

MARKANIN DOMAIN NAMES, METATAG VE KEYWORDS OLARAK KULLANILMASI

Doç. Dr. Savaş Bozbel*

1. 5833 sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme

5833 sayılı kanunla¹, MarkaKHKm. 9/II (e) bendine getirilen yeni düzenleme ile „işareti 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“ , aynı maddenin birinci fıkrası² uyarınca yasaklanabilecek fiiller arasına dahil edilmiştir. MarkaKHKm. 9’da ve aşağıda belirtilen beş halden birinin varlığı halinde, marka sahibinin önleme yetkisi doğar. Bu beş halden herbirinde markanın veya benzeri bir işaretin başkası tarafından kullanılması sözkonusudur. „Kullanmanın“ anlamı da MarkaKHKm. 9/II’de gösterilmiştir. Başka bir ifadeyle, marka sahibinin önleme yetkisinin doğabilmesi için markanın MarkaKHKm. 9/II’de gösterildiği şekilde *kullanılması* gerekir³. İşte markanın alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük olarak kullanılması da bu „kullanma“ kapsamına, dahil edilmiştir.

2. Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması

a) Genel Olarak

İnternet alan adları “normalde” 192.56.78.65⁴ şeklindeki rakam dizilişinden oluşur. Bu rakamları akılda tutmak zor olduğu için *domain name sistemi* (DNS) geliştirilmiştir. Buna göre, alan adı olarak (mes. microsoft.com) internet tarayıcısının adres satırına verilen bir internet adresi, bilgisayar tarafından gerçekte bu adres için belirlenmiş olan IP-adresine çevirmektedir. Saniyelerle ifade edilen bir sürede, internet kullanıcısı fark etmeden arka planda gerçekleşen bu hızlı çevirme işlemi sayesinde internet adreslerinin akılda tutulması daha kolay hale gelmiştir.

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi E-Posta: savas@bozbel.org

¹ Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 28 Ocak Çarşamba, sayı: 27124.

² 9. maddenin 1. fıkrasına göre marka sahibi aşağıdaki fiillerin önlenmesini talep edebilir:

a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması.

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

³ 556 sayılı KHK m. 9/II’de belirtilen bu kullanma şekilleri doktrinde bazı yazarlarca “haksız kullanma şekilleri” başlığı altında incelenmektedir. Bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası İstanbul 2004, s. 400.

⁴ Buradaki her sayı grubu (quads) 0-255 arasında bir sayı olabilir. BU şekilde Ipv4 sisteminde dört milyardan üzerinde IP adresi mümkündür.

Genelde internet adresleri hizmet veya marka ile aynı olduğu için kullanıcı bu varsayımdan hareketle, istediği internet sitesine kolaylıkla ulaşabilmektedir. Bu nedenle internet alan adlarının büyük bir reklam ve pazar gücüne sahip olduğu kuşkusuzdur⁵. Bir marka ya da işaretin internette alan adı olarak kullanılması değişik ihtimalleri gündeme getirir⁶.

b) Markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin alan adı olarak kullanılması

MarkaKHKm. 7 “aynı” veya “ayırt edilemeyecek kadar benzer”⁷ markaları tescil için mutlak red sebepler kapsamında saymıştır. Markanın aynı veya ayırt edilemeyecek şekilde benzer olmasının tespitinde markanın bütün olarak bıraktığı izlenim nazara alınır. Alan adları bakımından ayırt edici, yani esas unsur, ikinci düzey alan adı olup, gerek jenerik üst düzey alan adının⁸, gerek ülke kodlu üst düzey alan adının ayırt edici işlevi bulunmamaktadır. Bu yüzden sözkonusu adlar, marka ile alan adı arasındaki ayniyet veya benzerliğin belirlenmesinde hesaba katılmamalıdır.

Bu anlamda markada olmayan tire (-) işaretinin alan adında kullanılması, mesela *tippex* markasının *tipp-ex.com* şeklinde alan adı olarak kaydedilmesi ya da markanın yazımında boşluk bırakılmış olmasına karşın, alan adında bu boşluğun⁹ olmadığı hallerde böyle bir durum sözkonusu olacaktır¹⁰.

Markanın aynısı olan bir işaretin alan adı olarak tescil edilmesi değişik ihtimallere göre bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu ayırım MarkaKHK m. 9/I'deki ihtimallere göre yapılmalıdır. Buna göre aşağıdaki ihtimaller sözkonusu olacaktır:

- i) Tescilli marka ile aynı olan bir işaretin, aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılması,
- ii) Marka ile aynı olan bir işaretin, başka bir sektördeki firma tarafından alan adı olarak kullanılması,
- iii) Tanınmış bir marka ile aynı olan bir işaretin alan adı olarak kullanılması,
- iv) Marka ile aynı olan bir işaretin, ticaretle uğraşmayan kişiler tarafından alan adı olarak kullanılması.

