



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

## İLAÇ MARKALARININ KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

Zeynep Beyza YETİŞGİN

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2022



# İLAC MARKALARININ KARIŞTIRILMA İHTİMALI

Zeynep Beyza YETİŞGİN

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2022

## KABUL VE ONAY

Zeynep Beyza Yetişgin tarafından hazırlanan “İlaç Markalarının Karıştırılma İhtimali” başlıklı bu çalışma, 18.05.2022 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. ağlar ÖZEL

---

Doç. Dr. Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR  
(Danışman)

---

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

---

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

Prof.Dr. Uğur ÖMÜRGÖNÜLŐEN

Enstitü Müdürü

## YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan “**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**” kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. <sup>(1)</sup>
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ..... ay ertelenmiştir. <sup>(2)</sup>
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. <sup>(3)</sup>

...../...../.....

[İmza]

**ZEYNEP BEYZA YETİŞGİN**

<sup>1</sup>“Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge”

- (1) Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez **danışmanın**ın önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.
- (2) Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez **danışmanın**ın önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulunun** gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.
- (3) Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, **tezin yapıldığı kurum** tarafından verilir \*. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, **ilgili kurum ve kuruluşun önerisi** ile **enstitü** veya **fakültenin** uygun görüşü üzerine **üniversite yönetim kurulu** tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.  
Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.  
\* Tez **danışmanın**ın önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.**

## ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, **Doç. Dr. Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

[İmza]

**ZEYNEP BEYZA YETİŐİN**

## ÖZET

YETİŞGİN, Zeynep Beyza. *İlaç Markalarının Karıştırılma İhtimali*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022.

Temel insan haklarından olan sağlık hakkının gereği olarak, hastanın mevcut sağlığının korunması, hastalığının tespit edilmesi ve o hastalığın iyileştirilmesi için tedavi edilmesi gerekmektedir. Bu amaçlar doğrultusunda hekimler tarafından ilacın hastalığa uygun tespit edilmesi ve hastanın doğru ilaca ulaşması önem taşımaktadır. İlaçlar çoğunlukla hekimlerin önerileriyle ve eczacılar aracılığıyla hastaya ulaştırılmaktadır. Bu nedenle hekimlerin hastalığı tedavi edecek ilacı doğru tespit etmesi, eczacıların o ilacı hastaya ulaştırması ve hastanın da hekimin önerdiği ilacı kullanması için ilaç markalarının karışıklığa yol açmayacak nitelikte olması beklenmektedir. İlaçlar nitelikleri itibariyle diğer ürünlerden farklı olduğundan, karıştırılması halinde hasta bakımından ciddi sonuçlara sebebiyet verebileceğinden ilaç markalarının tescilinde karıştırılma ihtimalinin özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Bu kapsamda yapılacak değerlendirmede ilaç markalarındaki ilgili kesimin de belirlenmesi önem arz etmektedir.

### **Anahtar Sözcükler**

İlaç Markaları, Karıştırılma İhtimali, Bilgilendirilmiş Tüketici, Uzman Tüketici, Hasta Hakları, Sağlık Hakkı

## ABSTRACT

YETİŞGİN, Zeynep Beyza. *Likelihood Of Confusion Of Pharmaceutical Trademarks*, Master's Thesis, Ankara, 2022.

As a requirement of the right to health, which is one of the basic human rights, it is necessary to protect the current health of the patient, to detect the disease and to treat the disease in order to cure it. For these purposes, it is important for doctors to determine the medicine appropriate for the disease and for the patient to reach the right drug. Medicines are mostly delivered to the patient with the recommendations of doctors and through pharmacists. For this reason, it is expected that the medicine tradebrands will not cause confusion so that the doctors can correctly determine the medicine that will treat the disease, the pharmacists deliver the drug to the patient, and the patient uses the drug recommended by the doctor. Since medicine are different from other products in terms of their qualities, the likelihood of confusion should be taken into account in the registration of medicine tradebrands, since likelihood confusion them may cause serious consequences for the patient. In the evaluation to be made in this context, it is important to determine the attention of the average consumer in medicine tradebrands.

### **Key Words**

Medicine Trademarks, Likelihood Of Confusion, Informed Consumer, Expert Consumer, Patient Rights, Right To Health



## İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY .....	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	ii
ETİK BEYAN.....	iii
ÖZET .....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER .....	vi
KISALTMALAR .....	ix
GİRİŞ .....	1
<b>1. BÖLÜM: MARKA HUKUKUNDA MARKALARIN KARIŞTIRILMA İHTİMALİ ....</b>	<b>3</b>
<b>1.1. MARKA KAVRAMI .....</b>	<b>4</b>
<b>1.2. MARKA HAKKININ NİTELİĞİ VE KORUMA SÜRESİ.....</b>	<b>6</b>
<b>1.3. SINAİ MÜLKİYET KANUNUNDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ.....</b>	<b>9</b>
1.3.1. Mutlak Tescil Engeli Olarak.....	13
1.3.2. Nispi Tescil Engeli Olarak.....	16
<b>1.4. MARKANIN ESAS VE YARDIMCI UNSURLARI .....</b>	<b>19</b>
<b>1.5. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ TÜRLERİ .....</b>	<b>20</b>
1.5.1. Doğrudan Karıştırılma İhtimali.....	20
1.5.2. Dolaylı Karıştırılma İhtimali.....	21
<b>1.6. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TESPİTİNDE ÖLÇÜTLER .....</b>	<b>22</b>
1.6.1. Ayırt Edilebilirlik Ölçütü .....	22
1.6.2. Bütünlük Ölçütü.....	25
1.6.3. İşaretlerin Birbirini Çağrıştırması Ölçütü .....	26
1.6.4. Markalar Arası Bağlantı Kurulması Ölçütü .....	27
1.6.5. Benzerlik Ölçütü .....	28
<b>1.7. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ TESPİTİNDE DİKKATE ALINACAK İLGİLİ KESİM .....</b>	<b>31</b>

<b>2. BÖLÜM: İLAÇ KAVRAMI VE İLAÇ MARKALARI</b> .....	34
<b>2.1. İLAÇ KAVRAMININ TANIMI</b> .....	34
<b>2.2. JENERİK İLAÇ KAVRAMININ TANIMI</b> .....	37
<b>2.3. İLAÇ MARKA İSİMLERİNİN BELİRLENMESİ</b> .....	39
2.3.1. İlacın Etken Maddesi Dikkate Alınarak Hazırlanan Markalar.....	41
2.3.2. Hastalığın Önlenmesi veya Tedavisi Hedeflenen Hastalıkları Çağrıştıran Markalar.....	43
2.3.3. İlaçların Belirli Niteliklerini Öne Çıkaran Markalar.....	43
<b>2.4. İLAÇ MARKALARININ İŞLEVLERİ</b> .....	44
2.4.1. Kaynak Gösterme İşlevi.....	44
2.4.2. Ayırt Etme İşlevi.....	44
2.4.3. Reklam ve İletişim İşlevi .....	45
2.4.4. Garanti ve Kalite İşlevi .....	46
<b>2.5. İLAÇ MARKALARININ TESCİLİ</b> .....	47
2.5.1. İlaç Markalarında Mutlak Tescil Engeli .....	48
2.5.2. İlaç Markalarında Nispi Tescil Engeli .....	54
2.5.3. İlaç Markalarının Tescili ile Ruhsat İlişkisi .....	55
<b>3. BÖLÜM: İLAÇ MARKALARINDA BENZERLİK KAVRAMI VE KARIŞTIRILMA İHTİMALİ</b> .....	57
<b>3.1. GENEL OLARAK</b> .....	57
<b>3.2. ULUSLARARASI MÜLKİYETE KONU OLMAYAN İSİMLER (INN)</b> .....	58
3.2.1. Uluslararası Mülkiyete Konu Olmayan İsimlerin (INN) Kullanımı .....	60
3.2.2. Uluslararası Mülkiyete Konu Olmayan İsimlerin (INN) Seçim Süreci .....	60
3.2.3. Marka Hukuku Bakımından Uluslararası Mülkiyete Konu Olmayan İsimler (INN).....	62
<b>3.3. İLAÇ MARKALARINDA BENZERLİK</b> .....	68
3.3.1. İlaç Markalarında Görsel Benzerlik .....	69
3.3.2. İlaç Markalarında İşitsel Benzerlik .....	70
3.3.3. İlaç Markalarında Kavramsal Benzerlik .....	71
<b>3.4. MARKANIN AYIRT EDİCİLİK DERECESİ OLARAK KUVVETLİ VE ZAYIF MARKA</b> .....	73

<b>3.5. İLAÇ MARKALARININ HİTAP ETTİĞİ İLGİLİ KESİM.....</b>	<b>77</b>
3.5.1. Marka Hukukunda Ortalama Tüketici Kavramı .....	77
3.5.2. İlaç Markaları Bakımından Ortalama Tüketici Kavramı .....	79
3.5.3. İlaç Markalarının Tüketicisi Olarak Hastalar.....	81
3.5.4. İlaç Markalarının Tüketicisi Olarak Hekimler ve Eczacılar .....	83
3.5.5. İlaç Markalarının Tüketicisinin Belirlenmesinde İlacın Reçeteli Satılmasının Önemi.....	88
<b>3.6. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TESPİTİ SONUÇLARI .....</b>	<b>92</b>
3.6.1. Hükümsüzlük Nedeni Olarak.....	92
3.6.2. Marka Hakkına Tecavüz Nedeni Olarak.....	93
<b>SONUÇ .....</b>	<b>95</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>96</b>
<b>ORİJİNALLİK RAPORU.....</b>	<b>100</b>
<b>ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU.....</b>	<b>101</b>

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABAD</b>	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
<b>aşa.</b>	: aşağıda
<b>Bknz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>E.</b>	: Esas
<b>E.T.</b>	: Erişim Tarihi
<b>EUIPO</b>	: European Intellectual Property Office
<b>FDA</b>	: Food and Drug Administration
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>INN</b>	: International Nonproprietary Names
<b>K.</b>	: Karar
<b>KHK</b>	: Kanun Hükümünde Kararname
<b>m.</b>	: Madde
<b>OHIM</b>	: Office for Harmonization in the Internal Market
<b>p.</b>	: Paragraf
<b>R.G.</b>	: Resmi Gazete
<b>SMK</b>	: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TC.</b>	: Türkiye Cumhuriyeti
<b>TEB</b>	: Türk Eczacılar Birliği
<b>TKHK</b>	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>TPE</b>	: Türk Patent Enstitüsü
<b>TPK</b>	: Türk Patent ve Marka Kurumu

<b>TRIPS</b>	: The Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights
<b>TTB</b>	: Türk Tabipler Birliği
<b>TTK</b>	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>v.</b>	: versus
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>WHO</b>	: World Health Organisation
<b>YİDK</b>	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
<b>yuk.</b>	: yukarıda

## GİRİŞ

Ticaret hayatındaki gelişmeler ile teknolojinin hayatımızdaki hızı, üretilen üründe veya sağlanan hizmette ortaya konulan emeği, onun için harcanan zamanı, dahası artık piyasada yer alan orijinal bir fikri koruma altına almayı gerektirmiştir. Bir işletmenin, sunduğu mal veya hizmetinin kendisine has kimlik kazandırdığı marka ismi piyasada tutunması, zaman içinde tüketiciler tarafından bu ismin oluşturduğu pozitif etkiden yararlanması uzun uğraşlar gerektirmektedir. Hukuk düzeni, böyle bir işletmenin marka hakkını, diğer işletmenin ürünlerinden korumak istemekte, piyasadaki kimliğini korumak, onun emeğini güvence altına almak, rekabet ettiği diğer işletmelerin ürünlerinden farklılaştırmak istemektedir. İşletmelerin mal varlıkları içinde yer alan ve bazı işletmelerin aktiflerinde oldukça büyük yeri olan marka hakkının korunması, markanın taşıdığı ürünlerin tüketicileri bakımından da önemlidir. Tüketici aldığı bir mal veya hizmeti genellikle onun marka ismi ile tanımaktadır. Tüketicinin aklında kalan o marka, diğer alışverişlerinde de önemli rol oynamaktadır. Memnun kaldığı, sevdiği, kendisine iyi geldiğini düşündüğü bir ürünü tekrar almak isteyen tüketici o ürünün markasını aklında tutmakta, alışverişi sırasında o markanın ürününe yönelmektedir. Bununla birlikte memnun kalmadığı üründen dolayı o markadan uzaklaşmaktadır. Tüketicinin alışverişi sırasındaki tercihlerini çoğu zaman markalar oluşturmaktadır.

Hukuk sistemi, tüketicinin bu tercihlerini de koruma altına almak istemekte, tüketicinin yakınlaşmak veya uzaklaşmak istediği markaları doğru belirleyebilmesini sağlamaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde korunmak istenen bu düzeni bozan veya bozma ihtimali olan karıştırılma ihtimali kavramı açıklanmış devamında markalar arasındaki karıştırılma ihtimalinde yapılacak değerlendirmede dikkate alınacak esaslar belirtilmiştir.

Piyasaya sunulan diğer ürünler gibi ilaçlar için de marka isimleri oluşturulmakta ve bu marka isimlerinin korunması sağlanmaktadır. Yaşam hakkının önemli bir parçası olan sağlık hakkına erişim temel insan haklarından biri olup, kişinin sağlığını korumasını, hastalıkların teşhisi ve tedavisi bakımından ilaçların hukuki düzenlemelerinin daha hassas bir şekilde dikkate alınması bir gerekliliktir. Bu kapsamda ilaçlara ruhsat verilmesi, ilaçların tanıtım ve

reklamlarının yapılması, etiketlenilmesi, reçetelendirilmesi gibi hususlar özel olarak düzenlenmiştir. Marka Hukuku bakımından da ilaç markalarının özel bir değerlendirmeye tabi tutulması ilacın niteliğinden kaynaklanan bir gerekliliktir. Gerçekten de herhangi bir ürün markasının dahi ciddi hukuki güvenceler ile korunduğu bir sistemde, ürünün niteliğinin sağlık hakkını doğrudan ilgilendirmesi durumunda hukuk sisteminin bu duruma kayıtsız kalması düşünülemeyecektir. İlaç markalarının gerek tescil gerekse de tescil sonrasındaki süreçlerinde ayrı bir inceleme altına alındığı açıklamalar çalışmanın ikinci bölümünde yer almaktadır.

Marka Hukukunun sağladığı marka isminin seçimindeki serbesti, ilaç markaları bakımından da geçerli olmakla birlikte, ilaç markalarında birtakım sınırlar da düzenlenmiştir. İlaç sektöründeki gelişmeler ile teknolojinin hızından kaynaklanan gerekçelerle her geçen gün yeni tür ilaçlar üretilmekte bu ilaçların doğru kullanımı için işin uzmanı olan hekimler ile eczacılar tarafından piyasaya sunulan ilaçların sıklıkla takibinin yapılması gerekmektedir. Milyonlarca çeşit ilacın olduğu göz önüne alındığında, hekimler ve eczacılar yönünden hastanın rahatsızlığını teşhis edecek veya tedavi edecek doğru ilaçların belirlenmesi ve hastaya ulaştırılması oldukça zor olacaktır. Bu sebeple ilaç firmaları genellikle ilacın kolay belirlenmesi, hatırlanması için ilacın içerdiği etken maddeyi dikkate alarak ilaç marka ismi oluşturmaktadır. İlacın etken maddesinin ilaç marka ismi olarak kullanılması, Dünya Sağlık Örgütü tarafından sınırlandırılmakta ve bu isim üzerinde hak sahibi olunmasına izin vermemektedir. Oldukça sıkı korunan etken madde isimleri ancak ona ayırt edici nitelik kazandıran bir ek eklenmesiyle veya ona ayırt edici nitelik kazandıracak yeni bir kelime türetilmesi ile marka olarak tescil edilebilecektir. Çalışmamızda bu konu Marka Hukukundaki karıştırılma ihtimali ile birlikte değerlendirilmiş, ilacın hitap ettiği ilgili kesim ile ilaç tüketicisi tartışılmış ve değerlendirme konusu olan bazı Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları ile Yargıtay Kararlarına yer verilmiştir.

## 1. BÖLÜM: MARKA HUKUKUNDA MARKALARIN KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

Markalar temelde belirli bir işletme tarafından üretilen mal veya hizmeti, başka bir işletmenin ürününden ayırt edilmesi için araç olduklarından bu mal veya hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesi gerekmektedir<sup>1</sup>. Marka Hukukuna ilişkin uyumsuzlukların büyük bir kısmı markaların karıştırılmasının yol açacağı olumsuz sonuçlardan endişe edildiği için markaların karıştırılma ihtimali Marka Hukukunun temel konularından birisi, hatta omurgası olarak görülmüştür<sup>2</sup>. Zira Marka Hukukuna ilişkin uyumsuzlukların çoğu karıştırılma ihtimalinden kaynaklanmaktadır<sup>3</sup>.

İki marka arasındaki karıştırılma ihtimali konusu hem işletmeler hem de tüketiciler için bakımından tehlike oluşturmaktadır. İşletmeler, özellikle teknolojinin gelişimi ve uluslararası ticaretin yaygınlaşması ile üretmiş ve piyasa sunmuş oldukları mal veya hizmeti, benzerlerinden korumak istemektedirler. Markasının piyasadaki itibarını ve tüketicisi ile kurmuş olduğu iletişimi güvence altına almak isteyen işletmelerin, markalarındaki korumayı güçlendirmeleri, o markanın bir başka markadan ayırt edilmesi ile mümkündür. Bununla birlikte iki markanın ayırt edilmesi tüketiciler bakımından da önem taşımakta olup, tüketicinin bildiği, aşina olduğu, memnun kaldığı bir markanın mal veya hizmetinden yararlanmak istemesi hukuki güvence altına alınmıştır. Tüketicinin planladığı bir mal veya hizmeti aldığı kanaati ile başka bir işletmenin aynı veya benzer bir malını ya da hizmetini alması durumunda hem tüketicinin olumlu düşüncesini kazanmış işletme, hem de almak

---

<sup>1</sup> **Noyan**, Erdal, Marka Hukuku, Ankara, 2006, s.206; **Çolak**, Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul, 2018, s.25; **Yasaman**, Hamdi, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul, 2004, s.226; **Arkan**, Sabih, Marka Hukuku, C.I, Ankara, 1997, s.36.

<sup>2</sup> **Çolak**, s. 198.

<sup>3</sup> **Pekdiñer**, Remzi Tamer/ **Ertem**, Hakan, “Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarında İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İçin Öneriler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014, s. 306.



istediği ürünü alamamış ondan beklediği kaliteyi bulamamış tüketici mağdur edilmiş olacaktır.

Karıştırılma ihtimalinin varlığı tespit edilirken pek çok kriter esas alınacak, somut olayın özelliklerine göre karıştırılma ihtimali olduğu iddia edilen mal veya hizmetlerin niteliği, benzerlikleri vb. hususlarla birlikte tüketiciler nazarında karıştırılmanın mümkün olup olmadığı da değerlendirilecektir. Bu kapsamda tüketicilerin değerlendirilmesinde “ortalama tüketici” kavramından hareket edilecektir.

## 1.1. MARKA KAVRAMI

Ticaret hayatında, işletmeler maddi varlıklarının yanı sıra gayri maddi varlıklarını da koruma altına almak istemektedir. Teknolojinin de gelişmesi ile bir işletmenin mal veya hizmeti, üretildiği yerden uzaklaşabilmekte, global bir ticaret alanı içerisinde piyasada yer alma imkanı bulabilmektedir. Geleneksel ticaret hayatından giderek uzaklaşan, her geçen gün yeni bir teknoloji ile gündemimizi değiştiren mal veya hizmetlerin özellikle de gayri maddi varlıklarından olan marka hakkının korunması gerek mal veya hizmetin üreticisi veya sağlayıcısı tarafından gerekse de mal veya hizmetin tüketicisi bakımından oldukça önem taşımaktadır.

Marka temel olarak bir işletmenin mal veya hizmetini başka bir işletmenin mal veya hizmetinden ayırmak için kullanılan işareti ifade etmektedir. Markanın doğrudan tanımı yapılmamışsa da bu temel fonksiyonunu vurgulayan, kapsamını ve özelliklerini belirten tanımlar gerek mülga olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede<sup>4</sup> (KHK) gerekse de 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren bugün itibariyle de yürürlükte olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunununda (SMK) yer almaktadır<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> “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.” **Markaların Korunması Hakkında KHK m.5/1.**

<sup>5</sup> “Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve

Marka, bir işletmenin mal veya hizmetini, başka bir işletmenin mal veya hizmetinden ayırt edilmesini sağladığından marka sayesinde işletmeler ve tüketici arasında bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Tüketici, güvendiği, bildiği, daha önce kullandığı ya da tavsiye ile yöneldiği bir markanın ürününden veya hizmetinden faydalanmak istemektedir. Bu doğrultuda işletme de tüketicilerden aldığı güvenle söz konusu mal veya hizmetini daha rahat geliştirebilmekte ve pazar alanını genişletebilmektedir. İşletme ile tüketiciler arasındaki bu güven, işletmeler arasındaki rekabeti de hukuka uygun hale getirmekte, bir işletmenin mal veya hizmetini diğer bir işletmenin mal veya hizmetine karşı korumaktadır.

Ticaret hayatının, teknolojinin de etkisiyle giderek global bir hal alması, markanın koruma alanının uluslararası olmasını beraberinde gerektirmektedir. İşletmeler piyasaya sundukları mal veya hizmetlerin bulunduğu her yerde korunmasını isteyeceklerdir. Aksi halde markadan beklenen hukuki koruma elde edilemeyecek, hukuki koruma ticaret hayatının hızından geri kalacaktır.

Marka hukukuna ilişkin düzenlemelerin sadece o ülkelerin ulusal mevzuatında yer alması yeterli olmadığından uluslararası uyumun önemi artmıştır. Bu kapsamda 1995 yılında, Türkiye ile AB (Avrupa Birliği) arasında 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı ile Türkiye hem iç mevzuatında hem de uluslararası mevzuatında düzenlemeler yapmıştır. Türkiye, uluslararası sözleşmeler ile markanın hukuki korumasını genişleten TRIPS Anlaşmasını (The Agreement On Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights/Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşmasını) yürürlüğe koymayı kabul etmiş ayrıca Avrupa Topluluğunda yürürlükte olan hukuki düzenlemelere eşdeğer bir düzenleme yapılacağını kabul etmiştir<sup>6</sup>.

Günümüzde Türk Hukuk Mevzuatı içinde Marka Hukukuna ilişkin hükümler 6769 sayılı SMK ile düzenlenmiş, Kanun, 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ve 2015/2436 sayılı AB Yeni Marka direktifi ile uyumlu hale getirilmiştir<sup>7</sup>.

---

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 işareten oluşabilir.” **SMK** m.4.

<sup>6</sup> 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Fikri, Sınai ve Ticari Mülkiyetin Korunması (Ek 8) Başlığı, m.1 ve devamı hükümler.

<sup>7</sup> **Çolak**, s.4.

## 1.2. MARKA HAKKININ NİTELİĞİ VE KORUMA SÜRESİ

Sınai haklardan biri olan marka hakkı, gayri maddi mallar arasında yer almakta ve sahibine inhisari yetkiler vermekte, mutlak hak sağlamaktadır.<sup>8</sup> Marka hakkı sahibine mutlak hak tanınmadığı sürece, marka hakkı ile elde edilmek istenen hukuki koruma tesis edilemeyecektir. Bu mutlak hak ile, hak ihlalinin olduğu veya bu ihtimalin söz konusu olduğu durumlarda marka hakkı sahibi kendisine tanınan hakları herkese karşı ileri sürebilecektir. Bu kapsamda marka sahibi, hakkının ihlal edildiği veya bir tehlike ile karşı karşıya kaldığı durumlarda, herkese karşı yetkilerini ve talep haklarını kullanabilecektir<sup>9</sup>.

Markaların tescil zorunluluğu olmadığından markalar tescil edilmeden de kullanılabilirlerse de marka hakkı sahibinin SMK'da düzenlenen güçlü ve geniş korumadan yararlanması için o markanın tescil edilmesi gerekmektedir<sup>10</sup>. Tescil markanın SMK kapsamında korunmasına imkan tanımaktadır. Marka üzerindeki hakkın doğumu için markanın kullanılması yeterli görülmüştür<sup>11</sup>. Bu sebeple markanın tescil edilmemesi durumunda marka sahibi SMK'nda belirtilen haklardan yararlanamayacak olsa da, tescilsiz marka korumasız bırakılmamıştır. Başkasının emeği ve oluşturduğu müşteri çevresinden haksız yararlanılması halinde tescil edilmemiş marka , haksız rekabete ilişkin genel hükümlere göre korunacaktır<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> **Yasaman**, s.190.

<sup>9</sup> **Arkan**, s.126; **Yasaman**, Hamdi/**Ayoğlu**, Tolga, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul, 2004, s.488-489; **Tekinalp**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s.381.

<sup>10</sup> Marka hakkının kazanılmasında iki sistem öngörülmüştür: Bunlar tescil sistemi ve kullanma sistemidir. Türk Hukuk Sisteminde kural olarak tescil sistemi benimsenmiştir. "Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir." SMK m.7/1; **Yasaman**, **Yusufoğlu**, s.34; **Çolak**, s.418.

<sup>11</sup> Bazı hukuk sistemlerinde marka hakkının kullanıma bağlı olarak doğduğu kabul edilmiştir. Örneğin Amerika'da bir markanın tescili için tescil öncesi ciddi kullanım veya ciddi kullanılacağına gösterilmesi şartı aranmaktadır. Türkiye'nin de taraf olduğu TRIPS m.16/1 de ise marka hakkının kullanım ile kazanılmasına imkan verilecek şekilde düzenleme yapıldığı görülmektedir. TRIPS bu hükmü ile akit devletlerin kullanım yoluyla marka hakkının doğumuna izin vermesine imkan tanımıştır. **Yasaman**, s.176-182; **Yasaman**, Hamdi/**Yusufoğlu**, Fülürya, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul, 2004, s.35.

<sup>12</sup> **Çolak**, s. 12; **Yasaman**,/**Yusufoğlu**, s.35; **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004, s.281.

6769 sayılı SMK'daki korumadan yararlanmak isteyen marka hakkı sahibi, tescil talep etmekte ve Türk Patent ve Marka Kurumu (TPK) tarafından yürütülecek süreç sonunda markasının tescil edilip edilmeyeceğine karar verilmektedir. TPK tescili talep edilen markaya konu mal veya hizmeti sınıflandırmakta, başvuruyu incelemekte, yayınlamakta, başvuruya itirazları değerlendirmekte ve tüm bu idari süreç sonunda başvuru konusu edilen markaya tescil belgesi vermekte ya da tescil talebini reddetmektedir<sup>13</sup>.

Marka başvurusunun TPK nezdinde yapılması zorunlu olmayıp, başvuru Türkiye'nin de taraf olduğu Madrid Sözleşmesi ve Madrid Protokolü kapsamında uluslararası başvuru yoluyla da yapılmaktadır<sup>14</sup>. Böyle bir başvuru Türk Patent Kurumuna yapılan başvuru ile aynı sonucu doğurmaktadır<sup>15</sup>. Madrid Sistemi ile, tek bir başvuru ve tek bir dil ile Protokole taraf ülkeler arasında uluslararası tescil kolaylaştırılmakta, tescil sonrası yapılacak değişimler tek bir başvuru ile Uluslararası sicile kaydedilebilmektedir<sup>16</sup>.

Markası tescil edilen marka sahibin hakkı kural olarak tescil edildiği ülke sınırları içerisinde geçerlidir<sup>17</sup>. Bu doğrultuda 6769 sayılı SMK hükümlerinden yararlanılabilmesi kural olarak Türkiye'de tescil edilmiş olan markalar için söz konusu olmakta, dolayısıyla örneğin Fransa'da tescil edilmiş bir marka SMK hükümleri kapsamında korunmamaktadır. Ancak bununla birlikte SMK'da korumadan yararlanacak kişiler düzenlenmiş ve korumanın sınırı genişletilmiştir<sup>18</sup>. Uluslararası marka tescil sistemi, marka hakkı sahibine kendi ülkesindeki

<sup>13</sup> **Çolak**, s. 104; Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.4 vd. hükümler. (RG.24.04.2017, S.30047)

<sup>14</sup> **TPE**, Madrid Protokolü Çerçevesinde Markaların Uluslararası Tescili ile İlgili Prosedürün Uygulanmasına İlişkin Temel Bilgiler, s.7

<sup>15</sup> “5/8/1997 tarihli ve 97/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile İlgili Protokol kapsamında yapılan bir uluslararası başvuru, Kuruma doğrudan yapılan bir başvuruyla aynı sonuçları doğurur.” **SMK** m.14/1

<sup>16</sup> **TPE**, Madrid Protokolü Çerçevesinde Markaların Uluslararası Tescili ile İlgili Prosedürün Uygulanmasına İlişkin Temel Bilgiler, s.7

<sup>17</sup> **Yasaman/Yusufoğlu**, s.4.

<sup>18</sup> “Bu Kanunla sağlanan korumadan; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler, Paris Sözleşmesi veya 15/4/1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler ve karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyuğundaki kişiler yararlanır.” **SMK** m.3/1(a,b,c,ç)

tescil sistemine göre tescil ettirdiği markasını, uluslararası büroya başvurmak kaydıyla uluslararası koruma sağlanabileceği de düzenlemiştir<sup>19</sup>.

TPK tarafından yürütülen idari süreç sonunda tesciline karar verilen markanın hak sahibine verdiği hukuki koruma sınırsız değildir. SMK m.23'te belirtildiği gibi marka hakkı sahibi SMK'de belirtilen korumadan 10 yıl yararlanacak olmakla birlikte, marka hakkı sahibi 10 yıllık sürenin sona ermesinden, altı ay önce başvuru yaparak bu süreyi yenileyebilmektedir.

Marka hakkının kazanılması ve bu hakların kullanılması için kullanımla kazanım sistemi ile ilk tescil sistemi olmak üzere iki tür sistem benimsenmiştir. Kullanım sistemi, markanın ilk defa piyasada kullanılmasıyla doğduğundan buradaki tescil açıklayıcı niteliktedir. Marka hakkı sahibi bu kullanımını ispat etmek suretiyle, sonradan tescil ettiren kişiye karşı markasının terkinini talep edebilir<sup>20</sup>. 551 sayılı Markalar Kanunu m.15/1'de ilk kullanım sistemine yakınlık söz konusuysen, 556 sayılı KHK'de gerçek hak sahipliği ilkesi terk edilmiş ve tescile mutlak sonuç bağlanmıştır<sup>21</sup>.

Marka üzerindeki hak tescilden önce doğmuşsa ve tescil öncesi kullanım var ise tescil açıklayıcı nitelikte; markayı kullanmaksızın tescil ettiren kimsenin tescili ise kurucu nitelikte olduğu belirtilmiştir.<sup>22</sup>. SMK m.7/1 uyarınca marka hakkının tescille doğduğu kabul

<sup>19</sup> **Yasaman/Yusufoğlu**, s.29.

