

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

MARKA HUKUKU'NDA ÖNCEYE DAYALI HAKLAR

İlhami GÜNEŞ

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Can GÖKSOY

İZMİR-2012

Tez Onay Sayfası

YÜKSEK LİSANS TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

2009800274

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : İlhami GÜNEŞ
Tez Başlığı : Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar

Savunma Tarihi : 26.09.2012
Danışmanı : Yrd.Doç.Dr.Yaşar Can GÖKSOY

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

Üniversitesi

Yrd.Doç.Dr.Yaşar Can GÖKSOY

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Doç.Dr.Ahmet TÜRK

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

İmza

Oybirliği ☒

Oy Çokluğu ()

İlhami GÜNEŞ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar" başlıklı Tezi () / Projesi () kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “MARKA HUKUKU’NDA ÖNCEYE DAYALI HAKLAR” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden ibaret olduğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

/ / 2012

İlhami GÜNEŞ

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar
İlhami GÜNEŞ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Avrupa Birliği Hukuku Programı

Fikri ve sınai haklar ülkelerin teknolojik, ekonomik ve bilimsel gelişiminde çok önemli ve kritik bir rol kazanmış olup, bağlı olarak ülkelerin geleceğini de biçimlendirmektedir.

Bu tez çalışmasında, çeşitli ayırt edici işaretler ve markalar, Marka Hukuku ilkeleri 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kararname, Türk Ticaret Kanunu gibi ilgili genel kanunlar ve Temmuz 2012’de yürürlüğe girecek olan Yeni 6102 sayılı TTK çerçevesinde incelenmiş ve karşılaştırılmıştır.

Ticaret unvanları, işletme adları ve markalar bazen kendi içlerinde karma ilişkiler içinde görülebilmektedir. Böyle davaların analizi için daha geniş bir bakış açısı, haksız rekabet ve ayırt edici işaretler hakkındaki bilgiye hakim olmak gereklidir.

Türk Fikri Mülkiyet hukuku ve içinde yer alan Marka Hukuku bu alandaki Avrupa Hukuku ve evrensel hukuk ilkeleriyle uyum içindedir. Yakın zamanda, Kara Avrupa’sı Hukuku’ndan adapte edilmiş olan, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiş olacak ve resmin bütünü tamamlanacaktır. Bu bakımdan tez çalışması hem mevcut TTK’ya hem de beklenen yeni TTK’ya yollama yapmış bulunmaktadır.

İlk bölümde, ayırt edici işaretler, tarihçe, ayırt edici işaretlerin özellikleri, yasal temelleri ve onların korunmasını ele alınmaktadır. Ardından çekirdek konu olan “öncelik” konusu, Marka Hukuku ilkeleri çerçevesinde incelenmiştir. Bu bağlamda, ilgili Yargıtay kararları da incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

Marka, üretici veya satıcıların mallarına kimlik kazandırmaya, bir birinden ayırt etmeye yarayan bir sözcük, sembol ya da cümlecik olabilmektedir. Markanın güncel ekonomide hem firmaların mal ve hizmetlerinin ayırt edilmesinde, hem de tüketicilerin yanıltıcı işaret kullanımı ve uygulamalarına karşı korunmalarında kritik rolü bulunmaktadır. Bir girişimci, Dünyada marka ile tanınan mal ve hizmetlerinin kalitesini artırmak ve tanıtmak için marka kullandığı gibi diğer rakiplerinden ayrılmak için ticaret unvanı ve işletme adı da kullanabilmektedir.

Karıştırma olasılığı (iltibas) ve sulandırma iki ana marka davası sebebidir ancak haksız rekabet oluşturan pek çok dava sebepleri de mevcuttur. Ortak Hukukta haksız rekabet davalarının karşılığı '*passing off*', '*tres passing off*' ve '*köken karıştırma*' davalarıdır. Bir marka tecavüz davasında, ilgili tüketici kesiminde iltibaslı kullanıma karşı başarı sağlanabilmesi için tacir veya şirket markasının ticarete kullanımı bakımından öncelik hakkı sahibi olduğunu gösterebilmesi gereklidir. Böylece bir işaret veya tescilin önceki ticari anlamda kullanımı, diğerlerine karşı benzer işaret bakımından üstünlük sağlamakta olup, uygun korumayı elde edebilmek için kritik önemdedir. Ticarete kullanmanın tanımı, fiilen iyi niyetle yapılan ve sadece bir marka hakkının rezerv edilmesini amaçlamayan kullanma olarak yapılabilir.

Bu tezin amaçlarından biri tescilli markaları, ticaret unvanlarını, coğrafi işaretleri, işletme adlarını, alan adlarını ve tescilsiz markaları ve bunların birbirleri ile ilişkilerini incelemektir. Diğer çekirdek konu olan marka hukukunda öncelik konusu da esaslı biçimde incelenmiştir. Kimin önce geldiği, tercih edileceği ve nasıl öncelik alındığı açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Marka, ticaret unvanı, alan adı, şirket adı, öncelik ve üstünlük, marka tescili, Yargıtay Kararları

ABSTRACT
Master's Thesis
Earlier Rights in Trademark Law
İlhami GÜNEŞ

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
European Union Law Program

Intellectual and industrial property rights have gained a very important and critical role in technological, economic and scientific development of all countries and consequently in shaping their futures. In our country, the problems that litigators face in this special law area point out to huge gap due to the improving international trade relations raised the subject to a much higher level.

In this thesis study, in order to understand various distinctive signs and marks, the fundamentals of trademark law has been compared and examined within the Decree Law Number 556 Pertaining Protection of Trademark Rights, related general legal sources like Turkish Commercial Code in force, the new Commercial Law which will be in force in July, 2012 and case law.

Trade names, undertaking names and marks sometimes can be seen in mix relationship among them. To analyze such cases one must approach the issue with a rather broad eye armed with knowledge of distinctive signs and unfair competition law.

Turkish IP law and within it, Trademark Law is harmonized with EU law and universal Law of this area. Sooner the new Commercial Code numbered 6102 which is adapted continental law will be in force and so the whole picture will be complemented. So this study referred both old Commercial Law and the new one when it needs.

First section held the concepts of the distinctive signs, historical aspects, their characteristics, legal basis and protection of them. Afterwards, the core

issue of priority examined within the principals of trademark law. In this context, related decisions of Court of Cassation were also evaluated and scrutinized.

A trademark is a word, symbol, or phrase, used to identify a particular manufacturer or seller's products and distinguish them from the products of another. Trademark has a critical role in actual economy both for firms regarding to distinctive of their goods and services and for consumers to save them harming results of misleading signs and practices. An enterprise promoting its quality of goods and services with its trademark recognized in the world also uses a company name and an undertaking name to distinguish it from its competitors.

Although likelihood of confusion and dilution are the two main trademark related causes of action, there exist a number of additional general unfair competition causes as for common law cases, passing off, contributory passing off, reverse passing off, and misappropriation. In order to prevail on a trademark infringement action, an individual or company must show priority of its trademarks use in commerce is likely to cause confusion among the relevant consuming public. So prior use of a sign or registration of a specific sign as gaining a seniority to the other's similar signs are critical for obtaining a proper protection. The definition of use in commerce is the bona fide (actual) use of the trademark in the ordinary course of trade, and not made merely to reserve a right in the trademark.

One of the aims of thesis is to examine registered trademarks, trade names, geographical names, undertaking names, domain names and unregistered marks and relationship between the separate. The other issue as core problem of trademark law is priority, scrutinized also. The questions of who is the first and who is the preferable one and how, tried to be clarified.

Keywords: trademark, trade name, domain name, company name, priority and seniority, registration of a trademark, decisions of Court of Cassations

MARKA HUKUKU'NDA ÖNCELİK HAKKI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AYIRT EDİCİ İŞARETLERİN TÜRLERİ, TARİHÇESİ VE HUKUKEN KORUNAN İŞLEVLERİ

I. AYIRT EDİCİ İŞARET KAVRAMI VE TÜRLERİ	2
A. Ayırt Edici İşaret Kavramı	2
B. Ayırt Edici İşaretler	4
1. Marka Hakkı	4
a. Tanım ve unsurlar	5
b. Markanın İşlevleri	9
c. Marka Olabilecek İşaretler	10
(1). Kişi Adları	11
(2). Sözcük veya Sözcükler, Sloganlar	11
(3). Harfler ve Sayılar	13
(4). Şekiller	13
(5). Üç Boyutlu Biçimler	14
(6). Renkler	16
(7). Sesler, Melodiler ve Kokular	18
d. Marka Türleri	19
(1). Ticaret Markası	20

(2). Hizmet Markaları	21
(3). Bireysel Marka	21
(4). Garanti Markası	21
(5). Ortak Markalar	22
(6). Tanınmış Markalar	22
(7). Spekülasyon veya Engelleme Markaları	30
2.Ticaret Unvanı	30
a.Genel Olarak	30
b.Gerçek Kişi Tacirlerin Unvanları	32
c.Tüzel Kişi Tacirlerin Unvanları	34
3.İşletme Adı	34
4.Coğrafi İşaret	36
a.Menşe Adı	40
b.Mahreç Adı	40
c.Coğrafi İşaret Korumasının Kapsamı	41
5.İnternet Alan Adı	42
II. MARKA VE DİĞER AYIRT EDİCİ İŞARETLERİN TARİHÇESİ	47
A.Antik Çağda Ayırt Edici İşaretler	47
B.Orta Çağda Ayırt Edici İşaretler	45
C.Liberal Ekonomik Düzendeki Ayırt Edici İşaretler	47
III.AYIRT EDİCİ İŞARETLERİN EKONOMİK İŞLEVLERİ	50
A.Ayırt Etme İşlevi ve Ekonomik Etkileri	50
B.Kaliteyi Garanti Etme İşlevi	51
C. Reklam ve Tanıtım İşlevi	52
D.İmaj Sağlama İşlevi	55
E.Seçici Dağıtım Sisteminde Kodlama İşlevi	57
IV.AYIRT EDİCİ İŞARETLERİN HUKUKEN KORUNAN İŞLEVLERİ	57
A.Marka'nın Hukukten Korunan İşlevleri	59
a. Köken Bildirme İşlevi	60
b. Ayırt Edicilik İşlevi	60
B.Ticaret Unvanının Hukukten Korunan İşlevleri	61
C.İşletme Adının Hukukten Korunan İşlevleri	61

D.Coğrafi İşaretin Hukuken Korunan İşlevleri	62
E.İnternet Alan Adının Hukuken Korunan İşlevleri	64

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA ÖNCELİK İLKESİNİN ANLAMI

I.556 SAYILI KHK'ye GÖRE MARKA HAKKINDA ÖNCELİK ELDE EDİLMESİ ve AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMA	71
A.Tescil ve Rüçhan Hakkı	69
1.Marka Hakkının Kazanılmasında Kabul Edilen Sistemler ve Tescil İlkesi	69
2.Rüçhan Hakkı	74
B.Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Marka Niteliğini Kazanma	76
C.‘Markasal’ Kullanma	80
1.Markasal Kullanma Kavramı	80
2.Tescilsiz İşaretlerin Markasal Kullanımı	80
a. Genel Olarak	82
b. Marka Başvurusu veya Rüçhan Hakkının Tarihinden Önce Bu İşaret İçin Bir Hak Elde Edilmesi	82
c. Bu İşaretin Sahibine Bir Markanın Kullanımını Engelleme Hakkı Vermesi	85
3.Tescilli Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Markasal Kullanımı	90
II.MARKASAL KULLANMA İLE ÖNCELİK HAKKI ELDE EDİLMESİNİN KOŞULLARI	91
A.Avrupa Birliği Hukuku	91
B.556 Sayılı KHK'YE Göre Değerlendirme	94
1.556 S. KHK m. 8/III Anlamında Öncelik İlkesinden Yararlanacak İşaretler	97
2.Marka Hakkında Öncelik Sağlayan ‘Kullanma’ nın Koşulları	97
a.Markasal Kullanma	97
b. Kullanım Alanı	98
c.Kullanma İle Markanın Marufiyet (Bilinirlik) Kazanması Gerekip Geremediği Sorunu	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
MARKA VE DİĞER AYIRT EDİCİ İŞARETLER ARASINDA ÖNCELİK
İLİŞKİSİ

I.DİĞER AYIRT EDİCİ İŞARETLERDE ÖNCELİK İLKESİNİN ANLAMI	106
II.MARKA VE TİCARET UNVANI ARASINDA ÖNCELİK İLİŞKİSİ	108
A.Önceden Elde Edilen Marka Hakkı Ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Ticaret Unvanının Hukuki Durumu	108
B.Önceden Tescil Edilen Veya Kullanılan Ticaret Unvanı Ve Aynı İşareti İçeren Markanın Hukuki Durumu	111
C.Yargıtay ve Adalet Divanı Kararları	114
III.MARKA VE İŞLETME ADI ARASINDAKİ ÖNCELİK İLİŞKİSİ	120
A.Önceden Elde Edilen Marka Hakkı Ve Aynı İşareti İçeren Sonraki İşletme Adının Hukuki Durumu	120
B.Önceden Tescil Edilen veya Kullanılan İşletme Adı ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Markanın Hukuki Durumu	121
C.Yargıtay Ve Adalet Divanı Kararları	124
IV.MARKA VE COĞRAFİ İŞARET ARASINDA ÖNCELİK İLİŞKİSİ	126
A.Önceden Elde Edilen Marka Hakkı ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Coğrafi İşaretin Hukuki Durumu	126
B.Önceden Tescil Edilen veya Kullanılan Coğrafi İşaret ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Markanın Hukuki Durumu	127
C.Yargıtay ve Adalet Divanı Kararları	129
V.MARKA VE İNTERNET ALAN ADI ARASINDA ÖNCELİK İLİŞKİSİ	132
A.Önceden Elde Edilen Marka Hakkı ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Alan Adı İşaretinin Hukuki Durumu	138
B.Önceden Alınan İnternet Alan Adı ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Markanın Hukuki Durumu	135
C.Yargıtay ve Adalet Divanı Kararları	136
SONUÇ	139
KAYNAKÇA	141

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AKİP	Açıklamalı Kanun İctihat Programı
BATİDER	Banka ve Ticaret Dergisi
Bkz.	Bakınız
C	Cilt
CTM	Community Trade Mark(Topluluk Markası)
FMR	Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ISO	International Organization for Standardization (Uluslar Arası Standartlaştırma Organizasyonu)
LPG	Likit Petrol Gazı
MarkKHK	556 Sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kararname
Md	Madde
OHIM	Office of Harmonization for the International Market (İç Pazar Uyumlaştırma Ofisi)
RG	Resmi Gazete
S	Sayı
s	sayfa
TPE	Türk Patent Enstitüsü
TSE	Türk Standartları Enstitüsü
TSEK	Türk Standartları Enstitüsü Kalite Uygunluk Belgesi
TTK	Türk Ticaret Kanunu
WIPO	World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)

GİRİŞ

Bu tezi yazma yükümlülüğünün, iki yıllık yüksek lisans ders dönemi ardından tamamlayıcı bir görev olmasının yanında, Fikir ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi hakimi olarak uygulamalarımın bir çeşit iz düşümüne de denk gelmesi ilginçtir. Ayırt edici işaretler ve markaların yapısal ve işlevsel yönleri, birbirleri ile olan etkileşimleri derinlemesine incelemeyi gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan öncelikle, ayırt edici işaretler ve çeşitleri, ayırt edici işaretlerin özellikleri ile başlamak gerekmiş ve ardından marka hakkı ele alınmıştır. Tezin hazırlandığı dönem ile bitiş dönemleri temel kanun bakımından tam da iki farklı döneme denk gelmiştir. Bu nedenle kurumlar incelenirken hem 6762 Sayılı TTK’da yer alan ilgili hükümlere hem de 6102 sayılı TTK’da yer alan karşılık hükümlere değinmek gerekmiştir.

Nitekim 01.07.2012’de yürürlüğü başlayan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 50 ve devamı maddelerindeki düzenleme ile gerçek kişi ticaret unvanları ile tüzel kişi unvanlarının koruma şartları ve kapsamını yeknesak hale getirmiştir. Ayrıca işletme adının korunması bakımından da unvanla ilgili koruma hükümlerine yollama yapılmıştır.

İkinci bölümde, Marka Hukuku’nda öncelik ilkesinin anlamı ve ayırt edici işaretler arasındaki öncelik ilişkileri ele alınmıştır. Konunun AB hukuku alanındaki temel ilkeleri de karşılaştırmalı biçimde yeri geldikçe ele alınmıştır. Tescilli ve tescilsiz işaretlerde öncelik elde edilmesi konusunda markasal kullanmanın önemi üzerinde durulmuş ve ardından üçüncü bölümde, marka ve diğer ayırt edici işaretler arasındaki öncelik ilişkileri ayrı ayrı ele alınmıştır. Son bölümde ise çeşitli ayırt edici işaretler ve marka arasındaki öncelik ilişkileri değerlendirilmiştir.

Marka Hukuku uygulamamızın temel omurgasını oluşturan ilgili Yargıtay kararlarına ve AB Adalet Divanının kararlarına da yer verilmiş olup uygulamanın sorunları ile ilgili mahkeme kararlarının sağladığı çözümlere bolca yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AYIRT EDİCİ İŞARETLERİN TÜRLERİ, TARİHÇESİ VE HUKUKEN KORUNAN İŞLEVLERİ

I. AYIRT EDİCİ İŞARET KAVRAMI VE TÜRLERİ

A. Ayırt Edici İşaret Kavramı

Sözcük anlamı ile marka, resim veya harfle yapılan işaret veya iz anlamına gelmekte olup Latince kökenlidir¹. En sık karşılaşılan ayırt edici işaretlerden olan Marka kavramı, temelinde internetin olduğu iletişim çağının koşulları ile daha da sertleşen rekabet ortamında önemini artırarak gelişmektedir. Bu nedenle tıpkı gerçek ve tüzel kişi tacirlere kimlik kazandıran ticaret unvanları gibi, marka olarak seçilecek işaretlerin seçimi ve kullanılması işletmelerin geleceği için kritik kararlar haline gelmiştir. Somut ticaret hayatında tacirlerin kendilerini tanıttıkları ticaret unvanları ile işletmelerini adlandırdıkları işletme adlarının kullanılması da benzer etkiler yaratmaktadır.

Öte yandan, önemi ve kapsamı giderek büyüyen internet, işlevlerine her geçen gün bir yenisini eklemektedir. Bu genişlemeyle beraber gerçek hayatta gerçekleştirilen faaliyetler yavaş yavaş internetin de konusu olmaya başlamıştır. Doğal olarak aynı faaliyet gerçek ve sanal ortamlarda farklı özellikler arz etmekte, bu gerçek de beraberinde farklı hukuki değerlendirmeleri ve tanımlamaları getirmektedir. Reklamcılık da bu sektörlerden biridir. İnternette gerçekleştirilen reklam uygulamalarından olan ‘*arama ağı reklamcılığı*’ (*adwords*) reklam sisteminde başkasına ait markanın kullanımı da özel bir değerlendirmeyi gerektiren, dünyada da çok tartışılan sanal dünyanın kendine has problemlerinden biridir².

Ticaret ve sanayide kullanılan ayırt edici işaretler genel anlamda ‘*isim*’ olmalarına karşılık birbirinden ayrılan özellik ve işlevleri bulunmaktadır. Bunlar marka, unvan veya işletme adı gibi ticarete kullanılan işaretler olabilmektedir. Tezin ana konusu olan marka üzerindeki öncelik hakkı ve bununla bağlantılı olan markasal kullanımın iyi anlaşılması için kavramların tanımlanması gereklidir.

¹ TDK Sözlüğü, www.tdk.gov.tr

² Akın, İrfan, “Adwords Reklam Sisteminde Reklam Kullanımı”, **TBB Dergisi**, S. 78, 2008, s. 205.

Ayırt edici özellik sözcük anlamı ile herhangi bir birimi diğerinden ayıran belirgin özellik veya niteliklerdir³. Malları veya hizmetleri tanıtan markadan farklı olarak, ticarete kullanılan unvan ve işletme adı üzerindeki haklar, ticari kimlik hakları olarak da adlandırılabilirler. Bunlar özellikle işlevleri sayesinde markadan ayrılırlar. Bir taciri veya işletmeyi diğerlerinden ayırt edebilmesi için seçilecek unvan ve işletme adının ayırt edici karakteri bulunması gereklidir. Bu işaretler bir yandan tacirleri ve işletmeleri tanıttığı gibi, tüketicilerin tercihte bulunmaları için kolaylık da sağlarlar⁴. Bu anlamda örneğin, ayakkabı ticareti ile iştigal eden bir tacirin “*ayakkabıcı*” sözcüğünü ticaret unvanı olarak seçmesi ve tek başına kaydettirmesi kabul edilmez. Bu sözcük tacirin ad ve soyadı ile birlikte kullanılabilir ve ilgili sicile kaydedilebilir⁵(TTK 43, 6102 Sayılı TTK 41. md). Yine bir ayırt edici işaret veya sözcüğün marka olarak tercihinde, güçlü ve başarılı bir marka yaratılmak isteniyorsa aynı ilkeye bağlı kalınmalı ve temsil edeceği mal veya hizmeti anlatmaktan olabildiğince uzak sözcükler seçilmelidir⁶.

Bir işaretin ayırt edicilik işlevini görmesi için işaretin, mal veya hizmetle ilgili işlemlerden -örneğin satış gibi- önce algılanabilir nitelikte olması gereklidir. Yani ambalajı açıldıktan sonra görülebilen bir işaret marka işlevi görmeyecek demektir⁷.

Bir işaretin ayırt ediciliği bir yandan kullanıldığı alana ilişkin olarak tanımlayıcı işlevi olmamasına bağlı olduğu gibi bir yandan da yeterli ayırt edici içeriğe, gövdeye sahip olmasına bağlıdır. Diğer deyimle, aşağıda örnekleri bulunan bazı işaretlerin kendi başına ayırt edicilik gücü yoktur;

! , ? , = , □ , .

Ayırt edici işaretlerin hukukça umursanması ve korunmasının en önemli gerekçesi, tüketicilere bilgi sağlamak yoluyla piyasanın verimliliğine hizmet etmeleri, özetle kamu yararına işlev görmeleridir. Bu gerekçe, markaların tüketicilere

³ TDK’ Ayırt ediciliği şöyle tanımlanmaktadır: *Nitelik bakımından bir dilbilimi birimini ötekenden, dilin bir ögesini öteki ögesinden ayırt eden belirgin özellik.* [http://tdkterim.gov.tr/bts/\(12.10.2011\)](http://tdkterim.gov.tr/bts/(12.10.2011))

⁴ Yasaman, Hamdi, **Marka Hukuku**, C.1, İstanbul 2004, s. 60.

⁵ Fehiman Tekil, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 1990, s. 159; Poroy Reha, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 1983, s. 214.

⁶ Tekinalp Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 348 ve devamı: *Tekinalp*, bir işaret kavram veya tanıma yakın olduğu oranda ayırt etmekten uzaklaşacağını, kavramdan veya tanımdan uzaklaştığı, ona yabancılaştığı oranda da ayırt edicilik kazanacağını, belirtir.

⁷ Arkan, Sabih, **Marka Hukuku**, C. 1, Ankara 1997, s. 73.

bilinçli alım tercihlerini belirlemelerinde en kısa yoldan bilgi sağladığı gerçeğinin altını çizmektedir⁸. Ayırt edici işaretlerin korunmasının bir diğer gerekçesi de emeğin korunması ilkesi ve doğruluk ilkeleridir. Anglo-Amerikan hukukunun yaygın kabulü bu yöndedir. Özellikle, “*bir kimsenin ekmediğini biçmesine izin verilmeyeceği*” deyiimi bu anlamda kullanılmaktadır. Gerçekten de bir başkasının ayırt edici işaretini benimsemekle onun asıl sahibinin yarattığı ve işarete sembolize olan itibarından yararlanılmış olur⁹. Ticari kimlik haksız rekabeti davalarında, yanıltmaya karşı koruma konusunda kamu yararı önemli ve temel bir konudur. İlke olarak, bu uygulamanın muhatabı özel bir şikayet olmakla birlikte, ticari kimliğe dair haksız rekabette temel bir dayanak noktası oluşturmaktadır¹⁰.

B.Ayırt Edici İşaretler

1.Marka Hakkı

Bu bölümde markanın tanımına, türlerine, işlevlerine ve neden korunduğuna değineceğiz. Markanın korunma gerekçesi ile işlevleri arasındaki bağlantı öncelik hakkı açısından da önem taşımaktadır.

Marka mal ve hizmetlerin birbirinden ayırt edilmesini sağlayan işarettir¹¹. MarkKHK, markanın tanımını yapmamıştır; ancak unsurları ile işlevlerini tasvir ederek ne olduğu konusunda fikir vermektedir. Markalar işletmeleri değil, onların ürün veya hizmetlerini ayırt etme niteliğine sahip işaretlerdir¹². Marka taciri ve işletmeyi değil, belli bir işletmenin mal veya hizmetini tanıtmayı ve benzerlerinden ayırt etmeyi sağlar. Marka sahibi olmak için ticari işletme sahibi olmak gerekmediğinden tacir olmayan kişiler de marka sahibi olabilir ve kullanabilirler¹³.

⁸ Bently Lyonel ve Sherman, Brad, **Intellectual Property Law**, Oxford 2002, s. 662.

⁹ Bently ve Sherman, s. 664.

¹⁰ Pattishall W. Beverly, David, C. Hilliard, Welch ve Joseph Nye, **Trademarks and Unfair Competition**; 2002 Denver, s.12. Yazar bu kavram için, *T&T Manufacturing Co. v. A.T. Cross Co. U.S Court Of Appeals, First Circuit 587 F.2d 533 (19789, cert denied, 441 U.S 908 (1979)* kararına atıf yapmaktadır.

¹¹ MarkKHK 5. md.

¹² Yasaman, s. 60.

¹³ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku 6102 Sayılı TTK’na Göre Hazırlanmış** 15. Bası, Ankara 2011, s. 269.

Yaratıcı fikri çalışmanın ürünleri olan patent ve telif hakları kadar dikkat ve ilgi çekmeyen, saygı görmeyen markanın doğrudan etkisi diğerlerine görece sınırlıdır. Diğer deyimle, marka, gelişen kapitalizmin tüketicilere sağladığı yeni tercih olanaklarına paralel bir gelişmedir¹⁴. Markanın korunması bakımından ‘yaratıcılık’ aranan bir şart olmadığından, patent, tasarım ve telif hakkı gibi emek ve hususiyetin esas alındığı koruma gerekçesi marka bakımından aynı haklılığı taşımaz. Gerçekten de markanın korunması, hakkaniyet uyarınca “herkesin kendi ektiğini biçmesi” düsturu üzerine temellenir. Daha açıkçası, kimse kendi mallarının başkasının malıymış gibi tanınması olasılığına meydan vermemeli ve böyle bir duruma göz yummamalıdır¹⁵. Hukukun temel ilkeleri olan MK. 2. maddesi, TTK’nın 20, 56 ve devamı maddeleri marka korumasının özünü oluşturan dayanılacak hukuki sebepler olup bu hükümlerinin 6102 sayılı TTK’daki karşılıkları ise 54. madde ve 18. maddelerdir. Aşağıda değineceğimiz gibi marka hakkı, hem marka sahibini hem de kamuyu ilgilendiren işlevlerinden dolayı korunmaktadır. Bir işaretin marka olarak tescili başkası tarafından kullanılmayan ve aynı zamanda ayırt edicilik taşıyan bir işaret olmasına bağlıdır. Buna bağlı olarak marka üzerindeki hakkın yaratıcılıktan değil, seçme, ayırma ve kullanmadan kaynaklandığı kabul edilmektedir. Bir sözcüğün marka olarak terhindən önce başlı başına bir değeri bulunmamaktadır. Ancak kullanılmaya başlanınca, müşteri öğrendikçe ekonomik bir anlam kazanmaktadır¹⁶.

a. Tanım ve Unsurları

MarkKHK markanın tanımına yer vermemiştir. Ancak “tanımlar” başlıklı 2. maddede, markanın ortak markalar, garanti markaları, ticaret markaları ve hizmet markalarını ifade ettiği belirtilmiştir. Aynı hükümde korumanın evrensel ilkelerine yer veren Paris Sözleşmesi, tescil sisteminin merkez unsuru olan Enstitü, burada işlem yapma, iş takip etme yetkisi olan marka vekilleri sayılmıştır¹⁷.

¹⁴ Bently ve Sherman, s. 661.

¹⁵ Bently ve Sherman, s. 664.

¹⁶ Yasaman, s. 174.

¹⁷ MarkKHK 2. md.

Marka mal ve hizmetlerin bir başka işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesine yarayan ve grafiklerle gösterilebilen, çoğaltılabilen nitelikteki kişi adları, sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi her türlü işaretlerdir¹⁸(MarkKHK 5. md.). Bu tanımda iki ana unsur bulunmaktadır; işaret ve ayırt edici özellik. Kararname, bu tanımda belirtilen “işletme” ibaresi yerine “teşebbüs” sözcüğünü kullanmıştır¹⁹. Ancak teşebbüs sözcüğü hukuki olmaktan ziyade, ekonomik karakterli bir anlama gönderme yapmaktadır²⁰. AB’nin 2008/95 Sayılı, 22.10.2008 tarihli Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Yönergesi’nin²¹ 2. maddesi markanın tanımında ‘işletme’ (*undertaking*) unsuruna yer vermiştir.

Tanımdan çıkarılabilecek iki ana unsur şöyledir:

- Ayırt edicilik,
- Yukarıdaki özelliği olan, çizimle görüntülenebilen, çoğaltılabilen her türlü işaret
- Tanımda yer alan tali unsur;
- İşletme (esnaf veya tacire ait teşebbüs)

Yasal tanımda yer alan ‘işletme’ unsuru, marka sahibi olmak için olmazsa olmaz bir şart değildir. Nitekim marka başvurusu yapılırken TPE’ce başvuru sahibinin bir işletme sahibi olması aranmamaktadır. Marka başvuru şartlarını gösteren 23. maddede, böyle bir şarta yer verilmemiş olup, işletme sahibi olmak gibi yorumlanabilecek bir hüküm bulunmamaktadır. Başvuru sahibinin ticaretle uğraştığını belirtir bir belge sunması ve maddede yer alan diğer şekli şartları yerine getirmesi yeterlidir. Buna karşılık, işletme unsuru mal veya hizmeti sunan kaynak olarak önemlidir; marka belli bir işletmenin mal veya hizmetini diğerlerinin mal ve hizmetlerinden ayırt edecektir.²² Arkan da “teşebbüs” terimi yerine “işletme”nin kullanılmasının doğru olacağını, nitekim uygulama yönetmeliğinde (6, 7, 8, 9, ve 26. maddeler) ve Kararnamenin diğer hükümlerinde teşebbüs yerine işletme tabirinin geçtiğini belirtmektedir²³.

¹⁸ Tekinalp, s. 343.

¹⁹ Sabih Arkan, **Marka Hukuku**, C. I, s. 36.

²⁰ Tekinalp, s. 343; Yasaman, s. 60.

²¹ AB Resmi Gazetesi, 08.11.2008, L 299/25

²² Arkan, s. 35; Tekinalp, s. 350.

²³ Arkan, C. I, s. 36.

İşaretin mutlaka, görme duyusuna hitap etmesi gerekmemektedir. Tat, koku veya işitme gibi duyulara hitap eden işaretler de *çizimle ya da benzer biçimde ifade edilebilen* kavramına girmektedir. Bu bakımdan ayırt ediciliği olan sözcükler, rakamlar, bunların kombinasyonları yanında renkler, sesler ve kokular da marka olarak tescil edilebilir²⁴ ²⁵Ancak, kokular ve sesler ile tat markaları için bazı uygulama sorunları söz konusudur.²⁶ “Taze çim kokusu” tenis topları için Avrupa’da CTM²⁷ olarak tescil edilmiştir²⁸. Kararname ayırt edici olmak kaydıyla her türlü işaretin marka olabileceğini öngörmektedir. Temel özelliği taşıyan tüm işaretler marka olabilecekse de tescilin mutlak ve nisbi ret nedenlerini düzenleyen MarkHKH. 7 ve 8. maddelerin kapsamı dışında olmak şartı da bulunmaktadır. Diğer deyimle marka başvurusu yapılırken, TPE tarafından re’sen incelenen mutlak ret sebepleri ile ilgililerin itirazı üzerine incelenen nispi ret sebepleri de dikkate alınmalıdır.²⁹ Yargıtay 11. HD’nin “MULTİCANAL” kararı konuyu açıklayan emsal kararlardan biridir.³⁰ Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“...Dava konusu uyumsuzluk, .“Multicanal” sözcüğünün televizyon ve radyo program ve yayın hizmetlerinde hizmet markası olarak tescilinin mümkün olup, olmadığı noktasında toplanmaktadır.

556 sayılı Markalar Hakkında HKH’nın 5. maddesinde ifadesini bulan marka tanımına göre marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşulu ile bu maddede sayılan her türlü ad ve işarettir. Bu işaretin marka olarak tescili ise, aynı düzenlemenin 7. ve 8. maddelerinde belirlenen engellere tabi olmama koşuluna bağlanmıştır.

Bu genel açıklamadan sonra dava konusu “Multicanal” sözcüğünün marka olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı ve ayrıca tescile engel bir halin var olup olmadığı konusuna dönüldüğünde, mahkemenin de kabul ettiği üzere anılan sözcük, çok kanallı TV. veya radyo hattı anlamını ifade etmektedir. Bu birleşik kavramın, ilk sözcüğü “Multi” çokluğun yani HKH’nın 7/1-c maddesindeki “miktara” yönelik bir sözcük, ikincisi “Canal” ise TV veya radyo

²⁴ Arslan Kaya, **Marka Hukuku**, İstanbul 2004, s. 17.

²⁵ Arkan, C. 1, s. 37.

²⁶ Kaya, s. 17: Öğretide, bu ibareden hareketle sesler, renkler ve kokunun da marka olabileceği kabul görmektedir. Avrupa Adalet Divanı, kokunun marka olabilmesi konusunda önüne gelen davada “grafikle, çizimle resmedilebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme” ölçütünün koku işaretleri için de geçerli olduğunu belirtmiş ve neticede; markanın sicildeki örneğinin açık, kesin, kendi içinde bir bütün oluşturan, kolay ulaşılabilir, anlaşılır, zamanla bozulmaz ve nesnel nitelik taşıması, gerektiği unsurları üzerinde durmuştur.

²⁷ *Community trade mark*: Topluluk markası tek tescille tüm AB ülkelerinde geçerli olmak üzere elde edilebilen marka tescilidir(40/94 Sayılı AB Konsey Tüzüğü, 1. maddesi). *Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing* firması tenis topları için Nice sınıflamasının 28. Sınıfında 000428870 nolu markayı tescillemiştir.

²⁸ <http://eSearch.oami.europa.eu/copla/trademark/data/000428870>

²⁹ Erdal Noyan, **Marka Hukuku**, 4. Bası, 2009 Ankara, s. 83.

³⁰ 11. Hukuk Dairesi 2000/6135 E, 2000/8767 K. 9.11.2000(Kazancı veri tabanı).

hattını belirten bir sözcüktür. İki markada bulunması gereken ve onu diğer markalardan farklılığını sağlayacak "ayırt edicilik" unsurunu taşımadığı gibi, yukarıda da değinildiği üzere sadece cins, çeşit ve miktar belirlemeye yönelik bu sözcüğün marka olarak tesciline 7/1 -c maddesi de engel teşkil etmektedir.

Her ne kadar davacı vekili, dava ve temyiz dilekçelerinde anılan sözcüğün ilk defa müvekkilince kullanılarak tanıtıldığı, ayırt edicilik niteliğinin kazandırıldığı ve bu sebeble KHK'nın 7/son bendine dayanarak tescil isteminin gözden kaçırılmış olduğunu ileri sürmüştü de dosya içindeki davacı tarafından Patent Enstitüsüne yaptığı başvuruda bu hükme dayalı tescil talebi olmadığı gibi, anılan Enstitü'nün Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na vaki itirazında da bu maddeye dayalı bir itiraz sebebi ileri sürülmemiş bulunmasına göre, taleble sınırlı olarak inceleme yapıp karar vermeye yetkili kurulun bu kararına karşı açılacak davada bu talebin dışında bir iddia ile dava açılması da mümkün bulunmadığından ve nihayet bu konuda mahkemeye hiçbir delil ibraz dahi edilmemiş bulunmasına nazaran, mahkemece davanın reddine karar verilmesinde bu yönden de bir isabetsizlik görülmediğinden davacı vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir..."

Gerçekten de Yargıtay bu kararında, dava konusu ibarenin “çoklu” anlamına gelen “multi” ile TV ve radyo hatları olarak bilinen “canal” sözcüklerinin birleşiminden oluştuğunu, ayırt edicilik özelliğinin bulunmadığını belirtmiştir³¹. Bir başka önemli nokta davacının bu ibareyi ilk kez kullandığına dair öncelik iddiası da dinlenmemiştir. İlke olarak tanımlayıcı bir sözcük yabancı dilden kaynaklanmış olsa da üzerinde öncelik hakkının ileri sürülemeyeceği bu karar ile ortaya konmuştur³².

Girişimcilerin ürün ve hizmetlerinin ayırt edilmesini sağlayan markaların izinsiz aynen veya iltibaslı kullanımı³³ suretiyle, bir nevi haksız eylem olan marka hakkına tecavüz eylemleri marka sahiplerinin fiilen zarar görmelerine ve elde edebilecekleri kardan yoksun kalmalarına yol açmaktadır.³⁴

Marka ticaret ve sanayide işletmelerin yüzü ve ürünleri bakımından kimliğidir. Marka reklam, garanti referansı ve köken bildirmektedir. Markanın tescillenmesi, tanıtılması ve kullanılması işletme açısından giderek büyüyen gayri maddi bir malvarlığı değeri anlamına gelmektedir. Bu mutlak hakka el atmanın da dürüstlük kurallarıyla bağdaşması düşünülemez, özel yasal düzenlemenin

³¹ Konuyla ilgili sair emsaller şöyledir: 11.HD. 28.06.2001, 2001/4176-2001/5874 sayılı “DUŞAKABİN” kararı; 11. HD. 22.11.202, 2002/5352-2002/10729 sayılı “florist” kararı.(Akip veri tabanı)

³² Yasaman, s. 232.

³³ Arkan, C. 1, s. 97.

³⁴ Sami Karahan, Cahit Suluk, Tahir Saraç ve Nal Temel; **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Ankara 2007, s. 157.

bulunmadığı var sayımında, marka sahiplerinin başvuracağı hukuki çareler yine, 6102 sayılı TTK'nun 54/2 ve 55/1(a)-2 ve 4. bentleri kapsamındadır³⁵.

b. Markanın İşlevleri

Markanın işlevleri konusu Alman doktrininde fazlasıyla işlenmiş olduğu halde Türk doktrini³⁶ işlevlerin koruma kapsamında olup olmadığı konusunu yeterince tartışmamıştır³⁷.

Markanın işlevleri, marka hakkının içeriğini dolduran, korumayı gerekli kılan olgulardır. Bunların bir kısmı ekonomik ve bir kısmı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Gerçekten de marka, sahibinin mal ve hizmetini rakiplerinin mal ve hizmetinden ayırt etme işlevini gördüğü, kalite algısını bildirdiği ve sahibine reklam için olanaklar sağladığından dolayı önemlidir ve değerinin biçilmesi son derece zorlu muhasebeleri gerektirir. Marka öncelikle mal ve hizmetler yanında işletme sahipleri için de ayırt edici rol oynar, malın kaynağını gösterir. Ardından tüketicinin bilinçli alışveriş yapabilmesine hizmet eder. Yine marka kullanıldığı sürece bir reklam aracıdır.³⁸

Markanın temel işlevleri, mal veya hizmetin geldiği kaynağı göstermesi, diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesini sağlaması, tüketicie mali kalitesi ve vasıfları hakkında bilgi vermesi ve sahibi için reklam, tanıtım imkanı sağlamasıdır. Kimi zaman bazı markalar ürünleri satın alanlara bunların belli bir üretici veya satıcıdan geldiği bilgisini verir. Bazı markalar alıcıya özellikli bir imajı elde etmelerine yardımcı olacağı vaadini verirler. Diğer bazıları ise alıcıya satın aldıkları ürün veya hizmet hakkında bilgi sağlarlar. Marka sahibinin markayı nasıl kullandığına, alıcıların nasıl algıladıklarına bağlı olarak bazı markalar bu işlevlerin tümünü veya bir kısmını sağlarlar³⁹.

³⁵ Yasaman ve Ayoğlu, C. 2, s. 1010; Karahan, s.157.

³⁶ Yaşar Karayalçın; **Ticaret Hukuku Dersleri**, C. 1, 3. Bası, Ankara 1968, s. 403; Arkan, C. 1, s. 39.

³⁷ Tekinalp, s. 355.

³⁸ Karahan, s. 125.

³⁹ Jeremy Phillips, **Trade Mark Law**, Oxford, 2003, s. 17.

c. Marka Olabilecek İşaretler

Teorik olarak ayırt edicilik özelliği olduğu sürece bir markanın basit olmaması için hiçbir engel bulunmamaktadır. Tek bir siyah noktadan ibaret olan bir marka, kırtasiye ve tanıtım malzemeleri bakımından bir Hollanda şirketinin başvurusuyla Benellux Marka Tescil Ofisi tarafından tescillenmiştir⁴⁰.

Ülkemiz uygulamasında, MarkKHK 5. Maddede öngörülen koşulları karşılayan ve tescilin reddine ilişkin sebeplere takılmayan her türlü işaret marka olabilmekte ve marka olarak tescillenmektedir. Markalar gerek sokaklarda, çarşılarında gerek evimizde yoğun medya ile yüz yüze olduğumuzda karşımıza çeşitli şekiller, sesler, görseller, sloganlar halinde çıkmakta, adeta kendilerini belletmektedirler. AB'nin 89/104 sayılı Üye Devletlerin Marka Hukuklarının uyumlaştırılması konusundaki yönergesi⁴¹, 'marka olabilecek işaret'leri saymış olup, öncelikle grafikte ifade edilebilen ve ayırt edici olan herhangi bir işaretin marka olabileceği belirtilmiştir. Buna göre esas olan bir işaretin varlığıdır. Ancak bu işaretin marka olabilmesi için iki koşulu karşılaması gereklidir⁴². İlk koşul işaretin **“ayırt edici”** olması ve ikinci koşul da **“çizimle görüntülenebilir veya benzer biçimde ifade edilebilir, baskı yoluyla yayınlanabilir ve çoğaltılabilir”** olmasıdır. MarkKHK 5. maddede yer alan 'sözcükler, şekiller, sayılar, harfler, malların biçimi veya ambalajları marka olabilecek işaretlere örnek olarak sayılmışlardır. Diğer deyimle, markalar bu sayılanlarla sınırlı (*numerus clausus*) değildir.

Bu işaretlerin ayırt edicilik kaydıyla sözcük veya sözcükler, kişi isimleri, harfler, rakamlar, ürünler veya ambalajlarının şekli olabileceği düzenlenmiştir. MarkKHK'nın 5. maddesi Yönerge ile uyumludur.

⁴⁰ Phillips, s. 121.

⁴¹ 89/104 Sayılı AB Konsey Yönergesi, 2. md. Bu Direktif 08.11.2008 Tarihli, L 299 sayılı AB Resmi Gazetesinde yayınlanan 2008/95/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ile değişmiştir. Bununla birlikte temel hükümler değişmemiştir.

⁴² Fazla bilgi için, Tekinalp, s. 339 – 340.

(1). Kişi Adları

Kişi ad ve soyadı veya sadece biri marka olarak tescil edilebilir⁴³. Buna “*Dr. Otker, Phillip Morris, Sabri Özel, Koç, Neslihan Yargıcı, Sabancı, Eczacıbaşı*” örnek olabilir. Kişi adının marka olmasında bu ad üzerinde marka sahibinin zaten bir hak sahibi olması veya adın kendine ait olması veya adın yaşayan birine ait olması da gerekmez. Sıklıkla görüldüğü gibi, tarihi, tanınmış ve topluma mal olmuş kişi adları marka olarak tescil edilmektedir. Örneğin, çikolata ve ondan yapılan şekerlemeler için “*Mozart*”, votka için “*Gorbaçov*”, konyak için “*Napolyon*” gibi⁴⁴.

Kişi adları ve logo bileşiminden oluşan marka örneklerini biliyoruz:



(2). Sözcük veya Sözcükler, Sloganlar

Anlamalı veya anlamsız sözcükler, sözcük grupları koşulları taşımak kaydıyla marka olarak tescil edilebilirler. İstatistiksel olarak en çok rastlanılan marka türü sözcük markalarıdır.⁴⁵ Sloganların marka olarak tescilinde bir engel bulunmamakla birlikte, ürünü tanımlayıcı olmayan, zeka ve yaratıcılık taşıyan sloganların başarılı markalar olacağı kuşkusuzdur. Slogan, bir malın veya hizmetin konusunu veya kalitesini vurgulayan belirleyici bir formül olarak tanımlanabilir.⁴⁶ Slogan, reklamı

⁴³ Yasaman, s. 63.

⁴⁴ Karahan, s. 129.

⁴⁵ Karahan, s. 129.

⁴⁶ Yasaman, C. 1, S. 70; Tekinalp, s. 345.

yapılan ürün, hizmet ya da marka ile ilgili aktarılmak istenenlerin kısa ve etkili biçimde açıklandığı ögedir. Birkaç kelime ile ürün, hizmet veya marka anlatılır; kampanya sürdürülerek tüketiciye sağlanan yararlar anlatılır.⁴⁷ Yirminci yüzyılın ortalarına kadar ABD’de, reklam sloganlarının marka olarak tescili ve korunması kabul edilmemekteyken, günümüzde firmalar reklamları için telif hakkı sahibi olabilmekteler. Yine sloganların marka olarak tescili ve korunmasına ilişkin kategorik bir engel bulunmamaktadır⁴⁸.

Kararnameden önce yürürlükte olan Markalar Kanunu ise, ticaret unvanı hariç olmak üzere beşten fazla sözcük içeren işaretlerin marka olarak tescilinin kabul edilmeyeceğini düzenlemekteydi⁴⁹. AB Markalar Hukuku ile sağlanan uyumun bir diğer noktası da marka olabilecek işaretler bakımından gerçekleşmiştir. Marka olabilecek işaretle alanına sloganlar da alınmıştır. Nitekim 5. maddede “ sözcükler” ifadesi kavramına sloganlar da dahildir. Yargıtay 11. HD. sloganların marka olabileceğine dair kararlar vermiştir. “Neysen o ol” anlamına gelen “*Become what you are*” slogan markası⁵⁰ bunlardan biridir. Yine bir diğer örnek; “*Get connected to the flavour of the world*”⁵¹ (Dünyanın tadını al) sloganıdır. Reklam sloganlarının eser sayılıp sayılmayacakları dolayısıyla FSEK kapsamında korunmaları konusu tartışmalıdır. Kısa cümle veya sözcüklerden oluşabilecek olan sloganda hususiyetin tespiti güç olduğundan eser korumasının uygun olmayacağı ileri sürülmektedir.⁵² Bununla birlikte sloganların ayırt edicilik koşulunu taşımak ve mutlak ret engeline takılmamak kaydıyla marka olarak tescillenmesi mümkündür.⁵³ Amerikan hukukunda, sloganın tescili için aranan ayırt edici karakterin tespiti sırasında, sloganın tüketicide üründen ziyade üreticiyi çağrıştırması özelliği esas alınmaktadır.⁵⁴ Slogan anlamının abartılı veya iddialı olması sonuca etkili olmamakla beraber haksız rekabet ve dürüstlük kuralları saklıdır. Haksız rekabete ilişkin

⁴⁷ Müge Elden, Özkan Ulukök ve Sinem Yeygel, **Şimdi Reklamlar**, İstanbul 2005, s. 416.

⁴⁸ Lisa Ramsey, “*Intellectual Property Rights in Advertising*” **Legal Studies Research Paper Series**, Research Paper No:07-88, March 2007; <http://www.mtlr.org/voltwelve/ramsey.pdf>

⁴⁹ 03.03.1965 Tarihli, 551 Sayılı mülga Markalar Kanunu’nun 4/b maddesi.

⁵⁰ 11. HD, 20.11.2000, 2000/7674, 2000/9346 (Akip veri tabanı)

⁵¹ 11. HD, 17.03.2003, 2002/10068-2003/2475 (Legalbank). <http://www.legalbank.net>

⁵² İnal Emrehan-Baysal Başak; **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul 2008, s. 123.

⁵³ Yasaman, C. 1, s. 70.

⁵⁴ İnal, Emrehan-Baysal, Başak; s. 124; Ramsey, Lisa; *Intellectual Property Rights in Advertising* **Legal Studies Research Paper Series**, Research Paper No. 07-88, March 2007. “*Kellogg Co. v. Nat’l Biscuit Co.*”, 305 U.S. 111, 118 (1938).

hükümler bu yolda marka hukukunun sağladığı marka seçme serbestisinin sınırlarını çizmektedir⁵⁵.

Marka klasik anlamda sözcük veya sözcüklerden oluşabilir:



(3). Harfler ve Sayılar

MarkHKK'ye göre tek bir harf veya birkaç harf birlikte marka olarak tescillenebilir. Aynı şekilde sayılar da tek başına veya harflerle birlikte tescillenebilir. Örneğin, *BMW*, *AEG*, *3M*, *İGS*, *GTI*, *HP* gibi markalar bulunmaktadır. Kuşkusuz tek bir harfin kendi başına marka olarak tescili ve tescil ettirene tekel tanınması düşünülemez. Bunun için, o harfe tescil ettirenin kullanımla ayırt edicilik kazandırma keyfiyetine bakılır. Markanın birden çok harften oluştuğunda ise ayırt edicilik daha kolay ortaya konulabilecektir⁵⁶. Harflerin mutlaka Türk alfabesinden alınması da koşul değildir. Kiril, Yunan, Çin eski Yunan harfleri de marka olarak seçilebilir, tescillenebilir⁵⁷.

Marka aşağıdaki örneklerde görüldüğü gibi harf veya rakam gruplarından oluşabilir:

(4). Şekiller

“Şekil” her türlü çizimleri, resimleri, simgeleri, amblemleri; somut, çizgi veya renk/renkler ile anlatımları, sözcük, resim, grafik ve renk karışımı veya bileşimi düzenlemeleri ve kompozisyonları ifade eder. Anlamanın abartılı veya iddialı olması sonuca etkili olmamakla beraber haksız rekabet ve dürüstlük kuralları saklıdır. Haksız rekabete ilişkin hükümler bu yolda marka hukukunun sağladığı marka seçme serbestisinin sınırlarını çizmektedir.⁵⁸ Ayırt edicilik taşımak kaydıyla resim, grafik, armalar, rölyef, amblem, logo, hologram ve sentez görüntüleri şekil markaları

⁵⁵ Tekinalp, s. 345.

⁵⁶ Kaya, s. 23.

⁵⁷ Tekinalp, s. 347.

⁵⁸ Tekinalp, s. 345.

kapsamında yer alır. Şekiller ile sözcüklerin bileşimi de marka olarak kullanılabilir⁵⁹. Şekil markalara ilişkin aşağıda tipik örnekler verilmiştir.



Üç paralel çizgi şeklinden ibaret markanın ayakkabı ürününde, MarkKHK 7/1-c maddesindeki koşulları taşımadığı yolundaki yerel mahkeme kararı 11. HD'nce onanmıştır⁶⁰. ABAD benzer bir olaydan dolayı önüne gelen davada, *Adidas AG* firmasının ileri sürülen, üç şerit tescilli markasının rakip *Fitnessword* firmasının iki paralel bant-şerit- kullanılarak karışıklık yaratıldığı, haksız yarar sağlandığı ve tecavüz edildiği iddiasına dayalı olarak terkin talebinde bulunduğu için yönergenin uygulanması bakımından ön karar talebi üzerine değerlendirme yapmıştır. Divan, 89/104 sayılı yönergenin 5/2. Maddesi ile sağlanması öngörülen korumanın belli bir tanınmışlığı olan marka ile benzer işaretin aynı veya benzer sınıf üründe süsleme olarak kullanılmasının, ilgili tüketici kitlesince böyle algılanmasının kendi başına karıştırma olasılığı doğurmayacağını kabul etmemiştir⁶¹.

(5). Üç Boyutlu Biçimler

Mal veya ambalajın biçiminin marka olarak tescili de MarkKHK 5/1 maddesinde yer alan “malların biçimi veya ambalajları” ibaresine göre olanaklıdır. En tipik örnek, *coca-cola*'nın şişesidir⁶². Aşağıdaki örnekte, tıraş makinesinin üç boyutlu kendine özgü modeli tasarım koruması yerine tercih edilen marka tescili koruması tescille sonuçlanmamıştır. ATAD Remington tarafından Phillips'e karşı açılan haksız rekabet davasında, Phillips firmasının tescil ettirdiği üç boyutlu markada ileri sürdüğü ayırt ediciliğin bulunmadığını, üç başlıklı tıraş makinesinde bu biçimin istenen teknik işlev ve verimliliği gerçekleştirmek bakımından zorunlu

⁵⁹ Yasaman, C. 1, s. 72.

⁶⁰ 11. Hukuk Dairesi, 5.11.2001, 2001/5627 E, 2001/8669 K. (Kazancı veri tabanı)

⁶¹ <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/pdf/JJ010408.pdf> (10.01.2012)

⁶² Tekinalp, s. 346.

olduğunu ve piyasada bulunan başka farklı tıraş makinelerinin bulunmasının sonucu değiştirmeyeceğini açıklamıştır⁶³.



