

**T.C.
TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ
MARKALAR DAİRESİ BAŞKANLIĞI**

**MUTLAK VE NİSPİ RED NEDENLERİ
KAPSAMINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN
İNCELENMESİ**

Uzmanlık Tezi

Seher AÇIKEL

Ankara-2008

ÖZET

Bu çalışma kapsamında karıştırılma ihtimali kavramı incelenmiştir. Karıştırılma ihtimali dar ve geniş anlamda tanımlanmaktadır. Dar anlamda karıştırılma ihtimali, tüketicilerin malların ya da hizmetlerin kaynağı konusunda yanılgıları olarak tanımlanabilir. Geniş anlamda ise, tüketicilerin markalar arasında herhangi bir nedenle bağlantı kurmaları ihtimali, karıştırılma ihtimali kapsamında değerlendirilmektedir.

556 sayılı Markaların Korunmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, konu ile ilgili, uluslararası kaynaklar ile paralel bir düzenleme içermektedir. Bununla birlikte uluslararası düzenlemelerden farklı olarak, karıştırılma ihtimali, 556 sayılı Markaların Korunmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’de hem mutlak hem de nispi red nedeni olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Mutlak red nedenleri, ayırdedici olmama ya da tanımlayıcı olma gibi işaretin kendi özelliklerinden kaynaklanan red nedenleri olup, re’sen incelenir. Önceki haklara dayanan nispi red nedenleri ise, bütün olarak, bazı ülkelerde re’sen incelenirken, bazılarında itiraz üzerine incelenmektedir. 556 sayılı Markaların Korunmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin sitematiğinde, karıştırılma ihtimali kısmen re’sen kısmen de itiraz üzerinde incelenmektedir.

Karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkması markaların aynı/benzer olması ve mallar/hizmetlerin aynı/benzer olması şartlarının bir arada gerçekleşmesinin halk tarafında karıştırılmaya neden olması unsurlarına bağlıdır. Karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde, söz konusu olayın şartları ile ilgili tüm faktörler dikkate alınarak genel bir değerlendirme yapılmalıdır. Karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi çok sayıda öğeye dayanmakla birlikte, özellikle; markanın piyasadaki bilinirliği, halkın iki marka arasında kurabileceği bağlantı, işaretler ve mallar/hizmetler arasındaki benzerliğin derecesi dikkate alınmalıdır.

ABSTRACT

The concept of likelihood of confusion has been discussed within the scope of this study. The concept of likelihood of confusion can be defined in two ways, the first is the definition in board sense and the second is the definition in the strict meaning. In the strict sense, likelihood of confusion can be defined as the confusion of the customers as to the source of the goods and/or services. However, in the broad definition, the concept of likelihood of confusion covers the likelihood of association, which can be described as the possibility in the consumers mind to associate the marks for any possible reason.

The provisions, concerning the likelihood of confusion, of the Decree Law No.556 Pertaining the Protection of Trademarks are paralel with the provision of the of the international resources and the legislation of the modern countries. However, in the context of Decree Law No.556 Pertaining the Protection of Trademarks, likelihood of confusion has been defined in two different ways as an absolute ground for refusal and also as a relative ground for refusal. Absolute grounds for refusal are the grounds based on the characteristics of the applied trademark itself, and they are generally examined ex officio. The relative grounds for refusal are based on the conflicts with the earlier rights, the relative grounds for refusal are examined ex officio in some countries and upon opposition in a number of countries. The system defined in the Decree Law No.556 Pertaining the Protection of Trademarks is the ex officio examination of the likelihood of confusion which is followed by another examination in case of oppositions.

Likelihood of confusion exists, when there are two identical or similar trademarks containing the identical or similar goods and/or services and this situation creates confusion the minds of the possible consumers. The likelihood of confusion must be appreciated globally, taking into account all the factors relevant to the circumstances of the case. The appreciation of the likelihood of confusion depends on numerous numerous elements and, in particular, on the recognition of the trade mark on the market, on the association that the public might make between the two marks and the degree of similarity between the signs and the goods.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	V
TABLolar DİZİNİ	VII
GİRİŞ	1

1 MARKA KAVRAMI VE İLGİLİ MEVZUAT

1.1 MARKANIN TANIMLANMASI, İŞLEVLERİ, TÜRLERİ.....	4
1.1.1 MARKANIN TANIMI	4
1.1.2 MARKANIN UNSURLARI	5
1.1.2.1 <i>Ayırt Edicilik</i>	5
1.1.2.2 <i>Çizimle Görüntülenebilme veya Benzer Biçimde İfade Edilebilme</i>	6
1.1.3 MARKANIN İŞLEVLERİ.....	7
1.1.3.1 <i>Kaynak Gösterme İşlevi</i>	7
1.1.3.2 <i>Ayırt Etme İşlevi</i>	7
1.1.3.3 <i>Garanti Etme İşlevi</i>	8
1.1.3.4 <i>Reklam İşlevi</i>	8
1.1.4 MARKA TÜRLERİ.....	8
1.1.4.1 <i>Amaca Göre</i>	8
1.1.4.2 <i>Sahiplerine Göre</i>	9
1.2. MARKA İLE İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER	12
1.2.1. ULUSAL MEVZUAT.....	12
1.2.1.1. <i>Markaya İlişkin İlk Düzenlemeler</i>	12
1.2.1.2 <i>556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname</i>	13
1.2.2 TARAF OLUNAN ULUSLARARASI ANLAŞMALAR	14
1.2.3 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA MARKAYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	17
1.3. MARKANIN TESCİLİ.....	19
1.3.1 TESCİL BAŞVURUSUNDA BULUNABİLECEKLER	19
1.3.2 TESCİL SÜRECİ	20
1.3.3 MARKA TESCİLİNDE MUTLAK VE NİSPİ RED NEDENLERİ.....	22
1.3.3.1 <i>Genel Olarak</i>	22
1.3.3.2 <i>556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de Mutlak ve Nispi Red Nedenleri</i>	23

2 KARIŞTIRILMA İHTİMALİ KAVRAMI

2.1 TANIMLANMASI.....	28
2.1.1 DAR ANLAMDA	28

2.1.2 GENİŞ ANLAMDA	29
2.2 İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER.....	34
2.2.1 ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE KARIŞTIRILMA İHTİMALİ.....	34
2.2.2 İNCELEMENİN KAPSAMI	35
2.2.2.1 İç Pazarda Uyumu Sağlama Ofisi (OHİM) Tarafından Yürütülen Sistem.....	39
2.2.2.2 İngiltere Sistemi	40
2.2.2.3 Almanya Sistemi	44
2.2.3 556 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME’DE KARIŞTIRILMA İHTİMALİ..	44
2.2.3.1 Tescil Engeli Olarak	45
2.2.3.2 Hükümsüzlük Sebebi Olarak	48
2.2.3.3 Tecavüz Eylemi Olarak	51
2.2.3.4 Değerlendirme.....	52

3 KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN BELİRLENMESİ

3.1. GENEL OLARAK	54
3.2 KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN UNSURLARI	56
3.2.1 MARKALARIN AYNILIĞI/BENZERLİĞİ.....	56
3.2.1.1 Aynı Ya Da Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer Markalar.....	57
3.2.1.2 Benzer Markalar	60
3.2.2 MALLARIN VE HİZMETLERİN AYNILIĞI/BENZERLİĞİ.....	65
3.2.2.1 Aynı veya Aynı Tür Mallar/Hizmetler	67
3.2.2.2 Benzer Mallar/Hizmetler.....	68
3.2.3 HALK TARAFINDAN KARIŞTIRILMA.....	73
3.2.3.1 Her Kesimden Tüketici Grubuna Hitap Etmesi	74
3.2.3.2 Özel Bir Alıcı Grubu ya da Gruplarına Hitap Etmesi	75
3.2.3.3 Uzmanlık Sahibi Bir Tüketici Grubuna Hitap Etmesi.....	75
3.3 KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN BELİRLENMESİNDE ESAS ALINACAK KRİTERLER.....	76
3.3.1 BÜTÜNLÜK İLKESİ.....	77
3.3.2 ESAS UNSUR/YAN UNSUR AYRIMI.....	78
3.3.3 GÖRSEL, SESCİL VE ANLAMSAL BENZERLİK KRİTERİ	78
3.3.4 ORTALAMA TÜKETİCİ KRİTERİ.....	79
3.3.5 ÖNCEKİ MARKANIN AYIRT EDİCİ GÜCÜ	80
3.3.6 GENEL DEĞERLENDİRME İLKESİ.....	81
3.3.7 İÇ PAZARDA UYUMU SAĞLAMA OFİSİ (OHİM) İNCELEMESİ.....	81

SONUÇ.....	83
-------------------	-----------

KAYNAKÇA	86
-----------------------	-----------

KISALTMALAR

AAD	: Avrupa Adalet Divanı
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AT	: Avrupa Topluluğu
B.	: Bası
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Dn.	: Dipnot
DNMA	: Deutsches Patent und Markenamt (Alman Patent ve Marka Kurumu)
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas numarası
GATT	: General Agreement of Tariffs and Trade (Ticaret ve Tarifelere İlişkin Genel Anlaşma)
HD	: Hukuk Dairesi
INTA	: International Trade Mark Association (Uluslararası Marka Birliği)
KHK	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
OHIM	: Office For Harmonization in The İnternal Market (İç Pazarda Uyumunu Sağlama Ofisi)
Paris Sözleşmesi	: Sınai Mülkiyetin Himayesi İçin İttihat Teşkilî Hakkındaki Mukavelename Mukavelenamesi
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa

Tebliğ	: Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPs	: Agreement On Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights(Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)
Tüzük	: 49/94 sayılı Avrupa Birliği Topluluk Markası Tüzüğü
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
Yönerge	: 89/104 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi
Yönetmelik	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklını Gösterir Yönetmelik
WIPO.	: World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı)

TABLolar DİZİNİ

Tablo 2.1: INTA Verilerine Göre 2007 İtibariyle Marka İncelemesinin Kapsamına İlişkin Ülkelerin İnceleme Politikaları.....	38
Tablo 3.1: H. Jonas'a göre Malların (hizmetlerin) Benzerliği Konusunda Kategoriler.....	72

GİRİŞ

Küreselleşme süreci, kaynakların serbest dolaşımının önündeki hukuki ve bürokratik engellerin kaldırılmasını gündeme getirmiştir. Serbest piyasa ekonomisinin özgül koşulları çerçevesinde değerlendirildiğinde, çok uluslu şirketlerin ortaya çıkışı ve yaygınlaşması ile birlikte uluslar üstü düzenlemeler ve örgütlenmeler önem kazanmıştır. Bu bağlamda küresel rekabetin düzenlenmesinin en önemli aşamalarından birisi uluslararası standartların belirlenmesidir. Ayrıca küresel rekabet koşullarında işletmeler rekabet güçlerini koruyabilmek için, bölgesel ya da ulusal sınırların ötesine geçerek, tüm dünyada satışa sunmak üzere üretimde bulunmakta ya da hizmet sağlamaktadırlar.

İşletmeler, bu koşullarda bilinirlik kazanmak ve farklılaştırmaya gidebilmek için, ürünlerinin ve hizmetlerinin kalitesi gibi unsurların yanı sıra ve daha ziyade markalarının gücüne yaslanmaktadırlar. Rekabet gücünü koruyabilmek için daha güçlü markaların yaratılması zorunluluğu, aynı zamanda markaların uluslararası alanda korunması gerekliliğini de arttırmıştır. Serbest piyasa ekonomisinin yapı taşlarından birisi kuşkusuz mümkün olan en geniş pazara ulaşmaktır. Bunun için günümüz koşullarında en önemli araç reklam ve tanıtımdır. Reklam ve tanıtım ile pekiştirilen 'marka' çok uluslu şirketler açısından kitlelere ulaşmakta anahtar konumundadır.

Markalar alanında ilk uluslararası düzenleme olan sınai mülkiyetin korunmasına ilişkin 1883 tarihli Paris Sözleşmesi, bu alanda ilk büyük sıçramayı sağlayan sanayi devriminden sonra, artan üretim hacmi ve buna paralel olarak piyasaya farklı işletmeler tarafından çok sayıda benzer malın sürülmesinin etkisiyle ortaya çıkan sorunlara çözüm getirmek amacını taşımaktadır. Bu doğrultuda Birleşmiş Milletler'in Uzman Kuruluşlarından olan WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı) ve DTÖ (Dünya Ticaret Örgütü) konseylerinden TRIPs Konseyi (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması Konseyi) markaların uluslararası alanda korunmasını sağlamak üzere faaliyet göstermektedir. Son olarak Avrupa Birliği Hukukunda

oluşturulan ve tek bir başvuru ile tüm birlik ülkelerinde koruma elde etme amacını taşıyan ‘Topluluk Markası Sistemi’ bu alandaki önemli gelişmelerdendir.

Markaların uluslararası organizasyonlar aracılığı ile korunmasına ilişkin çalışmalar, ülkelerin marka mevzuatlarının uyumlulaştırılması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda Türkiye, Gümrük Birliği’ne girilmesinin de etkisiyle, taraf olduğu uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri doğrultusunda ulusal mevzuatını uluslararası düzenlemeler ile uyumlu olmak üzere yeniden düzenlemiştir. Bu kapsamda 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nin hazırlanmasında özellikle TRIPs hükümleri ile 89/104 sayılı AB Yönergesi ve 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü kaynak alınmıştır.

Markaların, aynı ya da benzer işaretlere karşı korunmasının önemi ve Türk Patent Enstitüsü tarafından yürütülen incelemede kapsamlı bir yere sahip olması dikkate alınarak, bu çalışma kapsamında ‘karıştırılma ihtimali’ kavramı ele alınmıştır. Konuya ilişkin ulusal düzenlemeler, uluslararası düzenlemeler ile paralellik göstermekle birlikte 556 sayılı KHK sistematik olarak uluslararası kaynaklardan farklı bir yapıdadır. Karıştırılma ihtimalinin, belirlenen hallerde, re’sen incelenmek üzere mutlak red nedenleri arasında gösterilmesi bu farklılığı doğurmaktadır. KHK’de ilgili hükümlerde açık olmayan ve karmaşık ifadelere yer verilmesi nedeniyle de bu çalışmada karıştırılma ihtimali kavramı açıklanmaya çalışılmıştır

Çalışma kapsamında ilk bölüm, konuya ilişkin temel bilgiler ekseninde, genel olarak markanın tanımlanmasına ve marka ile ilgili hukuki düzenlemelere ayrılmıştır. Bu bölümde ayrıca markanın unsurları, türleri ve işlevleri ile birlikte marka tescil sürecine değinilmiştir. Son olarak mutlak ve nispi red nedenlerinden genel olarak bahsedilmiştir.

İkinci bölümde dar ve geniş anlamda ‘karıştırılma ihtimali’ kavramı açıklanmış, ilgili ulusal ve uluslararası düzenlemeler aktarılarak, aralarındaki farklılıklar belirlenmeye çalışılmıştır. Bu bölümün son kısmında ‘karıştırılma ihtimali’ kavramı, KHK

doğrultusunda bir ‘tescil engeli’, ‘hükümsüzlük nedeni’ ve ‘tecavüz eylemi’ olarak incelenmiştir.

Son bölümde karıştırılma ihtimalinin belirlenmesi sorunu ele alınmıştır. Bu kapsamda karıştırma ihtimalinin unsurları incelenerek, markaların aynılığı ya da benzerliğinin ve mallar/hizmetlerin aynılığı ya da benzerliğinin belirlenmesine ve halk tarafından karıştırılma kavramının açıklanmasına yönelik literatürdeki görüşlere ve ilgili mahkeme kararlarına yer verilmiştir. Son olarak ulusal ve uluslararası dava örnekleriyle karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler saptanmaya çalışılmıştır.

1 MARKA KAVRAMI VE İLGİLİ MEVZUAT

1.1 Markanın Tanımlanması, İşlevleri, Türleri

1.1.1 Markanın Tanımı

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK)¹ “markanın içereceği işaretler” başlığıyla düzenlenen 5/1 maddesine göre marka, “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işarettir”.²

KHK; Türkiye'nin uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri doğrultusunda, ulusal mevzuatın uyumlulaştırılması amacı gözetilerek hazırlanmıştır.³ Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi'nin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararı (Karar) doğrultusunda Türkiye, markalarla ilgili mevzuatını Avrupa Topluluğu Konseyi 89/104 sayılı Yönergesi⁴ (Yönerge) ile uyumlaştırma taahhüdünde bulunmuştur. Anılan Karar ile Türkiye Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na⁵ katılarak taraf olduğu, Anlaşmanın 1C nolu eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını (TRIPs)⁶, Kararın yürürlüğe

¹ 8.6.1995 tarih ve 4113 sayılı Yetki Kanunu'na dayananark, 24.6.1995 tarih ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. 27.6.1995, S.22326; 4128 sayılı Kanun'la değişik RG. 7.11.1995, S.22456.

² KHK'de marka doğrudan tanımlanmamış, dolaylı olarak marka olabilecek işaretlerin belirlenmesiyle tarif edilmiştir. Bununla birlikte KHK'nin Uygulamasını Gösterir Yönetmelik madde 2'de marka “Bir işletmenin imalâtını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya sunduğu hizmetleri, başka işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ticaret ve/veya hizmet markası olarak da nitelendirilebilen işaret” olarak tanımlanmıştır.

³ Yalçiner, U.; “Gümrük Birliği ve Türkiye'de Sınai Mülkiyet Haklarının Korunması Konusundaki Gelişmeler”, Süreç (Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye Özel Sayı no: 17,18) s. 249 vd.

⁴ First Council Directive 89/104 EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of Member States relating to trade marks (Markalarla İlgili Üye Ülkelerin Mevzuatının Uyumlaştırılmasına Dair 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104/ EEC sayılı Konsey Birinci Direktifi, Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi (1989) L 040/1).

⁵ 26.1.1995 tarih ve 4067 sayılı Kanunla Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması onaylanmıştır.

⁶ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual property Rights (TRIPs).

girmesinden itibaren üç yıl içinde uygulamayı taahhüt etmiştir. Ayrıca Avrupa Birliği'nin (AB) Topluluk Markası ile ilgili 40/94 sayılı Tüzüğü (Tüzük) de, KHK'nin hazırlanmasında dikkate alınan kaynaklardan biridir.

KHK, markanın tanımlanmasında uluslararası düzenlemelere paralel bir düzenleme içermektedir. Bu bağlamda uluslararası kaynaklarda markanın nasıl tanımlandığına bakmak gerekirse, Yönerge'nin "marka oluşturabilecek işaretler" başlıklı 2 inci maddesine göre marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini öteki işletmelerinkinden ayırt edici olmak koşulu ile kişi isimleri de dahil özellikle kelimeler, tasarımlar, harfler, sayılar, malların biçimleri veya ambalajları gibi çizimle temsil edilebilme özelliği olan her türlü işaretten oluşabilir. Yine Tüzüğün 4 üncü maddesinde Topluluk Markasının, işletmenin mal ya da hizmetlerini öteki işletmelerinkinden ayırt edici olmak koşulu ile kişi isimleri dahil özellikle sözcükler, tasarımlar, harfler, sayılar, ürün biçimleri veya ambalajları olmak üzere baskı yolu ile çoğaltılabilmek üzere özelliği olan her türlü işaretten oluşabileceği düzenlenmiştir.

TRIPs 15 inci maddeye göre ise, "Bir işletmenin ürün ya da hizmetlerini öteki işletmelerinkinden ayırt etmeye elverişli her türlü işaret ya da işaretler bileşimi, bir marka oluşturabilir. Bu gibi işaretler, kişi isimlerini içermek üzere özellikle kelimeler, harfler, sayılar, renkler, şekilsel unsurlar ve renk bileşimleri ile bu tür işaretlerin herhangi bileşimleri marka olarak tescil edilebilir."⁷

1.1.2 Markanın Unsurları

1.1.2.1 Ayırt Edicilik

Uluslararası düzenlemelerin ilgili hükümleri ve KHK'nin 5 inci maddesinden anlaşıldığı üzere marka olabilecek işaretlerde belirleyici unsur, "ayırt edicilik"tir. Marka olabilecek işaretin, bir işletmenin mal ya da hizmetlerini diğerlerinden ayırt etme gücünün bulunması gerekir.⁸

⁷ Oytaç, K.; **Markalar Hukuku**, İstanbul, 1999, s. 5.

⁸ Arkan, S.; **Marka Hukuku**, C. 1, Ankara 1998, s. 36; Tekinalp, Ü.; **Fikri Mülkiyet Hukuku**, B. 1, İstanbul 1999, s. 333; Oytaç, **Markalar**, s. 6.

Ayrt edici nitelik, bir işaretin herhangi bir sebeple diğerinden farklı olmasını sağlayan özellikleri ve öğeleri ifade eder. Bir işaret, ya başlangıçtan itibaren ayrt edicidir veya zamanla bu niteliği kazanır.⁹ Ancak her ikisi de KHK’de tescili sağlayıcı ya da terkinin önleyici etkiye sahiptir.¹⁰

1.1.2.2 Çizimle Görüntülenebilme veya Benzer Biçimde İfade Edilebilme

KHK’nin 5. maddesinde ayrt edici olmak koşulu ile çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceği ifade edilmiştir. Bu tanımla marka olabilecek işaretlerin kapsamı geniş tutulmuştur. Tekinalp’e göre, KHK’nin temel ilkelerinden biri seçimde genişlik ilkesidir. Şöyle ki; işaret kelimesi grafikler, tasarımlar, kişi adları, sözcükler, harfler, logolar, sayılar, malların ve ambalajların biçimi, birkaç sözcükten oluşan sloganlar, sözcük-şekil bileşimleri, üç boyutlu biçimler, jenerikteki veya bir programı takdim sırasındaki kısa melodiler, renkler, renk kombinezonları ve kompozisyonlarını içermek üzere geniş anlamda kullanılmıştır. İşaretin “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yolu ile yayımlanabilen ve çoğaltılabilen” nitelikte olması gerekir. Böylelikle KHK “işaret”i sadece çizimin ürünü olmaktan çıkarmış, bir taraftan üç boyutlu şekilleri, diğer taraftan çizim dışındaki ifade biçimlerini, yani resmi, müziği, sesi, rengi ve kokuyu da işaretin kapsamına katmıştır.¹¹

Buna göre, bir ses veya melodinin notaya dökülmüş şekli ya da üç boyutlu bir işaretin iki boyutlu resmi, kokular için kelimelerle yapılan tarif veya kimyasal formül vs. “çizimle görüntülenebilme veya benzer şekilde ifade edilebilme” kapsamında yer alır.¹²

⁹ KHK 7/1-son düzenlemesine göre, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayrt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez. 7/1-a,c,d bentlerinde sırasıyla ayrt edici niteliği haiz olmayan, cins, çeşit, vasıf belirten (tanımlayıcı nitelikte olan) ve ticaret alanında herkes tarafından kullanılabilir olan ibarelerin marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir.

¹⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 337.

¹¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 332-334.

¹² Arkan, C. I, s. 37; Coleman, A.; **Intellectual Property Law**, Longman Group, 1994, s. 152; Colston, C.; **Modern Intellectual Propety Law**, Cavendish Publishing, 2005, s. 515.

1.1.3 Markanın İşlevleri

Markanın; kaynak gösterme, ayırt etme, garanti etme ve reklam olmak üzere dört temel işlevi olduğu kabul edilir.¹³

1.1.3.1 Kaynak Gösterme İşlevi

Kaynak gösterme işlevi, markanın malların ya da hizmetlerin hangi işletme tarafından üretildiği ya da piyasaya sürüldüğünü göstermesi olarak açıklanabilir. Buna göre marka, üretici veya satıcı ile mal/hizmet arasında bağ kurar.¹⁴ Örneğin bir malın alıcısı, markaya bakarak o malın hangi işletme tarafından üretildiğini anlar. Kaynak gösterme işlevi değişen üretim ve pazarlama yöntemleri ile birlikte bugün geçerliliğini kaybetmiştir. Malların üretim ve piyasa sürüm metotlarında meydana gelen değişiklikler ve lisansa dayalı üretim modelinin yaygınlaşması gibi nedenlerle günümüzde aynı markayı taşıyan malların aynı işletmeden kaynaklandığını söylemek mümkün değildir.¹⁵

1.1.3.2 Ayırt Etme İşlevi

Piyasa koşullarında meydana gelen değişikliklerle birlikte, markanın kaynak gösterme işlevi, marka ile işletme arasındaki sıkı bağın zayıflamasıyla anlamını yitirmiş; markanın malları ya da hizmetleri benzer diğer mal ve hizmetlerden ayırt etme işlevi önem kazanmıştır.¹⁶ Artık alıcıların marka aracılığıyla, malların üretimini ya da dağıtımını yapan işletmeleri öğrenmelerine imkan kalmamış ve marka, belli bir işletmeye bağlılık kurmadan, malları benzerlerinden ayırt etmeye yönelmiştir. Zira

¹³ Arkan, C. I, s. 38; Karaahmet, E. / Yalçiner, U.; “**Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları**”, TPE Yayını, Ankara 1999, s. 12; Yasaman, H.; **Marka Hukuku KHK Şerhi**, C. I, İstanbul 2004, s. 18-20; Yasaman ayrıca markanın alıcıyı çekme işlevinden bahseder. Tekinalp ise dört temel işlevle birlikte markanın tekelleştirme ve koruma işlevlerinden bahseder (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 346).

¹⁴ Camcı, Ö.; **Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul 2001, s. 122; Cornish, W. R.; **Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights**, Third Edition, London 1996, s. 527.

¹⁵ Arkan, C. I, s.38.

¹⁶ Arkan, C. I, s. 38, Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 352; Dirikkan, H.; Tanınmış Markaların Korunması, Ankara 2003, s. 11; Taylan Çamlıbel, E.; “**Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**”, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Doktora Tezi, İzmir 2000, s.34

alıcılar da malın veya hizmetin kimin tarafından üretildiğinden çok aynı marka altında aynı kalitenin korunup korunmadığı ile ilgilenmeye başlamışlardır.

1.1.3.3 Garanti Etme İşlevi

Garanti etme işlevi, markanın üretilen malın ya da sunulan hizmetin kalitesi konusunda alıcıya ön bilgi sağlaması olarak tanımlanabilir. Buna göre alıcı, aynı markalı mal ya da hizmetin belirli nitelikleri taşıyacağı ve hep aynı kalitede olacağı konusunda inanç besler. Ekonomik olarak alıcı beklentileri bu yönde gelişse de hukuki olarak markanın garanti etme işlevi, marka sahibine malların ya da hizmetlerin her zaman aynı kalitede olması gibi bir yükümlülük yüklemes.¹⁷

1.1.3.4 Reklam İşlevi

Markanın reklam işlevi de ekonomik sonuçları olan bir işlemdir. Reklam, üretici ile tüketici arasında iletişim kurulmasını sağlayan, satışı teşvik eden uygulamalar arasında yer alır.¹⁸ Bu bağlamda, marka ile tanınan malların satışı, markanın bilinirliği arttıkça yükselir. Yine markanın bilinirliği arttıkça işletmenin müşteri çevresi de genişler. Bu nedenle tanınırlık düzeyi yüksek bir marka, bir işletmenin en güçlü reklam ve müşteri kazanma aracıdır.¹⁹

1.1.4 Marka Türleri

1.1.4.1 Amaca Göre

a) Ticaret (Mal)²⁰ Markaları

Yönetmelik'in 4 üncü maddesi uyarınca; ticaret markası, bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları, başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işarettir. Tanıma göre marka, yalnızca üretilen mallar için değil aynı

¹⁷ Arkan, C. I, s. 38; benzer şekilde Tekinalp de markanın oluşturduğu garantinin ekonomik olduğunu, hukuki bir sonuç doğurmadığını vurgular (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 347).

