

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBAS
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Hayrunnisa YILMAZ

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Emre KALENDER

Haziran 2018
Kırıkkale

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBAS
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Hayrunnisa YILMAZ

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Emre KALENDER

Haziran 2018
Kırıkkale

KABUL-ONAY

Dr. Öğr. Üyesi Emre KALENDER danışmanlığında Hayrunnisa YILMAZ tarafından hazırlanan “Marka ile Alan Adı Arasındaki İltibas” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

.../.../2018



Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

.../.../2018

Enstitü Müdürü

KİŞİSEL KABUL SAYFASI

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Marka ile Alan Adı Arasındaki İltibas” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak faydalanılmış olduğunu beyan ederim.

30.04.2018

Hayrunnisa YILMAZ

ÖNSÖZ

“Marka ile Alan Adı Arasındaki İltibas” isimli çalışma ile internet alan adlarıyla marka arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların en çok rastlanılan hâli olan iltibasın, marka ve haksız rekabet hükümleri kapsamında incelenmesi amaçlanmıştır. Çalışmada, alan adı konusunda Türk mevzuatındaki düzenlemelere ve bazı gelişmiş ülkelerin konu ile ilgili var olan düzenlemelerine değinilmiş olup konu, WIPO ve yargı kararları ışığında açıklanmaya çalışılmıştır.

Yapılan bu çalışmanın konuyla ilgilenen herkese yararlı olmasını temenni eder, çalışmanın hazırlanmasında tez danışmanlığımı üstlenerek, değerli katkılarını esirgemeyen hocam Sayın Dr. Öğr. Üyesi Emre KALENDER’e, çalışmanın her aşamasında manevi desteğini esirgemeyen eşime, kıymetli aileme ve arkadaşlarıma teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Hayrunnisa YILMAZ
Ankara, 2018

ÖZET

Yılmaz, Hayrunnisa, “Marka ile Alan Adı Arasındaki İltibas”, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2018

Son yıllarda teknoloji alanında yaşanan gelişmeler sonucunda internet, hem günlük yaşantımızın hem de ticari yaşantımızın olmazsa olmaz bir parçası hâline gelmiştir. Uluslararası statüye sahip olan ve sınırları tam olarak çizilemeyen internetin hayatımıza bu denli girmesi, özellikle alan adı ile markaya ilişkin pek çok ihtilafın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Çalışmamızda ise bu alana ilişkin sorunlar tespit edilerek, bunlara ilişkin çözüm yolları incelenmiştir.

İşletme sahiplerinin, mal veya hizmetlerini internet yoluyla oldukça geniş kitlelere sunma imkânı, özellikle markalar olmak üzere tanıtıcı ad ve işaretlerin alan adı olarak kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Ancak bir başkasına ait markanın haksız bir şekilde alan adı olarak kullanılması iltibasa sebep olabilecek ve dolayısıyla hak ihlâlüne yol açabilecektir. İltibas sebebiyle olan bu kullanım, marka sahibi hakkına tecavüz oluşturabileceği gibi, alan adı sahibinin hakkına da tecavüz oluşturabilecektir. Bu noktada, önceki tarihli üstün hak sahibinin tespitinin yapılması gerekmektedir.

Alan adları ile marka arasındaki iltibas sebebiyle doğan uyuşmazlıklara, ihtilaf konusuna göre haksız rekabet veya markalara ilişkin hükümler uygulanabilir. Bu hükümlere dayanarak hak ihlâlüne maruz kalan kişiler, dava yoluyla ihlâlin ortadan kaldırılmasını sağlayabilirler. Ancak marka ve alan adı uyuşmazlıklarında hakkı ihlâl edilen kişiler, haklarını adli yollarla arayabilecekleri gibi bunun dışında kurulmuş olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına da başvurma imkânına sahiptirler. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun avantajı, uyuşmazlıkların kısa sürede ve etkin bir şekilde çözüme kavuşturulabilecek olmasıdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uluslararası ve ulusal olmak üzere iki kategoride toplanmaktadır. Uluslararası boyutta Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü bünyesinde bulunan ve ICANN tarafından

kabul edilen Yeknesak Uyuşmazlık özüm Politikalarını (UDRP) uygulayan Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi bulunmaktadır. Ulusal boyutta ise her ülke kendi ülke uzantılı alan adlarına ilişkin Uyuşmazlık özüm Mekanizması oluşturabilmektedir. Türkiye’de de “.tr” uzantılı alan adlarına ilişkin ihtilafların çözümüne yönelik Uyuşmazlık özüm Mekanizması oluşturulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Alan Adı, Marka, İltibas, Uyuşmazlık özüm Mekanizması



ABSTRACT

Yılmaz, Hayrunnisa, “Likelihood of Confusion Between Trademark and Domain Name”, Master’s Thesis, Kırıkkale, 2018

In recent years, as a result of technological development, internet has become an essential part of our daily and bussines lifes. Introduction of internet, which has international status and doesn’t have definite boundaries, to our lives creates plenty of disputes especially in trademark and domain names. In our study the problems of this area are identified and possible solutions are examined.

Proprietors’ opportunity to exhibit their goods and services to large mass of people via internet results in the use of identifier names and signs, and especially trademarks, as domain names. However use of a trademark that belongs to third parties as domain name in an unfair way, may be able to create likelihood of confusion and therefore may be able to create violation of right. This use of trademark can create violation both to the right of trademark owner and to the right of domain name owner. At this point owner of ante-dated superior right must be ascertained.

In the disputes that arise from likelihood of confusion between trademark and domain name, provisions of unfair competition or trademarks can be applied with respect to the subject of dispute. With these provisions, persons whose rights are violated can abrogate the violation by remedies. However, those whose rights are violated in trademark and domain name disputes have the possibility to seek their rights through judicial means as well as to resort to alternative dispute resolution methods established outside of them. The advantage of the alternative dispute resolution route is that disputes can be resolved in a short time and effectively. Alternative dispute resolution methods are categorized into two categories, international and national. At the international level, there is the Arbitration and Mediation Center in the World Intellectual Property Organization, which implements the Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP) adopted by ICANN. At the national

level, each country can create a Conflict Resolution Mechanism for its country-extension domain names. In Turkey also Dispute Resolution Mechanism has been established for the settlement of disputes relating to “.tr” domain name extensions.

Keywords: Domain Name, Trademark, Likelihood of Confusion, Dispute Resolution Mechanism



KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACDR	: Arab Center for Domain Name Dispute Resolution
ADNDRC	: Asian Domain Name Dispute Resolution Centre
ADR	: Alternative Dispute Resolution
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB:	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: bakınız
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
CAC	: Czech Arbitration Court
ccTLD	: Country Code Level Domains
CJEU	: Court of Justice of the European Union
CoğışKHK	: 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
DNS	: Domain Name System
dp	: dipnot
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
EndTasKHK	: 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
ETTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
EuGH	: European Court Of Justice
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSHHM	: Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
gTLD	: Generic Code Level Domains

HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Html	: Hyper Text Markup Language
http	: Hyper-Text Transfer Protocol
ICANN	: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
InterNIC	: Internet Network Information Center
IP	: Internet Protocol
ISO	: International Organization for Standardization
İAAAY	: İnternet Alan Adları Yönetmeliği
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİBF	: İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
KHK	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
LG	: Landengericht
m.	: madde
MAPADER	:Marka ve Patent Uzmanları Derneği
MarkenG	: Markengesetz
MarKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MK	: Medeni Kanun
N.	: Nummer (No)
NAF	: National Arbitration Forum
NSI	: Network Solutions Inc.
ODR	: Online Dispute Resolution
ODTÜ	: Orta Doğu Teknik Üniversitesi
OLG	: Oberlandesgericht
Parg.	: paragraf
RUDRP	: Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SLD	: Second Level Domain

SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Tebliğ	: Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRABİS	: Tr Ağ Bilgi Sistemi
TRIPS	: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Türk Patent	: Türk Patent ve Marka Kurumu
UÇHS	: Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcı
UÇM	: Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması
UDRP	: Uniform Dispute Resolution Policy
USD	: United States Dollar
USPTO	: United States Patent and Trademark Office
UWG	: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vd.	: ve devamı
WIPO	: World Intellectual Property Organization
www	: World Wide Web
YİDK	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurumu
YÖK	: Yükseköğretim Kurumu

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iv
KISALTMALAR	vi
İÇİNDEKİLER	ix
GİRİŞ	1
§ 1 KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI	1
I. Konunun Takdimi	1
II. Konunun Önemi	4
III. Konunun Sınırlandırılması	7

BİRİNCİ BÖLÜM

ALAN ADI, MARKA VE İLTİBAS HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

§ 2 ALAN ADI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR	9
I. Alan Adı Kavramı	9
II. Alan Adının Yapısı	11
A. Üst Düzey Alan Adları (TLD)	12
1. Jenerik Üst Düzey Alan Adı (gTLD)	13
2. Ülke Kodu Üst Düzey Alan Adı (ccTLD)	14
B. İkinci Düzey Alan Adları (SLD).....	15
III. Alan Adının Hukuki Niteliği	16
IV. Alan Adının Tahsis ve Tescili	20
A. Genel Olarak	20
B. Türkiye’de Alan Adı Tahsisi.....	22
§ 3 MARKA HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR.....	24
I. Markanın Tanımı ve Unsurları	24
II. Markanın Fonksiyonları	26
A. Kaynak Gösterme Fonksiyonu.....	27
B. Ayırt Etme Fonksiyonu	27
C. Reklam Fonksiyonu	28

D. Kaliteyi Garanti Fonksiyonu.....	29
§ 4 İLTİBAS HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR.....	29
I. İltibasın Tanımı.....	29
II. İltibasın Unsurları.....	32
A. Aynı veya Benzer İşaret.....	32
1. Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaret.....	32
2. Benzer İşaret.....	33
B. Aynı veya Benzer Mal ve Hizmet.....	34
1. Aynı veya Aynı Tür Mal ve Hizmet.....	35
2. Benzer Mal ve Hizmet.....	36
C. Tüketicilerin Benzer İşaretleri Karıştırması.....	38
III. İltibasın Türleri.....	39
A. Doğrudan İltibas.....	40
B. Dolaylı İltibas.....	40
C. Geniş Anlamda İltibas.....	41
IV. İltibasın Belirlenmesinde Kullanılan Kriterler.....	42
A. Ayırt Edicilik Ölçütü.....	43
1. Genel Olarak.....	43
2. Ayırt Ediciliğin Kullanımla Kazanılması.....	44
B. Karıştırmada Bütünlük Ölçütü.....	46
C. Tanınmışlık Ölçütü.....	46
D. İşaretlerin Birbirini Çağırması Ölçütü.....	47
V. Markada İltibas.....	48
VI. Alan Adında İltibas.....	50

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBAS

§ 5 MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	52
I. Benzerlikleri.....	55
II. Farklılıkları.....	55
III. Alan Adının Markasal Kullanımı.....	57
§ 6 MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLAR.....	59
I. Alan Adı Gaspı (Domain Grabbing).....	60

II. İltibas Oluşturan Kullanım	63
A. Öncelik Hakkına Sahip Markanın Alan Adı Olarak Kullanılmasından Kaynaklanan İltibas	64
1. Öncelik Hakkına Sahip Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması. 64	
a) Genel Olarak	64
b) İltibas Sebebiyle Marka İhlalinin Şartları	66
(1) Markanın Aynısının ve Benzerinin İnternet Ortamında Kullanılması66	
(2) Markanın İnternet Ortamında Ticari Etki Doğuracak Şekilde Alan Adı Olarak Kullanılması	72
(3) Alan Adı Sahibinin Kullanımına İlişkin Hakkı veya Meşru Bir Bağlantısı Bulunmaması	75
2. Öncelik Hakkına Sahip Tescilsiz Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması	76
a) Genel Olarak	76
b) İltibas Sebebiyle Marka İhlalinin Şartları	78
3. Öncelik Hakkına Sahip Tanınmış Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması	80
a) Tanınmış Markanın İtibarından Dolayı Haksız Yarar Sağlanması	83
b) Tanınmış Markanın İtibarına Zarar Verilmesi	85
c) Tanınmış Markanın Ayırt Edici Karakterinin Zedelenmesi	86
4. Markanın Alan Adı Olarak Kullanılmasında Dürüst Kullanım İlkesi	86
a) İfade Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirme	87
b) Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5 Kapsamında Değerlendirme	90
(1) Alan Adının Ad ve Adres Olarak Kullanılması	92
(2) Alan Adının Tasviri Amaçla Kullanılması	94
(3) Alan Adının Aksesuar veya Yedek Parça Gibi Ürünlerde Kullanılması	94
B. Öncelik Hakkına Sahip Alan Adının Marka Olarak Kullanılmasından Kaynaklanan İltibas	97
1. Genel Olarak	97
2. İltibas Sebebiyle Alan Adı İhlalinin Şartları	99
§ 7 MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBASIN TESPİTİ	100
I. İşaretlerin Aynı veya Benzer Olması	100
A. Ayniyet veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzerlik Olması	100

B. Benzerlik Olması.....	103
II. Mal/Hizmetlerin Aynı veya Benzer Olması.....	107
III. Bütünlük ilkesi	110
IV. Göz Önünde Bulundurulacak Kitle	111
V. Öncelik Hakkı	113

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBASIN SONUÇLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI

§ 8 MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBASIN SONUÇLARI.....	114
I. Marka Hakkı Sahibi Bakımından.....	114
II. Alan Adı Hakkı Sahibi Bakımından	118
§ 9 MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBAS DURUMUNDA BAŞVURULACAK ÇÖZÜM YOLLARI.....	120
I. Dava Yolu	120
A. Marka Hakkından Doğan Hak ve Talepler	120
1. Tescilli Markalar Bakımından.....	120
a) Açılacak Davalar	120
(1) Tecavüzün Tespiti Davası.....	120
(2) Tecavüzün Önlenmesi Davası.....	121
(3) Tecavüzün Durdurulması Davası.....	121
(4) Tecavüzün Kaldırılması Davası	122
(5) Tazminat Davası.....	122
b) Diğer Talepler	123
(1) Delillerin Tespiti	123
(2) İhtiyati Tedbir Talebi	123
(3) El Koyma, Ürünler Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması, Markanın Silinmesi, İmhası	124
(4) Hükmün İlgililere Tebliği ve Kamuya Yayın Yoluyla Duyurulması	124
(5) Alan Adının Terkini	125
(6) İnternet Sitesine Erişimin Durdurulması ve Engellenmesi	126
c) Yargılama Hukukuna İlişkin Özellikler	127
(1) Davanın Tarafları	127

i. Davacı	127
ii. Davalı	128
(2) Zamanaşımı	131
(3) Görevli ve Yetkili Mahkeme	131
2. Tescilsiz Markalar Bakımından	132
a) Açılacak Davalar	132
(1) Haksız Rekabetin Tespiti Davası	132
(2) Haksız Rekabetin Men'i (Önlenmesi) Davası	133
(3) Eski Hâle İade Davası	134
(4) Maddi ve Manevi Tazminat Davası	135
b) Diğer Talepler	136
(1) Hükümün Alenileştirilmesi	136
(2) İhtiyati Tedbir Talebi	137
(3) Alan Adının Terkini	138
(4) Delillerin Tespiti	138
c) Yargılama Hukukuna İlişkin Özellikler	139
(1) Davanın Tarafları	139
i. Davacı	139
ii. Davalı	140
(2) Zamanaşımı	142
(3) Görevli ve Yetkili Mahkeme	143
B. Alan Adı Hakkından Doğan Hak ve Talepler	144
1. Türk Ticaret Kanunundan Doğan Hak ve Talepler	144
a) Açılacak Davalar ve Talepler	144
b) Yargılama Hukukuna İlişkin Özellikler	145
2. Sınai Mülkiyet Kanunundan Doğan Hak ve Talepler	146
a) Marka Tesciline İtiraz	146
b) Hükümsüzlük Davası	151
(1) Genel Olarak	151
(2) Yargılama Hukukuna İlişkin Özellikler	153
i. Davanın Tarafları	153
ii. Zamanaşımı	154

iii. Görevli ve Yetkili Mahkeme	154
II. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Yolu.....	155
A. UDRP Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması	156
1. Genel Olarak	156
2. Hukuki Niteliği.....	156
3. Yetkili Hizmet Sağlayıcıları.....	158
4. Uygulama Alanı ve Kapsamı	159
5. Yargılama Usulüne İlişkin Özellikler	163
B. İnternet Alan Adları Yönetmeliği Kapsamında Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması.....	166
1. Genel Olarak	166
2. Uygulama Alanı	166
3. Yargılama Usulüne İlişkin Özellikler	168
SONUÇ	170
KAYNAKÇA.....	176

GİRİŞ

§ 1 KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. Konunun Takdimi

Bu çalışmanın konusu “marka ile alan adı arasındaki iltibas”tır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, “iltibas” kavramı, eski Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan bir kavram olup, hukuk literatüründe belli bir yer edinmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ise, “iltibas” kavramı yerine, “karıştırılma” kavramını kullanmıştır. Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde, “karıştırılma” kavramının, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de¹ “karıştırılma tehlikesi” terimine yer verilmesi ve içtihatlarda yerleşmeye başlaması sebebiyle tercih edildiği ifade edilmektedir². Ancak bu kavram, gerek öğretide gerekse yargı kararlarında terkedilebilmiş değildir. Buradan hareketle, yürürlükte olan Sınai Mülkiyet Kanunu’nda geçen “karıştırılma tehlikesi”nin, “iltibas” kavramını tam olarak karşılamaması ve Yargıtay kararlarında da hâlâ kullanılıyor olması hususları dikkate alınarak, çalışmamızda “karıştırılma” yerine “iltibas” kavramı kullanılması tercih edilmiştir. Bununla birlikte çalışmada yeri geldikçe karıştırılma ifadesine yer verilmiş ise bundan kasıt iltibastır.

İltibas müessesesi, fikri mülkiyet haklarının düzenlendiği Sınai Mülkiyet Kanunu ve haksız rekabet hükümlerinin yer aldığı Türk Ticaret Kanunu’nun konusu alanına girmektedir. Türk Ticaret Kanunu’nda haksız rekabet hâli olarak sayılan iltibas, fikri mülkiyet hukuku bakımından da büyük bir öneme sahiptir. Zira fikri mülkiyet hukuku, sahibine mutlak hak niteliğinde olan bir hak bahşedecek olup, hak üzerinde tekeli bir yetki verir³. Dolayısıyla fikri mülkiyet hakkına sahip olan bir kişinin, hak sahibi olduğu bir işaretin aynısının veya benzerinin bir başkası tarafından haksız olarak kullanılması iltibas yoluyla ihlal durumuna girmektedir. Zira Türk Ticaret

¹ 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren, SMK olarak anlamak gerekmektedir. Madde gerekçesinde yer aldığı şekliyle aktarılmıştır.

² TTK m. 55/1-a, 4 Gerekeçesi

³ Hamdi Pınar, “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri”, *Marmara Hukuk Dergisi*, 2012, Sayı 2, s. 151.

Kanunu m. 55/1-a, 4 gerekçesinde de ifade edildiği üzere kapsamı geniş olan iltibas kavramıyla, tüketici nezdinde “yanıltma, kandırma ve yanlış algılatırmanın” anlaşılması da mümkündür. Başkası adına fikri mülkiyet hukuku anlamında korunan bir işaretin bir başkası tarafından kullanılması ise, hak sahibinin hakkına tecavüz teşkil eder. Fikri mülkiyet hukuku yönüyle iltibasın konusu, hak sahibinin hakkını korumakken, haksız rekabet bakımından biraz daha farklıdır. Haksız rekabette esas olan amaç, dürüst rekabet ortamının oluşturulmasıdır. Dolayısıyla haksız rekabet hukuku, fikri mülkiyet hukukundaki gibi, piyasa katılımcısı lehine bir hak tesis etmeksizin, haksız bir davranışın önüne geçilmesini amaçlar⁴. Her ne kadar nihai amaçları farklı olsa da sonuç olarak, iltibas hâlinde, hem ekonomik piyasa hem de hak sahipleri etkilenecektir.

Uygulamada iltibas, daha çok ticari ad ve işaretlerde, özellikle de markalarda görülmektedir. Kısa bir tanımla ifade edilecek olursa, marka, “*bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan işaretlerdir*”⁵. Tüketicilerin bir ürün veya hizmeti tercihinde büyük öneme sahiptir. Dolayısıyla ekonomik piyasada yeni atılımlar yapmak isteyen birçok kimse, sıfırdan bir marka oluşturmak yerine, piyasada belli bir yer edinmiş markaların, aynısını veya benzerini kullanmak suretiyle kendi markalarını oluşturmak istemektedirler. Markaların haksız bir şekilde bir başkası tarafından kullanılması, 1990’lı yıllarda internetin, sosyal yaşam yanında ticaret hayatına girmesiyle boyut değiştirmiştir. İşte bu noktada çalışmamızın konusu olan alan adı ve marka uyumsuzluklarında iltibas kendini göstermiştir.

Önceleri sadece askeri ve bilimsel amaçlarla kullanılan internet, zamanla herkesin kullanımına açılmış, reklam, pazarlama ve bilgi paylaşım aracı hâline gelmiştir. Bu da beraberinde alan adları kavramını ortaya çıkarmıştır. Alan adı kısaca, internet sayfalarına ulaşmayı sağlayan elektronik adrestir⁶. Alan adları, başlangıçta sadece internet sayfalarına erişim sağlama fonksiyonuna sahip iken, sonradan marka, ticaret

⁴ Ohly (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No. 9. 3 (naklen Pınar, s. 151).

⁵ Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Ticari İşletme Hukuku*, Dora Yayınları, 6. Baskı, Eylül 2016, s. 185; İlhami Güneş, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 43.

⁶ Seniha Dal, “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Name) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler”, *Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi*, 2010, Cilt XXVIII, Sayı 1, s. 480.

unvanı gibi ayırt edici ad ve işaret hâline gelmiştir⁷. Bu özelliğiyle, bilgi paylaşım aracı olmaktan çıkmış, ticaret vasıtası olma özelliği kazanmıştır. Alan adlarının, teknolojik gelişmeleri takiben, ticaret hayatına bu denli girmesi, internet ticaretini ortaya çıkarmış ve birçok hukuki sorunu da beraberinde getirmiştir. Zira elektronik ticaretin yaygınlık kazanmasıyla birlikte işletme sahipleri, elektronik ortamda mal ve hizmetlerini pazarlarken markalarını kullanmak isteyeceklerdir. Ancak teknolojideki bu gelişmelerin geç farkına varan marka sahiplerinin markaları, başkaları tarafından alan adı olarak alınmış olabilecektir. Nitekim alan adının ilk uyuşmazlıkları, 1990'lı yıllarda bu şekilde ortaya çıkmıştır. Alan adı gaspı olarak nitelendirilen bu uyuşmazlık tipinde, başkasına ait markayı tescil ettiren alan adı sahibi, bu alan adını marka sahibine yüksek meblağlarda satma amacı taşımaktadır. Dolayısıyla marka sahipleri de bu durumda ya mahkemelere başvurarak hak arama yoluna gidecek ya da yüksek meblağ da olsa, alan adını tescil ettirenden satın alacaktır.

Bununla birlikte, alan adlarının zamanla marka, ticaret unvanı gibi tanıtma işareti niteliğine bürünmesi, iltibas oluşturan kullanımlara sebebiyet vermiştir. Zira başkasına ait birçok markanın aynısı veya benzeri, internet dünyasında alan adı olarak kullanılabilir. Bu durum da, tüketici nezdinde iltibasa yol açacaktır. Uygulamada daha çok başkasına ait markaların alan adı olarak kullanılması durumuyla karşılaşılsa da, alan adları da sahibine mutlak bir hak olmasa da, üzerinde tasarrufta bulunma ve başka kişilerin kullanımını yasaklama hak ve yetkisi vermektedir. Dolayısıyla başkasına ait alan adının, bir başkası tarafından kullanılması yoluyla alan adı hakkına tecavüz de mümkündür. Alan adı ile marka arasında ortaya çıkan bu uyuşmazlıkların en önemli sebebi, alan adı hukukunun henüz çok fazla gelişme göstermemiş olmasıdır. Alan adı ile marka arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi bakımından ilk çalışmalar 1998 yılında, WIPO tarafından yapılmıştır. WIPO bu çalışma ile alan adları sistemi için bir ara rapor hazırlamış ve alan adı ile marka arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin öneriler sunmuştur⁸. Söz konusu

⁷ Tekin Memiş, Bilişim Toplumunda Fikri Hak İhlalleri-Çözüm Önerileri, *Bilişim Hukuku Konferansı (09-10 Ekim 2008)*, s. 212.

⁸ Tekin Memiş, "İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 19-20, Sayı 1-2/1999-2000, s. 518. Ara Rapor için bkz. <http://www.wipo.int/amc/en/processes/process1/rfc/3/> (Erişim: 05.04.2018).

ara raporda, alan adının marka hakkını ihlâli durumunda, dava yolunun zor, uzun ve masraflı olduğuna dikkat çekilmiştir. Zira alan adları internet üzerinden kullanıma uygun olduğundan evrensel nitelik arz etmekte olup, birden fazla farklı ülkelerde dava konusu olabilecektir. Bu sebeple, ara raporda mahkeme dışı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu önerilmiştir. Bu yol ne arabulucuk ne de tahkim niteliğindedir. Tamamıyla kendine özgü tahkim benzeri bir niteliktedir.

Ülkemiz bakımından ise, alan adının korunmasına yönelik özel bir kanun bulunmadığından uyuşmazlıklara, ihtilaf konusuna göre haksız rekabet veya markalara ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Bu hükümlere dayanarak hak ihlâline maruz kalan kişiler, dava yoluyla ihlâlin ortadan kaldırılmasını sağlayabilecektir. Bununla birlikte, WIPO tarafından geliştirilmiş olan ve küresel anlamda alan adlarında yetkili kuruluş olan ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers-İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu) tarafından kabul edilen alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvurabileceklerdir. Ulusal anlamda ise son yıllarda bu alana ilişkin pek çok çalışma yapılmakta olup, 07.11.2010 tarihinde yürürlüğe giren İnternet Alan Adları Yönetmeliği ile “.tr” uzantılı alan adı ihtilaflarının çözümüne yönelik, ICANN çözüm usulüne benzer Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması oluşturulmuş ancak henüz uygulamaya geçmemiştir.

II. Konunun Önemi

Alan adlarının ticaret yaşamına girmesi, alan adlarında beklenmedik bir artışa sebep olmuştur. Alan adlarının kullanımındaki artış ile birlikte birçok hukuki sorun doğmuş olup, bu sorunların başında, marka sahibinin hakkına ihlâl oluşturan alan adı kullanımları vardır. Bu sorunun temelinde, alan adları ile marka tescilinden doğan farklılıklar bulunmaktadır.

Zira markalar, sahibine belli mal ve hizmetler bakımından kullanma hakkı tanımaktadır. Başka bir ifadeyle, markalarda sınıflandırma sistemi mevcut olup, piyasada aynı veya benzer ibareyi taşıyan birden fazla marka olabilecektir. Alan adlarında ise bu şekilde bir sınıflandırma bulunmamakta; bir alan adı hakkı sahibi, tescili sağladığı anda, bu alan adı bir başkası tarafından kullanılamamaktadır. Bu yönüyle alan adlarının bloke edici etkisinin olduğunu söylemek mümkündür. Alan

adlarının bu özelliğinden dolayı, aynı ibareyi taşıyan farklı sektördeki marka sahiplerinden hangisi önce başvurursa o, alan adını marka olarak tescil ettirebilecektir. Diğerisi ise, ancak ekleme veya çıkarma yoluyla değişiklikler yaparak, markasını alan adı olarak tescil ettirebilecektir.

Ayrıca alan adları, internette mal ve hizmetlerin kaynağını gösterme işlevine sahiptir. Dolayısıyla alan adı sahibi, bir başkası tarafından tescil edilmiş veya piyasada kullanılarak belli yer edinmiş markaları, alan adı olarak tescil ettirmek istemektedir. Başkasına ait markanın alan adı olarak tescil ettirilmesinde, o alan adının marka sahibine yüksek meblağlarda satılması yoluyla kazanç elde edilmesi amacının yanında, tüketici nezdinde iltibasa sebep olan kullanım sebebiyle kazanç elde edilmesi de olabilecektir. İltibas müessesesi ise, başlı başına bir inceleme konusu olup, daha çok markada iltibas müessesesi inceleme konusu yapılmıştır. Alan adlarının, marka niteliğinde olmasa da internet dünyasında marka kadar önemli bir tanıtma işareti hâline gelmiş olması, bu konunun incelenmesi zarureti doğurmuştur. Bu noktada alan adları ile marka arasındaki yapısal ve tescilden doğan farklılıklar sebebiyle, iltibasın tespitinin ve sonuçlarının ortaya konulması büyük önem arz etmektedir. Söz konusu çalışmada, alan adı ile marka arasında iltibas oluşturacak kullanımların ortaya konulması, tespitinde dikkate alınacak ölçütler ve sonucunda başvurulabilecek hukuki yolların incelenmesi amaçlanmıştır.

Öncelikli olarak alan adı ile marka arasındaki iltibasta, alan adının nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulacağı tespit edilmelidir. Zira alan adları yapısal olarak birden fazla kısımdan oluşmakta olup bünyesinde, her alan adında kullanılması zorunlu olan “www”, “http” gibi ayırt edici niteliğe sahip olmayan kısımları da barındırmaktadır. Bununla birlikte, her alan adında kullanılması zorunlu olmamakla birlikte, belli standartta bir kullanım gerektiren, ayırt edici niteliğe sahip olmayan “.com”, “.tr” gibi uzantılar da bulunmaktadır. İşte bu noktada, başkasına ait bir markayla birlikte bu unsurları da taşıyan bir alan adı incelemesi ne şekilde olmalıdır? Başka bir ifadeyle alan adı ile marka arasındaki aynılık veya benzerlik değerlendirmesinde, ayırt edici niteliğe sahip olmayan bu kısımlar dikkate alınmalı mıdır? Yoksa alan adının tüketici nezdinde bütün olarak bıraktığı intibaa mı dikkate alınmalıdır? Ayrıca alan adlarında sınıflandırma sisteminin olmaması da dikkate

alınarak, marka ile arasındaki benzerlik değerlendirmesinde sektördeki benzerlik aranacak mıdır? Aranacaksa bu benzerlik nasıl tespit edilecektir? Ayrıca bu incelemeler yapılırken dikkate alınacak tüketici kitlesi, internet kullanıcıları mı olmalı yoksa ortalama tüketici kesimi mi olmalıdır? Alan adı ile marka arasındaki iltibas değerlendirmesinde bu sorular büyük önem arz etmektedir. Çalışmada da bu sorulara cevap aranmaya çalışılmıştır.

Ayrıca alan adları, hukukumuzda yeni gelişen bir alan olduğundan, alan adlarının korunmasına ilişkin özel bir kanun bulunmamaktadır. 2008 yılında Elektronik Haberleşme Kanunu'nun çıkarılmasıyla birlikte alan adı hukukunda gelişmeler yaşanmış, 2010 yılında İnternet Alan Adları Yönetmeliği, 2013 yılında İnternet Alan Adları Tebliği ve İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği yürürlüğe girmiştir. Ancak bu düzenlemeler daha çok alan adı başvuruları, alan adı tescilinden doğan sorumluluk ve alan adı uyuşmazlıklarında başvurulacak alternatif çözüm mekanizmalarına ilişkindir. Bu sebeple, alan adlarının korunmasına ilişkin göz önünde bulundurulacak hükümler yine genel hükümlerdir. Bu kapsamda alan adları, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan haksız rekabet hükümlerine göre korunacaktır. Bununla birlikte Sınai Mülkiyet Kanunu da alan adı sahibine, alan adı hakkını koruması bakımından birkaç düzenleme getirmiştir.

Alan adı ile marka arasındaki iltibas hâlinde de, yine Sınai Mülkiyet Kanunu ve haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır. Markanın tescilli veya tescilsiz olması durumuna göre başvurulacak hükümler farklılık göstermektedir. Zira tescilli markalar bakımından Sınai Mülkiyet Kanunu hükümleri uygulanırken, tescilsiz markalar bakımından haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır. Bu kapsamda açılacak olan davalar ve yargılama hukukuna ilişkin özellikler de farklılık gösterecektir. Söz konusu çalışmada tüm bu hususlar ayrı ayrı irdelenmiştir.

Alan adı ile marka arasındaki iltibas durumunda genel mahkemelerde dava açma yolunun yanında, alan adlarının niteliği ve önemi dolayısıyla genel mahkemelere oranla daha kısa ve masrafsız, özel bir alternatif çözüm mekanizması öngörülmüştür. Alternatif çözüm mekanizması, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, burada da büyük öneme sahiptir. Ancak alan adları bakımından uygulanan alternatif çözüm

mekanizmasının niteliği de ayrı bir önem arz etmektedir. Zira bu usulde alternatif çözüm mekanizmasına başvurulmadan önce veya sonra genel mahkemelerde dava açma hakkı mevcut olup, hakem kararları sadece kurumları, tarafları ve alan adı tescil kuruluşlarını bağlar⁹.

“.tr” uzantılı alan adlarının, tescil ve yönetim yetkisi ODTÜ’deyken; “.com” uzantılı alan adlarının tescil ve yönetim yetkisi, ICANN’dedir. Bu sebeple alan adı ile marka arasındaki uyumsuzluklar bakımından başvurulacak alternatif çözüm mekanizması da farklılık gösterecektir. Zira “.com” uzantılı alan adları bakımından başvurulacak yol ICANN tarafından yönetilen UDRP çözüm usulü iken, “.tr” uzantılı alan adları bakımından başvurulacak yol, İnternet Alan Adları Yönetmeliği kapsamında düzenlenen UÇM’dir. Ancak “.tr” uzantılı alan adları bakımından öngörülen UÇM, henüz yürürlüğe girebilmiş değildir. Çalışmada tüm bu hususlar detaylı bir şekilde incelenmiştir.

III. Konunun Sınırlandırılması

“Marka ile alan adı arasındaki iltibas” başlıklı bu çalışmada marka ile alan adı arasında kullanımdan doğacak iltibas durumları ve sonuçları, tüm yönleriyle ortaya konulmaya çalışılmıştır. Söz konusu çalışma, Sınai Mülkiyet Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu ekseninde incelenmiş, yeri geldiğinde diğer hukuk dallarından Borçlar Hukuku, Anayasa Hukuku ve Usul Hukukuna da başvurulmuştur. Çalışma bir karşılaştırmalı hukuk çalışması değildir. Ancak yeri geldikçe ilgili diğer ülke hukuk sistemlerinden ve yargı kararlarından da yararlanılmıştır.

Çalışmamız, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, alan adı, marka ve iltibas müesseselerine ilişkin durumlar açıklanmıştır. Bu kapsamda öncelikle, hukukumuza yeni giren bir alan olması sebebiyle, alan adı kavramı ve yapısına ilişkin detaylı açıklamalarda bulunulmuştur. Daha sonra gerek ülkemiz hukuku gerekse karşılaştırmalı hukuk bakımından tartışılan, alan adının hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte alan adının tahsis ve tescil yöntemlerinin neler ve nasıl olduğu açıklanmıştır. Sonrasında kısaca marka tanımına ve unsurlarına yer

⁹ Sefer Oğuz, *İnternet Alan Adı Haklarının Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 414.

verilmekle birlikte, markanın fonksiyonlarına değinilmiştir. Daha sonrasında, diğeri bir çalışma alanı olan iltibas kavramının, markada ve alan adında görünüm şekilleri ele alınmıştır. Daha sonra iltibasın unsurları belirlenmeye çalışılmış ve son olarak iltibasın belirlenmesinde kullanılabilir kriterler açıklanmıştır.

İkinci bölümde, marka ile alan adı arasındaki ilişki, benzer ve farklı yönleri açıklanarak ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sonrasında marka ile alan adı arasındaki ilişkiden doğan uyumsuzluklar açıklanmıştır. Uyumsuzluk tiplerinden biri olan iltibas oluşturan kullanım, öncelik hakkına sahip markanın, bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılması ve öncelik hakkına sahip alan adının, bir başkası tarafından marka olarak kullanılması başlıkları altında detaylı bir şekilde incelenmiştir. Bu durumlar tescilli, tescilsiz ve tanınmış markalar bakımından tek tek ele alınmıştır. Son olarak alan adı ile marka arasındaki iltibasın tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın son bölümünde ise, alan adı ile marka arasındaki iltibasın, marka hakkı sahibi ve alan adı hakkı sahibi bakımından sonuçları tek tek ele alınmıştır. Daha sonrasında hukukumuz bakımından, bunlara uygulanabilecek çözüm yolları üzerinde durulmuştur. Dava yolunda marka sahibinin ve alan adı sahibinin tâbi olduğu hükümler ayrı ayrı incelenmiş, mahkeme yoluyla başvurulabilecek talepler incelenmiş ve yargılama hukukuna özgü durumlar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Uyumsuzluk çözüm mekanizması yolu ise, ulusal ve uluslararası boyutta başvurulabilecek yollar olarak incelenmiş ve ülkemiz hukukunda bu alanda yapılan yeni çalışmalar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Alan adları müessesesi, evrensel nitelik taşıdığından, bundan doğan uyumsuzluklar da birden fazla ülkeyi ilgilendirecek boyutta olabilecektir. Ancak bu durum ayrı bir çalışma konusu olup çalışma, ulusal boyutta meydana gelen kullanımlar ve uyumsuzluklar ile sınırlandırılmıştır. İnceleme sırasında ortaya konulan tespitler ve değerlendirmeler ise, sonuç kısmında yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALAN ADI, MARKA VE İLTİBAS HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

§ 2 ALAN ADI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

I. Alan Adı Kavramı

Gün geçtikçe internetin, gerek sosyal gerekse ticari anlamda vazgeçilmez bir ihtiyaç hâline geldiği açık bir şekilde görülmektedir. Artık bir insanın ihtiyaç duyabileceği herşeye, internet üzerinden ulaşabilmesi mümkündür. İnternetin sosyal hayatla birlikte, ticaret hayatına bu denli girmesi, tacirlerin ticaret unvanı, marka ve işletme adı gibi ad ve işaretlere benzer şekilde, internette kendilerini tanıtacak ayırt edici bir işarete ihtiyaç duymalarına sebep olmuştur. Bu ihtiyaç internet dünyasında tacirleri tanıtmaya yarayan, alan adı kavramını ortaya çıkarmıştır. Alan adı, birçok bilginin depolandığı internet dünyasının kapısını açan anahtar niteliğindedir. Söz konusu olan bu anahtar kullanılmadan, internet üzerinde herhangi bir siteye ulaşılması, reklam veya pazarlamacılık faaliyetlerinin yerine getirilmesi mümkün değildir¹⁰.

Alan adları sisteminin arka planında ise sembolik isimler ve IP (Internet Protocol) numaraları arasında dönüşümlü bir ilişki mevcuttur¹¹. Şöyle ki, IP numarası, uluslararası telefon numarası niteliğinde, 121.41.267.25 gibi, sayısal bir adrestir¹². İnternet motorunda arama yapılacağı zaman bu numaraların akılda kalması ve hatırlanması mümkün olmadığından, hatırdaki kalması kolay olacak, istenilen ağa erişim sağlayacak bir adrese ihtiyaç vardır. Bu da sembolik adres olarak nitelendirilen alan adıdır¹³. Alan adlarının arka planında olan IP numaraları sistemsiz olarak sembolik adresler ile eşleştirilmektedir. Dolayısıyla, hatırdaki kalması kolay olan alan adı olarak yazılan adresin, arka planda yapılan otomatik işlem sonucunda söz konusu alan adı ile eşleştirilen IP adresine dönüştürülmesi sonucunda bağlantı

¹⁰ Sami Karahan vd., *Fikri Mülkiyet Hukuku Esasları*, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2015, s. 451.

¹¹ Tamer Soysal, *İnternet Alan Adları Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 189.

¹² Hasibe Işıklı, *İnternet Alan İsimleri Sistemi Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki*, DPT Yayınları, Ankara, 2001, s. 10.

¹³ Soysal, s. 189.

sağlanmaktadır¹⁴. Bu sistemde, rakamlardan oluşan IP adresi yerine alan adı olarak belirlenen alfabetik harflerden oluşan bir ibare ile internet kullanımı kolaylaşmaktadır¹⁵. Yani, kullanıcı alan adını arama motoruna yazdığında bilgisayar, o alan adıyla uyuşan IP numarasını bulup kullanıcıyı istenen adrese götürmektedir. Tüm bu anlatılanlardan hareketle kısaca alan adını, web sayfalarına ulaşmayı sağlayan elektronik adres olarak tanımlamak mümkündür¹⁶.

Bu tanımlara ek olarak Elektronik Haberleşme Kanunu'nun¹⁷ 3. maddesinde de alan adı; "*internet üzerinde bulunan, bilgisayar veya internet sitelerinin adreslerini belirlemek için kullanılan, internet protokol numarasını tanımlayan adlar*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da hareketle, alan adlarının yukarıda da değinildiği gibi tanıtma işareti niteliğinde olduğu söylenebilir. Bu kapsamda işletme sahipleri daha çok kullandıkları marka, işletme adı ve ticaret unvanlarını alan adı olarak kullanmak istemektedir. Bu sebeple de alan adlarının değeri, özellikle de bilinirliği olan markaları anımsatan alan adlarının değeri, önemli derecede artmıştır. Dolayısıyla e-ticaret yapmak isteyen birçok işletme sahibi, tescilli markalarını kullanarak tüketicileri kendi internet sayfalarına çekmeye çalışmaktadır¹⁸.

Alan adlarının, bizzat kendisinin ve bağlı olduğu internet sitesindeki içeriklerin sahiplerini ve ürünlerini tanımlama fonksiyonu bulunmakla birlikte, internet sitesi veya e-posta alanı bulunan kişiye erişmek için alan adının kullanılması zorunludur. Örneğin; alan adı www.kku.edu.tr olan web sitesinin e-posta adresi ...@kku.edu.tr şeklindedir¹⁹.

¹⁴ Nurullah Bal, "İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Sayı 1-2, C. XVII, s. 318.

¹⁵ Gülgün Anık, "İnternet Alan Adı", *FMR*, Cilt 5, Sayı 2005/4, s. 67.

¹⁶ Dal, s. 480.

¹⁷ Elektronik Haberleşme Kanunu, Resmi Gazete 10 Kasım 2008, Pazartesi, Sayı 27050 (Mükerrer).

¹⁸ Alper Sargın, İnternet Alan Adları ve Haksız Rekabet, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 350.

¹⁹ Oğuz, s. 63.

II. Alan Adının Yapısı

Alan adları hiyerarşik bir yapıya sahip olup²⁰, nokta ile ayrılan bölümler soldan sağa doğru artan düzeyde bir öneme sahiptir. İnternet alan adları temelde iki kısımdan oluşmaktadır²¹. Bunlar, üst düzey alan adları (top level domain) ve ikinci düzey alan adları (second level domain)'dir. www.kku.edu.tr alan adını örnek olarak inceleyecek olursak; “edu.tr” kısmı üst düzey, “kku” kısmı ise ikinci düzey alan adıdır.

Alan adının başında yer alan, hyper text transfer protocol (http), internet üzerinden iletişim kurallarını tanımlayan bir protokoldür. İnternette erişilmek istenen internet sitesine bağlı metin veya görsellere http ile talepte bulunulabilecektir. Yine “dünyayı saran ağ” kavramı (www) da internet üzerinden yayımlanan tüm bilgilerin bir havuz içinde toplanmasını ve tek bir havuz içerisinde bu bilgilere erişim sağlanmasını ifade eder. Dolayısıyla “www”, internet üzerinden bilgi edinmek isteyen herkes tarafından kullanılması zorunlu olan, ayırt edici niteliğe sahip olmayan bir işarettir²². Kırıkkale Üniversitesinin alan adı olan <http://www.kku.edu.tr> örneğini ele alacak olursak, <http://www>. ön ekinde “http”, internet protokolünü ya da yazılımını; “www”, bir takım tekniklerin kullanımı ile dünyanın herhangi bir yerindeki bilgiye erişme yöntemini ifade etmektedir. Örnekten de anlaşıldığı üzere her bir alan adı, bir ön ek ile beraber kullanılmak zorundadır²³. Ancak bu ön ekler, ayırt edici veya tanıtıcı fonksiyona sahip değildir²⁴.

Alan adı üç bölümden de oluşabilir. Yani “www” işareti ile SLD arasında bir bölüm daha yer alabilir. Örneğin, www.sbe.kku.edu.tr örneğinde yer alan “sbe” kısmı üçüncü düzey alan adı olarak adlandırılmaktadır. Bu kısmın kullanılması zorunlu değildir. “Sbe” kısmı, Kırıkkale Üniversitesine ait web sitesine bağlı “sbe” adlı

²⁰ Patrick B. Ludwig/Bruno Sternath, *Legal Memorandum Der Rechtliche Schutz Von Domainnamen Im Internet*, Schweiz, 31.05.2003, s. 6; Cafer Canbay, *Alan Adları Yönetimi, Dünya Uygulamaları ve Türkiye İçin Çözümsel Yaklaşımlar*, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005, s. 16; Işıklı, s. 14.

²¹ Dal, s. 481; Oğuz, s. 54-57.

²² Mehmet Emin Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 33; Soysal, s. 490; Oğuz, s. 46.

²³ Soysal, s. 192.

²⁴ Soysal, s. 490; Oğuz, s. 112; Ali Karagülmez, “İnternet Alan Adları ve Bazı Hukuki Sorunlara İlişkin Yargı Kararları”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Eylül 2014, Sayı 97, s. 51.

bilgisayarında tutulan içerikleri tanımlar. Üçüncü düzey alan adları tarafından tanımlanan web sitesi içeriklerine erişebilmek için üst düzey alan adlarının kullanılması gerekmektedir. Bu sebeple, teknik açıdan tek başına belirli bir alanı tanımlama işlevi olmayan üçüncü düzey alan adlarının internet ortamında tek başına ayırt edici niteliği bulunmamaktadır²⁵. Ancak bu kısımların üst düzey alan adları ile bir bütün olarak değerlendirildiğinde ayırt edici niteliğe sahip olabilecekleri de göz ardı edilmemelidir.

Alan adına, alan adının üst düzey alan adı kısmından sonra başka ibareler de eklenebilir. Bunlara, alan adına bağlı alt dizinler denir. Bunlar (/) işareti ile üst düzey alan adının arkasına eklenir. Örneğin, <https://sbe.kku.edu.tr/Enstitu> web adresinde “/Enstitu” kısmı alan adına bağlı alt dizindir. Gerek üçüncü düzey alan adları gerekse alan adına bağlı alt dizinler, alan adının ihtiyari unsurlarını oluşturmakla birlikte, her alan adı yapısı içerisinde bulunmaları zorunlu değildir.

A. Üst Düzey Alan Adları (TLD)

Üst düzey alan adları, jenerik üst düzey alan adı (generic code level domains-gTLDs) ve ülke kodu üst düzey alan adı (country- code level domains-ccTLDs) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. www.kku.edu.tr örneğinde yer alan “tr” kısmı ccTLD olarak ifade edilirken, “edu” kısmı ise gTLD olarak ifade edilmektedir.

Üst düzey alan adlarının kullanım şekillerine yönelik dünya genelinde üç farklı uygulama bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ccTLD kısmı olmadan gTLD kısmının tek başına kullanılması durumudur. Bunun en önemli örneğini, ABD alan adı tescil kurumu uygulaması oluşturmaktadır. ABD alan adı tescil kurumu, sadece SLD ile gTLD alan adını birlikte tescil etmekte olup ccTLD’ye gerek görmemiştir. Örneğin, www.findlaw.com gibi²⁶.

Diğer bir uygulama ise, gTLD olmadan sadece ccTLD’nin kullanılmasıdır. Bu durumda SLD’den sonra ccTLD yer almaktadır. Bu sistem uygulamasına ise daha çok Almanya ve İsviçre alan adı tescil kurumları sahiptir. Örneğin,

²⁵ Oğuz, s. 60.

²⁶ Oğuz, s. 47.

www.volkswagen.de gibi. Türkiye’de ise “.tr” Alan Adları Politikaları, Kuralları ve İşleyişi’ne göre “.tr.” ülke kodu alan adları, gTLD olmadan kullanılmamaktadır. Ancak Alan Adları Yönetmeliği’nin geçici 3. maddesinde “.a.tr” yapısındaki alan adlarının ilk tahsisi” başlığı altında gTLD olmadan da sadece SLD ve ccTLD şeklinde alan adının kullanılmasına da izin verilmiştir.

Son uygulamada ise, gTLD ile ccTLD birlikte kullanılmaktadır. Bu uygulama, gTLD uzantısının, alan adını tescil ettiren kişinin veya organizasyonun durumu ve faaliyetleri noktasında bilgi vermesinden dolayı tercih edilmektedir²⁷. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ODTÜ Alan Adı İdaresi, “.tr” Alan Adları Politikaları, Kuralları ve İşleyişi’ne göre aldığı karar gereğince, ülke kodu ve jenerik üst düzey alan adlarının birlikte kullanılmasını zorunlu tutmuştur.

1. Jenerik Üst Düzey Alan Adı (gTLD)

Jenerik üst düzey alan adları, alan adı sahibi hakkında bilgi veren, iki veya daha fazla karakterden oluşan “.com, .net, .info, .bel, .edu, .av” gibi bir uzantı ile biten alan adlarıdır²⁸. Örneğin, “.gov” bir devlet kurum ve kuruluşunu, “.edu” bir eğitim kurumunu tanımlamaktadır.

Alan adının hiyerarşik yapısı bakımından gTLD’lerin kullanılması zorunludur. Ancak her alan adında, kullanılması gereken ibareler olması ve kişi ve organizasyonu sınıf olarak tanımlayan genel ifadelerden oluşması sebebiyle ayırt edici gücünün oldukça zayıf olduğunu söylemek gerekmektedir²⁹.

gTLD’ler esas itibarıyla ICANN veya ICANN tarafından yetkilendirilmiş kurum ve kuruluşlarca tahsis edilmektedir³⁰. Başlangıçta dünyada “.com, .edu, .gov, .int, .mil, .net, .org” olmak üzere yedi adet gTLD var iken; Kasım 2000’de gerçekleştirilen birinci genişleme ile kullanılan gTLD sayısı 7’den 14’e çıkmıştır³¹. 2000’li yıllardan sonra, internet kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte belirli gTLD’lere olan talepler

²⁷ Oğuz, s. 47.

²⁸ Işıklı, s. 11.

²⁹ Oğuz, s. 53.

³⁰ Karagülmez, s. 51.

³¹ <http://archive.icann.org/en/tlds/> (Erişim: 20.02.2018).

artmış ve yeni gTLD'lerin gerekliliği gündeme gelmiştir. Bunun üzerine ICANN yeni gTLD'ler ile ilgili bir çalışma başlatmış ve bu çalışma ile yeni gTLD'leri kullanıma açmaya başlamıştır³². Ancak 2000'li yıllarda yapılan bu çalışmalar da yeni jenerik alan adlarından doğan ihtiyaçları tam anlamıyla karşılayamamıştır. Bu durum ise, mevcut olan gTLD'lerin sınırsız sayıda çoğaltmasına ve internet kullanıcılarına yeni seçenekler sunulmasına yönelik bir genişlemeye gidilmesi gerekliliğini doğurmuştur. Bunun üzerine ICANN, 2008 yılından bu yana yeni alan adları oluşturulmasına yönelik (New gTLDs)³³ çalışmalar yapmış ve nihayetinde bu düzenleme 2013 yılında yürürlüğe girmiştir³⁴.

gTLD'lerin büyük bir çoğunluğu küresel bir işleve sahip olup, iki ya da daha çok ülkede faaliyet gösteren ya da gösterme niyetinde olan kuruluşlar tarafından tercih edilmektedirler³⁵.

2. Ülke Kodu Üst Düzey Alan Adı (ccTLD)

Ülke kodu üst düzey alan adları ise, bir ülkeyi veya bir coğrafi bölgeyi gösteren, iki harflik kısaltmalardan oluşan alan adlarıdır. Ülke kodu üst düzey alan adları, Uluslararası Standardizasyon Örgütü (International Organization for Standardization-ISO) tarafından oluşturulan "ISO 3166" uluslararası standartlarına³⁶ göre tespit edilmektedir³⁷. Amerika haricindeki hemen hemen her ülke tarafından ccTLD kullanılmaktadır. Örneğin, Türkiye ".tr", Kanada ".ca", İngiltere ".uk" ccTLD kodlarını kullanmaktadır.

Her ülkenin kendisine ait olan ccTLD kısmı, her ülke için ayırt edici bir özelliğe sahiptir. Başka bir ifadeyle, alan adında ayırt ediciliğin değerlendirileceği bölüm SLD kısmı olmasına rağmen, aynı SLD'yle farklı ülkelerde alan adı alınması

³² Işıklı, s. 37.

³³ <https://archive.icann.org/en/tlds/> (Erişim: 20.02.2018).

³⁴ Mustafa Gençer, *Markanın İnternet Ortamında Alan Adı (Domain Name), Yönlendirici Kod (Metatag) veya Anahtar Sözcük (Keyword) Olarak Kullanılması Sonucu Oluşabilecek Marka İhlallerinin İncelenmesi*, Türk Patent ve Marka Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014, s. 18.

³⁵ Işıklı, s. 12.

³⁶ <https://www.iso.org/iso-3166-country-codes.html>(Erişim: 13.05.2018).

³⁷ Oğuz, s. 50.

mümkündür³⁸. Örneğin, tescilli bulunan “katre.com” alan adı, İngiltere’de “katre.uk”, Almanya’da “katre.de” şeklinde farklı ülkelerde tescil edilebilecektir. Ancak iki farklı ülkede “katre.com” olarak tescil edilemeyecektir.

Alan adının hangi ülkeye ait olduğunu gösteren ülke kodlarını içeren alan adları, sadece o ülkelerdeki alan adı tahsis ve tesciline yetkili kurumlar tarafından verilmektedir³⁹. Bu bağlamda ulusal anlamda ccTLD’ler, ICANN ile aralarında imzalanan sözleşme sonucunda yetkili kılınan, kâr amacı güden veya gütmeyen kurum veya kuruluşlar tarafından yönetilmektedir.

B. İkinci Düzey Alan Adları (SLD)

İkinci düzey alan adları, üst düzey alan adlarının sol kısmında yer alan, alan adı sahipleri tarafından serbestçe seçilebilecek ve ayırt edici niteliğe sahip olabilecek kısımdır. Bu kısım İnternet Alan Adı Yönetmeliği’nin 6. maddesine göre, harf, rakam veya tire işareti ya da harf ve rakamların kombinasyonundan oluşabilmektedir. Yine aynı hükme göre, en az 2 en fazla 63 karakterden oluşabilmektedir.

Alan adının ayırt edici karakterini oluşturan bu kısım, her ne kadar serbestçe seçilebilse de İnternet Alan Adları Yönetmeliği ile buna bazı sınırlamalar getirilmiştir. Nitekim İnternet Alan Adları Yönetmeliği’nin 3. maddesinin (ğ) ve (h) bentlerinde tahsise kapalı adlar ve tahsisi kısıtlı adlar listeleri tanımlanmıştır. Söz konusu tanımlara göre, mevzuata, ahlaka ve kamu düzenine aykırı nitelikteki kelimeler alan adının SLD kısmını oluşturamazken, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş alan adlarından oluşan kelimelerin kullanımı ise sınırlandırılmıştır. Yine benzer şekilde ODTÜ tarafından oluşturulmuş bulunan “.tr” Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyişi’nin 8-10. maddelerinde de ikinci düzey alan adına yönelik sınırlamalar öngörülmüştür. Bu maddeler uyarınca da, ikinci düzey alan adları, ulusal örf ve adetler, kültürel değerler ve genel ahlak kuralları dikkate alınarak oluşturulmalıdır. Bununla birlikte 10. maddede ifade edildiği üzere

³⁸ Kemal Şenocak, “Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, *BATIDER*, Eylül 2009, s. 93.

³⁹ Soysal, s. 247; Bal, s. 318; Zeynep Şarlak, *İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka Hakkı Üzerindeki Etkisi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Projesi, Ankara, 2006, s. 13-14.

ikinci düzey alan adlarında, “Türkiye”, “Atatürk” ve “Türk” ibareleri sadece Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin yetkilendirdiği devlet kuruluşları tarafından kullanılabilir. Başka bir ifadeyle bu tür ibareler daha ziyade resmi nitelik arz eden, ticari amaç ve gayesi bulunmayanlar tarafından tahsis edilebilecektir.

Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun’a göre, “q, w ve x” gibi harfler bu kanunla kabul edilen harfler dışında kalmaktadır. İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 3/ğ bendinde ifade edildiği üzere, yürürlükteki mevzuata aykırı olarak alan adı oluşturulamayacağından, “q, w ve x” gibi harfler kullanılarak alan adı alınması da mümkün değildir.

ODTÜ tarafından konulmuş olan “.tr” Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyişi’nin 24. maddesine göre, yerleşim birimlerinin isimleri de herkes tarafından alan adı olarak kullanılamayacaktır. Bu isimler, sadece bentler hâlinde yazılmış bulunan resmi kurum ve makamlar adına tescil edilebilecektir.

İnternet Alan Adları Yönetmeliği ile tahsisi kısıtlanan veya yasaklanan bu sözcüklerin, alan adlarında kullanılması durumu ise, Alan Adı İdaresi tarafından re’sen göz önüne alınacak hususlardır.

III. Alan Adının Hukuki Niteliği

Alan adının hukuki niteliği konusu, doktrinde tartışmalı bir husus olmakla birlikte, konuya ilişkin çok farklı devlet uygulaması bulunmaktadır. Zira alan adlarının tahsisi ve korumasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, birçok ülkede, farklı hükümlere göre korunmaktadır. Başka bir ifadeyle, bir kısım ülkeler⁴⁰, alan adını isim olarak nitelendirip ismin korunması hükümlerine tabi tutarken, bir kısmı da⁴¹ marka gibi tanıtıcı ad ve işaret niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.

Öncelikle alan adlarının, bir isim olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu ele alınmalıdır. Alan adlarının isim niteliği taşıdığı ve şahıs varlığı

⁴⁰Alman hukukunda isim ve şahsiyet hakları hükümlerine göre korunur. (Memiş, Fikri Hak İhlalleri, s. 213; Tekin Memiş, “İnternet Ortamında Haksız Rekabet Hâlleri ve Türk Hukuku”, *İnternet ve Hukuk (Panel)*, İstanbul Bilgi Yayınları 51, İstanbul 2004, s. 109.

⁴¹İsviçre, Hollanda, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri (Memiş, Fikri Hak İhlalleri, s. 213; Memiş, İnternet ve Hukuk, s. 109).

haklarından olan isme yönelik hükümlere göre korunması gerektiği sorunu özellikle Alman hukukunda gündeme gelmiştir. Alan adının isim fonksiyonuna sahip olduğu görüşünün aksini savunan görüşe göre, alan adları doğrudan alan adı kullanıcısı veya sahibine yönelik kişilik özelliklerini yansıtmamakta ve alan adlarının kullanımını sağlayan bilgisayarın kimliğini göstermektedir⁴². Bu görüşe göre, bilgisayarın bir hukuk sujesi olarak değerlendirilmesi de mümkün olmadığından alan adlarının isim fonksiyonuna sahip olması mümkün değildir⁴³. Bununla birlikte *Memiş*'e göre, alan adları isim niteliğine sahip olup, Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesi korumasından faydalanabilecektir⁴⁴. Şöyle ki isim, niteliği itibarıyla kişilerin tanınmasını sağlayan bir ifade olmakla birlikte, iletişim kurulabilecek bir gerçek veya tüzel kişiyle bağlantılıdır. Bu kapsamda, alan adı da gerçekte iletişim kurulmasını sağlayan bilgisayarı değil, bu bilgisayar aracılığıyla üçüncü kişilerle iletişime geçen gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir⁴⁵.