Bir şekil, fikri hak konusu olarak korunduğu gibi, tasarım ve marka korumasından da yararlanabilecektir. Yani hak sahibi özgün, daha önce tescil edilmemiş bir ürün ambalajını marka olarak tescil ettirebilir. Ancak, şeklin ayırt edicilik özelliği bulunmalıdır. Yukarıda bahsedilen tipik örnek, bilinen kıvrımlı şişe, *coca-cola* markası uzun süreli kullanım ve reklam ile ayırt edicilik kazanmıştır. Ancak üç boyutlu şekil, ürünün işlevinin sonucu olduğunda ise, ayırt edicilik taşımadığından marka olmaz ve korunamaz. 11. Hukuk Dairesi, kararında bu konuyu değerlendirmiştir. Karar aynen aşağıdadır:

“... Dava konusu tescili talep edilen marka dikdörtgen biçiminde, üst yandan sonra kapaklı, kırmızı kahverengi karışımı rengini içeren bir sigara kutusu şeklindedir.

⁶³ C-299/99 ATAD, Case C-299-99 sayılı – 18 Haziran 2002, Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd., paragraflar: 76-84.

Yine dava dosyasına ibraz edilen davacı delillerinden aynı şeklin davacı üretici adına Paris Sözleşmesi taraflarından olan menşe ülkesinde de 25/10/1995 tarihinden beri tescilli olduğu sabit bulunmaktadır.

Ünlü bir yabancı sigara mamulünün ambalajında kullanılan bu şeklin (özel rengi ile birlikte) marka olarak 556 sayılı KHK'nin 5. maddesinde öngörülen bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan niteliğinin bulunduğu kabulü gerekir. Kaldı ki, Türkiye'nin de tarafı olduğu Paris Sözleşmesinin dördüncü mükerrer 6. maddesinin ilk fıkrası da davacıya bu şekli tescil hakkı tanımaktadır. Bu nedenlerle davalı enstitünün tescil isteminin reddine dayanak yaptığı 556 sayılı KHK'nin 5 ve 7/a maddesinin olayda uygulama alanı bulunmamaktadır. O halde yukarıda açıklanan nedenlere ve dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı Enstitünün yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile mahkeme kararının onanması gerekmiştir.”⁶⁴

Yüksek Daire bu kararında, şeklin ayırt ediciliğini ve Üyesi olduğumuz Paris sözleşmesinin 4. mükerrer 6. maddesinin 2. fıkrasını değerlendirmiştir.

(6). Renkler

MarkKHK 5. maddede tescil edilebilecek işaretler arasında renk ve renklere açıkça yer vermemiştir. Ancak, cümlelerin sonu “... çizimle görüntülenebilen, benzer biçimde ifade edilebilen her türlü işaret ...” ibaresi ile bittiğinden renk veya renklerde grafik olarak gösterilebilen işaretler olabileceğinden marka olarak tescil edilebilir bulunmaktadır. Ancak, rengin ayırt edicilik taşıması ve olabildiğince şekille birleşmesi uygundur⁶⁵.

Alman Federal Mahkemesinin marka hukuku ile ilgilenen 1. HD. 112/04 sayılı ve 07.10.2004 tarihli kararında, “çikolata ürünü için tescil edilmiş *lila* renginin soyut renk markası olarak tescilinin, korunmasının yerinde olduğuna” dair sonuca varmıştır. Mahkeme, rengin mal veya hizmetin kaynağını işaret ettiği hallerde başkası tarafından kullanımının ihlal sayılacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre ürünün paketi üzerindeki renk kural olarak kaynağı olan firmayı işaret etmez, ancak dava konusu olay buna istisna oluşturmaktadır. İlk derece mahkemesi tarafından *lila* renginin *Milka* markasına ait olduğu ve kullanım sonucu ayırt edicilik kazandığı

⁶⁴ 12.O1.1999 Tarih ve 1999/6866 E.-1999/9075 K. Sayılı karar.(Akip veri tabanı)

⁶⁵ Yasaman, C. 1, s. 79.

tespit edilmiştir. Ayrıca temel renk olan bu rengin çikolata paketlerinde esas ayırt edici unsur olduğu tespit edilmiştir⁶⁶.

Ancak, Yargıtay tek başına rengin marka olamayacağı görüşündedir. Yüksek Mahkeme 10.03.1997 tarih, 1996/8650 E. ve 1997/1586 K. Sayılı kararında, renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılamayacağına, “gri” alüminyum renginin Aygaz için marka olamayacağına karar vermiştir. Karara esas olan olayda davacı, LPG tüpleri için markasını “gümüş rengi” ibaresiyle birlikte tescil ettirdiğini belirterek, tüplerinde “gümüş alüminyum” rengini kullanan bir diğer firmayı dava etmişti. Yargıtay MarkHKH 5. maddeye göre, “renklerin bağımsız marka olamayacağına, gök kuşağında 7 ana renk bulunduğu ve renkler üzerinde tek hak tanıması halinde diğer firmalara renk kalmayacağını” belirtmiştir⁶⁷.

Yüksek Daire, rengin şekil ile birleştiği hallerde ise ayırt ediciliği bulunduğu ve marka olabileceği görüşündedir. Yukarıda verilen *12.1.1999 Tarih ve 1999/6866 E, 1999/9075 K. Davidoff Classic* kararı bunu göstermektedir.

Yargıtay 11. HD, bir spor kulübünün bilinen renklerini taşıyan markalarının lisansa konu edildiği ve lisans alanın açtığı davada, davalının bu renkleri taşıyan oyuncaklar satmasının haksız rekabet olmayacağına ilişkin sonuç veren mahkeme kararını onamıştır. Karar şöyledir:

“Davacı vekili, müvekkilinin Galatasaray Futbol Takımına ilişkin her türlü marka, amblem, ad, unvan, logo, renk, slogan, işaret, imaj gibi tanıtım vasıtalarının kullanılması hususunda Galatasaray Spor Kulübü Derneği ile 19.09.2000 tarihinde imzaladığı sözleşme ile 30 yıllığına münhasır lisans sahibi olduğunu, müvekkilinin bu hakka dayanarak “asgari lisans ücreti” ile “birim lisans ücreti” adı altında ticari kazanç elde ettiğini, davalı ABC Oyuncak San. ve Tic. A.Ş.’nin müvekkili ile özdeşleşmiş ve bütünleşmiş renkler olan “Sarı-Kırmızı”dan oluşan parçalı formlar giydirilmiş “Taraftar Bebek” sloganı ile büyük boy oyuncak bebek üreterek, reklamını yaparak, diğer davalı CC Oyuncak Ltd. Şti. ile pazarlamasını yaparak haksız rekabet yarattıklarını ve haksız kazanç elde ettiklerini ileri sürerek, davacının mahrum kaldığı kar ve kazanç kaybı ile uğradığı fiili zararın tazmini amacıyla şimdilik 10.000.000.000 TL. maddi, 5.000.000.000 TL. manevi tazminatın faiziyle birlikte davalılardan tahsiline, haksız rekabetin tespit ve men’ine, hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri, davaya dayanak gösterilen lisans sözleşmesinin 556 sayılı HKH. hükümlerine tabi olup, İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin görevli olduğunu, davacının aktif dava ehliyeti bulunmadığına, doğada sınırlı sayıda bulunan renkler üzerinde davacının tek hak bulunmadığını, satışa sunulan dava konusu ürünlerde Galatasaray Kulübüne

⁶⁶Beşir Fatih Doğan, “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği” **FMR**, 2005/4, s. 39.

⁶⁷Yasaman, C. 1, s. 123.

ait amblem ve işaretlerin kullanılmadığını savunarak, davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, her ne kadar sarı-kırmızı renklerden oluşan renkler Galatasaray Kulübü bakımından kulüple özdeşleşmiş ve onu çağrıştırır hale gelmişse de, bu renkler üzerinde Galatasaray Kulübü'ne tekel hakkı tanınmasının mümkün olmadığı, davalıların sarı-kırmızı renklerden oluşan forma giydirilmiş oyuncak bebek üretimi ve satışının davacının lisans sözleşmesi ile tanınan haklarına tecavüz oluşturmadığı, davacı yönünden ekonomik zararın da doğmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

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.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, oybirliğiyle karar verildi.”⁶⁸

(7). Sesler, Melodiler ve Kokular

MarkKHK 5. maddenin “çizimle veya benzer biçimde ifade edilen” ibaresi gereğince reklam spotları, bir TV programını veya bir diziyi simgeleyen “*jingle*” denen tanıtıcı kısa melodiler veya melodi niteliği taşıyan sesler, mesela MGM’nin aslanının kükremesi, *Harley Davidson* motosikletlerinin motor sesleri marka olarak tescil ettirilebilir⁶⁹.

Geleneksel olmayan markalar arasında yer alan “koku” markalarının grafikte gösterilebilme kapasitesinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. AB kurumlarından olan OHIM İtiraz Kurulu, “taze kesilmiş çim kokusu” sözcüklerini kokunun grafikte temsiline yeterli bulmuş ve marka olarak kabul etmiştir.

Bir başka olayda diğer İtiraz Kurulu’na “ahududu kokusu” için emsal olmuştur. OHIM yetkili kurulu itirazı inceleyen için kokunun tanınmış bir koku olarak fark edildiğini ve bu yüzden ileri bir grafikte temsile gerek bulunmadığı değerlendirmesini yapmıştır. Bununla birlikte, ABAD *Sieckmann*⁷⁰ kararında kendi başına görsel olarak algılanamayan koku benzeri markaların açık, kesin, sınırları ve içeriği belli, kolayca ulaşılabilir, dayanıklı ve mantıklı bir biçimde gösterilebilmesini

⁶⁸ 11. HD, 19.06.2007, 2006/1959-2007/9394(Akip veri tabanı).

⁶⁹ Tekinalp, s. 343.

⁷⁰ *Sieckmann v. Deutsches Patent-und Markenamt, Case C-273/00(2003) ETMR 466.*

öngörmüştür. Divan, “hafifçe naneye çalan meyve tadı” sözcüklerini ve C6H5-CH=CHCOOCH3’den ibaret formülünün bu kritere uymadığı sonucuna varmıştır⁷¹.

Grafikle temsil edilebilme özelliği, ses, melodi veya koku türü markalarda olanaksız değilse de çok güçtür. Bu tür markalarda tescil şartlarının, özellikle tescil başvurusunda istenen ve bilahare de tescilli olduğu sürede kalıcılığı ve ulaşılabilirliği de aranan şekli unsurların sağlanması ve devamlılığının temelinde güçlükler bulunduğu, buna bağlı olarak da marka korumasının sınırının tayin ve tespitinde zorluklar ortaya çıkacağı bellidir⁷². Nitekim, yukarıda belirtildiği gibi “*Taze çim kokusu*” tenis topları için Avrupa’da CTM⁷³ olarak tescil edilmiştir⁷⁴.

TPE Henüz koku markası tescili yapmış değildir, ancak MarkKHK ayırt edici olmak kaydıyla her türlü işaretin marka olabileceğini öngörmektedir. Sonuç olarak, kokular da ayırt edici özellik taşıyabilir.

d. Marka Türleri

Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname kapsamında mal (ticaret) markaları ve hizmet markaları ayrımı; garanti markası; bireysel marka-ortak marka ve tanınmış marka kavramları bulunmaktadır⁷⁵.

Uygulamada, markanın tescilli olup olmamasına göre farklı hükümleri gündeme getiren ayrımı bulunmaktadır⁷⁶. Marka kullanımında tescil, yasal bir zorunluluk değil, olanaklar ve koruma kolaylığı sağlayan bir seçenektir. Tacirler tescilsiz marka kullandıklarında, korunması genel hükümler tabi olduğundan kanıtlama zorlukları yaşayabilirler. *Tekinalp*, tescilli tescilsiz marka ayrımı yapılamayacağını, tescilsiz olan işaretin MarkKHK’ya göre sadece bir işaret olduğunu belirtmektedir⁷⁷. Buna karşın, 556 sayılı KHK, tescilsiz marka kavramını dışlamamaktadır; tescilsiz marka için uygulanacak hukuki çözümler kararname

⁷¹ Phillips Jeremy **Trade Mark Law**, Oxford 2003, s. 155; *Myles Ltd’s application, Case R 711/1999-3 ETMR 718(ohım)*

⁷² Kaya, s. 28.

⁷³ *Community trade mark*.: Topluluk markası tek tescille tüm AB ülkelerinde geçerli olmak üzere elde edilebilen marka tescilidir(40/94 Sayılı AB Konsey Tüzüğü, 1. maddesi). *Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing* firması tenis topları için Nice sınıflamasının 28. Sınıfında 000428870 nolu markayı tescillemiştir.

⁷⁴ <http://esearch.oami.europa.eu/copla/trademark/data/000428870>

⁷⁵ Arkan, C. 1, s. 41 Vd.

⁷⁶ Arkan, C. 1, s. 53.

⁷⁷ Tekinalp, s. 351.

içinde yer bulmuştur. MarkKHK 8/3 maddesinde düzenleme yapılmış, bu markaların sahipleri için hukuki çözümler sağlanmıştır.⁷⁸ Bu bakımdan marka tescil edilmeksizin de kullanılabilir; korunması söz konusu olduğunda ise haksız rekabet hükümleri olan TTK'nun 56 ve 57/5 maddelerinden(6102 sayılı TTK'nun 54 ve 55 maddeleri) yararlanmak mümkündür. Bu çeşit markaların sahipleri, başkalarının yaptığı marka başvuruları ve tescillerine karşı atak yapmak gerektiğinde MarkKHK 8/3 maddesine dayanabilirler.⁷⁹

Markaların Korunması Hakkındaki Kararname kapsamında, marka hakkı tescille kazanılır⁸⁰ ancak tescilin kendi başına haksız rekabet oluşturduğu haller bulunmaktadır. MarkKHK'nın kabulü ile marka tescilinde işletmeye bağlılık ilkesi terk edilmiştir. Haksız rekabet oluşturan marka tescillerine, bilinen tüm renklerin, harflerin, şişe şekillerinin belli sınıflarda tescili şeklindeki işlemler gösterilebilir. Henüz kullanılmayan ancak ileride kullanılacağı olasılık içinde olan bazı işaretler samimi üretim veya ticaret amacı olmaksızın tescillenebilmekte ve zamanı, ortamı doğduğunda çıkar karşılığı devri gündeme getirilebilmektedir. Kötü niyet kanıtlanmak şartıyla bu çeşit markaların terkinin sağlanabilir. Bununla birlikte, Yargıtay 11. HD kararlarında bu gibi eylemleri tescilin korunması ilkesi nedeniyle haksız rekabet saymamıştır⁸¹.

(1). Ticaret Markası

Markalar üretim veya ticarete konu edilen mallar için tescillendiğinde mal markası olarak kategorize edilirler. Ürünün üzerine veya ambalajına konularak kullanılan markalar hemen tüm menkul mallar için kullanılabilirler. Malın doğal

⁷⁸ Arkan, C. 1, s. 53 vd.; Arkan'a göre tescilsiz marka sahibi zarar görmüş veya zarar tehlikesine uğramışsa markayı tescil tescil ettirmeden de olsa piyasada ilk kez kullanan kişi olarak haksız rekabet hükümlerinden yararlanabilir.

⁷⁹ Arkan, C. 1, s. 109; Tekinalp, s. 396.

⁸⁰ Tekinalp, s. 359.

⁸¹ 11.HD, Tescilli marka kullanmanın haksız rekabet olmayacağına dair kararları: 03.12.2007, 2006/12923 E, 2007/15181 K; 11. HD, 11.11.2005, 2005/12512 E, 2005/10884 K. (Kararlar için bkz. Akip veri tabanı)

veya yapay olması, el işi veya seri makine üretimi olması durumu değiştirmez⁸².
Mallar Nice sınıflandırma esasına göre 34 ana sınıf olarak tasnif edilmiştir⁸³.

(2). Hizmet Markaları

Marka hukukundaki ilk gelişmeler mal markaları üzerine olmuş ve hizmet sektörünün genişlemesi ile hizmet markalarının korunması gündeme gelmiştir. Uluslararası alanda Paris Sözleşmesinin 1958 tarihli Lizbon değişikliği ile hizmet markalarının korunması kabul edilmiştir.⁸⁴ 551 Sayılı Markalar Kanununda hizmet markalarına yer verilmemekteydi. İşletmelerin verdikleri hizmetlerin rakiplerinin verdiği hizmetlerden ayrılması hizmet markaları ile gerçekleşir. Bazı işletmeler ürün değil, güvenlik, eğitim, bakım, sağlık vb. hizmetler sunarlar. Nice sınıflama sisteminde yer alan 45 sınıfın son 11 tanesi hizmetlere ilişkindir⁸⁵.

(3). Bireysel Marka

Sadece bir gerçek veya tüzel kişiye ait olan markalara bireysel (ferdi) markalar denir. Bu tür markalar iştirak yada müşterek mülkiyete konu olabilirler. Bireysel markalar sahiplerine mutlak tekel sağlar ve belli teknik şartlara uyan işletmelere kullanma izni verilen garanti markaları ve birden çok işletme adına kayıtlı ortak markalardan ayrılırlar⁸⁶.

(4). Garanti Markası

Marka bazen sahibinin o malı ürettiği veya sattığını değil, belli standart kalite koşullarını taşıdığını gösterir. Bunlar garanti markalarıdır. Marka sahibi tarafından değil, onun belirlediği koşulları yerine getiren her işletme tarafından kullanılabilen markalar garanti markalarıdır. Bir mal veya hizmetin coğrafi kökenini, kalitesini,

⁸² Yasaman-Yusufoğlu, C.I, s. 21; Tekinalp, s. 351; Uzunalli Sevilay, **Markanın Köken Ayırt Etme Gücü ve Bununla Bağlantılı Diğer Kavramların Yorumu**, 2008 İstanbul, s. 101.

⁸³ Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırmasına ilişkin Nis Anlaşması, <http://www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=280>

⁸⁴ Yasaman, s. 21.

⁸⁵ Tekinalp, s. 352; Yasaman, s. 22.

⁸⁶ Tekinalp, s. 353.

ortak özelliklerini, üretim veya sunum özelliklerini garanti eden markalardır⁸⁷. Tipik örnekler, malın yün olduğunu garanti eden *woolmark*, İsviçre yapımı olduğunu – coğrafi gönderme- gösteren *Swiss*, ürünün Türk standartlarına uygun olduğunu gösteren “*TSE*”dir⁸⁸.

(5). Ortak Markalar

Belli bir kalite standardını sağlamak için aynı konuda faaliyet gösteren işletmeler grubu tarafından kullanılan markalardır. Ortak marka, genellikle bir işletmeler grubu veya bunların oluşturduğu bir birliğe aittir. Ortak markaya örnek olarak Serbest Mali Müşavirler Odasının siyah zemin üzerine “*M*” harfinden ibaret markası gösterilebilir. Yine, ülkemizin büyük işletme gruplarından “*Koç Şirketler Grubu*” nun “*Koç boynuzu*” şeklindeki logosu bu gruba dahil firmalarca ilgili markaların yanında birlikte kullanılabilmekte olup grup markası olarak anılırlar.⁸⁹ Koç Grubu’na giren işletmelerin varsa, kendi markaları yanında kullandıkları kırmızı renkli “*koç boynuzu*” ile altındaki *Koç* adından oluşan marka bir grup markası olup, ortak marka değildir. Grup markası, birden çok kimsenin adına olmayıp, grup işletmelerinden birinin, çoğu kez doğrudan veya dolaylı olarak grup işletmeleri üzerinde hakimiyeti bulunan holding adına tescillidir⁹⁰.

(6). Tanınmış Markalar

MarkHKK tanınmış markayı tanımlamış değildir. Tanınmış markaya koruma sağlanacağı belirtilmiş olmasına rağmen, gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelerde tanınmış markanın tanımı bilinçli olarak yapılmamıştır. Bunun nedeni, uygulama ve doktrinde verilen tanınmış markaya ilişkin koşullar ve unsurların tamamının veya bir kısmının şema olarak uygulanması durumunda, kavramın büyük ölçüde daralması veya genişlemesi tehlikesinin bulunmasıdır. O

⁸⁷ Arkan, C. 1, s. 49.

⁸⁸ Tekinalp, s. 352.

⁸⁹ Tekinalp, s. 353.

⁹⁰ Tekinalp, s. 349.

nedenle somut olayın özelliklerine göre, markanın tanınmış olup olmadığının belirlenmesi ve daha geniş korumanın sağlanması mümkün olmalıdır⁹¹.

Tanınmış marka da aslında yasada belirtilen tanıma uyan, burada sayılan unsurları taşıyan ve markaya yüklenen asgari işlevleri gören markadır. Ancak, tanınmış marka buna ek olarak tescil edildiği ülkede ve ülke dışında asgari ilgili çevrelerde bilinen, giderek bilinirlik ölçüsü ülke içinde ve dışında ilgili çevreleri de aşan, zamanla tescil edildiği mal ve veya hizmeti ayırt etme yanında onu da aşarak başlı başına bir kalite ve reklam aracı haline gelen, kullanıldığı takdirde farklı mal veya hizmetler bakımından etkilerini doğurabilecek markadır. Bir marka, WIPO ve TPE ‘nin kriterleri dikkate alındığında uzun tarihi geçmiş, dünya da yaygın tescili, üzerinde kullanıldığı mal ve veya hizmetin pazar payını niteliksel ve niceliksel yaygınlığı ve fazlalığı, promosyon çalışmaları gibi, bir dizi etki ve sebeple tanınmış hale gelebilir⁹².

Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, 19.11.2003 tarih ve 25294 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun madde 13 (d) bendi uyarınca ilgili mevzuat hükümlerine göre, markaların tanınmışlık düzeyleri ile ilgili esasların belirlenmesi ve uygulamaya konulması işlemlerini yapmak üzere görevlendirilmiştir.

TPE’nin markaların tanınmışlığına ilişkin verdiği kararlar da diğer markalarla ilgili kararları gibi itiraza tabidir⁹³.

Markalar Dairesi Başkanlığı, markanın halk tarafından tanınmışlık düzeyini, markanın herkes tarafından bilinirliğini, markanın, malın potansiyel ve fiili kullanıcılarının da ötesinde ulaşmış olduğu genel tanınmışlık düzeyini aşağıdaki kriterler çerçevesinde değerlendirir. Tanınmışlık tespitinde cevabı aranacak sorular şöyle sıralanabilir:

- Markanın tescili ve kullanımının süresi nedir? (markanın tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi)
- Markanın tescili ve kullanımının yayıldığı coğrafi alan ve kapsam nedir? (Yurt içi ve yurt dışı tesciller nelerdir?)

⁹¹ Tekinalp, s, 387; Arkan, C. 1, s. 105.

⁹² Kaya, s. 57.

⁹³ MarkKHK 47. md.

▪ Markanın üzerinde kullanıldığı mal ve/veya hizmetin piyasadaki yaygınlığı, pazar payı, yıllık satış miktarı nedir?

▪ Markaya ilişkin promosyon çalışmalarının (özellikle de Türkiye'deki promosyon çalışmalarının) özellikleri nelerdir? (Promosyonun süresi, devamlılığı, yayıldığı coğrafi alan, kapsam, promosyona harcanan para, promosyonun niteliği (TV reklamı, yerel gazete ilanı, sadece çocuk sahiplerine yönelik yapılan tanıtım vs.))

▪ Reklam niteliğinde olmayan ancak markanın tanıtımına faydalı olabilecek nitelikte faaliyetler var mıdır? (Gazete, dergi, TV vb. medya organlarındaki yayınlar, markalı ürünlerin fuarlarda teşhiri vb.)

▪ Markanın tanınmışlığını gösteren bir mahkeme kararı var mıdır veya marka sahibinin markasını koruma yolundaki etkin çabaları nelerdir? (Tanınmışlık kararı dışında, verilmiş mahkeme kararları, halen devam etmekte olan marka, haksız rekabet davaları, İtiraz sayıları vb.)

▪ Marka ne derece orijinaldir, markanın ayırt edicilik niteliği nedir?

▪ Markanın tanınmışlığına ilişkin yapılmış kamuoyu araştırmaları varsa bunların sonuçları nedir?

▪ Markanın sahibi firmaya ilişkin özellikler (firmanın büyüklüğü, çalışan sayısı, ödenmiş sermayesi, cirosu, karı, yurt çapında ve yurt dışında sahip olduğu dağıtım kanalları: şubeleri, bayilikleri, servis ağı, ödediği vergi, ihrac miktarları, piyasasına hakimiyeti vs.),

▪ Marka üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetle özdeşleşiyor mu? Marka kelime veya şekil olarak görüldüğü anda refleks olarak belli bir ürünü çağrıştırıyor mu? Marka üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetle ilgili olarak belli bir kaliteye veya statüye işaret ediyor mu?

▪ Markayı taşıyan ürüne veya marka sahibi firmaya ilişkin olarak alınmış belgeler, ödüller (TSE, TSEK, ISO vb. kalite belgeleri, kalite ödülü, çevre ödülü, mavi bayrak vs.) var mı?

▪ Markayı taşıyan ürünlerin dağıtım kanalları (marka sahibi firmanın kendine ait dağıtım kanallarının dışında) ve söz konusu ürünlerin ithalat ve ihracat olanakları nelerdir?

▪ Eğer marka bir satışa konu olmuşsa, marka üzerinde kıymet takdiri yapılmışsa markanın parasal değeri nedir? Markanın parasal değeri, marka sahibinin yıllık bilançosunda gösterilmiş midir?

▪ Marka tescillerinin kapsadığı mal ve/veya hizmet portföyünün genişliği nedir? (örnek: sadece “gazozlar” için tescilli bir marka ile, tüm elektronik eşyaları içine alan bir tescil.)

▪ Marka halk nezdinde tanınan bir marka ise bu tanınmışlık düzeyini ne kadar süredir korumaktadır?

▪ Markanın tanınmışlığından ötürü, bu niteliğine yönelik tecavüz fiilleri var mıdır? Marka üçüncü kişilerce taklit ediliyor mu? (Markaya benzer başvuruların yoğunluğu, markanın piyasada haksız yere üçüncü kişilerce kullanılıp kullanılmadığı vs.). Marka üçüncü kişilerce kullanılmakta ise bu kullanım, şekil ve üzerinde yayıldığı coğrafi ve ticari alan itibariyle tanınmış marka sahibine zarar veriyor mu?

▪ Marka, üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetin niteliği itibariyle (Örnek:araba markası ile ciklet markası) veya potansiyel ve fiili kullanıcı kitlesinin niteliği itibariyle (doktorlara yönelik bir ürün ile çocuklara yönelik bir ürün markası) tecavüze açık mı, değil mi?

▪ Yukarıda sayılanların ispatına yönelik olan veya bir markanın tanınmış olduğunun ispatına yönelik türlü belgeler var mıdır? ⁹⁴

Yukarıda sıralanan kriterler WIPO’nun Paris Sözleşmesinin tanınmış markalarla ilgili hükümlerini dikkate alarak benimsediği ve Üye ülkeler arasında uyumlaştırma için de önerdiği kriterlerdir⁹⁵. TPE gibi, yargı aşamasında mahkemeler de bu ölçütleri esas alarak değerlendirme yapacaklardır. Yargıtay’ın tanınmış marka konusunda mahkemenin yaklaşımına ışık tutacak olan kararlarından biri aşağıdaki gibidir.

“..Uyuşmazlık davacıya ait “B.&D.” markasının tanınmış marka olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Tanınmış marka kavramı iç hukuk mevzuatında ve yabancı yasalarda tanımlanmamış, bu konuya içtihatlar ve öğretide açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Dairemizin birçok kararında tanınmış marka, bir kişiye veya girişime sıkı bir biçimde bağlılık, güvence, kalite, reklam gücü, yaygın bir dağıtım ağına bağlı, müşteri ve diğer sübjektif ilgi ve ilişkiler ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredekilerce refleks halinde beliren bir çağırışım olarak tanımlana gelmiştir. Öğretide ise, tanınmış marka kavramı ile

⁹⁴ <http://www.turkpatent.gov.tr/tpe/index.jsp?sayfa=226>(10.04.2012)

⁹⁵ http://www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/doc/pub833.doc(10.04.2012)

bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde tutunmuş markalar değil, dünya çapında olmasa bile, yurt içi ve yurt dışında ilgili çevrelerce bilinen, Paris Sözleşmesi'ne üye devletlerden birinin yurttaşına veya o ülkelerden birinde yerleşik olan ya da ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait bulunan markaların bir tanıma girdiği belirtilmiştir. (Bkz. Prof. Dr. Ü. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İst-1999, Sh.379 vd.)

Ayrıca öğretilde, markanın ülke ve uluslararası alanda bu niteliğe sahip olabilmesi için bir işletmeyi veya ürünlerinin hizmetlerini simgelemesi ya da üstün bir niteliğe sahip olduğunun yaygın kabul görmesi gerektiği, tanınmış markanın iki işlevinin olduğu, bunlardan ilkinin her markada olduğu gibi diğer rakip mallardan ve hizmetlerden kendi mal ve hizmetini farklılaştırması, ikincisinin ise, her türlü rekabet kaygısı dışında yüksek bir kaliteyi sağlaması olduğu görüşü ortaya atılmıştır. (Bkz. Dr. H. Yasaman, Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İst.1978, Sh.691 vd.) Paris Sözleşmesi'nin 1'inci mükerrer 6'ncı maddesiyle de, sözleşmenin tarafı olan ülkelere menşe ülkede yönteminde tescil edilmiş markanın koruma göreceğini üstlendikleri öngörülmüştür. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 7/(ı) maddesi de buna paralel düzenlemeyle sahibince izin verilmeyen Paris Sözleşmesi'nin 1'inci mükerrer 6'ncı maddesine göre tanınmış markaların mutlak ret nedeni olarak gömüleceğini hükme bağlamıştır. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Tanınmış Markalar Uzmanlar Komitesi'nce tanınmış marka konusunda belirlenen ölçütler de, yapılacak marka tescil başvurularında göz önünde tutulması gerekecektir. Yapılacak inceleme sonucunda davacı markasının tanınmış marka olduğu sonucuna varılırsa, başka mal ve hizmetler için de tescil engeli ortaya çıkacaktır. Esasen Dairemizce öteden beri, Paris Sözleşmesi tarafı olan bir ülkede tescilli tanınmış marka ve bu markayı taşıyan ürünlerin ülkemizde hiç tanınmamış olması halinde bile sözleşmenin mükerrer 6'ncı maddesi uyarınca iç hukukta koruma göreceği benimsenmiştir. Öte yandan, ülkemizin tarafı bulunduğu TRIPS Anlaşması'nın 16/2'nci maddesiyle tanınmışlık olgusuna daha net ölçütler getirilmiş, markanın ilgili sektörde herkesçe bilinirlik kazanmasının tanınmış marka kabulünde etken olduğu vurgulanmıştır. Kararın dayandırıldığı bilirkişi raporunda ise, yapılan açıklamalarda yatan ilkeler ve özellikle TRIPS maddesinin 16/2'nci dikkate alınmamıştır. Bu durum karşısında, davacı markasına ilişkin sunulan kanıtlar, diğer ülkelerdeki tescillerin içerdiği sınıflara göre en azından sektörel bazda tanınmış marka niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi, gerekirse yeni ve bu konuda bir bilirkişi kurulundan görüş alınarak, uyumsuzluğun değinilen ilkeler ışığında çözümünde zorunluluk görüldüğünden, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak verilen kararın bozulması gerekmiştir.”⁹⁶.

Arkan, “Marka Hukuku” adlı eserinde tanınmış marka ile ilgili olarak şöyle bir açıklama yapmıştır: “Tanınmış markadan söz edilebilmesi için reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş bir markanın, sadece o markayı taşıyan mal ya da hizmetlerle ilgili çevre içinde değil bu çevre dışında, o mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişilerce de bilinmesi gerekir”⁹⁷.

⁹⁶ 11.HD, 09.12.2004, 2004/1146 E, 2004/12103 K (Akip veri tabanı).

⁹⁷ Sabih Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, Ankara 1997, s. 93.

İsviçre hukukunda, bizim hukukumuzda olduğu gibi, Paris Sözleşmesi 6bis anlamındaki tanınmış markalar tescilsiz olsalar da korunmaktadır. Bundan ayrı, tescilsiz markalar, gerçekten ayırt edicilikleri varsa veya kullanımla ayırt edicilik kazanmışlarsa haksız rekabet hükümleri kapsamında korunurlar⁹⁸.

Poroy/Yasaman, “Ticari İşletme Hukuku” adlı eserlerinde tanınmış marka için şu tanımları vermektedirler:

“Markanın ilgili tacirler ya da o malın alıcıları değil, bu mal ile ilgili olmayanlar tarafından da bilinmesi halinde tanınmış markadan bahsedilebilir. Tanınmış marka, maruf marka karşısında daha kapsamlı, ekonomik yönden daha önemli bir kavram olarak karşımıza çıkar. Bir markanın tanınmış olduğunu söyleyebilmek için, markanın konulduğu ürünün birdenbire düşünmeden ve bir hatıranın yardımı ile hatırlanmadan, refleks halinde düşünülmesi gerekir. Genellikle tüketicinin zihninde bir fikir uyandıran marka tanınmışlık derecesine ulaşmış demektir. Örneğin, “*Murat*” Türkiye’de, “*Mercedes*” bütün dünya da otomobil için tanınmış markaları ifade eder”⁹⁹. Tanınmış marka için çeşitli terimler tercih edildiği gibi, markanın tanınmışlık derecesine göre sınıflandırma yapılmakta ve buna göre de farklı terimler kullanılmaktadır. Bir marka kullanılmakla ayırt edici nitelik kazanır; giderek markanın ayırt ediciliği artar ve mal ile marka özdeşleşebilir. Normal bir marka, belli bir çevre ve bölge içinde tanınırsa “maruf marka”; tanınma yurt düzeyi ve yurt dışına taşarsa, “umumen malum marka”, “toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış olan marka”, “çok tanınmış marka”, “uluslararası marka”, “dünya markası” olarak adlandırılır¹⁰⁰.

Markanın köken gösterme, garanti ve reklam işlevleri, tanınmış markada daha yoğun olup sadece kullanıldığı mal ve hizmetin alıcısı olanlarca değil, toplumun büyük bir kesimi tarafından belli bir mal ve hizmete bağlı olarak algılanmasıdır¹⁰¹.

Markanın tanınmışlığından söz edebilmek için, bir ülkede yaşayanların tamamının söz konusu markayı bilmesi zorunlu olmayıp; marka sahibinin hedef kitlesinin esas alınması gereklidir. Ülkede yaşayan herkes, her türlü mal ve hizmet ile

⁹⁸Thierry Calame-Simon Jürg; **Trademark Litigation Jurisdictional Comparisons**,(Switzerland), Londra 2008, s. 260.

⁹⁹Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2001, s. 305.

¹⁰⁰Hamdi Yasaman, **Marka Hukuku**, 556 Sayılı KHK Şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 247.

¹⁰¹Arkan, C.1, s.105.

ilgilenmediğinden, ilgisiz grupların tanınmışlık kavramının belirlenmesinde dikkate alınması uygun değildir¹⁰².

Markanın tanınmışlığı veya ün sahibi, çok bilinen marka olması durumlarının ortak yanı yaygın bilinirlikleridir. Tanınmışlığın her markada standart bir yoğunlukta olmadığı bellidir. Ancak bu bilgilerin ışığında markanın tanınmışlığı ile yararlanacağı korumanın dozu arasında bir doğru orantı olduğu söylenebilir.

Çolak, tanınmışlığı iddia edilen markanın Türkiye’de fiziki olarak kullanılmasının koşul olmadığını, bu markanın internet üzerinden tanıtım ve reklamlarının yapılması ve üzerinde kullanıldığı malın pazarlanmasının dahi yeterli olduğunu; aksi takdirde, tanınmış markanın asıl sahibinin Türkiye pazarına girmesinin engellenmiş olacağını ileri sürmektedir¹⁰³. Aşağıda verilen Yargıtay kararı bu görüş bağlamında değerlendirilebilir.

“..Mahkemece, taraflarca sunulan kanıtlar ve yaptırılan bilirkişi incelemesine göre, davacı adına tescilli “SHOW TV” ile davalı şirketin tescil başvurusunda bulunduğu “SHOWTİME” markalarının her iki şirket tarafından aynı hizmet dalında kullanıldığı, davalının SHOWTİME markasında bulunan “SHOW” kelimesinin davacının “SHOW” kelimesi ile aynı olduğu, davacı markasına eklenen “TV” ile davalı markasına eklenen “TİME” harf ve kelimesinin eklenmesi ile iltibasa neden olup olunmayacağı hususunun uyumsuzluğun asıl konusunu oluşturduğu, davacının “SHOW TV” markasının 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca tescilli olup, koruma altında olduğu, vurgu ve kısmen görüntü olarak bile iltibas yaratabileceği açıkça anlaşılan davalı markasının Paris Sözleşmesi hükümlerine göre koruma altında olmasının davanın reddine neden olmayacak asli unsur olduğu gerekçesiyle, davanın kabulü ile, davalı Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı YİDK’nun 10.12.2001 tarih ve M-2066 sayılı kararının iptaline, davalı şirketin markasının hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Kararı, davalılar vekilleri temyiz etmiştir. I- Dava, tescilli markanın hükümsüzlüğünün tesbiti istemine ilişkindir. Davacı vekili, davalı adına tescil edilen “SHOWTİME” markasının müvekkili adına tescilli “SHOW TV” markası ile ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğunu, aynı hizmet sınıfında tescil edilmesi nedeniyle halk tarafından karıştırılacağını ve davalının müvekkilinin itibarı ile tanınmışlığından yararlanacağını iddia ederek davalı markasının hükümsüzlüğünün tesbiti isteminde bulunmuştur. Davalı Showtime Net.Inc. vekili, müvekkiline ait “SHOW TİME” markasının ABD’de 11.10.1977 tarihinden beri tescilli olduğu gibi, başka ülkelerde de tescilli olduğunu ve Dünya’nın pek çok ülkesinde yayın yaptığını, belirli bir tanınmışlık düzeyinde bulunduğunu bu nedenle Paris Sözleşmesi’nin 1 nci mükerrer 6 ncı maddesinin korumasından yararlanması gerektiğini ve ayrıca iki markanın ayırt edilemeyecek kadar benzer olmadığını savunmuştur. Mahkemece, davacı tescilinin daha önce olduğu ve her iki markanın birbirine çok benzediği gerekçesiyle, davalı Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı kararının iptali ve davalı

¹⁰² Hanife Dirikkan, **Tanınmış Markanın Korunması**, Ankara 2003, s. 56.

¹⁰³ Çolak Uğur, “Paris Sözleşmesinin 6bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar”, **FMR** 2004/2, s. 66.

şirketin markasının hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Oysa, dava, markanın hükümsüzlüğünün tesbitine ilişkin olduğuna ve davalı Showtime Net.Inc. vekili, tanınmışlık savunmasında bulunduğuna göre, mahkemece öncelikle çözümlemesi gereken uyumsuzluk, tanınmış marka niteliğini kazanmış yurt dışında tescilli bir markanın Türkiye’de tescil edilebilmesi için benzer nitelikteki markanın Türkiye’de tescilli olması halinde marka sahibinin tescilli bu markanın terkinini istemeden kendi markasını tescil ettirip, ettiremeyeceği ve tanınmışlık olgusunun savunma olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği hususlarıdır. Konu ile ilgili 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 7 nci maddesinin son fıkrası, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetler ile ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise, aynı maddenin (b) bendindeki aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka bulunduğundan bahisle tescil isteminin redolunamayacağı hükmünü içermektedir. Diğer bir deyişle, böyle bir halde yasa koyucu, ayırt edici nitelik kazanmış bir marka sahibine önceki benzer tescilli markanın terkinini istemeden bu markayı tescil ettirebileceğini öngörmüş bulunmaktadır. Ayırt edici nitelik kazanmış markalar bakımından getirilen bu özellik, Paris Sözleşmesi’nin 1 nci mükerrer 6 ncı maddesi hükmü uyarınca sözleşmeye dahil tüm ülkelerde üstünlük tanınmış bulunan “tanınmış marka”ya evleviyet ilkesi uyarınca tanınması gerekir. Çünkü, doktrinde de değinildiği üzere, “556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, kazanılan ayırt edici nitelik dolayısı ile piyasada aynı veya benzer markanın varlığından rahatsızlık duymamakta, kazanılan ayırt edici niteliğin birden ziyade aynı veya benzer marka arasındaki karıştırılma riskini ortadan kaldırılacağını kabul etmekte...”dir. (Bkz. Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş 2.Basım 2002, sh.354 vd.) Aynı ilkelerin tanınmış markaya da, tanınmış olması halinde, tanınmış marka sahibinin, kendinden önce tescilli markayı terkin ettirme yoluna gitmeden kendi markasının tescilini isteyebilmelidir. Böyle bir halde, tanınmış marka sahibine terkin davası açma yükümlülüğü getirilmemelidir (11. HD. 26.05.2000 gün ve 2000/2762-4717 sayılı kararı).Somut olayda, davalı Türkiye’de marka tescil isteminde bulunurken tanınmışlık olgusuna dayanmamış ise de, kendisine karşı açılan eldeki hükümsüzlük davasında markanın tanınmışlığını savunduğuna göre, mahkemece Paris Sözleşmesi’nin 1 nci mükerrer 6 ncı maddesi hükmü anlamında tanınmışlığı savunma olarak ileri sürebileceği kabul edilerek, davalı tarafın tanınmışlık konusundaki kanıtlarının nelerden ibaret olduğu sorularak bu hususta kendisine ispat hakkı tanınmalı ve oluşacak sonuç çerçevesinde hüküm kurulması gerekirken, yazılı gerekçe ile hükümsüzlük davasının kabulü doğru görülmemiş ve kararın davalı Showtime Net.Inc. yararına bozulması gerekmiştir. Bozma sebep ve şekline göre, davalı Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Başkanlığı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir...”¹⁰⁴

¹⁰⁴ 11. HD, 19.02.2004,2003/5445-2004/1483 (Akip veri tabanı)

(7). Spekülasyon veya Engelleme Markaları

Spekülasyon veya engelleme amacı ile yapılan marka tescilleri ilgili rakipler bakımından haksız rekabet oluşturunucudur. Bu tür eylemlerde amaç üretim veya ticari faaliyet değil, tescillenen markaların mevcut veya olası rakibe karşı stratejik olarak kullanılmasıdır. Haksız rekabete karşı sağlanan yasal koruma hükümsüzlüğü sağlamadığından yetersiz kalabilmektedir¹⁰⁵.

Bu tür markalar için kötü niyetli tesciller nitelemesi yapılır ve başvuru süreci içinde engellenmeleri mümkündür. Ancak bu aşamadan sonra hükümsüzlük davası açıldığı durumda dayanılacak açık bir yasal hükümsüzlük sebebi bulunmamaktadır. Buna rağmen, içtihat hukuku bu olanağı yaratmıştır¹⁰⁶. Oysa 89/104 sayılı Marka Yönergesi “kötü niyet”i bir mutlak red sebebi olarak düzenlemiştir¹⁰⁷. MarkKHK sisteminde, kötü niyet bir hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmemişse de kötü niyetli tescile karşı 35. maddede itiraz olanağı sağlanmıştır¹⁰⁸.

2. Ticaret Unvanı

a. Genel Olarak

Ad ve soyadı kişileri birbirinden ayırt etmeye yararken tacirler de unvanları ile birbirlerinden ayırt ediliriler¹⁰⁹.

Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaparken kullandığı, taciri tanıtmaya ve onu diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan isimdir¹¹⁰. Ticaret unvanı sadece tacirler tarafından kullanılabilir. Tescilli ticaret unvanları TTK 54. maddeye göre ve tescil edilmemiş ticaret unvanları ise haksız rekabet hükümlerine, TTK 56 vd. maddelerine göre korunurlar. Tescilli ticaret unvanı, sahibine, bütün

¹⁰⁵ Raif Karasu, “Spekülasyon ve Engelleme Markaları”, **FMR** 2008/3, s. 41.

¹⁰⁶ HGK, 16.07.2008, 2008/11-501, 2008/507, <http://www.kazancihukuk.net>(10.04.2012)

¹⁰⁷ 89/104 Sayılı AB Markalar Yönergesi, 3/2-d md.

¹⁰⁸ Bu konuda daha fazla bilgi için; Bilgili Fatih, **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Ankara 2006.

¹⁰⁹ Merih Kemal Omağ, “Marka Hukuku İle Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması”, **Hukuku Araştırmaları**, C. 6, Sayı 3, İstanbul 1986-1991 s. 9

¹¹⁰ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 1997, s.239; Karayalçın, **Ticaret Hukuku, Ticari İşletme**, Ankara 1968, s. 369-396; Fehiman Tekil, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 1990, s. 158.

diğer sınai hak türlerinde olduğu gibi “mutlak kullanma hakkı (tekelci-hak)” verir¹¹¹. Yeni, 6102 sayılı TTK’da ise tescilli ticaret unvanlarının korunması 50. maddeden itibaren düzenlenmiştir. Tescilsiz ticaret unvanları bakımından ise genel haksız rekabet hükümleri olan yeni düzenlemelerin 54 ve 55. Maddeleri uygulama konusu olacaktır. Ticaret unvanı tacirin ticari işletmesi ile ilgili işlemleri yaparken ve bu işlemlerle bağlantılı senet ve diğer belgeleri imzalarken kullandığı addır. Tacirin ticaret dünyasındaki kimliğini gösterir ve onu diğer tacirlerden ayırt etmeye yarar¹¹². Unvan sahibi adına tescilli olan ticaret unvanını kullanmak konusunda tekel hakkına sahiptir. Kullanma ve kullanmaya bağlı korunma hakkının ileri sürülmesi zarar koşuluna bağlı değildir. Tacir ticareti terk ettiğinde unvan hakkı da sona erer¹¹³.

Ticaret unvanları, tacir ve ticaret şirketlerinin birbirlerinden ayırt edilmelerini sağlayan ayırt edici işaretlerdendir. Gerçek kişi tacirlerin unvanları sicil çevresi ile sınırlı koruma sağlar iken, ticaret şirketleri bakımından, ticaret unvanları, ülke çapında ayırt edicilik işlevi sağlar ve bunun yanında koruma da sağlar. Bununla birlikte, 6102 sayılı yeni TTK bu ayrımı ortadan kaldırıyor; ticaret unvanları gibi işletme adlarının da sadece sicil çevresi ile sınırlı değil ülke çapında korumadan yararlanabileceğini öngörüyor(6102 SY. TTK’nun 45 ve 51. md).

TTK’nun 41. maddesi uyarınca, unvan kullanımı zorunludur. TTK’nun 42. madde uyarınca, unvanın tescil ve ilanı da zorunludur. Böylece, tacirler arasında bir aleniyet ve tanınma sağlanmış olur¹¹⁴.

Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi’nin 8. Maddesi, “ticaret unvanı, bir fabrika veya ticaret markası parçası olsun ya da olmasın, tevdi veya tescil zorunluluğu olmaksızın, anlaşmaya dahil ülkelerde korunur” demektedir¹¹⁵. Paris sözleşmesi esasen, marka, patent, tasarım ve faydalı modeller gibi sınai mülkiyet haklarının tanınması ve korunması ile ilgili olsa da ticaret unvanları da bu haklara ayırt edicilik işlevi ve mutlak hak karakteri ile

¹¹¹ Feyzan Şehirli, **Patent Hakkının Korunması**, Ankara 1998 s. 25.

¹¹² Fehiman Tekil; **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 1990, s. 158.

¹¹³ Sami Karahan; **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Ankara 2007, s. 311.

¹¹⁴ Tekil, s. 160.

¹¹⁵ Reha Poroy; **Ticari İşletme Hukuku**, Ar Basım, İstanbul 1983, s. 211.

benzemektedir. Sözleşme çeşitli tarihlerde tadil edilmiş olup, ülkemiz ilk kez 29.05.1930 tarihli 1619 sayılı yasa ile katılmıştır¹¹⁶.

Unvan ya da işletme adı izinsiz biçimde aynen veya iltibasa yol açacak biçimde kullanıldığında kullananın eylemi haksız rekabet oluşturacak ve hak sahibi bu hükümlere göre işletme adı veya unvanının korunmasını isteyebilecektir¹¹⁷. Ticaret unvanından doğan haklar¹¹⁸ haksız rekabet kurallarına göre korunur.

Ticaret unvanı esas unsur ve eklerden oluşur. Unvanın esas unsuru karışıklığın önlenmesi için ayırt edici karakterli olmalıdır. Kullanılan ticaret unvanı ve eklerinin yanıltıcı olmaması yasal zorunluluktur. İşletmenin büyüklüğü, mali durumu veya özellikleri konusunda halkı yanıltacak nitelikte eklemeler kamu düzenine aykırı olup, TTK'nun 48/1 madde uyarınca yasaklanmıştır. 01.07.2012 Tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı TTK'nun 46. madde aynı kuralı düzenlemiştir. Aynı hükümle tek başına ticaret yapanların unvanlarına bir şirket varmışçasına anlamlar ifade eden ekleri yapamayacakları düzenlenmiştir. Yine, “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “milli” sözcüklerinin ek olarak alınabilmesi için Bakanlar Kurulu kararı gereklidir.

Tüzel kişi unvanları Türkiye ölçeğinde; gerçek kişi unvanları ise kayıtlı oldukları sicil dairesindeki önceki unvanlardan farklı seçilmelidir. Bu anlamda gerçek kişinin adı ve soyadına iltibas önlemek için bazı ekler konabilir. İltibasın belirlenmesi bakımından iltibas riskinin varlığı yeterlidir. Mutlaka gerçekleşmiş bir iltibas olayının kanıtlanması gerekli değildir; müşteri çevreleri ve faaliyet alanlarının kesişmesi yeterlidir¹¹⁹.

b. Gerçek Kişi Tacirlerin Unvanları

Tacir olmanın yasal hükümlerinden biri de tacirin bir ticaret unvanı seçmesi ve kullanmasıdır (TTK'nun 41. md; 6102 sayılı TTK'nun 39 vd maddeleri). Her tacir işletmesini açtıktan itibaren 15 gün içinde ticari işletmesini ve seçtiği unvanı sicile

¹¹⁶ 29.05.1930 gün ve 1506 sayılı RG, Anlaşma, 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de revize edilmiştir. Türkiye bu anlaşmaya taraf olurken 1 – 12 maddelerine çekince koymuş, ancak 94/5903 sayılı Kararla (RG, 23.9.1994, S. 22060) çekince kaldırılmıştır.

¹¹⁷ Ömer Camcı, **Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul 2001, s. 138.

¹¹⁸ Karahan, s. 313.

¹¹⁹ Karahan, s. 312.

kaydettirmek zorundadır¹²⁰. Yasamız gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanı bakımından kısaltmayı yasaklayarak gerçeklik sistemini tercih etmiştir. Ahmet Yılmaz adlı tacir bu ad ve soyadını aynen kullanacak, kısaltma yapmayacaktır. Ancak buna 48. md uyarınca eklemeler yapabilir; “Ahmet Yılmaz - Kırtasiye Mağazası” gibi. Bu örnekte unvanın çekirdek unsuru ad ve soyadı olup, diğer sözcükler ek unsurlardır. Tacir faaliyetini anlatan sözcüğü ek olarak alabileceği gibi, bazen başka bir tacirden ayırt edilebilmesi için ek kullanmaya zorunlu da olabilir. Yeni TTK artık gerçek kişi ve tüzel kişi unvanları arasındaki coğrafi koruma alanı bakımından farkı kaldırmış olduğundan, gerçek kişi ticaret unvanları da ülke çapında korumadan yararlanacaktır¹²¹.

Tacirin kısaltılmadan yazılacak olan ad ve soyadı ticaret unvanı olarak sicile kaydedilir ve sicil dairesinde koruma sağlanır. Ancak kayıt sırasında, aynı sicil dairesinde, aynı ad ve soyadlı başka bir tacir olduğu takdirde bundan ayırt edilmeyi sağlayacak eklemeler yapılmalıdır. Bununla birlikte, aynı ad ve soyadı ile başka bir ticaret sicil dairesinde daha önce kayıt yaptırmış olan tacirin ticari faaliyeti bakımından haksız rekabet hükümlerinden yararlanmasının önü kapalı değildir(TTK’nun 43 md.).

Adi ortaklıklar ise TTK bir sınırlama getirmediğinden ortakların adları ve soyadları ile veya ortaklardan en az birinin adı ve soyadı yanında “ve ortakları”, “ve oğulları, ve kardeşleri” ibaresiyle sicile kaydedilirler. TTK, Adi ortaklıklar bakımından bir kural da getirmiş değildir. Adi ortaklığın ticari işletme işletmesi halinde, ticaret unvanının olmayacağı, ancak adi ortaklığın her ortağının ayrı ayrı unvanını ve ortakları şeklinde bir ekle tescil ettirebileceği kabul edilmektedir¹²².

¹²⁰ Tekil, s. 137.

¹²¹ Zeynep Mineliler Demiriçi,, “Ticaret Unvanı Ve Haksız Rekabete İlişkin Bir Karar İncelemesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, 1. Cilt, İstanbul 2007, s. 13-27.

¹²² Poroy, s. 216.

c. Tüzel Kişi Tacirlerin Unvanları

Tüzel kişilik sahibi tacirlerin unvanlarında şirket nevini gösteren ibareler, faaliyet alanını anlatan sözcükler ve ayırt edici ibareler yer alır.

