

## TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜNÜN

### MARKALARDA İLTİBASIN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN YETKİSİ YÖNÜNDEN MUTLAK VE NİSPİ RED NEDENLERİ

**Doç. Dr. Ahmet Battal\***

DIE ZUSTAENDIGKEIT DES TÜRKISCHEN PATENTINSTITUTES  
HINSICHTLICH DER VERHINDERUNG DER VERWECHSLUNG VON  
WARENZEICHEN UND DIESBEZÜGLICHE ABSOLUTE UND RELAT-  
IVE ABLEHNUNGSGRÜNDE

#### **Özet**

Markaların Korunması Hakkında KHK.nin 7. ve 8. maddelerinde, tescili istenen markanın hangi yönlerden incelemeye tabi tutulacağı açıklanmıştır. Bu inceleme kriterlerinden biri de, bir marka başvurusunun, daha önce tescil edilmiş bir marka ile iltibas oluşturup oluşturmadığıdır. Diğer ifadeyle, tescilli marka ile iltibas, önemli bir red gerekçesidir.

Ancak bu gerekçe hem 7. maddede, hem de kısmen farklı ve daha ayrıntılı bir ifadeyle 8. maddede yer almaktadır. 7. madde, Türk Patent Enstitüsünün kendiliğinden ele alacağı inceleme konularını içermekte, buna karşılık 8. madde, ilgililerin itirazı üzerine ele alınacak inceleme gerekçelerini saymaktadır. Bu tekrar nedeniyle, uygulamada ve doktrinde, iki hükmün kapsamının ve amacının aynı olup olmadığı hususu tartışma konusu olmuştur.

Makalede bu konudaki görüşler ele alınmış ve sonuç olarak, her iki hükmün kapsamı yönünden bir farkın bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

#### **Zusammenfassung**

Im Artikel 7 und 8 der Verordnung mit Gesetzeskraft über den Schutz von Warenzeichen wird erklärt, nach welchen Kriterien ein Antrag auf Eintragung eines Warenzeichens untersucht werden soll. Einer der Untersuchungskriterien ist es, ob das einzutragende Warenzeichen mit einem früher angemeldeten Zeichen verwechselt werden kann.

Die Gründe zur Ablehnung werden sowohl im Artikel 7, als auch mit etwas anderem Inhalt und Einzelheiten im Artikel 8 vorgeführt. Während

---

\* Gazi Üniversitesi Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi [battal@gazi.edu.tr](mailto:battal@gazi.edu.tr)

der Artikel 7 nur die Ausschlussgründe enthaelt, die durch das Türkische Patentinstitutes von Amts wegen zu untersuchen sind, werden dagegen im Artikel 8 die Beschwerdegründe, die durch die betreffenden Personen vorgebracht werden, untersucht.

Wegen dieser Wiederholung wird in der Praxis und Literatur diskutiert, ob der Inhalt und Zweck dieser beiden Bestimmung dasselbe ist. In diesem Aufsatz werden die Meinungen untersucht und wird im Ergebnis festgestellt, dass es zwischen dem Inhalt der beiden Bestimmungen keinen Unterschied gibt.

## **TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜNÜN MARKALARDA İLTİBASIN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN YETKİSİ YÖNÜNDEN MUTLAK VE NİSPİ RED NEDENLERİ**

### **1. GİRİŞ**

Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK.nin “Markanın İçereceği İşaretler Ve Markanın Elde Edilmesi” başlıklı ikinci bölümde yer alan 7. maddesinde, “Marka tescilinde red için mutlak nedenler” başlığı altında, TPE.nin, marka başvurusunu değerlendirirken re’sen nazara alması gereken kriterler sayılmakta, 8. maddede ise “Marka tescilinde red için nispi nedenler” başlığı altında, ilgililerin itirazları üzerine inceleme yapılması gereken kriterler açıklanmaktadır.

Tescil edilmiş bir markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar aynısı ya da benzeri olan diğer bir markanın, aynı ya da aynı türdeki mallar için tescil edilmesi halinde, iki marka arasında iltibas meydana geleceği açıktır. Kanun koyucu bu durumun önüne geçebilmek amacıyla yukarıda zikredilen hükümler içinde ayrıntılı kurallar koyarak ikinci tescili engellemektedir.

