

## MARKA İLTİBAS DAVALARINDA KAMUOYU GÖRÜŞÜNÜN HUKUKİ SÜRECE DAHİL EDİLMESİ: ÜÇ BOYUTLU BİR ARAŞTIRMA ÖRNEĞİ\*

*INCLUSION OF PUBLIC OPINION IN BRAND IMITATION LAWSUITS: A THREE DIMENSIONAL RESEARCH CASE*

**Prof. Dr. Kurban ÜNLÜÖNEN** [kurban@gazi.edu.tr](mailto:kurban@gazi.edu.tr) **Prof. Dr. Ahmet BATTAL** [battal@gazi.edu.tr](mailto:battal@gazi.edu.tr) **Yrd. Doç. Dr. Ali YAYLI** [yayli@gazi.edu.tr](mailto:yayli@gazi.edu.tr) **Yrd.Doç. Dr. Sedat YÜKSEL** [seyuksel@gazi.edu.tr](mailto:seyuksel@gazi.edu.tr)

Gazi Üniversitesi, Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi, Gölbaşı, Ankara, Tel: 312 4851460, Faks 312 4844124

### ÖZET

Ulusal ve uluslararası ticaretteki gelişmelerle birlikte “markanın” soyutluk değeri, yeni boyutlar kazanmış; birden fazla değer ve daha somut nitelendirmeleri gündeme taşımıştır. Bu gelişmelerin yan etkileri olarak, hukuki alanda marka ile ilgili birçok ihtilaf da görülmeye başlamıştır. Fikri ve sınai hakların korunması ihtiyaçlarına bağlı olarak gelişen mevzuat, anlaşma ve uygulamalarla birlikte “marka” konusu, hukukçularla, pazarlamacıların ortak ilgi ve hareket alanı haline gelmiştir.

Günümüzde işletmeler arasında çok sayıda marka davaları “Markaların Korunması Hakkında 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname” de belirtilen hükümlere göre yürütülmektedir. Bu tür davalarda teknik ve hukukçu bilirkişilerden yardım alınmaktadır. Ancak gerek teknik, gerekse hukukçu bilirkişiler, sonuç olarak subjektif kanaatlerini hazırladıkları raporlarına yansıtmaktadırlar. Bu çalışma ile, iltibas temelli marka ihtilaflarında, hukuki sürece objektife en yakın olabileceği varsayılan, kamuoyu görüşünü dahil edilebilirliğini ortaya koymak amacıyla, halen sürmekte olan bir dava kapsamında yürütülmüş, görsel, ürünsel ve işitsel boyutlarıyla ayrı ayrı tasarlanmış, üç boyutlu bir inceleme araştırması ayrıntıları ile açıklanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** *Marka, marka araştırması, marka ihtilafları*

### ABSTRACT

Recent developments in national and international business, “abstract” or “intrinsic value” of brand has gained new dimensions; including more than one value and more concrete definitions. As side effects of these developments, various disputes have emerged regarding brands in the legal area. Along with the regulation that was developed in response the needs to protect intellectual and industrial rights, the concept of “brand” has become a joint area of interest both for marketers and law makers.

The most of the disputes among businesses has been settled according to rules stipulated in 55 numbered Governmental Decree on The Protection of Brands. In the course of dispute resolution courts and judges request expert help from outside jurists and technicians. However, both technical and judicial experts have reflect their subjective or personal judgements in their final reports. In this study we have tried to bring about the extent to which public opinion could be included in imitation based brand lawsuits which is assumed to reflect the most objective decision support for the judiciary process. Besides, an ongoing lawsuit has been sampled with respect to three dimensional attributes of the case, i.e. product related, audio, and visual have been designed separately for the test of judiciary support capacity. The results of this three dimensional research project has been explained in detail.

**Keywords:** Brand, brand research, brand disputes.

---

\* Bu çalışma Sakarya Üniversitesi-ATSO işbirliği ile 05-07 Haziran 2007 tarihleri arasında Sakarya’da düzenlenen “USİS07, Yenilik, Patent, Marka ve Rekabet Stratejileri” konulu sempozyumda bildiri olarak sunulmuştur.

## 1. Giriş

Yoğun rekabet şartları, günümüzde markanın sadece bir pazarlama unsuru olmaktan öte anlamlar taşımasına sebep olmuştur. Bazı durumlarda bir markanın ifade ettiği mali değer, işletmenin en önemli aktif kalemi halini almaktadır. Bu haliyle marka konusu, pazarlama sınırlarını aşarak, finansman, başta olmak üzere tüm işletme fonksiyonlarının ortak ilgi alanı haline gelmektedir. Ticaretteki bu gelişmeler doğal olarak Ticaret Hukukunda da bir paralellik göstererek, marka ile ilgili konular uluslararası anlaşmaların ışığında, spesifik mevzuatlarla düzenlenmektedir.

Markalaşma, tüketiciyle yaşanan bir ilişki sürecidir. Tüketiciler günümüzde bir kurumu/ürünü “gerçekte ne olduğuyla” değil nasıl algıladıklarıyla değerlendirmektedir. Tüketicinin, satın alma sürecinde, belleğine kazınmış markaları daha yoğun olarak tercih ettiğini ortaya koyan araştırmalar bulunmaktadır. Buraya kadar yapılan açıklamalardan yola çıkıldığında, markalarla ilgili karşılaşılan ihtilaflarda başvurulabilecek birincil veri kaynağı, mevcut ve potansiyel ürünlerin sunulduğu/sunulacağı tüketici kitlesi olmalıdır.