⁵ Nomer, Füsün, Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, 1. Cilt, İnternet Alan Adları ve Haksız Rekabet, s. 400.

⁶ Markanın alan adı olarak tescil edilmesi ve haksız rekabetle ilgili olarak bkz. Memiş, Tekin; Alan Adları, ve TR Alan Adı Politikalarına Eleştirel Bir Yaklaşım, E-Akademi, Mayıs 2005, Sayı: 39; <http://www.e-akademi.org/makaleler/tmemis-9.htm>. (Son Erişim: 30 Mart 2009).

⁷ 22.06.2004 tarih ve 5194 sayılı Kanununun 13. maddesi, 556 sayılı KHK m. 7/I (b) bendini değiştirmiştir. Bu maddedeki aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı markalar hükmü, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar şeklinde değiştirilmiştir.

⁸ Burada .com jenerik üst düzey alan adı ile .net ve .org gibi jenerik üst düzey alan adları arasında ayırım yapılması gerektiği, zira .com jenerik üst düzey alan adının ticari kuruluşlar, .net jenerik üst düzey alan adının internet sağlayıcıları, .org jenerik üst düzey alan adının ise ticari amaç gütmeyen örgütler tarafından kullanılmak üzere tesis edildiği düşünülebilir. Ancak internet kullanıcıları bu ayırımı yapmadıkları gibi bu alan adı alınırken de, gerçekte bu üst düzey alan adı altında faaliyette bulunulup bulunulmadığı araştırılmadığı için .com ile .net ve .org üst düzey alan adları arasında bu yönde bir ayırım yapılması gerektiğinin kabulü gerekir.

⁹ TELSTRA Corporation Limited v. Barry Cheng Kwok Chu, WIPO D2000-0423 (Terry), 2000-06-21, <http://arbitrator.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0423.html> (*telstrashop.com*).

¹⁰ Bkz. <http://arbitrator.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0418.html>

i) Alan adını kendi adına tescil ettiren taraf kendi marka hakkına istinat edemiyorsa, bu durum sanal alem dışındaki marka ihtilaflarına nazaran bir özellik arz etmez¹¹, duruma göre alan adının tescili MarkaKHKm. 9 (e) anlamında markanın ihlali teşkil edebilir. Esas problem, alan adı sahibinin kendi hakkına istinat edebildiği hallerde¹² ortaya çıkar. Bu durumda, çözüm yolu olarak öncelik prensibi, iltibas tehlikesinin ortadan kaldırılması için öngörülebilirse de, MarkaKHK m. 12 anlamında adres olarak nitelendirmek, bu suretle alan adının kullanımına, ancak dürüst olmadığı zaman karşı konulabileceği doğru bir çözüm tarzı olarak görünmektedir.

ii) Bu ihtimalde artık kural olarak, bir karıştırılma tehlikesinin varlığından bahsedilemez. Burada “first come, first served” ilkesi geçerli olacaktır. Bu halde marka hukukuna dayanarak – tanınmış marka olmadıkça – alan adının kullanımına engel olunamaz. Ancak haksız rekabet hükümleri, özellikle TK m. 57/b. 5 uygulanması gündeme gelebilir.

iii) Tanınmış markanın aynısı olan bir işaretin alan adı olarak tescil edilmesi ve bunun sadece internet adresi olarak kullanılması durumunda, “*tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verildiğini*” otomatik olarak kabul etmek uygun değildir. Bilakis somut olayda, ne suretle tanınmış markanın ayırt edicilik karakterine zarar verildiğinin ya da zarar verilme tehlikesinin mevcut olduğunun ispatlanması gerekir¹³. Ancak bir markanın alan adı olarak kullanılmasının, örneğin internet tarayıcısının adres kısmında ya da mektuplarda alan adının görünmesinin, tanınmış marka ile bir çağrışım yapmasını, tanınmış işaretin ayırt edicilik karakterine zarar tehlikesi oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

Alan adının tescilinde, tanınmış marka müşterilerinin, kendi internet sitesine yönlendirilmesi gibi bir amaç varsa, bu şekildeki bir kullanımı “*itibardan haksız yararlanma*”, yani MarkaKHKm. 9/II (e) bendi kapsamında “*ticari etki yaratacak biçimde*” bir kullanım olarak görmek gerekir. Yine alan adının yönlendirildiği siteye reklamlar almak suretiyle, sayfaya her tıklama için ücret öngörüldüğü hallerde, bir “*ticari etki yaratacak biçimde*” kullanımdan bahsedilebilir.

iv) *Domain Grabbing* veya *Cybersquatting*¹⁴ denilen alan adı korsanlığında, domain tescilinde bulunan kişinin, başkasına ait marka, isim, ticaret unvanı, işletme adı ve vb. ‘ni ilerde gerçek

¹¹ U.S. District Court, C.D. California, 26. April 1996, Comp Examiner Agency ./ Juris Inc., Civil Docket Nr. 96-0213-WMB, 1996 WL 376600 ; Karş. The Computer Lawyer 1996, Vol. 13, Nr. 5, S. 28.