Ancak iltibas ihtimalinin tescili engelleyici etkisi, hem mutlak hem de nispi red nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durum iki hükmün kapsamı konusunda doktrinde farklı görüşlerin savunulmasına ve uygulamada tereddütlerin oluşmasına sebep olmuştur. Aşağıda bu iki hükmün amacı ve sebebi üzerinde durulacak ve bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

### **2. MARKA TESCİL SİSTEMİ VE TESCİLE ENGEL OLAN SEBEPLERLE İLGİLİ HÜKÜMLER**

Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında 544 Sayılı KHK.nin 3. maddesinin (a) bendi gereğince TPE; “patent ve markalar ile diğer kanunlarla koruma altına alınmış olan sınai mülkiyet haklarının, ilgili

mevzuat hükümleri uyarınca tescilini ve bu hakların korunması ile ilgili işlemleri yapmak” ile görevlendirilmiştir.

Bu hükümlerle kendisine verilen görev gereğince, bir marka tescil başvurusu alan TPE, bu başvuruyu önce 23. ve 29. maddede belirtilen biçimde şekli olarak inceleyecektir. Şekli eksiklik yoksa ya da giderilmişse, esasa ilişkin incelemeye başlayacak ve başvuruyu, 31. madde gereğince 3. maddeye uygunluk yönünden ve 32. madde gereğince de 7. maddedeki mutlak red nedenleri yönünden inceleyecektir. Herhangi bir hukuka aykırılık görmemişse 33. madde uyarınca başvuruyu yayınlayacaktır.

Yayın ile, başvuru ilgililerin incelemesine ve değerlendirilmesine sunulmuş olacaktır. İlgililerin “tescil başvurusu yapılmış markanın 7 nci ve 8 inci madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar”ı varsa, 35. madde gereğince TPE bu itirazlar inceleyecek ve reddettiği takdirde markayı tescil edecektir.

Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere, 7. maddedeki mutlak red nedenleri kural olarak ilan öncesi birinci aşamada ve TPE tarafından kendiliğinden (re’sen) nazara alınacaktır. (Bununla birlikte ilan sonrası itirazlar içerisinde 7. maddeye aykırılık hususu ileri sürülmüş ise TPE bu itirazı da değerlendirecektir.)

Buna karşılık 8. maddedeki nispi red nedenleri açısından inceleme, sadece ilgililerin bu doğrultuda yapacağı bir itiraz üzerine gerçekleştirilecektir. (Ancak her iki halde de TPE.nin kararı yargı denetimine açık bir idari karar niteliğindedir.)

O halde, mutlak red nedenleri arasında sayılmış bulunan bir tescil engelinin ayrıca bir de nispi red nedenleri arasında sayılmasına gerek yoktur denilebilir. Oysa, 7. ve 8. madde hükümlerinden de anlaşıldığı üzere, iltibas ihtimali hem mutlak red nedeni hem de nispi red nedenidir. Belirtelim ki iki hüküm arasında bazı farklar da vardır. Aşağıda, bu farkların önemli olup olmadığını değerlendireceğiz.

Ancak önce bu iki hükmün ele aldığımız konu ile ilgili kısmını aktaracağız.

MarkKHK. 7.nin ilgili kısmı şu şekildedir:

*“Marka tescilinde red için mutlak nedenler*

*7. Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez:*

*a) ...*

*b) aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar,*

*...”*

MarkKHK. 8'in birinci bendi ise şu şekildedir:

*“Marka tescilinde red için nispi nedenler*

*8. Tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın sahibi tarafından itiraz yapılması durumunda, aşağıdaki hallerde marka tescil edilmez:*

*a) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal ve hizmetleri kapsıyorsa,*

*b) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa.”*

### **3. SİCİL VE TESCİLİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Devlet, mülkiyet hakkı ve diğer aynı hakların korunmasını sağlamak amacıyla resmi siciller tutar. Bu sicillerde yer alan bilgiler, aynı hakka ilişkin bir ihtilafta, ispat hukuku açısından, hakkı iddia eden ve sicil kaydına dayanan taraf lehine bir hak varsayımı ve bir ispat kolaylığı oluşturur.