¹⁸ Dirikkan, s.17

¹⁹ Arkan, C. I, s. 39.

²⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 341.

zamanda ticaret konusu yapılan ürünler için de alınabilir. Marka kullanmak için o malın üreticisi olmanız gerekmez.²¹

b) Hizmet Markaları

Hizmet markası, bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmenin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret olarak tanımlanabilir.²² Hizmet sektörünün büyüyen hacmi ve giderek artan önemi ile birlikte, işletmeler arasında yaşanan rekabet de yoğunluk kazanmıştır. Bu durum işletmelerin sundukları hizmetleri birbirinden ayırt etmek amacıyla, marka kullanmalarını zorunu hale getirmiştir.²³ Eğitim, sağlık, bankacılık, sigortacılık gibi hizmet sektörünün çeşitli alanlarında faaliyet gösteren işletmeler sundukları hizmetleri birbirinden ayırt etmek üzere marka kullanmaktadırlar.

KHK'de hizmet markalarının tanımı yapılmamış ancak 2/a maddesi hükmü ile marka olarak tescili ve korunması KHK kapsamına alınmıştır.²⁴

1.1.4.2 Sahiplerine Göre

a) Ferdi Markalar

Sahibi bir gerçek veya tüzel kişi olan markalar ferdi markalar olarak tanımlanır. Bir marka üzerinde iştirak halinde veya müşterek mülkiyetin olması, o markanın bireysel marka olma özelliğini değiştirmez. Bu doğrultuda bireysel markada tayin edici unsur, marka üzerindeki mutlak hakkın bir veya birkaç kişiye ait olması ve bu kişilerin iştirak ve müşterek mülkiyet hükümleri dahilinde marka üzerinde mutlak hak sahibi olmaları ve bütün hakları kullanmaları olarak belirir.²⁵

KHK ferdi markaların tanımına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bununla birlikte korumadan yararlanacak kişilerin belirtildiği KHK'nin 3 üncü maddesinde tüzel

²¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 341, Arkan da böylelikle doktrinde yapılan fabrika markası-ticaret markası ayrımının terk edildiğini belirtir (Arkan, **C. I**, s. 43).

²² Yönetmelik 9. maddede bu şekilde tanımlanmış olsa da KHK'de bir tanım bulunmamaktadır.

²³ Arkan, **C. I**, s. 43.

²⁴ 551 sayılı Markalar Kanunu hizmet markalarına ilişkin bir düzenleme içermiyordu.

²⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 342.

kişiliği bulunmayan kişi bileşimlerinin (adi şirket gibi) marka sahibi olamayacağı düzenlenmiştir. Adi şirket aracılığıyla işletilen işletmelerin mal ve hizmetlerini ayırt etmek için kullanılan (ferdi) marka üzerinde, ortaklar iştirak halinde maliktedirler.²⁶

b) Ortak Markalar

KHK'nin 55 inci maddesinde ortak marka, üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işaret olarak tanımlanmıştır. Buna göre; ortak marka gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarar.

Ortak marka, bir gruba dahil işletmelerin mal veya hizmetlerini yeknesak tarzda markalamasına imkan vermek ve bu sayede ayrı ayrı markalamadan doğan masraflardan tasarruf sağlamak için yaratılmıştır.²⁷ Ortak markayı kullanma yetkisine sahip olan işletme, aynı zamanda kendi markasını da kullanabilmektedir. Ortak markaya, serbest mali müşavirler odasına ait marka örnek olarak gösterilebilir.²⁸

Ortak markada markanın her bir sahibi, markanın tümü üzerinde, markanın diğer sahiplerinin aynı nitelikteki hakları ile sınırlı bir şekilde, ancak bağımsız olarak hak sahibidir.²⁹ KHK'nin 56/3 üncü maddesi hükmünde “ortak markanın tescili için ortak marka sahipleri birlikte hareket ederler” denmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere, ortak markanın sahibi, sözleşme çerçevesinde bir araya gelen işletmelerden oluşan grup³⁰ değil, gruba dahil kişilerdir.³¹ Bu bağlamda ortak markalar ile grup markaları farklı türlerdir. Ortak markadan farklı olarak grup veya daha dar bir anlamda holding

²⁶ Arkan, C. I, s. 45.

²⁷ Karan, H / Kılıç, M; **Markaların Korunması KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat**, Ankara 2004, s. 449.

²⁸ Karaahmet, E. / Yalçın, U.; **Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları**, Ankara 1999, s. 50.

²⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 343.

³⁰ Arkan, grubun marka sahibi olabilmesi halinde ortak markanın ferdi markadan ayrı olarak düzenlenmesine gerek olmayacağını belirtirken, grup adına marka sahibi olunamayacağını da ifade etmektedir (Arkan, C. I, s. 45). Karan ve Kılıç'a göre ise ortak markayı kullananlar bir grup oluştururlar ve marka bu grup adına tescil olunur (Karan ve Kılıç, s.) Bununla birlikte KHK'nin ilgili 55 inci maddesinde gruptan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklamanın yer almadığı da belirtmektedirler. 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 64/1 maddesinin ikinci cümlesinde, grup hak edinebilen ve borç altına girebilen her türlü birlik olarak tanımlanmıştır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Karan ve Kılıç, s. 449); aynı yönde bkz. Karaahmet ve Yalçın, s. 50.

³¹ Arkan, C. I, s. 45.

ya da konzern markası, iştiğal konuları ne olursa olsun bir gruba dahil, yani aynı hakimiyet altında bulunan işlemlerin, varsa, kendi markalarının yanında mensup oldukları grubu simgelemek için kullandıkları markadır. Grup markasının sahibi, grup işlemlerinden biri ya da çoğu zaman işlemlerin bağılı olduğu holdingtir.³² Dolayısıyla holding markaları da ferdi marka niteliğindedir.³³

KHK'nin 56 ıncı maddesine göre ortak markanın tescili için başvuru ile birlikte markanın kullanılma usul ve şekli gösterir bir yönetmeliğin verilmesi zorunludur. Ortak marka teknik yönetmeliğinde, ortak markayı kullanmaya yetkili olan işlemler belirtilir.

c) Garanti Markaları

KHK'nin 54 üncü maddesinde garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında bir çok işleme tarafından o işlemlerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaret olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte garanti markasının garanti işlevinin işlemlerin ortak özelliklerinden ziyade işlemlerin ürettikleri mal ve hizmetlerin ortak özellikleri, üretim usulleri, coğrafi menşeleri ve kalitesine ilişkin olduğu belirtilmektedir.³⁴ Örnek vermek gerekirse, malın kalitesine işaret eden Uluslararası Yün Birliği'ne ait Woolmark markası, şartlarını Birliğin koyduğu yünden mal üredenler tarafından, Birlikten izin talep edilerek kullanılır.³⁵ Ülkemizde, üretilen malların Türk Standartları Enstitüsü'nce (TSE) kabul edilen standartlara uygun olduğunu gösteren, anılan Enstitüye ait, TSE markası da KHK 54 anlamında bir garanti markasıdır.³⁶

Garanti markasının, marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağılı olan bir işlemlenin mal veya hizmetlerinde kullanılması yasaktır (KHK 56/II). Garanti

³² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 343.

³³ Arkan, **C. I**, s.46; Oytaç'a göre ise ortak markaya sahip olabilmek için çeşitli teşebbüslerin birleşiminden oluşan, ancak, bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olmak gerekir. Türk hukuku açısından bu durumu anonim ortaklık ya da holding yapısının sağladığı görüşündedir (Oytaç, **Karşılaştırmalı**, s. 280); holding markası bir holdinge ait işlemlerle kullanılan "ortak marka" olarak da tanımlanmıştır (Karaahmet ve Yalçınar, s. 53).

³⁴ Arkan, **C. I**, s. 47; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 343.

³⁵ Arkan, **C. I**, s. 48; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 342.

³⁶ Arkan, **C. I**, s. 49.

markasında da ortak markada olduğu gibi, bir garanti markasının tescili için başvuru ile birlikte markanın kullanılma usul ve şeklini gösterir; markanın garanti edilen mal ve hizmetlerin ortak özellikleri hakkında hükümler içeren ve markanın kullanılmasının kontrolünün yapılma şekillerini ve gerektiğinde uygulanacak cezaları öngören bir teknik yönetmeliğin verilmesi zorunludur (KHK 56/I-II).

1.2. Marka İle İlgili Hukuki Düzenlemeler

1.2.1. Ulusal Mevzuat

1.2.1.1. Markaya İlişkin İlk Düzenlemeler

Markaya ilişkin ilk düzenleme 1288 (1872) tarihli Nizamnamedir. Söz konusu Nizamname, 1304 (1888) tarihli “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname” ile yürürlükten kaldırılmıştır. İki Nizamnamede de 1857 tarihli Fransız Kanununu kaynak alınmıştır.³⁷ 1955’te çıkartılan 6591 sayılı “28 Nisan 1304 Sayılı Alameti Farika Nizamnamesine Müzeyyel (Ek) Kanun” ile anılan Nizamnamede değişikliğe gidilmiş, değişiklikle markaların tescil olmadan önce İktisat ve Ticaret Bakanlığınca³⁸ incelenmesi esası getirilmiştir. Buna göre evvelce tescil edilmiş veya tescil talebinde bulunulmuş milli ya da milletlerarası markalara aynen veya ilk bakışta tefrik edilemeyecek derecede benzeyen markalarla, başkasının markasını taşıyan mamuller üzerine imal edenin muvafakati alınmadan konulmak istenen markaların tescili reddedileceği kurala bağlanmıştır (madde 1). Böylelikle sitem değişikliğine gidilmiş ve ön incelemeli tescil sistemi kabul edilmiştir.³⁹

³⁷ Arkan, C. I, s. 13; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 327.

³⁸ 16.6.1994 tarih ve 4004 sayılı yetki Kanun’a dayanılarak hazırlanan 544 sayılı KHK ile patent marka ve diğer sınai mülkiyet haklarının tesisi, bu konudaki korumanın sağlanması vs. amacıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na bağlı, tüzel kişiliğe sahip ve özel bütçeli bir kamu kuruluşu olarak Türk Patent Enstitüsü’nün (TPE) kurulmasıyla, Bakanlıkça sürdürülen markaların tescili işlemlerini yürütme görevi ,TPE’ye devredilmiştir (Arkan, C. I, s. 21).

³⁹ Arkan, C. I, s. 13.

551 sayılı Markalar Kanununun⁴⁰ 03.03.1965 tarihinde kabul edilmesiyle, 1304 (1888) tarihli Nizamname ek ve tadilleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır (madde 54). 551 sayılı Markalar Kanunu, bir önceki düzenlemeden farklı olarak, marka tesciline, üçüncü kişiler tarafından, tescil öncesinde itiraz edilmesine olanak tanımamış; kanunla, üçüncü kişilerin, tescil sonrasında iptal davası açabilecekleri düzenlenmiştir (madde 15/II).

Halen yürürlükte olan KHK'nin 82 inci maddesi ile 551 sayılı kanunun ceza hükümlerini içeren 51, 52 ve 53. maddeler⁴¹ dışındaki bütün maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.⁴²

1.2.1.2 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

4113 sayılı Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkartılan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 27.06.1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir (KHK madde 83).

KHK'nin hazırlanmasında ulusal mevzuatın yükümlülükler doğrultusunda uluslararası düzenlemelerle uyumlulaştırılması amacı gözetilmiştir. Bu bağlamda AT-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararı önem taşımaktadır. Söz konusu kararda ve 8 no'lu Ek'inde fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması ve uygulanmasını sağlamak üzere Türkiye tarafından yapılması gerekenler belirtilmiştir.

Türkiye bu çerçevede marka mevzuatını 89/104 sayılı "Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarını Uyumlaştırmasına İlişkin Birinci Konsey Direktifi'ne ve TRIPs'e uygun olarak yeniden düzenlemiştir.⁴³ KHK ile getirilen sistem, AT-Türkiye Ortaklık

⁴⁰ 551 sayılı Kanuna ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Arkan, C. I, s. 14 vd.

⁴¹ 551 Sayılı Kanunun Cezaları Düzenleyen İlgili Hükümleri 4128 Sayılı " 12.9.160 Tarihli ve 80 Sayılı, 29.6.1956 Tarihli Ve 6762 Sayılı ve 10.6.1930 Tarihli ve 1705 Sayılı Kanunlar İle 24.6.1995 Tarihli ve 551, 552, 554, 555, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler İle 28.6.1995 Tarihli ve 560 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" un 5. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴² Noyan, E.; **Marka Hukuku**, Ankara 2004, s. 53.

⁴³ Taylan Çamlıbel, s. 3.

Konseyinin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararı (8 nolu ek) ve Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'nın 1C ekinde (TRIPS) belirtilen ilkelerin iç mevzuata aktarılmasının sağlanması amacıyla 89/104 sayılı AT Yönergesi ile TRIPS Anlaşması hükümlerine dayanmaktadır.⁴⁴ Ayrıca taahhütler kapsamında yer almamakla birlikte AT'nin Topluluk Markası ile ilgili 40/94 sayılı Tüzüğü de KHK'nin hazırlanmasında sistematik ve içerik olarak yararlanılan kaynaklar arasında yer almıştır.⁴⁵

Bununla birlikte Konsey Kararı'nın 8 no'lu eki ile Türkiye, Sınai Mülkiyetin Korunması Hakkında Paris Sözleşmesi'nin Stockholm metnine, Marka Tescilinde Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması ve (karar yürürlüğe girdikten itibaren üç yıl içinde) Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması'na ek Protokol'e katılmayı taahhüt etmiştir.

KHK'nin çıkarılmasının ardından Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan "KHK'nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik" 05.11.1995 tarih ve 22454 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıca mal ve hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin Nice Anlaşması hükümlerine göre uygulanacak sınıfların listesi ve uygulamasına ilişkin BİK-TPE 96/2 numaralı tebliğ 27.08.1996 tarih ve 22740 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Markalarla ilgili ulusal kaynaklardan bir diğeri de 14.04.1995 tarih ve 22258 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'dir.

1.2.2 Taraf Olunan Uluslararası Anlaşmalar

Sınai mülkiyet haklarının uluslararası alanda korunmasını sağlamak amacıyla yapılan ilk düzenleme 1883'de Paris'te kabul olunan "Sınai Mülkiyetin Himayesi İçin ittifak Teşkili Hakkındaki Mukavelename" (Paris Sözleşmesi)⁴⁶dir. Türkiye, Lozan Barış Antlaşması'na bağlı Ticaret Mukavelenamesi'nin 14 üncü maddesi ile, 1883 tarihli

⁴⁴ Arkan, C. I, s. 23.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Paris Sözleşmesinde, 1900 yılında Brüksel'de, 1911'de Vaşington'da, 1925'de La Haye'de, 1934'de Londra'da, 1958'de Lizbon'da ve 1967 yılında Stockholm'de değişiklikler yapılmıştır. Son olarak 1979'da, 1967 tarihli Stockholm metninde değişikliğe gidilmiştir.

Paris Sözleşmesi'nin 1911 değişikliğinden sonra kabul edilen şekline katılmayı taahhüt etmiştir. Türkiye 1925 yılında bu taahhüdünü yerine getirerek, Paris Sözleşmesi'ne katılmıştır. Ayrıca Türkiye, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararıyla taahhüt edildiği üzere Paris Sözleşmesi'nin 1967 tarihli Stockholm metnine de 1975 yılında katılmıştır.⁴⁷

Paris Sözleşmesi ile üye devletler, sınai mülkiyetin korunması alanında bir birlik oluşturmuşlardır (madde 1/1). Sözleşme ile, birliğe dahil devlet vatandaşlarının (madde 2/1) ve birliğe dahil devletlerden birinin vatandaşı olmamakla birlikte bir üye devlette ikamet eden ya da işletmesi bulunanların (madde 3), diğer bir (taraf) devlette ikametgahı ya da işletmesi bulunmaması durumunda da, sınai mülkiyet konusunda o devletin kendi vatandaşlarına tanıdığı haklardan yararlanma olanağı tanınmıştır (madde 2/2). Sözleşmenin 15 inci maddesi ile birliğe ait idari görevleri yürütmek üzere uluslararası bir büro kurulmuştur.

Paris Sözleşmesi çerçevesinde faaliyet gösteren büronun görevlerini devretmek üzere 14.07.1967 tarihinde Stockholm'de Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatını (WIPO) kuran sözleşme imzalanmıştır.⁴⁸ Türkiye, teşkilatın kuruluş sözleşmesine 14.08.1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmıştır. Kuruluş sözleşmesinin 4 üncü maddesine göre, fikri mülkiyetin bütün dünyada korunması için gereken önlemlerin alınması ve bu alandaki ulusal mevzuatların birleştirilmesinin sağlanması, teşkilatın görevleri arasındadır. 14.03.2001 tarihi itibarıyla WIPO'ya 177 ülke üyedir.⁴⁹

Markaların uluslararası tesciline yönelik olarak 1981'de Madrid'de imzalanan Madrid Anlaşması ile, ulusal tescile sahip bir markanın, uluslararası merkezi bir büro (WIPO) aracılığıyla tüm üye devletlerde tescilinin ve aynı şekilde korunmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Madrid Anlaşması çeşitli kereler değişikliğe⁵⁰ uğramış,

⁴⁷ 1975'te Stockholm metninin 1 ve 12 nci maddelerine çekince konmuş, 1994 yılında bu çekinceler de kaldırılmıştır.

⁴⁸ WIPO, 1974'te Birleşmiş Milletlerin uzman kuruluşlarından biri olmuştur (Meran, N.; **Marka Hakları ve Koruması**, Ankara 2004, s. 20).

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sınai Haklarla İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler**, TPE Yayımları, s. 4.

⁵⁰ Madrid Anlaşmasında, 1900 yılında Brüksel'de, 1911'de Vaşington'da, 1925'de La Haye'de, 1934'de Londra'da, 1957'de Nice'te ve 1967 yılında Stockholm'de değişikliğe gidilmiştir.

en son 1967 tarihli Stockholm metninde 1979 yılında bir değişiklik daha yapmıştır. Türkiye, 1930 yılında Madrid Anlaşması'nın 1925 tarihli La Hey metnine katılmış ve fakat 1955 yılında anlaşmadan çekilmeye karar vermiştir.⁵¹

Madrid Anlaşması sisteminin, uluslararası marka tescil başvurusunun ulusal tescile dayanması zorunluluğu ve üye ülkelerin başvuruya yönelik değerlendirmelerini en geç bir yıl içinde WIPO'ya bildirmek durumunda olmaları gibi sınırlılıkları, ülkeleri sistemin dışında kalmaya yönlendirmiştir.⁵² Bu doğrultuda 27.06.1989 tarihinde imzalanan markaların uluslararası tesciline ilişkin Madrid Anlaşmasına ek Protokol ile sistemin sınırlılıkları düzenlenmiştir.⁵³ Türkiye, AT-Türkiye Ortaklık Konseyinin 1/95 sayılı Kararının 8 nolu eki ile Madrid Protokolüne katılmayı taahhüt etmiş, 1997 yılında da bu taahhüdünü yerine getirmiştir.⁵⁴

Ortaklık Konseyinin 1/95 sayılı Kararının 8 nolu eki ile Türkiye, malların ve hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin Nice Anlaşması'na katılmayı da taahhüt etmiş, 1996 yılında bu taahhüdünü yerine getirmiştir.⁵⁵ Türkiye ayrıca Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması'na⁵⁶ da taraftır.

Türkiye, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na⁵⁷ katılarak, Anlaşmanın 1C nolu eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'na (TRIPs)⁵⁸ da taraf olmuştur. Ortaklık Konseyinin 1/95 sayılı Kararıyla TRIPs Anlaşması'nın, Kararın yürürlüğe girmesinden itibaren üç yıl içinde uygulanması taahhüt edilmiştir (8 nolu ek, madde 1/II). KHK'nin hazırlanmasında TRIPs hükümleri de dikkate alınmış, böylelikle Türkiye bu yükümlülüğünü de yerine getirmiştir.⁵⁹ Ticaretle

⁵¹ Arkan, C. I, s. 32.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, C. I, s. 8-9.

⁵³ Uluslararası marka tescil başvurusunda ulusal tescil başvurusunun yeterli sayılması (madde2), inceleme süresinin 12 aydan 18 aya çıkartılması (madde5/2), devletlerin yanı sıra uluslararası örgütlerin de Protokole katılmalarına olanak tanınması (madde 14/1) örnek gösterilebilir.

⁵⁴ 5.8.1997 tarih ve 97/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

⁵⁵ 12.7.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

⁵⁶ 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

⁵⁷ 26.1.1995 tarih ve 4067 sayılı Kanunla Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması onaylanmıştır.

⁵⁸ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)

⁵⁹ Yalçın, U.; "Türkiye'de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK'nin Getirdikleri", Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları, ITO Yayını, No: 1995/39, İstanbul, s. 5 vd., s. 62-63; Arkan, C. I, s. 12.

Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması, bu hakların korunmasına ilişkin kapsamlı bir koruma sistemi öngörmekte ve bu konuda üye devletlere uluslararası alana yayılan önemli yükümlülükler düzenlemektedir. Bu bağlamda Anlaşmanın ticaretle bağlantılı fikri mülkiyetin korunmasına yönelik en etkili ve en geniş katılımlı anlaşma olduğu söylenebilir.⁶⁰

27.10.1994 tarihinde Cenevre’de kabul edilen Marka Kanunu Anlaşmasını Türkiye 2004 yılında onaylamıştır⁶¹. Anlaşmanın amacı, ilgili ofislerce talep edilen, marka başvurusu, tescili ve tescil sonrası belgeler ve işlemlerde uluslararası uyumun sağlanmasıdır. Bu anlaşma ile, ilgili ofisler açısından, belge sayısının azaltılarak dosya yükünün hafifletilmesi, başvuru sahipleri için de belge tamamlama sürecinin ve yapılacak masrafların azaltılması hedeflenmektedir.⁶²

Uluslararası anlaşmalar ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir nokta da, iç hukuk açısından Anayasa madde 90/5’de düzenlendiği üzere usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğudur. Bunun yanı sıra KHK’de, kanunlara uygun olarak yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşma hükümlerinin, anılan KHK hükümlerinden daha elverişli olması durumunda, bu KHK kapsamında marka tescil başvurusunda bulunabilecek kişilerin, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir (madde 4).

1.2.3 Avrupa Birliği Hukukunda Markaya İlişkin Düzenlemeler

21 Aralık 1998’de Avrupa Topluluğu Konseyinin üye devletlerin markalara ilişkin kanunlarının uyumlulaştırılması amacıyla hazırlanan 89/104 sayılı Yönergeyi kabul etmesi, markalar alanında yeni bir dönemi başlatmıştır.⁶³ Üye devletlerin marka mevzuatlarının uyumlulaştırılması, aynı zamanda topluluk için tek pazarın oluşmasında da önem taşımaktadır. Örneğin üye devletlerin marka hukuklarındaki farklılıklar, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını engellemek amacıyla

⁶⁰ Dirikkan, s. 8.

⁶¹ 7.4.2004 tarih ve 5118 sayılı Kanun.

⁶² Noyan, s. 80.

⁶³ Arkan, C. I, s. 2.

kullanılabilmektedir.⁶⁴ Bu nedenle üye devletlerin mevzuatlarının uyumlaştırılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Yönerge'nin 16/1 maddesine göre, üye devletler belirlenen sürede⁶⁵ ulusal mevzuatlarını yönerge ile uyumlaştırma yükümü altına girmişlerdir.

89/104 sayılı Yönerge'nin kapsamına, bir üye devlette veya Benelüks Marka Ofisinde⁶⁶ tescil edilmiş ya da tescili için başvuruda bulunulmuş ya da bir üye devlette geçerli olmak üzere uluslararası tescil edilmiş markalar girer (madde 1). Bir mal ya da hizmetle ilgili bu marka, ferdi, ortak veya garanti markası niteliğinde olabilir.

Yönerge ile öncelikle iç pazarın kuruluş ve işleyişini doğrudan etkileyen düzenlemelerin uyumlaştırılması hedeflenmiştir. Bu nedenle Yönerge'de, markaların tescilinin yapılması, tescilli markanın hükümsüzlüğünün istenmesi gibi usule ilişkin hükümlere yer verilmemiş; buna karşılık marka olabilecek işaretler (madde 2), tescile engel durumlar (madde 3-4), marka sahibinin hakları (madde 5), marka hakkının tüketilmesi (madde 7), lisansa verilmesi (madde 8), tescil olunan markayı kullanma zorunluluğu (madde 10), kullanmamanın yaptırımı (madde 11) gibi maddi hukuka ilişkin konularda düzenlemeye gidilmiştir.⁶⁷

Avrupa Birliği düzeyinde markaya ilişkin ikinci önemli düzenleme "Topluluk Markası" ile ilgili 40/94 sayılı Tüzük'tür.⁶⁸ Topluluk Markası sistemi ile, Avrupa Birliği düzeyinde aynı hukuki geçerliliğe sahip ve aynı şekilde korunan bir markanın yaratılması hedeflenmiştir. Bu doğrultuda İspanya'da (Alicante) yerleşik, İngilizce, Fransızca, Almanca, İspanyolca ve İtalyanca resmi dillerinde faaliyet göstermek üzere Topluluk Marka Ofisinin (Office For Harmonization In The Internal Market-OHIM) kurulmasına karar verilmiştir. OHIM'in kuruluşu ve işleyişi 40/94 sayılı Tüzükle düzenlenmiştir (madde 111 vd.).

⁶⁴ Taylan Çamlıbel, s. 7.

⁶⁵ İlk düzenlemede 28.12.1991 tarihine kadar süre tanınmış, daha sonra süre uzatılmış ve 31.12.1992 tarihine kadar gerekli değişikliklerin yapılması istenmiştir.

⁶⁶ Belçika, Hollanda ve Lüksembourg'da 1971'den bu yana Birleşik Markalar Yasası (Unified Trademark Act) yürürlüktedir.

⁶⁷ Arkan, C. I, s.3.

⁶⁸ Official Journal, No. L 11. daha sonra Tüzükte Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması ve bu anlaşmanın TRIPs eki ile uyum sağlanması amacıyla 22.12.1994 tarih ve 3288/94 sayılı Tüzükle değişiklik yapılmıştır (Arkan, C. I, s. 5, dn. 17).

Topluluk Markası tescili için OHIM'e birlik üyesi devletlerin vatandaşlarının yanı sıra, Paris Sözleşmesi ya da DTÖ Kuruluş Anlaşmasına taraf devletlerin vatandaşları ve Birlik üyesi ya da Paris Sözleşmesi'ne taraf devletlerden birinde ikamet eden ya da işletme sahibi olan vatandaşlar başvurabilirler (madde 5).⁶⁹ Topuluk Markası tescil başvurusu doğrudan OHIM'e ya da bir üye devletin sınai mülkiyet ofisine yapılabilir (madde 25/1). Başvurunun üye devletlerin ilgili ofislerine yapılması durumunda, ofis başvuruyu iki hafta içinde OHIM'e iletacaktır (madde 25/2).

1.3. Markanın Tescili

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil⁷⁰ yoluyla elde edilir (madde 6).⁷¹

1.3.1 Tescil Başvurusunda Bulunabilecekler

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı⁷² olan veya sınai veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerce veya Paris Sözleşmesi ya da Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişiler, marka tescil başvurusunda bulunabilir (KHK madde 3/I). KHK'nin 31 inci

⁶⁹ Türkiye hem Paris Sözleşmesi hem de DTÖ kuruluş Anlaşmasına taraf olduğundan, Türk vatandaşları da Topluluk Markası için OHIM'e başvuruda bulunabilirler.