<sup>20</sup> Kural olarak marka korumasının tescil ile elde edildiği kabul edilmektedir. Ancak markayı kötü niyetli olarak tescil ettiren kişinin kötü niyeti korunmayacağından, bu tescile dayanmasını hukuk düzeni korumamıştır. Yargıtay 11. HD. 29.01.1999 T., 1998/5372 E., 1999/256 K. Aynı yönde karar için bkz: Yargıtay 11. HD. 09.02.1998 T., 1997/9833 E., 1998/641 K. Sayılı kararlar için bkz: **Yasaman**, s.199,202. İsviçre-Türk Markalar Hukukunda, marka üzerindeki öncelik hakkının o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye ait olduğu kabul edilir. Buna "gerçek hak sahibi" denilir ve bu gibi durumlarda markanın tescili sadece açıklayıcı niteliktedir. Diğer bir deyişle marka üzerindeki hak tescilden önce doğmuş bulunmaktadır. Buna karşılık markayı ihdas ve istimal etmeden sadece markayı seçerek tescil ettiren kişinin tescili kurucu niteliktedir. Böyle bir durumda gerçek hak sahibi tescil talep edene kadar, tescil ettirmiş kişinin tescilinin kurucu etkisi devam eder. Markanın gerçek sahibi sonradan tescil ettirilen markanın terkin edilmesini talep edebilecektir. Yargıtay 11. HD. 06.07.1998 T., 1998/1734 E., 1998/5146 K. Kararın tamamı için bkz: **Yasaman**, s.203-208.

<sup>21</sup> **Arkan**, C.I., s.129; Türk Marka Hukukunda yeni benimsenen görüşe göre markayı seçerek kullanan onu ihdas ve istimal eden ve maruf-meşhur hale getiren kişiye münhasır olarak marka üzerinde hak tanınmamış, ilke olarak markasını tescil ettiren kişiye hukuki koruma sağlanmıştır. **Yargıtay HGK 19.11.2003 T., 2003/11-578 E., 2003/703 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.04.2022)

<sup>22</sup> **Yasaman**, s.190; **Yargıtay HGK 09.02.2011 T., 2010/11-689 E., 2011/46 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.04.2022)

edilmiştir. Dolayısıyla, Türk Marka Hukukunda tescilin kurucu niteliği olduğu ve SMK kapsamındaki haklardan yararlanmak için tescilin gerekli olduğu kabul edilmelidir<sup>23</sup>.

Marka hukukunda öncelik ilkesi gereği önceden marka olarak tescili sağlanmış veya tescil için ilgili başvuru yapılmış işaret, bir başkası tarafından aynı mal veya hizmetler için tescil ettirilemeyecektir<sup>24</sup>. Aynı veya aynı türden mal veya hizmetler bakımından birbiri ile aynı olan tescil edilmiş iki marka karışıklık oluşturacaktır. Böyle bir karışıklığın olmaması, rekabetin usul ve yasaya uygun şekilde sağlanması, haksız eylemlerin önüne geçilmesi, tüketicilerin korunması için iki marka arasındaki karıştırılma ihtimalinin incelenmesi ve bu doğrultuda marka tesciline karar verilmesi veya tescil edilmiş bir marka varsa bu markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerekmektedir<sup>25</sup>.

### 1.3. SINAİ MÜLKİYET KANUNUNDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

Karıştırılma ihtimali, Marka Hukukundaki uyumsuzlukların çoğunu oluşturan temel bir kavramdır<sup>26</sup>.

Karıştırılma ihtimali kavramı doktrinde “*önceden tescil edilmiş bir marka ile, henüz tescil edilmemiş işaret veya tescil edilmiş marka arasında şekil, görünüş, ses, renk, anlam benzerliği, seri içine girme veya çağrıştırma yolu ile önceden tescil edilmiş marka olduğu düşüncesinin oluşma ihtimalinin varlığı*” olarak tanımlanmıştır<sup>27</sup>.

Bir başka tanımda ise karıştırılma ihtimali değerlendirmesinin halk nazarında yapıldığı belirtilerek: “*bir mal veya hizmetin alıcısının, yani genel anlamda halkın almayı tasarladığı, bildiği veya duyduğu bir mal veya hizmeti aldığı zannı ile bir başka işletmenin aynı veya*

<sup>23</sup> **Doğan**, Beşir Fatih, Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma, Batider, 2007, s. 220; **Tamer**, Elanur, Marka Hukukunda Kullanım İspatı, Ankara, 2021, s.30.

<sup>24</sup> **Tekinalp**, s. 401; **Yasaman** s.189; “...tescil ilkesine öncelik verilerek, istisnalar dışında tescilli bir markanın terkin edilmedikçe üstün ve korunmaya değer hak sağladığı öngörülmüştür.” **Yargıtay 11. HD. 24.10.2000 2000/5319 E., 2000/8174 K.** Kararın tamamı için bkz: **Yasaman**, s.191-192.

<sup>25</sup> **Yasaman**, s.189,190.

<sup>26</sup> **Pekdiñer/Ertem**, s.306.

<sup>27</sup> **Tekinalp**, s. 436.

*benzer malını veya hizmetini alma ihtimali (tehlikesi) ile karşı karşıya olması” olarak tanımlanmaktadır<sup>28</sup>.*

Yine doktrindeki bir başka tanım ise karıştırılma ihtimali kavramının genişliği vurgulanmış, *“toplumun marka ile işareti karıştırdığı veya birbirinden ayırt etmesine rağmen; benzerlikleri nedeniyle bu markalar arasında bağlantı olduğu konusunda yanlış bir kanaata kapıldıkları; özellikle bunların aynı işletmenin veya ekonomik olarak bağlı işletmelerin farklı ürünlerini işaretleyen seri markası olduğunu düşündüğü durumlarda”* karıştırılma ihtimalinin varlığının kabul edildiği belirtilmiştir<sup>29</sup>.

Bu kavram SMK’da açıkça ifade edilmemişse de Kanunun 7. Maddesinin 1. Fıkrası, b bendinde, işaret ile tescilli marka arasındaki ilişkilendirilme ihtimali de dahil olmak üzere geniş kapsamda açıklanmıştır. Buna göre: *“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 karıştırma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması”* karıştırılma ihtimalini açıklamaktadır.

Karıştırılma ihtimali kavramı 551 sayılı mülga Markalar Kanununda “iltibas” kavramı ile ifade edilmiştir. Bugün bazı kaynaklarda da halen “karıştırılma ihtimali” kavramı yerine “iltibas” kavramına yer verildiği görülmektedir. Ancak belirtilmelidir ki karıştırılma ihtimali kavramı ile iltibas kavramı tam olarak birbiri ile örtüşmemektedir. Öğretideki bir kısım görüş karıştırma ihtimali kavramının, iltibas kavramından daha geniş ve farklı anlam içerdiğini, bununla birlikte Kanunun açık ifadesinin de karıştırma ihtimali kavramının “ilişkilendirme ihtimalini” de kapsadığını belirtmektedir<sup>30</sup>.

6769 Sayılı SMK’da kullanılan “karıştırılma ihtimali” kavramı Türk Ticaret Kanununda (TTK’da) belirtilen haksız rekabet terimlerinden biri olan “iltibas” kavramından<sup>31</sup> farklı bir

<sup>28</sup> Pekdiñer/ Ertem, s. 307.

<sup>29</sup> Dirikkan, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003, s. 163.

<sup>30</sup> Tekinalp, s. 437; Yasaman, s.299; Çolak, s.198; Demir, Hatice Özge, TTK’daki “İltibas” ile 556. S. KHK’deki “Karıştırılma İhtimali” Kavramlarının Karıştırılması, İstanbul, 2006, s.110.

<sup>31</sup> “İltibas, bir kimsenin başkasına ait emtiası, iş mahsülleri veya ticari işletmesiyle ilgili benzer algı oluşturarak karışıklığa neden olunmasını ifade eder.” Poroy/Yasaman, s.349.

anlama sahip olduğu gibi, karıştırılma ihtimali kavramı daha geniş bir durumu ifade etmektedir.

İltibas bir kişinin, başka birine ait malı, iş mahsulleri, faaliyeti, hizmeti veya ticari işletmesiyle ilgili benzerlik oluşturmak suretiyle karışıklığa ve yanılmaya sebep olmasıdır. İltibasın varlığından söz etmek için tanıtma araçlarını iltibasa sebep olacak şekilde kullanmak ve tanıtma araçlarını taşıyan ürünleri ticarete sunmak gerekmektedir<sup>32</sup>. İltibasta, tüketici zihninde düşündüğü bir işletmenin ürününü aldığını zannederek başka bir işletmeye ait ürünü almaktadır. Bir diğer ifadeyle iltibasta, kişi mal veya hizmeti piyasa süren süljelerin aynı olduğu konusunda yanılmaktadır<sup>33</sup>.

Karıştırılma ihtimalinde ise, işaretin tescil edilmiş bir markanın aynısı ya da benzeri olması ve tescil edilmiş markanın, tescil edildiği mal veya hizmetlerde kullanılması gerekmektedir. Burada karıştırma ihtimalinin varlığı halk nazarında yapılmaktadır<sup>34</sup>. Tüketici iki işaret arasında herhangi bir şekilde, herhangi bir sebepten dolayı bağlantı kuruyorsa ve basit bir benzerlik olduğunu düşünüyorsa dahi karıştırılma ihtimali sorununun ortaya çıkması mümkün görölmektedir<sup>35</sup>.

Karıştırılma ihtimalinde, iltibasta olduğu gibi alıcının aldığı ürünün zihninde tasarladığı işletmenin ürünü olduğu düşüncesi ile hareket etmesine gerek yoktur. Bir diğer ifadeyle tüketici, almayı tasarladığı ürünün işletmesi ile aldığı ürün işletmesinin aynı olmadığını bilse dahi, zihninde bir şekilde iki işletme arasında bağlantı, herhangi bir ilişki kuruyorsa bu durum karıştırılma ihtimalinin varlığı için yeterli görölmektedir<sup>36</sup>. Hatta iki işaret arasında görsel, işitsel veya kavramsal benzerlik olmasa bile tüketici bu iki işaret arasında bir şekilde benzerlik olduğunu hissediyorsa bu durumda da karıştırılma ihtimalinin varlığı söz konusu olur<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> H. Demir, s.109-110.

<sup>33</sup> Düzgün, Ülgen Aslan, İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz, s. 150.

<sup>34</sup> Tekinalp, 403.; H. Demir, s.110.

<sup>35</sup> H. Demir, s.110; Sarıgül, Harun, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul, 2019, s.10;

<sup>36</sup> Küçükali, s. 23; Düzgün, s.150.

<sup>37</sup> H. Demir, s.111.



Dolayısıyla karıştırılma ihtimali kavramının, ilişkilendirme ihtimali dahil olmak üzere daha geniş bir kavramı kapsadığı, iltibas kavramına göre daha geniş bir anlamı ifade ettiği açıktır. Doktrindeki bu görüşle birlikte Yargıtay da ‐ihtimal‐ kelimesini özenle ve özellikle kullandığını belirtmektedir<sup>38</sup>.

Karıştırılma ihtimali kavramı, Marka Hukuku kapsamında 6769 sayılı SMK'nın ‐Marka Tescilinde Nispi Ret Nedenleri‐ başlığını düzenleyen 6. Maddesinde ve ‐*Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamı ve İstisnaları*‐ başlığını düzenleyen 7. Maddesinde ifade edilmektedir.

Karıştırılma ihtimalinin tespitinde markanın temel işlevi olan markanın ayırt ediciliği dikkate alınmaktadır. Bu sebeple bu kavram, markanın ayırt edici işlevini de korumaya yönelik olan mutlak ret nedeni ile nispi ret nedeni hükümleri kapsamında değerlendirilmiştir<sup>39</sup>. Yargıtay kararında da belirtildiği gibi bir işaret ancak mutlak ve nispi ret sebeplerine takılmadığı sürece marka olarak tescil edilebilecek veya tescilli bir marka olarak varlığını sürdürebilecektir<sup>40</sup>. Kanunda belirtilen mutlak ret nedenleri ile nispi ret nedenleri markanın hükümsüzlüğü sonucunu doğuracağından markaların tescil edilmesi veya tescil edilmiş bir markanın devamlılığı için mutlak ret nedenleri ile nispi ret nedenlerinin o marka bakımından mevcut olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

---

<sup>38</sup> ‐Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise; bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halk olduğunun göz önünde tutulmasıdır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurma ihtimalidir. Buradaki ‐ihtimal‐ kelimesi özenle ve özellikle kullanılmış bir kelime olup, şekil, ses, anlam, genel görünüm, çağrışım ve bir seri içinde bulunma izlenimi bu kapsamda değerlendirilmektedir.‐ **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.11.2013 T, 2013/11-202 E. 2013/1587 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

<sup>39</sup> **Arkan**, s. 71; **Epçeli**, s. 8.

<sup>40</sup> Bir işaretin marka olarak tescil edilmesi için aynı düzenlemenin 7. ve 8. maddelerinde belirlenen engellere bir diğer ifadeyle mutlak ve nispi engellere tabi olmama koşuluna bağlanmıştır. **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 09.11.2000 T., 2000/6135 E., 2000/8767 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

### 1.3.1. Mutlak Tescil Engeli Olarak

Tescili talep edilen marka başvurusunu şekil açısından inceleyen TPK,<sup>41</sup> bu konuda bir eksik bulmadığı takdirde mutlak ret nedenlerinin bulunup bulunmadığını inceleyecektir. Mutlak ret nedenleri işaretin marka olma özelliği ile yakından ilgili olup, toplumun çıkarları, kamu düzeni gözetilerek düzenlenmiştir. Mutlak ret nedenlerinde başkasına ait önceki hak sahipliğinin korunmasından ziyade Kanun öncelikle işaretin marka olma niteliğini, herkesin kullanımına açık olmasını, dini ve ahlaki değerlerle ilgili olup olmamasını düzenleme kapsamına almıştır<sup>42</sup>. Bu sebeple mutlak ret nedenleri ile ilgili itirazlardan feragat edilemediği gibi, toplumun menfaatini ilgilendirdiğinden hem TPK tarafından, hem de önüne gelen uyuşmazlığı inceleyen mahkeme tarafından da re'sen dikkate alınmaktadır<sup>43</sup>.

Bir markanın en temel fonksiyonu onun ayırt edici niteliğe sahip olmasıdır. İlişkili olduğu diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesine imkan vermiyorsa bu durumda o marka tescil edilemeyecektir. Nitekim Kanun da markanın bu işlevi korumak istemiş, SMK m.5/1(ç) hükmünde: *“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 işaretlerin”* marka olarak tescil edilemeyeceği belirtilmiştir<sup>44</sup>. Burada aynı veya benzer işaretlerin mükerrer olarak tescili engellenmek istenmiştir. Bir markanın birden fazla işletme tarafından tescilli olarak kullanılması, halk nezdinde yanılsamaya sebebiyet vereceğinden kamunun menfaatini gözeterek mutlak ret nedenleri arasında düzenlenmiştir.

<sup>41</sup> Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.4 vd. hükümler. (RG. 24.04.2017, 30047 Sayılı)

<sup>42</sup> **Bahadır**, Zeynep, Markaların Hükümsüzlüğü ve İptali, Ankara, 2018, s. 45.

<sup>43</sup> **Noyan**, s.206; **Tekinalp**, s. 400; **Arkan**, C.I., s.71; **Yasaman**, s.223; Aynı yönde bkz. “... mutlak ret nedenini oluşturan işaretler, üzerlerinde bir başkasının hakkı olduğu gerekçesiyle değil, nitelik ve özellikleri itibarı ile herkese kapalı olan işaretlerdir. Bu nedenle KHK.nin 32. maddesinin emredici hükmü uyarınca mutlak ret sebepleri, Enstitü’ce re’sen dikkate alınarak incelenmesi gerektiği gibi, uyuşmazlığın yargıya intikal etmesi halinde mahkemelerce de bu sebeplerin bir defa değil, itiraz niteliğinde olduklarından bu hususun kendiliğinden dikkate alınarak incelenmesi gerekir.” **Yargıtay 11. HD. 26.11.1999 T., 1999/5790 E.,1999/9590 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

<sup>44</sup> **Yasaman**, s.227; SMK gerekçesinde bu maddede önceki marka sahiplerinin haklarının korunmasını amaçladıkları belirtilmiştir.

Kanunda ifade edilen “aynı veya aynı tür” kavramı ile ifade edilen mal veya hizmetin aynı olmasıdır. Kanundaki mutlak ret nedeni için, mal veya hizmetlerin sınıfları aynı veya aynı türden olmalı bunun yanında markalar arasında aynı veya ayırt edilemeyecek kadar bir benzerliğin olması gerekmektedir. Böyle bir benzerlikten söz edebilmek için benzerliğin güçlü ve belirgin olması gerekmektedir<sup>45</sup>.

Kanun bu hükümde sadece aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili tescil edilmiş markayı korumaktadır. Bir diğer ifadeyle, marka hakkı sahibine tanınan koruma sadece tescil ettirilmiş mal veya hizmet sınıflarını kapsayacağından, sınıflandırma kapsamı dışında kalan başka mal veya hizmetler, tescil edilmiş bir markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri olsalar dahi tescil engeli olarak görülmecektir<sup>46</sup>.

Yargıtay da iki markanın sınıfların farklı olması ve mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici kitlesinin farklı olması koşullarında aynı markanın kullanılmasına izin vermiştir. Zira burada tüketicinin aklında önceki tescilli marka kalmamakta, dolayısıyla haksız bir yarar oluşmamaktadır<sup>47</sup>.

Kanun maddesinde belirtilen “aynı” kavramı, *“iki işaretin tıpa tıp birbirinin aynı olması, ikisi arasında hiçbir noktada, çok küçük de olsa hiçbir fark bulunmaması”* olarak tanımlanmaktadır<sup>48</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ise “aynı” olma durumu: *“karşılaştırılan işaretlerin özdeş, birbirinden farksız, birebir aynı, taklit v.b. olmalarını ifade eder. Bunun yanında, işaretlerin örneğin farklı renk veya büyüklükte olması, yazı karakteri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişiklikler de "aynı" olma durumunu etkilemez.”* şeklinde ifade edilmiştir<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> **Çolak**, s.134; Aynı yönde karar için bkz: “... karşılaştırılan işaretlerin aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olması halinde, markayı oluşturan işaretler arasında iltibasın varlığı ayrıca bir inceleme yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olduğu peşinen kabul edileceğinden; anılan KHK'nin 7/1- ( b ) bendinde ayrıca iltibas tehlikesi bulunup bulunmadığı hususlarının da araştırılması gibi bir koşul yer almamıştır.” **Yargıtay HGK 05.10.2012 T., 2012/11-154 E., 2012/659 K.**

<sup>46</sup> **Yılmaz**, A. Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul, 2017 s.243.

<sup>47</sup> **Yılmaz**, s.245.

<sup>48</sup> **Tekinalp**, s.441.

<sup>49</sup> Davaya konu edilen markalardan biri "Kayseri Şeker Fabrikası A.Ş. Boğazlıyan Şeker ve Mamulleri Entegre Tesisi+şekil" ibaresinden oluşmakta; TPE tarafından redde dayanak edilen tescilli

Yazılışları farklı olmakla birlikte okunuşları aynı olan kelimelerin de Kanunda belirtilen “aynı” nitelikteki işaret olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda örneğin “Pril” kelimesi ile “Piril” kelimesinin, “Lux” ile “Lüks” kelimelerinin aynı olduğu kabul edilmektedir<sup>50</sup>.

Eğer hem marka hem de mal veya hizmetler “aynı” ise karıştırılma ihtimalinin tespiti için başka bir araştırma yapılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>51</sup>. Nitekim TRIPS Anlaşmasının 16. Maddesi de “*aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılacaktır.*” ifadeleri ile bu husus düzenlenmiş, ayrıca bir ispat aranmamıştır.

Bununla birlikte iki marka arasında küçük farklılıklar varsa bu durumda “ayniyetten” değil, “ayrıt edilemeyecek kadar benzerlikten” söz edilmektedir<sup>52</sup>. Yargıtay yukarıda belirtilen Hukuk Genel Kurulu kararında, ayrıt edilemeyecek kadar benzerlik kavramını da açıklamış: “*karıştırılan işaretler arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal ve hizmetin ortalama düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenim itibariyle önemsenmeyecek derecede düşük olması nedeniyle aynı işaret gibi algılanması*” olarak tanımlamıştır<sup>53</sup>.

Markalar arasında ayniyet veya ayrıt edilemeyecek kadar benzerlik bulunması durumunda, karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi önemini yitirmektedir<sup>54</sup>.

---

marka ise "BOĞAZLAYAN" ibaresinden oluşmaktadır. Mahkemece, dava konusu başvuru ve redde mesnet marka asli unsur olarak "Boğazlıyan" kelimesini ihtiva ettiği, buna karşı uyuşmazlık konusu başvuruda ayrıca "Kayseri Şeker Fabrikası A.Ş. Şeker ve Mamulleri Entegre Tesisi" kelimeleri ile "şekil" unsuru da yer aldığı belirtilmiştir. Bu nedenle markalar aynı kabul edilmemiş, mutlak ret nedenleri bakımından yapılan değerlendirme yerinde görülmemiş, markalar arasındaki benzerliğin nispi ret nedeni bakımından incelenmesi gerektiğine karar verilmiştir. **Yargıtay HGK 05.10.2012 T., 2012/11-154 E., 2012/659 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

<sup>50</sup> **Yasaman**, s.228.

<sup>51</sup> **Dirikkan**, s.171; **Karahan**, Sami, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya, 2002, s.91.

<sup>52</sup> Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisine göre tek bir harfin farklı olması bile, markaların aynı olmadığını kabulü için yeterli görülmüştür. Bu kapsamda değerlendirilen “Novalloy” markası ile “Novaloy” markaları bir harfin farklı olmasına rağmen aynı kabul edilmemiş, ayrıt edilemeyecek kadar benzer bulunmuştur. EUIPO The Manuel Concerning Opposition Part 2, Identity and Likelihood of Confusion, 3: Comparison of Signs (<https://euipo.europa.eu/ohimportal/>. E.T.: 12.01.2022)

<sup>53</sup> **Yargıtay HGK 05.10.2012 T., 2012/11-154 E., 2012-659 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

<sup>54</sup> **Arkan**, C.I, s.75; Aynı yönde karar için bkz: “... karşılaştırılan işaretlerin aynı veya ayrıt edilemeyecek kadar benzer olması halinde, markayı oluşturan işaretler arasında iltibasın varlığı ayrıca bir inceleme yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olduğu peşinen kabul edileceğinden;

### 1.3.2. Nispi Tescil Engeli Olarak

Karıştırılma ihtimali, Kanunda nispi ret nedenleri arasında sayılmış, SMK m.6/1’de “*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.*” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun burada, çeşitli ihtimallerle marka olarak tescil ettirmek istenen işaret üzerinde, tescil başvurusundan önce hak kazanmış kişilerin hukuksal kazanımını korumayı amaçlamaktadır<sup>55</sup>.

Çoğu Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi Türkiye’de de nispi ret nedenleri itiraz üzerine incelenmektedir<sup>56</sup>. Nitekim nispi ret nedenlerinin incelenmesi için, mutlak ret nedenlerinden farklı olarak re’sen inceleme yapılmayacağı, itiraz üzerine değerlendirileceği Kanunda açıkça ifade edilmektedir.

Karıştırılma ihtimalinin varlığından söz edebilmek için, bir markanın tescil edilmiş marka ile aynı ya da benzer işaretlere sahip olması, bu işaretin aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde kullanılıyor olması ve o mal veya hizmetin hitap ettiği halk tarafından karıştırılma ihtimalinin mevcut olması şartları aranmaktadır<sup>57</sup>.

Kanunun ifadesindeki benzerliğin değerlendirmesi yapılırken hem markalara hem de markaların tescil edilmiş oldukları mal veya hizmet sınıflarına bakılması gerekmektedir. Zira benzerlik markalar arasında olabildiği gibi, mal veya hizmet sınıfları arasında da olabilmektedir.

---

anılan KHK'nin 7/1- ( b ) bendinde ayrıca iltibas tehlikesi bulunup bulunmadığı hususlarının da araştırılması gibi bir koşul yer almamıştır.” **Yargıtay HGK 05.10.2012 T., 2012/11-154 E., 2012/659 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

<sup>55</sup> **Noyan**, s.205; **Arkan**, s.71.

<sup>56</sup> **Arkan**, C.I, s.71-72; **Çolak**, s. 197; **Tekinalp**, s.419.

<sup>57</sup> **Sarıgül**, s. 10.

Kural olarak, tanınmış markalar hariç olmak üzere<sup>58</sup> bir mal veya hizmet tescil edildiği sınıf kapsamında korunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, markalar tescil edilmedikleri mal veya hizmet sınıfları bakımından tescil edilebilmektedir<sup>59</sup>. Buradaki sınıfsal ayniyet veya benzerlik her zaman açık olmamakla birlikte mal veya hizmetin niteliğine göre değerlendirilecektir<sup>60</sup>.

Karıştırılma ihtimali Kanundaki ifadeler dikkate alındığında karşımıza birkaç farklı şekilde çıkabilmektedir. Bu kapsamda:

Hem markalar hem de sınıflar aynı olabilmektedir bu durumda karıştırılma ihtimalinin varlığı doğrudan kabul edilmektedir. Aynen kullanım halinde karıştırılma ihtimalinin varlığı için başka araştırma yapılmasına gerek görülmemiştir<sup>61</sup>.

Markalar aynı, mal veya hizmetler benzer olabilir ya da mal veya hizmetler aynı, markalar benzer olabilir. Bu durumda ihlalin varlığı her somut uyumsuzluk nezdinde değerlendirilir.

Bir diğer durumda ise hem markalar hem de mal ve hizmetler benzer olabilmektedir. Mal veya hizmetler ile markalar arasındaki benzerlik ne kadar artarsa karıştırılma ihtimali de o derece yükselmektedir<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> **Çolak**, s.137; Mal veya hizmetin sadece tanınmış olması yeterli kabul edilmemiş, Yargıtay tarafından bazı kıstasların da dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir: "...556 sayılı KHK 8/4. maddesi uyarınca mahkemece de zeytinyağı emtiası üzerindeki kullanımı nedeniyle tanınırlığı kabul edilen davacıya ait "Komili" markasının itibarına zarar verilip verilmeyeceği, markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurup doğurmayacağı veya haksız yarar sağlanıp sağlanmayacağı hususlarında bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle bu hususa ilişkin davacı itirazları karşılanmaksızın bahsi geçen ürünler bakımından da davanın reddi doğru görülmediğinden, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir..." **Yargıtay 11. HD. 08.05.2017 T., . 2015/14846 E., 2017/2664 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 20.04.2022)

<sup>59</sup> **Çolak**, s.138,145

<sup>60</sup> **Yasaman/Ayoğlu**, s.397; **Çolak**, s.200.

<sup>61</sup> **Karahan**, Sami, Markalarda İltibas, Konya, 1990, E.T.: 15.04.2022, www.kazanci.com.tr; **Arkan**, C.I, s.75; **Tekinalp**, s.441; Aynı yönde karar için bkz: "... karşılaştırılan işaretlerin aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olması halinde, markayı oluşturan işaretler arasında iltibasın varlığı ayrıca bir inceleme yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olduğu peşinen kabul edileceğinden; anılan KHK'nin 7/1- ( b ) bendinde ayrıca iltibas tehlikesi bulunup bulunmadığı hususlarının da araştırılması gibi bir koşul yer almamıştır." **Yargıtay HGK 05.10.2012 T., 2012/11-154 E., 2012/659 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

<sup>62</sup> **Çolak**, s. 200.

Markalar arasında ayniyet olup olmadığı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin bulunup bulunmadığı, markanın bütününde bıraktığı izlenime göre belirlenecektir<sup>63</sup>.

Kanunun 5. ve 6. Maddelerindeki bu iki düzenleme dikkate alındığında, tescil edilmiş bir markanın tescil başvurusu yapılan bir marka ile aynı veya benzer olması, aynı mal ve hizmetleri kapsaması hali hem mutlak ret nedeni hem de nispi ret nedeni olarak sayılmıştır<sup>64</sup>. Bu konu bazı eleştirileri beraberinde getirmiş, doktrindeki bir görüşe göre her iki düzenleme de önceki hak sahibinin haklarını koruma amacını taşıdığından konunun sadece nispi ret nedenleri arasında düzenlenmesi yeterli görülmüştür<sup>65</sup>. Aynı görüşte olan Tekinalp de bu iki maddenin pratik bir yararının olmadığını aksine uygulamayı zorlaştırdığını, “karıştırılma ihtimali” konusunun yargılama gerektirdiğini ifade etmiştir<sup>66</sup>.

Bununla birlikte doktrindeki başka bir görüş ise bu iki ayrı düzenlemenin isabetli olduğunu, mükerrer tescilin önlenmesinin sadece tarafların itirazlarına bırakılamayacak kadar önemli olduğunu, re’sen takibinin yapılması amacıyla mutlak ret nedeni olarak da kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>67</sup>. Bununla birlikte TPK’nin bir şekilde dikkatinden kaçmış veya itiraz edilmemiş olan markanın tescil edilmesi halinde, marka hakkı ihlal edilen kişilere markanın hükümsüzlüğünü talep etme imkanı sağlanmak istenmiştir. Kanun koyucu Kuruma araştırma külfeti vermemek ve Kurumun yetkilerini sınırlandırmak istemektedir. Bu sebeple takdir yetkisi kullanılması gereken ve şüphenin olduğu durumlarda mahkemenin karar vermesi daha uygun bulunmuştur<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> **Pekdiñer/ Ertem**, s. 310; **Arkan**, C.I, s.76; **Çolak**, s.201; **Yasaman**, s.228; Aynı yönde karar için bkz: “...tüketici algısında bir bütün olarak algılanacak olması karşısında, markalar arasında kavramsal, görsel ve işitsel benzerlik bulunmadığı, dolayısıyla 556 Sayılı KHK’nın 8/1-b maddesi koşullarının oluşmadığı değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmediğinden, hükmün açıklanan nedenlerle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” **Yargıtay 11. HD. 02.12.2020 T., 2020/1009 E., 2020/5606 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 20.04.2022) Aynı yöndeki karar için bkz: **Yargıtay HGK 05.10.2012 T., 2012/11-154 E., 2012-659 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

<sup>64</sup> **Noyan**, s.205.

<sup>65</sup> **Arkan**, C.I, s.71-72.

<sup>66</sup> **Tekinalp**, s.25.

<sup>67</sup> “Aynı markaların hem mutlak hem de nispi tescil engeli olarak sayılma nedeni, TPK’nın gözünden kaçmış ve itiraz süreleri de geçmiş aynı markaların, ilgilileri tarafından, tescil sonrası da bu hükme dayanılarak tescilin hükümsüzlüğünün istenebilmesi amaçlanmıştır.” **Yasaman**, s.227.

<sup>68</sup> **Yasaman**, 277.

Mutlak ret nedenleri ile nispi ret nedenlerinde, işaretin ayırt edici nitelik kazanması durumları farklı düzenlenmiştir. Mutlak ret nedenine ilişkin hüküm kurulabilmesi için Kanun iki markanın “*aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer*” olma durumunu aramaktadır. Böyle bir durumda ikinci marka ayırt edici nitelik kazansa dahi, marka olarak tescil edilemeyecek; bir şekilde edilmişse de marka hükümsüz kılınacaktır. Oysa iki marka arasındaki aynılık ya da benzerlik nispi ret nedeni bakımından yeterli görülmüş, böyle bir durumda ayırt edici nitelik kazanan markanın tescil edilebileceği ve önceki marka hakkı sahibinin itirazının dikkate alınmayacağı belirtilmiştir<sup>69</sup>.

#### 1.4. MARKANIN ESAS VE YARDIMCI UNSURLARI

Markada karıştırılma tehlikesinin varlığını tespit etmek için her somut uyumsuzlukta markanın unsurlarının tespit edilerek, marka adeta parçalara bölünerek değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Bu nedenle bir bütün olan marka, unsurlarına ayrılarak esas ve yardımcı unsurları tespit edilmelidir.