¹² Örneğin alan adı sahibinin ticaret unvanına ya da işletme adına istinat etmesi gibi.

¹³ Alman Federal Mahkemesi, davacı ünlü Camel sigaraları ile davalı Camel Tours unvanı altında Almanya’da da faaliyette bulunan Türk şirketi arasındaki davada 02.04.1987 tarihinde vermiş olduğu kararında davacının CAMEL sigara markasına, davalının tur operatörlüğü yapan Camel Tours unvanının tecavüz teşkil edip etmediğine karar vermek durumunda idi. Açılan davada, alt derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi, “.. davacının tanınmış marka olduğu, davalının davacının tanınmışlığından faydalanmak amacıyla bu ibareyi bilinçli seçtiği, dolayısıyla marka hakkına bir tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiği ...” gerekçesiyle Camel ibaresinin davalı tur operatörü şirket tarafından kullanılmasını yasaklamış idi. Federal Mahkeme, Camel sigara ibaresinin tanınmış marka olması, tek başına tecavüzün durdurulması talebi için yeterli değildir, bunun haksız rekabet şartlarını da yerine getirmesi, bu anlamda özellikle tanınmış markanın reklam etkisinin zarara uğraması ya da uğrama tehlikesinin olması gerektiğinden bahise alt derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Kararın metni için bkz. NJW-RR 1987, 1389.

¹⁴ Aslında bu iki ibare genelde literatürde aynı anlamda kullanılsa da, cybersquatting daha geniş bir kavramdır. Başkasının üzerinde hak iddia edebileceği bir alan adının, gerçek hak sahibinin bu alan adının tescilini önlemek, onunla rekabet etmek veya tescil edilen domainin gerçek hak sahibi olan şirketle ilgisiz, hatta unvanını zedeleyici web sitelerine yönlendirilmesi hepsi birer ‘cybersquatting’ teşkil eder. Cybersquatting’in bir türü olan domain grabbing’de ise domain tescilinde bulunan, bu alan adını ilerde gerçek hak sahibine, tescil masraflarının çok üstünde bir meblağ karşılığında satabileceğini hesaplayarak tescil yaptırmaktadır. Bu konuda bkz. Bozbel, İnternet Alan Adlarının Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Ankara 2006, s. 13 vd.

hak sahibine çok yüklü bir meblağ karşılığında satmak amacıyla, internet alan adı olarak kendi adına tescilini yaptırmıştır. Bu halde alan adı olarak tescil edilen işaret, genelde bir gerçek kişi veya şirket adı, ünlü bir marka veya bir gazete, dergi veya yayın kuruluşunun adı olabilmektedir.

Alan adının gerçek hak sahibine devri için tescil ücretini aşan bir ücret talep edilmesi halinde, bu tür bir kullanımın “ticari etki yaratacak biçimde” bir kullanım ve bir marka ihlali olduğunun kabulü gerekir. Ancak MarkaKHK m. 12 ile kıyaslanabilecek bir “fair use” hali söz konusu ise kanaatimce bu durum m. 9/II (e) bendinin ihlali olarak değerlendirilemez.

c) Marka ile benzer olan bir işaretin alan adı olarak kullanılması

“Benzer” kavramı 556 sayılı KHK’da tanımlanmamıştır. Benzerlik *markalar* arasında olabileceği gibi *benzer mal ve hizmetlerde* de olabilir. Bir işaretin tescilli *marka* ile arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil olmak üzere kartıştırılma ihtimali varsa, o işaret tescilli markanın benzeridir.

Bir görüşe göre *benzer mal ve hizmetler*, tescil sırasında belirlenen sınıflar ve alt gruplara göre tespit edilebilir.(Kesin bir ölçüt değil).

Markanın alan adında yer alması halinde, bu alan adına, başka kelime, harf ve işaretlerin ilave edilmesi marka ile alan adları arasındaki benzerliği ortadan kaldırmayacaktır. Bu bağlamda bir alan adında, markanın tamamının yer aldığı hallerde, alan adına ilaveler yapılması da aynı şekilde karıştırma tehlikesini ortadan kaldırmaz.(Karacatriko.com)

Markaya bir harf eklenmesi ve eksiltilmesi hallerinde de durum böyledir¹⁵. Ya da internet kullanıcıların internet tarayıcısının adres kısmına, markanın adını (alan adının adresini) yazarken hata yapacakları düşüncesiyle tescil edilen alan adı ile benzer olan alan adları da (*Typosquatting*) marka ile benzerlik arz ederler. Örneğin *google.com*; *microsoft-microo-soft* ya da *buyerschoi-ce.com* alan adı sahibinin internet kullanıcılarının yazım hatası hesaplanarak *byerschoice.com* alan adının tescil ettirilmesinde olduğu gibi¹⁶. Hatta alan adları ile markanın farklı alfabelerde yazılmış olması da benzerliği ortadan kaldırmaz.