⁷⁰ Marka edinilmesi iki sistem tarihsel süreç içerisinde kabul görmüştür. Marka hakkının kullanım yoluyla kazanılmasını öngören birinci sistemde tescil bildirici niteliktedir (Oytaç, **Karşılaştırmalı**, s. 6). Marka hakkının kazanılmasında kural olarak tescil ilkesini benimseyen ikinci sistemde ise tescil kurucu niteliktedir (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 350). KHK'de kural olarak tescil ilkesi benimsenmiştir. Oytaç'a göre 1965 tarihli 551 sayılı markalar kanununda karma bir sistem öngörülmüştür. Bu kanunun 3. maddesinde, kanundaki haklardan faydalanabilmek için markanın tescil edilmiş olması gerektiği belirtilmekle birlikte tescil edilmemiş markaların ancak genel hükümlere göre korunacağı düzenlenmiştir (Oytaç, **Karşılaştırmalı**, s. 6). Yasaman'a göre ise; 551 sayılı kanun ile KHK'nin ilgili hükümleri ışığında her iki düzenlemenin de tescil sistemini kabul ettiği görülür (Yasaman, **C. I**, s. 182).

⁷¹ KHK'de marka korumasının tescil ile kazanılacağı ilkesi (tescil ilkesi) kabul edilmekle birlikte bu durumun istisnaları: tanınmış markalar (madde 7/1-1), kullanım sonucu ayırdedici nitelik kazanmış markalar (madde 7/son fıkra), tescilsiz kullanımı eskiye dayanan markalar (madde 8/3), rüçhan hakları (madde 25), yasaklama hakları (madde 8/3-b). Yasaman söz konusu istisnalar gözetildiğinde KHK'nin tescil sistemini kabul etmesine karşın kullanma sistemine daha yakın olduğu görüşündedir (Yasaman, **C. I**, s. 182); Arkan'a göre de KHK ile getirilen sistem, 551 sayılı Markalar Kanunundan çok farklı olmayıp, ilk kullanma sistemiyle yumuşatılmış tescil sisteminden oluşan karma bir sistemdir (Arkan, **C. I**, s. 129).

⁷² İkametgah kavramının geniş yorumlanması ve gerçek veya tüzel kişi ayrımı yapmaksızın, bunun, tüzel kişiler açısından idare merkezini de ifade ettiği yönünde bkz. Arkan, **C. I**, s. 55.

maddesinde de, 3 üncü madde kapsamına girmeyen gerçek veya tüzel kişilerin başvurusunun reddedileceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca ilk paragraf kapsamına girmemekle birlikte, Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere kanunen veya fiilen marka koruması tanımış yabancı devletlerin gerçek veya tüzel kişileri de karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye'de marka korunmasından aynı şekilde yararlanır (KHK madde 3/II). Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının markalarını, diğer devletlerin tescil etmesi veya edeceğini yazılı olarak bildirmesi karşılıklılık ilkesi olarak kabul edilir (Yönetmelik madde 5/II).

1.3.2 Tescil Süreci

Marka tescili için Türk Patent Enstitüsü'ne başvurulur (Yönetmelik madde 6/1). Başvuru tarihi, başvuru dilekçesinin ve başvuru için gerekli evrakların TPE tarafından alındığı gün, saat ve dakikadır (KHK madde 29/1, Yönetmelik madde 6/2). Bir marka tescil başvurusunda ancak tek bir markanın tescili talep edilebilir (KHK madde 23/3, Yönetmelik madde 6/3). Markanın kullanılacağı malların ve hizmetlerin listesi, Nice Anlaşması ve anılan anlaşmanın hükümlerine göre uygulanacak sınıfların listesi ve uygulamasına ilişkin BİK-TPE 96/2 numaralı Tebliğ'de yer alan esaslara göre düzenlenmelidir (KHK madde 24).

Yapılan marka tescil başvurusu, TPE tarafından, 23 üncü maddede⁷³ belirtilen şartlara uygunluğu ve herhangi bir şekli eksikliğinin bulunup bulunmadığı konusunda incelenir (KHK madde 29/1). Bir marka başvurusunun TPE tarafından incelemeye alınabilmesi için, başvuru dilekçesinde başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgilerin bulunması ve başvuru dilekçesi ile birlikte markanın yayına ve çoğaltmaya elverişli örneğinin, markanın kullanılacağı malların ve hizmetlerin listesinin ve başvuru ücretinin ödendiğini gösterir belgenin aslının TPE'ye verilmesi gerekir. Aksi halde başvuru reddedilir (KHK madde 30/2). Bunların dışında bir eksiklik olması durumunda, TPE söz konusu eksikliklerin giderilmesi için başvuru sahibi ya da vekiline iki ay süre tanır (KHK madde 30/1, Yönetmelik madde 12).

⁷³ KHK'nin "başvuru şartları" başlıklı 23 üncü maddesinde, başvuru sırasında ibraz edilmesi gereken belgeler belirtilmiştir.

Şekli yönden herhangi bir eksiği bulunmayan ya da var olan eksiklikleri tamamlanan bir başvuru, KHK'nin "mutlak red nedenleri" başlığıyla düzenlenen 7 nci maddesi hükümlerine uygunluğu açısından TPE tarafından incelenir. Yapılan inceleme sonucu, başvurunun 7 nci madde hükümlerine uygun görülmemesi durumunda, marka tescil başvurusu mallar veya hizmetlerin tamamı veya bir kısmı için reddedilir. (KHK madde 32).

Başvuru şartlarına uygun olarak yapılmış ve KHK'nin 7 nci maddesine göre reddedilmemiş bir marka tescil başvurusu Resmi Marka Bülteni'nde yayınlanır (KHK madde 33/1, Yönetmelik madde 13/1). Marka başvurusunun yayınlanmasından sonra, tescil başvurusu yapılmış markanın 7 nci ve 8 inci madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar, ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılır (KHK madde 35/1). TPE, yapılan itirazı geçerli bulmazsa reddeder. İtiraz, başvuruda kullanılacağı belirtilen mallar veya hizmetlerden bir kısmıyla ilgili olarak geçerli bulunursa, bu mallar veya hizmetlere ilişkin olarak kabul edilir (KHK madde 36/3). Yine başvurunun yayınlanmasından sonra ilgili olmalarına bakılmaksızın üçüncü kişiler, 7 nci maddeye göre, markanın tescil için yeterli nitelikleri taşımadığını belirten yazılı görüşlerini TPE'ye sunabilir. Ancak bu kişiler, TPE nezdinde işlemlere taraf olamaz (KHK madde 34).

TPE kararlarına karşı, söz konusu karardan zarar görenler tarafından kararın bildirilmesinden itibaren iki ay içerisinde yazılı olarak itiraz edilebilir (KHK madde 47 vd.). Yapılan itirazın incelenmesi sonucu, söz konusu itirazın yerinde bulunması durumunda ilgili daire olan Markalar Dairesi Başkanlığı kararı düzeltebilir. Ancak itiraz yerinde bulunmazsa, herhangi bir yorumda bulunulmaksızın Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kuruluna gönderilir (KHK madde 50). Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun, itiraz işlemleri ile ilgili kesinleşen kararlarına karşı, kesinleşen kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde, yetkili mahkemede dava açılabilir (KHK madde 53).

Başvurusu eksiksiz yapılan veya eksiklikleri giderilen ve süresi içinde itiraz edilmeyen ya da yapılan itiraz kesin olarak reddedilmiş bir başvuru, tescil edilerek

sicile kaydedilir ve başvuru sahibine Marka Tescil Belgesi verilir (KHK madde 39/1). Tescil edilen markalar iki ayda bir yayımlanan “Resmi Marka Gazetesi”nde ilan edilir (Yönetmelik madde 14/1).

1.3.3 Marka Tescilinde Mutlak ve Nispi Red Nedenleri

1.3.3.1 Genel Olarak

Mutlak red nedenleri, işaretin marka olma özelliği yani niteliği ile ilgili, kendisinden kaynaklanan itiraz nedenleridir.⁷⁴ Söz konusu nedenler, ayırt edici niteliği haiz olmayan, herkesin kullanımına açık olması gereken, dini değerlere ya da genel ahlaka aykırı vb. işaretlerin tescilinin engellenmesine yönelik olduğundan, toplumun genel çıkarlarını ilgilendirir. Bu nedenle de re’sen dikkate alınır.⁷⁵

Nispi red nedenleri ise markanın kendi özelliklerinden ziyade, başkalarının öncelikli haklarından kaynaklanan itiraz nedenleridir.⁷⁶ Marka olarak tescil edilmek istenen işaret üzerinde, tescil başvurusundan önce hak kazanmış kişilerin hukukunu korumaya yöneliktir. Başka bir deyişle nispi red nedenleri etkisini, eski hak sahibi ile sonradan aynı veya benzeri işareti marka olarak tescil ettirmek isteyen kişi arasında gösterir (nispi etki).⁷⁷

Mutlak red nedenleri, marka olarak seçilen işaretin nitelik ve özelliklerinden, uluslararası anlaşmalardaki zorunluluklardan, kamu menfaati ve ahlaka adaba aykırılıktan doğabilir. Buna karşılık, nispi red nedenleri marka olarak seçilen işaret üzerinde üçüncü kişinin herhangi bir hakkı bulunması sebebine dayanır.

Nispi red nedenleri, mutlak red nedenlerinde olduğu gibi toplumun genel çıkarından ziyade, önceki hak sahibinin çıkarına dönük olduğundan, res’en dikkate alınma zorunluluğu yoktur. Fakat bu durum re’sen incelenemeyeceği sonucunu

⁷⁴ Arkan, C. I, s.71; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 369, Colston, s. 525; Morcom, C. / Roughton, A. / Graham, J. / Malynicz, S.; **The Modern Law of Trade Marks**, Second Edition, London 2005, s. 65.

⁷⁵ Arkan, C. I, s. 71; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 369; Yasaman, C. I, s. 223; Şanal, O.; **İçtihatlı Açıklamalı Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları**, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2006 s. 38; Karahan, s. 7; Karan ve Kılıç, s. 80; Cornish, s. 584.

⁷⁶ Colston, s. 554.

⁷⁷ Arkan, C. I, s. 72.

doğurmamaktadır. Nitekim ülkelerin bu yönde farklı uygulamaları bulunmaktadır. Bazı ülkeler sınırlı inceleme ile yalnızca mutlak red nedenlerini re'sen incelerken, bazıları ise tam incelemede bulunarak nispi red nedenlerini de bütün olarak re'sen incelemektedir. Ülkemizdeki uygulamada ise kısmen re'sen, kısmen de itiraz üzerine incelendiği söylenebilir.⁷⁸ Şöyle ki; mutlak red nedenlerini düzenleyen KHK'nin 7 nci maddesinde, içerik olarak önceki bir hakkın öne sürülmesini içeren bir düzenleme yer almaktadır. İleriki bölümde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere KHK'nin 7 nci maddesinin (b) bendinde düzenlenen durumun re'sen inceleme kapsamına alınmasıyla, nispi red nedenlerinin kısmen re'sen incelendiği söylenebilir. KHK'nin 8 inci maddesinde sayılan haller ise itiraz üzerine incelenmektedir.

1.3.3.2 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Mutlak ve Nispi Red Nedenleri

a) 7 nci Madde/Mutlak Red Nedenleri

KHK'nin 7 nci maddesinde, Paris Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesi ile 89/104 sayılı Marka Yönergesinin 3 ila 4 üncü maddeleri ve 40/94 sayılı AB Tüzüğü'nün 7 nci maddesi dikkate alınarak, "mutlak red nedenleri" başlığıyla marka olarak tescil olunamayacak işaretler sayılmıştır.⁷⁹ Sayılan nedenlerden birinin varlığı durumunda, marka tescil talebi reddedilir. Buna göre:

1) 5 inci madde kapsamına girmeyen işaretler, (bir işletmenin mal veya hizmetini diğer işletmenin mal veya hizmetinden ayırt edici nitelikte olmayan işaretler) (KHK madde 7/1-a)

-Sistematik olarak esas alınan 40/94 sayılı Tüzüğü'nün mutlak red nedenlerini düzenleyen 7. maddesi (a) bendinde Topluluk markasının içerebileceği işaretler başlıklı 4 üncü maddeye atıfta bulunularak anılan hükmün gereklerini sağlamayan işaretlerin tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra ilgili maddenin (b) bendinde ayırt edici nitelikten yoksun işaretlerin tescil edilemeyeceği tekrar

⁷⁸ Detaylı bilgi için bkz. 2. bölüm s. 42 vd.

⁷⁹ Karan ve Kılıç, s. 80.

düzenlenmiştir. Bir görüşe göre KHK’de böyle bir tekrara anılan unsurun marka tanımı içinde yer alması sebebiyle gerek görülmemiştir.⁸⁰

2) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markalar (KHK madde 7/1-b),

3) Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları tek başına veya esas unsur olarak içeren markalar (KHK madde 7/1-c),

4) Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar (KHK madde 7/1-d),

5) Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler (KHK madde 7/1-e),

6) Mal veya hizmeti niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar (KHK madde 7/1-f),

7) Yetkili mercilerden kullanmak için izin alınmamış ve dolayısıyla Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesine göre reddedilecek markalar (KHK madde 7/1-g),

⁸⁰ Karan ve Kılıç, s. 81. Tüzüğün 7/3 maddesinde işaretin kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması durumundan 7/1-d,c,d bentlerine dayanılarak başvurunun reddedilemeyeceği düzenlenmiştir. Benzer bir ifade KHK’nin 7/son maddesinde de aynı bentlere atıfta bulunularak yer almaktaydı. Ancak tüzük 7/1-b ile KHK 7/1-b arasında içerik farkı olması sistematik bir hataya neden olmuş, KHK’nin ilgili maddesinde 5194 sayılı kanunla 2004 yılında yapılan değişiklik ile söz konusu hata düzeltilmiştir. Yeni düzenleme ile 7/1-a,c,d bentlerine atıfta bulunmaktadır. Bu nokta DNT tarafından hazırlanan Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu’nda da belirtilerek, Yönerge ile uyumlu olmak üzere söz konusu değişikliğin yapılması gerektiği önerilmişti (Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5 Yıllık Kalkınma Planı, Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, DNT yayımı, s. 198). Değişiklik yönünde bkz. Arkan, C. I, s.76, Karşı yönde bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 382 vd.

8) Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi, kültürel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği diğer armalar, amblemler veya nişanlar içeren markalar (KHK madde 7/1-h),

9) Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesi'nin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesine göre tanınmış markalar (KHK madde 7/1-ı),

10) Dini değerleri ve sembolleri içeren markalar (KHK madde 7/1-j),

11) Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar (KHK madde 7/1-k),

tescil edilemez.

b) 8 inci Madde/Nispi Red Nedenleri

KHK'nin 8 inci maddesinde, 89/104 sayılı Marka yönergesinin 4 üncü maddesi ve 40/94 sayılı AB Tüzüğü'nün 8 inci maddesi dikkate alınarak, markanın tescili ile ilgili "nispi red nedenleri" sayılmıştır⁸¹. Buna göre:

1) Tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın sahibi tarafından itiraz yapılması durumunda, aşağıdaki hallerde marka tescil edilemez: (KHK 8/1)

a) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa (KHK 8/1-a),

b) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş

⁸¹ Karan ve Kılıç, s. 196.

veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa (KHK madde 8/1-b).

2) Marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisi tarafından markanın kendi adına tescili için, marka sahibinin izni olmadan ve geçerli bir gerekçe gösterilmeden yapılan başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir (KHK madde 8/2).

3) Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescili istenen marka, aşağıdaki hallerde tescil edilmez⁸² (KHK madde 8/3).

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.

4) 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 tanınırlık 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 reddedilir (KHK madde 8/IV).

5) 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 ((KHK madde 8/V).

⁸² KHK tescilsiz marka sahibine itiraz etme imkanı vererek, 551 sayılı Markalar Kanununa göre korumanın kapsamını genişletmiştir.

6) Ortak ve garanti markalarının sona ermesinden itibaren üç yıl içinde ortak marka veya garanti markası ile aynı veya benzeri olan marka tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir (KHK madde 8/VI).

7) Bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonraki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir (KHK madde 8/VII).

2 KARIŞTIRILMA İHTİMALİ KAVRAMI

2.1 Tanımlanması

2.1.1 Dar Anlamda

Karıştırılma ihtimali, tüketicinin konumundaki kişilerin, belirli bir mal veya hizmeti almak düşüncesindeyken, başka bir işletmenin benzer mal ya da hizmetini alma tehlikesiyle karşılaşması halinde söz konusudur. Başka bir ifadeyle , markasından dolayı belirli bir mal ya da hizmeti almak niyetinde olan bir kişi, o mal ya da hizmetin almak niyetinde olduğu mal ya da hizmet olmadığını, yani, başka bir işletmenin ürettiği ya da sunduğu benzer mal ya da hizmet olduğunu bilmesi durumunda almayacak olmasına rağmen markalar arasındaki benzerlik nedeniyle söz konusu mal ya da hizmeti almaya yöneliyorsa, bu durumda karıştırılma ihtimali ya da karıştırılma ortaya çıkar.⁸³ Karıştırılma ihtimali işaretlerin ve mal ya da hizmetlerin aynılığından ve ya benzerliğinden kaynaklanır.⁸⁴

Karıştırılma ihtimalinin varlığı, markaların karıştırılması ve buna bağlı olarak markaların temsil ettiği mal veya hizmetlerin karıştırılması unsurlarının birlikte gerçekteşmesine bağlıdır. Bu durumda alıcılarda malların ya da hizmetlerin aynı işletme tarafından üretildiği ya da piyasaya sürüldüğu düşüncesi oluşabilir. Bu dar anlamda işletmelerin karıştırılması anlamına gelir.⁸⁵ Alıcıların malları ya da hizmetleri üreten veya piyasaya süren iki ayrı işletmenin varlığının farkında olmakla birlikte, işletmelerden birinin diğerisi üzerinde ekonomik, finansal ya da ticari olarak etkisi olduğu, işletmeler arasında bu anlamda bir bağlantı olduğunu sanmaları durumunda geniş anlamda işletmelerin karıştırılması söz konusudur.⁸⁶

⁸³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 403.

⁸⁴ Kitchin, D. / Llewelyn D. / Mellor, J. / Meade, R. / Moody, S. T. / Keeling, D.; **Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names**, 14th Edition, London, 2005, s. 242

⁸⁵ Cengiz, D.; **Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz**, İstanbul 2005, s. 71.

⁸⁶ Ibid.

2.1.2 Geniş Anlamda

Geniş anlamda karıştırılma ihtimali ise, markalar arasında herhangi bir şekilde bağlantı kurulması tehlikesini de içerir. İhtihatlara dayalı olarak karıştırılma ihtimali kavramı, markalar arasında bağlantı olduğu ihtimalini de içerecek şekilde yorumlanarak genişletilmiştir. Bu yöndeki ilk gelişme Benelüks marka hukuku siteminde ortaya çıkmıştır.⁸⁷

Benelüks Marka Kanunu, sadece markalar arasındaki benzerliğin, karıştırılma ihtimali doğurup doğurmadığına bakılmaksızın, ispatlanmasını yeterli gören bir düzenleme içermektedir. Yine Benelüks mahkemesi, söz konusu yasaya göre karıştırma ve ilişkilendirmenin farklı kapsamlı kavramlar olduğunu ve her ikisinin de sorumluluk doğurmada yeterli olduğunu kurala bağlamıştır.⁸⁸ Buna göre, markalar arasında herhangi bir şekilde ilişki kurulması ya da yeni markanın eski markayı anımsatması dahi benzerlik için yeterli sayılacak ve markaların hangi işletmeye ait olduğu konusunda tüketiciler nezdinde karıştırmaya neden olması şartı aranmayacaktır.

Anılan kanununun 13 üncü maddesinde, bir marka sahibinin kendisinin bu kullanımdan zarar göreceği ya da kayba uğrayacağını kanıtlayabilmesi halinde, bir başkasınca aynı işaretin kullanılmasını engelleme hakkı olduğu belirtilmektedir. “Geleneksel olarak, bu zarar veya kaybın, markalı eşyaların kaynağına ilişkin karıştırmadan oluştuğu öngörülmekteydi. Ancak 1983’de Julien/Verschuere için verilen ve Union kararı olarak da tanımlanan yargı kararı ile Benelüks Mahkemesi, markanın koruma kapsamını genişleterek, bir işaret ile bir marka ortalama bir tüketicinin bağlantı kurmasına yetecek kadar benzeşmekteyse, yasa açısından aynı kabul edilir, demiştir”^{89,90}.

⁸⁷ Schmidt, H. K. S.; “**Likelihood of Confusion’ in European Trademarks: Where Are We Now?**”, European Intellectual Property Review European Intellectual Property Review (E.I.P.R), S. 10, 2002, s. 1

⁸⁸ Cornish, s.621.

⁸⁹ Oytaç, **Karşılaştırmalı**, s. 159-166.

⁹⁰ Kanununun 1.1.1996’da yürürlüğe giren yeni şeklinde, karıştırılma ihtimalinden hiç bahsedilmeden, marka sahibine, markanın tescil olduğu malların/hizmetlerin aynı veya benzeri ile ilgili olarak halkın zihninde marka ile bağlılık kurulmasına neden olabilecek bir işaretin kullanılmasını yasaklama yetkisi tanınmıştır (Mansani, s. 831 naklen Arkan, S.; “**İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (karıştırma) Tehlikesi**”, BATİDER 1999, C. 20, S. 2, s. 5, 11, s. 8 dn.13).

Benelüks'e özgü olmak üzere, karıştırılma ihtimalinin yerine bağlantı kurulması ihtimali geçmiştir. Bu doğrultuda, artık tüketiciler bir işareti gördüğünde, karıştırmaya bile eski markayı hatırlıyorsa, markanın kullanımının yasaklanması gündeme gelmiş, eski markanın satın aldırma gücü ya da özelliğinin azalabilecek halde olması, yasaklama için yeterli kabul edilmiştir.⁹¹

AB'nin 1988 tarihli ve 89/104 sayılı Yönergesinde; işaretin önceki marka ile aynı ya da benzer olması ve markanın üzerinde kullanıldığı malların veya hizmetlerin aynı ya da benzer olması nedeniyle toplumun bir kısmında önceki marka ile bağlantı kurulması ihtimalini de içerecek şekilde, karıştırılma ihtimali meydana geldiği takdirde, markanın tescil edilemeyeceği ya da tescil edilse bile hükümsüzlüğünün öne sürülebileceği düzenlenmiştir (Yönerge madde 4/1-b, 5/1-b).⁹² Bu düzenlemenin uygulanması sırasında, "eski markayla bağlantı kurulması ihtimalinin" karıştırılma ihtimalinin içinde mi yoksa ondan ayrı olarak mı ele alınacağı konusu tartışılmaya başlanmıştır.⁹³ Bağlantı kurulması ihtimali kavramını geliştiren Benelüks uygulamasında, kavramın karıştırılma ihtimali ile birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü benimsendiğinden ve marka korumasında anımsatmayı içerecek şekilde geniş bir yoruma gidildiğinden, Yönerge hükümlerinin aynı yönde yorumlanıp yorumlanmayacağı tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre, söz konusu hüküm dar yorumlanmalı ve bağlantı kurulması ihtimali, markanın kaynak gösterme işlevinde karışıklığa neden olması şartına bağlanmalıdır.⁹⁴ Buna göre bağlantı kurulması ihtimali, daha geniş bir kavram olan karıştırılma ihtimalinin daha alt bir kavramını oluşturur.

Diğer bir görüşe göre ise, bağlantı kurulması ihtimali malların/hizmetlerin kaynağı konusunda karışıklığa neden olma şartından bağımsız düşünülmelidir. Buna göre, markanın itibarından yararlanılması ya da ayırt edici gücünün zayıflatılması örneklerinde olduğu gibi, markalar arasında bağlantı kurulması ihtimali, karıştırma

⁹¹ Oytaç, **Karşılaştırmalı**, s. 159-166.

⁹² 89/104 sayılı yönerge hükmünde geçen ifade "...there exist a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association with the earlier mark" şeklindedir.

⁹³ Arkan, **İltibas**, s. 5.

⁹⁴ Sack, s. 664-665, Uysal, s.121-122, Mansai, s.831 naklen Arkan, **İltibas**, s. 6, dn. 3.

ihtimalinden bağımsız olarak da meydana gelebilir.⁹⁵ İlk görüşün aksine bağlantı kurulması ihtimali, karıştırılma ihtimalinden daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda bu görüşe göre bağlantı kurulması ihtimalinin karıştırma ihtimaline bağlı alt bir kavram olarak yorumlanması da bir çelişkidir.

Bağlantı kurulması ihtimaline Yönergede yer verilmesiyle, bu görüşün Union kararına dayalı Benelüks görüşünden alınıp alınmadığı üzerine yürütülen tartışma ile ilgili olarak, İngiliz Yüksek Mahkemesinin 1995 yılında verdiği kararda⁹⁶, Yönergenin 5/1-b maddesi doğrultusunda hazırlanan 1994 tarihli Markalar Kanunu'nun (Trade Marks Act) 10/2 inci maddesinde öngörülen korumanın, eski düzenlemedeki gibi, markanın sadece kaynak gösterme işlevinde karışıklığı engellemek amacına mı yönelik olduğu, yoksa daha kapsamlı bir düzenleme getirerek, malların kaynağında karışıklığa neden olmaksızın markalar arasında bağıllık kurulması ihtimalini önlemeye dönük bir düzenleme mi olduğu tartışılmıştır. Kararda, Yönergede bu yönde açık bir düzenlemenin olmadığı ve Yönerge ile öngörülen korumanın özellikle kaynak gösterme işlevine yönelik olduğu belirtilmiş ve bağlantı kurulması ihtimalinin bağımsız şekilde değerlendirilmesinin marka hakkının koruma çevresinin geçerli bir ekonomik gerekçe gösterilmeden genişletilmesine neden olacağı ifade edilmiştir.⁹⁷ Sonuç olarak Yüksek Mahkeme 1994 tarihli Markalar Kanunu'nun ilgili hükümleri doğrultusunda karıştırılma ihtimalinin, Benelüks ülkelerinin yaklaşımının aksine, geniş yorumlanamayacağına ve markalar arasındaki benzerliğin, markanın kaynak gösterme işlevinden bağımsız yorumlanamayacağına karar vermiştir.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi ise Yönergeye ilişkin doğrudan bir yorumda bulunmayarak, Sabel IB v. Puma AG⁹⁸ davasında (Sabel v. Puma kararı), Yönerge anlamında benzerlik ve karıştırılma ihtimali kavramlarına ilişkin yeknesak bir yoruma gidebilmek için, Avrupa Adalet Divanı'nın (AAD) görüşüne başvurmuş ve karıştırma tehlikesinin bir markanın önceki bir marka ile bağlantı kurulması ihtimalini içerdiğine

⁹⁵ Arkan, **İltibas**, s.7

⁹⁶ Waggamama v. City Centre Restaurants Ltd. Davası, Torremans & Holyoak, Int. Prop. Law, p. 377, (1995) FSR 713'den aktaran Oytaç, **Karşılaştırmalı**, s. 160, dn. 133.

⁹⁷ Arkan, **İltibas**, s.9

⁹⁸ 11.11.1997 tarih ve C-251/95 sayılı Sabel BV v. Puma AG, Rudolf Dassler Sport kararı için bkz. www.curia.eu.int, 2008

ilişkin yorumun ne konuda önemli olduğu sorusunu AAD'ye yöneltmiştir.⁹⁹ Kararda ise, doğrudan doğruya ya da dolayısıyla karıştırılma ihtimali olmadan, sadece markalar arasında zihnen bağlantı kurulması tehlikesinin bulunduğu durumlarda, Yönergenin 4/1-b maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır.¹⁰⁰ AAD 11 Kasım 1997 tarihli söz konusu kararında, sonuç olarak, Yönerge'nin 4/1-b maddesinde bahsedilen bağlantı kurulması ihtimalinin, karıştırılma ihtimalinin alternatifi olmadığı, söz konusu ifadenin karıştırılma ihtimalinin kapsamını belirlemeye hizmet ettiği belirtilmiştir.¹⁰¹ Bu doğrultuda bağlantı kurulması ihtimali, karıştırılma ihtimalinden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmeyecektir. Karara göre, markaların hangi işletmeden kaynaklandığı konusunda karıştırma tehlikesinin söz konusu olmadığı durumlarda, Yönergenin 4/1-b hükmü uygulanamayacaktır. Bununla birlikte marka ile işaret arasında bağlantı kurulması ihtimali, karıştırılma ihtimalinin kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır.