## 2. Marka Kavramına Genel Bakış

Pazarlama literatüründe marka, ürün karması içinde ve ürünün değerini artıran bir unsur olarak ele alınarak incelenmiştir. Yaygın kabul görmüş tanıma göre marka; “bir yada bir grup üreticinin ve/veya satıcının mal ve hizmetlerini tanımlamaya, tanıtmaya ve rakiplerinkinden ayırıp farklılaştırmaya hizmet eden isim, terim, sözlük, simge (sembol), tasarım (dizayn), işaret, şekil, renk veya bunların çeşitli bileşimleridir,” (Bennett, 1989). Bu içerikle, markaların rekabet yaratma ve ürün farklılaşmada önemli bir araç olduğu vurgulanmaktadır (Kotler, 2005; Kotler & Armstrong, 2007).

Hukukta ise “marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, *malların biçimi veya ambalajları* gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir,” şeklinde tanımlanmaktadır (556 sayılı KHK md. 5/1) Marka, gerek kalite, gerekse “dürüst bir çalışma” ve “iş hacmi” sembolü olarak hak sahibini tanıtan işaretlerdir (TC Sanayi ve Ticaret Bakanlığı 1995: 6).

Markalar hukuki açıdan farklı türlere ayrılmakla birlikte, MarkHKH’da kavram adlarıyla anılan ve anılmayan markalar şeklinde iki ana grupta incelenebilir. Üçüncü grubu ise Türkiye’de uygulanmayan “topluluk markası” oluşturmaktadır. Birinci gruba girenler a) ticaret markaları, hizmet markaları b) ferdi markalar, garanti markaları, ortak markalar, c) tanınmış markalar ve d) vekil (temsilci) markaları şeklinde dört alt gruba ayrılabilir. İkinci grupta ise MarkHKH’da kavram olarak zikredilmeyen, birinci gruptaki türlerden birinin içine girmekle birlikte, bir

özellikleri veya nitelikleri dolayısıyla, uygulamanın ya da doktrinin ad taktığı markalar yer almaktadır. Bunlara örnek olarak da koruyucu markalar verilebilir (Tekinalp 2002 316-317).<sup>1</sup>

Pazarlamacılar, markanın tüketiciye; seçim kolaylığı sağlama, kalite açısından bilgi ve güven verme, malın iadesi, onarımı yedek parça ihtiyacının söz konusu olduğu durumlarda isteklerine kolayca ulaşabilmesi dolayısıyla korunmasını sağlama, rekabet yolu ile üreticilere ve araçlara baskı yaratarak sunulan malların kalitelerini artırma ve mamulleri tekrar satın alabilmelerini sağlama açısından yararlar sağladığını kabul etmektedirler (Cemalcılar, 1984: 260- 261; Tuna,1993: 24; Mucuk,1990: 122). Ancak pazara aynı malın çok çeşitli markalarının çıkarılması haklı olarak tüketiciyi şaşırtmakta ve rasyonel seçim yapmasını engellemektedir (Tokol, 1977: 56).

Avrupa hukuk doktrininde marka işlevleri oldukça derin ele alınan bir konu olmasına rağmen Türk doktrininde ekonomik ve hukuki işlevler arasında ayırım yapılmamış, hangi ekonomik işlevlerin aynı zamanda hukuki sonuçları olduğu incelenmemiştir. Markanın 1) ayırt etme, 2) mal veya hizmetin menşeiini gösterme, 3) güven (garanti etme), 4) reklam, 5) mutlak hak (tekelleştirme), 6) koruma gibi fonksiyonları bulunmaktadır (Tekinalp 2002, 321).

MarkKHK'ya göre, bir işaretin marka sayılabilmesi için tescil edilmiş olması gerekirken, işletmeciler için bu ayırım temelde çok hayati değildir. İşletmeciler için marka, ağırlıklı olarak bir "değer yaratma" girişimidir.

Tüketicinin bir marka ile özdeşleştirdiği ve diğer markalardan farklılaştırdığı ürün değerlerinin bütününe *marka değeri* denilmektedir. Pazarlama açısından marka değeri incelenirken marka bilgisi ve markaya karşı tüketici tutum ve davranışları üzerinde odaklanılmaktadır. Marka değeri bir şemsiye olarak düşünüldüğünde bu şemsiyenin altında; markanın iletişim değeri (imajı, farkındalık, hatırlanma, tanınma, reklam, dağıtım vb.), iktisadi değeri (piyasa değeri, defter değeri, pazarlama değeri vb) organizasyon değeri (aidiyet oluşturma, örgüt iklimi ve kültürü vb.) yenilik değeri (patent, know how vb) ve bunlara bağlı diğer varlıkların bulunduğu kabul edilmektedir. *Marka bilgisi* ise, ve marka imajının ve markanın farkında olma toplamına eşit bir anlam taşımaktadır. *Marka imajı*, tüketicinin marka hakkındaki sahip olduğu inançlar bütünüdür (Kotler & Armstrong, 2007).