Bir markayı diğer markalardan ayırt etmeye yarayan, o markaya özgünlük ve karakteristik anlam veren unsur markanın esas unsurudur. Markanın esas unsuru, markanın benzerleriyle ayırt edilmesini sağlayacağından esas unsurun markada belirgin ve fark edilebilir olması gerekmektedir<sup>70</sup>. Yargıtay da esas unsurun markanın bütününde kalan izlenimde baskın olan görünüş ile ayırt ediciliği vurgulayan imajda aranması gerektiğini ifade etmiştir<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Tekinalp, s. 401-402.

<sup>70</sup> Sarıgül, s.54.

<sup>71</sup> “Bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı vs.den oluşan şekil olup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanın bütünü itibarıyla bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayıricılığını vurgulayan imajda aramak lazımdır.” **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 01.12.2000 T., 2000/7590 E., 2000/9528 K** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022); **Yargıtay HGK, 20.04.2021 T., 2017/11-414 E., 2021/509 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.04.2022)



Bir markada esas unsurun ayırt ediciliği o markanın bütünündeki ayırt ediciliği bakımından önem taşımaktadır. Esas unsurun ayırt edici niteliği yüksekse, o markanın karıştırılma ihtimali düşüktür<sup>72</sup>.

Yardımcı unsur ise esas unsurun dışında kalan, ayırt edicilik özelliği olmayan, tek başına tescil edilme imkanı olmayan, marka ile ilişki içinde ve ona bağlı unsurdur<sup>73</sup>. Yardımcı unsur her markada bulunmayabilir.

Sonuç olarak esas unsur ile yardımcı unsur bir markanın ayırt edicilik derecesini belirlemekte, esas unsurun ayırt ediciliği, yardımcı unsurun aksine o markanın tamamı üzerinde etkili olabilmektedir. Karıştırılma ihtimalinin varlığı değerlendirilirken markalar bir bütün olarak değerlendirilmeli, markanın esas ve yardımcı unsurları birlikte incelenmelidir<sup>74</sup>.

## 1.5. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ TÜRLERİ

### 1.5.1. Doğrudan Karıştırılma İhtimali

Karıştırma ihtimali doktrinde doğrudan karıştırma ihtimali ile dolaylı karıştırma ihtimali olmak üzere ayrıma tabi tutulmaktadır.

Doğrudan karıştırma ihtimali, bir mal veya hizmetin kökeninin, işletmesinin karıştırılması ile ortaya çıkmaktadır. Bir mal veya hizmetin hedef kitlesinde yer alan ortalama tüketici, bir mal veya hizmeti, başka bir işletmenin mal veya hizmeti olmasına rağmen, marka veya işareten kaynaklanan sebeplerle o mal veya hizmetin aynı işletmeye ait olduğu düşünerek alıyorsa burada doğrudan karıştırma ihtimali vardır<sup>75</sup>.

Burada hedef kitledeki tüketici, işletmeleri farklı olmasına rağmen işletmeler ile mal veya hizmetin kökeninin aynı olduğunu düşünmektedir. Bir diğer ifadeyle tüketici hem mal veya

<sup>72</sup> Küçükali, Canan, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara, 2009, s.70.

<sup>73</sup> Küçükali, s. 70.

<sup>74</sup> Yılmaz, s.247-248.

<sup>75</sup> Çolak, s. 199; Küçükali, s.66.

hizmetin işareti hem de mal veya hizmetin işletmesi konusunda yanlışlığa düşüyorsa doğrudan karıştırma ihtimalinden söz edilmektedir<sup>76</sup>.

### 1.5.2. Dolaylı Karıştırılma İhtimali

Dolaylı karıştırılma ihtimalinde ise tüketici, mal veya hizmetin markasını başka bir işletmenin mal veya hizmetinden ayırt etmekte ancak bunların aynı işletmenin markaları olduğu varsayımı ile hareket etmekte ya da o mal veya hizmetler bakımından idari veyahut ekonomik bağlantı olduğu varsayımı ile o mal veya hizmete yönelmektedir. Diğer bir ifadeyle tüketici, mal veya hizmetler arasında ayırım yapabilse de bu iki mal veya hizmetin kökeni karıştırmakta, bunların aynı işletmenin ürünü olduğu varsayımı ile hareket etmekteyse bu durumda dolaylı karıştırmadan söz edilir<sup>77</sup>.

Tüketici bu işaret veya markalar arasındaki benzerliğin sebebinin marka sahibinin bilinçli davranışından kaynaklandığını düşünüyor olabilir. Örneğin tüketici bu iki markaya baktığında marka sahibinin marka üzerinde ekleme-çıkarma yaptığını, seri markalar kullandığını veya işletmenin başka bir mal üretmeye, hizmet sunmaya başladığını düşünüyorsa burada dolaylı karıştırma ihtimali söz konusudur<sup>78</sup>.

Örneğin bir ilaç firması aspirin çeşidi için, novasprin, diasprin, quinasprin gibi isimler kullanıyorsa başka bir ilaç firması da bundan faydalanarak hastaların aspirin ile söz konusu markaların verdikleri güveni ve beğeniyi kullanarak kendisi başka benzer işaret altında aspirin niteliğindeki ilacı piyasaya sunmuşsa, tüketici bu ilacın asprin markası olmadığını ayırt edebilse de önündeki ürünün asprin ile aynı işletmenin, aynı serinin bir ürünü olduğunu düşünebilir<sup>79</sup>. Böyle bir durum dolaylı karıştırılma ihtimalini oluşturmaktadır.

<sup>76</sup> **Küçükali**, s.66.

<sup>77</sup> **Noyan**, s.230; **Çolak**, s.199; **Tekinalp**, s.409-410; ABAD da dolaylı karıştırılma ihtimalini değerlendirmiş, tüketici bakımından bir mal veya hizmet ile başka bir mal veya hizmetin işletmesi arasında ekonomik veya işletmesel bağlantı kurulması, aynı işletmenin ürünü olduğu algısının oluşması karıştırılma ihtimalini meydana getirdiği belirtilmiştir. **ABAD T-285/12**, The Cartoon Network, Inc. v. OHIM, p.16,52. (www.curia.europa.eu E.T.: 22.03.2022)

<sup>78</sup> **Küçükali**, s.67.

<sup>79</sup> **Tekinalp**, s.439.

## 1.6. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TESPİTİNDE ÖLÇÜTLER

Markalar arasında karıştırma ihtimalinin varlığı tespit edilirken pek çok faktör dikkate alınmaktadır. Bunların başında mal veya hizmetler ile markaların aynılıkları ya da benzerlikleri, markanın toplumdaki tanınmışlığı, markanın ayırt edici unsurlarının nelerden oluştuğu, markaya konu mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici kesimi, bu tüketicilerin söz konusu mal veya hizmeti alırken göstereceği dikkat ve özeni, markanın bütün olarak bıraktığı izlenimi, mal veya hizmetin niteliği, mal veya hizmetin fiyatı, mal veya hizmetin seri marka algısına neden olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınmaktadır<sup>80</sup>.

Her somut olayın özelliklerine göre değişkenlik gösteren bu incelemede, dikkate alınan temel esaslara aşağıda yer verilmiştir:

### 1.6.1. Ayırt Edilebilirlik Ölçütü

Markanın temel işlevi, bir işletmenin mal veya hizmetini diğer bir işletmenin mal veya hizmetinden ayırmak olduğuna göre markalar arasındaki karıştırılma ihtimalinin incelemesi yapılırken markaların ayırt ediciliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde ayırt edicilik bir işaretin diğerinden farklı olmasına veya farklı algılanmasına neden olan unsur ve özelliklerin tamamı olarak ifade edilmiştir<sup>81</sup>. Bir başka tanımda ise “*kullanılacağı mal ve/veya hizmeti ifade etmeyen, tanımlamayan, onun karakteristik özelliklerini içermeyen, ticarete cins, çeşit, vasıf, kalite, amaç vb. göstermeyen, mal ve/veya hizmetten olabildiğince uzaklaşmış bulunan, diğer işaretlerden farklı, diğerleri ile karıştırılmaya elverişli olmayan belli bir firmaya aidiyeti gösteren işaret*” olarak tanımlanmıştır<sup>82</sup>. Bu ayırt edicilik kısaca mal veya hizmeti diğer mal veya hizmetlerden farklılaştırmakta, mal veya hizmeti adeta kişileştirmektedir.

<sup>80</sup> Çolak, s.207.

<sup>81</sup> Holyoak/Torremans, s.396; Bainbridge, s.597; Cornish/Llewelyn/Aplin, s.724; Bently/Sherman s.769; Tritton s.215. (Aktaran: Çolak s.25.)

<sup>82</sup> Çolak, s. 34.

Global bir değerlendirme ile markanın ayırt ediciliği tespit edilecek, bu değerlendirmede esas olarak markaların ayırt edici ve baskın unsurları dikkate alınacaktır. Böyle bir değerlendirmede jenerik unsurlar, tanımlayıcı olan unsurlar veya ayırt ediciliği olmayan unsurlar dikkate alınmayacaktır<sup>83</sup>.

Markalar arasında ayırt edicilik değerlendirmesi yapılırken sadece markanın kendisine değil, işaret ettiği mal veya hizmetler arasındaki ayırt ediciliğin de değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>84</sup>. Mal veya hizmetler arasındaki benzerlik oranı arttıkça, karıştırılma ihtimali de artacaktır. Mal veya hizmetlerin birbirinden farklı olması halinde, markalar aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olsalar bile karıştırılma ihtimalinden söz edilmeyecektir<sup>85</sup>.

Markaya konu olan mal veya hizmetler, Nis Anlaşması uyarınca sınıflandırılmaktadır. Aynı zamanda sınıflandırmalara ilişkin TPK tarafından yapılan idari düzenlemelerin de göz önüne alınması gerekmektedir<sup>86</sup>.

Nis Anlaşması'ndaki sınıflandırma markalar arasındaki ayırt ediciliği tespit ederken bir ölçüt olarak dikkate alınsa da Avrupa Adalet Divanı kararlarında Nis Anlaşması'nın bağlayıcı olmadığı kabul edilmiştir<sup>87</sup>. Aynı şekilde ülkemizde de gerek Nis Sınıflandırması'nın gerekse TPK'nin "*Sınıflandırma Tebliğleri*" başlığını taşıyan idari düzenlemelerinin bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> **Çolak**, s.208, 210; Karıştırılma ihtimalinin uyumsuzluk konusu olduğu durumlarda, Avrupa Birliği Adalet Divanı görsel, işitsel ve kavramsal benzerlikleri kapsayacak global değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bununla beraber bu değerlendirmede markanın detayları değil, ayırt edici ve baskın nitelikteki unsurlarının dikkate alınacağı belirtilmektedir. **ABAD C-327/11**, United States Polo Association v. OHIM p.44, 45. (www.curia.europa.eu E.T.: 04.01.2022)

<sup>84</sup> **Tekinalp**, s.426; **Epçeli**, Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul, 2006, s.38.

<sup>85</sup> **Tekinalp**, s.442; **Çolak**, s.210.

<sup>86</sup> "Başvuruya konu mal veya hizmetler 12/7/1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşmasına göre sınıflandırılır. Kurum, başvuruda yer alan mal veya hizmetlerin ait olduğu sınıflarda ve sınıf numaraları üzerinde gerekli düzeltmeleri yapabilir." **SMK** m.11/3.

<sup>87</sup> **ABAD T-325/06**, Boston Scientific Ltd v. OHIM, p.77. (www.curia.europa.eu E.T.: 18.03.2022)

<sup>88</sup> **Çolak**, s.213; **Epçeli**, s.41; Nis Anlaşmasının bağlayıcı olmadığına ilişkin bknz: "Nice Anlaşmasının 2/1. maddesi uyarınca; bu anlaşma ile tanımlanan gereklere göre sınıflandırmanın etkisi özel Birlik ülkelerinin her biri tarafından belirlenecektir. Sınıflandırma, tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi veya hizmet markalarının tanınması

Bununla birlikte sadece markaların içerisinde yer aldıkları sınıflandırmaya göre karıştırılma ihtimalinin varlığından söz etmek doğru olmayacaktır<sup>89</sup>. SMK'nın 11. maddesinde "*Mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmez.*" hükmüne yer verilmiş olup, bu düzenleme AB Yeni Marka Tüzüğü'nün m.33/f.7'deki düzenleme ile aynıdır<sup>90</sup>. Dolayısıyla karıştırılma ihtimali değerlendirilirken sadece Nis Sınıflandırılması veya TPK'nın idari düzenlemelerinin dikkate alınması uygun bulunmamakta, somut uyuşmazlığın özelliklerine göre sınıflandırma ile birlikte karıştırma ihtimaline sebebiyet verecek diğer hususların da dikkate alınması gerekmektedir<sup>91</sup>.

Ayırt edilebilirlik ölçütüne ilişkin değerlendirme yapılırken mal veya hizmetin hedef kitlesinde yer alan ortalama tüketiciden işaretlerdeki benzer unsurları ayırt edici bulup bulmadıklarını değerlendirmesi beklenmektedir. Sonraki başvuru sahipleri, uyuşmazlık çıkmaması için önceki markadan farklı bir işaret oluşturmaya çalışsa dahi markaların ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadıkları belirlenirken ortalama tüketici açısından değerlendirme yapılacağından üzerinde değişiklik yapılan işaret ayırt edilemeyecek kadar benzer olma niteliği dolayısıyla tescil engeline takılabilecektir. Ayrıca ortalama tüketici işaretlerin benzer olup olmadıklarını değerlendirirken ayırt edici olmayan tali veya jenerik unsurları değerlendirme dışı bırakacaktır. Mal veya hizmetin hitap ettiği ortalama tüketici nazarında yapılacak değerlendirmede, karıştırılma ihtimali olan mal veya hizmetlerdeki

---

konusunda bağlayıcı olmayacaktır." **Yargıtay 11. HD. 5.2.2007 T., 2005/13645 E., 2007/1319 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.04.2022)

<sup>89</sup> **Sarıgül**, s.30.

<sup>90</sup> 2017/1001 sayılı AB Yeni Marka Tüzüğü m.33/7.

<sup>91</sup> "... davaya konu 2003/20912 Sayılı "COFFEE BEAN + Şekil" markasının kapsamında tescil tarihindeki TPE Tebliği'ne göre 43. sınıftaki "Geçici Konaklama Hizmetleri" alt grubunda belirtilen hizmetlerde bulunmaktadır. Bu alt grupta sayılan hizmetleri ile aynı sınıftaki "yiyecek içecek sağlanması hizmetleri" karşılaştırıldığında; "restoran self-servis, restoran, lokanta, kafeterya, kafe, kantin, kokteyl salonu, snack bar, bar ikram hizmetleri" ile "otel, motel, tatil köyü, pansiyon vb, hizmetlerinin ( geçici barınma )" farklı altgruplarda yer almasına karşın piyasanın anlayışı, hizmetlerin sunulduğu yer ve biçimi itibarıyla benzer alıcı çevresine hitap etmeleri, birinin diğerini tamamlama imkanı olması nedeniyle, hizmet kanallarının ortak veya birlikte yapılan faaliyetleri içerdiği göz önüne alınarak benzer türden "Geçici Konaklama Hizmetleri" alt grubundaki hizmetler bakımından iltibas tehlikesine yol açacağı dikkate alınmaksızın anılan hizmetler yönünden de hükümsüzlük isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir." **Yargıtay 11. HD. 05.05.2011 T., 2011/1562 E., 2011/5464 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.04.2022)

ayrıntılar değil, tüketicinin aklında kalacak izlenim, resimle ilgili değerlendirme önem taşıyacaktır<sup>92</sup>.

### 1.6.2. Bütünlük Ölçütü

Markanın karıştırılma ihtimali değerlendirilirken tüketici markayı oluşturan işareti parça parça olarak değerlendirmemekte, markayı oluşturan tüm esas ve tali unsurları bir bütün olarak değerlendirmektedir. Bir bütünlüğü olmayan, sınırları belirlenemeyen işaretin diğer işaretlerden farkını tespit etmek zorlaşacağından markalar yan yana konularak bir bütün olarak değerlendirme yapılmaktadır<sup>93</sup>.

Karıştırma ihtimalinde tüketici algısı dikkate alınmakta olup, tüketiciden de markayı unsurlarına ayırarak değerlendirme yapması beklenmemektedir. Tüketici hafızasında kalan iz ve markaya karşı algısı ile markayı bir bütün olarak değerlendirmektedir<sup>94</sup>. Karıştırılma ihtimali incelemesi de tüketicinin bu değerlendirmesi üzerinden yapılmaktadır.

Bir bütün olarak dikkate alınacak olan marka, birden fazla unsurdan meydana geliyorsa bu durumda markanın asli ve tali unsurlarının belirlenmesi isabetli olacaktır. Ayırt ediciliği haiz unsurlar markanın asli unsurunu oluşturmakta, asli unsur dışında kalan unsurlar ise tali unsurları oluşturmaktadır. Dolayısıyla ayırt edici niteliği olmayan tali unsurlar karıştırılma ihtimalinde dikkate alınmayacaklar sadece genel izlenimlerindeki etkileri bakımından dikkate alınacaklardır<sup>95</sup>. Yargıtay da markalar arasında karıştırılma ihtimalinde, marka birden fazla unsurdan oluşuyorsa ayırt edici nitelikte olan asli unsurla birlikte markanın tüketici gözündeki genel izleniminin dikkate alınarak değerlendirilme yapılması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir<sup>96</sup>. Aynı şekilde Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da

<sup>92</sup> **OHIM The Manuel Concerning Opposition Part 2, Identity and Likelihood of Confusion**, (<https://euipo.europa.eu/ohimportal/>. E.T.: 10.01.2022)

<sup>93</sup> **Noyan**, s.229; **Epçeli**, s.121; **Çolak**, s.202; **Arkan**, C.I, s.99.

<sup>94</sup> **Küçükali**, s. 139.

<sup>95</sup> **Çolak**, s.254-255; **Epçeli**, s.54.

<sup>96</sup> “Bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı vs.den oluşan şekil olup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanın bütünü itibariyle bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayıricılığını vurgulayan imajda aramak lazımdır. Bir markanın koruma kapsamı bir bütün olarak bıraktığı izlenime göre

kararlarında karıştırılma ihtimali değerlendirilmesinde tanımlayıcı ve tali unsurların değerlendirme kapsamı dışında bırakılarak ayırt edici unsurlara bakılması gerektiğini belirtmiştir<sup>97</sup>.

### 1.6.3. İşaretlerin Birbirini Çağrıştırması Ölçütü

İki marka arasında ilk bakışta fark edilebilir benzerlik olmasa da iki markanın birbirini çağrıştırması sonucu karıştırılma tehlikesinden söz edilebilir<sup>98</sup>. Öyle ki iki marka arasında aynı ya da benzer olma durumu yoktur, burada tüketicinin almak üzere yöneldiği mal veya hizmet ile gerçekte almak istediği mal veya hizmeti çağrıştırması durumu vardır. Bir markanın içerdiği unsurlar, tüketici için başka bir markayı çağrıştırabilir. Örneğin tüketici, markası “Siyah Bacı” olan, siyah bir genç kız resimli kahveyi almak istemekte, markete gittiğinde ise “Arap Teyze” adındaki kahve üzerinde yaşlı ve gözlüklü kadın resmini içeren kahve ambalajını görmektedir. Burada işaretler arasında renk, şekil, işitsel benzerlikler bulunmamakta ise de tüketici siyah ile arap, bacı ile teyze kavramlarının birbirini çağrıştırması sonucu iki markayı karıştırabilmektedir<sup>99</sup>.

Ayrıca mal veya hizmetler arasındaki çağrışım da karıştırılma ihtimalinde dikkate alınmaktadır. Yargıtay ayırt edici nitelikte olan tüm işaretlerin marka olarak tescil edilebileceğini ancak bununla birlikte bu husustaki sınırın, işaretin marka olarak kullanılacağı mal veya hizmetlerle ilişkili olmaması ile onları çağrıştırarak niteliği haiz bulunmaması gerektiğini ifade etmiştir<sup>100</sup>.

---

saptanmalıdır.” **Yargıtay HGK, 20.04.2021 T., 2017/11-414 E., 2021/509 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.04.2022)

<sup>97</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı, “THOMSON LIFE” markasındaki, marka unsurlarını değerlendirmiş, Life ifadesine eklenen Thomson üretici adının halk tarafından yapılacak bütünsel değerlendirmede ayırt edici nitelik taşımaya yeterli olmadığına karar vermiştir. **ABAD C-120/04**, Medion AG v. Thomson multimedia Sales Germany & Austria GmbH, p.12 (www.curia.europa.eu E.T.: 04.03.2022)

<sup>98</sup> **Epçeli**, s.120.

<sup>99</sup> **Tekinalp**, s. 444.

<sup>100</sup> Bir işaretin ayırt edicilik özelliğini koruması için o işaretin mümkün olduğunca o mal veya hizmetten, onun cinsini ve genel tabiatını çağrıştıran kavramlardan uzaklaşması, mal veya hizmetin kendisinden bağımsızlaşması gerektiği belirtilmiştir. Ayırt ediciliği haiz olmayan işaretlerin marka olarak tescili mümkün değilse de kullanılacağı mal veya hizmeti çağrıştıran işaretlerin tescili

Tüm bunlarla birlikte belirtilmelidir ki, markalar arasında ya da mal veya hizmetler arasında çağrıştırma ihtimalinin söz konusu olması tek başına karıştırılma ihtimalinin var olduğunu ifade etmemektedir<sup>101</sup>.

#### 1.6.4. Markalar Arası Bağlantı Kurulması Ölçütü

Tüketici kimi zaman markaların aynı olmadığını bilmekte ancak aldığı bu mal veya hizmeti, güvendiği, bildiği başka bir mal veya hizmetin işletmesinin bir ürünü olarak düşünmektedir. Bir diğer ifadeyle tüketici sunulan mal veya hizmetin başka bir işletmenin ürünü olduğunu biliyor ancak almaya yöneldiği mal veya hizmeti sunan işletme ile zihnindeki işletme arasında ekonomik ya da organik ilişki kuruyorsa burada tüketicinin iki işaret arasında bağlantı kurduğunu söylemek mümkündür. Örneğin Eczacıbaşı'nın Vitra adında bir deterjanı varsa, bu deterjandan memnun olan tüketicilerin o marka dolayısıyla edindiği güvenden faydalanmak isteyen başka bir firmanın ürünü olan Vitpak adında deterjan sunması sonucunda tüketiciler iki işletmenin farklı olduğunu bilse dahi işletmeler arasında bağlantı kurmaktadır. Böylece Vitpak adındaki deterjanı, Eczacıbaşı firmasına ait olduğu, Eczacıbaşından aldığı Vitra markasına duyduğu güveni, kendisine sunulan Vitpak markasına yansıtacaktır<sup>102</sup>.

ABAD'a ilaç markaları olan "Prazol" ile "Prezal" markaları konu olmuş, ABAD, tüketiciler nezdinde markalar arasında bağlantı kurulduğu gerekçesiyle karıştırılma ihtimali olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararında her ne kadar ürünlerin hedef tüketicilerinin doktorlar, ilacı kullanacak olan hastalar olduğunu dolayısıyla ilaç markalarının tüketicilerinin dikkat ve özeni yüksek olan kimseler olduğunu belirtmişse de reçete yazılırken veya ilacı kullanırken

---

mümkün görülmektedir. Böyle bir marka zayıf marka olarak kabul edilmekte, dolayısıyla marka hakkı sahibine normalde iltibas teşkil edecek kullanımlara katlanmasına sebebiyet verecektir. **Yargıtay HGK 30.09.2021 T., 2017/11-413 E., 2021/1127 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

<sup>101</sup> Halk nezdinde sadece önceki markanın çağrıştırılması karıştırılma ihtimalinin mevcudiyeti için yeterli görülmemiş, her somut uyumsuzluğun özelliğine bakılması gerektiği belirtilmiştir. **ABAD, C-251/95, SABEL BV v. Puma AG, Rudolf Dassler Sport**, p.22,26. (www.curia.europa.eu E.T.: 07.03.2022) ; **Çolak**, s.291.

<sup>102</sup> **Tekinalp**, s. 440.



bu kimselerin aradaki farkları görsel ve işitsel benzerlik dolayısıyla ayırt edemeyeceklerini ifade etmiştir. ABAD tüketicilerin, iki marka arasında ekonomik bağlantı kurduklarını, tüketicilerin bu ürünlerin aynı işletmelerin ürünü olduğunu düşünebileceklerini, firmalar arasında ekonomik ve işletmesel bir bağlantı olduğu algısı oluşabileceğini belirterek bu markalar arasında karıştırılma ihtimali olduğunu belirtmiştir<sup>103</sup>.

ABAD bu kararıyla ilaç markalarının tüketicisi ile markalar arasındaki benzerliğin değerlendirmesini yapmış, ilaç markaları bakımından ilaçların tüketicisi olan doktor, eczacı veya hastaların başka bir ürünün tüketicisine göre daha fazla dikkat ve özen gösterdiğini belirtmişse de markalar arasında işitsel ve görsel benzerliğin yüksek olması ile markalar arasında işletmesel ve ekonomik bağ kurulabileceği gerekçesi ile karıştırılma ihtimalinin varlığını kabul etmiştir.

### 1.6.5. Benzerlik Ölçütü

Benzerlik, tescilli marka ile işaret arasında halkın bu ikisini karıştıracak şekilde yakınlık kurmalarını ifade etmektedir<sup>104</sup>. Markalar arasındaki benzerlik pek çok biçimde kendisini gösterebilmekte, görsel, işitsel veya kavramsal benzerlik olarak karşımıza çıkabilmektedir. Somut uyuşmazlığa göre tüm bu ölçütler bir markada tek tek karşımıza çıkabileceği gibi, birden fazla benzerlik ölçütünün değerlendirilmesi de gerekebilmektedir.

Görsel benzerlik karıştırma ihtimalinin tespitinde en sık kullanılan ve dikkatin yoğunlaştığı benzerlik türüdür. Değerlendirmeye konu markalar arasında göze hitap eden benzerliğin olması durumunda görsel benzerlikten söz edilmektedir. Markayı oluşturan harf, kelime, rakam, logo, resim, grafik, sembol vb. şekil unsurlarının aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olması sonucunda karıştırılma ihtimaline sebebiyet veren benzerlikten söz edilebilmektedir<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Kararın tamamı için bkz: **ABAD T-95/07**, Aventis Pharma SA v. OHIM, p. 56. (www.curia.europa.eu E.T.: 04.04.2022)

<sup>104</sup> **Dirikkan**, s. 176.

<sup>105</sup> **Çolak**, s.226.

İşitsel benzerlik ise markaların telaffuzlarından kaynaklı ses benzerliğidir. İşitsel benzerliğin varlığının tespiti bakımından, değerlendirmeye konu marka veya işaretlerin ilk hecesindeki sesin daha belirleyici olduğu, zira ortalama tüketicinin kelimenin sonundan ziyade başındaki benzerliğe daha çok dikkat ettiği, baştaki benzerliğin fark edilmesine daha eğilimli olduklarını belirtmiştir<sup>106</sup>.

Bazı markalar bakımından görsel benzerlik bulunmasa da işitsel benzerlik söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla işitsel benzerliğin yanında her zaman görsel benzerliğin bulunması şart değildir<sup>107</sup>. Bununla beraber sadece işitsel benzerliğin olması da karıştırılma ihtimali için yeterli değildir<sup>108</sup>.

İşitsel benzerlik kavramı kapsamına kelimelerin yabancı dildeki telaffuzları da girmektedir. Dolayısıyla markanın sadece bulunduğu ülkedeki okunuşu değil, kelimenin yabancı dildeki okunuşu da işitsel benzerlik oluşturabilecektir. Bu kapsamda “Glucophage” ilaç markası ile aynı sınıfta tescil ettirilmek istenen “Glufaj” işareti karıştırılma ihtimali bakımından değerlendirme konusu yapılmış, ilacın marka isminin telaffuzu gereği işitsel benzerlik olup olmadığı incelenmiştir. Yargıtay tarafından her ne kadar bozma kararı verilmişse de ilk derece mahkemesi doktor ve eczacıların aldıkları eğitim ve tecrübeleri gereği “Glucophage” markasını “Glukofaj” şeklinde telaffuz ettiklerini, iki kelime arasındaki tek farkın “co” şeklinde yazılıp “ko” ile okunan hece olduğunu, iki işaret arasında ayırt edilemeyecek kadar benzerlik olduğunu bu sebeple karıştırılma ihtimali olduğunu ifade etmiştir<sup>109</sup>.

Kavramsal benzerlik ise markaların tüketicilerin akıllarında bıraktıkları iz veya imaja ilişkin bir benzerlik türüdür. Anlamsal olarak tüketici nezdinde, iki markanın aynı kişiye ait olduğu

<sup>106</sup> **ABAD T-472/08**, Companhia Muller de Bebidas v. Missiato Industria e Comercio Ltda, p. 62. (www.curia.europa.eu E.T.: 12.03.2022); **ABAD C-655/11**, Seven for all mankind LLC v. Seven SpA, p. 102. (www.curia.europa.eu E.T.: 12.03.2022)

<sup>107</sup> ABAD bir kararında “4US” markası ile “FOR US” markaları arasında işitsel benzerlik olduğuna karar vermiştir. **Çolak**, s.230

<sup>108</sup> **Epçeli**, s.115; Bu kapsamda patron anlamına gelen “Boss” kelimesi ile bir sporu ifade eden “Boks” kelimeleri değerlendirilmiş, karıştırılma ihtimali olmadığına karar verilmiştir. **Arkan**, C.I, s.102.

<sup>109</sup> Kararın tamamı için bkz: **Yargıtay 11. HD. 01.05.2007 T., 2005/14630 E. 2007/6678 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T. 03.04.2022)

izlenimi oluştuyorsa ve zihinde aynı çağrışımı meydana getiriyorsa burada kavramsal benzerlikten kaynaklanan karıştırılma ihtimali değerlendirilmektedir<sup>110</sup>.

Kavramsal benzerlikte markaların aynı sözcükten oluşması veya işitsel benzerliğin bulunması şart değildir, markaları oluşturan kelimeler farklı anlamları taşıyabilirler dahi bunlar kavramsal benzerlik oluşturabilmektedir<sup>111</sup>.

Marka kelimelerden oluşuyor ve bu kelime fantezi, uydurma bir kelime ise bu durumda karıştırılma ihtimalinin tespiti bakımından kelimenin anlamına değil, kelimeyi oluşturan görsel ve işitsel benzerliğe bakılmalıdır<sup>112</sup>.

Tüm bunlarla beraber belirtilmelidir ki benzerlik ölçütlerindeki görsel, işitsel ya da kavramsal benzerlikler bir bütün olarak mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici gözünden somut uyumsuzluk dikkate alınarak tespit edilecektir<sup>113</sup>.

Avrupa Birliği Adalet Divanı bir kararında, kelimelerin sadece görsel benzerliklerini değil, işitsel benzerliklerini dikkate almış, “*Provisc*” ilaç markası ile “*Duovisc*” ilaç markasının işitsel benzerlik olduğu iddiasını değerlendirmiş, bu markalar arasında ortalama tüketici dikkate alınmış, ilk derece mahkemesinin ortalama tüketicileri üzerinde söz konusu işaretlerin yarattığı fonetik izlenimi, bunların belirli dil özelliklerini dikkate aldığını ve buna

<sup>110</sup> Çolak, s.232; Epçeli, s.115.