Tüm bu anlatılanlardan hareketle alan adlarının bilgisayarı değil de bu bilgisayar ile iletişime geçen gerçek veya tüzel kişileri ifade ettiğinin kabulü hâlinde, alan adlarının şahıs varlığı unsurunun, mal varlığı unsurundan daha ağır bastığı söylenebilecektir⁴⁶. Ancak alan adları, dolaylı bir şekilde internet ve bilgisayar adresinin arkasında yer alan gerçek veya tüzel kişilere işaret etse de, her durumda bir isim veya tanıtma işareti olarak algılanması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılarak alan adlarının isim niteliğinin olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁷.

Bu kapsamda alan adlarının; gerçek bir kişinin ad ve soyadından ve ayırıcı fonksiyona sahip müstear adından oluşması hâlinde isim hakkı kapsamında korunabileceğini söylemek mümkündür⁴⁸. Alan adlarının kişinin ad, soyad ve

⁴² Annette Kur, *Namens-Und Kennzeichenschutz Im Cyberspace*, Cr 1996, s. 590-591 (naklen Şenocak, s. 99).

⁴³ Kur, s. 591 (naklen Memiş, Hukuki Sorunlar, s. 2).

⁴⁴ Tekin Memiş, "Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", **Bilişim Toplumuna Giderken Spikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu 23-24 Mart 2001**, (Erişim) <http://www.geocities.ws/hukukakademisi/Alan.htm>, 02.03.2018, s. 1.

⁴⁵ Tekin Memiş, Hukuki Sorunlar, s. 2.

⁴⁶ Soysal, s. 332.

⁴⁷ Şenocak, s. 102,103.

⁴⁸ Soysal, s. 332.

müstear adından oluşması hâlinde, geniş anlamda isim benzeri haklar olarak nitelendirilmesi ve Türk Medeni Kanunu'ndaki özel korumadan faydalanabilmesi mümkündür⁴⁹. Diğer bir deyişle alan adı, somut olayın durumuna göre Türk Medeni Kanunu'nun "Adın Korunması" başlıklı 26. maddesi hükmü korumasından faydalanabilecektir.

Alan adının marka, ticaret unvanı gibi ayırt edici ad ve işaret olarak kabul edilip edilmeyeceği de doktrinde tartışılan bir diğer durumdur. Alan adları, marka gibi olmasa da neredeyse marka kadar, tüketiciler nezdinde bir işletme değeri oluşturabilir⁵⁰. Ancak alan adları, ticari amaçlarla kullanılabildiği gibi ticari olmayan amaçlarla da kullanılabilir. Bu özelliğinden dolayı da alan adlarının her zaman marka, ticaret unvanı ve işletme adı gibi bir kullanıma sahip olması mümkün değildir⁵¹. Ancak alan adları günümüzde, mal ve hizmetin kaynağı olan kişi ve işletmeleri gösterdiğinden, alan adlarının marka gibi ayırt edici ad ve işaret niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁵². Bunun yanı sıra TRIPS⁵³ metninde fikri mülkiyet haklarının kapsamına bakıldığında alan adından söz edilmediği görülecektir. Ancak alan adının giderek önem kazanmasıyla, coğrafi işaret, marka, ticaret unvanı ve işletme adı gibi bir korumaya tabi tutulması gerekliliği hissedilmektedir. Bu anlamda alan adları, teknik olarak bir web sitesine erişim sağlayan işaret olsa da, bu sitelerin sahibi olan kişi ve organizasyonların kaynağı hususunda bilgi vermektedir. Bu özelliği de alan adlarını fikri mülkiyet hakkı mahiyetindeki tanıtma işaretlerine yaklaştırmaktadır⁵⁴. Başka bir ifadeyle alan adlarının, geniş anlamda fikri, sınai ve ticari mülkiyet hakkı kapsamına girebileceği düşünülebilir⁵⁵. Ancak şu da unutulmamalıdır ki alan adları, diğer tanıtma

⁴⁹ Soysal, s. 333.

⁵⁰ Anık, s. 80.

⁵¹ Sefer Oğuz, "Alan Adını Düzenleyen Türk İKincil Mevzuatının Değerlendirilmesi", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Eylül 2014, Cilt 9, Sayı 97, s. 73.

⁵² Şarlak, s. 20.

⁵³ TRIPS, Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi) https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_03_e.htm (Erişim: 02.03.2018).

⁵⁴ Sefer Oğuz, "İnternet Alan Adı Yönetmeliği Kapsamında Alan Adlarının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi", *İzmir 2. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı*, 17-19 Kasım 2011, s. 85.

⁵⁵ Fusun Nomer, "İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar", *Hayri Domaniç'e Armağan*, İstanbul 2001, s. 402.

işaretlerine kıyasla ortaya çıkışı, kullanım amacı ve kapsamı gibi bazı hususlarda farklılık arz etmektedir⁵⁶. Bu farklılıklar, onun münhasır niteliklerinden kaynaklanmaktadır.

Alan adlarının hukuki mahiyeti, teknik özelliklerinden kaynaklanan farklılıklar da göz ardı edilmeden değerlendirmeye alınmalıdır. Bu kapsamda bizim de katıldığımız görüşe göre, alan adları tanıtma fonksiyonuna sahip sözcük veya harf, rakam kombinasyonunun üzerinde, nispi ve mutlak hakkın bir arada bulunduğu, sui generis bir yapıya sahip olan hak niteliğindedir⁵⁷. Zira alan adı başka bir tanıtma işaretinden oluşsa bile, internetin kendine has özelliğinden kaynaklı, ayrı bir iletişim mecrası olduğu kabul edilir. Bu mahiyeti gereği de aynı nitelikteki diğer ayırt edici işaretlerden bağımsız bir kullanım sunar⁵⁸. Alan adı, mahiyeti gereği kişiyi tanıtma fonksiyonu nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak hak olmasının yanı sıra, kullanılması konusunda alan adı idaresine karşı ileri sürülebilecek nispi hakkı⁵⁹ da bünyesinde taşımaktadır⁶⁰. Hukukumuzda ise karma niteliğe sahip olan haklar, herhangi bir tanım içine dâhil edilmemişlerdir⁶¹.

Alman Medeni Kanunu m. 823 (1)'deki diğer hâller (sonstiges Recht)⁶² ibaresi ayırt edici ad ve işaretlerin sınırlı sayıda olmadığını belgeler niteliktedir. Bunun karşılığı olacak biçimde, Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi de “*iktisadi değeri olan sair haklar*”dan bahsetmektedir. Şüphesiz ki, alan adları da bu madde korumasından faydalanmaktadır. Yine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 55/1-a (2) ve (4)'de “*işletme işaretleri*” ve “*iş ürünleri*” kavramlarından bahsetmekte olup, alan adlarının

⁵⁶ En önemli farkı alan adının internete erişilebilen her yere çağrılması yani alan adının her yerden bulunabilmesi ona teknik ayırt etme fonksiyonu yükler. Bu fonksiyonu ise onu diğer tanıtma işaretlerinden ayırır.

⁵⁷ Oğuz, Hukuki Niteliği, s. 94.

⁵⁸ Oğuz, Hukuki Niteliği, s. 94.

⁵⁹ Alan adını tescil ettiren kişi, alan adı idaresiyle yaptığı sözleşmeyle seçtiği sözcükten internet ortamında bir IP numarasına bağlı olarak yararlanma hakkını elde eder. Bu IP numarası ile teknik olarak belirli bir frekans aralığı tanımlanmaktadır. İşte bu noktada tescil kurumu alan adı tahsis ederek alan adını internet erişimine hazır tutma borcu altına girerken, bundan faydalanan kişi veya kurumda ücret ödemekle yükümlü tutulur. Bu sözleşme ile sözcük üzerindeki hak dışında, sadece sözleşme kapsamında alan adı idaresine karşı ileri sürülebilecek nispi hak elde edilir. (Oğuz, s. 215).

⁶⁰ Oğuz, s. 215.

⁶¹ Oğuz, İkincil Mevzuat, s. 74.

⁶² Bürgerliches Gesetzbuch, Unerlaubte Handlungen, 823 Schadenersatzpflicht, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_823.html, (Erişim: 21.02.2018).

da bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür⁶³. Gerek Alman Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu gerekse Türk Ticaret Kanunu alan adını da “sair haklar” kapsamına dâhil ederek alan adının sui generis bir yapıda olduğunu vurgulamıştır. Yine Alman hukuk sisteminde, alan adlarının tanımlanmamış bir hak olarak kabul edilmeleri hâlinde, Alman Medeni Kanunu korumasından yararlanabileceği söylenebilir⁶⁴.

IV. Alan Adının Tahsis ve Tescili

A. Genel Olarak

Küresel anlamda alan adları, ICANN tarafından yönetilip tahsis edilmektedir. ICANN, uluslararası düzeyde organize olmuş, alan adı tahsisi, jenerik (gTLD) ve ülke kodlu (ccTLD) üst düzey alan adı yönetimi işlevlerinden sorumlu, kâr amacı güden veya gütmeyen bir özel sektör kuruluşudur⁶⁵. Ülkeler bazında ICANN’ın sahip olduğu alan adı tahsis ve tescil yetkisini, ICANN tarafından yetkilendirilmiş ulusal otoriteler yerine getirmektedir. Ancak bu yetki devri, ulusal otoritelerin, ICANN ile aralarında yapmış oldukları anlaşma kapsamında olmaktadır. Her ne kadar ICANN, alan adlarının yönetim yetkisini ulusal anlamda belirli otoritelere devretse de alan adlarının yönetimine ilişkin genel esasları kendisi belirlemektedir. Ancak ICANN tarafından 5 Nisan 2005 tarihinde yayımlanan ilke ve prensipler⁶⁶, ilgili ülkeler ve kayıt otoriteleri bakımından, uyulması zorunluluğu bulunmayan tavsiye niteliğinde

⁶³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 28/03/2008 tarihli ve 2007/1677 Esas ve 2008/4071 Karar sayılı kararı; “Alan adları yürürlükteki mevzuatlarda düzenlenmediğinden Türk Ticaret Kanunu’nun 57. maddesindeki “işaret” ve “tanıtma vasıtaları” olarak nitelendirilip değerlendirilmesi gerekir. Öte yandan, alan adları her ne kadar belli bir organizasyon ve kurallar çerçevesinde ODTÜ “tr.” Alan Adı Yönetimi tarafından tahsis edilip, itiraz ve yönetim işlemleri de anılan kuruluş tarafından yerine getirilmekte ise de, bir alan adı başkasının marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi koruma haklarını ihlal etmekte ise, hak sahibi alan adını veren kuruluş nezdinde itiraz edebileceği gibi, hakkının korunması için mahkemeye de başvurabilir. Alan adlarına ilişkin yasal düzenleme bulunmadığından, alan adının korunan bir işareti ya da hakkı ihlal etmesi hâlinde Türk Ticaret Kanunu’nun 56 vd. maddelerine dayalı haksız tanıtma vasıtasıdır.” <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (Erişim: 21.02.2018).

⁶⁴ Karl-Heinz Fezer, *Markenrecht*, 4. Auflage, München, 2009, N. 301.

⁶⁵ Zeliha Karaman, *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Seçkin Yayınları, 2017, s. 33.

⁶⁶ <https://archive.icann.org/en/committees/gac/gac-cctld-principles.html> (Erişim: 20.02.2018).

hükümler içerir⁶⁷. Her ülke, kanun ve uygulamaları doğrultusunda, bu ilke ve prensiplerin idaresini kendi yetkilendirdiği kurum ve kuruluşlar eliyle yürütmelidir. Ancak her ülkenin, bu ilke ve prensiplerden çok fazla uzaklaşmaması, uluslararası uyuşmazlıkların doğması ve çözümünde faydalı olacaktır.

Her ülkenin kendi yönetimine bırakılan alan adı tahsisi yöntemlerini, serbest tescil sistemi, belgeye dayalı tescil sistemi ve karma tescil sistemi olmak üzere üç farklı grupta incelemek mümkündür.

Serbest tescil sisteminde “ilk gelen alır” ilkesi uygulama alanı bulmaktadır. Bu sistemde tescil talebi, teknik olarak alan adı tescil kurumu tarafından incelenir. Tescil kurumu, başvuru konusu olan alan adının birebir aynısının daha önceden bir başkası tarafından tescil edilip edilmediğini inceler. Söz konusu alan adı bir başkası tarafından daha önce tescil edilmediyse tesciline olanak sağlanır. Bu sistemde esas olan alan adının birebir aynısına izin verilmemesi hususu olup, benzerlik incelemesi yapılmamaktadır. Ayrıca başvuru konusu olan alan adının, başkasına ait marka, ticaret unvanı gibi ad ve işaretlere tecavüz oluşturup oluşturmadığı incelemesi de yapılmaz⁶⁸. Avusturya (.at), Almanya (.de), Portekiz (.pt), İngiltere (.uk) gibi ülkelerin alan adı tescil kurumlarında serbest tescil sistemi kabul edilmiştir⁶⁹.

Belgeye dayalı tescil sisteminde alan adının tescili için, ikinci düzey alan adı olarak kullanılan kısmın üzerinde hak sahibi olduğunu gösterir bir belge sunma zorunluluğu vardır. Bir başka deyişle, talep edilen alan adının üzerinde marka, ticaret unvanı gibi bir hakka sahip olunmaması ve bunun belgeyle ispatlanmaması hâlinde alan adı tescili mümkün olmayacaktır. Hong-Kong, İngiltere, Fransa ve Kanada gibi ülkelerin alan adı tescil kurumları tarafından kabul edilen bu sistemde, alan adı gaspının engellenmesi amaçlanmıştır.

Serbest tescil sistemi, herhangi bir kontrol mekanizması olmaması sebebiyle alan adı gaspına neden olmasıyla; belgeye dayalı tescil sistemi ise birçok sözcüğün hak sahibi olduğunu gösterir bir belge olmadan alan adı olarak tescil edilmemesi ve bu

⁶⁷ Soysal, s. 247.

⁶⁸ Oğuz, s. 74.

⁶⁹ Oğuz, s. 75.

sebeple alan adları sisteminin gelişmemesine ve alan adı almak isteyenlerin serbest tescil sistemini uygulayan tescil kurumlarına yönelmesine yönelik eleştirilere konu olmuştur⁷⁰. Tüm bu eleştirilerin ortadan kaldırılmasına yönelik ise, menfaatler dengesinin sağlanabileceği *karma tescil sistemi* kabul edilmiştir. Türkiye'nin de benimsemiş olduğu karma tescil sisteminde amaçlanan, alan adı gaspçılarının en çok tercih ettikleri (.com.tr, .info.tr, .biz.tr, .net.tr, .org.tr vb.) jenerik üst düzey alan adlarının, belge istemek suretiyle haksız alan adı olarak tescili ve kullanılmasının önüne geçmek iken, fazla tercih edilemeyen (.web.tr, .gen.tr, .name.tr, .tel.tr, vb.) jenerik üst düzey alan adlarının “ilk gelen alır” kuralına göre tesciline imkân tanımaktır⁷¹.

B. Türkiye’de Alan Adı Tahsisi

Türkiye’de alan adının idaresi ve yönetimi ODTÜ’dedir. ODTÜ bu yetkisini, 17 Eylül 1990 tarihinde, ABD’de Ulusal Bilim Vakfı ile yaptığı sözleşme ile alan adlarını dağıtan Network Solutions Inc. (NSI) tarafından işletilen kayıt kurumu InterNIC’e (Internet Network Information Center) kayıt olarak almıştır⁷². Bununla birlikte 1991 yılından bu yana “.tr” uzantılı alan adlarının yönetimi ve idaresi, ICANN rehberliğinde ODTÜ bünyesinde oluşturulan bir birim tarafından sağlanmaktadır. ODTÜ bu çalışmalarını, “.tr” İnternet Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyiş” adlı koymuş olduğu kurallar çerçevesinde yürütmektedir. Bunun yanında, alan adı dağıtımını noktasında yasama, yürütme ve yargı işlevlerini ayırmak adına 2000 yılında Ulaştırma Bakanlığı, İnternet Kurulu’na bağlı olarak çalışan, sektör temsilcilerinin yer aldığı ve 11 kurumsal üyeden oluşan DNS Çalışma Grubu oluşturmuştur⁷³. DNS Çalışma Grubu, alan adı ile ilgili politika ve kuralları belirleyerek yasama işlevini yerine getirirken, ODTÜ ise alan adının tahsisi ve tescili işlemlerine bakarak yürütme işlevini yerine getirmektedir.

⁷⁰ Tekin Memiş, “Alan Adları ve “.tr” Alan Adı Politikalarına Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Mayıs 2005, Sayı 39, parg. 27-32 (Erişim) <http://www.e-akademi.org/>, 04.04.2018.

⁷¹ Bkz. <https://www.nic.tr/forms/politikalar.pdf>. (Erişim: 20.02.2018).

⁷² Soysal, s. 254.

⁷³ <https://www.nic.tr>.

Ancak alan adının, gün geçtikçe daha fazla kullanılması ve uyuşmazlıklara konu olması, bir kamu kurumu tarafından idare edilmesi gerekliliğine yol açmıştır. Buradan hareketle, 2008 yılında kabul edilen Elektronik Haberleşme Kanunu'yla, alan adlarının tahsisini yapacak kurum veya kuruluşun tespiti ile alan adı yönetimine ilişkin usul ve esasların Ulaştırma Bakanlığı tarafından belirleneceği kararlaştırılmıştır. Bunu müteakiben 2010 yılında, İnternet Alan Adları Yönetmeliği çıkarılmıştır. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, İnternet Alan Adları Yönetmeliği ile kendisine tanınan yetkiye dayanarak, 2013 yılında İnternet Alan Adları Tebliği ile İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliğini yayımlamıştır. İkincil nitelikte değerlendirilen bu düzenlemelerde, alan adının tahsisi ve yönetimi ile alan adı uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümler yer almaktadır⁷⁴.

İnternet Alan Adları Yönetmeliği'ne göre, “.tr” uzantılı alan adlarının tescil ve işlemleri, TRABİS adı verilen bir sistem üzerinden yapılacaktır. TRABİS'in faaliyete geçmesi için ise, uluslararası platformda “.tr” operatörü olarak ICANN tarafından tanınması ve “.nic.tr”de yer alan verilerin TRABİS'e devredilmesi gerekmektedir. Ancak ODTÜ ile BTK arasında yaşanan alan adı tescil işlemlerinin devri hususundaki hukuki uyuşmazlıklar, TRABİS'in faaliyete geçmesine engel teşkil etmektedir⁷⁵.

Mevcut durumda bu görevi hâlâ, ODTÜ yürütmektedir. ODTÜ tarafından gerçekleştirilen alan adı tahsisi, belgeli veya belgesiz olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Çok tercih edilen “.com.tr, .gov.tr, .bel.tr, .net.tr, .org.tr” gibi uzantılı alan adları için, belgelendirme zorunluluğu bulunmaktadır⁷⁶. Örneğin, ticari amaçlı tüzel kişiler ve kuruluşlar, markasının alan adı olarak tescili için Türk Patent ve Marka Kurumu'ndan alınmış "Marka Tescil Belgesi" ya da "Marka Başvuru Belgesi"ni başvuru esnasında vermek zorundadır. ODTÜ bu belge talebiyle, verilen alan adının başkalarının haklı olarak kullandığı marka, ticaret unvanı ve işletme adı

⁷⁴ Oğuz, İkincil Mevzuat, s. 72.

⁷⁵ Karaman, s. 38.

⁷⁶ <https://www.nic.tr> (Erişim: 23.02.2018).

gibi ayırt edici ad ve işaretleriyle benzerlik göstermesi hâlinde, ortaya çıkacak olan ihtilafın önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

ODTÜ'nün çoğu alan adında, belgelendirme zorunluluğu getirdiği görülmektedir. Bu uygulama, her ne kadar diğer tanıtıcı ad ve işaretler ile alan adları arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek maksadıyla kabul edilse de, alan adlarının tescilinde uzun bürokrasiye yol açması gerekçesiyle eleştirilere de açıktır⁷⁷. TRABİS faaliyete geçtikten sonra da belgeli-belgesiz ayrımı uygulanmaya devam edecektir. Ancak İnternet Alan Adları Yönetmeliği'ne göre, doğrudan meslek, kurum ve kuruluşları tarafından kullanılacak alan adlarında (av.tr, pol.tr, k12.tr gibi), belge şartı getirilmiştir. Dolayısıyla belgesiz alan adları, çoğunluk arz etmektedir⁷⁸. ODTÜ'nün sert uygulama eleştirileri dikkate alınarak, bu şekilde bir uygulamaya gidildiğini söylemek mümkündür.

Sonuç olarak toparlamak gerekirse, ccTLD olan “.tr” uzantılı alan adlarının tahsisi ve yönetimi hâlihazırda ODTÜ tarafından yapılmaktadır. Ancak bu çalışmaların, Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde bir kamu kurumuna devri çalışmaları hâlâ sürmektedir. Bununla birlikte ülke kodsuz gTLD'lerin tahsis ve yönetimi ise uluslararası bir kuruluş olan ICANN tarafından yapılmaktadır.

§ 3 MARKA HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

I. Markanın Tanımı ve Unsurları

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda marka kavramının doğrudan ve açık bir tanımı yer almamakla birlikte, marka olabilecek işaretler m. 4'te sayılmıştır. Buna göre marka, *“bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten*

⁷⁷ Nomer, s. 405.

⁷⁸ İnternet Alan Adı Yönetmeliği'nin ekinde “Alan Adlarının Yapısı ve Belgeli Tahsis Edilen Alt Alanlar” başlığı altında yer almaktadır.

oluşabilir". Anılan madde hükmünden de anlaşılacağı üzere Sınai Mülkiyet Kanunu'nda mülga KHK'ye kıyasla markanın kapsamı daha geniş tutulmuş ve renk, ses gibi geleneksel olmayan marka tipleri de marka olabilecek işaretler arasına eklenmiştir⁷⁹.

Kısaca marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan her türlü işaret olarak tanımlanabilir. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 4/1'de yapılan tanımdan hareketle bir işaretin marka olarak tescilinin sağlanması için "işaret", "ayırt edicilik" ve "açık ve kesinlik" olmak üzere üç unsur bünyesinde bulundurulması gerekmektedir⁸⁰.

Öncelikli olarak markadan söz edebilmek için, mal veya hizmetin üreticisi veya pazarlamacısı olan bir teşebbüsü anımsatan ve tüketici kesimini o teşebbüse yönlendiren bir işaret bulunması gerekmektedir⁸¹. Söz konusu olan bu işaret sözcük, harf, rakam ve sayılardan oluşabileceği gibi, renk ve ses gibi işaretlerden de oluşabilecektir. Ancak her türlü işaretin marka olarak tescil edilemeyeceğini de ifade etmek gerekmektedir.

Markadan söz edebilmek için sadece bir işaretin olması yeterli olmayıp, söz konusu bu işaretin ayırt edici niteliğe sahip olması gerekmektedir. Bir diğer unsur olan ayırt edici nitelik *Tekinalp* tarafından, "bir işaretin uzun zamandan beri kullanılması, gazetelerde, televizyonlarda veya diğer reklam araçlarında toplumun dikkatine sunulması suretiyle, belleklerde yer etmesidir" şeklinde tanımlanmıştır⁸². Bir işaretin en başından beri ayırt edici olmasının yanında, piyasada belli bir kullanım sonucunda ayırt edici nitelik kazanması da mümkündür⁸³. Ayırt ediciliği, soyut ayırt edicilik ve somut ayırt edicilik olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Soyut ayırt edicilikte bir işaretin belirli mal ve hizmet göz önüne alınmaksızın, bütünsel olarak bir anlam ifade etmesi ve mal veya hizmetin kaynağını göstermesi olarak ifade edilirken, somut ayırt edicilikte, her mal ve hizmet için değil de belli mal ve

⁷⁹ İlhami Güneş, *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları*, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2018, s. 134.

⁸⁰ Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel; *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2017, s. 160.

⁸¹ Suluk/Karasu/Nal, s. 160.

⁸² Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2012, s. 365.

⁸³ Tekinalp, s. 365.

hizmetler bakımından ayırt edici görevin yerine getirilmemesi ifade edilmektedir. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 4 ifadesinde kastedilen ayırt edicilik ise soyut ayırt ediciliktir⁸⁴. Buna göre, mal ve hizmet göz önünde bulundurulmadan, bir işaret herhangi bir bütünlük arz etmiyorsa, soyut ayırt edici niteliğe sahip değildir. Örneğin 5-6 satırlık bir metinden oluşan marka örneği, kendi içinde bir bütün olarak algılanamayacaktır⁸⁵.

Markanın bir diğer unsuru ise, marka sahibine sağlanan korumanın açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak nitelikte sicilde gösterilebilir olmasıdır. Markanın açık ve anlaşılır olması unsuru, Sınai Mülkiyet Kanunu ile getirilmiş yeni bir düzenleme olup mülga KHK’de çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme özelliği aranmaktaydı. Ancak KHK maddesi hükmünde yer alan, “çizimle görüntülenebilme” ifadesi gerek TRIPS⁸⁶ metninde gerekse AB Marka Direktifi ve Topluluk Marka Tüzüğü’nde yer almamaktadır. Dolayısıyla Sınai Mülkiyet Kanunu ile gerekçesinde de ifade edildiği üzere, AB Marka Direktifi ve Topluluk Marka Tüzüğüne uygun olarak madde metni yeniden kaleme alınmış ve “çizimle görüntülenebilme” koşulu yerine geleneksel olmayan marka türlerinin tesciline de imkan verebilecek şekilde “*İşaretin, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve net olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması*” koşulu eklenmiştir⁸⁷. Buradan hareketle, tat, koku veya işitme gibi duylara hitap eden geleneksel olmayan marka türleri de açık ve net olarak anlaşılabilir şekilde sicilde gösterilebilecektir.

II. Markanın Fonksiyonları

Marka kavramı tarihsel süreç içerisinde, ekonomik ve sosyal gelişmelerden etkilenerek bazı fonksiyonlar kazanmış, bazı fonksiyonları açısından ise değişime uğramıştır. Temel olarak markanın; mal ve hizmetin kaynağını gösterme, mal veya

⁸⁴ Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, On İki Levha Yayınları, Eylül 2015, s. 359; Suluk/Karasu/Nal, s. 161.

⁸⁵ Suluk/Karasu/Nal, s. 161.

⁸⁶ https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm3_e.htm#2, (Erişim: 23.05.2018).

⁸⁷ SMK m. 4 Gerekçesi.

hizmetleri ayırt etme, reklam/tanıtım, kaliteyi garanti fonksiyonundan bahsedilebilir⁸⁸.

A. Kaynak Gösterme Fonksiyonu

Markanın temel fonksiyonlarından biri, mal veya hizmetlerin kaynağını göstermedir. Tanımından da anlaşılacağı üzere markanın, üzerinde kullanıldığı mallar veya hizmetleri diğer mal veya hizmetlerden ayırt etmesinin yanı sıra, söz konusu mal veya hizmetler ile bu malları üreten veya hizmetleri sunan işletmeler arasında bağlantı kurma özelliği bulunmaktadır⁸⁹.

Markanın kaynak gösterme işlevi dolaylı olup, ticaret unvanında olduğu gibi bir malın üreticisini veya hizmetin sağlayıcısını doğrudan gösterme fonksiyonuna sahip değildir. Bu anlamda ticaret unvanı gibi doğrudan mal ve hizmet sağlayıcısını göstermese de markanın, tüketici nezdinde benzer markalı ürünlerin sahibinin aynı kişi olabileceği düşüncesini uyandırması durumunda kaynak gösterme fonksiyonundan bahsetmek mümkündür⁹⁰.

Ancak günümüzde elektronik ticaretin gelişmesi ve kitlesel üretimlerin ortaya çıkması, malların tüketildiği piyasaların ülke sınırlarını aşması, pazarlama stratejilerinin değişmesi ve gelişmesi ile marka, kaynak gösterme işlevini yitirmeye başlamış, tüketiciler artık markalar vasıtasıyla mal veya hizmet ile üretici işletme arasında bağlantı kuramaz hâle gelmişlerdir⁹¹. Bu sebeple de markanın kaynak gösterme fonksiyonu etkisini kaybetmiştir.

B. Ayırt Etme Fonksiyonu

Markanın kaynak gösterme fonksiyonunun önemini yitirmesiyle birlikte ayırt etme fonksiyonu önem kazanmıştır. Bu bağlamda marka ayırt edicilik fonksiyonunun

⁸⁸ Hanife Dirikkan, *Tanınmış Markanın Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 11.

⁸⁹ Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku 556 Sayılı MARKHK Şerhi*, İstanbul, 2004, s. 18; Dirikkan, s. 13.

⁹⁰ Suluk/Karasu/Nal, s. 162.

⁹¹ Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt I, Ankara, 1997, s. 38.

gereği olarak, mal ve hizmetleri diğerlerinden ayırmakta ve tüketicileri söz konusu mal ve hizmetlere yönlendirebilmektedir⁹².

Ayrıca bir marka, farklı işletmelerin ürettiği malları veya sunduğu hizmetleri birbirinden ayırt etme işlevinin yanı sıra, aynı işletme tarafından üretilen ancak farklı kaliteye, farklı özelliklere sahip veya hedef pazarları farklı olan ürünleri de ayırt etme işlevine sahiptir⁹³. Artık işletmeler, özellikle farklı kalitede ve fiyat aralığında olan, farklı tüketici kitlesini hedef alan mal veya hizmetlerini farklı markalar altında üretme yoluna gitmektedir. Bu husus da markanın kaynak gösterme işlevinden bağımsız olarak mal veya hizmetlerin ayırt etme işlevinin ön plana çıktığını destekler niteliktedir.

C. Reklam Fonksiyonu

Markanın reklam fonksiyonu, tüketicilerin bir malı tercihinde önemli rol oynar. Bu sebeple de üreticiler, marka seçimini yaparken markanın reklam niteliğine ve pazarlama imkânına sahip olmasına öncelik verir. Zira tüketiciler, talep ettikleri malı, marka vasıtasıyla tanır ve buna göre satın alma kararını verir⁹⁴. Bu sebeple işletmeler, ürünlerinin veya hizmetlerinin tüketiciye en etkin şekilde ulaşması için yaptıkları reklam ve tanıtım faaliyetlerini marka üzerinden gerçekleştirdikleri gibi, pazarlama stratejilerini de marka üzerinden oluştururlar. Bu faaliyetler neticesinde tüketiciler, artık satın alacakları mal veya hizmetleri markasını referans alarak tercih etmeye başlar ve tüketici çevresi ile marka arasında güçlü bir bağ oluşur⁹⁵.

Bir markanın, etkili reklam ve tanıtım işlevine sahip olması tanınmışlık düzeyi ile doğru orantılıdır. Markanın tanınmışlık düzeyi arttıkça reklam etkisi de artar ve artık o marka mal veya hizmetleri ayırt etmenin yanı sıra tek başına kalite simgesi ve reklam aracına dönüşerek, tüketicilerin ilgisini çeker ve işletmenin satışlarının önemli ölçüde artmasını sağlar⁹⁶.

⁹² Suluk/Karasu/Nal, s. 162.

⁹³ Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 33.

⁹⁴ Arkan, C. I, s. 39; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 14.

⁹⁵ Yasaman, s. 20; Çolak, s. 14; Çağlar, s. 34.

⁹⁶ Çolak, s. 14; Dirikkan, s. 18; Yasaman, s. 20; Tekinalp, s. 378.

D. Kaliteyi Garanti Fonksiyonu

Birden fazla ürün yelpazesi olan bir markanın belli ürünleri tüketici tarafından kullanılıp, memnuniyet oluştuysa, tüketici nezdinde aynı markaya sahip diğer ürünlerin de aynı kalitede olduğu düşünülecektir. İşte bu noktada tüketici zihninde, o markanın ürünlerinin her zaman belirli bir kalitede sunulacağına yönelik bir algı uyanmakta olup, markanın kaliteyi garanti etme fonksiyonu kendini göstermektedir.

Başka bir anlatımla, bir markanın herhangi bir mal veya hizmetini kullanıp memnun kalmış olan bir kişi, o marka altında başka bir mal veya hizmet almak isteyecektir. Zira söz konusu markanın bir işte kaliteyi yakalamış olması tüketicilere güven verecektir. Bu sebeple üreticiler de yakalamış oldukları kaliteyi muhafaza etmeye çalışacaktır. Ancak bu durum marka sahibine, hukuki açıdan bir marka altında ürettiği mal veya hizmetlerin kalitesini koruma yükümlülüğü yüklemeyiz⁹⁷.

§ 4 İLTİBAS HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

I. İltibasın Tanımı

“İltibas”⁹⁸ kelimesinin sözlük anlamı, ortak yönleri bulunan iki veya daha fazla şeyin birbirine benzemesi ve karışmasıdır⁹⁹. Doktrinde ise iltibasın birçok tanımı bulunmaktadır. *Battal* iltibası, “bir kişinin kendi fikir ya da sanat eserini veya işletmesini ve ürünlerini, başkasının önceden var olan ürününe benzetmesi ve bundan ekonomik çıkar sağlamak suretiyle veya doğrudan zararlar, ürün veya hak

⁹⁷ Arkan, C. I, s. 38; Tekinalp, s. 378; Yasaman, s. 19.

⁹⁸ Eski TTK’de iltibas terimi kullanılırken, Yeni TTK’de bunun yerine karıştırılma terimi kullanılmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir; “Ancak bu değişiklik 6762 sayılı Kanundaki hükmün öğretisi ve mahkeme kararlarındaki birikiminin feda edilmesi, uygulanamaz kabul edilmesi anlamını taşımamaktadır. Çünkü karıştırılma (iltibas) kavramı, pozitif hukuklar üstü anlamı ve işlevi ile varlığını sürdürmektedir. MarkKHK “iltibas” yerine “karıştırılma”yı kullandığı ve bu terim öğretisi ve içtihatlar da yerleşmeye başladığı için, burada da aynı terim tercih edilmiştir.” Gerekçede de belirtildiği üzere karıştırılma tehlikesi kavramının iltibası tam anlamıyla karşılamadığı açıktır. Bu durum ve gerek öğretide gerekse Yargıtay kararlarında hâlâ iltibas kavramının kullanılması durumu dikkate alınarak çalışmamızda iltibas kavramı tercih edilmiştir. (Bu yöndeki karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.06.2017 tarihli ve 2017/1729 Esas, 2017/1186 Karar numaralı kararı).

⁹⁹ <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=combts&view=bts&kategori=1=veritbn&kelimesec=16078> (Erişim: 12.05.2018).

sahibine zarar vermesidir” şeklinde tanımlamıştır¹⁰⁰. Tekinalp ise, iltibasın sık görünüm şekli olan markaya yönelik olarak, “*tescilsiz bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın; daha önce tescil edilmiş bir marka ile şekil, görünüş, ses, genel izlenim vs. sebeple ya aynı ya da benzer olduğu için, hedef kitlede önce tescil edilmiş marka olduğu zannını uyandırması tehlikesi*” olarak tanımlamaktadır¹⁰¹. Dirikkan¹⁰² da iltibası, “*toplum tarafından birbirinden ayırt edilmesine rağmen iki işaret arasındaki benzerlik nedeniyle, söz konusu işaretlerin birbiriyle bağlantı içinde olduğu yanlışlığına düşülmesi durumu*” olarak tanımlamıştır.

Doktrinde yapılan tüm bu tanımlardan hareketle iltibas, ticari işletme sahiplerinin, sahip oldukları ad ve işaretlerin karıştırılması sonucunda tüketici nezdinde ayırt etme işlevlerini tam olarak yerine getirememesi olarak tanımlanabilir¹⁰³.

Uygulamada iltibas, daha çok ticari ad ve işaretlerde, özellikle de markalarda görülmektedir. İltibasın tespitinde göz önüne alınacak kriterler, bu noktada önem arz etmektedir. İltibasın daha çok markadan doğan uyuşmazlıklarda gündeme gelmesi, iltibasın belirlenmesine ilişkin getirilmiş olan kriterlerin marka hukukundan doğmasına sebep olmaktadır. Bu kriterlerin, diğer tanıtma ad ve işaretlerine de uygulanıp uygulanacağı sorusu ise doktrinde tartışılmaktadır. Zira eski Türk Ticaret Kanunu sadece iltibastan, yeni Türk Ticaret Kanunu sadece karıştırılmadan bahsederken; Sınai Mülkiyet Kanunu karıştırılma tehlikesinden bahsetmekte olup, karıştırılma tehlikesi için iki işaret arasında bağlantı bulunmasını dahi yeterli görmektedir. Bu sebeple Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Türk Ticaret Kanunu’ndaki iltibası genişlettiği savunulmuştur¹⁰⁴. Ancak bir başka görüşe göre, Türk Ticaret Kanunu’nda haksız rekabet hâllerinden iltibasın düzenlendiği m. 55/1-a, 4 hükmünün gerekçesinde yer alan “*6762 sayılı Kanun hükmü, başkasının “ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları ile iltibasa meydan verebilecek surette ad, unvan,*

¹⁰⁰ Ahmet Battal, “Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Ret Nedenleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1-2, 2000, s. 15.

¹⁰¹ Tekinalp, s. 436.

¹⁰² Dirikkan, s. 163.

¹⁰³ Mehmet Emin Bilge, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2015, Cilt 1, Sayı 2, s. 9.

¹⁰⁴ Tekinalp, s. 437.

marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları” cümle parçasına yer vermiştir. Oysa anılan ayırt edici işaretlere ilişkin karıştırılma koşul, hüküm ve sonuçlarıyla birlikte kendi özel kanun hükmünde kararnamelerinde, yani MarKHK’de, EndTasKHK’de, CoğİşKHK’de ve unvanla ilgili olarak TK’de ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Burada tekrar edilmeleri gereksizdir, hem de yorum güçlüklerine sebep olmaktadır. anılan cümle parçalarının burada yer almaları, haksız rekabete ilişkin hükümlerin fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerde kümülatif uygulanması yönünden de gerekli görülemez” ifadesiyle gerekçenin markalara ilişkin düzenlemelere atıf yaptığı ve diğer tanıtıcı ad ve işaretlere de Sınai Mülkiyet Kanunu’ndaki karıştırılma tehlikesine uygulanacak kriterlerin uygulanması gerektiği savunulmuştur¹⁰⁵.

Kanaatimizce, uygulamada iltibas ihtimali daha ziyade markalarda gündeme geldiği için, bu yöndeki hüküm ve uygulamalar gelişmiştir. Türk Ticaret Kanunu’nun gerekçesinde de belirtildiği üzere bu konuda, tanıtıcı ad ve işaretler açısından ortak bir düzenleme öngörüldüğü açıktır. Ancak Türk Ticaret Kanunu’nda her ne kadar tanıtıcı ad ve işaretler, madde metninden çıkarılmış olsa da Türk Ticaret Kanunu m. 55/1-a, 4 hükmü *“başkalarının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açıyorsa”* ifadesiyle yine Sınai Mülkiyet Kanunu anlamında bir karıştırılmadan (iltibas) bahsetmemektedir. Zira birisinde “karıştırılma”dan diğerinde “karıştırılma tehlikesi”nden bahsedilmektedir. Ayrıca Sınai Mülkiyet Kanunu’nda, ilişkilendirme ihtimali, karıştırılma tehlikesinin kapsamına dâhil edilerek kavram daha da genişletilmiştir. Bununla birlikte, tanıtıcı ad ve işaretlere ilişkin uyuşmazlıklar, şayet özel bir hükme dayanmıyorsa, bu durumda haksız rekabet hükümlerine gidilecek ve Sınai Mülkiyet Kanunu’ndaki bağlantı kurma hâlinin Türk Ticaret Kanunu için birebir uygulanması doğru olmayacaktır. Zira her bir ayırt edici işaretin kendine özgü yapısı, işlevi ve özelliği vardır. Bu bağlamda tüm ayırt edici işaretler için aynı oranda ortak bir uygulama zor gözükmele birlikte her işaretin yapısı, özelliği ve somut olayın durumu göz önünde bulundurularak ortak bir uygulamaya yaklaşılması mümkündür. Yine marka iltibas davalarında, kamuoyu

¹⁰⁵ Bilge, s. 58.

görüşünün hukuki sürece dâhil edilmesiyle ilgili yapılan bir araştırmada¹⁰⁶da, marka hukukuna ilişkin ihtilafların tipik özelliğinin, her bir davanın kendi somut şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiği ortaya konulmuştur¹⁰⁷. Söz konusu araştırma sonucuna göre, marka ihtilaflarına ilişkin verilmiş olan önceki bir kararın, yeni karara emsal oluşturması mümkün olmamakla birlikte, sadece yargının marka ihtilafına bakışını göstermede yardımcı olacağı kanaatine ulaşılmıştır.

İltibasın varlığından bahsedebilmek için ayırt edici işaretlerin faaliyet alanlarının aynı ya da benzer olması gerekmektedir. Aynı veya benzer nitelikteki işaretlerin faaliyet alanlarının farklı olması hâlinde, işaretler arasında bir karışıklık yaşama ihtimalinden bahsetmek mümkün değildir¹⁰⁸. Ancak işaretin ilgili sektörde yüksek itibarı ve tanınmışlığı söz konusuysa, bu durumda sektör farklı olsa da iltibastan bahsedilebilecektir.

II. İltibasın Unsurları

A. Aynı veya Benzer İşaret

1. Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaret

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun mutlak ve nispi ret nedenlerini düzenleyen 5. ve 6. maddelerinde, işaretler arasındaki benzerlik değerlendirmesinde aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramları kullanılmaktadır. Bu iki kavram ayrı şeyleri ifade etmektedir.

İşaretlerin aynı olması kavramı *Tekinalp*'e göre¹⁰⁹ birebir her şeyiyle aynı olması şeklinde ifade edilirken¹¹⁰, *Yasaman*¹¹¹ bunun sınırlarını biraz daha genişletmiş, yazı

¹⁰⁶Kurban Ünlüönen vd., "Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dâhil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, (Erişim) www.esosder.org, ISSN: 1304-0278, Güz 2007, Cilt 6, Sayı 22, s. 6-7-8.

¹⁰⁷ Ünlüönen, s. 4.

¹⁰⁸ Bilge, s. 58.

¹⁰⁹ Tekinalp, s. 441.

¹¹⁰ Aynı yöndeki görüş için bkz. Soysal, s. 787; Canan Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi*, Seçkin Yayınları, 2009, s. 100; Sevgi Epçeli, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, Legal Yayıncılık, 2006, s. 35.

¹¹¹ Yasaman, s. 228.

stili gibi farklılıkların, aynılığı ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir. Her ne kadar aynılık noktasında iki farklı değerlendirme olsa da sonuç değişmeyecektir. Bir başka deyişle, işaretler tıpa tıp aynı da olsa, yazı stili gibi ufak farklılıklar da barındırsa, ayrıca bir de iltibas ihtimali oluşturup oluşturmadığı araştırmasına gerek olmayacaktır.

İşaretlerde harflerin yerinin değişmesi, renk farkı, tek bir harf veya rakam farkı gibi ayırt edilmesi zor değişikliklerin olması hâlinde, ayırt edilemeyecek kadar benzerlikten bahsedilecektir¹¹². Örneğin, Piril ile Pril, Lüks ile Lüks, Chanel ile Şanel gibi markalar arasında ayırt edilemeyecek derecede benzerlik mevcuttur¹¹³. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun birçok yerinde geçen, taklit kavramıyla anlatılmak istenen de aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlerdir¹¹⁴.

Markalardaki aynılık veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik, markanın bütün olarak bıraktığı izlenim sonucunda tespit edilecektir. Bu kapsamda işaretlere bütün olarak bakıldığında, işaretlerin herşeyiyle aynı olması hâlinde aynılıktan, herşeyiyle aynı olmasa da yazı stili, grafik düzeni gibi ayırt edilmesi zor farklılıklar olması hâlinde de ayırt edilemeyecek derecede benzerlikten bahsetmek gerekmektedir. Bununla birlikte, aynılık veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik incelemesinde ayrıca karıştırma tehlikesinin var olup olmadığı hususunda bir araştırma yapılmasına gerek duyulmayacaktır¹¹⁵. Başka bir ifadeyle, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların söz konusu olduğu durumlarda halk tarafından karıştırılma tehlikesi aranmaz.

2. Benzer İşaret

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda benzerlik kavramı tanımlanmamış olup, işaretin tescilli marka ile arasında bağlantı olduğu ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali varsa, o işaret tescilli marka ile benzer olarak kabul edilmiştir (SMK m. 6/1 ve 7/2-b).

¹¹² Tekinalp, s. 441.

¹¹³ Yasaman, s. 228.

¹¹⁴ Epçeli, s. 37.

¹¹⁵ Arkan, C. I, s. 75.

Benzer ve ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramları birbirlerinden farklı kavramlardır. Benzerlik kavramı karıştırılma tehlikesinin konusunu oluştururken, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik kavramı yukarıda da ifade ettiğimiz üzere taklidin konusunu oluşturmaktadır¹¹⁶. Benzerlikte esas olan, karıştırılma tehlikesidir. Bu durumda, işaretler arasında ifade edilen şekilde bir benzerlik olmasa da iki işaret arasında, bağlantı olduğunun düşünülmesi ihtimali dahi karıştırılmaya dâhil olacaktır ve dolayısıyla benzerlikten bahsedilecektir¹¹⁷.

Markaların benzerliği değerlendirmesinde, görsel, işitsel, kavramsal benzerliklere bağlı olarak ortalama tüketicinin¹¹⁸ bakış açısı dikkate alınmakta olup, başvuruyu yapan kişinin davranış biçiminin iyi niyetli veya kötü niyetli olması hususu dikkate alınmamaktadır¹¹⁹. Marka hakkını ihlal eden kişinin davranış biçiminin kötü niyetli olması hususu ise karıştırılma tehlikesi haricinde bir değerlendirmenin konusudur¹²⁰.

B. Aynı veya Benzer Mal ve Hizmet

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 9. maddesine göre, *"başvuruya konu mal veya hizmetler Kanununun 11 inci maddesine uygun olarak Nis Anlaşmasında yer alan esaslara göre sınıflandırılır"*. Ayrıca Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması'nın 2 (1) maddesi *"sınıflandırma, tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi konusunda özellikle bağlayıcı olmayacaktır"* hükmünü

¹¹⁶ Tekinalp, s. 441.

¹¹⁷ Tekinalp, s. 442.

¹¹⁸ Bu kavram ile ortalama düzeye sahip halk anlaşılması gerekmekte olup, ortalama düzeydeki tüketici kesimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. § 4, II, C.

¹¹⁹ Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu, 2015, s. 109; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 01.03.2016 tarihli ve 2015/11256 Esas, 2016/6049 Karar sayılı kararında, Yargıtay *"davacının "kürtcell" ibareli marka başvurusuyla davalının "türkcell" markaları arasında görsel, sesçil ve anlamsal olarak ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunduğu, işin uzmanı yahut dikkatli kişilerden oluşmayan, makul düzeyde bilgilendirilmiş, marka ve başvuru konusu işareti aynı anda görüp detaylarını karşılaştırma olanağı bulunduğu, daha önce görüp yararlandığı markanın aşağı yukarı net anısının tesirinde olan ortalama ve düzeydeki alıcı kitlesinin, yargılama konusu ürün ve hizmetler için ayıramadığı satın alım süresi içinde, Kürtcell ibare ve biçimli işareti gördüğünde derhâl ve hiç düşünmeden bunun türkcell ibare ve biçimli markalardan farklı bir marka olduğunu algılayamayacağı, bu açıdan 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesinde belirtilen iltibasın bulunduğu kanaati oluştuğundan"* ifadeleriyle, iltibas değerlendirmesinde kötü niyet değerlendirmesinde bulunmaksızın, ortalama tüketici nezdinde görsel, işitsel ve anlamsal benzerlik olması durumunu yeterli görmüştür.

¹²⁰ Kılavuz, s. 109.

ihtiva ederek, her mal veya hizmetin, ülkelerin kendi uygulamasına göre sınıflandırılacağına işaret etmiştir. Bu hükme dayanarak, Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ, belirli aralıklarla güncellenerek yayımlanmaktadır. Bu Tebliğ'e göre, 34 mal sınıfı bulunurken, 11 hizmet sınıfı bulunmaktadır.

1. Aynı veya Aynı Tür Mal ve Hizmet

Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ'e göre, herhangi bir grup içinde genel başlık altında belirtilen mal veya hizmet için, yapılacak tescil başvurusu, grup içindeki diğer mal veya hizmetler için de yapılmış sayılacak ve bunlar aynı tür mal veya hizmet sayılacaktır¹²¹ (Tebliğ m. 3/2).

Mal ve hizmetlerin aynılığı ile anlatılmak istenen kural olarak, markaların emtia listelerinde yer alan mal ve hizmetlerin aynı şekilde kaleme alınmış ve ifade edilmiş olmasıdır. Bununla birlikte, aynı mal ve hizmetlerin eş anlamlılarının kullanılarak ifade edilmese de veya yabancı dildeki isminin yerleşik olarak halk nezdinde kullanılması hâlinde yabancı dildeki şekilde ifade edilse de, aynı olarak kabul edilecektir¹²². Ayrıca bir markanın emtia listesinde bulunan mal veya hizmetlerin bir başkası tarafından teknik, bilimsel veya literatürde kullanılan şekliyle kullanılması hâlinde de aynı mal ve hizmet kavramından bahsetmek gerekmektedir¹²³.

Benzer şekilde, önceki markanın emtia listesi spesifik olarak ifade edilen belirli mal ve hizmetleri kapsamına alırken, sonraki marka başvurusunun emtia listesi bir önceki markada yer alan spesifik mal ve hizmetleri de kapsayacak şekilde genel ifadeler içeren mal ve hizmetleri kapsamına alıyorsa, bu durumda da mal ve hizmetlerin aynı olduğu kabul edilecektir¹²⁴. Örneğin, önceki markanın emtia listesinde “meyve suları” yer alırken, yeni başvurunun emtia listesi “alkolsüz meşrubatları” içeriyorsa malların aynı olduğu kabul edilecektir.

¹²¹ Küçükali, s. 106.

¹²² Kılavuz, s. 119.

¹²³ Kılavuz, s. 119.

¹²⁴ Kılavuz, s. 119.

2. Benzer Mal ve Hizmet

Benzer mal ve hizmet tanımlaması, aynı veya aynı tür mal ve hizmet tanımlamasından daha geniş kapsamda olup, aynı tür mal ve hizmeti de mutlak surette kapsamına almaktadır. Bununla birlikte, geniş anlam ifade eden benzerlik kavramıyla, tüketiciler tarafından ilişkilendirilerek aynı kaynaktan geldikleri kanısı uyanacak olan mal ve hizmetler ifade edilmektedir¹²⁵. Bu bağlamda benzer mal ve hizmetlerin tespit edilmesinde, sınıflandırmadaki numaralama önem arz etmemektedir. Mal veya hizmet farklı sınıflarda yer alsada dahi, aynı iş koluna aitse aralarında benzerlik olduğu kabul edilecektir (Tebliğ m. 4). Örneğin, 16. sınıfta yer alan kırtasiye malzemelerine giren malın, 41. sınıfta eğitim-öğretim hizmetleri bakımından benzer olduğu kabul edilebilecektir.

Mal ve hizmetlerin benzerliği değerlendirilmesi yapılırken, mal veya hizmetin ortalama tüketicisi dikkate alınmalıdır. Zira toplumun her kesiminden olanların kullanabileceği bazı mallar için geniş bir kesim yeterli görülürken, teknik bir bilgi ve deneyimi gerektiren işlerde kullanılan mal veya hizmetlerde benzerlik değerlendirilmesi, o kesim dikkate alınarak yapılmalıdır. Söz konusu olan mal ve hizmeti kullanan kesim ayırımına gidilmeden, her mal ve hizmet bakımından aynı düzeyde dikkatin beklenmesi hatalı olacaktır.

Mal ve hizmetlerin aynılığı veya benzerliği değerlendirilmesi, yalnızca tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış mal ve hizmetler bakımından yapılmalıdır. Başka bir deyişle, başvurusu yapılan markanın emtia listesinde yer almayan, ancak başvuru sahibi tarafından fiilen kullanıldığı veya kullanılma niyeti olduğu belirtilen mal ve hizmetler bakımından, ayrıca bir benzerlik incelemesi yapılmayacaktır¹²⁶.

Benzerlik değerlendirilmesi, her somut olayın durumuna göre çeşitlilik göstereceğinden somut olay üzerinden yapılmalıdır. Dolayısıyla *mal ve hizmetlerin benzer alıcı çevresine hitap edip etmedikleri, malların fiziksel görünümünün benzer olup olmadığı, benzer ihtiyaçları gidermede kullanılıp kullanılmadıkları, birbirlerini tanımlayıcı ya da birbirleri ile rekabet eder nitelikte olup olmadıkları, malların veya*

¹²⁵ Kılavuz, s. 119.

¹²⁶ Kılavuz, s. 120.

*hizmetlerin pazara ulaşmasında kullanılan satış yollarının benzerliği, hizmetlerin niteliksel benzerliği*¹²⁷ gibi durumlar benzerlik değerlendirmesinde dikkate alınacak ölçütler olup her somut olayda farklılık gösterecektir. Bu noktada, benzer mal ve hizmet kavramının saptanmasında temel alınacak esas, tüketicinin zihninde, bu mal ve hizmeti üreten ya da piyasaya süren mal ve hizmetin kaynağı noktasında bir karışıklık meydana gelmesidir¹²⁸.

İltibas ihtimali değerlendirmesinde, işaret benzerliği ile mal ve hizmet benzerliği bir bütün hâlde incelenmeli, ikisinin varlığının tespiti hâlinde bağlantı kurmaya yol açıp açmadığı tespit edilmelidir. Yani iki ana başlık altında incelenen bu iki husus birbirine sıkı sıkıya bağlıdır¹²⁹.

Ancak, ATAD tarafından karıştırılma tehlikesi bakımından yapılan bir incelemede, divan, markaların benzerlik araştırmasını yapmadan malların birbirine benzeyip benzemediğini tespit etmiş ve mallar arasında benzerliğin olması hâlinde, işaret benzerliğini incelemek suretiyle karıştırılma tehlikesinin bulunduğu karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bir başka ifadeyle ATAD, markaların ve malların benzerliğini tek bir aşamada incelememiş, önce malların benzerliği konusunda değerlendirme yapmış, benzerliğin olması hâlinde, işaretlerin benzerliği yolundaki incelemeye geçmiştir¹³⁰.

ATAD bir başka uyuşmazlık olan Canon davasında, mal ve hizmetlerin benzerliği incelemesi ile ilgili önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Divana göre, *karıştırılma ihtimali birçok ilişkili faktörün birbirini etkilemesi sonucunda ortaya çıkar. Bu konudaki en önemli iki faktör, markaların benzerliği ve mal ve hizmetlerin benzerliğidir. Mal ve hizmetlerin benzerlik derecesinin düşüklüğü, markaların benzerlik derecesinin yüksekliğiyle telafi edilebilir veya tam tersi geçerli olabilir. Divanın yerleşmiş uygulamasına göre de, önceki markanın ayırt edici gücünün yüksek olması durumunda karıştırılma riski artmaktadır. (Avrupa Adalet Divanı,*

¹²⁷ Epçeli, s. 43.

¹²⁸ Dilek Cengiz, *Türk Hukukunda İltibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s. 66-67; Epçeli, s. 44.

¹²⁹ Küçükali, s. 108.

¹³⁰ Arkan, C. I, s. 99.

Sabel - Puma davası) Dolayısıyla, ayırt edici gücü yüksek markaların korunma derecesi, ayırt ediciliği zayıf markalara göre daha fazladır. Bu nedenle Avrupa Adalet Divanına göre; Direktifin 4 (1)(b) maddesinin (karıştırılma ihtimali ile ilgili ret gerekçesi) yorumlanması, mal ve hizmetler arasındaki benzerlik düşük derecede olsa da, markaların çok benzer ve önceki markanın ayırt edici gücünün yüksek olduğu durumlarda, tescil talebinin reddedilmesi yönünde olacaktır. Bu aşamada dikkat edilmesi gereken nokta, malların ve hizmetlerin benzerliğinin hiçbir durumda yok sayılmamasıdır. İncelemede göz önüne alınacak husus benzerliğin derecesi olacaktır¹³¹. Avrupa Adalet Divanının söz konusu kararı incelendiğinde karıştırılma tehlikesi belirlenirken, işaret benzerliği veya mal/hizmet benzerliğinin her birinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, birinin diğerine karşı üstünlüğünün veya önceliğinin olmadığı göze çarpmaktadır. Esas olan markaların bütün olarak değerlendirilmesi gerekliliğidir. Ayrıca bu değerlendirilme yapılırken önceki markanın ayırt edici gücünün yüksekliği ve ününün dikkate alınması gerekmektedir.

C. Tüketicilerin Benzer İşaretleri Karıştırması

İltibas ihtimalinde, sadece iki işaret arasında veya mal ve hizmetler arasında benzerlik olması yeterli olmayıp, ortalama tüketici nezdinde bu durumun karıştırılmaya yol açması, yani tüketicinin benzerlik veya iltibas sebebiyle tercihinin etkilenmesi gerekmektedir.

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-b bendinde de halk tarafından karıştırılması tehlikesinin olması gerektiği ifade edilmiş olup, karıştırılma tehlikesinin muhatabı olan halk kavramından ne anlaşılması gerektiği inceleme gerektirmektedir. Gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında halk kavramı yerine ortalama tüketici kesimi ifadesi kullanılmakta olup, lafzen farklılık arz etse de hukuken aynı şeyi ifade ettiği kabul edilmektedir¹³².

¹³¹ <https://app.darts-ip.com/darts-web/client/case-results.jsf> (Erişim: 28.02.2018) (naklen Kılavuz, s. 120).

¹³² Bilge, s. 74; Dirikkan, s. 189; Yasaman, s. 399; Küçükali, s. 118.

Bu noktada ortalama tüketici kesiminden anlaşılması gereken, işaretler kapsamında yer alan emtiaların hitap ettiği alıcı kitlesidir¹³³. Başka bir ifadeyle iltibas ihtimalinin olup olmadığı, uzman kişiler, mal veya hizmet ile ilgili teknik bilgiye sahip satıcı veya pazarlamacıları değil, ortalama tüketici (halk) kesimi dikkate alınarak belirlenecektir¹³⁴. Ayrıca ortalama tüketici kesiminin belirlenmesinde, her mal ve hizmet grubunun hitap ettiği kesimin dikkat düzeyinin de mal ve hizmetle bağlantılı olarak farklılık gösterebileceği göz önüne alınmalıdır. Zira her mal ve hizmetin hitap ettiği kesime göre, ortalama tüketici (halk) değişiklik gösterecektir¹³⁵. Örneğin, özel alıcı grubuna hitap etmeyen, herkesin kullanımına açık giyim eşyalarında tüketicinin dikkat seviyesi daha düşük olabilirken¹³⁶, teknik bilgiyi gerektiren özel kullanım alanı olan örneğin doktorlara yönelik tıbbi malzemelerde dikkat seviyesi daha yüksek olacaktır. Bu noktada mal veya hizmetin hitap ettiği tüketicinin yanılığa düşme durumu incelenecek olup, tüketicinin dikkat düzeyinin yüksek olduğu yerde iltibas ihtimali düşecekken, tüketicinin dikkat düzeyinin düşük, her kesimin kullanımına açık mal ve hizmetlerde ise iltibas ihtimalinin yüksek olduğu kabul edilmektedir¹³⁷.

Bununla birlikte iltibas ihtimali değerlendirilirken, hedef tüketici kitlesinin tamamının iltibasa düşmesi beklenmemektedir. Zira tüketici kesiminin bir kısmının bile böyle bir tehlikeyle karşı karşıya olması iltibasın varlığı için yeterlidir¹³⁸. Ayrıca mal ve hizmetin hitap ettiği tüketici kesimi değerlendirilirken sadece fiili alıcılar değil, potansiyel alıcılar da dikkate alınmalıdır¹³⁹.

III. İltibasın Türleri

İltibas kavramını; doğrudan iltibas, dolaylı iltibas ve geniş anlamda iltibas olmak üzere üç başlık altında incelemek mümkündür.