Nitekim MK. 7/1'de “Resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur.” denilmektedir. Bu hüküm, aynı kanunun 5. maddesinde yer alan “ Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.” kuralı gereğince; sadece Medeni Kanunda öngörülen Kişisel Durum Sicili ve Tapu Sicili gibi siciller için değil, özel hukuk haklarının tümü ile ilgili her tür sicil için geçerlidir. Diğer ifadeyle konumuzu oluşturan Marka Sicili de hakkın ispatı için varsayım oluşturan bir sicildir.

Resmi siciller, tescil olunan hakkın maddi malvarlığı niteliği taşıyıp taşımadığı yönünden farklı kurallara tabidir.

Maddi mallar üzerindeki haklar için tescil, meşru bir sebebe dayanan fiili durumu hukukileştiren bir etki yapar. Bu yönüyle, çoğunlukla bildirici niteliktedir. Zira maddi varlıkların tekil niteliği nedeniyle, ihtilaf sadece varlığın izinsiz kullanılması veya gasb edilmesi gibi hususlar üzerinde yoğunlaşır. Örneğin bir arazi tapuda A adına tescilli iken, bir hakka dayanmaksızın, ancak B ve/veya C tarafından kullanılabilir. Diğer deyişle, maddi varlığın tekil olması nedeniyle hak sahibinin riski bireysel ihlaller niteliğindedir.

Buna karşılık, gayri maddi mallar üzerindeki hakların başkalarının ihlal edilebilmesi ihtimali, bu hakların soyut ve çoğaltılabilen niteliği nedeniyle daha yüksektir. Örneğin A'nın tescilli markasını aynı anda B, C, D, vd. ihlal edebilir hatta kendilerine ait olduğunu ileri sürebilir.

Bu fark nedeniyle, fikir ve sanat eserleri ve ticari isimler/işaretler üzerindeki hakların korunmasında, sicil kayıtlarının etkisi oldukça sınırlıdır. Bu etki öncelikle ve çoğunlukla, sonraki tescilin önlenmesi şeklinde kendisini gösterir.

#### **4. İLTİBAS KAVRAMININ MARKA HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ VE İLTİBASI TESBİT YÖNTEMİ**

İltibas Osmanlıca - Türkçe sözlükte "iki veya daha çok şeyin biri öteki sanılacak surette birbirine benzemesi" olarak tanımlanmaktadır. Bu kavram, hukuki bir terim olarak olumsuz bir anlam içermekte ve bir kişinin kendi fikir ya da sanat eserini veya işletmesini ve ürünlerini başkasının önceden var olan ürününe benzetmesi ve bundan ekonomik çıkar sağlamak suretiyle ya da doğrudan zararla önceki ürün/hak sahibine zarar vermesidir.

Kanun koyucu hukuka aykırı ve zarar verici her davranışı, sözleşmeye aykırılık ya da -çoğunlukla- haksız fiil olarak değerlendirir ve engellenmeye çalışır. Haksız fiil türlerinden biri ve ticari hayatta en önemlisi olan haksız rekabet genel olarak BK. 48'de ve ticaret hayatındaki önemi nedeniyle ayrıca TTK. 56 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bu hükümler arasında sayılan en önemli haksız rekabet hali iltibasa yol açmaktır ve TTK. 57/5'te şu şekilde düzenlenmiştir: "Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları ile iltibasa meydan verecek surette ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak."

Kanun koyucu, ticari hayattaki iltibasın bu genel hükümle yeterince önlenemeyeceğini öngörerek tescil sistemini de geliştirmiştir. Böylece iltibasa konu oluşturabilecek haklar/varlıklar üzerindeki üstün hakkın ve önceliğin kime ait olduğu konusunda ortaya çıkabilecek ihtilafları da önlemeyi hedeflemiştir<sup>1</sup>. Bu amaçla bir yandan TTK. 41 vd. hükümlerle ticaret ünvanı ve işletme adının tescil yolu ile korunması sistemi kurulmuş, öte yandan ticari isimler/işaretler ve özellikle markalar için de tescil ile korumaya yönelik özel kanuni düzenlemeler yapmıştır.