<sup>111</sup> Yargıtay da aynı kelimelerden oluşmayan, işitsel olarak da farklı olan “Crocodil” ibaresi ile aynı sınıfları kapsayan “Timsah” şeklindeki markanın tüketici nezdinde çağrışım yapma ihtimali olduğunu ifade etmiştir. “Krokodil” olarak okunan ve Türkçe karşılığı timsah derisi olan bir marka her ne kadar görsel ve işitsel olarak davacı şirketin markası ile benzerlik göstermese de, ortalama düzeyde eğitilmiş kişiler ve ilgili sektör kullanıcıları arasında bilindiği gerekçesiyle karıştırılma ihtimali olduğuna karar verilmiştir. **Yargıtay 11. HD. 18.01.2007 T., 2006/11719 E. 2007/372 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T. 02.04.2022)

<sup>112</sup> **Karahan**, Markalarda İltibas, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.04.2022)

<sup>113</sup> “Mahkemece, Dairemizin bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya göre, davacının "TAÇ" esas unsurlu markalarıyla davalının " FIRST TOUCH " ibareli başvurusu arasında biçim, düzenleme ve tertip tarzı itibarıyla görsel, sescil ve anlamsal olarak ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunmadığı..” şeklindeki kararı ile markalar arasındaki benzerlikte tüketicilerin bakış açılarının dikkate alınacağı belirtilmiştir. **Yargıtay 11. HD. 01.11.2017 T., 2016/3590 E., 2017/5988 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.04.2022); Avrupa Birliği Adalet Divanı da görsel, işitsel ve kavramsal benzerlikleri somut uyumsuzluğun özelliklerine göre değerlendirmektedir. **ABAD C-655/11**, Seven for all mankind LLC v. Seven SpA, p. 10, 20, 24, 71. (www.curia.europa.eu E.T.: 12.03.2022)

göre telaffuzunu inceleyerek değerlendirdiğini belirterek karıştırılma ihtimali olmadığı gerekçesiyle temyiz başvurusunu reddetmiştir<sup>114</sup>. Mahkeme burada, ilk derece mahkemesinin markanın işitsel benzerliğinin sadece İngilizce konuşulan ülkelerle sınırladığını ifade eden bir unsurun olmadığını belirtmiş, sadece İngilizce telaffuzlarının benzerliğinin karıştırılma ihtimalinin varlığı için yeterli olmayacağına karar vermiştir.

## 1.7. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ TESPİTİNDE DİKKATE ALINACAK İLGİLİ KESİM

Markanın temel işlevi bir işletmenin mal veya hizmetinin diğerlerinden ayırt edilmesini sağlamak olduğuna göre, ayırt edici özelliğin mal veya hizmetin hitap ettiği ilgili kesimde nasıl anlaşıldığı karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkate alınacak temel hususlardan biridir<sup>115</sup>.

İki işaret arasındaki karıştırılma ihtimali incelemesinde kural olarak mal veya hizmetin hitap ettiği uzman kişiler, mal veya hizmetin üreticisi ya da satıcısı dikkate alınmamakta; mal veya hizmetin hitap ettiği halk nezdinde değerlendirme yapılmaktadır. Nitekim Kanunun karıştırılma ihtimaline ilişkin düzenlemelerinde de karıştırılma ihtimalinin mevcudiyetinin “halk” tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Buradaki halk kavramı her somut olayın özelliğine, mal veya hizmetin niteliğine göre değişkenlik göstermektedir. Halk kavramı ile ifade edilmek istenen toplumun tamamı değil, potansiyel müşteri kitlesine göre belirlenecek ortalama tüketicidir<sup>116</sup>. Ortalama tüketici kavramı ise mal veya hizmetin hitap ettiği kitleye göre değişkenlik göstermektedir.

<sup>114</sup> **ABAD C-481/08**, Alcon- Provicis v. Duovics, p.25,36. (www.curia.europa.eu ET: 15.12.2021)

<sup>115</sup> **ABAD, T-547/08**, X Technology Swiss GmbH v. EUIPO, p. 24. (www.curia.europa.eu E.T.: 12.03.2022)

<sup>116</sup> **Yasaman**, s. 399; **Küçükali**, s. 117; **Çolak**, s.238; **Arkan**, C.I, s.103; **Dirikkan**, s. 188; **Epeçeli**, s.46; Aynı yönde karar için bkz: “halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise; bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halk olduğunun göz önünde tutulmasıdır.” **Yargıtay HGK. 30.3.2021 T., 2017/11-26 E., 2021/371 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.04.2022)

Mal veya hizmetin muhatabı olan ortalama tüketici, ortalama dikkat ve algılama yeteneği olan bir tüketiciyi ifade etmektedir. Karıştırılma ihtimali değerlendirilirken o tüketici nazarında değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Başka bir ifadeyle mal veya hizmetin muhatabı olan ortalama tüketici değerlendirilecek bütün toplumun algısı değerlendirilmeyecektir<sup>117</sup>.

Söz konusu tüketici karşılaştığı ürün veya hizmetteki detaylarla ilgilenmek yerine, markaya bir bütün olarak bakmaktadır<sup>118</sup>. Zira hayatın olağan akışında birbiri ile benzer markaların yan yana getirilip değerlendirilmesi her zaman mümkün olmadığı dikkate alındığında, tüketici bir mal veya hizmetle muhatap olduğunda bunun değerlendirmesi için çok fazla zaman ayırmak istememekte, ortalama tüketici, daha önce aldığı bir mal veya hizmetten yola çıkarak gözünde, kulağında, zihninde kalan iz ve algıdan yola çıkarak sonraki alışverişlerini yapmaktadır<sup>119</sup>.

Tüketicinin aklında kalan çağrışım, hafızasında kalan izlenim göz önüne alınarak karıştırma ihtimalinin varlığı “*global bir değerlendirme*” ile tespit edilecektir. Global değerlendirme yapılırken görsel, işitsel, kavramsal vb. tüm faktörler dikkate alınarak ortalama tüketici nezdinde markanın bıraktığı genel izlenim değerlendirilmektedir<sup>120</sup>. Böyle bir değerlendirme yapılırken marka bir bütün olarak değerlendirilmeli, unsurlar ayrı ayrı incelenmemelidir. Markayı oluşturan, baskın ve ayırt edici unsurlar genel intibayı belirlemede belirleyici

---

<sup>117</sup> **Küçükali**, s. 117.

<sup>118</sup> **Çolak**, s. 208; Karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılırken markaların baskın unsurları dikkate alınarak markayı oluşturan işaretlerin üzerinde kullanılacağı ürün veya hizmetlerin alıcısı olan ortalama tüketiciler nezdinde bütün olarak bıraktıkları izlenime göre karar verilmektedir. Bu kapsamda Yargıtay tescilli “at üzerinde polo oynayan insan” figürlü bir marka ile davalının markasının benzer olduğuna ve dava konusu edilen her iki markanın da benzer tür mal ve hizmetler kapsamında olduğuna, her iki markanın kullanılacağı mallar bakımından bu ürünlerin ortalama tüketicisi nezdinde onların zihninde baskın olarak “at üzerinde polo oynayan insan” figürü oluşacağından, söz konusu genel izlenim itibarıyla işaretler arasında karıştırma ihtimali bulunduğu yönünde karar vermiştir. Yargıtay 11. HD. 05.02.2019 T., 2017/3695 E., 2019/827 K. (www.kazanci.com.tr, E.T.: 27.04.2022)

<sup>119</sup> **Küçükali**, s. 117.

<sup>120</sup> Çolak’a göre global değerlendirme, iki marka arasında görsel, işitsel ve kavramsal benzerlik bulunup bulunmadığı ihtimali de dahil olmak üzere tüm faktörler göz önüne alınarak yapılmalıdır. **Çolak**, s. 208; **ABAD C-234/06**, Il Ponte Finanziaria SpA v. OHIM, p. 32, 33. (www.curia.europa.eu E.T.: 11.02.2022) Aynı yönde bkz: **Yargıtay 11. HD. 29.09.2009 T., 2007/14928 E., 2009/9762 K.**

olmakta, jenerik, tanımlayıcı unsurların bulunması durumunda ise bu unsurların global değerlendirme bakımından etkisi olmamaktadır<sup>121</sup>.

İki marka arasında karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılırken, somut olayın özelliklerine göre pek çok esas dikkate alınmaktadır. Bunlar markanın ayırt edici unsurunun nelerden oluştuğu, markanın tanımlayıcı işaretler içermesi, toplumda tanınmışlığı, markayı taşıyan mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici kitlesinin özellikleri, tüketicilerin o markaya karşı dikkat ve özenleri, mal veya hizmetin niteliği, fiyatı, mal veya hizmetlerin ne sıklıkla alındığı gibi hususlardır<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Arkan, C.I, s.76; Çolak, s.209-210; Yasaman, s.228

<sup>122</sup> Dirikkan, s.189; Çolak, s. 210.

## 2. BÖLÜM: İLAÇ KAVRAMI VE İLAÇ MARKALARI

### 2.1. İLAÇ KAVRAMININ TANIMI

Kişinin yaşam hakkının önemli bir parçası olan sağlık hakkına erişimde ilacın rolü oldukça kapsamlı ve önemli olup, sağlığın korunması, hastalıkların önlenmesi veya mevcut hastalıkların tedavisi için ilaçlara ihtiyaç duyulmaktadır. Her geçen gün yeni hastalıkların ortaya çıkması, ilaçların kullanım yöntemlerinin teknolojinin imkanlarına ve hastanın durumuna göre değişmesi yeni ilaçların üretilmesine neden olmuştur. Bununla birlikte mevcut ilaçların da üretimleri serileştirilmiş, hastanın tedaviye ulaşımı kolaylaştırılmıştır.

İlaç kavramından ne anlaşılması gerektiği önemli bir konudur. Bugün kullandığımız anlamda ilaç kavramının tarihi aslında çok eskilere dayanmaktadır. İlaçlarla ilgili ilk yazılı bilgiler Sümer tabletlerinde ortaya çıkmıştır. Devamında Mısır papirüslerinde; Çin, Hint ve Acem yazmalarında ilaçlarla ilgili bilgiler bulunmuştur. İlaç Eski Mısır ve Çin’de çok erken çağlardan itibaren uygulanan bir tedavi yöntemidir. Mısır’daki ilaca ilişkin bilgilerin Antik Yunan’a geçmesiyle Batı tıpla ve ilaçla tanışmış olup, günümüze kadar çeşitli gelişmeler göstermiştir<sup>123</sup>.

İlaç niteliklerine, amaçlarına göre pek çok tanım içermekle birlikte bugünkü anlamıyla genel amacına göre ilaç “bir hastalığı iyi etmek veya önlemek için türlü yollarla kullanılan madde, em, deva<sup>124</sup>” olarak tanımlanmakta, zirai ilaçlar dahil olmak üzere tüm canlıların sağlığına etki edecek kapsamda kullanılmaktadır. Bununla birlikte belirtmelidir ki bu çalışmaya konu ilaçlar, sadece insan sağlığına ilişkin olan ilaçları kapsamakta, Kanundaki ifadesiyle beşeri tıbbi ürünler bakımından değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

Farmakoloji bilimindeki anlamına göre ise ilaç, Dünya Sağlık Örgütü’nün yaptığı tanıma göre “*fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları alanın yararına değiştirmek veya inceleme amacıyla kullanılan veya kullanılması öngörülen bir madde ya da ürün*” olarak

<sup>123</sup> Soyulu, Mert, İlaç Hukukunda Tazminat Sorumluluğu, Antalya, 2021, s. 4.

<sup>124</sup> Türk Dil Kurumu Sözlükleri, ET.: 18.04.2022, <https://sozluk.gov.tr/>

ifade edilmektedir. Şifa aracı olan ilaçlar içeriklerine göre tanımlandığında, tıp alanında kullanılan kimyasal ya da kimyasal maddeye eşdeğer saf bitkisel veya hayvansal madde içerikli karışımı ifade etmektedir.<sup>125</sup>

Hukuk sistemimiz içerisinde pek çok alanı ilgilendiren ilaçlar Anayasa’da doğrudan sağlık hakkı ile güvence altına alınmaktadır. Bununla beraber İlaç Hukuku çok fazla teknik mevzuata sahip olsa da Türk Hukuk Mevzuatı içerisinde sadece ilaçlarla ilgili sorunları derleyip düzenleyen bir İlaç Kanunu’nun olmadığı görülmektedir. Ancak mevzuat içinde ilaçların hukuki durumlarına ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verildiğinden İlaç Hukuku bakımından çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>126</sup>

Bu düzenlemelerden biri olan 25705 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinde ilaçlar “beşeri tıbbi ürün” kavramı ile ifade edilmiştir. Buna göre ilaç “*insanlardaki hastalığı tedavi edici veya önleyici özelliklere sahip olarak sunulan veya farmakolojik, immünolojik veya metabolik etki göstererek fizyolojik fonksiyonları düzeltmek, iyileştirmek, değiştirmek veya tıbbi teşhis amacıyla insanlarda kullanılan veya insana uygulanan madde veya maddeler kombinasyonunu*” olarak ifade edilmektedir.<sup>127</sup> Görüldüğü gibi burada ilaçların kişilere yönelik amacından ve onlar üzerindeki etkisinden hareketle tanımlanmıştır. Çalışmamızın konusu olan ilaç markalarında da doğrudan insan sağlığı ile ilgili olan ilaçlar, Kanunun ifadesiyle beşeri tıbbi ürünler konu edilmiştir.

İlaçların Güvenirliği Hakkındaki Yönetmelikte de ilaçların, kişilerde hastalığı teşhis etme, tedavi etme veya önleme özelliğine sahip olduğu belirtilmiş, farmakolojik, immünolojik ya

<sup>125</sup> **Abacıoğlu, Nurettin/Dikmen**, Ahmet Alpay, Meta Olarak İlaçta Sınai ve Fikri Mülkiyet Rejiminin Ekonomi Politikası, Türkiye Sosyalist İktisat Kongresi, İstanbul, 2005, s.5.

<sup>126</sup> “1262 sayılı “İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelik (R.G. 13.10.1992 T., 21374 sayı), Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulmuş Ürünler Hakkında Yönetmelik (R.G. 20.10.1999 T., 23852 sayı), Beşeri ve Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği (R.G. 23.10.2003 T., 25268 sayı), Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği (R.G. 19.01.2005 T., 25705 sayı) ve diğer mevzuat için bkz: **Özcan Büyüktanır**, İlaç Patentli Hak Sahipliği Ve Patent Hakkı Sahibinin İlacın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 2011, dipnot s.5.

<sup>127</sup> Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, m.4/1(b) (R.G. 19.01.2005 T., 25705 sayı)



da metabolik bir etki ile bir fizyolojik işlevi eskisine döndürmek, düzeltmek, değiştirmek amacıyla kullanılan madde veyahut maddeler kombinasyonu olarak tanımlanmıştır<sup>128</sup>.

İlaçların hem amaçları hem de içerdikleri maddeler dikkate alınarak tanımları yapılmış dolayısıyla ilaçların hem teşhis ve tedavi edici özelliğe sahip oldukları hem de kimyasal işleme tabi tutuldukları belirtilmiştir.İlacın tıbbi amacı ile içeriği dikkate alındığında, gıda desteklerinin, kozmetik ve medikal ürünlerin, diyet ürünlerinin vb. ürünlerin ilaç olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>129</sup>.

İlaç mal cinsi olarak tüketim malları arasında olup, bir defa kullanılarak tükendiğinden dayanıksız tüketim malları arasında yer almaktadır. Bununla birlikte ilaç, söz konusu edilen hastalığın önlenmesi veya hastanın iyileştirilmesi için ikamesi olmayan bir ürün niteliğindedir<sup>130</sup>. Bu önemi dolayısıyla da ilaç içeriklerinin hazırlanması, korunması, kontrol edilmesi, saklama koşulları ve dağıtımını Sağlık Bakanlığı ve ilgili kuruluşların denetim ve gözetimi altında mevzuata uygun olarak yapılmaktadır<sup>131</sup>.

Sağlık sektörü içerisinde önemli yere sahip olan orijinal ilaçlardan söz edebilmek için o ilacın ilk kez ruhsatlandırılmış olması gerekmektedir. İlaçların piyasaya sunulmaları için ilgili mevzuattaki usul uyarınca ve Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 5. Maddesi gereğince Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurulu tarafından ruhsatlandırılması gerekmektedir. Söz konusu Yönetmelikte “orijinal tıbbi ürün” olarak ifade edilen ilaçlar, etkin maddeler dikkate alındığında kabul edilebilir etkinlik, kalite ve güvenliğe sahip olduğu ispatlanan, pazara sunulmak üzere ilk defa ruhsatlandırılmış ürünler olarak tanımlanmıştır<sup>132</sup>.

Orijinal ilacın koruma süresi içerisinde aynı etkinlik, kalite ve güvenilirliğe sahip olsalar bile başka bir ilacın piyasaya sürülmesine imkan tanınmamıştır. Başka bir deyişle, orijinal ilaçlar,

<sup>128</sup> İlaçların Güvenirliği Hakkında Yönetmelik, m. 4/1(i) (R.G. 03.07.2015 T., 28973 sayı)

<sup>129</sup> **Demir**, Mehmet, İlaç Kullanımı SonucundaDoğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, s.110-111; **Hakeri**, Hakan, İlaç Hukuku, Ankara, 2015 s.9-11; Hakeri ilaç tanımını, insanların sağlıkları ile ilgili tıbbi bir amaca yönelik olup olmamasına ve kimyasal bir işlemin uygulanıp uygulanmamasına göre yapmış, bu kapsamda vitaminlerin de ilaç olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. **Hakeri**, s.9.

<sup>130</sup> **Özcan Büyüktanır**, 2011, s.248.

<sup>131</sup> **Soylu**, s.5.

<sup>132</sup> Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, m.4(v).

güçlü yasalar, patent ve veri koruma şemsiyesi altında belli bir süre boyunca korunduklarından bu yasal süreler içinde başka bir ilaç şirketinin bu ilacın benzerini üretmesine izin verilmemektedir<sup>133</sup>. Bu sebeple ancak orijinal ilacın koruma süresi sona erdikten sonra o ilaca benzer başka bir ilaç piyasaya sürülebilmektedir. Orijinal ilaca sağlanan hukuki koruma süresi sona erdikten sonra orijinal ilaç üreticisinden izin almaksızın o orijinal ilaca eşdeğer ilaç üretilip satıldığı durumlarda karşımıza jenerik (eşdeğer) ilaçlar çıkmaktadır.

## 2.2. JENERİK İLAÇ KAVRAMININ TANIMI

İlaç kavramının kapsamının ve içeriğinin daha iyi değerlendirilmesi için jenerik ilaç kavramının da bilinmesi gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi bir ilaç firmasının yaptığı araştırmalar sonucu, ilacın etkin ve güvenilir olduğu sonucuna ulaşılır sonrasında sağlık otoriteleri tarafından onaylanarak ruhsatlandırılırsa bu ilaç orijinal ilaçtır.

Bununla birlikte, patentli bir ilacın patent koruma süresi bittikten sonra üretilebilen, orijinal ilacın referansı ile bu orijinal ilaca eşdeğer olduğu ispatlanarak ruhsatlanan ilaçlar ise jenerik ilaç olarak kabul edilmektedir<sup>134</sup>. Bir diğer ifadeyle jenerik ilaç, orijinali ile aynı özellikte olup, hastada orijinal ilacın sağladığı tedaviyi aynen sunan, güvenlik, tesir, kalite ve performans olarak orijinal ilaçla kıyaslanabilir nitelikte olan orijinal ilaçların patent süreleri sona erdikten sonra patentsiz olarak satış için piyasaya sürülen ürünler jenerik ilaçtır<sup>135</sup>.

Jenerik ilaçlar Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinde “jenerik tıbbi ürün” kavramı ile tanımlanmış, bu tanıma göre “*Etkin maddeler açısından orijinal tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik forma sahip olan ve orijinal tıbbi ürün*

<sup>133</sup> Soylu, s.9.

<sup>134</sup> Tekinalp, s. 554; Toplu Ünlü, Selma /Atılğan Karakulak Özge, İlaç Markalarında Mülkiyeti Haiz Olmayan İsim (INN) ve Karıştırılma İhtimali Tespitinde Dikkate Alınacak Faktörlere İlişkin Değerlendirme, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 2010, s.851.

<sup>135</sup> Tekinalp, s. 554; Hakeri, s.14.

ile biyoeşdeğerliliğinin uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlandığı tıbbi ürün” olarak ifade edilmiştir<sup>136</sup>.

Dolayısıyla jenerik ilaç da doğrudan insan sağlığını ilgilendirdiğinden orijinal ilaçla aynı etkinlik, kalite ve güvenilirlikte olması şartı aranmakta jenerik ilacın farklı bir ilaç üreticisi tarafından pazara sunulması için biyoeşdeğerliliğinin ispatlanması gerekmektedir<sup>137</sup>.

Biyoeşdeğerliliğin kontrolü ise ülkemizde Sağlık Bakanlığı tarafından yapılmaktadır. Sağlık Bakanlığı bu kontrollerin düzenlenmesi amacıyla, jenerik ilaçlara ilişkin usul ve esasları “*Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik*”<sup>138</sup> ile düzenlemiştir. Bununla birlikte jenerik ilaçlar her ne kadar yeni olma özelliği taşımadıklarından patent korumasından yararlanamamaları da gerekli testleri geçerek ruhsatlandırılmakta dolayısıyla sağlık otoriteleri tarafından incelemeye tabi tutulmaktadır<sup>139</sup>.

Orijinal ilaç, patent ile güçlü bir korumaya sahip olduğundan, patentli koruma süresi içerisinde ilaç üreticisi firma, bu ilacın benzerinin üretilmesine onay vermemektedir. İlacın patent koruması sona erdikten sonra jenerik ilaç üretilmesiyle buluş sahibi ilaç firması piyasada tekel olma özelliğini kaybetmektedir<sup>140</sup>. Jenerik ilacın ortaya çıkış sebebi, orijinal patentli ilacın güçlü korunmasından kaynaklanmaktadır. Jenerik ilacın mevcudiyeti için orijinal ilaç üreticisinden izin alınması gerekmektedir<sup>141</sup> ve ilacın içeriğinin orijinal ilaç ile benzer olması gerekmektedir. Bu sebeple ülkemizde 2000 yılından itibaren TC. Sağlık Bakanlığı tarafından ilaç üreticilerine etkinlik, kalite ve güvenilirlik koşullarının ispatlanması suretiyle jenerik ilaçlar için ruhsat izni verilmektedir<sup>142</sup>.

---

<sup>136</sup> Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, m.4/1(i)

<sup>137</sup> **Hakeri**, s.14-15.

<sup>138</sup> Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik (RG. 27.05.1994 T., 21942 sayılı)

<sup>139</sup> **Tekinalp**, s. 555.

<sup>140</sup> **Özcan Büyüktanır**, 2011, s.13.

<sup>141</sup> **Hakeri**, s.14.

<sup>142</sup> **M. Demir**, s. 112.

Jenerik ürün pazarının gelişmesi ilaç pazarında tasarruf sağlamakla birlikte rekabeti de teşvik edeceğinden, AB’de jenerik ilaç pazar payı giderek genişlemiştir. Jenerik ilaçlar ülkelere göre farklılık göstermekle birlikte, orijinal ilaçların %20 ile %80 arasında daha az maliyetle fiyatlandırılmaktadır. Böylece orijinal ilaç ile aynı etkinlik, kalite ve güvenilirliğe sahip olan jenerik ilaçlar, patent koruma süresi sona eren ilacı üreten işletmeler ile rekabet içinde olacağından daha uygun fiyatlı olarak piyasada yer alma imkanı bulmaktadır<sup>143</sup>. Jenerik ilaca verilen bu yasal iznin amacı hastaların ilaca ulaşma imkanını kolaylaştırmak, rekabet ve tüketiciye sunulan çeşitli seçeneklerle inovasyonu desteklemektir<sup>144</sup>.

Jenerik ilaç isimleri ile orijinal ilaç isimleri genellikle birbirinden farklı olup, jenerik ilaç üreticisi firma, orijinal ilacın isminden ve renginden farklı bir seçim yapmayı tercih etmektedir. Bu sebeple orijinal ilaç ile jenerik ilaç arasında Sınai Mülkiyet Hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların genellikle karşımıza çıkmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla jenerik ilaç, genellikle farklı bir isme, şekle, sese veya renge sahip olacağından orijinal ilaç ile karıştırılma ihtimali oldukça az karşılaşılan bir durumdur<sup>145</sup>.

### 2.3. İLAÇ MARKA İSİMLERİNİN BELİRLENMESİ

Küreselleşen ekonomi içerisinde mal veya hizmetini, rekabet içerisinde olduğu pek çok işletmenin mal veya hizmetinden ayıran, kendi mal ve hizmetine kimlik kazandıran, kalitesi konusunda tüketicisine güven veren, tüketicisi ile bağ oluşturan işletme, bu gayri maddi varlığını korumak, kendi emeğini güvence altına almak istemektedir. İlaç sektörü içerisindeki işletmeler de böyle bir güvenceden yararlanmak istediklerinden, ilaç markaları karşımıza çıkmaktadır.

<sup>143</sup> Tekinalp, s. 554; İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası, s. 15-16.

<sup>144</sup> İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası, s. 20.

<sup>145</sup> Teva, E.T.: 26.12.2021, [https://www.teva.com.tr/our-products/generic-medicine/genericmedicine-fa-qs/#item\(169481\)](https://www.teva.com.tr/our-products/generic-medicine/genericmedicine-fa-qs/#item(169481))

Sağlık sektörü içerisinde önemli bir yeri olan ilaçların jenerik isimleri ve marka isimleri olmak üzere iki tür isimleri bulunmaktadır<sup>146</sup>. Jenerik isim ilacın kimyasal maddesini işaret eden bir başka ifade ile etken maddesini içeren isim olup, salt jenerik ismin ilaç ismi olarak kullanılması Marka Hukuku anlamında korunmamıştır. Bununla birlikte ilaçlar, hekim ve eczacıların kolayca akıllarında kalmaları nedeniyle, ilacın etken maddelerinin isimlerinden türetilmektedir. Milyonlarca ilaç içerisinde, hastalığın teşhisi veya tedavisi için gerekli olan ilacın hekimlerle eczacılar bakımından kolayca bilinmesi, hatırlanması ve ayırt edilmesi amacıyla ilacın etken maddelerinden türetilmesi yoluyla oluşturulan ilaç markaları karşımıza sıklıkla çıkmaktadır<sup>147</sup>.

İlaçlar bir marka ismi ile piyasada yer alacaklarından, ilaç firmaları tarafından isimlendirilirken, talepteki istikrarın sağlanması, ilacın tanınmasının kolaylaştırılması, sektörde marka oluşturulması, imajın korunması vb. marka amaçlarını taşımaktadır<sup>148</sup>.

Bu amaçlar dikkate alınarak, ilaç isimleri hedef kullanıcı kitlesi olan hekimler, eczacılar, hastalar nezdinde diğer rakiplerden ayırt edilebilir olmasını, kolay hatırlanabilir olmasını, bunun için markanın ilacın etken maddesi ile bağlantılı olmasını, ihracat yapılacağı ülkenin dilinde kötü bir anlamı olmamasını vb. koşullarına göre belirlenmektedir<sup>149</sup>.

İlaç isimlerinin de diğer ürün markaları gibi, ayırt edici niteliği haiz olması, çizimle görüntülenebilir veya benzer biçimde ifade edilebilir, baskıyla yayınlanabilir ve çoğaltılabilir olması gerekmektedir. Bu iki koşulun olması haricinde marka isimlerinin belirlenmesinde bir serbestlik bulunmaktadır. Ancak bununla birlikte ilaç markaları bakımından ilaçların niteliğinden kaynaklanan durumlar, reklam ve hukuki sınırlamalara tabiiyetleri gibi hususlar ile ilaçlar diğer ürünlerden farklı olup, karıştırılma ihtimalindeki esaslar bakımından özellik arz etmektedir<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> **Hakeri**, s.74.

<sup>147</sup> **Hakeri**, s.74; **Alıca**, *Türkey, İlaç Sektöründe Marka Tercihi ve Tescil Engelleri*, 2009, s.24.

<sup>148</sup> **Piri**, Özge, *556 Sayılı KHK Hükümlerine Göre İlaç Markaları*, Ankara, 2012, s.36.

<sup>149</sup> **Kanbak**, Pınar, *Marka İsmi Yaratma ve İlaç Sektöründe Uygulama*, İstanbul, 2002, s. 29-30; **Piri**, s. 38; **Alıca**, s.16.

<sup>150</sup> **Alıca**, s.5. İlaç isimleri belirlenirken dikkate alınan ayırt edicilik niteliği, 25705 sayılı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinde de belirtilmiş, ilaç isimlerinin “Beşeri tıbbi ürünün yaygın

İlaç isimleri, günlük hayatta kullanılmayan genellikle anlam ifade etmeyen fantezi sözcüklerden oluşmaktadır<sup>151</sup>. Bu sebeple pek çok ilaç seçenekleri arasında karışıklığa sebebiyet vermemesi için ilaçların hekimler ve eczacılar tarafından kolay hatırlanabilir olması önem taşımaktadır. Bu amaçla ilaç üreticileri ilacın etken maddesi veya ilacın hammaddesinden türetilen isimleri ilaç markası olarak belirlemektedir<sup>152</sup>.

Belirli bir işletme tarafından üretilen mal veya hizmetin, başka bir işletmenin ürününden ayırt edilmesi için araç olan markalarda ayırt etmeye elverişli olmayan isimler marka olarak tescil edilemeyeceklerinden hastalığın ismi, tedavi, ilaç gibi kelimeler ilaç markalarına konu olamayacaklardır<sup>153</sup>.

İlaç markalarına konu olacak isim belirlenirken her ne kadar ilaçların işleyişini hatırlatan işaretlerin bulunmaması gerekseyse de hastalar, hekimler ve eczacılar bakımından ilacın başka bir ilaçla karıştırılmasına sebebiyet vermeyecek bir niteliği haiz olması beklenmektedir. Bu temel esaslarla birlikte ilaç markaları niteliği itibariyle isimlendirilirken birkaç husus dikkate alınarak isimlendirilmektedir.

### 2.3.1. İlacın Etken Maddesi Dikkate Alınarak Hazırlanan Markalar

Etken madde ilaçta kullanılan farmakolojik aktif maddeleri ifade etmekte olup<sup>154</sup>, Dünya Sağlık Örgütü tarafından INN (International Nonproprietary Name/Uluslararası Mülkiyete Konu Edilemeyen İsim) olarak adlandırılmaktadır<sup>155</sup>. İsminden de açıkça anlaşıldığı üzere, bir kimsenin INN üzerinde fikri mülkiyet hakkı iddia etmesi mümkün değildir. Bu sebeple bir ilaç markası tek başına INN olarak ifade edilen etken madde isminden oluşmamaktadır.

---

ismi ile karışmasını engelleyecek şekilde icat edilmiş olan ticari ismini veya beşeri tıbbi ürünün ruhsat veya izin sahibinin ismi veya ticari marka ile birlikte verilen yaygın veya bilimsel ismini” ifade ettiği hüküm altına alınmıştır. Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, m.4/1(c)

<sup>151</sup> **Yılmaz**, s.164-165; **Öztek**, Selçuk, İlaç Markaları, Kazancı Hukuk Dergisi, 2006, s.66.

<sup>152</sup> **Yılmaz**, s.164.

<sup>153</sup> **Noyan**, s.206.

<sup>154</sup> **Alıca**, s.17.

<sup>155</sup> Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, m.4/1(hh)

Nitekim mevzuatta da bu durum hüküm altına alınmış, ilaç isminin ürünün INN ya da yaygın ismi ile karışmasını engelleyecek biçimde belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>156</sup>.

İlaçlar tek başına etken maddenin ismini kullanamayacakları gibi sadece etken madde ismi ile marka da oluşturamayacaklardır. Ancak, ilaç markaları tek başına etken madde ismini taşıyamasalar da genellikle pek çok ilaç markası arasından doğru olanın seçimini kolaylaştırmak için etken maddelerine çağrışım yapacak şekilde isimlendirilmektedir<sup>157</sup>. Dolayısıyla hekim ve eczacılar bakımından hatırlanabilirliğin sağlanması amacıyla ilaç isimleri ilacın etken maddesi ile bağlantı kurularak belirlenmektedir<sup>158</sup>. Bu kapsamda etken madde ismini doğrudan tanımlamayan ancak onlardan türetilen isimler ilaç marka ismi olabilmektedir.