¹³³ Dirikkan, s. 188; Bilge, s. 73.

¹³⁴ Yasaman, s. 399.

¹³⁵ Yasaman, s. 401; Küçükali, s. 117.

¹³⁶ Çolak, s. 245.

¹³⁷ Bilge, s. 74.

¹³⁸ Bilge, s. 74.

¹³⁹ Soysal, s. 798; Dirikkan, s. 188.

A. Doğrudan İltibas



Doğrudan iltibas hâlinde, hem işaret hem de işletme hususunda yanılğı vardır. Yani, burada halk, markaları birbirleriyle aynı veya benzer olmaları nedeniyle karıştırmakla birlikte, malları veya hizmetleri sunan işletmelerin de aynı olduğu hususunda yanılğıya düşmektedir¹⁴⁰. Örneğin, ayakkabı emtialarının bulunduğu 25. sınıfta tescilli olan “nike” ile çanta emtialarının bulunduğu 18. sınıfta başvurusu yapılan “nike’s” markaları arasında, doğrudan iltibastan bahsetmek mümkündür. Zira söz konusu markaların emtia listeleri sektör olarak birbirine yakın olup, işaretler birbirine benzer niteliktedir. Dolayısıyla tüketiciler tarafından işaretlerin benzerliği ve her iki işaretin de aynı firmaya ait olduğu hususunda yanılğıya düşülmesi mümkündür.

Başka bir ifadeyle, doğrudan iltibas durumunda halk, markanın köken belirtme işlevi hakkında yanılğıya düşmekte ve böylece markanın köken belirtme işlevi zarar görmektedir¹⁴¹.

B. Dolaylı İltibas

Dolaylı iltibas durumunda halk, işaretleri birbirinden ayırt etmekte, fakat işaretler arasındaki benzerlik nedeniyle malların veya hizmetlerin, aynı işletmeden kaynaklandığı sonucuna ulaşmaktadır¹⁴². Tüketici iki farklı ancak birbirine benzer işareti gördüğünde, marka sahibinin markasını kısaltma ve eklemeler yapmak suretiyle kısmen değiştirdiği veya seri markalar kullandığı kanısına varacaktır¹⁴³.



Örneğin, Sabancı Holding’in   gibi farklı ibarelerden oluşan yüzlerce markası bulunmaktadır. Ancak her bir markanın sonunda Sabancı

Holding’e ait olduğunu gösterir  logosu yer almaktadır. Sabancı Holding ile

¹⁴⁰ Dirikkan, s. 164.

¹⁴¹ Küçükali, s. 66.

¹⁴² Dirikkan, s. 165.

¹⁴³ Küçükali, s. 67.

herhangi bir bağlantısı olmaksızın bir başkası tarafından da “ GEN SA ” şeklinde bir marka başvurusunun yapılması hâlinde, tüketici her ne kadar işaretleri birbirinden ayırt etse de “ GEN SA ” markasının da aynı firmaya ait olduğu ve Sabancı Holding’in seri markası olduğu kanaatine varacaktır. İşte bu noktada dolaylı iltibastan bahsetmek mümkündür. Her birinde ortak olan husus SA logosunun yer almasıdır. Buna karşılık söz konusu logo olmaksızın düz bir şekilde “gensa” markasının kullanılması hâlinde ise, Sabancı Holding’e ait olduğu şeklinde yorumlamak mümkün olmayıp, iltibastan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Markanın aynısının veya benzerinin, markanın kapsadığı mal veya hizmetlerden farklı mal veya hizmetlerde kullanılması durumunda da, eğer marka sahibinin farklı mal veya hizmet sunmaya çalıştığı düşünülüyorsa, dolaylı iltibastan söz edilebileceği belirtilmektedir¹⁴⁴.

C. Geniş Anlamda İltibas

Geniş anlamda iltibasta ise halk, markaları ve işletmeleri birbirinden ayırt etmekte, fakat işletmeler arasında bağlantı bulunduğunu düşünmektedir. Başka bir ifadeyle, bu durumda tüketici, her iki işaretin de farklı işletmelere ait olduğunu bilmekte ancak lisans sözleşmesine konu olması veya marka sahibi ile mal veya hizmeti sunan işletme arasında ortaklık ilişkisi bulunması gibi durumlar sonucu bağlantı kurmaktadır¹⁴⁵. Örneğin, tekstil ürünleri ile bilinen “linens” markasının sahibi



Zorluteks Tekstil Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi, “ ” markasını aralarında herhangi bir lisans sözleşmesi olmaksızın “linens” markasının tali unsuru

¹⁴⁴ Küçükali, s. 67.

¹⁴⁵ Dirikkan, s. 166.



olarak kullanmış olsun. Bu durumda, tüketici “



” markasını birbirinden ayırt edecek hatta farklı firmalara ait olduğu



kanaatine de varacaktır. Ancak “linens + ” markası ile karşılaşan tüketici nezdinde bu iki firma arasında ortaklık veya lisans sözleşmesi gibi bir bağlantı olduğu kanısı uyanacaktır. Bu noktada tüketici, işaretlerin ve firmaların farklı olduğunu anlamış olsa bile firmalar arasında bağlantı olduğu düşüncesiyle iltibasa düşecektir. Bu durumu geniş anlamda iltibas şeklinde yorumlamak mümkündür.

Geniş anlamda iltibas hâlinin, daha çok tanınmış markaların korunmasını sağlamak için ortaya çıktığı ileri sürülse de¹⁴⁶, Sınai Mülkiyet Kanunu’nda tüm marka türleri bakımından bağlantı yeterli görülerek geniş anlamda iltibas kabul edilmiştir.

IV. İltibasın Belirlenmesinde Kullanılan Kriterler

İki işaret arasında iltibastan bahsedebilmek için, işaretler ile mal ve hizmetler arasında benzerlik olması ve bu benzerlik dolayısıyla ortalama tüketici (halk) nezdinde karıştırılma ihtimalinin doğmuş olması gerekmektedir. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise, söz konusu olan mal ve hizmetin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halktır¹⁴⁷.

Karıştırılan işaretler arasındaki benzerlik, telaffuzdan, anlamdan veya biçimden, işaretlerin toplu olarak bıraktıkları izlenimden, seri içine girmekten veya başka bir çağrışımdan kaynaklanabilir. Halkın karıştırılan işaretler arasında, herhangi bir şekilde bağlantı kurması yeterlidir.

İltibasın belirlenmesinde kullanılacak her somut olayın özelliğine uygun bir çok kriter bulunmakta olup, ayrı başlıklar altında incelenmelidir.

¹⁴⁶ Küçükali, s. 67.

¹⁴⁷ Küçükali, s. 125.

A. Ayırt Edicilik Ölçütü

1. Genel Olarak

Marka olabilmenin en önemli şartı olan ayırt edicilik gücü, iltibasın belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Markaların içerdikleri ibarelerin türüne göre ayırt edicilik, her markada değişim göstermektedir. Kendine özgü bir şekilde oluşturulmuş işaretlerde ayırt ediciliğin güçlü olduğu kabul edilirken, yaygın kullanımını olan bir işaretin ayırt ediciliği normaldir. Ayrıca bir de ürünün vasfına yönelik çağrışımlar yapan işaretler vardır ki, bunlarda da ayırt ediciliğin zayıf nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁸.

Bir markanın ayırt ediciliği, tescili talep edilen mal ve hizmetler ile söz konusu mal ve hizmetin alıcısı durumunda bulunan kimselerin, bu işareti belli bir işletmenin mal ya da hizmeti olarak algılayıp algılamayacağı göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir. Sonuç olarak bu değerlendirmeler, her ne kadar hukuk literatüründe bu tür bir ayırım olmasa da bizi, güçlü marka ve zayıf marka ayırımına götürecektir¹⁴⁹. Bu ayırım marka olarak tescil edilen işarete sağlanan korumamın kapsamının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Zira bir işaretin ayırt etme gücü ne kadar yüksekse, ona sağlanan koruma da o kadar kapsamlı olacaktır¹⁵⁰. Bu bağlamda güçlü ayırt ediciliğe sahip olan işaretler, iltibasa karşı daha geniş bir alanda korunurken; zayıf ayırt ediciliğe sahip işaretler, iltibasa karşı daha dar bir alanda korunmaktadır¹⁵¹.

İşaretin ayırt edici niteliğinin değerlendirilmesinde göz önüne alınacak bir diğer husus ise, tescili talep edilen mal ve hizmetlerdir. Şöyle ki, mal ve hizmetleri tanımlayan ibarelerin, marka olarak kullanılması hâlinde işaret ayırt edici niteliğe sahip olmazken, aynı ibare farklı mal ve hizmetlerde ayırt edici nitelikte görülebilecektir. Örneğin, “ipek” ibaresi bir kumaş cinsi olması nedeniyle kumaşlara

¹⁴⁸ Bilge, s. 65.

¹⁴⁹ Fezer, N. 286-291.

¹⁵⁰ Arkan, C. I, s. 100.

¹⁵¹ Bilge, s. 65.

ilişkin mal sınıfında tescil edilemeyecekken, parfümeri alt sınıfında tescil edilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Markayı oluşturan işaretler, esas unsur ve tali unsur şeklinde konumlandırılabilirler. Markaya ayırt edicilik sağlayan ise, esas unsur olarak kullanılan işaretlerdir. Bunlar kelimelerden oluşabileceği gibi şekil, renk, ses vs. gibi farklı kombinasyonlardan da oluşabilir. Tali unsur ise, markaya herhangi bir ayırt edici nitelik katmayan tamamlayıcı unsur niteliğindedir. Tali unsurlar, mal ve hizmetin niteliğini gösteren işaretlerden veya coğrafi kaynak gösteren tanımlayıcı nitelikteki işaretlerden oluşabilir. Buradan hareketle işaretler arasındaki iltibas ihtimali tespiti ve benzerlik değerlendirmesi, kural olarak esas unsur dikkate alınarak yapılmakta, markaların ayırt edici nitelik sağlamayan ya da herkesin kullanımına açık tali unsurları göz önüne alınmamaktadır¹⁵². Ancak tali unsur, markanın bütünsel incelenmesi noktasında önem arz etmekte olup, benzerlik değerlendirmesinde tamamıyla değerlendirme dışı bırakılmamalıdır.

2. Ayırt Ediciliğin Kullanımla Kazanılması

Ayırt edicilik, işaretin tescili anında var olabileceği gibi, sonradan da kazanılabilir. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 5/2 hükmü, markanın başvuru tarihinden önce kullanılması ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından, kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması hâlinde markanın tescil edilebileceğini düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, başta ayırt edici niteliğe sahip olmayan bir markanın kullanım sonucunda, ilgili tüketici çevresi tarafından marka olarak algılanabilecek düzeye gelmiş olması hâlini korumaktadır. Örneğin herhangi bir şekilsel gösterime tabi olmaksızın düz bir şekilde kullanılan sarı, kırmızı gibi renkler, herkes tarafından kullanılabilirliğinden, ayırt edici niteliğe sahip değildir ve böyle bir renkten oluşan başvurunun doğrudan tescili mümkün değildir. Ancak bu renkler, ilgili mal ve hizmetler ile kullanım sonucunda özdeşleşmiş ise, o mal veya hizmet bakımından marka olarak tescili mümkün olacaktır. Kodak'ın sarı rengi, Coco Cola'nın kırmızı rengi ve Milka'nın mor rengi buna örnek gösterilebilir.

¹⁵² Dilek İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 28.

Ayırt ediciliğin sonradan kazanılması için kullanımın, ne şekilde olacağına ilişkin olarak Sınai Mülkiyet Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple kullanım sonucu ayırt ediciliğin şartları ve tespiti her somut olayda, olayın özelliğine göre tespit edilecektir. Bu anlamda ayırt edicilik tespitinde, kamuoyu anketlerinin yapılması ve çevrede yapılan araştırmaların uzman görüşüyle yorumlanması dikkate alınmalıdır¹⁵³. Bir işaretin ayırt edici nitelik kazanabilmesi için, belirli bir süre ve yoğunlukta, söz konusu işaretin kullanılması sonucunda ilgili piyasada ayırt edilebilir hâle gelmiş olması, tüketicinin dikkatini çekmiş ve ilgili sektörde mal ve hizmetlerle özdeşleşmiş olması gerekmektedir¹⁵⁴. Öyle ki, bu işaret bir emtianın karakteristik özelliğini ya da niteliğini veya miktarını gösterse bile, ilgili çevredeki tüketiciler nezdinde, artık o ürünün belli bir firmadan kaynaklandığı algısı uyandıracaktır¹⁵⁵.

Cins adı niteliğinde olan, herkesin kullanımına açık ibarelerin kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanması hususunda ise, doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. Bir başka deyişle, çikolata emtiası yönünden çikolata ibaresi, ayakkabı emtiası yönünden ayakkabı ibaresi kullanım yoluyla ayırt edici olabilecek midir? Bir görüşe göre, kullanım sonucu ayırt edicilik müessesesi, her türlü tanımlayıcı ibareye uygulanamayacaktır¹⁵⁶. Kullanılan malı tanımlayan cins adı niteliğindeki bu ibarelerin, uzun yıllar kullanılsa da markasıyla ilgili reklamlar yapılsa da bir kişinin tekeline verilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Bu durum rekabetin sınırlarının zorlanması şeklinde ifade edilmektedir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre¹⁵⁷ ise, maddenin hükmünden cins ismi niteliği taşıyan ibarelerin kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmasına herhangi bir istisna getirilmemiştir. Bu sebeple de cins isimlerini bu kurala istisna tutmak mümkün gözükmemektedir. Bu tür ibarelerin de kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmaları mümkündür. Ancak ayırt edicilik tespitinde, bu tür ibarelerde daha sıkı bir araştırma yapılmalı ve daha geniş kapsamlı bir ayırt edicilik aranmalıdır.

¹⁵³ İmirlioğlu, s. 189; Dirikkan, s. 135; Çolak, s. 34.

¹⁵⁴ Çolak, s. 34; Küçükali, s. 130; Dirikkan, s. 135; Tekinalp, s. 367.

¹⁵⁵ Çolak, s. 38.

¹⁵⁶ Arkan, C. I, s. 83; Çolak, s. 35.

¹⁵⁷ Bilge, s. 67; Tekinalp, s. 366.

Tüm bunlardan hareketle bir işaretin ayırt edici niteliğinin değişken yapıya sahip olduğu söylenebilecektir. Ayırt ediciliği olmayan bir markanın, kullanım yoluyla ayırt ediciliği arttırılabilirken; kullanım sonucunda ayırt edici nitelik kazanmış olan bir işaretin de, atıl hâlde kalarak yani kullanımından vazgeçilmesi durumunda da ayırt ediciliği zayıflayacaktır.

B. Karıştırmada Bütünlük Ölçütü

İltibas ihtimali bulunup bulunmadığı incelenirken, markada yer alan esas ve tali unsurların, bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Tüketici, markayı bütün olarak hafızasına alır. Zira tüketiciler, her iki işareti aynı anda gözü önüne getiremeyecek olup, hafızasında markanın ayrıntıları değil, bütün olarak bıraktığı izlenim kalacaktır¹⁵⁸. İşte bu noktada, markanın esas unsuru önem arz etmektedir. Nitekim markaların esas unsurlarının benzer olması durumunda, tek başına ayırt ediciliğe sahip olmayan yardımcı unsurlar bakımından, aynılık veya benzerlik incelemesi yapılmasına gerek yoktur. Başka bir ifadeyle iltibasın varlığının saptanmasında kural olarak, dikkate alınacak olan özgün bir şekilde oluşturulmuş bulunan esas unsurdur. Bunun yanında yardımcı unsurların tek başına herhangi bir ayırt ediciliği bulunmamakta olup, ancak markanın genel görünümüne etkileri ölçüsünde dikkate alınmalıdır¹⁵⁹.

ATAD tarafından SABEL ve PUMA markaları arasındaki iltibasın tespitine yönelik olarak verilmiş olan kararda, ortalama tüketicinin markayı bir bütün olarak ele aldığı ve detayları analiz etmediği, dolayısıyla iltibas ihtimalinin tespiti için bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁶⁰.

C. Tanınmışlık Ölçütü

Karıştırılma ihtimali belirlenirken markanın bilinirliği de, koruma kapsamı bakımından önem arz etmektedir. Zira tanınmışlık, markanın ayırt ediciliğini arttıran bir unsurdur. Tanınmış markalar, tüketiciler tarafından çok daha çabuk hatıra gelen

¹⁵⁸ Dirikkan, s. 176,177.

¹⁵⁹ Epçeli, s. 122.

¹⁶⁰ ATAD'ın 11.11.1997 tarih ve C-251/95 sayılı kararı (Kaynak: www.ippt.eu) (Erişim: 01.03.2018); İmirlioğlu, s. 166.

güçlü markalardır. Güçlü ve kolay hatırlanabilir olmaları sebebiyle de halkın, markalar arasında yanlış bağlantılar kurması da olası gözükmektedir. Tanınmış bir markanın, sadece bir unsurunu taşıyan farklı bir markayla karşılaşan tüketici, iki marka arasında düşünsel bir bağlantı kuracaktır¹⁶¹. Bu sebeple tanınmış markalara, iltibas ihtimaline karşılık daha kapsamlı koruma sağlanmalıdır¹⁶². Ancak Alman mahkemelerinde, tanınmışlığın artması ile birlikte toplumun markaya olan dikkat ve algısının artmış olacağı, küçük farklılıkların bile tüketicilerce fark edileceği, bu yüzden tanınmışlığın iltibas ihtimalini azaltacağı yönünde kararlar verilmiştir¹⁶³. Ancak bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir.

D. İşaretlerin Birbirini Çağırması Ölçütü

İşaretler arasında benzerlik olmasa da, bu markalar arasında bir çağırışım varsa, yani bir işaret diğerini çağırıyororsa, bu durumda da iltibas ihtimalinin varlığı kabul edilecektir¹⁶⁴. Bir başka deyişle tüketici, marka ve malların benzerliği nedeniyle her iki malın kaynağının, aynı ve ilişkili firma olduğu düşüncesi ile tercihinin etkilenmesi riski ile karşı karşıyadır.

Her ne kadar Sınai Mülkiyet Kanunu'nda açık bir şekilde çağırışım bahsedilmese de ilişkilendirme olması hâlinde çağırışım da anlaşılması gerekir¹⁶⁵. Örnek üzerinden inceleyecek olursak, “siyah baci” ibareli ve üzerinde siyah genç bir kızın resmi bulunun bir kahve markası ile “arap teyze” ibareli ve üzerinde oldukça yaşlı ve gözlüklü bir kadın resmi olan kahve markası karşılaştırıldığında, iki işaret arasında işitsel veya görsel bir benzerlik olmadığı açıktır. Ancak bunlar birbirine çağırışım yapması sebebiyle karıştırılmaya yol açacaktır¹⁶⁶.

Ayrıca belirtmelidir ki, çağırışım ihtimali, karıştırılma ihtimalinin alternatifi niteliğinde değildir. Sadece onun kapsamının belirlenmesine yardımcı olmaktadır.

¹⁶¹ Uğur Çolak, “Tanınmış Markaların Farklı Sınıflardaki Mal ve Hizmetler Yönünden Korunması”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, s. 290.

¹⁶² Dirikkan, s. 167; Ahmet Tamer, *Yanlış veya Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet*, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 180.

¹⁶³ OLG Düsseldorf MuW 1913/13, 259 – Palmona/Baumona; Joller, s. 198 (naklen Bilge, s. 65).

¹⁶⁴ Tekinalp, s. 444.

¹⁶⁵ Tekinalp, s. 444.

¹⁶⁶ Tekinalp, s. 444; İmirlioğlu, s. 166.

Dolayısıyla tek başına çağrıştırma ihtimalinin olması karıştırılma ihtimali için yeterli değildir. Diğer unsurlarla birlikte değerlendirilmelidir¹⁶⁷. Avrupa Birliği Mahkemesi (CJEU) tarafından PUMA-SABEL markalarının iltibas ihtimaline yönelik verilen kararda, markalarda benzer şekiller olması sebebiyle her ne kadar birbirine çağrışım yapsa da bunun tek başına karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde yeterli olmadığı ifade edilmiştir¹⁶⁸.

V. Markada İltibas

İltibasın konusunu daha önce de ifade edildiği üzere, daha çok markalar oluşturmaktadır. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda iltibas kavramı, nispi ret nedenleri başlığı altında m. 6/1'de, Türkçeleşmiş hâliyle "karıştırılma tehlikesi" olarak kendini göstermektedir. Buna göre, *"tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir"*. Bununla birlikte, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-b bendi de marka sahibine, markasının karıştırılma ihtimaline yol açacak şekilde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde, başkasının izinsiz kullanımını engelleme hakkı vermektedir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda yer alan ilişkilendirme ve bağlantı kurma hâli, iltibas kavramını yukarıda da açıkladığımız üzere, Türk Ticaret Kanunu'ndakine nazaran daha da genişletmiştir¹⁶⁹. Zira Türk Ticaret Kanunu anlamında iltibasta halk, marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanılgısına düşmektedir. Yani tüketicinin başka bir işletmeye ait malı alırken, düşündüğü işletmenin olduğu kanısıyla hareket etmesi gerekmektedir. Bu durumun tespiti, iki ayırt edici işaret arasındaki benzerliğin, şekil ve söyleyiş bakımından benzerlikleri ve tüketicinin göz ve kulağında bıraktığı intiba dikkate alınmak suretiyle yapılmaktadır. Ancak Sınai

¹⁶⁷ Çolak, s. 280.

¹⁶⁸ CJEU C-251/95,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43450&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=819801> (Erişim: 01.03.2018).

¹⁶⁹ Tekinalp, s. 437.

Mülkiyet Kanunu anlamında karıştırılma tehlikesinde ise, bu iki işaret arasında farklı işletmelere ait olduğu bilinse de ilişkilendirilme ihtimalinin olması yeterlidir.

Bununla birlikte markada iltibasın bir diğer çeşidi de mutlak ret nedenleri arasında düzenlenmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 5/1-ç bendine göre, “*Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler*” mutlak ret nedenleri yönünden Türk Patent ve Marka Kurumu (Türk Patent) tarafından re’sen reddedilecektir. Bu durumda, iltibasın varlığı için ayniyet ve benzerliğin olması gerekmekte olup, ilişkilendirme veya bağlantı kurma ihtimali yeterli değildir.

Markalar arasındaki karıştırılma ihtimalinin tespitinde, orta seviyedeki tüketiciler dikkate alınacak olup¹⁷⁰; malın hitap ettiği ortalama bilgi ve dikkate sahip tüketicilerin tamamının ya da büyük bir bölümünün karışıklık yaşaması gerekmemektedir. Bu tüketicilerin bir kısmının karışıklık yaşama ihtimalinin bulunması, m. 6/1 ve 7/2-b hükmü anlamında benzerlik ve iltibas bulunduğunun kabulü için yeterli bulunmaktadır.

Ayrıca karıştırılma tehlikesinin belirlenmesinde markanın ilişkin olduğu mal veya hizmetlerin benzerliği de ayrıca dikkate alınması gereken bir husustur¹⁷¹. Bu husus araştırılırken önce işaretler arasında, daha sonra mal veya hizmetler arasında ayniyet veya benzerlik olup olmadığına bakılmalı ve benzerliğin saptanmasında markaların bütün olarak bıraktıkları genel izlenim dikkate alınmalıdır¹⁷².

Nispi ve mutlak ret sebepleri arasında düzenlenen iltibas nedeniyle, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 25’e dayanarak bir hükümsüzlük davası açılabilceği gibi, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149’da düzenlenmiş bulunan marka hakkına tecavüze dayalı davalar da açılabilir.

¹⁷⁰ Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s. 142.

¹⁷¹ Bilge, Ticaret Unvanı, s. 10.

¹⁷² Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s. 143.

VI. Alan Adında İltibas

Alan adları bakımından iltibas hâline ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, iltibasın türünü tespit etmek zorlaşmaktadır. Ancak alan adının benzer bir işaret olarak başkası tarafından kullanılması hâlinde, İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 25 (a) bendine göre, “İhtilaf konusu alan adının, sahip olunan ya da ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretlerle benzer ya da aynı olması” sebebiyle UÇM’ye gidilebilecektir¹⁷³. Bununla birlikte marka veya ticaret unvanı gibi bir hakka dayanmaksızın sadece alan adları arasındaki benzerlikten doğabilecek iltibas ihtimalinde alan adına, Türk Ticaret Kanunu m. 54 ve devamında yer alan haksız rekabete ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ancak Türk Ticaret Kanunu m. 55/1-a, 4 bendi kapsamında “.. karıştırılmaya yol açıyorsa..” ibaresi yer almaktadır. Gerek İnternet Alan Adları Yönetmeliği’nde gerekse Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan iltibas hâlleri, Sınai Mülkiyet Kanunu’ndakinden daha dar niteliktedir. Zira Sınai Mülkiyet Kanunu anlamında işaretler arasında bağlantı kurma dahi karıştırılma tehlikesini oluştururken, Türk Ticaret Kanunu anlamında iltibasta bağlantıdan bahsedilmemiştir. Buradan hareketle Sınai Mülkiyet Kanunu anlamındaki iltibas geniş anlamda iltibas türüne girerken, alan adı iltibasında aranacak olan doğrudan veya dolaylı iltibas hâlidir.

Ancak İsviçre¹⁷⁴ ve Alman Yüksek Mahkemesi kararlarından yola çıkacak olursak, karıştırılma tehlikesi kavramı tüm ayırt edici işaretler bakımından aynı şekilde anlaşılabilir ve bunun sonucu olarak da alan adında iltibas hâlinde de markalar için geliştirilmiş olan ilkelere dayanılabilecektir¹⁷⁵. Söz konusu kararlardan hareketle, doktrinde de uygulama bu yönde kabul edilmiş, ancak işaretler arasındaki

¹⁷³ Ancak Yönetmeliğin bu hükümleri UÇM henüz yürürlüğe girmediği için uygulama alanı bulamamaktadır.

¹⁷⁴ BGE 117 II 199 E.2 - Touring-Garantie; BGE 119 II 473 -Radion; BGE 125 III 193 E. 1.b – Bud; BGE 116 II 463 E. 4.c – Coca Cola; BGE 116 II 614 E. 5.b – Gucci. Bkz. Gallus Joller, Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, Bern 2000, s. 369-370 (naklen Bilge, Ticaret Unvanı, s. 10).

¹⁷⁵ BGH GRUR 1955, 95. 96 - Buchgemeinschaft I; BGH GRUR 1957, 281, 282 – Karo-as; BGH GRUR 1995, 825 – Torres; BGH GRUR 2001 344 – DB Immobilienfonds; BGH BIPMZ 2001, 210 – Windsurfing Chiemsee (naklen Bilge, Ticaret Unvanı, s. 10).

düzenleme farklılıklarının da göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir¹⁷⁶.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, alan adı uyuşmazlıklarında iltibas söz konusu olduğunda, alan adının kullanım alanının markaya göre daha dar olduğu da göz önüne alınarak, uyuşmazlığın durumuna göre yol izlenmelidir. Ancak yasa hükümlerinin lafzından alan adında iltibas hâli, markadaki iltibas kadar geniş yorumlanmamalıdır. Durumun gereklerine göre, alan adı ile uyuşmazlık hâlinde olan işaretlere ilişkin hükümlerdeki özel düzenlemeler ve işaretler arasındaki nitelik farklılıkları da göz önüne alınarak markalara ilişkin hükümlere başvurulabilecektir¹⁷⁷.

Alan adlarında iltibas değerlendirmesinde dikkate alınacak olan kısım, kişiler tarafından serbestçe seçilip, alan adı tescil kuruluşlarına tescil ettirilen ve ayırt edici nitelik arz eden ikinci düzey alan adları (SLD) kısmıdır. Bu kısım İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 6 hükmüne göre, harf, yazı, rakam veya tire (-) işareti ya da bu harf ve rakamların birlikte kullanıldığı kombinasyonlardan oluşabilir. Alan adları kesme ve noktalama işaretleri ya da fazladan rakam veya harf eklenmesi suretiyle ufak farklılıklarla da olsa birbirlerinden ayrılacakken, alan adında, marka, unvan, işletme adı gibi unsurların kullanılması durumunda, bu farklılıklar iltibas ihtimalini ortadan kaldırmayacaktır¹⁷⁸. Örneğin, redbull.com ile redbulls.net şeklinde veya addidas.com ile adidas.info şeklindeki her iki alan adının da tescil edilmesi mümkündür. Buna karşılık Red Bull markası ile “redbulls.net” alan adı arasında veya Adidas markası ile “addidas.com” alan adı arasındaki uyuşmazlıklarda WIPO hakem heyeti iltibasın varlığını kabul etmiştir¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Bilge, Ticaret Unvanı, s. 10.

¹⁷⁷ Bilge, s. 81.

¹⁷⁸ Bilge, s. 100.

¹⁷⁹ WIPO, d2002-0185, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0185.html> (naklen Bilge, s. 100).

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBAS

§ 5 MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 4'te ifade edildiği üzere marka, “*bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin, diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla, kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir*”.

Kısaca marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan işaretlerdir. Bu sebeple tüketicilerin ürün ve hizmet tercihlerinde çok önemli ve belirleyici bir role sahiptir. Elektronik ortamda ürün ve hizmet tanıtımı ve pazarlamasının yaygın hâle gelmesi de markaların, internet ortamında kullanımını yaygınlaştırmıştır. Çünkü tacirler, alan adı satın alırken ticaret unvanları yerine tüketicilerin aklında kalan markaları, alan adı olarak satın almak istemektedirler. Bu durum markanın, bir ürünün menşeiğini gösterme, kalitesini garanti etme işlevlerinin yanında, bir tacirin ürün ve hizmetini, benzer ürün ya da hizmetlerden ayırt etme işlevinden kaynaklanmaktadır.

Türkiye’de marka başvurularının mutlak ret nedenleri yönünden incelemesi sırasında alan adı incelemesi yapılmamakta; ancak alan adı tescili aşamasında, daha çok belgeye dayalı tescil sistemi benimsendiğinden marka tescil belgesi veya marka başvuru belgesi aranmaktadır¹⁸⁰. Örneğin, “.com.tr” uzantılı alan adının alınabilmesi, önceki bir hakka sahip olduğunu gösterir belgenin olmasına bağlanmıştır. Marka hakkına dayandırılması istenen belgelerle, söz konusu alan adının ilişki kurması beklenir¹⁸¹. Marka hakkına dayalı alan adı tescilinde, “.tr” Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyişi’nin 14. maddesi gereğince, *ilgili belgede yer alan markanın ayırt edici ve esas unsurunu oluşturan ibare dikkate alınır. İlgili markanın yardımcı*

¹⁸⁰ Işıklı, s. 67.

¹⁸¹ Işıklı, s. 67.

unsurunu oluşturan ve faaliyet alanı ya da sektörü vb. tanımlayan unsurlar, esas unsur olarak değerlendirilmez. Örneğin; "TEMELLER Tekstil Yatırım İthalat İhracat Sanayi Ticaret A.Ş." ayırt edici ve esas unsuru oluşturan "temeller.com.tr" ya da "temellertekstil.com.tr" alan adını alabilir. Buna karşılık, "tekstil.com.tr", "ithalat.com.tr", "ihracat.com.tr", "ticaret.com.tr" alan adlarını alamaz.

Marka olarak kullanılabilen her işaret, alan adı olarak tescil ettirilemeyecektir. Şöyle ki, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 5'in çizdiği sınırlar içerisinde kişi adları, sözcükler, diğer harf veya rakamlarla ifade edilebilen işaretler ile ses, koku ve üç boyutlu şekil gibi semboller, marka olarak tescil ettirilebilmektedir. Marka olarak kullanılabilen kişi adı, sözcük, diğer harf veya rakamlarla ifade edilebilen işaretlerin, alan adı olarak kullanılması mümkünken; ses veya koku gibi geleneksel olmayan türlerin, alan adı olarak tescili mümkün olmayacaktır.

Uygulamada karşılaşılan durum, daha çok bir markanın alan adı olarak kullanılmasıdır. Ancak internet üzerinde belirli bir kullanım sonucu, üne kavuşmuş alan adları da olabilir¹⁸². Söz konusu alan adlarının da marka olarak kullanılması mümkündür. Bu kapsamda alan adı olarak kullanılan işaretlerden, sadece ayırt edici niteliğe sahip olanlar veya bu niteliğe sahip olmasalar bile, kullanım suretiyle ayırt edici nitelik kazanmış olanların, marka olarak tescil edilmesi mümkündür. Zira bir işaretin marka olarak korunabilmesi için gerekli olan en önemli özellik, ayırt edici niteliğe sahip olmasıdır. Diğer bir deyişle bir alan adı, marka hukukuna göre gerekli şartları yerine getirmesi hâlinde, marka olarak tescil edilecektir. Bu kapsamda internette faaliyetleri ile bilinen alan adı sahiplerinin, ayırt edici niteliğe sahip alan adlarını, marka olarak tescil ettirmek suretiyle, alan adlarına sağlanan korumayı daha da güçlendirmeleri mümkündür. Örneğin, "ciceksepeti.com", "hepsiburada.com" gibi alan adları marka olarak tescil ettirilmiştir¹⁸³. Bununla birlikte ayırt edici niteliğe sahip olmayıp da, kullanım sonucunda ayırt edici nitelik kazanan alan adları da vardır. Örneğin, "sahibinden.com" ibaresinin, ayırt edici niteliğe sahip olmaması sebebiyle Türk Patent tarafından, marka olarak tescili mümkün görülmemişken

¹⁸² Nomer, s. 407.

¹⁸³ Soysal, s. 363.

mahkeme, kullanım sonucunda ayırt edicilik kazandığı gerekçesiyle, marka olarak tescil edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁸⁴.

Bir tanıtma işaretinin, diğer bir tanıtma işaretine üstünlüğü doktrinde kabul edilmemektedir¹⁸⁵. Bu sebeple ayırt edici işaretlerden hangisi olursa olsun, korumada esas alınacak olan ilke, üstün hak sahipliği ve ilk tescil hakkına sahip olanın hakkının korunması durumudur. Alan adı ile marka arasındaki uyumsuzluk değerlendirmesine ilişkin Yargıtay kararlarında da buna vurgu yapılmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2012 yılında vermiş olduğu bir kararda; davacı taraf, www.w..wt.com alan adına sahip olup, otelcilik faaliyetinde bulunmaktadır. Davalı taraf ise, “w..w” ibaresini 1999 yılında otel odası ve seyahat paketleri pazarlama hizmetleri bakımından tescil ettirmiş ve 1998 yılından beri de işletme adı olarak kullanmaktadır. Davacı tarafın, alan adının davalı tarafından marka ve işletme adı olarak kullanılmasının durdurulmasına yönelik açmış olduğu davada, Yargıtay iştiğal sahasına göre, alan adını ilk tescil ettiren davalının üstün hak sahibi olduğunu belirtmiş ve ilk tescille üstün hak sahibi olarak kabulde, iştiğal sahasına vurgu yapmıştır¹⁸⁶.

Tüm bu açıklamalar ile birlikte, alan adı ile markanın benzer ve farklı yönlerini ayrı başlıklar hâlinde incelemekte fayda olacaktır.

¹⁸⁴ Yargıtay önüne gelen “sahibinden.com”a ilişkin uyumsuzlukta; e-ticaret alanında tanınmış bir firma olan “sahibinden.com” şirketi, 2008 yılında Türk Patent nezdinde “sahibinden.com”, “sahibinden.tv” ve “sahibinden.cc” markalarının bir bütün olarak 35. sınıfta tescilini talep etmiştir. Türk Patent, 35. sınıftaki bir kısım hizmetleri karar verildiği tarihte yürürlükte bulunan 556 sayılı KHK m. 7/1-c (tanımlayıcılık) bendi gereğince reddetmiştir. Başvuru sahibi, YİDK’ye itirazda bulunmuş ancak itirazı reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru sahibi başvuruya konu markalarının ayırt edici niteliğe sahip olduğu, önceye dayalı kullanımı ile ayırt edicilik ve tanınmışlık kazandığı gerekçeleriyle, YİDK kararının iptali ve marka tescil işlemlerinin devamı için dava açmıştır. Mahkeme, “sahibinden” ibaresinin reddedilen 35. sınıftaki hizmetler için doğrudan cins, vasıf vb. karakteristik özellik belirten tasviri bir işaret olarak kabulünün mümkün olmadığı, ticaret alanında herkesin kullanımına açık bir işaret olarak da nitelendirilemeyeceği, davacının “sahibinden” unsurlu internet alan adı altında 1999 yılından beri elektronik ticaretle uğraştığı, bu durumda dava konusu başvuruyu oluşturan işaretin ayırt edicilik vasfının bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiş ve ilgili Türk Patent, YİDK kararının iptaline karar vermiştir. Bu karar 2014 yılında da Yargıtay tarafından onanmıştır. (Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi’nin, 10.02.2014 tarihli ve 2013/12097 Esas 2014/2208 Karar sayılı kararı, <https://app.darts-ip.com/darts-web/client/case-results.jsf> (Erişim: 22.02.2018)).

¹⁸⁵ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 1968, s. 460; Nomer, s. 404.

¹⁸⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 26.11.2012 tarihli ve 2011/12347 Esas, 2012/19133 Karar sayılı kararı (naklen Karagülmez, s. 53).

I. Benzerlikleri

Alan adları ilk zamanlarda, sadece telefon numarasına benzer rakamlardan oluşan bir bütün olarak görülürken, internetin sosyal ve ticari hayatımıza girmesi sonucunda elektronik ticaretin yaygınlaşması, alan adlarını farklı bir konuma getirmiştir. İnternette tüketicinin resim ve görüntü dışında fiziken, malı eline alıp görmesi ve kontrol etmesi mümkün olmadığı için, alan adının önemi daha da artmaktadır. Alan adı, belli bir bilinirliğe ulaşmış olan marka ve firmalar açısından satın alma kararında, tüketicilerin kararını etkileyen vazgeçilmez bir etkidir¹⁸⁷. Bu sebeple artık alan adları da marka gibi, sahibini tanıtan bir işaret niteliğine kavuşmuştur. İşte bu noktada alan adı, marka ile benzer özelliğe sahip olmaktadır. Başka bir ifadeyle alan adları da marka gibi ayırt etme, kaynak gösterme, reklam ve garanti fonksiyonlarını internet üzerinde yerine getirmektedir.

II. Farklılıkları

Her ne kadar alan adları, markalar gibi tanıtıcı ad ve işaretler arasında yer alsada, uygulanan kurallar ve sistemler bakımından alan adı, markadan farklılaşmaktadır. Alan adı ve marka arasındaki uyumsuzluklar ise, daha ziyade alan adı ile marka arasındaki farklılıklardan doğmaktadır¹⁸⁸.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, alan adı ile marka arasındaki en önemli farklılık sistem farklılığıdır. Yani alan adlarında “alan adının tekliği ilkesi” geçerliyken, markada “ülkesellik ilkesi” geçerlidir¹⁸⁹. Başka bir ifadeyle marka tescili kişiye, tescilin sağlandığı ülke bakımından koruma sağlarken; alan adlarında bu şekilde bir sınırlandırma bulunmamakta, bir alan adı, tescil ile uluslararası korumaya sahip olmaktadır. Bu noktada, alan adına sağlanan korumanın evrensel nitelikte olduğu söylenebilecek olup, bir alan adından tüm dünyada sadece bir tane olabilecektir. İşte bu noktada, alan adlarının tekelleştirici ve kısıtlayıcı özelliğinin bulunduğunu

¹⁸⁷ Karagülmez, s. 51.

¹⁸⁸ Memiş, Fikri Hak İhlalleri, s. 212.

¹⁸⁹ Dal, s. 489.

söylemek mümkündür¹⁹⁰. Buradan hareketle, başka bir ülkeden alınmış olsa da Türkiye’de korumadan faydalanabilecek bir alan adının, Türkiye’de tescilli bir marka olması mümkündür. Bu da tescili yapılmış olan bir markanın, haksız şekilde alan adı olarak kullanılması sorununa veya farklı bir ülkede ciddi bir üne ve kullanıma kavuşmuş bir alan adının, Türkiye’de marka olarak tescil edilebilmesi sorununa yol açacaktır.

Alan adı ile marka arasındaki diğer bir farklılık ise, tescili sağlayan kurum ve kuruluşların tamamen farklı olmasıdır. Alan adlarının tahsis ve tescili, ICANN tarafından aralarında yaptıkları sözleşme ile yetkilendirilen kamu kurumu dışında bir kurum tarafından yerine getirilirken; marka tescili, kamu kurumu tarafından yerine getirilmektedir¹⁹¹. Ve buna bağlı olarak da tescil edilen marka ve alan adlarının kontrol edilmesine zemin hazırlayan bir veri tabanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, alan adı başvurusu aşamasında, marka kayıtlarının incelenmesine ya da marka başvurusu aşamasında, alan adı kayıtlarının incelenmesine ilişkin herhangi bir sistem mevcut değildir. Bu sebeple, başkasına ait bir markanın bir başkası tarafından alan adı olarak tescil edilmesi veya başkasına ait bir alan adının bir başkası tarafından marka olarak tescil edilmesi mümkündür.

Marka ve alan adı arasındaki farklılıklarda, sözü edilmesi gereken diğer bir husus ise markaların, belirli mal ve hizmet sınıfları için tescil ediliyor olmasına karşılık, alan adları için böyle bir sınırlama olmamasıdır. Bu husus belgeye dayanan alan adı talebinde, marka tescil belgesine dayanarak alan adı verilmesi noktasında eleştiri konusu hâline gelebilecektir. Zira bir marka, kural olarak, farklı mal veya hizmetler için, farklı kişiler adına tescil edilebilmektedir. Ancak alan adı incelemesinde mal ve hizmet sınırlaması söz konusu olmadığından, bir kişi tarafından alınan alan adı, bir başkası tarafından farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak dahi olsa alınamamaktadır¹⁹². Bu çerçevede farklı mal veya hizmetlerde tescilli olan aynı ibareyi taşıyan marka sahiplerinden sadece birisi markasını, alan adı olarak tescil

¹⁹⁰ Memiş, Fikri Hak İhlalleri, s. 212; İlhami Güneş, *Ayrıt Edici İşaret ve Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar*, Ankara, 2015, s. 165.

¹⁹¹ Işıklı, s. 55.

¹⁹² İsmail Kırca, “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, Cilt II, İstanbul, 2002, s. 536; Nomer, s. 411-412.

ettirebilecektir. Ancak bu durum, alan adları bakımından benzerlik incelemesinin yapılmamasına dayanarak aşılabilmektedir. Şöyle ki, marka başvurularında işaretlerin benzerlikleri bir mutlak ret sebebiyken, alan adlarında benzerlik incelemesi yapılmamaktadır. Alan adları ancak birebir aynı olması hâlinde, tescil engeliyle karşılaşacaktır. Tek bir rakam, harf veya tire (-) gibi noktalama işaretlerinden doğan, binlerce farklı alan adı tescili mümkündür. Dolayısıyla farklı sektörlerde faaliyet gösteren aynı markaya sahip marka sahipleri, ufak farklılıklarla markalarını alan adı olarak tescil ettirebileceklerdir.

III. Alan Adının Markasal Kullanımı

Markasal kullanma, bir işaretin mal ve hizmetlerinin köken itibarıyla farklılıklarını belirten ve bunun sonucunda mal ve hizmetlerin ayırt edilmesine imkân veren kullanma şeklidir¹⁹³. Öğretide, *alıcılar tarafından işaretin, bu işareti taşıyan mal veya hizmetlerin köken itibarıyla, diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yönelik olduğunun anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılması* olarak tanımlanmıştır¹⁹⁴. Kısaca, herhangi bir işaretin, tüketici nezdinde marka olarak algılanacak şekilde kullanılması hâlinde markasal kullanımından bahsedilir¹⁹⁵. Bir işaretin markasal kullanılıp kullanılmadığının tespiti, o işaretle karşı karşıya gelen ortalama niteliklere sahip tüketici dikkate alınarak yapılır. Şayet bir ad veya işaretin kullanım yeri veya kullanım şekli nedeniyle, ortalama tüketici nezdinde marka olarak algılanması mümkün değilse, markasal kullanımdan bahsedilemeyecektir¹⁹⁶.

Daha önce de ifade edildiği üzere alan adları da, markalar gibi tanıtıcı ad ve işaret niteliğine sahiptirler. Bu anlamda alan adlarının da markalar gibi ayırt etme ve kaynak gösterme fonksiyonlarını internet üzerinde gerçekleştirmeleri mümkündür. Örneğin, sigortacılık hizmeti yapmakta olan bir işletme, internet üzerinden de bu faaliyetlerini icra edebilir. İnternet üzerinde faaliyetlerini yürütmek üzere kullanmış

¹⁹³ Bozbel, s. 455.

¹⁹⁴ Sabih Arkan, “Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, *BATIDER*, 2000, Cilt XX, Sayı 3, s. 7 vd.

¹⁹⁵ Bilge, s. 116.

¹⁹⁶ Arkan, Marka Hakkına Tecavüz, s. 5, dp. 1; Güneş, *Önceye Dayalı Haklar*, s. 102, Çolak, s. 344.

olduğu alan adı, sigorta hizmetlerinin kaynağını gösterecektir. İşte bu noktada alan adının markasal kullanımından bahsetmek mümkündür.

Bununla birlikte bir alan adının, sadece e-posta adresi olarak kullanılması veya telefon numarası ve benzer şekilde kartvizitlerde yer alması da mümkündür¹⁹⁷. Bu durumlarda markanın, sahip olduğu kaynak gösterme fonksiyonunu taşımadığı kabul edilir. Başka bir ifadeyle bir alan adı, mal veya hizmeti ayırt etmek için kullanılmıyorsa, buradaki kullanım, markasal kullanım niteliğinde değildir. Örneğin MAPADER (Marka ve Patent Uzmanları Derneği) tarafından, derneğin tanıtımını yapmak amacıyla “www.mapader.org” alan adının kullanılması durumunda markasal kullanımdan bahsedilemeyecektir¹⁹⁸. Markasal kullanımdan bahsedebilmek için, alan adının münhasıran internet ortamında web sitesinden satın alınan mal ve hizmetin kaynağını göstermesi gerekmektedir. Bu da, Markada Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ’de yer alan belirli mal ve hizmet sınıfları bakımından mümkündür. Zira alan adının doğası gereği, her türlü mal ve hizmet bakımından fiziki bir birliktelik sağlaması mümkün değildir¹⁹⁹. Bir başka ifadeyle alan adının, ancak bankacılık, yatırım, eğlence, pazarlamacılık gibi internet üzerinden sunulması mümkün hizmetlerde²⁰⁰, alan adı ile web sitesinden sağlanan hizmet bakımından fiziki bir birliktelikten bahsedilir. Bu bağlamda, alan adının sınırlı nitelikte olabilecek bu hizmetler dışında, markasal kullanılması mümkün değildir²⁰¹.

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7’ye göre marka hakkı sahibi, markasının bir başkası tarafından kullanılmasını önleme yetkisine sahiptir. Madde metninde yer alan kullanma kavramından anlaşılması gerekenin, markasal kullanma olup olmadığı hususu ise, doktrinde tartışılmaktadır. Sınai Mülkiyet Kanunu m.7’nin lafzından da anlaşıldığı üzere marka hakkı sahibine önleme yetkisi doğuran kullanım, markasal kullanım niteliğinde değildir²⁰². Nitekim Yargıtay, markasal kullanım şartını arayan

¹⁹⁷ Oğuz, s. 167.

¹⁹⁸ Oğuz, s. 168.

¹⁹⁹ Oğuz, s. 168.

²⁰⁰ Nomer, s. 400.

²⁰¹ Oğuz, s. 168.

²⁰² Arkan, Marka Hakkına Tecavüz, s. 11; Tekinalp, s. 433. Aksi yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 05.07.2011 tarihli ve 2009/9174 Esas, 2011/8313 Karar sayılı

Yerel Mahkeme kararını “...556 sayılı KHK'nin 9/e maddesi “İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması” hükmünü haiz olup bu madde uyarınca marka hakkı sahibinin markası kapsamındaki işaretin internet ortamında ticari etki yaratacak biçiminde kullanımının önlenmesini talep hakkı da bulunmaktadır. Anılan hüküm uyarınca internet ortamında kullanımın marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği tartışılmaksızın yazılı şekilde karar tesisi doğru olmamış...” gerekçesiyle bozmuş ve markasal kullanımının aranmasının Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7 bakımından şart olmadığını ifade etmiştir²⁰³. Şayet markasal kullanım şartının aranması hâlinde, markanın kırtasiyede, reklamda yahut ticaret unvanının, alan adının, işletme adının parçası olarak kullanılması marka hakkına tecavüz kapsamında değerlendirilemeyecektir²⁰⁴.

§ 6 MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLAR

İnternetin ticaret yaşamına girmesi, 1990'lı yıllara tekabül etmekte olup, marka ile alan adı arasındaki uyumsuzluklar ilk bu yıllarda ortaya çıkmıştır²⁰⁵. Alan adlarının, marka gibi ayırt edici niteliğe sahip olduklarını daha önce ifade etmiştik. Ancak bu husus, internetin ilk yıllarında, ticari işletme sahipleri tarafından fark edilememiştir. Bu da, ticaret hayatında belli bir yer edinmiş markaların, kötü niyetle başkaları tarafından alan adı olarak tescil ettirilmesine sebep olmuştur. Alan adının ilk yıllarında ortaya çıkan bu uyumsuzluk, ticari işletme sahiplerinin de bilinçlenmesi sonucunda bertaraf edilmekle birlikte, varlığını tamamen ortadan kaldırmış değildir. Zira her geçen gün piyasaya yeni markalar girmektedir. Bununla birlikte, alan adı ile marka arasındaki uyumsuzlukların, sadece bu durumdan kaynaklandığını söylemek

kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.07.2001 tarihli ve 2009/10198 Esas, 2011/9226 Karar sayılı kararı (Çolak, s. 380-386), Bilge, s. 117; Eser Rüzgar, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 70.

²⁰³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 24.11.2014 tarihli ve 2014/10502 Esas, 2014/18202 Karar sayılı kararı, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 04.04.2018).

²⁰⁴ Tekinalp, s. 434.

²⁰⁵ Abdulkadir Gül, *İnternet Alan Adları Uyuşmazlıkları Alternatif Çözüm Mekanizmasında Dünya Uygulamalarının İncelenmesi ve Türkiye İçin Öneriler*, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2015, s. 23.

mümkün değildir. İnternetin ticaret yaşamında belli yer edindiği günümüzde, ticari işletme sahipleri, internet üzerinden yapılacak olan pazarlama ve reklam hizmetlerinde, markalarını alan adı olarak tercih etmektedirler. Bunun sebebi, internet ortamında ürün ve hizmet pazarlama ve tanıtımının en etkili yolunun markalar ile sağlanmasıdır²⁰⁶. Alan adları, sahibinin kendi markasından oluşabileceği gibi, başkasına ait markalardan da oluşabilecektir. İnternet üzerinde alışveriş yapan tüketiciler ise, alan adlarıyla ulaşılan sitenin sahibi ile marka sahibinin aynı kişi, şirket veya kuruluş olduğunu düşünecektir²⁰⁷. Markanın garanti ve kaynak gösterme fonksiyonundan hareketle, tüketicinin, bu markayı içeren alan adına sahip site üzerinden alışveriş yapması, alan adının marka ile özdeşleştiğini göstermektedir²⁰⁸. İşte bu noktada, alan adları ile markalar arasındaki iltibas ihtimali kendini göstermektedir.

Tüm bu açıklamalardan hareketle marka ile alan adı arasında ortaya çıkan uyumsuzluklar, temelde iki sebebe dayanmaktadır. Bunlardan ilki, bir başkasına ait markanın aynısının, marka sahibinden önce alan adı olarak tescil edilmesi ve bunun yüksek meblağlarla marka sahibine teklif edilmesi durumudur. Bu duruma alan adı gaspı (domain grabbing) denilmektedir²⁰⁹. Bir diğeri ise, alan adının tescilli veya tescilsiz bir markayla iltibas oluşturacak biçimde kullanılmasıdır.

I. Alan Adı Gaspı (Domain Grabbing)

Alan adı sisteminde, temel kayıt ilkesi olan “ilk gelen alır ilkesi”nin uygulanması ve alan adı kayıt ücretlerinin düşük olması, alan adı gaspını ortaya çıkarmıştır. Şöyle ki, *alan adı tescilinde bulunan bir kişinin, başkasına ait markayı ileride gerçek hak sahibine, değerinden yüksek meblağda satmak amacıyla, kendi adına tescil ettirmesine alan adı gaspı denmektedir*²¹⁰. Burada tercih edilen daha çok tanınmış markalardır. Zira tanınmış marka sahibi, markasının yıllarca kullanımı ve reklam

²⁰⁶ Dal, s. 484.

²⁰⁷ Dal, s. 483.

²⁰⁸ Memiş, s. 515.

²⁰⁹ Savaş Bozbel, Domain Grabbing ve ICANN Tahkim Usulü, *Konferans Bildirisi*, s. 1, (Erişim) <http://inet-tr.org.tr/inetconf9/bildiri/27.pdf>, 05.03.2018.

²¹⁰ Bozbel, Konferans Bildirisi, s. 1; Savaş Bozbel, “Domain Names (İnternet Alan Adları) ve ICANN Tahkim Usulü”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan*, Cilt I, İstanbul, 2002, s. 222.

çalışmaları vs. gibi tanıtım çabalarını hiçe sayamayacak ve çok yüksek meblağlar da olsa, markasına dayalı olarak alan adını satın almak isteyecektir.

Alan adı tescilinde, bir kişi adına kayıtlı alan adında, sayı sınırlaması bulunmadığından alan adı stokçuluğuna yasal bir engel bulunmamaktadır²¹¹. Alan adı gaspı bu noktada ortaya çıkmıştır. Zira alan adı gaspında bulunan kişiler, markasını alan adı olarak tescil ettirmeyen kişilerden önce harekete geçerek, alan adlarını depolamaktadırlar. Daha sonra bunları, yüksek meblağlarla marka sahiplerine satmaktadırlar.

Alan adı korsancılığının ilk örneğini, “mcdonalds.com” alan adının, Mc Donalds firmasından farklı bir kişi tarafından tescil ettirilmesi oluşturmaktadır. Amerikalı bir gazeteci, 1994 yılında ünlü bir marka olan Mc Donalds firmasının “mcdonalds.com” alan adını kayıt ettirmediğini fark eder ve alan adını kendi adına kayıt ettirir. Bunun üzerine, bir dergide yazı yazarak bu alan adını ne yapacağı ile ilgili bir anket çalışması yapar. Durumu fark eden Mc Donalds firması da, henüz alan adıyla ilgili yasal düzenlemeler oturmadiğı için dostane bir çözüm arayışına girer. 3.500 USD karşılığında alan adını, tescil ettiren yazardan satın alır²¹². Bu olay alan adı gaspının ilk örneğidir. Bununla birlikte, Ekim 1994 itibarıyla beş yüz büyük şirketin alan adını tescil ettirmediğı tespit edilmiştir. Bunların %14’ü ise, alan adı gaspına konu olmuştur²¹³.

Alan adının marka hakkını ihlâl etmesi için, ticari etki doğuracak bir kullanımın olması gerekmektedir. Alan adı gaspında ise çoğunlukla alan adını alan kişi, bu adları kullanmamaktadır. Burada alan adını tescil ettiren kişi, alan adını fiilen kullanmasa bile, yüksek meblağlarda bunu marka sahiplerine satarak gelir elde etme amacı gütmektedir. Zira bu durumda da ticari etki doğuracak kullanımın

²¹¹Stefanie Jehle, “Verletzung eines Kennzeichenrechts durch einen Domainnamen”, 2013, s. 18, (Erişim) http://www.karsten-chudoba.de/wp-content/uploads/2013/10/Markenrechtsverletzung_Domain.pdf , 05.03.2018.

²¹² Soysal, s. 317; Anık, s. 77.

²¹³ Anık, s. 77.

gerçekleştiğinden bahsetmek mümkündür²¹⁴. Hatta alan adının kullanılmaması, kötü niyete karine teşkil edecektir. Her ne kadar marka hakkının ihlâli için ticari etki doğuracak nitelikte kullanım aransa da bunun istisnaları da mevcuttur. Bu noktada ticari etki doğuracak şekilde olan bu kullanım, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5 uyarınca ticari hayatın olağan akışı içinde ve dürüstlük ilkesine uygun bir kullanımsa, bu hâlde marka hakkının ihlâlinden bahsedilemez²¹⁵.

Christian Dior markasına ilişkin WIPO kararını ele alacak olursak; “Christian Dior” markası tüm dünyada tanınmış, adını Fransız modacı Christian Dior’dan alan, ABD’de 1998 yılından beri tescilli parfüm markasıdır. “Christiandior.com” ile “christiandior.net” alan adları ise, bir başkası tarafından 1999 yılında alan adı olarak tescil edilmiş ve her iki alan adına sahip sitelere girildiğinde ise “under construction (yapım aşamasında)” uyarısı yer almakta olup, aktif şekilde kullanılmadığı tespit edilmektedir. “Christian Dior” marka sahibi, Parfums Christian Dior S.A., WIPO’ya başvurarak, her iki alan adının tanınmış markası ile aynı olduğunu belirtmiş ve kendisine transferinin yapılmasını talep etmiştir. WIPO hakemi tarafından dosya incelenmiş ve davacının markasının tanınmış bir marka olduğu, alan adı ile marka arasında herhangi bir bağ bulunmadığı belirtilmiştir. Her ne kadar, alan adlarının aktif kullanımı olmasa da 100’den fazla farklı tanınmış markalara ait alan adlarının da şikâyet edilen tarafından kendi adına, tescilinin yapıldığı tespit edilmiştir. Sonuç olarak, söz konusu alan adlarının, davacı tarafa satılmak üzere tescil edildiği belirtilerek, kötü niyetli tescilin bulunduğu ve her iki alan adının da davacı tarafa transferine karar verilmiştir²¹⁶.

Başkasına ait bir işaretin benzerinin, alan adı olarak kullanılması da alan adı korsanlığına sebebiyet verebilir. Alan adının birebir aynısının kullanılması gerekmemektedir. 2007 yılında WIPO tarafından incelenen olayda, 2004 yılında “facebook.com”, Facebook Inc. firması tarafından alan adı olarak tescil ettirilmiştir. Birkaç ay sonra da bir başka şirket tarafından “face-book.com” alan adı tescil

²¹⁴ Savaş Bozbel, “Markanın Alan Adı, Yönlendirici Kod (Metatag) ve Anahtar Sözcük (Keywords) Olarak Kullanılması (MarKHK m. 9/II, E bendi)”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt III, Ankara, 2009, s. 231-232.

²¹⁵ Bozbel, Armağan 2009, s. 232.

²¹⁶ WIPO, d2000-0226, Cristian Dior, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0226.html> (Erişim: 06.03.2018).

ettirilmiş, ancak aktif olarak kullanılmamıştır. Bunun üzerine Facebook Inc. firması, alan adının kısa bir süre içinde ciddi kullanımı olduğu ve dünyaca tanınmış internet siteleri arasında 6. sırada yer aldığı ve “facebook” markasını 2003 yılında Avrupa Birliği markası olarak, 2005 yılında da ABD’de tescil ettirdiğini belirterek 2007 yılında WIPO’ya başvurmuştur. WIPO hakemi tarafından yapılan inceleme sonucunda, facebook ibaresinin, yaratıcı bir işaret olduğuna, “-“ işaretinin, işaretler arasındaki benzerliği ortadan kaldırmadığına, “face-book.com” ibareli alan adının, facebook ibaresinin yaratıcılığı da göz önüne alındığında tesadüfî bir şekilde bulunmadığına ve davalı şirketin alan adını aktif olarak kullanmaması sebebiyle kötü niyetli bir kullanımın olduğuna ve “face-book” alan adının davacı firmaya transferine karar verilmiştir.