*Markanın farkında olma*, potansiyel alıcının bir markayı ait olduğu ürün grubunun üyesi olarak tanıma veya hatırlama yeteneğidir. Bir başka ifade ile tüketicinin hafızasında markanın rakiplerle karşılaştırmalı olarak aldığı yerdir. Farkında olmanın bir unsuru olan *tanıma*, markaya dair bir ipucu verildiğinde tüketicinin önceki bilgilerini kullanma yeteneği ile ilgili olup; tüketicinin markayı diğer markalardan ayırt edebilmesidir. Tanımadan farklı olarak *markanın hatırlanması* ise markanın bellekten doğru olarak çağırılması veya oluşturulması yeteneğidir (Aaker, 1991).

---

<sup>1</sup> Bu çalışma kapsamında marka türleri arasındaki farklılıklara girilmeyeceğinden ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, ve Tekinalp, 2002

Marka ile yaratılan değer, bir girişimci için, kazanılmış/hak edilmiş yeni bir kimlik niteliğindedir. Bu haliyle pazarlamacılar bu kimliğin oluşturulması, hukukçular ise bu kimliğin sahip olduğu ve bu kimliğe bağlı ortaya çıkabilecek hakların kullanılması ve korunması üzerinde odaklanmaktadır.

Markalama, pazarlama iletişimi çabaları toplamının bir sonucu olarak insanların zihinlerinde oluşan değerlerle ilgilidir. Bir pazarlama aracı olarak markalama, sadece imalatçıyı belirtmek için ürünlere sembol yada isim verme durumu değildir; bir marka, anlamı ve imajı olan, ve bir kişi o ürünün markasını düşünürken ürünle ilgili çağrışımlar yapan nitelikler dizisidir. Runkell ve Brymer'ın açıkladığı gibi: "Harley-Davidson, sadece bir motosiklet imalatçısının kurumsal ismi değildir. Yüzlerce ve binlerce insan için Harley-Davidson, ayrırcı ifade ve merkezi değerleri, zengin imaj, tutum ve anlamı olan bir yaşam biçimidir," (Yurdakul, N.B., 2003).

Marka değerinin soyutluk düzeyi yükseldikçe, buna bağlı maddi kazanç/kayıpların en doğru ve gerçekçi bir şekilde tanımlanması zorlaşmaktadır. Hukukçu ve işletmecilerin birbirleriyle güçlü bilimsel işbirliği zeminleri oluşturmaları, hem hukuki süreçte adaletin tecellisine, hem de piyasa mekanizmalarının daha doğal ve sağlıklı işlemesine katkı sağlayabilir.

### **3. Markalarda Benzerlik ve İltibas**

Hukuku uygulayarak adaleti sağlamak devletin en temel görevidir. Hukuk düzeni hukuka aykırı ve başkalarına zarar veren davranışları "haksız fiil" olarak nitelendirmekte ve engellemeye yönelmektedir. Engellenemeyen haksız fiillerin yol açtığı zararın ise tazminat ile telafi edilmesini sağlamaktadır.

Ekonomik hayatta kendisini gösteren ve sık rastlanan haksız fiil türü haksız rekabet fiilleridir. Türk Ticaret Kanununun (TTK) 56. ve devamı maddelerinde haksız rekabet tanımlanmış ve müeyyideleri belirlenmiştir. Kanunda da tanımlandığı üzere haksız rekabet, iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanılmasıdır.

Haksız rekabet davranışları içinde en sık karşılaşılanlardan biri iltibas durumudur. İltibas kelime anlamı itibariyle "dış görünüşü itibariyle benzetmek" anlamına gelir. Ticaret hayatında başkalarınca hukuka uygun bir biçimde kullanılan çeşitli fikri hakların ve düşünce ürünlerinin genellikle kötü niyetli kişilerce iltibas (taklit) edilmesi, müşteriye yanıltmaya ve müşteri kaybına yol açtığından, önemli bir haksız rekabet halidir.

Fikri haklarda iltibas önleyebilmek üzere TTK.daki hükümler yeterli görülmediğinden, bu amaçla çeşitli özel kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin tipik özelliği, bir fikrî hakkın varlığının ve sahibinin resmi sicile tescil edilmesi ve böylece bu hakka yönelik tecavüz fiillerinin daha kolay ve net düzenlemeler yardımıyla engellenmesidir.

Örneğin bir üreticinin ürettiği ve satışa sunduğu ürünü, bir marka kullanarak satması (pazarlaması) kural olarak zorunlu olmadığı gibi, marka kullanan kişinin bu markayı tescil ettirmesi de zorunlu değildir. Ancak markasını usulünce tescil ettiren kişi, tescil belgesi

yardımıyla bu marka üzerindeki hakkını devlete ve böylece üçüncü kişilere duyurmuş olur. Tescilsiz bir marka üzerindeki hak da korunur. Ancak bu koruma TTK.daki haksız rekabet hükümleri yardımıyla ve sınırlı bir korumadır. Oysa marka usulünce tescil ettirilmiş ise, koruma, öncelikle Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye (MarkKHK.) dayanır.

Gerek TTK.daki ve gerekse özel kanunlardaki koruma hükümlerinin etkili olabilmesi için öncelikle korunan hakkın tanımlanması ve sınırlandırılması gerekmektedir. Hakkın kamuoyu algılamaları ile ilgili olduğu durumlarda hakkın sınırlarının da kamuoyunun algılama biçimi yardımıyla belirlenmesi gerekmektedir.