Uygulamada iltibas çoğunlukla ticari isimler ve özellikle markalar arasında söz konusu olmaktadır. Markalarda iltibas başlıca iki biçimde olab-

<sup>1</sup> **ARKAN SABİH:** *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara-2001, s. 298.

ilir. Birincisi; tescilli ya da tescilsiz bir markanın aynısını ya da benzerini, aynı ya da türdeş ürünler ya da hizmetlerde, tescil ettirmeksizin kullanmak suretiyle iltibas meydana getirmek şeklinde görülebilir. Bu ihtimal genel olarak TTK. 56. vd.ndaki haksız rekabet hükümleri ve özellikle MarkKHK 9/2 kapsamında koruma altındadır. İkincisi ise tescil edilmiş (ya da tescil için başvurusu yapılmış) bir markanın aynısını ya da benzerini aynı ya da türdeş ürünler ya da hizmetlerde kullanmak üzere tescil ettirmek şeklinde görülebilir.

MarkKHK, temelde ikinci tür iltibas önlemek amacıyla, bir tescil sistemi kurmuş bulunmaktadır. Böylece, tescilli (ya da tescil edilmek üzere olan) bir marka üzerinde sahibinin korunmaya değer üstün hakkı, sonraki tescillerin önlenmesi yolu ile korunmuş olmaktadır.

Bu korumanın yeterli olabilmesi için, hangi halde iltibasın ortaya çıkmış sayılacağı net biçimde açıklanmalıdır. İltibasın iki şartı vardır:

Birinci olarak; ikinci markanın, birinci markanın kullandığı ürün ya da hizmet ile aynı ya da aynı tür (türdeş) ürün ya da hizmet için kullanılıyor olması gerekir (Tanınmış markalar ile ilgili istisnayı burada ele almayacağız.). Ürün ve hizmet türleri ve sınıfları ile ilgili olarak uluslar arası anlaşmalarla belirlenmiş tasnif, Türk hukuku için de geçerlidir.

İkinci olarak; ikinci markanın, birinci marka ile tamamen aynı ya da en azından kolaylıkla ayırt edilemeyecek kadar aynı olması gerekir ki, mal ya da hizmet alıcıları yönünden bir iltibas ve dolayısıyla bir haksız rekabet ve bir haksız fiil oluştursun ve MarkKHK. kapsamında tescilinin önlenmesi gereksin. Bu şartın hangi hallerde gerçekleşmiş sayılacağı tamamen bir maddi hukuk meselesidir ve nihai planda, her somut olay için ayrı değerlendirilmeye tabi tutularak, yargı kararı ile netlik kazanacaktır.

Ancak bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin, tescil talebinin hangi aşamasında ve hangi ölçüye göre inceleneceği hususu, bir tescil prosedürü (usül) meselesidir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, MarkKHK.nin 7. ve 8. maddelerinde, bu tür bir denetimin, hem ilk başvuru aşamasında mutlak red nedenleri içerisinde, hem de ilgililerin itirazı halinde nispi red nedenleri içerisinde ele alınacağı açıklanmıştır. Bu durumda iki hükmün telif edilmesine (uyumlaştırılmasına) ihtiyaç vardır.

## **5. İLTİBASIN TESBİTİ YÖNTEMİYLE İLGİLİ OLARAK DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER**

Yukarıda işaret ettiğimiz problemi ortaya koymuş ve çözüm teklif etmiş olan yazarların görüşlerini aşağıya aynen alacak ve değerlendireceğiz.

