanmıştır.

KHK m.7/b'de belirtilen aynı tür (benzer) malın veya hizmetin tespitinde, bu tebliğe ek olan gruplar esas alınacaktır. Çolak'a göre, KHK m. 8/1-b "tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı veya benzer ise" denirken, 7/1-b maddesinde "aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetler" den bahsedilir⁴⁵¹. 9. maddede "tescilli markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetleri kapsayan işaret" ibaresi ile anlatılmak istenen aynı olup, çıkan anlam "mal ve hizmetlerin aynı ya da benzer" olmasıdır, buna göre de 7. madde de belirtilen "aynı tür" ifadesi "benzer" olarak algılanmalıdır⁴⁵².

ABAD, incelemelerinde ilk olarak markaların tescilli oldukları ya da tescillerinin istendiği markaların sınıflarına bakmakta olup, tanınmış markalar hariç, bu durum karıştırılma tehlikesinin tespitinde oldukça önemlidir⁴⁵³. Sınıf sistemi markaya sağlanacak olan korumanın kapsamının belirlenmesinde faydalanılan en önemli ölçüt olduğundan, ürün bazında korumanın gerçekleşebilmesi için, ürün sayısının çokluğu dolayısı ile bunların bir şekilde sınıflandırılması ve sınıf sisteminin oluşturulması kaçınılmaz olmuştur⁴⁵⁴. Uluslararası alanda

⁴⁴⁸ Yargıtay 11. HD., E. 2011/1562, K. 2011/5464, T. 05.05.2011, E.T. 24.04.2017, www.kazanci.com.

⁴⁴⁹ Yargıtay 11. HD., E. 2012/2782, K. 2013/2949, T. 19.02.2013, E.T. 24.04.2017, www.kazanci.com.

⁴⁵⁰ Küçükali, s. 108.

⁴⁵¹ Çolak, s. 229.

⁴⁵² Çolak, s. 229.

⁴⁵³ Çolak, s. 229.

⁴⁵⁴ Paslı, Ali, Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul 2014, s. 124.

mal ve hizmetlerin ne şekilde gruplanacağına ilişkin Nis Anlaşması mevcuttur⁴⁵⁵. Nis Anlaşması'na taraf olan ülkelerin, Nis anlaşmasının sınıflandırmasından kendi mevzuatlarında aynı derecede yararlanması zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁵⁶. Zira “Sınıflandırmanın Yasal Etkisi ve Kullanımı” başlıklı Nis Anlaşması'nın 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, taraf ülkelerin Nis sıralamasını marka tescilinde “asli/esas” yahut “tali/yardımcı” sistem olarak kullanma hakları saklıdır. Bu bağlamda ise, mahkemeler birtakım ölçütler geliştirmiş ve bazı durumlarda mal veya hizmetin kaynağının karıştırılması hususunun üzerinde durmuşlardır⁴⁵⁷.

Sınıf benzerliği konusunda; “emtia sistemi” ve “sınıf sistemi” olmak üzere iki sistem bulunmaktadır⁴⁵⁸. Emtia sisteminde, emtia belgesinde yazılı olan mal veya hizmet koruma söz konusudur. Sınıf sisteminde ise, tescil belgesinde emtia ve hizmetlerin adları tek tek yazılmazken, bunlar yerine sınıflar belirtilmektedir⁴⁵⁹.

Mal veya hizmetlerin belirlenmesinde bütün ilişkiler göz önüne alınmalı, *bunların benzer alıcı çevresine hitap edip etmediğine, benzer ihtiyaçları karşılayıp karşılamadığına, aralarında hammadde- mamul ilişkisi bulunup bulunmadığına, ikame imkânı olup olmadığına, dağıtım kanallarının ortak olup olmadığına, süpermarketlerde aynı reyon veya raflarda satılıp satılmadığına, aynı toptancılarda satılıp satılmadığına, hedef kitlenin aynı olup olmadığına bakılmalıdır*⁴⁶⁰.

ABAD ise yapmış olduğu “SERGIO ROSSI” değerlendirmesinde; kadın ayak giysileri ile deri mamulleri, kadın çantalarının ham maddelerinin aynı olması, sınıf benzerliği bakımından tek başına yeterli olmayıp, ikisinin de kullanım amaçları farklı olduğundan birbirlerinin yerine geçemeyecekler ve her iki malın nihai tüketicilerinin aynı olması da belirleyici faktör olmayacaktır⁴⁶¹.

ABAD karıştırılma tehlikesi hususunda yaptığı incelemelerde öncelikle mal ve hizmetlerin birbirlerine benzeyip benzemediği hususuna odaklanıp; benzerlik durumu varsa, o

⁴⁵⁵ Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması, Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks.

⁴⁵⁶ Paşlı, s. 127.

⁴⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Epçeli, s. 41.

⁴⁵⁸ Çolak, s. 230.

⁴⁵⁹ Paşlı, Ali/Soykan İsmail Cem, “Marka Tescilinde 35.08 Sınıfın Anlamı ve Kapsamı, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, s. 443.

⁴⁶⁰ CORNISH/LLEWELYN/APLIN s. 784; BAINBRIDGE, s. 636; Çolak, s. 230'dan naklen..

⁴⁶¹ Çolak, s. 231.

markaların benzerliklerinin de araştırılarak karıştırılma tehlikesinin varlığına ilişkin bir karar verilmesi gerektiğini belirterek, esasında iki aşamalı bir inceleme gerçekleştirmektedir⁴⁶².

Yargıtay TPMK tarafından çıkarılan tebliğlerin mahkemeler tarafından bağlayıcı olmadığı görüşünü ortaya koymuştur. Burada Nis sınıflandırması veya TPMK'nin tebliğleri mahkemeler için belirleyici olmamaktadır⁴⁶³. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda “...Birden çok kişiler adına tescilli ya da tescil başvurusu yapılan markaların kullanılacağı mal veya hizmetlerin benzer olup olmadıklarının tespitinde öncelikle TPE'nin sınıflandırmaya ilişkin tebliğleri dikkate alınmalıdır. Bu durum, markada belirlilik ve tescilli markanın koruma sınırının saptanmasında birlik ve istikrarın önkoşuludur. Ancak, farklı sınıflarda yer almalarına rağmen yöneldiği müşteri kitlesi nezdinde karıştırmaya yol açacak nitelikteki ticaret ve hizmet markalarının kapsadıkları mal ve hizmetlerin "benzer" olarak kabulü mümkündür...”⁴⁶⁴ şeklinde hüküm kurmuştur.

TPMK Marka İnceleme Kılavuzu'na göre, eğer bir markanın tescilinde, “özellikle” ibaresine yer veriliyor ise; örneğin, “oyuncaklar özellikle model oyuncaklar” şeklinde bir ibare bulunuyorsa, başvuru tüm oyuncaklar için kabul edilecektir. Eğer “yani” sözcüğü kullanılırsa örneğin “oyuncaklar yani model oyuncaklar” şeklinde bu durumda sadece model oyuncakların başvuru kapsamında olduğu kabul edilecektir⁴⁶⁵.

Sınıflandırma tebliğinin mahkemeler nezdinde bağlayıcı olmaması nedeniyle, ürün veya hizmetlerin aynı sınıfta yer almasına rağmen benzer olmayabileceği veya farklı sınıflarda olmasına rağmen benzer olabileceği gerekçesiyle, Türk Hukukunda hangi sistemin kabul edildiği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır⁴⁶⁶. Karahan'a göre, Türk hukukunda “sınıf altı grup sistemi” kabul edilmiş olup; buna göre, marka tescil edildiği mal ve hizmet sınıfı içerisinde değil, sınıfın içerisinde yer aldığı grup sistemi ile korunacaktır ve sınıfı olsa bile alt grup farklılığı, markalar arasında iltibas engelleyecek olup; Çolak' a göre ise bu görüş kısmi doğrudur olsa eksiktir, zira bir mal veya hizmet grubunun alt sınıfı içerisinde yer alan alt gruplar içerisindeki mal veya sınıflar bakımından dahi sınıfsal benzerlik mevcut olmayabilmektedir⁴⁶⁷. Bozbel'e göre ise, markaların aynı sınıf içinde yer almaları birbirleriyle benzer oldukları anlamına gelmeyecek, daha evvel tescili gerçekleşmiş olan bir

⁴⁶² Küçükali, s. 108.

⁴⁶³ Çolak, s. 232.

⁴⁶⁴ Yargıtay 11. HD., E. 2005/9108, K. 2005/9203, T. 4.10.2005, E.T. 24.04.2017. www.kazanci.com.

⁴⁶⁵ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 33.

⁴⁶⁶ Bozbel, s. 419; Çolak, s. 233.

⁴⁶⁷ Çolak, s. 234.

markanın aynı veya benzeri olan bir başka marka aynı sınıfta farklı alt gruplardaki mal veya hizmetler için tescil edilebilecektir⁴⁶⁸. Nitekim SMK m.11/4 uyarınca da mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmeyecektir.

ABAD konuya ilişkin PRAKTİKER kararında, 35.08 sınıflar ilgili olarak; “..direktifin 2. maddesinde geçen “hizmetler” kavramının, “malların perakende satışı ile sağlanan hizmetleri” de kapsadığını, bu gibi hizmetlerin marka olarak tescili bakımından, başvuru sahipleri tarafından, söz konusu hizmetlerin detaylı olarak gösterilmesinin gerekli olmadığını, ancak bu hizmetlerin ilişkin olduğu malların ya da mal türlerinin detaylı olarak gösterilmesi gerektiğini” ortaya koymuştur⁴⁶⁹. Bu ABAD kararı ile topluluk hukukunda marka sınıflarında ne sınıf sisteminin ne de sınıf altı sisteminin kabul edilmediği ortaya çıkmakta olup “mikro sistem” olarak adlandırılması mümkün olan bu sistem sayesinde, bir sınıf ya da alt sınıf yönünden tamamen hükümsüzlük kararı vermek yerine o alt sınıftaki bir mal veya hizmetin ayrılması suretiyle bir değerlendirme yapılabilecektir⁴⁷⁰.

YHG PAPTAYA kararında farklı alt gruplarda yer alan ürünler açısından “Davalının aynı sınıftaki ürünler için bu sözcük dışında sayısız kelime seçme imkanı varken, ticaret unvanının ayırıcı eki ile birlikte ... kelimesini de ekleyerek marka olarak tescil ettirmesi, davacının bu markayı taşıyan ürünler için tüketiciler nezdinde tesis ettiği güven itimattan haksız olarak yararlanması sonucunu doğurabileceğinden davacı markaları ile davalının tescilini istediği işaretin benzerliğini kabulü gerekmektedir...” şeklinde hüküm kurmuştur⁴⁷¹.

35.08 sınıf, başlı başına bir hizmeti içermektedir ve bu hizmet “müşterilerin elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için, malların bir araya getirilmesi hizmetidir.” Bu hizmet ise; perakende veya toptan mağazacılık hizmeti olmakla beraber bir işletmecinin ürettiği malı satması için muhteviyatından olduğundan, o malı satmak için ayrıca 35.08 sınıfında tescil ettirmesine gerek olmamakla beraber, ancak bu işletmeci kendi ürünlerinin yanında başka marka ürünleri de satmak istiyor ise bu durumda 35.08 sınıfta bir marka tescili yaptırmalıdır. Buna örnek olarak, Carrefour, Migros, Boyner gibi firmalar gösterilebilir.

⁴⁶⁸ Bozbel, s. 419.

⁴⁶⁹ Çolak, s. 234.

⁴⁷⁰ Çolak, s. 235.

⁴⁷¹ Yargıtay HGK., E. 2006/11-338, K. 2006/338, T. 07.06.2006, E.T. 25.04.2017, www.kazanci.com.tr.

Yargıtay 35.08 sınıfıyla ilgili 2010 yılından itibaren içtihat değişikliğine gitmiştir. Yargıtay'a göre, 35.08 sınıfta yer alan mağazacılık hizmetlerinin hangi malların ticareti ile sınırlandırılmaması ve marka tescil belgesinde yer alan malların ticareti ile sınırlandırılmaması nedeniyle 35.08 sınıf kapsamında görüleceği belirtilmiştir. Yani tescil belgesinde sadece mal veya mallar yer alsa da, eğer aynı veya benzer marka 35.08 sınıfında tescilli ise ve 35.08 tescilinde hangi malların satışı ticaretini kapsadığı belirtilmemiş ise, mal bakımından tescilli marka ile 35.08 sınıfındaki tescilli marka ile karışma tehlikesi söz konusu olacaktır⁴⁷².

TPMK'de 21 Kasım 2011 tarihi itibarıyla "*Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri*" bakımından uygulama değişikliği yapmıştır⁴⁷³. TPMK, 35. sınıftaki "*Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi*" hizmetlerinin, "*malın ya da malların satışı hizmeti*" olarak değerlendirilemeyeceği, belirtilen hizmetin "*tüketicilere perakende satış ortamlarında malların sunumu hizmeti*" olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁷⁴. Buna göre; bugüne kadar TPMK tarafından tesciline izin verilen ve "*çok sayıda sektöre ait malların bir araya getirilerek sunulması*" aynı ya da aynı türden olmayan hizmetler olarak kabul edilecektir⁴⁷⁵. Sonuç olarak buna göre, çok sayıda farklı sektöre ait malların bir araya getirilerek sunulduğu perakende mağazalarının sunduğu hizmetler ile sadece belirli bir sektöre veya birkaç sektöre ait malların bir araya getirilerek sunulduğu hizmetler "*aynı türden hizmet*" olarak değerlendirilmeyecektir⁴⁷⁶.

Yargıtay konu ile ilgili "*Ancak, davaya konu 2003/20912 Sayılı "COFFEE BEAN + Şekil" markasının kapsamında tescil tarihindeki TPE Tebliği'ne göre 43. sınıftaki "Geçici Konaklama Hizmetleri" alt grubunda belirtilen hizmetlerde bulunmaktadır. Bu alt grupta sayılan hizmetleri ile aynı sınıftaki "yiyecek içecek sağlanması hizmetleri" karşılaştırıldığında; "restoran self-servis, restoran, lokanta, kafeterya, kafe, kantin, kokteyl salonu, snack bar, bar ikram hizmetleri" ile "otel, motel, tatil köyü, pansiyon vb, hizmetlerinin (geçici barınma)" farklı alt gruplarda yer almasına karşın piyasanın anlayışı, hizmetlerin sunulmuş yer ve biçimi itibarıyla benzer alıcı çevresine hitap etmeleri, birinin diğerini tamamlama imkanı olması nedeniyle, hizmet kanallarının ortak veya birlikte yapılan faaliyetleri içerdiği göz önüne alınarak benzer türden "Geçici Konaklama Hizmetleri" alt*

⁴⁷² Yargıtay 11. HD., E. 2011/9329, K. 2012/16136, T. 15.10.2012, E.T. 08.05.2017, www.kazanci.com.tr.

⁴⁷³ http://www.tpe.gov.tr/dosyalar/haber/Nis_35_6_Uygulama_Esaslari.pdf, E.T. 25.04.2017.

⁴⁷⁴ http://www.tpe.gov.tr/dosyalar/haber/Nis_35_6_Uygulama_Esaslari.pdf, E.T. 25.04.2017.

⁴⁷⁵ Çolak, s. 237-238.

⁴⁷⁶ Çolak, s. 237-238.

*grubundaki hizmetler bakımından iltibas tehlikesine yol açacağı dikkate alınmaksızın anılan hizmetler yönünden de hükümsüzlük isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir.*⁴⁷⁷. Yargıtay söz konusu kararla; farklı alt gruplarda yer almasına karşılık, hizmet kanallarının ortak oluşundan yola çıkaraj, hizmetin sunuşundaki benzerliğin de karıştırılma tehlikesi bakımından değerlendirmeye alınması gerektiğini ortaya koymuştur.

Çağlar ise konu ile ilgili; bir markanın tescil edilmek istendiği mal veya hizmet, başka bir markanın tescilli olduğu mal veya hizmetin alt grubunda yer alması halinde, bunların aynı kabul edileceğini belirterek; daha üst grubu seçen kişinin, bu gruptaki mal veya hizmetleri tek tek seçen kişiye karşı daha dezavantajlı getirilmesinin bir amacı bulunmayacağını ifade etmiştir⁴⁷⁸. Bu durumun tam tersini örnek ile açıklamak gerekirse daha önceki tarihli tescilin kazak olup sonradan genel olarak kıyafetler için tescilin talep edilmesi halinde; kısmi bir ayniyet söz konusu olacak ve genel olan sınıflandırılarak, benzerlik değerlendirilmesi saklı tutularak o ürün dışında kalan alt grup ürünler açısından tescilin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır şeklinde görüş bildirmiştir⁴⁷⁹.

C. Benzerliğin Alıcılar Arasında Karıştırılma Tehlikesine Neden Olması

1. Alıcı Kavramı

Alıcı kavramı TDK sözlüğünde; “*satın almak isteyen kimse, müşteri*” olarak açıklanmıştır⁴⁸⁰. Karıştırılma tehlikesi belirlenirken söz konusu malın alıcı çevresi olan toplumsal çevrenin ve özelliklerinin incelenmesi gerekir⁴⁸¹. Zira bu kişiler aynı zamanda markaların ilk muhataplarıdır⁴⁸².

Gerek KHK gerekse SMK’da karıştırılma tehlikesinden söz edilirken; halk kavramı kullanılmış olmakla beraber, halk bütün toplumu değil; karıştırılma tehlikesiyle karşı karşıya olan ilgili toplumsal çevreyi ifade etmekte olup, ilgili toplumsal çevrede yer alan ortalama nitelikteki bir tüketici karıştırılma tehlikesinin değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır⁴⁸³.

⁴⁷⁷ Yargıtay 11.HD., E. 2011/1562, K. 2011/5464, T. 05.05.2011, E.T. 29.04.2017, www.kazanci.com.tr.

⁴⁷⁸ Çağlar, s. 70.

⁴⁷⁹ Çağlar, s. 71.

⁴⁸⁰ TDK Sözlüğü,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5911d1354fe2e2.25770487, ET. 09.05.2017.

⁴⁸¹ Çolak, s. 244.

⁴⁸² Küçükali, s. 117.

⁴⁸³ Bilge, s. 73-74; Çolak, s. 244 vd..

2. Markanın Kullanıldığı Ürün veya Hizmetin Niteliğine Göre

a. Ortalama Tüketici

Ortalama tüketici, esas olarak mal ve hizmetin hitap ettiği kitleye göre değişiklik göstermekte olup; o mal veya hizmet çocuklara hitap ediyorsa, ortalama tüketici kitlesini çocuklar; erkeklere hitap ediyorsa, erkekler; kadınlara hitap ediyorsa, kadınlar oluşturur⁴⁸⁴. Benzer işaretleri taşımakta olan mal veya hizmetlerin her kesimden tüketiciye hitap etmesi ve ilgili alıcıların benzer olan işaretleri karıştırıp karıştırmamasına ilişkin durumlarının belirlenmesinde ise, herhangi bir ortalama tüketicinin izlenimleri alınmaktadır⁴⁸⁵.