AAD 29.09.1998 tarihli Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn- Mayer Inc. davasına ilişkin kararında (Canon kararı) markanın temel işlevinin, herhangi bir karıştırma olasılığına neden olmadan başka kaynaklı mal ya da hizmetlerden ayırt etmek üzere mal ve hizmetlerin kaynağını garanti etmek olduğunu belirtmiştir. Kararda Direktif 4/1-b anlamında bir karıştırılma ihtimalinden bahsedebilmek için, alıcıların mal veya hizmetlerin aynı işletmelerden ya da ekonomik olarak bağlantılı olan işletmelerden kaynaklandığına inanmaları gerektiği belirtilmiştir.¹⁰² Burada karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkmasında ölçü olarak, tüketicilerin malların ve hizmetlerin kaynağı konusunda yanılmaları belirlenmiştir. Bu bağlamda, kaynakta

⁹⁹ Oytaç, **Karşılaştırmalı**, s.161.

¹⁰⁰ Arkan, **İltibas**, s. 10.

¹⁰¹ "...it is to be remembereb that article 4.1.b of the directive is designated to apply only if, by reason of the identity or similarity both of the marks and of the goods or services which they designate, "there exist a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association with the earlier trade mark. It follows from that wording that the concept of likelihood of association is not an alternative to that likelihood of confusion , but serves to define its scope. The terms of the provision itself exclude its application where there is no likelihood of confusion on the part of the public..." (AAD, C-251/95, 11.11.1997, Sabel v. Puma kararı, paragraf 18) www.curia.eu.int, 2008

¹⁰² "... the essential function of the trade mark is to guarantee of the origin of the marked product to the consumer or end user by enabling him, without any possibility of confusion, to distinguish the product or service from others which have another origin...accordingly, the risk that the public might believe that the goods or services in question from the same undertaking or, as the case may be, economically-linked undertakings, constitutes as a likelihood of confusion within the meaning of Article 4/1-b of the Directive.." (AAD, C-39/97, 29.9.1998, Canon kararı, paragraf 28-29), www.curia.eu.int, 2008

yanılma; tüketicilerin, mal ve hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığını düşünmeleri durumunda, ve buna ek olarak, işletmeler arasında idari ya da ekonomik olarak bir bağlantı olduğu izlenimine kapılmaları halinde meydana gelir.

AAD, 22 Haziran 1999 tarihli Lloyd Schuhfabrik & Co. GmbH v. Klijsen Handel BV davasına (Lloyd kararı) ilişkin olarak, Yönergenin 5/1-b bendini yorumlayan kararında, bu anlamda bir karıştırılma tehlikesinin varlığının kabulü için, tüketicinin söz konusu ürün ya da hizmetin aynı firma veya en azından aynı kuruma ekonomik olarak bağlı bir firma tarafından üretildiği inancında olması gerektiğini belirttiikten sonra, çağrışım tehlikesi ya da bağlantı kurulması ihtimali kavramının, karıştırılma tehlikesinin alternatifi olmayıp, onun kapsamının belirlenmesine yarayan bir kavram olduğu görüşünü tekrarlamıştır.¹⁰³ Sonuç olarak karıştırılma ihtimali kavramı, AAD kararlarında, Benelüks Hukukunda benimsenen şekilde geniş yorumlanmamıştır. Ancak AAD, markalar arasında bağlantı kurulması tehlikesini karıştırılma ihtimalinin bir unsuru ve kapsamını belirlemede yararlanılan bir ölçü olarak ortaya koymakla, kavramın kapsamını genişletmiştir. Markalar arasında bağlantı kurulmasının ölçüsü ise, yukarıda belirtildiği üzere, tüketicilerin markaların kaynağı konusunda yanılmaları olarak ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda belirtilen açıklamalar doğrultusunda, Avrupa Birliği Hukukunda karıştırma ihtimalinin klasik doğrudan karıştırma, yani bir kimsenin bir işarete baktığında öteki olarak algılaması halinin yanı sıra, daha geniş kavram olan dolaylı karıştırmayı, markalar arasında bağlantı kurulmasını, da içerdiği söylenebilir. Önceki marka ile işaret kesin olarak karıştırılmasa bile; markanın sahibinin aynı olduğu ve marka sahibi ile işaretin kullanıcısı arasında örneğin lisans, ticari alış veriş, sponsorluk gibi bir tür ekonomik veya sözleşmeden kaynaklanan bir bağ olduğu düşünülüyorsa, o zaman dolaylı karıştırılmanın var olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁴

¹⁰³ “...According to the case-law of the court of justice, the risk that the public might believe that the goods or services in question come from the same undertaking or, as the case may be, from economically-linked undertakings, constitutes a likelihood of confusion within the meaning of Article 5/1-b of the Directive. It follows from the very wording of Article 5/1-b that the concept of likelihood of association is not an alternative to that of likelihood of confusion, but serves to define its scope...” (AAD, C-342/97, 22.06.1999, Lloyd kararı, paragraf 17), www.curia.eu.int, 2008.

¹⁰⁴ Oytaç, **Karşılaştırmalı**, s. 163.

556 sayılı Markaların Korunmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’de (madde 9/1) markaların karıştırılması ihtimali, markalar arasında bağlantı bulunması ihtimaline de içerecek şekilde ifade edilmiştir. KHK’nin 8/b bendinde de benzer ifadeli bir düzenleme yer almaktadır. Anılan düzenlemeler 89/104 sayılı Yönergenin 5/1-b ve 4/1-b maddelerinden alınmıştır.

2.2 İlgili Hukuki Düzenlemeler

2.2.1 Uluslararası Düzenlemelerde Karıştırılma İhtimali

AB’nin 1988 tarih ve 89/104 sayılı Yönergesinin önceki haklarla ilgili olarak hükümsüzlük ve red nedenlerinin sayıldığı 4/1 maddesi ve marka ile sağlanan korumanın kapsamını belirleyen 5/1-b maddesinde, karıştırılma ihtimali düzenlenmiştir. Yönerge’nin 4/1¹⁰⁵ maddesinde markanın aşağıdaki hallerde tescil edilemeyeceği, tescil edildiği takdirde ise hükümsüzlüğünün öne sürülebileceği düzenlenmiştir. Buna göre;

- Eğer marka önceki marka ile aynı ise ve önceki markanın koruma kapsamında olan mallar ya da hizmetlerle aynı mallar/hizmetler için başvurusu yapılmış ya da tescil edilmiş ise (Yönerge 4/1-a),
- Markanın önceki marka ile aynılığı ya da benzerliği ve markaların kapsamında olan malların/hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, toplumun bir kesiminde önceki marka ile bağlantı kurulması ihtimalini de içerecek şekilde karıştırılma ihtimali meydana geliyorsa (Yönerge 4/1-b), marka tescil edilemez (Yönergenin 5/1-b hükmü de benzer bir düzenleme içermektedir).

¹⁰⁵ “A trade mark shall not be registered or, if registered, shall be liable to be declared invalid:

a. If it is identical with an earlier trade mark, and the goods or services for which the trade mark is applied for or is registered are identical with the goods or services for which the earlier trade mark is protected;

b. if because of its identity with, or similarity to, the earlier trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade marks, there exist a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association with the earlier trade mark.”

Yönerge'nin 4/1-a maddesinde düzenlenen durumda karıştırılmanın mutlak olduğu kabul edilir. TRIPs Anlaşması'nın 16.1¹⁰⁶ maddesinde düzenlenen hükme göre de aynı ibarenin aynı mallar/hizmetler için kullanılması durumunda karıştırılmanın mevcut olduğu varsayılacaktır. Bu durumda karıştırılmanın ortaya çıkıp çıkmadığının ayrıca araştırılmasına, ispatlanmasına gerek yoktur. Buna karşılık, benzerini kullanma halinin söz konusu olduğu durumlarda, bu kullanımın karıştırmaya neden olup olmayacağı konusu araştırılmalıdır.¹⁰⁷ Araştırmada:

- i) markalar benzer mi,
- ii) mallar/hizmetler benzer mi,
- iii) markaların ve malların/hizmetlerin birlikte benzerliği karıştırılma ihtimaline neden oluyor mu?

kriterleri esas alınmalıdır.

AB'nin 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün nispi red nedenlerini düzenleyen 8 inci maddesi ve Topluluk Markasından kaynaklanan hakların kapsamını düzenleyen 9 uncu maddesi, Yönerge hükümleri ile benzer içeriktedir. KHK'nin hazırlanmasına kaynaklık eden söz konusu Yönerge ve Tüzük doğrultusunda, bazı Avrupa Birliği ülkeleri de ulusal yasalarını yeniden düzenlemişlerdir. Örneğin, 1994 tarihli İngiliz Markalar Kanunu (Trade Marks Act)¹⁰⁸ ve yine 1994 tarihli Alman Marka Kanunu (MarkenG)¹⁰⁹ Yönerge hükümleri paralelinde ve Tüzükle uyumlu olarak düzenlenmiştir. Anılan kanunlar da karıştırılma ihtimaline ilişkin olarak benzer düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte uygulamada incelemenin kapsamı ülkelere göre farklılık gösterebilmektedir.

2.2.2 İncelemenin Kapsamı

İncelemenin kapsamı, incelemede dikkate alınan kriterlerde olduğu gibi, marka ofislerinin mevcut ulusal kanunlarına göre belirlenir. Her bir marka ofisi, kendi

¹⁰⁶ Anılan maddede "...in case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed..." ifadesine yer verilmiştir.

¹⁰⁷ Karahan, s. 42.

¹⁰⁸ Coleman, A.; **Intellectual Propety Law**, First Edition, London 1994, s. 150.

¹⁰⁹ Arkan, **İltibas**, s.1

şartlarını yayımlayarak, halkın erişimine elverişli hale getirmelidir. Ülkelerin marka yasaları değişik kapsamlarda olmakla birlikte genel olarak inceleme üç temel alanda yapılmaktadır: şekli inceleme, mutlak red nedenlerine dayalı inceleme (markanın kendi tescil edilebilirliği), nispi red nedenlerine dayalı inceleme (önceki marka hakları ile ihtilaf). Şekli inceleme tescilden önce yapılmalıdır. Bununla birlikte mutlak ve nispi incelemenin kapsamı değişebilir. Bir çok ülkede nispi red nedenlerine dayalı inceleme yapılmamaktadır. Araştırma, tescilli ya da tescil başvurusu yapılmış önceki aynı/benzer markaların araştırılması, ise başvuru sahibinin olası nispi itirazların farkına varmasını sağlamak için yapılmaktadır. Nispi red nedenlerine dayalı incelemeye bir alternatif olarak ya da buna ek olarak, bazı marka ofisleri, tarafların belirli bir şekilde öne sürmesi üzerine nispi red nedenlerinin incelenmesini içeren itiraz prosedürü sağlamaktadır.¹¹⁰

Uluslararası Marka Birliği (International Trade Mark Association-INTA) tarafından marka incelemesinin ana hatlarının aktarıldığı 2007 tarihli raporda, tescil öncesi tam inceleme önerilmektedir. Tam incelemeden, mutlak ve nispi red nedenlerine dayalı incelemenin marka ofisleri tarafından, markanın yayınlanmasından önce, re'sen yapılması anlaşılmaktadır. Fakat INTA sınırlı kaynakları olan ya da başvuruları reddetme oranı düşük olan ofisler için bu durumun uygulanabilir olmadığını da kabul etmektedir. Örnek olarak aşağıdaki tabloda 2007 tarihi itibarıyla belirlenen ofislerin inceleme politikaları yer almaktadır.

Tablodan, Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) yayın öncesi tam incelemeye gittiği görülmektedir. ABD sisteminde, şekli inceleme, mutlak red nedenlerine dayalı inceleme ve araştırma yapılarak nispi red nedenlerine dayalı inceleme, tescil öncesinde ilgili ofis tarafından re'sen yapılmaktadır. Bununla birlikte marka başvuruları, itirazlara açılmak üzere, inceleme sonrasında yayınlanmaktadır. İtirazlar yayından itibaren bir ay içerisinde yapılmalıdır. Görüldüğü üzere marka başvuruları tescil öncesinde yayınlanarak itirazlara açılmaktadır. Japonya'da da re'sen tam inceleme yapmaktadır. Japonya ile ABD uygulamasının farklılaştığı nokta ise marka

¹¹⁰ International Trademark Association (INTA), **Guidelines for Trademark Examination**, Revised 2007, s. 8, bkz. www.inta.org. Türk Hukukunda, mutlak red nedenleri re'sen incelenmektedir. Nispi red nedenleri ise itiraz üzerine incelenmektedir.

tescil başvurularının tescil sonrasında yayınlanarak itirazlara açılmasıdır. İtirazlar tescil sonrası marka başvurusunun yayınlanmasından itibaren iki ay içerisinde yapılmalıdır.¹¹¹

Burada belirtilmesi gereken bir nokta, markaların yayınlanarak halka duyurulması konusunda TRIPs Anlaşması'nın getirmiş olduğu düzenlemedir. Buna göre ülkeler marka başvurularını yayınlamak zorunda olmakla birlikte bunun hangi aşamada gerçekleşeceğine, yani tescil öncesi mi yoksa sonrası mı olacağına, kendileri karar verebilirler (madde 15/son).

Avrupa Birliği ülkeleri arasında “karıştırılma ihtimali”nin incelenmesi konusunda iki farklı sitem uygulanmaktadır. Bu farklılık nispi red nedenlerinin re’sen ya da itiraz üzerine incelenmesi konusunda kendini göstermektedir. 49/84 sayılı Topuluk Markası Tüzüğü’nün 8/1 maddesinde nispi red nedenlerinin önceki marka sahibinin itirazına dayalı olarak inceleneceği düzenlenmiştir. Tabloya bakıldığında OHIM tarafından araştırılma yapıldığı, fakat araştırma doğrultusunda elde edilen sonuçların re’sen redde konu yapılmadığı görülmektedir. OHIM uygulamasının aksine İsveç ve İspanya’da, nispi red nedenleri re’sen incelenmektedir. İsveç itirazlara açmak üzere marka başvurularını tescil sonrası yayınlarken, İspanya tescil öncesinde yayınlamaktadır. Bir başka birlik ülkesi Almanya’da nispi red nedenlerine dayalı inceleme re’sen yapılmamakla birlikte, ilgili ofis bünyesinde araştırma da yapılmamaktadır. İngiltere ise 1 Ekim 2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yapılan sitem değişikliğine kadar mutlak ve nispi red nedenlerinin bütününe re’sen incelerken (tam inceleme), bu tarihten sonra OHIM uygulaması (sınırlı inceleme) paralelinde nispi red nedenlerini itiraz üzerine incelemeye başlamıştır.¹¹²

¹¹¹ INTA, s. 9.

¹¹²Markalar (Değişiklikler) Kanunu 2007, No:2076, çevrimiçi: http://www.opsi.gov.uk/si/si2007/uksi_20072076_en_1, 2008

Tablo 2.1: INTA Verilerine Göre 2007 İtibariyle Marka İncelemesinin Kapsamına İlişkin Ülkelerin İnceleme Politikaları¹¹³

TMO	Şekli	Mutlak	Araştırma	Nispi	İtiraz	
					Mümkün mü?	Tescil Öncesi/Sonrası
Avustralya	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 3 ay içinde	Tescil Öncesi
Bahrain	Var	Var	Yok	Yok	Evet -Yayından itibaren 2 ay içinde	Tescil Sonrası
Benelux	Var	Var	Var	Yok	evet - Yayından itibaren 2 ay içinde	Tescil Öncesi
Brezilya	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 60 gün içinde (itiraz edilirse başvuru sahibinin 60 gün içinde cevap verme hakkı vardır)	Tescil Öncesi
Kanada	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 2 ay içinde	Tescil Öncesi
Çin	Var	Var	Var	Var	Evet -Yayından itibaren 3 ay içinde	Tescil Öncesi
Almanya	Var	Var	Yok	Yok	Evet -Yayından itibaren 3 ay içinde	Tescil Sonrası
Hindistan	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 3 ay içinde	Tescil Öncesi
Japonya	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 2 ay içinde	Tescil Sonrası
Norveç	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 2 ay içinde	Tescil Sonrası
OHİM	Var	Var	Var	Yok	Evet - Yayından itibaren 3 ay içinde	Tescil Öncesi
Oman	Var	Var	Var	Yok	Evet - Yayından itibaren 2 ay içinde	Tescil Öncesi
Rusya	Var	Var	Yok	Yok	Only cancellation-type actions available	Tescil Sonrası
Singapur	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 2 ay içinde	Tescil Öncesi
Güney Afrika	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 3 ay içinde	Tescil Öncesi
İspanya	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 2 ay içinde	Tescil Öncesi
İsveç	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 2 ay içinde	Tescil Sonrası
İngiltere	Var	Var	Var	Yok	Evet - Yayından itibaren 3 ay içinde	Tescil Öncesi
ABD	Var	Var	Var	Var	Evet - Yayından itibaren 1 ay içinde	Tescil Öncesi

¹¹³ International Trademark Association (INTA), **Guidelines for Trademark Examination**, Revised 2007, s. 9, bkz. www.inta.org.

2.2.2.1 İç Pazarda Uyumu Sağlama Ofisi (OHIM) Tarafından Yürütülen Sistem

Avrupa Birliği'nin 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü ile, 89/104 sayılı Yönergeyle getirilen düzenlemelere ek olarak, Avrupa Birliği düzeyinde aynı hukuki geçerliliğe sahip ve aynı şekilde korunan bir marka sistemi oluşturulmuştur. Topluluk Markası başvuruları, kuruluşu Tüzükle düzenlenen, İç Pazarda Uyumu Sağlama Ofisi (OHIM) tarafından incelenmektedir. OHIM; hukuki, idari ve mali açıdan bağımsız bir yapıda ve Avrupa Birliği Hukukuna tabi olup, Avrupa Birliği bünyesinde tüzel kişiliğe sahiptir.¹¹⁴

Topluluk Markası başvuruları doğrudan doğruya OHIM'e yapılabileceği gibi ulusal marka ofislerine de yapılabilir. Bu durumda ofisler başvuruyu iki hafta içinde OHIM'e iletir (Tüzük 25/2). Başvuru tarihi, başvuru sahibine ilişkin bilgileri ve başvuruya konu mallar veya hizmetlerin listesini içeren formun OHIM ya da ulusal ofis kayıtlarına girdiği tarihtir.¹¹⁵

Uygun şekilde sınıflandırılan ve kayıt tarihi verilen bir başvuru, araştırma sistemine katıldığını açıklayan ulusal ofislere (Almanya, İtalya ve Fransa araştırma yapmamaktadır) gönderilir. Mart 2008 itibariyle ulusal araştırmalar seçmeli olarak ve sadece başvuru sahibi tarafından, başvuru formunda belirtilerek talep edildiği takdirde dikkate alınacaktır. Ayrıca her bir başvuru için, rüçhan tarihi ya da başvuru tarihi itibariyle önde yer alan Topluluk Markası başvuruları ve halihazırda tescilli olan Topluluk Markaları açısından topluluk araştırması yapılır. Araştırma, aynı sınıflarda ya da OHIM tarafından ilişkili kabul edilen sınıflarda kayıtlanan önceki markaları belirlemek amacıyla yapılır. Topluluk araştırma raporu, ulusal ofislerden gelen araştırma raporlarıyla birlikte başvuru sahibine gönderilir. Aynı zamanda araştırma raporunda belirlenen önceki Topluluk Markası sahiplerine OHIM

¹¹⁴ Sezen, Y.; “**Avrupa Topluluğunda Markaların Korunması**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998, s. 40'dan aktaran Ayber, İ.; “**Sınai Mülkiyet Hakları ile İlgili Uluslararası Kuruluşlar**, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2005, s. 142.

¹¹⁵ Guidelines Concerning Proceedings Before the Office for Harmonizations in the Internal Market (Trade Marks and Desgns), ExaminationGuidelines, s. 17, www.ohim.org, 2008

tarafından bilgilendirme yazısı gönderilir.¹¹⁶ Bununla birlikte araştırma bilgilendirme amaçlı olup, araştırma sonuçlarında, varsa, belirlenen önceki markalar nedeniyle yeni başvuru OHİM tarafından re'sen reddedilmez. Önceki haklara ilişkin red nedenleri, OHİM tarafından itiraz üzerine incelenir. Başvurunun kayıtlanmasından sonra, başvuru OHİM tarafından mutlak red nedenleri açısından incelemeye tabi tutulur. Yapılan inceleme sonucunda marka olabilecek nitelikte görülen başvurular yayınlanarak itirazlara açılır. İtiraz, başvurunun yayınlanmasından itibaren üç ay içerisinde yapılabilir.

2.2.2.2 İngiltere Sistemi

1994 tarihli İngiliz Markalar Kanunu'na göre, daha önce kullanma zorunluluğu olmaksızın, markayı başvuru konusu mallar ve hizmetler için gerçekten kullanmak niyetinde olan herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi İngiliz Patent Ofisi'ne tescil için başvuruda bulunabilir. Şekil koşullarını sağlayan başvuru incelemeye alınır. Eğer, markanın tescil edilemeyeceğine karar verirse başvuru sahibi bilgilendirilir; ayrıca kabul edilmeyen başvuru üzerinde değişiklikler yapıp yapılamayacağı başvuru sahibi ile tartışılarak, mümkün olduğu durumlarda değişiklikler yapılmasına müsaade edilir.¹¹⁷ Eğer yasada belirtilen koşullar sağlanıyorsa başvuru kabul edilir ve Marka Bülteni'nde yayınlanır. Başvurunun yayınlanmasının ardından dosya itirazlara açık hale gelir.

1 Ekim 2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere gidilen sistem değişikliğinden önce, marka tescil başvuruları incelenme aşamasında mutlak ve nispi red nedenlerinin bütününe içerecek şekilde re'sen değerlendirilmekteydi. Markanın yayınlanmasının ardından yine üç aylık süre içerisinde, mutlak ve nispi red nedenlerinden birine dayanılarak başvuruya itiraz edilebiliyordu.¹¹⁸

¹¹⁶ Guidelines Concerning Proceedings Before the Office for Harmonizations in the Internal Market (Trade Marks and Designs), Examination Guidelines, s. 17, www.ohim.org, 2008

¹¹⁷ Cornish, s. 575.

¹¹⁸ Ibid.

İngiliz Patent Ofisi, 2002 yılında Topluluk Markası sistemindeki hızlı büyümeyi dikkate alarak, nispi red nedenlerinin re'sen incelenmesine devam edilip edilmeyeceği sorununu değerlendirmiştir. İngiltere başvurularının OHIM e yapılan ihtilafli başvurular nedeniyle, ihtilaf İngiltere'de olmasa bile, tıkanmış durumda olması bu sorunu doğurmuştur.¹¹⁹

2004 yılında, İngiltere'deki güçlü re'sen inceleme sisteminin diğer Avrupa Devletleri ve OHIM'in itiraz sistemi ile uyumlu olamaması nedeniyle ortaya çıkan sorunlar çerçevesinde tartışma tekrar gündeme gelmiştir.¹²⁰ Bu tartışma kapsamında inceleme sisteminde yapılacak değişikliğin işlemleri hızlandıracağı ve masrafları azaltacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, çoğunluğun görüşü tam incelemenin devam etmesi gerektiği yönündedir. Bu görüş, markası için ödemede bulunan marka sahibine ihtilafli başvurulara karşı markasını savunma sorumluluğunu yüklemenin haksızlık olduğunu ve bu durumun özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmelere yük getireceğini savunmaktadır. Ayrıca, itiraza dayanan sisteme geçilmesinin de bir maliyetinin olacağı ifade edilmektedir. Buna göre başvuruların büyük bir oranına itiraz edilebilir ve bu durum maliyetleri arttırır. Sonuçta maliyetler hem başvuru sahibine hem de itiraz edene yüklenmiş olur. Ayrıca itiraza dayanan sistem, başvuru sürecini uzatacağı gerekçesiyle de eleştirilmektedir.¹²¹

Son olarak 2006 yılında Ofis bünyesinde hazırlanan bir raporla mevcut sistemin güçlü ve zayıf yönleri değerlendirilmiş ve olası alternatifler uzmanların görüşüne sunulmuştur. Değişiklik öncesi sistemde, mutlak red nedenlerine dayalı incelemeye ek olarak, ulusal marka başvuruları, İngiltere'de korunan tüm markaları kapsamak üzere, kayıtlara karşı araştırılıyordu. Kayıtlar, İngiltere ulusal markaları, WIPO tarafından Madrid Protokolüne göre tescil edilen ve koruma kapsamı olarak İngiltere ya da Avrupa Birliği belirlenen uluslararası markalar, OHIM tarafından tescil edilen Topluluk Markalarını kapsamaktadır. Araştırma kapsamında eğer yeni marka ile

¹¹⁹ “**Future of Official Examination on Relative Grounds**”, United Kingdom Patent Office, 2003, www.ipa.gov.uk .

¹²⁰ Colston, s.510.

¹²¹ Ibid.

karıştırılma ihtimali olduğu düşünülen eski bir marka tespit edilirse, eski marka nedeniyle sonraki başvuru reddedilmekteydi.¹²²

Raporda bu sistemin, İngiltere’de marka koruması elde etmek için ulusal tescilin tek yol olduğu dönem boyunca çok iyi işlediği belirtilmektedir. Ancak 1996 yılında uluslararası koruma için paralel sisteme girilmesi bazı sorunlara neden olmuştur. Yeni sistemle bütün Avrupa koruma elde etmek, yalnızca İngiltere’de elde etmekten daha kolaylaşmıştır. Bu nedenle İngiltere’de de haklar sağlayan Topluluk Markaları, ulusal başvurulara göre farklı bir yolla incelenmektedir. Bazı başvuruların mutlak red nedenlerine dayalı olarak ayrıca incelenmesine rağmen, yeni Topluluk Markası yalnızca herhangi bir önceki marka sahibinin itirazı üzerine nispi red nedenlerine dayalı olarak reddedilecektir. Bu şu anlama gelmektedir: Bir ulusal marka sahibi Topluluk Markası tescillerini takip etmediği takdirde, başka birinin aynı ya da benzer bir markayı Topluluk Markası olarak tescil ettirdiğini fark edebilecektir. Dahası, Topluluk Markası başvurusu yapılması suretiyle ulusal ofisteki nispi red nedenlerine dayalı incelemeyi atlatma olasılığı, ofislerin ileri sürdükleri ya da sürecekleri itirazları da aradan çıkarabilir.

Raporda büyüyen Topluluk Markası sisteminin ulusal tescillere nasıl yansıdığına da değinilmiştir. Buna göre çok sayıda önce korunan Topluluk Markası olmasına bağlı olarak, yeni İngiliz başvuru sahibinin İngiltere’de ulusal tescil elde etme ihtimali azalmaktadır. Aynı zamanda yeni ulusal başvurular, eski ulusal markalara dayanılarak yapılan itirazlar nedeniyle olduğu gibi, kendisi re’sen nispi incelemenin konusu olmamış eski Topluluk Markasına dayanılarak yapılan itirazlar nedeniyle de başarısız olacaktır. Raporda, sistem değişikliğine gidilmemesi halinde beş yıl içerisinde, ofis tarafından dikkate alınan nispi red nedenlerine bağlı itirazların üçte ikisinin önceki Topluluk Markalarına dayalı olacağı, on yıl içerisinde de bu oranın dörtte üçe çıkacağı belirtilmiştir.¹²³

¹²² “**Relative Grounds for Refusal-The Way Forward**”, United Kingdom Patent Office, s. 4-5 için bkz. www.ipo.gov.uk .