Marka Hukuku ile ilgili müstakil bir eserin sahibi olan **Arkan**'ın konu ile ilgili görüşü şu şekildedir<sup>2</sup>:

<sup>2</sup>

**ARKAN SABİH**: *Marka Hukuku*, C. I, Ankara-1997, s. 75.

“KHK 7/1(a), 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 aynı* olan markaların tescilini yasaklamaktadır. Nispi red nedenlerini gösteren KHK. 8’in (a) bendinde de tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın aynının, aynı mal veya hizmet için tesciline, eski marka sahibinin itiraz edebileceği gösterilmiştir. Aynı durumun hem mutlak hem nispi red nedeni olarak gösterilmesi isabetli değildir.

“Tescili istenen markanın, daha önce tescil edilmiş (ya da tescili konusunda başvuruda bulunulmuş) markanın *aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar aynı* olup olmadığı re’sen TPE tarafından değerlendirilecektir. KHK. 7/1(a)’da, nispi red nedenleri arasında yer alan KHK. 8/1 (b)’den farklı olarak, ‘markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali’nden ayrıca söz edilmemiştir. Dolayısıyla KHK. 7/1(a)’daki ‘aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka’ ifadesinin, markalar arasındaki benzerliğin iltibasa yol açıp açmayacağına ayrıca inceleme yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olduğu halleri kapsadığı söylenebilir. Başka bir deyişle, ‘ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka’da, iltibas tehlikesinin varlığı mutlak şekilde kabul edilir; bu hususun ayrıca ispatına, bilirkşi incelemesi yapılmasına gerek duyulmaz.”

Görüldüğü üzere **Arkan**, aynı inceleme kriterlerine hem mutlak hem de nispi red nedenleri arasında yer verilmesini isabetsiz bulmakta, ancak mutlak red nedeni oluşturan iltibas hallerinin aksine, nispi red nedeni oluşturan iltibas hallerinin, sadece çok açık iltibas hallerini değil inceleme ve değerlendirme gerektiren halleri de kapsadığını savunmaktadır.

Yazar ayrıca nispi red nedenlerini incelerken de<sup>3</sup> konuya değinmekte ve “daha önce tescil edilmiş bir markanın aynı olan markanın” tescilinin, mutlak red nedenlerine dayanarak reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir: “Bu halde markalar arasında iltibasın varlığı mutlak olarak kabul edilmiş ve itirazda bulunana herhangi bir ispat yükü yüklenmemiştir.”

Yazar, daha önce tescil edilmiş veya tescil için başvuruda bulunulmuş marka ile “iltibasa neden olan marka” başvurusu için, 8. madde kapsamında, nispi red gerekçelerinin ileri sürülme usulü ve nedenleri yönünden inceleme yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Bu durumda Yazar’ın, tescilli bir markanın aynısından ibaret olan ikinci markanın tartışmasız bir biçimde iltibas ortaya çıkaracağından hareketle, “aynı olan marka” ile “iltibasa neden olan marka” arasında teknik olarak bir fark gördüğü ve birinci grubu 7. madde, ikinci grubu ise 8. madde kapsamında değerlendirdiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Marka Hukuku alanında müstakil eser telif etmiş diğerk bir yazar olan **Tekinalp**'e göre ise<sup>4</sup>:

“Marka hukukunda öncelik ilkesi hakimdir. Evrensel nitelik taşıyan bu ilkeye göre, marka olarak tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir işaret, aynı mal ve hizmetler için başkası tarafından tescil ettirilemez. Söz konusu neden aynı zamanda nispi red nedenleri arasında da yer alır. Bunun sebebi, aynı işareti daha önce marka olarak tescil ettirmiş veya başvuru yapmış olanlara itiraz hakkı tanıyarak TPE.nin gözünden kaçan veya TPE tarafından yanlış değerlendirilen olaylara müdahaledir. Önce tescil ettiren kişi, o işaret üzerinde o mal ve hizmetler için inhisar ve başkasının tescilini men etme hakkını kazanır. Bununla birlikte iki hüküm arasında bazı farklar vardır. Konuyu mutlak neden olarak düzenleyen hükümde ‘aynı türdeki mal ve hizmetler’ denilirken, aynı konuyu nispi kabul eden hükümde ‘benzer’ mal ve hizmetlerden söz edilmiştir. Bunun gibi, birinci hüküm ‘ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar’ formülünü kullanırken, ikinci hüküm ‘marka ile benzer ise’ ifadesini tercih etmiştir. Nihayet ikinci hükümde, halk tarafından karıştırılma ihtimali bulunan işaretlerin de itiraz üzerine tescillerinin yapılmayacağı belirtilirken birinci hüküm bu varsayıma yer vermemiştir. Kanaatimce, ilk iki fark aynı kavramların değişik sözcüklerle anlatımından kaynaklanmakta, bunun hüküm başkalığı doğurması gerekmektedir. Çünkü, ‘benzer’i tanımlamak zaten zor iken ‘benzer’ ile ‘aynı türü’ ayırmak bir kat daha güç olacaktır. İkinci olarak, ‘benzer’ işaret ile ‘ayırt edilemeyecek kadar aynı’ işaret arasında fark olduğu şüphesizdir. Ancak birincisini nispi, ikincisinin mutlak red nedeni oluşturması uygulamayı zorlaştırır. Üçüncü fark ise önemlidir. ‘Karıştırılma ihtimali’ gibi değerlendirme ve yargı gerektiren bir konuda kanun koyucunun TPE.ye re’sen yetki tanımak istemediği, bunun bir itiraz konusu yapılmasının doğru olabileceği düşünülebilir. Bu farklılığın bilincinde olmakla beraber, bu son sebebin de pratik bir yararının olmadığı görüşündeyim. Halkın karıştırılabileceği bir işaretin marka olarak tescilini TPE re’sen reddedebilmelidir.”

Yazar, **Arkan**'ın aksine, 7. maddedeki iltibas kriterinin 8. maddede de tekrar edilmesini, özellikle resen yapılan inceleme sırasında gözden kaçan hususların itiraz üzerine son kontrol sırasında değerlendirilebilmesi açısından anlamlı ve yerinde bulmaktadır.

Buna karşılık **Tekinalp** de **Arkan** gibi, 7. maddedeki ifade biçiminin 8. maddenin (a) bendinde ve (b) bendinin baş kısmında değiştirilmiş olmasını gereksiz görmektedir. Ancak, yine Arkan gibi, (b) bendinde öngörülen, halk tarafından karıştırılma ihtimali oluşturan iltibas hallerinin, mutlak değil nispi red nedeni sayılmasını, net karar verilemeyecek olan tartışmalı konular niteliğinde olması nedeniyle anlaşılabilir bulmakta ancak yine de sonuç olarak doğru bir çözüm olarak görmemektedir.

<sup>4</sup> **TEKİNALP ÜNAL**: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul-1999, s. 370-371.



MarkKHK.nin hazırlanması için kurulan komisyonun da üyelerinden olan **Karahmet** ve **Yalçiner** ise konu ile ilgili olarak şu görüşü ileri sürmüşlerdir<sup>5</sup>:

“Bu hükmün burada da bulunmasının ana nedeni, Enstitü tarafından 7’inci madde kapsamında yapılan incelemede herhangi bir nedenle dikkate alınmamış bir hususa bağlı olarak, ilan edilen bir marka başvurusuna yine üçüncü kişilerce itiraz edilerek mükerrer marka tescilini önleme olanağını sağlamaktır.”

Görüldüğü üzere, kanun hazırlama çalışmalarına da katılmış olan bu yazarlar, iki maddedeki inceleme kriterleri arasında bir fark görmemekte, sadece TPE.ne, itiraz üzerine aynı kriterlere göre yeniden inceleme yapma görevi verildiğini savunmaktadırlar.

## 6. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

Özetleyecek olursak, yukarıda incelendiği üzere, her üç eserde, 7. maddenin 8. maddede tekrar edilme sebebi yönünden görüş birliği yoktur. Yine, TPE.nin inceleme yetkisi ve kapsamı açısından, her iki maddedeki iltibas kriterleri arasında bir fark olup olmadığı hususunda da bir görüş birliği mevcut değildir.