İlaçların marka isimleri belirlenirken en çok tercih edilen yöntem, ilacın etken maddesini veya farmasotik maddeleri ifade eden INN'lerden türetilen, onlara eklenecek sözcüklerle hem etken maddeden hareketle oluşturulan hem de ondan uzaklaşan kelimelerin kullanılmasıdır. İlaç markalarında böyle bir tercihin amacı, pek çok ilaç içerisinde hekim ve eczacının ilgili ilacı kolayca tanınmasını sağlamaktır<sup>159</sup>.

Bu kapsamda örnek vermek gerekirse “naproxen” etken maddesi INN ismi olmakta, bu etken maddeden türetilen “Apranax, Anaprotab, Aprodent, Karoksen, Kapnax” isimler ilaç markaları olarak belirlenmiştir<sup>160</sup>. Yine “amoksisilin trihydrate” etken maddesini içeren ilaçlarda “amoklavin, amoksilav” isimlerinin tercih edildiği görülmüştür<sup>161</sup>.

---

<sup>156</sup> Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, m.4/1(c)

<sup>157</sup> **Yılmaz**, s.170; **Hakeri**, s.74; **Alca**, s.17; **Çolak**, 251.

<sup>158</sup> **Kanbak**, s. 34.

<sup>159</sup> **Alca**, s.17.

<sup>160</sup> **Piri**, s.42; **Alca**, s.7.

<sup>161</sup> **Teoman**, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku Hukuki Mütalaalar 1989-1991, İstanbul, 1992, s.124; **Alca**, s.18.

### 2.3.2. Hastalığın Önlenmesi veya Tedavisi Hedeflenen Hastalıkları Çağrıştıran Markalar

Hastalığın doğrudan kendi ismi, ilaç markası olarak tescil edilememekle birlikte ilaç ismi belirlenirken bazı durumlarda hastalığın ismi dikkate alınarak belirlemeler yapılmaktadır. Bu yöntem ile yapılan seçimler hastalığın önlenmesi veya tedavisi için uygun bulunan ilacın isminin hatırlanmasını hekimler bakımından kolaylaştırmakla birlikte, hastalar bakımından da hastalığın iyileştirme amacına vurgu yapılarak hasta için pozitif mesaj oluşturmaya neden olduğu belirtilmektedir<sup>162</sup>.

Bu kapsamda, sindirim sistemindeki spazm hastalıklarının tedavisi için antispazmotik ilaçlar olan “Spazmol, Spazmotek” ilaç isimleri belirlenmiştir. Yine tüberkiloz (verem) tedavisinde kullanılan “tüberamid” ilaç markası örnek olarak gösterilebilir<sup>163</sup>. Soğuk algınlığı olan kişilerin bundan kaynaklanan semptomlarının giderilmesinde kullanılan “Tylo Cold&Flu” ilaç markası da, üst solunum yollarında meydana gelen enfeksiyon dikkate alınarak belirlendiğinden bu konuda örnek olabilmektedir<sup>164</sup>.

### 2.3.3. İlaçların Belirli Niteliklerini Öne Çıkaran Markalar

Bazı durumlarda ise ilacın kullanım sıklığına, karışımına, dozuna vurgu yapılması amaçlanarak ilaç isimleri belirlenmektedir. İlaç firmaları tarafından bu marka isimleri belirlenirken, ilacın son tüketicisi hastalar dikkate alınmaktadır<sup>165</sup>. Buna örnek olarak günde bir defa kullanılması önerilen ilaçlarda “one-a-day” “daily one” ifadeleri ile marka ismi oluşturulmaktadır<sup>166</sup>.

<sup>162</sup> Piri, s.42; Alca, s.18, 40.

<sup>163</sup> Alca, s.18.

<sup>164</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu, E.T.: 16.04.2022, [https://online.turkpatent.gov.tr/trademark-search/pub/#trademark\\_result\\_detail](https://online.turkpatent.gov.tr/trademark-search/pub/#trademark_result_detail)

<sup>165</sup> Alca, s.19.

<sup>166</sup> Piri, s.42.



## 2.4. İLAÇ MARKALARININ İŞLEVLERİ

### 2.4.1. Kaynak Gösterme İşlevi

Bir ilacın hangi firma tarafından hangi ülkede üretildiği konusu, gelişen ekonomi, teknolojiyle ve lisans yoluyla kullanımı sonucunda etkisini büyük ölçüde yitirmiş, marka ile kişilik kazanan ilaç, üretici firmanın önüne geçmiştir<sup>167</sup>. Söz konusu sağlık hakkına erişim olduğundan, kişinin sağlığına iyi gelecek onu tedavi edecek ilacın nerede üretildiği bilgisi çoğu zaman hasta veya hekim bakımından da önem taşımamaktadır<sup>168</sup>. Küresel üretimin yaygınlaştığı günümüzde, ilaç üreticileri ilaçları bizzat üretmekten ziyade, iş gücünün ucuz olduğu başka bir yerdeki firmaya ürettirdiğinden veya marka lisansı vererek kalitesini kontrol ettirmekle yetindiğinden, ilaç markalarında marka ile üretici firmaya ulaşmak oldukça zorlaşmıştır. Bu sebeple ilaç markalarında ilacın kaynak gösterme işlevi önemini büyük ölçüde yitirmiştir<sup>169</sup>.

### 2.4.2. Ayırt Etme İşlevi

Markanın temel fonksiyonu olan ayırt etme fonksiyonu, ilaç markaları için de söz konusu olmakta, bir işletmenin ilacını diğer bir işletmenin ilacından ayırt edilmesini sağlamakta, adeta ona kişilik kazandırmaktadır<sup>170</sup>. Marka, işaret ettiği mal veya hizmetin kendisinden, onun nitelik ve karakteristik özelliklerinden uzaklaştıkça ayırt edicilik işlevi de güçlenmektedir.

İlaca verilen isimler, genellikle ilacın etken maddesinden türetilmiş isimler olduğundan ayırt edicilik işlevleri zayıf olmakla birlikte ilacın, başka bir hastalığın teşhisi veya tedavisi için kullanılan ilaçtan farkının belirlenebilmesi için ona ayırt edilebilirlik niteliğinin

---

<sup>167</sup> Alca, s.12.

<sup>168</sup> Çolak, s. 16-17.

<sup>169</sup> Alca, s.12; Tekinalp, s.53.

<sup>170</sup> Tekinalp, s.426; Epçeli, s.38; Kanbak, s.37.

kazandırılması, ilaç marka isimleri belirlenirken ilacın etken maddesine eklenen eklerin ya da etken maddeden türetilecek kelimelerin ayırt ediciliğinin yüksek olması gerekmektedir<sup>171</sup>.

İlaç markaları söz konusu olduğunda, marka isminin belirlenmesindeki esaslar dikkate alındığında markanın ayırt edicilik işlevi çok baskın olmamaktadır. Bu sebeple markalar arasında ufak farklılık ile yetinmek, benzer içerik ve etkideki ilaç markaları arasında belirli bir ölçüde karıştırılmayı normal karşılamak, diğer sektörler göre daha fazla müsamahalı davranmak gerektiği ifade edilmektedir<sup>172</sup>.

### 2.4.3. Reklam ve İletişim İşlevi

Markaların işlevleri arasında yer alan reklam fonksiyonu, ürünün tanıtılmasından doğan sonucu göstermektedir. Markanın tüketici nezdinde imajının oluşması ve değerinin artması markanın kendiliğinden reklam fonksiyonunu oluşturmaktadır. Ancak ilaç markalarında, markanın reklam işlevi oldukça geri plandadır. İlaçların diğer ürünlere göre tanıtım ve reklamları daha sıkı koşullara tabi tutulduğundan ilaç markaları bakımından reklam işlevi oldukça zayıftır<sup>173</sup>.

Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun iznine tabi olan sağlık personellerine ilacın pazara sunulduğunu duyuran gazete ile dergi ilanları hariç olmak üzere ilaçların halka açık yayını olan medya ve iletişim ortamlarında reklamı yasaklandığından ilaç markaları bakımından baskın bir reklam işlevi olduğunu söylemek zordur<sup>174</sup>. Bununla birlikte reklam işlevinin genişletilmesi, reklamın sadece tanıtım yapmaktan ibaret kabul edilmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla reklam sayesinde ulaşılan tanınmışlıktan yararlanılması da ilaç markalarında

<sup>171</sup> Alca, s.9.

<sup>172</sup> Hakeri, s.74; Öztekin, s.67.

<sup>173</sup> Öztekin, s.66.

<sup>174</sup> “İcrayı sanat eden tabipler hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmaları memnudur.” Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, m.24. (R.G. 14.04.1928 T., 1219 sayı); Aynı şekilde İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 13. Maddesine göre de reçetesiz satışı yapılmayan ilaçların tıbbi dergiler dışında reklam yapılmasına izin verilmemiştir. Reçetesiz satışı yapılan ilaçlarda ise ilan yoluyla tanıtımına, tarifname ve gazetelerle sınırlı olmak üzere bazı şekil şartları uyarınca imkan tanınmıştır.

reklam işlevinin olduğunu göstermektedir<sup>175</sup>. Yine ilaçların sağlık personellerine tanıtımları dikkate alındığında, ilaç markalarındaki reklam işlevi karşımıza çıkmaktadır.

Yapılan bir çalışmada marka bilinirliğinin hastanın iyileşmesi üzerindeki etkileri incelenmiş bu kapsamda üç hipotez test edilmiştir. Çalışma sonucunda marka bilinirliğinin hastanın iyileşmesi üzerinde olumlu etkisi olduğu anlaşılmıştır<sup>176</sup>. Dolayısıyla ilaç markaları bakımından reklam işlevinin olduğunu söylemek mümkündür.

Markanın reklam işlevi ile bağlantılı olan, markanın imaj oluşturma veya psikolojik mesaj yaratma işlevi olarak iletişim fonksiyonu dikkate alındığında ilaç markaları bakımından iletişim fonksiyonunun da etkisi olduğu belirtilmelidir. İlaç üreticisi firmalar ile ilacın tüketicileri arasında bağ kurmanın önemi dikkate alındığında, ilacın sağlık hakkı için olan öneminden dolayı ilaç üreticileri ile ilaç tüketicileri arasında sıkı bir güven ilişkisi bulunmaktadır. İlaçlar isimlendirilirken ilaç firmaları, tüketicileriyle olan iletişimlerini de dikkate alarak ilaç isimlerini belirlemektedir<sup>177</sup>. Bu sebeple ilaç markaları bakımından da, markanın iletişim işlevi olduğunu ifade etmek mümkündür.

#### 2.4.4. Garanti ve Kalite İşlevi

Garanti işlevi, tüketicinin bildiği markanın üzerindeki mal veya hizmete alışmış olmasını, ondan beklediği fayda ve memnuniyeti sonraki alımlar için de devam etmesini, belirli bir kalite konusunda tüketici nezdinde güven oluşturulmasını ifade etmektedir<sup>178</sup>.

Belirtmek gerekir ki işletmelerin kaliteyi koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>179</sup>. Ancak işletmenin piyasadaki varlığını devam ettirmesi, ekonomik olarak kazancını artırması, tüketicinin o mal veya hizmete rağbet etmesi için işletmenin mal veya hizmetini garanti etmesi önem taşımaktadır. Bu sebeple üçüncü kişiler tarafından markanın taşıdığı mal veya

<sup>175</sup> Alca, s.12-13.

<sup>176</sup> Saleem, The Effect of Patient's Medical Brand Awareness on Healing Perception, 2019, s.59, 79.

<sup>177</sup> Çolak, s. 18.

<sup>178</sup> Alca, s.9.

<sup>179</sup> Arkan, C.I., s.38; Tekinalp, s.352; Yasaman/Yusufoğlu s. 19.

hizmetin kötüleştirilmesi durumunda marka hakkı sahibine bu duruma engel olma hakkı tanınmıştır<sup>180</sup>.

Garanti ve kalite işlevi ilaç markaları bakımından oldukça önemlidir. Hastalıkların teşhis, tedavi veya önlenmesinde kullanılan ilaçlar, ruhsatlandırılmadan önce, içeriği, önceden belirlenen tür ve miktardaki etken maddeleri, dozu gibi hususlar bakımından yasal olarak desteklendiğinden ilaç markaları garanti işlevlerini göstermektedir<sup>181</sup>. Bununla birlikte hastanın daha önce kullandığı ve olumlu etkisini gören ilaç tüketicisi, o ilacın markasına güvenerek tekrar, daha önce kullandığı, memnun olduğu, yan etkilerinin kendisini etkilemediği veya sorun teşkil etmeyecek kadar az etkilediği ilaca yönelecektir.

## 2.5. İLAÇ MARKALARININ TESCİLİ

İlaç markaları bakımından takip edilecek tescil süreci SMK'da belirtilen tescil usulü ile aynı olup, ilaç markasının tescilinde ilacın genetik özelliği veya hastalıklara olan ilgisi vb. hususlar inceleme konusu yapılmamaktadır<sup>182</sup>.

Her ne kadar ilaç markalarının tescili bakımından diğer mal veya hizmetlerin tescil usulü bakımından bir farklılık bulunmasa da ilaçlarda INN isimlerinin tescil edilemediği değerlendirildiğinde bu hususta ilaç markaları bakımından dikkatli değerlendirme yapılmalıdır. Dolayısıyla ilaç markaları usuli süreç bakımından diğer ürünlerle aynı usule tabi olmakla birlikte, niteliğinden kaynaklanan özellikleri dolayısıyla marka tescil başvurusunda tescil koşullarının mevcudiyetinin veya özellikle dikkate alınması beklenmektedir. Oysa gerek TPK tarafından gerekse de Sağlık Bakanlığı tarafından INN isimlerinin tescili konusunda hassas davranılmadığı görülmektedir<sup>183</sup>.

Tescil edilen marka kural olarak hangi sınıf için tescil edilmişse o sınıf bakımından koruma sağlamaktadır. Sınıflandırmada esas alınan Nis Anlaşmasına göre de ilaç markalarının tescili

<sup>180</sup> **Yasaman/Yusufoğlu**, s.19.

<sup>181</sup> **Alca**, s.10.

<sup>182</sup> **Piri**, s.48.

<sup>183</sup> **Yıldırım**, Murat, İlaç Markaları ile Mülkiyete Konu Olmayan Uluslararası İsimler (INN) İlişkisinin Hukuki Açısından İncelenmesi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 2006, s.109.

Nis Sınıflandırmasının 5. Sınıfına göre “insan ve hayvan sağlığı için ilaçlar, tıbbi amaçlı kimyasal ürünler ve elementler” kategorisi ile yapılmaktadır<sup>184</sup>. Ancak burada başka ürün markalarından farklı olarak, ilk tescilli marka zamanla tanınmış marka haline geldiğinde, ilk tescilli markanın aynısı veya benzeri olan marka başka bir emtia için dahi tescil ettirilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>185</sup>.

### 2.5.1. İlaç Markalarında Mutlak Tescil Engeli

Marka olarak kullanılacak işaretlerin seçimi konusunda geniş bir serbesti tanınmasına rağmen, ilaç markalarının özelliği ve önemi dikkate alındığında ilaç markaları bakımından birtakım kısıtlamaların düzenlendiğini belirtmek gerekmektedir.

Mutlak tescil nedenleri, SMK'nın 5. Maddesinde düzenlenmiş, işaretin niteliğinden kaynaklanan, ayırt edici niteliği haiz olmayan, ticarete herkesin kullanımına açık bırakılan veya kamu düzenine aykırılığı dolayısıyla tescil edilemeyecek işaretleri düzenlemektedir. Bu işaretlerin tescilini, tescil başvurusu esnasında TPK resen incelemekte, yargılama aşamasında ise mahkemelerce re'sen incelenmektedir<sup>186</sup>. İlaç markaları bakımından yapılacak değerlendirmede, başvuruya konu işaretin tescil engeli taşıması durumunda başvuru reddedilecek, tescil edilmiş bir marka varsa hükümsüzlüğüne karar verilecektir<sup>187</sup>.

SMK m. 5'te düzenlenen mutlak red nedenlerinin tamamı ilaç markaları için de geçerli olmakla birlikte, ilaç markalarının niteliğinden kaynaklanan bazı özel sebeplerle mutlak ret nedenlerinin bazıları özellikle dikkate alınacaktır.

#### 2.5.1.1. Tanımlayıcı İşaretlerin Tescil Engeli Olması

SMK m.5/1(c) hükmü gereğince ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya

<sup>184</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu, Mal ve Hizmet Sınıflandırma Listesi, s.2, E.T.: 03.02.2022, <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F0350475-CA48-45ED-8740-7FA48400987E.pdf>

<sup>185</sup> **Yılmaz**, s.252.

<sup>186</sup> **Noyan**, s.206; **Tekinalp**, s. 400; **Arkan**, s.71; **Yasaman**, s.223.

<sup>187</sup> **Yasaman**, s.223.

malların ya da hizmetlerin diğere özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretlerin mutlak tescil engeli olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu tür işaretler, mal veya hizmetin başka bir mal veya hizmetten ayırt edilmesine imkan tanımamakta, o mal veya hizmetin kendisini tanımlamaktadır. Bu sebeple, söz konusu mal veya hizmeti üreten, sağlayan herkesin kullanımına açık bırakılmalı, herkes tarafından kullanılabilir olmalıdır.

İlaç markalarında da ilacın etken maddesini ifade eden INN'lerin, jenerik isimlerin, ilacın tedavi ettiği hastalığın isminin doğrudan kullanılması, ilacın cins, vasıf, amaç ve karakteristik özelliğini belirttiğinden bunlar ilaçlar bakımından tescil engeli veya tescil edilmişse hükümsüzlük nedeni olacaklardır. Bu niteliklerden en az birini içeren bir işaretin tescil engeli olması için işaretin özel bir zihni çabaya gerek kalmaksızın tanımlayıcı olması gerekmekte, dolaylı olarak çağrıştırma veya ima ile anlatım mutlak tescil nedeni olarak görülmemektedir<sup>188</sup>.

Kanunun ifadesinde, tanımlayıcı ifadelerin “münhasıran ya da esas unsur” olarak yer alması sonucu bunların mutlak ret nedeni olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu ifade 556 sayılı KHK 7. Maddesinde de yer almaktadır<sup>189</sup>. Bu ifadeden hareketle, tanımlayıcı işaretlerin markaya konu işarete müstakil olarak veya esas unsur olarak kullanılması mutlak tescil engeli olarak kabul edilmişse de, esas unsura tanımlayıcı olmayan ekleme yapılmak suretiyle tescil engelinin aşılacağı kabul edilmektedir<sup>190</sup>. Ekleme yapılan kelimeyi oluşturan her bir kısmın ayrı ayrı tanımlayıcı olması tescil engelinin aşılması için yeterli görülmemiş, kelime bir bütün olarak değerlendirildiğinde yani kelimenin kendisinin tanımlayıcı olması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca burada, ilaç markasına konu olacak yeni türetilen sözcüğün tanımlayıcı

<sup>188</sup> **Alca**, s.23; **Tekinalp**, s.378; Detaylı açıklama için bkz: aşı. 3.2.3.1. “Mal ya da Hizmetlerin Karakteristik Özelliklerini İçeren İşaretler”.

<sup>189</sup> 40/94 sayılı Tüzüğün 7/1-c ve 89/104 sayılı Direktifin 3/1-c maddelerinde kullanılan “exclusively” kelimesi KHK’de “münhasıran veya esas unsur” olarak tercüme edilmiştir.

<sup>190</sup> **Alca**, s.23.

işareti haiz olup olmadığı ilacın tüketicileri olan hekim, eczacı ve hastalar nezdinde değerlendirilecektir<sup>191</sup>.

İlaç markaları çoğunlukla etken madde isimlerinden veya hastalıkların isimlerinden türetilerek oluşturulmaktadır<sup>192</sup>. İlacın etken maddesi bir markada müstakil olarak veya esas unsur olarak yer alıyorsa, ilacı tanımlayan ve ayırt ediciliği olmayan marka isminin tesciline izin verilmeyecek ya da hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacaktır. Nitekim Fransız Temyiz Mahkemesi, “aminophylline” etken maddesinden doğrudan oluşturulan “inophylline” ilaç marka adını tescil engeli;<sup>193</sup> “thiocol” etken maddesini münhasıran içeren “thiocol” ilaç marka adını da hükümsüzlük nedeni olarak kabul etmiştir<sup>194</sup>.

İlaç marka isimlerinin ilacın etken maddesini taşımasının yanı sıra kimi zaman da ilacın karakteristik özelliğini tanımlamaktadır. ABAD kararına konu edilen “Powdermed” isimli ilaç markası, İngilizce “powder” kelime karşılığı toz, pudra olduğundan, “med” kelimesi de medicine-medical kelimesinin kısaltması olduğundan, bu kelimelerin kombinasyonundan

<sup>191</sup> **ABAD T-166/06**, Powderject Research Ltd v. OHIM, p. 18, 21, 22. (www.curia.europa.eu E.T.: 21.04.2022)

<sup>192</sup> **Yılmaz**, s.170; **Hakeri**, s.74; **Alıca**, s.17; Aynı görüşte karar için bkz: “Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; bir ilaca ruhsat alınmadan önce önerilen ismin INN veya yaygın ismi ile karışmasını engellemek için isminin uygunluğu da kontrol edildiği, ilaç sektöründe marka olarak ilacın INN kodu, etken madde veya jenerik adının, tedavi edilen hastalığın adının doğrudan alnamayacağı, INN kökleri marka olarak tescil edilemezse de bir INN kökünden esinlenmek suretiyle oluşturulmuş markaların tescilinin mümkün olduğu, davalının ilacında kullanmak üzere seçtiği ... isminin hammadde isminden hareketle meydana getirilmiş zayıf bir isim olduğu, ilaç sektöründe bu şekilde ilaç hammaddesinden esinlenmek suretiyle markaların meydana getirilmesi alışılmış bir uygulama olduğu, ... ve ... bu iki isim karşılaştırıldığında, gerek görsel gerek işitsel gerekse kavramsal olarak yeterince farklı oldukları, kelimelerin uzunlukları ve oluşum kompozisyonlarının oldukça farklı olan ibareler arasında bu yönden de herhangi bir iltibas tehlikesi bulunmadığı, hitap ettikleri tüketici kesimi dikkate alındığından da karıştırılma ihtimalinin olmadığı, davalının henüz tescilli bir markası bulunmadığı, başvuru işlemlerinin tamamlanmadığı için hükümsüzlük şartı değerlendirmesine gerek olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” **Yargıtay 11. HD. 11.03.2015 T., 2014/17230 E., 2015/3336 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 20.04.2022)

<sup>193</sup> P. Mathèly, *Le droit français des signes distinctifs*, Paris 1984, sh.118. (Aktaran: Öztekin, s.66)

<sup>194</sup> *Répertoire Dalloz Commercial, Marques*, par Y. Saint-Gall, no 156. (Aktaran: Öztekin, s.66)

oluşan ilaç marka isminin 5. Sınıftaki toz ilaçlar bakımından karakteristik özellik belirttiği gerekçesiyle tanımlayıcı bulunmuştur<sup>195</sup>.

Nis Sınıflandırmasına göre, 3. 5. ve 44. Sınıflarda tescil ettirilmek istenen “Superskin” marka ismi, OHIM (Office for Harmonization in the Internal Market/İç Pazar Uyumlulaştırma Ofisi) tarafından reddedilmiş, konu ABAD tarafından değerlendirilmiştir. Mahkeme, tescil ettirilmek istenen ismin “super” ile “skin” kelimelerinden oluştuğunu ifade etmiş, İngilizce konuşan tüketicilere hitap eden bu isimde “super” kelimesinin yüksek dereceyi ve kaliteyi ifade ettiğini, “skin” kelimesinin de deri, cilt anlamını hatırlattığını bu sebeple ürünün amaç ve niteliğine işaret ettiğini belirtmiştir. Tescili istenen bu kelime unsurlarına ayrılmış, tüketici nezdinde yapılacak değerlendirmede kelime bütün olarak değerlendirilmiş ve bu ismin kişilerde cilt görünümüne etkisi olan ürünler içerdiği düşüncesi oluşturduğunu, ürünün içeriği ile doğrudan veya dolaylı olarak ilişkisi olduğunu belirterek ABAD, OHIM kararını bu yönüyle yerinde bulmuştur<sup>196</sup>.

### **2.5.1.2. Ticaret veya Belirli Bir Meslekte Herkes Tarafından Kullanılan İşaretlerin Tescil Engeli Olması**

SMK'nın 5. Maddesi 1. Fıkrası d bendinde “ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretlerin” tescil edilemeyeceği

<sup>195</sup> **ABAD T-166/06**, Powderject Research Ltd v. OHIM, p. 24, 26. (www.curia.europa.eu E.T.: 21.04.2022)

<sup>196</sup> “OHIM 'süper' kelimesiyle ilgili olarak re'sen bu kelimeyi değerlendirmiş bunun yüksek derece veya kalite anlamına geldiğine karar vermiştir. Bu nedenle, bu övücü kelimenin ilgili mal ve hizmetlerle ilgili olarak tanımlayıcı bir karaktere sahip olduğunu, kelimenin Latince'den türetilmişse de Avrupa Birliği'nin birçok dilinde de yaygın olarak kullanıldığını, ilgili mal ve hizmetlerle ilgili olarak ortalama tüketici için açık olan tanımlayıcı çağrışımlara sahip olduğunu belirtmiştir. Yine OHIM re'sen “skin” kelimesinin diğer anlamlarının yanı sıra insan derisine, yani dış dokusuna atıf olduğunu belirtmiştir. ABAD, özellikle özel beslenme sektöründeki 5. Sınıftaki mal veya hizmetlerle ilgili olarak, bunların içeriklerinin cildin görünümü üzerinde bir etki yaratma amaçlarının olabileceğini ifade etmiş, bu sebeple söz konusu işaretin bu mallarla yeterince doğrudan ve spesifik bir ilişkisi olduğuna hükmetmiştir.” **ABAD T-486/08**, Liz Earle Beauty Co. Ltd v. OHIM, p. 30, 33, 42. (www.curia.europa.eu E.T.: 21.04.2022)



düzenlenmiştir. Bu hükümde de işaretin münhasıran veya esas olarak tescil edilemeyeceği ifade edilerek, işaretin tali unsur olarak markada yer almasına imkan tanınmaktadır.

Kanunun ifadesinden hareketle ilk olarak belirli bir ticaret alanı içinde herkesin kullanımına açık bırakılan işaretlerin tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu kapsamdaki işaretlere örnek vermek gerekirse tıp ve eczacılığın sembolü olarak “asaya sarılmış yılan” figürü tıp ve eczacılık alanlarında tek başına veya esas unsur olarak marka olarak tescil edilemeyecektir<sup>197</sup>.

Bununla birlikte tıp ve eczacılık meslek mensuplarının sıklıkla kullandıkları ifadeler veya bunların kısaltmaları da tek başlarına ya da esas unsur olarak tescil edilememektedir. Örneğin “BSS” olarak kısaltılan (Balanced Salt Solution/Tuz Dengeli Solüsyon) ibaresi göz ile ilgili farmasotik karışımli mallar için belirli mesleğe mensup kişiler tarafından yaygın kullanımı olduğundan marka olarak tescil edilemeyeceğine hükmedilmiştir<sup>198</sup>.

İkinci olarak belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna dahil olan oda, birlik isimlerinin kullanılması da bu kapsamda tescil engelidir. Örneğin Türk Tabipler Birliği (TTB) Türk Eczacılar Birliği (TEB) gibi isim ya da kısaltmalar, tıp ve ilaç sektörüne ilişkin mal veya hizmetler bakımından marka olarak tescil edilemeyeceklerdir<sup>199</sup>.

İlaç markalarında sıradan ve herhangi bir ayırt ediciliği olmayan tablet, kapsül, tedavi gibi işaretlerin de tek başlarına marka olarak tescil edilmeleri çoğu zaman mümkün görülmemiştir<sup>200</sup>.

### 2.5.1.3. Yanıltıcı İşaretlerin Tescil Engeli Olması

SMK'nın 5. Maddesi 1. Fıkrası f bendinde “mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretlerin” marka olarak tescil edilemeyeceği hüküm

<sup>197</sup> **Alca**, s.28.

<sup>198</sup> “ABAD, OHIM’e yapılan “BSS” marka başvurusunun reddine ilişkin kararı değerlendirmiş, söz konusu işaretin 5. Sınıfa tescili halinde bu ifadenin göz ile ilgili farmasotik karışımları ifade etmesi ve Avrupa’da çalışan göz doktorları ve göz cerrahları için yaygın kullanımı olan bir ifade olması, bununla birlikte başvuru öncesinde de kullanımla ayırt edicilik sağlanmamasını belirterek, OHIM’in ret kararının doğru olduğuna karar vermiştir.” **ABAD C-192/03**, Alcon Inc v. OHIM, p. 29, 30, 39. (www.curia.europa.eu E.T.: 21.04.2022)

<sup>199</sup> **Alca**, s.29.

<sup>200</sup> **Noyan**, s.206.

altına alınmıştır. Burada başvuru sahibinin, mal veya hizmetin alıcısı olan tüketiyici yanıtma amacı olup olmadığı önemli değildir; burada incelenen tüketicinin yanılıp yanılmadığıdır<sup>201</sup>.

İlaçlar sağlık mevzuatı ile ve ruhsat sürecinde sıkı bir denetime tabi olduklarından, ilacın tanıtımları, ambalajları, etiketleri ve marka isimleri bakımından yanıltıcılık bakımından tescil sürecinde tescil engeli ile karşılaşma ihtimali oldukça düşüktür. Nitekim ilaç markaları yönünden yanıltıcılık konusunda ülkemiz yargı uygulaması içinde emsal bir karara rastlanmamıştır<sup>202</sup>.

#### **2.5.1.4. Kullanımla Kazanılan Ayırt Edicilik İle Tescil Engelinin Aşılması**

SMK'nın 5. Maddesi 2. Fıkrası, bir markanın başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması durumunda bu markanın tescilinin birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu hükmün uygulanması birtakım şartların varlığına tabi tutulmuştur. Bu kapsamda markanın başvuru tarihinden önce kullanılması ve bu kullanım ile mal veya hizmetler için ayırt ediciliğin sağlanması gerekmektedir. SMK'da belirtilen kullanıma ilişkin SMK'nın kullanım esaslarını düzenleyen 9. Maddesinde kullanımın ciddi olması gerektiği belirtilmiştir. Markanın kullanımından beklenen bu özellik, markanın gerçek ve fiili kullanımının olup olmadığı ön planda tutulmuş, markanın üzerinde taşıdığı mal veya hizmetin diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesine olanak sağlamıştır<sup>203</sup>.

İlaç markaları yönünden kullanımla kazanılan ayırt edicilik ile tescil engelinin aşılması, ilaç marka isminin taşıdığı unsurlara göre mümkün görülmektedir. İlaç marka isminin sadece etken madde isminden oluşması veya esas unsur olarak etken madde ismini alması mümkün olmadığı gibi, böyle bir ilaç marka isminin kullanım ile ayırt edici hale gelmesi de mümkün

---

<sup>201</sup> **Alca**, s.29.

<sup>202</sup> **Alca**, s.31.

<sup>203</sup> **Tamer**, s.41.

görülmemektedir. Zira INN haline gelen bir isim hiçbir koşulda ayırt edici özelliğe sahip olamayacak ve hiçbir şekilde marka olarak tescil edilemeyecektir<sup>204</sup>.