Tüm bu anlatılanlardan hareketle alan adlarını tescil ettirmeyi ihmal eden marka sahipleri, bu durumda, ya istenilen meblağı ödeyip marka hakkına dayalı alan adını devralacak ya da hukuki yollara başvuracaktır. Başkasına ait bir markanın, satmak amacıyla alan adı olarak tescil ettirilmesi, kuşkusuz marka tecavüzü ve haksız rekabete sebebiyet verecektir²¹⁷. Hukuki yollara müracaat ise, alan adının uluslararası nitelik arz etmesinden dolayı meşakkatli bir yol olduğundan, bu duruma ilişkin uyuşmazlıklar, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde açıklayacağımız UDRP kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır.

Türkiye’de ise, alan adı tahsisinin katı kurallara bağlanmış olması, alan adı gaspı ihlâlinin yaşanmamasına sebep olmaktadır. Bu sebeple de Yargıtay kararına konu olmuş alan adı gaspı uyuşmazlıkları, ülkemiz bakımından sık rastlanılan bir durum değildir.

II. İltibas Oluşturan Kullanım

Türk hukukunda bir ayırt edici ad ve işaretin, bir başka ayırt edici ad ve işarete üstünlüğü kabul edilmediğinden²¹⁸, alan adı ile markanın birbiri yerine kullanılmasından dolayı, Türk Ticaret Kanunu m. 54 veya Sınai Mülkiyet Kanunu m.

²¹⁷ Selma Toplu Ünlü, “Domain Names (İnternet Alan Adları), İnternet Üzerinde Marka Tecavüzü ve Haksız Rekabet”, *Bilişim Zirvesi*, 4-7 Eylül 2001, s. 7; Bozbel, Armağan 2002, s. 222.

²¹⁸ Karayalçın, s. 460.

7 anlamında, iltibasın meydana gelmesi mümkündür. Bu tür durumlarda gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında kabul edilen, söz konusu işareti ilk kullanan kimsenin hakkının korunmasıdır. Önce kullanan veya tescil eden kişinin hakkı üstün tutulmaktadır²¹⁹.

Bu sebeple iltibas ihtimalini, iki yönde incelemek gerekmektedir. İltibas oluşturabilecek ilk durum, bir markanın ününden faydalanmak amacıyla başkası tarafından alan adı olarak kullanılması hâlidir. Uygulamada en çok görülen bu iltibas hâlinde, markanın tescilli ve tescilsiz olması fark etmeksizin, her iki tür markanın da alan adı olarak kullanılması iltibasa sebep olabilecektir. Ancak markanın tescilli ve tescilsiz olması, uygulanacak hükümler bakımından farklılık arz edecektir. Zira tescilli markalar kural olarak Sınai Mülkiyet Kanunu hükümlerine göre korunurken, tescilsiz markalar Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre korunacaktır.

İltibas oluşturabilecek ikinci durum ise, internet üzerinde kullanımları sonucunda belli bir bilinirliğe erişmiş olan alan adlarının marka olarak tescil edilmesidir. Zira alan adlarının da internet ortamında, belli bir kullanım sonucunda ün kazanması mümkündür. Örneğin, altavista.com, amazon.com gibi²²⁰. Bu durumda da alan adı hakkının ihlâlinden bahsetmek gerekmektedir. Alan adlarına, özel bir kanunla koruma getirilmediğinden, alan adı hakkının ihlâli durumu, haksız rekabet hükümleri kapsamında incelenecektir.

A. Öncelik Hakkına Sahip Markanın Alan Adı Olarak Kullanılmasından Kaynaklanan İltibas

1. Öncelik Hakkına Sahip Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması

a) Genel Olarak

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hak sağlayan marka hakkı, kural olarak tescil ile elde edilir²²¹. Markanın sahibine sağladığı haklar tescil ile oluşur ve buna bağlı olarak tescilin yayımı

²¹⁹ Nomer, s. 413; Karagülmez, s. 54.

²²⁰ Nomer, s. 407.

²²¹ Çolak, s. 365.

tarihinden itibaren üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir²²². Tescil hakkına dayanarak marka sahibi, markasını istediği şekilde kullanabileceği gibi markasının bir başkası tarafından izin alınmadan kullanılmasını da engelleyebilecektir.

Tescilli bir markanın sahibine vermiş olduğu münhasır hak sebebiyle, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2'ye dayanarak marka sahibinin, izinsiz olarak gerçekleştirilen şu fiillerin engellenmesini talep etme hakkı bulunmaktadır;

a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

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

c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle, markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin, haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.

Bu kapsamda alan adlarının, bir başkasının tescilli markasını içerecek şekilde kullanılması, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2'de sayılan marka hakkını ihlâl eden kullanımlardan sayılması mümkündür. Zira alan adları da artık, marka gibi tanıtıcı ad ve işaret niteliğindedir. Buradan hareketle, bir markanın aynısının veya benzerinin, bir başkası tarafından aynı veya benzer mal ve hizmetlerde alan adı olarak kullanılması durumunda, marka sahibinin bu kullanımı önleme yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu hüküm, doğrudan alan adlarının marka olarak kullanımını düzenlemese de, yine aynı maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde,

²²² Tekinalp, s. 381; Erdal Noyan/İlhami Güneş, *Marka Hukuku*, Adalet Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2015, s. 119.

markanın internette alan adı olarak kullanılması, marka sahibi tarafından yasaklanabilecek fiiller arasında sayılmıştır²²³.

Buna göre, alan adının ticaret alanında kullanılması şartıyla “*işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması şartıyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması*” durumunda marka sahibinin bu kullanımı önleme yetkisi bulunmaktadır.

Başkasına ait markanın, iltibas oluşturacak şekilde alan adı olarak kullanılması hâli de, bu madde kapsamında inceleme gerektirdiğinden, marka sahibinin hakkını koruyabilmesi için gerekli olan şartları, iltibas sebebiyle marka ihlâlinin şartları başlığı altında incelemek mümkündür.

b) İltibas Sebebiyle Marka İhlalinin Şartları

(1) Markanın Aynısının ve Benzerinin İnternet Ortamında Kullanılması

İşaretlerin, aynı veya benzer olması farklı şeyleri ifade ettiğinden, farklı bentler altında düzenlenmiştir. Nitekim tescilli bir markanın aynısının, bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılması hâli, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-a bendinde hüküm altına alınmıştır. Ayniyetten anlaşılması gereken, doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, bahsi geçen marka ile işaret arasında hiçbir noktada fark olmaması, yani birebir aynı olmasıdır²²⁴. Marka ile alan adı arasında ayniyet var ise, ayrıca iltibas ihtimalinin

²²³ SMK m. 7/3’de işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, marka sahibi tarafından yasaklanabilecek hâller, şu şekilde sayılmıştır:

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

²²⁴ Tekinalp, s. 441.

mevcudiyeti aranmayacaktır²²⁵. TRIPS Anlaşması'nın 16. maddesi de, “*aynı mal ve hizmetler bakımından aynı işaretin kullanılması hâlinde, iltibas ihtimalinin olduğu varsayılır*” hükmüyle bunu doğrular niteliktedir²²⁶.

İltibas ihtimali, tescilli veya başvurusu yapılmış bir marka ile marka hakkını ihlâl eden işaret arasında benzerlik olması hâlinde ortaya çıkacaktır. Benzerlik, işaretlerin birebir aynı olmasa da detaylı bakıldığında benzer olması demektir. Örneğin, Port ile Interport²²⁷, İpekyol ile İpekyolu²²⁸ markaları Yargıtay kararlarında benzer kabul edilmiştir. Benzerlik durumu Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-b hükmü altında düzenlenmiş olup, ilişkilendirme ihtimali de dâhil olmak üzere karıştırılma tehlikesini kapsamına almaktadır.

İşaretler arasındaki benzerlik incelemesi görsel, işitsel veya kavramsal (anlamsal) düzeyde olmalıdır²²⁹. Kural olarak benzerlik şekillerinin tamamının bir arada olması gerekmeyip, bir tanesi noktasındaki benzerlik yeterli görülmektedir²³⁰. Alan adı ile marka arasındaki yapılan benzerlik incelemesinde, görsel benzerlikten kasıt, markaya ait renk, logo, resim ve grafik gibi görsel unsurların internet sitesinde kullanılıp kullanılmadığıdır²³¹. İşitsel benzerlik, kelime markaları telaffuzu sırasında ortaya çıkan benzerlik hâlidir²³². Örneğin, Yargıtay “W” ile “double you”; “Vileda” ile “Wille-da”; “Yörsan” ile “Börsan” işaretleri bakımından işitsel benzerlik sebebiyle iltibas değerlendirmesinde bulunmuştur²³³. Kavramsal benzerlik ise, kelime ve şekil markalarının görsel veya işitsel olarak benzer olmasa da, anlam itibarıyla benzer olmaları ve bu sebeple tüketicilerin zihninde işaretlerin benzerliği noktasında

²²⁵ Şenocak, s. 113; Küçükali, s. 100; Çolak, s. 217.

²²⁶ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04_e.htm (Erişim: 13.03.2018), Soysal, s. 787.

²²⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 05.05.2003 tarihli ve 2002/12018 Esas, 2003/4432 Karar sayılı kararı (naklen Küçükali, s. 100).

²²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.06.2017 tarihli ve 2017/1729 Esas, 2017/1186 Karar sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=5427#> (Erişim: 17.03.2018).

²²⁹ Kılavuz, s. 110; Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s. 144, 145.

²³⁰ Çolak, s. 218.

²³¹ Soysal, s. 793.

²³² Kılavuz, s. 111.

²³³ Çolak, s. 237-246.

kavramsal etki bırakmasıdır²³⁴. Aynı veya benzer kavramları ifade eden markalar arasındaki, karıştırılma ihtimali değerlendirilirken; kavramsal (anlamsal) benzerlik kural olarak, tek başına karıştırılma ihtimaline yol açan bir unsur olarak kabul edilmeyecektir²³⁵. Zira kavramsal (anlamsal) benzerlik, görsel veya işitsel benzerlikle desteklenmediyse veya önceki marka yüksek düzeyde ayırt ediciliğe veya bilinirliğe sahip değilse, işaretlerin tüketici nezdinde benzer kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak, kavramsal benzerliğin bazı durumlarda tek başına markaların benzerliğine yol açabileceğini söylemek de mümkündür²³⁶.

İşaretlerin aynı veya benzer olduklarını tespitte, işaretlerin bütün olarak bıraktığı izlenim dikkate alınmalıdır²³⁷. Nasıl ki markanın tescilinde, markanın esas ve tali unsurlarının hepsi bir bütün olarak dikkate alınıyorsa, marka ile alan adı arasındaki benzerliğin tespitinde de, tüm unsurlar bir bütün olarak göz önüne alınmalıdır²³⁸. Bu noktada önemli olan husus işaretin tüketici zihninde bıraktığı etkidir.

Alan adlarının ayırt edici unsuru SLD kısmı olduğu için²³⁹, marka ile ayniyet veya benzerlik değerlendirmesi de bu kısım dikkate alınarak yapılacaktır. “.com”, “.tr” veya “www” gibi alan adının kendi yapısına özgü olan kısımlar, inceleme dışında kalacaktır²⁴⁰. Ancak alan adının toplu olarak bıraktığı intiba incelenirken, alan adına eklenen ülke kodu ile jenerik alan adları birlikte bir anlam ifade ediyorsa, iltibas değerlendirmesinde dikkate alınabilecektir²⁴¹. Örneğin, Hindistan’ın ülke kodu “in”dir. “Dal.in” şeklinde bir alan adının alınması ve tescilli “Dalin” markası ile iltibas oluşturacak şekilde kullanılması durumunda, alan adı ülke kodu da dâhil olmak üzere bir bütün olarak değerlendirilecek ve marka hakkını ihlâl ettiği kanaatine varılacaktır²⁴².

²³⁴ Soysal, s. 794.

²³⁵ Kılavuz, s. 112.

²³⁶ Kılavuz, s. 112.

²³⁷ Küçükali, s. 101 ve 140; Arkan, C. I, s. 99.

²³⁸ Soysal, s. 791.

²³⁹ Oğuz, s. 58.

²⁴⁰ Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar “Marka ile Alan Adı Arasındaki İltibasın Tespiti” başlığı altında incelenecektir. Bkz., § 7.

²⁴¹ Soysal, s. 791.

²⁴² Soysal, s. 791.

Aynı şekilde, alan adının toplu olarak bıraktığı intiba incelenirken, alan adında üçüncü düzey alan adı da dikkate alınabilir. Şayet alan adından üçüncü düzey alan adı bulunması ve markanın aynısı veya benzeri olan sözcüğün üçüncü seviye alan adı olması durumunda, iltibasın varlığından bahsedilebilecektir²⁴³. Örneğin, tescilli bir marka olan “solugen” sözcüğünün www.solugen.pamuk.com.tr şeklindeki bir alan adında üçüncü seviye olarak kullanılması, “solugen” markasıyla iltibas ihtimalini ortadan kaldırmayacaktır.

Benzerlik tespitinde, işaretlerin ayırt etme güçleri de önem arz etmektedir. Buna göre, iltibas ihtimaline karşı, bir işarete sağlanan koruma ayırt edici gücü ile doğru orantılıdır²⁴⁴. Başka bir ifadeyle ayırt edici gücü yüksek olan bir işarete karşı sağlanan koruma yüksek olurken, ayırt ediciliği zayıf olan, tanımlayıcı nitelikteki işaretlerin iltibas ihtimaline karşı sağlanan korumanın kapsamı daha dar olacaktır. Örneğin, Köln İstinaf Mahkemesi tarafından incelenen, “online” ibareli ve figüratif unsur taşıyan marka ile “online.de” alan adı arasındaki iltibas değerlendirmesinde, mahkemeye göre, marka figüründe yer alan online ibaresi, teknik iletişim alanında nitelik belirten bir kavram olup, internet kelimesinin eş anlamlısı olarak kullanılmaktadır. Marka ibaresi, kaynak gösterme fonksiyonunu tek başına yerine getirmediğinden ayırt etme gücüne sahip değildir. Bu sebeple “online.de” alan adıyla arasında, iltibas ihtimali bulunmamaktadır²⁴⁵.

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-b bendi uyarınca markalar bakımından yeterli görülen ilişkilendirme ihtimali, alan adı ile marka arasındaki iltibas değerlendirmesinde de dikkate alınabilecektir. Bu durumda tüketici marka sahibi ile alan adı sahibinin farklı olduğunu düşünse dahi, marka ile alan adı sahibi arasında idari veya ekonomik bir bağlantının olduğu sanısıyla hareket edebilecektir²⁴⁶. İki marka arasındaki bağlantı kurma durumu, işaretlerin ambalajlarındaki kullanım şekilleri, dizaynı vs. gibi sebeplerle işaretler arasında da olabiliyorken, alan adı sisteminin farklılığından

²⁴³ Kırca, s. 534.

²⁴⁴ Şenocak, s. 119.

²⁴⁵ OLG Köln, 6 U 209/99

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2000/6_U_209_99urteil20001027.html (Erişim: 17.03.2018).

²⁴⁶ Küçükali, s. 142.

kaynaklı olarak, daha ziyade alan adı ile markanın kaynağı noktasında gündeme gelebilecektir. Yargıtay kararına konu olmuş bir uyuşmazlıkta, davacı “e-bebek” ibareli marka ve “e-bebek.com”, “ebebek.com”, “e-bebek.com.tr”, “ebebek.info” gibi birden fazla alan adına sahiptir. Davalı ise, “www.e-bebekanneleri.com” alan adını kendi adına tescil ettirmiştir. Davacı tarafından, marka hakkının tecavüze uğradığı gerekçesiyle açılan davada mahkeme, “*davalının kendi markasal kullanım hakkını aşarak, web sitesi alan adında dürüstlük kuralına aykırı biçimde “e-bebekanneleri” ibaresini tanıtıcı işaret olarak kullanmasının, ...davacı işletmesi ve markaları ile çağrışım ve iltibas meydana getirme amacı taşıdığını, ortalama anne tüketicilerinin “e-bebekanneleri” şeklindeki ibareyi davacıya ait seri markalardan birisi veya satış sitesi olarak değerlendirebileceği*” gerekçesiyle marka hakkının ihlâlüne yönelik karar tesis etmiştir²⁴⁷. Görüldüğü üzere Yargıtay, ilişkilendirme ihtimalini hatta çağrışım ihtimalini dahi iltibasın oluşması bakımından yeterli görmüştür.

Ayrıca tüketici, iltibas yaratan alan adını kullanarak internet sitesine girdikten sonra, alan adı sahibi ile marka sahibinin aynı olmadığını anlasa dahi, alan adı sahibi bu karıştırmadan yarar sağlayabilir. Örneğin, tüketici bir marka sahibi ile alan adı sahibinin aynı olduğunu düşünerek, markayla aynı veya benzer olan alan adını kullanıp bir internet sitesine girdikten sonra yanıldığını fark edebilir, ancak girmiş olduğu sitede sunulan mal veya hizmetlerin tanıdığı marka ile ayrı mal veya hizmetler olduğunu bilmesine rağmen, bu arada bunları beğenip onları satın almak isteyebilir ve bu durumda markanın aynısını ya da benzerini alan adı olarak kullanan kişi haksız bir kazanç sağlamış olur²⁴⁸.

Marka ile alan adı arasındaki ayniyet veya benzerlik incelenirken, işaretlerin mal ve hizmetlerinin de aynı veya benzer olması gerekmektedir²⁴⁹. Mal ve hizmet benzerliği tespitinde, *kullanım şekilleri, özellikleri, faydaları, birbirleriyle rekabet hâlinde olup olmadıkları, ikame edilip edilemedikleri, birbirlerini tamamlayıcı nitelik taşıyıp taşımadıkları, üretim ve dağıtım yerlerine göre yakın olup olmadıkları, alıcıda aynı*

²⁴⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 11.04.2016 tarihli ve 2015/6580 Esas, 2016/3961 Karar sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=5427#> (Erişim: 18.03.2018).

²⁴⁸ Fahri Murat Arıkan, “Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması”, *İBD*, 2000, C. 74, S. 7-8-9, s. 784.

²⁴⁹ Engin Erdil, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 140.

*işletmeden kaynaklandığı düşüncesi oluşturacak şekilde, ortak noktalar bulunup bulunmadığı hususları dikkate alınacaktır*²⁵⁰. İşaret benzerliği ile mal ve hizmet benzerliği tek bir aşamada olmalıdır. Başka bir ifadeyle, iltibas değerlendirmesinde birinin diğerine önceliği yoktur. Bu noktada esas olan ölçü iltibas ihtimali olup, işaretler arasındaki mal ve hizmet benzerliği ise bunun sadece önemli bir unsurunu oluşturur²⁵¹. Örneğin, Avusturya’da tescilli bir marka olan “Gewinn” ve “www.gewinn.co.at” alan adını kullanan davacı ile “gewinn.at” alan adını kayıt ettiren davalı arasındaki ihtilafta, mahkeme, işaretler arasında benzerlik olsa da davacı ile davalının farklı mal ve hizmet alanında faaliyette bulunduğunu ve her ikisinin de tanınmışlığının olmadığını, ayrıca internet kullanıcılarının ikisi arasında bağlantı kurma ihtimalinin olmadığını ifade etmiştir²⁵².

Öte yandan ATAD tarafından iltibas ihtimaline yönelik yapılan incelemede, bu kural benimsenmemiş, öncelikle malların birbirine benzeyip benzemediği tespit edilmiş, daha sonra işaretlerin benzerliği değerlendirmesine geçilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁵³.

Ancak Türk doktrininde genel kabul gören görüş, tüm unsurların bir bütün olarak incelenmesidir²⁵⁴. Bu noktada mal ve hizmet arasındaki benzerliğin az oluşu, işaretler arasındaki benzerliğin yüksek oluşuyla; işaretler arasındaki benzerliğin az oluşu ise mal ve hizmet arasındaki benzerliğin yüksek oluşuyla dengelenerek bütünsel bir inceleme yapılmalıdır²⁵⁵. Değerlendirilen işaretler arasında mal ve hizmet grubunun birbirinden farklı olması hâlinde ise, işaretler aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olsa da iltibas ihtimalinden söz edilemeyecektir. Ancak tanınmış markalar, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Zira tanınmış markalarda farklı mal ve hizmet dahi olsa, gerekli şartlar sağlandığı takdirde, iltibasın varlığından söz edilebilecektir. Tüm bu bilgiler ışığında marka ile alan adının mal ve

²⁵⁰ Dirikkan, s. 179-180.

²⁵¹ Küçükali, s. 108.

²⁵² Austrian Supreme Court, 07.08.2000, gewinn.at (2001);Baier, s. 50 (naklen Soysal, s. 788).

²⁵³ ECR 15 01 2003 Rs T-99/01 Mystery Rdn. 38 (www.europa.eu.int), OHIM, 23.08.2002, 2485/2002 (naklen Küçükali, s. 108); Dirikkan, s. 191; Arkan, C. I, s. 99.

²⁵⁴ Soysal, s. 793; Dirikkan, s. 191.

²⁵⁵ Soysal, s. 795.

hizmet değerlendirmesinde marka hukukundaki genel esaslardan yararlanılacağını söylemek mümkündür²⁵⁶.

İltibas değerlendirmesinde esas olan unsur, işaret ve mal ve hizmet benzerliğinin bir bütün hâlinde incelenmesi durumudur. Ancak bazı hâllerde, gerek işaretler gerekse mal ve hizmetler aynı veya benzer olsa da iltibasın varlığından söz edilemeyecektir. Söz edilen bu durum sessiz kalma yoluyla hak kaybı olarak ifade edilmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin incelemesine konu olmuş olan olayda, davacı tarafın sahibi olduğu "aker tekstil" markası ve "aker.com.tr" alan adı ile davalı tarafın sahibi olduğu "akel tekstil" markası ve "akeltekstil.com.tr" alan adı arasındaki uyumsuzlukta, mahkeme "her iki tarafın da birbirlerinin ticaret unvanlarından, markalarından ve markasal kullanımlarından haberdar oldukları, buna rağmen tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin marka tescilleri hakkında hükümsüzlük talebinde bulunmadıkları, dava tarihi itibarıyla yaklaşık 14 yılı aşkın bir süreden beri her iki tarafın da birbirinin markalarına ve markasal kullanımlarına sessiz kaldıkları, taleplerinin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, ...ayrıca bu iki firmanın sektörde farklı işletmeler olarak bilinip tanındığı, davacı-karşı davalının en eski internet alan adı kullanımının Mart 1998 tarihine kadar geri gittiği, davalı-karşı davacının ise en eski internet alan adı tescilinin Kasım 1999 olduğu, aynı sektörde faaliyet gösteren, aralarında geçmişte protokol yapılan, marka tescil başvurularını Türk Patent nezdinde izleyen ve gerektiğinde itirazda bulunan şirketlerin birbirlerinin internet sayfalarından ve alan adlarından haberdar olmamalarının düşünölemeyeceği, internet alan adları yönünden de sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olduğu" gerekçeleriyle iltibas iddialarını reddetmiştir²⁵⁷.

(2) Markanın İnternet Ortamında Ticari Etki Doğuracak Şekilde Alan Adı Olarak Kullanılması

Tescilli bir markanın alan adı olarak kullanılması durumunda, marka hakkının ihlâlinden bahsedebilmek için, sadece markanın aynısının veya benzerinin

²⁵⁶ Kırcı, s. 540.

²⁵⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2013 tarihli ve 2011/5476 Esas, 2013/8863 Karar sayılı kararı, <https://app.darts-ip.com/darts-web/client/case-results.jsf> (Erişim: 18.03.2018).

kullanılması yeterli değildir. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/3-d bendine göre, ayrıca bu kullanımın ticari etki doğuracak biçimde olması gerekmektedir. Ticari etki doğuracak kullanım biçiminin, sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim Avrupa Adalet Divanına göre, özel kullanım alanıyla bağlantılı olmayan, ekonomik bir fayda elde etmeye yönelik ticari faaliyet ile bağlantılı olan kullanım şekli, ticari etki doğuracak kullanım olarak kabul edilmiştir²⁵⁸. Markanın ticari etki doğuracak şekilde kullanılması, internetin kendine has yapısı dikkate alınarak geniş yorumlanmalıdır²⁵⁹. Bu bağlamda ticari etkili kullanımdan bahsedebilmek için, faaliyetin, kazanç elde edilmesine yönelik olması veya belli bir ivaz mukabilinde olması²⁶⁰ ya da marka hakkının ihlâl edildiğini iddia eden kişi ile rekabet ilişkisi içinde olması gerekmektedir²⁶¹. Alan adı üzerinden ulaşılan web sayfasının içeriğinden, herhangi bir ticari faaliyet yapıldığı anlaşılıyorsa veya müşteri bulmaya çalışma amacının varlığı tespit edilebiliyorsa, ticari kullanımının varlığından bahsedilebilecektir²⁶².

Bir markanın ticari amaç gütmeksizin, kamusal menfaatlere hizmet etmek amacıyla kullanılması hâlinde ise ticari etki doğurmayacağı kabul edilmektedir²⁶³. Bu da daha çok, ifade özgürlüğü kapsamında işletmenin kendisinin veya ürünlerinin eleştirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle eleştiri yapılmak istenen markayı da kapsayan bir alan adı altında online-forum oluşturularak, işletmenin kendisi veya ürünlerinin eleştirilmesi, ticari kullanım olarak kabul edilmeyeceğinden, Sınai Mülkiyet Kanunu hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır²⁶⁴. Bu durumda yapılacak olan hukuki değerlendirmeler, haksız fiil veya adın korunması hükümleri çerçevesinde yapılacaktır²⁶⁵. Bu duruma örnek olarak, Fransız Temyiz Mahkemesine konu olmuş bir olayda, Fransa merkezli, çok uluslu bir gıda firması olan Danone firması, 2001 yılında iki fabrikasını kapatma kararı almıştır. Buna dayanarak da, 570

²⁵⁸ EuGH, Urteil vom 25.01.2007 – C-48/05 – Adam Opel AG./Autec AG, <http://www.markenmagazin.de/eugh-adam-opel-ag-autec-ag/> (Erişim: 18.03.2018).

²⁵⁹ Soysal, s. 802.

²⁶⁰ BGH, GRUR 1987, s. 440-Handtuchspender; Fezer, Rdnr. 26 (naklen Şenocak, s. 110).

²⁶¹ Bettinger, DE 140 (naklen Şenocak, s. 110).

²⁶² Bozbel, Armağan 2009, s. 8.

²⁶³ Soysal, s. 803.

²⁶⁴ Bozbel, Armağan 2009, s. 250.

²⁶⁵ Bettinger, DE 151, s. 109-110 (naklen Şenocak, s. 112).

çalışanını işten çıkarmıştır. Bunun üzerine, Fransa genelinde sivil toplum kuruluşları, sendikalar ve çalışanlar tarafından boykot hareketi başlatılmış olup, boykota destek olmak amacıyla bir dergi editörü tarafından “jeboycottedanone.com”²⁶⁶ alan adı kayıt ettirilmiştir. Söz konusu web sitesinde, Danone logosu değiştirilmiş hâlde bulunmakta ve “insanlar yoğurt değildir (human beings are not yogurts)” ifadesi yer almaktadır. Söz konusu site, boykotun politik tepkisinin son hâli olduğunu duyurmakta ve boykot için, Danone firmasına ait tüm markaları göstermektedir. Bunun üzerine, Danone firması tarafından, kendi markasının alan adı olarak kullanılmasının, marka hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle dava açılmıştır. İlk Derece Mahkemesi, marka hakkının ihlâlini kabul etmişse de; Temyiz Mahkemesi, eylemin marka hakkı ihlâli oluşturmadığını, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasından ibaret olduğunu belirtmiştir²⁶⁷.

Yine Almanya’da Hamburg Mahkemesi önüne gelmiş bir olayda davacı, Hannover’de büyük bir mali hizmet şirketinin sahibi olup, “AWD” markası ve “www.awd.de” alan adının sahibidir. Davalılar ise “awd-aussteiger.de” ve “awd-aussteiger.us” alan adlarını kayıt ettiren söz konusu şirketin eski çalışanları olup, tescil ettirdikleri site üzerinden AWD şirketini, emeklerinin çalındığı gerekçesiyle eleştirmektedirler. AWD şirketi tarafından, marka hakkının ihlâline yönelik açılan davada, İlk Derece Mahkemesi, eleştiri amacıyla da olsa bir hizmet sunumunun bulunduğunu belirtmiş ve marka hakkının ihlâlinin gerçekleştiğini ileri sürmüştür. Ancak davalıların kararı temyizi sonunda Temyiz Mahkemesi, işçilerin faaliyetlerinin mal ve hizmetlerin eleştirilmesi niteliğinde olup, ticari kullanım olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir²⁶⁸.

²⁶⁶ Fransızca “je” ben ve “boycotte” boykot etmek anlamına gelmektedir. Alan adı “Danone’yi boykot ediyorum” anlamı taşımaktadır. (Soysal, s. 803, dp. 215).

²⁶⁷ Soysal, s. 804.

²⁶⁸ OLG Hamburg, Urteil 23.04.2004 (awd-aussteiger.de/awd-aussteiger.us), OLG Hamburg: “awd-aussteiger.us” verletzt Markenrecht, http://www.dr-bahr.com/news/news_det_20041113083218.html; <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20040273> (Erişim: 20.03.2018).

(3) Alan Adı Sahibinin Kullanımına İlişkin Hakkı veya Meşru Bir Bağlantısı Bulunmaması

Tescilli bir markanın alan adı olarak kullanılmasında, marka hakkının ihlâlinden söz edebilmek için, alan adı sahibinin, bu işaret üzerinde önceye dayalı bir hakkının veya meşru bağlantısının olmaması gerekmektedir.

Önceye dayalı hak ile kastedilen, alan adının Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/3 ve m. 6/6'dan kaynaklanan marka hakkından önce doğan haklara sahip olmasıdır. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/3'e göre, kullanılmak suretiyle ayırt edicilik vasfı kazanmış olan bir alan adının, bir başkası tarafından marka olarak tescil edilmesi hâlinde, marka sahibi olan kişi, markası ile aynı olan işaretin alan adı olarak tescil edilmesine itiraz edemeyecektir. Zira alan adı sahibi, bu alan adını marka sahibinden önce kullanarak bunun üzerinde öncelikli bir hak elde etmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/6 ise, tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde, tescil başvurusunun reddedileceğini düzenlemektedir. Buna göre, bir alan adı hakkının, kişi adı, ticaret unvanı, işletme adı, fikir ve sanat eseri gibi haklara dayanması mümkündür. Bu gibi haklara dayanan alan adı hakkının kullanılması ise engellenemez²⁶⁹. Zira markanın, alan adı karşısında üstün ve öncelik hakkı bulunmadığını daha önce ifade etmiştik.

Marka hakkının ihlâlinden bahsedebilmek için geçerli olan bir diğer durum da, alan adı kullanımına ilişkin meşru bir bağlantının olmamasıdır. Başka bir ifadeyle, alan adının kullanımı, meşru bir bağlantıya dayanıyorsa, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/3-d kapsamında değerlendirilemez. Meşru bağlantıyla kastedilen, alan adı ile kullanılan marka arasında acente, yetkili bayi, yetkili servis veya distribütör gibi sözleşmeye dayalı bir ilişki olmasıdır²⁷⁰. Örneğin, bayilik anlaşması kapsamında "Arçelik" markalı ürünlerin satışı, bir ilçede Temeller Limited Şirketi tarafından yapılıyorsa, söz konusu şirket tarafından "www.arçeliktemeller.com.tr" alan adının kullanılması iltibas oluşturmayacaktır. Ancak burada önemle tespit edilmesi gereken husus, aralarındaki ilişkinin geçerli bir anlaşmaya dayanmasıdır.

²⁶⁹ Bozbel, Armağan 2009, s. 254.

²⁷⁰ Bozbel, Armağan 2009, s. 256.

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında; davacı taraf, tescilli ve tanınmış “v...” markasının sahibi olup, davalı taraf ise www.m...v...servisi.net alan adını kullanmaktadır. Davacı tarafın, davalının söz konusu alan adını kullanmasının, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil etmesi gerekçesine dayanarak açmış olduğu davada Yargıtay, davacının ticaret unvanının ayırt edici kısmının “v..” ibaresi olduğu, “v...” ibareli tanınmış markaların bulunduğu ve bu ibareyi aynı zamanda ürün ve hizmetlerinde marka olarak kullandığı ve hem alan adının hem de site içeriğinin, davacının yetkili bayisi bulunduğu imajını verdiği; davalı tarafın akdi bir ilişki olmaksızın, davacının ticaret unvanını ve markalarını internet alan adında ve site içerisinde kullanmasının marka hakkına tecavüz teşkil ettiğine ve haksız rekabet oluşturduğuna karar vermiştir²⁷¹. Söz konusu karardan da anlaşıldığı üzere, bayisiymiş gibi tanınmış bir markanın, internet alanında kullanılması ve bununla birlikte site içeriğinde de yetkili bayisi izlenimi verilmesi, meşru bağlantının olduğu anlamına gelmeyecektir. Zira meşru bağlantı ile gerçek ve sözleşmeye dayanan karşılıklı bir ilişki kastedilmektedir. Bu durumda gerek haksız rekabet hükümleri çerçevesinde gerekse Sınai Mülkiyet Kanunu hükümleri çerçevesinde iltibas hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Meşhur kişilerin veya spor kulüplerinin markaları kullanılarak oluşturulan hayran sitelerinde, markanın alan adı olarak kullanılmasında meşru bir bağlantı bulunmadığı kabul edilmelidir. Zira bu durumdaki kullanımlar sözleşmesel bir ilişkiden ziyade duygusal bir ilişkiye dayanmakta olup, meşru bağlantı kapsamında değerlendirilmemektedir²⁷².

2. Öncelik Hakkına Sahip Tescilsiz Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması

a) Genel Olarak

Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre, markaya sağlanan koruma, kural olarak tescil ile olur. Ancak Sınai Mülkiyet Kanunu, tescilsiz olarak bir markayı piyasada uzun bir süre kullanan ve o markayı ayırt edici hâle getiren marka sahibini de korumasız

²⁷¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 16.05.2013 tarihli ve 2011/7206 Esas, 2013/10110 Karar sayılı kararı (naklen Karagülmez, s. 54).

²⁷² Bozbel, Armağan 2009, s. 257.

bırakmamıştır. Şöyle ki, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/3 “Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce, tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir” hükmünden hareketle, markayı uzun süre piyasada kullanan kişinin gerçek hak sahipliğini ileri sürerek öncelik hakkını kullanması mümkündür. Söz konusu hüküm, tescilsiz bir markanın veya işaretin, bir başkası tarafından marka başvurusuna konu yapılması hâlinde geçerli olup, bu hükmü tescilsiz bir markanın alan adı olarak kullanılmasında uygulamak mümkün değildir.

Bu sebeple tescilsiz bir markanın başkası tarafından alan adı olarak kullanılması durumunda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, genel hüküm niteliğinde olan haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır. Türk Ticaret Kanunu’nda haksız rekabet hâli olarak sayılan iltibas, m. 55/1-a, 4 bendinde düzenlenmiştir. Bu hükmü göre, “başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak”, iltibas oluşturan haksız rekabet olarak kabul edilmiştir²⁷³. Bu anlamda iltibas, öncelikle mal ya da iş ürünlerinin dış görünüş itibarıyla yanıltmaya, kandırmaya, yanlış algılanmaya neden olmayı ifade eder²⁷⁴. Söz konusu hükümden hareketle, karıştırılmaya yol açan önlemler almanın haksız rekabet olarak kabul edilmesinin nedeni, iltibasa sebep olan kişinin başkasının emeğinden haksız olarak yararlanmasıdır²⁷⁵.

Başkasına ait tescilsiz markanın, alan adı olarak kullanılmasından kaynaklanan iltibastan bahsedebilmek için, Türk Ticaret Kanunu m. 54’de sayılan haksız rekabetin unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir²⁷⁶. Buna göre, öncelikli olarak *tüm katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının sağlanmış olması* gerekmektedir. İkinci olarak, tescilsiz markanın, bir başkası tarafından *dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullanılması* gerekir. Buna karşılık, iltibasa sebebiyet veren kullanım sonucunda, tescilsiz marka sahibinin ekonomik menfaatlerinin zarar görmüş veya zarar görme tehdidine maruz kalmış olması, haksız

²⁷³ İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2015, s. 275.

²⁷⁴ TTK m. 55/1-a, 4 Gereğesi.

²⁷⁵ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 16. Bası, İstanbul, 2017, s. 347.

²⁷⁶ Memiş, İnternet ve Hukuk, s. 104.

rekabetin oluşması bakımından gerekli değildir²⁷⁷. Zira zarar ve kusur durumunun olup olmaması, haksız rekabetin sonuçlarıyla ilgili olup, haksız rekabet sebebiyle açılacak olan davaların tespitinde önem arz etmektedir²⁷⁸. Ayrıca şu da ifade edilmelidir ki, haksız rekabetten söz edebilmek için, iltibasa sebep olacak kullanımda bulunan kişinin, iltibas teşkil eden fiilden fayda sağlamış olması gerekmez²⁷⁹.

Bu durumda alan adlarının dikkatli bir şekilde incelemeye tabi tutulması gerekmektedir. Zira alan adı tescillerindeki temel kural, meşru menfaat sahibi herkesin, alan adını tescil ettirip kullanabileceğidir. Bu noktada başkasına ait tescil edilmemiş markanın, alan adı olarak kullanılması hâlinde, işletmesinin ticari değerini ve marka itibarını korumak isteyen işletme sahibi ile meşru menfaat sahibi olan ve alan adını tescil ettirmiş kişi arasındaki menfaat dengesi iyi kurulmalıdır.

b) İltibas Sebebiyle Marka İhlalinin Şartları

Başkasına ait tescilsiz markanın, alan adı olarak kullanılması durumunda iltibastan bahsedebilmek için gerekli olan şartlar şu şekildedir²⁸⁰;

- ❖ Ticari tanıtma aracı olarak kullanılan işaretlerin, birbirinin aynısı olması veya aralarında karıştırılmaya yol açacak benzerlik bulunması,
- ❖ Tescilsiz markanın, sahibi tarafından haklı olarak kullanılıyor olması,
- ❖ Alan adı sahibinin, başkasına ait tescilsiz markayı ticari amaçlarla kullanması ya da ticari amaçlı faaliyet yürütmesi

Bu şartlar, Türk Ticaret Kanunu m. 55/1-a, 4 bendinde yer almamakla birlikte, eski Türk Ticaret Kanunu m. 57/5’de yer almaktadır²⁸¹. Eski Türk Ticaret Kanunu’nda

²⁷⁷ Kayar, s. 270; Bilgili/Demirkapı, s. 232, Arkan, s. 343. Aksi yönde görüş, Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, 27. Baskı, Konya, 2015, s. 223. Yazara göre, zarar veya zarar görme tehlikesi, haksız rekabetin varlığı bakımından aranan en önemli unsurdur. Zarar veya zarar görme tehlikesi, yalnızca haksız rekabet sebebiyle açılacak davanın tespitinde değil, aynı zamanda haksız rekabetin oluşumunda da göz önüne alınmalıdır.

²⁷⁸ Arkan, s. 343; Kayar, s. 270; Tamer, s. 165.

²⁷⁹ Tamer, s. 166.

²⁸⁰ N. Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 185.

²⁸¹ ETTK m. 57/5: “Başkasının emtiyası, iş mahsulleri, faaliyetleri veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, özellikle başkasının haklı olarak kullandığı, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka

yer alan bu şartlar, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/3-d bendiyle paralel niteliktedir. Yine Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde, m. 55/1-a, 4'ün Sınai Mülkiyet Kanunu'yla paralel hükümler içermesi sebebiyle, burada tekrar edilmelerinin, hem gereksiz hem de yorum güçlüğüne sebep olacağı ifade edilerek madde metninden çıkarıldığı ifade edilmiştir. Her ne kadar söz konusu şartlar, madde metninde yer almasa da, gerek Sınai Mülkiyet Kanunu uygulaması gerekse Türk Ticaret Kanunu uygulaması dikkate alındığında, tescilsiz markaların iltibas incelemesinde de göz önüne alınacaktır. Zira Türk Ticaret Kanunu m. 55/1-a, 4 bendinde ayırt edici işaretlerin ve iltibasın şartlarının ayrı ayrı sayılmamış olması, fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerle haksız rekabet hükümlerinin kümülatif uygulanabileceğini ortaya koymaktadır²⁸².

Ticari tanıtma aracı olarak kullanılan işaretlerin, birbirinin aynısı olması veya aralarında karıştırılmaya yol açacak benzerlik bulunması ve alan adı sahibinin, başkasına ait tescilsiz markayı ticari amaçlarla kullanması ya da ticari amaçlı faaliyet yürütmesi şartları tescilli markaların iltibas incelemesinde iltibas şartları altında açıklandığından burada değinilmekle yetinilecektir.

Eski Türk Ticaret Kanunu m. 57/5'te geçen "haklı kullanım" ifadesinden, ne anlaşılacağı noktasında ise, doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, bir işaretin ancak tescil ve ilanından sonraki kullanımı, haklı kullanım olarak değerlendirilecektir²⁸³. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu durumda, iyi niyet kuralları bertaraf edilmiş olur. Çoğunlukta olan diğer bir görüş ise, işareti ilk olarak kullanan kimsenin kullanımının haklı olmasıdır²⁸⁴. Türk Ticaret Kanunu'nun madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu yorum güçlüklerini ortadan kaldırmak ve marka hukukuyla uyum sağlamak amacıyla bu ifadeye Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilmemiştir. Buradan hareketle, marka hukukunda da kabul edildiği üzere tanıtma işaretlerini, ilk olarak kullanan kimsenin kullanımının hukuka uygun olduğu ve korunması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla

her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak" hükmüyle iltibas sebebiyle haksız rekabetin şartlarını düzenlemiştir.

²⁸² Poroy/ Yasaman, s. 346.

²⁸³ Halil Arslanlı, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*, İstanbul, 1960, s. 230.

²⁸⁴ Tamer, s. 181.

tescilsiz bir markanın, sahibi tarafından haklı olarak kullanılıyor olmasıyla anlatılmak istenen, tescilden bağımsız olarak, ilgili işareti kullanma konusunda bir öncelik hakkına sahip olmaktır. Başka bir ifadeyle, ayırt edici bir işaretin tescilli veya tescilsiz kullanılıyor olması haklı kullanım şartında göz önüne alınmamakla birlikte, burada esas alınacak kriter, kullanımda öncelik hakkına sahip olanı belirlemektir. Bu noktada ayırt edici bir işareti ilk kez kullanan kimse, öncelik hakkına sahiptir²⁸⁵.

Nitekim, Fransa’da, bir Fransız gıda şirketi “champagne-cereals” markasını alan adı olarak tescil ettirmiştir. Diğer bir Fransız şirketi Societe Cooperative Agricole Champagne Cereals ise, tescilli markası olmamasına rağmen, “champagne cereals”ı uzun yıllardan beri şirket unvanı olarak kullandığını ve gıda sektöründe tanınmış bir isim hâline geldiği iddiasıyla, champagne cereals’ın alan adı ve marka olarak tescillerinin terkin ettirilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine mahkeme tescilsiz de olsa ticaret unvanının, marka ve alan adlarından daha önceden beri kullanıldığını tespit etmiş ve önceki kullanıma sahip olan ticaret unvanının korunmasına yönelik karar tesis etmiştir²⁸⁶.

3. Öncelik Hakkına Sahip Tanınmış Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması

Tanınmış marka kavramı, gerek ulusal düzenlemelerde gerekse de uluslararası düzenlemelerde tanımlanmış değildir. Bu sebeple tanınmış marka ile ilgili doktrinde birçok tanım bulunmaktadır. En genel anlamıyla tanınmış marka, *bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde tutunmuş marka değil, dünya çapında olmasa bile, yurt içi ve yurt dışında ilgili çevrelerce bilinen Paris Sözleşmesine üye devletlerden birinin vatandaşına veya o ülkelerden birinde yerleşik olan ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait bulunan marka*, şeklinde tanımlanabilir²⁸⁷.

ATAD tarafından verilen bir kararda, bir markanın tanınmış sayılması için, bir üye devletin tamamında veya önemli bir bölümünde, markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetler bakımından hitap ettiği toplum kesiminde, tanınmış olmasının

²⁸⁵ Nomer Ertan, s. 191.

²⁸⁶ Toplu Ünlü, s. 8.

²⁸⁷ Tekinalp, s. 411.

gerekliliğinden ve bu gerekliliğin davayı teşkil eden her somut olayın özellikleri dikkate alınarak tespit edilmesi gerekliliğinden bahsedilmiştir²⁸⁸.

Gerek toplumun belli bir kesimi tarafından tanınmış olsun gerekse dünyaca tanınmış olsun, tanınmış markaların tüketiciler üzerindeki etkisi yüksek olduğundan, iltibasa sebebiyet veren kullanımlara da fazlasıyla açık olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira internet üzerinden mal ve hizmetlerin pazarlanması veya tanıtımında tanınmış markaların aynısı veya benzerinin kullanılması tercih edilmektedir. İnternette tanınmış markanın kullanımı, alan adı, internet programının işareti, internette reklam, markalı mal veya hizmetlerin pazarlanması veya satışı şeklinde ortaya çıkabilir²⁸⁹. Bu kullanım şekillerinin, tanınmış markaya tecavüz oluşturması mümkündür.

Tanınmış markaların bir başkası tarafından iltibasa sebep olacak şekilde, alan adı olarak kullanılması; ürünlerin pazarlanması, satışı amacıyla olabileceği gibi, herhangi bir ticari satış gayesi olmaksızın sadece web sitesinin ziyaret edilmesinin sağlanması şeklinde de olabilir. Başkasına ait güçlü alan adının benzerinin küçük değişikliklerle veya eksik harf ile tescil ettirilip bir web sitesinde kullanılması ve bunun sonucunda internet kullanıcılarının, yazma veya heceleme hatası sonucunda istemedikleri bir web sitesini ziyaret etmelerinin sağlanması klavye korsanlığı (typosquatting) olarak adlandırılmaktadır²⁹⁰. Örneğin, “Citizen” markasının “www.cetizen.com” olarak kullanılması veya “Gucci” markasının “www.gucji.com” olarak kullanılması gibi. Bu durumda tüketiciler, iltibas oluşturulan alan adı üzerinden mal ve hizmet almasa bile, tüketicinin sitesini ziyaret etmesinden dolayı tanınmış markadan haksız yararlanma şartının gerçekleştiği kabul edilir. WIPO tarafından incelenen bir kararda, şikâyet eden, dünyanın en büyük otomobil sigorta şirketlerinden biri olan Admiral Group Plc ve bunun yan şirketi olan EUI Limited, ADMİRAL esas unsurlu birden fazla markanın sahibi olup, “admiralgroup.co.uk” ve “admiral.com” alan adlarının da sahibidir. Şikâyet edilen ise, “admiralgruop.co” alan adını kendi adına kayıt ettirmiş ve sahte bir e-mail düzeniyle çalışmakta olup, aktif

²⁸⁸ ABAD 2. Dairesi 22.10.2007 gün ve 328/06 sayılı Alfredo Nieto Nuno v Leonci Monlleo Frauguet Kararı Par. 16, 17. Bkz., Orhan Sekmen, *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2016, s. 72.

²⁸⁹ Dirikkan, s. 296.

²⁹⁰ Williams R.L.; “Trademark Law on the Internet-Mousetrapped, Computer Law Review and Technology Journal”, Vol VI, 2002, s. 329.

bir web sayfasına yönlendirme yapmamaktadır. Yapılan şikâyet doğrultusunda Panel ise, “group” ibaresindeki “o” ve “u” harflerinin yerlerinin değiştirilmesinin internet kullanıcılarının dikkatinden kaçabilecek bir yazım hatası niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, taklit e-posta gönderilmesi suretiyle, kullanıcıların zihninde admiral markasına ait olduğu izlenimi uyandırarak, iltibasa sebep olacağını ortaya koymuştur²⁹¹. Yine Alman mahkemelerinde görülen tanınmış bir marka olan “Lufthansa” davasında²⁹², Lufthansa ibaresi farklı kişiler tarafından Lufthanza, Lfthansa vs gibi farklı şekillerde alan adı olarak tescil edilmiştir. Mahkeme, markanın harf değişiklikleriyle farklı şekillerdeki kullanımını, UDRP kurallarına aykırı bularak söz konusu alan adının marka sahibine transferine karar vermiştir.

Kural olarak markanın, bir başkası tarafından aynı veya benzer mallarda kullanılması hâlinde iltibastan bahsedilecektir. Ancak Sınai Mülkiyet Kanunu’nun tanınmış markalara sağlamış olduğu korumanın kapsamı daha geniş tutulmuştur. Dolayısıyla, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-c bendinde yer alan “*başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın*” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, tanınmış markanın aynısı veya benzeri, farklı mal ve hizmetlerde kullanılmış olsa dahi iltibasa sebebiyet verebilecektir. Nitekim konuya ilişkin Yargıtay’ın önüne gelmiş bir davada²⁹³ davacı, saatçilik sektöründe faaliyet gösterdiği, RADO esas unsurlu markasının dünyaca tanınmış olduğu ve davalı şirketin ise, RADO ibareli markayı 01, 02, 03, 04, 05 ve 17. sınıflarda bir kısım emtialar için tescil ettirdiği; ancak markaların ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğu ve markasının tanınmış olduğu gerekçeleriyle dava açmıştır. Bunun üzerine yerel mahkeme, sektörlerin farklı olması gerekçesiyle davayı reddetmiş ve Yargıtay “*...davacının tanınmış markasının, saat ve saat parçaları emtialarında tescilli olduğu, davalının hükümsüzlüğü istenen markasının ise kişisel temizlik ürünleri dâhil olmak üzere birçok temizlik maddesini de kapsadığı, bu durumda davalı markasının*

²⁹¹ WIPO, Admiral Group Plc and EUI Limited v. Cimpress Schweiz, Cimpress Schweiz GmbH Case No. DCO2017-0043, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DCO2017-0043> (Erişim: 21.03.2018).

²⁹² Landgericht Frankfurt am Main, 15.04.2009, Lufthansa, <https://app.darts-ip.com/darts-web/client/case-results.jsf> (Erişim: 04.04.2018).

²⁹³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 06.03.2013 tarihli ve 2012/3848 Esas, 2013/4182 Karar sayılı kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2012-3848-k-2013-4182-t-06-03-2013> (Erişim: 04.04.2018).

tescilli olduğu emtialar bakımından davacının tanınmış markasının itibarını zedeleyeceğinin kabulünün gerektiği gözetilmeksizin, yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiş...” ifadeleriyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Gerek yargı kararlarından gerekse Sınai Mülkiyet Kanunu’nun lafzından anlaşıldığı üzere, tanınmış markalar bakımından iltibastan bahsedebilmek için aynı veya benzer mal şartı aranmayacaktır.

Bu bağlamda, üçüncü bir kişi tarafından, başkasına ait tanınmış bir markanın alan adı olarak kullanılması hâlinde de, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-c hükmü uygulama alanı bulacaktır. Tanınmış markalara özel getirilmiş bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi ise, Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere kayıtsız şartsız değildir. Zira alan adı kullanımının, tanınmış markanın itibarından haksız yarar elde edilmesi, itibarına zarar verilmesi veya ayırt edici karakterini zedeleyici nitelikte olması gerekmektedir.

a) Tanınmış Markanın İtibarından Dolayı Haksız Yarar Sağlanması

Tanınmış bir markanın, üçüncü kişiler tarafından alan adı olarak kullanılması durumunda, marka ihlâlinden söz edilebilmesi için, bu kullanımdan haksız yarar sağlanması gerekmektedir. Zira tanınmış bir markayı bu şekilde kullanan kişi, tanınmış markanın yıllar süren yatırım ve çabaları sonucu kazanmış olduğu tanınmışlık, saygınlık ve imajından, hiçbir karşılık ödemeksizin ve çaba harcamaksızın fayda sağlamaktadır²⁹⁴. Haksız yarar elde edilmesi durumu, iki şekilde gündeme gelebilmektedir. Şöyle ki; alan adını kayıt ettiren kişi, alan adını kullanmak suretiyle, web sitesinden reklam gelirleri elde edebileceği gibi, tanınmış markadan oluşan alan adını, başka kişilere veya marka sahibine satmak suretiyle de menfaat elde edebilecektir²⁹⁵.

Kopenhag Ticaret Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, davacı dünyaca ünlü saat markası Rolex’in sahibiyken, davalı Danimarkalı bir öğretmen olup, 1996 yılında kaydı yapılan www.rolex.dk alan adını bir fiil kullanmaktadır. Söz konusu alan adına sahip site üzerinden Rolex saatlerin alım satımı yapılmaktadır. Bununla

²⁹⁴ Soysal, s. 830.

²⁹⁵ Soysal, s. 830.

birlikte, söz konusu sitede, sitenin Rolex saat firması ile bağlantısının olmadığına ilişkin bir açıklama bulunmaktadır. Davacı tarafından marka hakkının ihlaline yönelik açılan davada Kopenhag Ticaret Mahkemesi, davacının markasının tanınmış marka niteliğinde olduğunu, davalının davacıya ait markanın aynısının alan adı olarak kullanmasının, tanınmış marka ile arasında bir ilişki olduğu izlenimi verdiğini ve bu durumun sonucunda davacının markasından haksız bir şekilde yararlandığını ifade ederek, davalının alan adı kaydının davacıya devredilmesine karar vermiştir²⁹⁶. Görüldüğü üzere söz konusu olayda kişi, Rolex markasının alım satımını, şirketle herhangi bir anlaşması olmadan yapmaktadır. Bu da tanınmış markanın itibarından haksız yarar sağlama durumunu gündeme getirmektedir.

Yine Almanya'da verilen bir başka kararda, davacı makas ve bıçak emtiası bakımından tanınmış olan "Zwilling" markasının sahibi olup, piyasada belli bir yer edinmiştir. Davalı ise, "Zweibruder" markası ve "zweibruder.de" alan adının sahibi olup, çatal bıçak sektörü ve farklı sektörlerde faaliyetleri bulunmaktadır. "Zwilling" marka sahibi tarafından, tanınmış markasının ününden haksız yarar sağlandığı gerekçesiyle açılmış olan davada, mahkeme, söz konusu ibareler, her ne kadar görsel olarak benzemese de kavramsal anlamda²⁹⁷ benzer olmaları ve farklı mal ve hizmetlerde faaliyet gösterecekler de markanın tanınmışlığından fayda sağlayacağı gerekçesiyle, iltibasın şartlarının oluştuğunu kabul etmiştir. Alman Federal Mahkemesi ise, işaretler arasında görsel ve işitsel anlamda bir benzerlik olmadığını, kavramsal anlamda benzerliğin söz konusu olay için yeterli olmadığını, tanınmış markanın ününden haksız yarar sağlanması şartının gerçekleşmesi için öncelikle işaretlerin iltibas oluşturacak şekilde benzer olmaları gerekçesiyle, iltibasın şartlarının oluşmadığına hükmetmiştir²⁹⁸.

²⁹⁶ Maritime and Commercial Court Copenhagen, 18.08.2000, rolex.dk <https://app.darts-ip.com/darts-web/client/case-results.jsf> (Erişim: 12.02.2018).

²⁹⁷ Zwilling ikiz anlamına gelirken, zweibruder iki erkek kardeş anlamına gelmektedir.

²⁹⁸ BGH Urteil vom 29. 4. 2004 – I ZR 191/01 – Zwilling/Zweibrüder, <https://lexetius.com/2004,1239> (Erişim: 20.03.2018).

b) Tanınmış Markanın İtibarına Zarar Verilmesi

Tanınmış markanın itibarına zarar verilmesi, kural olarak markanın temsil ettiği imajın özünün zarar görmesi ve cezbetme gücünün azalması şeklinde ifade edilmektedir²⁹⁹. Markanın imajının zarar görmesi esas unsur olmakla birlikte, itibarın zarar görmesi hâli farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir. Markanın, imajına aykırı veya düşük kaliteli mallarda kullanılması, itibarın zarar görmesine yol açabilecektir. Bu bağlamda alan adlarının da, mal ve ambalajlar üzerinde kullanılabileceği dikkate alındığında, bu tür bir kullanımın marka hakkına tecavüz oluşturacağını kabul etmek gerekmektedir. Markanın itibarına zarar verebilecek bir başka kullanım şekli, markanın küçük düşürücü şekilde kullanılmasıdır. Örneğin, genç nüfusa hitap eden “adidas” markasının bir başkası tarafından uyuşturucu anlamına gelen “hasch” ibaresini de içerecek şekilde “adihasch” şeklinde kullanılması durumunda, tüketicinin marka ile uyuşturucu veya bağımlılık yaratan araçlarla bağlantı kurması tehlikesi bulunduğundan itibar kaybı ortaya çıkabilir³⁰⁰. Yine markanın, istenmeyen bağımlılıklar meydana getirecek şekilde, bir başkası tarafından kullanılması da markanın itibarına zarar verecektir³⁰¹. Örneğin, tanınmış bir parfüm markasının, fare zehiri için kullanılması nedeniyle, tüketicilerin psikolojisi nezdinde, markanın itibarı zarar görecektir³⁰². Yine, tanınmış bir gıda ürünü markasının temizlik araçları için kullanılması durumunda, tüketici gıda ürünlerinde psikolojik olarak sabun tadını hissetmekten korkacak olabilir. Bunun sonucu olarak da tüketici tanınmış markanın üzerinde yer aldığı malları satın almaktan vazgeçebilecektir. Bu durumda da tanınmış marka itibar kaybedecektir³⁰³.

Örneğin, “www.disneyland.com” adresi Disney Enterprises Anonim Ortaklığından farklı üçüncü bir kişi tarafından alınırsa ve burada pornografik ürün veya hizmete ilişkin reklam yapılırsa, Disney Enterprises Anonim Ortaklığı, alan adını daha önce almış olsa bile, markasının itibarına zarar geleceğinden yola çıkarak, bu alan adının kullanımını engelleyebilecektir. Yine ABD’de davaya konu olmuş durumlar da şu

²⁹⁹ Dirikkan, s. 216.

³⁰⁰ OLG Hamburg, 05.09.1991, GRUR 1992, s. 58 vd. (naklen Dirikkan, s. 223).

³⁰¹ Noyan/Güneş, s. 163.

³⁰² Yasaman, s. 108.

³⁰³ Dirikkan, s. 222.

şekildedir: ABD’de Internet Entertainment Şirketi’nin, oyuncak şirketi Hasbro’nun tanınmış markası Candyland’i yetişkinlere yönelik amaçlarla hizmet veren bir web sayfasının alan adı olarak kullanmasını, mahkeme, marka haklarına tecavüz olarak yorumlamış ve davayı Hasbro lehine sonuçlandırmıştır³⁰⁴. Yine ünlü Toys “R” Us markası ile benzeyen Adults R Us alan adı hakkında açılan dava sonucunda, Toys “R” Us markasının, marka hakkına tecavüz edildiği ve itibarının zedelendiği kararı verilmiştir³⁰⁵.

c) Tanınmış Markanın Ayırt Edici Karakterinin Zedelenmesi

Kural olarak, tanınmış markalar hariç olmak üzere, markalar farklı kişiler tarafından farklı mal ve hizmetlerde kullanılabilir. Ancak bir markanın piyasada birden fazla kişi veya kuruluş tarafından kullanılması, ayırt edici gücünü etkileyen bir unsurdur. Kural olarak, markaların farklı mal ve hizmetlerde kullanılması durumunda ayırt edici güçleri zarar görmezken tanınmış markaların, tüketiciler üzerinde etkisi fazla olduğundan, farklı kişiler tarafından farklı mal ve hizmetlerde kullanılmış olsa da, markanın ayırt ediciliği ve cazibesinin azalacağını söylemek mümkündür³⁰⁶. Örneğin, araba sektöründe tanınmış olan Roll Royce markasının kafeterya, lokanta, şekerleme, giyim eşyası ve sair mal ve hizmetlerde marka olarak kullanılması hâlinde, belirli bir zaman sonra Roll Royce markası bugünkü konum ve anlamını yitirecektir³⁰⁷.