Ancak “benzerlik” tespiti yapılırken, yalnızca alan adı ve markanın karşılaştırılmasıyla yetinilmemeli, marka ile benzer olan alan adının yönlendirildiği internet sitesinin içeriği, yani, tarafların iştilgal sahaları, sunmuş oldukları mal ya da hizmetler de dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, alan adının yönlendirildiği sitenin sunduğu mal ve hizmetlerle markanın tescil edildiği mal ve sınıflar farklı ise artık burada sanal dünya dışındaki kurallardan ayrılmayı haklı kılacak bir durum yoktur. Burada farklı sektörlerde faaliyette bulunan firmalardan, önce alan adını tescil ettiren kimseye karşı MarkaKHKm. 9/II (e) hükmüne dayanılmaz.

¹⁵ <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2001/d2001-0362.html> (microsoft-microo-soft); <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-1711.html> (yahoo-1.com)

¹⁶ Pearson v. Byers Choice, NAF FA0092015 (Condon), 2000-03-09, <http://www.arbforum.com/domains/decisions/92015.htm> (buyerschoice.com).

d) Marka ile aynı ya da benzer olan bir işaretin üçüncü düzey alan adı olarak kullanılması

aa) Yabancı bir markanın üçüncü düzey alan adı olarak kullanılması

Üçüncü düzeyde markanın alan adı ya da sayfa adı olarak kullanılması mümkündür. İlgili internet sitesine erişebilmek için bu sefer www.xyz.iss.com ya da www.iss.com/xyz.html adreslerine tıklanması gerekmektedir. Burada alan adının bütünüdürün bıraktığı izlenimin ikinci düzey alan adı tarafından verilmesi önemlidir.

İkinci düzey alan adının, orta düzeydeki internet kullanıcıları tarafından ayırt edici kriter olarak görülmemesi ve bu nedenle itibas tehlikesinin bertaraf edilememesi durumunda, bu anlamdaki bir marka ihlali daha açıktır. Bu hal özellikle, ikinci düzey alan adında tanımlayıcı bir kavram kullanılıyorsa sözkonusu olur¹⁷.

Üst düzey alan adı ile ikinci düzeydeki alan adının yada ikinci düzey alan adı ile üçüncü düzey alan adının kombinasyon yapılarak yabancı bir marka ile aynı ya da benzer olacak şekilde kullanılması da mümkündür¹⁸. Burada da itibas tehlikesinin varlığından söz edilebiliyorsa, MarkaKHKm. 9/II (e) gereğince kullanımına engel olunabilecektir.

bb) Yabancı bir markanın internette dosya adı ya da e-posta adresi olarak kullanılması

Yabancı bir markanın dosya adı olarak kullanılması halinde de, üçüncü düzey alan adı olarak kullanılması halinde söylenenler uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Burada da, orta düzeydeki internet kullanıcılarının dosya adını bağımsız bir işaret olarak algılaması gerekir¹⁹.

Bir e-posta adresinde “@” den önce gelen “Log-In” adı serbestçe seçilebilmektedir. Bu nedenle, marka hukuku bakımından sorunsuz görünen bir alan adı, bu “Log-In” adıyla birleştirilmek suretiyle, e-posta adresine bütüncül bir görüntü verilerek, koruma altındaki yabancı bir işaretle aynı ya da benzer olan bir işaret oluşturulabilir²⁰. E-posta adresindeki o belirli işaretin, tanınmış olmasından ötürü bütüncül görünüşte internet kullanıcıları tarafından hemen farkedilmesi sözkonusu ise bir marka ihlali sözkonusu olabilir.

3. İşaretin Yönlendirici Kod (Metatag) Olarak Kullanılması

Yönlendirici kodlar (metatags), www programlama dili HTML’de bazı bilgilerin kodlanmasını ifade eder. Bu kodlanan bilgiler, internet sayfasının kaynak kodunda yer

¹⁷ LG Mannheim, MMR 2000, 47 – buchhandel.de/nautilus. Davada, davacı marka hakkına dayanarak, internet alan adı „buchhandel.de/nautilus“ un davalı tarafından kullanılmasının önlenmesini talep etmiştir. Davacı Hamburg merkezli, 1988 yılından „Edition Nautilus Verlag L. Sch.“ Unvanı altında faaliyette bulunan ve bu unvanı tescil ettiren bir tacirdir. Müşterileri tarafından kolay farkedildiği için davacı, işletmesini tekbaşına „Nautilus“ ibaresi ile tanıtmıştır. Davalı ise Alman Borsa Derneği olan Deutsche Buchhandel’in bir kardeş limited şirkettir. Davalı internette „Buch-und Medien-Online“ adı ile www.buchhandel.de internet adresi altında satış yapmaktadır. Bu satışta, bir alt kategori olarak „İnternette tam metin“ adı ile <http://www.buchhandel.de/nautilus> üçüncü kişilerin veri bankalarına ve arşivlerine bilgi ve link verilmektedir.