Bu anlamda; kolektif şirket bakımından unvan ortaklardan en az birinin adı ve şirket nevini gösteren ibare ile oluşturulur. Komandit ortaklıkta ise komanditer ortak adı unvana konulmaz. Anonim ve limited şirketlerin unvanlarında şirket iştiğal konusunu anlatan sözcüklerle şirket nevi hakkındaki ibareler yer alır. Ancak aynı alanda pek çok rekabet eden şirket olduğundan ayırt edici ekler, kılavuz sözcükler bulunmak gereklidir.¹²³ Usulen tescillenmiş tüzel kişi ticaret unvanı ülke çapında korumadan yararlanır. Unvanı haksız kullanana karşı men davası açılabilir ve eğer kullanıcı aynı zamanda tescil de elde etmişse öncelikle bu tescilin terkin istenebilecektir. Tescilli ticaret unvanını haksız kullanan kişi hak sahibine bir zarar verdiği takdirde tazmini yoluyla koruma işletilecektir. Ticaret unvanı taciri diğerlerinden ayırt ederken bir yandan dolaylı olarak onun ticari işletmesini de diğerlerinden ayırır.

Ticaret unvanı rekabet edenlerin hitap ettikleri müşteri kitlesine işletmenin faaliyeti bakımından kaynak bildirerek kolaylık da sağlamaktadır.

3. İşletme Adı

İşletme sahibini hedef tutmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzeri işletmelerden ayırt etmek için kullanılan ada, işletme adı denir. “Divan Pastanesi”, “Hacı Bozan Kebabçısı”, “Devekuşu Kabare Tiyatrosu” gibi. Ticaret unvanı taciri, işletme adı ise işletmeyi ayırmaya ve tanıtmaya yöneliktir. Ticaret unvanı ticari işletmeden ayrı olarak devredilemediği halde işletme adı işletmeden ayrı olarak devredilebilir(TTK’nun 51/1, 55. md). 6102 Sayılı TTK’nun 49. maddesine göre ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak devredilememektedir. Bununla birlikte, bu hüküm 53. maddedeki açık yollamalar arasında yer almadığından işletme adı bakımından geçerli değildir. İşletme adından yalnız tacirler değil esnaflar da

¹²³ Karahan, s. 313; Tekil, s. 161.

yararlanır. İşletme adı üzerindeki tekel hakkı, sicil dairesi çevresi ile sınırlıdır¹²⁴. Ancak sicil çevresi dışındaki kullanımlar haksız rekabet sonucunu doğuruyorsa bunlara karşı da ileri sürülebilir¹²⁵.

Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olmamak kaydıyla işletme adı serbestçe tayin edilir. Usulen tescil ve ilan edilmiş işletme adını kullanma hakkı münhasıran sahibine aittir. Bu tekelci yetkileri işletme adının tescili sağlar.¹²⁶

Belli bir işletme adı ile faaliyet gösteren işletme, bu faaliyeti sırasında diğer sınai mülkiyet haklarına, örneğin; marka, tasarım, patent vb. sahip olabilir. Ya da işletmenin adı marka olabilme koşullarını taşıyorsa, işletmenin ürün veya hizmetinin adı olarak kullanılabilir, tescil konusu yapılabilir. Tescil edilmiş olan işletme adı haksız rekabet hükümleri çerçevesinde ve TTK'nun 55. madde hükmüne göre korunabilir. Nitekim TTK 57/5'nci maddede "başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan marka, işaret gibi tanıtma araçlarının karışıklığa meydan verecek şekilde kullanılması" ndan söz edilmiştir¹²⁷. 6102 Sayılı TTK ise işletme adını 53. maddede düzenlemiş olup, aynı tanım ve unsurlara yer vermiştir. Yine kullanılacak işletme adının tescili öngörülmüş ve koruma bakımından ticaret unvanının korunmasına ilişkin 52. maddeye yollama yapılmıştır.

Başkası adına kayıtlı bir markanın işletme adı olarak kullanılması, belli şartlara bağlı olarak iltibas ve dolayısı ile haksız rekabet sonuçlarını doğurabilir. Bu durumda işletme adı eğer tescilli ve iyi niyetli bir kullanma özelliklerini taşıyorsa meşruiyeti söz konusu olacaktır. Aksi takdirde, markasal etkiler doğuran bir işletme adı kullanma, aynı veya benzer işaret ve aynı veya benzer mal ve hizmet koşulları gerçekleştiğinde, marka tecavüzü ve haksız rekabet oluşturabilir. Nitekim TTK 57/5, " başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan marka, işaret gibi tanıtma araçlarının karışıklığa meydan verecek şekilde kullanılması" ndan söz etmiştir¹²⁸. 6102 sayılı TTK'nun 55/(1) (a) 4 maddesi ise "başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak" şeklinde daha geniş bir tanımlama yapmıştır. Buna göre karıştırmaya yol açan işaret kullanımları dahil, her türlü önlem bu kapsamda değerlendirilebilir.

¹²⁴ Tekil, s. 167.

¹²⁵ Sabih Arkan; **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2007, s. 264.

¹²⁶ Reha Poroy, **Ticari İşletme Hukuku**, Ar Basım, İstanbul 1983, s. 225.

¹²⁷ Tekil, s. 167.

¹²⁸ Poroy, s. 225, Tekil, s. 167.

Yargıtay 11. HD, kullanıcının geçerli bir tescile dayanarak kullandığı işaretin başkasının tescilli marka veya unvanına tecavüz oluşturmaya rağmen haksız rekabet, hukuka aykırı tecavüz eylemi olarak nitelenmeyeceği yolunda istikrarlı kararlar vermektedir¹²⁹. Pek çok kararında, tescilli işletme adı veya ticaret unvanını kullanan tacirin bu kullanımının işlevine uygun olup olmadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir¹³⁰.

4.Coğrafi İşaret

Coğrafi işaretlerin nelerden ibaret olacakları CoğİşKHK 3. maddede yer almaktadır. Bunlar yöre, alan veya bölge adı olabilmektedir. Bu ifade CoğİşKHK 3/5 maddede mahreç işaretleri için tekrarlanmıştır. Bu hükme göre coğrafi işaret (menşe veya mahreç adı olsun), sınırları belirlenmiş olan ve ürünün menşeyini gösteren bölgenin adıdır. Örneğin *Anzer*, *Adana* ve *Ege* adları menşe veya mahreç adı olarak bu bölgelerden gelen *Anzer Balı*, *Adana Kebabı* ve *Ege Zeytinleri* bakımından köken bildirici bölge adlarıdır¹³¹.

Coğrafi işaretler için de sınai ve ticari anlamda ayırt edicilik işlevi söz konusudur. Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkındaki 555 sayılı KHK; niteliğini, şöhretini ve diğer özelliklerini, kökeni belirli olan bir yöre, alan, bölge veya ülkeden alan ürünlerin buna ilişkin bir işaret verilmesi suretiyle korunmasını öngörmektedir. Böylece, belli bir yörede, alanda veya ülkede buraya özgü nitelikte yapılan üretimlerin yozlaştırılması, niteliklerinin kaybolması önlenmek ve değerlerin korunması istenmiştir. Belli özellikteki ürünler tescilli bir işaret verilerek korunmaktadır. Örneğin, Isparta Halısı, Hereke Halısı, Erzincan Tulum Peyniri, Trabzon Ekmeği, Malatya kaysısı gibi¹³². Coğrafi işaret koruması gelişmekte olan

¹²⁹ 11. HD, 29.01.2009, 2007/6222 - 2009/892(Yayınlanmamış); 11. HD, 9.2.2004 – 2003/6408 – 2004/1022.(Karar için bkz. Akip veri tabanı).

¹³⁰ 11. HD, 2008/8488-2010/3849 sayılı 05.04.2010 tarihli kararında, yerel mahkemenin verdiği tescilli unvan kullanımının hukuka aykırı ve haksız rekabet eylemi olarak nitelenemeyeceği yolundaki kararı, davalının ticaret unvanı kullanımının arz ettiği markasal kullanım, diğer deyimle unvan işlevini aşan kullanım olarak niteleyerek bozmuştur(Yayınlanmamış).

¹³¹ Gökmen Gündpoğdu, **Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması**, İstanbul 2006, s. 19.

¹³² Tekinalp, s. 22.

Ülkelerin bilgiye girişlerini desteklediği gibi, aynı zamanda hazır değer ve bilgilerinden yararlanma özgürlüğünü de sağlamaktadır. Uluslararası düzeyde korunmasının gerektiği yerde coğrafi işaret, gelişmekte olan ülkelere önceki kullanımdan doğan mülkiyet haklarını yeniden ileri sürebilme izni verebilmektedir¹³³.

Örneğin Hindistan, ‘*Darjeeling*’ ayı ve ‘*Basmati*’ pirinci gibi talebi bol ve tanınmış ürün isimlerine sahiptir. Bu şöhreti kullananlarca, Kenya veya Sri Lanka ayı yurtdışından sınırı sık sık ‘*Darjeeling*’ ayı olarak geçirilmiştir.^{134 135}

Coğrafi işaretler **menşe adı** ve **mahreç** işareti olmak üzere iki türlüdür. Coğrafi işaretler ürünün sadece o bölgede üretilip üretilmesi ayırımına göre mahreç ve menşe işareti olarak ikiye ayrılırlar; menşe işaretleri sadece ilgili coğrafi bölgede kullanılabilirler. “*Aydın inciri*”, “*Ezine peyniri*” örnekleri böyledir. retimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinin tümüyle bu yöre, alan veya bölge sınırları içinde yapılması durumunda tescillenen coğrafi işaret "menşe adı" demektir. Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, alan, veya bölgeden kaynaklanması, belirgin bir niteliği, n veya diğer özellikleri itibariyle bu yöre, alan veya bölge ile özdeşleşmiş olması, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az birinin belirlenmiş yöre, alan veya bölge sınırları içinde yapılması, durumunda "mahreç işareti" tescillenmiş demektir. Tescil belgelerinde bu özellik yazılıdır¹³⁶.

Bu işaretlerin koşulları taşımayan ürünlerde kullanılması veya menşe adının o coğrafyadan gelmeyen ürünlerde kullanılması hukuka aykırı eylemlerdir. Bu kullanımlar ürün ve işaretin aynen taklidinde veya iltibaslı kullanım şeklinde de olsa özel yasal düzenleme öncesinde, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde değerlendirilmekteydi.

Ülkemizde AB’nin 2081/92 Sayılı Coğrafi Işaretlerin Korunmasına Dair Tüzük kaynak alınarak hazırlanmış olan 555 Sayılı Coğrafi Işaretlerin Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararname 1995’te yürürlüğe girmiřtir¹³⁷.

¹³³ Michael Blakeney ve Evans, G.; Doha’dan Sonra Coğrafi Işaretlerin Korunması: *Quo Vadis.FMR* 2006/3.

¹³⁴ Darjeeling Batı Bengal bölgesinde yetişen bir ayıdır.

¹³⁵ Blakeney ve Evans, Doha’dan Sonra Coğrafi Işaretlerin Korunması: *Quo Vadis.FMR* 2006/3.

¹³⁶ Tekinalp, s. 22.

¹³⁷ RG, 27.06.1995, 22326.

Coğrafi işaretlerden doğan haklar marka hakkı ile aynı biçim ve düzeyde mutlak ve tekeli de değildir. Marka hakkı bireysel mülkiyet konusu olduğu halde coğrafi işaretlerde sahiplik söz konusu değildir. Markalar lisansa konu olabilirken coğrafi işaretler lisanslanamaz. Yine devir, rehin haciz gibi işlemler coğrafi işaretler bakımından söz konusu değildir. Salt ilgili coğrafi işareti kullanma hakkına sahip olanlar bakımından ‘mutlak’ olduğu söylenebilir¹³⁸. Marka malın veya hizmetin belli bir işletmeden geldiğini gösterirken coğrafi işaret belli bir coğrafyadan kaynaklandığını gösterir¹³⁹. Coğrafyaya özgü olma karakterine bağlı olarak kişi ve kişi gruplarının tekeline verilmez, anonim sahiplik söz konusudur; marka hakkı lisanslanabilirken coğrafi işaret lisanslanamaz. Coğrafi işaret kavramı, markaların sıklıkla yer adlarını içermeleri karşısında önem kazanmış ve bir tartışma alanı haline gelmiştir. MarkHKK 5. Madde tanımında bu yönden bir sınırlama olmamakla beraber, 7/(c) ve (f) hükümleri dikkate alınarak coğrafi yer adları içeren markalar halkta yanlış anlamaya yol açar nitelikteyse tescil edilemezler¹⁴⁰. Bir ürünün kaynağı olmak bakımından coğrafi adın köken bildirdiği durumlar dışında yer adlarının ürünle birlikte marka olarak tescilleri yasaya aykırı değildir. Örneğin likör için Ankara ili bilinen bir ün sahibi değildir; bu yüzden “*Ankara Likörü*” ibaresi marka olarak tescillenebilir. Diğer deyimle yanıltıcı olmayan ve coğrafi işaretle karıştırılmayan yer adları tescillenebilir¹⁴¹.

Yargıtay 11. HD, coğrafi yer adlarının markada esas unsur olarak tek başlarına tescillenmelerinin kabul edilemeyeceği görüşündedir. Yargıtay, ülkemizin bilinen şehir, bölge ve maruf yer adlarının tek bir sözcük halinde, bir kişinin tekeline verilmesinin, bu sözcüklerin artık başkaları tarafından markada kullanılamayacağı sonucunu yaratacağını belirterek, İstanbul’un maruf ilçesi olan *Pendik* sözcüğünün tescillenmesi halinde bir kamu adının artık başkalarınca kullanılamayacağını, bu nedenle bu şekildeki yer adlarının hangi ürünün markası olarak kullanılacaklarsa

¹³⁸ Ayırt edici işaretlerin mutlak hak niteliği konusunda fazla bilgi için, Tekinalp, s. 21; Oğuzman M. Kemal ve Barlas Nami, **Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 12. Bası, İstanbul 2005, s. 116.

¹³⁹ Gündoğdu Gökmen, **Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması**, İstanbul 2006, s. 73.

¹⁴⁰ Uzunallı Sevilay, **Markanın Köken Ayırt Etme Gücü ve Bununla Bağlantılı Diğer Kavramların Yorumu**, 2008 İstanbul, s. 138.

¹⁴¹ Yasaman, s. 68.

onunla birlikte tesciline imkan verilmesinin yasanın amacına uygun olacağı görüşünü açıklamıştır. Karar özetle şöyledir:

“Dairemizce dava konusu uyuşmazlığın çözümünde üzerinde önemle durulması gereken asıl hususun, İstanbul ilinin herkesçe bilinen Pendik ilçesi adının, yani "Pendik" sözcüğünün bir işaret olarak marka tesciline konu yapıp yapılamayacağı, bir başka ifade ile ülkemizdeki bir il veya ilçe veya bilinen bir yerleşim yeri adının tek başına marka olarak tescilinin mümkün olup, olmadığı noktasında toplandığı sonucuna varılmıştır. KHK'nın bir nevi marka tanımını içeren 5. maddesinde, markanın, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajlarının gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretlerin marka olabileceği sayılmıştır. Görüldüğü gibi, anılan düzenlemede coğrafi yer isimlerinin marka olarak alınabileceği yönünde açık bir düzenleme yok ise de, maddenin genel düzenlemesi ve özellikle son sözcüklerden bu gibi yer isimlerinin de marka olarak tescil edebileceği kanısını vermektedir. Nitekim, doktrinde de bölge veya şehir adlarının marka olarak tesciline ilke olarak bir engel bulunmadığı, benimsenip, savunulmaktadır.

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

O halde, davalı Enstitü'nün davacının sadece "Pendik" sözcüğünü adına marka olarak tescilini içeren talebinin reddi, yukarıda açıklanan ilke çevresinde doğru görüldüğünden, mahkemenin aksine beliren ikinci görüşü de isabetli görülmemiş ve kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı Enstitü vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına BOZULMASINA, ödediği

temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 26.11.1999 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”¹⁴²

a. Menşe Adı

Ürün tüm unsurları ve özellikleri ile kaynaklandığı bölgeye özgü olduğunda, diğer deyimle, sadece sınırları belli bir coğrafi alan, bölge, yöre veya ülkeden geldiğinde, üretimi ve işlenmesi o bölgeye, o bölge insan ve doğasına özgü olduğunda **menşe** adı sözkonusudur (CoğİşKHK 17. md). Amasya elması ürünündeki ‘*Amasya*’, Avanos Çömleğindeki ‘*Avanos*’ ibaresi menşe adıdır¹⁴³. Bu sayede tescillenmiş bir menşe adını taşıyan ürünü gören tüketici o ürünün söz konusu bölgeden geldiğini bilecektir. Böylece yöreye özgü bir değer korunmuş olduğu gibi, tüketici de ürünün kalitesi ve kaynağı bakımından doğru bilgi sahibi olabilecektir. Menşe adları 2081/92 Sayılı AB Tüzüğünde, “*doğal ve beşeri etkenler dahil olmak üzere, kalitesi, karakteristik özellikleri tümüyle veya kısmen belli coğrafi bölge, yöre veya istisnai hallerde bir ülkeden kaynaklanan, üretimi, işlenmesi ve hazırlanması işlerinin tümüyle oradan kaynaklandığı belirtilen tarım ürünü veya yiyeceği belirtir yöre veya bölge adı*” olarak tanımlanmıştır (Tüzük 2.2-a md).

b. Mahreç Adı

Ürünün belli bir özelliği, unsuru, işlenişi, yöntem veya unsuru belli bir yöreye yollama yaptığında ise mahreç adı söz konusudur (CoğİşKHK 17. md). Bu durumda ürün mahreç konusu özellikleri taşımak kaydıyla başka bir yörede de üretilebilir. Örneğin, *Erzincan Tulum Peyniri*, *Antep baklavası* böyledir. Bu tip peynir veya baklava yöresel usul uygulanarak üretilebilir. Yine *Sivas halısı*, desen ve düğüm sistemi uygulanmak kaydıyla İstanbul’da üretilebilir¹⁴⁴.

¹⁴² 11. HD., 26.11.2009, 5790-9590, (Akip.)

¹⁴³ Tekinalp, s. 22.

¹⁴⁴ Tekinalp, s. 23.

c. Coğrafi İşaret Korumasının Kapsamı

Coğrafi işaret korumasının kapsamını belirleyen CoğİşKHK m.15'e göre, coğrafi işaret başvurusu yapma hakkına sahip olan kişiler ile tescil edilmiş coğrafi işareti kullanma hakkına sahip kişiler, üçüncü kişiler tarafından aşağıda sayılan fiillerin yapılmasını önleme hakkına sahiptir:

aa) Tescilli adın ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanımlar veya tescil kapsamındaki ürünleri andıran ya da çağrıştırabilen ürünlerle ilgili olarak tescilli adın dolaylı veya dolaysız olarak ticari amaçlı kullanımı,

bb) Sözcük olarak gerçek coğrafi yeri ifade etmekle birlikte halkta haksız biçimde ürünün başka yer kaynaklı olduğu izlenimini bırakan kullanımı veya korunan adın tercümesinin kullanımı veya 'stilinde', 'tarzında', 'tipinde', 'türünde', 'yöntemiyle', 'orada üretildiği biçimde' veya benzeri diğer açıklama veya terimlerle birlikte kullanımı,

cc) Ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede doğal veya esas nitelik ve özellikleri ile menşei konusunda yanlış veya yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiyeye yer verilmesi,

dd) Ürünün menşei konusunda halkı yanıltabilecek biçimde ambalajlanması veya yanlış yaratabilecek diğer herhangi bir biçimde sunulması.

Coğrafi işareti kullanma hakkına sahip olan, yani KHK m.17/2 c. 2'deki şartları sağlayan kimselerin ise m.15'de sayılan kullanımlara yetkili olacağı açıktır. 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik'te (Coğr.İş.Yön.) yer alan düzenlemeye göre 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname şartlarını karşılayarak tescil edilen coğrafi işaretler sadece tescil edildiği ürünler üzerinde kullanılır (Coğr.İş.Yön. m.13/1)¹⁴⁵.

¹⁴⁵Hayri Bozgeyik, "Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Denetimi" (Antep Baklavasının Coğrafi İşaret Olarak Tescili Üzerine), **FMR**, 2009/2 s. 17.

5. İnternet Alan Adı

İnternet marka kullanımı bakımından rekabet edenler için artık kaçınılmaz bir mecra halini almıştır. İnternet ayırt edici işaretlerin kullanılmasında hem reklam ve tanıtım olanakları hem de mal ve hizmetlerin pazarlanmasında post modern yollar sağlamış bulunmaktadır. Artık işletmelerin gerçek ortam mağazaları yanında sanal ortam mağazaları da bulunmaktadır. Alan adları (*domain*) işletmelerin sanal ortamdaki işaretleri ve bilgisayar ve internet bağlantısı kullanılarak bulunmalarını sağlayan dijital adresleridir.¹⁴⁶ İnternet alan adı, bir web sayfasını diğer web sayfalarından ayırt etmeye yarayan işaretlerdir. İnternet kullanıcısının aradığı web sayfalarını bulabilmesi ve birbirinden ayırt edebilmesi için kullanılan, IPv4-Protokolü esaslarına göre tahsis edilen 32 Bit’lik IP adresleridir. Gerçekte internet alan adları birer sayıdan ibaret olmasına karşın kolay hatırlanabilmesi için bu sayılara karşılık gelecek şekilde ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers- internet Sayılar Ve isimler Tahsis Birliği), bölgesel ve mahalli makamlar tarafından verilen işaretlerdir. Alan adları bilgisayarlar arasında iletişim yapılırken veri paketlerinin adreslendirilmesinde kullanılır¹⁴⁷.

Kamu ve özel hukuk tüzel kişilikleri ve gerçek kişiler sanal -internet- ortamda yapacakları faaliyetleri ve gerçek ortamdaki işlerinin tanıtımı için alan adı dediğimiz adresleri kullanmaya başlamışlardır. İnternetin yaygınlaşması ile şirketler için alan adları ve ürünleri için de tanıtım gereksinimi ortaya çıkmıştır. Markaların veya ticaret unvanlarının internette kullanımı konusu henüz, küresel anlamda yeknesak bir uygulamaya ve çekişmeler bakımından yerleşik bir çözüm sistemine ulaşmış değildir. Oysa, internette markanın kullanımı markanın reklam ve pazarlama işlevlerinden yararlanma kapasitesini genişletmiştir¹⁴⁸.

İnternete bağlı her sitenin kendisine ait IP adresi olarak adlandırılan özel bir adresi vardır. Bu adresler bilgisayarlar arasında iletişim yapılırken veri paketlerinin adreslendirilmesinde kullanılır. 32 Bitlik sayısal IP adreslerinin akılda tutulması zor olduğundan “Domain Name System” (DNS) ile simgesel olarak isimlendirilmiştir.

¹⁴⁶ Karahan, s. 327; Tekinalp, s. 24.

¹⁴⁷ Elif Gamze Kartal, Web Sayfalarının Hukuki Açıdan Korunması, 2007 İstanbul, s. 3.

¹⁴⁸ Bilgili, s. 210.

Tacirleri veya mal ve hizmetleri ayıran işaretlerin Web’de kullanımı ve firmaların markaları ve unvanları ile uyumlu alan adlarını -domain names- stratejik olarak seçmeleri, artık çok verimli pazarlama araçları haline gelmiştir. Oysa, şirketlerin sanal ortamda doğru domain adı seçmenin önemini kavramakta gecikmeleri, kendi firma adlarının zaten başka bazı ilgisiz kişilerce tescillenmiş olmasına yol açmıştır. Sanal gecekonduculuk (*sybersquatting*) olarak adlandırılabilir olan bu eylem ani bir olaydı. Marka veya diğer ayırt edici işaretlerinin üzerinde fikri ve sınai mülkiyet hakkı sahipleri kötü niyetli tescillere karşı hukuki düzenlemelerle harekete geçilmesini beklemektedir. Özellikle, ABD ve diğer tüm ülkeler bu sorunu değişik biçimde çözmeye kalktılar. İnternetin evrilmesi ile daha fazla fikri hak ihlalleri kanıtlanmakla iş dünyası ve yerel yetkililer bu güçlü pazarlama ve iletişim silahının kontrol edilmesi için düzenlemeler yapılmasına karar verdiler. Belçika’da kar amacı gütmeyen internet alan adı veren *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) adlı kuruluşun *Uniform Dispute Resolution Policy* (UDR) benzeri alan adı çekişmelerinin çözümü için bir düzenleme başlatıldı¹⁴⁹.

Ülkemizde ‘tr’ uzantılı alan adını vermeye ODTÜ yetkilidir. ODTÜ kendisinden alan adı talep edildiğinde, o adın istekçiye aidiyetine ilişkin resmi belgeler istemektedir. Ancak ABD’de yerleşik InterNIC veya NSI adlı yetkili kuruluşlardan da ‘tr’ uzantısı olmaksızın alan adı alınabilmektedir. Türkiye dışındaki ülkelerde hiçbir aidiyet araştırması yapılmamaktadır. Bu ülkelerde “ilk gelen alır” – *first come, first served*- ilkesi uygulanmaktadır¹⁵⁰.

Ancak ODTÜ’nün uygulaması yaptığı tahsis işleminin yasal dayanağı olmaması, keyfilik taşıyan yönetimi nedeniyle eleştirilmektedir. Serbest olan bir işaretin erken davranılarak alan adı olarak alınması- ilk gelen alır ilkesi- güçleşmektedir. Nitekim artık, faaliyete ilişkin kanıtlar, belgeler aranmaktadır. “İlk gelen alır” ilkesinin de internetin özgürlükçü yapısına uygun olduğu, işlemlerin büyük bir hızla gerçekleştirildiği ileri sürülmektedir. Ayrıca, ODTÜ’nün uyguladığı bürokrasi nedeniyle kişi ve firmaların ‘tr’ uzantısı olmayan alan adlarını ABD’deki kuruluşlardan aldıkları belirtilmektedir¹⁵¹.

¹⁴⁹Noel Christophe, “Anti-Cybersquatting:The Belgian Remedies.” **Trade Mark World**, s. 420.

¹⁵⁰Tekin Memiş, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, Ankara 2002, s. 110.

¹⁵¹Hasan Sınar, **İnternet ve Ceza Hukuku**, 1. Bası, 2001, İstanbul, s. 40.

Gerçekten de “com” uzantılı alan adları bakımından doğabilecek çekişmelere Mahkemelerimizin verdiği kararlar etkili olmamaktadır. WIPO nezdindeki yarı özel yarı kamusal paneller bu konudaki uyuşmazlıklara bakmaktadır¹⁵².

Web sitelerinde kullanılan işaretler genellikle markalarda kullanılan işaretler veya unvanların kullanılması suretiyle gerçekleşmektedir. Bu bakımdan, alan adları, markalar ve unvanlar arasında iltibas ve iktibaslar sıkça ortaya çıkmakta ve mahkemelerin önüne gelmektedir. Örneğin, tescilli markanın üçüncü bir kişi tarafından internet alan adı (*domain name*) olarak kullanılması halinde, bu kullanım marka sahibince, 9. maddenin verdiği yetkilerle engellenebilir. Bir tacirin markasının alan adı olarak kullanılması biçimindeki çekişmelere sık rastlanması tescil ettirenin beyanı ile yetinildiği, ilk gelen alır (*first come first served*) ilkesinden kaynaklanmaktadır. Ancak, alan adının objektif ölçütler çerçevesinde, bu adı kullanma hakkı bulunan- örneğin, ticaret unvanı olduğu için- ve başkasına ait markadan haksız yararlanma kastı taşımayan kişilerce kullanımı marka sahibince engellenemez¹⁵³. Burada dikkat edilecek olan, yine kullanımın markasal olup olmadığı, tecavüz niteliği ve hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığıdır.

Alan adlarının hukuka aykırı olarak elde edilmesi ve kullanılması bir yandan kullanıcı veya tüketicilerin kimlik konusunda yanıltılması bir yandan da buna bağlı olarak hak sahibi olanın itibarından haksız yararlanma sonuçlarını doğurabilmektedir. Uyuşmazlıklar bu kapsamda ortaya çıkmaktadır.

Ülkemizde alan adlarını doğrudan doğruya düzenleyen ve koruyan bir mevzuat henüz kabul edilmiş değildir. Ancak 6102 sayılı TTK’nun 54. maddesinde yer alan ilke, başkalarının hukukça korunan ayırt edici işaretlerini izinsiz biçimde alan adı seçen ve kullananlara karşı işletilebilmektedir. Nitekim, alan adları bakımından da özel bir hüküm bulunmadığından alan adlarının korunması için haksız rekabet hükümlerine dayanılması mümkündür¹⁵⁴.

Yine, 21.01.2009 tarihli 5833 sayılı yasa¹⁵⁵ ile değişik MarkKHK 9. Maddenin (e) bendi konuyu marka bakımından düzenleyen açık bir hükümdür. Bu hüküm markanın aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak

¹⁵² www.wipo.org

¹⁵³ Yasaman ve Ayoğlu, **Marka Hukuku**, 2004 İstanbul, s. 17, 492.

¹⁵⁴ 11. HD, 28.03.2008, 2007/1677-2008/4071, (YKD 2010, C. 36, s. 8, s. 1454-1455.)

¹⁵⁵ RG 28.01.2009 Tarihli 27124 Sayısında Yayınlanmıştır.

biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılmasını marka sahibinin engelleyebileceği eylemler arasında saymaktadır¹⁵⁶.

II. MARKA VE DİĞER AYIRT EDİCİ İŞARETLERİN TARİHÇESİ

A. Antik Çağda Ayırt Edici İşaretler

Markanın çok eski tarihlerden bu yana kullanıla geldiği antik Yunan, Mısır, Fenike uygarlıklarından kalan eşyalar üzerinde kullanılan işaretlerden anlaşılmaktadır. Antik buluntular üzerinde yer alan semboller ayırt edici işaretlerin tarihsel kökenlerini eski çağlara kadar götürülenlerce kanıt olarak gösterilmektedir. Antik Mısır'da kral mezarlarından çıkan eşyaların üzerindeki işaretler günümüz markalarına benzemektedir¹⁵⁷. Yazılı iletişimin bu günkü gibi yaygın ve yerleşik olmamasına bağlı olarak, resimlerden oluşan markaların daha yaygın olduğu anlaşılmaktadır¹⁵⁸. Örneğin, Antik Mısır'da işaretler, hatalı üretim yapan imalathanelerin tespiti ve cezalandırılabilmelerini mümkün kılıyordu¹⁵⁹.

Seramik ve çiniler üzerinde işaret konulması marka kullanımına ilişkin ilk örneklerdendir. Zenaatkar böylece işinin sorumluluğunu üstlenmiş hem de eseri ile anılır hale gelmiştir. Çömlekler üzerine işaret koyabilme amacıyla kullanılan ve milattan sonra 3. yüzyılın Kuzey İtalya'sına ait taş mühürler bulunmuştur¹⁶⁰.

B. Orta Çağda Ayırt Edici İşaretler

Orta çağda kullanılan işaretler de marka kullanımına ilişkin örnek oluşturmaktadır. Bu dönemin işaretleri iki gruptur: İlk grup, resmi makamların kullandığı kontrol işaretleridir. İkinci grupsa, loncaların malın kalitesini kontrol için kullandığı ya da üreticiler ve sanatçıların kullandığı işaretlerdir¹⁶¹.

¹⁵⁶ 5833 Sayılı Yasa ile değişik MarkHKH 9. md.

¹⁵⁷ Haydar Arseven, **Nazarı Ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku**, İstanbul, 1951, s. 2.

¹⁵⁸ Tülay İşgör, Sanayide Ve Ticarete Markanın Yeri ve Önemi, **TPE Uzmanlık Tezi**, Ankara 2001, s.13.

¹⁵⁹ Ömer Camcı, **Marka Davaları**, İstanbul 1999, s. 3.

¹⁶⁰ İşgör, s. 13; Camcı, s. 3.

¹⁶¹ Merih Kemal Omağ, Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka Ve Korunması, **Hukuk Araştırmaları** 1991, C. Xi, s.1-3, s. 5.

Orta çağda, Fransa’da asillerin elbise ve çamaşırlarında yer alan çiçek desen ve işlemelerinin üreticilerin veya meslek loncalarının markaları mı yoksa bu eşya sahibi olan asillerin, kralların ailelerine ait semboller mi oldukları tam bilinmemektedir. Yine eski çağlarda, büyükbaş hayvanlar ve iş aletlerinin ait oldukları feodal gücü göstermek üzere işaretlendikleri anlatılmaktadır¹⁶². Markanın mal ticareti ile ilişkilendirilmesi, diğer deyimle günümüz anlamında markanın doğuşunda Almanya, Fransa ve İtalya gibi Avrupa ülkelerinin loncaların rolü büyüktür. Loncalar, belirli meslek ve ahlak kuralları çerçevesinde yapısındaki girişimci, tüccar ve sanatkarları kontrol eden önemli kurumlardır¹⁶³. Loncalar girişimci ve tüccarları sıkı denetim altında tutarlardı, ayrıca malların kalitesinin tespitinde loncaların rolü büyüktü. Kullandıkları üretim işaretiyle malın ne kalitede olduğunu, hangi loncaya ait olduğunu gösterirken, lonca içinde de kim tarafından üretildiğini gösterirlerdi¹⁶⁴. Markalar, ortaçağın ilk dönemlerinde örfen korunmuş, daha sonraları kralların emirnameleri ile düzenlemeler yapılmıştır¹⁶⁵. İngiltere’de 1266’da çıkarılan bir kanunla fırınların ürettikleri ekmekleri üzerinde kendi işaretlerini kullanmaları zorunlu kılınmıştır¹⁶⁶. Bu işaret kullanımı ile lonca malın kalitesini denetleyebilmekte ve tüketiciler de üreticiyi bilebilmekte, aldatılmaları önlenmekteydi. Marka bu dönemde belli ticarethanelerin simgesi olarak değerlendirilmeye başlandı; marka, girişimci ve imalathane ile birlikte ele alınır oldu¹⁶⁷. Lonca markalarının ilk kullanıldığı ürünler, yünlü kumaş, altın ve gümüş ürünlerdi¹⁶⁸.

Markanın asıl önemi sanayi devrimi sonrasında anlaşılmaya başlanmıştır. Buhar gücünün kazandırdığı ivme ile çeşitli ürünle seri biçimde üretilmeye başlanmış ve üreticiler kendi ürünlerini pazarda diğer ürünlerden ayırt etme

¹⁶² Tekinalp, s. 337; Hubman Heinrich-Götting, Horst Peter, **Gewerblicher Rechtsschutz**, 2002 Munich, 2§ Iii, s. 3.

¹⁶³ Omağ, s. 5.

¹⁶⁴ Özdal Şule, **556 Sayılı KHK 5. Madde Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler**, İstanbul 2005, s. 6.

¹⁶⁵ Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2004, s. 352.

¹⁶⁶ Camci, s. 2

¹⁶⁷ Arseven, s. 3.

¹⁶⁸ Tekinalp, s. 337.

zorunluluğunu duymuşlardır. Sanayi devrimi dünyanın siyasi, ekonomik ve mali düzenini etkilerken marka hukuku da etkilenmiş ve şekillenmeye başlamıştır¹⁶⁹.

C. Liberal Ekonomik Düzendeki Ayırt Edici İşaretler

19. Yüzyıldan itibaren dünyada, özellikle Amerika’da ve Avrupa’da demiryollarının hızla gelişmesinin sonucunda, ulaşım ağının yayılması ve ulaşımın hız kazanması ile mallar ve hizmetler daha geniş alanlara hızla ulaşır olmuştur. Teknik gelişmelerin de katkısıyla ticaret markaları önem kazanmıştır¹⁷⁰. İşletmeler, daha fazla alıcıya ulaşmak için markalar oluşturarak bunları kalıcı şekilde kullanmayı hedef almışlardır. 1800’lerin sonlarında kabul edilen kanunların uluslararası alanda bir bütünlük ve korumaya sahip olmaması markaların ve marka sahiplerinin karşılaştığı en büyük sorun olmuştur¹⁷¹. Uluslararası sınai hak koruması fikri, 1873 yılında Viyana’da buluşların sergilenmesini amaçlayan bir fuarla doğmuştur. Bu fuara yabancı katılımcıların özgün buluşları kopyalanabilir endişesini gerekçe göstererek katılmamaları söz konusu uluslararası koruma eksikliğini gündeme getirmiştir¹⁷². Uzun görüşmelerden sonra imzalanan 1883 tarihli Paris Sözleşmesi bu alandaki ilk uluslararası sözleşmedir. Paris Sözleşmesi’nin ardından 1891 tarihli Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması, 1957 tarihli Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Sınıflarına İlişkin Nice Anlaşması, markaların uluslararası tesciline ilişkin Madrid Anlaşmasına dair 1989 tarihli Madrid protokolü, Markaların Figüratif Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması, Dünya Ticaret Kuruluş Anlaşması-Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPs), Marka Kanunu Anlaşması hazırlanarak bu alanda uluslararası bütünlük sağlanması amaçlanmıştır¹⁷³.

Marka Hukuku’nun işlevsel gerçekliği, aşağı yukarı 1990’lı yılların ortalarında, uluslararası alanda TRIPs ilkelerinin kabulü, Topluluk markasının kullanılmaya başlanması, Madrid tescil sistemi ve ABD’de markanın

¹⁶⁹Hakkı Turan Er, “Markanın Doğuşu, Kurumsallaşması Ve Yeni Marka Formları”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 2010, s. 262.

¹⁷⁰ Camci, s. 3.

¹⁷¹ Özdal, s. 7.

¹⁷² Uğur Yalçiner, **Sınai Mülkiyetin İlkeleri**, Ankara 2000, s. 8

¹⁷³ Özdal, s. 7

sulandırılmasını men eden yasaların kabulü ile şekillenmiştir¹⁷⁴. Avrupa İngiltere ve ABD’de kanunlaştırma hareketleri 19. Yüzyılda başlamıştır¹⁷⁵.

III. AYIRT EDİCİ İŞARETLERİN EKONOMİK İŞLEVLERİ

A. Ayırt Etme İşlevi ve Ekonomik Etkileri

Marka sınai, ticari veya tarımsal alanda üretilmiş bir malı, diğer mallardan ayırt etmeye yaramaktadır. Bu özellik sayesinde şahsileştirilen mal veya hizmet, alıcıya, piyasaya sürülmüş pek çok mal veya hizmet arasında istediğini seçebilme olanağını verir. Markanın ayırt ediciliğe sahip olmasına, kolayca tanınabilmesi yardımcı olur¹⁷⁶. Markalar temelde, bir işletmenin mal veya hizmetinin diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlarlar¹⁷⁷. Ayırt edici işaretlerin ekonomik işlevleri ise reklam etkisi yaratmaları ve garanti bildirmeleridir. Ekonomik karakterli işlevler ayırt edici işaretlerin kullanımına bağlı somut ve pratik işlevler olarak öne çıkmaktadır.

Diğer ayırt edici işaretlerin ayırt etme işlevleri amaç ve konularına göre şekillenmektedir. Ticaret unvanları gerçek ve tüzel kişi tacirlerin diğer tacirlerden ayırt edilmesini ve işletme adı da tacirlerin sahip olduğu işletmelerin ayırt edilmesi işlevini görürler¹⁷⁸. Yukarıda markanın işlevi konusundaki açıklamalar bu anlamda geçerli olduklarından yinelemiyoruz. İşletme adı bakımından Yeni Ticaret Kanunu, 55. maddesinde düzenleme yapmış ve uygulanacak hükümler bakımından 45. maddeye de yollama yapmıştır. İşletme adı benzer işletmelerden ayırt edilmeyi sağlamaya elverişli olarak seçilmeli ve tescil edilmelidir. Ancak tescil edildiğinde, ticaret unvanına sağlanan korumadan yararlanmanın yolu açılmaktadır¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Phillips Jeremy, **Trade Mark Law**, Oxford 2003, s. 14.

¹⁷⁵ Tekinalp, s. 339.

¹⁷⁶ Remzi Tamer Pekdiğer, **Marka Hakkı Ve Korunması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001, s. 54.

¹⁷⁷ MarkKHK 5. Md.

¹⁷⁸ TTK 41 vd; 6102 Sayılı Ticaret Kanunu’nun 39. Maddesi, unvanın yazılı ve görsel olarak kullanılması zorunluluğunun altını çizmiş ve açıklık ilkesini benimsemiştir. Buna göre tacir belgelerinde, şirket merkezini, web adresini, sermaye şirketi ise sermayesinin tutarını bildirmek zorundadır.

¹⁷⁹ 6102 Sayılı TTK, 55. Md.

Ticaret unvanlarının ayırt ediciliği, sahipleri olan gerçek ve tüzel kişi tacirlerin birbirinden ayırt edilmesi şeklidedir¹⁸⁰. Her tacir işe başladıktan itibaren 15 gün içinde işletmesini ve unvanını tescil ettirmek zorundadır. Aksi takdirde ticari faaliyetlerin dürüstlük ilkeleri, ekonomik- mali hükümler çerçevesinde yürütülmesi zorlaşacaktır¹⁸¹.

B. Kaliteyi Garanti Etme İşlevi

Ayırt edici işaretlerin, özellikle markanın, ekonomik nitelikli önemli işlevi ait olduğu mal ve hizmetin kalitesine ilişkin yaydığı bilgidir. Bununla birlikte marka kendi başına her zaman kaliteyi garantilemez, fiilen sağlanan kalitenin varlığına dair bilgi verir. Alıcının güven duyduğu, malının kalitesine inandığı işletmeyi onun markasıyla tanıdığı anlamına gelir¹⁸².

Marka sahibi olmanın mutlaka yüksek kalitede ürünler üretme, bu tarzı sürdürme ve satma yükümlülüğü getirdiği ileri sürülemez. Diğer deyimle, markanın garanti işlevi hukuki değil, ekonomik anlam taşımaktadır. Bu işlev tüketicilerde önceden mevcut olan, çeşitli derecelerde olabilecek bir kalite ve bunun devam edeceği yönündeki bilginin varlığına işaret eder.¹⁸³ Nitekim tüketiciler ürünleri markalar sayesinde tanır ve üreticiler de hayatın olağan akışı gereği rekabetçi olmak durumundadır.¹⁸⁴ Markaların tüketiciye sağladığı bilgi özellikle belli mallarda önem arz etmektedir; tüketici uzun boylu inceleme yapamayacağı durumlarda alım kararını marka sayesinde, o malın denenmiş olma özelliği ile vermektedir. Diğer deyimle malda belli niteliklerin bulunduğu marka ile anlaşılmaktadır.¹⁸⁵ Bu nedenlerle, Kanun Hükmün Kararname markanın garanti işlevini de koruyan nitelikte hükümlere yer vermiştir. Bununla birlikte bir tür marka olan –*woolmark*, *TSE* örnekleri gibi-garanti markaları tam da malın belli bir kalitede ve vasıfta olduğuna dair bilgi verir ve bunların garanti işlevi hukuken korunur¹⁸⁶.

¹⁸⁰ TTK 41 vd. maddeler.

¹⁸¹ Tekil, s. 158.

¹⁸² Tekinalp, s. 356.

¹⁸³ Arkan, C. 1, s. 39; Tekinalp, s. 356.

¹⁸⁴ Tekinalp, s. 357.

¹⁸⁵ Bently ve Sherman, s. 663.

¹⁸⁶ Arkan, C. 1, s. 39.

C. Reklam ve Tanıtım İşlevi

Marka korumasının önemli bir gerekçesi de markanın reklam işlevidir. Marka hakkının korunmasını değerlendirirken marka ile onun reklam yönünü birbirinden ayırt etmek olanaksızdır. Böyle olması ticari sembollerin bir reklam türü olmasıdır. Özellikleri, kısa ve öz olmaları ve sürekli kullanımda olmalarıdır¹⁸⁷. Markanın reklam işlevi, kullanıldığı sürece ilgili pazarda yarattığı etkidir. Bu etki markanın tanınması, tüketicilerce bilinip diğerlerinde ayrı bir yere konulmasıdır. Kullanım devam ettikçe marka kendi kendine bir reklam etkisi yaratır¹⁸⁸. Marka işletmenin dışa dönük yüzüdür. Marka reklam ve tanıtım sağladığından işletme için hayati bir önem taşır ve korunmasının haklı gerekçelerinden birini oluşturur. Tüketiciler markaların bu işlevi ile bilgi edinmiş olurlar, piyasada iletişim sağlarlar¹⁸⁹.

Amerikalı ünlü bir akademisyen, marka korumasının haklılığını reklama bağlamıştır. Makalesinde, üzerine marka basılı ürünlerle veya kitle iletişim araçlarıyla ulaşılması sayesinde geniş tüketici kitlelerine yönelik olarak sembollerin uzaktan yönetimi sürecini reklam olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte, ikna edici reklam ile bilgi verici olan arasında kesin bir ayrım yapmıştır¹⁹⁰. Reklam çalışmaları kapsamındaki semboller markalar, logolar, sloganlar, işletme adları ve ticaret unvanları olabilmektedir.

Nitekim salt ekonomik, pratik açıdan bakıldığında tek işe yarar işlev reklamdır¹⁹¹. Üreticiler ve satıcılar kendi mal ve hizmetlerinin tüketicilerce tercih edilmesini sağlamak, onları alıma ikna etmek adına çeşitli yöntemlere başvurabilirler. Bu yöntemler geniş anlamda reklam kavramına girmektedir¹⁹². Reklam biçimlerinin çoğunda kaçınılmaz olarak ilgili mal veya hizmetin markası yer almaktadır. Bundan ayrı özel bir reklam faaliyeti olmasa dahi markanın kullanılması kendi başına reklam etkisi yaratmaktadır. Reklam yapıldıkça markanın tanınmışlık

¹⁸⁷ Bently ve Sherman, S. 663: *Bu Yüzyılın Ortalarında Ekonomistler Reklam Konusunda Oldukça Şüpheliydi: Ürünün Gerçek Üstünlüğünün Ötesinde Mesajlarla Tanıtılmasının Tüketicuyu Yanlış Ürünü Kabule Veya Seçmeye Zorladığı Görüşü Hakimdi.*(A. Greenbom, "Trademarks Attacked", 1968, 58 Tm Rep 443)

¹⁸⁸ Tekinalp, s. 356;

¹⁸⁹ Bently-Sherman, s. 662.

¹⁹⁰ Brown R.; "Advertising And The Public Interest: The Legal Protection Of Trade Symbols" Yale Journal 1165.(Bently-Sherman, Den Naklen, s. 663)

¹⁹¹ Arkan, s. 39.

¹⁹² Göle Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, **BATİDER**, Ankara 1983, s. 33.

seviyesi ve yoğunluğu yükselir, marka tanındıkça işletmenin müşteri çevresi genişler, büyüme sağlanır. Tanınmışlık düzeyi yüksek bir marka işletme için güçlü bir reklam ve pazarlama gücü anlamına gelmektedir. Halk marka aracılığıyla malı tanır ve satın alma kararını verir. Gerçekten de marka tanındıkça işletmenin müşteri çevresi genişler, büyür. Diğer deyimle tanınmışlık düzeyi yüksek bir marka işletmenin en önemli reklam ve müşteri kazanma aracıdır¹⁹³.

Marka; tüketicilere sadakat yaratma, kalite, itibar ve statü göstergesi olma, tüketici zihninde yer etmeye ve duygusal bağlılık yaratma, fiyat üstünlüğü sağlama gibi unsurlar aracılığıyla işletmeye doğrudan fayda sağlarken, rakiplerin pazara girmesini engelleme vb. şekillerde dolaylı yoldan da işletmeye fayda sağlamaktadır¹⁹⁴.

Markanın reklam fonksiyonu ile kastedilen, marka yoluyla piyasaların etkilenebilirliği¹⁹⁵. Reklam fonksiyonu sayesinde markayı öğrenen tüketicinin zihninde mal veya hizmete ilişkin bir fikir oluşur, mal veya hizmete ilişkin önyargılar sona erer. Marka mal veya hizmeti tüketicilere sunarken, aynı zamanda işletmenin de tanıtımını yapar¹⁹⁶. Reklam, işletmenin sahip olduğu özellikleri var olan ve olası müşterilere duyurmada yararlanılan önemli bir araçtır. Reklam işlevi kullanılırken izlenecek strateji yol göstericidir. Bu stratejide elde edilmek istenen hedefler, reklama ayrılacak bütçe, iletilmek istenen mesaj ve bu mesajların hangi kanallarla iletileceği konularına dikkat edilmelidir¹⁹⁷.

Reklam işletmelerin mal ve hizmetlerini rakip mal ve hizmetlerden ayırt ettirmek ve belirleyici niteliklerinin ortaya konulmasında yararlanılan bir iletişim tekniğidir. Reklam nihai amaç olan pazarlamada etkin bir bileşen olarak kabul edilmektedir. Günümüz tüketicisinin satın alma davranışının şekillenmesinde en büyük etkenlerden biri olan reklam, marka ve markaya yönelik olumlu tutumların oluşmasına önemli derecede hizmet etmektedir. Bu amaçla yapılan reklam çalışmalarında her öğenin kullanımının ayrı bir öneminin olduğu tartışılmaz bir

¹⁹³ Arkan, C. 1, s. 39.

¹⁹⁴ Zeynep Oturanç, **Marka Ve Reklam İlişkisi-Endüstriyel Marka Oluşturmada Reklamın Etkisi**, Konya 2005, s. 8.

¹⁹⁵ Tekinalp, s. 356.

¹⁹⁶ İlgör Tülay, Sanayide Ve Ticarete Markanın Yeri Ve Önemi, **Türk Patent Enstitüsü Uzmanlık Tezi**, Ankara 2001, s. 55

¹⁹⁷ Ebru Demir, Kurumsal Marka İmajının Oluşumunda Reklam Stratejilerinin Etkisi: World Of Wanders Otel İşletmelerinde Bir Uygulama, **Gazi Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi**, Ankara 2006, s. 9.

gerçektir. Bir markanın oluşumu ve markaya yönelik imajın oluşum sürecine bakıldığında her şeyden önce markanın tüketici zihninde net bir şekilde konumlandırılması gerekmektedir. Bu sürecin seyrini ve hızını belirleyen de reklamdır. Reklamdan beklenen nihai amacın gerçekleştirilmesinin yanında, markaya yönelik olarak, tüketicilerin tutum düzeyleri, alışkanlıkları ve beklentileri dikkate alınarak yapılan uygulamalar markanın konumlandırılmasını kolaylaştıracaktır. Bu nedenle işletmelerin reklamlar aracılığı ile hedef kitleler üzerinde oluşturmaya çalıştıkları marka sadakati, marka tutumu oluşum sürecini desteklemeleri, bunun sonucunda oluşacak güçlü markaları kendileri için daha sonra doğrudan bir reklam olacaktır¹⁹⁸.

Klasik pazarlarda markaların temel rollerinden bir tanesi satın alma kararı vermek için harcanan araştırma ve karşılaştırma süreçlerini kolaylaştırmasıdır. İnternet araştırma ve karşılaştırmayı kolaylaştıran yönleri ile markaların bu temel rollerini gereksiz kılarak, marka ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Ancak, tipik bir web sitesi müşterilerden özel bilgiler istemektedir. Her ne kadar kişisel bilgilerin üçüncü şahıslarla paylaşılmamasına yönelik düzenlemeler ve web sitelerinin vaatleri bulunsa da, interneti kurallarla yönetmek hukuki altyapısının oluşturulamaması nedeniyle mümkün olamamaktadır. Bunun da ötesinde müşteriler hiç görmedikleri, denemedikleri ve dokunmadıkları ürünleri satın almak durumundadırlar. Bu koşullar internetteki güven ve güvenlik konularının değerini artırmaktadır. Müşteriler internette işlemleri denenmiş, bilinen ve kendilerine yakın olan işletmelere yöneleceklerdir¹⁹⁹.

Seçilen doğru marka ile pazarın etkilenmesi markanın reklam işlevinin somut sonucudur. Markanın basitçe kullanımı, pazarda tanınmasını sağlamaktadır. Tüketicileri kullandıkları ürünleri markalarıyla tanıyıp diğerlerinden ayırt etmekte ve keyfiyet reklam etkisi yapmaktadır. Marka sayesinde müşterilerle işletme arasında bir bağ kurulmaktadır. Markanın tanınma derecesi işletmenin reklam gücünü de belirlemektedir²⁰⁰. Markanın korunması gerekçeleriyle markanın reklam işlevinin göz önünde tutulması gerekçelerini birbirinden ayırt etmek mümkün değildir.

¹⁹⁸ M. Fatih Çakar, Marka Oluşumunda Reklamın Yeri, **Fırat Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi**, 2007 Elazığ, s. 3.

¹⁹⁹ Serhan Keskin, **Tüketiciler Ve İşletmeler Açısından Elektronik Ticarete Marka Yapılandırılmasını Etkileyen Faktörleri Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma**, Kırıkkale 2005, s. 27.

²⁰⁰ Arkan, C. 1, s. 39; Tekinalp, s. 357.