Bu ihtiyaç bütün fikri mülkiyet haklarında ve özellikle marka üzerindeki hakta kendisini çeşitli şekillerde göstermektedir. Şöyle ki;

i). Hangi işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği MarkKHK. 5'te açıklanmıştır. Buna göre bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edebilecek işaretler (alamet-i farikalar/ farklılaştırıcı işaretler) marka olabilir. Herhangi bir işaretin ayırt edicilik özelliğine sahip olup olmadığı hususu aslında kamuoyunun bu işareti ne olarak ve nasıl algıladığı ile ilgilidir. Oysa KHK gereğince bu husustaki değerlendirmeyi, marka başvurusunun incelenmesi aşamasında TPE.deki marka uzmanları yapmaktadır.

ii). Ayırt ediciliği sağlayabilecek olan yani yapısı gereği marka olarak tescil edilmeye uygun olan bazı işaretler içerdikleri özel nitelik nedeniyle bazı hallerde bazı tür mal ve hizmetler için marka olmaya elverişli değildir. Bunlar da MarkKHK. 7'de sayılmıştır. Örneğin 7/1-c gereğince "Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren" işaretler marka olarak tescil edilemez.

Aynı şekilde 7/1-f gereğince "Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak" işaretler de marka olarak tescil edilemez.

Bir işaretin bu hükümlerde belirtilen nitelikte olup olmadığı, çoğu halde, kamuoyunun işareti ne olarak yani nasıl algıladığı ile ilgilidir ve fakat tescil sürecinde idari kararı uzmanlar vermektedir.

iii). Yine MarkKHK. 7/1-b gereğince "Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan" işaretler marka olarak tescil edilemez. Bu hükme göre bir marka ile iltibas (karıştırılma) ihtimali olan diğer bir işaret marka olarak tescil edilemez.

İltibas ihtimalinin söz konusu olup olmadığı da ortalama tüketicinin algılaması ile ilgilidir ve fakat Türk Patent Enstitüsü ya kendiliğinden ya da ilgililerin itirazı üzerine uzmanları eliyle sonuca ulaşmaktadır.

iv). MarkKHK. 8/4'e göre, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynısı veya benzeri olan bir marka, farklı mallarda veya hizmetlerde kullanılmak üzere tescil ettirilebilir ve kullanılabilir. Ancak, daha önce tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle ikinci markadan haksız bir yararın sağlanması ya da birinci markanın itibarının zarar görmesi ihtimali varsa farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa dahi ikinci markanın tescil başvurusu reddedilir.

Bu hükme göre bir marka belli bir ölçüde tanınmış hale geldiğinde koruma kapsamı genişlemekte ve hatta tüm mal ve hizmet sınıflarını kapsayabilecek ölçüde büyüebilmektedir. Bir markanın bu statüye ulaşmış olup olmadığı da kamuoyunun markayı bilme derecesi ve algılama biçimiyle ilgilidir. Oysa bu hususta da TPE uzmanları karar vermektedir.

Öte yandan yukarıdaki dört örnekte, TPE'nin kararını hukuka aykırı bulan ilgililerin dava hakkı vardır ve bu halde kamuoyunun algılama biçimi ile ilgili belirlemeyi mahkemece seçilen bilirkişi heyeti yapmaktadır. Bilirkişiler bunu yaparken kendilerini ortalama alıcıların yerine koymaya çalışmakta ve bununla yetinerek kanaat bildirmektedirler.

v). Aynı şekilde bir kişinin fiilen kullandığı tescilsiz ya da tescilli markayı başkasının tescilli markasına benzetmek suretiyle müşterileri kendisine çekmesi ya da marka sahibinin müşteri kaybetmesine sebep olması MarkKHK'nin 9. ve 61/1-b maddelerine aykırıdır.

Benzerliğin olup olmadığı da dava üzerine mahkemece seçilen bilirkişinin subjektif kanaati yardımıyla belirlenmektedir.

#### **4. Marka İhtilaflarında Objektif Görüşün Yeri ve Önemi**

##### **4.1. Davaların “Özgün” Niteliği - Emsal Yokluğu**

Genelde haksız rekabet davaları ve özellikle marka hukukuna ilişkin ihtilafların tipik özelliği, her bir davanın kendi somut şartlarına sahip olmasıdır. Diğer ifadeyle, her dava, bir “olay çözümü”dür. Taraflar arasındaki ihtilafın çözümünde, Mahkemeyi herhangi bir yönde bağlayıcı hatta Mahkemeye herhangi bir yönü telkin edici bir emsal karar ya da içtihat bulmak mümkün değildir.

Dolayısıyla, benzer olaylar olarak düşünülebilecek olaylarda incelenmiş olan markalarla ilgili sonuçlar, lehte ya da aleyhte “emsal” olamazlar. Sadece Yargının marka ihtilafına bakışını göstermeye yardımcı olurlar.

Yargı tarafından herhangi bir marka ile karşılaştırılmış olan markalara ilişkin geliştirilmiş olan hukuki yaklaşımlar da yeni bir dava için “emsal” olabilecek nitelikte değildir. Örneğin iltibas konulu davanın her birinde farklı bir “farklılık” ya da “benzerlik” söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, özellikle son on yıldan bu yana gelişen süreç içinde, özellikle yargı kararlarını içeren bazı eserlerin de -bilinçli olmayan- etkisiyle, herhangi bir marka ile ilgili olarak sanki bir “emsal” ve hatta “kesin hüküm” varmış gibi bir algılama meydana geldiği görülmektedir.