4. Markanın Alan Adı Olarak Kullanılmasında Dürüst Kullanım İlkesi

Bir markanın, başkası tarafından alan adı olarak kullanılması, her zaman marka ihlâline sebebiyet vermez. Nasıl ki borçlar hukukunda düzenlenen haksız fiil oluşturan hâller, hukuka uygunluk sebepleriyle sınırlanmış³⁰⁸; aynı şekilde ayırt edici

³⁰⁴ Hasbro vs. Internet Entertainment Group "Candyland Case", 1996 U.S. Dist. LEXIS 11626 (W.D.Wa. 1996), <http://louisville.edu/faculty/ddking01/cecs311/cases/Hasbro.htm>. (Erişim: 12.03.2018).

³⁰⁵ Toys "R" Us v. Akkaoui, 40 U.S.P.Q.2d (BNA) 1836 (N.D. Cal. 1996), <https://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/domain/dncases/toysrus.htm> (Erişim: 12.03.2018).

³⁰⁶ Soysal, s. 839.

³⁰⁷ Dirikkan, s. 225, dp. 174.

³⁰⁸ Borçlar hukukunda hukuka uygunluk sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 623vd.; Ali Naim İnan/Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 4. Bası, Ekim, 2014, s. 385 vd.

işaretlerin, bir başkası tarafından kullanılması sonucu ortaya çıkan ihlaller de dürüst kullanım ilkesi çerçevesinde sınırlanmaktadır³⁰⁹. Bu kapsamda ayırt edici ad ve işaretler bakımından dürüst kullanma ilkesinin temeli, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan hukukun temel ilkelerinden olan dürüstlük ilkesine³¹⁰ dayanmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda getirilmiş olan bu sınırlamanın, ayırt edici ad ve işaretler bakımından da uyarlanması, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5'de düzenlenmiş olan ayırt edici işaretlerin, ad, adres veya tasviri amaçlı dürüst kullanılması şeklinde kendini göstermektedir. Bununla birlikte, dürüst kullanım olarak kabul edilebilecek bir diğer durumu ise, Anayasal hak oluşturmaktadır. Zira Anayasa'nın 26. maddesi, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenlemektedir. Başkasına ait markanın alan adı olarak kullanılmasında da ticari kaygılardan uzak, düşünce ve ifade özgürlüğünün yayılması amacı varsa, bu durumda da dürüst kullanımın olduğu kabul edilecektir³¹¹.

a) İfade Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirme

İnternet, ticaret yaşamında mal ve hizmetlerin pazarlanması ve reklamı gibi amaçlarla kullanıldığı gibi, sosyal yaşamda haberleşme ve düşüncenin ifade edilmesi ve yayılması amacıyla da kullanılan bir araçtır³¹². Günümüzde internet üzerinde, birçok alanda düşünce ve görüşlerin tartışıldığı forum siteleri gibi internet platformlarına rastlamak mümkündür. Bu platformlarda, özel olarak belirlenmiş konuların tartışılmasının yanında, bazen de markaların ve ürünlerin eleştirilmesi ve değerlendirilmesi yapılabilmektedir. Bu değerlendirmeler, genel bir ibare taşıyan alan adları üzerinden olabileceği gibi, ilgili marka ibaresini esas veya tali unsur olarak taşıyan alan adları üzerinden de yapılabilmektedir. Bu platformlarda amaçlanan, ticari amaç kaygısı olmaksızın, söz konusu olan marka veya ürünleriyle ilgili olumlu veya olumsuz fikir beyan etmektir.

³⁰⁹ Oğuz, s. 109.

³¹⁰ TMK m. 2 (Dürüst Davranma): Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

³¹¹ Esra Hatipoğlu, *Tescilli Markaya İnternet Yoluyla Tecavüz 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Yer Alan Durumlar ve Adwords Uygulamaları*, Bilge Yayınları, Ankara, 2014, s. 77; N. Berkay Kırıcı, *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009, s. 98; Oğuz, s. 109.

³¹² Kırıcı, s. 98.

Bir markanın, başkası tarafından alan adı olarak kullanılması, marka hakkının ihlâlini oluşturuyorsa da düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında olan bu kullanımlar, marka hakkının ihlâli olarak kabul edilmeyecektir. Zira Anayasa m. 26/1'e göre, "*herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar*". Söz konusu hüküm, internet dışında olduğu gibi, internet ortamında da düşünceleri açıklama ve yayma serbestliğini güvence altına almaktadır. Alan adının ifade özgürlüğü kapsamında kullanılması kuralı daha çok, mahkemeler ve uluslararası tahkim kurumlarının uygulamalarıyla gelişmiştir. Bu bağlamda gerek mahkeme gerekse uluslararası tahkim kararlarından, markanın bir başkası tarafından, bir kişiyi ve ürünü eleştirmek amacıyla alan adı olarak kullanılması durumunun dürüst kullanım hakkı kapsamına girdiği anlaşılmaktadır³¹³. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, başkasına ait markanın aynısının, ticari amaç güdülmeden eleştiri maksadıyla, alan adı olarak kullanılmasını ifade özgürlüğü kapsamında, marka hakkına göre öncelikli bir hak olarak değerlendirmiştir³¹⁴. Yine Berlin Temyiz Mahkemesi bir kararında, Anayasa'da düzenlenmiş bulunan temel hak ve özgürlüklerden olan ifade özgürlüğünü, diğer temel haklardan olan mülkiyet hakkına üstün tutmuştur³¹⁵. Mahkeme kararlarından da anlaşıldığı üzere, Anayasalarda düzenlenmiş evrensel bir ilke olan düşünce ve ifade özgürlüğünün, marka hakkı karşısında önceliği bulunmaktadır³¹⁶.

Ayrıca başkasına ait markanın ifade özgürlüğü kapsamında alan adı olarak kullanılması, marka hakkını ihlâl etmeyeceği görüşüyle birlikte marka için olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir³¹⁷. Bu görüşler çerçevesinde, tüketicilerin olumlu görüşleri veya şikâyetleri doğrultusunda, marka sahiplerinin, sunmuş olduğu mal ve hizmetlerle ilgili gerekli önlemleri alması imkânı doğmaktadır.

³¹³ Oğuz, s. 110.

³¹⁴ LG Hamburg, MMR 2003, 53 in Sachen "stopesso", (naklen Thomas Hoeren, *Internetrecht*, D-48149 Münster, 2008, s. 74).

³¹⁵ Vaios Karavas/Gunther Teubner, The Horizontal Effect of Fundamental Rights on Private Parties with in Autonomous Internet Law, GLJ, Nr. 12, 2003, s. 1-24, s. 1, dp 6 (naklen Oğuz, s. 111, dp. 94).

³¹⁶ Oğuz, s. 110.

³¹⁷ Hatipoğlu, s. 78.

Tüm bu açıklamalar ile birlikte, düşüncelerin açıklanması ve yayılması hakkının, sınırsız bir kullanıma sahip olmadığını ifade etmek gerekmektedir. Zira Anayasa m. 26/2 fıkrasında, ifade özgürlüğünün sınırları çizilmiştir. Bu kapsamda, marka ibaresini taşıyan alan adı üzerinden yapılan eleştirilerin, marka sahibinin itibarını etkileyecek nitelikte ve firmanın rakipleri tarafından, tüketicileri aldatmaya yönelik olmaması gerekmektedir. Mahkeme ve uluslararası tahkim uygulamalarıyla gelen bu kuralın sınırları da, yine mahkemeler tarafından çizilmiştir. Buna göre, kıta Avrupası hukuk sisteminde mahkemeler, başkasına ait marka ve ticaret unvanlarının aynı olan alan adlarının kullanılmasına ifade özgürlüğü kapsamında izin vermektedir³¹⁸. Bununla birlikte Fransız Temyiz Mahkemesi, markanın ifade özgürlüğü kapsamında kullanılmasında, kamuoyunun aldatılmaması gerektiğini ve bu kullanımın ticari nitelikte olmaması gerektiğini ifade etmiştir³¹⁹. Ayrıca başka bir kararında, ifadelerin kaynağı konusunda karışıklık yaratmaması gerektiğinin altını çizerek, iltibas oluşturacak şekilde kullanım durumunda, dürüst kullanımdan bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir³²⁰.

Farklı ülke uygulamalarından da anlaşıldığı üzere, başkasına ait bir markanın alan adı olarak kullanılmasında, markanın eleştirilmesi niyetiyle de olsa, ticari bir amaç varsa ve iltibasın şartları oluşmuşsa dürüst kullanımdan bahsedilemeyecektir.

Nitekim konuyla ilgili Yargıtay'ın belirlemiş olduğu sınırlar da bu yöndedir. Şöyle ki, Ankara 2. FSHHM önüne gelmiş bir olayda, 1970'li yıllardan beri ERDEMİR ibaresini işletme adı ve marka olarak kullanan davacı, "www.erdemir.com.tr" alan adının da sahibidir. Söz konusu alan adını taşıyan web sitesi üzerinden, işletmesi ile ilgili faaliyetlerinin tanıtımını yapmaktadır. Davacı, "www.erdemir.com" alan adının, davalı tarafından kendi adına tescil ettirilmiş olduğunu ve bu alan adını taşıyan web sayfası üzerinden, rakibi olan ArcelorMittal grubunun internet sayfasına yönlendirme yapıldığı iddiasıyla, iltibas oluşturacak bu kullanımın ortadan kaldırılması amacıyla dava açmıştır. Davalı ise, davacının tescilli markası ile ilgili

³¹⁸ Oğuz, s. 110.

³¹⁹ Tekin Memiş, "Marka Endüstriyel Tasarım, Faydalı Model ve Patent Davalarında Alan Adı Nedeniyle Ortaya Çıkan Marka Uyuşmazlıkları", Fikri ve Sanayi Mülkiyet Hakları Kültürü, 17-18 Haziran 2005, *İBD Özel Sayı*, İstanbul, 2006, s. 123.

³²⁰ Oğuz, s. 111, dp. 94.

herhangi ticari bir faaliyetinin bulunmadığını, anılan web sayfasının Ereğli Demir Çelik Fabrikası bünyesinde çalışan işçilerin sıkıntılarını ve sorunlarını paylaşmak, kamuoyunu bilinçlendirerek, hiçbir maddi çıkar gözetmeksizin işçilerin sesini topluma duyurmak amacıyla kullanılmasının düşünüldüğünü, kullanımının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesini ve davanın reddini talep etmiştir. Mahkeme ise, “...bu internet alan adının mücerret alınması ve ticari amaç veya etki taşımayacak veya doğurmayacak biçimde, ifade özgürlüğü çerçevesinde, bu meyanda Ereğli Demir Çelik Fabrikası bünyesinde çalışan işçilerin sıkıntılarını ve sorunlarını paylaşmak, kamuoyunu bilinçlendirerek, hiçbir maddi çıkar gözetmeksizin işçilerin sesini topluma duyurmak amacıyla kullanılması mümkündür. Ancak davalılar anılan biçimde değil, yargılama konusu alan adını ticari etki doğuracak biçimde kullanmışlardır. Ticari etki yaratacak biçimde kullanma ifadesi ile kastedilen ekonomik bir fayda elde etmeye yönelik kullanımdır... Alan adının marka sahibine veya üçüncü rakip bir firmaya satılmaya kalkışılması, ivaz mukabili serbest bırakılmasının teklif edilmesi ve özellikle alan adını taşıyan web sayfasında rakip firma veya firmaların tanıtımına yer verilmesi de ticari etki doğuracak biçimde kullanma sayılır...” ifadesiyle iltibasın tüm şartlarının oluştuğunu, söz konusu kullanımın ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini hükme bağlamıştır³²¹. Yargıtay da 21.05.2012 tarihli kararıyla söz konusu kararı, onamıştır³²².

b) Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5 Kapsamında Değerlendirme

Mutlak bir hak niteliğinde olan marka hakkının kapsamının sınırları, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5 ile çizilmektedir³²³. Buna göre, “Marka sahibi, üçüncü kişiler

³²¹ Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin 09.12.2010 tarihli ve 2009/114 Esas, 2010/261 Karar sayılı kararı, <https://app.darts-ip.com/darts-web/data/darts-226-794-D-tr-3.pdf#search=%22ifade%22> (Erişim: 25.03.2018).

³²² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 21.05.2012 tarihli ve 2011/1845 Esas, 2012/8493 Karar sayılı kararı, <https://app.darts-ip.com/darts-web/data/darts-235-751-D-tr-3.pdf> (Erişim: 25.03.2018).

³²³ Oğuz, s. 114; Yasaman, s. 521.

tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde³²⁴, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

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

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

Bu hükümle amaçlanan, tescilli bir markanın sahibine sağlaması gereken, makul koruma alanının belirlenmesi ve koruma amacını aşan münhasır hak tanınmasının önlenmesidir. Nitekim *Tekinalp*'e göre, bir sözcüğü marka olarak kullanan kişiye, bu sözcüğün her türlü kullanım şeklini yasaklama hakkı tanımak, marka hakkı korumasının amacını aşan, hatta başka kişilerin ticari ve sınai faaliyette bulunma hak ve özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak değerlendirilmelidir³²⁵. Bu sebeplerle markanın bir başkası tarafından dürüst kullanılması hâlinde, hatta bu kullanım iltibas oluştursa bile³²⁶, marka sahibi bu kullanımı engelleyemeyecektir³²⁷. Ancak, burada dürüst kullanımının sınırlarının iyi çizilmesi gerekmektedir. Zira maddede sayılan kullanım şekillerinin, dürüst kullanım kapsamında değerlendirilebilmesi için, iltibas

³²⁴ Söz konusu hüküm kaynağını, AB Marka Tüzüğü'nün 12. maddesi ve 89/104 sayılı AB Marka Direktifinin 6. maddesinden almaktadır (SMK Genel ve Madde Gereçekçeleri). AB Marka Direktifinin 6. maddesinde yer alan “*ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmedikçe*” ifadesiyle, üçüncü kişilerin kullanımının hukuken uygunluğunun sınırları çizilmiştir. Ancak mülga 556 sayılı KHK'de yer alan “*dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla*” ifadesinin mehzadaki ifadeyi tam olarak karşılamaması sebebiyle eleştirilere sebep olmuştur (Ünal Tekinalp, “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul 1998, s. 636). Bu sebeplerle, SMK'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere, madde aslına uygun olarak yeniden kaleme alınmış ve eleştirileri bertaraf etmiştir.

³²⁵ Tekinalp, İmregün'e Armağan, s. 636.

³²⁶ ATAD tarafından verilen Celine Sarl v. Celine SA davasında, her iki işaretin aynı sektörde kullanıldığını, her ikisinde de “Celine” ibaresinin baskın olduğunu, ancak davalı tarafın kendi adını kullanmasının dürüst kullanım kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir (Oğuz, s. 115, dp. 112).

³²⁷ Oğuz, s. 115.

oluşturma kastıyla diğer bir işareten haksız yarar sağlama niyetinin olmaması gerekmektedir³²⁸.

Madde metninde yer alan tüm bu hâllerin, alan adları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı hususu ayrı başlıklar hâlinde incelenmelidir.

(1) Alan Adının Ad ve Adres Olarak Kullanılması

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5-a hükmüne dayanarak, üçüncü kişinin kullanımına müdahale edemeyeceği işaretlerden ilki, üçüncü kişinin kendi adı ve adresidir. Bir başka anlatımla, marka sahibinin, üçüncü kişinin kendi adı veya adresini, mal veya hizmetlerini ayırt ederken kullanmasını engelleme hakkı bulunmamaktadır. Madde metninde geçen ad ve adres kavramı ise geniş olarak yorumlanmalıdır. Başka bir ifadeyle, ad ile kastedilen, kişinin adı, soyadı veya ticaret unvanıyken, adres ile kastedilen, ticari ikametgâhıdır³²⁹.

Marka hukukunda geçerli olan bu ilkenin, başkasına ait bir markanın alan adı olarak kullanılması hâlinde, alan adlarının kullanımında uygulanıp uygulanmayacağı hususunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, kişinin kendi ad ve soyadından oluşan bir alan adı, tescilli bir marka ile iltibas oluştursa bile kişi, alan adını kullanmaya yetkili olmalıdır³³⁰. Yine aynı görüşe göre, alan adları, madde hükmünde yer alan adres niteliği de taşımaktadır. Bu sebeple, alan adları Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5 kapsamında dürüst kullanıma tabi olmalıdır. Diğer bir görüşe göre ise, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5’de öngörülen dürüst kullanım ilkesini, alan adları bakımından uygulamak mümkün değildir. Bu görüşe göre, ad ve adresin belirlenmesinde kişinin iradesi rol oynamamakta ve bunları kullanma bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Buna karşılık alan adları ise,

³²⁸ Tekinalp, s. 452; Aynı yönde karar Yargıtay 11 Hukuk Dairesi’nin 15.09.2003 tarihli ve 2003/1717 Esas, 2003/7742 Karar sayılı kararında; iltibas oluşturma kastının olması durumunda, dürüst kullanımdan bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir (naklen Yasaman, s. 533); Çiğdem Çiçekçi Ercan, “Tescilli Markanın Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hukuka Uygun Dürüst Kullanım”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 256.

³²⁹ Arkan, C. II, s. 133; Tekinalp, İmregün’e Armağan, s. 638-639.

³³⁰ Kur, s. 593 (naklen Kırca, s. 542). Aynı yönde Savaş Bozbel, “Markanın Domain Names, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması”, (Erişim) <http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf> , 12.03.2018.

sahibince serbestçe seçilebilmektedir. Bu sebeplerle, alan adlarını ad veya adres niteliğinde görmek mümkün değildir³³¹.

Doktrindeki görüş farklılıkları, temelde, alan adlarının Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5 kapsamında ad ve adres olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi sorunundan ortaya çıkmaktadır. Öncelikle tespit edilmesi gereken husus budur. Kanaatimizce alan adlarını, adres olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira doktrinde ifade edildiği gibi adresi, ticari ikametgâh olarak anlamak gerekir. Alan adının adres olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından, alan adının adres olarak Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5 istisnasından yararlanması mümkün değildir³³². Bununla birlikte bir alan adının, kişinin ad veya soyadından oluşması mümkündür. Ancak söz konusu maddeye göre, kişinin kendi ad ve soyadından oluşan alan adını, ticari veya sınai faaliyetlerde dürüstçe kullanması gerekmektedir³³³. Dürüstçe kullanımdan bahsedebilmek için de, ticaret unvanlarında olduğu gibi, ad veya adresin kullanılmasının zorunlu olması gerekmektedir. Zira ticaret unvanlarında Türk Ticaret Kanunu m. 41 ve 42'den gelen zorunluluk dolayısıyla, ortakların ad veya soyadını kullanması zorunludur³³⁴. Alan adlarının ise ne şekilde teşekkül edeceği özel bir kanunla belirlenmemiştir. Bu sebeple marka ile iltibas oluşturacak alan adının kullanılması, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5 hükmünden yararlanamayacak ve bu şekildeki kullanım marka hakkına tecavüz oluşturacaktır³³⁵. Alman doktrininde, Alman Federal Mahkemesi tarafından verilmiş bulunan "shell.de" kararının, bu konuyla ilgili özel kurallar belirlediği ifade edilmiştir³³⁶. Söz konusu kararda mahkeme, dünyaca tanınan "Shell" petrol şirketi ile aynı soyadına sahip bir kişinin "shell.de" alan adını kullanmasını marka hakkının ihlâli olarak değerlendirmiştir. *Bu hususun MarkenG § 23'ün uygulama alanını aştığını, internet kullanıcılarının "shell.de" adresi altında, dünyaca tanınan Shell şirketiyle karşılaşmayı umduklarını, aynı adı taşıyan gerçek kişinin alan adına ayırt edici ilaveler yaparak kullanması*

³³¹ Ueber T, "Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet-Domains", *WRP*, 6/97, s. 505 (naklen Kırca, s. 542).

³³² Oğuz, s. 116; Epçeli, s. 144; Kırca, s. 543.

³³³ Oğuz, s. 117.

³³⁴ Arkan, s. 272.

³³⁵ Kırca, s. 544; Bozbel, Armağan 2009, s. 255.

³³⁶ Paul Ströbele/Franz Hacker, *Markengesetz*, Kommentar 10. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2012, s. 1156, N. 44.

*gerektiğini belirtmiştir*³³⁷. Söz konusu mahkeme kararından da anlaşıldığı üzere, alan adları kişinin kendi ad veya soyadından oluşsa dahi, başkasının markasıyla iltibas oluşturacak bir kullanıma sahipse, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5 korumasından faydalanamayacaktır.

(2) Alan Adının Tasviri Amaçla Kullanılması

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5-b bendinde markanın genel olarak tasviri amaçlı dürüst kullanım hakkı düzenlenmiştir. Başkasına ait bir markanın, alan adı olarak kullanımında tasviri amaçlı dürüst kullanımdan bahsedebilmek için, markanın alan adının bağlı alt dizinlerinde kullanılması gerekmektedir. Zira bu bölümlerin mal ve hizmetlerin kaynağını doğrudan gösterme fonksiyonu bulunmamaktadır³³⁸. ABD Temyiz Mahkemesi'nin 9. Dairesi, "New Kids" davasında, markanın alan adının bağlı alt dizinlerinde kullanılması durumunda dürüst kullanımın oluşacağını ayrıntısıyla düzenlemiştir. Ayrıca, Daireye göre, her ne kadar alan adları, web sitesinden sunulan mal ve hizmetlerin kaynağını göstermekte büyük öneme sahipse de, alan adına bağlı alt dizinlerin kaynak gösterme işlevi bulunmamaktadır³³⁹. Sınırları ABD hukukuyla belirlenmiş bu durumu, ülkemiz hukuku yönünden de uygulamak mümkündür. Alan adı sahibi, marka ibaresinden oluşan sözcüğü kullanmadan faaliyetlerini tanıtamaması hâlinde bu yola başvurma imkânı olmalıdır. Ancak bu şekildeki kullanım, alan adı sahibi ile marka sahibi arasında bir ilişki olduğu izlenimi yaratmamalıdır³⁴⁰.

(3) Alan Adının Aksesuar veya Yedek Parça Gibi Ürünlerde Kullanılması

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5-c bendi, özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılmasını dürüst kullanım olarak değerlendirmiştir. Söz konusu hükme göre, örneğin, yedek parça pazarlaması ile uğraşan bir ticari işletme sahibinin, pazarladığı otomobil yedek parçalarının reklamını yapmak üzere markayı aynen

³³⁷ BGH GRUR 2002, 622 "Shell.de" (naklen Bozbel, Armağan 2009, s. 255).

³³⁸ Oğuz, s. 119.

³³⁹ The New Kids Test. New Kids, 971 F. 2d 302 at 308; Bakken, s. 8 (naklen Oğuz, s. 119).

³⁴⁰ Oğuz, s. 120.

kullanması engellenemez³⁴¹. Yine, üçüncü kişinin yedek parça veya aksesuar üretmesi durumunda ve ürettiği yedek parça ve aksesuarların, markayı taşıyan mallara uygun olduğunu belirtmek üzere, markayı kullanması dürüst kullanım kapsamında değerlendirilmelidir³⁴². Örneklerden de anlaşıldığı üzere Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/5 anlamındaki kullanma biçimi yedek parça, ham madde, yenileme sanayiinin ortaya koyduğu bir zorunluluktan kaynaklanmalıdır³⁴³. Ancak üçüncü kişi tarafından dürüstlük kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmesi gereken bu kullanım, gerçeğe aykırı olarak, bu kimsenin yetkili servisi veya bayisi izlenimi verecek şekilde olmamalıdır³⁴⁴. Başka bir ifadeyle, dürüst kullanım ile yapılan hizmetin ya da satılan malın niteliğinin, müşterilere duyurulması amacı aşılmamış olmalıdır³⁴⁵. Aksi takdirde haksız rekabet ve marka hakkının ihlali gündeme gelecektir.

Yargıtay, dürüst kullanımın tespiti noktasında, esas unsur-tali unsur ayrımı kriterini dikkate almaktadır³⁴⁶. Buna göre, tescilli bir markanın üçüncü kişi tarafından kullanılmasında dürüst kullanımdan bahsedebilmek için kişi, kendi markasını baskın unsur ve başkası adına tescilli markayı ise tali unsur şeklinde kullanmalıdır³⁴⁷.

Yargıtay tarafından benimsenmiş olan tali unsur-esas unsur ayrımının, alan adları bakımından uygulama alanı bulması çok zordur. Şöyle ki, alan adlarında başkasına ait tescilli bir markanın dürüst kullanım maksadıyla da olsa kullanılması, iltibas

³⁴¹ Yasaman, s. 523.

³⁴² Arkan, C. II, s. 133.

³⁴³ Tekinalp, s. 451.

³⁴⁴ Yasaman, s. 524.

³⁴⁵ Çiçekçi Ercan, s. 260.

³⁴⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, 27.01.2016 tarihli ve 2015/6471 Esas, 2016/888 Karar sayılı kararına konu olan olayda; Seiko Watch Kabushiki Kaisha (Seiko Watch Corporation) tarafından tescilli logo markalarının Seiko ile arasında hiçbir hukuki ilişki bulunmadığı hâlde, davalı tarafından www.gsa.com.tr adlı internet sitesinde ve şubelerinde bulunan etalajlarda, tanıtım materyallerinde, garanti belgelerinde yetkili satıcı izlenimi vererek kullandıkları iddiasıyla Seiko markasının davalının işyerlerinden kaldırılmasına yönelik dava açılmıştır. Davalı ise, söz konusu kullanımın dürüst kullanım kapsamında olduğu ve Seiko markasının kendi markası yanında tali unsur olarak kullanıldığı iddiasıyla davanın reddini talep etmiştir. Bunun üzerine mahkeme, bilirkişi raporları ışığında, Yargıtay'ın daha önceki uygulamalarında da kabul edildiği üzere (03.10.2003 tarihli ve 2003/2346 Esas, 2003/8743 Karar sayılı kararı) dürüst kullanım kapsamındaki kullanım için markanın, esas unsur olarak değil, tali unsur olarak kullanılması gerektiğine dikkat çekmiştir. Ancak somut olayda Seiko markasının internet sayfasındaki tanıtım, reklam ve garanti belgesinde kullanılmasının dürüst kullanım kapsamında kaldığı ancak, davalı şubelerindeki vitrin fotoğraflarında hâkim unsur şeklinde yer almasının dürüst kullanımın sınırlarını aştığı ifade edilmiştir. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index>) (Erişim: 22.05.2018).

³⁴⁷ Yasaman, s. 524; Tekinalp, s. 451.

oluşturacaktır. Zira alan adında, yanında başka unsurlar olsa da, başkasına ait bir markanın yer alması, tüketici nezdinde tescilli markayla arasında bağlantı olduğu kanısını uyandıracaktır. Şayet tüketiciler, ancak site içeriğine girdiğinde tescilli markanın yedek parça üreticisi olduğunu anlayacaktır. Ancak site içeriğinden anlaşılabilirse bile, tescilli markanın alan adında yer alması neticesinde sitesinin ziyaret edilmesi de marka hakkının ihlâline sebep olacaktır. Bu sebeple, alan adı sahibinin bu noktada dürüst kullanım istisnasına dayanması mümkün olmayacaktır.

Nitekim WIPO önüne gelen uyuşmazlıkta da, benzer şekilde karar verilmiştir. Şöyle ki, Canon Kabushiki Kaisha v. Price-Less Inkjet Cartridge Company olayında, şikâyet eden “Canon” markasının sahibi olan Canon Kabushiki Kaisha iken şikâyet edilen “canoninkjets.com”, “canoninkjet.com”, “canoninkjet.net”, “canonink.com”, “canonink.net” gibi alan adlarını kendi adına tescil ettiren Price Inkjet Cartridge Company’dır. Şikâyet eden taraf “Canon” markasının, kendisine ait olduğu iddiasıyla alan adlarının kendisine devrini talep etmiştir. Bunun üzerine Panel, uyuşmazlığa konu alan adlarında, “Canon” ibaresinin esas unsur olarak yer aldığı; ayrıca şikâyet eden firma tarafından, mürekkepli kartuş basım (inkjet printing) teknolojisinin bulunması nedeniyle, bu ibarelerin de uyuşmazlığa konu alan adlarında kullanılmasının tüketici nezdinde karışıklığa yol açacağı; internet sitesini tescil ettiren tarafın, farklı markalar altında yer alan mürekkepli kartuşları tüketiciye sunması fiilinin, hukuka uygun olmasına rağmen, bu ibareleri alan adı olarak kullanması fiilinin hukuka uygunluk hâlini ortadan kaldırdığını belirtmiş ve alan adlarının devrine karar vermiştir³⁴⁸.

Kural olarak, alan adlarında yedek parça üzerinde kullanım bakımından, dürüst kullanımdan bahsedilemeyecekse de, alan adlarında kaynak gösterme işlevine sahip olmayan bağlı alt dizinlerde, başkasına ait tescilli markaların kullanılması marka hakkının ihlâline sebep olmamalıdır. Zira alan adının ayırt edici niteliğe sahip olan ve marka ile arasındaki benzerlik değerlendirilmesinin yapıldığı kısmı, SLD’dir. Ayrıca alan adlarının internet sitesi haricinde kullanımı (malların üzerinde, iş

³⁴⁸ WIPO, d2000-0878 (Canon), <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0878.html> (Erişim: 04.04.2018) (naklen Kırıcı, s. 97).

evraklarında ve ambalajlarda) durumunda, marka hukuku bakımından geçerli olan kurallar, alan adları bakımından da uygulanabilecektir.

B. Öncelik Hakkına Sahip Alan Adının Marka Olarak Kullanılmasından Kaynaklanan İltibas

1. Genel Olarak

Alan adı hakkı, sahibine alan adı üzerinde tasarrufta bulunma ve alan adının bir başkası tarafından alan adı veya başka bir ad veya işaret olarak kullanılmasına engel olma hakları sağlamaktadır. Alan adı üzerindeki hakkın sınırları ise tescil, kullanımda öncelik ve haklı kullanım ile belirlenmektedir³⁴⁹. Bu kapsamda bir alan adının bir başka marka karşısındaki konumu, tescil ve kullanım önceliği esaslarına göre belirlenecektir. Uygulamada daha çok, başkasına ait markanın alan adı olarak tescil edilmesinden doğan uyuşmazlıklar gündeme gelirken, az da olsa, piyasada belli bir üne kavuşmuş olsun veya olmasın alan adlarının da bir başkası tarafından iltibas oluşturacak şekilde marka olarak kullanılması da mümkündür. Bu kapsamda alan adlarının bir başkası tarafından marka olarak kullanılmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, daha çok iltibasa sebep olacak kullanımdan doğmaktadır. Alan adlarının korunmasına yönelik hukukumuzda özel bir düzenleme bulunmadığından, genel olarak haksız rekabet hükümleri uygulanacak ve Türk Ticaret Kanunu'ndaki iltibasa yönelik hükümler dikkate alınacaktır³⁵⁰. Ayrıca Sınai Mülkiyet Kanunu'nda da alan adı hakkına yönelik koruma imkânları getirilmiştir.

Bu noktada alan adı korumasının hareket noktasını, kural olarak, haksız rekabette dikkate alınan emeğin korunması ilkesi oluşturmaktadır³⁵¹. Buna göre, hiç kimse, başkasının emeği sonucunda ticaret hayatında belli bir yer edinmiş alan adından, haksız fayda sağlayıp kullanamaz. Bir fiilin emek prensibine aykırı kullanımı, sadece

³⁴⁹ Oğuz, s. 257.

³⁵⁰ TTK'deki haksız rekabet hükümleri çalışmamızın "Öncelik Hakkına Sahip Tescilsiz Markaların Alan Adı Olarak Kullanılması" başlığı altında ayrıntılı bir şekilde anlatıldığından burada değinmekle yetiniyoruz. Ayrıntılı bilgi için bkz., § 6, II, A, 2.

³⁵¹ Oğuz, s. 307.

iltibas sebebiyle değil, bir bütün olarak haksız rekabetin tayini bakımından önemli bir ölçüttür³⁵².

Alan adları ile marka arasındaki iltibas incelemesinde alan adını, ayırt edici güçlerine bağlı olarak iki gruba ayırarak incelemek gerekmektedir. İlk olarak alan adları, tanınmış marka veya ünlü adlarla bağlantılı veya kullanım yoluyla güçlü tanıtma fonksiyonu kazanmış olabilirler. Bu durumda belli bir üne kavuşmuş alan adlarının tanınırlık tespiti, tanınmış markalar açısından dikkate alınan ölçütler³⁵³ göz önünde bulundurularak yapılmalıdır³⁵⁴. Bu noktada Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-c hükmünde tanınmış markalar açısından getirilmiş bulunan farklı mal ve hizmetler açısından korunma şartının alan adları bakımından da uygulanması mümkün görülmektedir. Buna göre, tanınmış marka niteliğindeki alan adının aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin herhangi mal ve hizmet sınırlaması yapılmaksızın marka olarak kullanılması hâlinde ilk bakışta iltibas tehlikesi varsa alan adı hakkına tecavüz söz konusu olabilir.

İkinci grupta ise, alelade marka veya ad ile bağlantılı ve eşdeğer tanıtma gücüne sahip zayıf olarak nitelendirilebilecek alan adları bulunmaktadır³⁵⁵. Bu gruptaki alan adlarının başkası tarafından marka olarak kullanılması durumunda iltibastan bahsedebilmek için, aynı veya benzer mal ve hizmetler bakımından kullanılması gerekmektedir. Bu durumda mal ve hizmet benzerliği, alan adının bağlı olduğu web sitesinden yapılan reklam ve sunulan mal ve hizmete bakılarak tespit edilebilir³⁵⁶. Zira çalışmanın ilerleyen kısımlarında da açıklayacağımız üzere ABD, Alman ve İsviçre mahkemeleri alan adı ile diğer tanıtma işaretleri arasındaki iltibas ihtimalini, alan adının bağlı olduğu web sitelerinden yapılan reklam ve sunulan mal veya hizmete bakarak saptamaktadır. Ayrıca alan adının haksız şekilde marka olarak kullanılması hâlinde, tecavüz oluşturması için ticari etki yaratması gerekmektedir.

³⁵² Tamer, s. 163.

³⁵³ Türk Patent ve Marka Kurumu, Markanın Tanınırlık Düzeyleri İle İlgili Esaslar ve Uygulaması, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/500B9FBD-FDBA-4F34-A822-B73C72D84A80.pdf> (Erişim: 27.03.2018).

³⁵⁴ Oğuz, s. 265.

³⁵⁵ Oğuz, s. 265.

³⁵⁶ Bettinger, Handbook, s. 329 (naklen Oğuz, s. 266).

2. İltibas Sebebiyle Alan Adı İhlalinin Şartları

Türk Ticaret Kanunu'na göre, başkasına ait alan adının marka olarak kullanılması durumunda iltibas sebebiyle haksız rekabetten bahsedebilmek için³⁵⁷;

- ❖ Marka ve alan adı olarak kullanılan işaretlerin birbirinin aynı olması veya aralarında karıştırılmaya yol açacak bir benzerlik bulunması,
- ❖ Alan adının, sahibi tarafından haklı olarak kullanılıyor olması,
- ❖ Marka sahibinin, başkasına ait alan adını ticari amaçlarla kullanması ya da ticari faaliyet yürütüyor olması gerekmektedir.

İltibastan bahsedebilmek için, bu üç şartın birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Alan adı sahibi tarafından, alan adının, markadan önce kullanılıyor olması veya alan adı hakkının ticaret hayatında korunabilecek bir başka haktan kaynaklanıyor olması, haklı olarak kullanıldığını göstermektedir. Örneğin, ticaret unvanıyla aynı olan alan adının kullanılması durumunda, alan adı kullanımı markanın tescili veya kullanımından sonraki bir tarihe tekabül etse dahi, ticaret unvanı eski tarihliyse alan adı hakkı üzerinde haklı kullanımdan bahsedilebilecektir.

Alan adları, sahipleri tarafından ticari kullanım maksadıyla kullanılabilmesi gibi, ticari olmayan kullanımlara da konu olabilir. Alan adının kullanımında ticari olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak alan adlarının bir başkası tarafından marka olarak kullanılması, iltibas sebebiyle haksız rekabete yol açabilmesi için, ticari olarak kullanılması gerekmektedir. Zira haksız rekabetin olması için, işaret sahipleri arasında dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamından bahsedilmesi gerekir. Ticari olmayan kullanımın olduğu yerde ise, rekabet ortamından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

³⁵⁷ Nomer Ertan, s. 185.

§ 7 MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBASIN TESPİTİ

I. İşaretlerin Aynı veya Benzer Olması

A. Ayniyet veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzerlik Olması

Alan adı hiyerarşik bir yapıya sahip olup, birden fazla bölümden oluşmaktadır³⁵⁸. Alan adının bu özelliği, alan adı ile marka arasındaki ayniyet veya ayırt edilemeyecek kadar benzerlik incelemesinde kullanılacak ölçütler bakımından tereddüde yol açmaktadır. Bir başka ifadeyle, alan adı ile marka arasındaki işaretlerde, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik veya ayniyet olması hususu neye göre değerlendirilecektir? Alan adının sadece ayırt edici nitelik arz eden SLD kısmının incelenmesi yoluyla mı yoksa alan adının gTLD ve ccTLD kısımları da dâhil olmak üzere, tamamının göz önünde bulundurulması yoluyla mı inceleme gerçekleştirilmelidir?

Bu konuda doktrinde iki görüş ileri sürülmektedir. Baskın olan görüşe göre, alan adının ayırt edici unsuru, ikinci düzey alan adı olan SLD kısmıdır. Zira gerek gTLD gerekse ccTLD kısımları her alan adında bulunması zorunlu unsurlardır. Ve söz konusu kısımlar için herhangi bir yaratıcılık gerekmemekte, öncesinde belirlenmiş olan listelerden seçilmektedir. Bu sebeplerle de ayırt edici nitelikte oldukları söylenemez. Bu itibarla da, gTLD ve ccTLD kısımları, marka ile alan adı arasındaki ayniyet veya benzerlik incelemesinde dikkate alınmamalıdır³⁵⁹. Bu görüşe göre, alan adı benzerlik incelemesi, alan adının SLD kısmı dikkate alınarak yapılacaktır. Türk doktrininde baskın olan görüş de bu yöndedir³⁶⁰. Nitekim, Yargıtay tarafından incelenmiş olan “koc.com” alan adı ile “KOÇ” ibareli marka arasındaki uyumsuzlukta, mahkeme,*davacıya ait alan adı “koc” ve “com” sözcüklerinden oluşmuş ise de, bu ibarede asıl belirleyici sözcük “koc” sözcüğü olup, davalıya ait*

³⁵⁸ Patrick B. Ludwig/Bruno Sternath, *Legal Memorandum Der Rechtliche Schutz Von Domainnamen Im Internet*, Schweiz, 31.05.2003, s. 6; Cafer Canbay, *Alan Adları Yönetimi, Dünya Uygulamaları ve Türkiye İçin Çözümsel Yaklaşımlar*, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005, s. 16; Işık, s. 14.

³⁵⁹ Ueber, s. 505 (naklen Kırca, s. 528); Annette Kur, *Internet und Kennzeichenrecht*, (in Praxis des Online-Rechts, hrsg. Loewenheim/Koch, München 2001), s. 347 (naklen Kırca, s. 528); LG Düsseldorf, 04.04.1997, CR 3/1998, s. 166 (naklen Kırca, s. 528).

³⁶⁰ Şenocak, s. 116; Bozbel, Armağan 2009, s. 226; Güneş, Önceye Dayalı Haklar, s. 168.

alan adı, ticaret unvanı ve markalarda başka unsurlar bulunsa da, “koc” sözcüğü dışındaki unsurların işin niteliğini tanımlayan yan unsurlar olduğu, asıl unsurun “koc” sözcüğünden oluştuğu, bu durumda gerek davacıya ait alan adındaki “koc” sözcüğü, gerekse davalıya ait ticaret unvanı, marka ve alan adındaki “KOÇ” sözcüğünün aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzediği, bu hâli ile iltibas yaratacağı, gerekçesiyle davanın reddine hükmetmiştir³⁶¹.

Alman Temyiz Mahkemesi önüne gelmiş olan, “soco.de” alan adı ile “soco” ibaresinden oluşan ticaret unvanı arasındaki ihtilafta, davacı “soco” ticaret unvanını 1989 yılından beri kullanmaktadır. İş sahası da, internet erişim hizmetleri, bilgisayar yazılım ve programcılığıdır. Davalı ise, 1996 yılından beri internet üzerinde “soco.de” alan adı üzerinden ürünlerini satmaktadır. Davacı, her iki firma tarafından da bilgisayar alanında mal ve hizmet sunumu yapıldığından bahisle iltibas ihtimalinin varlığı gerekçesiyle dava açmıştır. Mahkeme ise, ccTLD olan “.de” kısmının teknik fonksiyonel bir anlama sahip olmasından dolayı iltibas incelemesinde, bu kısmın göz önünde bulundurulmaması gerektiğini ifade ederek işaretler arasında benzerliğin varlığından bahsetmiş olup, ayniyet kavramına yer vermemiştir³⁶². Yine Alman Temyiz Mahkemesi tarafından, topluluk markası olan “personalshop” markasının bir başkası tarafından “personalshop.de” alan adı olarak kullanılması durumunda, “.de” ekinin, ayniyeti ortadan kaldırmadığına karar verilmiştir³⁶³.

Yine WIPO tarafından incelenmiş olan telsta.org kararında da hakem aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik incelemesinde esas alınacak olan unsurun, SLD kısmı olan telstra olduğuna karar vermiştir³⁶⁴.

Buna karşılık Buri tarafından savunulan görüşe göre ise, her ne kadar alan adında yer alan gTLD ve ccTLD kısımları alan adında bulunması zorunlu ve belli bir listeden

³⁶¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 28.05.2012 tarihli ve 2011/1713 Esas, 2012/9089 Karar sayılı kararı, <https://app.darts-ip.com/darts-web/client/case-results.jsf> (Erişim: 16.03.2018).

³⁶² BGH, Urteil vom 22.07.2004-I ZR 135/01–soco.de (OLG Stuttgart), <https://lexetius.com/2004.3229> (Erişim: 13.03.2018).

³⁶³ OLG Innsbruck, Urteil vom 22.08.2007, 2 R 159/07k-13, personalshop.de, (naklen Rechtsprechung/Wettbewerbs- und Markenrecht, **WBL**, 2008, Heft 5 Mai, s. 248.

³⁶⁴ WIPO, d2000-0003, telstra org, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0003.html> (Erişim: 14.03.2018).

seçilmesi söz konusu olsa da, bunların seçimi alan adı sahibinin iradesine bırakılmıştır³⁶⁵. Bu sebeplerle de Buri'ye göre, iki işaret karşılaştırılırken, bu kısımlar zayıf olsa da yok sayılamayacaktır. Başka bir ifadeyle, TLD kısımları ayırt edici niteliğe haiz değilse de alan adının bütünü itibarıyla bıraktığı izlenimin değerlendirilmesinde göz önüne alınacaktır³⁶⁶. Dolayısıyla, tescilli bir markanın alan adının SLD kısmını oluşturması hâlinde, işaretler arasında ayniyetten değil, benzerlikten bahsedilecektir³⁶⁷.

Kanaatimizce kural olarak, gTLD ile ccTLD'ler bir alan adına ayırt edici özellik katmamaktadır. Zira internet kullanıcıları mal ve hizmetlerin kaynağı olarak SLD kısmına dikkat etmekte, ccTLD ile gTLD'leri kaynak gösteren bir işaret olarak görmemektedirler. Alan adı verilmesi aşamasında da, bunlar sadece tamamlayıcı unsur olarak görülmekte, bir alan adını diğer alan adından ayıran unsur olarak dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla alan adına özgü olan ccTLD ile gTLD gibi kısımların, markada kullanılması durumunda, bu ibarelerin marka bütünü içerisinde markasal katkısının olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Başka bir ifadeyle her somut olay, kendi özelinde değerlendirilmeli ve gTLD ile ccTLD'nin alan adına bir bütün olarak farklı bir izlenim katmış olması hâlinde, o kısımların da değerlendirmeye alınması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Örneğin, alan adındaki "com" ibaresi, çok defa iletişim sektöründe faaliyet gösteren kişiler tarafından sözcük markasının son hecesi olarak kullanılmaktadır. Bu kişiler, alan adı tescillerinde alan adının kolay hatırlanabilmesini sağlamak amacıyla "com" ekini ikincil düzey alan adı yerine jenerik üst düzey alan adı olarak da yazabilecektir. Elcom sözcük markasından www.el.com şeklinde bir alan adı oluşturulmasında olduğu gibi. Bu gibi durumlarda marka ile alan adı arasındaki ayniyet veya benzerlik incelemesinde, alan adındaki "com" belirteci dikkate alınmalıdır³⁶⁸.

Alan adının gTLD ve ccTLD kısımları için açıkladığımız tereddütler, "www" veya "http" gibi her alan adında bulunması zorunlu kısımlar için de geçerlidir. Bu

³⁶⁵ Ueli Buri, *Die Verwechslbarkeit von Internet Domain Names*, Bern 2000, s. 78 (naklen Kırca, s. 529).

³⁶⁶ Buri, s. 77 (naklen Kırca, s. 529).

³⁶⁷ Buri, s. 77 (naklen Kırca, s. 529).

³⁶⁸ Ueber, s. 505 (naklen Kırca, s. 534).

kısımlar, her alan adında aynı şekilde yer almaktadır. Alan adı sahibinin bunlar yerine kullanabileceği bir alternatifi olmadığından, alan adı ile marka arasındaki ayniyet veya benzerlik değerlendirmesinde dikkate alınacak hususlar değildir.

Alan adı sisteminin özelliği sebebiyle, alan adları yazılırken aralarda boşluk bırakılmaz. İşte bu noktada, bir marka birkaç kelimedenden oluşuyor ve aralarında boşluk bulunuyorsa da, bu ibarenin alan adı olarak kullanılması hâlinde bitişik yazılması gerekir. Söz konusu durum, işaretler arasındaki ayniyeti ortadan kaldırmayacaktır³⁶⁹. Yine aynı şekilde, markada bulunan ö, ü, ğ, ş, ç gibi Türkçe harf karakterlerinin, alan adlarında kullanılması mümkün değildir. Bu sebeple bu harfler, alan adında o, u, g, s, c karakterlerine dönüşürler. Bu durumda da ayniyet varlığını koruyacaktır³⁷⁰. Bununla birlikte, marka ile alan adı arasındaki iltibas incelemesinde işaretler arasında ayniyetin olmadığı, ancak ufak farklılıkların olduğu durumda da ayırt edilemeyecek derecede benzerlikten bahsedilecektir. Örneğin, efal markasının www.ef-al.com şeklinde alan adı olarak kaydedilmesi hâlinde, işaretler arasında ayırt edilemeyecek derecede benzerlik vardır.

Marka ile alan adı arasındaki iltibas incelemesinde, işaretlerin aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olmasında, markanın ayırt edici özelliğinin kuvvetli veya zayıf olması önem arz etmez. Örneğin, tescil edilmemiş “tourplan” markasının “tourplan.com” alan adı ile arasındaki uyumsuzlukta hakem, iltibas ihtimalinin olduğu yönünde karar vermiştir³⁷¹. Bu husus bir sonraki başlıkta anlatılacak olan ilişkilendirme ihtimalinde önem arz etmektedir.

B. Benzerlik Olması

Benzerlik kavramı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda tanımlanmamış olup, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-b bendi, *marka sahibine, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme*

³⁶⁹ Şenocak, s. 117.

³⁷⁰ Roland, Markenrecht 2003, s. 443 (naklen Şenocak, s. 117).

³⁷¹ Tourism and Corporate Automation Ltd. v. TSI Ltd., AF-0096 (Hardy), 2000-03-16, <http://www.eresolution.com/services/dnd/decisions/0096.htm> (tourplan.com) (naklen Bozbel, Konferans Bildirisi, s. 4; Bozbel, Armağan 2002, s. 232).

ihimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasını engelleme yetkisi vermektedir. Söz konusu hükümden hareketle, işaretler arasındaki benzerlik incelemesinde esas olan, iltibas ihtimaline yol açmasıdır. İltibas için işaretler arasında benzerlikle birlikte mal ve hizmet benzerliği de değerlendirilmelidir.

Alan adı ile marka arasındaki benzerlik incelemesinde göz önüne alınacak hususlar, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer markalarda olduğu gibidir. Yani, benzerlik incelemesinde de alan adının SLD kısmı göz önüne alınacaktır. Ancak benzerlik hâlinde, özellik arz eden bazı durumlar olması da muhtemeldir. Zira bir markanın alan adı olarak kullanılması hâlinde, bu alan adına başka kelime, harf veya işaretlerin ilave edilmesi aynılığı ortadan kaldıracak şekilde, benzerliği ortadan kaldırmayacaktır³⁷². Örneğin, “persil” markası ile SLD kısmı persiel, pesil, bersil veya presil olan alan adları arasında Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-b anlamında benzerlik mevcuttur³⁷³. Ayrıca benzerlik değerlendirmesinde iltibas incelemesi yapılmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken iltibas ihtimalinde genel kural olan, işaretin bütünü itibarıyla bıraktığı etki yöntemini dikkate almak gerekmektedir.

Sınai Mülkiyet Kanunu anlamındaki iltibas ihtimali, sadece doğrudan ya da dolaylı iltibas ihtimalini değil, aynı zamanda geniş anlamda iltibas ihtimalini de kapsamaktadır³⁷⁴. Başka bir ifadeyle, tüketiciler iki işaret arasında ciddi anlamda bir benzerlik olduğunu düşünmese de, her iki işaretin aynı işletmeden kaynaklandığını düşünülebilir. Bu hâlde, işaretler arasında çağrışım olduğu kabul edilir ve bu da iltibas ihtimaline sebebiyet verir³⁷⁵. İşte bu noktada markalar için geçerli olan bu değerlendirmelerin, uygulama alanı farklı olan alan adı için de geçerli olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. Bu hâlde, uyumsuzluğun bir tarafını yine markanın oluşturması da göz önüne alınarak marka için geçerli olan kuralların, diğer ayırt edici işaretlerden olan alan adlarına da uygulanabileceği söylenebilir. Ancak bu

³⁷² Bozbel, Armağan 2009, s. 233.

³⁷³ Ernstshneider, T, Zeichenähnlichkeit, Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit und Branchennahe im Domain-Rechtsstreit, JurPC Web-Dok. 2002 (219), Nr. 9 (naklen Şenocak, s. 122).

³⁷⁴ Şenocak, s. 119.

³⁷⁵ Tekinalp, s. 442.

değerlendirme yapılırken, işaretlerin ayırt edici güçlerinin de ayrıca dikkate alınması gerekmektedir.

Karlsruhe İstinaf Mahkemesi önüne gelen “biovin” ibareli marka ile “biovino.de” alan adı arasındaki uyumsuzlukta, mahkeme, biyolojik tarıma dayalı şarap anlamına gelen “biovin” ibaresinin alkollü içeceklerde tescilli olduğunu da dikkate alarak zayıf marka niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple alan adına “o” harfinin eklenmesinin iltibas tehlikesini ortadan kaldırdığına hükmetmiş olup, davayı reddetmiştir³⁷⁶. Aynı şekilde Köln İstinaf Mahkemesi önüne gelen “seetours” ibareli marka ile “seetour.de” alan adı arasındaki ihtilafta, mahkeme, seyahat organizasyonu bakımından deniz turları anlamına gelen “seetours” ibaresinin ayırt edici niteliğinin düşük olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca işaretler arasında “s” harfinin düşmesi yoluyla bir farklılık olduğundan bahsetmiştir. Markanın zayıf nitelikte olması ve internet kullanıcılarının alan adındaki küçük farklılıklara dikkat edeceği gerekçesiyle mahkeme, işaretler arasında benzerlik olmadığı yönünde karar vermiştir³⁷⁷.

Mahkeme kararlarından da anlaşıldığı üzere, marka ile alan adı arasındaki benzerlik nedeniyle ilişkilendirme veya iltibas değerlendirmesinde, genel olarak markalara ilişkin kriterlere başvurulabilecektir. Ancak alan adları sisteminin de kendine özgü yapısı, kullanıcı kitlesi dikkate alınarak somut olay üzerinden değerlendirme yapılması daha yerinde olacaktır.

Bir marka, şekil ve kelime kombinasyonundan da oluşabilir. Bu durumda markalar arasındaki ayniyet veya benzerlik incelemesi, her bir unsurun tek tek değerlendirilmesi şeklinde değil, şekil ve kelime unsurlarının görsel, işitsel ve kavramsal (anlamsal) olarak bütünsel etkisi dikkate alınarak yapılmalıdır. Bununla birlikte, markayı oluşturan unsurlardan birinin diğerlerine göre, görsel veya işitsel olarak daha baskın unsur konumunda olması, tüketici algısının markadaki unsurlardan birisi üzerine yoğunlaşması veya bilinirlik düzeyi yüksek önceki markayla başvurudaki unsurlardan sadece birinin benzer olması gibi sebeplerle

³⁷⁶ OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2004, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20040126> (Erişim: 14.03.2018).

³⁷⁷ OLG Köln, GRUR-RR 2005, s. 18-19 (naklen Şenocak, s. 121).

unsurlardan sadece birisi ön plana çıkabilir. Bu gibi hâllerde de benzerlik incelemesi esas olarak ön plana çıkan bu unsur dikkate alınarak yapılmalıdır³⁷⁸.

Markaların şekil ve kelime kombinasyonundan oluşabilmesiyle birlikte alan adları, doğası gereği sadece kelime unsurundan oluşmaktadır. Şekil ve kelime unsuru içeren bir markanın kelime unsurunun alan adı olarak kullanılması durumunda, yine benzerlikten bahsedilebilecek midir?

Bu durumda, markada yer alan şekil ve kelime unsurlarının ayırt edici niteliği ve baskın durumda olup olmamaları önem arz etmektedir. Şayet özgün şekil ve tanımlayıcı kelime unsuru içeren bir marka başvurusuna sağlanan korumada, ayırt edici şekil unsuru dikkate alınmalıdır. Başka bir ifadeyle bu durumda, tek başına kelime unsuruna marka hakkından doğan bir koruma sağlanmamıştır. Bununla birlikte, alan adları da sadece kelime unsurundan oluştuğundan, marka ile arasındaki benzerlik ancak kelime unsuru üzerinden olacaktır. Buna göre, tanımlayıcı bir ibare ile şekil unsurundan oluşmakla birlikte tasarımsal şekil unsuru sebebiyle marka korumasına sahip olan markanın, tanımlayıcı nitelikteki kelime unsurunun bir başkası tarafından alan adında kullanılması hâlinde, söz konusu marka hakkının ihlalinden bahsedilemeyecektir³⁷⁹. Alman Düsseldorf Asliye Hukuk Mahkemesinin önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, davacının tescilli markası “schuelerhilfe” ibareli kelime ve şekil unsurundan oluşmaktadır. Ve davacı, 1999 yılından beri öğrencilere ticari ve yardım amaçlı özel ders vermekte olup, internet üzerinden de “schuelerhilfe.net”, “schuelerhilfe.com”, “schuelerhilfe-online.de” ve “ABC-schuelerhilfe.de” alan adları altında hizmetlerini yürütmektedir. Davalı ise, “shuelerhilfe.de” alan adını 1997 yılından beri tescil edip kullanmaktadır. Ayrıca söz konusu marka ile karıştırılmaması yönünde sitesinde uyarı bulunmaktadır. Mahkemeye göre, “schuelerhilfe” ibaresi ticari veya yardım amaçlı olarak öğrencilere ders saatleri dışında verilen kurs anlamına gelmesi sebebiyle, herkesin kullanımına açık bir ibaredir. Marka unsurunda yer alan özel grafiksel gösterim ile bir bütün olarak değerlendirilmiş ve grafiksel gösterim markaya ayırt edici nitelik katmıştır. Söz konusu kelime unsuru, ibarenin yazı biçiminin özelliği ve figüratif

³⁷⁸ Kılavuz, s. 106.

³⁷⁹ Şenocak, s. 122.

unsurla birlikte, marka sahibi işletmeyi ferdileştirmekte ve aynı hizmeti sunan işletmelerden ayırt etmektedir. Sonuç olarak mahkeme, “schuelerhilfe” ibaresinin tek başına ayırt edici özelliği olmaması sebebiyle, iltibas ihtimalinin oluşmadığına karar vermiştir³⁸⁰.

Dava örneklerinden de anlaşıldığı üzere şekil ve kelime kombinasyonundan oluşan markalarda, kelime unsurunun zayıf olması alan adı ile arasındaki benzerliği ortadan kaldırmaktadır. Ancak bu durumu tüm kelime ve şekil kombinasyonu olan markalar için söylemek mümkün değildir. Zira alan adı ile marka arasındaki benzerlik incelemesi yapılırken, işaretlerin bütünü itibarıyla bıraktığı izlenim dikkate alınacaktır. Başka bir ifadeyle markanın genel görünümüne etki eden birden fazla unsurdan oluşan markalarda, her bir unsur tek başına değerlendirildiğinde ayırt etme gücüne sahip olsa bile, tek başına değerlendirmeye alınmayacak, markaya bütün olarak bıraktıkları intiba dikkate alınarak inceleme yapılacaktır³⁸¹. Kelime unsurunun da cins adı gibi tasvir edici nitelikte olmadığı, ayırt edici niteliğe sahip olduğu kelime ve şekil markalarının alan adı olarak kullanılması durumunda iltibas ihtimali mevcut olabilir. Her somut olay kendi özelinde değerlendirilmelidir.

II. Mal/Hizmetlerin Aynı veya Benzer Olması

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2-a ve b bentlerine göre, iltibas ihtimalinin varlığından söz edebilmek için işaretlerin aynı veya benzer olmasıyla birlikte, kullanılan mal ve hizmetlerin de aynı veya benzer nitelikte olması gerekmektedir. Markaların tescili, sınıflandırma sistemine göre olurken, alan adlarında bu şekilde bir sınıflandırma bulunmamaktadır. Ancak alan adlarında belirttiğimiz anlamda bir sınıflandırma sistemi olmaması marka hukukunda geçerli olan, mal ve hizmetlerin aynı veya benzer olması kuralından vazgeçilmesi anlamına gelmemektedir. Bu durum, alan adı ile marka arasındaki mal ve hizmet benzerliğinde göz önüne alınacak hususun ne olduğu sorusunu akla getirmektedir. Zira alan adı sahibinin işgal sahası bir şekilde öğrenilebilir. İşte bu noktada Alman Düsseldorf Mahkemesinin vermiş olduğu bir

³⁸⁰ LG Dusseldorf, MMR 2003, <http://www.stroemer.de/index.php/entscheidungen/wettbewerbsrecht/671-lg-duesseldorf-urt-v-270902-38-o-9202-mmr-2003-342-schuelerhelfede> (Erişim: 14.03.2018).

³⁸¹ Şenocak, s. 125.

karar, Alman ve İsviçre hukuk öğretisinde tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Şöyle ki, “EPSON” tescilli markası ile “epson.de” alan adı arasında ortaya çıkan ihtilafta mahkeme, mal ve hizmet benzerliği değerlendirmesi yaparken, ilgili alan adına ilişkin internet sitesinin ana sayfasında hangi malların sunulduğunun veya ana sayfanın hangi içeriğe sahip olduğunun önem taşımadığını belirtmektedir. Yani, iltibasa uygun mal veya hizmet, alan adıyla ulaşılan ana sayfanın kendisi olup, onun içeriği değildir³⁸². Bununla paralel görüşte olan Kur’a göre, mal ve hizmet benzerliği değerlendirmesinde, somut olarak arz olunan mal ve hizmetler hakkında bilgi sahibi olunması şart olmamakla birlikte, alan adıyla sisteme girilmesi anında edinilen bilgi çerçevesinde değerlendirme yapılması yeterli olacaktır³⁸³.

Bir başka görüş ise, işletmelerin siteleri bizzat hizmet edimi olarak görülemez ve bu sebeple ana sayfalarına bakarak iştilgal sahaları belirlenemez³⁸⁴. Bu durumda iltibas konusu olan alan adlarının internet sitesinin içeriğine bakarak iştilgal sahası belirlenmelidir³⁸⁵. Yine aynı yönde olan bir başka görüşe göre, mal ve hizmet benzerliği, web sitesinin ana sayfası üzerinden değil, işletmenin faaliyet alanları göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir³⁸⁶.