Gerçekten de ticarete kullanılan işaretler, ticari adlar özel karakterleri kesinlik ve kullanımda devamlılık olan birer reklam türleri, reklam araçlarıdır²⁰¹. Reklamcılar ve pazar araştırmacıları marka imajını firmaların başarısının temeli olarak görmektedirler. Doğru iletilmiş marka imajı hem markanın karşıladığı ihtiyaçların tüketici tarafından daha iyi anlaşılmasına yarar, hem de markayı rakiplerinden ayırır. Marka imajının oluşturulmasında önemli pay sahibi olan reklam kampanyaları ve de konumlandırma stratejileri oluşturulurken, marka imajını belirleyen ürün özelliklerine, kullanıcı ve kullanım şekline ait özelliklere, marka ismine, firma ismine ve de ülke kökenine önem verilmelidir. Bu değişkenlerden hangisinde ürün kuvvetli ise bunlar stratejilerde ve kampanyalarda vurgulanmalı, zayıf olan yönler ise kuvvetlendirilmeye ya da tüketicinin bu konudaki düşüncelerinin değiştirilmesine çalışılmalıdır. Marka imajı, tüketicilerin satın alma olasılığı, memnuniyet ve eminlik dereceleri ile ilgili olduğundan rakiplerden farklı, tutarlı ve tüketiciye uygun bir marka imajı oluşturmak satışları da olumlu etkileyecektir²⁰².

D. İmaj Sağlama İşlevi

Ayırt edici işaretler ve özellikle marka, sahibi için tüketici gözünde bir imaj yaratmakta, tasarlamaktadır. Tüketiciler bilinçli veya gelişigüzel olsun alışverişleri sırasında marka sayesinde belli bir davranış biçimini benimserler. Marka ve onun reklamları tüketicilere seslenerek o malı almaya yönlendirmektedir. Tüketiciler bir yerde, sağlanan imaja ulaşmak isteyerek alım kararı verirler²⁰³. Marka, hukuki varlığı yanında işletmesel, ekonomik bir değerdir. Hepimiz markalarla kuşatılmış olarak yaşadığımız için, bir markanın ne demek olduğunu tanımlamaya çalışmak insana gereksiz bir çaba gibi görünebilir. *Persil, Mars, Coca-cola, Pepsi, BMW* gibi lider markaları hepimiz bilmekteyiz. Çocukluğumuzdan hatırladığımız ve belki hala kullandığımız markaları hepimiz sayabiliriz. Gözde markalarımızı, bize güven duygusu veren ve eski bir arkadaş gözüyle baktığımız markaları seçip ayrabiliriz. Hepimiz, iyi kötü bir marka tanımı yapabiliriz. Bu tanımın içinde, büyük olasılıkla,

²⁰¹ Bently ve Sherman, s. 663.

²⁰² Ebru Akkaya, "Marka İmajı Bileşenleri, Otomobil Sektöründe Bir Uygulama", **4.Ulusal Pazarlama Kongresi**, 18-20 Kasım 1999, s. 27.

²⁰³ Celal Göle, **Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, 1983 Ankara, s. 205.

“benzersiz”, “ isim”, “kimlik”, “farklılaşma”, “kalite” ve “garanti “ sözcükleri geçecektir. Ünlü reklamcı Jeremy Bullmore’a göre, “ bütün markaların tek bir ortak özelliğinden söz edilebilirse, bu ancak bir çeşit şöhret olabilir”. McDonald’s hayatın bir parçasıdır, ama Angelina Jolie’ninkine benzer bir şöhrete sahip midir? Porsche şöhretlidir, ama hayatımızın bir parçası mıdır? Stephen King’in söylediği gibi, “ürün bir fabrikada yapılan bir şeydir, marka ise müşterinin satın aldığı bir şeydir²⁰⁴. Bu bakımdan, markanın pazarlama ve tüketici algıları, konumlama, katma değer yönleri de bulunmaktadır.

Marka imajı, tüketicilerin ürünle özdeşleştirdikleri anlam ya da tüketicilerin üründen anladıklarının toplamı olarak tanımlanabilir. Marka imajı tüketicinin bir markayla ilgili çeşitli kaynaklardan edindiği izlenimlerin sonucunda oluşur. Bu kaynaklar arasında markalı ürünü denemek, üretici firmanın ünü, ürün ambalajı, marka ismi, kullanılan reklam formatı ve içeriği ve reklamın sunulduğu medya gibi pek çok faktör yer almaktadır²⁰⁵.

Günümüzün interaktif pazar ortamında ayakta kalmak isteyen işletmeler tüketici zihninde uzun dönemli çabalar sonucunda oluşan kurum ve marka imajı oluşturmaının önemini kavramış bulunmaktadırlar. Önemli olan işletmelerin pazarlama iletişimi çabaları ile nasıl görünmeye çalıştıkları değil, asıl olan hedef kitleleri tarafından ne biçimde algılandıklarıdır. Bu dönemde pazarda yer edinebilenler, üretimde genişleme ve farklılaştırmayı başaranlar, teknolojiyi uygulayabilen ve gelişmekte olan endüstrilerde güven yaratabilen, her şeyden önce müşteri önceliklerine önem veren firmalar olmaktadır. Geçmişte geleneksel pazarlama yaklaşımlarında olduğu gibi, ürün ve hizmetlerin satın alınmasını ve benimsenmesini sağlayan aktiviteler, günümüzde yalnızca reklam, halkla ilişkiler, satış geliştirme, kişisel satış v.b. iletişim(tutundurma) çabaları ile sınırlı değildir. Günümüzde tüketiciler marka ile ilgili mesajları bir arkadaş sohbetinden, gazetedeki bir makaleden, mağazada ürünün sunuluş biçiminden, müşteri hizmetlerinde kendisine davranış biçiminden ve santralin telefonda konuşma tarzından da alabilmektedirler. Tüketiciler kendilerine farklı noktalardan gelen bu mesajları ayrı ayrı değerlendirmek yerine mesajların tamamını zaman içinde bir bütün olarak

²⁰⁴ Randall Geoffrey, **Markalaştırma, Stratejinizi Planlamada Doğru Rehber**, İst. 2000, s. 13-15.

²⁰⁵ Akkaya, “Marka İmajı Bileşenleri, Otomobil Sektöründe Bir Uygulama”, **4. Ulusal Pazarlama Kongresi**, 18-20 Kasım 1999, s. 28..

görerek marka ve kurum imajını zihinlerinde şekillendirmektedirler. Tüketicilerden müşteri yaratma süreci, markanın ve kurumsal itibarın bütünleştirilmesi ile başlamaktadır. Bütünleşik pazarlama iletişimi yaklaşımının temelini “müşteri odaklılık” oluşturduğundan bu yaklaşımla başarı için içeriden dışarıya doğru değil, dışarıdan içeriye doğru bir planlama yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Çünkü bütünleşik pazarlama iletişiminde tüm stratejik kararlar müşterilerin istek, ihtiyaç ve beklentilerinin analizi sonuçlarına göre belirlenmekte ve uygulamaya konulmaktadır²⁰⁶.

Günümüzde marka ve reklam kavramları iç içe geçmiş bulunmaktadır. Reklam kampanyaları markalar üzerinden kurulmaktadır²⁰⁷.

Reklamlar sayesinde, markalar uzak yerlerdeki müşterilere bile duyurulmakta ve bir çevre oluşturulabilmektedir²⁰⁸.

E. Seçici Dağıtım Sisteminde Kodlama İşlevi

Seçici dağıtım sistemi, sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi anlamına gelir²⁰⁹. Markalı ürün üreticisi, marka imajı oluşturmak ve bunu korumak yoluyla tüketicilerin ürüne olan talebini oluşturmak ve bağımlılığını artırarak karını çoğaltmaya çalışabilecektir. Özellikle, ürünün sunumunun ve satış öncesi hizmetlerinin tüketici gözünde önem arz ettiği ürünler söz konusu olduğunda, üreticinin pazarlama stratejisini bu doğrultuda oluşturması ve ürünlerin marka imajına zarar verecek noktalarda bulunmamasını istemesi makul görülecektir. Bu bağlamda, üretici veya sağlayıcı ürününü kendi mağazasında sunabileceği gibi, bağımsız dağıtıcılar eliyle de sunabilir. Seçtiği yeniden satıcılara mal vererek ve yeniden satış yapanların satış yapacakları kimseleri sınırlamak suretiyle seçilmemiş

²⁰⁶ Nilay Başok Yurdakul, İşletme Yönetiminde İki Stratejik Görev: İmaj-Marka Yönetimi Ve Müşteri İlişkileri Yönetimi, s. 4. ([Http://Yordam.Manas.Kg/Ekitap/Pdf/Manasdergi/Sbd/Sbd8/Sbd-8-15.Pdf](http://Yordam.Manas.Kg/Ekitap/Pdf/Manasdergi/Sbd/Sbd8/Sbd-8-15.Pdf))

²⁰⁷ Pekdinçer, s. 57.

²⁰⁸ Öçal Aka, **Türk Hukukunda Markaların Himayesi**, Ankara 1967, s. 19.

²⁰⁹ 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, 3(G) Maddesi. [Http://Www.Alomaliye.Com/Dikey_Antlasma_Klavuz.Htm](http://Www.Alomaliye.Com/Dikey_Antlasma_Klavuz.Htm)(10.04.2012)

satıcıların mal almalarını engelleyebilecektir²¹⁰. Bu sistemin merkez unsuru markadır.

Marka sahibi ürünlerinin münhasır dağıtıcılardan oluşturduğu ağ aracılığı ile sadece nihai tüketicilere satılmasını sağlamak ve yetkili olmayan satıcılara ürün tedarikini önlemek için önlemler alması küresel rekabet ortamında anlaşılabilir bir gayrettir. Ürünlerin yeniden satışları, ambalajlanıp yeniden satışları gibi eylemlerin ürün vafında kayıplara, bozulmalara yol açması olasılığı bulunduğu gibi, kontrol dışı satıcıların marka imajına ve ürün kalitesine ilişkin algıları da olumsuz etkileyebileceği bir gerçektir. Bu anlamda 89/104 sayılı AB Marka Yönergesi'nin 5 ve 7. maddelerinin yorumu ile ilgili Adalet Divanının kararları bulunmaktadır²¹¹.

Markanın bir diğer rolü rekabet hukuku alanında kendini göstermektedir. Sağlayıcı, seçici dağıtım sistemi üyelerine rakip firmalara ait markalı ürünleri satmama yükümlülüğünü şart koşabilir. Dikey anlaşmalarla ilgili muafiyetler arasında marka hakkının tekeli olanaklarını destekleyen bu imkan markanın kodlama işlevi ile yakından ilgilidir. Bu sisteme giren tacirler ayırt edicilik işlevi yoluyla ilgili pazarda diğer mallara göre seçim yapmaktadır. Marka sahibi sağlayıcı veya üretici de bu sayede kalitesinin korunması ve sürdürülmesi sayesinde sahip olduğu marka imajını koruyabilmektedir²¹².

Özellikle, yoğunlaşmış olmayan pazarlarda düşük pazar payına sahip teşebbüslerin uygulayacağı ağır ihlal olarak sayılanlar dışındaki dikey sınırlamaların, net olumsuz etkiler doğurma ihtimalinin düşük olduğu kabul edilmiştir. Böylece, sadece önemli pazar gücünü elinde bulunduran firmalar üzerine yoğunlaşarak, dikey anlaşmaların daha etkin kontrolü amaçlanmıştır. Ancak, AB rekabet politikasının sonraki amacı olarak görülen tek pazar oluşumunu engelleyici olabilecek her türlü kısıtlamaya karşı katı bir yaklaşım sürdürülmektedir²¹³.

²¹⁰Parlak Mustafa, AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları, Rekabet.Gov.Tr/Dosyalar/Tezler/Tez68.Pdf

²¹¹ AB Adalet Divanı, C-337/97 sayılı, *Christian Dior SA ve Christian Dior BV-Evora BV* kararında, 89/104 nolu AB Marka Yönergesi'nin 5 ve 7. maddelerini yorumlamış; markalı mallar, marka sahibi veya onun muvafakatı ile bir başkası tarafından Topluluk pazarı içinde piyasaya sunulduktan sonra, aldığı malı tekrar satan kimsenin, malların tekrar satımında serbest olduğunu, ayrıca malların tekrar satışı için halkı yönlendirmek üzere markayı kullanma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Bu çeşit marka kullanımının markanın şöhretine ciddi şekilde zarar verdiği kanıtlanamazsa marka sahibinin, markayı kullanmayı yasaklamak üzere Yönergenin 7. maddesine dayanamayacağını öngörmüştür (FMR 2001/1, 103-119).

²¹² Guy Triton, *Intellectual Property in Europa*, 2002 Londra, s. 777.

²¹³ Parlak, s. 2

IV. AYIRT EDİCİ İŞARETLERİN HUKUKEN KORUNAN İŞLEVLERİ

A. Marka Hukuken Korunan İşlevleri

Markanın işlevleri konusu Alman doktrininde fazlasıyla işlenmiş olduğu halde Türk doktrini²¹⁴ işlevlerin koruma kapsamında olup olmadığı konusunu yeterince tartışmamıştır²¹⁵. Yoğun rekabet, pazara sürülen ürünlerde farklılıklar yaratılmasına, mal ve hizmet arzının çeşitlendirilmesine yol açmıştır. Bu gelişmeler bir yönüyle ürünle ilgili özellikleri gösterme aracı olan markada gerçekleşmektedir. Avrupa Birliği Marka Hukuku da bu gelişim dikkate alınarak oluşturulmuş ve markanın korunan işlevleri konusundaki geleneksel anlayıştan değişim başlamıştır.

Gerçekten, köken gösterme işlevi, markanın genel rekabet özgürlüğü ile ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Çünkü marka üzerindeki tekel hakkı marka sahibinin emeğine değil, rakiplerle rekabette getirdiği veya ileride getireceği muhtemel olan emeğe dayalı değeri kişiselleştirmeye dayalıdır²¹⁶.

Markanın işlevleri, marka hakkının içeriğini dolduran, korumayı gerekli kılan olgulardır. Bunların bir kısmı ekonomik ve bir kısmı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Gerçekten de marka, sahibinin mal ve hizmetini rakiplerinin mal ve hizmetinden ayırt etme işlevini gördüğü, kalite algısını bildirdiği ve sahibine reklam için olanaklar sağladığından dolayı önemlidir ve değerinin biçilmesi son derece zorlu muhasebeleri gerektirir. Marka öncelikle mal ve hizmetler yanında işletme sahipleri için de ayırt edici rol oynar, malın kaynağını gösterir. Ardından tüketicinin bilinçli alışveriş yapabilmesine hizmet eder. Yine marka kullanıldığı sürece bir reklam aracıdır²¹⁷.

Markanın hukukten korunan temel işlevleri şöyledir:

²¹⁴ Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku Dersleri**, C.1, 3. Bası, Ankara 1968, s. 403; Arkan, C. 1, s. 39.

²¹⁵ Tekinalp, s. 355.

²¹⁶ Sevilay Uzunallı, **Markanın Korunmasının Kapsamı Ve Tazminat Talebi**, Ankara 2012, s. 7.

²¹⁷ Karahan, s. 125.

a. Köken Bildirme İşlevi

Markanın tarihsel gelişiminde malın menşei-kökeni- gösterme işlevi, diğer deyimle malın veya hizmetin kim tarafından üretildiği veya piyasaya verildiği üzerinde durulmuştur. Marka malın veya hizmetin gerçekte fiziken kim tarafından üretildiğini veya piyasaya verildiğini gösteren bir çeşit işarettir. Nitekim, bir malın üzerinde o işareti gördüğünüzde malın belli bir kişi tarafından üretildiğini düşünürsünüz²¹⁸. Belirli bir malın düzenli olarak aynı işareti taşınması, tüketiciler için önemli bir bilgi olduğu gibi üreten veya satan için de itibar oluşturma, sürdürme ve kimlik kazanma vesilesidir. Gerçekten, aynı işareti gören tüketici malın aynı işletmeden geldiği garantisini ile alım kararı verir²¹⁹. Markanın mal veya hizmetin geldiği kaynak konusunda tüketiciye bilgi sağlaması gerçeği belki de koruma gerekçelerinin en ikna edici olanlarından biridir. Bu gerekçeler alıcıların alışveriş sırasında, bilinçli bir alım yapabilmek için ihtiyaç duydukları bilgiye markalar sayesinde kısa yoldan ulaştıkları gerçeğinin altını çizmektedir²²⁰.

b. Ayırt Edicilik İşlevi

Marka piyasadaki mal veya hizmetleri onlara bir çeşit kimlik vererek bir diğerinden ayırt eder. O nedenle, ayırt edicilik işlevi tanımda yer alan asli unsurdur.²²¹ Ayırt ediciliği belirleyen markanın anlamı değil tersine anlamsızlığı olabilir. Nitekim *Tekinalp*, işaretin bir anlam taşımakla birlikte o mal veya hizmet için yabancı olması halinde, ayırt edici niteliğin varlığının kabul edileceğini belirtmektedir. Bilgisayar ürünü için “apple” markası tipik bir örnektir. Ayırt edici karakter iki türlü gerçekleşebilir; ya işaret baştan beri ayırt edici karakter taşır ya da bu özelliği bulunmamakla birlikte kullanımla ayırt edici karakter kazanabilir. Bir işaretin ayırt ediciliğinin değerlendirilmesinde, başka işaretlerle karıştırma olasılığı taşıyıp taşımadığı keyfiyeti de ayırt edicilik özelliğini belirler.²²² Ayırt ediciliği tasarım ve patent alanında kriter olan “yenilik” ile karıştırmamak gereklidir. Bir

²¹⁸ Phillip, Jeremy, **Trade Mark Law**, Oxford 2003, s. 23.

²¹⁹ Tekinalp, s. 356.

²²⁰ Bently ve Sherman, s. 662.

²²¹ Tekinalp, s. 356.

²²² Tekinalp, s. 350.

markanın tescili için yenilik özelliği aranmaz, yenilik ve orijinallik tescil bakımından gerekli değildir. *Yasaman*, işaretle onun kullanılacağı mal ve hizmet arasındaki anlam uzaklığının ayırt ediciliğin kuvvetini artıracağını belirtmektedir²²³.

Zamanla lisansa dayalı üretimin yaygınlaşması, ortak markaların kabulü, markanın, köken göstermesinden ziyade, ilgili malların birbirlerinden ayırt edilmesi işlevini geliştirmiştir. Hukuk düzeni de bu gelişmelerin ardından özellikle markanın ayırt edicilik işlevini korumaya başlamıştır²²⁴. Markanın malların ayırt ediciliğini sağlaması kamu yararına da hizmet eder; korunmasının temel gerekçelerinden biri de malların birbirinden ayırt edilmesi işlevi olup, sonuçta tüketicilerin bilgilendirilmesi ve rekabetin dolaylı olarak teşvikini sağlamasıdır²²⁵.

Markanın ayırt edicilik işlevi esas unsuru vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Kural olarak markalarda esas ve tali unsurlar bulunabilmektedir. Markanın ayırt edici karakterini belirleyen bu ana unsur veya esas unsurdur. Esas unsura bağlı ve onunla ilişki içinde olan unsura ise yardımcı unsur denir. Bu yüzden ayırt ediciliği belirleyen ana unsurun ayırt edici karakteri ne denli güçlü olursa marka koruması da o denli kolay ve geniş olur. Markada sözcük, şekil, resim ve renk gibi çeşitli unsurlar bulunabilir; bir kompozisyon halinde olan markalarda sözcük önemli ve hakim unsur olduğunda, diğer yan unsurlar da ayırt edici olduğu sürece önemlerini kaybetmezler²²⁶. Bileşik veya kompozisyon markalarda ayırt ediciliğin belirlenmesinde markanın bir bütün olarak bıraktığı izlenim önem kazanmaktadır²²⁷. Yargıtay aşağıda ilgili kısmı aktarılan bir diğer kararında bu ilkeyi uygulamıştır. Karar şöyledir:

*“.... Markalar arasında benzerlik bulunup bulunmadığına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede ise markaların bütünü itibarı ile bıraktığı izlenim esas alınmaktadır. Somut olayda, taraf markalarının esaslı unsurunu "plas pen" ibaresi oluşturmakta olup, emtiaları da aynı bulunmakla davalıya ait tescilli markada geçen "Yıl" ibaresi markaların bir **bütün olarak bıraktığı izlenimi farklılaştırıcı bir etki yaratmamaktadır**. Bu durumda, taraf markaları arasında ortalama alıcılar ve tüketiciler nezdinde birbiri ile iltibas yaratma, aynı ticari işletme veya gruba ait birbiri ile bağlantılı markalar olarak algılanma ihtimali bulunmaktadır. O halde mahkemece, 556 sayılı KHK.nin 8/b maddesine dayalı olarak daha sonra tescil edilmiş bulunan davalıya ait davaya konu markanın aynı KHK.nin 42/b maddesi uyarınca hükümsüz sayılmasına karar verilmesi*

²²³ Yasaman, s. 62, 63.

²²⁴ Arkan Sabih, **Marka Hukuku**, C. 1, Ankara 1997, s. 38.

²²⁵ Bently ve Sherman, s. 662.

²²⁶ Karahan, s. 128.

²²⁷ Karahan, s. 129.

gerekirken, yazılı gerekçe ile bu yöndeki istemin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...²²⁸

Markanın yardımcı unsurları herkesin kullanımına açık olan malın cinsini, nevini ve özelliklerini ifade eden unsurlar olabilir. Bunlar tescile rağmen tekeli bir korumayı sağlamaz ve haksız rekabet hükümlerine uyulmak kaydıyla başkalarının da kullanılabilirler²²⁹. Nitekim Yargıtay 11. HD. de aşağıda ilgili kısmı verilen “Pınar Labne” kararında aynı kuralı benimsemiştir. Yargıtay kararının ilgili kısmı şöyledir:

“.....Dava marka haklarına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi istemine ilişkin olup, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin marka olarak tescil edilemeyecek işaretleri düzenleyen 7/c maddesi gereğince, cins, çeşit, vasıf, kalite belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya **esas** unsur olarak içeren markaların tescil edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Oysa, davacının marka olarak tescil ettirdiği “Pınar Labne, Labnem, Labaneh” ibarelerinden oluşan markalarındaki “Labne” sözcüğünün, özellikle Ortadoğu ülkelerinde çok bilinen iştah açıcı aperiitif olarak tüketilen yoğurtlu bir peynir cinsi olduğu, hatta Suudi Arabistan tarafından standartlarının dahi belirlendiği dosya kapsamından anlaşıldığından cins ve çeşit belirten bu kelimenin bir kişinin inhisarına verilmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle, bu sözcüğün haksız rekabet hükümlerine uyulmak koşulu ile bir başkası tarafından **markanın** tali **unsuru** olarak kullanılması mümkündür. Davalı tarafın, davacıya ait “Pınar Labne” ibaresindeki “Labne” sözcüğünü ilk bakışta itibasa meydan verecek bir benzerlikteki yazı şekli, renk ve şekilde kullanmadığı, aksine davalı kullanımındaki **esaslı unsurun** “Ülker İçim” olduğu dosya kapsamından anlaşılmakla, mahkemece yazılı şekilde davanın reddi yerine kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiştir²³⁰”

Avrupa Adalet Divanı “*shield mark*” kararında mal ve hizmetleri birbirinden ayırt etmeye yarayan diğer deyimle ayırt edici olan işaretlerin grafikte ifade edilebilen sesler, melodiler de olabileceği görüşünü açıklamıştır. Adalet Divanı bu kriterler doğrultusunda grafik gösterimin:

- Markayı tanımlamak ve korumanın kapsamını belirlemek için “kesin”;
- Yetkili makamlar ve kamu açısından “açık” (net);
- Marka sicilinde “müstakil, kolay erişilir ve anlaşılır”;
- Tescil süresi boyunca “dayanıklı” (kalıcı);
- İşaretin teşhisinde herhangi bir kuşkuyu önlemek için “objektif” (nesnel) olması gerektiğini öngörmektedir.

Kural olarak, ses markaları geleneksel olmayan marka niteliğiyle grafikte gösterilebilme ve baskı yoluyla çoğaltılabilme koşulu bakımından sorunlu

²²⁸ 11. HD. 2007/4067 E, 2008/5504 K. 24.04.2008 T.(Akip Veri Tabanı).

²²⁹ Yasaman, s. 61; Tekinalp, s. 348-349.

²³⁰ 11. Hukuk Dairesi, 2007/1836 E, 2008/9186 K. 08.07.2008 T.(Akip Veri Tabanı)

görünmüşlerdir. Ancak ses markalarının tescili için nota dizileri ve melodilerin grafik anlatımı yeterli bulunmuştur²³¹.

Markanın yardımcı unsurları herkesin kullanımına açık olan malın cinsini, nev'ini ve özelliklerini ifade eden unsurlar olabilir. Bunlar tescile rağmen tekелci bir korumayı sağlamaz ve haksız rekabet hükümlerine uyulmak kaydıyla başkalarının da kullanılabilirler²³².

B. Ticaret Unvanının Hukuken Korunan İşlevleri

Yukarıda belirtildiği üzere, ticaret unvanları, tacir ve ticaret şirketlerinin birbirlerinden ayırt edilmelerini sağlayan ayırt edici işaretlerdendir. Gerçek kişi tacirlerin unvanları sicil çevresi ile sınırlı koruma sağlar iken, ticaret şirketleri bakımından, ticaret unvanları, ülke çapında ayırt edicilik işlevi sağlar ve bunun yanında koruma da sağlar. Yeni Ticaret Kanunu'nun 45. maddesi hükmü uyarınca gerçek kişi veya tüzel kişi olsun bir tacirin ticaret unvanı, Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmeyi sağlayacak gerekli eklerle tescillenebilir. Diğer deyimle, yeni kanunun uygulanmaya başlaması ile birlikte ticaret unvanlarının korunmasında, tacir ve şirket bakımından sicil dairesi ayrımı kalkmıştır, unvan tüm ülke düzeyinde ayırt etme işlevi sağlamaya başlayacaktır²³³.

C. İşletme Adının Hukuken Korunan İşlevleri

İşletme adı tacirin işletmesini aynı sicil çevresindeki diğer işletmelerden ayırt eder. İşletme adının işlevi, işletme sahibini tanıtmak değil, işletmenin konusunu veya faaliyetini, kısaca işletmeyi tanıtmaktır. İşletme adı haksız rekabet hükümleri çerçevesinde diğer sicil çevresindeki rakiplere karşı da korunabilir²³⁴.

²³¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı 6. Daire, C-283/1, 27.11.2003, (Yasaman, s. 130.)

²³² Yasaman, s. 61; Tekinalp, s. 348-349.

²³³ 6102 Sayılı TTK, 45. md.

²³⁴ 6762 Sayılı TTK, 55. md.; 6102 Sayılı TTK 53 md.

Ticaret unvanından farklı olarak işletme adı ticari işletmeden ayrı olarak devredilebilir. İşletme adına uygulanacak hükümleri gösteren 6102 Sayılı TTK'nun 53. maddesinde ticaret unvanının ayrı devrini yasaklayan 49/1 maddeye yollama yapılmamıştır.

Ticari işletmenin bütünlüğü ilkesinin sonucu olarak, onu meydana getiren unsurların ve bu arada işletme adının devri de aksine sözleşme yapılmadığı takdirde, ayrı bir tasarrufi işleme gerek olmadan yapılabilmektedir (6102 s. TTK 11. 3 md.)²³⁵.

D. Coğrafi İşaretin Hukuken Korunan İşlevleri

Coğrafi işaretin en temel işlevi ayırt ediciliğidir. Coğrafi işaret taşıyan ürünler bu niteliği taşımayan diğer ürünlerden coğrafi işaretin ayırt edicilik işlevi sayesinde ayırt edilirler; ilgili tüketici coğrafi işareti taşıyan ürünle karşılaştığında ürününün kökenini bilir ve diğerlerinden ayırır. Coğrafi işaret bu yönüyle markalara yaklaşmaktadır²³⁶.

Menş ve mahreç işaretlerinin her ikisi de kullanıldıkları ürün veya hizmetlerin köken ve kaynağını göstermekte kullanılırlar. Coğrafi işaretlerin ayırt ediciliği, bir ürünün coğrafi kökenini gösteren veya usuller, maddeler, süsleme motifleri ya da malzemelerin belli bir yöreye bölge veya ülkeye aidiyet yollama yapması nedeniyle tüketicilerde cezbedici etki yapan ad veya işaretler olmalarından kaynaklanır²³⁷.

Coğrafi işaretler markalar benzer yönler taşısa da ferdileşmedikleri, kamuya ait oldukları için farklı özellikler taşır. Mallar ve hizmetlere ilişkin olabilecek olan coğrafi işaretler ilgili mal, malzeme veya hizmetleri, yöntemleri ayırt ederken tüketiciyi korumaktadır. Bu işaretler, yöresel, bölgesel veya ülkesel genelliğe sahip ve anonimdirler²³⁸. Öte yandan coğrafi işaretler ulusal alanda olduğu gibi uluslararası alanda da korunurlar. Aynı zamanda haksız rekabet ve haksız eyleme ilişkin hükümler de korumayı temin edebilmektedir. Bir tacirin o bölge ile ilgisi olmayan bir

²³⁵ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 6102 Sayılı TTK'na Göre Hazırlanmış 15. Bası, Ankara 2011, s. 268.

²³⁶ Gökmen Gündoğdu, **Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması**, İstanbul 2006, s. 68.

²³⁷ Gündoğdu, s. 61.

²³⁸ Tekinalp, s. 22.

ürün için öyleymiş bilgisini veren bir işareti kullanması halinde, hakkında haksız rekabet hükümlerine göre işlem ve uygulama yapılabilir.²³⁹

Belli bir coğrafi işareti taşıyan ürün aynı zamanda bir marka altında da satılabilir. CoğİşKHK’da bu konuda bir engelleyici hüküm yoktur²⁴⁰. Nitekim ilgili coğrafi işaretin koşullarını taşımak kaydıyla, menşe adı söz konusu olduğunda, o yöre veya bölgeden gelen ürünlerde marka da kullanılabilir. Yine mahreç niteliğindeki coğrafi işareti, mahreci taşıma yeteneğinde ve yeterliliğinde olan ürünleri diğer deyimle üretim işlenme ve diğer işlemlerden en az birinin o bölgede yapılmış olması kaydıyla, herkes herhangi bir yerde üretip pazarlayabilir. Bu durumlarda coğrafi işaretin işlevi kökene ilişkin bilgiyi tüketiciye sağlamaktır²⁴¹.

Coğrafi adların marka olup olmayacakları tartışma konusudur. Yargıtay belli özellikleri taşıyan yer adlarının marka olabileceğini belirtmektedir. Coğrafi adlar tek başına olmamak ve ayırt edici eklerle birlikte tescil edilmek kaydıyla marka olabilir. Bununla birlikte, Yargıtay’a göre, örneğin "İstanbul" ve "Ankara" adları coğrafi işaretlerle karışmaya meydan vermeyecek şekilde, "İstanbul Şarabı", "Restaurant İstanbul "Ankara Pazarları" gibi kullanılacağı mamul veya hizmetin nevi ile birlikte işaret olarak kullanılabilir ve bunun sonucu marka olarak tescili mümkün olabilecektir. Yine bu ilkeye bağlı uygulamanın sonucu olarak, bu şekildeki marka kullanılması ile 555 sayılı KHK. ile düzenlenen coğrafi işaretlerle karışıklığın önlenmesi de mümkün olabilecektir²⁴².

Kanaatimce, Yargıtay bu konuda bazı olasılıkları göz ardı etmektedir. Bu çeşit markalara cevaz verilmesi, diğer deyimle, ortak ve serbest alanda kalması gereken yer adlarının marka tescili yoluyla kapatılması ileride bu coğrafi adların o şehir, yöre veya bölgeye özgü potansiyel coğrafi işaret tescili taleplerine verilecek coğrafi işaretlerle karıştırma risklerinin ve erken davranan marka sahiplerinin coğrafi işaretin ününden yararlanmasının önünü açmış olacaktır. Diğer deyimle, ilgili yer o ürünle meşhur değilse, örneğin, İstanbul ‘şarabı’ ile ün yapmış değilse bu markanın tescilinde bir sorun çıkmayacaktır. Bu durumda “İstanbul” veya “İstanbul şarap” marka olarak tescillenebilecektir. Ancak bu varsayımda ileride İstanbul üzümü

²³⁹ Arzu Oğuz, “Fikri Mülkiyet Hakları Ve Geleneksel (Yerel) Bilgi ve Folklorun Korunması”, **FMR**, 2009/3, s. 34.

²⁴⁰ 555 Sayılı CoğİşKHK.

²⁴¹ Arkan, C. 1, s. 50.

²⁴² Yargıtay 11. HD, 26.11.1999 t. 1999/5790-1999/9590 s. “*PENDİK*” kararı.(*Akip veri tabanı*)

coğrafyadan, iklimden ve toprağından kaynaklanan belli özellikleri ile öne çıkarsa bir coğrafi işaret koşullarını gerçekleştirirse önceki tarihte tescillenmiş olan marka yine iyi niyet korunarak tescilli kalacak, tescillenen coğrafi işaretle birlikte var olabilecektir. Öte yandan coğrafi yer adı coğrafi işaret tescili koşullarını taşımamakla birlikte mevcut şöhreti ile marka sahibine bir avantaj sağlıyorsa, malın o yerden geldiğı yolunda yanıltıcı bir bilgi de veriyorsa MarkKHK 7 /(c) madde gündeme gelecek ve tescil ret edilecektir.

Coğrafi işaretler ilgili ürünlerin kalitesini de göstermekte tüketiciye bir garanti bilgisi de sağlamaktadır. Ancak bu işlevler coğrafi işaretin ekonomik işlevleridir. Bununla birlikte markalarda bu işlev marka sahibinin inisiyatifine ve çabasına bağlı olarak kendini gösterebilecekken, coğrafi işaretler bakımından, önceden mevcut denetim mekanizması sayesinde kalitenin korunması genel bir özelliktir²⁴³. Coğrafi işaretin bir diğer ekonomik işlevi de reklam işlevidir. Ürünün belli karakteristikler kazanması unsuru bu işlevin temelini oluşturmaktadır.²⁴⁴

E. İnternet Alan Adının Hukuken Korunan İşlevleri

İnternet alan adları katılımcıların ağ adresleridir ve teknik sebeplerle harflerle veya sayısal olarak ifade edilen alan adlarının seçilmesi zorunludur. Örneğın, ‘www.sony.com’ veya ‘160.223.01.75’ gibi bir IP adresi alınmaktadır²⁴⁵. Alan adları ticari amaç taşıyın veya taşımasının web ortamında yer alan siteleri birbirinden ayırdığı gibi ulaşılabilirliklerini de sağlamaktadır. İnternet alan adı yani internet adresi, bir internet sitesini tanımlayan elektronik adrestir. Örneğın, Türk Patent Enstitüsü’nün web sitesine ulaşmak için kullanılacak olan alan adı www.tpe.gov.tr’dir. İnternet alan adının niteliğine bakacak olursak; bugün alan adı marka, ticaret unvanı ve işletme adı gibi ayırt edici ad ve işaret, tanııtma vasıtası olarak işlev görmektedir²⁴⁶. Günümüzde alan adları büyük bir reklam ve pazar gücüne sahiptir. Her işletmeci, açtığı web siteleri sayesinde sadece işletmelerini tanııtmakla kalmamakta, aynı zamanda

²⁴³ Dirikkan, s. 14.

²⁴⁴ Gündoğdu, s. 70.

²⁴⁵ Veysel Başpınar ve Doğın Kocapınar, **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Ankara 2007, s. 73.

²⁴⁶ Füsün Nomer, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliğı ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, **Hayri Domaniç’e Armağın**, İstanbul 200, s. 401.

faaliyetlerini dahi internet aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Mal ve hizmet satımından bankacılık faaliyetine kadar her türlü işlem internet ortamında ve ilgilinin web sitelerinde gerçekleştirilmektedir. İnternet kullanıcısı nazarında marka sahibi ve alan adı ile ulaşılan sitenin sahibi aynı kişi, şirket veya kuruluştur²⁴⁷. Alan adının hukuki niteliği üzerinde yapılan tartışmanın temelini, alan adının teknik özelliği oluşturmaktadır. Alan adlarının gerçekte birer sayıdan ibaret olmaları, alan adlarının telefon numaraları gibi birer sayı olduğu nitelemesinin yapılmasına neden olmuştur. Hatta Alman Mahkemelerinin verdiği bazı kararlarda, alan adının Medeni Kanun anlamında bir isim olmadığına karar verilmiştir. Söz konusu kararlarda, alan adının teknik niteliğinden etkilenilmiş ve alan adının adres ve telefon numaraları gibi bir nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Bu görüşün önemli bir sonucu olarak da, telefon numarası ve adreslerin herkesin kullanımına açık işaretler olmaları nedeniyle, bunlardaki benzerliklerin iltibas tehlikesi yaratmayacağı görüşü ortaya atılmıştır. Ancak, alan adlarının sadece teknik özelliğine dayanılarak hukuken niteleme yapmak doğru değildir. İnternet kullanıcıları, alan adlarının karşılık geldiği sayı dizisini değil, alan adlarını bilmekte ve web sitesini bu şekilde tanımaktadır. Alan adı da bu nedenle, web sitesinin kurucusunu temsil etmektedir²⁴⁸.

Belli bir mal ve hizmetle ilgili olarak toplumca kabul edilmiş bilgi içeren alan adları marka ile aynı şekilde ayırt edicilik ve köken gösterme işlevlerini görür²⁴⁹.

Sadece teknik anlamda alan adlarını irdelediğimizde, alan adlarının aslında kişi ve kurumları tanııtma işlevinin olmadığını görürüz. Ancak, alan adlarının, özellikle ticari hayatta taşıdıkları gücü ele aldığımızda, alan adlarının sadece teknik işlevi ile değerlendirilmesinin de yetersiz kalacağı açıkça görülmektedir.

Bugün İnternet alan adlarının büyük bir reklam ve pazar gücüne sahip olduğu kuşkusuzdur ve İnternette temsil edilmeyen, web sitesi olmayan kuruluşları düşünmek imkansız hale gelmiştir. Tüketiciler daha doğrusu İnternet kullanıcıları da bu tezden hareket ederek bir şirket veya ürün hakkında bilgi almak, bir hizmetten yararlanmak için *browserinin* adres kısmına ilgili ürün veya hizmet markasını

²⁴⁷ Savaş Bozbel: “İnternet Alan Adları ve ICANN- Tahkim Usulü”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan..** Yaş Günü Armağanı, s. 55, C. I, s. 216.

²⁴⁸ Tekin Memiş, Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm> (04.01.2006)

²⁴⁹ Gülgün Anık, İnternet Alan Adı, **FMR** 2005/4, s. 80.

vererek, bilgi ve hizmet almayı amaçlamaktadır²⁵⁰. Diğer bir ifade ile İnternet kullanıcısı kimin web sitesini arıyorsa onun ismini veya markasını alan adı olarak farz edip, siteye ulaşmak isteyecektir.

Günümüzde İnternet kullanıcıları çoklukla, alan adının gerçek teknik işlevinden haberdar değildir. İnternet kullanıcısı gözünde marka sahibi ve alan adı ile ulaşılan sitenin sahibi aynı kişi, şirket veya kuruluştur. Özellikle marka içeren alan adları bakımından İnternet kullanıcısı gözünde, marka ile alan adı aracılığıyla ulaşılan site özdeşleşmektedir. Böylece İnternet kullanıcısı bakımından alan adının işlevi şirket, kurum, organizasyon veya bireylerin İnternet ortamındaki hem isim hem de adresleri olarak nitelendirilebilir²⁵¹.

Alan adları kullanılarak açılan web siteleri sayesinde ürününü, markasını veya işletmesini tanıtmak isteyen işletmeci, internet alan adı ile sadece tanıtım amacı gütmemekte, aynı zamanda satış dahil bir çok hizmeti internet aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Tüm bu gelişmeler, internet alan adı sahibi olmayı ticari kurum ve kişiler için zorunlu ve vazgeçilmez hale getirmiştir. Bu nedenlerle de, ticari kurum ve kişiler, yapabilecekleri sınırsız tanıtım olanaklarını ve ulaşabilecekleri müşteri çevresini sağlayacak internet alan adlarının, müşterilerin kendilerine en kolay şekilde ulaşabileceği ticaret unvanı, işletme adı veya markaları ile aynı olmasını özellikle ve haklı olarak istemektedirler. Nitekim 6102 Sayılı TTK'nun 39 ve 1524. maddeleri²⁵², gerçek veya tüzel kişi olsun tüm tacirlere internet sitesi kullanma konusunda yükümlülük öngörmektedir. Yasa, tacirlerin önemli mali ve kurumsal bilgilerini kamuya sunmalarını amaçlamış ve bunu temine yönelik, yaptırımları da içeren hükümler getirmiştir²⁵³.

²⁵⁰Savaş Bozbel, Domain Names ve ICANN Tahkim Usulü, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1, 2002 İstanbul, s. 215, 216.

²⁵¹Fusun Nomer, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, **Hayri DOMANIÇ'e Armağan**, İstanbul 2001, s. 400.

²⁵² Bununla birlikte, bu hükmün yürürlüğü 1 yıl ileri bırakılmıştır. 6102 s. TTK 1534- (1) Kenar başlıkları metne dâhil olan bu Kanun 1/7/2012 tarihinde; geçici 2 nci ve geçici 3 üncü maddeler ise bu Kanunun yayımı ile birlikte yürürlüğe girer. 1524 üncü madde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girer. Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

²⁵³ 6102 Sayılı TTK, 562/12 bent: "Bu Kanunun 1524 üncü maddesinde öngörülen internet sitesini bu Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde oluşturmayan veya internet sitesi mevcut ise aynı süre içinde internet sitesinin bir bölümünü bilgi toplumu hizmetlerine özgülemeyen anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, limited şirket müdürleri ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette yönetici olan komandite ortaklar altı aya kadar hapis ve yüz günden üçyüz güne kadar adli

İnternet alan adı artık tacirler için reklam ve tanıtım gereci olmanın ötesinde kamunun bilgilenebilmesi, aydınlatılması ve denetimleri açısından da önemli bir işlev görecektir. Alan adları gerek 6102 Sayılı TTK hükümleri gerekse MarkKHK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir ve yönetilecek ayırt edici işaretlerdendir²⁵⁴. Ayrıca, alan- adları, ticari işletmenin marka ve patent gibi gayri maddi unsurlarından biridir. Yani işletmenin devrinde, alan adları da Türk Ticaret Kanunu madde 11/ 2 anlamında “müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlardan biri” olarak kabul edilecek ve devir sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça ticari işletmeye dahil sayılacaktır. İşletme sahibinin, işletmeyle ilgili bilgilerini, faaliyetlerini ve reklamlarını, seçtiği alan adı ile ulaşılan İnternet ortamında gerçekleştirdiği ve reklamlarında da alan adlarını vermeyi ihmal etmediği göz önünde bulundurulduğunda bu sonuca rahatlıkla varılacaktır²⁵⁵.

Alan adının kendisi hukuki anlamda marka değildir. Alan adları kuşkusuz İnternette bir objeyi yani ağa bağlı işlemciyi kişiselleştirme ve tespit etme işlevine sahiptirler. Bu bakımdan ticaret unvanı, işletme adı ve markayla benzerlikler mevcuttur. Ancak yadsınamayacak bir fark, alan adının ne bir kişi veya bilginin göndericisini ve ne de bir mal veya hizmeti nitelemesi, sadece bir araç olmasıdır²⁵⁶. Alan adı, marka, ticaret unvanı ve işletme adı gibi ayırt edici ad ve işaret, tanıtma aracı olarak işlev görmektedir ve hukuken de bu kategoriye dahildir. Yabancı yargı kararlarında da, İnternet alan adlarının mal ve hizmet sunan kişi ve işletmelerin kaynağını gösterdiğinden hareketle bunların isim ve tanıtma vasıtası işlevi gören işaretler olduğu kabul edilmektedir. Pek çok yabancı mahkeme kararlarında da, olaya markalar hukukuna ilişkin hükümler uygulanmıştır. Alman hukukunda ise alan adları, öncelikle isim ve kişilik haklarına ilişkin kurallarla korunmuştur. İsviçre,

para cezasıyla ve aynı madde uyarınca internet sitesine konulması gereken içeriği usulüne uygun bir şekilde koymayan bu bentte sayılan failler üç aya kadar hapis ve yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar”.

²⁵⁴ 6102 SY TTK, 54, 55/(1)4. Bent, MarkKHK 9/2-(e) maddeler.

²⁵⁵ Füsün Nomer, “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Ünvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Hayri DOMANIÇ'e Armağan**, İstanbul 2000, s. 401

²⁵⁶ Sevilay Uzunallı, Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma, **Kemal OĞUZMAN'a Armağan**, İstanbul 2002, s. 464.

Hollanda, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde ise alan adları, marka hukuku hükümleri ile korunmaktadır²⁵⁷.

Alan adlarının bir isim olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışılmıştır. Burada bir hukuk kişinin özelliklerini taşıyıp taşımadığı kuşku olduğu için bilgisayarın bir hukuk sujesi olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısı ile alan adının, bir isim olarak kabul edilemeyeceği görüşü savunulmaktadır. İsim, niteliği itibariyle kişilerin tanınmasını sağlayan bir ifade olmakla birlikte dış dünyada ekonomik anlamda bir varlığı temsil etmektedir. İsim, mutlaka iletişim kurulabilecek bir gerçek ve tüzel kişi ile bağlantılıdır. Alan adı da, aslında iletişimin ana unsuru olan bilgisayarı ifade etmemekte, bilakis bu bilgisayarlar aracılığı ile başkalarıyla iletişime geçen bir kişi ya da organizasyonu göstermektedir. Bu gerekçelerle alan adı, Türk Medeni Kanunu anlamında bir isim niteliğindedir ve isim hakkını koruyan ilgili maddesinin korumasından yararlanmaktadır²⁵⁸.

²⁵⁷Tekin Memiş, “İnternette Cins Ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması Ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi** sayı:1-2, 2000, s. 469

²⁵⁸Memiş, Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm(erişim 04.01.2011)

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA ÖNCELİK İLKESİNİN ANLAMI

I. 556 SAYILI KHK'ye GÖRE MARKA HAKKINDA ÖNCELİK ELDE EDİLMESİ ve AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMA

A. Tescil ve Rüçhan Hakkı

1. Marka Hakkının Kazanılmasında Kabul Edilen Sistemler Ve Tescil İlkesi

Marka hakkı mutlak nitelikli olup sahibine, markanın başkası tarafından kullanılmasını yasaklamak dahil, tekeli özellikli haklar ve yetkiler sağlar. Bunlardan malvarlıksal menfaatler kullanma haklarıdır. Marka sahibi bizzat kullanarak veya lisans vererek markasını ekonomik açıdan değerlendirir, menfaat elde eder. Kişisel menfaatler ise marka sahibinin ünü ve itibarını ilgilendirir²⁵⁹.

Marka hakkı MarkKHK 6. maddesinde belirtildiği üzere tescille doğar ve buna markanın korunmasında “tescil ilkesi” denilmektedir. MarkKHK düzenlemeleri tescilli markayı korumaya yöneliktir. Bu hükme göre tescil, MarkKHK çerçevesinde korunan bir marka hakkının kazanılmasında kurucu etkiye sahiptir. Tescilli marka sahibine tekeli özellik taşıyan hak ve yetkiler sağlar. Markasını tescil ettirmemiş olan kişiler MarkKHK hükümlerine değil, 6102 Sayılı TTK'nun 54 ve 55/4 madde hükümlerine başvurabilirler²⁶⁰. Yürürlüğe 01.07.2012'de yürürlüğe giren yeni TTK'da aynı hükümler eski hükümlere göre genişletilmiş kapsamı ile korunmuştur²⁶¹.

Markanın “kullanılması ile kazanılması” sisteminde, marka üzerindeki hak, markanın ticari yaşamda ilk defa kullanılmasıyla doğar. Tescil “bildirici” mahiyettedir. Zira hak tescilden önce doğmuştur ve tescil sadece marka üzerindeki

²⁵⁹ Tekinalp, s. 359.

²⁶⁰ Arkan, C. I, s. 124.

²⁶¹ 6102 Sayılı 13.01.2011'de Kabul edilmiş olan ve 01.07.2012'de yürürlüğe giren TTK'nın 54 ve 55. maddeleri.

hakkın tescil ettiren kimseye ait olduğunu gösteren bir karine meydana getirir²⁶². Yani tescil yoluyla oluşan hak sahipliği karinesi, markayı ilk defa kullanan tarafından yürütülebilir. Bu sistemle ilgili olarak, markayı ilk kullanan kimse ile markayı tescil ettiren kimse arasında bir ihtilaf çıktığında, ilk kullanan kimsenin, tescilli marka sahibine karşı ne oranda korunacağı, ilk kullanmanın tanınmışlık düzeyine erişmesinin gerekip gerekmediği, markayı tescil ettirmemiş kişinin tescil ettirmiş şahsın aleyhine her zaman dava açıp açamayacağı hususlarında aleni bir düzenleme olmadığından söz konusu sistemin yetersiz olduğu görüşü hakimdir²⁶³. Bu nedenle her iki sistemi telif etmek, bilhassa bu iki meseleyi kanunda açıkça bir şekilde halletmek gerekmektedir²⁶⁴.

Bununla birlikte, tescilsiz markalar 556 sayılı KHK ile de yok sayılmış değildir. Tescil ilkesinin önemli bir istisnası da önceki tarihli işaret kullanımıdır. Markanın tescil için başvurulduğu tarihten veya rüçhan tarihinden önce bu işaret için bir hak elde edilmişse veya işaret sahibine daha sonraki bir marka kullanımını yasaklama yetkisi veriyorsa hükümsüzlük davası (MarkKHK 8/III md) açılabilir²⁶⁵. Marka hakkının sadece tescil ile oluştuğu tescil sisteminin katı olarak benimsenmesi durumunda da markayı ilk defa kullanıp tanıtmış ve ekonomik değer kazandırmış olan kişinin sadece tescile dayanan kişinin hakkına tercih edilerek hak kaybına sebep olunmasının da adaletli sonuçlara yol açmayacağı kesindir. Bu

²⁶² Karayalçın, s. 321

²⁶³ Karayalçın, s. 322; Kutlu Oytaç, **Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Endüstriyel Tasarım İçerikli**, Ankara 2002, s. 193.

²⁶⁴ Yargıtay 11. HD, 2000/5437-2000/6332, 03/07/2000 tarihli "CARLA" kararında, davacının markasını 1984 yılından beri devamlı suretle ve tescilsiz bir şekilde kullandığı, davalının tescilli markasını tescil tarihinden itibaren 28.10.1998 tarihine kadar kullandığını gösterir bir kanıt ibraz edemediği, davalı markası açısından 556 sayılı KHK.'nin 14. ve 42. maddelerindeki koşulların gerçekleştiği gerekçeleriyle, davanın kabulü ile davalı adına tescilli "İnnova AŞ. Carla" markasındaki "CARLA" sözcüğünün davacı şirketin "CARLA" markası ile haksız rekabet oluşturduğunun tesbiti ile önlenmesine davalı adına olan tescilin hükümsüz sayılmasına, sicilden terkinine ve iptalin hüküm özetinin ilanına karar verilmesi doğrudur ; Markayı ilk kullanan ile ilk kez tescil başvurusu yapan arasındaki çatışmaya yurt dışından örnek de bir Yunan mahkemesi kararında görülmektedir. Atina Asliye 10. Hukuk Mahkemesi 31.7.1998 tarihinde, "*markayı ilk kez kullanan, ilk kez tescil başvurusu yapana göre daha üstün bir hakka sahiptir.*" kararına varmıştır. Şöyle ki, "Reel Magic" markası için 28.9.1993 tarihinde "*markayı ilk kez kullanan, ilk kez tescil başvurusu yapana göre daha üstün bir hakka sahiptir.*" kararına varmıştır. Şöyle ki, "Reel Magic" markası için 28.9.1993 tarihinde Barcrest Limited tarafından Uluslararası Sınıf 9' da ve "otomatik oyun makinaları ve bağlı emtia" için marka tescil başvurusu yapılmıştı. Buna karşın JPM International kuruluşu 1993' ten beri Yunan pazarında aynı markayı kullanmakla 26.5.1994 tarihinde 9. sınıfta aynı mallar için tescil başvurusunda bulundu. Sonuçta mahkeme tescilsiz "Reel Magic" markasının, JPM International' ın tanınmış bir markası halini aldığını ve böylelikle öncelik kazandığını belirlemekle, ilk kez başvurana karşın üstün bir hakka sahip olduğuna karar verdi (Oytaç: age., s. 201).

²⁶⁵ Tekinalp, s. 359.

nedenlerden ötürü tescil sistemi ile ilk kullanma sistemi arasında yer alan ve tescille marka hakkını kazanan kişi ile markayı ilk kullanan kişi arasındaki hak dengesini koruyan sistemler geliştirilmiştir²⁶⁶.

MarkKHK'nın kabulü ile terk edilen 'gerçek hak sahipliği' ilkesi gereği, marka olmasına bir yasal engel olmayan işareti ilk kez düşünen ve belli bir mal veya hizmetle bağlantılı olarak ilk kez kullanan kişi onun sahibidir. Bununla beraber, markanın ayırt edici gücü kullanımının artması ile paralel olarak artar, zaman geçtikçe marka güç kazanır ve kullanımı yoğunlaştıkça tanınırlığı artar, ilgili sektörde ve ardından ülkede, dahası uluslar arası alanda tanınmış hale gelir²⁶⁷.