Kanaatimizce 7. maddedeki red nedeninin 8. maddede tekrar edilmiş olması gereksiz bir hüküm değil, **Tekinalp** ve **Karahmet/Yalçiner**’in de belirttiği gibi özel amaca yönelik bir tekrar niteliğindedir. Markalarda iltibas, marka hukukunun en önemli hak ihlali biçimlerinden olduğundan, kanun koyucu resen yapılacak incelemenin yeterli olmayabileceğini nazara alarak, itiraz üzerine inceleme yapılmasının da yolunu açmış ve böylece TPE.ne, ilk inceleme aşamasında gözden kaçırmış olabileceği bir iltibas halini, itiraz üzerine görme ve tedbir alma görevini yüklemiştir.

İki hüküm arasında inceleme kriterleri yönünden bir fark olup olmadığı konusuna gelince, kanaatimizce kanun koyucu iki hükmün cümle kurgusu arasında bir fark oluştururken, bir kriter farkı oluşturmak niyet ve amacıyla hareket etmemiştir. Bu görüşümüzün üç sebebi vardır.

Öncelikle, 8/2’deki cümle yapısı, bir anlam aramayı gerektirecek dercede düzgün kurulmuş bir cümle yapısı olarak görünmemektedir. Muhtemelen, taslağın kaleme alınması sırasında birden çok kere değişiklik yapılması sonucunda, uzun ancak anlamlı sayılmayacak tekrarlarla dolu bir hüküm ortaya çıkmış olmalıdır.

İkinci olarak, böyle bir anlamlı fark oluşturmaya gerek bulunmamaktadır. Zira her iki halde de iltibas önlemeye yönelik incelemeyi yapacak ve sonuçlandıracak olan TPE.dir. İltibas ihtimalini 7. madde kapsamında re’sen yaptığı ilk inceleme sırasında yeterince değerlendirmiş ise, itiraz üzerine

<sup>5</sup> **KARAAHMET ERDOĞAN / YALÇINER UĞUR G.:** *Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları*, Ankara-1999, s. 44.

yapacağı ikinci incelemede de, yine kendisi, aynı sonuca ulaşacaktır. Aksi sonuca ulaştığı takdirde ilk görüşünü değiştirmesine ise, zaten bir engel bulunmamaktadır.

Üçüncü olarak, TPE, 8. madde gereğince inceleme yaparken, **Ark-an**'ın iddiasının aksine, kanaatimizce itiraz ileri süren taraftan bir delil isteme hakkına sahip değildir. Aslında buna ihtiyaç da yoktur.

Zira 35/3,2. c. gereğince “Enstitü itiraz sahibinden, yönetmelikte öngörülen sürede yerine getirilmek üzere, ek belge, kanıt ve gerekçeler isteyebilir.” Ancak bu hüküm genel olarak bütün itiraz halleri için kaleme alınmıştır. Oysa tescili istenen bir markanın, önceki tescilli marka ile iltibas oluşturduğu iddiası, diğer itiraz sebeplerinden farklı olarak, maddi vakıya ilişkin olmadığından, delil toplamayı (ve bu meyanda bilirkişi incelemesi yaptırmayı) gerektirmeyen bir husustur. İltibas ihtimalinin varlığı iddiasının doğru olup olmadığını, TPE. kendi teknik uzmanlarının bilgileri yardımıyla sonuca bağlayacaktır.

Dolayısıyla 7. ve 8. maddedeki kriterler arasında ispat yükü yönünden de bir fark bulunmamaktadır.

Nitekim **Tekinalp** de bu hususa işaretler “halkın karıştırabileceği bir işaretin marka olarak tescilini TPE re’sen reddedebilmelidir” diyerek, kriterler açısından bir farka ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varmaktadır.

**Sonuç olarak**, MarkKHK. 7/b’de yer alan iltibas kriterleri ile ve 8/a ve b’de yer alan iltibas kriterleri arasında bir fark bulunmamaktadır. Uygulamada bu şekilde yürütülmeli ve 8/b maddesi ilk fırsatta, tereddütleri ortadan kaldıracak biçimde yeniden kaleme alınmalıdır.