Türk hukukunda da kabul ettiğimiz görüş, işletmenin faaliyet alanlarından mal ve hizmet benzerliği değerlendirmesine varılması olup, ana sayfa üzerinde yer alan bilgiler yeterli görülmemektedir. Zira marka tescili ile alıcıların almayı düşündükleri mal yerine başka bir malı almaları tehlikesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Markanın aynısının veya benzerinin bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılması durumunda da alan adının kullanıldığı internet sitesinde söz konusu malların satışının yapılması, tanıtılması veya reklamının yapılması hâlinde de bu tehlikeden bahsedilebilecektir³⁸⁷. Bu sebeplerle, kullandıkları mal ve hizmet dikkate alınmaksızın, sadece internet sitesinin ana sayfası dikkate alınarak, alan adı ile marka arasında iltibas değerlendirilmesi yapılamaz. Başka bir ifadeyle, benzerlik incelemesi,

³⁸² LG Düsseldorf, CR 3/1998, s. 165 vd. (naklen Kırca, s. 539-540).

³⁸³ Kur, s. 348 (naklen Kırca, s. 540).

³⁸⁴ OLG Düsseldorf, MMR 2001, s. 706; Bettinger, DE 222, s. 134 (naklen Şenocak, s. 117).

³⁸⁵ Bettinger, DE 222, s. 134 (naklen Şenocak, s. 117); Bozbel, Armağan 2009, s. 233.

³⁸⁶ Bender Ekey/Wisseman Fuchs, *Markenrecht Band 1, Markengesetz und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten*, 3. Auflage, C.F. Müller, 2014, s. 284.

³⁸⁷ Kırca, s. 541.

marka ile benzer olan alan adının yönlendirildiği internet sitesinin içeriğinden, yani tarafların iştiğal sahaları incelenerek yapılacaktır³⁸⁸. Nitekim önüne gelmiş uyuşmazlıklarda da mahkeme, gerek işaretlerin benzerliğini gerekse mal ve hizmet benzerliğini, internet sayfası içeriği ve faaliyet alanlarının tespiti suretiyle yapmaktadır³⁸⁹.

Alan adlarının alınmış ancak fiilen kullanıma başlanmamış olması hâli de mümkündür. Alan adının henüz kullanıma başlanmamış olması, alan adının hangi mal ve hizmetler bakımından alındığının tespitini zorlaştırmaktadır. Bu durumda alan adı sahibinin ticari faaliyet alanlarına bakılarak, tespit yapılabilir³⁹⁰.

Marka ile alan adı arasındaki iltibas hâlinde, mal ve hizmet benzerliği aranması gerektiği kuralının istisnasını tanınmış markalar oluşturur³⁹¹. Başka bir ifadeyle, Türkiye’de belli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmış olan tanınmış markalar bakımından, aynı veya benzer mal ve hizmet şartı aranmamaktadır. Tanınmış markalara sağlanan korumanın gündeme gelebilmesi için tanınmış markanın ününden haksız kazanç sağlanacak veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikte bir kullanım olması gerekmektedir. Kötü niyet hâli de mal ve hizmet benzerliği kuralına gösterilebilecek bir diğer istisnadır. Yani, kötü niyet durumunun varlığı hâlinde de, mal ve hizmetler farklı olsa bile, markaya koruma sağlanmalıdır³⁹².

³⁸⁸ Kırca, s. 541; Bilge, s. 186.

³⁸⁹ İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin 06.11.2014 tarihli ve 2013/35 Esas, 2014/242 Karar sayılı kararı; Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin 17.09.2013 tarihli ve 2012/201 Esas, 2013/144 Karar sayılı kararı, <https://app.darts-ip.com/> (Erişim: 04.04.2018).

³⁹⁰ Bilge, s. 189.

³⁹¹ Arıkan, s. 786.

³⁹² Bilge, s. 186; Ozan Can, Türk Hukukunda Kötü Niyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2015, s. 52, dergipark.ulakbim.gov.tr (Erişim: 16.03.2018). Yargıtay, “...söz konusu kötü niyet hususunun ... bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerden farklı türdeki mal veya hizmetler için marka başvurusu yapabilme hakkının elinden alınması sonucunu doğuracak şekilde bir iptal nedeni olarak kabulü mümkün değildir “ hükmüyle kötü niyet halinin mal ve hizmet benzerliğine istisna getirmesi hususunu kabul etmemiştir. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 26.3.2012 tarihli ve 2010/13602 Esas, 2012/4701 Karar sayılı kararı) (naklen Can, s. 52 dp. 23).

III. Bütünlük ilkesi

Doktrinde kabul edilen görüşe göre, markalar arasında iltibas ihtimali değerlendirilirken, markanın esas ve tali unsurları ayrı ayrı değerlendirilmemekte, bir bütün olarak bıraktığı etki dikkate alınmaktadır³⁹³. Bu noktada, iki işaret arasında birçok farklılık bulunsa da genel izlenim olarak ikisinin karıştırılabileceği yönünde bir algı varsa, iltibas ihtimalinin bulunduğu varsayılır³⁹⁴. Markalarda geçerli olan bu ilke, alan adlarında da uygulanmalıdır. Ancak alan adları sisteminde benzerlik incelemesine dâhil edilmeyen üst düzey alan adı kısımları ile her alan adında bulunan “www” ve “http” kısımlarının alan adının bütünlük incelemesinde dikkate alınıp alınmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Neredeyse bütün alan adlarının önünde bulunan, “www” işareti, tamamen tasviri nitelikte olup, alan adının bir internet adresine ilişkin olduğunu gösterir. Bu sebeple, alan adının bütün olarak bıraktığı etkinin belirlenmesinde bu işaretler dikkate alınmamalıdır³⁹⁵. Buna karşılık, alan adının gTLD kısmı ile ccTLD kısmını oluşturan alan adları için aynı şeyi söylemek mümkün değildir³⁹⁶. Zira gTLD ile ccTLD’ler birden fazla olup, bunlar her ne kadar yazılı listeden olsa da tarafların iradesiyle seçilmektedir. Ayrıca her birinin ifade ettiği anlam farklı farklıdır. Bununla birlikte bu kısımların ayırt edici niteliklerinin düşük olduğunu da unutmamak gerekmektedir.

Tüm bu hususlardan hareketle, tescilli bir marka ile alan adı arasındaki iltibas incelemesinde, gTLD ile ccTLD kısımlarının alan adının bütünü üzerinde etkisi olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu unsurlar, genel görünüme etkisi az olduğundan, alan adının esas unsuru niteliğinde olan SLD kısmı ile yerine göre üçüncül seviye alan adına oranla birinci derecede rol oynamayacaktır³⁹⁷.

³⁹³ Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s. 145; Şenocak, s. 113.

³⁹⁴ Tekinalp, s. 443.

³⁹⁵ Buri, s. 80 (naklen Kırca, s. 532).

³⁹⁶ Kırca, s. 532.

³⁹⁷ Kırca, s. 534.

IV. Göz Önünde Bulundurulacak Kitle

Marka hukukunda iltibas olup olmadığı değerlendirmesi, tescilli istenen marka kapsamındaki mal ve hizmetlerin hedef tüketici kitlesi göz önüne alınarak yapılır. Bu kapsamda hedef tüketici kitlesi belirlenirken, bu kitlenin eğitim seviyesi, bilgi düzeyi, yaşı, dikkat düzeyi gibi faktörler dikkate alınacaktır³⁹⁸. Tescilli marka ile alan adının karşılaştırılmasında ise bu hedef kitlenin, internet kullanıcılarından mı yoksa ortalama bir alıcıdan mı oluştuğu sorusu gündeme gelmektedir. Bu noktada alan adı ile marka arasındaki iltibas değerlendirmesinde, iltibas çıtasının yükseltilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁹⁹. Bu görüşe göre, alan adlarının iltibas durumunda göz önüne alınacak kitle internet kullanıcıları olmalıdır. Zira bu kişiler, alan adlarında yer alan farklı bir harfin, farklı adresi ifade ettiğini bilirler. Ve ufak benzerlikleri dahi fark edebilirler. Ancak bu görüş pek çok yönüyle eleştiriye açıktır. Alan adları sisteminin markadan farklı bir zemine oturmuş olması, alan adının korunmasına üstün haklar bahşedilmesini gerektirmemektedir. Zira alan adları yoluyla internet sitelerine ulaşım sağlayan internet kullanıcılarının ortalama tüketici kesiminden ayrı düşünülmesi doğru değildir. Bu düşünce, alan adlarının ticaret hayatına girdiği ilk zamanlarda belki akla gelebilirdi. Zira internet kullanımı o zamanlar çok yaygın değildi. Ancak günümüzde mal ve hizmet alımı çoğunlukla internet üzerinden yapılmakta olduğundan internet kullanıcılarının halk kitlesinden farklı olduğu söylenemez. Ancak şu da belirtilmelidir ki, bu değerlendirme yapılırken, internet ile hiçbir ilgisi olmayan halk göz önüne alınmamalıdır. Zaman unsuru da dikkate alınarak ortalama internet kullanıcılarının, dikkat ve özeni göz önüne alınmalıdır. Dikkat edilmesi gereken husus, hedef kitlenin uzman bir internet kullanıcısı olarak görülmemesidir⁴⁰⁰.

Bu bağlamda, internet kullanıcıları da, satın almayı düşündükleri mal ve hizmet yerine farklı bir mal veya hizmet alabilirler. Ayrıca, internet kullanıcıları bilgi ve tecrübesine rağmen, marka ile alan adı sahiplerinin aynı kişiler olduğu veya

³⁹⁸ Suluk/Karasu/ Nal, s. 187.

³⁹⁹ Kur, s. 348; Ubber, s. 505, Bettinger, s. 414-415 (naklen Kırca, s. 537).

⁴⁰⁰ Soysal, s. 799.

aralarında ekonomik-idari bir bağlantı olduğu yanılıgısına düşebilirler⁴⁰¹. Sonuç olarak, internet kullanıcılarının sahip oldukları bilgi ve sarf edecekleri özel dikkat, iltibas ihtimalini azaltabilir, ancak tümüyle ortadan kaldıramaz⁴⁰².

Ayrıca alan adları, sadece internet ortamında kullanılmamakta, aynı zamanda reklamlarda, ürün ve ambalajlar üzerinde ve iş evrakları üzerinde de kullanılabilir. Bu durumda alan adlarının iltibas değerlendirmesinde, sadece internet kullanıcılarının göz önüne alınması hatalı bir değerlendirmeye yol açacaktır.

Tüm bu açıklamalardan hareketle, iltibasın tespitinde, diğer şartlarda olduğu gibi göz önünde bulundurulacak kitle açısından da, marka hukukundaki iltibasa ilişkin şartlar göz önüne alınmalıdır. Başka bir ifadeyle, iltibas ihtimalinin tespitinde dikkatli bir internet kullanıcısı değil, ortalama bir tüketici esas alınmalıdır. Ayrıca markalarda mal ve ürünün türü ve alıcı kitlesine göre hedef kitle değişebilmektedir. Yani mal ve hizmetin her kesimden alıcı grubuna, özel bir gruba veya uzman bir alıcı gruba hitap etmesi durumunda, iltibasın tespitinde dikkate alınacak kişiler değişebilmektedir. Mal ve hizmetin temin şekli de bu hususu belirleyen etkenlerden biridir⁴⁰³. Aynı şekilde alan adı sisteminden kaynaklanan farklılığı da bu noktada değerlendirmek gerekmektedir. Örneğin, internet üzerinden satışı fazla olan bir mal veya hizmetin internet aracılığıyla sağlanmasında dikkat düzeyi daha düşük olabilirken, daha dar bir çevreye hitap eden bir ürünün internet üzerinden satımı yaygın olmayabilir. Bu durumda da dikkat düzeyinin daha yüksek olduğu kabul edilebilir. Ancak alan adı sisteminden kaynaklanan farklılıklar, marka hukukunda geçerli olan ölçütlerden sapılmasını haklı göstermez.

Nitekim Yargıtay kararlarında da, orta düzeydeki kullanıcı kesimi dikkate alınmıştır. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiş olan "Ağaoğlu" markası ile "agaoglunakliyat.net" alan adı arasındaki uyumsuzlukta; mahkeme, dava konusu unsurları değerlendirerek, "*Ağaoğlu*" ibaresinin, *nakliyecilik faaliyeti için kullanıldığı ve bütünü itibarıyla davacının tescilli markasını çağrıştırdığı, mevcut*

⁴⁰¹ A. Nordemann, *Internet- Domains und zeichenrechtlicher Kollisionen*, NJW 1997, s. 1894 (naklen Kırca, s. 538).

⁴⁰² Kırca, s. 538.

⁴⁰³ Soysal, s. 798.

olayda adı geçen internet sitesinde davalının kullanım şeklinin markasal nitelikte olup, basiretli bir tacirin uyması gereken dürüstlük kuralına aykırı bulunduğu, davacının ticaret unvanıyla karışıklığa sebebiyet verecek şekilde olup orta düzeydeki kullanıcıların arada bağlantı kurmasına zemin oluşturarak karışıklığa neden olmak suretiyle haksız rekabet oluşturduğu” yönünde karar vermiş ve orta düzeydeki kullanıcıları hedef kitle olarak değerlendirmiştir⁴⁰⁴.

V. Öncelik Hakkı

Marka ile alan adı arasındaki iltibasın varlığının tespitinde, hangi işaretin öncelik hakkına sahip olduğu önem arz etmektedir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bir tanıtma işaretinin diğerine karşı bir üstünlüğü bulunmamaktadır⁴⁰⁵. Bu noktada ilk tescilin, hangisi tarafından yapılmış olduğu tespit edilmelidir. Başka bir ifadeyle, alan adı markadan daha önce alınmış ise marka sahibi alan adına karşı herhangi bir hak iddia edemeyecektir. Yine aynı şekilde, markanın alan adından önce tescil edilmesi veya kullanılması hâlinde, alan adı sahibi tescilli veya tescilsiz markaya karşı hak iddia edemeyecektir.

Buna paralel olarak, Yargıtay tarafından verilmiş olan konu ile ilgili kararda, “mahkemeye, iddia, savunma ve tüm kanıtlara göre davacıya ait “koc.com” alan adının tescil tarihi davalıya ait “KOÇ” esas unsurlu markalardan önce ise de, davalıya ait “KOÇ” esas unsurlu ticaret unvanı ile alan adının davacıya ait davaya konu alan adından önce tescil edilmiş olduğu”, ifade edilerek ilk tescil edilmiş olan işaret koruma altına alınmıştır⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 21.06.2013 tarihli ve 2012/16009 Esas, 2013/13015 Karar sayılı kararı <https://app.darts-ip.com/darts-web/client/case-results.jsf> (Erişim: 15.03.2018).

⁴⁰⁵ Karayalçın, s. 460; Nomer, s. 404.

⁴⁰⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 28.05.2012 tarihli ve 2011/1713 Esas, 2012/9089 Karar sayılı kararı, <https://app.darts-ip.com/darts-web/client/case-results.jsf> (Erişim: 16.03.2018).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBASIN SONUÇLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI

§ 8 MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBASIN SONUÇLARI

I. Marka Hakkı Sahibi Bakımından

Markanın, bir başkası tarafından iltibasa sebep olacak şekilde alan adı olarak kullanılması, marka hakkının ihlâli sebeplerindedir. Marka hakkının ihlâli durumunda, marka sahibinin hakkının korunmasında esas alınacak hükümler ise, markanın tescilli ve tescilsiz olması durumuna göre farklılık gösterecektir. Zira marka hukukunda tescil esas olduğundan, tescilli markalar Sınai Mülkiyet Kanunu ile koruma altına alınırken, tescilsiz markalar genel hüküm niteliğinde olan Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan haksız rekabet hükümleri ile korunabilecektir. Ancak şu da belirtilmelidir ki Sınai Mülkiyet Kanunu, tescilsiz markaları tamamen koruma dışı bırakmamış olup, tescilsiz markalara ilişkin de özel düzenlemeler içermektedir. Ayrıca marka hakkına tecavüzden doğan hukuki sorumluluk, sözleşme ilişkisine dayanmayan bir sorumluluk türü olduğundan geniş anlamda haksız fiil, dar anlamda haksız rekabet kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁰⁷. İşte bu noktada genel hükümler ile özel hükümlerin bir arada uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelmektedir⁴⁰⁸. Doktrinde bu hususta farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre⁴⁰⁹, haksız rekabet hükümleri ancak, kendi özel kanun veya düzenlemeleri çerçevesinde koruma altına alınmayan haklar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Başka bir ifadeyle, özel bir kanunla korunmuş haklar bakımından, özellikle fikri haklar bakımından, genel hüküm niteliğinde olan haksız rekabet hükümlerine başvurmak mümkün olmayacaktır. Ağırlıklı olan bir diğer görüşe göre ise, özel bir kanunla koruma altına alınmış olsa bile, marka ve diğer fikri mülkiyet hakları, özel düzenleme alanı dışında kümülatif olarak haksız rekabet

⁴⁰⁷ Yasaman, s. 1010.

⁴⁰⁸ Söz konusu tartışma ayrı bir çalışma konusu olduğundan, konunun ayrıntısına girilmeden genel olarak bahsedilmekle yetinilmiştir.

⁴⁰⁹ Nomer Ertan, s. 176.

hükümleri ile korunabilecektir⁴¹⁰. Kümülatif uygulamadan kasıt ise, birini diğerine öncelikli kılmadan, her ikisinin aynı anda uygulanabileceğidir. Bunun sebebi ise, korumada dayanılan ilkelerin farklı olmasıdır⁴¹¹. Nitekim Yargıtay kararlarında da tescilli bir marka veya fikri hak söz konusu olduğunda, haksız rekabet hükümleri ile Sınai Mülkiyet Kanunu hükümlerinin birlikte uygulandığı görülmektedir⁴¹². Ancak Yargıtay kararlarında dikkat çeken bir diğer husus, tescilli markalar bakımından haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulsa da, davanın görüleceği yer ihtisas mahkemesi olmasına rağmen, Asliye Ticaret Mahkemesinde dava açılması hâlinde görevsizlik kararı verildiğidir⁴¹³. Halbuki, kümülatif uygulama ilkesi kabul ediliyorsa, davanın açıldığı mahkemenin, haksız rekabet hükümleri bakımından görevli Asliye Ticaret Mahkemesi veya Sınai Mülkiyet Kanunu bakımından görevli olan ihtisas mahkemesi olması arasında bir fark bulunmamalıdır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, kanaatimizce, haksız rekabet hükümleri ancak özel kanunların uygulama alanı dışında kalan durumlar için uygulanmalıdır⁴¹⁴. Zira her ne kadar haksız rekabette korumanın dayanağı emek ilkesi; Sınai Mülkiyet Kanunu bakımından korumanın dayanağı önceye dayalı kullanım ise de sonuç olarak, korunan menfaatler haklı kullanıma sahip olan kişinin hakkıdır. Bu sebeple, gerek uygulama kolaylığı gerekse mahkeme kararlarının içeriğindeki çelişkinin ortadan kaldırılması açısından bu şekilde bir uygulamanın kabulü uygun olacaktır. Tescilsiz markalar bakımından ise, tescilsiz markalar Sınai Mülkiyet Kanunu'nda

⁴¹⁰ Tekinalp, s. 37 ve 420; Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, Arıkan Basım, 2006, s. 230; Poroy/Yasaman, s. 346.

⁴¹¹ Tekinalp, s. 37; Poroy/Yasaman, s. 347.

⁴¹² Yargıtay 11 Hukuk Dairesi'nin, 17.12.2015 tarihli ve 2015/3685 Esas, 2015/13586 Karar sayılı kararı; 28.11.2011 tarihli ve 2010/4820 Esas, 2011/15942 Karar sayılı kararı <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/> (Erişim: 04.04.2018).

⁴¹³ Yargıtay 11 Hukuk Dairesi'nin, 28.11.2011 tarihli ve 2010/4820 Esas, 2011/15942 Karar sayılı kararında "...*Haksız rekabet davaları TTK'nin 56 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, bu maddelerden doğacak uyuşmazlıklar genel mahkemelerde görüleceği hâlde 556 sayılı Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin uygulamasından doğacak uyuşmazlıkların anılan Kararname'nin 71.maddesine göre ihtisas mahkemelerinde görülmesi gerekecektir. Bu itibarla davacı, dava dilekçesinde marka hakkına da dayanmış bulunmasına göre bu konudaki delillerin taktirinin ihtisas mahkemesine ait olacağı şüphesiz olup, haksız rekabet hükümlerine de dayanılmış olması sonucu değiştirmeyecektir.*" hükmüne yer vererek haksız rekabet hükümlerine dayanılsa da dava konusunu markanın oluşturması halinde görevli mahkeme ihtisas mahkemesi olarak görülmüştür. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/> (Erişim: 04.04.2018).

⁴¹⁴ Aynı yönde görüş, Nomer Ertan, s. 180.

düzenlenmediğinden, Türk Borçlar Kanunu m. 49 vd. ve Türk Ticaret Kanunu m. 54 vd. uygulama alanı bulacaktır⁴¹⁵.

Buradan hareketle, bir markanın başkası tarafından alan adı olarak kullanılması durumunda, markanın tescilli veya tescilsiz olması durumuna göre, uygulanacak hükümler farklılık arz edecektir.

Tescilli marka sahibinin, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/2’de sayılan şekilde, marka hakkına ihlâl oluşturan kullanımları engelleme hakkı bulunmaktadır. Marka hakkının ihlâli ise, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 29’da marka hakkına tecavüz hâli olarak sayılmıştır. Buna göre, marka hakkına tecavüz sayılan hâller, tahdidi olarak şu şekilde sıralanmıştır⁴¹⁶;

a) *Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak*^{417/418}.

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

⁴¹⁵ Yasaman, s. 1010.

⁴¹⁶ Tekinalp, s. 492; Yasaman, s. 1010.

⁴¹⁷ SMK m. 7/2’ye göre, marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır;

- a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.
- b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.
- c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.

⁴¹⁸ Tescilli bir markanın “haksız kullanım biçimleri” SMK m. 7/3’te şu şekilde sıralanmıştır;

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

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

ç) *Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.*

Söz konusu madde hükmüne göre, marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerden ilki, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7'de belirtilen marka sahibine önleme yetkisi veren kullanımlardır. İltibas oluşturan kullanım da bu kapsama girmektedir. Buradan anlaşılmaktadır ki iltibas ihtimali, hem bir tescil engeli, hem de tecavüz hâlidir⁴¹⁹. Marka sahibi, bu maddeye dayanarak iltibas sebebiyle hakkının tecavüze uğradığı gerekçesiyle, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149'da sayılan taleplerde bulunabilecektir.

Tescilsiz markaların bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılması durumunda ise, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenen bu hükümleri uygulamak mümkün olmayacaktır. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda tescilsiz markalara da uygulanabilecek hükümler, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/3'e dayanarak bir başkası tarafından yapılan marka başvurusuna itiraz ve buna dayalı olarak hükümsüzlük davası açma haklarıdır. Ancak burada uyuşmazlığın diğer tarafında, marka değil de alan adı vardır. Bu durumda, genel hüküm niteliğinde olan Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna dayalı olarak da Türk Ticaret Kanunu m. 56'da sayılan haksız rekabetten doğan hak ve taleplerde bulunulabilecektir.

Marka sahibi, markasının alan adı olarak kullanılmasına karşı Sınai Mülkiyet Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine dayanarak genel mahkemelere başvurabileceği gibi, tahkim benzeri bir yol ile idari olarak ihtilafların çözümü yoluna da gidebilir. Şöyle ki, alan adı tescilinin -ülkemiz için özellikle belgesiz alan adları- kolay ve ucuz olması, alan adlarının ticaret hayatına girmesi sebebiyle ticaret

⁴¹⁹ Çolak, s. 414.

unvanı, marka gibi tanıtıcı ad ve işaretlerle uyumsuzluk oluşturması ve internetin gösterdiği küresel özellik nedeniyle çoğu zaman birden fazla ülkede hak arama yoluna gidilmesi gerekliliği ve mahkemede yapılan yargılamaların uzun sürmesi, alan adı uyumsuzluklarında alternatif yol arayışına sebep olmuştur. Bu sebeple de alan adı uyumsuzluklarının hızlı ve etkin bir şekilde çözülmesi için, önceleri “.com”, “.net” gibi jenerik üst düzey alan adları (gTLD) tescili yapan Network Solution Inc. tarafından ihtilaf çözüm yolu uygulanmaktaydı. Ancak bu tahkim sisteminin iyi işlememesi üzerine, ICANN Tektip İhtilaf Çözüm Kurallarını (UDRP) geliştirmiştir⁴²⁰. Markanın haksız alan adı olarak tescil veya kullanılmasından doğan ihtilaflara uygulanan UDRP çözüm usulünde, sadece alan adını tescil ettiren kişi alan adının tescili ile birlikte bu çözüm usulünü tek taraflı olarak kabul etmektedir. Alan adının haksız tescil veya kullanım suretiyle ihlâl edildiğini iddia eden kişi, alan adının tescili ile birlikte bu çözüm usulünü kabul etmekteyken, uyumsuzluğun diğer tarafında bulunan marka sahibinin böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Marka sahibi, ihtilafın çözümü için yetkili kuruluşa başvurduğu anda bu çözüm usulünü kabul etmektedir⁴²¹. Ancak ifade edildiği üzere, uluslararası nitelik arz eden bu uyumsuzlukların genel mahkemeler yoluyla çözüme kavuşturulması uzun süreli ve zahmetli olacağından, hakkı tecavüze uğrayan marka sahipleri tarafından da başvurulabilecek en etkili yol alternatif çözüm mekanizmasıdır. Bununla birlikte taraflar bu aşamada dahi, doğrudan mahkemelerde dava açabilecektir⁴²².

II. Alan Adı Hakkı Sahibi Bakımından

Alan adı, sahibine alan adı üzerinde tasarrufta bulunma ve alan adının bir başkası tarafından alan adı veya başka bir ad veya işaret olarak kullanmasını engelleme hakkı vermektedir. Bu sebeple, alan adı sahibi, alan adı ile marka arasındaki iltibas sebebiyle alan adının tecavüze uğradığını ileri sürebilir. Ancak alan adının, iltibas oluşturacak şekilde bir başkası tarafından marka olarak kullanılması durumunda alan adı sahibinin başvuracağı yollar, özel bir hukuki düzenlemeyle belirlenmemiştir. Alan adı hakkının iltibas sebebiyle ihlâl edilmesine yönelik bir hüküm

⁴²⁰ Toplu Ünlü, s. 9.

⁴²¹ Oğuz, s. 353.

⁴²² Oğuz, s. 353.

bulunmadığından, genel hüküm niteliğinde olan haksız rekabete ilişkin hükümleri uygulamak gerekmektedir. Zira Türk Ticaret Kanunu m. 54/2 uyarınca “*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır*”. Söz konusu hükme dayanarak, alan adı sahibinin hakkı da rakipleri veya diğer kişiler tarafından ihlâl ediliyorsa, dürüstlük kuralına aykırı bir kullanım olduğundan bahsetmek gerekir. Dürüst kullanıma aykırı davranışlar ise, bir sonraki maddede düzenlenmiş olup, iltibas sebebiyle haksız rekabet en çok uygulanan haksız rekabet şeklidir. Söz konusu durumu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu m. 55/1-a, 4 bendine göre, bir ayırt edici ve tanıtıcı işaret olan alan adı, karıştırılmaya yol açıyorsa haksız rekabet hükümlerine göre korunabilmektedir. Haksız rekabet hukukunda korunmak istenen, emek prensibidir. Alan adının bir başkası tarafından marka olarak kullanılmasında da alan adı sahibinin emek ve çalışmalarından haksız yararlanma söz konusu olacağından, bu durum haksız rekabete yol açacaktır. Haksız rekabetin varlığı hâlinde ise, alan adı sahibinin, haksız rekabetten doğan Türk Ticaret Kanunu m. 56/1’de sayılan tespit, men, eski hâle iade ve tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır.

Alan adları bakımından özel bir kanun bulunmasa da, Sınai Mülkiyet Kanunu’nda alan adlarını da kapsayacak hükümler bulunmaktadır. Şöyle ki, alan adı sahibi, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 6. maddesi gereğince, alan adı hakkına dayanarak, yapılan bir marka başvurusuna itiraz edebilecektir. Bununla birlikte söz konusu marka bir şekilde tescil edilmişse alan adı sahibi, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 25. maddesine dayanarak bu markanın hükümsüzlüğünü talep edebilecektir.

Ş 9 MARKA İLE ALAN ADI ARASINDAKİ İLTİBAS DURUMUNDA BAŞVURULACAK ÇÖZÜM YOLLARI

I. Dava Yolu

A. Marka Hakkından Doğan Hak ve Talepler

1. Tescilli Markalar Bakımından

Başkasına ait tescilli bir markanın iltibas oluşturacak şekilde alan adı olarak kullanılması hâlinde, marka hakkına tecavüz sebebiyle, marka sahibinin özel hukuka dair sahip olduğu dava ve talep hakları Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149'da sayılmıştır.

a) Açılacak Davalar

(1) Tecavüzün Tespiti Davası

Marka sahibi, bir başkası tarafından markasının alan adı olarak kullanılmasının tecavüz oluşturup oluşturmayacağını tespiti için, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149/1-a bendinde düzenlenmiş olan tecavüzün tespiti davasını açabilir. Tespit davası, haksız kullanım fiilinin tecavüz olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılır⁴²³. Ancak uygulamada bu dava, genellikle tek başına açılmamakta, tecavüzün önlenmesi, durdurulması, kaldırılması ve bazen de tazminat davalarıyla birlikte açılmaktadır⁴²⁴.

Marka hakkının alan adı yoluyla ihlâli durumunda, fiilin tecavüz teşkil edip etmediği ise, alan adı tahsis kayıtlarının tutulduğu veri tabanına erişim sağlanarak belirlenebilecektir⁴²⁵. Alan adlarının tutulduğu veri tabanları alenidir ve çevrimiçi olarak herkes tarafından incelenebilecektir. Ayrıca söz konusu veri tabanında, ihlâl konusu oluşturan alan adı ile ilgili, alan adı sahibi, idari yetkili ve teknik yetkilisinin isim ve iletişim bilgileri, barındırma, tahsis ve IP hizmet sağlayıcıları, alan adı sözleşmesinin başlangıç ve bitiş tarihleri gibi alan adına ilişkin tüm bilgiler yer

⁴²³ Tekinalp, s. 498.

⁴²⁴ Suluk/Karasu/Nal, s. 409.

⁴²⁵ Söz konusu veri tabanına "whois" veri tabanı da denilmektedir. Erişim linkleri, <https://www.whois.com/> ve <http://www.whois.com.tr/#>.

almaktadır⁴²⁶. Ancak iltibasın tespiti bakımından tek başına alan adı veri tabanına erişim yeterli olmayacak, ayırt edici işaret sahiplerinin aynı sektörde faaliyet yapıp yapmadıkları veya markayı kullanım şekillerinin tespiti bakımından site içeriğinin de tespit edilmesi gerekebilecektir. Bu sebeple site içeriğinin tespiti de tecavüzün tespiti davası kapsamında mahkemeden talep edilebilecektir.

(2) Tecavüzün Önlenmesi Davası

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149/1-b bendinde düzenlenen tecavüzün önlenmesi davasına, başlama tehlikesi bulunan veya başlamış tecavüzün devamını önlemek için başvurulur. Önleme davasına mülga KHK’de yer verilmediğinden, marka hakkı sahibi haksız rekabet hükümlerine başvurarak tecavüzün önlenmesini talep edebiliyordu. Ayrıca tecavüzün durdurulması talebi kapsamında, tecavüzün önlenmesinin de istenebileceği ileri sürülmekteydi⁴²⁷. Ancak Sınai Mülkiyet Kanunu ile bu boşluk doldurulmuş ve önleme davası da ayrı bir bent hâlinde düzenlenmiştir. Buna göre, marka sahibi, markasının bir başkası tarafından alan adı olarak alınmış ancak henüz kullanıma başlanmamış olması hâlinde, ileride kullanma ihtimaline dayanarak bu dava yoluna başvurabilecektir.

(3) Tecavüzün Durdurulması Davası

Devam etmekte olan bir tecavüzün durdurulması amacıyla, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149/1-c’ye dayanılarak marka sahibi, tecavüzün durdurulmasını talep edebilecektir. Durdurma davası, devam etmekte olan tecavüz eylemine karşı bir eda davası niteliğindedir⁴²⁸. İleri sürülebilmesi için tecavüzde bulunanın kusuru ve zararın varlığı aranmaz⁴²⁹. Markanın üçüncü bir kişi tarafından alan adı olarak kullanılmasından kaynaklanan iltibas hâlinde de marka sahibi, söz konusu alan adına sahip web sitesinin faaliyetlerinin durdurulmasını talep edebilecektir.

⁴²⁶ Emrah Öngören, *Marka Hukuku ve İnternet Alan Adları*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 76.

⁴²⁷ Tekinalp, s. 497.

⁴²⁸ Tekinalp, s. 497; Arkan, C. II, s. 234; Çolak, s. 661.

⁴²⁹ Tekinalp, s. 497; Yasaman, s. 1121; Arkan, C.II, s. 234; Çolak, s. 661.

(4) Tecavüzün Kaldırılması Davası

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149/1-ç’de düzenlenen bu davanın konusu, tecavüz ile ortaya çıkan hukuka aykırılığın sonuçlarının ortadan kaldırılması ve markanın tecavüzden önceki duruma getirilmesidir⁴³⁰. Bu davanın açılabilmesi için, tecavüzün devam etmesi şart değildir⁴³¹. Ancak tecavüzün kaldırılması davası açabilmek için, tecavüz eyleminin fiili etkilerinin görülmüş olması gerekir⁴³². Tecavüzün kaldırılması davasında da diğerlerinde olduğu gibi, kusur aranmamaktadır⁴³³.

(5) Tazminat Davası

Marka hakkı tecavüze uğrayan kişi, tecavüz dolayısıyla zarara uğramışsa, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149/1-ç bendine dayanarak, bu zararın tazmin edilmesini isteyebilir. Hakkı tecavüze uğrayan kişi, maddi olarak uğradığı zararın giderilmesinin yanında, manevi zararının giderilmesini de talep edebilecektir. Haksız rekabetin özel bir türü olarak kabul edilen marka hakkına tecavüz hâlinde, haksız fiilde bulunana karşı tazminat davası açılabilmesi için kusur ve zarar olması gerekir⁴³⁴. Başkasına ait alan adının marka olarak kullanılmasından doğan zararları da marka hakkı sahibi, bu bende göre talep edebilecektir.

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149/1-ç bendinde, sadece maddi ve manevi tazminat davalarına yer verilse de, m. 150/2’ye dayanarak, marka hakkının itibarının zarara uğraması hâlinde, itibar tazminatı davası da açılabilir. Bu sebeple Tekinalp, tazminat davalarını üç başlık altında incelemiştir⁴³⁵. İtibarın zarara uğraması, kötü üretim, uygun olmayan tarzda piyasaya sürme ve markanın kötü bir şekilde kullanılması şeklinde karşımıza çıkabilir. Markanın başkasına ait alan adında kullanılması durumu da, marka sahibinin itibarının zedelenmesi sonucu doğurabilir. Örneğin, www.adidassalim.com alan adını taşıyan web sitesi üzerinden, kalitesi

⁴³⁰ Suluk/Karasu/Nal, s. 409; Tekinalp, s. 497; Çolak, s. 679.

⁴³¹ Kaya, s. 285; Çolak, s. 679.

⁴³² Soysal, s. 841.

⁴³³ Kaya, s. 285; Tekinalp, s. 498; Yasaman, s. 1126.

⁴³⁴ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara, 2017, s. 403; Suluk/Karasu/Nal, s. 410.

⁴³⁵ Tekinalp, s. 499.

düşük “adidas” markalı ürünlerin satılması, marka sahibinin itibar kaybına sebep olacaktır. Bu durumda marka sahibi, maddi ve manevi tazminatın yanında şartları oluştuğunda itibar tazminatı talebinde de bulunabilecektir.

b) Diğer Talepler

(1) Delillerin Tespiti

Delillerin tespiti talebi, mülga KHK'nin 75. maddesinde ayrı başlık hâlinde düzenlenmişken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan delil tespiti hükümlerinin tekrarı niteliğinde olduğu gerekçesiyle, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Buradan hareketle marka sahibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 400'e dayanarak “*görülmekte olan bir davada, henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada, ileri süreceği bir vakianın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir*”. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere delil tespiti bir dava türü olmayıp, ihtiyati tedbir talebi gibi bir taleptir⁴³⁶. Yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 400/2'ye göre, delil tespiti talebinde bulunabilmek için, delillerin kaybolması veya ileride temin edilmesinin güçleşmesi gibi ortada, hukuki bir yarar olmalıdır.

Tüm bu hükümlere dayanarak, marka hakkı sahibinin, alan adının haksız olarak kullanılmasında, site içeriğinin önem arz etmesi yani haksız kullanıma site içeriğine bakarak karar verilecek olduğundan, dava açmadan önce delil tespiti talebinde bulunması noktasında hukuki yararı vardır. Zira dava açıldıktan sonra alan adı sahibi tarafından site içeriğinin değiştirilmesi mümkündür.

(2) İhtiyati Tedbir Talebi

Genel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte, tescilli markalar bakımından Sınai Mülkiyet Kanunu m. 159'da ihtiyati tedbir talebine ilişkin özel hüküm mevcuttur. Bu sebeple tescilli markalar bakımından, ihtiyati tedbir talebinde bu hüküm dikkate alınacaktır. Ancak Sınai Mülkiyet Kanunu'nda

⁴³⁶ Suluk/Karasu/Nal, s. 409; Çolak, s. 746.

hüküm bulunmayan hususlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Söz konusu hükme göre, “*dava açma hakkı olan kişiler, dava konusu kullanımın, ülke içinde kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde, gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir*”.

Markası alan adı olarak kullanılan kimse, bu maddede öngörülen şartlar söz konusu olması hâlinde (kayıt kurumundan markaya tecavüz oluşturacak alan adının kayıt ettirilmesi gibi) ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecektir. İhtiyati tedbir talebi, dava açılmadan önce veya dava ile birlikte veya daha sonra ileri sürebilir⁴³⁷.

(3) El Koyma, Ürünler Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması, Markanın Silinmesi, İmhası

Marka sahibi Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149/1-d ve e bendine dayanarak alan adının kullanımının durdurulmasını alan adı, teşebbüsün iş evrakı ile ilan ve reklamlarında kullanılmış ise markadan oluşan alan adının silinmesini, silinmesi mümkün değilse bu ürünlere el konularak imhasını talep edebilir⁴³⁸. Marka sahibi, ürünlerinin değeri tazminat miktarından düşülmek kaydıyla, markasına tecavüz edilen ürünlerin mülkiyetinin kendisine devrini de talep edebilir.

(4) Hükmün İlgililere Tebliği ve Kamuya Yayım Yoluyla Duyurulması

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149/1-g bendine dayanarak, tecavüz eden aleyhine verilen mahkeme kararının, marka hakkına tecavüzde alakadar kişilere tebliğ edilmesini ve kamuya yayım yoluyla duyurulmasını talep edebilir. Tebliğ ve yayım masrafları tecavüz eden taraftan karşılanacaktır (SMK m. 149/1-g).

⁴³⁷ Suluk/Karasu/Nal, s. 417; Çolak, s. 751.

⁴³⁸ Soysal, s. 849.

(5) Alan Adının Terkini

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, tüm bu taleplerin yanında, tecavüze konu alan adının terkinini de talep edebilecektir. Ancak bu talebe ilişkin Sınai Mülkiyet Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple Yargıtay kararlarında da içtihat edildiği üzere, alan adının iptali talebi, Türk Ticaret Kanunu m. 56/1-c maddesi anlamında, *“haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması”* kapsamında değerlendirilmelidir. Buna dayanarak markanın, meşru bir hakkı olmaksızın üçüncü bir kişi tarafından iltibas oluşturacak şekilde alan adı olarak kullanılması hâlinde mahkeme, marka hakkına dayalı olarak alan adının terkinine karar verebilecektir⁴³⁹. “.tr” uzantılı alan adları hakkında verilen alan adının terkini kararının uygulanmasında herhangi bir sorunla karşılaşılmazken, “.com, .net” gibi jenerik alan adlarının terkini noktasında, mahkemeler çekimser davranmaktadır. Zira “.com” uzantılı alan adlarının tahsisine ICANN yetkili olduğundan, terkini açısından da kararın infaz edilebilmesi için tenfizin gerekip gerekmediği tereddüte yol açmaktadır⁴⁴⁰. Ancak Yargıtay, 30.03.2015 tarihli Güneş Sigorta markasına ilişkin açılan davada, “.com” uzantılı alan adının terkini kararının uygulanması bakımından tenfize gerek olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, *“ICANN Tüzüğü uyarınca tahsisi gerçekleştiren kurumca ülkesellik prensibi gözetilmeden ve tenfiz kararına gerek olmadan, kararın tenfizinin mümkün olduğu gerekçesiyle davacının marka hakkına tecavüzün tespit ve önlenilmesine davalı adına tahsisli “...” alan adının davalı tarafından kullanımının önlenilmesine ve iptaline karar verilmiştir”*⁴⁴¹.

Yine Yargıtay, alan adının terkini talebi ile ilgili verdiği bir başka kararında, terkin işleminin idari işlem niteliğinde olması ve idarenin görev alanına girmesi nedeniyle reddeden yerel mahkeme kararını, terkin işleminin idari nitelikte olmadığı, ayrıca eylemin haksız rekabet hükümleri oluşturacağı gerekçesiyle doğru bulmamıştır. Başka bir ifadeyle mahkeme, Türk Ticaret Kanunu m. 58 uyarınca haksız rekabetin

⁴³⁹ Savaş Bozbel, *İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 62 vd.

⁴⁴⁰ Soysal, s. 856.

⁴⁴¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 30.03.2015 tarihli ve 2014/18948 Esas, 2015/4359 Karar sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=5427#> (Erişim: 28.03.2018).

ortadan kaldırılması kapsamında, alan adının terkinine karar verilebileceği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur⁴⁴².

(6) İnternet Sitesine Erişimin Durdurulması ve Engellenmesi

Marka sahibi, marka hakkına tecavüz oluşturacak fiilin ortadan kaldırılması için, alan adlarına özgü nitelikte olan, internet sitesine erişimin durdurulması ve engellenmesi talebinde de bulunabilecektir⁴⁴³. Alan adlarına ilişkin tedbir yolları bakımından, doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple Sınai Mülkiyet Kanunu m. 159/2 hükmüne başvurulabilecektir. Zira Sınai Mülkiyet Kanunu m. 159/2-a bendi, “*davacının sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesi ve durdurulması*” şeklinde düzenlenmiştir. İnternet sitesine erişimin durdurulması ve engellenmesi tedbirine yönelik kararlar, alan adı sebebiyle marka ihlâline konu olan yargı kararlarında da sıkça görülmektedir⁴⁴⁴.

Alan adının terkininde olduğu gibi, bu taleplerde de “.com, .net” gibi jenerik alan adları bakımından alan adı yabancılik unsuru taşıdığından, “.com, .net” uzantılı alan adlarına erişimin engellenmesi ve durdurulması kararının uygulanması noktasında sorun yaşanacaktır⁴⁴⁵. Zira, “.com, .net” gibi alan adlarını tahsise yetkili kurum ICANN olduğundan erişimin engellenmesi ve durdurulması talebini yerine getirecek olan makam da yine kendi ülke hukuklarına göre belirlenecektir. Ancak burada da, “.com” uzantılı alan adları bakımından Yargıtay’ın alan adlarının terkinini yolunda benimsemiş olduğu “tenfize gerek olmadan uygulama” kuralı dikkate alınacak olup, mahkemeler tarafından verilen bu kararın uygulanması kendi ülke hukuklarına bırakılacaktır. Dolayısıyla farklı bir ülkede tescili sağlanan alan adları bakımından da o ülkenin yetkili servis sağlayıcıları kanalıyla kararın yerine getirilmesi mümkün olabilecektir⁴⁴⁶. Nitekim İzmir FSHHM tarafından “Şerifoğlu” markası ile

⁴⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 01.12.2011 tarihli ve 2009/14376 Esas, 2011/16272 Karar sayılı kararı (naklen Çolak, s. 781); Soysal, s. 856.

⁴⁴³ Çolak, s. 781, Soysal, s. 853.

⁴⁴⁴ İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin 10.06.2014 tarihli ve 2009/151 Esas, 2014/135 Karar sayılı kararı. <https://app.darts-ip.com/darts-web> (Erişim: 28.03.2018); İstanbul 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin 21.10.2014 tarihli ve 2013/171 Esas, 2014/233 Karar sayılı kararı, <https://app.darts-ip.com/darts-web/client/case-results.jsf> (Erişim: 28.03.2018).

⁴⁴⁵ Soysal, s. 854.

⁴⁴⁶ Soysal, s. 854.

“www.serifogluizmir.com” alan adı arasındaki uyuşmazlıkta, mahkeme, davacının önceye dayalı hakkı olduğunu, davalının sektöründe faal olan ve kendisinden önce piyasada bulunan davacı firmaya ait markayı, iltibas oluşturacak şekilde markasal biçimde tanıtımlarında kullanması, alan adı olarak tercih etmesinin, marka hakkına tecavüz oluşturduğunu belirtmiştir. Ayrıca “*davalı adına kayıtlı, “www.serifogluizmir.com” alan adının kullanımının durdurulmasına, engellenmesine, bu konu da servis sağlayıcılar birliğinin işlem yapmakla yükümlü olduğuna*” karar vermiştir⁴⁴⁷.

Ayrıca mahkeme kararlarında, “.com” uzantılı olmasına rağmen, sadece Türkiye’den erişimin engellenmesi şeklinde karar verildiğine rastlanmak da mümkündür. Örneğin, İstanbul 4. FSHM, “...marka hakkına tecavüz oluşturan “*www.paradoxtr.com*” alan adının kullanılmasının önlenmesine, bu siteye Türkiye’den erişimin engellenmesine...” karar vermiştir⁴⁴⁸.

c) Yargılama Hukukuna İlişkin Özellikler

(1) Davanın Tarafları

i. Davacı

Marka hakkına tecavüz hâlinde, Sınai Mülkiyet Kanunu’nda yer alan davaları açma hakkı, marka üzerinde hak sahibi olan kişiye aittir. Marka sicilinde adına marka tescil edilen kişi marka sahibidir⁴⁴⁹. Şayet marka paylı mülkiyete tâbiyse, paydaşlardan her biri marka hakkının korunmasına ilişkin dava açabilir. Elbirliği mülkiyeti hâlinde de her bir ortak, dava açma hakkına sahiptir. Tecavüze uğrayan marka ortak marka niteliğindeyse, markayı kullanmaya yetkili kişilerin her biri tek

⁴⁴⁷ İzmir Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin 11.12.2014 tarihli ve 2014/74 Esas, 2014/14 Karar sayılı kararı, <https://app.darts-ip.com/darts-web/data/darts-229-952-D-tr-3.pdf#search=%22alan%20terkini%22> (Erişim: 28.03.2018).

⁴⁴⁸ İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin 10.06.2014 tarihli ve 2009/151 Esas, 2014/135 Karar sayılı kararı. <https://app.darts-ip.com/darts-web/data/darts-905-350-D-tr.pdf#search=%22alan%20terkini%22> (Erişim: 28.03.2018).

⁴⁴⁹ Tekinalp, s. 510.

başına dava açmaya yetkilidir. Ancak garanti markası söz konusu ise dava açma hakkı marka sahibine aittir⁴⁵⁰.

Bununla birlikte bazı hâllerde, marka başvurusu yapan kişinin de dava açma hakkı bulunmaktadır⁴⁵¹. Zira Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/4, marka başvurusunun bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle, başvuru sahibine, tazminat davası açma yetkisi tanınmıştır. Öğretide ise, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda sadece tazminat davası belirtilmişse de, başvuru sahibinin Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149'da sayılan tüm davaları açma yetkisinin olduğu kabul edilmektedir⁴⁵². Bu görüşe göre mahkeme, kararını marka tescilinin ilanından sonraya bırakmalıdır. Şayet başvuru reddolur da tescil olmazsa, davalar düşecektir.

Lisans sahiplerinin dava ehliyeti ise, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 158'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, inhisari lisans sahibi sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, tecavüzdən doğan davaları açma hakkına sahiptir. Ancak bu yetki, marka üzerinde mutlak hak sahibi olan marka sahibinin dava haklarını bertaraf etmeyecektir⁴⁵³. Buna karşılık inhisari olmayan lisans sahibinin ise, kural olarak, tecavüzdən doğan davaları açma yetkisi bulunmamaktadır. Ancak Sınai Mülkiyet Kanunu m. 158/2'ye dayanarak, marka sahibinden tecavüz davası açmasını isteyebilecektir. Marka hakkı sahibi, bu talebi kabul etmezse veya bildirimden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmazsa, lisans alan, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilecektir. Ayrıca dava dilekçesine noter aracılığıyla yollanan bildirim de eklenmesi gerekmektedir⁴⁵⁴.

ii. Davalı

Davanın muhatabı, marka hakkına tecavüz fiilini işleyen kişidir. Dolayısıyla dava, tecavüzde bulunan kişiye karşı açılır. Müteceviz, Sınai Mülkiyet Kanunu m.

⁴⁵⁰ Yasaman, s. 1139.

⁴⁵¹ Tekinalp, s. 391; Çolak, s. 664; Suluk/Karasu/Nal, s. 412.

⁴⁵² Tekinalp, s. 391; Aynı yönde Çolak, s. 664.

⁴⁵³ Yasaman, s. 748; Tekinalp, s. 511.

⁴⁵⁴ Tekinalp, s. 511.

149'daki tecavüz fiillerini işleyen kimse olacağından davalı, bu maddeye göre belirlenmektedir⁴⁵⁵.

Uyuşmazlığın bir tarafında alan adı olması hâlinde ise, tecavüzde bulunan kişinin tespiti bakımından özel incelemede bulunmak gerekmektedir. Zira marka ile alan adı uyuşmazlıklarında davalı tarafta, sadece alan adını haksız olarak kullanan kişi bulunmamaktadır. Zira alan adlarının yapısı gereği, alan adı tescilinde, alan adını haksız kullanan kişinin yanında, alan adını tescil eden kurum ve bir alan adının yönlendirme vasıtası olarak kullanılmasında, kullanan kişi ile bu yönlendirme vasıtasını satan internet şirketinin de iştiraki kabul edilmektedir⁴⁵⁶. Bu iştirak durumunda, alan adı tescil kurumu ve internet şirketinin sorumluluğu ise müteselsil sorumluluktur⁴⁵⁷.

Buradan hareketle öncelikle davalı olarak gösterilecek suje, alan adını haksız kullanan kişidir. Alan adını haksız kullanan kişi, dürüstlük kuralına aykırı olarak alan adını tescil ettiren veya kullanan kişidir. Alan adını kullanan ile tescil ettiren kişiler, her zaman aynı olmamaktadır. Bu sebeple, alan adını hukuka aykırı olarak tescil ettiren ile haksız olarak kullanan kişinin birlikte davalı olarak gösterilmesi gereklidir⁴⁵⁸.

Davalı olarak gösterilebilecek bir diğer suje, alan adı tescil kurumlarıdır. ODTÜ Alan Adı İdaresi, “.tr” Alan Adları Politikaları, Kuralları ve İşleyişi'nin 25. maddesinde, alan adının tahsisi ve kullanımı dolayısıyla ortaya çıkan ihlâllerden kendisinin sorumlu olmadığını belirtmiştir. Sorumsuzluk anlaşması Türk Borçlar Kanunu m. 115'de düzenlenmiş olup, bu sözleşme ile ileride gerçekleşmesi muhtemel bir tazminat borcu ortadan kaldırılmaktadır⁴⁵⁹. Ancak alan adı idaresinin, bu sorumsuzluk kaydı ile sözleşme ilişkisi bulunan kişilere karşı, ağır kusurundan ve ihmalinden kaynaklanan zararlardan kurtulması mümkün değildir⁴⁶⁰. Buradan

⁴⁵⁵ Tekinalp, s. 511.

⁴⁵⁶ Oğuz, s. 334.

⁴⁵⁷ Memiş, Alan Adı Politikaları, parç. 52.

⁴⁵⁸ Oğuz, s. 335.

⁴⁵⁹ Eren, s. 1110.

⁴⁶⁰ Eren, s. 1111; İnan/Yücel, s. 614.

hareketle, alan adı tescil kurumlarının sorumluluğu değerlendirilirken, ihlal durumunun tescil kurumu tarafından bilip bilinmemesi göz önünde bulundurulmalıdır. Şayet alan adı tescilinin üçüncü kişinin marka hakkını ihlâl ettiği, alan adı tescil kurumu tarafından biliniyorsa veya mahkeme bu yönde yasaklama kararı vermiş olmasına rağmen tescil yapılıyorsa, bu durumda tescil kurumunun sorumlu olduğu kabul edilmelidir⁴⁶¹. ODTÜ Alan Adı İdaresi, bu riskleri ortadan kaldırmak adına belgeye dayalı tescil sistemini benimsemiştir. Ancak buna rağmen, tescil yapılırken gerekli özeni göstermeyen çalışanları Türk Borçlar Kanunu m. 49 uyarınca, ODTÜ de adam çalıştıran olarak, Türk Borçlar Kanunu m. 65 gereğince sorumlu olacaktır⁴⁶². Tüm bu anlatılanlar ile birlikte, alan adı ile marka ihtilaflarında marka sahibi, ODTÜ ile herhangi bir ilişki içinde değildir. Bu sebeple sorumsuzluk kaydı akdi bir işlem olduğundan, sözleşmeye taraf olmayan marka sahibine karşı ileri sürülemeyecektir⁴⁶³. Ayrıca şu da belirtilmelidir ki, alan adı tescil kurumları tecavüz fiilinde bulunan tarafta olmayacağından, sadece alan adının terkin edilmesi ve tazminat talepleri bakımından sorumluluğu kabul edilmelidir. Bu sebeplerle alan adı tescil kurumlarının, davalı sıfatı ile gösterilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Mahkeme tarafından verilen karar, alan adının terkin bakımından tescil kurumlarını da ilgilendirmektedir. Zira mahkeme kararı kesinleşmiş hüküm niteliğinde olup, bütün kurumlarca uygulanması gerekir.

Marka ile alan adı uyumsuzluklarında davalı tarafta bulunabilecek son suje ise, arama motoru şirketleridir. Bu şirketlerin sorumluluğu, alan adının hukuka aykırı şekilde yönlendirme vasıtası olarak kullanılması durumunda gündeme gelecektir. Alan adının hukuka aykırı olarak yönlendirme vasıtası olarak kullanılması da bir başkasının markasına tecavüz oluşturabilecektir. Ortaya çıkan bu zarardan, alan adını haksız kullanan kişi ile bu alan adının aynı veya benzerini yönlendirme vasıtası olarak kullanımını sağlayan internet şirketi de sorumlu tutulabilir⁴⁶⁴. Alman mahkemeleri arama motoru şirketinin sorumluluğunu da, haksız rekabet veya haksız

⁴⁶¹ Renck, s. 3593 (naklen Oğuz, s. 337).

⁴⁶² Eren, s. 638 vd.; Oğuz, s. 338.

⁴⁶³ Memiş, Alan Adı Politikaları, parç. 54.

⁴⁶⁴ Memiş, İnternet ve Hukuk, s. 134.

fiil sorumluluğuna dayandırmaktadırlar⁴⁶⁵. Bu sebeple hukukumuzda da arama motoru şirketini sorumlu tutabilmek için, hukuka aykırılığın varlığı noktasında arama motoru şirketinin bilgisinin olması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁶⁶. Ancak arama motoru şirketi, marka ile olan uyuşmazlıklarda, markanın aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanıp kullanmadığını bilemez. Bu sebeple iltibas oluşturan bu kullanım bakımından, durumu bilmeyen veya bilmesi mümkün olmayan arama motoru şirketi sorumlu tutulmamalıdır.

(2) Zamanaşımı

Marka hakkı tecavüze uğrayan kişi, tecavüzden doğan dava ve taleplerini zamanaşımı süresi içinde ileri sürmelidir. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 157 uyarınca, sınai mülkiyet hakkı veya geleneksel ürün adından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. Türk Borçlar Kanunu'nda ise haksız fiile ilişkin zamanaşımı hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Türk Borçlar Kanunu m. 72'ye göre zamanaşımı süresi, fiil ve failin öğrenildiği tarihten itibaren iki yıl ve öğrenme gerçekleşmese bile tecavüzün gerçekleşmesinden itibaren her halükarda on yıldır. Yine aynı maddenin son cümlesine göre, tecavüz eylemi aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen uzamış ceza zamanaşımı süreleri uygulanır.

Tecavüz devam ettiği müddetçe zamanaşımı işlemeyeceğinden, marka hakkına tecavüzün durdurulması talebi zamanaşımına uğramaz⁴⁶⁷.

(3) Görevli ve Yetkili Mahkeme

Marka hakkına tecavüz durumunda görevli ve yetkili mahkemeler, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 156'da düzenlenmiştir. Buna göre, görevli mahkeme, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi bulunmayan yerlerde, bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi bakacaktır (SMK m. 156/1).

⁴⁶⁵ Gilleron, s. 702, dp. 48 (naklen Oğuz, s. 338).

⁴⁶⁶ Oğuz, s. 339.

⁴⁶⁷ Tekinalp, s. 517; Çolak, s. 669; Kaya, s. 283.

Yetkili mahkeme ise, davacının yerleşim yeri veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir (SMK m. 156/3). Öte yandan marka hakkına, alan adı yolu ile tecavüz vuku bulduğunda, suçun işlendiği veya etkilerinin görüldüğü yer mahkemesi Türkiye'nin herhangi bir yerindeki mahkeme olabilir; zira tecavüz internet bağlantısı olan her yerde gerçekleşmekte ve etkilerini göstermektedir⁴⁶⁸.

Hak sahibi olan davacının Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Türk Patent'in merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir (SMK m. 156/4).

2. Tescilsiz Markalar Bakımından

Tescilsiz markaların korunması bakımından, haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulacağından açılacak davalar ve yargılama hukuku bakımından Türk Ticaret Kanunu hükümleri dikkate alınacaktır. Buna göre, haksız rekabetin varlığı hâlinde açılacak davalar, Türk Ticaret Kanunu m. 56/1'de sıralanmıştır.

a) Açılacak Davalar

(1) Haksız Rekabetin Tespiti Davası

Türk Ticaret Kanunu m. 56/1-a bendi uyarınca, davalının davranışının haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının tespiti amacıyla, tespit davası açılmalıdır. Tespit davasının, haksız rekabetin olduğu yönündeki bir durumun tespiti amacıyla açılması şart olmayıp, bir fiilin haksız rekabet oluşturmadığının tespiti de bu davanın konusu olabilir⁴⁶⁹. Bu dava ile saptanmak istenen, taraflar arasında hukuki ilişkinin olup olmadığıdır⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Öngören, s. 84.

⁴⁶⁹ Nomer Ertan, s. 398.

⁴⁷⁰ Serhan Dinç, *Haksız Rekabet Hâlleri ve Buna İlişkin Davalar*, Seçkin Yayınları, Eylül 2017, s. 95.