İlk kullanma sistemine göre marka üzerindeki hakkın ilk kullanma ile doğması onun ticarete ilk kullanılması anlamına gelir²⁶⁸. Bu sistemde tescil ise bildirici niteliktedir ve tescille oluşan hak sahipliği karinesinin aksi ilk kullanan tarafından çürütülebilir. 551 Sayılı Markalar Kanununun sistemi²⁶⁹ ilk kullanmaya daha yakın bir sistemdir²⁷⁰. MarkKHK ise açıkça tescil sistemini benimsemişse de getirdiği istisna hükümleri ile ilk kullanma sistemine yakındır²⁷¹. Tanınmış markalar tescil ilkesinin istisnalarından en göze çarpanıdır. Tanınmış markalar tescil edilmeden de korunurlar ve bu koruma aynı veya benzer mal için sağlandığı gibi farklı mal ve hizmetlere de uzanır. Öte yandan, Paris Sözleşmesi 6bis anlamında tanınmış olmayan ancak tanınmışlık düzeyine erişmiş markaların itibarının zedeleneceği veya bu çeşit markaların ününden haksız yararlanılabileceği hallerde farklı mal ve hizmetler içinde sağlanmaktadır²⁷².

Nitekim tanınmış marka sahibi, Paris Anlaşması uyarınca, henüz markasının tescilli olmadığı üye ülkelerde, markası ile aynı veya benzer tescilli markalara karşı dava açarak hükümsüzlük isteyebilmekte ayrıca, markanın kullanılmasını yasaklama talebi ile koruma isteyebilmektedir. Yine, Paris Anlaşması uyarınca birlik rüçhanından yararlanan marka, tescilli markaya karşı öncelik ileri sürerek terkinini isteyebilir. Tescil sisteminin bir diğer istisnası MarkKHK 7/son fıkradaki

²⁶⁶ Karayalçın, İşletme Age., s. 423.

²⁶⁷ Yasaman, C. 1, s. 183

²⁶⁸ Karayalçın Yaşar, **Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme**, Ankara 1968, s. 423.

²⁶⁹ 551 Sayılı Markalar Kanunun 15/1 Maddesi ilk tescil ettirenin marka sahibi olduğunu öngörse de 2. fıkrada, ilk defa ihdas ve istimal eden, piyasada maruf kılan kişinin dava hakkını düzenlemiştir.

²⁷⁰ Arkan, C. I, s. 128.

²⁷¹ Yasaman, C. 1, s. 183.

²⁷² Tekinalp, s. 359.

düzenlemedir; bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetler bakımından ayırt edicilik kazanmışsa tescili reddedilmez²⁷³.

Görüldüğü üzere, 556 sayılı MarkKHK.' de marka hakkının kazanılmasında kural olarak tescil sistemi benimsenmiş olmasına karşın söz konusu sistemine katı bir biçimde bağlı kalınmayarak sistem yumuşatılmıştır. Sistemde, tescilsiz marka sahibine, markanın bir başka kişi adına tescili için yapılan başvuruya itiraz ederek tescile engel olma hakkı tanınmıştır (556 sayılı MarkKHK. m. 8/III (a), (b)). Tescilsiz marka sahibinin bu itirazı yapabilmesi, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce bu işaret üzerinde hak elde etmiş ve bu hakka dayanarak markanın kullanımını yasaklama yetkisine sahip olması koşuluna bağlanmıştır. Bu itirazın yapılamaması ya da TPE tarafından reddedilmesi nedeniyle markanın başkası adına tescil edilmesi halinde ise, işareti tescil ettirmeden ilk defa kullanan kişiye, marka tescilinin hükümsüz sayılması için 556 sayılı MarkKHK.'nin 42/I (b) maddesine dayanarak dava açma olanağı tanınmıştır²⁷⁴.

İngiliz ve ABD hukuk geleneğinde ise genel bir kural olarak marka hakkı elde edebilmenin koşulu işareti kullanmaktan geçmektedir. Patent haklarından farklı olarak, marka ve diğer ticari kimlik hakları buluştan veya tescilden değil fiili kullanımdan doğarlar Bu ilkeye yönelik ortak hukuk (*common law*) yaklaşımı tam da markaların doğasının çekirdeğini oluşturmaktadır. Markanın değeri onun sembolize ettiğinden daha büyük değildir. Mal ve hizmetin her satışı ile itibar veya diğer deyimle “ticari çekim” inşa edilebilmektedir. Böyle bir kullanımın eksikliği halinde, marka hiçbir şeyi sembolize etmez ve hukuki korumayı gerektirir bir sebep bulunmaz²⁷⁵. Markaların korunması için diğer sınai haklarda kabul gören yaratıcılık faktörünün haklılığı bulunmamaktadır. Nitekim, pek az sayıda marka bulunmuş ve yenilik barındıran nitelikteyse de yaratıcı karakter markaların korunması için bir şart değildir. Korumanın haklılığına ilişkin olarak bir açıdan, yatırımın ödülü olma tezi ileri sürülebilir. Böylece kaliteli ürünler üretilmesi teşvik edilmiş olur. Ancak en ikna edici olan tez, markaların kamu menfaati adına işlev görmeleri, tüketiciye bilgi sağlamaları ve pazarın verimliliğini artırmalarıdır. Marka bir bilgi unsuru olarak

²⁷³ Yasaman, C. 1, s. 184.

²⁷⁴ Tekinalp, s. 355.

²⁷⁵ *Hannover Star Milling Co. V. Metcalf*, 240 U.S 403 (1916); Pattishall, Beverly W.-Hilliard, David C.- Welch, Joseph Nye, Trademarks And Unfair Competition, 5. Bası, 2002 Newark, s. 28.

tüketicinin alış veriş kararını kolaylaştırmakta, araştırma ve sorgulama maliyetlerini düşürmektedir²⁷⁶.

Ortak Hukuka (*common law*) göre marka hakları, ancak işaretin mal ve hizmetle ilgili olarak halka sunumunda gerçekten kullanılması sayesinde elde edilir. Belli bir işarete ilişkin hak sadece onun benimsenmesi ile değil, kullanılması ile gelişir ve büyür. Buna bağlı olarak bir işaretin kullanılmasına bir daha kullanma niyeti olmadan son verilmişse, o işaretin marka işlevi sona erer²⁷⁷. Bu sistemde marka hakkı, markanın halka sunulan mal ve hizmetlerle ilgili ilk iyi niyetli kullanımı ile kurulur. İyi niyetli kullanım, gerçek satışlar başlamadan önce, markalı malların satışa arzının reklam edilmesi, duyurulması veya kullanma niyetinin devam edecek kullanma ile birleşmesi sayesinde kurulmuş olur. Bir mal veya hizmet markasının kullanma tekeli basitçe ilk kullanım üzerine temellenir. Gerçi markanın mal ve hizmetle bağlantılı ilk kullanımı o coğrafi pazarda marka hakkını kazandırır. Federal olarak tescilli olmayan ortak hukuk markaları hakkındaki öncelik sorunun çözümü, fiili kullanım, işletme ve girişimin varlığı, şöhreti ve kimi zaman yayılma alanı üzerine temellenen ortak hukuk ilkelerine göre yürütülür. Aynı ya da farklı coğrafi bölgelerde markaların iltibaslı olduğu durumlarda, öncelik hakkının tayinini sağlayan ilkeler Yüksek Mahkeme'nin *Hanover Star Milling Co. v. Metcalf* ve *United Drug Co. v. Theodore Rectanus Co.* kararlarından doğmuştur. Buna göre benzer markaları farklı ve uzak coğrafyalarda kullananların her biri kendi coğrafyaları içinde tekелci haklarından yararlanırlar; bununla birlikte, coğrafi bölgeler aynı veya çakışıyorsa tekелci haklar o pazardaki 'eski kullanıcı'ya aittir. Belli bir pazarın eski kullanıcısı farklı bir pazara girmeye kalktığında kendini 'yeni kullanıcı' olarak bulabilir²⁷⁸ ve bu yüzden marka hakkını yeni pazara uzatamayabilir²⁷⁹. Bir başvuru sahibi kullandığı marka için tescil istediğinde, kullanım biçimi bir başkasının henüz terk etmediği markası ile karıştırma riski taşıyorsa veya aldatıcı nitelikteyse marka hakkını elde edemez²⁸⁰.

²⁷⁶ Bently Linoel ve Sherman, Brad; **Intellectual Property Law**, 2. Bası Newyork 2002, s. 662.

²⁷⁷ Lafrance Mary, **Understanding Trademark Law**, 2005 ABD, s. 1.

²⁷⁸ ABD Yüksek Mahkemesinin Kararı; *United Drug Co.*, 248 U.S. At 100 (Lafrance, s. 36).

²⁷⁹ Lafrance, S. 36.

²⁸⁰ Miller R. Arthur ve Davis, H. Michael, **Intellectual Property Law**, 2007 ABD, s. 169.

Özetle tescil ilkesinin istisnaları önceye dayalı tescilsiz kullanılan işaret sahipliği ve Paris Sözleşmesi 1. Mükerrer 6. Maddesi anlamındaki tanınmış markalardır.

2. Rüçhan Hakkı

Yasal ve teknik deyim ile rüçhan hakkı önceye dayalı marka haklarından ve tescilde öncelik ilkesinden ayrıt edilmelidir. Rüçhan Hakkı, Paris Sözleşmesi'ne üye olan bir ülkede marka başvurusu yapıldıktan sonra altı ay içerisinde Sözleşme'ye taraf diğer üye ülkelere yapılan başvurularda, başvuru tarihinin ilk başvuru tarihi olarak kabul edilmesidir²⁸¹. Bu ilke belirtilen süre içerisinde üçüncü kişiler tarafından yapılacak başvuruların, değerlendirme açısından rüçhan hakkı sahibinin önüne geçmesine engel olmaktadır.

Bu hakkın en önemli avantajı, başvuru sahibinin birden fazla ülkede markasını tescil ettirmek istemesi durumunda; hem başvurmak istediği ülkelere karar vermek için hem de çeşitli ülkelerdeki tescil sürecini tamamlayabilmek için zaman kazanmış olması ve tesciller için ilk adımı güvenli bir şekilde atabilecek olmasıdır²⁸².

Marka hukuku bakımından rüçhan hakkı, MarkKHK'de öngörülen haller nedeniyle rüçhan sahibinin başvurusunun daha sonraki bir tarihte yapılmış olsa bile diğer başvurulara göre önce yapılmış sayılmasıdır. Bir başka açıdan ise, rüçhan sahibinin süresi içinde başvurmak kaydıyla, bu süre içinde başvuru yapan başkalarının önüne geçmesidir. MarkKHK iki tür rüçhan kabul eder; İlki, yabancı ülkelerde yapılan başvuru veya *Birlik rüçhanı*, ikincisi ise *sergi* rüçhanıdır²⁸³.

Paris Sözleşmesi üyesi ülkelerden birinin mensubu veya öyle olmayıp da onlardan birinde ikametgahı veya işlemesi bulunan kişiler, bu ülkelerden herhangi birinde yetkili kurumlara usulüne uygun bir başvuru yaptıktan sonraki altı ay süreyle aynı marka için Türkiye'de tescil almak üzere başvuru yapabilmek konusunda rüçhan hakkından yararlanırlar. Ancak rüçhan hakkı bu süre içinde kullanılmazsa düşer ve geçerliliğini kaybeder. Birlik rüçhanının kullanılması sonucu, ilgili markanın

²⁸¹ Elif Betül Bayram, "Uluslararası Marka Tescil Sistemleri" Uzmanlık Tezi, **Türk Patent Enstitüsü**, Ankara, 2001, s. 10.

²⁸² İlkay Taş, Uluslararası Marka Tescili, **Marmara Ü. SBE, Yüksek Lisans Tezi**, s. 12.

²⁸³ Fazla bilgi için: Tekinalp, s. 365; Paris Sözleşmesi, 14.07.1967 Tarihli Stokholm metni, 4. md.

mal ve hizmetleri kapsamında başkalarınca yapılabilecek sair başvurular artık hüküm ifade etmez. Yine bu hüküm gereği Paris Sözleşmesinden yararlanan bir kişi bu sözleşmeye üye olmayan bir ülkede yaptığı marka başvurusu açısından yine rüçhan hakkından yararlanır²⁸⁴.

556 sayılı MarkKHK'nın sergilerde teşhir hakkından doğan rüçhan hakkı başlıklı 26. maddesinde ise Türkiye'de açılan milli ve milletlerarası sergilerde veya Paris Sözleşmesine taraf ülkelerde açılan resmi veya resmi olarak tanınan sergilerde teşhir edilen mal veya hizmetlere ilişkin tescil başvurularında, MarkKHK m. 3'de belirtilmiş gerçek veya tüzel kişilerin sergideki teşhir tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye'de tescil ve başvuru işlemlerini yapmak üzere rüçhan hakkına sahip oldukları düzenlenmektedir.

Bu nedenlerle Madrid Protokolü çerçevesinde yapılan her milletlerarası tescil, Paris Anlaşması'nın 4. maddesine bağlanan rüçhan hakkından yararlanabilecektir. Paris Anlaşması'na taraf ülkelere birinin vatandaşı olan ya da bu ülkelere birinin vatandaşı olmamakla birlikte, bu ülkelere birinde ikametgahı ya da hizmet vermekte olan ticari bir işletmenin sahibi bulunan gerçek veya tüzel kişiler, bu ülkelere herhangi birinde yetkili mercie usulüne uygun olarak bir markanın tescil edilmesi amacıyla yaptıkları başvuru tarihinden itibaren 6 aylık süre ile aynı marka için diğer üye ülkelerde tescil ettirmek hususunda öncelik hakkına sahip kılınmışlardır. Bir başka deyişle, marka, bu 6 aylık süre içerisinde diğer üye ülkelerde başkası adına tescil olunamaz²⁸⁵.

Madrid sisteminde marka, menşee ofis tarafından tescil edildikten veya tescil için başvurusu yapıldıktan sonra, marka sahibi korumanın sağlanmasını istediği akit tarafların ofislerine ayrı ücret ödemek ve farklı illerde başvuru formu doldurmak yerine, tek bir ücret ödeyerek ve tek bir dilde tek bir form doldurarak belirlediği ülkelere marka koruma sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Marka sahipleri faaliyet gösterdikleri ticari alan ile ilgili ülkeleri seçme sansına sahip oldukları için, ticari faaliyetlerinin bulunmadığı ülkeleri seçmeyerek fazla ücret ödeme yükü altına girmemekte bu da sistemi daha cazip bir hale getirmektedir²⁸⁶. Bunun dışında,

²⁸⁴ MarkKHK 25. md.

²⁸⁵ İsmail Kırca, Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi), Ankara 2005, s. 60; Dilek Baytan Karakuzu, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 1. Bası, İstanbul 2005, s. 204

²⁸⁶ Taş, s. 92.

marka sahibi korumanın istendiği akit taraflar ofislerinden markanın tesciline ilişkin olumlu bir kararın gelmesini beklemek zorunda değildir; eğer uygun süre içerisinde (12 veya 18 ay) bir ofis tarafından herhangi bir red bildiriminde bulunulmaz ise markanın ilgili akit taraf ofislerince korunduğu anlaşılr²⁸⁷. Rüçhan hakkı, ilk tescil talep hakkından bağımsız olup, talep edilmediği sürece hüküm doğurmaz. Ancak, ikinci tescilin talep edilmesi halinde, ilk tescil dolayısıyla hukuki sonuç doğurur²⁸⁸.

B. Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Marka Niteliğini Kazanma

Paris Sözleşmesi anlamında –herkesçe bilindiği mütalaa edilen - tanınmış markaların üye devletler tarafından korunmaları zorunluluğu ülkemizde MarkKHK’nin 7/1-(1) maddesinde karşılığını bulmuştur. Birlik üyesi ülkelerde, böyle markalar sahibinin izni olmadan başkalarınca aynı veya benzer mal ve hizmetler için tescil edilemezler. Sözleşme üye ülkeleri tescil ofislerinde bu incelemeyi re’sen yapabilmek konusunda serbest bırakmıştır. Üye ülke ofisi ulusal hukuku uyarınca bu incelemeyi talep üzerine de gerçekleştirebilir. Nitekim MarkKHK, tescil kurumuna bu konuda re’sen inceleme ve mutlak ret yetkisi vermiştir (MarkKHK. 7/1-(1) maddesi)²⁸⁹. Bu bakımdan tanınmış markalar konusundaki öncelikli korumanın kaynağı uluslararası sözleşmeler olup, Paris Sözleşmesi ve TRIPs sözleşmesinin 16. maddede temel ilkeleri düzenlemektedir.

Paris Sözleşmesi *6bis* anlamında tanınmışlık koşullarını taşımamakla birlikte tanınmışlık düzeyine erişmiş markalarının farklı mal ve hizmetlerde kullanılması mutlak red sebebi olarak öngörülmemiştir. Bununla birlikte, bu kullanım tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka sahibinin markasının ününden haksız yararlanma sonucunu doğuruyorsa veya itibarına zarar verici nitelikteyse tescili nisbi red sebebi

²⁸⁷Todd Malcolm, “The Madrid Protocol; Objectives, Main Features, Advantages”, **TPE Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu Bildiriler**, İstanbul, 24-25 Haziran 1998, s. 93; TPE, Madrid Protokolü’nün Amaçları, Temel Özellikleri, Avantajları 2007, s. 13

²⁸⁸ Yasaman, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu ve Yüksel, s. 786.

²⁸⁹ Tekinalp, s. 387.

kapsamında - itiraz üzerine- red edilir/MarkKHK 8/IV md)^{290 291}. Bu ret sebeplerine rağmen tescillenen markalar ise hükümsüzlük davasına konu edilebilirler²⁹².

Tanınmış markalara sağlanan güçlü korumanın bir diğer işareti de dava açma süresi bakımındandır; kural olarak marka hükümsüzlüğü davaları süreye tabi olduğu halde, uygulamada, tanınmış markaların kötü niyetle tescili halinde açılacak hükümsüzlük davası süreye tabi değildir²⁹³. Gerçekten de, tanınmışlık özelliği beraberinde bu markayı tescillemek isteyenin kötü niyetini de sağlamaktadır.

Tanınmış markanın Paris Sözleşmesinde ve yasalarımızda tanımlanmamış olması sorunlara yol açabilmektedir. Bu sorunlar koruma beklentisi içinde olan tanınmış marka sahipleri kadar sair rekabet edenleri de etkilemektedir. Gerek uluslararası hukuk düzenlemeleri, gerekse iç hukuk düzenlemeleri, öğreti ve Yargıtay kararları bazı markaların açıkça tanımlanıp sınırlandırılmış olmayan özellikleri taşıdıkları takdirde kullanma ve tescil koşullarına bağlı olmadan güçlü bir korumadan yararlanmalarını kabul etmektedir²⁹⁴.

Tanınmışlığın belirlenmesinde uluslararası ortak kriterler 1999 tarihinde WIPO Paris Birliği tarafından hazırlanmıştır. Bu kriterler tavsiye niteliği taşımakla birlikte, tescil mercileri ve mahkemelerin uygulamalarına yol gösterici yardımcıdır. Tanınmış markaları tespiti konusundaki WIPO ortak tavsiye kararı üye ülkeleri “ilkesel” olarak bağlamaktadır. WIPO’nun tanınmışlığın belirlenmesinde önerdiği ve TPE tarafından da izlenen²⁹⁵ kriterler kısaca şöyledir:

1. Toplumun ilgili kesiminde markanın bilinme ve tanınma derecesi,
2. Markanın kullanıldığı coğrafi alan, kullanım süresi,
3. Marka promosyonlarının kapladığı coğrafi alan, promosyonların süresi ve derecesi,

²⁹⁰ Yasaman, C. I, s. 245.

²⁹¹ Arkan, C. I, s. 53.-92.

²⁹² Yargıtay 11. HD, 1998/7711-1998/8024, 20.11.1998 tarihli “Dolce Vita” kararı; 11. HD., 2002/3187-2002/7188, 08.07.2002 tarihli “Maggi” kararı(Karar için bkz **NOYAN**, Marka Hukuku.); 11. HD. 2001/3610-2001/5701, 25.06.2001 tarihli “lecce pen” kararı(Karar için bkz **NOYAN**, Marka Hukuku.); 11. HD. 2000/5459-2000/5902 tarihli “the cockpit” kararı; 11. HD 2001/9903-2002/3699, 19.04.2002 tarihli “alvorada” kararı(Karar için bkz **NOYAN**, Marka Hukuku.); 11. HD, 2005/15011-2007/3530, 26.02.2007 tarihli “rado” kararı; 11. HD., 2006/944-2007/4111, 08.03.2007 tarihli “Lacoste” kararı; 2005/14382-2007/1986, 15.02.2007 tarihli “OMO - OMBO” kararı. (Kararlar için bkz Noyan, Marka Hukuku..)

²⁹³ Fatih Bilgili, **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, 2006 Ankara, s. 49.

²⁹⁴ Uğur Çolak, “Paris Sözleşmesi 6bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar”, **FMR** 2004/2, s. 67.

²⁹⁵ www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=280 (10.03.2011)

4. Markanın tanınmışlığı ya da kullanım derecesini yansıtacak derecedeki tescillerin veya tescil başvurularının kapsadığı coğrafi alan

5. Markanın yetkili makamlarca tanınmış marka olarak kabulüne ilişkin başarılı uygulama örnekleri,

6. Markaya biçilen ekonomik değer.²⁹⁶

Paris Sözleşmesine taraf olan Türkiye’de de tescil edilmemiş olmasına rağmen bu nitelikteki bir marka, başkaları için tescil engeli olduğu gibi, her nasılsa tescil edilmiş olsa bile markanın hükümsüzlüğü sebebi oluşturmaktadır. Öte yandan bu markanın aynı veya benzerinin ticarete kullanılması da koruma kapsamında engellenecektir. Bununla birlikte MarkKHK, Paris Anlaşması anlamında tanınmış markanın Türkiye’de tescil edilmemiş olması halinde tecavüze karşı korunmasına ilişkin haklardan yararlanması konusunda düzenleme yapmamıştır. Buna rağmen MarkKHK’nun 4. maddesi uyarınca 3. maddede belirtilen kişiler Uluslararası anlaşmaların sağladığı yasaların ve MarkKHK’nun sağladığı olanaklara göre daha elverişli hükümlerden yararlanmayı isteyebileceklerinden bu türden eylemlerin yasaklanmasını talep edebilirler²⁹⁷.

C. ‘Markasal’ Kullanma

Marka hukukunun marka sahibine tanıdığı pozitif kullanma hakkının beraberinde getirdiği markayı başkalarının kullanımını yasaklama hakkı, işaretin bütün kullanım şekillerini kapsamaz. İşaretin hukuka uygun kullanımları; haksız yararlanma oluşturmayan kullanımlar bunun dışındadır. Sadece belli kullanım şekillerine yönelik bir yasaklama öngörür marka hukuku. Bu kullanım öncelikle markasal bir kullanım olmalıdır. İşaret, ticari hayatta üçüncü kişi tarafından ticari işletmesini adlandırmak veya marka olarak kullanımında da mal ve hizmetlerini başka firmaların mal ve hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılıyorsa, marka hukukunun değerlendirme alanında tartışılması gereken bir kullanım vardır²⁹⁸.

²⁹⁶ Çolak, s. 51.

²⁹⁷ Hanife Dirikkan, **Tanınmış Markanın Korunması**, Ankara 2003, s. 80.

²⁹⁸ Akin, s. 210.

Markasal kullanma bir yandan işaret üzerinde hak elde edebilmek açısından belli özellikleri içeren bir kullanma olarak algılanacağı gibi, diğer yandan tescilli bir marka hakkı sahibinin başkalarının yasaklayabileceği nitelikteki hukuka aykırı marka kullanımlarını da ifade etmektedir²⁹⁹.

1. Markasal Kullanma Kavramı

Tescilli veya tescilsiz bir işaretin, markanın işlevlerini gerçekleştiren kullanımlarının markasal kullanma olduğu kuşkusuzdur. Markasal kullanma bir işaretin marka gibi kullanılması, mal veya hizmeti belli bir kimlik altında sunma sonucunu veren kullanma biçimidir. İşaretin marka etkilerini doğuracak tarzda kullanılması marka kullanılması olarak değerlendirilmelidir. Bu etkiler, markanın köken ayırt ediciliği, reklam ve tanıtım etkileridir. Bir işareti mal veya hizmetle bağlantılı olarak gören tüketicinin işaretle malı veya hizmeti bağdaştırdığı veya - çoğunlukla sorun oluşturduğu üzere - başka bir işletmenin malı veya hizmeti sandığı veya sanabileceği durumlarda markasal bir kullanma var demektir³⁰⁰.

İsviçre’de 89/104 sayılı Yönerge’den yararlanılarak hazırlanan 1992 tarihli MschG açısından, eskiden geçerli olan marka hakkına, markanın benzeri olan bir işaretin mal ya da ambalaj üzerinde kullanılması yoluyla tecavüz edilebileceği yolundaki görüş ve uygulamadan vazgeçilmiş ve benzer işaretin iş evrakında, reklamlarda ya da ticaret unvanı içinde kullanılması suretiyle de marka hakkına tecavüz olunabileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda klima cihazları için tescilli “*Luwa*” markasının, havalandırma aletleri alanında faaliyet gösteren firmanın ticaret unvanında “*Lumatic*” şeklinde ek olarak yer almasına marka hakkına dayanılarak engel olunabileceği belirtilmiştir. Buna karşılık aynı firma kimyasallar alanında faaliyet gösterdiği kabul edildiğinde ise LUWA marka sahibi marka hakkına dayanamayacaktır³⁰¹.

²⁹⁹ Marka Sahibince Yasaklanabilecek Marka Kullanma Eylemleri Konusunda Fazla Bilgi İçin; Arkan, “Markasal Kullanma” **BATİDER**, C. XX, 2000, s. 15-13.

³⁰⁰ Yargıtay 11. HD.2009/8565-2011/1649, 14.02.2011 tarihli, markaya tecavüz konulu kararlarında, markasal kullanmanın tespitine önem vermiştir; örneğin, davacının tescilli “Alsancak oto+şekil” markası ile çıkan ve gerek tabelada, gerekse faturalar ile kartvizitte yer alan “Alsancak oto cam” şeklindeki işletme adı kullanımlarını markasal kullanma olarak nitelemiştir. (Yayınlanmamış)

³⁰¹ Sabih Arkan, “Markasal Kullanma”, **BATİDER**, 2000, c. XX, s. 11.

Bir işaretin marka olarak tescili, sahibine MarkKHK 9. Maddede yazılı hakları sağlamaktadır. Marka sahibi markayı bizzat kullanabileceği gibi lisans yoluyla başkalarına da kullandırabilir. Bunun yanında, tescilli işaretin aynı veya benzer sınıf mal ve hizmetlerde başkası tarafından kullanılmasını önlemek hakkına da sahiptir. Yine bu tescilli marka tanınmışlık niteliği taşıdığı takdirde, farklı mal hizmetlerde kullanılmasını eğer bu kullanım ayırt edici karakterine zarar veriyorsa veya markanın ününden haksız yararlanmaya yol açıyorsa engelleyebilir³⁰².

Buna göre markasal kullanma, işaretin reklam, tabela, broşür, katalog ve internet ortamındaki vurgulanmış her türlü kullanımları olduğu gibi, klasik kullanma biçimleri olan üretimde ve ambalajda kullanımlarıdır³⁰³. Markanın sözel iletişim aracı olarak kullanılması mümkün olduğu gibi, çeşitli mecralarda yapılabilecek reklamlarda sesli veya görsel olarak da kullanılması mümkündür.

2. Tescilsiz İşaretlerin Markasal Kullanımı

a. Genel Olarak

Tescilsiz bir işaretin marka olarak kullanılması mümkün olmakla birlikte, emin bir yöntem olduğu iddia etmek zordur. Hukukumuzda tescilsiz markalar 6762 Sayılı TTK'nun 57/5 ve genel hüküm olan 56. madde kapsamında korunmakta iken, yürürlüğü 01.07.2012'de başlayan 6102 Sayılı TTK'nun 54 ve 55/4. maddelerinde de aynı ilke korunmuştur. Bir işareti daha önce tescilsiz olarak kullanan kişiler sonraki tescilsiz kullanıcılara karşı haksız rekabet hükümlerine dayanabilirler; sonraki tescile dayalı kullanımlara karşı ise 556 sayılı KHK çerçevesinde dava açabilirler.

TTK'nun 57/5 maddede yer alan haksız rekabet eylemi 6102 sayılı TTK'nun 55/1-a-4. maddesinde yeniden ve daha geniş ifadelerle düzenlenmiştir: Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyet ve işleri ile karıştırılmaya (iltibas) yol açacak yöntemlere başvurulması bir diğer özel haksız rekabet halidir. Bu anlamda "karıştırılma" öncelikle mal ya da iş ürünlerinin dış görünüşleri itibarıyla yanıltmayı, kandırmaya, yanlış algılanmaya neden olmayı ifade eder³⁰⁴. Tescilli unvan, işletme adı veya

³⁰² Tekinalp, s. 406.

³⁰³ 21.01.2009 Tarihli 5833 sayılı yasanın 1. maddesi ile değişik MarkKHK 9. maddesi

³⁰⁴ 6102 Sayılı TTK 'nun 55. Maddeye ilişkin hükümet gerekçesi.

marka izinsiz kullanıldığında, ilgili özel hükümlere dayanılarak (6102 Sayılı TTK'nun 52, MarkKHK 61, 62 maddelere) koruma aranabilir. Ancak tescilsiz unvan, işletme adı veya marka için bu özel hükümlere değil, TTK'nun 55/1-a.4 maddeye dayanılacaktır³⁰⁵. Nitekim, alan adları bakımından da özel bir hüküm bulunmadığından alan adlarının korunması için haksız rekabet hükümlerine dayanılması mümkündür³⁰⁶.

Tescilsiz markalar haksız rekabet hükümleri çerçevesinde kopyalamaya, tecavüzlere karşı korunmakla birlikte hak sahiplerinin ispat konusunda zorlanacakları bir gerçektir. Doğrudan mal ve hizmete gönderme yapmayan ve ayırt edici karakteri olan işaretlerin tescilsiz marka olarak kullanılmaları olanaklıdır. Tasviri işaretler ise ancak kullanımla ayırt edicilik kazanmışsa marka olarak korunabilir ve haksız rekabete dayanılabilir³⁰⁷. Bununla birlikte, tescilsiz marka kullanan kişinin kullandığı işaretin, rakiplerinin tescilli markaları ile çakışması hallerinde tescilli marka sahibinden daha önceki tarihlerde kullanmaya başladığını kanıtlayabilmesi gereklidir(MarkKHK 8/3 md.)³⁰⁸. Tescilsiz marka veya ticarete kullanılan bir işaret sahibine sonraki bir markanın tesciline itiraz imkanı veriyorsa bu başvuru itirazı üzerine ret edilir, tescillenmez. Keza, öncelikli hak sahibi olanın itirazı ret edildiğinde TPE Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun ret kararına karşı iptal ve bu arada bu marka tescil edildiyse terkin davalarını açabilecekler³⁰⁹.

Tescilsiz marka veya işaret (unvan, işletme adı veya alan adı)³¹⁰ sahibinin hak elde edebilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

³⁰⁵ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK'na Göre Hazırlanmış**, Ankara 2011, s. 318.

³⁰⁶ 11. HD, 28.03.2008, 2007/1677-2008/4071, (YKD 2010, C. 36, s. 8, s. 1454-1455.)

³⁰⁷ 5194 Sayılı yasa ile değişik MarkKHK 7/son madde hükmü uyarınca tescilinden önce kullanımla ayırt edicilik kazanmış bir işaretin tescili için yapılan başvuru bu maddenin (a), (c), (d) bentlerine göre reddedilmez.

³⁰⁸ Arkan, C. I, s. 109.

³⁰⁹ Karahan Sami, "Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet Şartı", **FMR** 2004/2, s. 12.

³¹⁰ Yasaman, C. I, s. 405.

b. Marka Başvurusu veya Rüçhan Hakkının Tarihinden Önce Bu İşaret İçin Bir Hak Elde Edilmesi

Öncelikle Paris Sözleşmesi'ne üyelik yoluyla elde edilen birlik ve sergi rüçhan haklarını ele almak ve ayırmak gereklidir. Buna göre, bir işaret veya marka Paris Sözleşmesi uyarınca rüçhan hakkından yararlanıyorsa, Türkiye'de henüz tescili olmamasına rağmen, rüçhan hakkını elde ettiği ülkedeki önceki tarihli tescili (rüçhan tarihi) sayesinde diğer üye ülkelerde olduğu gibi, Türkiye'de de önceliğe sahip olacaktır. Rüçhan hakkı, Paris sözleşmesine üye olan ülkelerden birinde marka başvurusu yapıldıktan itibaren 6 ay içinde sair üye ülkelerde ileri sürülebilir³¹¹.

MarkKHK'nun 8. maddesinin 3. fıkrasına göre tescilsiz olarak ticarete kullanılan işaret ve tescilsiz marka sahiplerinin marka korumasına ulaşabilmeleri için, işareti 'markasal'³¹² biçimde kullanmaları gereklidir. MarkKHK ise "*ticaret sırasında kullanma*" deyimini kullanmıştır. Bunun anlamı, işaretin marka işlevlerini görecekt biçimde; tüketicilerin bilgisine sunulmuş ve gerçekten üretimde, ticarete ve ilgili alanlarda kullanılmış olmasıdır.³¹³ Gerçekten de fiili kullanım markaya ayırt edicilik kazandırıcı temel yöntemdir. Bu sayede işaret bilinirlik (marufiyet) kazanabilir. 551 sayılı eski Markalar Kanunu ilk defa kullanmak suretiyle hakkın oluşumu için, "fiilen ihdas ve istimal etme" ile "piyasada maruf hale getirme" koşullarını aramaktaydı (551 Sayılı Markalar Kanunu 15/2 md). Buna göre tescilsiz marka hakkının doğması, koruması için belli bir ekonomik değer ifade etmesi, diğer deyimle asgari bilinirlik düzeyine ulaşması gerekmektedir. Örneğin, bir rekabet eden tarafından belli bir ürün için buluntu bir ad yaratılıp, yoğun bir reklam kampanyası ile tanıtımı yapıldığı halde, rakibince bu markanın erken davranılarak tescilinin yapılması hali bu uygulamayı gerektirecek, tescilsiz marka sahibinin markayı maruf kılmak üzere yaptığı yatırım ve emeğin korunması sağlanacaktır³¹⁴. MarkKHK 8/3 maddede ise "marufiyet" açıkça yer almamaktadır. Buna rağmen bir görüşe göre kararname hükmü Markalar Kanunun sistemi ile paraleldir³¹⁵. MarkKHK 8/3

³¹¹ Tekinalp, s. 366.

³¹² Markasal Kullanma, 11. HD kararlarında istikrarlı olarak kullanılan bir deyim olup, Türkçe imlasına uymadığı ve TDK sözlüğünde yer almadığı halde uygulamaya yerleşmiştir.

³¹³ Yasaman, C. I, s. 406.

³¹⁴ Karahan, "Tescilsiz...", s. 16.

³¹⁵ Arkan, C. I, s. 109; Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2007, s. 269.

maddeye göre tescilsiz işaret veya marka sahibinin itirazı üzerine marka şu hallerde tescil edilemez:

-Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş olması (a bendi)

-Belirtilen işaretin sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını vermesi(b bendi).

Bu hükmün amacı bir işareti ilk kez kullanan ve ona bilinirlik kazandıranın meydana getirdiği ekonomik değerden başkasının haksız ve sebepsiz yararlanmasının engellenmesidir³¹⁶. Böylece bir markayı ilk kez kullanıp bilinir kılanların, o markanın gerçek hak sahibi olmasının önü açılmış bulunmaktadır. Gerçek hak sahibi, tescile itiraz hakkını kullanabileceği gibi hükümsüzlük davası da açabilmektedir³¹⁷.

Yargıtay HGK, 2002/11-62, 2002/115 sayılı 27.02.2002 tarihli kararında; Tescilsiz hak ileri sürerek markaya itiraz eden kişinin itirazının geçerli olabilmesi için tescilsiz işareti “ticaret sırasında kullanması” gerektiğini ve bu kullanımın da Marka Hukukuna özgü bir kullanma olduğunu belirtmiştir. Ticarete kullanmanın markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce gerçekleşmesi gerektiğini salt unvan olarak kullanımın MarkKHK 7/son madde kapsamında ayırt edicilik sağlamayacağını açıklamıştır.

Buna karşılık 11. HD, 2002/2411-2002/5314 sayılı 28.05.2002 tarihli kararında, tescilsiz işaret sahibinin MarkKHK 8/3 madde olanağından yararlanabilmesi için “marufiyet sağlama” şartının dahi aranmayacağını, anılan maddenin tescilsiz marka kullananı her şartta korumak üzere düzenlendiğini belirtmiştir. Doktrinde bu hükmün “marufiyet sağlama” koşulunu içerip içermediği konusu tartışmalıdır³¹⁸. Tescilsiz işarete “marufiyet sağlama” şartı MarkKHK’nın 8/3. maddesinde üstü kapalı biçimde yer almaktadır.

MarkKHK 8/3 madde şöyledir:

³¹⁶ Yasaman, C. 1, s. 406.

³¹⁷ Tekinalp, 25-58; Karahan, ”Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) **FMR** 2004/2, s. 20.

³¹⁸ Arkan, C. I, s. 109; *Arkan*, bu görüşü savunmaktadır ancak, tasviri bir işareti kullananın sonradan başka birinin bu işareti tescil girişimine karşı çıkabilmesi için, ilk kullanıcının marufiyet sağlama koşulun aranacağını ileri sürmüştür.

“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,

Marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir. Ancak, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu red edilir....”

Kanun Hükmünde Kararname “ticaret sırasında kullanma” ve “işaret üzerinde hak elde etme” koşullarını öngörmüştür. Burada ifade edilen sade bir kullanım değil, belli özellikleri olan bir kullanımdır. Yani itiraz edebilmek için tescilsiz bir marka veya ticarete kullanılan bir işaret bulunmalıdır. Diğer deyimle, markasal kullanma ima edilmektedir. İşaretin müşteri çevrelerinde, sektörde veya belli bir piyasada bilinir olması bu anlama gelmektedir. Marufiyet- bilinirlik- için belli bir yatırım yapılması, emek harcanması gereklidir. Sade bir tescilsiz marka kullanımının bunu sağlayıp sağlamadığı iyi değerlendirilmelidir. Bir işaretin ticarete kullanılması öyle bir kullanmadır ki sahibine üzerinde sarf ettiği emek dikkate alınmakla, ‘hak’ elde etme olanağı vermektedir. Böylece tescilsiz marka veya işaretin sahibi kendisinden sonra yapılan başvuruya itiraz ederek tescilini engelleyebilmektedir³¹⁹. Elbette burada yaygın bir tanınmadan, herkesçe bilinme keyfiyetinden söz edilmemektedir. Markanın maruf hale gelmesi için herkes tarafından ve ülkenin bütününde tanınmasına gerek yoktur, kendi piyasasında, kendi çevresinde tanınması yeterlidir³²⁰. Aşağıda verilen yakın tarihli karada tescilden önceki tarihte gerçekleşen kullanımına dayanan davalı haklı bulunmuş ve tescil ilkesinin istisnası uygulanarak tescile dayalı öncelik hakkı istemleri içeren dava ret edilmiştir. Karar şöyledir:

³¹⁹ Karahan Sami, “Tescilsiz..”, s. 24.

³²⁰ Poroy ve Tekinalp, “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar” **H. Tandoğan Anısına Armağan**, Ankara 1990, s. 335.

“Davacı vekili, müvekkili şirketin unvanının çekirdeğini oluşturan “OKYANUS” ibaresini, 2000 yılından beri danışmanlık, eğitim, mühendislik ve yazılım alanlarında kullandığını, 18.10.2001 tarihinde de marka olarak tescil ettirdiğini, davalının bilgisayar yazılımı ve programlarının pazarlanması faaliyetlerinde, bu markanın aynısı “Zincir Mağaza Yönetimi Okyanus” ibaresi içinde kullanarak, davacının marka hakkına tecavüzde bulunduğunu, bu hususun, davalı oldukları başka bir mahkemenin yargılaması sırasında öğrenildiğini ileri sürerek, davalının eylemlerinin haksız olduğunun ve marka hakkına tecavüz oluşturduğunun tespiti, davalının bu fiillerinin durdurulmasını, önlenmesini, basılı evrak ve tanıtıcı evrakın toplatılmasını ve kararın ilanını talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin kullanımının davacıdan önce olduğunu, daha sonra marka tescil belgesi aldıklarını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, dosya kapsamına göre, davacının unvanının 21.08.2001 tarihinde, markasının ise 18.10.2001 tarihinde tescil olduğu, davalının ise, faturalar ile Haziran 2001 tarihinden beri anılan ibareyi kullandığı, 02.07.2001 ve 20.03.2001 tarihli katalog ve dergilerde ilanlar verdiği, 15-16 Ekim 2002 tarihinde fuara katıldığı, 06.09.2001 tarihinden beri lisans sözleşmeleri imzaladığı, web sayfası oluşturduğu, “Okyanus” ibaresinin her iki yan için aynı olmakla iltibas gerçekleşmiş ise de, davalının kullanımının davacının unvan ve marka tescilinden önceye dayandığı, davacının tesciline rağmen davalının kullanım devam ettiği, 556 sayılı KHK’ nin 8/3 ncü maddesinin tescil ilkesinin istisnalarından birini oluşturduğu davacının tescili öncesinde, davalının kullanım ile hak elde ettiği, bunun yasal dayanağının TTK’ nun 57/5 nci maddesinde yazılı “başkasının haklı olarak kullandığı işaret” ibaresi olduğu, tescilsiz işaretin maruf hale getirilmesinin şart olmadığı, marka hukukuna uygun kullanımın yeterli olduğu, davalının kullandığı anılan ibarenin aynısını adına bu davadan önce tescil ettirdiği, davalının tescil sonrası kullanımının zaten hukuka uygun olduğu, davacının, davalının tescil öncesi kullanımına karşı çıkmadığı, dava anına kadar beklediği, davalının kendisine karşı dava açılmayacağı yönünde güven edindiği, davalıdan kullanımına son verilmesinin istenemeyeceği, davacıyı emek ve masraf yapmadan davalının oluşturduğu ekonomik değerden yararlanması olanağına kavuşturmamak gerektiği, davacının, davalı kullanımına katlanmak zorunda olduğu, davalı kullanımının iltibas yaratmaya yönelik bir değişime yönelmediği 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.”³²¹

c. Bu İşaretin Sahibine Bir Markanın Kullanımını Engelleme Hakkı Vermesi

MarkKHK 8/3 madde uyarınca, belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa, sahibinin itirazı üzerine söz konusu marka başkası adına tescil edilemez. Buradaki yasaklama hakkı iki işaretin

³²¹ 11. HD, 21.05.2008, 2007/4967-2008/6576 (Yayınlanmamış)

aynietiyeti veya benzerliği ve ilgili malların aynietiyet ve benzerliğinden ileri gelmektedir. Nitekim, 11. HD, 07.04.2000 tarihli 102/2789 sayılı kararında, öncelikli hak sahibi olduğunu belirledikleri yurtdışında 1975’den beri tescilli Dünya markası “*Springer PinseI*” markası sahibinin başkası tarafından yapılan ulusal tescilinin iptaline ilişkin talebi kabul etmiştir³²². İtiraz olanağı markanın aynısı için olduğu gibi ayırt edilemeyecek denli benzerlerinin tescil ettirilmek istenmesinde kullanılabilir³²³.

Ayrıca, yasaklama hakkı, Madrid Protokolü’nün 2. maddesi uyarınca elde edilmiş bir uluslar arası tescilden veya MarkKHK’nın zaman açısından uygulanmasına ilişkin hükümlerden de doğabilmektedir. Halen yürürlükte bulunmayan Markalar Kanunu uyarınca hak elde edenlere Geçici 2. maddede düzenlenen bir hükümle, hizmet markalarını fiilen kullananlara, MarkKHK’nın yürürlüğünden itibaren en geç 12 ay içinde, bu hizmet markasını kullandıklarına ilişkin belgelerini ekleyerek tescilini talep hakkı tanınmıştır. Bu süreyi kullanmayanların başkalarını yasaklama hakkı devam etmektedir³²⁴.

AB’nin 22.10.2008 Tarihli, 2008/95 sayılı Marka Hukuku Alanında Uyumlaştırma konulu Konsey ve Parlamento Direktifi ve 89/104 sayılı Üye Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönergesi’nin 4/4-(b) maddesi de konuyu düzenlemiş olup MarkKHK’nın mehzadır. Yönerge hükmü, tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan işaretin, sonraki marka tescil başvurusuna karşı başvuru tarihi veya rüçhan tarihi bakımından öncelik elde ettiğini ve bu tescilsiz marka veya işaretin sahibine sonraki marka kullanımlarını yasaklama hakkını verdiğini düzenlemektedir. Bu hükmün kaynağı haksız rekabet kuralları veya İngiliz Hukuku bakımından düşünülürse *passing off* kurallarıdır. Hükmün uygulaması devletten devlete değişebilmektedir. Ancak İngiltere örneği gibi bazı ülkelerde, bir marka üzerinde esaslı bir itibar ve ün sahibi olan taraf, tescilsiz markasını kullanan diğer tarafı, aynı veya benzer mallar ve hizmetlerde kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın, işaretin kullanılmasını önleyebilmektedir. Bununla

³²² Tekinalp, s. 398.

³²³ Arkan, C. I, s. 109; *Arkan* bu görüşü belirtirken, tasviri bir işareti kullanan tarafın sonradan başka birinin bu işareti tescil girişimine karşı çıkabilmesi için, ilk kullanıcının 7/I anlamında marufiyet sağlaması koşulunun uygun olacağını da eklemiştir.

³²⁴ Tekinalp, s. 398.

birlikte, işaretin aynı veya benzer sınıf mal ve hizmetlerde kullanılıyor olması halinde karar vermek daha kolay olmaktadır³²⁵.

Alman Markalar Kanunu'nun 4(2) maddesi ve 12. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, önceye dayalı marka hakları konusu 89/104 sayılı Üye Devlet Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Yönergesi'nin 4/4(b) hükmü ile paraleldir. Bu hükümler uyarınca, bir taraf ilgili ticari çevrede, tescilsiz bir işareti, başkasının aynı işaret için yaptığı tescil başvurusu tarihinden önce, işaretin markasal anlam kazanacağı şekilde kullanmışsa tüm Federal Almanya'da geçerli olmak üzere tescil alan sonraki kullanıcıyı engelleyebilir. Son koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği, haksız rekabeti yasaklayan Alman haksız rekabet hukuku hükümlerine bağlıdır³²⁶. Bir işaret ilgili ticari çevrelerde, kullanım yoluyla ikincil bir anlam kazandıysa tescilsiz bir marka olarak korumadan yararlanabilmektedir (Alman Marka Kanunu 4/2 md.). Alman hukukunda, tescilsiz markalar genel olarak tescilli markalarla, özellikle markaya tecavüz halinde kullanılabilen hukuksal çareler bakımından aynı hukuki korumadan yararlanabilmektedir. Tescilli markanın tersine, tescilsiz marka tüm ülke bazında korunmaz, eğer tescilsiz marka sadece belli bir bölgede ayırt edicilik kazanmışsa koruma bu bölgeyle sınırlıdır³²⁷.

Fransız hukukunda ise Paris Sözleşmesi 6bis madde anlamında tanınmış markalar dışında tescilsiz markalara bir koruma sağlanmamaktadır. Marka hakkı sadece tescilli markaya ilişkin kabul edilmekte, tescilsiz markalar için mülkiyet hakkı kabul edilmemektedir³²⁸.

3. Tescilli Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Markasal Kullanımı

Yukarıda birinci bölümde incelenen unvan ve işletme adlarının markasal olarak kullanılması uygulamada sıkça görülen eylemlerdendir. Bu bakımdan, tescilli ticaret unvanı ve işletme adı sahiplerinin bu işaretleri yasal çerçevede kullanmaları sırasında diğer marka sahiplerinin hakları ile ilişkileri üzerinde durmak gereklidir.

³²⁵ Triton, s. 236.

³²⁶ Triton, s. 291.

³²⁷ Kelenter Wolfgang, **Trademark Litigation Jurisdictionel Comparisons, (Germany)**, Londra 2008, s. 65.

³²⁸ Caroline Casalonga ve Comte, Philippe; **Trademark Law Report, Yearbook (France) 2005**, s. 117; Triet G., Michel, A., Larere, E. ve Loumeau, T., **Trademark Litigation Jurisdictionel Comparisons, (France)**, Londra 2008, s. 50.

Gerçekten, tescilli unvan, tasarım ve işletme adına sahip olanlar bunları, marka tescilinin yasal koşullarını taşımak kaydıyla marka olarak tescil ettirmek de isteyebilirler. Bu kişiler unvan ve işletme adını zaten markasal olarak kullanmaktayken veya markasal olarak kullanmadıkları halde tescile başvurabilirler. Başkalarının aynı veya benzer işaret için marka tescil başvurusu yapması halinde MarkKHK 8/3 maddeye dayanarak itirazda bulunabilirler ve mevcut tescillerin terkin için dava açabilirler³²⁹.

MarkKHK 8/V. madde tescil için başvurulmuş bir işaretin başkasına ait isim, fotoğraf, telif hakkı konusu eser veya eser bölümünü veya bir sınai mülkiyet hakkı konusunu içermesi halinde, bu işaret sahiplerine itiraz hakkı tanımaktadır.

Kanun Hükmünde Kararname 8/III maddesinde tescilsiz olarak kullanılan ve belli koşulları taşıyan işaret sahiplerinde olanak sağlarken 8/V maddesinde, telif hakkı ve diğer fikri ve sınai haklardan söz etmiştir. Sınai mülkiyet hakkı kavramına marka dışında kalan, patent, tasarım, faydalı model, ticaret unvanı, işletme adı vb. girebilir³³⁰. Yargıtay 11. HD, öncelik ilkesini vurgulayan 20.01.2001 tarihli, 9368/640 sayılı “*çapari*” kararında, davacının ticaret unvanında yer alan “*çapari*” ibaresinin başkası tarafından hizmet markası ve işletme adı olarak tescilinin MakKHK 7/1(b) maddesine aykırı olacağına karar vermiştir³³¹. Ancak yayınlanmamış olan bu kararda belirtilen ticaret unvanı sahibinin faaliyet alanının göz önünde tutulması ve itiraz ettiği marka ile mal hizmet benzerliğine dikkat edilmesi gereklidir. Buna göre MarkKHK öncelik hakkını tescilli ticaret unvanı ve işletme adı sahiplerine tanırken bu işaretlerin aynı tescilsiz marka gibi ticarete kullanıldığı gerçeğinden hareket etmektedir.

Yargıtay 11. HD, unvanın yasal olarak sahibine sağladığı, taciri tanıtmaya işlevi dışında ve söz konusu kılavuz kısmının öne çıkararak kullanılmasının markasal kullanma olduğunu belirtmektedir. Aşağıdaki karar ilgili kısmıyla bu konuya örnek niteliğindedir:

“Dava, davacıya ait marka hakkına dayalı tecavüzün men’i ile davalı unvanından izola ibaresinin terkin istemine ilişkindir.

Somut olayda, davacı adına tescilli izola markasının davalı tarafından internet adresinde, faturada, tabelada ve kartvizitte kullanıldığı iddiası ile işbu dava açılmış olup, mahkemece, davalının tescilli olan ticaret unvanını

³²⁹ Tekinalp, s. 399; Arkan, s. 110.

³³⁰ Arkan, C. I, s. 110; Tekinalp, s. 398.

³³¹ Tekinalp, s. 377.

kullanılmasında hukuka aykırı bir durumun olmadığı kabul edilmiş ise de, davacı iddiaları nazara alındığında davalının izola ibaresini ticaret unvanından ayrı olarak marka şeklinde kullanıp kullanmadığı araştırılmamıştır.

Bu itibarla, mahkemece, davalının izola ibaresini davacı markasına tecavüz olacak şekilde ticaret unvanından ayrı olarak kullanıp kullanmadığının tespit edilerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”³³²

Yine bir diğer benzer çekişme ile ilgili olarak unvanın markasal kullanımının üzerinde durulması gerektiği öngörülmüştür. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“Davacı vekili, müvekkili şirketin 1993 yılında kurulduğunu, “izola” ibaresinin de 2001 yılında müvekkili şirket adına marka olarak tescil edildiğini, davalının ise aynı ibareyi ticaret unvanında kullanmak suretiyle 1995 yılında kurulduğunu, davalının bu ibareyi faturalarında, internet adresinde, tabelasında, kartvizitinde kullanmak suretiyle müvekkili markasına tecavüzde bulunduğunu, bu durumun müvekkilinin maddi ve manevi zararına neden olduğunu ileri sürerek, davalının markaya tecavüzünün men'i ile, “izola” ibaresinin kullanmasının durdurulmasını, bu ibarenin bulunduğu her türlü fatura, broşür ve evrakın toplatılmasını, tabelalarındaki bu ibarenin silinmesini, internet ve e-mail adreslerinden bu ibarenin çıkarılmasını ve bu ibarenin davalı şirket unvanından terkinini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin kurulduğundan beri ticaret unvanında bu ibare ile faaliyette bulunduğunu, davalının ise haksız rekabet teşkil edecek şekilde 2001 yılında bu ibareyi marka olarak tescil ettirdiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, davalının 1995 yılında kurulduğundan beri ticaret unvanında izola ibaresini kullandığı, davalının ise davalı şirketin mevcudiyetine rağmen başka bir unvanla kurulduğu halde izola ibaresini adına marka olarak tescil ettirdiği, davalının tescilli unvanını kullanmasında davacı markasına tecavüzün söz konusu olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, davacıya ait marka hakkına dayalı tecavüzün men'i ile davalı unvanından izola ibaresinin terkinini istemine ilişkindir.