¹⁸ Karş. LG Hamburg v. 30. 9. 1998 – 315 O 278/98 – xtra.net; ähnliche Fälle wären z. B. „tele.com“, „buxtehu.de“ oder „goeteb.org“.

¹⁹ Aynı şekilde LG Mannheim, MMR 2000, 47 – buchhandel.de/nautilus; LG Köln, AfP 1997, 655 – uni-online.de/karriere.

²⁰ Örneğin „„philip@morris.com“.

aldığından, internet kullanıcısı tarafından görülmez. Çoğunlukla bu bilgiler, bir websitesinin içeriğini tanımlamak için kullanılan kavramlar ve anahtar sözcüklerden (mp3, seks, müzik indir, film vb.) oluşur. İnternet kullanıcısı bu kavramlardan birini arama motoruna verdiği zaman bu kavram yardımıyla, internet arama motorları (örneğin google, msn gibi) tarafından bu yönlendirici kodları içeren internet siteleri bulunmakta ve sıralanmaktadır. İnternet arama motorları, internet sitelerini aranılan kelimelere göre araştırmakta ve sonra hiyerarşik şekilde, aranılan kavramın en çok görüldüğü siteden başlayarak listelemektedir²¹. İşte aranılan bir kavramın, yönlendirici kod olarak bir sitede birçok kez yer alması halinde bu sitenin sıralamadaki yeri çok daha yükseklerde olacaktır. Kısaca bir kavramın yönlendirici kod olarak alınması, o internet sitesinin arama motorlarınca daha üst seviyelerde görüntülenmesini temin etmektedir. Bu nedenle siteye çok daha fazla giriş temin etmek amacıyla, en sık aranılan kavramlar, - web sitesinin içeriği ile ilgisiz de olsa – internet sayfalarının içerisinde yönlendirici kod olarak konulmaktadır²².

Konulan bu yönlendirici kodlar, tanınmış bir işletme ya da firma adı olabileceği gibi bir marka da olabilmektedir. Bu suretle sayfaya daha çok ziyaretçi çekilmesi amaçlanmakta, arama motorları adeta manipüle edilmekte, yönlendirilmektedir²³.

Kanun koyucu, 5833 sayılı kanunla yaptığı düzenleme ile artık yabancı bir markanın yönlendirici kod olarak internet sitelerinde kullanılmasını marka ihlali olarak kabul etmiştir. İhlal için marka ile yönlendirici kodda kullanılan işaretin aynı ya da benzer olması yeterli kabul edilmiştir. Ancak, burada hemen belirtmek gerekir ki, yönlendirici kodlarda kaideten tanınmış marka ile aynı olan bir işaretin kullanılmasının anlamı olabilir, zira arama motorları marka ile aynı ya da „ayrıt edilemeyecek kadar aynı“ olan işaretleri, listelemede dikkate almaktadır.

Jjenerik isimler yönlendirici kod olarak bütün piyasa katılımcılarına açıktır ve sınırsız olarak istenildiği gibi kullanılabilir. Bu nedenle jenerik bir ismin (örneğin pizza) bir firma tarafından yönlendirici kod olarak internet sitesinde kullanılması, diğer rakiplerinin bunu kullanmasına – teknik açıdan – engel teşkil etmez. Buna MarkaKHKm 9/II (e) bendi gereğince de karşı konulamaz. Ancak yönlendirici kodlar, internet sitesinin içeriğiyle uyumlu değilse, bu

²¹ **Kaufmann**, MMR 2005, 348 zu Meta-Tags aus wettbewerbsrechtlicher und markenrechtlicher Sicht. Bu arada arama motorları, listeleme metodlarını değiştirerek bu tür manipülasyonlara engel olmaya çalışmaktadırlar. Bkz. **Müller**, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 1. Auflage 2008, Rn. 53.

²² **Viefhues**, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, 19. Ergänzungslieferung 2008, Teil 6.1 Kennzeichenrecht, Rn. 246 vd.