TPMK Marka İnceleme Kılavuzu'na göre; inceleme konusu mal ve hizmetlerin tüketicilerinden oluşan ortalama tüketici kitlesinin bilinç ve dikkat düzeyi de karıştırılma tehlikesi açısından önemlidir⁴⁸⁶. Makul derecede bilgili, gözlemci ve ihtiyatlı olduğu varsayılan ortalama tüketicinin dikkat seviyesinin, inceleme konusu mal ve hizmetlerin niteliğine göre değişeceği karıştırılma tehlikesi değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır. Yine kılavuza göre; markalar arasındaki benzerlik incelenirken, ortalama tüketicinin algısı, bir diğer deyişle, ilgili mal ve hizmetlerin ortalama tüketicisinin markaları benzer veya ilişkili bulup bulmayacağı dikkate alınmalıdır⁴⁸⁷. SMK 8. madde incelemesinde dikkate alınacak tüketici grubu ile SMK 7. madde kapsamında dikkate alınacak tüketici grubu arasında farklılık bulunmamaktadır. Her iki madde bağlamında algısı esas alınacak tüketici grubu aynı ortalama tüketici kitlesidir. Ortalama tüketici grubunun inceleme konusu mal ve hizmetler bakımından makul derecede bilgili, gözlemci ve ihtiyatlı olduğu kabul edilecektir⁴⁸⁸.

Karıştırılma tehlikesinde, halkın söz konusu iki işaret arasında herhangi bir bağ kurması yeterli olup; halk bu noktada esasında malın başka birine ait olduğunu bilmesine karşın yine de güvendiği işletme ile bu malın arasında ekonomik bir bağ olduğu hissine kapılsa bile yine de karıştırılma tehlikesi oluşacaktır⁴⁸⁹. Çünkü halkın ilgili iki işaret arasında herhangi bir sebeple bağlantı kurması yeterli olup görsel, biçimsel, işitsel benzerlik olmasına

⁴⁸⁴ Küçükali, s. 117.

⁴⁸⁵ Epçeli, s. 46.

⁴⁸⁶ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 34.

⁴⁸⁷ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 8.

⁴⁸⁸ Bilge, s. 74.

⁴⁸⁹ Bilge, s. 74; Tekinalp, s. 438.

gerek bulunmamaktadır⁴⁹⁰. Zira SMK m.6’da da “halk tarafından” ifadesi kullanılmıştır. Her somut olayda ise halk tabiri ayrıca belirlenmelidir⁴⁹¹.

Yargıtay da konu ile ilgili vermiş olduğu bir kararında; “...İltibas tehlikesinin varlığı için kast ya da kusur bulunması gerekmez. Karıştırmada asıl olan ortalama tüketicinin algılamasıdır. Ortalama alıcı kitlesinin tamamı karıştırma tehlikesine maruz kalmasa bile bir kısmının bu risk altında bulunması dahi karıştırılma ihtimalinin gerçekleştiğinin kabulü için yeterlidir. ...davacının davalının tescil başvurusuna itirazı haklı, davalı TPE'nin bu itirazı reddi ve verdiği tescil kararı ise haksız ve hukuka aykırıdır” şeklinde hüküm kurmuştur⁴⁹².

Ortalama tüketiciler, işitsel benzerlik incelemesinde, genellikle sözcüklerin başlangıcına ilk hecelere daha fazla dikkat ettikleri için ilk hecelerdeki benzerliğin karıştırma tehlikesine yol açma ihtimali daha yüksektir⁴⁹³.

Ortalama tüketicinin dikkat ve algısı, mal veya hizmetin türüne ve fiyatına göre değişiklik gösterebildiğinden, toplumun ilgili olan kesiminin algısı, karıştırma tehlikesi belirlenirken göze alınmalıdır ki bu mal veya hizmet, toplumun sadece bir kısmının teknik olarak ilgisi dâhilinde ise, o kısmın algısı belirleyici olacaktır⁴⁹⁴. Zira kültür, kişisel bağlar, sosyo ekonomik durum tüketicinin kararında etkili olurken; özellikle gıda ürünlerinde elli yaş ve üstü kişiler gıdadaki perakende satışlara daha dikkatli bakmaktadırlar⁴⁹⁵.

Ortalama tüketici kavramı ABAD kararlarına göre ortalama tüketici; “iyi bilgilenmiş, makul derecede gözlem yapan ve makul derecede dikkatli, makul derecede tecrübeli ve ihtiyatlı kimsedir.”⁴⁹⁶.

Yargıtay da “bütünü ile bıraktığı intiba” ve “orta düzeydeki insan” formülünü kullanmaktadır⁴⁹⁷. Zira iltibas, ortalama düzeydeki tüketiciyi aldatmayı, yanlış algılatmayı kapsamaktadır ve karıştırılma en çok bu kitle üzerinde gerçekleşmektedir⁴⁹⁸.

⁴⁹⁰ Bilge, s. 74; Tekinalp, s. 438.

⁴⁹¹ Bilge, s. 74; Çolak, s. 244.

⁴⁹² Yargıtay HGK., E. 2006/11-338, K. 2006/ 338, T. 7.6.2006, E.T. 24.04.2017, www.kazanci.com.tr.

⁴⁹³ Çolak, s. 220.

⁴⁹⁴ Çolak, s. 244.

⁴⁹⁵ Küçükali, s.119.

⁴⁹⁶ Çolak, s. 244.

⁴⁹⁷ Tekinalp, s. 442.

⁴⁹⁸ Yenidünya, Caner/İçer, Zafer, Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Digesta Yayınevi, İstanbul 204, s. 78-80.

Bunun yanında Benzer işaretleri taşımakta olan mal veya hizmetler özel yahut az sayıda olan alıcı gruplarına yönelikse, işaretlerin o ilgili alıcı grupları tarafından karıştırılmıyor olması, yeterli bir ölçüt olarak karışımıza çıkmaktadır⁴⁹⁹. Buna örnek olarak, sporcu malzemelerinin sporcuları, müzik aletlerinin müzisyenleri ilgilendirdiğini ve bu nedenle, Söz konusu özel grupların karıştırılma tehlikelerinin değerlendirilmesi gerektiğini gösterebiliriz. Nitekim bir ülkede ya da dünyada yaşayan herkesin, her türlü mal veya hizmetle doğrudan ilgilenmesi mümkün olmadığından, ilgisiz olan grupların tanınırlık kavramının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması doğru olmayacaktır⁵⁰⁰.

İlgili olan alıcı gruplarının her birinin kendi içinde farklı yetenekleri olması da benzer olan işaretlerin karıştırılıp karıştırılmadığının belirlenmesi noktasında ilgili grubu oluşturmuş olan kişilerden orta yetenekte olanların ne kadar etkilendiklerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵⁰¹. Bu alıcılar da ortalama tüketicilerin bu hususlarla ilgilenen yönünü temsil etmektedir.

b. Uzman Alıcı Grubu

Piyasadaki bazı mal veya hizmet gruplarının ise, uzmanlık sahibi alıcı grupları bulunmaktadır. Bu durumda karıştırılma tehlikesi belirlenirken bu grup dikkate alınmalıdır. Tüketici kitlesinin ilgili konuya ilişkin bilinçli bir kitle olması gerekmektedir⁵⁰². Bu halde ölçüt uzman alıcıların ilgili mal veya hizmete ve markaya kendi uzmanlıkları ölçütünde göstermeleri gereken özen olacak; bu kimselerin ilgili konuda kendi uzmanlıkları ölçütünde göstermeleri gereken özeni göstermeleri aranacaktır⁵⁰³.

Yargıtay'da konu ile ilgili olarak; *“Bilirkişi kurulu raporunda, LIPIDIL ve LIPIDROL kelimelerini arasında kulak algılaması yönünden yeterince farklılık olduğu, ayırt edici ekler nedeniyle bilgilenmiş tüketici grubu (doktor ve eczacılar) açısından yeterli ayırt ediciliğe sahip olduğu açıkça belirtildiği halde, doktor tarafından bilinçli olarak tercih edilen ve reçeteye doğru olarak hızlı ve okunaksız bir biçimde yazılan iki kelimedenden birinin reçeteyi okuyan eczacı ya da kalfası tarafından diğeriyle karıştırılması riski olduğundan raporun sonuç kısmında markalar arasında iltibasa yol açacak benzerliğin bulunduğu bahsedilmiştir. Objektif ilkelere göre bilinçli kullanıcı grubu (doktor ve eczacılar) yönünden*

⁴⁹⁹ Epçeli, s. 47.

⁵⁰⁰ Küçükali, s. 123.

⁵⁰¹ Epçeli, s. 48.

⁵⁰² Küçükali, s. 118.

⁵⁰³ Epçeli, s. 48; Küçükali, s. 124.

markaların aynı ya da ayırt edilemeyecek ölçüde benzer olmadıkları açık olarak tesbit edildiği halde subjektif ölçülere ve yasal olmayan bilirkişi heyeti gerekçesine itibar edilerek markalar arasında benzerlik bulunduğu kabulü ve davanın reddi doğru değildir” şeklindeki hükmüyle bu görüşte olduğunu belirtmiştir⁵⁰⁴.

Yargıtay, “CITREX” ile SİTRAKS “markaları ile ilgili vermiş olduğu kararında; “Davacının tescili için başvurduğu işaret ile redde gerekçe gösterilen işaretin aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer olmadığı, ürünlerin nihai tüketicilerinin doktor ve eczacı gibi kişilerden oluşması ve satışa sunuş şekline göre karıştırma tehlikesi de bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile TPE YİDK'nun kararının iptaline karar verilmesi hukuka uygundur” şeklinde hüküm kurmuştur⁵⁰⁵.

Ancak, işitsel benzerlik anlamında ABAD ilaç emtiası olan “PRAZOL” ve “PREZAL” arasında karıştırma tehlikesi olduğunu belirtmiştir. Zira her ne kadar bu emtiaların ortalama tüketicileri doktorlar ve eczacılar olsa da bu iki marka arasındaki görsel ve işitsel benzerliğin bu denli yüksek oluşu, bu kimselerin iki ürün arasındaki bağlantının ekonomik bir bağlantılı işletmeden geldiği şeklinde bir algı doğurabileceğinden karıştırma tehlikesinin mevcut olduğu yönünde hüküm kurmuştur⁵⁰⁶. Yargıtay ise, EZEX ve DEZEKS markaları arasında karışma tehlikesi olduğunu belirtmiştir. Söz konusu karara göre; “ ... Oysa ki anılan alt sınıflardaki emtiaların tümü reçete ile satılan ürünler olmadığı gibi, reçete ile satılabilen, doktor ve eczacı gibi üniversite mezunu meslek grubuna dahil kimselerin mevcut ve potansiyel tüketicisi olduğu ürünler için de davaya konu işaretler arasındaki benzerliğin karışıklığa yol açabileceği, anılan emtia sınıflarında uzmanlığı bulunan kimseler tarafından da işaretlerin ve emtiaların karıştırılabileceği, istedikleri işareti taşıyan emtia yerine, diğer işareti taşıyan emtiayı seçebilecekleri, uzmanlık alanlarına girse de özellikle sağlık sektörünün içinde bulunduğu ağır çalışma koşulları, yoğunluk, hız ve çoğu kez çalışma ortamlarının elverişsiz olduğu hususlarının maddi bir gerçeklik olması karşısında, bu alanda çalışan kimselerin hata yapmayacağı, benzer işaretleri karıştırmayacağı yönündeki kanaatin hayatın olağan akışına ve maddi gerçekliğe uygun olduğunun kabulü mümkün değildir”⁵⁰⁷...

Bu bağlamda değerlendirildiğinde, ilaç markaları arasında karıştırılma tehlikesinin bulunup bulunmadığına ilişkin yapılacak olan değerlendirmede reçete ile satılması zorunlu

⁵⁰⁴ Yargıtay 11.HD., E. 2002/7864, K. 2003/48, T. 13.01.2003, E.T. 24.04.2017, www.kazanci.com.tr.

⁵⁰⁵ Yargıtay 11.HD., E. 2009/11830, K. 2011/4540, T. 18.04.2011, E.T. 25.04.2017, www.kazanci.com.tr.

⁵⁰⁶ Çolak, s. 222.

⁵⁰⁷ Yargıtay 11. HD., E. 2008/6402, K. 2009/11743, T. 12.11.2009, E.T. 25.04.2017, www.kazanci.com.tr.

olan ve olmayan ilaç ayrımları yapılması gerekmekte olup; reçete ile satılan ilaçlarda doktor ve eczacılar, reçete ile satılması zorunlu olmayanlarda ise ortalama alıcının izlenimleri göz önünde bulundurulacaktır⁵⁰⁸.

Satın alınan eşyanın değeri düşükse ve günlük olarak tüketilen çikolata, bisküvi, su gibi ürünlerden ise, tüketiciden beklenecek olan dikkat düzeyi düşük olacaktır. Ancak, otomobil, bilgisayar, mücevher gibi ürünler satın alınıyorsa; bunlar nadiren satın alınan ve parasal değeri yüksek veya duygusal nedenler ile alınan ürünler olduğundan, yine alıcıların göstereceği dikkat değeri yüksek olacaktır. Bu nedenle karıştırılma tehlikesinin de düştüğü gözlenecektir. Ancak kişiler her ne kadar ilgili mal veya hizmet konusunda dikkatli ve uzman olsalar da alım konusundaki kararda somut pazar ilişkilerine dair farklı dinamikler ve toplumsal ekonomik değişikliklerden etkilenme durumunun söz konusu olabileceği de göz ardı edilmemelidir⁵⁰⁹.

D. Marka Sahibinin Markasının Hukuken Haklı ve Öncelik Taşıyan Bir Kullanım Niteliği Taşması

KHK m.8/3'te düzenlenmiş olan nispi red nedenleri uyarınca *“Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işareti sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescili istenilen marka, aşağıdaki hallerde tescil edilmez.*

a) Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş ise,

b)Belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa,” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı husus SMK m.6/3'te de *“Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir”* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, marka sahiplerinin önceki tescilli markalarında bulunan ayırt edici unsur değiştirilmeden seri marka yaratma saiki ile yeni marka tescil başvurusu yapmaları halinde; başvuruya konu olmuş olan marka, başvuru sahibinin kendi kök markalarından sonra, ancak

⁵⁰⁸ Epçeli, s. 48; Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztekin, Selçuk, İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markaları Hukukunun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları, Hukuk Araştırmaları, C.6, S.1-3, Ocak-Aralık 1991, s. 15 vd.; Yusufoglu, Fulürya, İlaç Markalarında İltibas, Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, 1.Basım, İstanbul 2015, s.39 vd..

⁵⁰⁹ Küçükali, s. 124.

ilgili yeni başvurusundan önceki bir marka ile benzerliği olsa da önceki markalarından kazanılmış olan hakından ötürü yeni markasının tescili mümkün olabilecektir⁵¹⁰.

Bununla beraber, bu hükümlerle haksız rekabet hükümleri dışında korumaya tabi olmayan tescilsiz bir markayı ya da işareti ilk kez kullanan tarafın haksız rekabetten yararlanarak elde ettiği hakka üstünlük tanınarak ilgili tarafa aynı ya da benzer olan işaret ve/veya markanın aynı mal ve/veya hizmet için bir başkası adına tescil edilebilmesi hakkını tanımıştır⁵¹¹.

III. Karıştırılma Tehlikesinin Denetimi Yönünden Markaya İlişkin Ölçütler

A. Markanın Ayırt Edicilik Derecesi Yönünden: Güçlü Marka - Zayıf Marka

Markanın ayırt edicilik gücü, karıştırılma tehlikesinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususun irdelenebilmesi için markanın içerdiği ibarelerin ilgili markanın ayırt ediciliğine katmış olduğu değere göre bir ayırım yapılması gerekmektedir ki markaya ayırt ediciliğini veren unsura esas unsur, ayırt ediciliğe katkı vermeyen tamamlayıcı unsurlara ise yardımcı unsur denir⁵¹². Nitekim karıştırılma tehlikesinde ayırt edicilik, işaret ile markanın birbiriyle karıştırılmasını veya karıştırılmamasına karşın aralarında birtakım benzerliklerin bulunması nedeniyle o markalar arasında herhangi bir bağlantı olduğuna dair bir kanı oluşmasını önleyen veya onların aynı işletmenin ya da ekonomik olarak bağlantısı olan işletmelerin farklı mal veya hizmetlerini ifade eden seri marka olduğu fikrinin oluşmasını engellemektedir⁵¹³.

Markayı tanıtan işaretin başlangıçtaki ayırt ediciliği ne kadar kuvvetliyse, o markaya sağlanmış olan koruma da bir o kadar kapsamlı olacaktır. Ayırt edicilik soyut ve somut olarak ikiye ayrılmakta olup, soyut ayırt edicilik işaretin herhangi bir mal veya hizmeti diğerlerinden ayırt etme gücünün olması iken; somut ayırt edicilik ise ilgili işaretin yalnızca belirli mal veya hizmetler için ayırt ediciliğinin olması anlamına gelmektedir⁵¹⁴. Şu durumda, ayırt edicilik esas olarak tescilin talep edildiği mal ve hizmetler bağlamında ve o mal ile hizmetlerin alıcıları bağlamında değerlendirilmelidir⁵¹⁵.

⁵¹⁰ Çolak, s. 296.

⁵¹¹ Bozbel, s. 421.

⁵¹² Bilge, s. 64; Bozbel, s. 363; İmirlioğlu, s. 26-27; Karahan, s. 157.

⁵¹³ Küçükali, s. 129.

⁵¹⁴ Bilge, s. 64; Bozbel, s. 361; Çağlar, s. 12; Çolak, s.24; İmirlioğlu, s. 21-22.

⁵¹⁵ Epeçeli, s. 52.

Bir işaret bir işletmenin malını veya hizmetini diğer hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamada yardımcı oluyorsa ayırt edici işaret özelliğine sahiptir⁵¹⁶. Aynı zamanda, ayırt edicilik zaman içinde değişken bir yapıya sahip olduğundan; markanın ayırt ediciliği zamanla kullanım sonucu artabileceği gibi kullanımla kazanılmış bir ayırt edicilik de gerek kullanımın azalması gerekse işaretin farklı kişiler tarafından kullanılması nedeniyle azalabilir⁵¹⁷.

Zayıf marka, ayırt edicilik gücü düşük olan veya ait olduğu mal veya hizmetlerini, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme kapasitesi az olan marka olup; daha ziyade normal, ürünün vasıflarına yönelik çağrışım yapan işaretlerdir⁵¹⁸. Bir başka deyiş ile zayıf markalar; her yerde kullanılması mümkün olup, kolayca akla gelebilen “şifa”, “lezzet” gibi sözcüklerdir⁵¹⁹. Coğrafi kaynak gösteren markalar da zayıf marka olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla beraber, doktrin ve uygulamada, ilaç markaları zayıf marka olarak nitelendirilmesine karşın, bunların alıcılarının nitelikli kitle yani doktorlar ve eczacılar olması dolayısı ile karıştırılma tehlikesinin de az olduğu şeklinde bir görüş mevcuttur⁵²⁰. Çünkü ilaçların etken maddeleri marka tesciline münhasıran konu olamayacaktır⁵²¹.