Haksız rekabetin tespiti davası, daha önce bahsetmiş olduğumuz Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 400’de düzenlenen delil tespiti davasından farklı niteliktedir. Delil tespiti davası, delillerin kaybolmasını önlemek amacıyla açılan, tedbir niteliğinde bir davadır. Ayrıca kesin hüküm teşkil etmez. Haksız rekabetin tespiti davası ise, kesin hüküm niteliğinde olup, daha çok henüz şartları oluşmadığı için açılmayan eda davalarında kullanılacak kesin delil elde etmek için açılır⁴⁷¹. Ayrıca haksız rekabetin tespiti davası, “*eda davası açılabilirken tespit davası açılmayacağı*” kuralının da istisnasını oluşturmaktadır⁴⁷². Şayet tecavüzün kaldırılması ve tazminat davaları bir eda davası niteliğinde olduğundan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu kuralı uygulanacak olursa, artık tespit davası açılmasında hukuki yarar olmadığı kabul edilir ve tespit davası açılmaz. Ancak kanun koyucu haksız rekabet ile ilgili davalarda, bazen sadece rekabetin haksız olduğunun tespit ettirilmesinin yeterli olabileceği ve ihlâlde bulunan tarafın, bu tespitten sonra haksız rekabetten vazgeçebileceğini düşünmüştür⁴⁷³. Bu sebeple Türk Ticaret Kanunu m. 56/1-a hükmü, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149’a paralel şekilde, haksız rekabete maruz kalan kişilere, mahkeme kararı ile tespit ettirme hakkını açıkça tanımıştır⁴⁷⁴. Buna karşılık eda davası içinde tespit davası kendiliğinden var olduğundan, eda davasının açıldığı durumlarda tespit davası açılması gereksiz olacaktır⁴⁷⁵.

(2) Haksız Rekabetin Men’i (Önlenmesi) Davası

Haksız rekabet nedeniyle açılacak bir diğer dava türü ise, haksız rekabetin men’i davasıdır. Bu davanın açılabilmesi için, haksız rekabet fiilinin devam ediyor olması veya haksız rekabet fiilinin tekrarlanacağı hususunda güçlü belirtiler olması gerekir⁴⁷⁶. Tecavüz ve tekrarlanma tehlikesinin varlığı için, yakın, ciddi ve somut bir

⁴⁷¹ Suluk/Karasu/Nal, s. 448; Nomer Ertan, s. 403.

⁴⁷² Nomer Ertan, s. 400; Aksi yönde görüş için bkz. Sevilay Eroğlu, *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 240.

⁴⁷³ Murat Oruç, *Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası*, XII Levha, İstanbul, 2009, s. 61.

⁴⁷⁴ Suluk/Karasu/Nal, s. 448.

⁴⁷⁵ Nomer Ertan, s. 400.

⁴⁷⁶ Ayhan/Çağlar, s. 402; Suluk/Karasu/Nal, s. 448; Nomer Ertan, önleme ile men kavramlarının aynı şeyi ifade etmediğini belirtmiş, men davasının sona erdirme kavramına tekabül ettiğini ifade etmiştir. Buna bağlı olarak da, sona erdirme davasında, tecavüz fiilinin doğmuş veya devam ediyor olması şartını ararken, önleme davasının haksız rekabetin henüz gerçekleşmediği veya sona erdiği anda da açılabilceğini belirtmiştir. (Nomer Ertan, s. 410).

tehlikenin bulunması gereklidir⁴⁷⁷. Dolayısıyla haksız rekabet, henüz gerçekleşmemiş veya sona ermiş ise men davası açılmaz⁴⁷⁸.

Men davası eda davası niteliğinde olmakla birlikte, haksız rekabetin var olup olmadığının tespitini de içermektedir. Bu sebeple ayrıca tespit davası açma mecburiyeti söz konusu değildir. Failin kusuru aranmamaktadır⁴⁷⁹. Ayrıca haksız rekabet oluşturan fiil ile haksız rekabetin tekrarına ilişkin tehlike devam ettiği müddetçe zamanaşımı işlemez. Bu sebeple men davası açma hakkı zamanaşımına uğramaz⁴⁸⁰.

(3) Eski Hâle İade Davası

Türk Ticaret Kanunu m. 56/1-c uyarınca, *haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet, yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa, bu beyanların düzeltilmesi ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası talepli bir dava da açılabilir. Genel olarak haksız rekabet sonucunda ortaya çıkan sonuçların ortadan kaldırılması, eski hâle iade davası olarak nitelendirilmektedir*⁴⁸¹. Bu dava sonucunda beklenen, haksız rekabetten önceki durumun yeniden sağlanmasıdır⁴⁸².

Tespit ve men davasında olduğu gibi, bu davada da haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusurlu olması gerekmemektedir⁴⁸³.

Tescilsiz markanın bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılması durumunda, marka sahibi bu dava kapsamında, haksız rekabet teşkil eden alan adının, Türkiye BTK kanalı ile sistemden çıkarılmasını talep edebileceği gibi, markasının web

⁴⁷⁷ Oruç, s. 63.

⁴⁷⁸ Nomer Ertan, s. 409.

⁴⁷⁹ Dinç, s. 97; Nomer Ertan, s. 411.

⁴⁸⁰ Dinç, s. 97.

⁴⁸¹ Suluk/Karasu/Nal, s. 448; Nomer Ertan, s. 412.

⁴⁸² Dinç, s. 97; Nomer Ertan, s. 412.

⁴⁸³ Nomer Ertan, s. 413.

sitesinde kullanılması durumunda, bunun siteden kaldırılmasını da talep edebilecektir⁴⁸⁴.

(4) Maddi ve Manevi Tazminat Davası

Haksız rekabet neticesinde, mağdur olan tescilsiz marka sahibi, maddi ve manevi zararlarının ortaya çıkması hâlinde, bunun tazminini de Türk Ticaret Kanunu m. 56/1-d uyarınca isteyebilir. Diğer dava türlerinden farklı olarak, tazminat davası talebi için haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusuru ve bunun sonucunda zararın olması gereklidir⁴⁸⁵. Kusursuz sorumluluğun kabul edilmediği bu durumda, hafif kusur dahi davanın açılabilmesi için yeterli olup kusurun ağırlığı, hükmedilecek tazminatın miktarının belirlenmesinde önem taşımaktadır⁴⁸⁶.

Haksız rekabet özünde bir haksız fiil olduğundan, bu davanın açılabilmesi için haksız fiil hâlinde açılacak tazminat davası için aranan şartlar mevcut olmalıdır. Buna göre maddi tazminat davasının şartları; haksız rekabet, kusur, zarar ve illiyet bağıdır⁴⁸⁷. Bu anlamda temelinde haksız fiil bulunan haksız rekabetten doğan sorumluluk hakkında, öncelikle Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri; bunlarda hüküm bulunmayan hâllerde ise, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu m. 49 ve devamı uygulanır⁴⁸⁸.

Türk Ticaret Kanunu m. 58/1-d hükmünde, haksız rekabet neticesinde ortaya çıkan zarar ve ziyanın tazmin edileceği belirtilmiş, ancak bunun nasıl belirleneceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple tazminatın belirlenmesi noktasında, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, burada failin haksız rekabet neticesinde elde etmesi muhtemel kârın karşılığına da hükmedilebilecektir⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.06.2010 tarihli ve 2009/678 Esas, 2009/6779 Karar sayılı kararı (naklen Nomer Ertan, s. 413).

⁴⁸⁵ Suluk/Karasu/Nal, s. 449; Nomer Ertan, s. 416; Dinç, s. 100.

⁴⁸⁶ Mehmet Özdamar / İbrahim Ermenek, "Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat", *FMR*, Cilt 7, Sayı 2007/3, s. 52.

⁴⁸⁷ Özdamar/Ermenek, s. 52; Nomer Ertan, s. 416.

⁴⁸⁸ Nomer Ertan, s. 416.

⁴⁸⁹ Özdamar/Ermenek, s. 55; Nomer Ertan, s. 417.

Türk Ticaret Kanunu m. 56/1-e uyarınca, hakkı tecavüze uğrayan tescilsiz marka sahibi, maddi tazminat yanında, şartların oluşması hâlinde Türk Borçlar Kanunu m. 56'da öngörülen manevi tazminat davası da açabilecektir. Örneğin, başkasına ait tescilsiz markanın iltibas yaratacak şekilde kullanıldığı internet sitesinde, marka sahibi kişiyi rencide edecek şekilde muzır içeriklerin olması hâlinde, marka sahibi manevi tazminat davası da açabilecektir. Ayrıca marka sahibinin itibarına zarar vermesi durumu da bu kapsamda değerlendirilir ve bu durumda da manevi tazminat talep edilebilir.

b) Diğer Talepler

(1) Hükmün Alenileştirilmesi

Türk Ticaret Kanunu m. 59 uyarınca, haksız rekabet davasında, davayı kazanan tarafın, gideri haksız çıkandan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra kararın ilan edilmesini talep hakkı bulunmaktadır. Kanun koyucu bu hükümlerle, haksız rekabet sebebiyle açılan bir davanın sonucunun sadece taraflarının değil, tüketiciler başta olmak üzere üçüncü kişilerin menfaatleri ile de yakından ilgili olduğu için, ilgililere duyurulmasını amaçlamıştır⁴⁹⁰.

İlan edilecek hüküm bakımından sonuç önemli değildir. Başka bir ifadeyle, fiil haksız rekabet teşkil etse de, etmese de bunun ilgililere duyurulması mümkündür⁴⁹¹. Zira söz konusu madde hükmünde buna ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Bu noktada, haksız rekabet davası sonucunda verilen mahkeme kararının yayımlanması her iki taraf için büyük önem arz etmektedir. İlanın nasıl ve ne zaman yapılacağı hususu ise, hâkimin takdirindedir⁴⁹². Buna göre, ilanın hangi yayın organlarıyla, kaç sefer ve ne şekilde yapılacağına hâkim karar verecektir.

Alan adından doğan uyuşmazlıklar bakımından hükmün alenileştirilmesi talebi sonucunda mahkeme, fiilin haksız rekabet teşkil edip etmediği yönündeki kararın,

⁴⁹⁰ Nomer Ertan, s. 457.

⁴⁹¹ Nomer Ertan, s. 457.

⁴⁹² Oğuz, s. 327; Nomer Ertan, s. 457.

ihtilafa konu olan web sitesi üzerinden ilan edilmesine karar verebilir⁴⁹³. Nitekim mahkeme kentbank.com davasında verilen hükmün internet ortamında yayımlanmasına karar vermiştir⁴⁹⁴.

(2) İhtiyati Tedbir Talebi

Türk Ticaret Kanunu'nda ihtiyati tedbir müessesesi m. 61'de düzenlenmiştir. Buna göre, haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabetin önlenmesi ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesi ve diğer tedbirlere ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Türk Ticaret Kanunu, bu hükmüyle genel hükümlere gönderme yapmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389'a göre, "*mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle, hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir*". Bu kapsamda, davaya konu alan adının zarar veya zarar tehlikesi yaratacak şekilde kullanılması yahut kullanılma amacıyla ciddi hazırlıkların yapılması hâlinde tehdidin varlığı kabul edilecektir⁴⁹⁵. İhtiyati tedbire karar verilebilmesi için, mutlaka bir tehlikenin veya zararın doğmuş olması aranmaz⁴⁹⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 390 uyarınca, hakkı tecavüze uğrayan tescilsiz marka sahibi, dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir.

İhtiyati tedbir talebi, haksız rekabet davalarında diğer davalara oranla daha fazla önem arz etmektedir⁴⁹⁷. Zira haksız rekabet davalarında, geçen zaman çok önemlidir. Çok kısa sürede büyük değişiklikler olabilir. Bununla birlikte haksız rekabetten

⁴⁹³ Oğuz, s. 327.

⁴⁹⁴ Yasaman, s. 1145.

⁴⁹⁵ Oğuz, s. 329.

⁴⁹⁶ Pekcantez vd., *Medeni Usul Hukuku*, Cilt III, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2466.

⁴⁹⁷ Özdamar/Ermenek, s. 59.

etkilenen kitle, diğer davalara kıyasla daha geniş olduğundan, ihtiyati tedbir talebi de daha geniş kesimi ilgilendirmektedir. Özellikle internet ortamında gerçekleşen haksız rekabet hâllerinin, geciktirilmesinde daha büyük ve önemli tehlike olacağından, ihtiyati tedbir taleplerinin esas uygulama alanının, internet ortamından doğan uyuşmazlıklar olacağı kabul edilmektedir. Bu kapsamda, marka ile alan adı uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığın bir tarafında alan adının bulunması, ihtiyati tedbir alınması hususunu daha önemli kılmaktadır. Zira dava konusu alan adının kapatılması, tecavüz fiillerinin ortadan kaldırılması gibi tehlikeler çok fazladır. Bu kapsamda tescilli markalarda açıklamış olduğumuz internet sitesine erişimin durdurulması ve engellenmesi talebini, tescilsiz marka sahibinin de talep etme hakkı bulunmaktadır⁴⁹⁸.

(3) Alan Adının Terkini

Tescilli markalar bakımından detaylı bir şekilde açıklamış olduğumuz alan adının terkini, tescilsiz marka sahibi tarafından da talep edilebilecektir. Zira alan adının terkini talebini, Yargıtay, Türk Ticaret Kanunu m. 56/1-c maddesi anlamında, *“haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması”* kapsamında değerlendirmektedir.

(4) Delillerin Tespiti

Tescilli markalar bakımından incelemiş olduğumuz delillerin tespiti talebi, haksız rekabet hükümleri kapsamında da talep edilebilecektir.

⁴⁹⁸Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.02.2013 tarihli ve 2013/1854 Esas, 2013/3274 Karar sayılı kararında, yanlış ve yanıltıcı beyanlarda bulunmak suretiyle açılmış olan www.aveadansikayetciyim.com alan adına sahip internet sitesine karşı açılmış olan davada, mahkeme, ihtiyati tedbir olarak talep edilen HMK'nin 389 ve TTK'nin 61. maddeleri uyarınca HMK'nin m.390/2 uygulanarak ve teminatsız olarak <http://www.aveadansikayetciyim.com> internet sitesinin erişimin tedbiren engellenmesine karar vermiştir.

c) Yargulama Hukukuna İlişkin Özellikler

(1) Davanın Tarafları

i. Davacı

Haksız rekabet davalarında, korunan menfaatler dikkate alındığında, menfaati ihlâl edilenlerin, haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimseler olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁹. Ancak Türk Ticaret Kanunu m. 56/2'ye göre, ekonomik rekabeti zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan müşterilerin, araçların ve malların imhasını talep hakkı bulunmamaktadır. Müşteriler bakımından zarar şartı aranmamış, zarar görme tehlikesinde bulunma yeterli görülmüştür⁵⁰⁰.

Ayrıca Türk Ticaret Kanunu m. 56/3 uyarınca, *ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan, diğer mesleki ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar, sadece tespit, men ve eski hâle iade davalarını açabilecektir*. Bu kapsamda mesleki birlik ve kuruluşların, tazminat davası açma hakları bulunmamaktadır⁵⁰¹.

Buradan hareketle, tescilsiz bir markanın haksız olarak bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılması sonucunda zarar gören marka sahibinin yanında, mal ve hizmet alırken karıştırılma sonucunda, bundan zarar görme tehlikesinde bulunan müşteriler ile mesleki birlik ve kuruluşlar da davacı olabilir.

⁴⁹⁹ Güzide Soydemir, *İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 224.

⁵⁰⁰ Nomer Ertan, s. 434.

⁵⁰¹ Soydemir, s. 228.

ii. Davalı⁵⁰²

Haksız rekabet davaları kural olarak, haksız rekabeti gerçekleştiren kişi aleyhine açılır⁵⁰³. Ancak Türk Ticaret Kanunu, haksız rekabet eylemine dolaylı veya dolaysız olarak katılan üçüncü kişilere karşı da dava açılabilceğini düzenlemiştir. Türk Ticaret Kanunu m. 56/4 hükmü gereğince, haksız rekabetin men'i, eski hâle getirilmesi hakkında verilen kararlar bu kişilere de icra olunabilecektir. Buradan hareketle, Türk Ticaret Kanunu m. 57 ve m. 58'de haksız rekabet fiilinin, çalışanlar veya işçiler tarafından veya basın, yayın, iletişim veya bilişim kurumları vasıtasıyla işlenmesi durumunda sorumluluğun kime ait olacağı özel olarak düzenlenmiştir⁵⁰⁴.

Türk Ticaret Kanunu m. 57 hükmü çerçevesinde haksız rekabet, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar tarafından gerçekleşmişse, hem çalışanlara karşı hem de çalıştıranlara karşı, tespit, men ve eski hâle iade davaları açılabilir. Ancak söz konusu madde hükmü, tazminat davaları bakımından Türk Borçlar Kanunu'na gönderme yapmıştır.

Türk Ticaret Kanunu m. 58 ise, haksız rekabetin, basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşları aracılığıyla gerçekleşmiş olma durumunu düzenlemektedir. Buna göre, haksız rekabet, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse, haksız rekabetin men'i, tespiti ve eski hâle getirilmesi davaları, ancak basında yayınlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayınlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir. Ancak basında yayınlanan yazı, ses ve ilanın sahibinin izni olmaksızın veya içeriği değiştirilerek yayınlanmış olabilir. Veya internete dayalı uyuşmazlıklarda fazlasıyla görüldüğü üzere yazı, ses ve ilan sahibinin kimliği bilinmeyebilir. İşte bu gibi durumlarda, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve

⁵⁰² Tescilli marka bakımından davalı olarak gösterilebilecek, arama motoru ve alan adı tescil kuruluşları bakımından söylenenler burada da geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz., § 9, I, A, 1, c), (1), ii.

⁵⁰³ Nomer Ertan, s. 437.

⁵⁰⁴ Nomer Ertan, s. 437.

bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve (ilanlar bakımından) ilan servisi şefi, bunların da gösterilmemesi hâlinde, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine tespit, men ve eski hâle iade davası açılması mümkündür. Ayrıca burada dava açılacak kişiler, belli bir sıra dâhilinde gösterilmiş olup, sıra esas alınarak dava açılacak kişiler belirlenmelidir⁵⁰⁵.

Bununla birlikte yine Türk Ticaret Kanunu m. 58/son fıkrasında, haksız rekabeti doğrudan gerçekleştirilmemesiyle birlikte, internet ortamında yayınlanmasına herhangi bir şekilde aracılık veya hizmet etmiş olan hizmet sağlayıcılar⁵⁰⁶ hakkında men, tespit ve eski hâle iade davası açılacağı düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, kural olarak bu kimseler aleyhine tespit, men ve eski hale iade davası açılamaz ve tedbir kararı verilemez. Ancak haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı olması veya vereceği zararın büyük olması durumu buna istisna olarak getirilmiş, bu gibi durumlarda, haksız rekabet fiilinin durdurulması veya önlenmesine ilişkin tedbir kararı ve başkaca uygulanabilir tedbirler alınabilecektir (TTK m. 58/son).

Örneğin, Yargıtay tarafından da onanmış olan İstanbul 4. FSHHM'de www.yasamicinteknoloji.com alan adının içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcısı aleyhine tecavüzün durdurulması, manevi tazminat ve ihtiyati tedbir talepli açılan davada, her iki davalının da tecavüzden sorumlu olduğuna karar verilmiştir⁵⁰⁷. Ayrıca söz konusu kararda içerik sağlayıcı ile yer sağlayıcının birlikte sorumlu olduklarına dikkat çekilmiştir. Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen www.gittigidiyor.com alan adına ilişkin olarak verilen karar içtihat niteliğindedir.

⁵⁰⁵ Nomer Ertan, s. 442.

⁵⁰⁶ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a göre, hizmet sağlayıcılar, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcılarından oluşmaktadır. Kanun'un 2. maddesinde her biri ayrı ayrı tanımlanmıştır. Buna göre, kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan gerçek ve tüzel kişilerine *erişim sağlayıcı*; internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişilere *içerik sağlayıcı*; kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olağanı sağlayanlara *toplu kullanım sağlayıcı*; hizmet ve içerikleri bakımından sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişilere de *yer sağlayıcı (hosting)* adı verilmektedir.

⁵⁰⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.04.2014 tarihli ve 2014/2490 Esas, 2014/7355 Karar sayılı kararı, <https://app.darts-ip.com/darts-web/client/case-results.jsf> (Erişim: 01.04.2018).

Zira Yargıtay bu kararlarla, internet yer sağlayıcısının davalı sıfatına sahip olduğunu, yer sağlayıcıya karşı da men ve maddi ve manevi tazminat davalarının yöneltilebileceğini hüküm altına almıştır⁵⁰⁸.

(2) Zamanaşımı

Türk Ticaret Kanunu m. 60'a göre, 56. maddede yazılı davalarda zamanaşımı süresi, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıldır. Ancak Türk Ceza Kanunu, haksız rekabetin suç teşkil ettiği hâllerde, daha uzun dava zamanaşımı süresi öngörmüşse, bu süre hukuk davaları için de geçerli olacaktır.

Haksız rekabet fiilinin devam etmesi hâlinde, zamanaşımı süreleri işlemeyecektir. Haksız rekabet oluşturan fiilin her gün kullanılması, fiilin devamı anlamına gelecektir. Örneğin, haksız rekabet oluşturan alan adının kullanılmaya devam etmesi, her gün bir fiilin meydana geldiği ve bu nedenle zamanaşımı süresinin yeni baştan işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir⁵⁰⁹. Dolayısıyla, daha önce de ifade edildiği üzere, men davalarında zamanaşımı süresi işlemeyecektir. Zira bu dava, haksız rekabet fiili devam ettiği müddetçe açılır⁵¹⁰.

Bununla birlikte haksız rekabet teşkil eden fiil devam etmesine rağmen, haksız rekabet davalarının uzun süre sonra açılması, çelişkili davranış yasağı kapsamında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecektir⁵¹¹. Başka bir ifadeyle, haksız rekabete uğrayan kimsenin uzun süre sessiz kalması, bu duruma zımni icazet vermesi ve haksız rekabetten doğan davaların düşmesi anlamına gelebilecektir⁵¹². Ancak Yargıtay, sadece uzun süre boyunca dava açılmamasını sessiz kalma yoluyla

⁵⁰⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 15.01.2014 tarihli ve 2013/11-1138 Esas, 2014/16 Karar sayılı kararı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (Erişim: 03.04.2018); Özlem Tüzüner, "Haksız Fiil Ekseninde Gittigidiyor İçtihadı", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, s. 462.

⁵⁰⁹ Özdamar/Ermenek, s. 61.

⁵¹⁰ Dinç, s. 137.

⁵¹¹ Nomer Ertan, s. 464.

⁵¹² Özdamar/Ermenek, s. 61.

hak kaybı bakımından yeterli görmemiş, çelişkili davranma yasağı ilkesinin de varlığını aramıştır⁵¹³.

(3) Görevli ve Yetkili Mahkeme

Alan adının kullanımı suretiyle haksız rekabete neden olunması hâlinde açılabilir olan davalarda, görevli mahkeme konusunda Türk Ticaret Kanunu tarafından özel bir düzenleme getirilmediği için genel hükümler çerçevesinde Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 2 uyarınca, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, malvarlığı veya şahıs varlığına ilişkin davalarda Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu m. 5 uyarınca, ticari dava niteliği taşıyan davalarda, görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesidir. Bu kapsamda alan adı ile marka arasındaki iltibastan doğan davalar da ticari dava niteliğindedir⁵¹⁴. Bu sebeple, Türk Ticaret Kanunu genel hükmü uygulama alanı bulacak ve tescilsiz marka ile alan adı arasındaki iltibastan kaynaklanan davalara bakmakla görevli olan mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi olarak kabul edilecektir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir⁵¹⁵.

⁵¹³ Yargıtay'ın 25.06.2014 tarihli kararında, sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşup oluşmadığını tartışmış ve “davacının önce davalının marka başvurusuna itiraz etmesi, daha sonra peş peşe 16.01.2007, 30.11.2007, 15.07.2008, 04.03.2009 tarihli ihtarnameler göndermesi, ardından da iş bu davayı açması ile “İNTEL” ibaresi üzerinde üstün hak sahibi olduğu iddiasında bulunduğundan, davalının tanıtma işareti niteliğindeki “İNTELTEK” ibaresinin kullanımına karşı sessiz kaldığından söz edilemeyeceği gibi, önceki davranışı ile çelişki oluşturup, karşı tarafta yarattığı güven nedeniyle çelişkili davranma yasağı ilkesi uyarınca MK m. 2 ile düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu da kabul edilemez. Bu itibarla, mahkemenin davacının, davalının ticaret unvanındaki “İNTELTEK” ibaresinin terkini talebi yönünden sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olduğundan reddi gerektiğine dair gerekçesini doğru” görmeyerek kararın bozulmasına karar vermiştir. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.06.2014 tarihli ve 2014/5925 Esas, 2014/12070 Karar sayılı kararı), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2014-5925-k-2014-12070-t-25-6-2014> (Erişim: 01.04.2018).

⁵¹⁴ Oğuz, s. 340.

⁵¹⁵ Yargıtay'ın 13.06.2016 tarihli yargı yerinin belirlenmesine ilişkin kararda, Yargıtay, “tescilsiz markalar yönünden TTK'nin 56 ve 57. maddeleri anlamında haksız rekabet; tescilli marka yönünden 556 sayılı KHK'nin 61. maddesi anlamında markaya tecavüz hükümleri uygulanır. Somut olayda davacı, TPE nezdinde tescil edilmiş bir tescilli marka hakkına da dayanmadığına, ticaret sicilinde kayıtlı olan kendi vakıf adlarının davalı tarafça ticaret unvanı olarak kullanılmasına dayandığına göre uyumsuzluğun çözümünde TTK'nin uygulama yeri bulacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davaya bakma görevinin ticaret mahkemesinin görevi dâhilinde olduğu anlaşılmakla, uyumsuzluğun ticaret mahkemesi sıfatıyla Amasya 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir” kararıyla, tescilsiz markadan doğan davalara bakmakla görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi olduğuna karar vermiştir. (Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin

Yine aynı şekilde yetkili mahkeme hakkında da, Türk Ticaret Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle genel hükümler geçerli olup, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6 uyarınca “*davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri*” mahkemesi yetkili mahkeme olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, haksız rekabet geniş anlamda haksız fiil teşkil ettiğinden, haksız fiilden kaynaklanan davalara ilişkin getirilmiş olan özel yetki kuralları da uygulama alanı bulabilecektir⁵¹⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 16'ya göre, haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

B. Alan Adı Hakkından Doğan Hak ve Talepler

Alan adı hakkının tecavüze uğraması sebebiyle, alan adı sahibinin başvurabileceği yollar bakımından, özel bir hüküm bulunmadığından, Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca alan adları ile marka arasında sıkı bir ilişki olduğu için, Sınai Mülkiyet Kanunu da alan adlarını tamamen kapsam dışı bırakmamış, alan adı sahibine, haksız kullanılan markaya itiraz ve bunun tescili hâlinde hükümsüzlük davası açma hakkı vermiştir. Çalışmamızın devamında söz konusu imkânlar ayrı başlıklar hâlinde incelenecektir.

1. Türk Ticaret Kanunu'ndan Doğan Hak ve Talepler⁵¹⁷

a) Açılacak Davalar ve Talepler

Alan adı sahibi, Türk Ticaret Kanunu m. 56 uyarınca haksız rekabetten doğan;

- ❖ Haksız rekabetin tespiti davası,
- ❖ Haksız rekabetin men'i (önlenmesi) davası,

13.06.2016 tarihli ve 2016/4842 Esas, 2016/6845 Karar sayılı kararı), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/20-hukuk-dairesi-e-2016-4842-k-2016-6845-t-13-6-2016> (Erişim: 01.04.2018). Aynı yönde karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 13.01.2014 tarihli ve 2013/11501 Esas, 2014/659 Karar sayılı kararı.

⁵¹⁶ Oğuz, s. 341.

⁵¹⁷ TTK'den doğan dava ve talepler, tescilsiz marka hakkından doğan dava ve talep hakları başlığı altında detaylı bir şekilde açıklandığından, burada sadece bahsedilmekle yetinilmiştir. Detaylı bilgi için bkz., § 9, I, A, 2, a) ve b).

- ❖ Eski hâle iade davası,
- ❖ Maddi ve manevi tazminat davalarını açabilecektir.

Yine bununla birlikte, alan adı sahibi, mahkemeden,

- ❖ Hükümün alenileştirilmesi,
- ❖ İhtiyati tedbir,
- ❖ Delil tespiti talebinde bulunabilecektir.

b) Yargılama Hukukuna İlişkin Özellikler

Türk Ticaret Kanunu m. 56'ya göre, haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ve ortadan kaldırılması konusunda dava açabilecek kişi ve kurumlar şu şekildedir;

- ❖ Ekonomik çıkarları zarar gören kişiler (alan adı sahibi),
- ❖ Zarar tehlikesiyle karşılaşabilecek müşteriler,
- ❖ Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar,
- ❖ Tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler,
- ❖ Tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar.

Buna karşılık alan adı hakkına tecavüz sebebiyle açılan davalarda davalı olarak gösterilebilecek kişilerin başında haksız rekabette bulunan tescilsiz marka sahibi bulunmaktadır. Ancak haksız rekabet fiili müstahdemler tarafından gerçekleştirilmiş ise, onları istihdam edenlere⁵¹⁸; haksız rekabet fiili basın yolu ile gerçekleştirilmiş ise, basında görev yapanlara karşı da haksız rekabet davası açılabilir.

⁵¹⁸ TTK m. 57/1 “*haksız rekabet fiili, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, 56ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, çalıştıranlara karşı da açılabilir*” hükmü çerçevesinde, haksız rekabet, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar tarafından gerçekleşmişse, hem çalışanlara karşı hem de çalıştıranlara karşı, tespit, men ve eski hâle iade davaları açılabilir. Ancak söz konusu madde hükmü, tazminat davaları bakımından TBK'ye gönderme yapmıştır. TBK m. 66'da düzenleme alanı bulan adam çalıştırmanın sorumluluğuna göre, adam çalıştırıcı gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmedikçe, çalıştırdıkları kişilerin üçüncü kişilere verdikleri zarardan sorumludur.

Ayrıca zamanaşımı ile görevli ve yetkili mahkeme bakımından, marka hakkından doğan dava ve talep hakları başlığı altında detaylı bir şekilde açıklanan durumlar burada da geçerlidir⁵¹⁹.

2. Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan Doğan Hak ve Talepler

Alan adı bir başkası tarafından marka olarak tescil ettirilen alan adı sahibinin haklarının korunması için, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda iki temel imkân bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, alan adının aynısı veya benzeri bir ibareyi taşıyan başvuru hâlindeki marka tesciline itiraz yolu iken, diğeri de tescil edilmiş markalara karşı başvurulabilecek hükümsüzlük davasıdır.

a) Marka Tesciline İtiraz

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 18 uyarınca, üçüncü kişilerin, bültende yayımlanmış bir marka başvurusuna, iki aylık süre içerisinde, mutlak ve nispi ret nedenlerinden biri veya birkaçına dayanarak itiraz etme hakları bulunmaktadır. Bu bağlamda, tescilli alan adı bir başkası tarafından marka olarak kullanılan alan adı sahibi, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/3 uyarınca, marka başvurusuna itiraz edebilecektir. Buna göre, *“başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir.”* Söz konusu hükümde geçen *“ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret”* ibaresi, haksız rekabet hükümleri dışında özel olarak korunmayan bütün işaretleri kapsar⁵²⁰. Bu bağlamda alan adları da tescil edilmiş olsa bile özel bir korumadan yararlanamadığından bu madde kapsamına girecektir⁵²¹.

Alan adlarının bu madde kapsamında itiraza konu olabilmesi için, tescil edilmiş olması yeterli değildir. Bu maddenin uygulanabilmesi için bu işaretin, ticaret sırasında kullanılıyor olması gerekmektedir. Diğeri bir deyişle, alan adının ticari kullanımını söz konusu değilse, marka başvurusuna itiraz edilemeyecektir. Söz konusu

⁵¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., § 9, I, A, 2, c), (2) ve (3).

⁵²⁰ Arkan, Ticari İşletme, s. 325.

⁵²¹ Suluk/Karasu/Nal, s. 196.

maddede geçen “ticaret sırasında kullanılma” kavramının ise markasal kullanım olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Zira bazı yazarlara göre⁵²², bu ifadeyle, marka hukukuna özgü markasal kullanım kastedilirken, bir kısım yazara göre de⁵²³, tescilsiz ticaret unvanı, işletme adları, alan adları veya benzeri özel olarak korunmayan haklar kastedilmekte olup, markasal kullanım gerekli değildir. Kanaatimizce de ticaret sırasında kullanım ile anlaşılması gereken, markasal kullanımdır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2002 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, itiraz hakkının geçerli olabilmesi için, işaretin ticaret sırasında kullanılmış olması gerektiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte ticaret sırasında kullanmanın, marka hukukuna özgü kullanmayı gerektirdiği; hatta ticaret sırasında kullanmanın, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵²⁴. Bazı durumlarda, itiraza gerekçe gösterilen işaret doğrudan markasal olarak kullanılsa da, markasal etki doğurması da yeterli görülmektedir⁵²⁵. Tüm bu anlatılanlar ışığında, burada alan adı sahibinden beklenen, bu alan adını ticaret sırasında önceden beri kullanıyor olması ve bu eskiye dayalı kullanım hakkına dayanarak itirazda bulunmasıdır.

İşaret üzerinde hak elde edilmesinden bahsedebilmek için, işaretin tanınmış hâle gelmesi gerekli olmayıp, ilgili piyasada belli seviyede bilinir olması yeterlidir⁵²⁶. Ancak söz konusu işaretin dar bir çevrede sınırlı şekilde kullanılmasının, itiraz hakkı kazanmak için yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir⁵²⁷. Bir başka deyişle, bu tür işaretlerin itiraz hakkı verebilmesi için, mal ve hizmet ile ilgili toplumsal çevrenin önemsiz sayılmayan bir bölümünde bilinir olması gerekir⁵²⁸. Buradan hareketle ilgili çevre, söz konusu işareti belirli bir işletmenin işareti olarak kabul ediyorsa, işaretin ayırt edici nitelik kazanmış olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Buna göre, alan adı

⁵²² Suluk/Karasu/Nal, s. 196; Tekinalp, s. 424; Yasaman, s. 406.

⁵²³ Dirikkan, s. 27; Hakan Karan/Mehmet Kılıç, *Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Turhan Yayınları, Ankara 2004, s. 207; Çolak, s. 313.

⁵²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, 27.02.2002 tarihli ve 2002/1162 Esas, 2002/115 Karar sayılı kararı (naklen Uluslu Çağrı, “Tescilsiz Markanın Korunması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 88, Sayı 2, s. 380).

⁵²⁵ Suluk/Karasu/Nal, s. 196.

⁵²⁶ Yasaman, s. 406.

⁵²⁷ Suluk/Karasu/Nal, s. 197.

⁵²⁸ Dirikkan, s. 30.

sahibi de, alan adına ayırt edici nitelik kazandırmış ve alan adı belli bir bilinirliğe ulaşmışsa, alan adının bir başkası tarafından marka olarak tescil ettirilmesine itiraz edebilecektir⁵²⁹.

Kural olarak, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/3'e göre, eskiye dayalı kullanım nedeniyle üstün ve öncelikli hak, hangi mal veya hizmetler için elde edilmiş ise sadece bu mal veya hizmetler ile benzer sınıflardaki mal ve hizmetler yönünden itiraz kabul edilebilecektir⁵³⁰. Ancak alan adlarında mal ve hizmet sınıflandırması bulunmadığından, bunu ortaya koymak kolay olmayacaktır. Kanaatimizce bu durumda, söz konusu alan adına sahip web sayfası içeriğinden hangi mal veya hizmetin reklamının yapıldığı ya da pazarlandığı tespit edilerek, mal ve hizmet alanının sınırları çizilmeye çalışılabilecektir.

Bununla birlikte Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/6, "*Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir*" hükmünü düzenlemiştir. Başvuru hâlindeki markaya bir diğer itiraz nedeni de, kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya üçüncü kişilere ait herhangi bir fikri mülkiyet hakkı gibi tescilli ya da tescilsiz özel hakların gerekçe gösterilmesidir⁵³¹. Söz konusu hükme göre, m. 6/3'teki gibi başka bir koşul gerekmemekte olup, sayılan haklardan birine sahip olmak yeterlidir. Ancak maddede sayılan haklardan birinin varlığının sağlam delillerle ileri sürülmesi gerekmektedir. Aksi hâlde itirazın kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Alan adlarının, bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi hususunda doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. *Bilge*, alan adları tescil sisteminin, resmi nitelikli bir tescil sistemi olmadığını belirtmiş ve bu sebeple alan adına dayalı itirazların da m. 6/6 hükmüne dayanılarak yapılamayacağını ifade etmiştir⁵³². Yine Türk Patent'in Marka İnceleme Kılavuzunda da, alan adı hakkına dayanarak yapılacak olan itirazlar, sadece Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/3 (mülga KHK m. 8/3)

⁵²⁹ Bozbel, s. 421.

⁵³⁰ Çolak, s. 313.

⁵³¹ Kılavuz, s. 145.

⁵³² Bilge, s. 197, 198.

kapsamında incelenmiştir⁵³³. Buna karşılık başkasına ait ve haklı olarak kullanılan, belli bir bilinirliğe ulaşmış olan alan adlarının, bu bent kapsamında değerlendirileceği görüşleri de mevcuttur⁵³⁴. *Çağlar*'a göre, bu bent kapsamında alan adı hakkına dayalı olarak yapılan itirazda, alan adı sahibinin alan adını edindiği zaman ve marka başvurusuna itirazında haklı olup olmadığı tespit edilmelidir⁵³⁵. Burada önemli olan kriter, haklı bir kullanım olması ve bunun Türkiye'de belli bir bilinirliğe ulaşmış olmasıdır. Özellikle yabancı uzantılı alan adları bakımından Türkiye'deki bilinirliğinin araştırılması ayrıca önem arz eden bir husustur. Bir başka deyişle, söz konusu olan alan adı Türkiye'de hiçbir şekilde bilinmiyor, tanınmıyor ve kullanılmıyorsa, bu bende dayanarak itiraz edilemeyecektir⁵³⁶.

Kanaatimizce, doktrindeki bu görüş ayrılığının temeli, mülga KHK'deki ifade biçimine dayanmaktadır. Zira KHK m. 8/5'de "*herhangi bir sınai mülkiyet hakkı*" ibaresi yer almakta olup, kapsamı daha dardır. Yargıtay da bu ibareden, "*özellikle ticaret unvanı ile işletme adını ve tescil edilmiş tasarımları*" anlamak gerektiğini ifade etmiştir⁵³⁷. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda ise, AB Tüzüğüne uyumlu olması da amaçlanarak maddenin kapsamı genişletilmiş ve "*herhangi bir sınai mülkiyet hakkı*" ibaresi "*herhangi bir fikri mülkiyet hakkı*" şeklinde kaleme alınmıştır. Bu anlamda alan adları da her ne kadar sui generis yapıya sahip tanıtma işareti olsa da, geniş anlamda fikri mülkiyet hakları kapsamında değerlendirilebilecektir⁵³⁸. Buradan hareketle alan adı hakkına dayalı itirazlar, şartları oluştuğunda, bu bende dayalı olarak da yapılabilir.

Alan adı hakkına dayanılarak yapılan marka başvurusuna itiraz, uygulamada çok görülmemekle birlikte, alan adları genellikle bir ticaret unvanı veya işletme adı ile birlikte itiraza gerekçe gösterilmektedir. Bu durumlarda da alan adı hakkı, itirazın dayanağı olmaktan çok, dayanılan unvanın ticaret sahasında kullanıldığını göstermek

⁵³³ Kılavuz, s. 129.

⁵³⁴ Bozbel, s. 432; *Çağlar*, s. 80; Güneş, Önceye Dayalı Haklar, s. 169.

⁵³⁵ *Çağlar*, s. 80.

⁵³⁶ *Çağlar*, s. 80.

⁵³⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12.01.2004 tarihli ve 2003/5034 Esas, 2004/7127 Karar sayılı kararı (naklen Bozbel, s. 431).

⁵³⁸ *Çağlar*, s. 80. Aynı yönde, Oğuz, Hukuki Niteliği, s. 89; Nomer, s. 402.

adına ileri sürülmektedir⁵³⁹. Bu durum ODTÜ'nün alan adı verilmesinde aradığı katı şartlardan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; bazı alan adları, belgeye dayandırılmış olduğundan alan adını almak da önceki bir hakka dayandırılmış ve garantiye alınmıştır. Bu sebeple alan adı hakkına dayanan çok fazla uyuşmazlık karşımıza çıkmamaktadır.

Ele alınması gereken bir diğer husus, başka ülke uzantılı veya uzantısız alan adının Türkiye'de hiç bilinmeyen bir alan adı olması hâlinde, bu alan adına benzer diğer bir markanın tescil başvurusuna itirazın mahiyetinin ne olacağıdır. Markaların korunmasında esas alınan unsur, "ülkesellik prensibi"dir. Alan adında ise böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu tarz durumlarda alan adı sahibinin haklı menfaatinin olup olmadığı aranacaktır. Yani markanın ulusal ya da uluslararası başvuru olması da dikkate alınarak söz konusu marka, alan adıyla aynı çevre içerisinde kullanılacaksa bu durumda alan adı sahibinin hakkının ihlâlinden bahsedilecektir. Örneğin, "www.abc.ch" alan adı İsviçre'de ticaret yapan bir Türk tarafından alınmış olsun. Türkiye'de ise başka bir şahıs, alan adından daha sonra "abc" markasını Türk Patent nezdinde tescil ettirmiş ve alan adı sahibi, alan adı hakkına dayanarak bu marka başvurusuna itiraz etmiştir. Bu durumda alan adı sahibinin bu alan adı altında Türkiye sınırları içerisinde herhangi bir reklam veya pazarlama faaliyeti olmadığı ve söz konusu markanın da Türkiye sınırları içerisinde korunduğu dikkate alınarak itirazı haklı görülmemelidir. Bu konuya ilişkin olarak, YİDK 2008-M-742 sayılı kararında; *"Marka haklarının tescili ve korumasında geçerli olan ülkesellik ilkesinin bir gereği olarak marka haklarının doğumu, kazanılması ve koruma kapsamı her bir hukuk sistemi tarafından ayrı ayrı belirlenir. Bu çerçevede, markalar kural olarak tescilli buldukları ya da kullanıldıkları ülkede doğar ve korunur. Dolayısıyla, 556 Sayılı KHK'nin 8/3 maddesi⁵⁴⁰ ile düzenlenen daha önceden kullanılan ve üzerinde hak elde edilmiş bulunan tescilsiz bir marka ya da işaretin sahibinin itirazı üzerine, daha sonraki başvuruların tescil edilemeyeceği hükmünün de Türkiye'de kullanılmış ve elde edilmiş haklara ilişkin olduğunun kabulü gerekir. Bu hükmün dünyanın herhangi bir yerinde elde edilmiş haklara ilişkin olduğunun kabulü ise fikri mülkiyet hakları için dünya çapında geçerli olan ülkesellik ilkesi ile bağdaşmaz. Nitekim*

⁵³⁹ Kılavuz, s. 129.

⁵⁴⁰ SMK m. 6/3 olarak anlamak gerekir.

Paris Sözleşmesi'nin 6/1 maddesine göre, markanın başvuru ve tescil koşulları her üye ülkenin kendi iç hukukuna göre belirlenecektir. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, birlik ülkelerinden birinde usulüne uygun olarak tescil edilmiş bir marka, menşe ülkesi dâhil, birliğe dâhil diğer ülkelerde tescil edilmiş markalardan bağımsız olarak kabul edilecektir. Nitekim "CARLO PAZOLINI" markasının hâlihazırda farklı ülkelerde farklı kişiler adına tescilli bulunması da ülkesellik ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan bir durumdur. Ülkesellik ilkesinin diğer bir sonucu da, bir kimsenin bir ülkedeki tescile dayanarak başka ülkede hak iddia edememesidir. (Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, s.4 vd.) Dolayısıyla, "CARLO PAZOLINI" markası için İtalya'da ya da dünyanın diğer ülkelerinde elde etmiş olduğu tesciller, itiraz sahibine Türkiye sınırları içerisinde de geçerli olan bir hak sağlamaz." ifadelerine yer vererek, ülkesellik prensibine vurgu yapmıştır⁵⁴¹.

b) Hükümsüzlük Davası

(1) Genel Olarak

Marka üzerinde hak iddia eden kişi, başvurunun yayımı sürecinden haberinin olmaması ya da yayıma itirazının reddedilerek markanın tescil edilmesi hâlinde, yetkili mahkeme kanalıyla markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini isteyebilir.

Markanın hükümsüzlüğü, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda sayılan sebeplerin varlığı hâlinde mahkeme kararıyla markanın, koruma süresi sona ermeden sicilden silinmesidir⁵⁴². Hükümsüzlük davası, geçmişe etkili olarak marka hakkının ortadan kalkması sonucunu doğuran bozucu yenilik doğuran bir davadır⁵⁴³.

Hükümsüzlük davası açılacak hâller, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 25'de gösterilmiştir. Buna göre, mutlak veya nispi ret nedeni olarak Sınai Mülkiyet Kanunu'nda sayılan hâllerden birinin mevcut olması hâlinde mahkeme tarafından markanın hükümsüzlüğüne karar verilir.

⁵⁴¹ Kılavuz, s. 131,132.

⁵⁴² Tekinalp, s. 472.

⁵⁴³ Yasaman, s. 849; Bozbel, s. 573.

Buradan hareketle, alan adı hakkına dayalı olarak itiraz hakkına sahip olan alan adı sahibi, alan adının aynısının veya benzerinin marka olarak tesciline itirazı reddedilmiş olup, markanın tescili gerçekleşmiş ise hükümsüzlük davası açabilir. Ancak alan adı sahibinin hükümsüzlük davası açabilmesi için, tescil aşamasında itirazda bulunmuş olması şart değildir⁵⁴⁴. Alan adı sahibi tescilden önce itiraz etmemiş olsa bile, söz konusu marka tescil edilmişse hükümsüzlük davası açabilecektir. Hükümsüzlük davası bakımından en önemli husus, markanın Türk Patent nezdinde tescilli olmasıdır. Tescilin mevcut olmadığı durumda hükümsüzlük davası açılmayacaktır⁵⁴⁵.

Öte yandan önceki hak sahibi, yapılan tescile itiraz etmemiş veya hükümsüzlük davası açmamış olsa bile, tescilli marka sahibi, bu işareti önceden kullanan kişiyi söz konusu işareti kullanmaktan alıkoyamaz. Örneğin, A kişisi uzun yıllardır www.xyz.com alan adını kullanıyorken, B kişisi de “xyz” için marka tescil başvurusunda bulunmuştur. A kişisi bu markanın tescil edilmesine itiraz etmemiş ve tescilden sonra da hükümsüzlük davası açmamıştır. Bunun üzerine marka sahibi B'nin, daha sonra bu alan adını dava açarak kullanımdan men etmesi mümkün değildir⁵⁴⁶. Bu durumda hak sahibinin kötü niyetli olduğu varsayılır.

Ayrıca Sınai Mülkiyet Kanunu m. 25/5 hükmü uyarınca, kısmi hükümsüzlüğe de karar verilebilecektir. Başka bir ifadeyle, hükümsüzlük hâlleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, sadece o mal veya hizmet yönünden kısmi hükümsüzlüğe karar verilir. Ancak marka örneğini değiştirecek biçimde hükümsüzlük kararı verilemez. Kısmi hükümsüzlük, markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin bir kısmının tescil belgesinden çıkarılmasına yönelik verilen bir karar olup, söz konusu davayla marka örneğinde yer alan bir sözcüğün veya şeklin markadan çıkarılması talep edilemez⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Suluk/Karasu/Nal, s. 218; Uluslu, s. 395; Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s. 194.

⁵⁴⁵ Çolak, s. 919.

⁵⁴⁶ Sami Karahan, *Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Konya, 2002, s. 110.

⁵⁴⁷ Çolak, s. 911; Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s. 195.

Tüm bunlarla birlikte alan adı sahibi, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 159 uyarınca, markanın hükümsüzlüğü ile birlikte, dava konusu marka üzerine devir, lisans gibi hukuki işlemlere konu olan hakları kısıtlayıcı tedbir konulmasını da talep edebilir⁵⁴⁸. Hükümsüzlük davasında tedbirin kapsamı da terkinin konusuna bağlıdır. Kısmi hükümsüzlüğe konu olan davada, ilgili emtialar bakımından ihtiyati tedbir uygulanmalıdır⁵⁴⁹.

(2) Yargılama Hukukuna İlişkin Özellikler

i. Davanın Tarafları

Hükümsüzlük davası açabilecek olan kişiler, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 25/2’de gösterilmiştir. Buna göre, menfaati olanların, Cumhuriyet savcılarının veya ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının markanın hükümsüzlüğü davasını açma yetkileri bulunmaktadır. Anılan madde ifadesinde yer alan “menfaati olanlar” ibaresi, mülga KHK’de “zarar görenler” şeklinde yer almakta olup, zarar görme tehlikesi bulunan kişilerin dava açıp açamayacağı madde lafzından anlaşılmamaktaydı. Ancak gerek Yargıtay kararlarında gerekse öğretide söz konusu hükmün, zarar görme tehlikesi bulunan ve söz konusu işareti kullanabilme olasılığı haksız olarak kısıtlanan kişileri de kapsamına alacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵⁰. Sınai Mülkiyet Kanunu ile getirilen yeni düzenlemede ise, öğretideki uygulamaya paralel şekilde “zarar görenler” ibaresi yerine “menfaati olanlar” ibaresi kullanılmıştır. Nitekim bu ibare markanın tescilinden zarar görenleri kapsadığı gibi, zarar görme tehlikesinde bulunanları da kapsamaktadır⁵⁵¹. Dolayısıyla hakkı ihlâl edilen alan adı sahipleri de bu kapsama girerek hükümsüz davası açabileceklerdir.

İlgili kamu kurum ve kuruluşlarının da geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵². İlgili kamu kurum ve kuruluşlarından kasıt belediyeler, il özel idareleri, YÖK, TSK, Ticaret ve Sanayi Odaları gibi ilgili kurum ve kuruluşlardır⁵⁵³.

⁵⁴⁸ Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s. 227.

⁵⁴⁹ Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s. 227.

⁵⁵⁰ Tekinalp, s. 474; Yasaman, s. 892; Çolak, s. 926; Bozbel, s. 574.

⁵⁵¹ Suluk/Karasu/Nal, s. 220.

⁵⁵² Suluk/Karasu/Nal, s. 220.

Hükümsüzlük davasının yöneltilebileceği kişiler ise, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 25/3'de gösterilmiştir. Buna göre, dava tarihinde sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişilere veya hukuki haleflerine karşı dava açılacaktır. Ayrıca hükümsüzlük davalarında, Türk Patent'in davalı olarak gösterilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

ii. Zamanaşımı

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 25/6'da, hükümsüzlük davası için beş yıllık bir süre öngörülmüştür⁵⁵⁴. Buna göre, *“marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötü niyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez”*. Ancak madde hükmü sonraki marka sahibinin kötü niyetli olması durumunu ayırık tutmuştur. Buna dayanarak, sonraki markayı tescil ettiren kişi kötü niyetli ise, hükümsüzlük davası herhangi bir süreye tabi değildir⁵⁵⁵.

iii. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Markanın hükümsüzlüğü davasında, görevli ve yetkili mahkeme bakımından da Sınai Mülkiyet Kanunu m. 156 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, görevli mahkeme, ihtisas mahkemeleri olan Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleridir. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi bulunmayan yerlerde ise, o yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir.

Yetkili mahkeme bakımından ise, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 156/5 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, alan adı sahibi tarafından, marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Marka sahibinin Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde ise, yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki

⁵⁵³ Çolak, s. 934; Bozbel, s. 577.

⁵⁵⁴ Mülga 556 sayılı KHK'de herhangi bir süre öngörülmemiştir. Ancak söz konusu madde, AB Direktifi ve AB Marka Tüzüğü doğrultusunda yeniden düzenlenmiş ve AB Direktifinin 9. maddesinde yer alan “5 yıl süre ile sessiz kalınması hâlinde hükümsüzlük davası açılmayacağı” SMK'ye de uyarlanmıştır.

⁵⁵⁵ Suluk/Karasu/Nal, s. 220; Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s. 225.

ve eğer vekillik kaydı silinmişse Türk Patent'in merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

II. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Yolu

Marka ile alan adı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü bakımından genel mahkemelerde dava açılması ilk akla gelen ve esas olarak uygulanacak yoldur. Ancak mahkemelerin iş yükünün artması, dava süreçlerinin uzun sürmesi ve özellikle alan adı uyuşmazlıklarının yabancılik unsuru taşıması sebepleri, dava yoluna alternatif olacak şekilde sürecin daha hızlı işlediği ve ucuz olduğu bir yöntem gerekliliğini ortaya koymuştur. İşte bu noktada, devlet yargısına alternatif teşkil eden tahkim yargısının dışında, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (Alternative Dispute Resolution-ADR) kendini göstermiştir⁵⁵⁶. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, tarafsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığı çözümlmek hususunda yardımcı olduğu ve uyuşmazlığın çözümlenmesine katkıda bulunduğu, devlet mahkemelerinde yürütülen dava yolunun yanında işleyen, seçimlik nitelikteki bir yöntemdir⁵⁵⁷. Bu anlamda alan adlarının da evrensel nitelik arz etmesi ve buna ilişkin uyuşmazlıkların hızlı ve etkin çözümlenmesi bakımından, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma gerekliliği doğmuştur. Bu bakımdan alan adlarının yönetiminden sorumlu olan ICANN tarafından, ihtilafların çözümünde hızlı ve etkili çözüm bulmak amacıyla 1999 yılında UDRP (Uniform Dispute Resolution Policy- Yeknesak Uyuşmazlık Çözüm Politikaları) kabul edilmiştir⁵⁵⁸. UDRP kuralları, uluslararası boyutta uygulama alanı bulacak olup, ulusal boyutta alan adları uyuşmazlıklarına ilişkin alternatif çözüm mekanizması ise, İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nde kendini göstermektedir. 2010 yılında kabul edilen İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde, “.tr” uzantılı alan adlarına uygulanmak üzere, UDRP çözüm sistemine benzer bir uyuşmazlık çözüm mekanizması kabul edilmiş olup henüz faaliyete geçmemiştir.

⁵⁵⁶İbrahim Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *EÜHFD*, Cilt X, Sayı 3-4, 2006, s. 460.

⁵⁵⁷ Özbay, s. 460.

⁵⁵⁸Toplu Ünlü, s. 9.

A. UDRP Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

1. Genel Olarak

ICANN çözüm usulü, NSI tarafından uygulanmakta olan alan adı tahkiminin yerini almıştır⁵⁵⁹. NSI tahkim usulüne duyulan genel memnuniyetsizlik⁵⁶⁰ sonucu WIPO, alan adı ihtilaflarının hâlli için UDRP'yi hazırlamış ve UDRP, ICANN tarafından yürürlüğe konulmuştur. ICANN çözüm usulünün esas amacı, marka sahiplerini, kendilerine ait markaların bir başkası tarafından kötü niyetle alan adı olarak tesciline veya kullanımına karşı korumaktır⁵⁶¹.

2. Hukuki Niteliği

ICANN tahkimi olarak da ifade edilen bu sistem, tam olarak bir tahkim niteliğinde olmamakla birlikte tahkim benzeri nitelik arz etmektedir. *Tahkim, tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın hakemler tarafından çözümlenmesi için yaptıkları bir anlaşma olup, tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilebilen özel bir yargı faaliyetidir*⁵⁶². Bununla birlikte tahkim kararları kesin hüküm niteliğinde olup kesin delil teşkil eder⁵⁶³.

ICANN çözüm usulü ise, kendisine has özellikler barındırmakta olup, klasik tahkimden farklı niteliktedir. Klasik tahkimde, tanımdan da anlaşıldığı üzere uyuşmazlığın hakemler tarafından çözümü için, taraflar arasında bir anlaşma

⁵⁵⁹ 1995 yılında NSI kendisine karşı dava açılmasını önlemek ve haksız alan adı tescilinden doğan ihtilafları çözmek amacıyla bir tahkim usulünü uygulamaya koydu. NSI'nin ihtilafların çözüm usulüne göre, davacı alan adını tescil ettiren kişiye karşı alan adını tescil ettirdiği tarihte, alan adının markasının işareti ile aynı olduğunu, bu nedenle markasına tecavüz ettiğini belirten bir ihtarname göndermesi gerekmekteydi. NSI, bu şikâyetin bir kopyasını almasından sonra, ihtilafa konu alan adını kullanan kişinin, marka sahibi olduğunu ispat etmesi gerekmekteydi. Eğer alan adı ile aynı sözcükten müteşekkil markası olduğunu ispat edemezse, NSI alan adını taraflar arasındaki ihtilaf çözümlünceye kadar elinde tutmaktaydı. (Bettinger, Trademark, s. 515, naklen Oğuz, s. 354, dp. 2).

⁵⁶⁰ NSI'nin tahkim usulü, ihtilafları çözmede yetersiz kalması ve uzun sürmesiyle eleştirilmiştir. Bununla birlikte, NSI'nin tahkim usulünde marka sahiplerine otomatik olarak alan adı hakkı tanınması şeklindeki düzenleme, zıt alan adı gaspına sebep olmuştur. Bu tahkim usulünde marka sahibine devir edilen alan adlarından bazılarının sahipleri, mahkemede dava açmak suretiyle, alan adlarını geri almıştır (Blackman, 222; Albert, 128, naklen Oğuz, s. 354 dp. 3).

⁵⁶¹ Oğuz, s. 353.

⁵⁶² Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2017, s.784; Pekcanitez, s. 2594.

⁵⁶³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 794.

gereklidir. Buna karşılık ICANN çözüm usulünün yetkisi, uyuşmazlığın taraflarının sözlü veya yazılı bir anlaşmasına değil, servis sağlayıcı ile alan adı sahibi arasında akdedilen alan adı tahsis sözleşmesine dayanmaktadır⁵⁶⁴. Dolayısıyla uyuşmazlığın diğer tarafında bulunan marka sahibi bakımından, bir anlaşma mevcut olmasa da ICANN çözüm usulüne gidilebilecektir. ICANN çözüm usulü, klasik tahkime nazaran çok daha hızlı ve ucuzdur. Örneğin, ICANN çözüm usulü ile uyuşmazlıklar, 40-45 gün gibi kısa bir sürede çözüme kavuşturulmaktadır⁵⁶⁵. Belki de en önemli farklılık, ICANN çözüm usulünde, tahkim öncesi veya sonrası mahkeme yolunun kapanmamasıdır. Zira UDRP kurallarının 4 (k) maddesi, “mahkemeye başvurulabilirlik” başlığı ile tarafların ICANN çözüm usulüne başvurmadan önce veya karar çıktıktan 10 gün sonra mahkemeye başvurma hakkını saklı tutmuştur⁵⁶⁶. Klasik tahkimde ise, hakem kararları kesin hüküm niteliğinde olup, tahkim ile verilen karar, tarafları bağlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla hakem kararlarına karşı, çoğunlukla temyiz veya yeniden yargılama yoluna gidilemez⁵⁶⁷.

Ayrıca ICANN hakem kararları, tanıma veya tenfiz kararına gerek olmaksızın re’sen icra edilebilir niteliktedir⁵⁶⁸. Burada tahkim heyeti tarafından verilen karar, alan adının tahsis ve tescil edildiği yetkili kuruluşa bildirilir. Şayet 10 günlük dava açma süresi içinde dava açılmazsa, alan adının tahsis ve tesciline yetkili olan kuruluş, kararın gereğini re’sen yerine getirir⁵⁶⁹. Dolayısıyla diğer ülkede kararın uygulanması bakımından ayrıca devletin icra organlarına başvurmaya gerek yoktur⁵⁷⁰.

Ayrıca ICANN çözüm usulünün bir diğer özelliği de tarafların yüz yüze gelmesine gerek kalmadan online bir şekilde çözüm sunmasıdır⁵⁷¹. Buna literatürde, “online uyuşmazlık çözümü (Online Dispute Resolution-ODR)” adı verilmiştir⁵⁷².

⁵⁶⁴ Bozbel, ICANN, s. 60; Öngören, s. 112; Soysal, s. 405.

⁵⁶⁵ Bozbel, ICANN, s. 59.