²³ 2006 yılı ortalarında Alman Federal Mahkemesi (BGH), Impuls-Kararında yabancı markanın, bir internet sayfasının HTML kaynak kodlarında, internet arama motorlarında bulunabilmek amacıyla kullanılmasının, markaya tecavüz edeceği kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre aranılan kelimenin, internet sayfasında görünmesi de şart değildir. Önemli olan, aranan kelime yardımıyla, seçme sonuçlarına etki edilmesi ve kullanıcının bu suretle o internet sitesine yönlendirilmesidir. Her ne kadar internet kullanıcısı, arama sonuçlarında görülen bütün sayfaların, hedeflenen kelime ya da kavramla bağlantılı olmadığı farkında ise de, arama sonuçlarından bir tanesi, davacının sunduğu aynı hizmetleri sunan davalının internet sitesini işaret ettiği takdirde, internet kullanıcısının bu mal veya hizmeti, *kısa bilgi* nedeniyle, davacının mal veya hizmetleriyle karıştırma ve bu mal veya hizmetle daha çok ilgilenmesi tehlikesi oluşacaktır. Bu da bir karıştırma tehlikesinin varlığı için yeterlidir. Bu tehlikenin varlığı, kullanıcının, davalının internet sitesine girip, daha yakından tanıdığı zaman, bu hatanın ortadan bertaraf edilmesine de bağlı değildir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Memiş/Bozbel**, E-Akademi.org, Kasım 2008.

takdirde (tanınmış) markanın itibarının zedelenmesinden dolayı marka hukuku ya da haksız rekabet hükümleri uygulanabilir²⁴.

4. İşaretin Anahtar Sözcük (Keywords) Olarak Kullanılması

Literatürdeki yaygın adıyla “*keyword advertising*” denilen bu halde aslında, internet arama motorları vasıtasıyla yapılan bir reklam türü sözkonusudur²⁵. İşletmelerin, arama motorlarıyla yaptığı anlaşmalar çerçevesinde, internet kullanıcısının aradığı kavramlara göre beliren, bilgisayar ekranında özellikle arama sonuçları yanında ya da üst tarafında kendi işletmelerinin reklamlarının yer aldığı bir reklam türüdür. Bu reklam türünün en yaygın hali ise sektörün lider arama motoru Google tarafından kullanılan “*AdWords*” reklamlardır.

Reklamın, internet kullanıcısının ekranında görünüp görünmemesi tamamen arama motorlarına girilen sözcük ve kavramlara bağlıdır. Kullanıcıların arama motoruna girdiği kavram ve kelimelerde, mümkün merteye çok görüntülenebilmek için işletmeler belirli kavramları, genelde üst kavramları ve sözcükleri, "keyword" (anahtar sözcük) olarak seçmektedirler²⁶. Bu suretle internet kullanıcısı, reklamı verenlerce belirlenmiş herhangi bir kavram ya da sözcüğü (adwords) arama motoruna girdiği takdirde, dört satırlık reklam ilanı, arama sonuçlarından ayrı ve onun üstünde ya da yanında olarak yer almaktadır. İnternet sitesi birden çok reklama imkân verdiği için, reklamların kaçınıcı sırada yer alacağını, işletmelerin kendileri belirlemektedir; zira sıralama, işletmenin reklama her tıklama için ödemeye hazır olduğu fiyata göre belirlenmektedir. *Google Adwords* reklamlarında, bir anahtar sözcük için en yüksek ücreti ödeyen kimse reklam sıralamasında yukarılarda, hatta ilk sırada yer almaktadır. Reklam veren işletmeci ise internet kullanıcısının reklamı dikkate alıp reklamdaki linke tıklayarak, işletmenin internet sitesine girdiği tıklamalar için reklam ücreti ödemek durumundadır²⁷.

Başlangıçta sadece tanımlayıcı cins isimler anahtar sözcükler seçilebilirken, artık arama motoru araçları, istenilen herhangi bir kavram ya da sözcüğün, hatta yabancı markaların kullanılmasına da müsaade etmektedir. Bu durumda, *adwords* reklamlarda yabancı bir marka ya da işaretin kullanılması, MarkaKHKm. 9/II (e) gereği - kural olarak – markanın ihlali kabul edilecektir.

Genel ve tanımlayıcı kavramlar söz konusu ise her işletme bu kavramları anahtar sözcük olarak seçme ve kullanma imkânına sahip olmalıdır. Bu nedenle reklam veren işletmeciden, önceden seçilen genel tanımlayıcı anahtar sözcükler nedeniyle başkalarının marka ya da işaretlerine tecavüz gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol etmesi beklenemez.. Ancak reklam veren işletmeciye böyle bir tecavüz ihbar ve ihtar edilmişse tecavüzün sona erdirilmesi gerekir²⁸. (Karşılaştırmalı reklam açısından da değerlendirme yapılmalıdır).

²⁴ Alman Hukuku bakımından karşı. LG Essen, MMR 2004, 692; LG Frankfurt, GRUR-RR 2002, 81, 82; **Schreibauer/Mulch**, WRP 2005, 442, 455; **Rössel**, CR 2003, 349, 351; Ayrıca **Süßenberger**, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, 19. Ergänzungslieferung 2008, Teil 11.1 Allgemeines Werberecht, Rn. 66.