Bir markanın ayırt edicilik gücü ne kadar yüksek ise, karıştırılma tehlikesi de o denli yüksek olacaktır. Buna karşılık, zayıf markalarda ise, bir harf değişikliği bile karıştırma tehlikesini ortadan kaldıracaktır⁵²². Aynı zamanda da güçlü ayırt ediciliğe sahip olan markaların karıştırılma tehlikesine karşı korudukları alan aynı oranda genişleyecek; zayıf ayırt ediciliğe sahip olan markalarda ise, benzerlik alanı o oranda dar olacaktır⁵²³. Bir markanın zayıf veya güçlü olması, sözcüğün anlamsız ve uydurulmuş bir sözcük olmasından kaynaklanacağı gibi, tescil edildiği mal veya hizmetten uzaklığı şeklinde de olabileceğinden, “Yapı” ibaresinin sağlık alanındaki bir mal veya hizmet için kullanılması bu bağlamda güzel bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır⁵²⁴.

⁵¹⁶ Epçeli, s. 51.

⁵¹⁷ Bilge, s. 65; Epçeli, s. 53.

⁵¹⁸ Bilge, s. 65; Bozbel, s. 414; Çolak, s. 249.

⁵¹⁹ Bozbel, s. 414; Çolak, s. 224; Sekmen, s. 170.

⁵²⁰ Bozbel, s. 414-415; Sekmen, s. 170.

⁵²¹ Bozbel, s. 415, Öztekin, s. 15 vd..

⁵²² Çolak, s. 250.

⁵²³ Bilge, s. 65.

⁵²⁴ Bozbel, s. 414; Çolak, s. 250.

Zayıf markaların karıştırılma tehlikesinin önüne geçilebilmesi için, tescili istenilen markada ufak birtakım değişikliklerin yapılması yeterli olacaktır⁵²⁵. Belçika mahkemesi bir kararında “... *terkibi ve etkileri birbirine yakın olan ve bu terkip veya etkiden esinlendiği için isimleri, artık bir aile görünümü içinde belirlemekle beraber taklit teşkil etmeyen sayısız ilaç arasında belli bir muhtemel karışıklık marjını normal addetmek gerekir...*” yönünde karar vermiştir⁵²⁶. Zira eski tarihli marka veya işaretin tescilli olduğu mal veya hizmetler ile yeni başvurularda böyle bir durumla karşılaşılması halinde, burada yine kısmi ayniyet olduğunun kabulü gerekmektedir⁵²⁷.

B. Markanın Unsurları Yönünden: Esas Unsur – Yardımcı Unsurlar

Marka, esas ve yardımcı unsur olarak iki unsurdan meydana gelmekle beraber; yardımcı unsur kullanılması her zaman zorunlu değildir⁵²⁸. Karıştırma tehlikesi incelemesinde, jenerik ve tanımlayıcı unsurlar değerlendirme dışı bırakılacağından; markanın asli ve ayırt edici özelliklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Aslında yardımcı unsurlar koruma kapsamının da dışındadırlar⁵²⁹. Ancak markaların tescil edilebilirliğinin değerlendirmesi yapılırken marka bütünüyle yani her iki unsuru göz önünde bulundurulur⁵³⁰. Yani bir marka tescilinde esas olarak asıl unsur korunurken yardımcı unsur münferiden değil markanın bütünü ile beraber korunmaktadır. Esas unsur, ayırt edici niteliğe sahip ve özgün nitelikteyken; yardımcı unsurlar ise, ayırt edici nitelik taşımayan, kamuya ait olup herkesçe kullanılabilir niteliktedir ve bunlar esas unsur olarak tescil edilmeyip, sadece belirli koşullarda esas unsurlarla kullanılarak tescil edilebilirler⁵³¹. Markanın yardımcı unsurları, esas unsur dışında kalan ve tek başına tescil edilme imkânı bulunmayan unsurlardır. Uğur Derin Dondurucu buna örnek verilebilir. Burada, Uğur bir isim olup; esas unsurdur. Ancak derin dondurucu ürün adı olup, kamuya açık herkesçe kullanılabilir bir niteliğe sahip olduğundan yardımcı unsurdur.

KHK m. 5'e göre marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlama koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar "malların biçimi veya "ambalajları" gibi çizimle

⁵²⁵ Bilge, s. 65, Epçeli, s. 53.

⁵²⁶Brüksel İstinaf Mahkemesi'ni 14 Ocak 1953 tarihli kararı, Schrickler/ Franco/ Wunderlich, La repression de Luxemburg, Paris 1974, s. 258, no, 195, (Epçeli, s. 53'ten naklen).

⁵²⁷ Epçeli, s. 53.

⁵²⁸ Karahan, s.157.

⁵²⁹ Çolak, s. 253.

⁵³⁰ Bozbel, s. 363.

⁵³¹ Bozbel, s. 363; Karahan, s. 157; Küçükali, s. 70.

görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir. SMK m.4'te ise; *“Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir”* şeklinde ifade edilmiş olup, açık olarak renk ve seslerin marka olarak tescil edilebileceğine kanun metninde yer verilmiştir. Nitekim bu bağlamda, kanunda açıkça sayılmış olan hususlar kanun gereği esas unsur olabilecek işaretler olarak karşımıza çıkacaktır⁵³².

Markada baskın unsurlar ayırt edici olduğunda, kural olarak karıştırma tehlikesi yoktur⁵³³. Yasaman; DOMESTOS + eğik başlı şişe şekli ve MARC hakkında vermiş olduğu bilirkişi raporunda bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: *“...Her ne kadar davalının ürününün davacının marka olarak tescil ettirdiği eğik başlı şişe modeline benzemekte ve marka hakkını ihlal ettiği görülmekte ise de, zarar veya zarar tehlikesi olayımızda ortaya çıkmamaktadır. Zira her iki marka da (DOMESTOS-MARC) tanınmış markalardır. Bunun yanında, markadaki kelime markası o kadar hâkim durumdadır ki, şişe şeklinin tüketicinin tercihini yaparken etkili olması ihtimal dahilinde görülmemiştir. Temizlik malzemelerinin marketlerde alımı kısa sürelerde yapılmasına rağmen, orta seviyedeki bir alıcının DOMESTOS yerine MARC ürünü satın alması mümkün değildir. Bunlardaki tanınan ve hâkim unsur kelime markasıdır. Davalının bu tip şişeyi taklit etmesi, davacının emeğinden ve tanınmışlığından haksız ve parazit yararlanma şeklinde algılanmamıştır. Zira, MARC da tanınmış bir markadır ve şişe şekli burada arka planda kalmaktadır...”*⁵³⁴.

KHK m. 5/2'ye göre; marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilir. Bu durumda mal veya ambalajın tescili marka sahibine mal veya ambalaj için inhisari bir hak sağlamaz. Ambalajı veya malın şeklini üç boyutlu marka olarak tescil ettirildiğinde mallar arasında benzerlik artınca, işaretler az benzemiş olsa bile karıştırma tehlikesi kabul edilebilir⁵³⁵.

⁵³² Epçeli, s. 55.

⁵³³ Küçükali, s. 70.

⁵³⁴ Yasaman, Hamdi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul 2003, s. 174-181.

⁵³⁵ Küçükali, s. 70.

Eğer ki marka, iki sözcüğün iç içe geçmesinden oluşuyorsa ve bu sözcüklerden hangisinin asli hangisinin yardımcı unsur olduğu açıkça belli olmuyor ise; bu halde, hangisinin marka olarak alındığı, hangisinin yanına eklendiği araştırılmalıdır⁵³⁶.

Yargıtay PARK HOLDİNG ve PARK INN hakkında vermiş olduğu başka bir kararında; her iki markadaki asli unsurun PARK ibaresi olduğunu, zira INN ibaresinin otelcilik ve konaklama sektöründe kullanıldığı, HOLDİNG ibaresinin ise ticaret hayatında herkesin kullanımına açık jenerik bir kelime olduğu sonucuna varmış ve sınıfsal ayniyet/benzerlik de göz önüne alınarak karıştırma tehlikesi sabit görülmüştür⁵³⁷.

Yargıtay “HATAY KRAL KÜNEFE SALONU” markası ile “KRAL ANTAKYALI KÜNEFECİ ESAT 1970’DEN BERİ + şekil” markaları ile ilgili “...her iki markanın esaslı unsurunu "Kral" ibaresi oluşturmakta olup, markalarda yer alan diğer unsurlar da itibası ortadan kaldıracı mahiyette değildir...” şeklinde hüküm kurmuştur⁵³⁸.

Yargıtay “CEP TV + şekil” kararında, davalı başvurusunda özellikle "cep" kelimesinden ayrı bir kare içinde "tv" kısaltmasına yer verdiği ve şekil unsurunun kullandığı, bir bütün olarak davalı başvurusunun davacı markalarıyla benzer olmadığı, zira davacı markalarında olduğu gibi ayırt ediciliği zayıf olan ibareleri tercih eden bir kimsenin, bu ibarelere bir takım farklı ilaveler yapılarak marka olarak kullanılmasına katlanmak mecburiyetinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. “...dava konusu "cep tv + Şekil" ibareli davalı başvurusunun kapsamında olan mal ve hizmetler 9., 35., 38., 41. ve 42. sınıflara dahil olup, "cep" ibaresinin davalı başvurusunda dikkat çeken baskın unsurlarından birisi olduğu; davacının itiraza dayanak olarak gösterdiği markalarının da aynı sınıf mal ve hizmetleri kapsadığı, söz konusu mal ve hizmetlerin mahkeme kararında belirtildiği şekilde iletişim hizmetleriyle doğrudan bir ilgisi ve benzerliği de bulunmadığı göz önüne alındığında, işaretlerin itibas tehlikesine yol açacak şekilde benzer olduklarının kabulü gerekir.” şeklinde CEP ibaresinin baskın unsur olduğu ve davacı marka ile aynı sınıfları kapsamakta olduğunu ve karıştırma tehlikesi olduğunu belirtmiştir⁵³⁹.

C. Markanın Tanınmış Olup Olmaması Yönünden

⁵³⁶ Çolak, s. 258.

⁵³⁷ Yargıtay 11.HD., E. 2011/ 3202, K. 2012/ 9940, T. 07.06.2012, E.T. 09.05.2017, www.kazanci.com.tr.

⁵³⁸ Yargıtay 11.HD., E. 2009/6405, K. 2010/12556, T. 06.12.2010, E.T. 09.05.2017, www.kazanci.com.tr.

⁵³⁹ Yargıtay 11.HD., E. 2013/11414, K. 2014/ 703, T. 14.01.2014, E.T. 09.05.2017, www.kazanci.com.tr.

Tanınmış marka geniş veya çok geniş halk kitleleri tarafından bilinen markaları ifade etmektedir. Ayrıca marka, hitap ettiği tüketici çevresi veya ilgili olduğu sektör içerisinde tanınıyorsa o halde de tanınmış marka statüsünde olur⁵⁴⁰. Tanınmış markalar arasında karıştırılma tehlikesi zayıf olup, karıştırılmanın unsurları her bir somut olayda ayrı olarak değerlendirilir⁵⁴¹.

Tanınmış markalar genellikle, kaliteli üretimleri ve reklam faaliyetleri dolayısıyla ilk defa piyasaya sunulacak olan bir malın tanınmış markanın birtakım özelliklerinden yararlanmasını ona birçok imkân vereceğinden onun tanınmışlığından yararlanarak ayırt edici karakterini zedeleme hallerinde farklı mal ve hizmetlerde de korunur⁵⁴². Tanınmış markalarda karıştırılma tehlikesi, markanın tanınmışlık düzeyi ile bağlantılıdır. Zira markaların tanınmışlıkları arttıkça ilgili çevrenin o marka ile marka sahibi ve onun temsil ettiği kalite arasında kurmuş olduğu bağlar güçlenecektir⁵⁴³.

Önceki markanın tanınmışlığı ne kadar fazla ise, sonraki marka ile arasında karıştırılma tehlikesi olması o kadar yüksek ihtimaldir⁵⁴⁴. Ortalama tüketici, ilk markanın tanınmışlığı dolayısıyla sonraki markayı gördüğünde, önceki marka ile bağlantı kuracak ve çağrıştırmaya ve işletmesel bağlantı yolu ile karıştırılma ortaya çıkacaktır⁵⁴⁵. Böylesi bir durumda ise, yeni üretilen mal veya hizmetin kalitesi daha düşük olduğundan, tanınmış markanın itibarı zedeleneyecektir⁵⁴⁶.

Yargıtay konuyla ilgili olarak; *“Davalı banka vekili, başvuru ile davacı markaları arasında benzerlik bulunmadığını, davacı markalarının bir bütün olarak slogan ifade ettiğini, orta düzeydeki alıcıların markalar arasında bağlantı kurmasının mümkün olmadığını ve markaların karıştırılma ihtimalinin bulunmadığını davacının haksız yarar sağlanacağı ve markalarının itibarına zarar verileceği savlarının dayanaksız olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve dosya kapsamına göre, davaya konu başvuru ile itiraza mesnet davacı markalarının tescil kapsamında yer alan hizmetlerinin birebir aynı olduğu, ancak her iki yanın benzer şekilde çok sayıda üreten, üretici, üretken, banka müşterileri vurgusunu taşıyan markalarının bulunduğu bu nedenle, markasal algı yaratma gücünü her iki yana ait başvuru ve markalarda slogan üzerinde değil,*

⁵⁴⁰ Bozbel, s. 425; Küçükali, s. 109.

⁵⁴¹ Bozbel, s. 426-427; Küçükali, s. 109.

⁵⁴² Küçükali, s. 111.

⁵⁴³ Bozbel, s. 426.

⁵⁴⁴ Çolak, s. 252.

⁵⁴⁵ Çolak, s. 244-245.

⁵⁴⁶ Küçükali, s. 112.

şemsiye marka olan “Halk Bankası” ve “ üzerinde yoğunlaştığı, dolayısıyla başvurunun davacı markalarından ve slogan niteliğindeki ibareden yeterince uzaklaşarak tercih edildiği, çekişmeli hizmetlerin, yukarıda tanımı yapılan genellikle kredi alma sürecinde sloganlardan çok bankaların ve uyguladıkları sözleşme şartlarının üzerinde duran yüksek seviyede dikkatli, özenli ortalama tüketicileri yönünden başvuru ile itiraza dayanak markaların bağlantı kurulması dahil karıştırma ihtimalinden söz edilemeyeceği, davacı kullanımlarının ulaşılan bu sonucu değiştirmeye yeterli olmadığı gibi "Halkbankası" şemsiye markasının bağımsız bir tanınmışlığının da kabulüne imkan bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir” şeklinde hüküm kurmuştur⁵⁴⁷.

IV. Markanın Farklı Tanıtıcı İşaretlerle Karıştırılması

A. Ticaret Unvanı ve İşletme Adı Yönünden

1. Ticaret Unvanı

TTK m.41/1'e göre tacirlerin ticari işlerinde kullandıkları isim Ticaret unvanı olup, yalnızca tacirler tarafından kullanılırlar. Tescil olunan ticaret unvanı ise TTK m. 54'e göre korunmaktadır. Ticaret unvanı Paris Sözleşmesi'nin 1. maddesi uyarınca, sınai mülkiyetin korunma konusunun belirlenmesinde açık bir şekilde sınai haklara dahil edilmiştir⁵⁴⁸.

Günümüzde işletmeler ticaret unvanlarının ayırt edici kısımlarından faydalanarak onları aynı zamanda marka olarak da kullanmakta ya da markasına ticaret unvanında da yer vermekte olduğundan marka ve ticaret unvanı arasında karıştırılma tehlikesi doğmaktadır⁵⁴⁹. Esasında, ticaret unvanı bir ticari işletme sahibinin diğerlerinden ayırt edilmesini sağlamayı amaçlarken, marka işletmenin belirli mal veya hizmetlerinin diğerlerinden ayırt edilmesini amaçlamaktadır⁵⁵⁰. Unvan taciri, marka ise ürünü tanımlamaktadır⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ Yargıtay 11.HD., E. 2015/6176, K. 2015/ 13927, T. 30.12.2015, E.T. 05.04.2017, www.kazanci.com.tr.

⁵⁴⁸ Güneş, İlhami, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları (Davalar), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 187.

⁵⁴⁹ Bilge, s. 113; Epçeli, s. 127; Güneş, Davalar, s. 190; Küçükali, s. 149.

⁵⁵⁰ Bahtiyar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 120; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 395; Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 5.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 391.

Rekabet içindeki tescilli unvan sahibinin unvanı, başkasının markası ile karıştırılma tehlikesine sahip olsa dahi markasal kullanımı olmadığında, tescile göre kullanma yükümlülüğü de olduğu için bu yükümlülüğe uyduğu sürece hukuka aykırılık ve haksız rekabete konu olmayacaktır⁵⁵². Markasal kullanım olmadığında tecavüzdən ve buna bağlı olarak da karıştırılma tehlikesinden söz edilmeyecektir.

İlgili unvanın marka ile karıştırılma tehlikesi yaratacak şekilde kullanımının gerçekleşmesi halinde, mahkemeden marka sahibi tarafından bu kullanımın önlenmesi talep edilecektir⁵⁵³. Ancak bu talebin gerçekleşebilmesi için markanın ticaret unvanının tescilinden önce haklı olarak kullanılmış olması, hukukumuzda farklı ayırt edici işaretlerin birbirlerine karşı üstünlüğünün kabul edilmemiş olmasından ötürü gerekmektedir⁵⁵⁴. Bununla beraber, SMK m.7/5 (KHK m.12) uyarınca; marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının madde hükmünde belirtilmiş olan biçimlerde kullanılmasını engelleyemez. SMK m.6/6 uyarınca ise Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilecektir.

YHGK'nın bir kararında aynı hizmetlere ilişkin ticaret unvanı olarak kullanılmış bir markanın karıştırılmaya sebep olduğuna hükmedilmişken⁵⁵⁵; bir başka kararında⁵⁵⁶ ise, aynı sınıftaki ürünler için ilgili kelime dışında kelimelerin seçimi mümkün olmasına karşın, somut olaydaki tescil işlemi gerçekleştirilen markalı ürünler için tüketici gözünde davacı tarafından oluşturulmuş güven ve itibardan haksız yararlanma sonucu doğuracağından yine benzerliğin kabul edilmesi söz konusu olmuştur⁵⁵⁷.