Somut olayda, davacı adına tescilli izola markasının davalı tarafından internet adresinde, faturada, tabelada ve kartvizitte kullanıldığı iddiası ile işbu dava açılmış olup, mahkemece, davalının tescilli olan ticaret unvanını kullanılmasında hukuka aykırı bir durumun olmadığı kabul edilmiş ise de, davacı iddiaları nazara alındığında davalının izola ibaresini ticaret unvanından ayrı olarak marka şeklinde kullanıp kullanmadığı araştırılmamıştır.

³³²11.HD, 8.4.2008–2007/3165–2008/4652; Benzer mahiyette, 10.7.2008 tarihli 2007/6267–2008/9303 sayılı “Başkent cam” kararı; 11. Hukuk Dairesi, 06.12.2007, 2006/13232 E, 2007/15395 K. sayılı “foto hayat” kararı. (Kararlar için bkz. Akip veri tabanı)

Bu itibarla, mahkemece, davalının izola ibaresini davacı markasına tecavüz olacak şekilde ticaret unvanından ayrı olarak kullanıp kullanmadığının tesbit edilerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

*Yukarda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına bozulmasına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine karar verildi.*³³³

Buna göre tescilli ticaret unvanı ve işletme adının yasadaki koşullarına uygun kullanımı marka karşısında bir haksız rekabet sonucu doğurmayacaktır. Yargıtay 11. HD, tescilli bir işaretin kullanılmasının haksız eylem olarak nitelenemeyeceğine ilişkin istikrarlı kararları bulunmaktadır³³⁴. Aşağıda ilgili kısmı verilen karar bu yaklaşıma örnek oluşturmaktadır:

*“Bu durumda, davacı şirketin, TTK’nun 52. ve 54.madde hükümleri uyarınca, davalı unvanının terkinini veya değiştirilmesini ve hükmün ilanını isteme hakkını haiz olup, haksız rekabet olgusuna dayanarak, TTK’ nun 58.madde hükmünde yazılı istemlerde bulunamaz. Zira, tescilli bir unvan, terkin edildiği tarihe kadar koruma altında kalmaya devam edecektir. Terkine karar verilip, kesinleşinceye kadar bir unvanın tüm hukuki hakları unvan sahibine sağlayacağı kuşkusuz olup, davalının tescilli unvanına güvenerek, yaptığı dava konusu faaliyetlerinin haksız rekabet oluşturmayacağı da açıktır. Davalının, terkin kararının kesinleşmesinden sonra bu ibareyi unvanında kullanması halinde eylemleri haksız rekabet teşkil edecektir.”*³³⁵

Yargıtay 11. HD, başkasının tescilli markasının benzeri olan ibarenin işletmeyi tanıtmada ve ticari evraklarda kullanma eyleminin haksız rekabet yarattığına, önlenmesi ve sonuçlarını giderilmesine ilişkin yerel mahkeme kararını onamıştır. Davalının bu çeşit kullanımının tescilsiz bir marka kullanımı olarak niteleneceğine dikkat çekmiştir³³⁶.

³³³ 11. HD, 08.04.2008, 2007/3165-2008/4652 sayılı kararı. (Akip veri tabanı).

³³⁴ Bir başka örnek; 11. HD, 26.05.2008, 2007/4929-2008/6858 Sayılı “Horoz” Kararı. (Akip Veri Tabanı).

³³⁵ 11. HD, 03.12.2007 -2006/12923-2007/15181 Sayılı Kararı. (Akip Veri Tabanı).

³³⁶ 11. HD, 10.07.2008, 2007/6267 E, 2008/9303 K. Sayılı “Başkent Cam” Kararı. (Akip Veri Tabanı).

II. MARKASAL KULLANMA İLE ÖNCELİK HAKKI ELDE EDİLMESİNİN KOŞULLARI

A. Avrupa Birliği Hukuku

Yürürlükteki Türk Marka Hukuku 556 sayılı KHK'nun AB'nin 89/104 Sayılı Marka Yönergesi'ne³³⁷ uyumlu olarak çıkarılmasıyla şekillenmiş olup, bu KHK'nun yetki kanunu olan 4113 sayılı Kanun'un 3/a maddesi Bakanlar Kurulu'na marka dahil sınai mülkiyet hakları korumasında AB ve DTÖ kuruluş anlaşması hükümlerinin gözetilmesini öngörölmüştür³³⁸. 556 Sayılı KHK'nun amacı AB hukuku ile uyum sağlanması olduğuna göre MarkKHK'nun yorumu, AB yönergeleri ve Adalet Divanının AB hukukunda yorum birliği sağlamak üzere aldığı kararların da dikkate alınmasını gerektirir³³⁹. Yorum sırasında mehzazın esas alınmasına bir dayanak, MK'nun yorumunda mehzaz İsviçre MK'nun dikkate alınmasına ilişkin 20.09.1950 tarihli İBK'dır³⁴⁰. 2004/48 sayılı AB Yeknesaklaştırma Yönergesi'nin gerekçe kısmı fikri mülkiyet haklarının iç pazarda yüksek, eşit ve homojen bir koruma seviyesini garantilemek için üye devletlerin iç hukuklarının birbiriyle uyumlu kılınması gerektiği bildirilmiştir. Nitekim maddi hukukun yeknesaklaştırılması çabaları ne denli başarılı olsa da her üye ülke bu hakları farklı biçimde uyguladığı takdirde anlamsız, içi boş hükümler haline geleceği anlayışı hakim olmuştur³⁴¹.

Tek pazarın oluşturulması bakımından, tüm fikri ve sınai mülkiyet haklarının büyük bir önemi olup, marka da bu kapsamda yer almaktadır. Ancak, üye devletlerin mevzuatlarındaki farklılıklar mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı açısından çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Bu kapsamda, AB Komisyonu bir yandan üye devletlerin mevzuatlarını uyumlaştırma, diğer yandan da AB'nin kendi marka sistemini oluşturmak bakımından çalışmalar yapmaktadır. Bu çalışmalar sonucunda üye olan devletlerin iç hukuklarını uyumlaştırma konusunda 21.12.1988 tarih ve 89/104 sayılı

³³⁷ Bu yönergenin güncel versiyonu, 22.10.2008 T. 2008/95 Sayılı olup, AB Resmi Gazetesinde 08.11.2008'de L 299/25 sayıda yayınlanmıştır.

³³⁸ Uzunallı, **Markanın Korunması**..., s. 139.

³³⁹ Uzunallı, **Markanın Korunması**..., s. 263.

³⁴⁰ HGK 20.09.1950, 1950/4-1950/10, Kazancı Veri Tabanı)

³⁴¹ Uzunallı, **Markanın Korunması**..., s. 368, dn 388.

Direktif ve daha sonra bunu değiştiren AB'nin 08.11.2008 Tarihli L- 299/25 sayılı resmi gazetesinde yayınlanan 2008/95³⁴² sayılı 22.10.2008 tarihli Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Konusundaki Parlamento ve Konsey Direktifi kabul edilmiřtir³⁴³.

Üye devletler, marka olarak tescil edilecek işaretlerin belirlenmesi, geçersizlik ve red sebepleri, markanın sağladığı haklar, markanın meşru kullanımı, tükenme de dahil marka hakkının sınırlanması, lisans ve devre ilişkin temel prensipler ve iptal sebepleri bakımından, bu direktiflerde kabul edilen hükümleri iç hukuklarında kabul etmeyi taahhüt etmişlerdir. Direktifte, tescil prosedürü ve tescilsiz markaların korunması konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konular ulusal mevzuatlarda değişik ve birbirinden farklı şekilde düzenlenmiştir. Marka lisans ve devir anlaşmalarında ortak hükümler ihdas edilmiş olmakla birlikte, lisans alana karşı açılacak ihlal davalarında üçüncü kişilerin haklarının korunması gibi konularda üye devletler kendi iç hukuk düzenlemelerini belirlemede serbest bırakılmıştır. Benzer şekilde, üye devletlerin uygulamalarında açık olmayan noktalar bulunmaktadır. Örneğin, ses ve renklerin veya üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescil edilip edilemeyeceğı, Dünya çapında tükenmenin kabul edilip edilemeyeceğı konularında üye devletler açısından benimsenmiş ortak bir uygulama bulunmamaktadır³⁴⁴.

AB'nin tüm üye ülkeleri kapsayan ekonomik alanda etkinliklerin sürekliliğı ve dengeli biçimde yaygınlaşması amacıyla daha önce benimsenen ve üç kez değiştirilen 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü 24.03.2009 tarihli L 78/1 sayılı resmi gazetesinde³⁴⁵ yayınlanan 207/2009 sayılı 26.02.2009 tarihli Topluluk Marka Tüzüğü ile değiştirilmiş, yenilenmiştir.

Bu tüzüğün amacı, AB'nin kendi marka sistemini oluşturmasına yönelik çalışmalara temel oluşturmaktır. Tek bir tescil ile tüm Avrupa'da geçerli olacak bir marka sistemi hedeflenmiştir. Topluluk Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinde bu fikir üzerinde yoğunlaşmış ve Topluluk Markası Tüzüğü'nün ilk taslağı 1964 yılında komisyon tarafından hazırlanmıştır. Topluluk markası, marka sahiplerinin

³⁴² [Http://Eur-Lex.Europa.Eu/Lexuriserv/Lex\(23.05.2012\)](http://Eur-Lex.Europa.Eu/Lexuriserv/Lex(23.05.2012))

³⁴³ Dirikkan, **Tanınmış Marka...**, s. 221.

³⁴⁴ Esin Taylan Çamlıbel, **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, 1. Bası, Ankara 2001, s. 28

³⁴⁵ [http://eur-lex.europa.eu/Lex\(23.02.2012\)](http://eur-lex.europa.eu/Lex(23.02.2012))

markalarını, AB'ye üye olan ülkelerden herhangi birinde tek bir başvuru ve tek bir tescil ile koruma imkanı sağlamaktadır. Bakanlar Konseyi, 20.12.1993 tarihinde 40/94 sayılı Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü'nü kabul etmiş ve Topluluk Markası Sistemini ortaya çıkarmıştır. Tüzüğün önsözünde, tüzüğün üye devletlerin marka hukukunun yerini almadığı açıkça belirtilmiştir³⁴⁶. Topluluk markası, topluluk içerisinde tek bir marka olup, aynı etkiye sahiptir. Marka, bu etkisini, merkezi İspanya'nın Alicante kentinde bulunan OHIM ofisinde tescil ile kazanır. OHIM, kamu tüzel kişiliğine sahip olup, marka tescili talebinde bulunacak olan şahıslar tescil talebini doğrudan OHIM'e yapabilecekleri gibi, üye olan herhangi bir devletteki marka ofisi aracılığıyla da yapabilmektedirler. Bu sistem özellikle çok uluslu şirketler açısından avantaj sağlamaktadır. Gerçek veya tüzel kişiler, AB'ye üye olan herhangi bir devlette markayı kullanmakla, tüm topluluk bakımından marka korumasından yararlanmaya hak kazanabileceklerdir³⁴⁷. Malların ve hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesi şartıyla, üç boyutlu işaretlerin, kelimelerin, kişi isimlerinin, şekillerin, harflerin, numaraların ve ürün ambalajı da dahil şekil olarak ifade edilebilen her türlü işaretin topluluk markası olarak tescili mümkündür. Bir markanın tek bir tescille topluluk çapında korumadan faydalanabilmesi için tescile konu işaretin tüm üye devletlerde kabul edilmesi şarttır. Üye devletlerden birinde dahi tescil edilemeyen işaretlerin topluluk markası olarak tescil edilmesi mümkün değildir³⁴⁸.

AB'ye Üye devletlerin ulusal marka hukuklarının uyumlaştırılmasına ilişkin 89/104 ve 2008/95 sayılı yönergelerin iç hukukumuzda yansıması bulunan, 5/4 maddesi hükmü konuya ilişkin ilkeyi düzenlemektedir.

Adalet Divanı, AB Üye ülke mahkemelerince 89/104 ve 2008/95 sayılı Marka Yönergelerinin uygulanması hakkında yöneltile sorularla ilgili kararlar vermiştir. Bu kararlardan Divan'ın kullanma ile kazanılan ayırt edicilik ve karıştırma tehlikesi konusunda esas aldığı kriterleri çıkarmak mümkündür³⁴⁹. Divan, "Europolis" kararında, mahkemenin, kullanma elde edilen ayırt ediciliğin tüm Benellüks³⁵⁰ ülkelerinde aranması gerekip gerekmediği sorusuna ilişkin olarak,

³⁴⁶ Çamlıbel, s. 29.

³⁴⁷ Çamlıbel, s. 29.

³⁴⁸ Çamlıbel, s. 29.

³⁴⁹ Uzunallı, **Markanın Köken Ayırt Etme**..., s. 118.

³⁵⁰ Belçika, Hollanda Ve Lüksemburg'un Oluşturduğu Ülkeler Grubu.

işletmenin bu ibareyi hizmetlerinde kullanarak ayırt edicilik kazandırması şartının tescil engelinin bulunduğu tüm alanlarda aranacağını bildirmiştir³⁵¹.

B. 556 Sayılı KHK'YE Göre Değerlendirme

Öncelik hakkı bir işaret üzerinde hak elde edilmesi ve bunun sonradan o işaretin aynısını veya benzerini tescil ettirmek isteyen rakiplere karşı ileri sürülebilmesi anlamına gelmektedir. Marka hukukunda öncelik ilkesi hakim ilkedir. İlke evrensel olup, marka olarak tescillenmiş veya tescil başvurusu yapılmış olan bir işaretin aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri, aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetler için başkasına tescillenemez³⁵². Bu ilke tescil veya tescil başvurusundan sonrası için TPE tarafından re'sen işletilmektedir. İşaret ve mal ve hizmetin ayniyeti veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olması halinde, ilk başvuranın önceliği korunmaktadır. MarkKHK 7/1-(b) maddesinin hükmü mutlak ret sebebi olarak tescil kurumunu bağladığı gibi, her nasılsa tescil gerçekleştiği takdirde, hükümsüzlük davalarında mahkemelerce uygulanabilmektedir³⁵³.

MarkKHK 8/3. maddesi, “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,” hükmüne yer vermekle öncelik hakkını tanıdığı muhtemel hak sahiplerini ve haklarını nitelemiş bulunmaktadır. Açıkça işaretin tescilsiz bir marka olduğunu belirterek MarkKHK 5. maddesinde çizilen resme uygun bir işaret aradığını belirtmektedir. Buna göre işaret ve işaretin nasıl kullanıldığı konuları öncelik hakkının teşhisi bakımından önemli olup ayrı ayrı incelenmiştir:

³⁵¹ Eugh-Bovemji Verzekeringen Nv-Benelux Markenbureaui 07.09.2006, C. 108/05, GRUR 2007, s. 234.

³⁵² Tekinalp, s. 377.

³⁵³ 11. HD, 10.06.2008, 2007/572 E- 2008/7699 K. sayılı kararı. (Akip veri tabanı)

1. 556 sayılı KHK m. 8/III Anlamında Öncelik İlkesinden Yararlanacak İşaretler

MarkKHK 8/III madde kapsamında olduğu ileri sürülen işaretin “**ayırt edici**” olması ve ikincisi, “**çizimle görüntülenebilir veya benzer biçimde ifade edilebilir, baskı yoluyla yayınlanabilir ve çoğaltılabilir**” olması gereklidir. MarkKHK 5. maddede yer alan ‘sözcükler, şekiller, sayılar, harfler, malların biçimi veya ambalajları marka olabilecek işaretlere örnek olarak sayılmışlardır. Diğer deyimle, öncelik hakkına konu edilecek işaretler bu sayılanlarla sınırlı (*numerus clausus*) değildir. İşaretin ayırt ediciliği kullanıldığı veya kullanılacağı mal veya hizmetin cinsini, nitelik ve karakteristiklerini ifade etmekten uzaklaştıkça doğar ve güç kazanır. Gerçekten de kullanılacağı mal veya hizmeti herhangi bir zihni çabaya gerek olmadan doğrudan doğruya gösteren işaretler- kullanımla ayırt edicilik kazanmadıkları sürece- ayırt edici özellik taşımazlar ve marka olamazlar³⁵⁴. Nitekim mal veya hizmeti tanımlayıcı özellik arz eden işaretin kullanımı ile öncelik ve koruma talebinin kabul görmeyeceği MarkKHK 7/c maddesi hükmünden açıkça bellidir. Yerel mahkemenin “Balık Pişiricisi” işareti ile ilgili olarak verdiği, davalı kullanımının haksız rekabet oluşturmayaacağına ilişkin karar 11. HD tarafından onanmıştır. Somut olayda davacı, “Veli Usta Balık Pişiricisi” ibareli şekil unsuru da olan marka başvurusu ve önceki tarihte başlayan fiili kullanıma dayanmıştır. Davalı da aynı hizmeti sunarken “balık pişiricisi” ibaresini kullanmakta olup, “Kordon boyu balık pişiricisi” markası için başvuru yapmıştır. Davacının markaya tecavüz ve haksız rekabet iddiaları yerinde görülmeyerek red edilmiştir³⁵⁵.

AB Mahkeme içtihatlarında yer bulan bir diğer önemli ilke ise, karakteristik özellik bildirmesi yasaklanan şekil ve işaretlerin, söz konusu karakteristik özellikleri çağrıştırmasının serbest bırakılmasıdır. AB İlk Derece Mahkemesi “VITALITE” kararında buna ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme öncelikle, “Vitalite” sözcüğünün İngilizce’de bir anlamı bulunmamasına karşılık, Fransızca’da “canlılık, canlılık veren, hayat veren” anlamlarına geldiğini ifade etmiş ve Fransızca’da bu sözcüğün “Vitalité ” şeklinde yazılmasının hedef tüketici nezdindeki algılamayı

³⁵⁴ A. Lerzan Yılmaz, **Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri**, I. Bası, İstanbul 2008, s. 53.

³⁵⁵ 11. HD, 2008/12107-2010/3111, 22.03.2010 (*Yayınlanmamış*)

değiştirmeyeceğini, keza Fransızca’da büyük harflerin kesme imiyle yazılmasının zaruri olmadığı belirtmiştir. Bu çerçevede Mahkeme “VITALITE” sözcüğünün karakteristik özellik bildirme durumunu, tescil talep edilen mal ve hizmetler için ayrı ayrı inceleme yoluna gitmiştir. Bu inceleme neticesinde, bahse konu sözcüğün tıbbi, beslenme ve diyetle ilişkin ürünlerde, bu ürünlerin üretim amaçlarını ortaya koyduğu gerekçesiyle, karakteristik özellik bildirdiği kanaatine varılmıştır³⁵⁶. Buna karşılık, Mahkeme, “VITALITE” sözcüğünün; bebek mamaları, mineralli ve gazlı içecekler için, tüketicilere bu ürünlerin karakteristik özelliklerini “doğrudan ve derhal” bildiren bir niteliği bulunmadığına, en fazla bu nitelikleri dolaylı olarak çağrıştırdığına hükmetmiştir³⁵⁷. Mahkeme, kararında, bebek mamalarının bebeklerin gelişimini destekleyici olarak tasarlanmalarına rağmen, “VITALITE” sözcüğünün bu bağlamda, tüketiciye yönelik “arz etme/telkinde bulunma” sınırlarını aşmadığına kanaat getirmiştir³⁵⁸. Mahkeme, mineralli ve gazlı içecekler içinse, OHIM’in ret kararına dayanak yaptığı, bu ürünlerin “sağlıklı, sportif bir görünüm ve kendini genel olarak iyi hissetme” unsurları üzerine pazarlandıkları doğrultusundaki gerekçesini haklı bulmamıştır. Mahkeme kararında, OHIM’in görüşünün aksine, “Bahse konu unsurların varlığı, “VITALITE” sözcüğünün söz konusu ürünlere yönelik sadece promosyon amaçlı bir imaj oluşturduğunu ve bu ürünlere ilişkin karakteristik özellik bildirmediğini göstermektedir.” ifadesine yer vermiştir³⁵⁹.

Yargıtay 11. HD, “merkez reklam m+şekil” ibareli marka başvurusunu red eden TPE YİDK kararının iptali davasında, redde dayanak davalı markasının tescil kapsamının davacı markasının malları örtüşmediği olgusu yanında, ibarelerin ayırt edilemeyecek kadar benzer olmadığını ve “merkez” ibaresinin kullanımı konusunda kimseye tekel hakkı tanınamayacağını belirtmiştir³⁶⁰. Bu karar gösterdiği üzere bir işaretin üzerinde tescille kazanılan öncelik hakkının ileri sürülebilmesi, o işaretin tanımlayıcı karakter taşıyıp taşımadığı veya ne derece tanımlayıcı olduğu ile yakından ilgilidir.

³⁵⁶ T-24/00, ECR 2001 s. II-00449-25, <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/jugement/T-24-00>

³⁵⁷ T-24/00, ECR 2001 s. II-00449-22, <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/jugement/T-24-00>

³⁵⁸ T-24/00, ECR 2001 s. II-00449-22, <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/jugement/T-24-00>

³⁵⁹ <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/jugement/T-24-00.htm>, Case T-24/00, ECR 2001 s. II-00449-23.(20.02.2012)

³⁶⁰ 11. HD, 25.11.2011, 2010/3293-2011/14447 (Uyap veri tabanı).

2. Marka Hakkında Öncelik Sağlayan ‘Kullanma’ nın Koşulları

a. Markasal Kullanma

İlk olarak yukarıda bahsedilen nitelikteki işaretin amacına uygun kullanılması öncelik hakkının tesisine hizmet edecektir. Yargıtay içtihatlarıyla yerleşen ‘markasal’ kullanma deyimi, işaretin mal veya hizmetle ilgili olarak kimlik kazanmasını ifade etmektedir. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme markasal kullanmanın net kriterlerini vermemekte, somut olaya göre çeşitli nitelemelerde bulunmaktadır. İşaretin mal veya hizmetle ilişkilendirilmesi çeşitli şekillerde olabilir. Yargıtay, işaretin kartvizitte, ticari evraklarda, baskın karakterli yazılmış olarak kullanımını; tabelalarda³⁶¹ aynı biçimde öne çıkararak kullanılmasını, tanıtım gereçlerinde kullanılmasını, reklamlarda kullanılmasını markasal kullanma kabul etmektedir³⁶².

Bir işaretin marka gibi kullanılması yoluyla tescilden önce üzerinde hak elde edilebilmesi onun marka olarak işlevlerinin yerine getirilmesi sayesinde gerçekleşmektedir. Nitekim, Anglo-sakson ülkelerinde, belli bir işaret üzerindeki hakkın sadece onun seçilmesiyle elde edilmediği, aynı zamanda kullanımından kaynaklandığı, kullanımı ile geliştiği öngörülmektedir. Bu sistemde, sözü edilen kullanımın kesintisiz olması ve kullanma niyeti ile birleşmesi de aranmaktadır³⁶³.

Marka tesciline itiraz süreci içinde önceki tarihli kullanıma dayananların itirazları üzerine markanın tescilinin reddedildiği gibi, hükümsüzlük sürecinde de aynı biçimde önceye dayalı kullanım markanın terkin edilmesi sonucunu doğurabilir. Ancak “önceye dayalı kullanım”ın belli özellikleri taşıması aranmaktadır. Öncelikle kullanım özgün ve samimi olmalıdır. Aynı zamanda “*ticaret sırasında, ticarete*” gerçekleşmelidir. Volkswagen firmasının tescilini sağladığı Topluluk markası (CTM) “*IFM International Fleet Management*” aynı ibareyi ticaret unvanı olarak kullanan Belçika’lı firma tarafından dava edilmiştir. Bu firma kullanımına ilişkin olarak ana şirkete gönderdiği faturalar dahil bazı kanıtlar sunmuştur. OHIM İptal Bürosu kararında³⁶⁴ ilke olarak, ana şirket ve şubesi arasındaki yazışmanın “*ticarete*

³⁶¹ 11.HD, 2009/8582-2011/1520, 14.02.2011, (Yayınlanmamış).

³⁶² 11.HD 2009/8565-2011/1649, 14.02.2011; (Yayınlanmamış)

³⁶³ Lafrance, s. 34.

³⁶⁴ *Volkswagen Leasing GmbH’s trade mark; International Fleet Management NV’s application for cancellation, Case C000525824/1(2001) ETMR 1170.*

kullanım”a dair kanıt tesis edemeyeceğini ve aksini gösterir mahiyette delillerin Belçika hukukuna göre sunulmadığından bahisle iptal talebini reddetmiştir³⁶⁵.

b. Kullanım Alanı

Marka hakkında öncelik sağlamaya elverişli olabilecek işaretin, marka gibi kullanılması ve aynı zamanda hakkın ileri sürüleceği rakip markası veya marka başvurusu ile aynı veya benzer sınıf mallar alanında kullanılmış olması aranacaktır. Marka gibi kullanılan tescili bulunmayan işaretin sahibince fiilen gösterilen faaliyet alanı bakımından sonuç doğurması ve hak yaratması söz konusudur. Diğer deyimle bu hakkın sınırları kullanıldığı ticari faaliyet ve komşu alanlarıdır. Aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerin ne oldukları ise öncelikle Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Sözleşmesi uyarınca TPE’nin hazırladığı tebliğ³⁶⁶ göre belirlenecektir. Ancak bu tebliğ mutlak bağlayıcı olmayıp, esas olan karıştırma olasılığı veya bağlantı kurma olasılığı doğuran yakınlık, benzerlik ve ortalama tüketici gözüyle yapılan değerlendirmedir³⁶⁷.

“AS” İbaresini ile ticaret unvanı kullanan ve ayakkabı üreten bir firma, “AS” ibaresi ile fenni gübre satan firmaya karşı çıkıp, müdahale edemez. Bunun gerekçesi tüketicilerin bu iki ayrı iş kolunu karıştırmaları veya aralarında bağlantı olduğunu düşünmeleri kabul edilemez³⁶⁸.

c. Kullanma İle Markanın Marufiyet (Bilinirlik) Kazanması Gerekip Gerekmediği Sorunu

Markasal kullanma ile öncelik hakkını kazanmanın koşulları, yukarıda değinildiği üzere işaretin niteliği ve kullanmanın özellikleri bakımından incelenebilir. Bunlar;

(i) kullanılan işaretin ayırt edici olması, diğer deyimle mal ve hizmeti tanımlayıcı olmaması,

³⁶⁵ Jeremy Phillips, *Trade Mark Law, A Practical Anatomy*, 2003 Oxford, s. 435.

³⁶⁶ www.tpe.gov.tr

³⁶⁷ Yasaman, C. I, s. 398; *Karahan, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, s. 134.

³⁶⁸ Kutlu Oytaç; *Markalar Hukuku*, 1999, s. 29

(ii) kullanımın belli bir çevrede, piyasada veya bölgede bilinirlik sağlamış olmasıdır³⁶⁹.

Diğer mutlak ret sebeplerine takılmayan bir marka kullanımı ile işarete ayırt edicilik kazandırılması öncelik hakkının kurulmasında etkili olabilmektedir. Nitekim Yargıtay 11. HD aşağıda özeti verilen kararında tam da bu duruma dikkat çekmektedir. Karar şöyledir:

“Davacı vekili, davalının adına tescil ettirdiği "CESA" markasının gerçek sahibinin müvekkili olduğunu, bu markanın deri ürünleri üretim ve pazarlaması yapan müvekkili şirketin ortaklarının ön adlarının kombinasyonundan yaratılarak davalının tescil başvurusundan çok önce maruf hale getirildiğini ileri sürerek, davalıya ait markanın hükümsüzlüğünü ve terkinini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davaya konu markanın müvekkili şirketin ortaklarınca 1990 yılından bu yana kullanılmaya başlandığını ve sektörde müvekkilince tanınmış hale getirildiğini savunarak, davanın reddini istemiş, karşılık davada ise karşılık davalının ticaret unvanındaki "CESA" ibaresinin terkinini talep etmiştir.

Mahkemece, sunulan ve toplanan kanıtlara göre, davacının ticaret unvanının 21.07.1995 tarihinde davalının ticaret unvanının ise Mart 1996 tarihinde tescil edildiği, ticaret unvanının tescil tarihine kadarki dönemde kullanım önceliğinin davacı şirketin ortaklarına ait olduğu, ancak tarafların bu dönem faaliyetlerinin dar kapsamlı olması ve markaya korunmaya değer belli bir ayırt edicilik kazandırdıkları kanıtlanamadığından sonraki tescillere karşı üstün hak ileri sürme hakkı bahsetmeyeceği, ticaret unvanı daha eski olan davacının daha sonra tescil edilen davalı markasının iptalini isteme hakkı bulunduğu, ticaret unvanları arasında öncelik hakkının asıl dava davacısına ait olması nedeniyle karşılık davanın yerinde olmadığı gerekçesiyle asıl davanın kısmen kabulü ile davalıya ait 13.08.2001 gün ve 15937 sayılı markanın bir kısım ürün ve hizmetler yönünden hükümsüzlüğüne ve terkinine, karşılık davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı-karşılık davacı Cesa Deri Ürün.San.Tic.Ltd.Şti. vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı-karşılık davacı Cesa Deri Ürün.San.Tic.Ltd.Şti. vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı-karşılık davacı Cesa Deri Ürün. San. Tic. Ltd. Şti. vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, aşağıda yazılı bakiye 03.60 YTL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına oybirliğiyle karar verildi³⁷⁰.

³⁶⁹ Yasaman, C. I, s. 406; Karahan, “**Tescilsiz...**”, s. 24; 11. HD.’nin 06.07.1999, 1998/1734-1998/146 Sayılı “Dolce-Vita” Kararı bu konuya emsal oluşturur mahiyettedir. (FMR 2001/1, s. 146). Yargıtay bu kararında markayı yaratan ve kullanan kişinin gerçek hak sahipliğine üstünlük tanımış ve daha önce Türkiye’de tescili olmasa da fiili kullanımı dikkate alınarak davası kabul edilmiştir. davalının tescilinin gerçek hak sahibince hükümsüzlük davası açılıncaya dek kurucu nitelikte şarta bağlı bir hak sağlayabileceği öngörülmüştür.

³⁷⁰ 11. HD, 24.01.2008, 2007/12416 E, 2008/548 K. (Akip)

Bununla birlikte, MarkKHK tescil tarihinden önce kullanılmış ve kullanıldığı mal ve hizmetler için bu kullanım sayesinde ayırt edicilik kazanmış markaların tesciline olanak vermektedir (MarkKHK 7/son md). İşaretin 7/(a), (c), ve (d) maddelerindeki ret sebeplerini barındırmasına rağmen tescilden önce uzunca bir süre kullanılarak ayırt edicilik kazanması tescilinin reddini önlemektedir³⁷¹. 5194 Sayılı yasa ile değişik MarkKHK 7/son madde hükmü anlamında, kendi başına ayırt edici olmamasına karşın kullanımla ayırt edicilik kazanmış işaretlerin markasal kullanımına dayanılması halinde tescilin reddi veya kabulü kararı verilinceye dek kazanılmış ayırt edicilik olgusu değerlendirilecektir. Böylece ayırt edicilik kazanmış marka sahibi, aynı veya benzer olan rakibe ait markanın terkinini istemeden kendi markasını tescilini sağlayabilecektir³⁷². Nitekim, 11. HD, “Showtime” kararında buna değinmiştir³⁷³.

Bununla birlikte MarkKHK 7/a, c ve d bentleri uyarınca tescilinin reddi gereken işaretlerin tescilden önce kullanılmış ve kullanıldığı mal ve hizmetlerle ilgili olarak ayırt edici karakter kazanmış olması halinde, bu bentler gerekçe gösterilerek tescil edilmeleri ret edilemez. 5194 Sayılı yasa ile 22.06.2004’de değiştirilen 7/ son madde hükmü kullanımla kazanılmış ayırt ediciliği korumaktadır. Bu hüküm “tescil” işleminin kurucu karakterine istisna oluşturmaktadır. İlgili çevrelerde ve tüketiciler gözünde belli işaretlerin tescilsiz biçimde kullanılması koşullara uygun ölçüde olduğunda, bu işaretlere ayırt edicilik özelliği vermektedir³⁷⁴. Bu hüküm AB Marka Uyumlaştırma Yönergesi’nin 3/3 maddesine paralel görünmektedir. Yönerge hak kazandıran kullanımın başvuru veya tescil tarihinden önce olmasını öngörmektedir. Kararname ise kullanmanın ‘tescil tarihinden önce’ olmasını düzenlemiştir. Bununla birlikte, Yönerge, aynı hükmün son cümlesi ile Üye devletleri kullanımın tescilden veya başvurudan önce başlamasını aramak konusunda serbest bırakmıştır³⁷⁵.

Nitekim aşağıda yer alan Yargıtay kararı kullanımla kazanılmış ayırt ediciliğin korunmasına ilişkin örnek oluşturmaktadır:

“Davacı vekili, "BALSÜT" ünvanlı davacı şirketin 8.11.1993 tarihinde tescil edilerek on senedir "BALSÜT" ibaresini unvan ve imal ettiği ürünlerde marka olarak kullandığını, "BALSÜT" markasının tescili için 1.7.1998 tarihinde

³⁷¹ Fazla bilgi için, Yasaman, C. I, s. 276 vd.

³⁷² Noyan Erdal, **Marka Hukuku**, Ankara 2009, s. 101.

³⁷³ 11. HD, 19.02.2004,2003/5445-2004/1483(Akip)

³⁷⁴ Triton Guy, **Intellectual Property in Europa**, 2001, s. 226.

³⁷⁵ 89/104 Sayılı AB Markalar Yönergesi, 3/3 md.

yapılan başvurunun davalı tarafından reddedildiğini, müvekkilinin itirazının Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından kabul edilmediğini, davalı kararının 556 sayılı KHK.nin 7/son maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek, 21.8.2000 tarih ve M-1002 sayılı kararın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, 556 sayılı KHK.nin 7/1-c ve 7/1-f maddeleri gereğince davacının marka başvurusunun reddedildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, 556 sayılı KHK.nin 7.maddesinin 2.fıkrasında "Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (b), (c), (d) bentlerine göre tescili reddedilemez" hükmün yer aldığı, davacının "BALSÜT" İBARESİNİ 1993 yılından beri faturalarda, 20.3.1995 tarihinden itibaren de kutu, ambalaj ve evrak üzerinde kullandığı, kullanım süresi ve kesintisizlik dikkate alındığında "BALSÜT" ibareli markanın kullanım yolu ile ayırt edici nitelik kazanmış olduğu, tescili istenen markanın halkı yanıltıcı nitelikte olmaması nedeniyle 556 sayılı KHK.nin 7/1-f maddesine göre de tescil talebinin reddedilemeyeceği gerekçesiyle, davalı Enstitü'nün Yeniden inceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun 21.8.2000 tarih ve M-1002 sayılı kararının iptaline karar verilmiştir.

Karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına oybirliğiyle karar verildi". (11. Hukuk Dairesi, 01.07.2002, 2002/3353 E, 2002/6748 K.)

Bir diğer davada, "PLUS" sözcüğünü marka olarak tescil ettirmek isteyen yanın talebinin reddine dair TPE YİDK kararı mahkemece iptal edilmiştir. TPE işaretin daha önce tescillenmiş olan bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğunu belirtmiş ve tescili ret etmiştir. Ancak mahkeme, "PLUS" sözcüğünün başvuru tarihinden önce kullanımla ayırt edicilik kazandığını saptayarak kararı iptal etmiştir³⁷⁶.

Bu hükme göre tanımlayıcı işaretler, tescil tarihinden önce marka olarak kullanılmış ve kullanımla ayırt edicilik kazanmışsa tescili reddedilmeyecektir³⁷⁷. Nitekim kendi başına renklerin tesciline MarkKHK 5. md. hükmünün uygulanması ile gerek idari süreçte gerekse yargısal uygulamalarda onay verilmemektedir. Ancak örneğin, kırmızı renk "coca cola" tarafından uzun süreli kullanımla; sarı renk

³⁷⁶ 11. HD, 26.04.2004, 2003/10426-2004/4494, (Noyan, s 101).

³⁷⁷ Yasaman, C. I, s. 407; Tekinalp, s. 393.

“Kodak” markasında kullanımla ve lila rengi “milka” markasında kullanılmakla ayırt edicilik kazanmış ve markalarıyla özdeşleşmiştir.

Önceye dayalı kullanımla kazanılmış bir ayırt edicilik bulunmadığı takdirde, üzerinde bir öncelik hakkı ileri sürülebilecek olan işaretin kural olarak MarkKHK 5. maddede yazılı koşullara uyması gereklidir. Bu koşullar kabaca; “ayırt edicilik karakterinin bulunması, grafikte gösterilebilme, baskı yoluyla çoğaltılabilmesi” olarak özetlenebilir³⁷⁸. Bu koşullara uygun bir işareti kullanan ve dolayısı ile marka kullanmanın semerelerini elde eden, işaret üzerinde hak elde etmiş olanlar aynı veya benzer markanın kendi emtialarıyla aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer sınıf emtiada tescil edilmesine karşı çıkabilecek veya tescillenmiş bir markanın terkinin için dava açabilecektir. MarkKHK’nın tescil ilkesini benimsemesine, tescil ile elde edilen önceliği korumasına karşın, tescilsiz bir markanın da korunması gerçek hak sahipliği ilkesinin sonucudur³⁷⁹.

Avrupa Adalet Divanı “Trivastan/Travatan” kararında, ilaç markaları arasındaki benzerlik ve iltibas olasılığını değerlendirirken, ilaçların tüketici kitlesinin sadece hastalar olmayıp, doktorlar ve eczacıların da aynı tüketici grubu içinde yer aldığını belirlemiştir. Bu iki marka arasındaki benzerlik ilk bakışta göze çarpmaktadır. Bununla birlikte, markanın kullanılacağı ilaçlar reçete ile alınabilmekte, eczacı tarafından son kullanıcıya satılabilmektedir. Gerçekten de doktor ve eczacılar bilinçli alıcılardır ve iki marka arasındaki benzerlik her şeye rağmen bir karıştırmaya yol açmayacaktır. Böylece markanın temel işlevi olan tüketici ve son kullanıcıya, pazardaki bir diğer ürünle karıştırmadan alım kararı verebilme, diğer deyimle ‘ayırt edicilik işlevi’ gerçekleşmiş olmaktadır. Ancak, Divan son tahlilde son kullanıcı olan hastaların ortalama tüketici kavramına girdiğini ve değerlendirme sırasında bunların da dikkate alınacağını vurgulamıştır. Divan sonuç olarak somut olayda markalar arasında işitsel ve görsel benzerliğin karıştırmaya neden olabilecek düzeyde olduğunu tespit etmiştir³⁸⁰.

³⁷⁸ Arkan, C. I, s. 35.

³⁷⁹ Tekinalp, s. 360, 396.

³⁸⁰ ABAD 3. Daire, 26.04.2007 Tarih, C-412/05 Sayılı kararı, aktaran; Türkay Alica, “İlaç Sektöründe Marka Tercihi Ve Tescil Engelleri”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı** 2009, s. 49.

Tescil edilmediği halde korumadan yararlanan Paris Sözleşmesi 6bis maddesi anlamındaki “tanınmış”, diğer deyimle herkesçe bilinen markaların öncelik hakkından yararlanmasında mevzuatımızın sağladığı mutlak ret nedeni karşısında bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu türden markaların daha önce ülkemizde bir kullanımları bulunmasa bile başkalarınınca tesciline olanak yoktur. Bununla birlikte, WIPO kriterleri göz önüne alınarak somut davanın koşulları çerçevesinde tanınmışlık keyfiyetinin kanıtlanması gereklidir³⁸¹.

Öte yandan, tescilli marka veya tescil başvurusu sahibine karşı o marka üzerinde daha önce hak elde etmiş olanın itiraz ve dolayısıyla tescili engelleme, gerekiyorsa hükümsüzlüğünü isteme hakkı yasal olarak düzenlenmiş olup³⁸², tipik uygulaması önceye dayalı tescilsiz marka veya işaret kullanımınıdır.

Markanın ayırt ediciliği, tescile elverişli olması için, diğer deyimle marka olabilmesi için aranan en önemli ve ilk niteliğidir³⁸³. Bir sözcük veya işaret kullanıldığı mal veya hizmeti anlatmaktan ne kadar uzak ise o kadar ayırt edici demektir³⁸⁴. Tasviri işaretlerle ilgili yasak, sadece Türkçe tasviri işaretleri kapsamamakta bunun yanı sıra, yabancı bir dilde tasviri anlam taşıyan işaretlerde bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir. Burada ki püf noktası ise Türk insanının tescili talep edilen bu işareti nasıl algıladığıdır. Yani yabancı bir dilde tasviri anlam taşıyan işaretin Türkiye’de ayırt edici nitelikte mi, yoksa tasviri nitelikte mi algılandığına bakılmalıdır. *Yasaman* yabancı dilde tasviri anlam taşıyan bir kelimenin alınıp alınmamasının bu kelimenin Türkiye’de yaygın olarak bilinip bilinmemesine bağlı olduğunu söylerken³⁸⁵ *Arkan*’da “lux”, “extra”, “pretty” gibi eşyanın özelliklerine ilişkin olan ve Türkiye’de de yaygın şekilde bilinen yabancı sözcüklerin marka olarak alınmaması gerektiğini belirtmiştir. *Karahan* ise ülkemizle yakın irtibat halinde bulunan bir yabancı ülkede ve ülkemizde yaygın bilinen bir yabancı dilde tasviri işaret olarak kabul edilen bir işaretin bizde de marka olarak tescil edilmemesi ve yasak kapsamında düşünülmesini

³⁸¹ Çolak, s. 56; Arkan, s. 92.

³⁸² Markkhk 8/3 Md.

³⁸³ Karahan Sami, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Ankara 2007, s. 128.

³⁸⁴ Örneğin, 11. Hukuk Dairesi, 21.06.2007, 2006/2087 E, 2007/9547 K. ile otelcilik hizmetleri bakımından “Elegance” ibaresini tasvir edici bulmamış ve davalının kullanımını men etmiştir (Karar metni için bkz. Akip Veri Tabanı).

³⁸⁵ *Yasaman*, C. I, s. 232.

belirtmektedir.³⁸⁶ Yazar, Ortadoğu ülkelerinde çok bilinen iştah açıcı aperitif olarak tüketilen yoğurtlu bir peynir cinsi olan ve hızlı büyümeyi sağlayan yoğurt cinsi anlamına gelen “*Labne*” sözcüğünü içermesi nedeniyle³⁸⁷ “*Pınar Labne*”nin (cins ve çeşit belirttiği için) Yargıtay tarafından tescile uygun görülmediğini belirtmiştir³⁸⁸. Öte yandan, *Karahan*, ülkemizle yakın irtibat halinde olmayan bir yabancı ülkede veya ülkemizde yaygın biçimde bilinmeyen bir yabancı dilde tasviri işaret kabul edilen bir işaretin Türkiye’de marka olarak tescil edilmesi gerektiğini de belirtmiştir³⁸⁹.

Ayırt edicilik karakteri taşıyan işaretin tescilsiz biçimde hak oluşturmamasının diğer koşulu da fiilen kullanılmasıdır. Bu kullanımdan anlaşılması gereken, kullanımın işarete o işletmenin mal veya hizmetleri için markasal etkiler yüklemesi, markalaştırıcı nitelikte olmasıdır. İşaret malların üzerinde veya ambalajlarında yer alabilir, reklam ve tanıtım çalışmalarına konu edilebilir. Böylece işaret ilgili piyasa, sektör veya bölgede “marufiyet” kazanır, bilinir hale gelir. Kullanımın gerçekleştiği malların veya hizmetlerin niteliği de hakkın bir başka sınırı olacaktır. Diğer deyimle kazanılan öncelik ancak bu mallar ve hizmetlerle aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetler için söz konusu olacaktır. Nitekim MarkKHK 7/I-b maddesi bu konuya ilişkin mutlak red nedenidir; mevcut tescil veya tescil başvurusu dururken, bir başkasına aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işareti aynı veya aynı türdeki mallara ilişkin tescilleme yasaya aykırıdır³⁹⁰. Tescil merciinin atlaması ile bir şekilde böyle bir tescil yapılırsa dahi kurum bünyesinde itiraz yolları ve nihai olarak hükümsüzlük davası yolu açıktır³⁹¹. Öte yandan “aynı” markaların ret sebebi oluşturmaları iki ayrı maddede düzenlenmiş olup, *Tekinalp*, 7/I-b ve 8/I-b maddelerin arasında pratikte bir fark bulunmadığını, “karıştırma olasılığı” gibi yargılamayı gerektiren konularda TPE’ye yetki vermekten kaçınılmış olabileceğini; ancak halkın karıştırabileceği bir işaretin TPE’ce re’sen reddedilebileceğini belirtmektedir. Nitekim “ayırt edilemeyecek kadar benzer” ile “benzer” kavramlarının aynı kavramları ifade edebileceğini farklı sözcük kullanmanın iki hükmü

³⁸⁶ Karahan Sami, **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları**, Konya 2002, s. 62, 63.

³⁸⁷ Karahan, **Marka Hukukunda** ...s. 62, 63.

³⁸⁸ 11. Hukuk Dairesi, 22.05.2008, 2008/3344 E, 2008/6708 K. “Labne” Kararı(Akip).

³⁸⁹ Karahan, **Marka Hukukunda**...s. 64.

³⁹⁰ Yasaman, C. I, s. 226.

³⁹¹ MarkKHK. 42/A-B Maddesi.

farklılaştırmadığını ileri sürmüştür³⁹². Yasaman, iki madde arasında fark bulunduğunu, yasa koyucunun TPE'ye araştırma külfeti vermek istemediğini, takdir alanını genişletmeyi seçmediğini belirtmektedir. Yazar, TPE'nin aynı veya ayırt edilemeyecek –tereddütsüz- derecede benzer markaların tescilini reddedebileceğini ve bunun dışında takdir gerektiren hallerde mahkemelerin başvuru üzerine karar vereceğini savunmaktadır³⁹³.

Kanaatimizce tarihsel bakımdan önceki marka veya marka başvurusu sahibi TPE'nin atlamasına rağmen, öncelik hakkını mutlak red sebebi olarak ileri sürebileceği gibi 8/I-b maddeye dayanarak nisbi red sebebi olarak da ileri sürebilir. Ayrıca, mükerreren düzenlenen nisbi red sebebine ilişkin hüküm mevcut olmasaydı dahi, mutlak red sebebine dayalı dava açma hakkı baki olacaktı.

³⁹² Tekinalp, s. 378.

³⁹³ Yasaman, C. I, s. 227.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA VE DİĞER AYIRT EDİCİ İŞARETLER ARASINDA ÖNCELİK İLİŞKİSİ

I. DİĞER AYIRT EDİCİ İŞARETLERDE ÖNCELİK İLKESİNİN ANLAMI

Türk hukukunda çeşitli tanıtıcı işaretler arasındaki ilişkiden kısaca bahsetmekte yarar vardır. Türk hukukunda bir tanıtıcı işaretin diğerine karşı üstünlüğü kabul edilmemiştir.³⁹⁴ Marka, ticaret unvanı ya da işletme adından hiçbirine üstünlük tanınmamıştır. Ancak TTK'nun 57/5 md. (6102 sayılı TTK'nun 55/4 mad) ve 556 sayılı KHK m. 9/I maddeleri ile çeşitli tanıtmaya araçları arasında iltibasın ve öncelik ilişkisinin meydana gelebileceği kabul edilmiştir³⁹⁵. Aynı tür tanıtıcı işaretlerin arasında öncelik ilişkisi olabileceği gibi, farklı tür işaretler arasında da örneğin, marka ile unvan arasında veya marka ile alan adı arasında öncelik ilişkisi araştırılabilir. Farklı ad ve işaretler arasında iltibas söz konusu olduğu takdirde işareti haklı olarak ilk defa kullanan kimsenin hakkı diğerlerine oranla üstün tutulmuştur. Örneğin, bir markayı ilk defa kullanan kimse, bu markayı firması için ticaret unvanı olarak kullanan kimseye karşı haksız rekabet davası açabilir³⁹⁶.

Tüzel kişi unvanları tüm ülke çapında korunurken, gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanı bakımından, yürürlükteki yasa gereğince, öncelik hakkının aynı sicil dairesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir³⁹⁷. Ancak 6102 sayılı TTK'nun 45. maddedeki düzenlemede ayırım yapmaksızın tüm unvanlar açısından öncelik hakkının ülke çapında olduğunu belirtmiştir. Bu hükme göre, bir ticaret unvanı tescillendikten sonra Türkiye'nin herhangi bir yerinde aynı unvana ayırt edici birtakım ekler yapılmadan tescil yapılamaz. Gerçek kişi tacirler unvanlarının sicil çevresi dışında bir başka tacir tarafından kullanılmasına ancak haksız rekabete dayanarak karşı çıkabilmekteyken, yeni TTK hükmü sayesinde, tüzel kişi tacirlerle

³⁹⁴ Karayalçın, Y, **Ticaret Hukuku** 1968, s. 460.

³⁹⁵ Nome Füsün, "İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.I, İstanbul 2001, s. 395-416.

³⁹⁶ Karayalçın, s. 460.

³⁹⁷ Poroy, s. 93. Tekil, s. 166.

paralel, ülke çapında koruma elde etmişlerdir³⁹⁸. Bir unvan daha önce tescillenmişse, tacir unvana ayırt edici eklemeler yapmak zorundadır. Bu eklemeler, unvanı öncekinden tereddütsüz biçimde ayırt etmeye yeterli olmalıdır³⁹⁹. Ticaret unvanlarının aynı veya benzer faaliyet alanında faaliyet gösteren şirketler açısından farklılık arz etmesi, böylece dürüstçe işleyecek bir rekabet ortamı sağlanması esastır. Aşağıdaki 11. HD, kararı bu ilkeye örnek oluşturmaktadır;

“..Davacı vekili, müvekkili şirketin ortağı olan dava dışı Ali'nin müvekkili şirkette elde ettiği bilgi ve sırları kurmuş olduğu davalı şirkette kullandığını, davalı şirketin unvanının müvekkili unvanı ile iltibas oluşturacak şekilde benzer olduğunu, davalı şirketin müvekkili şirketin müşterilerine daha düşük fiyatla teklifte bulunduğunu, bu durumun haksız rekabete neden olduğunu ileri sürerek, haksız rekabetin tesbit ve menı ile, davalı şirketin unvanında yer alan AKSAY ibaresinin terkinini, 10.000,00 TL maddi ve 20.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacı şirketin ortağının yönetici olmaması nedeniyle başka bir şirketin ortağı olmasında bir engel bulunmadığı, davalı şirketin ortağı olan Ali'nin şirket sırlarını kullanarak haksız rekabette bulunduğunun ispat edilemediği, ancak davacı şirketin unvanında yer alan AKSAL ibaresi ile davalı şirketin unvanında yer alan AKSAY ibaresinin iltibas yaratacak şekilde benzer olduğu, unvan üzerinde davacı şirketin öncelik hakkının bulunduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, davalı unvanının ticaret sicil kaydından terkinine, diğer istemlerin reddine karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, taraf vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...19.04.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi....”⁴⁰⁰

İşletme adı ise, sahibi olan taciri değil, doğrudan işletmeyi tanıtan ve benzer işletmelerden ayırt eden işaret olup, kullanılması zorunlu değildir. Ancak kullanıldıkları takdirde sicile kaydı gereklidir. Eski TTK'nun 55. maddesi gereğince sadece ilgili sicil çevresinde koruma gören işletme adı, 01.07.2012'de yürürlüğe giren 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu uyarınca, unvan gibi tüm ülke çapında korumaya tabi tutulmuş olup, sahibine başkalarının aynı işletme adını kullanımlarına karşı bir öncelik hakkı sağlamaktadır (6102 s.y. 53. md)⁴⁰¹.

³⁹⁸ Zeynep Mineliler Demirçivi, “Ticaret Unvanı ve Haksız Rekabet İlişkin Bir Karar İncelemesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul 2007, C. I, s. 13-27.

³⁹⁹ Tekil, s. 160.

⁴⁰⁰ 11.HD, 19.04.2011, 2009/10429-2011/4611(Yayınlanmamış)

⁴⁰¹ Mineliler, s. 19.

Alan adları da ayırt edici işaretlerden biridir, TTK'nun 57/5 madde uyarınca "tanıtma vasıtası", "işaret" olarak özel bir mevzuatı bulunmadığından genel hükümlere göre değerlendirilmektedir. İnternet alan adı artık sadece bir adresten ibaret değildir, artık alan adları fikri mülkiyet hukukundaki "işaretler" in, "tanıtıcı araçlar" ın anlamını yüklenen bir malvarlığı değeri haline gelmiştir. Hukuk düzeni, alan adını sahibinin zaten korunan bir marka, unvan veya işletme adı gibi bir işaretini içermesi halinde, dikkate almakta ve değerlendirmektedir⁴⁰². Alan adları arasında öncelik hakkını ilk tahsis yaptıranın öncelik sahibi olması belirlemektedir. "*İlk gelen ilk alır*" ilkesinin de internetin özgürlükçü yapısına uygun olduğu, işlemlerin büyük bir hızla gerçekleştirildiği ileri sürülmektedir. Öte yandan ülkemizde "tr" uzantılı alan adlarını vermeye yetkili olan ODTÜ'nün uyguladığı bürokrasi nedeniyle kişi ve firmaların 'tr' uzantısı olmayan alan adlarını ABD'deki kuruluşlardan aldıkları belirtilmektedir⁴⁰³. Mevcut veya talep edilen bir alan adı başkasının korunan bir ticari işaretini (marka, unvan, işletme adı, eser adı vb.) ihlal edebilir, bu durumda korunan işaretin sahibi ODTÜ nezdinde itiraz yoluna gidebilir marka bakımından MarkKHK 9. md veya MK'nun 25, 6102 Sayılı TTK'nun 54. maddelere göre doğrudan mahkemeye başvurabilir. Bu konudaki yetki ODTÜ'ye kanunla verilmediğinden itiraz yolunun tüketilmesi zorunlu değildir⁴⁰⁴.