¹²³ “**Relative Grounds for Refusal-The Way Forward**”, United Kingdom Patent Office, s. 4-5 için bkz. www.ipo.gov.uk .

Raporda ayrıca ulusal marka tescili için başvuru yapan başvuru sahipleri ile Topluluk Markası başvurusunda bulunanlar arasında daha adil bir denge kurulmasının önemli olduğu vurgulanmıştır. Farklı inceleme sistemlerinin, ulusal ofis nispi red nedenlerine dayalı incelemeyi re'sen yaparken, OHIM'in neden yapmadığını anlamayan işletmeler açısından karışıklığa neden olduğu, sistemler arası farklılığın savunulabilir ve çelişkili olmaktan ziyade tamamlayıcı nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir.¹²⁴ Bu doğrultuda yürütülen tartışmalar neticesinde, yukarıda sıralanan farklılıkların giderilmesi ve ortaya çıkan sorunların önlenmesi için sistem değişikliğine gidilmiştir. Yeni düzenleme 1 Ekim 2007 itibariyle yürürlüğe girmiştir.

Uygulanan yeni sistemde de şekli incelemenin ardından yine mutlak red nedenlerine dayalı inceleme re'sen yapılmaktadır. Ayrıca önceki markalara yönelik araştırma da ofis tarafından yürütülür. Araştırma sonucunda başvuru marka ile aynı ya da benzer bir önceki marka tespit edilirse, bu durum artık inceleme aşamasında re'sen redde konu olmaz; bununla birlikte önceki markalar hakkında başvuru sahibi bilgilendirilir ve başvuru sahibinden tescil işlemlerine devam edip etmeme konusunda karar vermesi beklenir. Tescil işlemlerinin devam etmesi durumunda Ofis, önceki marka sahiplerine yapılan başvuru hakkında bilgi verir. Sonrasında başvuru Marka Bülteni'nde yayınlanarak, üç aylık dönem içerisinde belirlenen öncelikli marka sahipleri ya da diğer tarafların itirazına açılır.¹²⁵

Bilindiği gibi Türkiye'de de marka tescil başvuruları, daha önce tescil edilmiş ya da tescil başvurusu yapılmış markalar ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olmaları yönünden re'sen incelenmektedir. İngiltere'nin Topluluk Markası sisteminin hızlı büyümesi nedeniyle karşılaştığı sorunlar, Türkiye için de ilerleyen süreçte Avrupa Birliği'ne katılımın gerçekleşmesiyle ortaya çıkabilir. Türkiye 1999 yılı itibariyle Avrupa Birliği'ne aday ülke statüsündedir. 2003 yılında da üyelik için müzakere süreci başlamıştır. Şu anki durumda Türkiye hem Paris Sözleşmesi hem de DTÖ Kuruluş Anlaşmasına taraf olduğundan, Türk vatandaşları Topluluk Markası başvurusunda bulunabilirler, ancak Türkiye birlik üyesi olmadığından Topluluk

¹²⁴ “**Relative Grounds for Refusal-The Way Forward**”, United Kingdom Patent Office, s. 4-5 için bkz. www.ipo.gov.uk.

¹²⁵ <http://www.ipo.gov.uk/tm/t-applying/t-after-whathappensnext.htm>.

Markası sistemi ile sağlanan koruma Türkiye'yi kapsamamaktadır. Dolayısıyla Türkiye'deki inceleme sürecinde de Topluluk Markaları ya da başvuruları dikkate alınmamaktadır. Bununla birlikte müzakereler sonucu Avrupa Birliği'ne katılımın gerçekleşmesi halinde yukarıda bahsedilen sorunlarla karşılaşılması muhtemel olacaktır.

2.2.2.3 Almanya Sistemi

Alman Patent ve Marka Kurumu (DNMA, Deutsches Patent und Markenamt) markanın tescilinin mutlak red nedenlerine bir aykırılık oluşturup oluşturmadığını inceler. Özellikle mal veya hizmetlerin sadece kendi türünü, özel nitelik ve unsurlarını tanımlayan işaretler tescil edilemez. DNMA aynı ya da benzer markaların daha evvel tescil edilip edilmediğini incelemeyi. Talebin kanuni koşulları taşıdığı ve herhangi bir mutlak tescil engelinin bulunmadığı hallerde markayı sicile kaydeder. Bu kayıt elektronik marka bülteninde yayınlanır ve başvuru sahibi tescil ile ilgili bir belge elde eder. Marka tescil edildikten sonra itirazlara açılmak üzere yayınlanır.¹²⁶

Tescilin yayınlanmasından sonra eski marka sahipleri sicile itiraz etme hakkına sahiptirler. İtiraz temel olarak tescil için başvuru ya da tescil edilmiş markalar bakımından, Topluluk Markası veya Uluslararası Markalar da dahil olmak üzere, karıştırılma tehlikesi bulunduğu hallerde yapılır. İtiraz yazılı olarak ve yayım tarihinden itibaren üç ay içerisinde yapılmalıdır. İtiraz ile ilgili olarak, itiraz incelemesi sırasında karar verilir. Bu doğrultuda yeni tescil edilen markanın sicilden silinmesi söz konusu olabilir.¹²⁷

2.2.3 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Karıştırılma İhtimali

Karıştırılma ihtimali KHK'de hem bir tescil engeli (KHK madde 7, 8), hem de bir tecavüz eylemi (KHK madde 61) olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte bir tescil engelinin varlığına rağmen marka tescili gerçekleşmişse, söz konusu markanın

¹²⁶ <http://www.dnma.de/marke/verfahren/index.html> .

¹²⁷ <http://www.dnma.de/marke/verfahren/index.html> .

hükümsüzlüğü yetkili mahkemelerde ilgili kişiler tarafından dava konusu edilebilir (KHK madde 42).

2.2.3.1 Tescil Engeli Olarak

Karıştırılma ihtimali kavramı, KHK'nin marka tescilinde mutlak ve nispi red nedenlerinin sayıldığı 7 nci ve 8 inci maddelerinde, hem bir mutlak red nedeni, hem de bir nispi red nedeni olarak düzenlenmiştir. 7 nci madde kapsamında sayılan mutlak red nedenleri, TPE tarafından re'sen incelenmekle birlikte itiraza da konu edilebilir. Buna karşın 8 inci maddede sayılan nispi red nedenleri ancak ilgili kişilerin itirazı üzerine değerlendirilir (KHK madde35).

KHK'nin 7/1-b bendine göre aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer¹²⁸ markalar tescil edilemez.

KHK'nin 7/1-b bendinde düzenlenen red nedeninin oluşması için, markalar arasında başvuru ya da tescile bağlı bir öncelik sonralık ilişkisinin bulunması, markaların aynı ya da aynı tür malları/hizmetleri kapsamaları ve markaların aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Anılan red nedeni ile benzer bir düzenleme, KHK'nin 8/1-a bendinde de yer almaktadır. Buna göre, tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa, tescil edilmiş ya da tescil başvurusu yapılmış marka sahibi tarafından itiraz edilmesi durumunda reddedilir. Aynı maddenin (b) bendinde ise tescil edilmiş ya da daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ya da benzer olan, aynı ya da benzer malları/hizmetleri kapsayan ve halk tarafından (ilişkili olduğu ihtimalini

¹²⁸ 5194 sayılı Kanunla 2004 yılında KHK'nin 7/1-b hükmündeki "ayırt edilemeyecek kadar aynı" ifadesi, "ayırt edilemeyecek kadar benzer" olarak değiştirilmiştir. Literatürde de "ayırt edilemeyecek kadar aynı" ifadesi eleştirilmiştir. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 396; Karaahmet ve Yalçınar, s. 28.

kapsayacak şekilde) karıştırılma ihtimali bulunan işaretlerin tesciline, ilgili kişiler tarafından itiraz edilebileceği düzenlenmiştir.

KHK'nin 7/1-b düzenlemesinde, 8/1-b düzenlemesinden farklı olarak markanın halk tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunması şartı aranmamıştır. Bu doğrultuda “aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer” ifadesinin markalar arasındaki benzerliğin, karıştırılma ihtimali doğurup doğurmayacağını ayrıca incelenmesini gerektirmeyecek kadar açık olduğu halleri kapsadığı söylenebilir.¹²⁹

Literatürde KHK'nin 7/1-b ve 8/1-a düzenlemesinin içerik olarak benzer bir durumu ifade ettiği belirtilmektedir.¹³⁰ Bununla birlikte anılan düzenlemelerin hem mutlak hem de nispi red nedeni olarak sayılmasının bir çelişki doğurup doğurmadığı konusunda görüş ayrılıkları söz konusudur.

Arkan' a göre, KHK'nin 7/1-b bendindeki düzenleme, eski hak sahibinin çıkarlarının korunmasına ilişkin olduğundan, niteliği gereği nispi red nedenleri arasında sayılması gerekirken, KHK'de mutlak red nedenleri¹³¹ arasında gösterilmiştir. Yazar, aynı hükmün mutlak red nedeni olarak düzenlenmesinden sonra, ayrıca bir nispi red nedeni oluşturacağını kabul edilmesini çelişkili bir durum olarak görmektedir.¹³² KHK'nin 7/1-b bendi ile düzenlenen durum, KHK'ye kaynaklık eden Yönerge ve Tüzükte nispi red nedenleri arasında düzenlenmiştir.

Tekinalp ise, aynı nedenin hem mutlak hem de nispi red nedeni olarak düzenlenmesinin mükerrer tescillerin önlenmesine yönelik olduğunu belirtir. Yazara göre, aynı işareti daha önce marka olarak tescil ettirmiş veya başvuru yapmış olanlara itiraz hakkı tanınmasıyla, TPE'nin gözünden kaçan veya TPE tarafından yanlış değerlendirilen olaylara müdahale edilmesi sağlanır. Ayrıca yazar, halkın

¹²⁹ Arkan, C. I, s. 75.

¹³⁰ Ibid; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, s. 371; Yasaman, C. I, s. 396; Kırca, İ; “**Yargıtay Kararları Açısından Marka Hukukunda İltibas (Karıştırılma) Kavramı ve Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka**”, Symposium on Effective Enforcement of Intellectual Property Rights in Turkey, Session 5 Speech 2, s. 1; Karaahmet ve Yalçınar, s. 44; Karan ve Kılıç, s. 197).

¹³¹ Benzer şekilde niteliği gereği nispi red nedenlerinden olan aynı maddenin (1) bendinde düzenlenen, Paris Sözleşmesi'nin birinci mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markanın aynının ya da benzerinin başka bir kişi adına tescill olunamayacağı hükmü de mutlak red nedenleri arasında sayılmıştır.

¹³² Arkan, C. I, s.72.

karıştırılabileceği bir işaretin de TPE tarafından re'sen reddedilebilmesi gerektiği görüşündedir.¹³³

Karahmet ve Yalçın'er'e göre de aynı hükmün hem mutlak hem de nispi red nedeni olarak düzenlenmesinin nedeni, TPE tarafından 7 nci madde kapsamında yapılan incelemede, herhangi bir nedenle dikkate alınmamış bir hususa bağlı olarak ilan edilen bir marka başvurusuna, yine üçüncü kişilerce itiraz edilerek mükerrer marka tescilini önleme olanağı sağlamaktır.¹³⁴

Karan ve Kılıç'a göre ise mutlak red nedeni olarak herkes tarafından herhangi bir zamanda tescilin engellenmesi ve hükümsüzlüğün istenmesi için ileri sürülebilecek söz konusu nedenin, bir de nispi red nedeni olarak düzenlenmiş olması gereksizdir.¹³⁵

Sonuç olarak, 556 Sayılı KHK, nispi bir red nedeni olarak düzenlenmesi gereken bir durumu mutlak red nedenleri arasında göstermekle, sistematik olarak uluslararası kaynaklardan farklı bir düzenleme içermektedir. Bu durum, yasal düzenlemede sadece mutlak red nedenlerinin re'sen inceleme kapsamına alınmış olması ve fakat 7/1-b ile düzenlenen durumun, kanun koyucu tarafında, re'sen inceleme kapsamına alınmak istenmesiyle açıklanabilir. Ancak içeriği itibariyle nispi red nedenleri arasında düzenlenmesi gereken söz konusu bendin, mutlak red nedeni olarak gösterilmesi kavramsal olarak çelişki doğurmaktadır (aynı durum, tanınmış markalara ilişkin, KHK'nin 7/1-ı bendi için de söz konusudur). Önceki haklara dayalı diğer red gerekçeleri ise, uluslararası düzenlemeler paralelinde nispi red nedenleri başlığı altında düzenlenmiştir.

KHK'nin 8 inci maddesinde, itiraz üzerine incelenmek üzere, nispi red nedenleri sayılmıştır. KHK'nin 8/1-b bendinde, eski marka ile aynı ya da benzer olan başvurunun aynı ya da benzer mallar ve hizmetler üzerinde kullanılması ve bu durumun ilişkili olma ihtimalini de içerecek şekilde halk nezdinde karıştırılma ihtimali doğurması hali düzenlenmiştir. Bu düzenleme birden fazla ihtimali içermektedir. Buna göre:

¹³³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 386.

¹³⁴ Karahmet ve Yalçın'er, s.44.

¹³⁵ Karan ve Kılıç, s. 197.

- Eski marka ile aynı markanın benzer malları/hizmetleri kapsamı;
- Eski marka ile benzer markanın aynı malları/hizmetleri kapsamı;
- Eski marka ile benzer markanın benzer malları/hizmetleri kapsamı,

halleri nedeniyle halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa, eski marka sahibinin itirazı üzerine yeni başvuru reddedilir. KHK'nin 8/1-a bendinde düzenlenen eski marka ile aynı markanın aynı malları/hizmetleri kapsamı halinin ise KHK'nin 8/1-b bendi kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir.¹³⁶

2.2.3.2 Hükümsüzlük Sebebi Olarak

KHK'nin 42/1-a, b bentlerinde, mutlak ya da nispi red nedenlerinin herhangi birinin varlığına rağmen bir markanın tescil edilmiş olması durumunda, markanın hükümsüzlüğünün¹³⁷ istenebileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda tescil engeli olarak mutlak ve nispi red nedenleri arasında sayılan karıştırılma ihtimali halleri, markanın hükümsüzlüğüne de dayanak oluşturmaktadır. Tescilli bir marka ile aynı ya da benzer olan ve aynı ya da benzer malları/hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından karıştırılma ihtimali bulunan bir işaret, söz konusu nedenlerin varlığına rağmen tescil edildiği takdirde, tescilden zarar gören kişiler tarafından markaya karşı hükümsüzlük davası açılabilir. Bundan başka, markanın hükümsüzlüğü cumhuriyet başsavcılar ve ilgili resmi makamlar¹³⁸ tarafından istenebilir (KHK madde 43).

Arkan¹³⁹, hükümsüzlük davası açabilecek kişilerin, KHK'nin 42 nci maddesinde yer alan hükümsüzlük nedenlerinin türlerine göre bir ayırım yapılmadan genel bir şekilde

¹³⁶ Arkan, C. I, s. 97, dn. 112; Karahan da KHK'nin hazırlanmasında gereksiz hüküm tekrarlarına düşüldüğünü belirterek, karıştırılma ihtimalinin mutlak olduğu kabul edilen aynen kullanma halinin 8/1-b hükmü içerisinde tekrarlanmasını eleştirmektedir (Karahan, s. 33).

¹³⁷ Markanın hükümsüzlüğü, KHK'de öngörülen sebeplerin varlığı halinde, mahkeme kararıyla markanın marka sicilinden silinmesidir (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.435). KHK'de hükümsüzlük ifadesinin yanı sıra iptal ve iptal davası ifadeleri de kullanılmaktadır. Bununla birlikte iki durum arasında sonuçları bakımından fark yoktur. Tekinalp'e göre aynı durumu anlatmak üzere farklı ifadelerin kullanılmasının nedeni özensizliktir (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 436). Kaynak 89/104 sayılı yönergede, mutlak ya da nispi red nedenlerine dayanan haller hükümsüzlük nedeni (invalidity), sonradan ortaya çıkan diğer haller ise iptal (revocation) nedeni olarak ifade edilmektedir. Literatürde KHK'nin hazırlanmasında Yönergenin tercih ettiği bilinçli ayırımın gözetilmemiş olması eleştirilmektedir (Arkan, S.; **Marka Hukuku C. II**, Ankara 1998, s.155; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 436; Karan ve Kılıç s. 379).

¹³⁸ TPE de bu kapsamda hükümsüzlük davası açılabilmesine ilişkin bkz. Arkan, C. II, s. 166

¹³⁹ Arkan, C. II, s. 165.

belirlenmesinin yerinde olmadığı görüşündedir. Yazar, anılan maddede sayılan hükümsüzlük halleri arasında nitelik farkı olduğundan bu durumun gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir. Örneğin mutlak red nedenlerinde kamusal yarar ön plandayken, nispi red nedenleri ile esas olarak önceki hak sahiplerinin çıkarlarının korunması amaçlanmıştır. Bu bağlamda yazar hükümsüzlük davasının davacılarını da, bu durum dikkate alarak belirlemek gerektiğini belirtmektedir. KHK'nin hazırlanmasına kaynaklık eden 49/94 sayılı Tüzük'te, mutlak red nedenlerine aykırı tescil halinde tescilin hükümsüzlüğüne karar verilmesi için başvuruda bulunma hakkı, herhangi bir gerçek ya da tüzel kişiye, üreticilerin, hizmet temin edenlerin, tacirlerin ya da tüketicilerin çıkarlarını temsil etmek üzere kurulan ve davacı ve davalı olma ehliyetine sahip teşekküllere tanınmıştır. Nispi red nedenlerine aykırılık halinde ise hükümsüzlüğü talep etme yetkisi sadece önceki hak sahiplerine verilmiştir (madde 55/1-b,c). Ayrıca Topluluk Markası siteminde markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi için OHİM'e başvuru yapılır, OHİM kararına karşı ise mahkemeye başvurulabilir (madde 63). KHK kapsamında TPE'ye böyle bir yetki tanınmamıştır. Markanın hükümsüz sayılmasına yetkili mahkeme tarafından karar verilir.

Hükümsüzlük davası açılabilmesi, tescile konu markaya itiraz edilmesine bağlanmamıştır. İtirazda bulunmamış hak sahibi de hükümsüzlük davası açabilir. Dolayısıyla bir marka, marka veya marka başvurusu sahibinin ihmali yüzünden itirazda bulunulmaması yahut yapılan itirazın haklı görülmemesi nedeniyle tescil edilirse, bu durumda öncelik hakkı sahibi olduğunu iddia eden marka veya marka başvurusu sahibi KHK'nin 42/1-b hükmüne istinaden hükümsüzlük davası açarak, tescil edilen markanın terkinini talep edebilir.¹⁴⁰

KHK kapsamında, hükümsüzlük davası açılabilmesi genel olarak herhangi bir şarta bağlanmamıştır. Ancak bu durumun iki istisnasından bahsedilebilir. İlki KHK'nin 42/1-a bendindeki, Paris Sözleşmesi'nin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesine göre, tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davasının tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde açılması gerektiği yönündeki düzenlemedir. Bununla birlikte markanın tescilinde kötü niyet varsa süre şartı aranmaz. Anılan hüküm Paris Sözleşmesi'nin 1 inci mükerrer

¹⁴⁰ Karahan, s. 88.

6. ncı maddesinin 2 nci fıkrasından alınmıştır.¹⁴¹ Paris Sözleşmesi'nin söz konusu hükmüne göre, tanınmış markaların kaydının terkinin, tescil tarihinden itibaren 5 yıllık sürenin geçmesinden sonra istenebilir. İkinci durum ise KHK'nin 42/1-b bendinin son cümlesiyle düzenlenmiştir. Buna göre KHK'nin 8/son¹⁴² hükmü uyarınca hükümsüzlük davasının açılabilmesi, markanın önceki hak sahibi tarafından koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl içerisinde kullanılmış olması şartına bağlıdır.

Hükümsüzlük davasının hangi sürede açılabileceğine ilişkin ilgili madde bir düzenleme getirmediğinden, bu durum tartışmalara neden olmuştur. Arkana¹⁴³,a göre hükümsüzlük davasının zamanaşımına söz konusu değildir. Zira KHK hükümlerine aykırı tescil devam ettiği sürece zamanaşımı işlemez. Yazar, hükümsüzlük talebinin, tescilden çok sonra ileri sürülmesi halinde ise Medeni Kanun'un 2 nci maddesine dayanılarak reddedilebileceği görüşündedir.

Tekinalp'e göre ise, KHK'nin, Paris Sözleşmesi'nin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesi anlamında tanınmış markaların hükümsüzlüğünün talep edilmesine ilişkin 42/1-a bendinde beş yıllık hak düşürücü sürenin öngörülmesiyle, kanun koyucu tarafından tescil devam ettiği sürece zamanaşımının işlemeyeceği savı reddedilmiş olmaktadır. Yazar hükümsüzlük davalarında, KHK'nin 70 inci maddesinde¹⁴⁴ öngörülen zamanaşımı süresinin, 42 nci maddede düzenlenen istisnalar da gözetilerek, uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

Yönerge'nin 9 uncu maddesinde ve Tüzük'ün 53 üncü maddesinde ise marka sahibinin, markasının aynının ya da benzerinin başkası tarafından tescil ettirilmesine beş yıl süre ile sessiz kalınması halinde, sonraki markanın tescili kötü niyetli olmadıkça hükümsüzlüğünün istenemeyeceği düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeler KHK'ye alınmamıştır. Ancak KHK'nin 42/1-a bendinde tanınmış markalar için

¹⁴¹ Arkan, C. II, s. 157.

¹⁴² KHK 8/son hükmü: "Bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir".

¹⁴³ Arkan, C. II, s. 257.

¹⁴⁴ İlgili maddede Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümlerine atıfta bulunmaktadır.

belirlenen beş yıllık sürenin, diğer hükümsüzlük hallerinde de ortak olarak uygulanabileceği belirtilmektedir.¹⁴⁵

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 11.09.2000 tarihli bir kararında¹⁴⁶ da bu sorun tartışılmıştır. Buna göre, KHK'nin 42 nci maddesindeki hükümsüzlük davasının hangi sürede açılacağına ilişkin yasal boşluğun, anılan maddede tanınmış markalar için öngörülen 5 yıllık sürenin diğer markalar için de uygulanmak sureti le doldurulması uygun bulunmuştur.

2.2.3.3 Tecavüz Eylemi Olarak

KHK'nin 61 inci maddesinde, marka hakkının kapsamını düzenleyen 9 uncu maddesine yollamada bulunularak, marka hakkına tecavüz oluşturan fiiller sayılmıştır. KHK'nin 61/a bendine göre, 9 uncu maddenin ihlali marka hakkına tecavüz¹⁴⁷ sayılır. Buna göre; tescilli bir marka ile karıştırılma ihtimali bulunan bir markanın tescilsiz kullanımı, tescilli markaya tecavüz oluşturur. KHK'nin 9/1 maddesi uyarınca marka sahibi;

- aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli markası ile aynı olan ve aynı veya benzeri mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli markası ile aynı veya benzer olması nedeniyle halk tarafından, bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan,

¹⁴⁵ Arkan, C. II, s. 161; Oytaç, **Karşılaştırmalı**, s. 261; Noyan, s.300; Karan ve Kılıç, s. 381.

¹⁴⁶ "...KHK'de, marka tescil başvuruları değerlendirilirken, ilgililere, itiraz olmağı ile birlikte sonradan marka tescilinin hükümsüz sayılması için dava olanağı da tanınmasına rağmen, bu davanın hangi sürede açılacağı hususunda bir düzenleme getirilmemiş ise de, yine anılan KHK'nin 42. maddesinde Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde açması gerekeceği belirtilmiş, dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının da yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek bu yasal boşluğun yukarıda sözü edilen tanınmış markalar için öngörülen beş yıllık sürenin, en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması dairemizce görülmüştür. Nitekim, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 189 ncu maddesi uyarınca kabul edilen 89/104 sayılı Yönerge'de tanınmış markalar için de, beş yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür..." Yargıtay 11. HD. 11.9.2000, E:2000/5607, K:2000/6604 (FMR, Y.1, C.1, S.4, s.207-210; Ayrıca Epçeli, S.; Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006, s. 23).

¹⁴⁷ Bir markanın, sahibinin izni olmadan, başkası tarafından KHK'de öngörülen modelde ve şekilde kullanılması marka hakkına tecavüz olduğu yönündeki görüş için bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 454.

- benzer olmayan mal veya hizmetlerle ilgili olarak ise , tescilli markası ile aynı veya benzeri işaretin kullanılmasıyla tescilli markasının itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markasının ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikte olan

herhangi bir işaretin kullanılmasını önleme hakkına sahiptir. Sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde, marka sahibi KHK'nin 9/2 nci maddesine göre, işaretin mal ya da ambalajı üzerine konulmasını, işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi ya da bu amaçla stoklanmasını, işareti taşıyan malın tesliminin teklif edilmesini veya o işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sağlanmasını, işareti taşıyan malın ithali ya da ihracını, işaretin iş evrakı ya da reklamlarda kullanılmasını engelleyebilir. Anılan maddede uygulamada sık rastlanılan durumlar örnek olarak sıralanmakta olup, tahdidi nitelikte değildir.¹⁴⁸

2.2.3.4 Değerlendirme

556 sayılı KHK'nin 7/1-b ve 8/1-a düzenlemesi üzerine literatürde yürütülen tartışma, genel olarak, mükerrer düzenlemenin gerekli olup olmadığı konusuna yoğunlaşmıştır. Fakat tartışmalar dahilinde, KHK'nin 7/1-b düzenlemesinin niteliği gereği nispi bir nedeni içerdiği konu edilmemiştir. Bu noktada kanun koyucunun, sistematik olarak, 7/1-b düzenlemesi ile belirtilen durumu re'sen incelenmek üzere mutlak red nedenleri arasında göstererek , karıştırılma ihtimalinde derecelendirmeye gittiği söylenebilir.

Bir görüşe¹⁴⁹ göre, TPE tarafından ancak herhangi bir takdir yetkisine ve şüpheyeye yer vermeyen, birbiri ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markaların reddedilebileceği dikkate alındığında KHK'nin sistematığının uygun olduğu savunulabilir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere nispi red nedenleri re'sen dikkate alınmak zorunda değilse de bu durum uygulayıcıların tasarrufuna göre belirlenecek bir konudur.¹⁵⁰ Bu bağlamda, ulusal mevzuatlara bağlı olarak

¹⁴⁸ Arkan, C. II, s. 211.

¹⁴⁹ Yasaman, C. I, s.227.

¹⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. s.32.

değişmekle birlikte, nispi red nedeni olarak sayılan bir hal de re'sen incelenebilir. Ülkeler marka korumasının kapsamına yönelik politikalarını, ülkedeki taklitçiliğin boyutu ve toplumun marka konusunda ulaştığı bilinç seviyesi¹⁵¹ gibi faktörler ile birlikte marka başvurularının yoğunluğu ve ofislerin iş yükü vs. gibi konuları dikkate alarak belirleyebilirler.