Bu durumda, öncelikle Yargının, her davanın ayrı bir “olay” olduğu gerçeğinden uzaklaşmaması gereklidir. Aynı şekilde Yargıtay'ın da, daha önce, benzer saydığı olaylarda

farklı gerekçelerle farklı sonuçlara ulaştığını gözden uzak tutmaması gerektiği ve “içtihat istikrarı/sürekliliği” gibi yaklaşımlara özel bir önem vermeden sonuca ulaşması gerektiği düşünülmektedir.

#### **4.2. Bilirkişi Kanaatinin Takdiri Niteliği**

Marka davalarında bilirkişinin statüsü ve görevi HUMK.da tanımlanan ve genellikle algılanan statüden farklıdır/farklı olmalıdır. Şöyle ki;

Marka davalarında Mahkeme, sonuca götürecekt kanaati oluşturmak üzere bilirkişiyi yardıma çağırabilmektedir. Bunun sebebi, hakimin piyasaya ilişkin sübjektif algılamalarının, karar için yeterli olmamasıdır<sup>2</sup>. Bilirkişi, müşteri/alıcı davranışlarını objektif olarak gözlemleyebilen bir kişi olmalıdır ki “bilir” kişi olsun. Bu durumda bilirkişi olarak; davranış bilimleri, tüketici davranışları, pazar araştırmalar veya pazarlama ve benzeri alanlarda çalışan uygulamacılardan ya da akademik uzmanlardan istifade edilmesi zorunludur.

Ancak uygulamada, muhtemelen bu tür “bilir” kişilerin bulunmasındaki ve istihdamındaki zorluk nedeniyle, pazarlama ve piyasa araştırması konusunda uzman olanların bilgilerine başvurmak yerine, marka vekillerinin, markanın kullanılacağı ürünün ya da hizmetin içinde bulunduğu sektör temsilcilerinin ve hatta hukukçuların sübjektif kanaatleri ile yetinilmektedir.

Hukukçunun bu tür bir bilirkişi heyetindeki görevi sadece yorumda yardımcı olmak, yani yargının (taraf vekillerinin ve mahkemenin) kullandığı hukuk dilini uzmana, uzmanın kullandığı teknik dili de yargıya aktarmaktır. Bu esasa göre yapılandırılmamış olan bilirkişi heyetlerinin raporlarında genellikle marka karşılaştırmaları ve müşteri davranışı analizleri yapılmamakta, dava karşılaştırması/ benzeştirmesi ile yetinilmektedir. Dolayısıyla ulaşılan sonucun doğruluğu gibi yanlışlığı da davaya özgü “bilgi” ile denetlenemez hale gelmektedir.

Öte yandan sektör uzmanı da “üretim” konusunda değil, markalaştırma konusunda uzman olmalıdır ki, tüketici davranışını en doğru biçimde yansıtabilsin.

Yukarıdaki mahzuru bertaraf edecek ve “piyasanın nabzını tutabilecek” bir bilirkişi heyetinin görevlendirilebilmesi halinde ise bu kez, bilirkişiler piyasaya ve müşteri davranışlarına ilişkin kendi sübjektif kanaatlerini beyan edeceklerdir. Sadece, yakın çevrelerinin algılamalarını öğrenmek suretiyle ile kanaat oluşturacak ya da bu kanaati yakın çevrelerine teyit ettirecek ve mahkemeye bildireceklerdir. Bu ise aslında hak ve adalet namına riskli bir yöntemdir. Nitekim marka davaları ile ilgili birçok bilirkişi raporunda heyetin ortak bir kanaatte anlaşamaması bu durumun ortaya koyduğu riskin büyüklüğünü göstermektedir.

Bu nedenlerle; Mahkemenin görevlendireceği bilirkişi heyeti “piyasa araştırmaları” yoluyla piyasanın nabzını tutmalıdır. Bu araştırma, bilimsel, araştırma tekniklerine uygun,

---

<sup>2</sup> Hanife Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması Ankara-2003, s. 193, dph. 74.

yöntemleri belirlenmiş ve objektifleştirilerek denetime açılmış türden bir araştırma olmalıdır. Böylece ayakları yere sağlam basan bir kanaat açıklanmış ve tam adalete götüren gerçek bir yol açılmış olabilecektir.<sup>3</sup> Aynı zamanda Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hakimi olan Serdar Arıkan'ın bu konuda görüşlerine burada yer vermek daha açıklayıcı olabilir:

“... Tanınmış markalar, tescilli bir markanın tescilinden önceki bir kullanımla ayırt edicilik kazanılıp kazanılmadığı, eylemli veya yazılı bir hakka dayalı olarak marka tescilinden önce bir fikri hakkın elde edilip edilemediği gibi konularda, taraflarca objektif soruları içerir; bilimsel bir kamuoyu anketinin mahkemeyi aydınlatacağı şüphesizdir. Kullanılan fikri hakkın yıllık satış rakamları, kullanıldığı coğrafi alanlar, elde edilen karlar, bilanço veya benzeri yazılı belgelerle temin edilebilirken, bu markanın kullanılacağı veya endüstriyel tasarımı gören hedef kitlenin algılayış ve davranış biçimlerinin belgelere göre tespiti mümkün olmayıp, bu konuda bilirkişilerin kişisel kanatlarının denetimi açısından kamuoyu yoklamaları veya inandırıcı anketler çok yararlı olacak, en azından raporun ve sunulan belgelerin hakim ve taraflarca denetimi mümkün hale gelecektir. Kısaca taraflarca ileri sürülen iddiaların uzman bilirkişilerin kişisel birikimleriyle açıklanarak bir sonuca ulaşılması şeklindeki tenkit edilen usulden uzaklaşmak için biraz masraflı ama etkili olan açıklanan veri tabanlarının mahkemeye sunulması sağlanmalıdır.” (Arıkan, 2004).

## **5. Objektif Görüşün Hukuki Sürece Dahil Edilmesine Örnek Bir Araştırma**

Marka ihtilaflarında, hukuki sürece dahil etmek üzere objektif kamuoyu görüşünden yararlanmak amacıyla farklı araştırma tasarımları oluşturulabilir. Araştırma tasarımının farklılığı, ihtilaf konusuna bağlı olduğu gibi, aynı zamanda, somut olayların özgünlüğü varsayımından da kaynaklanmaktadır. Bu kısımda anlatılacak örnek araştırma modeli, halen devam etmekte olan “iltibas” konulu bir marka ihtilafında kullanılmıştır.

### **5.1. Araştırmanın Amacı**

Araştırma, X Markası ile Y Markası arasında nihai alıcı ve tüketici (kamuoyu) nezdinde bir karıştırma, ilişki kurma ve etkilenme ihtimali olup olmadığını ortaya koymak üzere yapılmıştır.

### **5.2. Araştırma Soruları**

Araştırmada, aşağıdaki iki temel soruya cevap aranmıştır:

- (1).Tüketiciler, X ürünlerini, Y zannederek satın alıyorlar mı?
- (2) Tüketiciler, X ürünleri ile Y ürünleri arasında bir ilişki kuruyorlar mı?

### **5.3. Araştırma Yöntemi**

---

<sup>3</sup> Dirikkan, (s. 192) karıştırma tehlikesinin tesbiti için anket ve benzeri uygulamalı yöntemlerden de yararlanılması gerektiği yolunda bilimsel görüşlerin de bulunduğunu ifade etmektedir. Aynı şekilde Sabih Arkan da (Marka Hukuku, C. 1, s. 106, dpn, 159) “tanınmış marka” konusunda, tanınırlık düzeyinin tesbitinde kamuoyu araştırma kuruluşlarınca yapılan çalışmaların esas alınmasının en sağlıklı yöntem olduğu yolundaki bilimsel görüşleri aktarmaktadır.



Araştırmada esas yöntem, yapılandırılmış soru kâğıtları kullanılarak, anket yardımıyla ve anketör yoluyla, bireylerden gözlem ve görüş alma formatında bir inceleme araştırması (survey) yapmaktır. Bu amaçla; **görsel, ürünsel ve işitsel olarak üç boyut** ve her biri için ayrı biçimde tasarlanmış soru kâğıtları kullanılmıştır.

Tasarımların ortak özelliği; soruların, cevaplayıcılara açık uçlu olarak sorulması, hiçbir şekilde seçeneklerden söz edilmemesi ve cevapların anketör tarafından form üzerindeki ilgili yerlere işaretlenmesidir. Araştırma 21/03/2007 – 25/03/2007 tarihleri arasında bağımsız anketörler tarafından gerçekleştirilmiş, alan araştırmasına geçmeden önce anketör eğitimi ve pilot çalışma yapılmıştır.

Araştırma kapsamında geliştirilen tasarımlar önem ve öncelik sırasına göre kısaca şu şekilde açıklanabilir:

**5.3.1. Görsel Boyut (Reyon/Raf Pratiği):** Görsel araştırmada amaç, her iki ürünün de birlikte sunulduğu market reyonlarında, görsel ağırlıklı olarak, nihai alıcılar tarafından her iki marka arasında bir karıştırma veya ilişki kurma durumu söz konusu olup olmadığını görmektir. Bu amaçla, iki markette, her iki markaya ait ürünlerin özellikle yan yana dizildiği bir satış reyonunda anket yapılmış, ankete katılanlara tek soru olarak “*reyonda gördükleri ürünlerden hangilerinin Y tarafından üretildiğini düşündükleri*” sorulmuş ve verdikleri sözlü cevaplarla veya ürünü işaret etmiş olmalarıyla somutlaşan tercihleri anketör tarafından anket formuna işaretlenmiştir. Bu testin tümü, video kaydı altına alınarak Mahkemeye sunulmuştur.

**5.3.2. Ürünsel Boyut:** Ürün araştırmasından amaç, tüketicilerin her iki markanın da sahip olduğu ürünlerdeki satın alma davranışlarına bağlı olarak, markalar arasında karıştırma ve/veya ilişki kurma tutumlarını ortaya koyabilmektir. Bu amacı gerçekleştirmek üzere; beş ayrı markette, satış ve pazarlama pratiğinde “ürün tadım paneli” olarak adlandırılan ve ürün örneklerinin tüketicilere tattırıldığı stantlarla oluşturulan ortamdan yararlanılmıştır. Bu amaçla yapılandırılmış bir soru formunun kılavuzluğunda, anketör tarafından, anketi cevaplayana bazı sorular yöneltilerek cevaplar soru formu üzerinde işaretlenmiştir.