Bununla birlikte ilaç marka isminin herkesin kullanımına açık kelimelerden, işaretlerden oluşması halinde veya etken madde ismine eklenecek ayırt ediciliği olan eklerin bulunması halinde kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanılması mümkün görülmektedir<sup>205</sup>.

### 2.5.2. İlaç Markalarında Nispi Tescil Engeli

SMK'nın 6. Maddesinde düzenlenen nispi ret nedenleri, ilaç markaları bakımından temel olarak iki grup halinde incelenmektedir. Bunlar önceye dayalı diğer hak türleri ve öncesinde başvuru yapılmış veya tescil edilmiş olan bir marka ile benzerliğin bulunması halleridir<sup>206</sup>.

Markaların tescilsiz kullanımları da mümkün olmakla birlikte, SMK'da belirtilen marka hakkı sahibine tanınan yetki ve haklardan yararlanılması için markanın tescil edilmesi gerektiği belirtilmişti<sup>207</sup>. Marka hakkının kullanımına ilişkin hukuki uyumsuzluklarda, ispat külfeti markasını tescil ettirmeyen kişi üzerinde olacağından marka hakkından beklenen hukuki korumayı elde etmek isteyen marka hakkı sahiplerinin markasını tescil ettirmesi beklenmektedir<sup>208</sup>. SMK m.6/3 gereği "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 reddedileceği" düzenlenmiştir. Bu kullanımın markasal kullanım olması ve belirli mal veya hizmet ile ilişkilendirilmiş olması yeterlidir<sup>209</sup>.

Yargıtay "Meloks" ile "Melox" kararında, ilaç markaları bakımından Sağlık Bakanlığına yapılan başvurunun işaret üzerinde önceye dayalı hak verilebileceğini kabul etmesi kararını değerlendirmiş, davacının aldığı ilaç ruhsatları ile bu tarihten itibaren fiili kullanım olduğunu

<sup>204</sup> Yıldırım, s.96; Yıldırım s.107; Yılmaz, s169.

<sup>205</sup> Alca, s.33.

<sup>206</sup> Alca, s.36.

<sup>207</sup> Bknz: yuk. 1.2. "Marka Hakkının Niteliği ve Koruma Süresi".

<sup>208</sup> Tamer, s. 6.

<sup>209</sup> Alca, s.52.

kabul etmiş, “Meloks” ibareli başvuru yönünden önceye dayalı kullanımla kazanılan bir hak olduğunu belirtmiştir<sup>210</sup>.

İlaç markalarında başka bir nispi tescil engeli olarak önce başvurusu yapılmış veya tescil edilmiş olan bir markanın, tescil başvurusu yapılan veya bir şekilde tescil edilmiş olan marka ile karıştırılma ihtimalinden doğan uyumsuzluklar karşımıza çıkmaktadır<sup>211</sup>.

### 2.5.3. İlaç Markalarının Tescili ile Ruhsat İlişkisi

Ülkemizde ilaçlar 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu ve Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliği ile Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği hükümlerine göre ruhsatlandırılmakta, buna ilişkin idari süreç Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülmektedir<sup>212</sup>.

İlacın piyasaya sunulmak üzere ruhsatlandırılması için ilaç isminin marka olarak tescil edilmesi veya tescil başvurusunda bulunulmuş olması şart değildir<sup>213</sup>. Ruhsat başvurusuna konu edilen ürün adı, INN ismi, etken madde ismi veya jenerik ismi ile aynı olmamalıdır. Bununla birlikte Sağlık Bakanlığı tarafından uygulamada başka benzer bir ilacı çağrıştırmaması, hekimlerin yazılarından kaynaklı olabilecek karışıklığa neden olmaması, ilacın etken maddesini çağrıştırmaması gibi esaslar dikkate alınarak ruhsatlandırma süreci değerlendirilmektedir<sup>214</sup>.

İlgili mevzuat ve yasal sürece göre ruhsatlandırılacak ürün adının marka olarak korunması talep ediliyorsa SMK hükümlerinde belirlenen tescil usulünün izlenmesi gerekmektedir. Zira ilacın sadece ruhsatlandırılması o ilacın tescilli bir marka olarak korunmasına imkan vermemektedir. Bununla birlikte Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülen ruhsatlandırma

<sup>210</sup> **Alca**, s.53.

<sup>211</sup> Detaylı bilgi için bkz: aşa. 3. Bölüm “İlaç Markalarında Benzerlik ve Karıştırılma İhtimali”.

<sup>212</sup> **Hakeri**, s.55.

<sup>213</sup> Bazı ürünler bakımından ruhsat ile tescil süreçleri birbiri ile ilişkilendirilmiştir. Bu kapsamda tütün mamülleri üreticisinin satış izni için, Türk Patent ve Marka Kurumuna markasının tescili için en azından başvuruda bulunmuş olması ve Kurum tarafından ön incelemesi olumlu bulunmuş olması aranmaktadır. Bununla birlikte ilaç markaları dikkate alındığında, ilaçların ruhsat ve marka tescil süreçleri birbirinden bağımsızdır. **Alca**, s.15.

<sup>214</sup> **Piri**, s.54.

sürecinde, ilacın marka olarak tescil edilmiş olması da Sağlık Bakanlığını bağlamamaktadır<sup>215</sup>.

Sağlık Bakanlığı, ilaçların ruhsatlandırılmasında ilaç isimlerine de dikkat etmekte, piyasada ilaçların karıştırılmasını engelleyecek birtakım uygulamalar geliştirmektedir. Bu kapsamda örneğin, ruhsatlandırılması istenen ilacın, piyasada ruhsatlı olarak yer alan diğer ilaç isimlerinden en az üç harfin farklı olması koşulu bulunmaktadır<sup>216</sup>. Nitekim Yargıtay'a konu olan "Asprin-Asporal" "Nasidan-Diabetesan" ilaç markaları arasında üç harf farkı bulunduğu benzerlik olmadığına; "Dişinal-Dişinol" "Atarax-Ataraxin" ilaç markalarında ise üç harften fazla benzerlik olduğundan iltibas olduğuna karar verilmiş olması, uygulamada aranan kriterlerin dikkate alındığını göstermektedir<sup>217</sup>. Bu uygulama ile ilaç markalarındaki benzerliğin diğer ürünlere göre daha farklı ve özel bir değerlendirmeye tabi tutulduğu görülmekte ise de sadece harf sayısı üzerinden karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılması doğru olmayacağı görüşü vardır<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> Piri, s.54.

<sup>216</sup> Öztekin, s.67; Hakeri, s.75; İlaç ruhsatı verilme sürecinde yeni yapılacak başvurunun önceki markalardan en az üç harfle farklılaştırılması gerektiğine ilişkin uygulama Sağlık Bakanlığı tarafından doğrulanmışsa da bu konuda resmi bir karara ya da yayına rastlanmamıştır. Alca, s.45.

<sup>217</sup> Alca, s.45-46.

<sup>218</sup> Alca, s.46.

### 3. BÖLÜM: İLAÇ MARKALARINDA BENZERLİK KAVRAMI VE KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

#### 3.1. GENEL OLARAK

Mal veya hizmet üreten piyasada, etkili ticaret hayatında var olabilmek ve piyasadaki devamlılığı sağlamak markanın etkisinin korunması ile mümkündür. Etkili bir markanın ticaret hayatındaki mevcudiyeti veya korumak istediği itibarı o markanın başka bir marka ile karıştırılmasını engellemekle mümkündür. Bir marka ne kadar karıştırılma ihtimalinden uzaklaşırsa, ticari varlığını o kadar güvence altına almış olacaktır.

İlaç markalarındaki karıştırılma ihtimali, ilaç üreticisi firmaların ticaretteki güçleri ile ilgili olduğu gibi ilacın toplumsal etkisi nedeniyle kamu sağlığı ve kamu düzenine de ilişkin bir konudur. İlaç markalarının karıştırılma ihtimalinin varlığı, gerek sağlık personelleri gerekse de ilacın nihai kullanıcısı hastalar bakımından tehdit oluşturmakta, çeşitli endişelere sebebiyet vermektedir.

Karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde uygulamaya bakıldığında ilaç markaları için diğer mal veya hizmetler yönünden yapılan inceleme ve değerlendirmelerin yapıldığı, Marka Hukuku açısından sıradan bir ürün ile eşdeğer ilkelere tabi tutulduğu, özel bir yasal düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Ancak ilaç markalarının niteliğinden kaynaklanan nedenlerle, ilaç markalarının ayırt ediciğinin zayıf olması ve ilacın tüketicisi nezdinde iltibas tehlikesinin olması gibi birtakım sorunların çıktığı görülmektedir<sup>219</sup>. Bu sebeple ilaç markalarında karıştırılma ihtimali değerlendirilmesi yapılırken, ilaçların niteliğinden kaynaklanan durumların, ilaçların reklam ve hukuki sınırlamalara tabiiyetlerinin, ilacın çeşitli tüketici grubuna hitap etmesinin dikkate alınması gerekmektedir. İlacın niteliğinden kaynaklanan bu esaslar, ABAD kararlarına ve ülkemiz yargısına çeşitli uyuşmazlıklar nezdinde konu olmakta, bu esaslar dikkate alınarak karar verilmektedir.

---

<sup>219</sup> Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak s. 851.

İlaç markalarının tescilinde, ilacı tanımlamayan, ilacın içeriğini, etken maddesini betimleyen işaretlerin değerlendirilmesi ve ne ölçüde kabulünün mümkün olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu sebeple çalışmamızda INN olarak ifade edilen jenerik isimlerinin ilaç markasına konu olabilecek sınırlarının tespiti için INN kavramının açıklanması gerekmektedir.

### 3.2. ULUSLARARASI MÜLKİYETE KONU OLMAYAN İSİMLER (INN)

Uluslararası mülkiyete konu olmayan isim olarak adlandırılan, İngilizce karşılığı “*International Non-proprietary Name*” olan INN kavramı küresel anlamda, kamusal alanda aynı isimle anılan farmasotik bir maddeyi veya farmasotik aktif maddeyi tanımlamakta<sup>220</sup> bazı kaynaklarda jenerik isim olarak da ifade edilmektedir<sup>221</sup>.

TPK tarafından ise INN’ler, şahsın veya şirketin üzerinde mülkiyet hakkı iddia etmesinin mümkün olmadığı, ilaçlarda kullanılan etken maddelerin veya farmasötik maddelerin belirlenmesini sağlayan jenerik isimler olarak tanımlanmıştır<sup>222</sup>.

Türk mevzuatında ise INN kavramı Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliğinin 4. Maddesinde tanımlanmış olup, “*Bir etkin maddenin Dünya Sağlık Örgütüncü kabul edilen veya önerilen, mülkiyete konu edilemeyen ve Dünya Sağlık Örgütü kuralları doğrultusunda marka tescilinde kullanılmaması gereken uluslararası ismini,*” ifade etmektedir<sup>223</sup>.

INN sisteminin hastalar için sağladığı kolaylık ve faydanın yanı sıra sağlık çalışanlarına yönelik amacının olduğunu da söylemek mümkündür. Farmasotik maddeler için bilimsel

<sup>220</sup> **World Health Organisation.** (2017). Guidance on the Use of International Nonproprietary Names (INNs) for Pharmaceutical Substances, E.T.: 03.04.2022, [https://cdn.who.int/media/docs/default-source/international-nonproprietary-names-\(inn\)/who-pharm-s-nom-1570.pdf?sfvrsn=8358367e\\_4&download=true](https://cdn.who.int/media/docs/default-source/international-nonproprietary-names-(inn)/who-pharm-s-nom-1570.pdf?sfvrsn=8358367e_4&download=true)

<sup>221</sup> “Jenerik isim Türk Hukukunda ilk olarak 1991 yılında Selçuk Öztekin tarafından kullanılmış, ürünü belirtmek için zorunlu olan tanıma işaretlerinin yani jenerik isimlerinin her firma tarafından kullanma ihtiyacı olduğundan ve zorunlu nitelendirmeler içerdiklerinden kamuya ait oldukları kabul edilmiştir.” **Yılmaz,** s.165.

<sup>222</sup> **Türk Patent ve Marka Kurumu,** 2021, Marka İnceleme Kılavuzu s.165.

<sup>223</sup> Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, m.4/1(hh) (R.G. 19.01.2005 T., 25705 sayı)

isimlendirmeyi yeknesaklaştırmayı, yeknesak bir tanınmışlık sağlamayı, bu maddelerin açık bir şekilde tanınmasını, hastalar bakımından güvenli reçete hazırlanmasını, küresel anlamda sağlık çalışanları ile bilim insanlarının bilgi alışverişini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır<sup>224</sup>. INN isimlerinin bu amaçlara hizmet edebilmesi ve küresel anlam taşımasını sağlamak için Dünya Sağlık Örgütü tarafından listeler halinde kamuya sunulmaktadır.

İlk INN listesi 1953 yılında yayımlanmış olup, o zamandan bugüne bu listede 9300 INN ismi yer almakta her yıl da yaklaşık 160 yeni isim bu listeye dahil edilmektedir<sup>225</sup>. INN Sistemindeki amaçlardan biri hastaların ilaçlar konusunda bilgilendirilmesidir. İlaçlar her ne kadar farklı marka isimlerinden oluşsa da hastalar INN isimleri aynı olan ilaçların etken maddelerinin de aynı olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Yarım yüzyıldan fazla zamandır Avrupa’da ilaçların ambalajlarında, reçetelerinde veya hastaları ilaç hususunda bilgilendiren belgelerde INN kullanma zorunluluğu vardır<sup>226</sup>.

INN isimleri ilacın etken maddesini veya farmasötik maddesini belirlediğinden, etken maddenin kendisinin birebir aynısının marka olarak tesciline izin verilmemektedir<sup>227</sup>. Buna karşılık, ilacın etken maddesinin birebir yer almadığı, ilacı veya hastalığı doğrudan belirtmeyen, sadece çağrıştıran kelimeler ilacın etken maddesinin yanına bir ek almak suretiyle ilaç markası olarak tescil edilebilmektedir<sup>228</sup>.

Nitekim Yüksek Mahkemeler de bu yönde karar vermekte, etken madde isimlerin kamu yararı gereği kimsenin tekeline bırakılmayacak olduğunu ve tescil edilemeyeceğini belirtmektedir. İlaç markalarında, etken maddeye eklenecek farklı ekler ile düşük dereceli de

---

<sup>224</sup> Yıldırım, s. 85.

<sup>225</sup> **World Health Organisation.** (2017). Guidance on the Use of International Nonproprietary Names (INNs) for Pharmaceutical Substances, E.T.: 03.04.2022 ([https://cdn.who.int/media/docs/default-source/international-nonproprietary-names-\(inn\)/who-pharm-s-nom-1570.pdf?sfvrsn=8358367e\\_4&download=true](https://cdn.who.int/media/docs/default-source/international-nonproprietary-names-(inn)/who-pharm-s-nom-1570.pdf?sfvrsn=8358367e_4&download=true),

<sup>226</sup> Yıldırım, s. 85.

<sup>227</sup> Yılmaz, s.170-171.

<sup>228</sup> Bknz: yuk. 3.1.1.1. “Tanımayıcı İşaretlerin Tescil Engeli Olması”.



olsa ayırt edicilik niteliği kazandırılarak etken maddenin marka olarak tescil edilebileğine ilişkin karar verilmiştir<sup>229</sup>.

### 3.2.1. Uluslararası Mülkiyete Konu Olmayan İsimlerin (INN) Kullanımı

INN sisteminin bir diğer önemi ise farmakolojik ilgisi olan maddelerin ortak bir gövde ile aralarındaki ilişkinin kurulmasıdır. INN isimleri genelde herhangi bir anlam içermeyen rastgele seçilmiş bir ön ek ve ortak bir gövdeden oluşmaktadır. Ortak gövde ise içeriğin, farmakolojik olarak ilişkili olduğu maddelerin yer aldığı grupla ilişkisini göstermektedir.

Bir diğer ifadeyle INN isimleri aynı ya da benzer tedavi edici özellikte olan farmasotik içeriklerin aynı gövdeden türetilmesi ile oluşmaktadır. Böylece tıpçılar, eczacılar ile hastalar bakımından benzer farmakolojik aktiviteye sahip olan maddelerin sahip olduğu grubu tanımasını kolaylaştırmaktadır. Kural olarak INN'ler molekülün etkin ve aktif kısmı bakımından seçilir, özellikle fiilen kullanılan tuzlar ile esterler bakımından karışıklık olmaması için kullanılmaktadır. Örneğin “*iodine*” (iyot) içeren maddelerde io- ön eki kullanılmaktadır<sup>230</sup>.

### 3.2.2. Uluslararası Mülkiyete Konu Olmayan İsimlerin (INN) Seçim Süreci

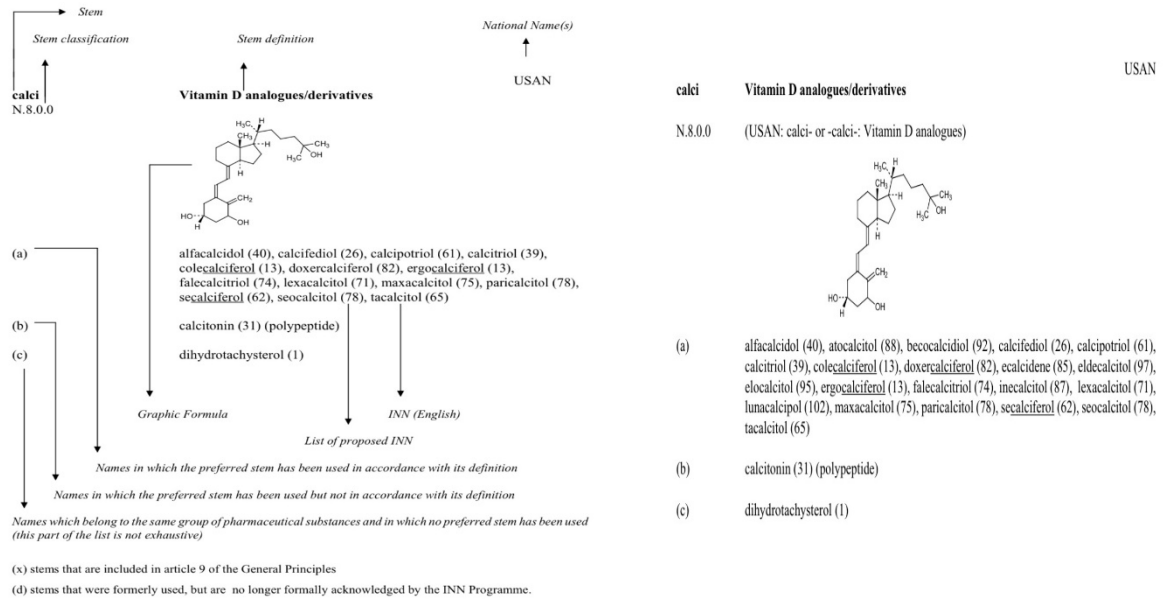
INN seçimi katı bir sürece tabi olup, INN listesine girecek olan isimler Dünya Sağlık Örgütü tarafından belirlenmektedir. Üretici ya da buluş sahibi tarafından müracaat edilmesi üzerine,

<sup>229</sup> “Dairemizin yerleşik içtihatlarında, ilaç emtiası bakımından etken maddeye veya tedavisi hedeflenen hastalığa doğrudan atıf yapan jenerik işaretler tanımlayıcı ve bu alanda ilaç üretimi ve satışıyla iştigal eden meslek mensuplarının tamamının kullanımına açık işaretler olarak görülmekte ve ancak birtakım eklerle marka olarak tescilinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu tür jenerik işaretler, kamu yararı gereğince mülkiyeti kimsenin tekeline bırakılmayacak işaretlerden olup, ancak farklı eklerle birlikte ve düşük düzeyde bile olsa somut ayırt edicilik vasfı kazandırılarak ilaç markası olarak tescil ettirilebilmeleri mümkündür.” **Yargıtay 11. HD. 25.02.2021 T., 2020/1837 E., 2021/1722 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 17.02.2022)

<sup>230</sup> **Yıldırım**, s. 85-86.

Dünya Sağlık Örgütü sekreterliği teklif edilen ismin kurallara uygunluğunu ve daha önce yayınlanan diğer INN isimleri ile benzerliğini değerlendirir. İncelemeye konu INN önerileri “*WHO Drug Information*” adı verilen bültende her yıl iki liste olarak yayımlanır.

Yayımdan itibaren marka hakkının zedeleneceğini düşünen, iltibas oluşturacağını düşünen ilgililer 4 ay içerisinde listeye ilişkin itirazlarını sunabilir. İtiraz olursa o isim INN olarak yayımlanmayacak, itiraza sebep olan düzenlemeler yapılacak veya teklif edilen isim tekrar belirlenecektir. Eğer bu süre içerisinde herhangi bir itiraz olmaz veya itiraz reddedilirse, tavsiye edilen isim INN olma vasfını kazanacak ve yayımlanacaktır. Tavsiye edilen INN listelerinin 37. sayısından itibaren içeriğindeki etkin maddenin daha iyi anlaşılması için grafik formüller ile ifade edilmektedir<sup>231</sup>.



### Dünya Sağlık Örgütü tarafından yayınlanan 2011 yılına ait INN liste örneği<sup>232</sup>

Bu liste, Dünya Sağlık Örgütüne üye ülkelere, INNler üzerinde marka olarak tescil edilmesinin yasaklanması da dahil olmak üzere mülkiyet hakkının kazanımının

<sup>231</sup> Yıldırım, s. 86-88.

<sup>232</sup> World Health Organization, (2011) The Use Of Stems In The Selection Of International Nonproprietary Names (INN) For Pharmaceutical Substances, s.6,76.

engellenmesini talep eden bir şerh ile gönderilmektedir. Mülkiyete konu olmayan uluslararası isimler başarılı bir şekilde seçim sürecini tamamlamışlarsa marka ismi olarak tescil edilemeseler de farmakopelerde, etiketlerde, ilaç bilgilerinin sunulduğu belgelerde, prospektüslerde, reklam ve promosyon malzemelerinde, bilimsel yayınlarda, jenerik ürünlerde kullanılabilirlerdir<sup>233</sup>.

Dünya Sağlık Örgütü'nün hukuki düzenlemelerinin yanı sıra bazı ülkeler kendi ulusal hukuk sınırları içinde INN ile ilgili birtakım kısıtlama veya düzenlemeler belirlemişlerdir. Örneğin jenerik ismin markanın en az yarısı oranında, büyük ve açık şekilde yazılma zorunluluğu olan ülkeler olduğu gibi, bazı ülkelerde de markalar daha büyük görünmesi, ön planda tutulması zorunluluğunun olduğu görülmektedir<sup>234</sup>.

### **3.2.3. Marka Hukuku Bakımından Uluslararası Mülkiyete Konu Olmayan İsimler (INN)**

INN isimleri kamu malı niteliği olarak kabul edildiğinden mülkiyet hakkına konu edilememekte, marka olarak tesciline izin verilmemektedir<sup>235</sup>. Zira INN'ler gerek ayırt edicilik niteliği kazanmadığından, gerek adını oluşturan maddenin, ilacın karakteristik özelliğini içerdiğinden ve gerekse de herkes tarafından kullanılan isimler olduğundan, kimsenin tekeline bırakılmaması gerekmiştir. Aynı zamanda haksız rekabetin de önlenmesini amaçlayan bu düzenleme gereği INN isimleri bu yönüyle de marka olarak tescil edilemeyeceklerdir.

INN'lerin tescili SMK m. 5'te düzenlenen mutlak tescil engellerinden olduğu gibi, INN'ler ile aynı veya benzer nitelikte olan marka tescil talebi de SMK m.6 gereği de tescil engelidir.

Yargıtay'a konu bir uyuşmazlıkta, "RİVANOL" ismi bakımından yapılan karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde, bu ismin ilacın etken madde ismi olup olmadığı, dolayısıyla INN olarak kabul edilip edilmeyeceği, ilaç üreticisi tarafından bir anlam ifade etmeyen ayırt

<sup>233</sup> Yıldırım, s. 87, 93.

<sup>234</sup> Yıldırım, s. 87.

<sup>235</sup> Marka İnceleme Kılavuzu, 2021, Marka İnceleme Kılavuzu s.165.

ediciliği olan kelimeyi ifade edip etmediği değerlendirilmiştir<sup>236</sup>. Uyuşmazlığa bakan ilk derece mahkemesi “*rivanol*” kelimesinin ilacın etken maddesi olduğunu, cins ve çeşit belirten ifadelerin hükümsüzlüğünün istenebileceğini belirterek karar vermiştir. Dosya kapsamına İstanbul Eczacılar Odası’ndan gelen yazıda “*Rivanol*” isminin etken madde olmadığı, “*ethacridine lactat*” etken maddesini taşıdığını ancak bu maddenin piyasada “*rivanol*” adıyla bilindiğini belirtmiştir. Yargıtay, dosya kapsamındaki bilirkişi raporlarını hüküm vermeye yeterli görmemiş, özellikle “*rivanol*” ibaresinin ilacın etken maddesi veya hammaddesi olup olmadığına ya da bu adın piyasaya sunulmasından sonra firma tarafından bu isim kullanılırken veyahut piyasadaki çekildikten sonra ifadenin serbest gelmesinin ardından yaygın bir kullanımın devamı sırasında bu ismin etken madde veya hammadde olarak jenerik isim haline gelip gelmediğinin araştırılmasını istemiştir.

Bu incelemeler neticesinde, “*rivanol*” ifadesinin etken madde veya hammadde olduğu tespit edilirse, bu isim INN olarak kabul edileceğinden hükümsüzlüğüne karar verilecektir.

Dolayısıyla INN'lere mülkiyet hakkı tanınmaması ve tescil edilememeleri, markaların tescilde esas alınacak birden fazla niteliği haiz olmamasından kaynaklanmaktadır.

### 3.2.3.1. Ayırt Edicilik Özelliği Yönünden INN'ler

Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi, o işaretin benzer işaretlerden ayırt edilmesi ile mümkün olabilmektedir. Nitekim Kanundaki marka tanımında da esas olan bu işlev özellikle belirtilmiştir. Bununla birlikte Kanunun 5. Maddesinde herhangi bir ayırt ediciliği olmayan işaretlerin mutlak ret nedeni olduğu, 6. Maddesinde ise karıştırılma ihtimalinin olduğu durumlarda nispi ret nedeni olduğu kabul edilmiştir.

Burada sözü edilen ayırt edicilik, somut ayırt ediciliği ifade etmekte ve tescil istenen mal veya hizmet dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>237</sup>. INN sıfatını

<sup>236</sup> Yargıtay 11. HD. 26.01.2007 T., 2006/13233 E., 2007/875 K. Kararın tamamı için bkz: **Lerzan**, s.166-169.

<sup>237</sup> **Çolak**, s.132.

kazanan bir isim herkesin kullanımına açık ayırt edicilik özelliğine sahip olmadığından INN'ler marka olarak tescil edilemeyecektir<sup>238</sup>.

Jenerik işaret, tüketici nezdinde bir markadan ziyade bir mal veya hizmet grubunun o isimle anılmasını ifade ettiğinden jenerik işaretler marka olarak tescil edilemezler. Öyle ki INN isimleri için yaygın kullanım sonrası ayırt edicilik kazanmış olsalar dahi, bu isimlerin tesciline izin verilmemektedir. Bu isimler yaygın kullanım sonucunda olsa bile hiçbir şekilde ayırt edici özellik kazanamayacağı için tescil edilemeyeceği kabul edilmelidir<sup>239</sup>. Örneğin “*morfin*” jenerik ismi, hem ürünün cinsini gösterdiğinden hem de yaygın kullanımı ile ayırt edicilik niteliğini kaybettiğinden bu ismin tek başına ilaç ismi olarak tescili mümkün değildir<sup>240</sup>.

Tescilli bir ilaç markasının yaygın kullanımı ile ürünün hitap ettiği ilgili kesimi tarafından ilacın etken maddesinin olduğu düşünülürse, devamında bu tescilli marka yenilenmediğinde ve serbest bir işarete dönüştüğünde, ayırt edicilik niteliği haiz olmayan bu kelimenin başkası tarafından tesciline izin verilmemektedir<sup>241</sup>.

Bununla birlikte tescilli ve jenerik isme çok yakın bir ilaç markasının, jenerik isme dönüştüğünün dolayısıyla tescilli marka isminin hükümsüz kılınmasının marka sisteminin ruhuna aykırı olacağı görüşü vardır. Bu görüşe göre, ilaç üreticisi uzun süren çalışmalarla ve ciddi bir sermaye ile ilacını üretmiş, ilacın ilgili kesimi tarafından başarılı bulunmuş sonrasında bu ilaç ismi zamanla ilacın etken maddesi olduğu algısına sebebiyet vermişse, ilaç isminin jenerik isim olarak algılanması ile markanın hükümsüzlüğünün istenmesi başarı gösteren bu ilaç üreticinin cezalandırılması anlamına geleceğini ifade etmektedir<sup>242</sup>.

Ayrıca yabancı dilde jenerik olan isim Türkiye’de de jenerik olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda INN’ler dikkate alındığında, INN’lerin genel olarak yabancı ifadelerden oluştuğu

---

<sup>238</sup> **Alca**, s.17.

<sup>239</sup> **Yıldırım** s.107; **Yılmaz**, s169.

<sup>240</sup> **Yılmaz**, s.165.

<sup>241</sup> **Yılmaz**, s.169.

<sup>242</sup> **Yılmaz**, s.169-170.

görülmekteyse de INN'ler jenerik isim halini aldıklarından doğrudan marka olamayacağı kabul edilmektedir<sup>243</sup>.

İlacın etken maddesini içeren INN'ler harfi harfine örtüşmediği sürece, yani INN'lere ayırt edici bir ek eklendiğinde, ilaç markası o etken maddeyi çağırırsa dahi tesciline izin verilmektedir. Alman Federal Mahkemesi “carex” etken maddesi ismini taşıyan “carex hirta, carex arenaria” markalarını etken maddeye ayırt edici ek eklendiğinden ilaç markası olarak tescil edilebileceğine karar vermiştir. Ancak yine Alman Federal Mahkemesi, etken maddesi “insülin semitard” olan ilaca “Semiretard” isminin verilmesini, işitsel, görsel ve kavramsal benzerlik olması, ayırt ediciliğinin olmaması nedeniyle ilaç markası olamayacağını ifade etmiştir<sup>244</sup>. Dolayısıyla bir ilaç markasında, ilacın etken maddesini doğrudan birebir yansıtmayan ifadeler ile birlikte ayırt edici özelliği bulunan bir ek ile o ismin marka olarak tescili mümkün hale gelmektedir. Ancak bu durumda markanın koruma alanı, ayırt edici niteliği olan kısımla sınırlı olmaktadır<sup>245</sup>.

### 3.2.3.2. Mal ya da Hizmetlerin Karakteristik Özelliklerini İçeren İşaretler

Marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m.5/1'in f bendinde belirtildiği üzere mal veya hizmetin niteliği, kalitesi ya da coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretler marka olarak tescil edilemeyeceklerdir.

Bu işaretlerin tescil edilmemesindeki başlıca etken markanın karakteristik özelliği konusunda tüketici gözünde bir ayırım yapılamamasıdır. Bu tür betimleyici işaretler üzerinde herkesin kullanım hakkı bulunduğundan ayırt edici nitelik kazanmaları da mümkün görülmemektedir. Herkesin kullanımına açık olan bu işaretlerin bir kişinin tekeline bırakılması Marka Hukukunun korumak istediği amaçlarla örtüşmemektedir<sup>246</sup>. Bir ürünün

<sup>243</sup> Yıldırım, s. 96-97.

<sup>244</sup> Lerzan, s.171.