Türk Hukukunda ise, KHK'nin 7/1-b bendi ile düzenlenen, tescil edilmiş ya da tescil başvurusu yapılmış önceki bir marka hakkına dayalı red gerekçesi, mutlak red nedenleri arasında sayılarak re'sen inceleme kapsamına alınma yoluna gidilmiştir. Bu durum hem KHK'nin hazırlanmasında yararlanılan kaynaklardaki düzenlemeler ile farklılık göstermesi açısından hem de kavramsal olarak çelişkili bir sonuç doğurmaktadır. Bu sonuç, KHK'nin, önceki haklara dayalı red gerekçelerinin, kısmen re'sen inceleme kapsamına alınmak üzere düzenlenmesiyle açıklanabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere ülkeler, nispi red nedenleri ya tamamen re'sen incelemekte, ya da bütün olarak itiraz üzerine değerlendirmeye almaktadır. KHK'deki kavramsal çelişki, markanın kendi özelliklerinden kaynaklanmayan fakat önceki bir hakka dayanan bir red gerekçesinin mutlak red nedenleri arasında sayılmasından kaynaklanmaktadır. Bunun dışında, aynı gerekçenin hem re'sen hem de itiraz üzerine incelenebilecek olması kendi başına çelişki doğurmamaktadır. Nitekim tam inceleme yapılan, yani mutlak ve nispi red nedenlerinin re'sen incelendiği ülkelerde de, başvurular yayınlanarak itirazlara açılır. Benzer şekilde KHK'nin 7 nci maddesinde sayılan diğer gerekçeler de, ilgili kişiler tarafından, itiraza konu edilebilmektedir.

¹⁵¹ Bu konuda Marka Koruma Grubu tarafından hazırlanan raporda, Türkiye'de halen taklitçiliğin önemli bir düzeyde olduğu ve yaygın olarak dünya markalarının sahtelerinin üretildiği, satıldığı ve uluslararası ticaretinin yapıldığı belirtilmektedir ("Sahte ve Kaçak Malların Türkiye Ekonomisi Üzerine Etkileri", Hacettepe Üniversitesi Döner Semaye İşletmesi tarafından hazırlanan 04.02.2008 tarih ve B.30.2. HAC.0.70.81.08/154 sayılı rapor).

3 KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN BELİRLENMESİ

3.1. Genel Olarak

KHK'ye göre, tescil başvurusu yapılmış ya da tescil edilmiş bir marka ile aynı ya da benzer olan ve aynı ya da benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından bağlantılı olduğu ihtimalini de içerecek Şekilde karıştırılma ihtimali bulunan işaretler, itiraz üzerine reddedilir (KHK 8/1-b). Buna göre karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkması;

- markaların aynı/benzer olması,
- mallar/hizmetlerin aynı/benzer olması ve
- iki unsurun birlikte benzerliğinin halk tarafından karıştırılma ihtimali doğurması

Şartlarının aynı anda gerçekleşmesine bağlıdır. Karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde yapılacak incelemede söz konusu Şartların gerçekleŐip gerçekleŐmediėi dikkate alınmalıdır.

Tescil başvurusu yapılmış ya da tescil edilmiş bir markanın aynının, aynı mallar veya hizmetler için kullanılması durumunda karıştırılmanın mutlak olduğu kabul edilir. Bu durumun karıştırılmaya neden olup olmadığının ayrıca araştırılmasına gerek yoktur.

Tescil başvurusu yapılmış ya da tescil edilmiş bir markanın benzerinin benzer mallar veya hizmetler için kullanılması halinde ise, bu durumun halk nezdinde karıştırılma ihtimali doğurup doğurmadığının incelenmesi gerekir. Yargıtay kararlarında da benzerin kullanıldığı durumlarda karıştırılma ihtimalinin varlığının belirlenmesi için bilirkişi incelemesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir.¹⁵² Topluluk Markası uygulamasında, benzerinin kullanılması suretiyle halkın malların ya da hizmetlerin

¹⁵² Y. 11. HD. 23.11.1978, E.978/4624 K. 78/5251 ve diğer kararlar için bkz. Eceli, s.49, dn. 154.

aynı ya da ekonomik olarak bağlantılı bir işletmeden kaynaklandığına inanmaları ihtimalinin, yani kaynakta karıştırılmanın, incelenmesi üç öğeden oluşur¹⁵³:

- Markaların benzerliği,
- Malların hizmetlerin benzerliği,
- Önceki markanın ayırt edici gücü.

İncelemenin öğelerinden önceki markanın ayırt ediciliği de kendi içinde iki gruba ayrılabilir: önceki markanın kendine özgü karakteristiği ve önceki markanın bilinirliği/ünü.

Genel olarak ayırt edici gücü yüksek markaların daha güçlü bir korumayı gerektirdiği kabul edilir. Markanın bilinirliği de bu anlamda belirleyici etkenlerden biridir.¹⁵⁴ KHK'nin karıştırılma ihtimalini düzenleyen ilgili maddelerinde aynı ya da benzerini kullanmaya karşı korumanın sınırları aynı/aynı tür ya da benzer mallar veya hizmetlerle belirlenmiştir (KHK 7/1-b, 8/1-a,b). Bununla birlikte aynı ya da benzeri kullanılan markanın bilinirliği dikkate alınarak, belli şartların gerçekleşmesi durumunda, farklı mal ya da hizmetlerde de korunabileceği düzenlenmiştir (KHK 8/4). Buna göre; tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği bir durumda, sonraki markanın farklı mal ya da hizmetler için tescil başvurusu reddedilebilir.

KHK'de karıştırılma ihtimalinin unsurları belirtilmekle birlikte, incelemeye esas oluşturmak üzere karıştırılma ihtimalinin belirlenmesine yönelik açıklayıcı tanımlara yer verilmiştir. Örneğin aynı tür mallar/hizmetler için ayırt edilemeyecek kadar benzer olmak KHK kapsamında yasaklanmışken, bu kavramların ne anlama geldiği konusunda bir düzenleme KHK'de yer almamıştır. Bu bağlamda Literatürde

¹⁵³ Schmidt, s. 464.

¹⁵⁴ Karahan, s. 94.

yürütülen tartışmalarda 551 sayılı Markalar Kanununda belirlenen ve bu dönemdeki içtihatlar ile oluşturulan kriterlerin dikkate alınabileceği belirtilmektedir.

3.2 Karıştırılma İhtimalinin Unsurları

3.2.1 Markaların Aynılığı/Benzerliği

KHK'nin 7/1-b bendinde aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların, 8/1-b bendinde ise, anılan bentten farklı olarak benzer markaların bir tescil engeli oluşturmasından bahsedilmiştir. Ancak aynı, ayırt edilemeyecek kadar benzer ya da benzer olmanın tespitine ilişkin bir ölçü belirtilmemiştir.

Buna karşın KHK ile yürürlükten kalkan 551 Sayılı Markalar Kanununda aynen ve benzerini kullanmaya ilişkin açıklayıcı düzenlemelere yer verilmekteydi. 551 sayılı Markalar Kanununun 47/1-2 bendine göre başkasına ait tescilli bir markanın biçim, anlam veya bunlardan birisi itibarıyla eşini veya ebat ya da renk itibarıyla veya dikkatli bakılmadıkça farkına varılmayacak derecede değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış sayılmaktaydı. Anılan Kanunun 47/1-3 bendine göre ise başkasına ait tescilli bir markaya toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibarıyla ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu surette iltibasa neden olan bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış sayılmaktaydı.

551 Sayılı Markalar Kanununda yer aldığı gibi, KHK'de konuya ilişkin açıklayıcı bir düzenlemeye yer verilmemesi ve değerlendirmede gözetilecek kriterlerin ortaya konmamış olması nedeniyle, Literatürde eski kanun döneminde belirlenen kriterlerin ve bu dönemde verilen yargı kararlarının geçerliliğini koruyup korumadığı konusu tartışılmıştır. Yürütülen tartışma, KHK'de yer alan aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer ve benzer kavramlarının açıklanmasında yol gösterici niteliktedir.

3.2.1.1 Aynı ya da Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer Markalar

Bir marka ile işaret, markayı oluşturan tüm öğelerde herhangi bir değişiklik ya da ekleme yapılmadan taklit edildiğinde ya da işaret bütün olarak değerlendirildiğinde ortalama tüketici tarafından fark edilmeyecek kadar önemsiz ve az değişiklikleri içerdiği durumda aynı sayılır. Karşılaştırma, başvurusu yapılan markanın bütünü ile önceki tescilli marka arasında yapılmalıdır.¹⁵⁵

Aynen kullanma bir markanın karakteristik ve asli elemanlarına tecavüz edilmesi olarak tanımlanır.¹⁵⁶ Aynen kullanmanın tam ve kısmi olabileceği kabul edilmektedir.¹⁵⁷ Buna göre tam aynen kullanma, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın tamamen kopya edilerek kullanılmasıdır. Aynen kullanma açık bir tecavüz hali olduğundan, bu tip bir tecavüze sık rastlanmaz. Marka üzerinde karşılıklı hak iddialarının olduğu durumlarda ya da farklı mallar/hizmetler üzerindeki kullanılması durumunda ancak söz konusu olabilmektedir. Kısmi aynen kullanma halinde ise, başkasının hak sahibi olduğu bir marka aynen kopya edilerek değil de, aynen denecek kadar az değiştirilerek kullanılır. Ayrıca az değiştirmenin somut bir kriteri olamayacağından, her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konu olduğu da belirtilmektedir.¹⁵⁸

Aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olmanın ne anlama geldiği konusunda KHK'de da herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. KHK'deki bu boşluk nedeniyle eski kanunda belirlenen kriterlerin yeni düzenlemede de dikkate alınıp alınamayacağı tartışılmıştır.

551 Sayılı Markalar Kanununda aynen ve benzerini kullanma ayrımı yapılmış, bir markanın biçim, anlam veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat ya da renk itibariyle veya dikkatli bakılmadıkça farkına varılmayacak derecede değiştirilmiş şeklini kullanma aynen kullanma olarak sayılmıştır. KHK'de de aynı ve benzer ayrımı yapılmıştır.

¹⁵⁵ Kitchin, s. 244.

¹⁵⁶ Hırş, E. E.; Ticaret Hukuku Dersleri, B. 3, s. 160.

¹⁵⁷ Cengiz, s. 6, dn. 2'de anılan yazarlar.

¹⁵⁸ Cengiz, s. 6; Karahan, s. 44.

Tekinalp'e göre KHK düzenlemesinde tescilli markanın aynı olması demek, iki işaretin tıpa tıpa birbirinin aynı olması demek olduğundan, 551 Sayılı Markalar Kanununun 47 nci maddesinde sıralanan markayı aynen kullanma ölçütleri KHK'ye uygulanamaz. Yazar'a göre, ayırt edilemeyecek kadar benzer ile aynı ayrı kavramlardır ve ayniyet için markanın tüm unsurlarıyla aynının kullanımı gerekir. Bir markanın farklı renkteki kullanımı ya da yazılış farkıyla birlikte tescil aynılık durumlarında ayniyet yoktur, benzerlik vardır. Bu doğrultuda "neks" ile "nex" ve "piriz" ile "priz" örneklerinin birbirinin aynı olmadığını, benzer ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer kabul edilebileceklerini belirtir.¹⁵⁹

Arkan'a göre, markalar arasında ayniyet bulunup bulunmadığı markanın bütün olarak bıraktığı izlenime göre belirlenir. Markanın esas unsurunu¹⁶⁰ oluşturan sözcüğün, sonraki markada farklı büyüklükte olması veya farklı yazı biçimi ile ifade edilmesi ya da başka bir renk içinde verilmesi, markalar arasındaki ayniyeti ortadan kaldırmaz.¹⁶¹

Yasaman'a göre de, markalar arasındaki yazı farkı, yazı stili ve formu, grafik düzeni ve renk unsurlarının farklı olması, markaların arasındaki ayniyeti ortadan kaldırmaz. Normal yazı ya da gotik yazı ile yazılmış markalar aynıdır. Bunun gibi markaların farklı renkte veya büyüklükte yazılması da ayniyeti ortadan kaldırmaz. Ancak bazı hallerde gözde bıraktığı iz farklı olmasına karşılık, kulakta bıraktığı etki aynı ise ayırt edilemeyecek kadar benzerlik vardır. Chanel-şanel, belix-beliks, pril-piril örneğinde olduğu gibi. Bu markaların yazılışları farklı olmasına karşılık okunuşları aynıdır. Bir başka örnek de sultanahmet köftecisi markasına meşhur ibaresinin eklenmesi markalar arasındaki ayniyeti ortadan kaldırmaz.¹⁶² Bunun gibi markanın esas unsurunun aynı olmasına karşılık, malın cinsi ve niteliğini belirten bir ibarenin

¹⁵⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 406.

¹⁶⁰ Markanın ayırt edicilik işlevi doğrultusunda markayı oluşturan unsurlar, esas unsurlar ve yan (tamamlayıcı) unsurlar olmak üzere ikiye ayrılır. Markanın esas unsuru, markayı benzerlerinden ayırt etmeyi sağlayan özgün, karakteristik unsurlardır (Arkan, **C. I**, s.76); 551 Sayılı Markalar Kanunu'na göre esas unsur markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsurdur (madde 6/2). Yan unsurlar, markanın ayırt edici nitelik taşımayan, ilgili herkes tarafından kullanılabilen, esas unsurların yanında tamamlayıcı unsurlar olarak tescil edilebilen unsurlardır (Cengiz, s.18).

¹⁶¹ Arkan, **C. I**, s. 76.

¹⁶² Yasaman, **C. I**, s. 228.

bulunması halinde de, ayırt edilemeyecek kadar benzer marka olarak kabul edilmesi gerekir (tamek-tamek konserveleleri).¹⁶³

Karahan'a göre ise, markanın aynı olmasını tıpa tıp aynı olması şartına bağlayan görüş, KHK'nin "ayırt edilemeyecek kadar aynen kullanma" düzenlenmesini göz ardı etmektedir. Yazara göre, 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 47/I-1 maddesinde sayılan kriterlerin bir kısmı, tıpa tıp kullanma anlamında "aynen kullanma" ya, bir kısmı ise küçük değişikliklerle kullanma anlamında "ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanma" ya karşılık gelmektedir.¹⁶⁴ Yazara göre eski kanunda belirlenen aynen kullanma kriterleri yeni düzenlemede de dikkate alınmalı ve bir markanın sayılan hallerde aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanıldığı kabul edilmelidir.¹⁶⁵ Buna göre:

Bir markanın biçim ve/veya söyleniş itibariyle eşinin kullanılması halinde: Biçim ve telaffuzda benzerlik çoğunlukla birlikte görülür fakat ayrı olduğu durumlar da vardır. Şöyle ki yazılışın farklı ancak telaffuzun aynı olduğu durumda da marka aynen kullanılıyor demektir (örneğin; bik/bic-royalüx/royalüks-prıl/pırıl-chanel/şanel).

Bir markanın anlam itibariyle eşinin kullanılması halinde: Markaların biçim ve söyleyiş açısından aynı olmamalarına karşın anlam olarak aynı olmalarının, aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerin saptanmasında kriter olarak değerlendirilmesi eleştirilmiştir. Şöyle ki, eş anlamlılık nedeniyle alıcıların her durumda markaları mutlak surette karıştırmaları söz konusu olmadığından, söz konusu kriterin bu kapsamda değerlendirilmesi yerinde değildir. Buna göre, eş anlamlılık ya da anlam benzerliği, halk tarafından karıştırılma ihtimali çerçevesinde değerlendirilmelidir.¹⁶⁶

Bir markanın renk unsurunun değiştirilerek kullanılması halinde: Tescil edilmiş ya da tescil başvurusu yapılmış bir markanın farklı renkteki kullanımı markalar arasındaki ayniyeti değiştirmez.

¹⁶³ Yasaman, C. I, s. 396.

¹⁶⁴ Karahan, s. 45.

¹⁶⁵ Karahan, s. 49-51.

¹⁶⁶ Cengiz, s.9; Ünsal, E. Ö.; " Markaların Tescili Konusunda Uluslararası Nice ve Viyana Sınıflandırmaları: Amaç, İşleyiş ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirme", TPE Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 200, s. 35.

Bir markanın boyutlarının değiştirilerek kullanılması halinde: Markanın boyutlarının büyütülerek ya da küçültülerek kullanılması markalar arasındaki ayniyeti değiştirmez.

Bir markanın dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar aynı kullanım halinde: Bu durumun varlığı için markanın esas unsurunun değiştirilmeden kullanılması gereklidir. Markaların esas unsurları itibariyle ayırt edilmeleri esastır. Esas unsurlara yapılacak, yan unsur niteliğindeki ekleme ya da çıkarmalar, aynılık ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerliği ortadan kaldırmaz.

Bir markanın dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar az değiştirilmiş halinin ayırt edilemeyecek kadar benzer olmaya karşılık geldiği düşünülürse, az değişikliğin ölçüsü, alıcıların markaları mutlak surette karıştırmaları olarak belirmektedir. Bu anlamda, karıştırılmanın şüpheye yer vermeyecek kadar açık olduğu ve ayrıca araştırılmasına ya da ispatlanmasına gerek olmayan hallerin, “ayırt edilemeyecek kadar benzer” kapsamında değerlendirilmesi gerekir.¹⁶⁷

Nitekim Tekinalp de, marka hukukunda, marka olarak tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir işaretin aynı mal veya hizmetlerde başkası adına tescil edilemeyeceğini ifade etmek üzere öncelik ilkesinin hakim olduğunu belirttikten sonra, evrensel nitelik taşıyan bu ilkenin iki noktada genişlediğini kabul etmektedir. Şöyle ki, ilke tescil edilmiş işaretin aynı olmakla birlikte, ondan ayırt edilemeyecek kadar ona bezeyen işaretleri de kapsar; markanın konusunu oluşturan mal veya hizmetler yanında, bu mal ve hizmetlerle “aynı türde olanlar” için de uygulanır.¹⁶⁸

3.2.1.2 Benzer Markalar

KHK’de doğrudan bir tanım verilmemekle birlikte, 9/1-b bendinde kavrama verilen anlam belirtilmiştir. Buna göre, bir işaretin tescilli bir marka ile arasında, bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali varsa, o işaret tescilli markanın

¹⁶⁷ Cengiz, s. 11; Karahan, s. 50.

¹⁶⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 371.

benzeridir.¹⁶⁹ Literatürde 551 Sayılı Markalar Kanunu ile belirlenen ve dönemin yargı kararları ile oluşturulan, toplu izlenim, bütünlük ilkesi, sescil, biçimsel, anlamsal benzerlik, esas unsur, tamamlayıcı unsur gibi, kriterlerin markaların benzerliğinin incelenmesinde geçerliliğini koruduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁰

Benzerliğe karar verilirken, markanın bütün olarak bıraktığı etki dikkate alınmalıdır. Markanın farklı unsurlardan oluşmasına rağmen bütün itibarıyla bıraktığı etki, eski markayı çağrıştırabilir. Bunun aksine, unsurlardaki benzerliğe karşın marka, bütün olarak farklı bir etki bırakabilir. Bu doğrultuda Arkan'a göre marka incelemesi, markayı oluşturan unsurlar parçalara bölünerek yapılmamalıdır. Yazar'a göre ayrıca markaların tek başına ayırım gücü bulunmayan tanımlayıcı işaretlerden oluşan kısımlarının aynı ya da benzer olup olmadıklarının üzerinde durulmasına gerek yoktur. Ancak bunlar markanın genel görünümüne etkileri ölçüsünde incelemede dikkate alınabilirler.¹⁷¹

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2003 yılında verdiği bir kararda¹⁷² da markanın bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği hususu belirtilmiştir:

“... bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, vs.den oluşan şekil olup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanın bütünü itibarıyla bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayrıcalığını vurgulayan imajda aramak lazımdır..”

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2006 yılında verdiği bir diğer kararında¹⁷³ da genel izlenime vurgu yapmıştır. Buna göre;

“...benzerlik, iki işaretin içerdiği unsurlardan birinin veya birkaçının ya da hepsinin varlığı nedeniyle ortaya çıkabilir..”

¹⁶⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.375.

¹⁷⁰ Arkan, **C. I**, s. 101; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 402; Karahan, s. 46.

¹⁷¹ Arkan, **C. I**, s. 99.

¹⁷² Y. 11. HD, 12.05.2003, E. 2002/12399, K. 2003/4710 için bkz. www.kazanci.com.tr, 2008.

¹⁷³ Y. 11. HD, 07.06.2006, E. 2006/11-338, K. 2006/338 için bkz. www.kazanci.com.tr, 2008.

Markalar arasında benzerlik olup olmadığının değerlendirilmesinde, sescil (telaffuz), biçimsel (görünüş) ya da anlamsal benzerlik unsurları dikkate alınmalıdır.¹⁷⁴ 2003 yılında verilen bir Yargıtay kararında¹⁷⁵ markalar arasındaki benzerliğin belirlenmesinde işaretlerin “...görsel, biçimsel, anlamsal, sescil benzerlik...”lerinin karşılaştırılmasının yapılması gerektiği belirtilmiştir. AAD’nin 1999 tarihli bir kararında¹⁷⁶ da markalar arasında benzerlik olup olmadığına karar vermek için yapılacak incelemenin, markanın ayırt edici ve esas unsuru dikkate alınarak markalar arasındaki görsel, işitsel ve kavramsal benzerliğin yarattığı genel izlenime dayanması gerektiği belirtilmiştir.

Sescil benzerlik markaların söylenişleri sırasında ortaya çıkar. Markaların yazılışları farklı olmakla birlikte söylenişleri benzer olabilir. Bu durumda markaların benzer olduğu kabul edilir. Yazılışları ve okunuşları aynı olan dillerde sescil benzerlik genellikle biçimsel benzerlik ile birlikte ortaya çıkarken, yazılışları ve söylenişleri farklı olan dillerde tek başına önem taşımaktadır.¹⁷⁷

Biçimsel (görünüş) benzerlik, markaların gözle algılanan şekillerinin benzerliğinde söz konusudur. Biçimsel benzerlik, kelime markalarında, kelimenin yazımı, harf sayısı ve kelimeyi oluşturan harflerdeki benzerlik vs., ve yazım karakterindeki benzerliğini, şekil markalarında ise şekillerin bütünsel benzerliğini içerir.

Anlam benzerliği, markaların taşıdıkları anlamların benzer olması nedeniyle karıştırılması durumunda söz konusudur. Bunun yanı sıra daha önce de belirtildiği üzere bir markanın anlam itibarıyla eşinin kullanılması durumunun, aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olma kapsamında değil de benzerlik kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki eş anlamlı kullanım sonucu karıştırılmanın mutlak olması her zaman söz konusu olmayacaktır (ay-kamer örneğinde¹⁷⁸ olduğu gibi). Anlam benzerliğinin değerlendirilmesinde şekil markalarına karşılık gelen

¹⁷⁴ Arkan, C. I, s. 101; Halpern, S. W.; “**Fundamentals of United States Intellectual Property Law, The Hague:**” Kluwer Law International 1999, s. 343’ten aktaran Ünsal, s. 35; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 401.

¹⁷⁵ Y. 11. HD, 15.09.2003, E. 2003/1717, K. 2003/7742 için bkz. www.kazanci.com.tr, 2008.

¹⁷⁶ C-342/97 sayılı Lloyd Kararı, www.curia.eu.int, 2008.

¹⁷⁷ Ünsal, s. 35.

¹⁷⁸ Cengiz, s. 9.

kavram ile kelime markasının içerdiği anlamın aynı olması durumu da dikkate alınmaktadır. Danıştay 12. Dairesi bir kararında¹⁷⁹ “sincap şekli”nden oluşan bir marka ile “sincap” ibareli markalar arasındaki benzerliği yorumlamıştır. Buna göre:

“...tescili talep edilen sincap kelimesi ile evvelce tescil edilmiş bulunan – sincap resmi- arasında aynı emtia üzerinde konulacak markalar olarak söyleniş ve anlam bakımından ilk bakışta ayırt edilemeyecek bir benzerlik olduğu..” na karar verilmiştir.

Anlam benzerliği konusunda değinilmesi gereken bir diğer nokta da yabancı sözcükten oluşan markaların anlamsal karşılıklarının benzerliği sorunudur. Yabancı bir sözcükten oluşan marka ile bu sözcüğün Türkçe karşılığından oluşturulan marka arasında da benzerlikten ve karıştırılma ihtimalinden bahsedilebilir. Ancak bunun için yabancı dilin Türkiye’de az çok biliniyor olması gerekir.¹⁸⁰

Şekil ve kelime unsurlarını birlikte içeren markalarda benzerlik değerlendirmesi genel olarak kelime unsuru öncelikle dikkate alınarak yapılmalıdır. Ancak markalarda şeklin tamamen ön plana geçip, esas unsuru oluşturduğu hallerde değerlendirme şekle göre yapılır.¹⁸¹

Kelime markalarında bütünsel benzerliğin incelenmesinde, sözcüklerin başlangıç ve kökleri önemlidir. Bunun yanı sıra sözcüklerin hece sayıları ve son ekleri markaların benzerliğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Sözcüklerin ilk eklerinin farklı olmasına rağmen, orta ve son ekler yeterli vurgu yapmıyor ve farklılaştırma sağlamıyorsa, benzerlik artar. Kelimelerin incelenmesinde harf sayısı dikkate alınır. Uzun kelimelerde benzerlik ihtimali artar. Kısa kelimelerde ve harf markaları ile tek heceli markalarda bütünsel benzerliğin değerlendirilmesinde ise daha esnek bir

¹⁷⁹ Karahan, s. 95; Danıştay 12. Dairesi, 23.3.1971, E. 739, K.29 sayılı karar için Arkan, C. I, s. 101, dn.134.

¹⁸⁰ Arkan, C. I, s. 101; Paris Sözleşmesi 1 inci mükerrer 6 ncı maddesinde tanınmış markanın karışıklığa yol açabilecek tercümesinin aynı veya benzeri mallarda kullanılması yasaklanmıştır.

¹⁸¹ Arkan, C. I, s. 101-102.

ölçütün uygulanması gerekir. Örneğin İsviçre’de ABS/ATS markalarının benzer olmadığına karar verilmiştir.¹⁸²

Yukarıda belirtildiği üzere markalar arasında benzerliğin olup olmadığı incelenirken, markanın bütünü itibariyle bıraktığı etkinin dikkate alınması gerekir. Marka farklı unsurlardan oluşmasına rağmen bütün itibariyle bıraktığı etki eski markayı çağrıştırabilir. Bu durumda da markaların benzer oldukları kabul edilir.¹⁸³ Daha önce anılan 2003 tarihli Yargıtay kararında (dn. 173) markaların benzerliklerinin tespitinde, genel görünüm ve çağrıştırma ölçütleri açısından karşılaştırmanın yapılacağı belirtilmiştir.

Markaların benzerliğinin saptanmasında OHIM tarafından yapılan Topluluk Markası incelemesinde bazı kriterler belirlenmiştir. Buna göre benzerlik incelemesi yapılırken işaretler;

- Esas/ana unsur
- Görsel
- İşitsel
- Anlamsal

açıdan karşılaştırılarak, değerlendirilmektedir.¹⁸⁴

Markaların benzerliğinin belirlenmesi, markaların kapsadıkları malların ya da hizmetlerin benzerliğinin değerlendirilmesinde de etkili olmaktadır. Şöyle ki markaların kapsadığı mal/hizmetler ne kadar yakın (benzer) olursa, karıştırılma ihtimalinin önlenmesi için yeni markanın eskisinden o kadar farklı olması gerekir. Bunun tam aksine, mal/hizmetlerin farklı olması halinde ise karıştırılma ihtimali tehlikesi azalmakta ve eski-yeni marka arasında çok büyük farklar aramaya da gerek kalmamaktadır.¹⁸⁵ Bu duruma mallar hizmetler açısından bakıldığında,

¹⁸² Karahan, s. 97, dn. 11.

¹⁸³ Arkan, C. I, s. 99.

¹⁸⁴ Laporta, J.;“**Likelihood of Confusion**”, 6th Community Trademark Special Module, Eğitim Sunumu, Alicante Üniversitesi, Alicante 2008.