Stantlar bu amaçla kurulurken, özellikle “X” markasının tescilli görsel şeklinin yaygın kullanımından (logo ve slogan içeren özgün tasarımdan) kaçınılmış, özgün tasarım sadece stant üstündeki ürünlerde, satışta yer aldıkları etiketleri ile bulunmuş ve görevli personelin yakasında düz yazı ile “X” adının yazılı olduğu isimlikler kullanılmıştır.

**5.3.3. İşitsel Boyut:** İşitsel araştırmada amaç, ürünü alma ve/veya haberdar olma özelliğine bakılmaksızın alıcı olabilecek 12 yaş üstü tüm bireylerin, başka bir ifade ile “sokaktaki vatandaşın”, X’in işitsel vurgusuna bağlı algıladığı çağrışımları ve ilişkileri ortaya koyabilmektir. Kamuoyu araştırması niteliğiyle yapılandırılmış olan açık uçlu sorular anketör tarafından bireylere sorulmuş ve cevapları forma işaretlenmiştir.

#### 5.4. Evren ve Örneklem

Araştırma evreni olarak, her iki markanın da tüketicilere fiilen sunulduğu Ankara ili Metropolünde ve metropole dahil olmayan ilçelerinde yaşayan 12 yaş üstü bireyler alınmıştır. Üç ayrı boyutta toplam 1062 farklı kişi araştırmaya katılmıştır.

Evrenin örneklem içerisinde tam temsilini sağlamak amacıyla her iki markanın birlikte satışa sunulduğu Ankara'nın metropol ve metropol olmayan ilçelerinde, farklı sosyo ekonomik ve sosyo kültürel düzeylere sahip bireylere ait gözlem ve görüşlerin sonuçlara yansıtılması benimsenmiştir.

Öncelikle İlçeler sosyal, ekonomik ve kültürel nitelikleri göz önüne alınarak gruplandırılmıştır. Aynı grupta yer alan ilçeler arasında yapılan tesadüfi çekilişlerde Ankara metropol ilçelerden Çankaya, Mamak, Keçiören ve Etimesgut; metropol olmayan ilçeler arasından ise Şereflikoçhisar İlçesi çıkmıştır. Görsel ve ürünsel boyuttaki araştırmalar için de söz konusu ilçelerdeki marketlerden tesadüfi örnekleme yoluyla seçim yapılmıştır.

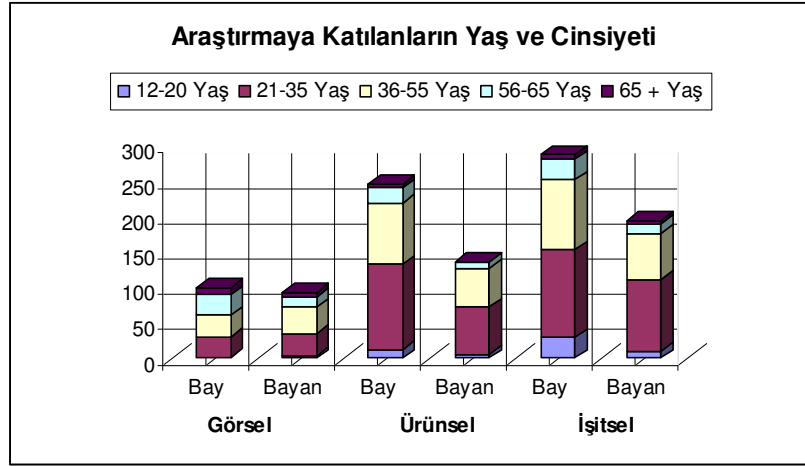
#### 5.5. Araştırma Bulguları

Aşağıdaki tablo ve grafikte farklı boyutlara göre örneklemin, cinsiyet ve yaş dağılımları verilmektedir. Araştırmada “tüketiciler X ürünlerini, Y zannederek satın alıyorlar mı? sorusuna cevap olarak; “sokaktaki vatandaşın” % 91,3’ünün, marketteki tüketicilerin % 95,4’ünün ve reyon önünde bu gruptaki ürünleri satın almak üzere olan müşterinin ise %97,4’ünün, X ürünlerini “Y” ile karıştırarak satın alma ihtimalinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Araştırmada “tüketiciler X ürünleri ile Y ürünleri arasında bir ilişki kuruyorlar mı? şeklinde ifade edilen ikinci soruya cevap olarak; “X” adını ilk kez duyan sokaktaki vatandaşın % 95,2’sinin; X’in ne ürettiğini bilen marketteki tüketicilerin % 97,1’inin; reyonda bu gruptaki ürünleri satın almak üzere olan müşterinin ise %97,4’ünün “X” ile “Y” arasında herhangi bir ilişki kurmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