II. MARKA VE TİCARET UNVANI ARASINDA ÖNCELİK İLİŞKİSİ

A. Önceden Elde Edilen Marka Hakkı Ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Ticaret Unvanının Hukuki Durumu

6102 Sayılı TTK'nun 52. Maddesi gereğince usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı sadece sahibine aittir. Tescillenmiş ticaret unvanına tecavüz edilmesi halinde hak sahibi TTK'nun 52. Maddesine dayanarak sahip olduğu ticaret unvanının korunmasını isteyebilir. Tacirlerin mal ve hizmetlerini ayırt etmeye yarayan marka da sahibine tekeli nitelik taşıyan haklar sağlar. Bu iki işaretin işlevleri farklı olup, aynı ayırt edici unsurdan oluşsa bile farklı kişilerce işlevlerine

⁴⁰² Tekinalp, s. 24.

⁴⁰³ Tekinalp, s. 128.

⁴⁰⁴ Karahan, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, s. 331.

uygun olarak kullanılabilmeleri mümkündür. Ancak bir hizmet markası ile bir ticaret unvanı farklı kişilere aitse ve bunlar aynı veya karıştırmaya neden olabilecek denli benzer ise, pazarlarda doğabilecek karışıklığın giderilmesinde başvurulacak hükümler ortaya konulmalıdır⁴⁰⁵. Önceden elde edilen marka hakkı, sahibine sonraki tarihli markayı olduğu gibi, ticaret unvanını da yasaklama, sildirme hakkını vermektedir⁴⁰⁶. Nitekim, sonraki unvan tescili sahibi unvanını usulüne uygun olarak kullandığında dahi marka ile karışıklığa yol açıyorsa, malların veya hizmetlerin marka sahibi işletme ile aynı kaynaktan geldiği intibasını yaratıyorsa marka sahibi mutlak haklarını ileri sürebilecektir⁴⁰⁷. Böylece kullanılan unvan marka gibi - markasal - etki doğurmuş ve markanın köken gösterme işlevi ihlal edilmiş, dahası tüketiciler malın kimliği konusunda yanıltılmış olur⁴⁰⁸. Öte yandan, marka tescili veya başvurusundan sonra üçüncü bir kişi tarafından bu markayla karıştırılma riski taşıyan bir ticaret unvanının tescil edilmesi halinde, marka sahibinin kural olarak bu unvanın terkin edilmesini talep yetkisi bulunmamaktadır.

Tescilli markanın sahibine sağladığı haklar MarkKHK'nın 9. maddesinde düzenlenmiş olup, aynı maddenin 2. fıkrasında ihlal sayılan kullanım biçimleri de sıralanmış ve tanımlanmıştır olmakla birlikte bu haller sınırlı sayılı değildir⁴⁰⁹. Markanın aynı veya benzeri olan işaretin aynı veya benzer mallar ve hizmetlerde kullanılmasını hukuken önleme yetkisi aynı zamanda MarkKHK'nın 61, 62 madde ile taklide, karıştırma riskine karşı haksız tescillerin terkin, tecavüz davaları ve tazminat davaları ile desteklenmiştir⁴¹⁰. Gelişmiş bir rekabet toplumunda ticari hayatta zaman büyük önem taşımaktadır. Her şeyin son hızla tüketildiği piyasa ortamında çoğu zaman davacının açtığı davayı kazanması bir anlam ifade etmemekte oluşan zararın giderilmesi imkanı bu süreçte imkansız hale gelmektedir⁴¹¹. Bu

⁴⁰⁵ Uzunallı Sevilay, **Markanın Korunmasının...**, s. 138.

⁴⁰⁶ Bununla birlikte, silinmesi istenebilecek olan ticaret unvanı sözcüğünün marka ile aynı veya benzer kılavuz sözcükten ibaret olduğunu belirtmek gereklidir. Şirketin faaliyetine ilişkin sözcükler ayırt edicilik taşımasa bile kayıtlı kalmayı sürdürür ve bilahare, unvan sahibi, sicilde gerekli düzenleme ve tescili sağlayabilir. Yargıtay 11. HD'nin istikrarlı kararları bu yöndedir; 11. HD, 11. HD, 11.10.2010, 2009/3933 - 2010/9955 sayılı “ÖZKAR” kararı; 11. HD, 08.11.2020, 2009/5004 -2010/11387 sayılı “Metropol” kararı.(Yayınlanmamış)

⁴⁰⁷ 11. H D, 09.06.2008, 2007/5896 E, 2008/7592 K.(Akip veri tabanı)

⁴⁰⁸ Tekinalp, s. 356.

⁴⁰⁹ Arkan, C. I, s. 124; Arkan, “Markasal Kullanma” **BATIDER**, 2000, C.XX, S. 3, s. 11.

⁴¹⁰ Karahan, s. 159.

⁴¹¹ Y. Nevhis Deren, “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**; C. 3, İstanbul – 2003, s. 199-207, s. 201

nedenle marka sahibi, MarkKHK 73. madde ve HUMK 101 vd. maddeleri uyarınca markasına tecavüzün önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını mahkemeden isteyebilir⁴¹².

Öncelik sahibi olan tescilsiz marka veya tescilli marka sahibi eğer sonraki tarihli unvan veya işletme adı gibi işaretlerin kullanım tarzı markasal nitelikteyse veya karıştırmaya, markadan haksız yararlanmaya neden oluyorsa koruma talep edebilecektir. Bu koruma terkin⁴¹³ davası ve zarar varsa tazminat davaları ile somutlaşacaktır. Tescilsiz marka sahibi TTK hükümlerinden yararlanabilecekken, tescilli marka sahibi MarkKHK'nın koruyucu hükümlerine dayanabilir⁴¹⁴.

Ticaret unvanında yer alan vurgu sözcük marka olarak kullanılabilirse de bu kullanım tescilsiz bir marka kullanımı olarak nitelenecek ve koşulları –işaret ve malların benzerliği- gerçekleştiğinde mevcut markalarla çakışması halinde marka sahiplerinin öncelik hakkı korunacaktır. Sonradan kaydedilen ticaret unvanı sözcükleri içinde başkasının markasının yer alması halinde öncelik sahibi olan marka sahibi, bu unvanın terkin edilmesini isteyebilir⁴¹⁵. Nitekim tescilli markasını kısaltmak suretiyle internet ortamında kullanan yanın tescilli hakkını kullandığı savunması uygun bulunmamaktadır. Yargıtay bu değerlendirmeyi yapan yerel mahkeme kararını onamıştır⁴¹⁶.

Yargıtay önceki tarihte tescillenen markanın sonraki tarihli ticaret unvanına göre üstünlüğünü kabul ederek bu yoldaki ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Bu olayda, davalının “Klassis” ibaresini davacının tescilli markasına rağmen marka gibi kullanıldığının sabit olduğu vakıasına dayalı olarak marka tecavüzünün men’i ve istenen tazminatın bir kısmı kabul görmüştür⁴¹⁷.

⁴¹² Arkan, C. II, s. 225.

⁴¹³ 11. Hukuk Dairesi, 2007/1029 E, 2008/8551 K. sayılı “HEY” kararında, önceki tarihli unvan tescil korunarak sonraki tarihli davalı unvanındaki “hey” ibaresinin terkinine dair karar onanmıştır. (Karar için bkz. Akip İçtihat programı)

⁴¹⁴ 11. Hukuk Dairesi, 26.06.2007, 2006/2323 E, 2007/9754 K. (Karar için bkz. Akip İçtihat programı)

⁴¹⁵ 11. Hukuk Dairesi, 09.06.2008, 2007/5896 E, 2008/7592 K. (Karar için bkz. Akip İçtihat programı)

⁴¹⁶ 11. Hukuk Dairesi, 05.04.2010, 2008/8488 E, 2010/3849 K. (yayınlanmamış)

⁴¹⁷ 11. HD, 17.02.2005, 2005/794-2005/1331 Sayılı karar düzeltme talebinin reddine dair kararı. (Akip Karar veri tabanı)

B. Önceden Tescil Edilen veya Kullanılan Ticaret Unvanı ve Aynı İşareti İçeren Markanın Hukuki Durumu

Bir işareti marka olarak tescil ettirmek isteyenlerin pek çok seçenek bulunduğu halde, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsayan, içeren bir işareti tescil konusu etmesi halinde ilgili hak sahibinin itirazı üzerine başvuruları reddedilir(MarkKHK 8/5 md). Bu hüküm gereği önceki unvan sahibi itiraz hakkını kullanabileceği gibi, marka tescillenmişse marka sahibi ticaret unvanı sahibinin bu unvanı kullanmasını engelleyemez ve unvanın terkinini isteyemez. Aksi halde TTK'nun ticaret unvanı sahibine sağladığı hukuki koruma, 556 sayılı MarkKHK ile engellenmiş olur⁴¹⁸. Bu bakımdan her iki ayırt edici işaret kendi alanlarında korunurlar. Bu korumanın sınırı ise dürüstlük kuralı ile çizilmektedir. Diğer deyimle, marka sahibi bu ticaret unvanının terkin edilmesini isteyemese de marka gibi kullanılmasını önleyebilecektir⁴¹⁹.Yargıtay 11. HD, 09.02.2004 tarihli kararında belirtildiği üzere, önceki tarihli ticaret unvan sahibi, karışıklığa yol açan markanın iptalini MarkKHK 42/1-b maddesi uyarınca talep edebilir. Bu karara konu olan çekişme, davacı şirketin unvan ve markasına davalı şirketten gerçekleşen tecavüzün önlenmesi, ibarenin davalı unvanından terkinini istemlerine ilişkindir⁴²⁰.

Öncelik ileri süren unvan sahibi kural olarak MarkKHK 8/5 maddede yazılı nisbi ret sebebine dayanarak TPE'ye itirazda bulunabilir. MarkKHK 8/5 maddeye göre daha genel bir ifade taşıyan MarkKHK 8/3 maddenin önceki unvan sahibi açısından olanak sağlayıp sağlamadığı tartışmalı bir konudur. Somut olayın özelliklerine göre kayıtlı unvan sahibi aynı zamanda unvan kılavuz sözcüğünü marka gibi kullanarak öne çıkarmış ve malları veya hizmetleri ile anılmasını sağlamış, belli bir ayırt edicilik kazandırmış olabilir. Bu takdirde tescilsiz bir marka hakkından söz edilecektir⁴²¹.

⁴¹⁸ 11. HD, 2003/6405-2004/1022 sayılı Yayınlanmamış kararı.

⁴¹⁹ Yasaman-Yüksel, C. 2, s. 1121.

⁴²⁰ Karar İçin Bkz: Uzunallı, **Markanın Korunması**..s. 139.

⁴²¹ 11. HD, 06.07.1998, 1998/359-1998/5121 sayılı "Barış" kararı, (*Karar için*; Yasaman, C. 1, s. 442.)

Paris Sözleşmesi'nin 8. maddesi "Bir ticaret unvanı, bir ticaret markasının bir kısmını oluştursun veya oluşturmazın, tüm Birlik ülkelerinde başvuru ve tescil zorunluluğu olmaksızın korunacaktır" düzenlemesini içermektedir. Elbette bu koruma için sözü edilen unvanın önceki tarihten gelmesi ilk koşuldur. Sözleşmenin bu hükmü MarkKHK 8/5 madde ile tam bir uyum içindedir. MarkKHK 8/5 madde ile tescilli ticaret unvanı sahibine, bu unvanın üçüncü kişiler tarafından markasal kullanıma konu edilmesini tesciline itiraz ederek engelleme hakkı tanınmıştır⁴²².

Ticaret unvanının tescilli markaya önceliği konusu tartışmalıdır. Gerçek veya tüzel kişi tacirleri birbirinden ayırt etmeye yarayan unvan ile mal ve hizmetleri ayırt etmeye yarayan markalar arasında, aslında bir karıştırmanın söz konusu olmaması beklenir. Marka Kararnamesi ticaret sırasında kullanılan işaretlerin sahiplerine, bu işaretlerin aynı veya benzerlerini tescil ettirmek isteyen kişilere karşı itiraz hakkı sağlamış, diğer deyimle nisbi ret sebebi olarak düzenlemiştir⁴²³. Bununla birlikte, ticaret alanında kullanılan işaretler zamanla belirsizleşen tarzda kullanılabilir. Ticaret unvanlarının marka gibi kullanıldığı sıklıkla görülmektedir. Yine müşterilerin gördükleri unvan işaretlerini marka olarak algılayabildikleri olaylar bulunmaktadır⁴²⁴.

HGK, önce kaydedilen ticaret unvanı kılavuz sözcüğünün başkası tarafından daha sonra unvan ve marka olarak kaydedilmesi ve kullanılması üzerine doğan uyuşmazlık hakkında yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur⁴²⁵. Karar şöyledir:

"..Taraflar arasındaki "markanın hükümsüzlüğü" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 1.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 18.3.2004 gün ve 2002/219-2004/129 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 5.5.2005 gün ve 6610-4677 sayılı ilamı ile, (...Davacı vekili, müvekkilinden yıllar sonra kurulan davalı şirket ticaret ünvanından "A....." vurgu sözcüğünün kullanılarak ticaret ünvanına

⁴²² Nitekim 11. HD, 2006/4208-2006/4099 sayı, 17.04.2006 tarihli kararında, davacının 1991'de tescil ettirdiği "ITD" ibareli ticaret unvanını 1998'de marka olarak da tescillediğini, davalının ise 2001'den beri bu ibareyi kullanarak davalı eyleminin davacı unvan ve markasına tecavüz olduğunu ve men'i gerektiğini tespit eden, davalı unvanından bu ibarenin terkinini öngören yerel mahkeme kararını onamıştır(Akip).

⁴²³ Tekinalp, s. 396;

⁴²⁴ 11. HD, 22.01.1985, 1984/5877-1985/64 sayılı "çavuşoğlu" kararı; 11. Hukuk Dairesi, 29.06.2007, 2006/2323 E, 2007/9754 K. sayılı "Ülker" -"Ülkem Tekstil San.ve Tic.Ltd.Şti" kararı.(AKİP veri tabanı)

⁴²⁵ Hukuk Genel Kurulu, 28.03.2007, 2007/11-184 E, 2007/166 K. (Akip)

tecavüz edildiği gibi 556 Sayılı KHK'nun 8/3.maddesine aykırı biçimde marka olarak ta tescil ettirildiğini ileri sürerek, davalı markalarının iptali ile sicil kaydının terkinini ve "A.-T... " ibaresinin davalının ticaret ünvanından çıkartılmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, bir yıllık dava açma süresinin geçirildiğini, ünvanlar arasında ayırt edici ekler bulunduğunu, davacının küçük kapasiteli bir şirket olduğunu; oysa müvekkilinin 1970 yılından beri tanınmış bir şirket olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlara ve kısmen benimsenen bilirkişi raporuna dayanılarak, ticaret ünvan tescili daha önceye dayalı olan davacının 9 yıl boyunca bu duruma ses çıkarmadığı, her iki tarafın "A....." ibareli ticaret ünvanlarını kullanma ve marka olarak tescile hak kazandıklarını, davalının bu hakkı kullanarak marka tescili yaptırması üzerine davacının artık öncelik hakkını yitirdiği ticaret ünvanına dayanılarak marka iptali istenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davacının daha önceye dayalı ticaret ünvanı tescilinden doğan üstün hakkı bulunsu da tarafların İstanbul'un aynı yakasında uzun yıllardan beri ayrı konuda faaliyet göstermesi ve iplik üreticiliğinin özel dinamizmiyle davalıdan haberdar olmamasının mümkün görülmemesi karşısında davalının ticaret ünvanı tescilinden 9 yıl sonra "A....." ibaresinin silinmesinin M.K'nun 2.maddesine aykırı bulunmasına nazaran davacının aşağıdaki bent dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Ancak, davalının tescil ettirdiği markanın bir sınai mülkiyet hakkı türü olan davacının üstün ve önceye dayalı hak sahibi bulunduğu ticaret ünvanına vurgu sözcüğü olan "A....." ibaresi taşımasının 556 Sayılı KHK'nin 8/5.maddesi hükmünce tescil ve ilan aşamasında bir nisbi ret nedeni oluşturduğu, bu aşamalardan sonra ise hak sahibinin dava yoluna başvurusu halinde aynı KHK'nin 42/1-6.maddesi uyarınca tescilli markasının hükümsüz kılınmasını gerektiren bir hal olduğu gözetilmeden davalı markasının sicil kaydının terkinini ve iptali isteminin reddi doğru görülmemiş, kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir...)gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır."

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nın 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 28.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi."

Tescilli de olsa ticaret unvanı başkalarının haklarına tecavüz oluşturur biçimde markasal biçimde kullanılamaz, bu durumda unvan sahibi tescilsiz marka kullanan konumunda olur ve o işaret üzerinde marka tesciline dayalı öncelik ve üstünlük sahibi olan rakiplerine karşı unvan tescilini geçerli bir savunma olarak ileri süremez. Markanın aynı veya benzeri bir sözcüğün, aynı veya benzer konularda faaliyet gösteren bir ticaret erbabınca unvan veya işletme adı olarak kullanılmasına haksız rekabet ve marka hükümleri uyarınca engel olunabilir, mevcut sonraki unvan ve işletme adı tescili terkin edilebilir⁴²⁶. Tescilli unvanın markasal biçimde kayıtlı olduğu emtiasının dışında kullanılması hukuken koruma görmeyecektir. Nitekim, bu varsayımın gerçekleştiği olayda, 11. HD, yerel mahkeme kararını onamıştır⁴²⁷.

Yine, bir ticaret unvanı iş evrakı ve belgelerde kullanılıyor olmasına rağmen, bir başkasının tescilli markası ile karışıklık yaratacak şekilde kullanılıyorsa diğer deyimle, tecilli markayı taşıyan mal ve hizmetlerin, o ticaret unvanını taşıyan işletmede de üretiliyor izlenimini verecek şekilde kullanılıyorsa tecavüz oluşturur. Özetle, bu kullanım, KHK'nın 12. maddesi anlamında dürüstçe kullanım olarak nitelendirilemiyor ise KHK anlamında marka hakkına tecavüzün varlığını kabul etmek gereklidir. MarkKHK 12. maddenin düzenlemesi, marka hakkının mutlak nitelikli korumasının sınırını çizmektedir⁴²⁸.

C. Yargıtay ve Adalet Divanı Kararları

Yargıtay 11. HD, ilk derece mahkemesinin önceki tarihli tescilsiz marka hakkının sonraki tarihli marka ve unvan sahibine karşı açtığı marka ve unvan terkin davasında, önceliği koruyan nitelikteki kararı onamıştır. Davacı “atlı araba” logosunu öteden beri kullanan 1893'te kurulmuş nakliyat firması sahibidir. Markanın bu faaliyet için kullanılarak haklı bir şöhrete ulaştığı kanıtlanmıştır. Bu firmada çalışan davalının sonradan anılan markayı kötü niyetle tescil ettirdiği, anlaşılmış ve hükümsüzlük kararı vermiştir. Davacı şirketin marka ve logonun yaratıcısının vasiyeti ile kurulduğu, kesintisiz olarak aynı logo ve marka ile hizmet verdiği, çalışanlarından olan A. Tuzcuoğlu'nun markayı kendi adına kayıt ettirdiği,

⁴²⁶ Yasaman, C. I, s. 422; Mineliler, s. 21.

⁴²⁷ 11. HD, 20.07.2010 Tarih 2009/106 Esas- 2010/8500 Karar. (Yayınlanmamış)

⁴²⁸ Yasaman, C. I, s. 521.

“Tuzcuoğlu Nakliyat” ibaresini de unvan olarak kayıt ettirdiği anlaşılmış ve davalının bu unvan ve marka üzerinde hak sahibi olmaması nedeniyle terkin kararı verilmiştir. Yargıtay hükmü onamıştır⁴²⁹.

Yargıtay 11. HD, MarkKHK’nın 8/3 maddesini uygularken, somut yargılamada önceye dayalı kullanımını ticari evraklarına, kataloglarına, katıldığı fuarlara, imzaladığı lisans sözleşmelerine ve oluşturduğu web sayfasına dayandıran davalı savunmasını yerinde görmüş, bu kullanımın TTK’nun 57/5 maddede belirtilen “haklı işaret” kavramına uyduğunu ve ayrıca maruf hale getirilmesinin şart olmadığına hükmeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Mahkeme, davalının davacıya ait marka tescillerinden önce gerçekleştirdiği iyi niyetli kullanımına sonuç bağlamış, davalının bu kullanımla hak elde ettiğini belirlemiştir. Bununla birlikte açıkça belirtilmese de davalı yanın önceye dayalı kullanımının marka gibi kullanım olduğu belirtilmiştir.

“Mahkemece, dosya kapsamına göre, davacının unvanının 21.08.2001 tarihinde, markasının ise 18.10.2001 tarihinde tescil olunduğu, davalının ise, faturalar ile Haziran 2001 tarihinden beri anılan ibareyi kullandığı, 02.07.2001 ve 20.03.2001 tarihli katalog ve dergilerde ilanlar verdiği, 15-16 Ekim 2002 tarihinde fuara katıldığı, 06.09.2001 tarihinden beri lisans sözleşmeleri imzaladığı, web sayfası oluşturduğu, “Okyanus” ibaresinin her iki yan için aynı olmakla iltibas gerçekleşmiş ise de, davalının kullanımının davacının unvan ve marka tescilinden önceye dayandığı, davacının tesciline rağmen davalının kullanım devam ettiği, 556 sayılı KHK’ nin 8/3 ncü maddesinin tescil ilkesinin istisnalarından birini oluşturduğu davacının tescili öncesinde, davalının kullanım ile hak elde ettiği, bunun yasal dayanağının TTK’ nun 57/5 nci maddesinde yazılı “başkasının haklı olarak kullandığı işaret” ibaresi olduğu, tescilsiz işaretin maruf hale getirilmesinin şart olmadığı, marka hukukuna uygun kullanımın yeterli olduğu, davalının kullandığı anılan ibarenin aynısını adına bu davadan önce tescil ettirdiği, davalının tescil sonrası kullanımının zaten hukuka uygun olduğu, davacının, davalının tescil öncesi kullamına karşı çıkmadığı, dava anına kadar beklediği, davalının kendisine karşı dava açılmayacağı yönünde güven edindiği, davalıdan kullanımına son verilmesinin istenemeyeceği, davacıyı emek ve masraf yapmadan davalının oluşturduğu ekonomik değerden yararlanması olanağına kavuşturmamak gerektiği, davacının, davalı kullanımına katlanmak zorunda olduğu, davalı kullanımının iltibas yaratmaya yönelik bir değişime yönelmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.”⁴³⁰

⁴²⁹ 11. HD, 08.03.2002, 2002/1646-2002/2069, sayılı “Tuzcuoğlu” kararı.(Yasaman, C. I, s. 198)

⁴³⁰ 11. HD, 21.05.2008, 2007/4967-2008/6576 (Akip Veri tabanı)

Yargıtay 11. HD, 20.01.2001 tarihli 9368/640 sayılı “Çapari” kararında önceye dayalı hak olarak “çapari” unvanının sahibine üstünlük vermiş ve sonradan bu ibarenin marka ve işletme adı olarak alınmasının MarkKHK 7/1-(b) maddeye aykırı olduğuna hükmetmiştir⁴³¹. Karar şöyledir:

“Davacılar vekili, müvekkillerinin ticari unvanında yer alan "Çapari" ibaresini, davalının kendi adına hizmet markası ve işletme adı olarak tescil ettirdiğini ileri sürerek, bu şekilde haksız rekabetin önlenmesini ve sicilden terkinini talep etmiştir.

Davalı ve karşı davacı vekili, davacıların açtığı aynı konudaki davanın reddedilip kesinleştiğini, marka ve unvanın farklı olup markayı ilk tescil ettirenin korunacağını savunarak, asıl davanın reddini, davacı (karşı davalıların) müvekkiline ait markaya ve işletme hakkına tecavüzün önlenmesini ve maddi, manevi tazminat verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, "Çapari" ibaresini 1985 yılından beri davacıların tescilli ticari unvanında kullandıkları, davalının daha sonra aynı alanda kullanılmak üzere tescil ettirdiği gerekçesiyle, asıl davanın kabulüne, karşı davanın ise reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı (karşı davacı) vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davacıların aynı hizmet alanında kullanılan ticari unvanı ile iltibasa neden olan davalı markasının tescilinin, davacıların üstün hak sahibi olmaları karşısında, 556 sayılı KHK.nin l/b. maddesi uyarınca mutlak ret ve yine aynı kararnamenin 8/b. ve 42 nci maddeleri uyarınca da nispi ret nedeni kapsamında bulunmasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir”. 11. Hukuk Dairesi, 2000/9368 E, 2001/640 K.

Yüksek mahkeme “Çapari” kararında, önceki tarihli unvan tescili sahibine sonraki marka tescil başvurusu sahibine karşı üstünlük tanırken mal ve hizmet benzerliğini de göz önünde tutmuştur. Davalının markayı aynı alanda kullanmak üzere tescil ettirdiğini belirterek unvan sahibinin önceliğini korumuştur.

Yine HGK da yukarıda verilmiş olan ve aynı uygulamayı doğrulayan mahiyette karar vermiştir: Önceki tarihli unvanda yer alan kılavuz sözcüğün sahibinin sınai mülkiyet hakkı altında olduğunu ve başkası tarafından marka olarak tesciline itiraz edebileceğini, MarkKHK 42/I-b madde uyarınca hükümsüzlük isteyebileceği sonucuna varılmıştır⁴³².

Yargıtay, ticaret unvanı kullanımlarının markayla çakışması halinde, tecavüzün belirlenmesi açısından markasal kullanım şartını aramaktadır. Tescilli bir markanın bir başkasının ticaret unvanında, yazışmalarında, iş evraklarında, sıradan

⁴³¹ Tekinalp, s. 378.

⁴³² Hukuk Genel Kurulu, 28.03.2007, 2007/11-184 E, 2007/166 K (Kazancı veri tabanı).

biçimde (unvan işlevi ile) kullanılmasını tecavüz olarak kabul etmemektedir. 11. HD, 03.03.2003 T. 9610 E- 1735 K. sayılı kararında, başkasına ait markanın içerdiği kelimenin, tescil edilmiş ticaret unvanı dahilinde kullanılmasının tek başına ve mücerret olarak markaya yönelik iltibas meydana getirmediğini ancak, bu unvanın tescilli bir marka gibi ürünler üzerinde kullanılması durumunda ise tecavüzün oluştuğunu belirtmektedir⁴³³.

Ancak Yargıtay 11. HD 24.04.2005 tarih 2004/12538 E 2005/9975 K. sayılı yayınlanmamış kararında “markasal kullanma” kavramını marka sahibi lehine genişleterek yorumlamıştır. Daire bu kararda;

“çekişme, davalının bu eyleminin, davacının marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığı noktasında toplanmıştır. Bilirkişi raporunda, davacı markasının doğrudan bir emtia üzerinde kullanılmadığı, davalının taklit markalı ürün satmadığı, fiyat listesindeki ürünler içerisinde davacı ürünlerinin seçenek olarak sunulmadığı, davalının sadece davacının yatak ürünü fotoğrafından yararlanmak istediği, asıl amacının fotoğraftaki davacı logosundan yararlanmak olmadığı, davacı markasının bir mal yada ambalaj üzerinde davalı tarafından kullanılmadığı, 556 sayılı KHK’nin 9/2-d bendinin ihlali için markanın doğrudan kullanımının gerektiği bildirilerek, aynı KHK’nin 61 nci madde hükmünün ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Oysa, aynı KHK’nin 5 nci maddesine göre davacının logosu, MEŞE kelimesi ile birlikte tescil edilmiş ve terkin edilinceye kadar da koruma altındadır. Bu logo, iş evrakı sayılması gereken toptan fiyat listesinde yer alan yatak fotoğrafında yer almaktadır ve 9/2-d bendi davalı tarafça açıkça ihlal edilmiştir. Markaya tecavüz hallerini sayan 61 nci madde, a bendi ile 9 ncu maddenin ihlalinin de tecavüz hallerinden biri olarak saymıştır. Davalı ürünlerinin, davacının markalı ürün kalitesinde olduğu izlenimi verilmek, davacının yarattığı güven ve kaliteden, reklamdan yararlanmak istendiğinin kabulü gerekir. Gerçekten de doktrinde de konu tartışılmış ve şu sonuca varılmıştır. Markanın aynı veya benzeri olan işaretin, sadece mal veya ambalajı üzerinde marka olarak konulması değil, iş evrakı ve reklamlarda kullanılması da marka hakkına tecavüz sayılmalıdır. Bu anlamda iş evrakı, mektup, posta kartı, katalog, fiyat listeleri, mönü gibi yazılı kağıtlardır. Marka sahibinin aynı KHK’nin 9/2-d maddesi uyarınca, böyle bir kullanmanın önlenmesini isteme hakkı vardır. 89/104 sayılı Yönerge’nin 5.3. maddesi de bu yönde hüküm içermektedir...”

belirtilerek markasal kullanmayı arayan görüşünü geliştirmiş ve marka sahipleri lehine yorumlamıştır⁴³⁴.

Yargıtay 11. HD, ticaret unvanı kullanımının -aslında net olmayan - bir sınırı aşan şekildeki kullanımlarını markasal olarak nitelemektedir. Diğer deyimle, unvanının amacına ve işlevine uygun kullanılmaması, tescil edildiği sözcüklerin

⁴³³ Gönen Eriş; **Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**, C.1, Ankara 2004, s. 1071

⁴³⁴ Banu Aliye Kocasoy, Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini, **DEÜ Kamu Hukuku AB Hukuku Yüksek Lisans Tezi**, 2006, s. 23.

bütünlüğüne sadık kalınmaması ve belli bir bölümünün öne çıkarılması halleri böyle nitelenmektedir. Nitekim, 11. HD, 05.04.2010, 2008/8488-2010/3849 sayılı “TACAR” kararında davalının ticaret unvanını “TACAR LTD” olarak kısaltarak kartvizitinde, fuarlarda açtığı standında ve dergilerdeki reklamlarında kullanmasının markasal olduğunu belirtmiştir. Bu tarz kullanımlar kendi başına hukuka aykırı değilse de somut olayda davacının tescilli bir markasının esas sözcük unsuru “Tacar” ibaresi olduğundan ve markanın emtiasının davalı yanın faaliyeti ve ürünleri ile aynı olması gerçeğinden ötürü markaya tecavüz bulunduğu sonucuna varılmıştır. 11. HD, bu kararında, unvanın yasal olmayan kullanımını şöyle tanımlamıştır;

“Her ne kadar mahkemece davalının ticaret unvanı kullanımının yasal olduğu, davacı markasına tecavüz olmadığı sonucuna varılmışsa da davalı unvanı tescil ettirdiği şekilde unvan olarak kullanmamış, kullanımlarında davacının tescilli markası ön plana çıkartılmış ve vurgulanmış olduğundan, davalının unvanını tescil ettirdiği şekilde kullanmadığının ve davacının markasından yararlanmak amacıyla markasal olarak kullanma arzusunda olduğunun kabulü gerekir. Hükme esas alınmayan bilirkişi raporunda açıklandığı üzere, 556 sayılı KHK’nın 9ncu maddesini davalı ihlal etmiş olup, 61/a bendinde yer alan marka tecavüz hali gerçekleşmiştir. “NAVİGA” dergisinde de “TACAR” ibaresi ön plana çıkartılarak ve büyük harflerle yazılmak suretiyle davacının marka hakkına tecavüz edilmiştir. Unvanını kısaltarak kullanan davalının amacının davacı markasından yararlanmak olmadığı, dergide amacın ürünlerin teknik özellikleri ve bunların firmalarını tanıtmak, markayı öne çıkartmak olmadığı söylenemez....”

11. HD, 20.07.2010 tarih 2009/106- 2010/8500 sayılı “LİBAS” kararında; davalının sicilde kayıtlı olan unvan kılavuz sözcüğünü kullanmasını değerlendirmiştir. Bu olayda davalının “Libas Bebe” ibaresini 18, 24 ve 25 nci sınıflarda tescil ettirerek kullanırken karşı tarafın 35. sınıfta kayıtlı “LİBAS” markası çakışmasından doğan tecavüzlü kullanımın engellenmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Davalı esas unsuru aynı olan markayı kullanmaktadır ve 35. sınıfta tescili bulunmadığı için davacının öncelik hakkından ve tescilden doğan haklarına tecavüz etmektedir. Karar şöyledir;

“Davacı vekili, “Libas” ibaresinin 1974 yılından beri kesintisiz ve fiilen müvekkili şirket tarafından “Libas Mağazaları”nda kullanıldığını, bu ibarenin 16.01.1997 tarihinden itibaren de müvekkili adına 35 nci sınıfta marka olarak tescil ettirilmiş olduğunu, davalının ise “Libas Bebe” ibaresini 18,24 ve 25 nci sınıflarda tescil ettirmiş olup, sözkonusu markanın kullanım hakkının anılan sınıflardaki bebek iç ve dış giyim ürünlerinin imalatı ile sınırlı bulunduğunu, ancak davalının müvekkili adına tescilli bulunan “Libas” markasını mağazalarında ve e-ticaret yaptığı sanal mağazasında haksız olarak kullandığını, davalının mağazacılık faaliyetlerinde müvekkili şirkete ait markayı

kullanmasının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek asıl davada, davalının “Libas Bebe” markasını müvekkili şirkete ait “Libas” markası ile iltibas oluşturacak şekilde kullanması eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiğinin tespitine ve men’ine, müvekkili şirket markasına tecavüzün giderilmesine, davalının müvekkiline ait markayı iltibas yaratacak şekilde kullanımının haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti ile men’ine ve dava dilekçesindeki diğer istemlerin kabulüne karar verilmesini talep ve dava etmiş, birleşen davada ise “Libas” ibaresinin 1969 yılından beri tescilli şekilde işletme adı, ticaret unvanı, ayırıcı unsur olarak müvekkili şirket ve ortakları tarafından mağazacılık faaliyetlerinde kullanılmakta olduğunu, davalının “Mustafa Özdoğan-Libas Bebe Giyim” olarak tadil ve tescil ettirdiği ticaret unvanının müvekkili yönünden markaya tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek, davalının unvanında yer alan “Libas” ibaresini kullanmasının müvekkili şirketin tescil edilmiş marka hakkına tecavüz teşkil ettiğinin tespiti ile tecavüzün giderilmesine, müvekkili şirketin markası ve unvanı ile karıştırıldığından söz konusu unvandan “Libas” ibaresinin terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkiline ait markanın ve ticaret unvanının 1983 yılından beri tescilli olduğunu, davacının iddialarının hukuki dayanaktan yoksun bulunduğunu savunarak, asıl ve birleşen davaların reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, asıl davanın kısmen kabulü ile davalının kendi tescilli markasının ayırt edici unsuru olan “Libas” ibaresini tescili bulunmayan 35 nci sınıfta baskın biçimde, öne çıkarmak suretiyle yaptığı markasal kullanımın markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespitine, tecavüzün önlenmesine, giderilmesine, buna bağlı istemlerin kabulüne, birleşen davada ise davalının ticaret unvanında kendi adının ayırt edici unsur olarak yer aldığı, bu nedenle karışıklık ve marka hakkına tecavüz oluşmayacağından ticaret unvanının terkinine ile haksız rekabet ve markaya tecavüze yönelik istemlerin reddine karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmaması ile davalının tescilli ticaret unvanını TTK’nun 41 nci maddesi uyarınca tescil ettirdiği hali ile bir bütün olarak ticari işletmesinde kullanmadığının anlaşılmasına göre asıl davaya yönelik temyiz itirazları ile davalının 1983 yılından beri tescilli bulunan ticaret unvanında “Libas” ibaresinin yer alması nedeniyle birleşen davaya yönelik temyiz itirazları yerinde görülmediğinden taraf vekillerinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.”

Bu olayda, davalı hem tescilli markaya hem de tescilli unvan kaydına dayanmışsa da Yüksek Mahkeme haklı olarak kullanımın unvan işlevini incelemiş ve tescil edildiği bütünlüğe uyup uymadığına bakmıştır. Yine ilk derece ihtisas mahkemesinin kararında değindiği ‘markasal’ kullanmayı tecavüz değerlendirmesinde esas tutmuştur. Davacının öncelik hakkı eski tarihli işletme adı ve unvan kullanımı ile ardından tescil ettirdiği 35. Sınıf hizmet markasından kaynaklanmaktadır. Davalı ise aynı esas unsura “bebe” ibaresi ekleyerek 18, 24 ve 25 sınıflar için ticaret markası almıştır. Bir an için davalının bu markalı giyim vb.

mallarını temin ettikten sonra satışa sunmasının, yani mağazacılığa konu etmesinin doğal hakkı olduğu akla gelse de davalının somut olayda sadece kendi markalı mallarını değil çeşitli başka marka malları da bir araya getirerek sattığı kanıtlandığından faaliyetinin 35. sınıf olarak nitelenmesi gerekmiştir.

III. MARKA VE İŞLETME ADI ARASINDAKİ ÖNCELİK İLİŞKİSİ

A. Önceden Elde Edilen Marka Hakkı ve Aynı İşareti İçeren Sonraki İşletme Adının Hukuki Durumu

Marka tescili sahibine tekelleştirici haklar sağladığından başkalarının aynı veya benzer işareti aynı veya benzer alanda işletme adı olarak kullanmasını da önleme hakkını verir. Bu ilkenin dayanağı MarkKHK 8/5 ve korumanın kapsamı hakkındaki 9. maddede yer almaktadır. Bu maddede belirtilen “sınai mülkiyet hakkı” unvan, işletme adı, patent ve tasarım hakkı gibi hakları kapsamaktadır⁴³⁵. Sahibinden ayrı olarak, sadece işletmeyi tanıtan işletme adı kullanıldığı takdirde ticaret siciline kaydı gereklidir. Kayıtsız kullanılan işaret ise tescilsiz işaret kullanmanın sonuçlarını doğuracaktır.

Önceden elde edilen markanın sahibi sonraki tarihlerde kullanılmaya başlanan işletme adının kullanımını men edebilir ve sicilden silinmesini isteyebilir. MarkKHK 9. Madde hükmü ile tescilli marka sahibine markanın aynı veya benzerinin, aynı veya benzer sınıflarda kullanımını engelleme hakkı temin edilmiştir⁴³⁶. Tescilsiz marka sahibi ise öncelik hakkını ancak TTK’nun haksız rekabet konusundaki hükümlerine göre arayabilecek, daha önce marufiyet sağladığını, işareti marka haline getirdiğini göstererek itiraz hakkını MarkKHK 8/3 madde uyarınca ileri sürebilecektir⁴³⁷.

İşletme adının kullanıldığı işletmenin faaliyet gösterdiği ticari veya sınai alan, markanın tescil edildiği emtia ile aynı veya benzer olduğunda, iki tarafın mal veya hizmetlerinin karıştırılması olasılığı ve koşulları varsa haksız yararlanma oluşturan

⁴³⁵ Arkan, C.I, s. 110; Tekinalp, s. 399

⁴³⁶ Tekinalp, s. 401.

⁴³⁷ Yasaman, C. I, s. 405; Tekinalp, s. 399.

eylemler ortaya çıkar. Nitekim markanın kullanılması hakkı münhasıran sahibine aittir⁴³⁸.

11. HD, “Alsancak oto+şekil” markası ve bu sözcükle başlayan ticaret unvanı sahibinin açmış olduğu markaya tecavüzün önlenmesi davasında davalı tarafın “Alsancak oto cam” şeklindeki işletme adı kullanımını markasal kabul etmiştir. Davalıların fatura, kartvizit ve işyeri duvarlarında tabelada “Alsancak oto cam” işletme adını kullandıklarını ve marka sahibinin faaliyeti ile davalıların faaliyetlerinin benzer bulunduğu işaret etmiştir⁴³⁹.

B. Önceden Tescil Edilen veya Kullanılan İşletme Adı ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Markanın Hukuki Durumu

Önceden tescil edilen ve kullanılan işletme adı sahibine bir öncelik hakkı sağlamaktadır. 6102 sayılı TTK’nun 53. İşletme adını tanımlamıştır. İşletme adı hakkında uygulanacak hükümler bakımından tekrardan kaçınılarak unvan konusundaki 38, 45, 47, 50, 51 ve 52. maddeye atıf yapılmıştır. Bu nedenle ortak hükümlerden 45. madde gereğince kayıtlı işletme adı ülke çapında korunmaktadır. Diğer deyimle, üçüncü kişiler daha önce tescil edilmiş işletme adından ayırt edilecek ekler yapmak zorundadır⁴⁴⁰.

MarkKHK’nın 8/5 madde nisbi ret sebepleri arasında önceki tarihli sınai mülkiyet hakkı sahiplerinden bahsetmiş olup, işletme adı da bunlardan biridir⁴⁴¹. İşletme adını kaydettirerek kullanan kişi ticarete kullandığı bir işaret üzerinde hak elde etmektedir, nitekim işletme adının işletmeyi tanıtım için kullanılması bu sırada sahibine verdiği hizmet ve ticari faaliyet konusunda bir itibar sağlamaktadır. Müşteri çevresinin bildiği işletme adının daha sonraki bir tarihte başkaları tarafından markla olarak tesciline girişilmesi halinde işletme adı sahibi nisbi ret sebebine dayanarak itirazda bulunabilir ve süresinde harekete geçmek kaydıyla dava açabilir.⁴⁴² Böylece, işletme adını daha önce kullanmaya başlayan ve kayıt ettiren kişinin haksız rekabete dayalı olarak elde ettiği hakka üstünlük sağlanmış olmaktadır. 6102 Sayılı TTK’nun

⁴³⁸ Yasaman, C. I, s. 489.

⁴³⁹ 11. HD, 14.02.2011, 2009/8565-2011/1649 .(Yayınlanmamış)

⁴⁴⁰ 6102 Sayılı TTK 45-53. Md.

⁴⁴¹ Tekinalp, s. 399. Yasaman, C. I, S. 405.

⁴⁴² Arkan, C.I, s. 110.

53. maddesi, unvan sahibinin haklarının korunması konusundaki 52. maddeye atıf yapmakta ve işletme adının da unvan gibi korunacağını öngörmektedir. Bu hüküm haksız tescil edilen işaretin, silinmesini, tecavüzlü durumun giderilmesini, maddi sonuçların ortadan kaldırılmasını, kusur var ise ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat istenmesini düzenlemektedir⁴⁴³.

Kural olarak işletme adını kaydettirerek kullanan tarafın ticari faaliyeti ile sonraki benzer markanın bu markayı tescil ettirmek üzere başvurduğu veya tescillediği mal ve hizmetin de karıştırmaya neden olabilecek benzerlikte olması gereklidir.

Aynı hüküm 89/104 sayılı AB yönergesinin 4/4-(c) bendinde de yer almaktadır. Yönerge tescilsiz markalardan ayrı olarak önceye dayalı hak konusu bir işaretin kullanımını yasaklama hakkını vermektedir. Bu hükümde, kişi isimleri, kişisel portreler, telif hakları ve sınai mülkiyet hakları önceye dayalı haklar olarak nitelenmiştir⁴⁴⁴.

Yerel Mahkemece, MarkKHK 8/5 maddenin uygulanması konulu bir çekişmede aynı işaret için daha önce marka başvurusu yapmış olan davacıya karşı davalının önceki tarihli tescilsiz hakkı üstün tutulmuştur. Mahkeme gerekçeli kararında,

“Buna göre, davalı şirketin, markayı tescilsiz biçimde uzun yıllar kullandıktan sonra, 17.02.2003’te tescil başvurusu yapıp, zaten oluşturmuş, yaratmış olduğu markayı, kendi adına anılan sınıflarda tescillediği anlaşılmaktadır. Davacı tarafın, kendisinden önce yine aynı sınıf için aynı işaret ile tescil başvurusu yapmış olması, davalının önceye dayalı kullanımını ortadan kaldıramayacaktır. Bu bakımdan, MarkKHK’nin 7/1 – b, 8/1 – a madde hükümleri, davacıya hak sağlamamaktadır. Çünkü, MarkKHK’nin 8/5 fıkrasında, “tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine, tescil başvurusu reddedilir” belirtilmekte olup, bu hükümde yer verilen sınai mülkiyet hakkı, patent, faydalı model, tasarım, unvan, işletme adı, alan adı ve özellikle marka olabilir. Nitekim, davacının tescil için başvurduğu ibare, davalı Nil İnşaat’ın tescilsiz markası olarak, 1995 yılından beri geçici konaklama ve otel hizmetleri alanında mevcuttur. 1989’dan beri de lokantacılık hizmetleri için mevcuttur. Bu bakımdan, davalı marka sahibinin, tescil başvurusu yapmakta gecikse bile, zaten marka sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, davacı Simtan Turizm San. Tic. A.Ş.’nin tescilsiz davalı markasından haberdar olması beklenmeyebilir. Bu durumdan, yani davalı tescilsiz markasının varlığından haberdar olmaksızın kendi başvurusunu yapabileceği açıkça bellidir.

⁴⁴³ 6102 Sayılı TTK 52. md.

⁴⁴⁴ Triton, s. 236; 89/104 Sayılı AB Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Yönergesi, 4/4-c maddesi.

*Sunulan ve incelenen kanıtlar, davalı savunmalarını doğrulamıştır. Markanın hükümsüzlüğünü gerektiren bir sebep bulunmamaktadır. Ancak, davacının da başvurudaki önceliği ve tescil kararı verilene kadarki bölümdeki ayırt edicilik kazandırma olguları dikkate alınarak, markayı tescil ettirebileceği, dolayısıyla her iki markanın birlikte var olabileceği anlaşılmaktadır. Yapılan yargılama sonunda, aşağıdaki biçimde hüküm kurulmuştur...*⁴⁴⁵

Gerekçesine yer verilmiş ve iki markanın birlikte var olmasının önü açılmıştır. 11. HD, aşağıdaki kararı ile hükmü onamış olup, davacının karar düzeltme istemi de ret edilmiştir:

“Davacı vekili, müvekkili şirketin 14.06.2002 tarihinde ‘‘PAPILLON ve şekil’’den ibaret markanın 43. sınıfta yer alan ‘‘Geçici konaklama hizmetleri’’ alanında tescili amacıyla yaptığı başvurunun davalının itirazı sonucu reddine karar verildiğini, TPE’nin red kararının iptali için açılan davanın halen derdest olduğunu, davalının ise 28.03.2003 tarihinde ‘‘PAPILLON ve Şekil’’den ibaret markanın 43. sınıfı da kapsayacak şekilde yaptığı marka başvurusunun tesciline karar verildiğini, oysaki davalı tarafa ait markanın müvekkiline ait marka başvurusunun varlığı, müvekkilinin önceki kullanıma dayalı üstün ve gerçek hak sahipliği ile davalı başvurusunun kötü niyetli olması nedenleriyle hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerektiğini ileri sürerek, davalı şirket adına kötü niyetli olarak tescil edilmiş markanın hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının yaptığı marka tescil başvurusunun müvekkili şirket tarafından 556 sayılı KHK’nin 7/2 ve 8/3 maddelerine dayalı olarak itirazda bulunulması üzerine TPE tarafından reddine karar verildiğini, davaya konu markanın önceki kullanıma dayalı üstün ve gerçek hak sahibinin müvekkili olduğunu, müvekkilinin sözkonusu markayı 1989 yılından bu yana restoran hizmetleri için, 1994 yılından bu yana da hem restoran hem de geçici konaklama hizmetleri için kullandığını, markayı uzun yıllardır kullanan müvekkilinin kötü niyetinden bahsedilemeyeceğini, müvekkilinin davacı taraftan çok önce ticari faaliyetleri sırasında ‘‘PAPILLON’’ markasını tescilsiz olarak kullandığını, bu nedenle 556 sayılı KHK’nin 8/3. maddesi uyarınca önceki kullanımı nedeniyle üstün ve gerçek hak sahibi olduğunu, davacının iddialarının yerinde olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalı şirketin markayı tescilsiz biçimde uzun yıllar kullandıktan sonra 17.02.2003’te tescil başvurusu yapıp, zaten oluşturmuş, yaratmış olduğu markayı kendi adına tescillediği, davacı tarafın kendisinden önce yine aynı sınıf için aynı işaret ile tescil başvurusu yapmış olmasının davalının önceye dayalı kullanımını ortadan kaldıramayacağı, bu bakımdan 556 sayılı KHK’nin 7/1-b ve 8/1-a maddeleri hükümlerinin davacıya hak sağlamadığı, anılan KHK’nin 8/5. maddesinde tescil için başvurusu yapılmış markanın başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamı halinde hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusunun reddedileceğinin düzenlendiği, davacının tescil için başvurduğu ibarenin davalının tescilsiz markası olarak 1995 yılından

⁴⁴⁵ İzmir FSHM 2007/57-2009/113, 30.09.2009 tarihli kararı, Yargıtay 11. HD’nin 2009/15031-2011/17122, 15.12.2011 kararı ile onamış ve karar düzeltme istemi de 2012/3205-2012/5997 sayılı 13.04.1012 tarihli kararı ile ret edilmiştir(Yayınlanmamış).

beri geçici konaklama ve otel hizmetleri alanında mevcut olup, 1989'dan beri de lokantacılık hizmetlerinde kullanıldığı, bu bakımdan davalı marka sahibinin tescil başvurusu yapmakta gecikse bile zaten marka sahibi olduğu, sunulan ve incelenen kanıtların davalı savunmalarını doğruladığı, markanın hükümsüzlüğünü gerektiren bir sebebin bulunmadığı gerekçesiyle sabit olmayan 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. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA..."

C. Yargıtay ve Adalet Divanı Kararları

Yargıtay 11. HD'nin "Çırağan" kararı işletme adı önceliği konusunda başlıca emsal nitelikli karardır. Bu karar, Hazine'den Çırağan Sarayı için 49 yıllığına irtifak hakkı elde eden ve böylece bu arazide sarayı restore eden, boş arsaya otel inşa ederek "Çırağan Hotel Kempinski" adıyla işleten, işletme adı işaret üzerinde de öncelik hakkına sahip olan davacının sonraki tarihli aynı ibareli marka tescilinin hükümsüzlüğü konusundadır. Karar şöyledir:

"Davacı vekili, müvekkiline 1984 yılından itibaren kullanılan ve sonradan tescil ettirilen "Çırağan" markasının davalılarca haksız biçimde hizmet markası olarak kullanıldığını ileri sürerek, davalıların anılan markaya yönelik tecavüzlerinin tesbiti ile önlenmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlar, davalılardan İbrahim Özcan vekili, davacının markasının 556 sayılı KHK. coğrafi bölge ismi olarak mutlaka red sebepleri içinde yer aldığını ileri sürerek, davacı markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, sunulan kanıtlara ve emsal dosya kapsamına göre, davacının "Çırağan Bigudileri" markasında yer alan "Çırağan" sözcüğünün davalılara ait hizmet ve faaliyetlerde kullanılmakla birlikte cins isim türünden olan bu sözcüğe ayırt edici ekler bulunmasından dolayı iltibastan söz edilemeyeceği, karşı davanın da yerinde olmadığı gerekçesiyle her iki davanın da reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve bilgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve dava konusu "Çırağan" çekirdek sözcüğünün davalılardan Çırağan Sarayı ve İşletmeleri Geliştirme İnş. ve Turz.A.Ş nin unvanını taşıyan otel kompleksinin bulunduğu yerdeki saraydan gelmiş olmasına, 1910 yılında yanan saray kalıntısı ve arsa için Maliye Hazinesi tarafından davalı şirket lehine (49) yıl süreyle irtifak hakkı kurularak sonrasında bu davalının saray kalıntısını restore edip yanındaki arsaya da otel inşa edecek tamamını "Çırağan Palace Hotel" adı altında işletmekte bulunmasına, irtifak hakkı ile birlikte "Çırağan" adının da davalı şirkette

kullanılmak üzere devredildiğinin ve bu şekilde bu sözcük üzerinde bu davalının davadan önce marka hakkı doğduğunun kabulünün gerekmesine. Çırağan adının sözlük anlamından zamanla sıyrılıp bağımsızlaşarak anılan sarayla özdeşleşip sarayı çağrıştırmasına ve davalı şirketin açtığı Şahintaş A.Ş. ye ait markanın iptali davasının reddi kararının Dairemizce davanın kabulü gerektiği gerekçesiyle bozulmuş olmasına göre. adı geçen davalı şirkete yönelik temyiz itirazlarının reddiyle kararın bu davalı bakımından onanması gerekmiştir.