⁵⁶⁶ <https://archive.icann.org/en/udrp/udrp-policy-24oct99.htm> (Erişim: 02.04.2018).

⁵⁶⁷ Soysal, s. 404.

⁵⁶⁸ Bal, s. 327.

⁵⁶⁹ Bozbel, ICANN, s. 83.

⁵⁷⁰ Bal, s. 328.

⁵⁷¹ Soysal, s. 406.

3. Yetkili Hizmet Sağlayıcıları

UDRP çözüm kuralları, ICANN tarafından yetkilendirilmiş hizmet sağlayıcı kuruluşlar tarafından yürütülmektedir. Günümüzde aktif hâlde çalışan ICANN tarafından yetkilendirilmiş beş tane kuruluş vardır. Genelde, her akredite edilen kuruluşun kendileri, ayrı ücretlendirme ve ICANN tahkim ve usul kurallarına ek kurallar öngörmektedir. Bu kuruluşlar şunlardır⁵⁷³;

- ❖ **Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO)**⁵⁷⁴: 1994 yılında kurulmuştur. Merkezi İsviçre'nin Cenevre şehrinde-dir. WIPO, Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (Arbitration and Mediation Center), 1 Aralık 1999 tarihinde akredite edilmiş olup, akredite edilen ilk servis sağlayıcıdır. Alan adı ihtilaflarında en çok tercih edilen servis sağlayıcıdır. Bunun en önemli sebeplerinden birisi, WIPO'nun fikri mülkiyet hukuku alanında uzman bir uluslararası kuruluş olması ve tahkimde görev alabilecek teknik tecrübeye sahip kişilerin WIPO'da kayıtlı olmasıdır⁵⁷⁵.
- ❖ **Ulusal Tahkim Forumu (NAF)**⁵⁷⁶: 23 Aralık 1999 tarihinde akredite edilmiştir. Merkezi ABD'dir. Daha çok ABD'de yaşanan uyuşmazlıklarda tercih edilmektedir.
- ❖ **Asya Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (ADNDRC)**⁵⁷⁷: 3 Aralık 2001'de ADNDRC yeni servis sağlayıcı olarak açıklanmış, 28 Şubat 2002 tarihinde ise, merkez yetkili servis sağlayıcı olarak akredite edilmiştir. Pekin, Hong Kong, Seul ve Kuala Lumpur'da dört ayrı bürosu mevcuttur.
- ❖ **Çek Cumhuriyeti Tahkim Mahkemesi (CAC)**⁵⁷⁸: 12 Nisan 2005 tarihinde AB'nin “.eu” uzantılı alan adları ile ilgili yetkili servis sağlayıcı olarak belirlenmiş, 23 Ocak 2008 tarihinde ise ICANN tarafından yetkili servis

⁵⁷² İnci Demirel, “Hukuk Elektronik Yaşam ve Ticaretin Hizmetinde veya Siber Uzayda Hukukun Yükselişi”, (Erişim) <http://home.ku.edu.tr/~daksen/mgis410/materials/SiberUzaydaHukuk.pdf>, 02.04.2018.

⁵⁷³ Bozbel, ICANN, s. 61; Bozbel, Armağan 2002, s. 226.

⁵⁷⁴ World International Property Organization, <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>.

⁵⁷⁵ Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü*, Değişim Yayınları, 2008, s. 95.

⁵⁷⁶ National Arbitration Forum, <http://www.adrforum.com/Home/HomePage>.

⁵⁷⁷ Asian Domain Name Dispute Resolution Centre, https://adndrc.org/mten/udrp_index.php?st=3.

⁵⁷⁸ Czech Arbitration Court, <http://adr.eu./index.php>.

sağlayıcı olarak alan adları ile ilgili uyuşmazlıkları çözmek üzere yetkilendirilmiştir.

- ❖ **Arap Alan Adları Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ACDR)⁵⁷⁹**: ICANN tarafından, 18 Mayıs 2013 tarihinde yetkili servis sağlayıcı olarak onaylanmıştır. Ürdün'ün başkenti Amman'da kurulmuştur. UDRP kurallarını uygulamak üzere Orta Doğu ve Kuzey Afrika bölgesinde onaylanmış ilk ve tek servis sağlayıcıdır. 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren alan adı uyuşmazlıklarını çözmek için faaliyete geçmiştir⁵⁸⁰.

4. Uygulama Alanı ve Kapsamı

ICANN tarafından kabul edilen UDRP çözüm mekanizmasının, yürürlüğe girmesiyle birlikte, marka ile alan adı arasında doğabilecek bütün uyuşmazlıklar, UDRP çözüm mekanizması kapsamında çözüme kavuşturulacaktır⁵⁸¹. Alan adı idaresinin tescil bakımından bu kuralları kabul etmesiyle, tescili yaptıran kişi veya kurumlar da bu kuralları kabul etmiş olmaktadır⁵⁸². Dolayısıyla ICANN tahkim kuralları, sadece tescil ile ilgili uyuşmazlıklar bakımından değil, tescilden sonra doğabilecek bütün uyuşmazlıklar bakımından da uygulanabilir olacaktır⁵⁸³.

UDRP çözüm mekanizması, ilk uygulanmaya başladığı zamanlarda sadece “.com”, “.org” ve “.net” gTLD'lerinde uygulanması kararlaştırılmış, ancak daha sonra kapsamı genişletilmiş ve diğer gTLD'lere de uygulanmıştır. Bunun yanında, isteyen ccTLD idarelerinin de bu usulü benimseme imkânı bulunmaktadır⁵⁸⁴. Ayrıca ccTLD idarelerinin, bu usulü benimsemese bile, bu usulden yararlanarak kendi uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını geliştirmeleri de mümkündür. Günümüzde, 40'ın üzerinde

⁵⁷⁹ Arab Center for Dispute Resolution, <http://acdr.aipmas.org>.

⁵⁸⁰ Soysal, s. 402.

⁵⁸¹ Soysal, s. 407.

⁵⁸² Bozbel, Armağan 2002, s. 225.

⁵⁸³ Bozbel, ICANN, s. 60.

⁵⁸⁴ Ayça Zorluoğlu, “Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1) 2012, s. 70; Soysal, s. 407.

ülke UDRP çözüm şeklini benimsemişken⁵⁸⁵, 70’den fazla ülke, kendi ccTLD uyuşmazlıklarında, yetkili servis sağlayıcı olarak WIPO’yu seçmiştir⁵⁸⁶.

Türkiye ise, UDRP çözüm sistemini benimsemeyip, UDRP çözüm sistemine benzer kurallar getiren bir çözüm mekanizması oluşturmayı planlamaktadır. Bunun için Ulaştırma ve Haberleşme Bakanlığı tarafından 2010 yılında İnternet Alan Adları Yönetmeliği ve 2013 yılında İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği çıkarılmıştır. Dolayısıyla “.tr” uzantılı alan adları ile ilgili çıkan uyuşmazlıklara, İnternet Alan Adları Yönetmeliği ile getirilen yeni çözüm mekanizması uygulanacaktır⁵⁸⁷.

UDRP çözüm kurallarının incelemesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki, bu kurallar, alan adları ile ortaya çıkan tüm uyuşmazlıklara uygulanabilecek nitelikte değildir. Zira UDRP’nin 4. maddesinde sadece markaların, kötü niyetli şekilde alan adı olarak tescilinden söz edilmektedir. Bir başka deyişle, marka dışındaki diğer fikri mülkiyet haklarının kötü niyetle alan adı olarak tescil edilmesi veya kullanılmasından doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde bu kurallar uygulanamayacak, bu durumlarda her ülkenin hukukuna göre çözüme gidilecektir.

Alan adı ile marka arasında ihtilafın varlığı için UDRP’nin 4. maddesinin getirmiş olduğu şartlar şu şekildedir⁵⁸⁸;

- Alan adının ticari bir marka veya hizmet markası ile aynı veya iltibasa mahal verecek şekilde benzer olması⁵⁸⁹ (ve)
- Alan adı üzerinde herhangi bir hakkın veya haklı menfaatin olmaması (ve)

⁵⁸⁵ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/rules/cctld/index.html> (Erişim: 02.04.2018).

⁵⁸⁶ Soysal, s. 408.

⁵⁸⁷ Soysal, s. 408.

⁵⁸⁸ <https://archive.icann.org/en/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>.

⁵⁸⁹ Bir markaya ilaveler yapılarak alan adı olarak kullanılması hâlinde de karıştırma tehlikesi olacağı kabul edilmiştir. Porsche şirketi 50 yıldır “Porsche” tescilli markasını kullanmakta ve markasının dünyaca ünlü ve tanınmış bir marka olduğu gerekçesiyle, “porschetennis.com” alan adının kullanılmasına karşı şikâyetçi olmuştur. Şikâyet edilenin kendi markasının tanınmışlığından haksız bir şekilde fayda sağlayarak kötü niyetini ortaya koyduğunu ve alan adının kendisine transferini talep etmiştir. Panel, “tennis” adının “Porsche” tanınmış markasına ayırt edicilik katmadığını ve davalının başka alan adlarını da kötü niyetli olarak kullandığını belirterek, alan adının şikâyetçi Porsche şirketine devrine karar vermiştir. (WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0042.html> (Erişim: 03.04.2018)).

- Alan adının kötü niyetli olarak kayıt edilmiş ve kullanılmış olması gerekmektedir.

Uyuşmazlık hâlinde şikâyetçi, bu üç unsurun birlikte var olduğunu ispat etme külfeti altındadır.

Alan adı üzerinde bir hakkın veya haklı menfaatin olması hâlleri ise, UDRP'nin m. 4/c'de örnek niteliğinde sayılmıştır⁵⁹⁰. Buna göre, alan adı sahibinin,

- Kendisine idari prosedüre başvurulduğu bildirilmeden önce, alan adı veya buna uygun bir terimi bir mal veya hizmet arzı için kullanmış veya kullanılması için bir takım hazırlıklar yapmış olması,
- Alan adı üzerinde bir marka ya da hizmet markası veya yasal haklara sahip olmadığı hâlde, toplumda bu alan adı altında tanınmış olması,
- Alan adının, söz konusu markayı karalamak veya tüketicileri yanlış yönlendirerek ticari kazanç sağlama amacı olmaksızın, yasal sınırlar içerisinde dürüst bir şekilde kullanmış olması⁵⁹¹,

hâllerinde alan adı üzerinde, alan adı sahibinin yasal bir hakkının veya haklı menfaatinin olduğundan söz edilecektir. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere

⁵⁹⁰ Soysal, s. 418.

⁵⁹¹ Alan adlarının marka sahibine olumsuz zarar vermediğinin açık olması ve karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı, örneğin yetkili dağıtıcı veya bayi tarafından markanın ek yapılarak kullanılması gibi hâller, dürüst kullanım kapsamında değerlendirilecektir. Buna ilişkin bir uyuşmazlıkta davacı, 1996'da USPTO nezdinde "Pizza Shoppe and Pub" adını marka olarak tescil ettirmiş olup, "pizzashoppeandpub.com" alan adının da sahibidir. Davalı ise, davacı firmanın franchise verdiği ve iki restorantı ile faaliyet gösteren Joe Walker'ın restorantlarında aşçılık yapan kişidir. Davalı, 1998 yılında Joe Walker'ın, davacının bilgisi dâhilinde faaliyetleri ile ilgili bir web sitesi oluşturmak istediğini ve bu işle kendisini yetkilendirdiğini ve 1998 yılında Joe Walker'ın da bilgisi dâhilinde "pizzashoppe.com" alan adını kayıt ettirmiştir. Davalı adına kayıtlı olan alan adı altında işletilen web sitesinde, davacının markası ve logosu kullanılmakta, fakat web sitesinin davacının franchise verdiği iki restorantla ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Davacı, söz konusu alan adının tescilli markası olduğu gerekçesiyle kendisine devri için davalıya mektup yazmış, ancak davalının da devri gerçekleştirilmemesi üzerine WIPO'ya başvurmuştur. WIPO hakemi, davacının en baştan beri davalının "pizzashoppe.com" alan adı altındaki faaliyetlerinden haberdar olduğunu, davalının davacıdan yetki alarak franchising hizmeti verdiğini ve onun ürünlerini pazarladığını, işlerin yürütülmesinde sözleşmeye aykırılık olması durumunda söz konusu ilişkiyi sürdürmeyeceğini, davacının franchise sözleşmesini de ibraz etmediğini belirtmiş ve davalının kullanımının dürüst kullanım olduğuna karar vermiştir. Tüm bunlara dayanarak davacının talebini reddetmiştir. (WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-1353.html> (Erişim: 03.04.2018) (naklen Soysal, s. 427, 428).

ispat yükü burada, şikâyet edilene geçmektedir⁵⁹². Başka bir ifadeyle alan adı üzerinde hakkı veya haklı menfaati olduğunu ispat yükü şikâyet edilene aittir.

Bir başkasının markasına benzer nitelikte olacak bir alan adının, haklı menfaat olmaksızın tescil ettirilmesinin kötü niyetle yapılmış olması gerekmektedir. Hatta tescil anında iyi niyetli olup da daha sonrasında alan adının kötü niyetli kullanılmasından doğan ihtilaflar dahi, UDRP çözüm mekanizması kapsamında değerlendirilmeyecektir⁵⁹³. Alan adının kötü niyetle kayıt edilmesi ve kullanılması hâlleri UDRP'nin 4. maddesinin (b) bendinde sayılmıştır⁵⁹⁴. Bunlar:

- Alan adının, alan adını marka sahibine veya rakiplerinden birine satmak, kiralamak veya başka şekilde devretmek amacıyla tescil edilmesi ve kullanılması⁵⁹⁵,
- Alan adı sahibinin, ticaret veya hizmet markası olarak kullanılan bir markanın, marka sahibi tarafından alan adı olarak kullanılmasına engel olmak amacıyla tescil edilmiş olması ve kullanılması,

⁵⁹² Bettinger, Handbook, s. 1053 (naklen Oğuz, s. 364).

⁵⁹³ Bettinger, Handbook, s. 1112 (naklen Oğuz, s. 373).

⁵⁹⁴ <https://archive.icann.org/en/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>.

⁵⁹⁵ Aktif kullanım şartının aranmamasına ilişkin yol gösterici ve emsal teşkil edebilecek bir karar olan “telstra.org” kararını ele alabiliriz. Bu uyuşmazlıkta şikâyetçi taraf, Avustralya’da faaliyette bulunan ve Avustralya telekomünikasyon sektörünün önde gelen firmalarından biri olan telstra şirkettir. Şirketin, 30 ülkede başvuru veya tescil aşamasında olan “telstra” ibareli markaları mevcuttur ve 1993 yılından beri bu ismi kullanmaktadır. Aynı zamanda “telstra.com”, “telstra.net”, “telstra.com.au”, “telstra-inc.com” ve “telstrainc.com” alan adlarının da sahibidir. Şikâyet edilen “Nuclear Marshmallows” ise uyuşmazlığa konu olan “telstra.org” alan adını kendi adına kaydettirmiş ve kayıt sırasında adresini Avustralya’da bir postane olarak vermiş ve asıl kimliğini saklamıştır. Şikâyet edilen alan adını hiç kullanmamış olup, şikâyetçi tarafa satma girişiminde de bulunmamıştır. Hakem bu olayda şu beş hususu göz önüne alarak kötü niyetli kullanım olduğuna karar vermiştir:

- Uyuşmazlığa konu markanın tanınmış ve meşhur olması,
- Alan adını kayıt ettiren kişinin, alan adını iyi niyetle kullandığına veya kullanacağına dair emarenin bulunmaması,
- Sorumlunun gerçek kimliğini gizlemesi ve bunun için aktif bir çaba içinde olduğunun anlaşılması,
- Sorumlunun alan adı kayıt sözleşmesindeki irtibat adresinin yanlış olması ve bunu düzeltmek için bir çabasının olmaması,
- Şikâyet edilenin, bütün bunların sonucunda ve şikâyetçinin hakları yanında alan adını almakta meşru ve haklı bir sebebinin olmaması.

Uyuşmazlığı inceleyen hakem, bu sebeplere dayanarak alan adının kötü niyetli olarak kayıt edildiği kanaatine ulaşmış ve alan adının şikâyetçi tarafa transferine karar vermiştir. (WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0003.html> (Erişim: 03.04.2018)).

- Alan adı tescilinin, ticari rakiplerinin işine zarar vermek amacıyla yapılmış olması,
- Alan adını kullanarak, şikâyetçinin markası ile kendi internet sitesi ya da internet sitesindeki bir ürün veya hizmet arasında kaynak, sponsorluk, ticari bir bağlantı veya onay varmış gibi göstererek karışıklık yaratmak suretiyle ticari kazanç elde etmek için internet kullanıcılarının kendi internet sitesine veya başka online adrese kasıtlı olarak yönlendirilmesi⁵⁹⁶.

Kötü niyetin tespitinde, sayılan bu durumlar örnek niteliğinde olup her olay, kendi içerisinde değerlendirilmelidir. ICANN çözüm usulünde verilen kararlar ile işin esasının incelenmesinden daha çok alan adı tescilinin kötü niyetli olup olmadığının tespiti amaçlanmaktadır⁵⁹⁷. Bu sebeple, UDRP kurallarına göre incelenen uyuşmazlıklarda, şikâyet edenin, uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmadan veya başvurduktan sonra yetkili mahkemelerde dava açma hakkı her zaman saklıdır.

5. Yargılama Usulüne İlişkin Özellikler

UDRP ile düzenlenen ilkeler doğrultusunda, uyuşmazlıkları çözmekle görevli tahkim merkezlerinde yapılacak yargılamanın usulü, Yeknesak Uyuşmazlık Çözüm Politikaları Uygulama Kuralları (The Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy- RUDRP)⁵⁹⁸ ile düzenlenmiş ve 24 Ekim 1999 tarihinde onaylanarak yürürlüğe girmiştir⁵⁹⁹. RUDRP kapsamında belirlenmiş olan usul kuralları, evrensel nitelik taşımaktadır. Ancak bu durum, RUDRP kuralları yanında her bir yetkili merci tarafından, kendi alan adı idareleri nezdinde görülecek uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere birtakım usul kuralları getirilmesine engel değildir⁶⁰⁰.

RUDRP uyarınca tahkim süreci, şikâyetçinin, ICANN tarafından akredite edilmiş yetkili servis sağlayıcılardan birine şikâyetini bildirmesi ile başlar. Daha sonrasında

⁵⁹⁶ Karaman, s. 80.

⁵⁹⁷ Oğuz, İkincil Mevzuat, s. 75.

⁵⁹⁸ <https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en> (Erişim: 03.04.2018).

⁵⁹⁹ Soysal, s. 498.

⁶⁰⁰ Bal, s. 332.

şikâyet edilen ise, bu şikâyetlere yönelik cevabını gönderir. Bunun üzerine yetkili servis sağlayıcı, uyuşmazlık konusuna göre, uyuşmazlığı çözecek bir veya üç kişiden oluşacak bir hakem heyeti atar. Daha sonrasında hakem veya hakem heyeti tarafından karar alınır ve ilgililere tebliğ edilir. En nihayetinde ise, hakem veya hakem heyeti tarafından alınan kararlar, icra edilmesi için alan adı tescil kuruluşlarına tebliğ edilir⁶⁰¹.

UDRP çözüm mekanizmasında mahkemelerde olduğu gibi, iki taraf bulunmaktadır. RUDRP m.1’de tanımlar başlığı altında, tahkim kurumuna müracaat eden kişi için müşteki (complainant) terimi kullanılmakta ve aleyhine tahkim kurumuna müracaat edilen kişi için de karşı taraf (respondent) terimleri kullanılmaktadır. Ancak literatürde de yerleştiği üzere, biz bunların yerine şikâyetçi ve şikâyet edilen taraf terimlerini kullanacağız⁶⁰². Alan adı ile marka arasındaki uyuşmazlıklardan doğan ihtilafların çözümü bakımından uygulanan bu usulün amacı, hakkı ihlâl edilen marka sahibini korumak olduğu için, uyuşmazlığın davacı tarafında hakkı ihlâl edilen marka sahibi bulunmaktadır (RUDRP m. 1). Şikâyetçi sayısı, markası ihlâl edilen marka sahibi sayısına göre birden fazla da olabilir. Ayrıca markanın inhisari lisans sahibi de dava açabileceği gibi, alan adı gaspına karşı UDRP çözüm usulüne de başvurabilecektir. Uyuşmazlığın diğer tarafında bulunan şikâyet edilen taraf ise, alan adını tescil ettiren kişiler olabileceği gibi alan adını kullanan kişiler de olabilir⁶⁰³.

Hakem/hakem heyeti kararlarını alırken, RUDRP m. 15 (a) bendine göre kararlarını, UDRP’nin maddi kurallarına dayandırmaktadır. Ancak olay başka bir hukuk düzeniyle ilgili ise, tamamlayıcı olarak bir başka hukuk düzeni de dikkate alınabilecektir⁶⁰⁴. Başka bir ifadeyle, WIPO raporunda da ifade edildiği üzere, davanın taraflarının aynı ülkede ikamet etmesi ve alan adının aynı yerde tescil edilmesi ve kötü niyetli tescilin ve kullanımın sonuçlarının bu ülkede ortaya çıkması durumunda, bu ülkenin marka hukukunun uygulanması mümkündür⁶⁰⁵. Tarafların,

⁶⁰¹ Mert Yaşar, “Alan Adları ve ICANN Tahkimi”, *Prof. Dr. Erden KUNTALP’ e Armağan*, Cilt I, *GSÜHFD*, Yıl:3 S.1, İstanbul, 2004, s. 641.

⁶⁰² Aynı yönde Oğuz, s. 379.

⁶⁰³ Oğuz, s. 380.

⁶⁰⁴ Bozbel, Armağan 2002, s. 243; Oğuz, s. 390.

⁶⁰⁵ Oğuz, s. 390.

farklı ülkelerin vatandaşı olduğu durumda ise, alan adının tescil edildiği tescil kurumunun bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerekmektedir⁶⁰⁶. Örneğin, şikâyet edenin, ikametgâhının Almanya olduğu bir WIPO kararında Panel, şikâyetçinin haklılığını değerlendirirken marka kriterlerini belirleme, alan adının ayırt ediciliğini belirleme gibi birçok hususta, Alman Marka Kanunu'na göre değerlendirme yapmıştır⁶⁰⁷. Şayet, uyuşmazlıkta her iki tarafın ikametgâhı Türkiye'de ise, Türk Marka ve Ticaret Hukuku dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır⁶⁰⁸.

UDRP çözüm usulü kapsamında, hakemlerin verebilecekleri kararlar konu itibarıyla sınırlıdır. Bir başka deyişle, hakemler, ancak alan adının terkinin, alan adının şikâyetçiye devri ve ihtilafın 4 (a) kapsamında olmadığı gerekçesiyle davanın reddi kararlarını verebilecektir⁶⁰⁹. Bu kapsamda, hakemlerin, bu kararlara ek olarak, dava masraflarına veya tazminata yönelik karar vermesi mümkün değildir. Tazminat talebinin mevcudiyeti hâlinde, idari bir çözüm yoluna değil, genel mahkemelerde dava açılması yoluna gidilmesi gerekir⁶¹⁰. Yine UDRP kapsamında web sitesinin kapatılması veya durdurulması gibi ihtiyati tedbir kararları da verilemez. Ayrıca markayla iltibas ve sulandırma gibi marka hukukuna özgü yargılama gerektiren hususların tespiti de UDRP kapsamı dışındadır⁶¹¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, UDRP çözüm usulünde hakem kararlarının denetlenmesi amacıyla temyiz gibi bir yasal yol bulunmamaktadır⁶¹². Bunun sebebi, UDRP çözüm usulünün idari bir ihtilaf çözüm yolu olması olarak açıklanmaktadır⁶¹³. Bu sebeple, hakemlerin vermiş olduğu karardan memnun olmayan taraf, hakkını genel mahkemelerde arayacaktır. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, UDRP m. 4 (k) bendi uyarınca, ihtilafın hakem önüne getirilmesinden önce veya sonra dava

⁶⁰⁶ Yaşar, s. 650.

⁶⁰⁷ WIPO,

<http://www.wipo.int/tools/en/gsearch.html?cx=016458537594905406506%3Ahmturfvwzq&cof=F%3AORID%3A11&q=D2001-1401> (Erişim: 04.03.2018).

⁶⁰⁸ Bozbel, Armağan 2002, s. 244.

⁶⁰⁹ Bozbel, ICANN, s. 82; Yaşar, s. 651.

⁶¹⁰ Toplu Ünlü, s. 12.

⁶¹¹ Oğuz, s. 391.

⁶¹² Oğuz, s. 395; Toplu Ünlü, s. 12.

⁶¹³ Toplu Ünlü, s. 12.

açma hakkı bulunmaktadır. Bu sebeple, hakem/hakem heyeti, alan adının iptaline veya şikâyetçiye transferine karar verirse, tescil kurumu, bu kararın kendisine geldiği tarihten itibaren 10 gün bekleyecektir. Şayet bu 10 gün içerisinde davayı kaybeden alan adı sahibi dava açmazsa, bu durumda tescil kurumu hakem kararını yerine getirecektir⁶¹⁴.

B. İnternet Alan Adları Yönetmeliği Kapsamında Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

1. Genel Olarak

Bazı ülkeler tarafından ülke kodlu alan adlarına uygulanmak üzere UDRP çözüm sisteminin benimsenebileceğini bir önceki başlıkta bahsetmiştik. Ancak Türkiye bu çözüm sistemini benimsemek yerine, UDRP'ye benzer kurallar getiren İnternet Alan Adları Yönetmeliği'ni yürürlüğe sokmuştur⁶¹⁵. Buna göre, “.tr” uzantılı alan adları ile ilgili çıkan ihtilaflara, İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde hükme bağlanan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması (UÇM) uygulanacaktır. Yönetmelik kapsamındaki UÇM'de de UDRP'ye benzer kurallar geçerlidir. Her ikisi de dava yoluyla uyuşmazlıkların çözülmesine alternatif yol niteliğinde olup, sadece kötü niyetle tescil veya kullanım olması hâlinde başvurulabilecek yollardır.

2. Uygulama Alanı

İnternet Alan Adları Yönetmeliği kapsamındaki UÇM'de, UDRP'den farklı olarak sadece markalara ilişkin uyuşmazlıklar değil, ticaret unvanı, işletme adı gibi diğer ticari ad ve işaretler ile alan adı arasında oluşan uyuşmazlıklar da yer almaktadır.

Buradan hareketle, İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nin 25. maddesine göre, uyuşmazlık çözüm yoluna başvuran kişi;

- *İhtilaf konusu alan adının, sahip olunan veya ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer tanıtıcı işaretlerle benzer ya da aynı olduğunu,*

⁶¹⁴ Bozbel, Armağan 2002, s. 244; Yaşar, s. 654.

⁶¹⁵ Soysal, s. 408.

- *Alan adını tahsis ettiren tarafın, bu alan adı ile ilgili yasal bir hakkı ya da bağlantısının olmadığını,*
- *Bu alan adının, alan adı sahibi tarafından kötü niyetle tahsis ettirildiğini veya kullanıldığını,*

ispat edecektir. İnternet Alan Adları Yönetmeliği, bu üç şartın bir arada olmasını aramaktadır. Söz konusu Yönetmeliğin bu hükmü, her ne kadar UDRP'ye benzerlik gösterse de AB'nin 874 sayılı Tüzüğü'nün⁶¹⁶ 21. maddesinin 1. fıkrası esas alınarak düzenlenmiştir⁶¹⁷. Şöyle ki, UDRP'nin 4 (a) (iii) bendinde alan adının, kötü niyetle tescil ettirilmesi ve kullanılması birlikte aranırken, İnternet Alan Adları Yönetmeliği ve AB'nin 874 sayılı Tüzüğü'nde alan adının kötü niyetli tescil edilmesi yahut kullanılması şartı aranmaktadır. Bu yönüyle, İnternet Alan Adları Yönetmeliği kapsamındaki çözüm usulü, ICANN çözüm usulüne nazaran tanıtma işareti sahipleri lehine bir düzenleme niteliğindedir⁶¹⁸. UDRP'de olduğu gibi İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nde de sadece kötü niyet olduğu hâllerde alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması yoluna gidilecek, kötü niyet olmayan hâllerde Sınai Mülkiyet Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Alan adları ile ilgili uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesine, uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcılarının belirlenmesine ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla 21.08.2013 tarihinde "İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği" yürürlüğe girmiştir. Tebliğ'in 19. maddesinde UDRP'ye benzer nitelikteki kötü niyet hâlleri şu şekildedir:

- *Şikâyet konusu alan adının, ticaret veya hizmet markası, ticaret unvanı, işletme adı veya kişi adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibi olan şikâyetçiye veya şikâyetçinin ticari olarak rekabette bulunduğu tarafa, bu alan adının, belgelenmiş tahsis masraflarını ve yatırım maliyetini aşan miktardaki bir meblağ karşılığında satma veya devretme amacıyla tahsis ettirilmiş olması,*

⁶¹⁶ Commission Regulation (EC) No 874/2004 of 28 April 2004 laying down public policy rules concerning the implementation and functions of the .eu Top Level Domain and the principles governing registration, 30.04.2004, OJ, L 162/41.

⁶¹⁷ Oğuz, s. 405.

⁶¹⁸ Bettinger, Handbook, 1154 (naklen Oğuz, s. 408).

- *Şikâyet konusu alan adının, ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibinin, bu marka, unvan, ad ya da işareti alan adında kullanmasını engellemek amacıyla tahsis ettirilmiş olması,*
- *Şikâyet konusu alan adının, esasen ticari rakiplerin işlerine ya da faaliyetlerine zarar vermek amacıyla tahsis ettirilmiş olması,*
- *Şikâyet konusu alan adının, ticari kazanç elde etmek amacıyla, şikâyetçinin sahibi olduğu ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işareti ile benzerlik sağlayarak karışıklık meydana getirmek suretiyle internet kullanıcılarının, alan adı sahibinin internet sitesine veya herhangi bir internet sitesine yönlendirilmesi amacıyla bu alan adının kullanılması.*

Söz konusu kötü niyet hâlleri örnek niteliğinde olup sınırlı sayıda değildir.

3. Yargılama Usulüne İlişkin Özellikler

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması, İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nin 23 ve devamı maddelerine göre, Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcıları (UÇHS) eliyle yürütülecektir. UÇHS'ler üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya uluslararası kuruluşlar arasından, başvuru yapmaları hâlinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından seçilecektir. Ayrıca, İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 26/1 uyarınca hakemlerin, fikri mülkiyet hukuku, marka hukuku, ticaret hukuku veya bilişim hukuku alanında uzman olmaları aranmaktadır.

Alan adı ile diğer işaretler arasında ortaya çıkan ihtilaflar bakımından taraflar, İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği m. 2'de, şikâyetçi ve şikâyet edilen olarak tanımlanmıştır. Buna göre, tahsis edilmiş alan adı ile ilgili şikâyette bulunmak üzere uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcısına başvuru yapan taraf şikâyetçi; uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcısı nezdinde şikâyete konu olan alan adı sahibi de şikâyet edilen olarak adlandırılmaktadır. Bu tanımlardan da hareketle şikâyet eden tarafın, marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi ayırt edici işaret

sahibi olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, bu işaretler üzerinde intifa, rehin ve lisans hakkı sahiplerinin de şikâyetçi olabilecekleri söylenmelidir⁶¹⁹.

İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 27 uyarınca, UDRP çözüm usulünde olduğu gibi, burada da hakem/hakem heyeti alan adının terkinine, devrine veya şikâyetin reddine dair karar verebilir. Bununla birlikte, tazminat ve ihtiyati tedbir gibi talepler bakımından genel mahkemelere gitmek gerekmektedir. Bir UÇHS tarafından verilen karar, kurum, taraflar ve alan adı kayıt kuruluşları bakımından bağlayıcı niteliktedir⁶²⁰. Ancak alan adı ihtilafı konusunda verilen kararı, taraflardan birisi genel yetkili mahkemede dava konusu yapabilir.

⁶¹⁹ Oğuz, s. 412.

⁶²⁰ Oğuz, s. 414.

SONUÇ

İnternet, zamanla, iletişim aracı olmaktan çıkmış, ticari olarak tüm iş ve işlemlerin yürütüldüğü bir platform hâline gelmiştir. İnternetin ticari kullanımı, 1990'lı yıllardan bu güne hızla artmıştır. İnternet kullanımının bu denli artması, web sayfalarına ulaşmayı sağlayan, elektronik adres olarak nitelendirilen alan adlarının varlığını ortaya koymuş ve alan adlarına hukuki bir boyut kazandırmıştır. Zira alan adları başlangıçta, sadece internet erişimini sağlamak için düşünülmüşken, daha sonrasında diğer tanıtıcı ad ve işaretler gibi, internet dünyasında ticari işletme sahiplerinin ticari kimliği hâline gelmiştir. Dolayısıyla günümüzde ticari işletme sahipleri alan adlarını, reklam ve pazarlama hizmetlerini yürütmek amacıyla kullanmaktadırlar. Bu durum ise, markalar bakımından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır.

Zira ticari işletme sahipleri, mal ve hizmetlerini tanıtmaya yarayan markalarını, alan adı olarak kullanmak isteyeceklerdir. Ancak birçok marka, üçüncü bir kişi tarafından haksız kazanç elde etmek maksadıyla sahibinden önce, alan adı olarak tahsis edilmektedir. Zira ilk olarak alan adı ile marka uyumsuzluklarının çıkış noktası budur. Bu ihlâl şeklinde amaçlanan, piyasada belli yer edinmiş markaların, alan adı olarak tescilinin sahibinden önce sağlanması ve sahibine tescil ücretini aşan miktarda satılmasıdır. Ancak ticari işletme sahipleri, zamanla bu durumun farkına varmıştır. Bundan sonra gecikmeksizin markalarını, alan adı olarak tescil ettirmektedirler.

Alan adlarının hukuki niteliği konusunda, ilk zamanlar çok fazla şey konuşulup tartışılmıştır. Ancak zamanla alan adlarının da marka veya ticaret unvanı gibi, sahibine kimlik kazandırma ve mal ve hizmetlerin kaynağını gösterme fonksiyonuna sahip oldukları kabul edilmiştir. Bu gelişmelerden sonra, alan adı ile marka arasındaki uyumsuzluklar, iltibasa sebep olan kullanımlarda kendini göstermiştir.

İltibas müessesesi, fikri haklar bakımından, özellikle de markalar bakımından büyük öneme sahiptir. Zira iltibasın konusunu, daha çok markalar oluşturmaktadır. İltibasta amaç, mal ve hizmetin kaynağı noktasında, tüketicileri yanıltmak veya tüketicilerde yanlış algı uyandırmaktır. Ticaretin internet dünyasına taşınmasıyla birlikte birçok ticari işletme sahibi, yeni bir alan adı bulmak yerine, tescilli veya kullanılan markaların aynısını veya benzerini alan adı olarak almaktadır. Zira internet üzerinden

alışverişte, sanal âlemde olmanın verdiği bir avantajdan dolayı tüketicilerin kandırılması çok daha kolay olacaktır. Bu sebeple, alan adları bakımından iltibas incelemesi ciddi önem arz etmektedir. Alan adlarının sanal âlemin konusu olması ve SLD kısmının yanında ayırt edici niteliğe sahip olmayan, her alan adında var olan TLD kısımlarından da oluşması sebebiyle iltibas değerlendirmesinde dikkate alınacak kriterlerin belirlenmesi ayrıca önem arz etmektedir.

Öncelikle, alan adları ile markalar arasındaki iltibasta markalar için geliştirilen kriterlere başvurulup başvurulmayacağı tespit edilmelidir. Alan adlarının iltibas değerlendirmesinde Türk Ticaret Kanunu hükümleri dikkate alınacağından, Türk Ticaret Kanunu'nun getirmiş olduğu sınırlamalar dikkate alınmalıdır. Ancak, gerek Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde Sınai Mülkiyet Kanunu'na atıf yapması gerekse markalar bakımından iltibas incelemesinin daha geliştirilmiş olması, markalar bakımından geliştirilen kriterlerin, alan adları ile arasındaki iltibasta da uygulanabileceğini göstermektedir. Ancak alan adlarının kendine özgü yapısından kaynaklanan farklılıklar da göz ardı edilmemeli, her somut olayın durumuna göre değerlendirme yapılmalıdır.

Alan adı ile marka arasında iltibasın varlığından bahsedebilmek için işaretler ile mal ve hizmetlerin aynı veya benzer nitelikte olması aranmaktadır. İşaretlerin benzerlik incelemesinde, alan adlarının sadece SLD kısmının mı dikkate alınması yoksa TLD kısımlarıyla bütün olarak mı değerlendirilmesi gerektiği hususu ise tartışma konusu olmuştur. Çalışmamızda tüm bu tartışmalara yer vermiş olmakla birlikte varılan sonuç, kural olarak alan adlarında ayırt edici niteliğe sahip olan SLD kısmının dikkate alınmasıdır. Ancak diğer kısımlar, bütün olarak alan adında bir farklılık arz ediyorsa, bu durumda bütün olarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla markalar için geliştirilmiş olan bütünlük ilkesi, duruma göre alan adlarının sadece SLD kısmı bakımından uygulanabilirken, bazen de diğer kısımları da içine alacak şekilde olmalıdır.

Alan adı ile marka arasındaki iltibasın unsurlarından mal ve hizmetlerin aynı veya benzer olması durumunun tespiti de ayrı bir inceleme gerektirmektedir. Zira alan adlarında sınıflandırma sistemi bulunmadığından, alan adı sahibinin iştiğal sahasının

tespiti zorlaşmaktadır. Bunun tespitinde bir kısım yazar, internet adresinin ana sayfasının dikkate alınması gerektiğini ifade ederken bir kısım yazar da sayfa içeriğine ve faaliyet alanlarına bakılmasının gerekli olduğunu ifade etmektedir. Yargıtay kararlarından da yola çıkarak, alan adı sahibinin iştiğal sahasının tespiti için ana sayfaya bakmak yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla alan adı sahibinin web sayfasının içeriğine bakmak gerekmektedir. Şayet web sayfası içeriğinden herhangi bir bilgiye ulaşılamıyorsa, alan adı sahibinin faaliyet alanları tespit edilerek mal ve hizmetlerin benzerlik değeriendirilmesi yapılmalıdır.

Alan adı ile marka arasındaki iltibasta dikkate alınması gereken bir diğeri kriter ise, göz önünde bulundurulacak tüketici kesimidir. Alan adı ile marka arasındaki iltibasta, iltibas çitasının yükseltilmesi ifade edilerek göz önüne alınacak kitlenin, internet kullanıcıları ile sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak alan adlarının günümüzde geldiği konum da dikkate alındığında, benzerlik değeriendirmesinde dikkate alınacak kesimde bu şekilde bir ayrıma gitmek gereksiz olacaktır. Bu sebeple, iltibas ihtimalinin tespitinde dikkatli bir internet kullanıcısı değil, ortalama tüketici esas alınmalıdır. Ancak mal ve hizmetlerin hitap ettiği kesime göre, hedef kitle değerişim gösterebilmektedir. Yine, mal ve hizmetlerin temin şekli de dikkate alınacak hedef kitlenin tespitinde belirleyici olacaktır. Tüm bu değeriendirmeler ışığında, aynı veya benzer nitelikteki alan adı ile marka arasındaki iltibasın varlığı, mal ve hizmetin hitap ettiği kesim de göz önüne alınarak, o mal ve hizmetin ortalama kullanıcısı üzerinden belirlenmelidir.

Alan adı ile marka arasındaki iltibasta göz önüne alınabilecek bir diğeri kriter ise, hangisinin öncelik hakkına sahip olduğudur. Alan adı veya markanın birbiri karşısında herhangi bir üstünlüğü bulunmadığından, hangisinin önce tescil edilip, piyasada kullanıldığı dikkate alınmalıdır.

Öncelik hakkına sahip tescilli bir markanın, başkası tarafından alan adı olarak kullanılması durumunda, kural olarak Sınai Mülkiyet Kanunu hükümleri dikkate alınacak olup, marka sahibi tarafından, Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan doğan tecavüzün durdurulması, ortadan kaldırılması, tespiti ve tazminat davası açılacaktır. Bununla birlikte Sınai Mülkiyet Kanunu'nda hüküm bulunmayan

durumlarda, haksız rekabet hükümlerine başvurulabilecektir. Dolayısıyla tescilli marka sahibi, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda yer almasa bile haksız rekabet hükümlerine dayanarak alan adının terkinin ve internet sitesine erişimin durdurulması ve engellenmesi talebinde bulunabilecektir. Zira Türk Ticaret Kanunu'na göre, haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması talep edilebilecektir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun koruma alanı tescilli markalar olduğundan tescilsiz markalar bakımından haksız rekabet hükümlerine başvurmak mümkün olacaktır. Dolayısıyla tescilsiz marka sahibi, markasının bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılması karşısında, haksız rekabet sebebiyle açılacak olan haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, eski hâle iadesi ve maddi ve manevi tazminat davaları açma hakkı bulunmaktadır. Ayrıca bu davaların yanında, tescilsiz marka sahibi de tescilli markalarda olduğu gibi, ihtiyati tedbir ve alan adının terkinin taleplerinde bulunabilecektir.

Öncelik hakkına sahip olan alan adı sahibi de alan adının bir başkası tarafından haksız olarak kullanılmasını engelleme hakkına sahiptir. Buradan hareketle, alan adı sahibi de haksız rekabet dolayısıyla açılacak olan sözü edilen davaları açabileceği gibi, ihtiyati tedbir ve alan adının terkinin gibi taleplerde de bulunabilecektir. Ayrıca alan adı sahibi, alan adı hakkına dayanarak yapılan bir marka başvurusuna itiraz edebileceği gibi, markanın tescili hâlinde hükümsüzlük davası açma yoluna da gidebilecektir. Alan adı hakkına dayanarak bir markaya Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/3'e dayanarak itiraz edileceğinde şüphe yoktur. Bu hükme göre alan adının ticaret sırasında kullanılan bir işaret olması gerekmektedir. Ancak ticaret sırasında kullanılmayan, şahsi amaçlarla alınan bir alan adı hakkına dayanarak, itirazın yapıp yapılmayacağı hususunda ise bir kesinlik mevcut değildir. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/6 hükmü de ayrı bir itiraz sebebi olup, bu hükümde başkasına ait herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi şartı aranmakta ve ticari kullanım şartı aranmamaktadır. Türk Patent uygulamasında alan adı hakkına dayalı itirazlar, m. 6/3 kapsamında değerlendirilmesine rağmen, başvuru sahipleri tarafından m. 6/6'ya dayalı itiraz yapıldığı görülmektedir. Kanaatimizce de ticari kullanım niteliğinde olmayan, ancak belli bir bilinirliğe ulaşan alan adları bakımından alan adı sahibinin, m. 6/6 hükmü

gereğince itiraz hakkı mevcuttur. Başka bir deyişle, alan adları korumasının bu bent kapsamında da değerlendirilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte alan adı sahibinin itirazının sonuçsuz kalması veya itiraz süresinin kaçırılması sonucunda marka tescil edilmişse markanın hükümsüzlüğü davası da açılabilecektir.

Alan adlarının marka tescil sisteminden farklı olarak dünyada tek bir kişinin kullanımına verilmesi alan adları uyuşmazlıklarının, uluslararası niteliğe haiz olmasına sebep olmaktadır. Bu da birden fazla ülkede hak arama yoluna gidilmesi gerekliliğini doğurmakta ve problemlerin çözümünü son derece zorlaştırmaktadır. Alan adının küresel boyutta korunması ve mahkemede yapılan yargılamaların uzun sürmesi nedeniyle, dünyada alan adı tahsisine ve bu konudaki politikaları belirlemeye yetkili olan ICANN, UDRP Kuralları ile alan adı uyuşmazlıklarının çözümü için dava yoluna alternatif olarak çözüm usulü getirmiştir. Ancak UDRP Kuralları, m. 4'e göre sadece marka ile alan adı uyuşmazlıklarına uygulanabilecek, diğer ad ve işaretler ile alan adı arasında ortaya çıkan ihtilaflara uygulanamayacaktır. Buradan hareketle, UDRP kurallarının şu hâliyle yetersiz olduğu düşünülmekte, diğer ad ve işaretler ile alan adı ihtilaflarını da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Ayrıca mevcut servis sağlayıcılara yenileri eklenerek daha fazla servis sağlayıcısının sisteme dâhil olması ile UDRP kuralları çerçevesinde ülke kodu düzeyinde düzenlemelerin getirilmesi, uluslararası boyutta ihlallerin önlenmesine fayda sağlayacaktır.

Küresel anlamda ICANN tarafından yönetilmekte olan alan adlarının, ülkesel ölçekte yönetimi ise her ülkenin kendi iç düzenlemesine bağlı tutulmuştur. Çoğu ülkede ICANN benzeri bir uyuşmazlık çözüm sistemi olmasına rağmen, bazıları da alan adı uyuşmazlıklarını dava yoluyla çözüme kavuşturmaktadır. Bu bağlamda Türkiye'de, “.tr” uzantılı alan adı tahsis yetkisi uzun zamandan beri ODTÜ'dedir. Ancak 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile birlikte alan adlarına ilişkin düzenlemeler ve alan adlarına ilişkin tahsis ve işleyiş politikalarını belirleme görev ve yetkisi Ulaştırma Bakanlığı'na verilmiştir. Bakanlık ise 2009 yılında konuya ilişkin yetki ve görevlerini, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na devretmiştir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, devraldığı yetki ve göreve istinaden yaptığı

çalışmalar nezdinde 07.11.2010 tarihinde İnternet Alan Adları Yönetmeliği'ni yayımlayarak yürürlüğe sokmuş ve “.tr” uzantılı alan adlarında tahsis ve politikaların kurmuş olduğu bir sistem tarafından gerçekleştirilmesini öngörmüştür. Ayrıca bu yönetmelikte “.tr” uzantılı alan adı ihtilaflarını çözüme yönelik olarak Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması öngörülmüş ve yürürlüğü, bu sistemin uygulamaya geçmesi şartına bağlanmıştır. Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması ile ilgili yıllardır beklenen tebliğ çalışmaları büyük ölçüde tamamlanmış ve 2013 yılında Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği de çıkmış olmasına rağmen, alan adı tahsis yetkisinin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na devrinin hâlen yapılamamış olması sebebiyle Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması işletilememektedir. Bu durum, ülkemizde alan adları ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü konusunda büyük bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu eksikliğin ortadan kaldırılması için, söz konusu uyuşmazlık çözüm mekanizmasının ülkemizde biran evvel hayata geçirilmesi gerekmektedir. Ayrıca alan adlarının ticaret alanında kullanılması ile ekonomik değerinin önemli hâle geldiği günümüzde, alan adlarının yönetmelik ve tebliğ gibi düzenlemeler ile düzenlenmiş olması, alan adı hakkının korunması bakımından yetersiz görünmektedir. Bu bağlamda, kullanıcılar için önemli bir ekonomik değer niteliğinde olan alan adı üzerindeki hakların özel bir kanunla düzenlenerek koruma altına alınması yerinde olacaktır.

İnternet Alan Adları Yönetmeliği'ne göre, alan adı uyuşmazlıkları UÇHS'ler eliyle yürütülecektir. UÇHS olarak görev yapacak olan kuruluşlar ise; üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya uluslararası kuruluşlar olarak belirlenmiştir. Türkiye'de marka hukuku alanında tek yetkili kurum Türk Patent olmasına rağmen uyuşmazlık konusu marka olduğunda tarafsız olamayacaktır. Bu sebeple Türk Patent, her ne kadar UÇHS olarak görev yapamayacak olsa da UÇHS'nin, Türk Patent ile koordineli bir şekilde uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmasına yönelik bir çalışma yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Arkan, Sabih , *Marka Hukuku*, Cilt I-II, Ankara, 1997-1998 (C. I- C. II).
- Arkan, Sabih, , *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017.
- Arslan, , *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, Ramazan/Yılmaz, 2017.
- Ejder/Taşpınar
- Ayvaz, Sema
- Arslanlı, Halil , *Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.
- Ayhan, , *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınları, 10. Rıza/Çağlar, Bası, Ankara, 2017.
- Hayrettin
- Baumbach, , *Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs- und Adolf/Hefermehl, Zeichenrecht*, München, 1985.
- Wolfgang
- Bilge, Mehmet , *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Emin
- Bilgili, , *Ticari İşletme Hukuku*, Dora Yayınları, 6. Baskı, Eylül 2016.
- Fatih/Demirkapı,
- Ertan
- Bozbel, Savaş , *Fikri Mülkiyet Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Bozbel, Savaş , *İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006 (ICANN).
- Cengiz, Dilek , *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.

- Çağlar, Hayrettin , *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Çalışkan, Yusuf , *Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü*, Değişim Yayınları, 2008.
- Çolak, Uğur , *Türk Marka Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- Dinç, Serhan , *Haksız Rekabet Hâlleri ve Buna İlişkin Davalar*, Seçkin Yayınları, Eylül, 2017.
- Dirikkan, Hanife , *Tanınmış Markanın Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- Ekey, , *Markenrecht Band 1, Markengesetz und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten*, 3. Auflage, C.F. Müller, 2014.
- Bender/Fuchs, Wisseman , *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, Legal Yayıncılık, 2006.
- Epçeli, Sevgi , *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, Legal Yayıncılık, 2006.
- Erdil, Engin , *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Eren, Fikret , *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Eroğlu, Sevilay , *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- Fezer, Karl-Heinz , *Markenrecht*, 4. Auflage, München, 2009.
- Güneş, İlhami , *Ayırt Edici İşaret ve Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar*, Ankara, 2015 (Önceye Dayalı Haklar).
- Güneş, İlhami , *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- Güneş, İlhami , *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları*, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2018 (Haksız Rekabet Davaları).
- Hatipoğlu, Esra , *Tescilli Markaya İnternet Yoluyla Tecavüz 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Yer Alan Durumlar ve Adwords Uygulamaları*, Bilge Yayınları, Ankara, 2014.
- Işıklı, Hasibe , *İnternet Alan İsimleri Sistemi Markalar ve Alan İsimleri*

- Arasındaki İlişki*, DPT Yayınları, Ankara 2001.
- İmirlioğlu, Dilek , *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- İnan, Ali , *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 4. Bası, Ekim 2014.
- Naim/Yücel, Özge
- Karahan, Sami , *Ticari İşletme Hukuku*, 27. Baskı, Konya, 2015.
- Karahan, Sami/Suluk, , *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2015.
- Cahit/Saraç,
- Tahir/Nal, Temel
- Karaman, Zeliha , *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Seçkin Yayınları, 2017.
- Karan, Hakan/Kılıç, , *Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Turhan Yayınları, Ankara, 2004.
- Mehmet
- Karayalçın, Yaşar *Ticaret Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 1968.
- Kaya, Arslan , *Marka Hukuku*, Arıkan Basım, 2006.
- Kayar, İsmail , *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2015.
- Kayıhan, Şaban/Yasan, , *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2017.
- Mustafa
- Kırcı, N. Berkay , *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.
- Küçükali, Canan , *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Nomer Ertan, N. Füsun , *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 2016.
- Noyan, Erdal / Güneş, İlhami , *Marka Hukuku*, Adalet Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2015.
- Oğuz, Sefer , *İnternet Alan Adı Haklarının Korunması*, Seçkin Yayınları, 2012.

- Oruç, Murat , *Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası*, XII Levha, İstanbul, 2009.
- Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi , *Medeni Usul Hukuku*, C. III, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- Rüzgar, Eser , *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 16. Bası, İstanbul, 2017.
- Sekmen, Orhan , *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- Soydemir, Güzide , *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2016.
- Soysal, Tamer , *İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Ströbele, Paul/Hacker, Franz , *İnternet Alan Adları Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.
- Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel , *Markengesetz*, Kommentar 10. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2012.
- Tamer, Ahmet , *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Tekinalp, Ünal , *Yanlış veya Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet*, Adalet Yayınları, Ankara 2011.
- Yasaman, Hamdi , *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- , *Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi*, Cilt I-II, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Makaleler

- Anık, Gülgün , “İnternet Alan Adı”, *FMR*, Cilt 5, S. 2005/4, s. 65-93.

- Arıkan, Fahri Murat, “Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması”, *İBD*, 2000, C. 74, S. 7-8-9, s. 781-790.
- Arkan, Sabih, “Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, *BATIDER*, Cilt XX, 2000, S. 3, s. 5-13 (Marka Hakkına Tecavüz).
- Bal, Nurullah, “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, S. 1-2, C. XVII, s. 315-351.
- Battal, Ahmet, “Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Ret Nedenleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, Sayı 1-2, 2000, s. 12-22.
- Bilge, Mehmet Emin, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2015, C. 1, S.2, s. 7-22 (Ticaret Unvanı).
- Bozbel, Savaş, “Domain Grabbing ve ICANN Tahkim Usulü”, *Konferans Bildirisi*, (Erişim) <http://inet-tr.org.tr/inetconf9/bildiri/27.pdf> (Konferans Bildirisi).
- Bozbel, Savaş, “Domain Names (İnternet Alan Adları) ve ICANN Tahkim Usulü”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan*, C. I, İstanbul 2002, s. 215-254 (Armağan 2002).
- Bozbel, Savaş, “Markanın Alan Adı, Yönlendirici Kod (Metatag) ve Anahtar Sözcük (Keywords) Olarak Kullanılması (MarkHK m. 9/II, E bendi)”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. III, Ankara 2009, s. 219-260 (Armağan 2009).
- Bozbel, Savaş, “Markanın Domain Names, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması”, (Erişim) <http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/63.pdf> .
- Can, Ozan, “Türk Hukukunda Kötü niyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2015, s. 47-56.
- Çiçekçi Ercan, “Tescilli Markanın Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hukuka

- Çiğdem Uygun Dürüst Kullanım”, *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, Yetkin Yayınları, s. 249-271.
- Çolak, Uğur , “Tanınmış Markaların Farklı Sınıflardaki Mal ve Hizmetler Yönünden Korunması”, *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, s. 273-293.
- Dal, Seniha , “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Name) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler”, *Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi*, 2010 C. XXVIII, Sa. 1, s. 479-497.
- Demirel, İnci , “Hukuk Elektronik Yaşam ve Ticaretin Hizmetinde veya Siber Uzayda Hukukun Yükselişi”, (Erişim) <http://home.ku.edu.tr/~daksen/mgis410/materials/SiberUzaydaHukuk.pdf>.
- Jehle, Stefanie , “Verletzung eines Kennzeichenrechts durch einen Domainnamen”, 2013, (Erişim) http://www.karsten-chudoba.de/wp-content/uploads/2013/10/Markenrechtsverletzung_Domain.pdf.
- Karahan, Sami , *Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Konya, 2002.
- Karagülmez, Ali , “İnternet Alan Adları ve Bazı Hukuki Sorunlara İlişkin Yargı Kararları”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Eylül 2014, S. 97, s. 48-55.
- Kırca, İsmail , “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II, İstanbul 2002, s. 527-544.
- Memiş, Tekin , “Alan Adları ve “.tr” Alan Adı Politikalarına Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Mayıs 2005, S. 39, (Erişim), <http://www.e-akademi.org> (Alan Adı Politikaları).
- Memiş, Tekin , “Alan İsmi Etrafında Çıkan Hukuki Sorunlar”, (Erişim) <http://www.geocities.ws/hukukakademisi/Alan.htm> (Hukuki Sorunlar).
- Memiş, Tekin , “Bilişim Toplumunda Fikri Hak İhlalleri-Çözüm Önerileri”,

- Bilişim Hukuku Konferansı (09-10 Ekim 2008)*, s. 187-230 (Fikri Hak İhlalleri).
- Memiş, Tekin , “İnternet Ortamında Haksız Rekabet Hâlleri ve Türk Hukuku”, *İnternet ve Hukuk (Panel)*, İstanbul Bilgi Yayınları 51, İstanbul 2004, s. 93-138 (İnternet ve Hukuk).
- Memiş, Tekin , “İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 19-20, S. 1-2/1999-2000, s. 513-527.
- Memiş, Tekin , “Marka Endüstriyel Tasarım, Faydalı Model ve Patent Davalarında Alan Adı Nedeniyle Ortaya Çıkan Marka Uyuşmazlıkları”, Fikri ve Sanayi Mülkiyet Hakları Kültürü, 17-18 Haziran 2005, *İBD Özel Sayı*, İstanbul 2006, s. 119-123.
- Nomer, Fusün , “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, *Hayri Domaniç’e Armağan*, İstanbul 2001, s. 395-418.
- Oğuz, Sefer , “Alan Adını Düzenleyen Türk İkincil Mevzuatının Değerlendirilmesi”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Eylül 2014, C. 9, S. 97, s. 71-77 (İkincil Mevzuat).
- Oğuz, Sefer , “İnternet Alan Adı Yönetmeliği Kapsamında Alan Adlarının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi”, *İzmir 2. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı*, 17-19 Kasım 2011, s. 85-96 (Hukuki Niteliği).
- Özbay, İbrahim , “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *EÜHFD*, C. X, S. 3-4, 2006, s. 459-475.
- Özdamar, Mehmet/Ermenek, İbrahim , “Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat”, *FMR*, C. 7 S. 2007/3, s. 43-71.
- Pınar, Hamdi , “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri”, *Marmara Hukuk Dergisi*, 2012, S. 2, s. 129-157.
- R. L. Williams , “Trademark Law on the Internet-Mousetrapped, Computer

- Law Review and Technology Journal”, Vol VI, 2002.
- Sargin, Alper , “İnternet Alan Adları ve Haksız Rekabet”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, s. 347-376.
- Şenocak, Kemal , “Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, *BATIDER*, Eylül 2009, s. 89-141.
- Tekinalp, Ünal , “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması”, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan*, İstanbul 1998, s. 633-644 (İmregün’e Armağan).
- Tüzüner, Özlem , “Haksız Fiil Ekseninde Gittigidiyor İçtihadı”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, s. 461-494.
- Uluslu, Çağrı , “Tescilsiz Markanın Korunması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C.88, S.2, s. 361-410.
- Ünlü, Selma Toplu , “Domain Names (İnternet Alan Adları), İnternet Üzerinde Marka Tecavüzü ve Haksız Rekabet”, 4-7 Eylül 2001, *Bilişim Zirvesi*, s. 1-38.
- Ünlüöner, Kurban/Battal, Ahmet/Yaylı, Ali/Yüksel, Sedat Yaşar, Mert , “Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dâhil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, www.esosder.org, ISSN: 1304-0278, Güz 2007, C. 6, S. 22, s. 0-12.
- Yaşar, Mert , “Alan Adları ve ICANN Tahkimi”, *Prof. Dr. Erden KUNTALP’ e Armağan*, C. I, GSÜHFD, Yıl:3 S.1, İstanbul 2004, s. 625-656.
- Zorluoğlu, Ayça , “Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1) 2012, s. 67-84.

Tezler

- B. Ludwig, Patrick/Sternath, Bruno , *Legal Memorandum Der Rechtliche Schutz Von Domainnamen Im Internet*, Schweiz, 31.05.2003.
- Canbay, Cafer , *Alan Adları Yönetimi, Dünya Uygulamaları ve Türkiye İçin*

- Çözümsel Yaklaşımlar**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005.
- Emrah Öngören , **Marka Hukuku ve İnternet Alan Adları**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Gençer, Mustafa , **Markanın İnternet Ortamında Alan Adı (Domain Name), Yönlendirici Kod (Metatag) veya Anahtar Sözcük (Keyword) Olarak Kullanılması Sonucu Oluşabilecek Marka İhlallerinin İncelenmesi**, Türk Patent ve Marka Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014, s. 18.
- Gül, Abdulkadir , **İnternet Alan Adları Uyuşmazlıkları Alternatif Çözüm Mekanizmasında Dünya Uygulamalarının İncelenmesi ve Türkiye İçin Öneriler**, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2015, s. 23.
- Şarlak, Zeynep , **İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka Hakkı Üzerindeki Etkisi**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Projesi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.
- **Türk Patent Marka İnceleme Kılavuzu**, Türk Patent ve Marka Kurumu, 2015.