**Tablo Araştırmaya Katılanların Yaş, Cinsiyet ve Boyutlara Göre Dağılımı**

Boyut	Katılanların Yaş Aralıkları										Toplam		
	12-20 Yaş		21-35 Yaş		36-55 Yaş		56-65 Yaş		65 + Yaş				
Görsel	Bay	1	%1,0	30	%30,0	30	%30,0	29	%29	10	%10,0	100	194
	Bayan	3	%3,2	32	%34,0	37	%39,4	15	%16,0	7	%7,4	94	
Ürünsel	Bay	12	%4,9	121	%49,0	87	%35,2	21	%8,5	6	%2,4	247	384
	Bayan	5	%3,6	67	%48,9	55	%40,1	10	%7,3	-	-	137	
İşitsel	Bay	29	%10,0	124	%42,9	100	%34,6	29	%10,0	7	%2,4	289	484
	Bayan	10	%5,1	101	%51,8	66	%33,8	13	%6,7	5	%2,6	195	
Toplam		60	% 5,6	475	%44,7	375	%35,3	117	%11	35	%3,2		1062



## 6. Sonuçlar

Marka iltibası ile ilgili devam etmekte olan bir davada, taraflardan birinin talebi üzerine, bilimsel araştırma yöntemlerine göre yapılandırılmış üç farklı boyuttaki araştırma, mahkemenin kanaat oluşturmasına katkıda bulunabilecek bir neticeyle sonuçlanmıştır. Davaya konu markaların gıda ürünlerinde tescilli olması, araştırmanın tasarımında en önemli belirleyici olmuştur. Buna göre, ihtilaf konuları ve markaların ait oldukları mal/hizmet sınıflarına bağlı olarak farklı araştırma yöntem ve tasarımları kullanılabilir. Önemli olan, araştırmanın bilimsel yöntemlere uygun, geçerli ve güvenilir olmasıdır.

Farklı marka ihtilaflarında, objektif kamuoyu görüşünün hukuki sürece dahil edilmesi, zaman alan, masraflı bir yöntem olmakla birlikte, sonuçlara yapacağı katkı göz önüne alındığında, önemli ve gerekli görülmektedir. Bu araştırma, bilimsel, araştırma tekniklerine uygun, yöntemleri belirlenmiş ve objektifleştirilerek denetime açılmış türden bir araştırma olmalıdır. Böylece objektif kamu oyu görüşünün hukuki sürece dahil edilmesiyle, tam adalete götüren gerçek bir yol açılmış olabilecektir.

Kamuoyu görüşüne başvurma; sadece iltibas konulu ihtilaflarda değil, aynı zamanda tanınmışlık, marka hakkının kötüye kullanımı, tescile engel şartlar vb. diğer marka ihtilaflarında da farklı araştırma yöntemleri ve tasarımları kullanılarak başvurulabilecek önemli bir araç olarak görülmelidir. Bununla birlikte, uygulamada mahkemelerin hangi nitelik ve içerikle bilirkişi heyeti görevlendireceğine ilişkin usullerin belirlenmesi, açıklığa kavuşturulması gereken hususlardandır. Aynı şekilde araştırma sonuçlarının hukuki nitelendirmesi ve herhangi bir hukuki ihtilafta hangi taraf lehine sonuç doğuracağı gibi hususlar da tartışılması gereken konular arasındadır. Çalışmanın amacı bu tartışmayı başlatmak ve elde edilecek sonuçlarla uygulamaya yol göstermektir.

## KAYNAKLAR

- [1] Aaker David A. (1991), “Managing Brand Equity: Incapitalizing on the Value of A Brand Name”, USA, The Free Press, Simon & Schuster Inc.
- [2] Arıkan Serdar (2004), “Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri”, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/06sarikan.pdf>
- [3] Arkan Sabih (1997), “Marka Hukuku”, Cilt 1, Ankara
- [4] Arpacı T. vd. (1992), “Pazarlama”, Ankara, Gazi Yayınları
- [5] Bennett P.D. (1988), “Marketing”, U.S.A. McGraw Hill Inc.
- [6] Bennett P.D. (1989), “Dictionary of Marketing Terms”, Chicago, American Marketing Association
- [7] Cemalcılar İ. (1984), “Pazarlama”, Eskişehir, A.Ö.F.Yayımları, Yayın No:312.
- [8] Dirikkan H. (2003), “Tanınmış Markanın Korunması”, Ankara
- [9] Kotler P. (2005), “Marketing Management”, 12th Ed., Englewood Cliffs Prentice Hall
- [10] Kotler P., Amstrong G. (2007), “Prinicples of Marketing”, 12th Ed., Englewood Cliffs, Prentice Hall
- [11] Mucuk İ. (1999), “Pazarlama İlkeleri”, İstanbul, Der Yayınları
- [12] T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, (1995) Sınai Mülkiyet Dairesi Başkanlığı, Brifing Notu
- [13] Tokol T. (1977), “Pazarlama Açısından Tüketicinin Korunması Sorunu”, Bursa İktisadi ve İdari Bilimler Akademisi Yayını, Ankara: Yarlıoğlu Matbaası
- [14] Tuna İ. (1993), “Pazarlamada Marka ve Dayanımlı Tüketim Mallarında Markanın Tüketici Tercihine Etkisi”, Anadolu Üniversitesi, Bilim Uzmanlığı Tezi, Eskişehir
- [15] Yurdakul N.B. (2003), “İşletme Yönetiminde İki Stratejik Görev: İmaj-Marka Yönetimi ve Müşteri İlişkileri Yönetimi”, Manas Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi, Sayı, 8, s. 205-211
- [16] 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.