2. İşletme Adı

İşletme sahibini hedef almadan doğrudan ilgili işletmeyi tanıtarak, diğer işletmeden ayırt etmeyi sağlayan, kamu düzeni ile genel ahlaka uygun olmak suretiyle serbestçe tayin edilebilen ad, işletme adı olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁵⁸. İşletme adı yalnızca tacirler

⁵⁵¹ Bilge, s. 114.

⁵⁵² Bilge, s. 121; Epçeli, s. 130; Güneş, Davalar, s. 191.

⁵⁵³ Epçeli, s. 128; Küçükali, s. 150.

⁵⁵⁴ Bilge, s. 121-122; Epçeli, s. 129.

⁵⁵⁵ Yargıtay HGK., E. 2007/11-965, K. 2007/961, T. 12.12. 2007, E.T, 01.06.2017, www.kazanci.com.

⁵⁵⁶ Yargıtay HGK., E. 2006/11-338, K. 2006/338, T. 07.06.2006, E.T, 01.06.2017, www.kazanci.com.

⁵⁵⁷ Küçükali, s. 150-151 naklen.

⁵⁵⁸ Bahtiyar, s. 121; Epçeli, s. 131; Güneş, Davalar, s. 196; Poroy/Yasaman, s. 394-395.

tarafından değil aynı zamanda esnaflar tarafından da kullanılabilmekte olup, işletme adını ticaret unvanı gibi kullanmak zorunlu değildir⁵⁵⁹. İşletme adları çoğu zaman marka ya da unvan olarak tabela gibi yerlerde kullanıldığından; markasal etki doğurarak, karıştırılma tehlikesine yol açmaları söz konusu olabilmektedir⁵⁶⁰.

İşletme adı TTK m. 53'te düzenlenmiştir. Bu bağlamda; TTK m. 45 uyarınca, tescil edilmiş olan işletme adı ülke çapında korunacaktır. TTK m. 55/f.1/a/2 uyarınca, haksız rekabetin gerçekleşmemesi için tescil edilmek istenen işletme adının, tescil edilmiş olan başka işletme adlarıyla karışıklığa yol açmaması gerekmektedir. Öncelik hakkına sahip olan yani daha önceden tescili yapılmış olan işletme adları TTK m. 52 uyarınca sonraki markaya karşı ihlal iddiasında bulunabilecektir. Ancak marka hakkı, markanın hem köken gösterme hem de işletme üzerinde işletme adı gibi kullanılmasını kapsadığından; marka sahibinin, ilgili markayı işletme adı olarak kullanmadığı iddiasında bulunması bir önem arz etmeyeceği gibi marka ve işletme adının aynı anda var olması halinde, bu kullanıma da işletme adı sahibi itiraz edemeyecektir⁵⁶¹.

İşletme adının izinsiz olarak aynen ya da karıştırılmaya yol açacak şekilde kullanılması haksız rekabet oluşturarak hak sahibinin işletme adının korunmasını talep edebileceği için karıştırılma tehlikesi ve haksız rekabete bağlı olan sonuçları doğurabilecektir⁵⁶². İşletme adları TTK m.53'e göre işletmeden ayrı devredilecek olup, tescil ve ilan edilmişse sahibine tekel hakkı sağlayacaktır. Bu bağlamda, TTK m.54 uyarınca; tescil ticari sicil bağlamında koruma sağlarken, tescil dışında ise haksız rekabet hükümlerine göre korumaya gidilecektir.

Marka hakkının öncelikli olması halinde ise; marka sahibi işletme adının kullanılmasına, SMK m.7 (KHK m. 9) kapsamında markasal kullanım hallerinin varlığı halinde itiraz edebilecek; yalın işletme adı halindeki kullanımda marka sahibinin herhangi bir ihlal iddia etmesi söz konusu olamayacaktır⁵⁶³.

B. İnternet Alan Adı Yönünden

⁵⁵⁹ Bahtiyar, s. 122; Küçükali, s. 151; Poroy/Yasaman, s. 394-395.

⁵⁶⁰ Bilge, s. 179.

⁵⁶¹ Bilge, s. 180.

⁵⁶² Güneş, Davalar, s. 261.

⁵⁶³ Bilge, s. 181.

Kamu ve Özel Hukuk tüzel kişilikleri ve gerçek kişiler internet ortamında gerçekleştirecekleri faaliyetleri ve tanıtımları için alan adı olarak ifade edilen internet adreslerini kullanarak; marka ve ticaret unvanlarına da bu internet alanlarında yer vermektedirler⁵⁶⁴. Bu nedenle alan adlarının da birbiriyle karıştırılma tehlikesi doğal bir sonuç olarak ortaya çıkacaktır. Nitekim, karıştırılma tehlikesinin genel kuralları burada da geçerli olacak; bundan söz edebilmek için işaretlerin aynı veya benzer mal veya hizmet gruplarına ilişkin olması gerekecektir. Bu hususun tek istisnası ile tanınmış markalardır⁵⁶⁵.

Haksız alan adı kullanılmak suretiyle ticaret yapılırsa, marka tecavüzü veya haksız rekabet sonuçları oluşabilecektir⁵⁶⁶. Alan adı olarak kullanılmış olan işaretlerin ticari amaçla kullanılmaması halinde haksız rekabet hükümlerince koruma gerçekleşmemiş ve hak korumasız kaldığı ifade edilmiştir⁵⁶⁷. Bunun incelenmesinde ise, markayı alan adı olarak kullanan gerçek veya tüzel kişiliğin markanın tescilli olduğu ya da haklı olarak kullanıldığı mal veya hizmet grubunda çalışıp çalışmaması önemli bir faktör olduğundan ilgili mal veya hizmet grubu o internet sitesinde var ise haksız bir kullanım söz konusu olacaktır⁵⁶⁸. Ancak TTK m.55'e bakıldığında ise haksız rekabetin oluşması için ticari amaç güdülmesi gerektiği bir koşul olarak öngörülmediğinden bu fikre katılmıyoruz. Yani ticari amaç güdülmese dahi internet alan adı kullanılarak yapılan kötü niyetli eylem haksız rekabet olarak değerlendirilmelidir.

Her bir internet sitesinin kendine ait bir IP adresi bulunmaktadır. Veri alışverişi bu adresler üzerinden sağlanır. İnternet adresleri için ise gerçek ve tüzel kişiler bir unvan ve markalarıyla uyumlu olacak bir internet adresi yani bir alan adı (*domain name*) alırlar. Alan adları ise artık bir pazarlama aracı haline gelmiş ve firmaların isimleri ilgisiz kişilerce tescil edilerek kötü niyetli tescil hareketi meydana gelmiştir⁵⁶⁹. Alan adları TTK m.57/5 kapsamında işaret ve tanıtma vasıtası olarak kabul edilmiştir.

Alan adları farklı ülkelerin hukuk düzenlerinde, farklı şekillerde korunmaktadır⁵⁷⁰.

Tescilli bir markanın aynı ya da bir benzerinin başka kimseler tarafından alan adı olarak kullanılması hukuka aykırılık teşkil edecek, marka sahibinin sonraki alan adı sahibine

⁵⁶⁴ Bilge, s. 182; Epçeli, s. 139; Güneş, Davalar, s. 268, Küçükali, s. 154.

⁵⁶⁵ Bilge, s. 186.

⁵⁶⁶ Bilge, s. 182; Güneş, Davalar, s. 268.

⁵⁶⁷ Küçükali, s. 155.

⁵⁶⁸ Güneş, Davalar, s. 268.

⁵⁶⁹ Bilge, s. 189; Güneş, Davalar, s. 207.

⁵⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçükali, s. 154.

karşı koruyabileceği öncelik hakkı bulunacaktır⁵⁷¹. Bu husus SMK m.7 kapsamında da korunacaktır. Bununla beraber; alan adının kullanımı marka, unvan, işletme adı gibi farklı bir hakka dayanıyor olabilir ve bu bağlamda dayanılan hak geçerli, kötü niyet ise söz konusu olmadığı sürece kişi bu alan adını kullanabilecektir⁵⁷².

⁵⁷¹ Bilge, s. 192; Güneş, Davalar, s. 209.

⁵⁷² Bilge, s. 193.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARIŞTIRILMA TEHLİKESİNİN VARLIĞI HALİNDE MARKA SAHİBİNİN HAKLARI

I. Tescilli Marka Yönünden

A. Genel Olarak

Marka tescilinden doğan hakların korunması SMK m.7 (KHK m.9) ile hüküm altına alınmıştır. SMK m.7 kapsamında değerlendirildiğinde karıştırılma tehlikesinin varlığı halinde tescilli marka sahibine tecavüzdten korunma hakkı sağlamaktadır. Kural olarak tescilli markaların korunabilecek olmasının yanında gerek KHK gerekse SMK uyarınca tanınmış markalar ve tescilsiz markalar da korunabilmektedir. Bu hususlar istisnai olarak değerlendirilmelidir.

Markasal kullanım, marka olarak belirlenmiş olan işaretin, belirlendiği mal ve/veya hizmet grubunu köken itibarıyla diğerlerinden ayırt edebilmeyi sağlamaya yönelik olduğunun tüketici nezdinde anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılmasıdır⁵⁷³. SMK m.7'ye (KHK m.9) göre marka hakkının korunması madde hükümleri uyarınca “a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

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

c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.” fiilerinin önlenmesi talepleri ile sağlanacaktır. Bununla beraber SMK m.7/3 uyarınca aşağıda belirtilen durumlar, işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilecektir;

“a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması.

⁵⁷³ Bozbel, s. 455.

- b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi.
- c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi.
- ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.
- d) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması.
- e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması.
- f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması.”

İşte tüm bu hususların gerçekleşmesi ise markaya tecavüzü doğuracaktır. Marka haklarına tecavüz KHK ve SMK uyarınca men, ref ve tazminat davaları ile hukuki olarak engellenmekle beraber, cezai soruşturma gerektiren hallerde de ceza davalarıyla önlenecektir.

B. Markaya Tecavüz Halleri (KHK m.61 / SMK m.29)

Markaya tecavüz halleri SMK m.29’da (KHK m.61) düzenlenmiştir. Buna göre, SMK m.29 uyarınca; “a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.

b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.

c) Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak.

ç) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.” halleri markaya tecavüz hallerini oluşturmaktadır.

1. Marka Hakkına Tecavüz Koşulları

Marka hakkına tecavüzden bahsedebilmek için ilk olarak tescilli bir markanın varlığından söz etmek gerekmektedir. Bununla beraber, tescilli ve korunan bir markaya tecavüz iddiasında bulunabilmek için ilgili markanın tecavüze sebep olduğu iddia edilen

marka veya işareten daha üstün bir hakka dayanmış olması gerekir⁵⁷⁴. Tescilden doğan hakların kapsamı KHK m.9 ve SMK m.7’de düzenlenmiştir. Bunun yanında, tecavüze neden olduğu iddia edilmiş olan fiile marka sahibinin açık veya zımni olarak izin vermemiş olması gerekmektedir. Son olarak ise marka hakkına tecavüzden söz edebilmek için izinsiz olan kullanımın markasal olması gerekmektedir⁵⁷⁶.

2. Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller

a. Tescilli Markanın Aynı Kullanarak Markayı Taklit Etmek Yoluyla Tecavüz

SMK m.7/2-a (KHK m.9/1-a) ile m.29/1-a’da (61/1-b) tescilli markanın birebir kullanılması suretiyle oluşan tecavüz hali ifade edilmiştir. Burada belirtilen kullanımın ticari süreçte olması gerekmektedir⁵⁷⁷. Bu hükmün amacı tescili önlemek veya tescil edilmiş olan bir hakkı hükümsüz hale getirmek değil, yalnızca tescil edilmiş olan bir markanın aynısı olan işaretin aynı mal ve/veya hizmetler için kullanılmasını önlemektir⁵⁷⁸. Nitekim burada korsan ve taklit olan malları önleme amacı güdülmektedir. Taklit veya sahte malın ne anlama geldiği ise TRIPS m.50 ve Gümrük Yönetmeliği⁵⁷⁹’nin 100.maddesinde ifade edilmektedir.

Yargıtay 11.HD’nin vermiş olduğu bir kararda marka sahibi ile markayı kullanan arasında acentecilik ilişkisi olmuş ancak daha sonra sona ermiştir. İlişkinin sona ermesine karşın hala marka acente tarafından kullanılmaya devam edilmiştir. Bu durum markanın kullanılmasına herhangi bir hukuki dayanak kalmaması sebebiyle marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır⁵⁸⁰.

Bununla beraber birebir olan kullanımlar karıştırılma tehlikesine de yol açacaktır. Yargıtay’ın bu hususa ilişkin vermiş olduğu bir kararda ise “Fairy” ve “Farey” üç boyutlu marka ve ürünleri birbiriyle ayırt edilemeyecek kadar benzer olup, karıştırılma tehlikesine yol

⁵⁷⁴ Çağlar, s. 107.

⁵⁷⁵ Çağlar, s. 108.

⁵⁷⁶ Çağlar, s. 108; Çolak, s. 434 vd.

⁵⁷⁷ Çolak, s. 407.

⁵⁷⁸ Çağlar, s. 109.

⁵⁷⁹ 07.10.2009 tarih ve 27369 mükerrer sayılı RG.

⁵⁸⁰ Yargıtay 11.HD., E. 2008/10012, K. 2010/1075, T. 1.2.2010, E.T. 29.05.2017, www.kazanci.com.

açacak niteliklere sahiptir. Yargıtay da ilk derece mahkemesi ile aynı görüşte olarak bunun tecavüz niteliği taşıdığı yönünde hüküm kurmuştur⁵⁸¹.

b. Taklit Markayı Taşıyan Ürünü Satmak, Dağıtmak veya Başka Bir Şekilde Ticari Alana Çıkarmak Yoluyla Tecavüz

Bu husus SMK m.29/1-c'de (KHK m.61/1-c) ifade edilmiştir. Buradaki amaç ilgili malın taklit olduğunu bilen ya da bilebilecek durumda olan üçüncü kişilerin gerekli dikkat ve özen yükümlülüklerini yerine getirmek suretiyle marka korsanlığının önlenmesine katkıda bulunarak ticari hayattaki dürüstlüğün gelişmesine de yardımcı olmaktır⁵⁸². Madde hükmünde fiiller sayılmakla beraber “başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak” deyimini ile fiiller sınırlı sayıda bırakılmamıştır.

Bilmek her ne kadar net bir kavram olsa da bilebilecek durumda olmak iddia sahibi tarafından ispatlanması gereken bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁸³. Bilebilecek durumda olma hususu TRIPS m.45'te olan bir husustur. Ancak bilebilecek durumda olma hususuna ilişkin net bir ölçüt olmaması sebebiyle TTK m.18/2 uyarınca basiretli tacir gibi davranmak bir kriter olarak yol gösterici nitelikte olacaktır⁵⁸⁴.

Yargıtay 11. HD.'nin vermiş olduğu bir kararda, TSE markası ile damgalı tüpler üzerinde davalının ticaret unvanını gösteren etiketler bulunmaktadır. Ve bu tüpler bu şekilde piyasaya sürülmekte, ticareti yapılmaktadır. İlk derece mahkemesi davalının lehine karar vermiş olsa da Yargıtay “... *delil tespiti dosyasında çekilen fotoğraflarda TSE markası ile damgalı tüpler üzerinde davalının ticaret unvanını gösteren etiketlerin bulunduğu görülmektedir. Bu durumda davacıya ait TSE markasını taşıyan tüplerin davalı tarafça piyasaya sürüldüğü, uyuşmazlıkta 556 sayılı KHK'nın 61. maddesindeki şartların oluştuğu ve davalı eyleminin davacının marka hakkına tecavüz teşkil ettiği sabit olup yanlışlı değerlendirme ile...*” diyerek burada tecavüzün oluştuğu yönünde davacı lehine hüküm kurmuştur⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ Yargıtay 11.HD., E. 2014/18705, K. 2015/4399, T. 30.03.2015, E.T. 29.05.2017, www.kazanci.com.

⁵⁸² Bozbel, s. 492.

⁵⁸³ Çolak, s. 426; Tekinalp, s. 495.

⁵⁸⁴ Bozbel, s. 494; Çağlar, s. 118; Çolak, s. 426-427.

⁵⁸⁵ Yargıtay 11.HD., E. 2015/7636, K. 2015/9192, T. 14.9.2015, E.T.27.05.2017, www.kazanci.com.

c. Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları İzinsiz Olarak Genişletmek veya Devretmek Yoluyla Tecavüz

SMK m.29/1-ç (KHK m.61/1-d) uyarınca marka sahibince lisans ile verilmiş olan hakların izinsiz genişletilmesi veya hakların üçüncü kişilere devredilmesi marka hakkına tecavüz oluşturan hallerden bir diğeri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Marka lisansın sözleşmesi ile tanınan haklar süre, mal, miktar ve mal ve/veya hizmetler yönünden sınırlandırıldığından, bunlara aykırı davranılması ile hakların genişlemesi suretiyle tecavüz oluşacaktır⁵⁸⁶. Tekinalp ise genişletilmeyi yer, mal, kullanım tarzı ve markanın başka bir marka veya işaret ile birlikte kullanılması yoluyla genişletilmesi olmak üzere dört başlık altında sınıflandırmıştır⁵⁸⁷.

Yargıtay 11.HD'nin vermiş olduğu bir kararda marka sahibi ile markayı kullanan arasındaki lisans sözleşmesi 30.06.2004 tarihinde sonra ermiştir. İlişkinin sona ermesine karşın hala marka acente tarafından kullanılmış ve bilet satışları da aynen devam etmiştir. Bu durum lisans sözleşmesinin sona ermesine karşın halen markanın kullanılmasından bahisle süre yönünden genişletme yoluyla marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır⁵⁸⁸.

Miktar bakımından ya da markanın başka bir marka veya işaretle beraber kullanılması yoluyla genişletilmesine ise örnek olarak Yargıtay'ın "Voltran" markasına lisans alan firmanın bu markayı kendi markası olan "Ekol" ile beraber "Voltran & Ekol" şeklindeki kullanımına ilişkin kararı verilebilir. Konu hakkında Yargıtay lisans sözleşmesinin ihlal edildiğini yönünde karar vermiştir⁵⁸⁹.

Yer bakımından genişletilmeye İstanbul'un Kadıköy ilçesi için verilmiş olan bir lisansın, Maltepe ilçesinde de kullanılması örnek gösterilebilir. Mal bakımından olan genişletilmeye ise gömlek için lisans verilmesine karşın aynı lisans ile kravat üretilmesi örnek olarak verilebilecektir.

Devre ilişkin hususu tamamlayan madde ise KHK m.21/4 ve SMK m.24/3 olacaktır. SMK m.24/3 uyarınca sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemeyecek veya alt lisans veremeyecektir. Buradaki ve

⁵⁸⁶ Çağlar, s. 119; Çolak, s. 489-490-491-492.

⁵⁸⁷ Bozbel, s. 496.

⁵⁸⁸ Yargıtay 11.HD., E. 2008/10012, K. 2010/1075, T. 1.2.2010, E.T. 29.05.2017, www.kazanci.com.