<sup>245</sup> Arkan, C.I, s.78, 99. Bu görüşün aksine, jenerik isimlerden esinlenilerek oluşturulan markaların kullanılması mümkün görülmemişken, ufak değişiklikler ile karıştırılma ihtimalinin bertaraf edileceği düşüncesinin yerinde olmadığı ifade edilmektedir. Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak, s. 855.

<sup>246</sup> Yıldırım, s.99.

kendisini içeren işaret olarak örneğin “krem” ifadesi, ayırt edici özelliği haiz olmadığı gibi herkesin kullanımına da açık olduğundan marka olarak tescil edilemeyecektir.

Ayrıca belirtilmelidir ki bu işaretlerin marka içerisinde sadece münhasıran veya esaslı olarak yer alması yeterli görülmemekte, daha geniş bir değerlendirme ile esaslı unsur olmayacak şekilde kullanılması da tescil engeli olarak görülmelidir. Örneğin bir INN ismi olan “fluoxetine” ismi, bir marka içerisinde münhasıran veya esaslı olarak kullanılsa da, bir markanın kenarına ilâştirilecek şekilde direkt kullanımı da aynı şekilde tescil engeli olması gerektiği görüşü vardır. Bu görüşe göre söz konusu işaret etkin maddenin jenerik adı olan INN’i anımsatacağından mutlak ret nedeni gerekçesiyle tescil edilmemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>247</sup>.

Bunun aksine ilaç markaları çoğunlukla etken maddenin isminden hareketle oluşturulduğundan, küçük farklılıkların karıştırılma tehlikesine karşı makul karşılanması gerektiği de ifade edilmektedir<sup>248</sup>.

Brüksel İstinaf Mahkemesinin bir kararında, dizilimi ve etkisi birbirine yakın olan , taklit teşkil etmeyen pek çok ilaç markalarında karıştırılma ihtimali değerlendirilerek yapılırken mütevazı bir etki alanı bırakmak, ilaç markalarının barış içerisinde birlikte olduklarını da göz önüne almak gerektiği belirtilmiştir<sup>249</sup>. İsviçre Mahkemeleri de herkesin mallarının, onların cinsini, özelliklerini, amacını işaret eden terimlerden başkası tarafından engellenmediği sürece yararlanma hakkı olduğunu belirtmiş, “*Collunovar*” markası ile “*Collunosol*” markaları arasında iltibas olmadığına, jenerik isim olan markanın “*collutoire*” ifadesine aşıkarsa da “*novar*” ve “*nosol*” ibarelerinin yeterince farklı olduğunu belirtmiştir<sup>250</sup>. Bu kapsamda Fransız mahkemeleri de diğer emtia gruplarına nazaran ciddi sayılabilecek

<sup>247</sup> Yıldırım, s.99.

<sup>248</sup> Öztekin, s.67; Hakeri, s.74.

<sup>249</sup> Brüksel İstinaf Mahkemesinin 14.01.1953 tarihli kararı, Schricker/Francq/Wunderlich, La repression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE, Tome II/1 Belgique-Luxembourg, Paris 1974,sh.258 no 195. (Aktaran: Öztekin, s.67.)

<sup>250</sup> Cenevre Kanton Mahkemesinin 14/06/1966 tarihli kararı, Romy/Gautier/Wernli, Corruence déloyale: textes législatifs et repertoire des arrêts fédéraux et cantonaux, Lausanne 1989, sh.261. (Aktaran: Öztekin, s.67.)

benzerliklere tolerans göstermekte, örneğin “Quinosol” “Chinosol” “Cynosol” markaları arasında iltibas olmadığına karar vermiştir<sup>251</sup>.

### 3.2.3.3. Herkes Tarafından Kullanılan İsimler, Meslek veya Sanat Adları

SMK'nın 5. Maddesinin 1. Fıkrasının d bendindeki hüküm gereği “*ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler marka olarak tescil edilemeyeceklerdir.*”

INN isimleri etkin bir maddenin jenerik ismi haline gelmektedir. Başarılı bir şekilde kabul şartlarını sağlayan bir INN ismi artık herkes tarafından kullanılan kamuya ait bir isim haline gelir. İlaçlarla ilgili tüm alanlarda, eczacılık, tıp gibi bilimsel alanların dışında ilaçların yer aldığı ticari faaliyetler bakımından da INN'ler herkesçe kullanılmaktadır<sup>252</sup>. Herkesin kullanımına açık hale gelen INN'lerin tescili bu gerekçeyle de mümkün görülmemektedir.

### 3.2.3.4. Kamu Düzenine Aykırılık

6769 sayılı SMK'nın 5. Maddesinin 1. Fıkrasının ı bendinde kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. INN'lerin amacının yeknesak tanınmışlık sağlayarak hastaların sağlıklarının güvence altına almak olduğu dikkate alındığında, INN'lerin marka olarak tescili kamu düzenine de aykırılık oluşturmakta, kamu sağlığına zarar vermektedir.

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi İtiraz Kurulu da INN isimlerinin tescilinin kamu sağlığına aykırı olduğunu belirtmiştir. İtiraz Kurulu “Thioplatin” ilaç markası ile ilgili yapmış olduğu değerlendirmede “Thio” gövdesinin pek çok INN'i meydana getirdiğini,

<sup>251</sup> Özbek, s.70.

<sup>252</sup> Yıldırım, s. 104.



bunlardan biri olan “Thiotepa” etkin maddesinin anti kanser niteliği olduğu, bununla birlikte “Platin” teriminin de anti kanser niteliği olan etkin bir madde olduğunu açıklamıştır. Bu sebeple “Thioplatin” markasının, bu ürünün tüketicisi olan tıbbi sahalarda yer alan hekimler veya aratırmacılar bakımından kolaylıkla, kanser tedavisinde kullanılan bir ilaç olduğunun algılanabileceği, ürünün kullanım alanı ve kimyasını bizzat tanımladığını, kamu tarafından hem görsel hem de işitsel benzerliği haiz olan “Thioplatin” olarak türetilen kelimenin kamu yararı gözetilerek karıştırılma ihtimali olduğunun kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır. Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi, Dünya Sağlık Örgütü tarafından yayınlanan INN’lerin amacının tüm sağlık birimlerince yeknesaklığının korunması olduğunu bu vesileyle kamu sağlığına ve kamu yararına hizmet edildiğini belirtmiştir<sup>253</sup>. ”

### 3.3. İLAÇ MARKALARINDA BENZERLİK

Karıştırılma ihtimalinin tespit edilmesinde önemli ölçütlerden biri markalar arası benzerlik değerlendirmesidir. Buradaki benzerlik kavramı görsel, işitsel veya kavramsal olabilir. Buradan anlaşılması gereken ilaçların aynı görseelliği veya işitsel olarak aynı sesi vermesi olmayıp, önemli olan ortalama tüketicinin bir markayı diğeri sanması ya da markalar ile üreticileri arasında bir bağlantı olduğunu düşünmesinin markalar arasındaki benzerliğin varlığı için yeterli olmasıdır<sup>254</sup>.

Doktrin ve yargı kararlarına bakıldığında tüketicilerin markaları çoğunlukla yan yana görüp değerlendirmesi mümkün olmadığından, tüketicilerin aklında kalan genel görünüme dikkat

<sup>253</sup> “Bu özellik ise herkes tarafından ulaşılacak WHO’nun INN ile ilgili bütün düzenlemelerinde belirtilmektedir. Söz konusu özellik, INN’lerin bütün sağlık ilgilileri tarafından kullanılacak yeknesak isim yaratma çabası ile örtüşmektedir. INN’lerin alışılmış formasyonu ile uyum arz etmektedir. Biraz önce belirtilen kamu tabakasında, hem görsel hem işitsel olarak THIOPLATIN adlı türetilme sözcük, bu markayı taşıyan ürünlerin ticarete kanser tedavisinde kullanılan bir ürün olduğu izlenimini yaratmakta kullanılmaktadır ve kamu faydası gereğince itiraz geri çevrilmemelidir. Benzeri isimlerin marka olarak tescil edilmesi ve korunması INN programı tarafından, aynı sınıfta yer alan etkin maddeler için INN seçilebilmesi yeteneğini ortadan kaldırmaktadır.” Decision of the First Board Appeal of 10 February 2005, R 564/2004-1. (Aktaran: **Yıldırım**, s. 106-107.)

<sup>254</sup> **Bahadır**, s.87; **Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak**, s. 851.

çekilmiştir<sup>255</sup>. Dolayısıyla tüketiciler üzerinde bıraktığı genel izlenim ile tüketicilerin aklında kalan yaklaşık bir görünüm dikkate alınmaktadır.

### 3.3.1. İlaç Markalarında Görsel Benzerlik

İlaç markalarındaki benzerlik sonucu ortaya çıkan sorunlar halihazırda hasta olan ilaç tüketicisinin daha çok mağdur olmasına yol açmaktadır. Bu sebeple bu benzerliklerin tespit edilerek, engellenmesi önem taşımaktadır.

İlaçlardaki karıştırılma ihtimali tehlikesinin bir kısmına sebebiyet veren husus reçetelerdeki yazımlardan kaynaklanmaktadır. Hekim okunaklı yazmadığı reçeteden doğan hatalardan da sorumlu olmasına rağmen yine de hekim yazıları çoğu zaman okunaklı olmamaktadır<sup>256</sup>. Ancak son zamanlardaki reçetelerdeki gelişmelere bakıldığında elektronik reçete sisteminin bu anlamda olumlu etkileri olduğunu belirtmek gerekmektedir. Yapılan bir araştırmada, reçetelerin eczacılar tarafından yanlış okunması nedeniyle hastaya yanlış ilaç verilmesinin önüne geçildiği belirtilmiştir<sup>257</sup>. Fakat belirtilmelidir ki elektronik reçete sadece doktorlar ile eczacılar arasındaki ilaç markalarının karıştırılması bakımından önem taşımaktadır. Dolayısıyla elektronik reçete önemli bir çalışma olmasına rağmen, ilaç markalarındaki karıştırılma tehlikesini ortadan kaldırmış değildir.

FDA'ya (Food and Drug Administration/Amerikan Gıda ve İlaç Kurumu) konu olan bir ilaç uygulama hatasında da ilaçlar arasındaki benzerlikten hastada çeşitli rahatsızlıklar meydana gelmiştir. Asit azaltıcı etkisi olan "Zantac" marka ilaç ile, başka bir firmaya ait histamin etkisini önleyen antihistamin olan "Zyrtec" markalı ilaçlar arasında karışıklık olduğu tespit edilmiştir. Her ikisi de şurup şeklinde olan bu ilaçların gerek isimleri gerekse de görünümleri benzediği için biri yerine diğerinin verilmesi sonucu hastalarda şiddetli halsizlik, reflüye

<sup>255</sup> Alca, s.38; Arkan, C.I, s.76; Çolak, s.201; Yasaman, s.228.

<sup>256</sup> Hakeri, s.187.

<sup>257</sup> Hakeri, s.18; Yiğit, Ezgi/Çetin, Tuğba/ Keleşmehmet, Hatice/Alsan, Şeyda/ Uğur, Halis. (2019). Elektronik Reçete Uygulaması Hakkında Kalitatif Bir Değerlendirme, E.T.: 20.04.2022, <http://turkishfamilyphysician.com/makaleler/arastirma/elektronik-recete-uygulamasi-hakkinda-kalitatif-bir-degerlendirme/>

bağlı sinüzit, uykusuzluk veya fazla uyuma isteği, aşırı susuzluk, iştahın kapanması ile kilo kaybı sorunlarını meydana getirmiştir<sup>258</sup>.

### 3.3.2. İlaç Markalarında İşitsel Benzerlik

Markaların telaffuzları nedeniyle kulakta bırakılan sese göre yapılan benzerlik işitsel benzerlik olarak tanımlanmaktadır<sup>259</sup>. Bir ürünün piyasada ticari değer oluşturması veya değerini koruması için, genel görünümleri bakımından birbiri ile karıştırılma ihtimali oluşturmaması ya da işitsel olarak birbirini çağrıştırmayacak şekilde birbirinden kolayca ayırt edilebilmesi beklenmektedir. İlaçlar için bakıldığında ise konunun daha hassas olduğunu, başka bir ürün açısından yapılan değerlendirmede kolayca farklı olduğu düşünülebilen markaların dahi kolaylıkla karıştırılabildiği ve yanlış ilaç kullanımına sebebiyet verebildiği görülmektedir. Bu sorunun sebeplerinin başında ilaç tüketicisinin ilaç ürün ve markalarına yabancı olması, profesyonel sağlık personellerinin ilaç tedarik sürecine dahil olması ile ilaç markalarının reçetelerde ya da eczanelerdeki telefon siparişlerindeki karıştırmaları olabilmektedir<sup>260</sup>. Bu sebeple çoğunlukla etken madde isminden türeyen ilaç markalarında benzerlik değerlendirmesi yapılırken diğer mal ve hizmetlere göre daha müsamahalı davranılması gerektiği görüşü bulunmaktadır<sup>261</sup>.

Telefonla sipariş edilen ilaçta karıştırılma ihtimali ilaç markalarındaki işitsel benzerlikten kaynaklanmakla birlikte bu uygulama günümüzde önemini yitirdiğinden buna ilişkin yargı kararlarına pek fazla rastlanmamaktadır. Baununla birlikte ABD’de güvenli ilaç konusunda bilgilendirme amacı taşıyan bir Enstitü aracılığı ile bildirilen bir ilaç uygulama hatası paylaşılmış, burada trigliserit seviyesini düşüren “*Omacor*” markalı ilaç ile “*Amicar*” markalı ilaçlar, eczacının telefonla aldığı sipariş sırasında karıştırılmıştır. Omacor ilacının Amicar yerine kullanılması hastanın damarında kanın pıhtılaşma riskini yükseltirken;

<sup>258</sup> **Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak**, s. 853.

<sup>259</sup> **Çolak**, s. 229.

<sup>260</sup> **Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak**, s. 852.

<sup>261</sup> **Öztek**, s.67-68; **Hakeri**, s.74-75.

“Amicar” yerine “Omacor” kullanımı da hastada önemli kanama problemi yaşatabileceği tehlikesi belirtilmiştir<sup>262</sup>.

Yine “Salagen” markası ile “Selegiline” markalarının hem işitsel benzerlik hem de görsel benzerlik oluşturması nedeniyle karıştırılma ihtimalleri yüksek bulunmuştur<sup>263</sup>.

### 3.3.3. İlaç Markalarında Kavramsal Benzerlik

Görsel veya işitsel benzerliğin bulunması karıştırılma ihtimalinin mevcudiyeti için yeterli görülmemekte, her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Kavramsal benzerlik, tüketicinin zihninde kalan iki marka arasındaki iz ve imaja ilişkindir<sup>264</sup>. İlaç markalarındaki karıştırılma ihtimalinde kimi zaman ilaçların kullanım alanları değerlendirilmiş, kullanım alanlarındaki farklılığın karıştırılma ihtimali oluşturmayacağı belirtilmiştir.

Yargıtay “Renasol” ile “Remasol” ilaç markalarının her ikisinin de 5. Sınıf kapsamında olmasına rağmen, önceki markanın böbrek hastalığı tedavisine yönelik ilaç olması, diğer ilacın ise hayvan hastalıkları tedavisinde kullanılan bir ilaç olması nedeniyle markalar arasında benzerlik olmadığına karar vermiştir<sup>265</sup>.

Doktrindeki görüş bu kararı benimsememiş, sadece farklı kullanım alanlarının olması dolayısıyla karıştırılma ihtimalinin olmadığına karar vermenin, sağlık açısından büyük riskleri taşıyacağına, karıştırılma ihtimali değerlendirmesinin daha dikkatli yapılması gerektiğine, işaretler arasında sadece bir harf farkının olduğuna, sözcük markalarında vurgunun genel olarak ilk hecede toplandığına bu sebeplerle karıştırılma ihtimalinin yüksek olduğuna dikkat çekmiştir. Doktrindeki bu düşünce, Yargıtay’ın düşüncesinin kabul edilmesi halinde karıştırılma ihtimalinin sadece aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markalar yönünden yapılacağı sonucunun doğacağını ifade etmektedir<sup>266</sup>.

<sup>262</sup> Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak, s. 853.

<sup>263</sup> Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak, s. 853.

<sup>264</sup> Çolak, s.232.

<sup>265</sup> Yargıtay 11. HD. 27.02.2006 T., 2004/208 E., 2006/1982 K. Sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

<sup>266</sup> Alca, s.43.

“Respicort” ilaç markası ile tescili istenen “Respicur” ibaresi karıştırılma ihtimali değerlendirmesi bakımından OHIM tarafından başvurunun kabulü ABAD’a konu edilmiş, ABAD sonraki ilaç markasının da önceki ilaç markası gibi “solunum yolları hastalıkları” kapsamında yer alması nedeniyle, malların aynı olduğuna bu sebeple benzerlik incelemesi yapılması gerektiğine karar vermiştir. Benzerlik araştırması yapılırken sözcükler incelenmiş her iki ilaç markasındaki ilk altı harfin aynı olması ve sondaki “r” harflerinin ortak olması karşısında iki markanın da görsel ve işitsel olarak benzer olduğu kabul edilmiştir.

Mahkeme kavramsal benzerlik değerlendirmesi yaparken, ilaç markalarındaki profesyonel tüketiciler ile son kullanıcı olan hastalar bakımından ayırım yapılması gerektiğini belirtmiştir. İlaç markasının profesyonel tüketicileri olan hekim ve eczacıların “respi” ifadesinin karşılığının markanın konusuyla ilgili olan “solunum” olduğunu, son hecedeki “cur” ifadesinin “tedavi” anlamına geldiğini, “cort” ekinin ise “adrenal kortekten salgılanan hormonlar ve türlerine” verilen “corticoids” kelimelerini ifade ettiği algısının oluşabileceğini belirtmiştir. Kavramsal olarak zayıf bir ayırt edicilik olduğundan her iki markanın da “solunum yolları” rahatsızlığı ile bağlantılı olmasından dolayı karıştırılma ihtimalinin bu yönüyle de oluşabileceği ifade edilmiştir. İlaç markalarındaki nihai tüketici hastalar bakımından yapılacak değerlendirmede de hastaların sıradan bir ürünün tüketicilerine göre sınırlı tıbbi bilgilerine rağmen daha özenli olacakları göz önüne alındığında karıştırılma ihtimalinin olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, tüketicilerde her iki markanın ilaçlarının aynı işletmenin ürünü olduğu veya ekonomik olarak bağlantılı işletmeler olduğu düşüncesi oluşabileceğini de dikkate alarak, görsel ve işitsel benzerliğin yanı sıra ilacın tüketicileri açısından anlamsal olarak da benzerliğin olduğuna karar vermiştir<sup>267</sup>.

---

<sup>267</sup> Respicort ve Respicur ilaç markalarında karıştırılma ihtimalinin tartışıldığı karar için bkz: **ABAD T-256/04**, Mundipharma AG v. OHIM, p. 41-58. (www.curia.europa.eu E.T.: 25.04.2022)

### 3.4. MARKANIN AYIRT EDİCİLİK DERECESİ OLARAK KUVVETLİ VE ZAYIF MARKA

Markalar arasında karıştırılma ihtimalinin varlığı tespit edilirken dikkate alınması gereken konulardan biri de markanın ayırt ediciliğinin derecesidir<sup>268</sup>. Markanın ayırt ediciliğinin derecesi markanın kuvvetli veya zayıf olmasını ifade etmektedir. Bu değerlendirmenin hukuki bir dayanağı olmamakla birlikte markaya tanınacak korumanın kapsamının tespiti için etkili bir yöntem olduğu belirtilmektedir<sup>269</sup>.

Bir markanın kuvvetli olması, markanın gücünü ve ona sağlanan hukuki korumayı ifade etmektedir. Bir diğer ifadeyle markanın kuvvetli olması, hukukun markaya verdiği korumayı genişletmekte, markanın zayıf olması ise marka hakkı sahibine verilen korumayı daratmaktadır<sup>270</sup>.

Doktrinde tescil edildiği mal veya hizmete yakın olan, ayırt ediciliği yüksek olmayan, hukuki koruması düşük olan marka “zayıf marka” olarak ifade edilmektedir<sup>271</sup>. Ayırt ediciliğin yüksek olması, temsil ettiği kavramdan uzaklaşması, onu çağrıştırmaması hatta bağımsızlaşması ile mümkündür. Markanın kullanım süresi de markanın ayırt ediciliği konusunda önemlidir<sup>272</sup>. Bir marka, günlük hayatta ne kadar sık kullanılıyor, ne kadar tanım içeriyorsa, tescil edildiği mal veya hizmet ile ne kadar yakınsa markanın ayırt edicilik derecesi o ölçüde zayıflamaktadır.

Bazı işaretler, başından itibaren güçlü bir ayırt edici güce sahip olabilmekte, bazıları ise oldukça az orijinallik teşkil etmektedir. Yaygın kullanılan etkili bir reklam ile başta zayıf ayırt edici nitelikte olan işaret kuvvetli ayırt ediciliğe sahip olabildiği gibi aksi durumlar da söz konusu olabilmektedir<sup>273</sup>.

<sup>268</sup> Bahadır, s. 88; Arkan, C.I, s.100; Epçeli, s.51.

<sup>269</sup> Pekdiñer/ Ertem, s. 310; Öztek, s.66.

<sup>270</sup> Öztek, s.67; Epçeli, s.51.

<sup>271</sup> Çolak, s.247.

<sup>272</sup> Tekinalp, s.366-367.

<sup>273</sup> Öztek, s.67.

Marka hakkının verdiği geniş korumadan yararlanmak için markanın işaret ettiği mal veya hizmeti hatırlatan işaretlerden uzaklaşılması gerekmektedir. Bu kapsamda tanımlayıcı kelimeler ayırt ediciliği zayıf kelimeler olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>274</sup>.

İşaretin yaygın kullanımı da söz konusu işaretin ayırt ediciliğinin zayıfladığını göstermektedir. OHIM Temyiz Kurulu, karşılaştırma yapılan markaların Yunanca karşılığı “göz ile ilgili” anlamına gelen “ophthalmos” kökünden geldiğini, bu ifadenin Avrupa Birliği içinde göz hastalıkları için kullanıldığını, örneğin İngilizce’de göz hastalıkları alanındaki uzman hekimleri ifade etmek için “ophthalmologist” kelimesinin kullanıldığını, benzer kullanımların diğer AB ülkelerinde de olduğunu, bu sebeple ayırt ediciliğin zayıf ve koruma kapsamının en alt düzeyde olabileceğini bu sebeple, “Oftalon” kelimesinden oluşan başvuruyu, “Ophtal” ve “Ophtan” ibareli markalar arasında karıştırılma ihtimali olmadığına karar vermiştir<sup>275</sup>.

Tescil edildiği ürünü tanımayan, tasvir eden, içeriğini, etken maddesini veya hammaddesini doğrudan belirten işaretler ayırt edici niteliğe sahip olmadıklarından tescil edilemeyeceklerdir. Ancak onları çağrıştıran sözcükler tescil edilebilecektir. Böyle bir marka zayıf marka olacak ve böyle bir markayı seçen marka hakkı sahibi bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır. Zira zayıf markada, marka hakkı sahibi markasını tescil ettirmiş olsa dahi markasının başka bir üçüncü kişinin kullanımına açık hale getirmeyi göze almış olmaktadır. Oysa marka, ayırt etme gücü yüksek, kuvvetli bir marka olsaydı, markasını çağrıştıran bir kullanım için karıştırılma ihtimali varlığından söz edilebilecekken, markanın

<sup>274</sup> **Çolak**, s.251; **Alca**, s.39; “Şifa Eczanesi” markasında yer alan “Şifa” kelimesi eczacılık, sağlık hizmetini hatırlattığından, işaret ettiği mal veya hizmete yakın olduğundan belirtilen “Şifa” kelimesi zayıf marka niteliği taşımaktadır. Oysa “Şifa” kelimesi, kelimeyi çağrıştıran anlamdan uzaklaştığında örneğin giyim sektörüne ilişkin bir malı veya hizmeti işaret ettiğinde zayıf markadan uzaklaşacağı belirtilmiştir. **Tekinalp**, s.349;

<sup>275</sup> OHIM Temyiz Kurulu 4. Dairenin 23.01.2009 gün ve Case R 217/2008-4 sayılı kararı için bkz: **Alca**, s.41,42.

zayıf olmasından dolayı marka hakkı sahibi markasının üçüncü kişiler tarafından kullanımına katlanmak durumunda bırakılmıştır<sup>276</sup>.

İlaç markaları bakımından markanın ayırt edicilik derecesinin tespiti yapılması markadaki karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi için önem taşımaktadır. İlaç sektöründe bilinen jenerik işaretlerle birlikte bilinmeyen jenerik işaretler de bulunmaktadır. Benzerlik değerlendirmesinin ortalama tüketici gözünden yapıldığı dikkate alındığında, bilinmeyen jenerik/cins ibareler nedeniyle karıştırılma tehlikesi oluşturan ilaçların tespiti kolay olmayabilir. Bu sebeple ilaç markalarında ayırt edici olmayan isimleri tespit etmek diğer mal veya hizmet markalarına göre daha zordur<sup>277</sup>.

İlaç markalarında ilaca verilen ismin ilacın etken maddesini taşıyıp taşımadığının da belirlenmesi gerekmektedir. İlaç markalarının genellikle ilacın etken maddesi ile oluşturulduğu dikkate alındığında ilaç markaları genellikle zayıf marka olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>278</sup>.

Bununla birlikte ilaçlar, içerdikleri etken maddeyi çağrıştırdığından ayırt ediciliği zayıf olsalar da ilaç markalarında, diğer mal veya hizmetlerden farklı olarak, ilacın tüketicisi göz önüne alındığında karıştırılma ihtimalinden uzaklaştığı kabul edilmektedir. İlacın tüketicileri bu konuda eğitim alan doktor, eczacı gibi sağlık profesyonelleri ile ilacın nihai kullanıcıları hastalar veya hastaya ilacı ulaştıracak olan hasta yakınları olduğundan bu kişilerin gösterdikleri dikkat ve özen göz önüne alınarak karıştırılma ihtimali değerlendirileceğinden, ilaç markalarının zayıf marka olmasından kaynaklanan koruma zayıflığı adeta ilacın tüketicisinden kaynaklanan nedenlerle dengelenmektedir<sup>279</sup>.

İlaç markalarında, ilacın etken maddesinin ismini içeren bir marka varsa bu marka zayıf marka niteliğindedir. Böylece etken madde isminde yapılan ufak bir değişiklik bile karıştırma ihtimalini düşürmektedir. Bu kapsamda bir ilaç markasının kuvvetli veya zayıflığını yukarıda

---

<sup>276</sup> **Balık**, İfakat/**Bektaş**, İbrahim, Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu, 2019, s.5, E.T.: 17.02.2022, <https://dergipark.org.tr/tr/>; **Öztek** s.67.

<sup>277</sup> **Toplu Ünlü/Atılgan Karakulak**, s. 854.

<sup>278</sup> **Alıcı**, s.40.

<sup>279</sup> **Çolak**, s.251.



açıkladığımız uluslararası mülkiyeti haiz olmayan isimler (INN) de belirlemektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün yayınladığı INN isimleri, bir ilaç markasına eklendiğinde o markayı zayıflatmaktadır. Zira INN isimleri ilaç içerisindeki etken maddeyi işaret etmekte, böylece marka değerlendirmesi yapılan ilaçta etken madde ile irtibat kurulmaktadır. Oysa bir ilacın güçlü bir markaya sahip olabilmesi için kendisini oluşturan etken maddeden, hangi hastalığın tedavisinde kullanılıyor ise o hastalığı çağrıştıran hastalıklardan bağımsızlaşması, bu kavramı hatırlatmaması beklenmektedir. Bu sebeple INN veya onu çağrıştıran eklere, stemlere eklenerek oluşturulan markalar zayıf marka olarak kabul edilmektedir<sup>280</sup>.

İlaç markalarında benzerlik değerlendirilmesi yapılırken, ilaç markası içerisinde yer alan jenerik isminin dikkate alınmayacağı, benzerlik karşılaştırmasının ona eklenen unsur üzerinden yapılacağı görüşü ise ilaç markalarını zayıf marka kavramından uzaklaştırmaktadır<sup>281</sup>.

Türk hukukuna bakıldığında INN isimlerinin ilaç markası olarak kullanımına ilişkin çok sayıda kararı yoktur. Ancak birkaç kararında, ilaç markalarında karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılırken davaya konu edilen ilaç markalarının etken maddesini veya tedavi edilecek hastalığı doğrudan belirtmesi o markanın koruma alanını düşürdüğü dolayısıyla 3. Kişilerin kullanımına açık hale getirdiğini ifade etmektedir<sup>282</sup>.

Markalar arası karıştırılma ihtimali incelemesi yapılırken markanın gücü de dikkate alınması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmakta, markanın ayırt edicilik gücü arttıkça korumanın kapsamı genişlemekte, bununla birlikte markadaki gücün zayıflamasına paralel olarak koruma alanı daralmaktadır. Her ne kadar tescil edilmiş olsalar da zayıf marka olarak

<sup>280</sup> Çolak, s.248; Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak, s. 854.,

<sup>281</sup> Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak, s. 854.

<sup>282</sup> “ ilaç emtiası bakımından etken maddeye veya tedavisi hedeflenen hastalığa doğrudan atıf yapan jenerik işaretler tanımlayıcı ve bu alanda ilaç üretimi ve satışıyla iştiğal eden meslek mensuplarının tamamının kullanımına açık işaretler olarak görülmekte ve ancak birtakım eklerle marka olarak tescilinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu tür jenerik işaretler, kamu yararı gereğince mülkiyeti kimsenin tekeline bırakılamayacak işaretlerden olup, ancak farklı eklerle birlikte ve düşük düzeyde bile olsa somut ayırt edicilik vasfı kazandırılarak ilaç markası olarak tescil ettirilebilmeleri mümkündür.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 25.05.2021 T., 2020/1837 E., 2021/1722 K. (www.kazanci.com.tr, E.T.: 17.04.2022)

nitelendirilen bir marka için marka hakkı sahibine tüm mal veya hizmetler bakımından koruyucu ve kapsamlı inhisari yetki tanınmamıştır<sup>283</sup>.

### 3.5. İLAÇ MARKALARININ HITAP ETTİĞİ İLGİLİ KESİM

#### 3.5.1. Marka Hukukunda Ortalama Tüketici Kavramı

İki marka arasında karıştırılma ihtimalinin olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken dikkate alınması gereken ölçütlerden birisi de mal veya hizmetin hitap ettiği kitledir. SMK m.6/f.1 ve m.7/f.2-b dikkate alındığında Kanun'un karıştırma ihtimalinde “*halk*” kavramını esas aldığı açıktır. Kanun “*halk tarafından karıştırılma*” ifadesine yer vermişse de bu kavramdan ne anlaşılacağı her somut olayın özelliklerine ve mal veya hizmetin hitap ettiği kesime göre değerlendirilmelidir. Kanunda halk kelimesinden ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmemişse de doktrin ve Yargıtay tarafından benimsenen görüş halk kavramının işin ilgilisi veya uzmanı olmadığı, tüketici olan halkın dikkate alınması gerektiği yönündedir<sup>284</sup>.

Karıştırılma ihtimalinde halk ile ifade edilen potansiyel müşteri kitlesi dikkate alınarak belirlenecek olan ortalama tüketici kavramıdır<sup>285</sup>. “Ortalama tüketici” kavramının ne ifade ettiği ise ABAD kararlarında “*iyi bilgilenmiş, makul derece gözlem yapabilen, makul derecede dikkatli ve makul derecede tecrübeli olan kişi*” olarak ifade edilmiştir<sup>286</sup>.