2- Davacı vekilinin diğer davalılara yönelik temyizine gelince. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK ile tescil ilkesine öncelik verilerek, istisnalar dışında tescilli markanın terkin edilmedikçe üstün ve korunmaya değer hak sağladığı öngörülmüştür. Davacının ilk olarak 3.9.1987 tarihinde tescil ettirdiği ve 1997 yılında yenilettiği "Çırağan" markasının, anılan marka üzerinde önceye dayalı üstün sahibi" olunduğu iddiası ile diğer davalılarca iptal ettirilmeden kullanılması tescilli markaya tecavüz oluşturduğundan, bu davalılar yönünden davanın kabulü gerekirken. "Çırağan" sözcüğünün davacı adına tescilli marka olduğu gözden kaçırılarak cins isim olması nedeniyle herkesçe kullanılabileceği biçimindeki gerekçeyle yazılı olduğu gibi karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir. Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin davalılardan Çırağan A.Ş'ye yönelik temyiz itirazlarının reddiyle kararın bu davalı bakımından onanmasına, 2. bentte açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile diğer davalılara yönelik kararın davacı yararına bozulmasına karar verildi"⁴⁴⁶

Avrupa Adalet Divanı, Marka Direktifi'nin 5/1/a hükmü kapsamında bir işaretin markasal kullanımı konusunda verdiği Opel⁴⁴⁷ ve BMW⁴⁴⁸ kararlarında, bu tür bir kullanımdan söz edebilmek için reklamda işaretin ayırt edicilik vasfının kullanılması ve reklamda kullanılan marka ile reklamı yapılan ürün arasında reklamın yöneldiği müşteri çevresi tarafından bir bağ kurulması gerekliliğini ortaya koymuştur. Avrupa Adalet Divanı'nın bu değerlendirmesinde markasal kullanım için işaretin ayırt edicilik özelliğinden yararlanmanın kilit rol oynadığı esas net bir şekilde ortaya konmuştur⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ 11. Hukuk Dairesi, 24.10.2004, t. 2000/5319 E, 2000/8174 K.(Akip)

⁴⁴⁷ Avrupa Adalet Divanı C-48/05 sayılı, 25.01.2007 tarihli "Adam Opel AG/Autec AG" kararı.(TBB Dergisi Eylül 2008, s: 78.)

⁴⁴⁸ Avrupa Adalet Divanı C-63/97 sayılı, 23.02.1999 tarihli "BMW/Karel Deenik" kararı.(TBB Dergisi Eylül 2008, s: 78).

⁴⁴⁹ Akin, s. 211.

IV. MARKA VE COĞRAFI İŞARET ARASINDA ÖNCELİK İLİŞKİSİ

A. Önceden Elde Edilen Marka Hakkı ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Coğrafi İşaretin Hukuki Durumu

Önceki tarihli marka tescilinin korunabilmesi, bu anlamda coğrafi işaret karşısındaki durumu tescilin iyi niyetli olup olmamasına veya kullanımın bu nitelikte olup olmamasına bağlıdır. Bu çeşit çekişmede, markanın uzun zamandır kullanılıp kullanılmadığı, diğer deyimle itibar ve tanınmışlık kazanıp kazanmadığı ele alınacaktır.

Konuyla ilgili olarak TRIPS'te düzenleme bulunmaktadır. Sözleşme'nin 22/3. maddesinde, “Herhangi bir Üye, mevzuatı izin verdiği takdirde veya ilgili tarafın talebi üzerine bu üyenin ülkesinde bu mallara ait bir markanın bu coğrafi işaretle birlikte kullanılması kamuyu, malların gerçek menşei konusunda yanıltacak nitelikte ise, menşei, belirtilen ülke olmayan mallar için, bir coğrafi işaret içeren veya bu coğrafi işareten ibaret olan bir markanın tescilini resmen reddedecek veya geçersiz kılacaktır.” hükmü yer almaktadır. Buna göre marka, ürün veya hizmetin kökeni konusunda halkı yanıltmamak kaydıyla geçerli kalabilecektir.

Coğrafi yer adlarının marka olarak tescili için 556 sayılı KHK'nin 7. maddesinin I. fıkrasının (c) ve (f) bentlerinde tescil engeli getirilmiştir. Ancak bu tescil engeli somut mal ve hizmetler için öngörülmüştür. Buna göre, coğrafi yer adı marka tesciline konu malın veya hizmetin coğrafi kaynağını göstermemelidir (MarkKHK 7/c bendi) ve tescile konu malın veya hizmetin kaynağı konusunda halkı yanıltmamalıdır (MarkKHK 7/f bendi). Bu engel MarkKHK'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası gereğince kullanım sonucu ayırt edicilik kazanma ile (c) bendi kapsamındaki durum açısından aşılabılır. Bu hüküm çerçevesinde, coğrafi yer adının ferdi marka olarak tesciline izin verilmiş olduğu sonucuna varılacaktır. Bu sonuç toplumun menfaati için kabul edilen coğrafi işaret koruması ile çelişmez. Ayırt edicilik kazanmanın anlamı artık, hitap edilen çevrenin önemli kısmının coğrafi adı, bir işletmenin mallarını ve hizmetlerini ayırt eden işaret olarak görmesidir⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ Gündoğdu Gökmen, **Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması**, İstanbul 2006, s. 150, 151.

Coğrafi işaret olma niteliğine sahip (555 sayılı CoğİşKHK m. 3) bir yer adının marka olarak kullanımı ve tescili ise 555 sayılı CoğİşKHK'nin 18. maddesinde yer alan şartlar çerçevesinde mümkündür. Buna göre 555 sayılı KHK'nin 3. maddesi anlamında bir coğrafi işaret var ise, ancak bu işaret koruma altında değilse ve bu işareti marka olarak iyi niyetli kullanım hakkı kazanılmış ise veya iyi niyetle başvuru ve tescil var ise, bu işaret üzerinde marka hakkı kazanılacaktır (CoğİşKHK m. 18/V). Dolayısıyla Yargıtay'ın görüşü nedeniyle belirtilen sakıncanın ortaya çıkması için, erken davranan başvuru sahibinin iyi niyetli olması gerekir. İyi niyetli ise KHK yapıcı da zaten buna izin vermiştir. İyi niyetli değilse marka başvurusu tescil edilmemeli⁴⁵¹, tescil edilmişse hükümsüzlüğüne karar vermelidir.

B. Önceden Tescil Edilen veya Kullanılan Coğrafi İşaret ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Markanın Hukuki Durumu

Coğrafi işaret tescillerinin korunması hakkındaki uluslararası düzenleme Paris Sözleşmesi'nin 1. Mükerrer 10. Maddesi olup, Üye devletlerin coğrafi işaretleri haksız rekabete karşı etkili biçimde korumaları yükümlülüğünü içermektedir. Sözleşme, 10. maddede yasaklanması gereken haksız rekabet oluşturuucu kullanım hallerini liste halinde düzenlemiştir. Haksız rekabet koruması ülkeden ülkeye farklılık gösterse de ürünlerin coğrafi kökenleri bakımından halkı yanıltıcı nitelikteki kullanımların haksız rekabet oluşturduğu genel kabul görmektedir⁴⁵². Belirtilen coğrafyadan kaynaklanmayan ürünlerde bu yönde bir kullanım tüketicileri yanıltacağı gibi, coğrafi işareti kullanma hakkına sahip olanlar açısından itibar zararına da neden olabilecektir.

İlk kez Fransa'da 1919'da ortaya konduğu için "Fransız sistemi" olarak adlandırılan sistemde, coğrafi işaretler kendileri için öngörülen belli nitelik ve koşullara bağlı olarak tescillenmek suretiyle koruma altına alınırlar. İdari süreç sonunda tescillenen coğrafi işaretlerin kullanım koşulları, denetimi, coğrafi bölgenin tanımı, ürünün açık adı, hammaddeleri, üretim şekli ve işaretin ürünlerde kullanım şekilleri konusu önceden tanımlanmaktadır. Ülkemiz bu sisteme göre korumayı benimsemiştir. Korumanın başlangıcı ve kapsamı CoğİşKHK 15, 24 ve 25.

⁴⁵¹ Gündoğdu, s. 153

⁴⁵² [http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=2307\(12.10.2011\)](http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=2307(12.10.2011))

maddelerde yer almaktadır. Coğrafi işaret için başvuru ve kullanma hakkı sahipleri, üçüncü kişilerin tecavüz, iltibas ve haksız yararlanma oluşturan kullanmalarına karşı hukuk davası açmaya hak sahibidirler⁴⁵³.

CoğİşKHK uyarınca koruma aşağıda sıralanan eylemler karşı sağlanmaktadır;

- Tescilli işaretin ününden yararlanmaya yönelik kullanımlar,
- Tescil kapsamındaki ürünleri andıran veya çağrıştıran ürünlerle ilgili olarak ticari amaçlı kullanımlara karşı,
- Korunan adın tercümesinin kullanımına karşı,
- Tescilli adın başka terimlerle birlikte kullanımına karşı,
- Ürünün nitelik ve menşei konusunda yanlış ve yanıltıcı beyanlara karşı,
- Gerçek coğrafi yeri ifade eden fakat haksız biçimde ürünün başka yer kaynaklı olduğu izlenimini veren kullanımlara karşı.

Önceki coğrafi işaret tescili ile sonraki marka tescili arasındaki çekişmenin çözümünde, Marka Hukuku'nda yerleşik olan "öncelik" ilkesinden yararlanılabilir. Dolayısıyla önce tescil edilen ve ayırt edicilik kazanan işarete üstünlük verilecektir⁴⁵⁴. Yine, bu çekişmelerin çözümünde haksız rekabet hükümlerine başvurulabilecektir; coğrafi işareten oluşan veya onu içeren bir markanın kullanımı, eğer ürünlerin kökeni konusunda halkı yanıltabilecek nitelikteyse haksız rekabet olarak değerlendirilecektir⁴⁵⁵.

Coğrafi adın antik nitelikli olması halinde kuşkusuz marka olarak seçilmesi kullanılması mümkün olacaktır. Bu tür adların güncel ve bilinen coğrafi adlara göre marka olabilme özellikleri daha güçlüdür. Nitekim aşağıdaki Yargıtay karar bu yönde önemli bir örnek oluşturmaktadır.

"Davacı vekili, asıl ve birleşen davalarda müvekkilinin (20) yılı aşkın bir süredir işlettiği Halikarnas Disko ve Otelin tüm dünyada tanınmış hale geldiğini, ayrıca "Halikarnas" esas unsurlu tescilli markalarının olduğunu, davalıların maliki ve işletmecisi bulunduğu Bodrum'daki "Halikarnas Resort" isimli tatil köyünün ticaret unvanına ve markaya tecavüz oluşturduğunu ileri sürerek, haksız rekabet, ticaret unvanı ve marka hakkına tecavüz eylemlerinin tespiti ile davalıların anılan ibareyi kullanmalarının önlenmesini, tanıtım gereçlerinin toplatılarak imhasını ve hüküm özetinin ilanını talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, "Halikarnas" ibaresinin Bodrum yöresinin antik adı olduğundan kimsenin tekeline verilemeyeceğini, müvekkillerinin işletme adının

⁴⁵³ Gündoğdu, s. 120.

⁴⁵⁴ WIPO, (SCT 5/3) s. 16.

⁴⁵⁵ WIPO, (SCT 5/3) s. 16.

asıl unsurunun World Of Wonders olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalılardan Metehan İnşaat A.Ş. vekili, "Halikarnas" ibaresinin coğrafi alan adı olması nedeniyle kimsenin tekeline verilemeyeceğini ileri sürerek, davacı-birleşen davada davalı adına tescilli 99/5982 sayılı markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir.

Asıl davanın davacısı birleşen davanın davalısı vekili, birleşen davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, Dairemize ait 06.03.2008 tarihli ilama dayanılarak, davacı Metehan İnşaat A.Ş. tarafından açılan birleşen dava takipsiz bırakıldığından davanın açılmamış sayılmasına, davacı Süleyman Demir tarafından açılan asıl ve birleşen davaların kabulü ile davalıların eylemlerinin markaya ve ticaret unvanına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespitine, davalıların anılan ibareyi kullanmasının önlenmesine, tanıtım malzemelerindeki bu ibarenin silinmesine, broşür ve tanıtım evrakının toplatılmasına, el konulmasına ve imhasına, hüküm özetinin ilanına karar verilmiştir.

Kararı, birleşen davada davacı asıl davada davalılar vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, birleşen davada davacı asıl davada davalılar vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, birleşen davada davacı asıl davada davalılar vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 21,20 TL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 25.01.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi⁴⁵⁶.

C. Yargıtay ve Adalet Divanı Kararları

Yargıtay, kararlarında coğrafi yer adını içeren markaların tesciline cevaz vermektedir. Bununla birlikte, işaretin malın üretildiği yeri gösterip göstermediği veya halkı aldatıp aldatmadığı konusu üzerinde durmamaktadır. Tek başına kullanıldığı üründen bağımsız olarak zaten ünlü bir yer adının kullanılması coğrafi işaretlerle karışıklığa yer vermez. Bir coğrafi yer adının ürün veya hizmet adıyla birlikte yer alması halinde ise, bu kullanım markayı coğrafi işaretlere yaklaştırır. Buna rağmen Yargıtay 11. HD, 26.11.2009, 5790-9590⁴⁵⁷ sayılı *Pendik* kararında markanın kullanılacağı ürünle birlikte tescilin mümkün olduğunu, bu şekilde coğrafi işaretlerle karıştırma riskinin de önleneceğini içtihat etmiştir. Buna karşılık, ürün

⁴⁵⁶ 11. HD, 25.01.2011, 2009/2588- 2011/732(Yayınlanmamış).

⁴⁵⁷ İctihat metni yukarıda 40. sayfada yer alıyor.

veya hizmeti ifade eden sözcükler ayırt edici değildir ve bölge veya şehir adına eklendiklerinde karıştırmayı önleyici işlev görmezler⁴⁵⁸.

Oysa Yüksek Daire'nin coğrafi yer adlarının marka olarak tesciline onay verirken MarkKHK 7/(c) ve (f) bendine gönderme yaparak bu madde koşullarının ayrımını yapması gerekirdi. Anılan karara konu olayda nişasta vb. ürünleri bakımından “*Pendik*” yer adının meşhur bir yer adı olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Ürünün coğrafyaya balı bir şöhretinin söz konusu olduğu durumlarda işaretin marka olarak alınması kabul göremez. Ancak ürün ve yer arasında böylesine güçlü bir bağ bulunmadığı durumlarda farklı bir sonuca varılacaktır⁴⁵⁹.

Coğrafi işaretle çakışan marka konusunda, 110/2008 Sayılı AB Tüzüğü'nün⁴⁶⁰ 16 ve 23. maddelerinin yorumuna ilişkin olarak Adalet Divanı, Finlandiya Mahkemesinin başvurusu üzerine konuyu ele almıştır. Dava, işaretin tanımlayıcı, tasvir edici kullanımı, etiketleme ve alkollü içeceklerle dair coğrafi işaret koruması ve 1596/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nü kaldıran 110/2008 sayılı, 15.01.2008 tarihli Konsey ve Avrupa Parlamentosu Tüzüğü ve 89/104 Sayılı Üye Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılmasına dair 21.12.1988 Tarihli ilk Konsey Yönergesi'ni ilgilendirmektedir.

Divan bu kararda, alkollü içecekler için tanınan coğrafi işaret korumasının, 110/2008 sayılı Tüzüğün 16. Maddesinde düzenlenen kapsamını hatırlatarak 23. maddede yer alan coğrafi işaret ve marka ilişkisini değerlendirmiştir. Buna göre tescili içinde coğrafi işaret içeren bir marka tescili red edilir veya kullanılması herhangi bir şekilde coğrafi işaretin korumasına dair 16. maddeyi ihlal edici olduğunda hükümsüz kılınır. Topluluk hukuku uyarınca, Tüzüğün 16. maddesinin uygulanmasını gerektiren bir marka kullanımına, başvurusu veya tescili iyi niyetliyse ve ilgili yasalarca sağlanmış bir olanak olduğunda, hem coğrafi işaretin koruma tarihinden önce kaynak ülkede hem de 01.01.1996'dan önce coğrafi işareti göz ardı etmeksizin kullanılmasına devam edilebilir. Tüzüğün ek-3 bölümünde “*cognac*”

⁴⁵⁸ Uzunallı, s. 145, Gündoğdu, s. 155.

⁴⁵⁹ Uğur Yalçın ve Erdoğan Karaahmet, **Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamalar**, TPE 1999, s. 22.

⁴⁶⁰ Regulation (EC) No 110/2008 of The European Parliament and of The Council of 15 January 2008, on the Definition, Description, Presentation, Labelling and The protection of Geographical Indications of, Spirit Drinks and Repealing Council Regulation (EEC) No 1576/89, <http://eur-lex.europa.eu/Lex>

ibaresi bir coğrafi işaret olarak şaraplarla aynı kategoride listelenmiş ve Fransa kaynak ülke olarak belirtilmiştir. Öte yandan 89/104 Sayılı Yönergenin 3/1(g) 2/(a) maddelerine göre malın veya hizmetin doğası, kalitesi ve coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltıcı nitelik taşıyan işaretlerin marka olarak tescili red edilir veya tescillenmişlerse geçersiz kılınırlar; kullanımları da yasaklanabilir. Divan 110/2008 sayılı Tüzüğün 23 ve 16. maddelerini şöyle yorumlamıştır: Ulusal yetkili kurumlar 110/2008 sayılı tüzüğün 23/1 maddesi gereğince, coğrafi işareti içeren marka başvurularının tescilini, 23/2 maddede yazılı geçici çekince kapsamında kalmayan ve 16. maddeyi ihlal edici olduklarında red etmeli veya mevcut tescilleri hükümsüz kılmalıdır. Divan “*cognac*” ibaresini içeren 31.01.2003’de tescillenmiş davaya konu iki Fin markasının 23. maddede yer alan coğrafi işaret koruması tarihinden önceki tarihte kaynak ülkede izin verilen kullanımından- 01.01.1996’dan önce- doğan marka hakkının çekinceden yararlanamayacağını öngörmüştür. Divan “*cognac*” teriminin veya çevirisinin Fransız Hukuku’na göre yararlandığı korumadan bağımsız olarak 15.06.1989’dan beri AB Hukuku uyarınca da coğrafi işaret olarak tanındığı ve korunduğunu belirtmiştir. Divana göre bu terimi içeren marka kullanımı, coğrafi işaret alamayacak mallar için doğrudan doğruya korunan coğrafi işaretin ticari kullanımı niteliğindedir. Tüketicilerin zihninde, coğrafi işaretle çakışan, alkollü içki şişeleri üzerinde kullanılan bu iki Finlandiya markası ile karşılaştıklarında, korunan kaynak işaretli ürünler ilişkin imajın tetikleneceği belirtilmiştir. Mahkeme yukarıdaki hallerde, böyle bir çağrışım yaratılmasının da Tüzük önünde yasak olduğunu ve Fin yetkililerinin dava konusu markaların geçersizliğine karar vermesi gerektiğini açıklamıştır.

V. MARKA VE İNTERNET ALAN ADI ARASINDA ÖNCELİK İLİŞKİSİ

A. Önceden Elde Edilen Marka Hakkı ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Alan Adı İşaretinin Hukuki Durumu

Alan adlarının, marka ve ticaret unvanı gibi ayırt edici ad ve işaretlere benzerliğindeki uyumsuzluk, alan adına sahip olan kişinin, başka bir kişinin haklı olarak kullandığı veya adına tescil ettirdiği marka veya ticaret unvanını internet adresi olarak almasından doğmaktadır. Çünkü böyle bir durumda, markanın veya diğer tanıtıcı ad ve işaretin sahibi, kendi marka veya ismini alan adı olarak kullanamamaktadır. Zira, internet sisteminin bloke edici etkisi nedeniyle bir alan adının birden fazla kişi tarafından kullanılması olanaksızdır. Sadece, marka veya isimle aynı alan adının kullanılması değil, karışmaya mahal verecek yani iltibas yaratacak nitelikte olan alan adının kullanılması da uyumsuzluk konusu edilmiştir. Çünkü, burada da, alan adındaki bir harf değişikliğinin bile, alan adının bloke edici etkisini ortadan kaldırması sonucu marka veya ismini alan adı olarak kullanan marka veya isim sahibinin, marka veya ismiyle iltibas yaratan durumların ortaya çıkmasına sebep olacaktır⁴⁶¹. Marka ile alan adı arasında doğabilecek çekişmelerin incelenmesinde, markayı alan adı olarak kullanan kimsenin markanın tescil edildiği veya haklı olarak kullanıldığı mal ve hizmet grubunda çalışıp çalışmadığı önemli bir noktadır; web sitesinde, bu grup mal ve hizmetlere yer vermesi halinde bir haksız kullanma başlamaktadır. Zira girişimciler, alan adı alırken, kendi alanında belirli bir müşteri kitlesine ulaşmış olan bir markayı alan adı olarak seçebilmekte ve bu markanın tanınmışlığından faydalanarak kendi mal ve hizmetlerini daha geniş kitlelere duyurabilmektedirler. Bu durumda, markanın aynen ve aynı ticari-sınai dalda faaliyet gösteren bir girişimci tarafından kullanılması halinde 556 sayılı KHK hükümlerine göre koruma sağlanabilecektir⁴⁶².

⁴⁶¹ Zeynep Şarlak, İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka Üzerindeki Etkisi, **A.Ü. SBE Yüksek Lisans Tezi**, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr>

⁴⁶² Memiş, “Alan İsmi İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm (04.01.2006)

Tescilli markanın aynı veya benzerinin, bir başka kişi tarafından internet adresi (domain name) olarak kullanılmaya başlanması hali de MarkKHK 12. maddede öngörülen hukuka uygun⁴⁶³ kullanma modellerini karşılamadığından öncelik hakkı kapsamında MarkKHK'nun 5833 Sayılı K. ile değişik 9/2-(e) maddesi uyarınca engellenebilecek niteliktedir. Bu eylem marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır. Diğer deyimle marka sahibinin sonraki alan adı sahibine karşı korunması gereken öncelik hakkı bulunmaktadır⁴⁶⁴. Nitekim, MarkKHK'nın 5833 Sayılı Yasa ile değiştirilmesinden önce dahi doktrinde haklı olarak bir markanın aynısının veya benzerinin alan adı olarak kullanılmasının, her ne kadar 359. maddede sayılmamış olsa da aynı madde uyarınca önlenilebileceği kabul edilmekteydi⁴⁶⁵.

Farklı mal ve hizmetler için tescil edilmiş markanın bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılması halinde ise, kural olarak bir koruma mümkün olmayacaktır. Marka hukukunda, tescil edilmiş olan bir markanın, farklı iş kolunda faaliyet gösteren bir kimse tarafından alan adı olarak alınması halinde, kural olarak bir koruma mümkün değildir. Çünkü marka hukuku hükümlerine göre, benzer emtia sistemi hükümleri dolayısıyla farklı emtia için tescilli markanın aynı veya benzeri kullanılabilir. Ancak, KHK'nin 9/1c maddesinde düzenlenen “tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve hizmetlerle benzer olmayan mal ve hizmetlerde kullanılması” halinde, tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edilmesi veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verici nitelikte herhangi bir işaretin kullanılması söz konusu ise tescilli markaya koruma sağlanacaktır.

Marka sahibi hak sahipliğine ilişkin belgeler ve sair kanıtları ile yetkili kurullara başvurarak alan adının iptalini ve kendisine tahsisini sağlayabilir.

Marka hakkı sahibi; internet ortamında işaretin aynı veya benzerinin ticari bir etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzer biçimde kullanılmasını yasaklayabilir⁴⁶⁶. Sadece, marka veya isimle aynı alan adının kullanılması değil, karışmaya mahal verecek yani iltibas yaratacak nitelikte olan alan

⁴⁶³ Örneğin, tescilli “Çıkrıkçı” markasının sahibi, bu sözcüğü aynı adı taşıyan sokakta bulunan işletmesinin adresini belirtmek amacıyla ve bu kapsamda kullanılmasını engelleyemez.

⁴⁶⁴ Arkan, “Markasal Kullanma..BATİDER, 2000, C. XX, s. 3, s. 13.

⁴⁶⁵ Hakan Karan ve Mehmet Kılıç, **Markaların Korunması** 556 Sayılı KHK Şerhi Ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 261

⁴⁶⁶ Arkan, **Ticari İşletme**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanun'una Göre **BATİDER**, 15. Bası, Ankara 2011, s. 288

adının kullanılması da uyumsuzluk konusu edilmiştir. Çünkü burada da, alan adındaki bir harf değişikliğinin bile, alan adının bloke edici etkisini ortadan kaldırması sonucu marka veya ismini alan adı olarak kullanan marka veya isim sahibinin, marka veya ismiyle iltibas yaratan durumların ortaya çıkmasına sebep olacaktır⁴⁶⁷. Alan adları ile markalar arasındaki uyumsuzluklara markalar hakkındaki hukuksal düzenlemelerin uygulanması mümkündür. Ancak, bazı mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere, alan adları ile marka hukuku arasında bir paralellik olduğu kabul edilmekteyse de, marka hukukunda yer alan bazı genel kavramların serbest bırakılması yani, herkesin kullanımına açık bulundurulması lüzumunun alan adı sistemi ile uyummadığı da kabul edilmektedir⁴⁶⁸. Ancak, markaların alan adı çatışmalarında değişik ihtimalleri incelemekte fayda vardır. Burada, öncelikle alan adının yapısından kaynaklanan özelliklerden dolayı marka ve alan adı arasında hangi durumlarda benzerlik bulunduğu incelenmelidir. Örneğin, “Migros” sözcüğünün marka olarak tescil ettirildiğini ve markanın sahibi dışında bir başka kişinin de “www.migros.com” alan adını tescil ettirdiğini ve kullandığını varsayalım. Burada öncelikle belirlenmesi gereken nokta, “Migros” markası ile “www.migros.com” alan adı arasında benzerlik veya ayniyet ararken, alan adının TLD olarak adlandırılan basamağı olan “Migros” sözcüğü mü dikkate alınacaktır, yoksa alan adı “.com” veya “.com.tr” gibi jenerik üst düzey alan adı veya ülke kodlu üst düzey alan adı ile bir bütün olarak mı ele alınacaktır? Bu konuda farklı görüşler bulunmakla birlikte, çoğunluk, alan adında esas ve ayırt edici unsurun ikincil düzey alan adı⁴⁶⁹ olarak da ifade edilen “Migros” sözcüğü olduğunu kabul etmektedir. Jenerik üst düzey alan adı ve ülke kodlu üst düzey alan adının ayırt edici işlevi bulunmamaktadır. Çünkü, bu üst düzey alan adlarının, alan adında zorunlu olarak bulunması gerekir ve her alan adında aynıya da farklı olarak bulunur. Bu sebeptendir ki, üst düzey alan adları, marka ile alan adı arasındaki ayniyet ya da benzerliğin tespitinde değerlendirme konusu yapılmamaktadır⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Bu değerlendirme için MarkKHK’nın 7/1-B, 8/1, 9. maddelerinden yararlanmak mümkün ve gereklidir.

⁴⁶⁸ Şarlak, “İnternet Alan ...”, s. 31: Frankfurt Temyiz Mahkemesi’nin 13.2.1997 tarihli kararının ayrıntısı için bkz; www.online-recht.de/OLGFrankfurt970213.htm.(05.03.21012)

⁴⁶⁹ Second Top Level Domain Name

⁴⁷⁰ İsmail Kırca, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması, **Prof.Dr.Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul 2002, s. 528 vd

Marka olarak tescil edilen ya da kullanılan sözcüğün, alan adı olarak kullanılmasının marka hakkını ihlal ettiğini, iltibas tehlikesi yarattığını kesin olarak kabul etmek gerekir. Çünkü, burada, marka ile aynı olan alan adının markanın hukuken hak sahibi olarak tanıdığı kimseden başka bir kimse tarafından kullanılması hali vardır ki, marka sahibi, bloke edici etki sebebiyle aynı alan adını aynı TLD ile kullanamamaktadır. Ancak, bu noktada, belirlenmesi gereken önemli bir husus da, markayı alan adı olarak kullanan kişinin, bu alan adını ticari amaç için kullanıp kullanmadığının tespiti. Eğer, kişi, hiçbir ticari kaygı gütmekten sırf şahsi amaçlarla alan adını kullanıyorsa, alan adının kullanılması bu halde yasaklanamaz. Aksi halde, marka hakkı sahibine marka ve haksız rekabet hukukunun getirdiği korumanın üstünde bir koruma sağlanmış olur⁴⁷¹.

B. Önceden Alınan İnternet Alan Adı ve Aynı İşareti İçeren Sonraki Markanın Hukuki Durumu

Tescil edilmeyen bir markanın alan adı olarak seçilmesi halinde haksız rekabet hükümlerine göre koruma istenmesi mümkündür. Tescilsiz marka TTK'nun 57/5 maddede ifade edilen “Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtaları kullanmak veya iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmiyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmamak” kapsamında değerlendirilmektedir. Tescilsiz olarak bir işareti kullanan kişi sonradan başkalarının aynı veya benzer işareti alan adı olarak kullanmasına genel hükümlere dayalı olarak karşı çıkabilecektir.

Alan adları ile markalar arasında vücut bulan sorunların kaynağında “marka tescil sistemi” ile “alan adı tescil sistemi” arasında bir bağlantının ve paralelliğin olmamasıdır. Marka tescili, genel olarak coğrafi alan bazında bir kamu kurumu

⁴⁷¹ Fahri Murat Arıkan, Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması, **İBD**(2000), Cilt 74, sayı 7-8-9, s.786

tarafından yürütülmekte iken, alan adlarının dağıtımı herhangi bir fonksiyonel sınırlama olmaksızın kamu kurumu dışında bir kurum tarafından yürütülmektedir. Tescil sistemindeki bu uyumsuzluk, markaların hakkı olmayan üçüncü kişiler tarafından haksız kullanılabilmesi fırsatını (*cybersquatting*)⁴⁷² ortaya çıkarmıştır⁴⁷³. Bu noktada, adrese haksız surette sahip olan kişinin başka bir kişi adına tescilli olan bir markayı internet adresi olarak alması gündeme gelmektedir.

Henüz tescili yapılmamış bir işaretin alan adı olarak seçilip kullanılması halinde ise alan adının sahibince sonradan MarkKHK’da yer alan koşullara uymak kaydıyla işareti marka olarak ta tescillemesi mümkündür. Bununla birlikte, aynı alan adının başkası tarafından marka olarak tescil ettirilmesi halinde, alan adının daha önce sahibi tarafından markasal kullanımına dayalı olarak marka tesciline karşı çıkma ve tescil gerçekleşmiş ise hükümsüzlük davası açabilme hakkı TTK’nun 55 ve MarkKHK 8/3-5 maddeleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

İnternet ortamında ün kazanmış pek çok özgün alan adı vardır ve hukuki niteliği itibariyle ayırt edici ad ve işaret olarak tespit edilen alan adlarının, başkaları tarafından iltibasa meydan verecek şekilde marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi tanıtmaya vasıtası olarak kullanılması da iltibas teşkil eder. Bu durumda, eski TTK’nun m.57/5 ve 6102 Sayılı TTK’nun 55/1-4. bent hükümleri uyarınca alan adlarının haksız rekabet hükümlerine göre korunması söz konusu olur⁴⁷⁴.

C. Yargıtay ve Adalet Divanı Kararları

Yargıtay 11. HD, önceki tarihten beri kayıtlı unvan ve marka sahibinin kendisinden sonra aynı ibareyi alan adı olarak kullanan davalıya karşı açtığı davada, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın temyiz incelemesinde, davalının eyleminin özelliklerini irdeleyerek sonuca ulaşmıştır. Somut olayda, davalı yan davacının unvan kılavuz sözcüğü ve marka sözcüğünü internet adresi olarak almak suretiyle

⁴⁷² Domain Grabbing veya Cybersquatting, domain tescilinde bulunan kişinin, başkasına ait marka, isim, ticaret unvanı, işletme adı ve vb., ilerde gerçek hak sahibine çok yüklü bir meblağ karşılığında satmak amacıyla, internet alan adı olarak kendi adına tescilini yaptırmasıdır

⁴⁷³ Tekin Memiş, “İnternet Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması Ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, **AÜHFD**, C.IV, s.1-2, Ankara 2000, s. 468

⁴⁷⁴ Füsun Nomer, “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Hayri DOMANIÇ’e Armağan**, İstanbul 2001, s. 407.

ticari faaliyette bulunmuştur. Davacı vekili, müvekkilinin tescilli “Erkoç Mühendislik–Erol Koç” şeklindeki ticaret unvanının ve “Şekil+Erkoç” ibareli markaların sahibi olduğunu, davalı tarafından “internet ortamında www.erkocmuh.İnfo ve www.erkocmuhendsilik.com adresleri kullanılarak iki ayrı web sitesi kurulduğunu, açılışında ise doğrudan davalının tanıtımına ve faaliyetlerine yer verildiğini, böylelikle teknolojik ortamda haksız rekabet ve markaya tecavüz yaratılarak tüketicinin yanıltılmasına yol açıldığını ileri sürerek, haksız rekabetin ve tecavüzün önlenmesi ile müdahalenin men’ine ve 10.000-YTL. manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin çeşitli bölgelerde bayilikleri bulunduğunu, davacının bahsettiği “Erkoç Mühendislik” in müvekkili şirketin İzmir bayisi olduğunu, bayilik sözleşmelerinde satıcıların satımını yapmış oldukları “Forend” marka paratoner vs. ürünün tanıtımını yapma ödevlerinin bulunduğunu, davacının iddia ettiği adresleri, bayilik sözleşmesinde kendi reklamı ile Forend şirketinin yazılı ve görsel tanıtım hakkına sahip olan dava dışı Erkoç Elektrik San. Tic. A.Ş. tarafından alınıp kullanıldığını, bu kullanımının sözleşmeye ve ticaret unvanlarına uygun olarak müvekkili web adresi ile link oluşturacak şekilde olduğunu, kaldı ki davacının ne müvekkiline ne de web sitesini kullanan ana bayiye bir uyarısının bulunmadığını, olayın ve davanın muhatabının müvekkili olmadığını, manevi tazminat istemi koşullarının oluşmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporu doğrultusunda, davanın kabulüne, davalının davacının tescilli ticaret unvanı ve markaları ile iltibas yaratacak biçimde www.erkocmuh.İnfo ve www.erkocmuhendsilik.com ibareli alan adları altında web sayfaları oluşturma ve ticari faaliyette bulunma eylemlerinin haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz yarattığından, bu şekilde yarattığı haksız rekabetinin ve marka hakkına tecavüzünün durdurulmasına ve men’ine, 10.000-YTL. manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir⁴⁷⁵.

Onama kararı yeterince ayrıntı içermemekle birlikte, karşılaştırmanın Marka Hukuku ilkelerine göre işaret ve mal-hizmet bazında yapıldığı anlaşılmaktadır. Davalı, “forend” ibareli başka bir markayı taşıyan ürünlerin satış ve tanıtımının sitede yapıldığını, ana bayinin sorumlu olduğunu ileri sürmüştü de savunmalar yerinde görülmemiştir. Davalı bayilik ilişkisi ile kontrol ettiği dava dışı şirketin

⁴⁷⁵ 11. HD, 07.07.2008 Tarih, 2007/7270 E–2008/9135 K. (Akip veri tabanı).

faaliyeti ile ticaretini sürdürdüğünden eylemlerdeki haksız rekabet sorumluluğu kabul edilmiştir.

Yukarıda incelenmiş olan karar şöyledir:

“ Davacı vekili, müvekkilinin tescilli “Erkoç Mühendislik–Erol Koç” şeklindeki ticaret unvanının ve “Şekil+Erkoç” ibareli markaların sahibi olduğunu, davalı tarafından “internet ortamında www.erkocmuh.İnfo ve www.erkocmuhendsilik.com adresleri kullanılarak iki ayrı web sitesi kurulduğunu, açılışında ise doğrudan davalının tanıtımına ve faaliyetlerine yer verildiğini, böylelikle teknolojik ortamda haksız rekabet ve markaya tecavüz yaratılarak tüketicinin yanıltılmasına yol açıldığını ileri sürerek, haksız rekabetin ve tecavüzün önlenmesi ile müdahalenin men’ine ve 10.000-YTL. manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin çeşitli bölgelerde bayilikleri bulunduğunu, davacının bahsettiği “Erkoç Mühendislik” in müvekkili şirketin İzmir bayisi olduğunu, bayilik sözleşmelerinde satıcıların satımını yapmış oldukları Forend marka paratonerlerin vs.nin tanıtımını yapma ödevlerinin bulunduğunu, davacının iddia ettiği adresleri, bayilik sözleşmesinde kendi reklamı ile Forend şirketinin yazılı ve görsel tanıtım hakkına sahip olan dava dışı Erkoç Elektrik San. Tic. A.Ş. tarafından alınıp kullanıldığını, bu kullanımının sözleşmeye ve ticaret unvanlarına uygun olarak müvekkili web adresi ile link oluşturacak şekilde olduğunu, kaldı ki davacının ne müvekkiline ne de web sitesini kullanan ana bayiye bir uyarısının bulunmadığını, olayın ve davanın muhatabının müvekkili olmadığını, manevi tazminat istemi koşullarının oluşmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporu doğrultusunda, davanın kabulüne, davalının davacının tescilli ticaret unvanı ve markaları ile iltibas yaratacak biçimde www.erkocmuh.İnfo ve www.erkocmuhendsilik.com ibareli alan adları altında web sayfaları oluşturma ve ticari faaliyette bulunma eylemlerinin haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz yarattığından, bu şekilde yarattığı haksız rekabetinin ve marka hakkına tecavüzünün durdurulmasına ve men’ine, 10.000-YTL. manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, aşağıda yazılı bakiye 391.90 YTL. temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına karar verildi”.

SONUÇ

Uygulama sorunlarının kolayca tespiti ve çözümü bakımından, aynı işaretin marka, işletme adı veya unvan olarak tescilli kullanımları ve tescilsiz işaret kullanımlarının ayırt edilmesi konusunda geçerli olacak ilkelerin Yargıtay içtihatları ve ihtisas mahkeme kararları ile netleştirilmesi yararlı olacak ve ülkemize ‘özgü’ Marka Hukuku yaratılmasının önü açılmış olacaktır. Gerçekten de bağlı olduğumuz uluslararası sözleşmelerin öngördüğü evrensel ilkeleri takip ederek iç hukuk sorunlarının çözümündeki analiz yöntem ve kurallarının öngörülebilir, yerleşik, anlaşılabilir ve ulaşılabilir olması, gerek rekabet edenler ve gerekse adalet hizmeti verenler, diğer deyimle kamu açısından arzulanan bir gelişmedir.

Bir tescilli markanın, tescil sahibinden başka biri tarafından ticarete tescilden önce kullanılması ve bu kullanımın belli koşulları taşıması; işareti kendi mal ve hizmetleri bakımından ayırt edici kılması öncelik hakkının MarkKHK 8/III madde kapsamında değerlendirilmesini sağlayabilecektir. Böyle bir kullanım olmamasına karşın işaretin aynısının veya benzerinin kayıtlı ve kullanılan bir unvan veya işletme adı olması halinde ise bunların MarkKHK 8/V madde kapsamındaki sınai mülkiyet haklarından olduğu kabul görebilecek ve öncelik istemi değerlendirilecektir. Sınai mülkiyet hakları, ticaret unvanı ve işletme adı yanında, yenilikçiliği teşvik amacı ile düzenlenmiş olan patent, faydalı model, tasarım hakları ile entegre devre hakları ve yeni bitki çeşitleri üzerindeki ıslahçı hakları olarak kabul görmektedir.

Bir diğer sorun da tescil edilmiş bir markanın hükümsüz kılınması halinde, aynı zamanda karşı yanın markasının ihlali söz konusu olduğunda, marka sahibinin yolsuz da olsa bu tescile dayalı olarak yaptığı kullanımının haksız rekabet oluşturup oluşturmayacağıdır. Diğer deyimle yolsuz tescilin öncelik hakkı sağlayıp sağlamayacağı konusu tartışmalıdır. Yerleşik uygulamamızda, marka sahibi gerçek hak sahibi olmadığı halde marka tescilinden doğan üstünlük ve öncelik haklarını kullanabilmektedir⁴⁷⁶. Açılabilir haksız rekabet davaları dinlenmemektedir⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Tekin Memiş, “Türk Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 2009, s. 417.

⁴⁷⁷ 11. HD, 05.02.2002, 2001/9120-2002/896; 12.11.2002, 2002/6904-2002/10352 (*Kazancı Hukuk Veri Tabanı*)

Oysa öğretide isabetle kabul gördüğü üzere kötü niyetle⁴⁷⁸ yapılan tescilin kullanımı hukuka uygun kılması dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktır. Nitekim MarkKHK 44. madde uyarınca hükümsüzlük kararı istisnalar dışında geçmişe etkili ve devralanları da bağlayıcıdır. Bu nedenle, geçmişe dönük hak yokluğu da tescilin haksız eylemi örtmesi gerekmediğini doğrulamaktadır.

AB Hukukunda kötü niyetli tescil, 2008/95 Sayılı Marka Hukuku Uyumlaştırma Yönergesi'nin 3.2.d maddesi ve 207/2009 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün⁴⁷⁹ 52/1.b maddesinde tescilin mutlak reddi nedeni olarak düzenlenmiştir. MarkKHK ise kötü niyetli tescili, sadece 35. maddesinde, 7. ve 8. maddelerdeki sebeplerle birlikte, başvurunun yayınından itibaren 3 ay içinde başvuruya karşı ileri sürülebilecek bir itiraz sebebi olarak düzenlemiştir.

Kötü niyetle yapılan tescilin hükümsüzlüğünün tespiti kararı ile artık bu tescile dayalı olarak yapılmış eylemlerin de dayanaksız kaldığı, tescilsiz olarak başkasına ait bir işaretin kullanımı haline geldiği sonucuna varmak MK 2. madde ve MarkKHK 35. madde hükmüne uygun bir sonuçtur. Mahkemeler eski TTK'nun 20 maddede, 6102 sayılı TTK'nun 18. maddede yer alan basiretli tacir tanımından yararlanarak kötü niyetin, kötü niyetli marka tescilinin ve kullanımının tespitini yapabilmektedir. Bu bakımdan kötü niyetle yapılmış bir tescilin kullanımla birleşse dahi marka üzerinde bir öncelik ve üstünlük hakkı sağlamayacağı kabul edilmelidir.

⁴⁷⁸ Kötü niyetli marka tescili konusunda fazla bilgi için bkz: Bilgili Fatih, **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Ankara 2006, s. 250 vd.; Memiş, s. 419.

⁴⁷⁹ Topluluk Marka Tüzüğü 24.03.2009 Tarih, L-78/1 Sayılı Avrupa Birliği Resmi Yayın organında yayınlanmıştır.

KAYNAKÇA

Alica, Türkay. “İlaç Sektöründe Marka Tercihi ve Tescil Engelleri”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

Akın, İrfan. “Adwords Reklam Sisteminde Reklam Kullanımı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 78, ss. 205-226, Ankara, 2008.

Akkaya, Ebru. “Marka İmajı Bileşenleri, Otomobil Sektöründe Bir Uygulama”, **4. Ulusal Pazarlama Kongresi**, ss. 27-28, 18-20 Kasım 1999, (www.belgeler.com).

Anık, Gülgün. “İnternet Alan Adı”, **FMR** Ankara Barosu Yayını, Sayı: 4, Ankara, 2005.

Arıkan, Fahri Murat. “Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması”, **İBD**, İstanbul Barosu Yayını, Cilt: 74, Sayı 7-8-9, İstanbul, 2000.

Arkan, Sabih. **Marka Hukuku**, AÜHF Yayını, Ankara, 1997.

Arkan, Sabih. “Markasal Kullanma”, **BATİDER**, Cilt: XX, Sayı: 3, Ankara, 2000.

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2007.

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK’na Göre Hazırlanmış 15. Bası**, BATİDER Yayını, Ankara, 2011.

Arseven, Haydar. **Nazarı ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku**, İstanbul, 1951.

Başpınar, Veysel ve Doğan Kocapınar. **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Bayram, Elif Betül. Uluslararası Marka Tescil Sistemleri **Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü**, TPE Yayını, Ankara, 2001.

Baytan, Karakuzu Dilek. **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Beta Yayınevi, 1. Bası, İstanbul 2005.

Bently, Lyonel-Sherman, Brad. **Intellectual Property Law**, Oxford Yayınevi, Oxford, 2002.

Bilgili, Fatih. **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Blakeney, Michael ve G. Evans. “Doha’dan Sonra Coğrafi İşaretlerin Korunması: *Quo Vadis*” **FMR** Ankara Barosu Yayını, Sayı: 3, Ankara 2006.

Bozbel, Savaş. “İnternet Alan Adları ve ICANN ve Tahkim Usulü” , **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt: I, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

Bozgeyik, Hayri. “*Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Denetimi*” (Antep Baklavasının Coğrafi İşaret Olarak Tescili Üzerine), **FMR**,Ankara Barosu Yayını, Sayı:2, Ankara, 2009.

Brown, R.. “Advertising And The Public Interest: The Legal Protection Of Trade Symbols” **Yale Journal** 1165.

Calame, Thierry ve Simon, Jürg. **Trade Mark Litigation Jurisdictionel Comparisons**, (Switzerland), The European Lawyer Ltd., Londra, 2008.

Camcı, Ömer. **Haksız Rekabet Davaları**, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2001.

Camcı, Ömer. **Marka Davaları**, İstanbul, 1999.

Christie, Andrew ve Stephen Gare. **Statues On Intellectual Property Law**, Londra 2001.

Çakar, M. Fatih. **Marka Oluşumunda Reklamın Yeri**, Fırat Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Elazığ, 2007.

Çolak, Uğur. “Paris Sözleşmesinin 6bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar”, **FMR**, Ankara Barosu Yayını, Sayı: 2, Ankara, 2004.

Demir, Ebru. **Kurumsal Marka İmajının Oluşumunda Reklam Stratejilerinin Etkisi: World Of Wanders Otel İşletmelerinde Bir Uygulama**, Gazi Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

Deren, Y. Nevhis. “ Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**; Cilt: 3, İstanbul, 2003.

Dirikkan, Hanife. **Tanınmış Markanın Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Doğan, Beşir Fatih; “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği” **FMR**, Ankara Barosu Yayını, Sayı:4 Ankara, 2005.

Elden, Müge, Özkan Ulukök ve Sinem Yeygel **Şimdi Reklamlar**, İstanbul, 2005.

Er, Hakkı Turan; “Markanın Doğuşu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 2010.

Eriş, Gönen. **Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**, Cilt:1, Ankara 2004.

Gündoğdu, Gökmen. **Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması**, İstanbul, 2006.

Göle, Celal. “Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması”, **BATİDER**, Banka Ticaret Hukuku Araştırmaları Vakfı Yayını, Ankara, 1983.

Hubman, Heinrich, Götting ve Horst Peter. **Gewerblicher Rechtsschutz**, Munich, 2002.

İşgör, Tülay; Sanayide ve Ticarete Markanın Yeri Ve Önemi, **TPE Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2001.

Karahan, Sami. “Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet Şartı”, **FMR** Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, Ankara, 2004.

Karahan, Sami. **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları**; Mimoza Yayınları, Konya, 2002.

Karahan Sami, Suluk Cahit, Saraç Tahir ve Nal Temel. **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Karan, Hakan ve Mehmet Kılıç. **Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 2004.

Karasu, Raif. “Spekülasyon ve Engelleme Markaları”, **FMR** Ankara Barosu Yayınları, Sayı: 3, Ankara, 2008.

Karayağcın, Yaşar. **Ticaret Hukuku Dersleri**, Cilt:1, 3. Bası, Ankara, 1968.

Kartal, Elif Gamze. **Web Sayfalarının Hukuki Açidan Korunması**, İstanbul, 2007.

Kaya, Arslan. **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2004.

Kellenter, Wolfgang. **Trade Mark Litigation Jurisdictionel Comparisons**, (Germany), Londra, 2008.

Keskin, Serhan. **Tüketiciler ve İşletmeler Açısından Elektronik Ticarete Marka Yapılandırılmasını Etkileyen Faktörleri Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma**, Kırıkkale, 2005.

Kırca, İsmail. **Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi)**, Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2005.

Kırca, İsmail. “Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması”, **Prof.Dr.Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağani**, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

Kocasoy, Banu Aliye. Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini, **DEÜ Kamu Hukuku AB Hukuku Yüksek Lisans Tezi**, 2006.

Lafrance, Mary. **Understanding Trademark Law**, Lexis Nexis, ABD, 2005.

Memiş, Tekin. **Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Memiş, Tekin. “İnternette Cins Ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi** Sayı:1-2, Erzincan, 2000.

Memiş, Tekin. **Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar**, Www.Teknoturk.Org/Docking/Yazilar/Tt000116-Yazi.Htm(04.01.2006).

Memiş, Tekin. “Türk Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 12 Levha Yayınevi, İstanbul, 2009.

Miller, R. Arthur ve Davis, H. Michael. **Intellectual Property Law**, Thomson West, ABD, 2007.

Mineliler, Demirçivi, Zeynep. “Ticaret Unvanı ve Haksız Rekabete İlişkin Bir Karar İncelemesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, 1. Cilt, ss. 13-27, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

Noel, Christophe. “Anti-Cybersquatting: The Belgian Remedies.” **Trade Mark World**, s. 12.

Nomer, Füsün. “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka Ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domanic’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Cilt: I, ss. 400-401, İstanbul, 2001.

Noyan, Erdal. **Marka Hukuku**, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Oğuz, Arzu. “Fikri Mülkiyet Hakları ve Geleneksel (Yerel) Bilgi Ve Folklorun Korunması”, **FMR**, Sayı: 3, ss. 9-52, Ankara, 2009.

Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 12. Bası, İstanbul, 2005.

Omağ, Merih Kemal. “Marka Hukuku İle Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması”, **Hukuku Araştırmaları**, Cilt: 6, Sayı 3, İstanbul, 1986-1991.

Oturanç, Zeynep. **Marka ve Reklam İlişkisi-Endüstriyel Marka Oluşturmada Reklamın Etkisi**, www.belgeler.com, Ankara, 2005.

Oytaç, Kutlu. **Markalar Hukuku**, 1999.

Oytaç, Kutlu. **Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Endüstriyel Tasarım İçerikli**, Beta Yayınevi, Ankara, 2002.

Öçal, Akar. **Türk Hukukunda Markaların Himayesi**, Ankara, 1967.

Özdal, Şule. **556 Sayılı KHK 5. Madde Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.

Pattishall, W. Beverly, David, C. Hilliard ve Welch, Joseph Nye. **Trademarks And Unfair Competition** Lexis Nexis, Denver, 2002.

Pekdinçer, Remzi Tamer. **Marka Hakkı ve Korunması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001.

Phillips, Jeremy. **Trade Mark Law**, Oxford Yayınevi, Oxford, 2003.

Poroy, Reha. **Ticari İşletme Hukuku**, Ar Basım, İstanbul, 1983.

Poroy, Reha ve Tekinalp, Ünal. “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar” **H. Tandoğan Anısına Armağan**, Ankara, 1990.

Poroy Reha ve Yasaman Hamdi. **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Ramsey, Lisa. “Intellectual Property Rights In Advertising”, **Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 07-88**, 2007,
[Http://Www.Mttl.Org/Voltwelve/Ramsey.Pdf](http://Www.Mttl.Org/Voltwelve/Ramsey.Pdf).

Randall, Geoffrey. **Markalaştırma, Stratejinizi Planlamada Doğru Rehber**, İstanbul, 2000.

Sınar, Hasan. **İnternet ve Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, 1. Bası, İstanbul, 2007.

Şarlak, Zeynep. İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği Ve Marka Üzerindeki Etkisi, **A.Ü. SBE Yüksek Lisans Tezi**, [Http://Acikarsiv.Ankara.Edu.Tr](http://Acikarsiv.Ankara.Edu.Tr).

Taş, İlkay. Uluslar Arası Marka Tescili, **Marmara Ü. SBE, Yüksek Lisans Tezi**, www.belgeler.com.

Tekil, Fehiman. **Ticari İşletme Hukuku**, Tekil Müşavirlik, İstanbul, 1990.

Tekinalp, Ünal. **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

Todd, Malcolm. “The Madrid Protocol; Objectives, Main Features, Advantages”, **TPE Marka Dairesi Yayını** Koruması Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, İstanbul, 24-25 Haziran 1998.

Triton, Guy. **Intellectual Property Law İn Europa**, Sweet and Maxwell, Londra, 2002.

Triet, G, Michel, A., Larere, E. ve Loumeau, T. **Trade Mark Litigation Jurisdictionel Comparisons**, Londra, 2008.

Uzunallı, Sevilay. **Markanın Köken Ayırt Etme Gücü ve Bununla Bağlantılı Diğer Kavramların Yorumu**, Çağa Hukuk Vakfı, İstanbul, 2008.

Uzunallı, Sevilay. “Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma”, **Kemal Oğuzman’a Armağan**, İstanbul, 2002.

Uzunallı, Sevilay. **Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Yalçın, Uğur ve Erdoğan Karaahmet. **Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamalar**, TPE Yayını, Ankara, 1999.

Yasaman, Hamdi. **Marka Hukuku**, Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

Yılmaz, A. Lerzan. **Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri**, I. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Yurdakul, Nilay Başok. “İşletme Yönetiminde İki Stratejik Görev: İmaj-Marka Yönetimi ve Müşteri İlişkileri Yönetimi” **Manas Dergi** www.manas.dergi.kg, ss. 1-7.

Yararlanılan İnternet Kaynakları:

Türk Patent Enstitüsü Web Sitesi

<http://www.turkpatent.gov.tr/tpe/index.jsp?sayfa=226> (12.10.2011)

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Web Sitesi

http://www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/doc/pub833.doc (10.04.2012)

Legal Hukuk Bankası Web Sitesi

<http://www.legalbank.net> (12.10.2011)

Alo Maliye Bakanlığı Web Sitesi

http://www.alomaliye.com/dikey_antlasma_klavuz.htm (10.04.2012)

Rekabet Kurulu Web Sitesi

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez68.pdf> (10.04.2012)

Manas Dergi Web Sitesi

<http://yordam.manas.kg/ekitap/pdf/Manasdergi/sbd/sbd8/sbd-8-15.pdf> (10.04.2012)

Belgeler Web Sitesi

www.belgeler.com (10.04.2012)