²⁵ *Keyword advertising*, bir üst kavram olarak adwords ve adsense reklamlarını da kapsayan, başta Google olmak üzere, Yahoo ve Microsoft gibi önde gelen arama motorlarınınca kullanılan, arama içeriğine bağlı, anahtar sözcüklerle yapılan reklam sistemini ifade etmektedir. *Keyword advertising*, internet arama motorlarının temel gelir kaynağını oluşturmaktadır; **Memiş/Bozbel**, age.

²⁶ **Meyer**,, K&R 2006, 557.

²⁷ Hüsçh, **Moritz**, “Der Gebrauch geschützter Kennzeichen als Advertising Keywords (AdWords)”, K&R 2006, 223 vd.

²⁸ Aynı yönde LG Berlin, 15. Zivilkammer, 21.11.2006, 15 O 560/06. Kararın metni için bkz. <http://www.suchmaschinen-und-recht.de/urteile/Landgericht-Berlin-20061121.html>.

5. Markanın benzer biçimlerde kullanımı

MarkaKHKm. 9/II (e) bendine göre markanın "... alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya *benzeri biçimlerde* kullanılması" yasaklanabilecek fiiler olarak sayılmıştır.

Keyword stuffing: Bu yöntemle göre anahtar sözcük olarak belirlenen kavramlar, yönlendirici kod olarak HTML kodu içerisinde değil, metin olarak internet sayfasında yer almaktadır. Ancak internet kullanıcısı, metin şeklindeki bu kavramı, internet sayfasının renginde yazıldığından algılayamamaktadır. Böyle bir uygulama da MarkaKHKm. 9/II (e) hükmünü edecektir²⁹. *Keyword stuffing*'in bir diğer uygulamasını, internet sayfası gövde metninde yer alan yazının, insan gözü tarafından algılanamayacak kadar küçük yazılması teşkil etmektedir.

Cloaking, arama motorları robotlarının, internet tarayıcılarının teknik özellikleri kullanılmak suretiyle internet sitesinin gerçek içeriğinin gizlenmesidir. Bunu gerçekleştirmek için arama motorlarına (aynı alan adı altında) farklı "sahte" bir internet sitesi, normal internet kullanıcıları için ise "gerçek" internet sitesi "gösterilmektedir"³⁰. Bu durumda aynı URL altında iki farklı internet sitesine erişilebilmektedir. Bu sitelerden herhangi birisinde, yabancı birisine ait bir marka ya da işaretin kullanılmasını, marka ihlali olarak görmek gerekir³¹.

Doorway pages (köprü sayfalar), internet kullanıcıları için değil de, mümkün merteye yüksek reyting almak için internet arama motorları için düşünülmüş, belirli anahtar sözcükler için optimize edilmiş internet sitesi sayfalarıdır. Bu sitelere yalnızca arama motorları üzerinden erişim mümkündür, zira internet kullanıcısı arama sonuçlarında görünen bir köprü siteye tıkladığında, başka bir sayfaya yönlendirilmektedir. Bu halde de marka hakkının ihlalini kabul etmek gerekir.

6. Ticari etki yaratacak biçimde kullanım

Genel bir ilke olarak alan adı bir siteye yönlendirilmiş ve bu sitenin içeriği bir şekilde ticari faaliyetlerle ilişkilendirilebiliyorsa yahut bir reklam yapma amacı çıkartılabiliyorsa, ticari bir kullanım var demektir. Yine alan adı altında ulaşılan sitenin ticaretle ilişkilendirilebilecek içerik ihtiva etmesi ya da alan adını tescil ettiren kimsenin tacir vasfına sahip olması halinde, alan adı *ticari bir etki yaratacak biçimde* kullanılıyor demektir.

Ayrıca fikir özgürlüğü altında, markaya ya da işletmeye hakaret edilmesini, eleştirilmesini kabul etmek, MarkaKHKm. 9/II (e) hükmü ile bağdaşmayacağı gibi bu tür bir yaklaşım alan adı korsanlarına da açık kapı bırakacaktır. Bu nedenle, kıstas olarak "ticari etki yaratacak bir kullanım" olup olmadığının tespiti yeterli görülmelidir.

²⁹ BGH MMR 2007, 648 f.; OLG Hamburg v. 6.5.2004 - 3 U 34/02, OLGReport Hamburg 2005, 57 = CR 2005, 258 (259)

³⁰ Ott, www.linksandlaw.de/suchmaschinen-leitfaden-zur-Manipulation-von-Suchergebnissen.htm; Hartl, MMR 2007, 12; Ernst, CR 2006, 66 (67).

³¹ Ott: Suchmaschinenmanipulation im Zusammenhang mit fremden Marken - Technische Grundlagen und rechtliche Konsequenzen, MMR 2008, 225.