⁵⁸⁹ Yargıtay 11.HD., E. 2011/653, K. 2012/11109, T. 27.06.2012, E.T. 29.05.2017, www.kazanci.com.

tecavüze ilişkin hükümdeki devir ifadesi geniş yorumlanarak markanın herhangi bir üçüncü kişiye kullanılmasının devir kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁹⁰. Ancak bunun yanında ana bayilerden herhangi biri, bir sebepten ötürü malların bir kısmını bir mağazaya satar, konsinye bırakır veya devrederse ilk satış ile hali hazırda marka hakkı tükenmiş olacağından ilgili malların sirkülasyonu marka sahibi tarafından engellenemeyecek ve bu durum marka hakkına tecavüz teşkil etmeyecektir⁵⁹¹.

3. Marka Hakkına Tecavüz Halinde Açılabilir Davalar

a. Genel Olarak

KHK m.62’de marka sahibinin talepleri başlığının altında incelenmiş olan bu husus SMK’nın ise sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler başlıklı 149.maddesinde ele alınmıştır. Buna göre hak sahibi fiilin tecavüz olup olmadığının tespit edilmesini, muhtemel tecavüzün önlenmesini, tecavüz fiillerinin durdurulmasını ve tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazminini isteyebilecektir. Bununla beraber tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılmış olan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulmasını talep edebilecektir. Aynı zamanda burada el konuşmuş ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınmasını da talep edebilecektir. Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere el konulmuş olan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası da istenebilecektir. Ayrıca haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi de talep edilebilecek hususlar arasında yer almaktadır. SMK’da KHK’den farklı olarak fiilin tecavüz olup olmadığının tespitinin de talep edilebilecek olması yer almıştır.

b. Tespit Davası

KHK’da marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı yönünde menfi tespit davasının düzenlenmiş olmasına karşın tecavüzün tespiti davasına yer verilmemiştir. Ancak SMK

⁵⁹⁰ Bozbel, s. 497.

⁵⁹¹ Çolak, s. 492.

m.149/1-a'da da ifade edildiği üzere fiillerin tecavüz teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirme yapılmasının gerekli olduğu hükme bağlanmıştır. Hüküm yeni olduğundan uygulamasına ilişkin hususlar henüz görülememiştir.

Bununla beraber HMK m.106 uyarınca tespit davası açmak mümkündür İlgili maddenin ikinci fıkrasına göre güncel bir hukuki yararın olması kaydıyla tecavüzün tespitine ilişkin dava açılabilir.

Yargıtay 11. HD.'nin 2016 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, davacının uzun yıllardır kullanmış olduğu broşür, kartvizit gibi unsurlardaki tescilli markasını davalı, davacı markalarıyla iltibas oluşturur şekilde markasal kullanımı olduğu ve bunun da tecavüz oluşturduğuna ilişkin bir hak sahibi tespit, maddi ve manevi tazminat istemli dava açmıştır. Yargıtay da "*davalılar eyleminin 556 Sayılı KHK'nin 9, 61. maddeleri uyarınca marka hakkına tecavüz oluşturduğunun tespitine*" karar vermiştir⁵⁹².

c. Menfi Tespit Davası

Bu husus, SMK m.154'te (KHK m.74) tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava ve şartları başlığı altında incelenmiştir. SMK m.154 uyarınca menfaati olan herkes, Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetin ya da bu amaçla yapmış olduğu girişimlerin sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hususunda, hak sahibinden görüşlerini bildirmesini talep edebilir. Bu talebin tebliğinden itibaren bir ay içinde cevap verilmemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi tarafından kabul edilmemesi hâlinde, menfaat sahibi, hak sahibine karşı fiillerinin tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesi talebiyle dava açabilmektedir. Bununla beraber bu bildirim yapılmış olması, bir dava şartı olarak aranmamaktadır. Ancak bu dava, kendisine karşı tecavüz davası açılmış bir kişi tarafından açılmaz. Açılan dava, sicile kayıtlı tüm hak sahiplerine tebliğ edilir. Bu dava aynı zamanda hükümsüzlük davasıyla birlikte de açılabilir.

d. Tecavüzün Durdurulması ve Önlenmesi (Men'i) Davası

Tecavüzün durdurulmasına ilişkin hüküm SMK m.149/1-c'de (KHK m.62/1-a) belirtilmiştir. KHK'dan farklı olarak SMK m.149/1-b'de ise tecavüzün önlenmesi davasına da yer verilmiştir. Düzenlemeden önce KHK m.62/1-a maddesi üzerinden tecavüzün önlenmesi

⁵⁹² Yargıtay 11.HD., E. 2015/8460, K. 2016/5314, T. 11.5.2016, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

davası açılmaktaydı⁵⁹³ ancak bu sayede önleme davası da hüküm altına alınmış olmuştur. Bu yönde Yargıtay 11.HD.’nin vermiş olduğu bir kararda KHK her ne kadar önleme davasından söz etmese de tecavüz tehlikesinin varlığı halinde de m.62/1-a’nın önleme talebini de içerdiğini ifade etmiştir⁵⁹⁴.

Bu bağlamda marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi bu tecavüzün durdurulmasını ve önlenmesini talep edebilecektir. Tecavüzün durdurulması hali hazırda olan bir tecavüzün sona ermesini sağlamaktır. Önlenmesi ise gerçekleşmesi muhtemel olan bir tecavüzün önüne geçilmesi, oluşmamasını sağlamaktır. Ayrıca bir kere meydana gelen ve sona eren bir tecavüzün tekrarlanmaması için de tecavüzün önlenmesine ilişkin talepte bulunmak mümkün olacaktır⁵⁹⁵. Bu dava, tipik bir HMK m.105’de düzenlenen eda davasıdır.

Bu davanın açılması için tecavüzün ya da doğacak olan tehlikenin gerçekleşmesinde somut ve güçlü emareler bulunması gerekmektedir⁵⁹⁶. Ancak davanın açılması fiili işleyen kusurlu olması ya da bir zararın doğmasına bağlı değildir⁵⁹⁷.

Yargıtay 11.HD.’nin 2017’de vermiş olduğu bir kararda, tecavüzün önlenmesi talebi bir alan adına ilişkindir. Kararda, “*Somut uyumsuzlukta, davalı tarafça uyumsuzluk konusu “...” alan adının “personel işe yerleştirme, işe alma, personel seçimi, personel temini hizmetleri” hizmetlerinde kullanıldığı belirlendiğine göre, davacının “elemanonline” ibareli markası söz konusu hizmetleri kapsamadığı halde asıl davanın kabulüne karar verilmesi yerinde görülmemiş, kararın bu sebeple temyiz eden davalılar yararına bozulması gerekmiştir.*” diyerek ilk derece mahkemesinin tecavüzün önlenmesine ilişkin olan kararını, tecavüzün bulunmaması gerekçesiyle bozmuştur⁵⁹⁸. Gerekçesini de ise KHK’nın 9. ve 61. maddelerine dayandırmıştır.

Bu dava marka sahibi tarafından açılacağı gibi, marka başvurusunda bulunan ve yaptığı başvuru resmi marka bülteninde yayınlanmış olan marka sahibi ile münhasır lisans sahibi tarafından açılacaktır⁵⁹⁹. Davanın karşı tarafı ise tecavüz eylemini gerçekleştiren kişi ve hukuki halefleri olacaktır. Ancak bunun yanında malları taşıyan, dağıtan, satan, ithalatını yapan veya herhangi bir şekilde onları ticari hayata kazandıranların ise eylemleri

⁵⁹³ Bozbel, s. 514; Çağlar, s. 122.

⁵⁹⁴ Yargıtay 11.HD., E. 2008/13593, K.2010/5070, T. 10.05.2010, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

⁵⁹⁵ Çolak, s. 660.

⁵⁹⁶ Bozbel, s. 514; Çağlar, s. 122; Çolak, s. 661; Kaya, s.283; Suluk, s. 375.

⁵⁹⁷ Çağlar, s. 122; Çolak, s. 661.

⁵⁹⁸ Yargıtay 11.HD., E. 2015/12854, K. 2017/1276, T. 6.3.2017, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

⁵⁹⁹ Bozbel, s.514-515; Çağlar, s.122; Çolak, s.663.

malın tecavüz oluşturduğunu bilme ya da bilmesi gerekme halleri göz önünde bulundurularak taraf olurlar⁶⁰⁰. Yargıtay 11.HD.’nin bir kararında davalıların ürünlerin taklit olduğunu bilebilecek durumda olduklarından ticari hayata malları sürmüş olmaları tecavüz oluşturmuştur⁶⁰¹. Eğer ki sorumluluk tüzel kişiye aitse o halde şirketi temsil etmeye yetkili olan organ üyelerine davanın rücu edilmesi söz konusu olacaktır⁶⁰².

Yargıtay 11. HD.’nin vermiş olduğu bir kararda, TSE markası ile damgalı tüpler üzerinde davalı tarafın ticaret unvanının gösteren etiketler bulunmaktadır. Ve bu tüpler bu şekilde piyasaya sürülmekte, ticareti yapılmaktadır. Davacı tecavüzün önlenmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davalının lehine karar vermiş olsa da Yargıtay “... *delil tespiti dosyasında çekilen fotoğraflarda TSE markası ile damgalı tüpler üzerinde davalının ticaret unvanını gösteren etiketlerin bulunduğu görülmektedir. Bu durumda davacıya ait TSE markasını taşıyan tüplerin davalı tarafça piyasaya sürüldüğü...*” tespit edilmiş ve tecavüzün önlenmesi ve men’i yönünde karar verilmiştir⁶⁰³.

Marka hakkına karşı tecavüzü durdurma davası tecavüz süresi içerisinde açılacağı gibi tecavüz sona ermiş olsa bile tekrarlanmaması için önleme talebiyle açılacaktır⁶⁰⁴. Bu davalar bakımından zamanaşımı söz konusu olmayacaktır⁶⁰⁵.

Görevli ve yetkili mahkeme ise KHK m.63, SMK m.156’da belirtilmiştir. Buna göre davada Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri görevli olup, mahkemelerin yargı alanları yani yetkileri ise buldukları yer adalet komisyonlarının yargı çevresi ve mülhakatlarına göre belirlenecektir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince bakılır.

e. Tecavüzün Giderilmesi (Ref’i) Davası

Tecavüzün giderilmesi davası SMK m.149/1-c’de (KHK m.62/1-b) düzenlenmiştir. Tecavüze uğrayan taraf tecavüz neticesinde doğan sonuçların ortadan kalkmasını istediğinde bu davaya başvurur⁶⁰⁶. Bu davanın açılabilmesi için tecavüzün gerçekleşmiş olması yeterli olup, yeniden bir tecavüz oluşma tehlikesinin varlığı ya da tecavüzün sürekliliği aranmaz ve

⁶⁰⁰ Bozbel, s. 515; Çolak, s. 661.

⁶⁰¹ Yargıtay 11.HD., E.2008/11137, K.2010/2038, T.23.02.2010, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

⁶⁰² Bozbel, s. 515; Çolak, s. 741.

⁶⁰³ Yargıtay 11.HD., E. 2015/7636, K. 2015/9192, T. 14.9.2015, E.T.27.05.2017, www.kazanci.com.

⁶⁰⁴ Çağlar, s.123; Çolak, s.669.

⁶⁰⁵ Çağlar, s.123; Çolak, s.669; Kaya, s.283; Suluk, s. 375.

⁶⁰⁶ Bozbel, s. 515; Çağlar, s. 123; Çolak, s. 679; Suluk, s.375.

dava tecavüzden sonra açılacaktır⁶⁰⁷. Ayrıca davanın açılabilmesi için kusurun varlığı da aranmamaktadır⁶⁰⁸.

Bu dava marka sahibi tarafından açılacağı gibi, marka başvurusunda bulunan ve yaptığı başvuru resmi marka bülteninde yayınlanmış olan marka sahibi ile münhasır lisans sahibi tarafından açılacaktır⁶⁰⁹. Yani dava açabilecek taraflar men davası ile aynıdır. Davalı taraf ise tecavüze sebep olacak hareketi gerçekleştiren kişi ve hukuki halefleri olacaktır. Ancak bunun yanında malları taşıyan, dağıtan, satan, ithalatını yapan veya herhangi bir şekilde onları ticari hayata kazandıranların ise eylemleri malın tecavüz oluşturduğunu bilme ya da bilmesi gerekme halleri göz önünde bulundurularak taraf olurlar⁶¹⁰.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda marka hakkına tecavüz ettiği iddia edilmiş olan alan adı mülkiyetinin davacıya verilmesi ve tecavüzün ref'i istemi söz konusu olmuştur. Somut olayda mal ve hizmet sınıfı aynı olmasına karşın aynı hizmetler söz konusu olmadığı için tecavüz iddiası haksız bulunarak tecavüzün de olmadığı, buna bağlı olarak da ref'in gerçekleştirilemeyeceği kanaatine varılmıştır⁶¹¹.

Görevli ve yetkili mahkeme ise KHK m.63, SMK m.156'da belirtilmiştir. Buna göre davada Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri görevli olup, mahkemelerin yargı alanları yani yetkileri ise buldukları yer adalet komisyonlarının yargı çevresi ve mülhakatlarına göre belirlenecektir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince bakılır. Zira men davası ile hüküm aynı olup, ilgili SMK hükmü doğan tüm davaları kapsamaktadır. Bu bağlamda verilmiş olan bir Yargıtay kararında marka hakkına tecavüz ile haksız rekabetin tespiti, men'i, unvan terkinlerine ilişkin bir dava açılmıştır. Açılan dava yer itibariyle Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin bulunmaması sebebiyle Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmesi gerekmiştir. Buradaki uyuşmazlık ise görevsiz Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılması olmuş ve karar re'sen bozulmuştur⁶¹².

f. Tazminat Davaları

⁶⁰⁷ Bozbel, s. 516; Çağlar, s. 123; Çolak, s. 679.

⁶⁰⁸ Bozbel, s.516; Çağlar, s. 123; Çolak, s. 680; Kaya, s. 285.

⁶⁰⁹ Bozbel, s.516; Çağlar, s.123; Çolak, s.680.

⁶¹⁰ Bozbel, s. 515; Çolak, s. 681.

⁶¹¹ Yargıtay 11.HD., E. 2015/12854, K. 2017/1276, T. 6.3.2017, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

⁶¹² Yargıtay 11.HD., E. 2008/9575, K. 2010/4974, T. 6.5.2010, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

Maddi ve manevi tazminat davasını tecavüze uğrayan tarafın talep edebileceği hem KHK m.62/1-b hem de SMK m.149/1-ç’de ifade edilmiştir. Bununla beraber itibar tazminatı ise KHK’nın markanın itibarı başlıklı 68.maddesi altında, SMK’da ise m.150/2’de düzenlenmiştir.

aa. Maddi Tazminat Davası

Meydana gelen bir haksız fiil neticesinde zarara uğrayan kimse bu zararının tazmin edilebilmesi için haksız fiilden sorumlu olan kimselere karşı bir talepte bulunmaktadır⁶¹³. Burada zarar ile fiil arasında bir nedensellik bağı olduğu açıktır. Bu açıdan değerlendirildiğinde marka hakkına tecavüzü oluşturan fiiller esasında bir haksız fiil olduğundan, haksız fiil sorumluluğunun koşulları marka hakkına tecavüz nedeniyle tazminatın koşullarını da oluşturacaktır⁶¹⁴.

Tazminat talebinden söz edebilmek için SMK m.150’deki (KHK m.64) koşulların sağlanması gerekmektedir. Buna göre, SMK m.150/1 uyarınca tecavüz sayılan fiillerin gerçekleşmesi yani SMK m.29’da sayılan fiillerin gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁶¹⁵.

Gerçekleştirilen fiillerin kasti olarak gerçekleştirilmesi zorunlu olup⁶¹⁶, kastın belirlenmesinde ise normal insan standartları ve TTK m.18/2’deki basiretli iş adamı gibi hareket etme ilkesindeki özen beklenmektedir⁶¹⁷. Bu konuya ilişkin Yargıtay 11. HD.’nin 2016 tarihinde verdiği bir kararda⁶¹⁸, davacının uzun yıllardır kullanmış olduğu broşür, kartvizit gibi unsurlardaki tescilli markasını davalı, davacı markalarıyla iltibas oluşturur şekilde markasal kullanımı olduğu ve bunun da tecavüz oluşturduğuna ilişkin hak sahibi tespit, maddi ve manevi tazminat istemli bir dava açmıştır. Davada, “*TTK.’daki basiretli tacir kriteri, davacı markasına emsal olabilecek lisans bedelinin dosyaya sunulmaması dikkate alındığında itibar edilemeyeceği...*” de maddi tazminat davasının kabul edilmesinde bir kriter olarak Yargıtay tarafından dikkate alınmıştır.

Tecavüz eyleminin hiç gerçekleşmemiş olması halinde marka hakkı sahibinin ileride olacak olan malvarlığı ne olacaktıysa o muhtemelen kazanç yoksun kalınan kardır ve tazmin

⁶¹³ Bozbel, s. 516; Çağlar s. 124; Çolak, s. 687; Suluk, s.376.

⁶¹⁴ Bozbel, s. 516; Çağlar, s. 125.

⁶¹⁵ Bkz. 3.Bölüm I, B. Markaya Tecavüz Halleri (KHK m.61 / SMK m.29).

⁶¹⁶ Çolak, s. 690.

⁶¹⁷ Bozbel, s. 517; Çağlar, s.125.

⁶¹⁸ Yargıtay 11.HD., E. 2015/8460, K. 2016/5314, T. 11.5.2016, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

edilmesi gerekir⁶¹⁹. Zira her zaman malın tahrip olması gibi bir durum söz konusu olmaz ve mal değerinde bir azalma gerçekleşebilir. Bundan sebep de yoksun kalınan kazanç hususu ortaya çıkabilir.

SMK m.151/1 (KHK m.66/1) uyarınca markı hakkı sahibinin uğradığı zarar, fiili kaybı ve yoksun kalınan kazancı da kapsamaktadır. SMK m.151/2 uyarınca yoksun kalınan kazanç, zarar gören hak sahibinin seçimine bağlı olarak, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, elde ettiği net kazanç ya da bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli üzerinden değerlendirme yapılarak hesaplanacaktır. Bununla beraber maddenin devamına göre sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz halinde hakka ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında göz önünde bulundurulacaktır.