¹⁸⁵ Arkan, C. I, s. 97.

malların ve hizmetlerin benzerliğinin belirlenmesinde, ilişkili malların tespiti için, markalar arasındaki benzerlik derecesinin dikkate alınması gerekliliği ortaya çıkar. Buna göre markaların benzerlik derecesine göre malların ya da hizmetlerin benzerliği kademeli olarak değerlendirilmelidir.¹⁸⁶

3.2.2 Malların ve Hizmetlerin Aynılığı/Benzerliği

KHK'ye göre, karıştırılma ihtimali, eski marka ile aynı veya benzer markanın, aynı ya da benzer mal/hizmetleri kapsayıp kapsamadığı dikkate alınarak saptanır (KHK 8/1-b). Bundan başka KHK'de eski marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer bir başvurunun, aynı veya aynı türdeki mal/hizmetler için tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir.

KHK'nin 24 üncü maddesinde, markaların kullanılacağı mallar ve hizmetlerin, malların ve hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılacağı ve buna ilişkin ilkelerin yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. 12/07/1995 tarihli 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile taraf olunan "Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına ilişkin Nice Anlaşması" esaslarına göre düzenlenmek üzere TPE Tebliği¹⁸⁷ ile mallar ve hizmetler sınıflandırılmıştır.

Arkan'a göre, malların ve hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği değerlendirilirken, Tebliğ ile düzenlenen sınıflar ve gruplar dikkate alınmalıdır.¹⁸⁸ Yasamana göre de benzer mal ve hizmetler, tescil sırasında belirlenen sınıflar ve alt gruplara göre tespit edilebilir¹⁸⁹.

Tekinalp ise, mallar ve hizmetlerin benzerinin belirlenmesinde, ne markaların uluslararası sınıflandırılmasının ne de onun ulusal hukuka yansımaları olan sınıfların esas alınamayacağı görüşündedir. Yazar düşüncesini, Nice Anlaşması'nın 2/1

¹⁸⁶ Ünsal, s. 39.

¹⁸⁷ BİK/TPE:2007/2 sayılı marka tescil başvurularına ait mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasına ilişkin tebliğ, RG 08.01.2007 S. 26397. Nice Anlaşması hükümlerine göre düzenlenen mal/hizmet listesi Anlaşmaya taraf ülkelerin kararlarıyla çeşitli zaman aralıklarıyla değiştirilmekte, söz konusu değişiklikleri içeren uluslararası mal/hizmet listesi ise 5 yıllık aralıklarla basılmaktadır. Anılan tebliğ Nice sınıflandırılmasının 9. baskısında yer alan değişiklikleri içermektedir (Tebliğ madde 1).

maddesinde yer alan, anlaşmanın markaların koruma sınırlarının belirlenmesinde bağlayıcı olmayacağı ifadesine dayandırmaktadır. Anlaşma tescil amacıyla hazırlandığından, koruma sınırlarıyla ilgili değildir. Yazara göre, benzerin tespitinde piyasanın anlayışı ile halkın karıştırması ihtimali esas alınmalıdır.¹⁹⁰

WIPO, markaların, çeşitli mallar için sadece idari amaçlarla oluşturulan sınıflarda tescil edildiğine dikkati çekerek, malların ve hizmetlerin benzerliğinin değerlendirilmesinde Nice sınıflandırmasının belirleyici olamayacağı yaklaşımını benimsemektedir. Sınıflandırmayı esas alan incelemenin neden olabileceği sorunlar şu şekilde açıklanmıştır: bazen tamamıyla farklı mallar aynı sınıfta yer alırken (9 uncu sınıftaki bilgisayarlar, gözlükler, yangın söndürücüler ve telefonlar), bazen de benzer mallar farklı sınıflarda (yapıştırıcılar 1, 3, 5 ve 16. sınıflardadır) yer alabilir.¹⁹¹ Bu doğrultuda malların ve hizmetlerin benzerliğinin değerlendirilmesinde, Nice Anlaşması esaslarına göre oluşturulan sınıflar yol gösterici olmakla birlikte, tek başına belirleyici olarak görülmemelidir.

Karahan ise, mal veya hizmete ilişkin korumanın sınırları hususunda KHK'nin sınıf sistemini benimsediğini belirttikten sonra, tebliğ ile getirilen grup düzenlemesini, sınıf sistemini bozduğu yönünde eleştirmiştir.¹⁹²

Alt grup sistemi, TPE Markalar Dairesi sınıflandırma biriminde çalışan uzmanlar tarafından, aynı sınıf başlığı altında yer alıp birbirine benzeyen mallar/hizmetler aynı grupta toplanmak üzere, marka tescil başvurularının önceki tesciller ya da tescil başvuruları açısından incelenmesinde kolaylık sağlamak amacıyla hazırlanmıştır.¹⁹³ Hazırlanan liste, BİK/TPE:2000/2 sayılı Tebliğe ek olarak yayınlanmıştır. O dönem yürürlükte olan anılan tebliğin 8 inci maddesindeki, önceki marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markaların aynı alt grupta yer alan mallar için tescil

¹⁸⁸ Arkan, C. I, s. 74.

¹⁸⁹ Yasaman, C. I, s. 397.

¹⁹⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s.407.

¹⁹¹ **Intellectual Property Reading**, s. 79'dan aktaran Ünsal, s. 47.

¹⁹² Karahan, s. 35 vd.

¹⁹³ Ünsal, s. 57.

edilemeyeceği hükmü, incelemenin sınırlarını alt gruplar ile çizmekteydi.¹⁹⁴ Bu durum da aynı sınıfta yer almakla birlikte, örneğin, farklı alt gruplarda sayılan gömlek ve kravat malları için aynı ya da benzer bir marka tescil başvurusunun yayınlanması sonucunu doğurmaktadır.¹⁹⁵ Bugün yürürlükte olan Tebliğin 5 inci maddesinde, aşağıda açıklanacağı üzere, alt gruplara dayalı inceleme sisteminin daha geniş kapsamlı yorumlanabileceği düzenlenmiştir.

3.2.2.1 Aynı veya Aynı Tür Mallar/Hizmetler

Marka başvurularına ait mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasına ilişkin Tebliğ ekinde mallar ve hizmetler sınıflara ayrılmak suretiyle, sınıflar da kendi içinde gruplar halinde düzenlenmiştir. Buna göre mallar 34, hizmetler de 11 sınıfta toplanmıştır (madde 2). Tebliğ'e göre, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7 nci maddesinin (b) bendinde belirtilen aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, Tebliğ ekinde düzenlenen gruplar esas alınacaktır. Ancak, TPE marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında aynı tür malı veya hizmeti, farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebilir (Tebliğ madde 5).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda¹⁹⁶ aynı tür ifadesi yorumlanmıştır:

“...davacının markalarda yer alan ürünler ile davalı başvurusunda yer alan ürünlerin aynı sınıfın aynı alt grubunda yer alanlar yönünden, başvuru anında yürürlükte bulunan Mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasına ilişkin BİK/TPE2000/2 sayılı Tebliğin 6. maddesi uyarınca aynılık olduğu açıktır.

¹⁹⁴ 551 Sayılı Markalar Kanunu'nda ise emtia sistemi benimsenmişti. Buna göre bir marka yalnızca belirli mal veya mallar için tescil edilebiliyordu. Marka koruması da yine sadece tescilin yapıldığı mal veya mallarla sınırlı olarak sağlanıyordu.

¹⁹⁵ Ünsal, s. 59.

¹⁹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.06.2006, E. 2006/11-338, K. 2006/338, www.kazanci.com.tr, 2008.

Farklı alt gruplarda yer alanlar yönünden ise; davacı markalarında yer alan ürünler ile davalı başvurusunda yer alan ürünlerin piyasa anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap etmeleri, benzer ihtiyaçları gidermede kullanılmaları, son kullanıcıları, birbiri yerine ikame edilebilme ile rekabet etme olanaklarının bulunması, kullanım yöntemleri ve hedeflenen halk kesimleri nazara alındığında aynı tür olarak nitelendirilmeleri zorunludur...”

Söz konusu kararda 29 ve 30. sınıflarda yer alan mallar, anılan kriterler çerçevesinde aynı türden kabul edilmiştir.

3.2.2.2 Benzer Mallar/Hizmetler

Malların ya da hizmetlerin benzer olması, karıştırılma ihtimalinin unsurlarından biridir. Başka bir ifadeyle, mallar ya da hizmetler arasında benzerlik kurulamıyorsa, karıştırılma ihtimalinin varlığından da bahsedilemez. Yukarıda aktarılan tartışma kapsamında, mallar ve hizmetler arasında benzerlik ilişkisi kurulmasında sınıflandırmanın rolüne değinilmiştir. Buna göre, tek başına sınıfların incelemeye esas teşkil etmesinin pratik sorunlara neden olduğu görülmüştür. Bu bağlamda benzerliğin belirlenmesinde hangi kriterlerin dikkate alınacağı, konuya ilişkin mahkeme kararları ışığında açıklanabilir.

AAD'nın 29 Eylül 1998 tarihli Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc davasına ilişkin kararında¹⁹⁷, malların ve hizmetlerin belirlenmesinde gözetilecek kriterler belirlenmiştir. Buna göre, benzerlik incelemesi yapılırken, malların ve hizmetlerin kendisiyle ilgili bütün faktörler dikkate alınmalıdır. Bu faktörler; malların ve hizmetlerin doğası, son kullanıcıları, kullanım yöntemleri ve malların ya da hizmetlerin birbiri ile rekabet halinde mi yoksa birbirini tamamlayıcı nitelikte mi oldukları şeklinde sıralanabilir. Bununla birlikte Canon Kararında belirtilen, incelemede dikkate alınması gereken faktörler aşağıda sayılmıştır¹⁹⁸:

¹⁹⁷ AAD Canon Kararı, C-39/97, www.curia.eu.int, 2008.

¹⁹⁸ Kitchin, s. 253.

- Malların ya da hizmetlerin kullanım amacı,
- Malların ya da hizmetlerin kullanıcıları,
- Malların fiziksel doğası veya hizmetlerin nitelikleri,
- Malların ya da hizmetlerin pazara ulaşmasında kullanılan ticari yollar,
- Kolay tüketim malları söz konusu olduğunda, malların süpermarketlerde aynı veya farklı rayonlarda-raflarda bulunup bulunmadıkları,
- Malların ya da hizmetlerin birbiri ile rekabet halinde olup olmadıkları (örneğin malların ya da hizmetlerin aynı veya farklı sektörlerden olduklarının tespitinde yararlanılabilir).

Malların ve hizmetlerin benzerliğinin değerlendirilmesinde OHİM tarafından da bazı kriterler belirlenmiştir. OHİM incelemesinde, malların/hizmetlerin karşılaştırılması yapılırken aşağıda sıralanan faktörler dikkate alınır¹⁹⁹:

- Nitelik,
- Amaç,
- Kullanım metodu,
- Tamamlayıcı mallar/hizmetler,
- Rekabet eden ya da ikame edilebilir mal/hizmetler,
- Dağıtım yolları,
- İlgili halk/tüketici,
- Mal ve hizmetlerin kaynağı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda bahsedilen 07.06.2006 tarihli kararında (dn. 196), aynı tür malların/hizmetlerin belirlenmesine yönelik olarak belirtilen kriterlerin, malların/hizmetlerin benzerliğinin incelemesinde de geçerli olduğu görülmektedir. Anılan kararda mallar/hizmetler arasında karşılaştırmanın; malların/hizmetlerin piyasadaki yeri, benzer alıcı kitlesine hitap etmeleri, benzer ihtiyaçları gidermede kullanılmaları, son kullanıcıları, birbiri yerine ikame

¹⁹⁹ Laporta, J.;“**Likelihood of Confusion**”, 6th Community Trademark Special Module, Eğitim Sunumu, Alicante Üniversitesi, Alicante 2008.

edilebilme ile rekabet etme olanaklarının bulunması, kullanım yöntemleri ve hedeflenen halk kesimleri açılarından yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Sayılan kriterlerin yanı sıra, malların ve hizmetlerin benzerliğinin, markaların benzerliğinden ayrı olarak değerlendirilemeyeceği, ikisi arasında bir korelasyonun olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁰ Buna göre malların ve hizmetlerin benzerliğinin azlığı, markalar arasındaki benzerliğin çokluğu ile telafi edilebilir. Yani benzerlik arttıkça karıştırılma artar ve korumanın kapsamı genişler. Benzerlik azaldıkça ise, karıştırılma ihtimali azalacağından, korumanın kapsamı daralır. Tersisi durumda da mallar/hizmetler ne kadar yakınsa, markaların karıştırılması ihtimali de o kadar artar. Başka bir ifade ile, malların/hizmetlerin çok yakın olduğu durumda markaların birbirinden uzaklaşması gerekir.

Ayrıca Ünsal'a göre, yukarıda sayılan kriterlerin geniş bir şekilde yorumlanması, bir çok mal ya da hizmetin birbiri ile ilişkili sayılması riskini taşımaktadır. Bu doğrultuda malların ve hizmetlerin benzerliği, markaların benzerlik derecesine göre kademeli olarak değerlendirilmelidir.²⁰¹ Bu yorumla, aynı markalar söz konusu olduğunda, mallar/hizmetlere ilişkin benzerlik ilişkisi sıkı kurulacakken, uzak benzer markalarda daha esnek kurulacaktır. Kademeli değerlendirme, en uçta, Alman Patent ve Marka Ofisi ve Federal Patent Mahkemesi tarafından yorumlanmıştır. Şöyle ki; aynı mallar, markaların benzerlik derecesine göre, bir durumda benzer diğer durumda ise farklı olarak değerlendirilmiştir.²⁰²

Sonuç olarak, malların ve hizmetlerin benzerliğinin belirlenmesinde, Nice Anlaşması esaslarına uygun olarak oluşturulan sınıflar incelemede yol gösterici olmakla birlikte, markaların benzerliğinin incelenmesinde olduğu gibi, çeşitli faktörler bir arada değerlendirilmelidir. Malların ve hizmetlerin kendi özelliklerinin yanı sıra, markaların benzerlik derecesi ve hitap ettikleri kullanıcı kitlesinin niteliği de

²⁰⁰ AAD Canon Kararı, Hidaka, S.; “**A Sign of the Times?: A Review of Key Trademark Decisions of the European Court of Justice and Their Impact Upon National Trademark Jurisprudence in the EU**”, TMR, Vol. 94, 2004, s.1132, Arkan, C I, s. 103; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 407.

²⁰¹ Ünsal, s. 39.

²⁰² Buehring, M.; “**The Practice of The German Patent Office and The Jurisdiction of the Federal Patent Court in Trade Mark Affairs**”, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 24-25 Haziran, s. 258'den aktaran Ünsal s.39.

değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda Tablo 2’de yer alan Hubertus Jonas²⁰³ tarafından oluşturulan kategoriler, çoğaltılabilmekle birlikte çeşitli faktörlerin, malların ve hizmetlerin benzerliğinde oynadığı rolü göstermektedir.

Tablodan da görüleceği üzere, malların ve hizmetlerin kullanıcılarının nitelikleri ve marka yönelimleri değerlendirmede önem kazanmaktadır. Karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde de ölçü, halk tarafından karıştırılma ihtimalinin olup olmadığıdır (KHK madde 8/1-b, 9/1-b). Bu durumda “halk tarafından karıştırılmanın” ne demek olduğunun araştırılması gerekir.

²⁰³ Jonas, H.; “**Likelihood of Confusion**”, 1999 tarihli Yayınlanmamış Eğitim Çalışmasından aktaran Ünsal s. 39.

Tablo 3.1: H. Jonas'a Göre Malların (Hizmetlerin) Benzerliği Konusunda Kategoriler

Malların/hizmetlerin cinsi	örnek	Müşteri kitlesi	Markaya bakış	Markaların ²⁰⁴ farklılaşma gerekliliği
Günlük tüketilen ucuz ürünler	Peynir ²⁰⁵	14-80 yaş arası çocuklar, erişkinler	Kısa acele bakış	En yüksek
Edinme seviyesi ve tutarı yüksek ürünler	bilgisayar	Harcama-tasarruf konusunda ciddi müşteri	Marka konusunda bilinç, markaya güçlü yönelim	Daha az
Tehlikeli, riskli ürünler	Zehirli kimyasallar	Doktor, eczacı, bilim adamı	Markaya yönelim	az
Yatırım programları dahilindeki özel ürünler	buldozer	Uzman kişiler	İlgili uzmanlar, piyasayı ve markaları tanıyanlar	En az

²⁰⁴ Aktaranın çevirisinde “markaların farklılığı yönündeki ihtiyaç” ifadesi kullanılmıştır (Ünsal, s. 39).

²⁰⁵ Türkiye’deki piyasa birkaç markanın egemenliğinde olduğundan asıl örnek kola olmasına karşın verilen örneğin amaca daha uygun olması endişesiyle değişiklik yapıldığı aktaran tarafından belirtilmiştir (Ünsal, s. 39).

3.2.3 Halk Tarafından Karıştırılma

Tüketicilerin, markaların benzerliği nedeniyle, belirli bir işletmeye ait malları/hizmetleri almak niyetindeyken, bunun yerine başka bir işletmeye ait malları/hizmetleri alma tehlikesi ile karşı karşıya olmaları, karıştırılma ihtimalini ortaya çıkarır. Bu bağlamda, öncelikle satın alacakları malların/hizmetlerin markası konusunda bir seçim yapmış olan alıcıların eğilimleri dikkate alınır.²⁰⁶ Markalar arasındaki benzerliğin halk tarafından karıştırılmaya neden olup olmadığı saptanırken, benzer markalar yan yana konularak karşılaştırma yapılmamalıdır. Değerlendirmede, alıcıların benzer markaları genellikle ayrı zamanlarda gördükleri hesaba katılmalıdır. Alıcılar, ayrı zamanlarda gördükleri benzer markalarla ilgili zihinlerinde kalan izlenime göre hareket ederler.²⁰⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.06.2006 tarihli kararında (dn. 197), tüketicilerin farklı zamanlarda gördükleri markalara ilişkin zihinde kalan izlenim doğrultusunda hareket ettikleri gerekçesi ile, küçük farklılıklar taşıyan marka ile işaretin farklı zamanlarda ayırt edilmesinin mümkün olmayacağı sonucuna varmıştır:

“...Tüketicinin her iki markayı her zaman aynı anda görüp, detaylarını karşılaştırabildiğini düşünmek hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, markada yer alan yardımcı unsurlar ile ve ayırım gücü az olan ifadeleri her zaman hatırında tutabileceği de düşünülemez. Daha önce gördüğü yaralandığı, satın aldığı ve denediği bir malın yahut hizmetin markasının, göz ve kulağında kalan izine, hatırlayabildiği kadarıyla hafızasında kalan özelliklerine dayanarak, sonraki aynı veya benzer mal ve hizmetlere ilişkin alışverişlerinde de aynı veya benzer markayı taşıyan malı satın almak yahut hizmetten yararlanmak istemek tüketicinin en genel yaklaşımıdır... bu yaklaşım ise aynı emtialar üzerinde kullanılacak olan, yukarıdaki kadar küçük farklılıklar taşıyan marka ile işaretin, farklı zamanlarda ayırt edilmesini olanaksız kılar... ”

²⁰⁶ Karayalçın, Y.; **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, Ankara 1983.

²⁰⁷ Cengiz, s.29; Karahan, s.103.

Halk terimini belirlerken, malın veya hizmetin niteliği ve hedef aldığı alıcı kitlesi dikkate alınmalıdır.²⁰⁸ Mal veya hizmetin hitap ettiği alıcı kitlesinin niteliğine göre, üçlü bir ayrıma gidilmektedir.²⁰⁹ Malların ve hizmetlerin niteliği gereği; her kesimden tüketici grubuna, özel bir tüketici grubu ya da gruplarına ve uzmanlık sahibi bir tüketici grubuna hitap etmesi hallerine göre, halk tarafından karıştırılmanın kapsamı da farklı değerlendirilecektir.

3.2.3.1 Her Kesimden Tüketici Grubuna Hitap Etmesi

Mallar/hizmetler, ucuz ve günlük tüketime yönelik şişe suları ve kağıt mendil örneklerinde olduğu gibi, her kesimden alıcı grubuna hitap ediyorsa, halk tarafından karıştırılmanın belirlenmesinde ortalama tüketici dikkate alınır.²¹⁰ Marka tüm alıcılara hitap etmesi durumuna ilişkin olarak Yargıtay kararlarında da ortalama tüketici kriteri benimsenmiştir²¹¹. Yargıtay 1998 tarihli bir kararında²¹²;

“... mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından tarafların markaları arasında esas itibariyle fonetik ve (B) harfi dışında görsel bakımdan bir benzerlik olduğunu, bunun orta düzeydeki tüketiciyi yanıltıcı nitelikte olduğunu, ilk bakışta ve duyuşta ayırt etmeksizin bir ürün yerine diğerinin alınmasının muhtemel olduğunu...”

belirtmekle, ortalama tüketicinin algısının incelemeye esas alınması gerektiğini de tespit etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda bahsedilen kararında da karıştırmada asıl olanın ortalama tüketicinin algısı olduğu kriteri yinelenmiştir.

Günlük yaşamda herkes tarafından kullanılan ve ucuz bir fiyatla satılan malların/hizmetlerin alıcısı olan ortalama tüketicinin, genellikle ilk andaki izlenime dayalı, kısa sürede ve dikkatli davranmadan karar verdikleri söylenebilir.²¹³ Bu

²⁰⁸ Arkan, C. I, s. 103; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 408; Yasaman, C. I, s. 401; Karahan, s. 107.

²⁰⁹ Cengiz, s. 30.

²¹⁰ Arkan, C. I, s. 103; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 408; Yasaman, C. I, 401, Karahan s. 107.

²¹¹ Y. 11. HD 26.6.1986, E.3932, K. 3939 sayılı karar için bkz. Arkan, C. I, s. 103. Y.11. HD13.11.2003, E.2003/4003, K. 2003/10839 sayılı karar için bkz. Yasaman, C. I, s. 400.)

²¹² Y. 11 HD 23.1.1998, E. 1997/7938, K. 1998/158 sayılı karar için bkz. Karahan, s. 105, dn. 3

²¹³ Arkan, C. I, s. 103; Yasaman, C. I, s. 398; Ünsal, s. 37.

yorumla, karıştırılmanın engellenmesi için, markalar arasında daha açık farklılıkların olması gerekir. Buna karşılık pahalı, lüks ya da teknik bir mal/hizmet söz konusu olduğunda, tüketicilerin araştırma yaparak daha uzun zamanda ve daha dikkatli karar vermeleri beklenir. Bu durumda daha dikkatli olan tüketicilerin, markaları karıştırma ihtimalleri azalır.

3.2.3.2 Özel Bir Alıcı Grubu ya da Gruplarına Hitap Etmesi

Benzer markalı mallar ya da hizmetlerin, çocuklar gibi özel bir tüketici grubuna ya da çeşitli yaş grupları ve aralarında eğitim farkı bulunan çeşitli gruplar gibi özel birkaç tüketici grubuna hitap etmesi halinde, tüketicilerin markaları karıştırıp karıştırmadıklarının belirlenmesinde söz konusu tüketici gruplarının özellikleri dikkate alınmalıdır.²¹⁴

Yargıtay, şekerlemeler için tescilli olan “ülker hobi” ve yine aynı mallarda tescil edilmek istenen “ülfet lobi” markalarına ilişkin kararında, markaların bütünsel benzerlikleri dikkate alınarak özel alıcı grubu olan çocukların markaları karıştırabilecekleri sonucuna varmıştır.²¹⁵

3.2.3.3 Uzmanlık Sahibi Bir Tüketici Grubuna Hitap Etmesi

Benzer markalı mal ya da hizmetlerin uzman bir alıcı kitleye hitap etmesi halinde, inceleme uzmanlık sahibi grubun nitelikleri gözetilerek yapılmalıdır.²¹⁶ Konunun uzmanı olan tüketicilerin daha bilinçli oldukları, malları/hizmetleri seçerken daha dikkatli davranacakları kabul edildiğinden, bu grup için küçük farklılıkların

²¹⁴ Cengiz, s. 30.

²¹⁵ “...markalar arasındaki benzerliğin markanın bütünü itibarıyla bıraktığı etki, alıcıların satın almayı düşündükleri yerine bir başka mal alacak durumda kalmaları halinde söz konusu olabileceği, markalar farklı unsurlardan oluşsalar dahi bütünü bakımından bıraktıkları etkinin diğer bir markayı çağrıştırmaması gerektiği, markalar esas unsurlarının benzer olması halinde, markanın geneline etkisi az olan diğer hususlardaki farklılığa rağmen iltibasa yol açabileceği, taraflara ait markalar arasında da açık farklılıklar bulunmadığı, özel alıcı kitlesi olan çocukların yanlış ve davalı ürünün davacı ürünü ile karıştırılma ihtimali bulunduğu sonucuna...” varılmıştır. Y. 11 HD. 30.11.1999, E.5356/K.9805 sayılı kararı için bkz. Karahan, s. 99, dn. 3.

²¹⁶ Arkan, C. I, s.103, Cengiz, s. 32; Karahan, s. 107.

karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmada yeterli olacağı kabul edilir.²¹⁷ Malın son alıcısının uzmanlar olması halinde karıştırılma ihtimali azalır.²¹⁸

İlaç markaları söz konusu olduğunda, özellikle reçete ile satılan ilaçlarda, ürünlerin üzerinde kullanılan benzer markaların karıştırılıp karıştırılmadıklarının belirlenmesinde, doktorlar ve eczacıların algıları dikkate alınmalıdır. İlaçlar doktorlar tarafından yazılarak ve eczacılar tarafından yazılan ilaçların satılması suretiyle tüketiciye ulaştığından, incelemede uzmanlık sahibi doktorlar ve eczacıların algıları değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay “lipidil” ile “lipidrol” marka ilaçlar arasında karıştırılma ihtimalinin olmadığına karar vermiş ve bu ürünün bilinçli kullanıcı grubuna (doktor ve eczacılar) hitap ettiği ve bu grubun iki markayı ayırt edebileceği sonucuna varmıştır. Yargıtay, mahalli mahkemenin doktor tarafından yazılan ve genellikle okunaksız yazılan reçetelerin eczacı veya kalfası tarafından karıştırılabileceği görüşünü subjektif bulmuş ve objektif ilkelere göre markaların bilinçli kullanıcı yönünden ayırt edilemeyecek ölçüde benzer olmadıkları gerekçesi ile kararı bozmuştur.²¹⁹

3.3 Karıştırılma İhtimalinin Belirlenmesinde Esas Alınacak Kriterler

KHK’ye göre karıştırılma ihtimali, aynı ya da benzer markaların, aynı ya da benzer malları/hizmetleri kapsamalarının halk tarafından karıştırılmaya neden olması halinde ortaya çıkar. KHK’de karıştırılma ihtimalinin tespit edilmesine yönelik kriterler belirtilmemiş fakat ‘halk’ ifadesinin kullanılmasıyla karıştırılma ihtimalinin tespitinde kimin esas alınacağını, yani somut olaya kimin gözü ile bakılacağı gösterilmiş, bir anlamda ölçü belirlenmiştir.²²⁰

Literatürde, 551 sayılı Markalar Kanunu ve bu kanuna dayalı içtihatlarda kullanılan kriterlerin bugün de geçerliliğini koruduğu kabul edilmektedir.²²¹ Bunlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir²²²:

²¹⁷ Karahan, s. 107.

²¹⁸ Arkan, **C. I**, s. 103.

²¹⁹ Y. 11. HD., 13.01.2003, E.2002/7864, K2003/48 sayılı kararı için bkz. Yasaman, **C. I**, s. 399.

²²⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 401.

²²¹ Arkan, **C. I**, s. 99; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 402; Karahan, s. 44.

- Görsel, anlamsal, sescil benzerlik,
- Markanın esas unsurları ve tamamlayıcı unsurları,
- Bütünlük ilkesi, toplu izlenim,
- Malın veya hizmetin hitap ettiği alıcı grubunun toplumsal düzeyi ve durumu,
- Markayı taşıyan malın veya hizmetin ekonomik değeri ve alıcının bu malı almaya ayırdığı zaman.