7. İşaretin Kullanımına İlişkin Bir Hak ve Meşru Bir Bağlantının Olmaması

a) İşaretin Kullanımına İlişkin Üstün Bir Hakka İstinat Etme

aa) MarkaKHKm. 8/III anlamında işaretin alan adı olarak kullanılması

Bir işaret alan adı olarak kullanılmak suretiyle ayırt edicilik vasfını kazanmışsa, daha sonra aynı işaretin bir başkası tarafından marka olarak tescil edilmesi halinde, bu kimsenin markası ile aynı olan işaretin alan adı olarak kullanılmasına itiraz etmesi mümkün değildir.

bb) Alan adının kişi ismi, fotoğraf, telif hakkı içermesi (MarkaKHKm. 8/IV)

MarkaKHKm. 8/IV hükmü gereğince “*tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir.*” Alan adı olarak tescil edilen işaret, kişi adı, ticaret unvanı, işletme adı, fikir ve sanat eseri, tasarım, patent, faydalı model veya coğrafi işareten doğan bir hakka dayanıyorsa, kural olarak marka sahibi, bu alan adının kullanılmasını yasaklayamaz yahut da kendisine devrini talep edemez. Zira ticaret unvanı ve marka arasında bir „öncelik“ ilişkisi söz konusu değildir.

b) Dürüst Kullanım (MarkaKHKm. 12)

Hüküm uyarınca, marka sahibi, markasının başkaları tarafından isim³², adres³³ olarak, mal ve hizmetin cinsini, kalitesini³⁴, miktarını, kullanım amacını, değerini, coğrafi kaynağını³⁵ belirtir şekilde kullanılmasını engelleyemez.

Alman Federal Mahkemesi, “shell.de” kararında³⁶ dünyaca tanınan Shell petrol şirketi ile aynı soyadı taşıyan bir kimsenin “shell.de” alan adını almasını, Shell şirketinin lehine olarak hukuka aykırı bulmuş ve bu halin, MarkaKHKm. 12’ye tekabül eden Alman Marka Kanununun 23. maddesinin uygulanma 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 kullanabileceğini belirtmiştir. Kanaatimce, Alman Federal Mahkemesinin bu kararı ilke olarak hukukumuzda da benimsenebilir³⁷.

c) İşaretin Kullanımına İlişkin Meşru Bir Bağlantının Olmaması

İşaretin kullanımına ilişkin meşru bir bağlantı varsa, bu kullanım MarkaKHKm. 9/II (e) kapsamında değerlendirilemez. Burada açıklığa kavuşturulması gereken ilk sorun ise **tek satıcı, acente, yetkili bayi, yetkili servis, distribütör** gibi marka sahibi ile bağlantılı

³² Mesela “Hacı Şakir” markasının adı ve soyadı Hacı Şakir olan bir tacir tarafından ticaret unvanı olarak seçilmesi ve bir kolektif ortaklık unvanında yer alması

³³ Mesela ünlü kolonya markası “4711” in adresi “4711. Sokak İzmir” olan bir kolonya taciri tarafından kolonyalarının etiketine yazılması.

³⁴ Mesela sabundaki “Lüks” markasının bir şampunda “Lüks bir şampuan” şeklinde sıfat olarak kullanılması gibi.

³⁵ Mesela içme suyu için kullanılan “Istranca” markasının başka bir suyun etiketinde – doğru olması şartıyla – “Suyumuzun Kaynağı Istranca Dağlarıdır” şeklinde yer alması gibi (Örnekler **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, s. 417’deki dipnotlardan alınmıştır.

³⁶ Karar için bkz. MMR 2002, 382. Kararın eleştirisi için **Körner**, NJW 2002, 3442.

³⁷ **Yasaman**, şerh, C. 1, s. 522.

kimselerin, hangi şartlar altında, bu markayı aynı şekilde ya da tanımlayıcı eklerle alan adı, yönetici kod ya da anahtar sözcük olarak kullanabilecekleri hususudur.

Alan adında tanımlayıcı bir ibare olması şartıyla, , markanın bir ara satıcı tarafından marka sahibi ile alan adı sahibi arasında bir bağlantı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda, marka sahibi, markasına bir takım tanımlayıcı ilaveler yapmak suretiyle markasını alan adı olarak tescil ettiren ara satıcıya karşı koyamayacaktır³⁸.

Ticari amaçlı kullanılmasa bile *hayran sitelerinde*, adlarını marka olarak tescil ettirmiş meşhur şahsiyetlerin ya da spor klüplerinin alan adı olarak kullanılması, meşru bir bağlantı olarak değerlendirilemez. Bu bağlantının taraflar arasında, *duygusal* olmasından ziyade *sözleşmesel* olması aranmalıdır.

³⁸ Bir örnekle açıklayacak olursak, Ford marka araçların tamirini ya da ikinci el satışını „Yılmazlar“ işletmesi altında yapan bir kimsenin, alan adı olarak kendisine “www.fordyilmazlar” i alması, ya da bu ibareyi metatag/anahtar sözcük olarak internet sitesinde kullanması bu durumda yasaklanamayacaktır.