Yoksun kalınan kazancın arttırılması hususu ise SMK m.151/4'te (KHK m.67) ifade edilmiştir. Bu bağlamda m.151/4'e göre yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında tecavüz edenin net kazancı ya da lisans bedeline ilişkin değerlendirme yapılması yöntemlerinden birinin seçilmiş olması halinde, mahkemenin ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olduğu kanaatine varması halinde, kazanç hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verecektir. Yöntemler arasında seçim yapmak mülkiyet hakkı sahibine ait olmakla beraber, davanın başında hesaplama yöntemini seçmek zorunlu olmayıp, mahkeme kararından önce marka hakkı sahibi seçimini yapmak durumundadır⁶²⁰. Marka hakkı sahibinin seçim yapmaması halinde ise Yargıtay'ın bir içtihadında da yer verildiği üzere hak sahibinin seçimini açıklaması gerekmektedir. İlgili kararda hak sahibi maddi tazminata ilişkin dava açmış ve yoksun kalınan karını talep etmiş olmasına karşın dava dilekçesinde hangi hesaplama yöntemini seçtiğini belirtmemiştir. Bu nedenle de Yargıtay tarafından durum açıklattırılmıştır⁶²¹.

Yargıtay'ın hak sahibinin muhtemel gelirine ilişkin hesaplamalar hususunda vermiş olduğu bir kararda, hak sahibinin istemi haksız rekabetin önlenmesi ile maddi ve manevi tazminat davası olmuştur. İlgili kararda yapılmış olan hesaplamanın doğru olmamasından bahisle karar bozulmuştur⁶²². Tecavüz edenin elde ettiği gelire ilişkin Yargıtay'ın bir kararında ise hem iltibas hem de haksız rekabet gerçekleşmiş olduğundan, hak sahibi maddi

⁶¹⁹ Çolak, s. 692.

⁶²⁰ Bozbel, s. 520; Çağlar, s. 127; Çolak, s. 725.

⁶²¹ Yargıtay 11.HD., E. 2001/10185, K. 2002/2000, T. 07.03.2002, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

⁶²² Yargıtay 11.HD., E. 2008/6818, K. 2009/11270, T. 02.11.2009, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

tazminat talep etmiş ilk derece mahkemesi de bu yönde karar vermiştir. Yargıtay ise ürünlerin taklit olması ve davalının bundan gelir elde etmesinden bahisle kararı onamıştır⁶²³.

Lisans bedeline göre hesaplama hususunda ise, öncelikle yapılmış olan bir lisans sözleşmesi olması gerekir. Bu sözleşme üçüncü kişiyle yapılabileceği gibi mütevaciz ile de yapılmış olabilir. Burada marka hakkına tecavüz eden tarafın o markayı bir lisans sözleşmesiyle hukuka uygun yollarda kullanmış olması halinde ödeyeceği lisans bedeli esas alınarak hesaplama yapılmaktadır⁶²⁴. Uygun lisans bedeli tespitinde ise tecavüze konu olan markanın tanınmışlığı, itibarı, karıştırılma tehlikesinin kapsamı, tecavüzün süresi, marka değeri, daha önce yapılmış lisans sözleşmelerindeki bedel, eylemlerin türü gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır⁶²⁵. Bu bağlamda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, lisans bedelinin hesaplanması hususunda eksik incelemeye dayalı bir değerlendirme söz konusu olmuştur. Olayda lisans bedeli hesaplanmasında hak sahibinin cirosu değil, mütevacizin cirosu, üretim ile satış kapasitesi ve satabileceği miktarlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle de karar hakkaniyet ve menfaatler dengesine uygun olması gerekliliğince bozulmuştur⁶²⁶.

Davanın tarafları ise geniş anlamda marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi ve mütevaciz olarak karşımıza çıkmaktadır. Davacı açısından marka hakkı sahibi yalnızca tescil sahibi olan kimse değil, lisans alan da olabilmektedir. Davalı açısından ise mütevaciz yalnızca malı taklit eden ya da satan değil, ürünü üreten, satan, dağıtan, ticari hayata bir şekilde sunan, ithal eden ve elde bulduran kimseler de olabilmektedir.

bb. Manevi Tazminat Davası

Marka hakkı tecavüze uğrayan kişi kanundan doğan hakkı olan manevi tazminat istemini de maddi tazminatın yanında talep edebilecektir. Manevi tazminatın amacı hem marka sahibinin tecavüz nedeniyle ticari varlığında oluşan olumsuz sonuçları telafi etmek hem de potansiyel tecavüz ihtimallerine de caydırıcılık yaratmaktır⁶²⁷. Bunun yanında manevi tazminat ile pek tabii marka sahibinin kişisel olarak içinde bulunduğu durum, tecavüz neticesinde meydana gelen olaylardan ötürü duyduğu üzüntüyü giderme amacı da

⁶²³ Yargıtay 11.HD., E. 2015/4309, K. 2015/12738, T. 30.11.2015, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

⁶²⁴ Bozbel, s. 522.

⁶²⁵ Bozbel, s. 523; Çağlar, s. 129-130; Çolak, s.719.

⁶²⁶ Yargıtay 11.HD., E. 2013/6117, K. 2013/21847, T. 02.02.2013, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

⁶²⁷ Bozbel, s. 524; Çolak s. 730.

güdülmektedir⁶²⁸. Nitekim kişinin yıllarca emek verip tanıttığı markanın taklit ürünlerinin satılması hem kişinin ticari kariyerinde olumsuz sonuç doğuracak hem de kişinin emekleri söz konusu olduğundan kişisel olarak onu mağdur edecektir.

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde ise önemli olan husus tazminat talep eden tarafın zenginleşmemesi, tazminata mahkûm edilmiş olan tarafın ise ekonomik sıkıntıya düşmemesi yani menfaatlerin denkleştirilmesidir⁶²⁹. Bu noktada BK m.58'e göre değerlendirme yapılmaktadır ve tazminat hâkimin takdir yetkisindedir⁶³⁰. Bu yönde verilmiş bir Yargıtay kararına göre somut olayda tarafların sosyo-ekonomik durumları ve ürünlere ilişkin kriterler değerlendirildiğinde davalı aleyhine hükmedilmiş olan tazminat miktarı yüksek bulunmuştur. Bu nedenle de karar Yargıtay tarafından bozulmuştur⁶³¹.

Manevi tazminat davası marka sahibi veya onun halefi tarafından, mütecavize karşı açılabilir ancak onu kullanan kişiye karşı açılmayacaktır⁶³². Aynı şekilde davacı lisans alan da olamayacaktır⁶³³. Bununla beraber marka sahibinin tüzel kişi olması da manevi tazminat istemine engel teşkil etmeyecektir⁶³⁴.

cc. İtibar Tazminatı

KHK'nın markanın itibarı başlıklı 68.maddesi altında itibar tazminatı düzenlenmiştir. SMK m.150/2'ye göre ise tecavüzün gerçekleşmesi halinde, tecavüze konu olan ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi veya uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda marka hakkının itibarı zarara uğrarsa, bu nedenle marka hakkı sahibi ayrıca tazminat isteminde bulunulabilmektedir. Burada herhangi bir fiili zarardan bahsedilemeyeceğinden itibar tazminatı da bir yönü ile aslında manevi zarardan doğmaktadır.

Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararın somut olayında davacının tescilli ve tanınmış "Teflon" markası, davalılara ait tanınmış "Cif" markası ile birlikte, kendi üretimleri

⁶²⁸ Çağlar, s. 130; Suluk, s.377.

⁶²⁹ Çolak, s. 731.

⁶³⁰ "BK m.58 Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

⁶³¹ Yargıtay 11.HD., E. 2009/10022, K. 2011/2698, T. 14.03.2011, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

⁶³² Bozbel, s. 524; Çağlar, s. 130.

⁶³³ Çağlar, s. 130; Suluk, s. 377.

⁶³⁴ Bozbel, s. 524.

olan bulaşık süngerlerinin üstünde de “Teflon Süngeri” ibaresi kullanılmıştır. Davalıların bu kullanımının 68. madde hükmünde belirtilen şekilde, markanın kötü veya uygun olmayan bir kullanımı olarak kabul edilemeyeceğinden davacı lehine verilmiş olan itibar tazminatı hükmü bozulmuştur⁶³⁵.

İtibar tazminatının davacısı hakkı tecavüze uğramış kişi olurken davalısı ise hakka tecavüz eden kişi ile malın kötü üretimini yapan ve malı uygun olmayan şartlarda piyasaya süren kişiler müteselsilen olacaktır⁶³⁶.

C. Marka Hakkı İhlalinin Suç Sayıldığı Haller (KHK m.61/A / SMK m.30)

SMK m.30 (KHK m.61/A)'da marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler bulunmaktadır. SMK m.30 uyarınca, “(1) Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, 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.

(2) Marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

Maddenin devamı hükümlerince cezalandırılmanın mümkün olabilmesi için markanın Türkiye’de tescilli olması koşulu aranır. Ayrıca soruşturma ve kovuşturmanın başlatılması da şikâyete tabidir. Bununla beraber bir başkasının hak sahibi olduğu markanın taklit edilmesiyle üretilen malı satışa arz eden veya satan kişinin ilgili malı nereden temin ettiğini bildirerek üretenlerin ortaya çıkarılarak mallara en konmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

1. Korunan Hukuki Değer

⁶³⁵ Yargıtay 11.HD., E. 2013/17164, K. 2014/19040, T. 04.12.2014, E.T. 29.06.2017, www.kazanci.com.

⁶³⁶ Bozbel, s. 525; Çolak, s. 739.

SMK m.30/1 uyarınca marka hakkına iltibas veya iktibas suretiyle tecavüzün düzenlenmesi ile mal veya hizmet sahibinin, ilgili mal veya hizmetleri üzerindeki marka hakkının korunması amacı güdülmüştür⁶³⁷. Nitekim kanuna göre, marka hakkı tescille beraber doğacak ve tescilden doğan tüm haklar da o markanın sahibine ait olacaktır. Bu bağlamda kanun koyucu da marka sahibinin mal veya hizmetlerinin marka hakkına tecavüz edilerek üretimini, satışını ve halka arzını yasaklayarak, onun bu haklarını koruma altına almıştır. Bunun yanında korunan hukuki değer yalnızca marka sahibinin kişisel menfaatleri olmayıp aynı zamanda ticari rekabetin korunması ve tüketici haklarının da korunması olduğundan bu husus toplumun genelini ilgilendirerek ticari kamu düzeni ve ekonomiye ilişkin olan menfaatlerdir⁶³⁸.

SMK m.30/2 uyarınca ise, marka koruması olduğu gösterilmiş olan işaret yani işaretin ayırt ediciliği koruma altına alındığından korunan hukuki değer de budur.

SMK m.30/3' göre ise yetkisi olmayan kimselerin marka üzerinde tasarrufta bulunması yasaklandığından, marka üzerindeki tasarruf hakları korunan hukuki değer olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Suçun Unsurları

a. Maddi Unsur

aa. Fiil

Fiil SMK m.30⁶³⁹'da düzenlendiği üzere, bir başkasına ait olan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek o mal veya hizmeti mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak olup; bunlar seçimlik suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

İltibas suretiyle tecavüz, karıştırılma tehlikesine yol açılması neticesinde tecavüz olacaktır. Bunun varlığından sebep ilgili cezai hükümlerin uygulanabilmesi için fiili olarak karıştırılma tehlikesini aramak ve otonom bir yorum ile hareket edilmelidir⁶⁴⁰. Yani bu

⁶³⁷ Bozbel, s. 503; Yenidünya, Caner/İçer, Zafer, Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Digesta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 71.

⁶³⁸ Yenidünya / İçer, s. 72.

⁶³⁹ KHK m.61/1-A'da ise yalnızca üretmek, satışa arz etmek ve satmak fiilleri yer almaktaydı.

⁶⁴⁰ Bozbel, s. 505.

bağlamda, markanın tamamı itibariyle tüketicide bıraktığı izlenim ve mal veya hizmetin bütününe halim olan görünüş ve ayırt ediciliğini vurgulayan asıl unsur üzerinde inceleme yapılarak karıştırılma tehlikesinin varlığı değerlendirilerek tecavüzün varlığı ya da yokluğu hususunda karar verilmelidir⁶⁴¹.

Bunun yanında, tüketicinin ilgili mal veya hizmetlerin birbirinden farklı iki markaya ait olduğunun idrakinde olmasına karşın bu markaların aynı kişiye ait olduğunu sanmaları ya da mal veya hizmetleri üreten işletmelerin arasında idari ve/veya ekonomik herhangi bir bağ bulunduğu düşüncesine kapılmaları SMK m.30 kapsamında değerlendirilmemelidir⁶⁴².

Değerlendirme yapılırken bir uzman görüşüne ihtiyaç duyulacağından ötürü CMK m.63/1⁶⁴³ kapsamında bilirkişiye başvurulması gerekmektedir⁶⁴⁴. Nitekim bu yönde verilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına göre de davaya konu olan somut olay KHK m.9 ve 61'e göre değerlendirileceğinden tecavüzün varlığı hususunda inceleme yapılması gerekmiş ve bu incelemenin gerçekleştirilebilmesi için bilirkişiye başvurulması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁴⁵.

Mal veya hizmetin üretilmesi hususunda ise mal veya hizmetin satışa arz edilmeye uygun hale gelmesi ile mal üretilmiş olacak olup; suçun oluşabilmesi için malın mutlaka satışa arz edilmesi ya da satılması gerekmektedir ki malın bizatihi üretilmesi seçimlik hareket olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁴⁶.

KHK kapsamında eşyaların elde bulundurulması, depolanması gibi hususlar suç kapsamında sayılmazken şu an SMK'da bu hususlar suç kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın 2012'de vermiş olduğu bir kararda sanığın ilgili eşyaları elde bulundurmasını suç sayan herhangi bir hüküm bulunmaması göz önünde bulundurulması suretiyle hüküm kurulmuştur⁶⁴⁷. Ancak SMK kapsamında verilecek kararlar pek tabii bundan farklı olacaktır.

SMK m.30/2'de marka koruması olduğunu belirten işaretin yetki olmaksızın kaldırma fiili hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda bir markanın tescilli olduğunu uluslararası

⁶⁴¹ Yenidünya/İçer, s. 76-77.

⁶⁴² Bozbel, s. 505.

⁶⁴³ "Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir."

⁶⁴⁴ Yenidünya/İçer, s. 86.

⁶⁴⁵ Yargıtay CGK., E. 2005/7-143, K. 2005/169, T. 27.12.2005, E.T.20.05.2017, www.kazanci.com.

⁶⁴⁶ Yenidünya/İçer, s. 89-90.

⁶⁴⁷ Yargıtay 7.CD., E.2012/258, K. 2012/145, T. 17.01.2012, E.T. 21.05.2017, www.kazanci.com.

düzlemde “®” veya “TM”⁶⁴⁸ işaretleriyle gösterilmekte ve bu durum tüketici nezdinde bir güven bir kalite fonksiyonu yaratmaktadır⁶⁴⁹. Bu bağlamda, madde hükmüne göre eşya ya da ambalajın üzerinden tescili simgeleyen işaretlerin kaldırılması için bu suç tipi gerçekleşecek ve netice aranmayacağından ötürü suç sırf hareket suçu olarak karşımıza çıkacaktır⁶⁵⁰.

SMK m.30/3 uyarınca, yetkisiz olunmasına karşın marka hakkını devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunma eylemlerinin her biri yaptırıma bağlandığından, suçu meydana getiren fiiller bunlardır. Bu seçimlik hareketlerin herhangi birinin icrası halinde suç gerçekleşecektir.

bb. Fail

Suçun faili SMK m.30/1⁶⁵¹’de düzenlendiği üzere, bir başkasına ait olan marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek o mal veya hizmeti mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak eylemlerini gerçekleştiren herkes olabilir.

TCK m.20/2 uyarınca tüzel kişiler işlenen bir suçun faili olamazlar. Ancak KHK m.61A/4 ve SMK m.30/4 uyarınca ilgili suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine⁶⁵² hükmolunur. Bununla beraber şirket yöneticilerinin veya temsilcilerinin tüzel kişilikte işlenen suç bağlamında sorumluluğuna gidilebilmesi için fiili bizzat kendisinin işlemesi ya da azmettiren veya yardım eden sıfatlarıyla iştirak etmesi gerekmektedir⁶⁵³.

SMK m.30/2 ve 3’te de suçun faili herkes olabilecektir.

cc. Mağdur

SMK m.30 kapsamında Marka hakkına tecavüz edilen her kişi mağdur olarak değerlendirilecektir. Markı hakkı hem gerçek hem de tüzel kişiye ait olabileceğinden mağdur

⁶⁴⁸ “®” temel olarak tescilli işaretleri gösterirken “TM” ise tescilli olmayan ancak kullanılan markalar için trademark ifadesinin kısaltılmışı olarak kullanılmaktadır. Bozbel, s. 507.

⁶⁴⁹ Bozbel, s. 507; Yenidünya/İçer, s. 124.

⁶⁵⁰ Yenidünya/İçer, s. 125.

⁶⁵¹ KHK m.61/1-A’da ise yalnızca üretmek, satışa arz etmek ve satmak fiilleri yer almaktaydı.

⁶⁵² TCK m.60 uyarınca faaliyet iznini iptali ve müsadere.

⁶⁵³ Yenidünya/İçer, s. 95.

da hem gerçek hem de tüzel kişi olabilecektir. KHK ve SMK'nın 3.maddesinde ise marka korumasından yararlanabilecek olanlar ayrı ayrı sayılmıştır.

Buna göre, SMK ile sağlanan korumadan; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler, Paris Sözleşmesi veya 15/4/1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler ve karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyuğundaki kişiler, yararlanabileceklerdir.

dd. Suçun Konusu

SMK m.7 uyarınca marka koruması tescille elde edilebileceğinden suçun konusunu tescil edilmiş olan marka oluşturmaktadır.

b. Manevi Unsur

SMK m.30'da meydana gelmiş olan suçların gerçekleşebilmesi ancak ki bir kasta bağlı olacak yani fiili gerçekleştiren kişi bunu bilerek ve isteyerek yapmış olacaktır. Ancak bu hususlarda yanılan kişi TCK m.30/1 uyarınca kasten hareket etmiş olarak sayılmayacaktır.

Uygulamada bu suç tipinde failin mesleği, hangi alanda ticaret yaptığı gibi pek çok hususa bakarak suça konu olmuş mal veya hizmetlerin iltibas edilip edilmediği tespit edilmektedir⁶⁵⁴. Bu bağlamda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda taklit olan ürünleri satışa arz ettiği sırada şikâyet neticesinde ürünlere el konmuştur. Fail giyim işi ile uğraştığı için ilgili malları ayırt edebilecek niteliğe sahiptir. Buna karşın ilk derece mahkemesi faile suç unsurlarını gözetmeden beraat kararı vermiştir. Ancak Yargıtay kişinin mesleği işlenen suç ile bağlantılı ve husus bilirkişi raporu ile belgeli olduğundan bozma kararı vermiştir⁶⁵⁵. Yargıtay'ın vermiş olduğu başa bir kararda ise ilgili iş kolunda faaliyet gösteren sanıkların tescilli ürünleri nereden satın alacaklarını bildikleri aşikardır. Bu bağlamda biçilen fiyata göre ilgili malların taklit olduklarını da bildikleri bilirkişi raporunda da ifade edilmiştir. Atılı suçtan mahkûmiyet yerine beraat kararı verilmesini Yargıtay bozmuştur⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ Yenidünya/İçer, s. 104.