3.3.1 Bütünlük İlkesi

Karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde markaların bütün olarak bıraktığı izlenim dikkate alınmalıdır. Buna göre markanın bütün itibariyle bıraktığı izlenimin, marka farklı unsurlardan oluşsa bile, eski markayı çağrıştırmaması halinde karıştırılma ihtimalinin varlığından bahsedilir. Tersine yönde, marka benzer unsurlar içermekle birlikte bütün olarak bıraktığı izlenim ile farklılaşabilmektedir. Bu durumda ise karıştırılmadan bahsedilemeyeceği söylenebilir. Bütünsel izlenim yönteminin bir uzantısı da değerlendirmede markalarda karıştırılmaya yol açacak benzer unsurların karşılaştırılması gerekliliğidir. Markaların esas unsurlarının benzer olması durumunda, yan unsurlardaki farklılık karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmada yeterli olmayacaktır.²²³

Yargıtay'ın KHK'nin 8/1-b bendini yorumlayan bir kararında²²⁴, markalar farklı unsurlardan oluşsa bile, bütün olarak bıraktığı etkinin diğer bir markayı çağrıştırmaması gerektiği, markaların esas unsurlarının benzer olması halinde markanın geneline etkisi az olan unsurlardaki farklılığa rağmen karıştırılma ihtimaline neden olabileceği belirtilmiştir.

²²² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 402.

²²³ Ünsal, s. 36.

²²⁴ Y. 11 HD, 30.11.1999, E.1999/5356, K. 1999/9905 sayılı kararı için Karahan, s. 99, dn.3.

3.3.2 Esas Unsur/Yan Unsur Ayrımı

Markanın ayırt edicilik işlevi doğrultusunda markayı oluşturan unsurlar, esas unsurlar ve yan (tamamlayıcı) unsurlar olmak üzere ikiye ayrılır. Markanın esas unsuru, markanın ayırt edici, özgün unsurudur. Markanın gözle algılanan en belirgin unsuru, çoğunlukla esas unsur konumundadır. Bununla birlikte ayırt edici nitelik taşımayan ibareler ya da şekiller de, markanın belirgin unsuru konumunda olabilir. Bu nedenle markanın, esas unsur yönünden incelenmesi, her durumda ayrıca değerlendirilmelidir. Yan unsurlar ise, markayı benzerlerinden ayırt etmede etkili olmayan, esas unsurların yanında tamamlayıcı unsurlar olarak tescil edilebilen unsurlardır.

Karıştırılma ihtimali belirlenirken, markalar, esas unsurları doğrultusunda karşılaştırılmalıdır. Bununla birlikte inceleme kriterleri kendinden menkul olmayıp, iç içe geçmiştir. Bu nedenle esas unsur/ yan unsur incelemesi de bütünlük ilkesinden bağımsız düşünülmemelidir. Markalar, esas itibariyle, esas unsurları açısından incelenmekle birlikte, yan unsurlardaki benzerlik nedeniyle markanın bütün olarak bıraktığı etki de dikkate alınmalıdır.

AAD'nin Sabel v. Puma kararında²²⁵ da, markaların görsel, sescil ve anlamsal benzerliklerinin genel değerlendirilmesinde, markaların esas ve ayırt edici unsurları unutulmadan, markaların bütünsel izlenimine dayanılması gerektiği belirtilmiştir.

3.3.3 Görsel, Sescil ve Anlamsal Benzerlik Kriteri

Karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde, markalar arasında benzerlik olup olmadığı değerlendirilirken, sescil (telaffuz), biçimsel (görünüş) ya da anlamsal benzerlik kriterleri dikkate alınır. AAD'nin 1999 tarihli bir kararında²²⁶ da markalar arasında benzerlik olup olmadığına karar vermek için yapılacak incelemenin, markanın ayırt edici ve esas unsuru dikkate alınarak markalar arasındaki görsel, işitsel ve anlamsal benzerliğin yarattığı genel izlenime dayanması gerektiği belirtilmiştir.

²²⁵ AAD Sabel v. Puma kararı, C- 251/95, paragraf 23, www.curia.eu.int, 2008.

²²⁶ 22.06.1999 tarih ve C-342/97 sayılı karar (Lloyd Kararı), www.curia.int, 2008.

Sescil benzerlik, markaların söylenişleri sırasında ortaya çıkar. Yazılışları farklı olmakla birlikte okunuşları aynı olan markaların değerlendirilmesinde, sescil benzerlik kriteri dikkate alınır. Kriter, özellikle yabancı sözcüklerin telaffuzlarının benzerliğinde önem taşımaktadır. Biçimsel (görünüş) benzerlik, markaların göz ile algılanan şekillerindeki benzerliğin dikkate alınmasını içerir. Kelime markalarında, harf sayısı, kelime uzunluğu gibi faktörler, değerlendirmede etkili olur. Anlamsal benzerlik ise, markaların aynı anlamda olmaları nedeniyle karıştırılmaları halinde söz konusudur. Anlamsal benzerlik kriteri, yabancı kelimelerin ya da ifadelerin Türkçe karşılıklarında ve şekillere karşılık gelen kelimelerde de dikkate alınır.

3.3.4 Ortalama Tüketici Kriteri

Karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde, malların/hizmetlerin kategorileri gözetilerek, ortalama tüketicinin algısı esas alınmalıdır. Ortalama tüketicilerin markaları genellikle bütün olarak algıladıkları ve çoğunlukla markaların çeşitli detaylarını inceleyerek karar vermedikleri²²⁷, farklı markalar arasında doğrudan karşılaştırma şansının her zaman olmadığı ve genellikle zihinde kalan sınırlı izlenim doğrultusunda karar verdikleri²²⁸ değerlendirmede hesaba katılmalıdır.

Yargıtay 2003 tarihli bir kararında²²⁹, “halk tarafında karıştırılma” kavramını açıklamıştır:

“doktrinde, halk tarafından karıştırılma ihtimalinin iki koşulunun bir araya gelmesi hainde irdelenebileceği kabul edilmiş ve bu iki koşuldun birincisinden tescili istenen markanın aynı mal ve hizmetlerde kullanılması olacaktır. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise, bu işin ilgisi veya uzmanı değil, tüketici olan halkın olduğu göz önünde tutulacaktır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel veya görsel bir

²²⁷ AAD Sabel v. Puma kararı, C-251/95, paragraf 23, www.curia.eu.int, 2008.

²²⁸ AAD Lloyd kararı, C-342/97, paragraf 26, www.curia.eu.int, 2008.

²²⁹ Y. 11 HD,13.11.2003, E.2003/4003, K.2003/10839 sayılı kararı için bkz. Yasaman, C. I, s. 400.

benzerlik ve hata genel görünüş açısından “umumi intiba” olmasa bile, halk tarafından iki marka arasında bir bağlantı kurulması ve hatta çağrıştırması dahi karıştırılma ihtimali için yeterli ölçü kabul edilmelidir”

Ancak bağlantı kurulması ihtimali kavramı, karıştırılma ihtimalinden bağımsız bir kavram olmayıp, ondan ayrı değerlendirilmeyecektir. AAD, markanın temel işlevinin malların/hizmetlerin kaynağını belirtmek olduğundan hareketle, halkın malların ya da hizmetlerin aynı işletmeden kaynaklandığını (ya da işletmelerin ekonomik olarak bağlantılı olduğunu) düşünmemeleri halinde karıştırılma ihtimalinin varlığından bahsedilemeyeceğini karara bağlamıştır.²³⁰ Buna göre bağlantılı olma ihtimali kavramı, karıştırılma ihtimalinin alternatifi olmayıp, onun kapsamını belirlemeye hizmet eder.²³¹

3.3.5 Önceki Markanın Ayırt Edici Gücü

Karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde önceki markanın ayırt edici gücü dikkate alınan faktörlerden bir diğeridir. Markanın ayırt ediciliği, markanın kendi özelliklerinden kaynaklanabileceği gibi, bilinirliğinden de kaynaklanabilir.²³² Ayırt ediciliği yüksek markalar, düşük ayırt ediciliğe sahip markalara göre daha geniş bir korumadan yararlanır.²³³ Zira önceki markanın ayırt ediciliği arttıkça karıştırılma ihtimali da artar.²³⁴ Ayrıca ayırt edici gücü yüksek markalar söz konusu olduğunda mallar/hizmetlerin daha az benzer olması karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmaz.²³⁵ Aynı şekilde markalar arasındaki yüksek benzerlik, mallar/hizmetler daha düşük benzerlikte olsa da karıştırılma ihtimaline neden olur. Mallar/hizmetler arasındaki daha az benzerlik, markalar arasındaki daha büyük benzerlikle telafi edilebilir.²³⁶ Yani markaların yüksek benzer olmaları durumunda malların benzerliği daha geniş yorumlanır. Mallar/hizmetler arasındaki benzerliğin karıştırılma ihtimali

²³⁰ AAD Canon kararı, C-39/97, paragraf 29,30, www.curia.eu.int, 2008.

²³¹ AAD Sabel v. Puma kararı, C-251/95, paragraf 18. www.curia.eu.int, 2008.

²³² Würtenberger, **Risk of Confusion in European Community Trade Mark Law**”, European Intellectual Property Review (E.I.P.R), S.21, 2002, s. 25; Schmidt, s. 464, www.curia.eu.int, 2008.

²³³ AAD Canon kararı, C-39/97, paragraf 18, www.curia.eu.int, 2008.

²³⁴ AAD Sabel v. Puma kararı, C-251/95, paragraf 24, www.curia.eu.int, 2008.

²³⁵ AAD Canon kararı, C-39/97, paragraf 19, www.curia.eu.int, 2008.

²³⁶ AAD Canon kararı, C-39/97, paragraf 17, www.curia.eu.int, 2008.

doğurmak için yeterli olup olmadığı belirlenirken, önceki markanın ayırt edici gücü dikkate alınmalıdır.²³⁷

3.3.6 Genel Değerlendirme İlkesi

Karıştırılma ihtimali belirlenirken, duruma ilişkin tüm faktörlerin bir arada değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca, her somut olay, kendi özgün koşulları hesaba katılarak değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda, AAD'nin Sabel v. Puma kararında da, karıştırılma ihtimalinin, olayın şartları ile ilgili tüm faktörler dikkate alınmak suretiyle, genel olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda, karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde, pek çok ögenin yanı sıra özellikle; markanın piyasadaki bilinirliği, halkın iki marka arasında kurabileceği bağlantı ve işaretler ve mallar/hizmetler arasındaki benzerliğin derecesinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.²³⁸

AAD Lloyd kararında da, genel değerlendirmede dikkate alınacak faktörler arasında yer almak üzere, karıştırılma ihtimali belirlenirken göz önünde bulundurulması gereken unsurlar sıralanmıştır. Bunlar, markanın tescil edilen ürünü tasvir edip etmediği, markanın kullanımının yoğunluğu, markanın kullanım alanının coğrafi genişliği, markanın kullanılma süresi, markaya işletme tarafından yapılan yatırımın büyüklüğü, markanın ilgili çevrede tanınmışlık düzeyi, ticaret ve sanayi odalarının marka hakkındaki beyanları olarak sıralanmıştır.²³⁹

3.3.7 İç Pazarda Uyum Sağlama Ofisi (OHIM) İncelemesi

AAD tarafından karıştırılma ihtimaline yönelik olarak belirlenen kriterler, OHIM incelemesinde de belirleyici niteliktedir. OHIM tarafından itiraz üzerine yürütülen, karıştırılma ihtimalinin belirlenmesine yönelik inceleme sonucu alınacak kararların, AAD kararlarında belirtilen kriterlere dayandırılması gerekmektedir.²⁴⁰

²³⁷ AAD Canon kararı, C-39/97, paragraf 24, www.curia.eu.int, 2008.

²³⁸ AAD Sabel v. Puma kararı, C-251/95 paragraf 22, www.curia.eu.int, 2008.

²³⁹ AAD Lloyd kararı, C-342/97, paragraf 23, www.curia.eu.int, 2008.

²⁴⁰ “Guidelines Concerning Proceedings Before the Office for Harmonizations in the Internal Market (Trade Marks and Designs)”, Opposition Guidelines, s. 161 için bkz. www.ohim.org, 2008.

OHİM tarafından yürütülen inceleme  aamadan oluşur. Birinci aşamada mallar ve hizmetler çeşitli açılardan (yukarda belirtilmektedir) karılatırılarak aynı, benzer ya da farklı olup olmadıkları araştırılır. İkinci aşamada işaretler aynı, benzer ya da farklı olup olmadıkları belirlenmek üzere, incelenir. Son aşamada bütünsel değerlendirme yapılarak karıştırılma ihtimali olup olmadığı sorgulanır²⁴¹:

- Mallar/hizmet veya işaretler farklı ise karıştırılma ihtimali yoktur.
- Mallar/hizmetler ve işaretler aynı ise (ayrıca değerlendirmeye gerek olmadan) karıştırılma ihtimali vardır.
- Mallar/hizmetler ve işaretler benzer/aynı ise; ayırt edicilik, dikkatlilik, bir arada var olma, olaylar ve önceki kararlar dikkate alınarak, değerlendirme yapılır. Değerlendirmede ‘ortalama tüketiciler malların/hizmetlerin aynı ya da ekonomik olarak bağlantılı işletmelerden kaynaklandığını düşünür m’ sorusuna yanıt aranır. Cevap evetse, karıştırılma ihtimali vardır.

²⁴¹ Laporta, J.; “**Likelihood of Confusion**”, 6th Community Trademark Special Module, Eğitim Sunumu, Alicante Üniversitesi, Alicante 2008.

SONUÇ

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname, Türkiye'nin uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri doğrultusunda ve ulusal mevzuatın uluslararası düzenlemeler ile uyumlulaştırılması amacı gözetilerek hazırlanmıştır. Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin 89/104 sayılı Yönergesi ve Topluluk Markası ile ilgili 40/94 sayılı Tüzük, KHK'nin hazırlanmasında içerik ve sistematik olarak kaynak alınmıştır.

Bu tez kapsamında ele alınan karıştırılma ihtimaline ilişkin düzenlemeler de, yukarıda belirtilen mevzuat ile, içerik olarak paralellik göstermektedir. Karıştırılma ihtimali kavramı, tüketici konumundaki kişilerin, belirli bir mal veya hizmeti almak düşüncesindeyken, başka bir işletmenin benzer mal ya da hizmetini alma tehlikesiyle karşılaşması olarak tanımlanabilir. Hem kaynak düzenlemelerde hem de 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'de, karıştırılma ihtimali kavramı, "bağlantılı olduğu ihtimalini" de içerecek şekilde yorumlanarak genişletilmiştir. Bununla birlikte bağlantı kurulması ihtimali, "karıştırılma ihtimalinin alternatifi olmayıp, karıştırılma ihtimalinin kapsamını belirlemeye hizmet eder. Bu doğrultuda bağlantı kurulması ihtimali karıştırılma ihtimalinden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmeyecektir.

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'de karıştırılma ihtimaline ilişkin düzenlemeler, hem mutlak hem de nispi red nedenleri arasında yer almaktadır. Mutlak red nedenleri, işaretin marka olma özelliği yani niteliği ile ilgili, işaretin kendisinden kaynaklanan itiraz nedenleridir. Nispi red nedenleri ise, markanın kendi özelliklerinden ziyade, başkalarının öncelikli haklarından kaynaklanan itiraz nedenleridir.

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamede, aynı veya aynı tür mallar için aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların tescil edilemeyeceği hükmü bir mutlak red nedeni olarak düzenlenmiştir. Benzer bir hüküm 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde

Kararname'nin nispi red nedenlerinin sayıldığı 8/1-a bendinde de yer almaktadır. Bir marka ile işaret, markayı oluşturan tüm öğelerde, herhangi bir değişiklik ya da ekleme yapılmadan taklit edildiğinde ya da işaret bütün olarak değerlendirildiğinde ortalama tüketici tarafından fark edilmeyecek kadar önemsiz ve az değişiklikleri içerdiği durumda aynı sayılır. KHK'nin 7/1-b bendinde markaların halk tarafından karıştırılma şartı aranmamıştır. Bu doğrultuda, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de yer alan 'ayırt edilemeyecek kadar benzer' ifadesinin, ortalama tüketici tarafından fark edilmeyecek kadar önemsiz ve az değişiklikleri içerdiği duruma karşılık geldiği söylenebilir. Buna göre, "aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer" ifadesi, markalar arasındaki benzerliğin karıştırılma ihtimali doğurup doğurmayacağının ayrıca incelenmesini gerektirmeyecek kadar açık olduğu halleri kapsamaktadır.

Kanun koyucunun aynı konuyu, hem re'sen hem de itiraz üzerine incelenmek üzere, mutlak ve nispi red nedeni olarak düzenlemesi, mükerrer tescilleri engellemek amacıyla olunmasıyla açıklanmaktadır. Ancak bu durum hem KHK'nin hazırlanmasında yararlanılan kaynaklardaki düzenlemeler ile farklılık göstermesi açısından hem de kavramsal olarak çelişkili bir sonuç doğurmaktadır. KHK'deki kavramsal çelişki, markanın kendi özelliklerinden kaynaklanmayan fakat önceki bir hakka dayanan bir red gerekçesinin mutlak red nedenleri arasında sayılmasından kaynaklanmaktadır. Bunun dışında, aynı gerekçenin hem re'sen hem de itiraz üzerine incelenebilecek olması kendi başına çelişki doğurmamaktadır. Nitekim KHK'nin 7 nci maddesinde sayılan diğer gerekçeler de, ilgili kişiler tarafından, itiraza konu edilebilmektedir.

Sonuç olarak, 556 Sayılı KHK, nispi bir red nedeni olarak düzenlenmesi gereken bir durumu mutlak red nedenleri arasında göstermekle, sistematik olarak uluslararası kaynaklardan farklı bir düzenleme içermektedir. Bu durum, yasal düzenlemede sadece mutlak red nedenlerinin re'sen inceleme kapsamına alınmış olmasına karşın 7/1-b ile düzenlenen durumun, kanun koyucu tarafında, re'sen inceleme kapsamına alınmak istenmesiyle açıklanabilir. Nitelik olarak, önceki bir hakka dayanması nedeniyle, nispi red nedenleri arasında sayılması gereken söz konusu bendin mutlak

red nedenleri arasında sayılması, nispi red nedenlerinin re'sen incelenemeyeceği görüşüne dayanmaktadır. Ancak re'sen yapılan inceleme kapsamında nispi red nedenlerinin yer alıp almayacağı, marka ofislerinin mevcut ulusal kanunlarına göre belirlenir. Amerika Birleşik Devletleri, Japonya ve İsveç örneklerinde olduğu gibi bazı ülkeler nispi red nedenlerini bütün olarak re'sen incelemektedir. Bir çok ülkede ve İç Pazarda Uyumu Sağlama Ofisi'nde (OHIM) ise, nispi red nedenlerine dayalı inceleme yapılmamaktadır (sınırlı inceleme). İngiltere, tam incelemeye dayalı (mutlak ve nispi red nedenlerinin hepsi) sistemini Topluluk Markası sisteminin hızla büyümesine bağlı olarak ortaya çıkan sorunlarla baş edebilmek için Ekim 2007 itibariyle değiştirmiştir.

İç Pazarda Uyumu Sağlama Ofisi (OHIM) sisteminde sınırlı inceleme yapılması, İngiltere gibi nispi red nedenlerine dayalı olarak re'sen inceleme yapan Avrupa Birliği ülkelerinde, ulusal başvuru sahiplerinin aleyhine sonuçlar doğurmaya başlamıştır. Buna göre çok sayıda önce korunan Topluluk Markası olmasına bağlı olarak, yeni ulusal başvuru sahibinin, ulusal tescil elde etme ihtimali azalmaktadır. Aynı zamanda yeni ulusal başvurular, eski ulusal markalara dayanılarak yapılan itirazlar nedeniyle olduğu gibi, kendisi re'sen nispi incelemenin konusu olmamış bir eski Topluluk Markasına dayanılarak yapılan itirazlar nedeniyle de başarısız olacaktır.

Türkiye uygulaması, tam inceleme ve sınırlı inceleme sistemleri ile karşılaştırıldığında ortada bir yerde durmaktadır. Bugün için söz konusu olmamakla birlikte örneğin İngiltere'nin Topluluk Markası sisteminin hızlı büyümesi nedeniyle karşılaştığı sorunlar, Türkiye için de ilerleyen süreçte Avrupa Birliği'ne katılımın gerçekleşmesine bağlı olarak ortaya çıkabilir.

Bununla birlikte, marka korumasının kapsamına yönelik politika belirlenmesinde, ülkedeki taklitçiliğin boyutu ve toplumun marka konusunda ulaştığı ulaştığı bilinç seviyesi gibi faktörler dikkate alındığında, re'sen inceleme sisteminin daha güçlü bir koruma sağladığı söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Ağın, Erkan; “**Tescil Edilebilir Markalar**”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.
- Arkan, S.; “**Marka Hukuku**”, C. I, Ankara 1997.
(“C.I” olarak anılacaktır)
- “**Marka Hukuku**”, C. II, Ankara 1998.
(“C.II”olarak anılacaktır)
- “**İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (karıştırma) Tehlikesi**”, BATİDER 1999, C.20, S. 2, s. 5-11.
(“İltibas” olarak anılacaktır)
- “**Marka Hakkının Tüketilmesi**”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999, s. 197-208.
- “**Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu**”, BATİDER, 2000, C. 20 Sayı 3, s. 5 – 13.
- Ayber, İncilay; “**Sınai Mülkiyet Hakları İle İlgili Uluslararası Kuruluşlar**”, TPE Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2005.

- Ayoğlu, Tolga; “**Marka Hakkının Tüketilmesi**”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001.
- Bozer, A. /Göle, C.; “**Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi**”, 14. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1994
- Camcı, Ö.; “**Haksız Rekabet Davaları I**”, İstanbul 2001.
- Cengiz, D.; “**Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suratiyle Marka Hakkına Tecavüz**”, İstanbul 2005.
- Coleman, A.; “**Intellectual Propety Law**”, First Edition, London 1994.
- Colston, C./ Middleton, K.; “**Modern Intellectual Property**”, Abingdon 2006.
- Cornish, W.R; “**Intellectual Property; Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights**”, Third Edition, London 1996.
- Dirikkan, H.; “**Tanınmış Markaların Korunması**”, Ankara 2003.
- Dönmez, İrfan; “**Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**”, Ankara 1987.

- Devlet Planlama Teşkilatı; **“Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu”**, Devlet Planlama Teşkilatı Yayını, Ankara 2000.
- Epçeli, S.; **“Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali”** İstanbul, 2006.
- Hidaka, S.; **“A Sign of the Times?: A Review of Key Trademark Decisions of the European Court of Justice and Their Impact Upon National Trademark Jurisprudence in the EU”**, TMR, Volume 94, 2004, s.1136-1144.
- İç Pazarda Uyumunu Sağlama Ofisi (OHIM); **“Guidelines Concerning Proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)”**, Examination Guidelines, www.ohim.org.
- İç Pazarda Uyumunu Sağlama Ofisi (OHIM); **“Guidelines Concerning Proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)”**, Opposition Guidelines, www.ohim.org.
- İngiltere Patent Ofisi; **“Relative Grounds For Refusal The Way Forward”**, www.ipo.gov.uk .
- İngiltere Patent Ofisi; **“Future of Official Examination on Relative Grounds”**, www.ipo.gov.uk .

International Trademark
Association (INTA);

“**Guidelines for Trade Mark Examination**”,
2007 Revizyonu, www.inta.org.

Karaahmet, E/
Yalçiner, U.;

“**Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları**”, TPE Yayını, Ankara 1999.

Karahan, S.;

“**Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları**”, Konya , 2002.

Karan, H./ Kılıç, M.;

“**Markaların Korunması, Kanun Hükmünde Kararname Şerhi ve İlgili Mevzuat**”, Ankara 2004.

Kılıçoğlu, M. A.;

“**Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**”, Ankara 2006.

Kırca, İ.;

“**Yargıtay Kararları Açısından Marka Hukukunda İltibas (Karıştırılma) Kavramı ve Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka**”, Symposium on Effective Enforcement of Intellectual Property Rights in Turkey, Session 5, Speech 2.

Kitchin, D./Llewelyn, D/

Mellor J. /Meade R. ; Moody S. T.

Keeling D.;

“**Kerly’s Law of Trade Marks and Trade Names**”, 14th Edition, London 2005.

- Laporta, J.; “**Likelihood of Confusion**”, 6th Community Trademark Special Module, Eğitim Sunumu, Alicante Üniversitesi, Alicante 2008.
- Oytaç, K.; “**Markalar Hukuku**”, İstanbul 1999.
(“Markalar” olarak anılacaktır)
- “**Karşılaştırmalı Markalar Hukuku**”, İstanbul 2002.
(“Karşılaştırmalı” olarak anılacaktır)
- Marka Koruma Grubu; “**Sahte ve Kaçak Ticari Malların Türkiye Ekonomisi Üzerine Etkileri**”, Hacettepe Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Tarafından Hazırlanan 04.02.2008 tarih ve B.30.2. HAC.0.70.81.08/154 sayılı Rapor.
- Meran, N.; “**Marka Hakları ve Koruması**”, Ankara 2004.
- Morcom C. /
Roughton, A. /
Graham J./
Malynicz S.; “**The Modern Law of Trade Marks**”, Second Edition, London 2005.
- Noyan, E.; “**Marka Hukuku**”, Ankara 2004.
- Schmidt, H. K. S.; “**‘Likelihood of Confusion’ in European Trademarks; Where are we now?**”, European Intellectual Property Review (E.I.P.R), S. 10, 2002.

- Şanal, O.; **“İçtihatlı Açıklamalı Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”**, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2006.
- Taylan Çamlıbel, E.; **“Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İzmir 2000.
- Tekinalp, Ü.; **“Fikri Mülkiyet Hukuku”**, B. 1, İstanbul 1999. (“Fikri Mülkiyet” olarak anılacaktır)
- “Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Kullanılması”**, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 633 – 644.
- Türk Patent Enstitüsü; **“Sınai Haklarla İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler”**, TPE Yayını, Ankara 2001.
- Ünsal, E. Ö.; **“Markaların Tescili Konusunda Uluslararası Nis ve Viyana Sınıflandırmaları; Amaç, İşleyiş ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirme”**, TPE, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2001.
- “Marka İncelemesinde Karıştırılma Olasılığı Kavramı”**, TPE Bülteni, Yıl 1, S. 3, s. 16 – 19.

Würtenberger;

“Risk of Confusion in European Community Trade Mark Law”, European Intellectual Property Review (E.I.P.R), S.21, 2002.

Yalçın, U.;

“Gümrük Birliği ve Türkiye’de Sınai Mülkiyet Haklarının Korunması Konusundaki Gelişmeler”, Süreç (Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye Özel Sayı no; 17, 18) s. 249 vd.

“Türkiye’de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK’nin Getirdikleri”, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu ve Sorunları, İstanbul Ticaret Odası Yayını, No; 1995/39, İstanbul, s.5 vd.

Yasaman, H.;

“Marka Hukuku Kanun Hükmünde Kararname Şerhi”, C. I, İstanbul 2004.
(“C.I” olarak anılacaktır)

“Marka Hukuku Kanun Hükmünde Kararname Şerhi”, C. II, İstanbul 2004.
(“C.II” olarak anılacaktır)

“Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları”, B.2, İstanbul 2004.

“Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II”, İstanbul 2005.

http://www.opsi.gov.uk./si/si2007/uksi_20072076_en_1

<http://www.ipo.gov.uk/tm/t-applying/t-after-whathappensnext.htm>

www.curia.eu.int

www.dnma.de/marke/verfahren/index.html

www.ipo.gov.uk

www.kazanci.com.tr