⁶⁵⁵ Yargıtay 7.CD, E. 2003/10406, K. 2004/10545, T. 04.10.2004, E.T. 20.05.2017, www.kazanci.com.

⁶⁵⁶ Yargıtay 7.CD, E. 2012/30120, K. 2013/19255, T. 03.10.2013, E.T. 20.05.2017, www.kazanci.com.

3. Yaptırım

SMK m.30/1 uyarınca marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun oluşması halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır.

SMK m.30/2 uyarınca marka koruması olan işaretin yetkisizce kaldırılması suçunun oluşması halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır.

SMK m.30/3 uyarınca ise başkasına ait bir marka üzerinde tasarrufta bulunulması suçunun oluşması halinde ise iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır.

4. Yargılama

SMK m.30/6 (KHK m.61/1-6) uyarınca marka hakkına tecavüz oluşturan suçların araştırması şikâyete tabiidir. Şikâyet hakkına tescilli marka üzerinde hak sahibi olan kişi yani mağdur statüsünde olan kişi sahiptir. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda sanıklar hakkındaki şikâyetten vazgeçilmesi ve suç takibinin şikâyete bağlı suçlardan olması nedeniyle TCK m.73 uyarınca yeniden inceleme yapılarak hukuki durumlarının değerlendirilmesi sonucuna varılmıştır⁶⁵⁷.

TCK m.73/1 uyarınca ise marka hakkına tecavüz edilmiş olan kimse eğer altı ay içerisinde şikâyette bulunmazsa soruşturma ve kovuşturma yapılmayacaktır. Maddenin 2.fıkrası uyarınca ise zamanaşımı süresini geçmemek kaydıyla şikâyete hakkı olan kimsenin fiil ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği tarihten itibaren bu süre başlayacaktır. Bu altı aylık öngörölmüş olan süre hak düşürücü süredir. Yargıtay'ın bu bağlamda vermiş olduğu kararlarda öngörölmüş olan zamanaşımı sürelerinin geçmesinden ötürü davaların ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Yargıtay 7.CD, E. 2009/3197, K. 2011/23234, T. 30.11.2011, E.T. 27.05.2017, www.kazanci.com.

⁶⁵⁸ Yargıtay 7.CD, E. 2012/565, K. 2012/97, T.17.01.2012, Yargıtay 7.CD, E. 2012/558, K. 2012/136, T. 17.01.2012, E.T. 27.05.2017, www.kazanci.com.

KHK m.71 uyarınca bu kararnamede öngörölmüş suçlar kapsamında açılacak ceza davalarında görevli mahkeme ihtisas mahkemeleri⁶⁵⁹ olarak belirlenmiştir. SMK m.156 uyarınca ise, bu kanunda öngörölen davalarda görevli olan mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye ceza mahkemesince bakılır.

II. Tescilsiz Marka Yönünden

A. Genel Olarak

Tescilsiz markaların korunmasına ilişkin özel bir mevzuat daha önce de belirtildiği üzere bulunmamaktadır. Tescilsiz bir markayı kullanırken, ilgili markanın aynı veya benzerinin başkaları tarafından tescil edilmek istendiğini öğrenen hak sahibinin SMK'dan yararlanamamış veya yararlanmasına karşın haklarının korunmasını tam olarak sağlayamamış olması halinde TTK'nın haksız rekabet hükümlerine başvurabilmesi mümkündür⁶⁶⁰.

Bu bağlamda TTK m.56 vd. hükümleri tescilsiz markaları da koruyan düzenlemeleri içermektedir. Kanunun 58-63. maddelerinde haksız rekabetten kaynaklanan hukukî sorumluluk ve bundan kaynaklanan davalara ilişkin düzenlemeler, m.64'te ise cezai sorumluluk bulunmaktadır. Ayrıca TTK m.55'te dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden davranışlar da haksız rekabet oluşturan hususlar olarak ifade edilmiştir.

B. Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Açılabilir Davalar

Karıştırılma tehlikesi daha önce de belirtildiği üzere çoğu zaman hem SMK kapsamında hem de TTK kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda ise TTK'da belirtilen haksız rekabet hukuku kuralları uygulanmış ve karıştırılma tehlikesi haksız rekabet davalarına da konu olmuştur.

1. Hukuki Yönden

⁶⁵⁹ Maddenin devamına göre asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirleyecektir.

⁶⁶⁰ Arslan, s.1.

TTK m.56 uyarınca haksız rekabet nedeniyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar görmüş ya da zarar görme tehlikesi ile karşılaşabilecek olan kişi; fiilin haksızlığının tespitini, haksız rekabetin men'ini, haksız rekabetin sonucunda oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasını veya yanıltıcı beyanlar mevcutsa bunların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz olması halinde haksız rekabeti sağlayan şeylerin imhasını, kusur halinde zarar tazminini ve BK m.58'deki şartların oluşması halinde ise manevi tazminat talep edilebilecektir.

a. Genel Hususlar

Haksız rekabetten doğan davalar genel hükümler olan HMK m.2 ve 16⁶⁶¹ uyarınca görevli Asliye Ticaret mahkemelerinde görülürler. Yetki hususu kamu düzenini ilgilendirmediği gibi, ilk itiraza tabidir.

Haksız rekabet iddiası ile mahkemeye başvurabilecek kişiler şöyledir: ekonomik çıktıları zarar görmüş olanlar; zarar tehlikesiyle karşılaşma tehlikesi olan müşteriler; ticari ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar; tüzükleri uyarınca üyelerinin ekonomik menfaatlerini koruma yetkisi olan mesleki ve ekonomik birlikler; tüzükleri uyarınca tüketicilerin menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal niteliği olan kurumlar⁶⁶².

TTK m.56/4 uyarınca haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur. Bu bağlamda bu hüküm bir şirketin ünvanının veya markasının haksız olarak kullanılması neticesinde bu durumu bilmeyerek o ürünleri elde eden veya pazarlayanlardan alınması halinde dahi marka, ünvan vb. hususlar nedeniyle tecavüzün önlenmesine ilişkin karar; ilgili haksızlığı bilmeyerek ticari amaçları malları temin eden kişi hakkında da davada taraf olmasa dahi uygulanacaktır⁶⁶³.

⁶⁶¹ Asliye hukuk mahkemelerinin görevi

MADDE 2- (1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.

(2) Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir.

Haksız fiilden doğan davalarda yetki

MADDE 16- (1) Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

⁶⁶² Camcı, s. 155; Güneş, Davalar, s. 346-347; Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku (Ticari), 27. Baskı, Konya 2015, s. 257-258; Noyan/Güneş, s. 750.

⁶⁶³ Noyan/Güneş, s. 750-751.

Ancak burada mağdur olmuş olan üçüncü kişiler uğradıkları zararlar nedeniyle haksız rekabet eylemini gerçekleştiren esas kişiye rücu edebilirler⁶⁶⁴.

TTK m.57’de ise adam çalıştıranın sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, haksız rekabet, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından gerçekleştirilmiş olursa 56.maddenin ilk fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar olan haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ve giderilmesi davaları adam çalıştıranlara karşı da açılabilir. Haksız rekabetten doğan tazminat davalarının açılması hususunda ise BK hükümlerinden yararlanılacaktır. BK m.66 uyarınca adam çalıştıran tazminat davasında sorumluluktan kurtulabilecektir. Buna göre adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmayacaktır.

TTK m.58’de ise haksız rekabetin her türlü basın yayın iletişim ve bilişim kuruluşlarıyla; ileride gerçekleşecek teknik gelişmelerle faaliyete başlayacak kurucular aracılığıyla işlenmesi halinde uygulanacak hususlar yer almaktadır.

TTK m.60’da ise zamanaşımı düzenlenmiştir. Şöyle ki; *“56 ncı maddede yazılı davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, haksız rekabet fiili aynı zamanda 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur.”* Zamanaşımı hak düşürücü süre olmayacağından karşı taraf zamanaşımı def’ini ileri sürmediği sürece hâkim tarafından re’sen dikkate alınmayacağından, süre solmuş olsa dahi dava açılabilir⁶⁶⁵. Ancak haksız rekabet devam ettiği sürece zamanaşımı her gün yeniden işlemeye başlayacak ve yeniden dava açma hakkı doğacak; mağdur ise geriye doğru sınırlı bir yıl için maddi zararlarını temin edebilecek; daha öncesine ait maddi tazminat hakkı zaman aşımına uğrayacaktır⁶⁶⁶.

Hukuka aykırı fiillerin devam etmesi halinde zamanaşımı işlemeyecek ancak sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin hükümler de saklı olacaktır⁶⁶⁷. Hak sahibinin ise her ne kadar zamanaşımı işlemiyor olsa da hukuka aykırı fiillerin durdurulması için kullanabileceği

⁶⁶⁴ Noyan/Güneş, s. 751.

⁶⁶⁵ Noyan/Güneş, s. 754.

⁶⁶⁶ Karahan, s. 261; Noyan/Güneş, s. 754.

⁶⁶⁷ Güneş, Davalar, s. 409.

haklarını MK m.2'ye uygun bir sürede kullanması gerekmektedir⁶⁶⁸. Bu hususta esas alınan ölçütler ise, davacının tescilli ya da tescilsiz olan bir hakkının bulunması ve bu hakkın rekabet içerisinde olduğu davalıya göre öncelikli olması yani daha önceki bir tarihte doğmuş, kullanılmış olması gerekmektedir⁶⁶⁹. Sessiz kalınmaya ilişkin süre herhangi bir yasayla hükme bağlanmamış olmakla beraber, bilinirlik, yapılan reklamlar, faaliyet süresi vb. hususlar ile ölçülebilir olarak değerlendirilmiştir⁶⁷⁰.

b. Haksız Rekabetin Tespiti Davası

Tespit davasında hukuki yarar bulunması ön şartı ile beraber haksız rekabet şeklinde olan hukuki ilişkinin saptanması sağlanarak, haksız rekabetin dava açıldığında devam etmesi aranmaksızın ortaya çıkmış olması yeterlidir⁶⁷¹. Burada haksız rekabet suretiyle karıştırılma tehlikesine sebep olan tarafın ticari faaliyeti, işletmesi, mal veya hizmetleri; diğerininki ile karşılaştırılarak TTK m.56 hükümlerine hükmolunacaktır⁶⁷². Bu davayı yalnızca hukuki yararı olan kişi açabilecektir⁶⁷³.

Hukuk davalarındaki eda davasının açılacağı hallerde tespit davasının açılmamasına ilişkin olan ilke burada geçerli olmayıp, yasada açıkça haksız rekabetin mahkeme kararınca tespit edilebileceği hükme bağlanmış ve bu tespitin daha sonra açılacak eda davaları için de güçlü bir delil oluşturacağı aşikardır⁶⁷⁴. Bunun yanı sıra tespit davası, haksız rekabetin önlenmesi, maddi ve manevi tazminat davaları ile de açılabilir⁶⁷⁵.

c. Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası

TTK m.56/1-b uyarınca haksız rekabete uğrayan taraf haksız rekabetin önlenmesini talep edebilecektir. Bu dava haksız rekabetin devam etmesini ya da yinelenmesini önlemek amacıyla açılan bir dava olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda mahkeme de haksız rekabetin durdurulması ya da önlenmesi yönünde karar verecektir. Koruyucu ve önleyici

⁶⁶⁸ Güneş, Davalar, s.409; Noyan/Güneş, s. 755.

⁶⁶⁹ Karahan, s. 262; Noyan/Güneş, s. 755.

⁶⁷⁰ Güneş, Davalar, s.409; Noyan/Güneş, s. 755.

⁶⁷¹ Güneş, Davalar, s. 380.

⁶⁷² Camcı, s. 156.

⁶⁷³ Noyan/Güneş, s. 757.

⁶⁷⁴ Güneş, Davalar, s. 380; Karahan, s. 254.

⁶⁷⁵ Noyan/Güneş, s. 757.

nitelikte olan bir davadır. Haksız rekabete neden olan eylemin sürekli devam etmesi halinde ise zamanaşımı işlemeyecektir⁶⁷⁶.

Davacının markası ile haksız rekabetin oluşmuş olması halinde ilgili markanın tescil edilip edilmemiş olması da ayrıca farklı sonuçlar doğuracak olup markanın tescilli olması halinde iptal ve terkinin talep edilecektir⁶⁷⁷. Kesinleşen davanın sonucunda haksız rekabete neden olan fiilin icra edilmesi men edilmiş olacaktır⁶⁷⁸. Bunun yanında kurulmuş olan bu hüküm hem ilgili eylemi kapsayıcıdır hem de ilgisiz unsurları da dışlayıcı nitelik ve açıklıkta düzenlenmesi gereken bir hüküm olacaktır⁶⁷⁹. Bu bağlamda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda, “beyaz balon” ibaresinin marka ve işletme adı olarak kullanıldığı anlaşılmış; unvan olarak kullanımın marka hakkına tecavüz oluşturmayacağı ancak unvan dışı kullanımların tecavüz teşkil edeceği açık bir şekilde ifade edilmiştir⁶⁸⁰.

Bunun yanında marka ve/veya tasarım görsellerine ilişkin hususlar da HGK önüne gelmiş ve 11. HD vermiş olduğu kararda görsellerin bulunmasının tereddütte neden olarak yeni uyumsuzluklara neden olabileceği kanaatinde olmuş; HGK ise marka ve tasarımların renk boyut vb. özelliklerinden yoksun olarak gerekçeli kararlara yansıtılması halinde eksiklik olacağından bahisle yanıltıcı sonuçlar doğacağını ifade etmiştir⁶⁸¹.

Yapmama edimleri İİK m.30/3⁶⁸² uyarınca yerine getirilmekte olup, İİK m.343⁶⁸³’e göre ise aksi davranışın yaptırımını hükmolunur. Bunun yanında ise dava sonucunda ihtiyadi tedbir kararı çıkmış ise bu karara uymamanın sonucunda HMK’nın tedbire muhalefetin cezası balıklı 398.maddesi⁶⁸⁴ uyarınca disiplin ve hapis cezası öngörülmüş olup, tedbir kararını veren mahkeme bu hususta da görevli ve yetkilidir.

⁶⁷⁶ Güneş, Davalar, s. 380-381; Karahan, s. 255.

⁶⁷⁷ Camcı, s. 162-163.

⁶⁷⁸ Camcı, s. 163; Güneş, Davalar, s. 380; Noyan/Güneş, s. 757.

⁶⁷⁹ Güneş, Davalar, s. 381.

⁶⁸⁰ Yargıtay 11. HD, E. 2008/11380, K. 2010/1952 T. 22.02.2010, E.T. 20.06.2017, www.kazanci.com.tr.

⁶⁸¹ YHGK, E.2013/11, K. 2015/34, T. 14.01.2015, E.T. 20.06.2017, www.kazanci.com.tr.

⁶⁸² İİK m.30/3; İlam, bir işin yapılmamasına mütedair olduğu takdirde icra dairesi tarafından ilamın hükmü borçluya aynı müddetli bir emirle tebliğ olunur. Bu emirde ilam hükmüne muhalefetin 343. maddedeki cezayı müstelzim olduğu yazılır.

⁶⁸³ İİK m.343; Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar taziyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.

⁶⁸⁴ HMK m.398- (1) İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir.

Davacının zarar görme tehlikesinin olduğu hallerde bu davanın açılması tespit davasına göre daha faydalı olacak ve dava açma hakkı, ilgili tehlikenin sona ermesi veya sessiz kalma nedeniyle dava hakkının düşmesi hususlarıyla sona erecektir⁶⁸⁵.

d. Haksız Rekabetin Giderilmesi ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması

Haksız rekabetin giderilmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması talebi TTK m.56/1-c ile koruma altına alınmıştır. Bu sonuçların giderilmesi, taklit edilmiş olan malların imha edilmesi, malların toplanması, tabelaların indirilmesi, unvanların silinmesi, afişlerin kaldırılması gibi hususlar ile gerçekleştirilebilir. Bunların yanında haksız rekabet eylemi kötüleme, yanlış beyanlar gibi hususlar ile meydana getirilmişse davada bu beyan ve davranışların düzeltilmesi yönünde de karar verilecektir⁶⁸⁶. Bu karar TTK m.61 hükmüne göre verilecektir. Madde hükmü, mahkeme davayı kazananın talebi olması halinde kararın kesinleşmesinden sonra ilanına da karar verebilir ve ilan masrafları kaybedenden alınacağı gibi; ilanın şekil ve kapsamını ise hâkimin tayin edebileceğini düzenlemektedir. Ancak ilanın talep edilmesi hâkimin bu yönde karar vermesini zorunlu hale getirmemekle beraber davanın red kararının ilan edilmesi yönünde karar verilebilmesi için davalının esasa cevap dilekçesinde bu talebine yer vermesi gerekmektedir⁶⁸⁷.

Yukarıda sayılmış olan hususların gerçekleştirilmesi icrai bir husustur. Nitekim bunların gerçekleşmesi için ilamların icraya konmasının gerekli olmasından bahisle, kararın kesinleşmesi şarttır⁶⁸⁸.

e. Maddi ve Manevi Tazminat Davası

aa. Maddi Tazminat Davası

TTK m.56/1-d uyarınca haksız rekabetten doğan zarar ve ziyan tazmin edilecektir. Haksız rekabete uğrayan kişi, buna maruz kalmadan önceki mal varlığı durumu ile sonrakinin arasındaki negatif fark olan zararın para veya sair araçlarla tazmin edilmesini bu dava ile talep edebilmektedir⁶⁸⁹. Bu talebin gerçekleştirilebilmesi için haksız rekabete uğrayan kişi, yapılan hareketin sonucunda bir zarar oluştuğunu ve bu zarar ile hareket arasında bir illiyet bağının

⁶⁸⁵ Karahan, s. 255.

⁶⁸⁶ Güneş, Davalar, s. 386; Karahan, s. 256; Noyan/Güneş, s. 758.

⁶⁸⁷ Noyan/Güneş, s. 758.

⁶⁸⁸ Camcı, s. 164.

⁶⁸⁹ Camcı, s. 163; Güneş, Davalar, s. 387.

olduğunu ispatlamak durumundadır⁶⁹⁰. Bunun yanında maddi tazminat talebi için kusur şartı da aranmaktadır⁶⁹¹. Ticari defterler ve belgeler incelenerek haksız rekabetin yol açtığı zarar hesaplanır⁶⁹². Ancak haksız rekabet nedeniyle uğranılmış kusurun tam olarak belirlenememesi halinde BK'nın 50. ve 51. maddelerinden⁶⁹³ yararlanılacaktır.

TTK m.56/1 son cümlesi uyarınca hâkime haksız fiil sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülmüş olan menfaatin karşılığında dahi hükmedebilme yetkisi verilmiştir. Ancak bu yetkinin davacının haksız rekabetten ötürü elde edemediği menfaatler üzerinden, karşı tarafın elde ettiği menfaatler bağlamında hesaplanmalı aksi halde davalının ilgili süreçte elde ettiği tüm menfaatlere hükmedilmesi anlamına gelecektir ki böyle bir husus mümkün değildir⁶⁹⁴.

Sınai mülkiyetten doğan hak ihlalleri neticesinde açılacak olan tazminat davalarında ise davacının istediği tazminat niteliğini, tazminatın fiili olan kayba ilişkin olup olmadığının belirtilmesi ve yoksun kalınan kar miktarının hesaplanmasında hangi yöntemi tercih edeceğini de ortaya koyması gerekmektedir⁶⁹⁵. KHK m.66 ve SMK m.151'de yoksun kalınan kazanç başlığına sahip her iki maddede de hak sahibinin uğradığı zararın, fiili kaybı ve yoksun kalınan kazancı kapsadığı ifade edilmiş ve hesaplanması da ayrıca belirtilmiştir⁶⁹⁶.

Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararda, davacının markasının ilk defa onun tarafından kullanılıp lanse edildiği ve davalının da bundan yararlanması nedeniyle iltibas suretiyle haksız rekabet oluştuğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle de ilk derece mahkemesinin verdiği maddi tazminat kararını onamıştır.⁶⁹⁷

bb. Manevi Tazminat Davası

⁶⁹⁰ Camcı, s. 167; Noyan/Güneş, s. 758.

⁶⁹¹ Camcı, s. 167; Noyan/Güneş, s. 758.

⁶⁹² Güneş, s. 319; Noyan/Güneş, s. 758-759.

⁶⁹³ II. Zararın ve kusurun ispatı

MADDE 50- Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

III. Tazminat

1. Belirlenmesi

MADDE 51- Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

⁶⁹⁴ Karahan, s. 256.

⁶⁹⁵ Güneş, Davalar, s. 388.

⁶⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. 3.Bölüm, I, B, 3, ff, aa. Maddi Tazminat Davası.

⁶⁹⁷ Yargıtay 11.HD., E. 2000/553, K. 2000/1512, T.28.02.2000, E.T. 20.06.2017, www.kazanci.com.tr.

TTK m.56/1-e uyarınca BK m.58⁶⁹⁸'deki şartların oluşması halinde manevi tazminata hükmedilecektir.

Manevi zarar, kişinin mal varlığının dışında olan değerlerine yani manevi varlığına yapılmış olan saldırıdan doğduğundan; bu zararı doğrudan gidermek mümkün olmayıp zarar verene ödenecek miktar zarar gören kişinin acılarını dindirecek şekilde ayarlanacaktır⁶⁹⁹. Ancak bunun yanı sıra manevi tazminat maddi zarar ile elem ve acı çekilmesine de bağlıdır⁷⁰⁰. Haksız rekabetten doğan manevi zararlar genel olarak kişisel, mesleki ya da işletme itibarı ve iktisadi menfaatler olarak değerlendirilebilir⁷⁰¹. Bu bağlamda haksız rekabetten doğan manevi tazminat istemini hem gerçek hem de tüzel kişiler ileri sürebilmektedir⁷⁰².

Manevi zarar ve tazminat birbirinden ayrılamaz nitelikte olup, manevi zarar, kusurun bulunması ve nedensellik bağlarının kanıtlanması halinde talep edilerek maddi tazminat davasından farklı olarak fazla hakkı saklı tutulmak suretiyle kısmi taleple açılmaz⁷⁰³. Miktarın belirlenmesi noktasında ise her somut olayda şartlar birbirinden farklı olacağından objektif olarak ilgili olaya göre belirlenmesi gerekmektedir⁷⁰⁴.

f. Haksız İhtiyati Tedbir Nedeniyle Tazminat

İhtiyati tedbirler TTK'nın 61.maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası uyarınca *“Dava açma hakkını haiz bulunan kimsenin talebi üzerine mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir.”*

⁶⁹⁸ 3. Kişilik hakkının zedelenmesi

MADDE 58- Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

⁶⁹⁹ Güneş, Davalar, s. 393; Karahan, s. 257; Noyan/Güneş, s. 760.

⁷⁰⁰ Güneş, Davalar, s. 393.

⁷⁰¹ Camcı, s. 169.

⁷⁰² Güneş, Davalar, s. 393.

⁷⁰³ Camcı, s.169.;Güneş, Davalar, s. 393.

⁷⁰⁴Güneş, Davalar, s. 320, 22.6.1966 gün ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde de manevi tazminatın miktarının belirlenmesindeki özel şartlar gösterilmiştir. Noyan / Güneş, s. 760-761.

Bir koruma tedbiri olan ihtiyati tedbirden ötürü zarar gören tarafın tazminat açması halinde HMK m.399'a göre lehine ihtiyati tedbir kararı verilmiş olan taraf, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır ya da tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılırsa haksız ihtiyati tedbir kararı nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlü olur. Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır. Tazminat davası açma hakkı ise hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren, bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması halinde cezaya sebebiyet veren haksız rekabete konu olmuş mallara ithalat ve/veya ihracat sırasında hak sahibinin de talebiyle gümrük idarelerince ilgili mevzuatlarına uygun ihtiyati tedbir niteliğinde el koyma gerçekleşebilir ve on gün içinde ilgili mahkemede dava açılmaz veya ihtiyati tedbir kararı alınmazsa da idarenin el koyma kararı ortadan kalkacaktır⁷⁰⁵.

İhtiyati tedbirden doğan tazminat davalarına ilişkin emsal karar olarak nitelendirilen karara göre ise, bu tazminat sorumluluğu Yargıtay tarafından kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmiştir⁷⁰⁶.

2. Cezai Yönden

Haksız rekabetin önlenmesi için yalnızca hukuki çarelerle yetinilmemiş aynı zamanda ceza düzenlemeler de yapılmıştır. Haksız rekabetin önlenmesinde bir kamu yararı gözetilmesinden ötürü ceza hukuku da haksız rekabet alanında rol almıştır⁷⁰⁷. Suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince yalnızca TTK m.55'te yapılan sayım ile haksız rekabet halleri cezai uygulamada sınırlı olarak değerlendirilecektir⁷⁰⁸. TTK m.62⁷⁰⁹'deki eylemler seçimlik

⁷⁰⁵ Noyan/Güneş, s. 761.

⁷⁰⁶ Yargıtay 11.HD., E. 2008/4415, K. 2008/6680, T.21.05.2008, E.T. 20.06.2017, www.kazanci.com.tr.

⁷⁰⁷ Güneş, Davalar, s. 422.

⁷⁰⁸ Karahan, s. 263.

⁷⁰⁹ C) Ceza sorumluluğu

I - Cezayı gerektiren fiiller

MADDE 62- (1) a) 55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,

b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler,

c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,

d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

hareketli suçlar olup bunlar hakkında soruşturulma başlatılabilmesi için şikâyet gerekmekte olup, hak sahibince yapılmış geçerli bir şikâyeti yokluğu halinde ise şikâyet düşürülmelidir⁷¹⁰. TCK m.73 uyarınca ise, dava açmaya hakkı olan kişinin fiil ve failin kim olduğundan haberdar olduğu günden itibaren altı ay içinde şikâyetini yapması gerekmektedir.

Şikâyet hakkına sahip olanlar ise TTK m.56/1’de ifade edilmiş olan haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimselerdir. AY m.38 uyarınca cezaların şahsiliği ilkesi söz konusu olduğundan tüzel kişileri şikâyet edilerek fail olması mümkün değildir. Bu bağlamda TTK m.63 uyarınca, tüzel kişilerin işlerini görmeleri sırasında bir haksız rekabet fiilinin işlenmesi halinde TTK’nın 62.madde hükmü, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanır. Haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebilir.

SONUÇ

Türk Hukukunda marka hakkı mutlak bir hak olmaktır. Marka sahibine o markayı kullanma, yararlanma ve marka üzerinde tasarrufta bulunma hususlarında inhisari hak ve yetkiler sağlamaktadır. Markalar üzerindeki hak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu uyarınca; tescil yoluyla elde edilmektedir. Marka hakkı ve buna ilişkin istisnalar SMK'nın 7.maddesinde ifade edilmiştir. İfade edilen tescil kurucu etkisi olan tescildir. Buna bağlı olarak ise marka hakkı sahipliği de tescil yolu ile elde edilmektedir. Buna karşın SMK hükümlerinde bu kurucu tescil sistemine tanınmış markalar ve ayırt edici nitelik kazanmış olan işaretler bağlamında bazı istisnalar getirilmiştir. Bu bağlamda gelmiş olan birtakım istisnalarla markayı ilk kez kullanan korunduğundan mutlak bir bağlılıktan söz edilememektedir. Zira markayı ilk kullanan kişi onun sahibi niteliği taşımaktadır.

SMK m.7'de aynı işaretin aynı mal ve hizmetler için kullanılması, benzer işaretin aynı mal veya hizmetler için kullanılması, aynı işarettten benzer mal veya hizmetler için kullanılması, benzer işaretin benzer mal veya hizmetler için kullanılması, tanınmış olan bir markanın farklı mal veya hizmetlerde kullanılması halleri marka sahibinin markasının kullanılmasını önleme yetkisine sahip olduğu haller olarak ifade edilmiştir.

Marka hakkına tecavüz birçok şekilde gerçekleşebilecek bir olgudur. Ancak günümüzde yaygın olarak görülen tecavüz hali karıştırılma tehlikesi neticesinde doğan tecavüzdür. Karıştırılma tehlikesi ile doğan tecavüz gerek SMK'da gerekse TTK'da haksız rekabet halleri arasında incelenen bir husustur.

Karıştırılma tehlikesinden söz edebilmek için; marka hakkını ihlal eden kişinin kullandığı işaretin tescil edilmiş mal ile aynı veya benzer olması ve tescil edildiği mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Karıştırılma tehlikesinde, halkın söz konusu olan iki işaret arasında herhangi bir bağ kurması yeterli olacaktır. Halk aslında malın başka bir işletmeye ait olduğunu bilmesine karşın yine de güvendiği işletme ile bu malın arasında ekonomik bir bağ olduğu kanısına varsa dahi karıştırılma tehlikesi doğacaktır. Çünkü iki işaret arasında herhangi bir sebeple bağlantı kurulması yeterli olup; görsel, biçimsel, sesçil benzerlik aranmamaktadır. Bu halde marka hakkı sahibinin hakkına tecavüz gerçekleşecektir.

Karıştırma tehlikesine ilişkin yapılan incelemede, jenerik ve tanımlayıcı unsurlar değerlendirme dışı bırakıldığı için; markanın asli ve ayırt edici özelliklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü markanın değerlendirilmesi bir bütün olarak yapılır ve yardımcı unsura ilişkin koruma münferit değil, markanın bütünü ile sağlanmaktadır.

Markanın ayırt edicilik gücü, karıştırılma tehlikesinde dikkate alınan hususlardan bir tanesidir. Bir markanın ayırt edicilik gücünün yüksek olması ile, karıştırılma tehlikesinin yüksek olması doğru orantılı olarak değişmektedir. Zayıf markalarda ise durum tam ters olduğundan, bir harf değişikliği dahi karıştırma tehlikesini ortadan kaldırabilecek yetkinliğe sahip olabilecektir. Zira zayıf markaların karıştırılma tehlikesi güçlü markalara nazaran daha azdır.

Karıştırılma tehlikesinin belirlenmesinde dikkate alınan bir başka husus ise ilgili markanın hitap ettiği kitledir. Markayı taşıyan mal veya hizmet her kesimden alıcı grubuna hitap ediyorsa burada orta zekâ ve kültürdeki tüketicinin dikkat ve özeni esas alınmaktadır. Ancak markayı taşıyan mal veya hizmet özel bir alıcı grubuna, örneğin çocuklara hitap ediyorsa bu durumda ilgili alıcı grubunun yanılma tehlikesi esas alınmaktadır. Bunun yanında markayı taşıyan mal veya hizmet uzman alıcı grubuna hitap ediyorsa buradaki yanılma tehlikesinin detaylı olarak araştırılması gerekmektedir.

Bununla beraber bir başka husus olarak; karıştırılma tehlikesi markalar arasında gerçekleşebileceği gibi, farklı tanıtıcı işaretler ile markalar arasında da gerçekleşebilmektedir. Bunlar, ticaret unvanı veya işletme, internet alan adları ve coğrafi işaretler olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, marka hakkı bir farklı tanıtıcı işaretler ile ihlal edilebilir durumdadır. Böyle bir durum da karıştırılma tehlikesine neden olan tarafın haksız bir yarar sağlamasını önlemek için ilk olarak karıştırılma tehlikesinin varlığının tespiti yoluna gidilerek bu hususun önüne geçilmesi gerekmez. Zira bu yolla kötü niyetli olan taraf marka hakkı sahibinin hakkına tecavüz ederek tüketicileri aldatma yolu ile kendi mallarının satın alınmasını veya hizmetlerinden yararlanılmasını sağlama amacı gütmektedir.

TPMK Marka İnceleme Kılavuzuna göre ise markalar arasındaki benzerlik değerlendirilirken, markaların koruma altındaki halleri karşılaştırılmalıdır. Bu husus önceki markanın ya da yeni başvurunun tescile veya başvuruya konu hallerinin esas alınmak suretiyle karşılaştırılması gerektiği anlamına gelmektedir. Markanın bir bütün olarak değerlendirilmesi

gerektiği için, TPMK her bir somut hali ayrı ayrı değerlendirmektedir. Yargıtay'da aynı şekilde değerlendirmenin bir bütün olarak yapılması gerektiği görüşündedir.

Marka hakkı karıştırlma tehlikesi ile tecavüze uğrayan marka sahibi gerek SMK m.29 ve m.30 gerekse TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri olan m.55 vd. uyarınca mahkemeden taleplerde bulunabilmektedir. Bu bağlamda marka hakkı sahibi hem hukuk hem de ceza davaları açabilmektedir. Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, marka hakkına tecavüz fiilinin durdurulmasını, tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazminini, marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulmasını ve el koyulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını, marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhasını, marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesini ve kamuya yayın yoluyla duyurulmasını ve marka hakkına tecavüz sayılabilecek fiillerin tespitini mahkemeden talep edebilecektir.

KAYNAKÇA

Aksoy, Ramazan, “Markada Tescilin Hukuki Önemi”. www.kazanci.com.

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 23.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017.

Arslan, İbrahim, “Tescilsiz Markaların Korunması” www.kazanci.com.

Bahtiyar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

Bilge, Mehmet Emin, Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Bozbel, Savaş, Fikri Mülkiyet Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Camcı, Ömer, Haksız Rekabet Davaları 1, Ufuk Reklamcılık Matbaacılık, İstanbul 2002.

Cicim Uluğ, İlknur/Kılıç, Ali, “Markanın Korunması”, Sosyoteknik Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi, Yıl:2, Sayı:4, Aralık 2012.

Çağlar, Hayrettin, Marka Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Çolak, Uğur, Türk Marka Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3.Baskı, 12 Leva Yayıncılık, İstanbul 2016.

Doğan, Beşir Fatih, “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 5, S. 2005/4, s. 37-64.

Epçeli, Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, Legal yayıncılık, İstanbul 2006.

Eroğlu, Sevilay, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S. 2003/1, s. 95-165.

Güneş, İlhami, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları (Davalar), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Güneş, İlhami, Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları (Suç), Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Güneş, İlhami, “Yanlış veya Yanıltıcı Sloganların Marka Olarak Kullanımı, Reklamlarda Yer Alması ve Tescilleri”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), C. 9, S. 2008/4, s. 79-89.

Güngüneş, Halil Murat, Uluslararası Marka Tesciline İlişkin Madrid Protokolü Uygulamaları, 08.11.2010.<www.arastirma.boun.edu.tr/_files/etkinlikler/20101108/halil_murat_gungunes_1.ppt>, 06.02.2017.

İmirlioğlu, Dilek, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Kale, Serdar, “Reklam Sloganlarının Taklitle Karşı Korunması”, MÜHF-HAD, C.14, S. 2008/3, s. 265-274.

Karaca, Eyüp Can, “Hukuki Açıdan Marka Ve Marka Hakkı”, The Journal Of Europe - Middle East Social Science Studies, ISSN: 2149-6439, July, 2015, Volume: 1, Issue: 1, s:39-48.

Karadenizli, Hasan Tolga, “Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri”, Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Daire Başkanlığı, Ankara 2008.

Karahan, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012.

Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku (Ticari), 27. Baskı, Konya 2015.

Karasu, Rauf, “Ses Markaları”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), C. 7, S. 2007/2, s. 29-58.

Kervankıran, Emrullah, “Reklam Sloganlarının Hukuken Korunması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, s. 291-329.

Kobitek, “Türkiye'nin İlk Türk Ses Markası Tescil Edildi”,
<http://kobitek.com/turkiyenin_ilk_turk_ses_markasi_tescil_edildi> , 31.03.2009.

Küçükali, Canan, Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Nilsson Okutan, Gül, “Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Yıl 23, S. 2003/1-2, s. 579-598.

Nomer Ertan, Füsün, Haksız Rekabet Hukuku, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2016.

Noyan, Erdal, Marka Hukuku, Adil Yayınevi, Ankara, 2004.

Noyan, Erdal/Güneş, İlhami, Marka Hukuku 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Özkök, Başak, Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmet İptali, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Öztek,Selçuk, İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markaları Hukukunun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları, Hukuk Araştırmaları, C.6, S.1-3, Ocak-Aralık 1991, s. 15 vd.

Öztürk, Özge, “Koku Markası”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), C. 7, S. 2007/2, s.59-66.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Sülük, Cahit, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sinaî Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri İle Korunması”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2014/1, s.165-189.

Şimşek, Melike, “Markaların Renk Serüveni” , 2011,
<<http://www.truvainegi.com/2011/10/markalarn-renk-seruveni.html>> .

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta, İstanbul 2012.

Uluslu, Çağrı Şükrü, “Türkiye’de Tescilsiz Markaların Korunması”, s.1-58.

<http://ulusluersen.com/makale_TURKIYEDE_TESCILSIZ_MARKALARIN_KORUNMASI.pdf>

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 5.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

Ünal, Mücahit, “556 Sayılı KHK’ya Göre Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler”, <<http://www.kazanci.com>> .

Ünsal, Erol Önder, “Madrid Protokolü Yoluyla Uluslararası Marka Tescil Sistemi”, 4 Kasım 2013. <<https://iprgezgini.org/2013/11/04/madrid-protokolu-yoluyla-uluslararasi-marka-tescil-sistemi/>> 06.02.2017.

Yasaman, Hamdi, Marka Hukuku, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

Yenidünya, Caner/İçer, Zafer, Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Digesta Yayınevi, İstanbul 2014.

Yılmaz, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

Yusufoğlu, Fulürya, İlaç Markalarında İltibas, Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, 1.Basım, İstanbul 2015, s.39-66.