Ortalama tüketicinin mal veya hizmete karşı ilgisi ve dikkati mal veya hizmetin türüne, niteliğine, fiyatına vb. özelliklere göre değişiklik gösterebilmektedir<sup>287</sup>. Mal veya hizmetin ne sıklıkla alındığı, bedeli, satın almadaki duygusal nedenleri gibi hususlar da somut olayın

<sup>283</sup> Balık, Bektaş, s.5.

<sup>284</sup> Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçünün, bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halkın olduğu göz önünde tutulacağı belirtilmiştir. Yargıtay HGK 07.06.2006 T., 2006/11-338 E., 2006/338 K. (www.kazanci.com.tr, E.T.: 17.02.2022)

<sup>285</sup> Çolak, s.238.

<sup>286</sup> ABAD C-498/07, Aceites del Sur-Coosur SA v. OHIM, p. 74; ABAD T-559/13, Giovanni Cosmetics, Inc. v. OHIM, p. 19; ABAD C-361/04 Claude Ruiz-Picasso, Paloma Ruiz-Picasso, Maya Widmaier-Picasso, Marina Ruiz-Picasso, Mr Bernard Ruiz-Picasso v. OHIM, p. 37-42. (www.curia.europa.eu E.T.: 25.04.2022)

<sup>287</sup> Çolak, s.238.

özelliğini belirlemede değerlendirilecektir. Mal veya hizmetin alıcısı olan tüketicinin, bizzat kendisinden kaynaklanan sosyal durumu, eğitimi, ayırt etme yeteneği ve somut olayın özelliklerine etki edecek diğer özellikleri dikkate alınmaktadır<sup>288</sup>.

Mal veya hizmetin muhatabı olan ortalama tüketici bakımından karıştırmanın ihtimal olması dahi karıştırılma ihtimali bakımından yeterli görülüş, karıştırılmanın mutlak olarak mevcudiyeti gerekli görülmemiştir<sup>289</sup>. Bununla birlikte sonraki marka sahibinin de karıştırılmaya sebebiyet verme kastının bulunup bulunmaması önemli görülmemiştir<sup>290</sup>.

İki marka arasında yapılacak karıştırılma ihtimaline ilişkin değerlendirmede, mal veya hizmetin hedefindeki tüm tüketiciler bakımından karıştırılmasına sebebiyet vermesi de şart görülmemiştir. Ortalama tüketici kitlesinin bir kısmının dahi risk altında olması karıştırılma ihtimalinin tespiti bakımından yeterli olmaktadır<sup>291</sup>.

Mal veya hizmet özel bir tüketici kitlesine hitap ediyorsa bu durumda karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılırken o tüketici grubu içerisindeki ortalama tüketici dikkate alınacaktır<sup>292</sup>. Mal veya hizmetin eczacı, doktor, mühendis gibi meslek sahibi uzman kişiler tarafından alınması veya bu kişilerin tavsiyesi üzerine alınması durumunda ortalama tüketici kavramı bu kişiler nezdinde incelenecek ve söz konusu kişilerin uzmanlık alanlarına göre değerlendirme yapılacaktır<sup>293</sup>. Bu kişilerin aldıkları eğitim ve tecrübeleri dolayısıyla, markalar arasındaki küçük farklılıklar bile karıştırılma ihtimalinin varlığından söz etmek için yeterli kabul edilmektedir<sup>294</sup>.

<sup>288</sup> **Karahan**, Markalarda İltibas (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.04.2022); **ABAD, T-559/13**, Giovanni Cosmetics, Inc. v. OHIM, p.19-26 (www.curia.europa.eu E.T.: 27.03.2022)

<sup>289</sup> **Karahan**, Markalarda İltibas, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.04.2022)

<sup>290</sup> **Çolak**, s.316-317.

<sup>291</sup> **Çolak**, s.317; Karıştırmada asıl olanın ortalama tüketicinin algısı olup, ortalama tüketici kitlesinin tamamı karıştırma tehlikesi ile karşı karşıya kalmasa bile, bir kısmının böyle bir risk altında bulunması dahi karıştırılma ihtimalinin varlığı için yeterli görülmiştir. **Yargıtay HGK 07.06.2006 T., 2006/11-338 E., 2006/338 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 17.02.2022)

<sup>292</sup> **Teoman**, s. 34, 117; **Karahan**, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, s. 106.

<sup>293</sup> **Dirikkan**, s. 190; **Bahadır**, s.87.

<sup>294</sup> **Sargül**, s.43; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s. 106- 107.

### 3.5.2. İlaç Markaları Bakımından Ortalama Tüketici Kavramı

Mal veya hizmetin muhatabı olan ortalama tüketici kavramında, tüketicinin muhatap olduğu mal veya hizmetin niteliği dikkate alınarak karıştırılma ihtimali olup olmadığı değerlendirilmektedir. İlaç markalarının muhatabı olan ortalama tüketici kavramı ilaç ürünlerinin niteliğinden dolayı önemli olup, karıştırılma ihtimali tespiti yapılırken ilaç markalarının tüketicisinden beklenen dikkat ve özen seviyesi değerlendirmeye tabii tutulacaktır.

Hastanın sağlığının korunması veya belirli bir hastalığının teşhis edilmesi üzerine hekimler, hastalığı iyileştirmekte, hastanın ağrı veya acılarını azaltacak ilaçları tespit etmektedirler. İlaç seçimi hekimlerin dokunulmaz olduğu bir alan olup, bu hak münhasıran hekime tanınmıştır<sup>295</sup>. Bununla birlikte hastanın da sağlık hakkının bir gereği olarak, hekim tarafından belirlenen ilaçlara ulaşma hakkı bulunmaktadır<sup>296</sup>.

Doğrudan insan sağlığını ilgilendiren ilaçların, yanlış seçilmesi, eksik veya fazla kullanımı, doz miktarının doğru ayarlanamaması gibi yanlış kullanımından kaynaklanan nedenler hastanın sağlığı açısından tehlike oluşturabileceğinden hastanın bu ürüne ulaşımı diğer mal veya hizmetlere göre farklı usulleri beraberinde getirmiştir. Sadece eczaneler aracılığıyla satılan, çoğunlukla hekimlerin önerisi ile ve reçete ile elde edilen ilaçların kullanımı diğer ürünlere göre daha fazla özen gerektirdiğinden, ilaç emtiası bakımından, ilacın muhatabı olan tüketiciden, başka bir ürün tüketicisinden beklenen dikkat ve özenin de daha yüksek düzeyde olacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla 5. Sınıfta tescil edilmiş veya tescil edilmek istenen ilaç markaları için karıştırılma ihtimalinin mevcudiyeti doğrudan hasta hakkını ilgilendiren bir durum olduğundan konu oldukça önem taşımaktadır<sup>297</sup>.

<sup>295</sup> **Özcan Büyüktanır**, 2011, s.9.

<sup>296</sup> “Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.” Hasta Hakları Yönetmeliği m.11/1. (R.G. 01.09.1998 T., 23420 Sayı)

<sup>297</sup> **Çolak**, s.238-239.

Geniş anlamda ilaçlar ilaç üreticileri, hekimler, hemşireler, eczacılar, eczacı kalfaları, hastalar ve hasta yakınları ile muhataplardır. İlaç markalarında bir tarafta ilaç profesyonelleri olan hekimler, eczacılar, sağlık çalışanları ile ilaç markalarını ve bunları üreten, satan, sağlayan firmalar bulunmakta; diğer yanda ise çoğu zaman sadece hastalıkları gereği teşhis ve tedaviye yönelik sınırlar içinde tanıdıkları ilacın nihai kullanıcısı hastalar veya kimi zaman da ilacın hastaya ulaşımını sağlayan hasta yakınları bulunmaktadır. Dolayısıyla bir ilacın üretiminden, hastaya ulaştırılmasına kadar geçen süreçte pek çok kişinin müdahalesi bulunmaktadır<sup>298</sup>.

İlaç markalarındaki bu çoklu ilişki, ilaçların muhatabı olan tüketicilerin de değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ancak çalışmamızda tüketici kavramı olarak esas olarak doğrudan ilacı belirleyen hekimler, hekim ile hasta arasında ilacın ulaştırılması bakımından aracı olan eczacılar ve ilacın nihai kullanıcısı hastalar yer alacaktır.

Bu çoklu ve karmaşık ilişki içerisinde, ilaçların karıştırılma ihtimalinde dikkate alınacak tüketici kavramının tespiti önemli bir konu olmakla birlikte aynı zamanda bu tüketicinin dikkat ve özeninin de değerlendirmeye konu edilmesi gerekmektedir.

İlaç markaları bakımından yapılacak karıştırılma ihtimali konusunda, ilacın muhatabına göre ortalama tüketici kavramının yanı sıra bilgilenmiş tüketici kavramı da karşımıza çıkmaktadır. Bilgilenmiş kullanıcı kavramıyla ifade edilen, kişinin karıştırılma ihtimaline konu olan mal veya hizmet bakımından uzman bilgisinin bulunması, dikkat ve özeninin daha yüksek olmasıdır<sup>299</sup>.

İlaç markalarında da hekim ve eczacıların farmakolojik bilgilerinin uzmanlaşmış derecede bulunduğunu, aldıkları eğitim dolayısıyla ilaç emtiası bakımından yüksek dikkat ve özene sahip olduğunu, bu nedenle ilaç markaları bakımından yapılacak değerlendirmelerde hekim ve eczacıların bilgilenmiş kişiler olduğunu söylemek mümkündür<sup>300</sup>.

<sup>298</sup> **Özcan Büyüktanır**, Burcu Gülseren, İlaç Tüketicisinin Belirlenmesi Üzerine Genel Bir Değerlendirme, Tüketici Yazıları (II), 2010, s.247.

<sup>299</sup> **Suluk**, Cahit, Tasarım Hukuku, Ankara, 2003, s.258; **Epceli**, s.47.

<sup>300</sup> **Özcan Büyüktanır**, 2010, s.250.

### 3.5.3. İlaç Markalarının Tüketicisi Olarak Hastalar

Sağlık hakkının bir gereği olarak hastanın hastalığının teşhis edilmesi, devamında tedavinin gereklerinin uygulanması gerekmektedir. Bu kapsamda teşhis veya tedavi için ilaç uygulamanın zorunlu olduğu durumlarda hekim hastanın rızasını almakta, kullanılacak ilaçlar bakımından hastayı aydınlatmakla yükümlüdür<sup>301</sup>. Dolayısıyla hasta ilaç tedavisine rıza gösterse de kullanacağı ilacı kendisi belirleyememektedir. Bununla birlikte hasta, ilaca doğrudan ulaşma imkanı da bulamamaktadır. Bu sebeple hasta, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK) belirtilen tüketiciden farklı olarak, almak istediği ilacı kendisi seçip alamamakta, mutlaka bir hekim ve eczacı ile görüşmüş olması gerekmektedir. Bununla birlikte hastaların TKHK'da belirtilen tüketici olarak değerlendirilmesi etik olarak da uygun görülmemektedir<sup>302</sup>.

Karşısındaki uzman kişilere göre sosyal açıdan zayıf konumda olan hastalar her ne kadar ilacın nihai kullanıcısı olsalar da kullanacakları ilacı kendileri belirlemediklerinden ve direkt olarak ilaca ulaşamadıklarından ilaç markalarında karıştırılma ihtimalinin tespitinde yapılacak değerlendirmede, hastaların dikkate alınmayarak alanında uzman hekim ve eczacıların nazarında değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir<sup>303</sup>. Nitekim yapılan bir çalışmada eklem ve baş ağrısı için ilaç kullanan katılımcıların çok azının kullandıkları ilaç hakkında tam bilgiye sahip oldukları görülmüştür<sup>304</sup>. Dolayısıyla ilaçlar hakkında sınırlı bilgisi olan hastalar nezdinde, ilaç markalarının karıştırılma ihtimali incelemesinin yapıldığına ilişkin fazla sayıda karar bulunmamaktadır.

Her somut olayın özelliğine göre yapılacak değerlendirmede ilaç markaları bakımından yapılacak karıştırılma ihtimali tespitinde ortalama tüketici olarak çoğunlukla hekim ve

<sup>301</sup> “Hastaya ... kullanılacak ilaçların önemli özellikleri ... hususlarında bilgi verilir.” Hasta Hakları Yönetmeliği m.15/1(e) (R.G. 01.09.1998 T., 23420 Sayı)

<sup>302</sup> **Özcan Büyüktanır**, 2010, s.247.

<sup>303</sup> **Öztek**, s.70; **Özcan Büyüktanır**, 2010, s.250.

<sup>304</sup> **Saleem**, s. 57.

eczacıların esas alındığı belirtilse de hastaların da tüketici olarak değerlendirilmede dikkate alınması gerekmektedir<sup>305</sup>.

ABAD kararında konuya ilişkin olarak, “Allergodil” ilaç markası ile, tescil için başvuru olan “Allergil” ilaç markasının benzerlikleri değerlendirilmiştir. Gerek görsel gerekse de işitsel benzerlik nedeniyle ABAD’a konu olan bu iki markanın ilk heceleri “aller” son heceleri ise “il” olmasından dolayı önceki marka sahibi olan “Allergodil” markası sahibi tarafından uyuşmazlık temyize götürülmüştür. ABAD tarafından verilen bu kararda karıştırılma ihtimali kavramının geniş değerlendirilmesi, uyuşmazlığa konu ürünün makul derecede bilgili ve dikkatli ortalama bir tüketiciye göre değerlendirilmesi gerektiği, ortalama tüketicinin dikkat düzeyinin ise mal veya hizmetin türüne göre değişkenlik gösterebileceği belirtilmiştir.

Kararın devamında karıştırılma ihtimalini değerlendirirken önceki markanın tescil edildiği ülkede korunduğunu, Almanya'daki halkın anlayışının dikkate alınması gerektiğini belirtmiş, ayrıca ilgili toplumun uzmanlaşmış bir halktan (doktorlar ve tıp uzmanları) ve kısmen hastaların kendilerinden oluştuğunu ifade etmiştir<sup>306</sup>. Dolayısıyla bu kararında ABAD ilacın hitap ettiği muhatabı geniş yorumlamış, esas olarak doktorlar ve tıp uzmanlarının dikkate alınması gerektiğini ancak somut olayın özelliklerine göre tescil edilen veya tescili istenen ülkenin halkına göre de değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Bununla birlikte Yargıtay tarafından da, markaların karıştırılmasında objektif olarak bilinçli kullanıcı grubu olan hekim ve eczacıların dikkate alındığı belirtilmişse de ilaçların nihai kullanıcısı olan hastaların da bilinçli tüketici olarak kabul edilmesi ve onların nezdinde de değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>307</sup>.

<sup>305</sup> **Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak**, s. 856.

<sup>306</sup> **ABAD T-492/09 T-147/10**, Meda Pharma GmbH & Co.KG v. Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), p.27. (www.curia.europa.eu, E.T.: 15.12.2021)

<sup>307</sup> “taraf markalarının “...” ve “...” olarak eczacılıkta ve kimyada farklı anlama gelen kelimedenden oluştuğu, reçetelendirilmeleri gereği objektif ilkelere göre bilinçli kullanıcı grubu olan doktor ve eczacılar yönünden markaların karıştırılmasının mümkün olmadığı, kaldı ki bu tür ilaçların kullanıcısı olan hastaların da bilinçli tüketici olarak kabul edilmesinin gerektiği, davacı şirkete ait “...” adlı ilacın konu ile ilgili kişilerce bilindiği ancak, taraf markaları benzer bulunmadığından tanınırlılığın somut olaya bir etkisinin bulunmadığı, yine taraf markalarının benzer bulunmaması nedeniyle 556 Sayılı

### 3.5.4. İlaç Markalarının Tüketicisi Olarak Hekimler ve Eczacılar

Söz konusu insan sağlığını doğrudan ilgilendiren ilaç olduğunda, yanlış ilaç seçiminin önemli olumsuz sonuçları olabileceği dikkate alındığında, ilacı seçme hakkı hastaya değil, konunun uzmanları olan tıp alanında bilgili hekim ve eczacılara verilmiştir<sup>308</sup>. Hasta sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkına sahip olup, bu hakkın bir gereği olarak da kullanacağı ilaçlarla ilgili hastanın aydınlatılması gerekmektedir<sup>309</sup>.

Bu aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hekim, hastanın tedavi sürecinde kullanacağı ilaçların neler olduğunu, ilaçların özelliklerini, yan etkilerini, ne sıklıkla ve hangi durumlarda kullanacağını hastaya bildirmektedir. Hastanın teşhis veya tedavisine uygun ilacı tespit etmek hekimin görevidir. Hatta başka bir uzmanın veya kliniğin tavsiyesi ile yazılmış olsa bile veya hekimin kendi uzmanlığı alanında olmasa bile hekim kendi yazmış olduğu ilaçtan sorumlu olacaktır<sup>310</sup>. Eczacı da doğru ilacı hastaya vermek veya reçetesiz ilaçlar bakımından ilaç konusunda hastayı bilgilendirerek, ona danışmanlık yaparak ilaç vermek yükümlülüğü altındadır<sup>311</sup>.

Hasta hekimin önerdiği ilaçları doğrudan kendisi alamamakta, eczaneden temin etmek durumundadır. Dolayısıyla ilacın eczacı tarafından hastaya ulaştırılması gerekmektedir. Böyle bir durumda her ne kadar ilacın nihai kullanıcısı hasta olsa da, ilacın hastaya ulaşmasında hekim ve eczacının önemli etkileri olduğundan ilaç markalarının ilgili kesimi esas olarak ilaç konusunda uzmanlaşmış, bilgilenmiş kullanıcılar olan hekim ve eczacılardır<sup>312</sup>.

---

KHK'nın 8/3 madde koşullarının da oluşmadığı..." **Yargıtay 11. HD. 29.11.2018 T., 2017/1905 E., 2018/7507 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.04.2022)

<sup>308</sup> **Özcan Büyüktanır**, 2010, s.248.

<sup>309</sup> "Hastaya ... kullanılacak ilaçların önemli özellikleri ... hususlarında bilgi verilir." Hasta Hakları Yönetmeliği m.15/1(e) (R.G. 01.09.1998 T., 23420 Sayı)

<sup>310</sup> **Hakeri**, s.184.

<sup>311</sup> **Hakeri**, s.224.

<sup>312</sup> **Suluk**, s.258; Çolak s.251,252; **Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak**, s. 856; **ABAD T-166/06**, Powderject Research Ltd v. OHIM, p. 22. (www.curia.europa.eu E.T.: 21.04.2022)



Hekimler tıp alanında uzman olduklarına göre onlardan içerik olarak farklı hastalıkları tedavi edecek ilaçları ayırt etmeleri beklenmektedir. Bununla birlikte ilaçlar üzerine eğitim alan eczacılar da ilaçları, dolaplarına alfabetik olarak veya farmakolojik olarak sıraladıklarına göre, eczacıların da ilaçlar üzerindeki dikkat ve özeninin daha yüksek olduğu kabul edilmelidir<sup>313</sup>.

Bu durumda ilaç markaları bakımından, ilacın hitap ettiği kesim olarak belirtilen doktorların, eczacıların ve sağlık personellerinin aldıkları eğitim, uzmanlıkları, tecrübeleri ve mesleki bilgileri dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır<sup>314</sup>. Bu sebeple eczacı ve hekimler, “bilinçli kullanıcı grubu”<sup>315</sup> veya “bilgilenmiş tüketici”<sup>316</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlaç markaları için yapılacak karıştırılma ihtimali değerlendirilmesinde bilgilendirilmiş tüketicinin dikkate alınması ABAD ve Yargıtay tarafından da benimsenmiş olup, kararlarında ilaçların muhatabının bilinçli kullanıcı grubunda olan hekim ve eczacılar tarafından karıştırılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte hekimin ilaç seçimindeki dikkat ve özeni sadece uzmanlığından kaynaklanmamakta, aynı zamanda yanlış ilaç seçimi veya uygulamasından dolayı karşı karşıya kalacağı sorumluluğun da etkisi bulunmaktadır. İlaç tedavisinin uygulanacağı durumlarda, hekimin ilaçları denetleme yükümlülüğü bulunmasa bile hekimin özen yükümlülüğü kapsamında ilacın seçiminde, ilacın dozajında ve yan etkileri konusunda dikkatli davranması ve gerekmektedir<sup>317</sup>. Aksi durumda hekim Ceza Hukukundan kaynaklanan ve Borçlar Hukukundan kaynaklanan çeşitli sorumluluklarla karşı karşıya

<sup>313</sup> **Özcan Büyüktanır**, 2010, s.251.

<sup>314</sup> **Çolak**, s.239.

<sup>315</sup> Uyuşmazlık konusu edilen markaların eczacılıkta ve kimyada farklı anlama gelen kelimedenden oluştuğu, reçetelendirilmeleri gereği objektif ilkelere göre bilinçli kullanıcı grubu olan doktor ve eczacılar yönünden markaların karıştırılmasının mümkün olmadığı yönündeki karar Yargıtay tarafından onanmıştır. **Yargıtay 11. HD. 29.11.2018 T., 2017/1905 E., 2018/7507 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.04.2022)

<sup>316</sup> **Suluk**, s.258; **Soylu**, s.65-66.

<sup>317</sup> **Hakeri**, s.184, 188.

gelecektir<sup>318</sup>. Bu durum da dikkate alındığında hekimlerin dikkat ve özenlerinin, tedavinin ayrılmaz parçası olan ilaçlar konusunda daha yüksek olduğunu söylemek mümkündür.

Yine eczacılar bakımından da cezai ve hukuki sorumluluklar söz konusudur. Eczacılar hekimin yazdığı reçetede yazılan ilaç yerine başka bir ilaç vermesi halinde meydana gelecek zararlardan sorumlu olacaktır<sup>319</sup>. Eczacıların da sorumluluğu sadece hukuki sorumluluktan ibaret olmayıp, eczacılar da cezai yaptırımlarla karşı karşıya gelebilmektedir<sup>320</sup>. Bu sebeplerle de hekimler ile eczacılar ilaçların hastaya temin edilmesi konusunda oldukça dikkat ve özen göstermektedirler.

Tüm bu sebeplerle ilaç markalarının tüketicisinin somut olayın özelliklerine göre değişmekle birlikte, ilacın nihai kullanıcılarına ulaştırılmasında doğrudan etkisi olan hekimler ve eczacılar olduğu görüşü baskındır. Yargıya konu olan uyuşmazlıklarda da ilaç markalarının tüketicilerinin alanında uzman, bilgilendirilmiş tüketiciler olduğu kabul edilmektedir.

ABAD'a konu olan "Provisc-Duovisc" ilaç markaları kararında, ilaçların nitelikleri gereği kitlesel tüketimin olmadığına, aksine sınırlı bir amaçla tıbbi bir gereğe ile kullanılan bir ürün olduğuna, uzman kişilerin muhatap olduğuna, bu kişilerin olağan normal özene sahip tüketicilere göre daha dikkatli ve özenli olduklarına bu sebeple farklılıkları daha iyi ayırt edebildiklerine karar vermiş, markalar arasında karıştırılma ihtimali olmadığına hükmetmiştir<sup>321</sup>.

<sup>318</sup> Hekimin hastaya yanlış ilaç vermesinin çeşitli sorumlulukları bulunmaktadır. Hekim hastaya kasıtlı olarak yanlış ilaç veriyorsa bu durumda kasten öldürme veya kasten yaralama suçları oluşacaktır. Bununla birlikte yanlış ilaç yazılması veya eczacılar ile anlaşarak pahalı ilaçların yazılması dolandırıcılık ile belgede sahtecilik suçlarını, somut olaya göre hekim kamu görevlisi ise bu durumda rüşvet suçlarını da gündeme getirebilmektedir. **Hakeri**, s.207-220.

<sup>319</sup> Almanya'da, hekimin hastaya gebelik önleyici bir ilaç yazması ve eczacının yanlışlıkla bir mide ilacı vermiş olması sonucunda hastanın hamile kalması nedeniyle dava açılmış, dava sonucunda eczacının çocuğun bakım ve masraflarını 18. Yaşına kadar üstlenmesine karar verilmiştir. **Hakeri**, s.228.

<sup>320</sup> Eczacılar, taksirler bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmuşlarsa taksirle öldürme veya yaralama suçları ile, kişinin hayatını tehlikeye sokmuşsa zehirli madde atma suçu, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, uyuşturucu maddeye ilişkin suçlar, dolandırıcılık suçu ile karşı karşıya kalabilmektedirler. **Hakeri**, s.239-251.

<sup>321</sup> **ABAD C-481/08**, Alcon Inc. v. OHIM, p. 25, 36. (www.curia.europa.eu E.T.: 22.04.2022)

Yargıtay “Glucophage” ilaç markası ile aynı sınıfta tescil ettirilmek istenen “Glufaj” işaretini değerlendirmiş bu markalar bakımından bilinçli tüketici grubunda yer alan hekim ve eczacılar tarafından karıştırılma ihtimalinin olmadığına karar vermiştir<sup>322</sup>.

Yine Yargıtay’a konu edilen bir başvuruda, Yüksek Mahkeme iki marka arasında karıştırılma ihtimali olup olmadığını incelerken bu markaların hitap ettiği tüketici kitlesini, bu kitlenin özelliklerini ve formasyonunu dikkate almıştır. “Lipidil” ile “Lipidrol” markaları için yapılan değerlendirmede, ilacı kullanan hastaların ilaç tercihlerini kendilerinin yapmadıklarını, doktorun tercihleri ile bağlı olduklarını, ilaca doğrudan kendilerinin ulaşmadıklarını eczacılar tarafından satışa sunulduklarını bu sebeple ilacın asıl kullanıcılarının doktorlar ve eczacılar gibi eğitilmiş kişiler olduklarını belirtmiştir. Bu kişiler tarafından “lipidil” ile “lipidrol” ifadelerinin işitsel olarak farklı algılanabileceklerini, bilgilendirilmiş tüketici grubu bakımından yeterli ayırt ediciliğe sahip olduğuna karar verilmiştir<sup>323</sup>.

İlaç markaları yönünden yapılan karıştırılma ihtimalindeki değerlendirmede “*Pyrami-don*” ile “*Puramiton*” markaları, “*Dişinol*” ile “*Dişinal*” markaları, “*Atarax*” ile “*Ataraxin*” markaları, “*Oftalin*” ile “*Oftarjin*” markaları, özel dikkat gösteren tıp uzmanlarının dahi karıştırılabileceği nitelikte olduklarından iltibasın varlığına karar verilmiştir<sup>324</sup>.

<sup>322</sup> “... davaya konu ürünlerinin ilaç olduğu ilacı kullanan hastanın ilaç tercihini kendi isteği doğrultusunda ve bizzat yapmadığı doktorun tercihine uymak zorunda olduğu, ilaçların eczacılar tarafından satışa sunulduğu dolayısıyla doktor ve eczacı gibi eğitilmiş kişilerin aslında kullanan olduğu, GLUFAJ ve GLUCOPHAGE kelimelerin arasında kulak algılaması yönünde yeterince farklılık olduğu, ayırt edici ekler sebebiyle bilgilendirilmiş tüketici gurubu (doktor ve eczacılar) açısından yeterli ayırt edileceği sahip olduğu açıkça belirtildiği halde, 2. raporu düzenleyen heyette muhalif kalan bilirkişinin GLUFAJ markasının davacıya ait markaya benzetme amacı taşıdığı, davacıyla iki marka arasındaki ve benzerliğin ve taraflar arasında geçmişte lisans ilişkisinin olmamasının, doktor ve eczacıların iki marka ve iki şirket arasında hali hazırda bağlantı kurmasına ve hatta ilacın reçetesiz dahi satılabildiği düşünüldüğünde, iki marka arasındaki benzerliğin son tüketicinin, yani hastaların tercihlerini etkileyebileceği ve bu isim yakınlığının, ileride doğabilecek kullanma hataları sebebiyle halk sağlığında telafisi mümkün olmayacak sorunlar yaratacağı belirtilmiştir. Objektif ilkelere göre bilinçli kullanıcı gurubu (doktor ve eczacılar) yönünden markaların aynı ya da ayırt edilemeyecek ölçüde benzer olmadıkları açık olarak tespit edildiği halde sübjektif ölçülere ve yasal olmayan muhalif bilirkişi görüşüne itibar edilerek, markalar arasında benzerlik bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü doğru görülmemiştir.” **Yargıtay 11. HD. 01.05.2007 T., 2005/14630 E. 2007/6678 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.04.2022)

<sup>323</sup> **Yargıtay 11. HD. 13.01.2003 T., 2002/7864 E., 2003/48 K.** Kararın tamamı için bkz: **Yasaman/Ayoğlu**, s.511-512.

<sup>324</sup> **Öztek**, s.70.

Yargıtay tarafından “Ezex” ile “Dezeks” ilaç markaları bakımından değerlendirme yapılırken, tüketicilerin doktor ve eczacı gibi eğitilmiş üniversite mezunu kişiler olduğu belirtilmekle birlikte, bu kişilerin çalışma şartlarına ilişkin yapılan değerlendirme sonucu karıştırma ihtimalinin mevcut olduğuna karar verilmiştir. Yargıtay ilgili kararında “özellikle sağlık sektörünün içinde bulunduğu ağır çalışma koşulları, yoğunluk, hız ve çoğu kez çalışma ortamlarının elverişsiz olduğu hususlarının maddi bir gerçeklik olması karşısında, bu alanda çalışan kimselerin hata yapmayacağı, benzer işaretleri karıştırmayacağı yönündeki kanaatin hayatın olağan akışına ve maddi gerçekliğe uygun olduğunun kabulü mümkün değildir” şeklindeki kararı ile ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur<sup>325</sup>.

ABAD tarafından değerlendirmeye konu başka bir uyuşmazlıkta “Trivastan-Travatan” ilaç markalarında karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde esas alınacak tüketici kavramı tartışılmıştır. Mahkeme, ilaçların doktor reçetesi ile alındığını ve eczacı tarafından son kullanıcıya temin edildiğini belirterek ilacın tüketicisinin hastalarla birlikte doktor ve eczacıları da kapsadığını ifade etmiştir. Markanın temel işlevinin tüketiciye ve son kullanıcıya, bir ürünün başka bir işletmenin ürününden ayırt etmek ve tüketicilere ürünleri karıştırmadan belirleyip, satın almasını sağlama güvencesi verme amacı olduğunu ifade etmiştir. Bu sebeple ABAD kararında ilacın son tüketicilerinin hastalar olduğunu belirtmişse de doktor ve eczacılar bakımından değerlendirme yapılmasına karar vererek karıştırma ihtimali olmadığına karar vermiştir<sup>326</sup>.

İlaç markalarının tıp uzmanları tarafından dahi karıştırılmaları Fransız Mahkemeleri tarafından da mümkün görülmüş Mahkeme kararlarında hekim ve eczacıların faaliyetlerinin niteliği değerlendirilerek, tıp uzmanlarının, hastalara göre daha fazla hataya karşı korunmuş olmadıklarını, markalar arasındaki benzerliğin tıp uzmanları için dahi karışıklığa sebebiyet verebileceğini belirterek, ilaç markaları bakımından tıp uzmanlarından, ayırt ediciliğin saptanması için yüksek bir beklenti olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Fransız Mahkemeleri

<sup>325</sup> Yargıtay 11. HD. 12.11.2009 T., 2008/6402 E., 2009/11743 K. Kararın tamamı için bkz: Çolak, s.252-253.

<sup>326</sup> ABAD C-412/05, Alcon Inc v. OHIM, p. 49, 80, 86. (www.curia.europa.eu E.T.: 21.02.2022)

“Sedo Inophylline” ile “Sedophylline” ilaç markaları arasında ayrıca “Complimycin” ile “Colimycine” ilaç markaları arasında iltibas olduğuna karar vermiştir<sup>327</sup>.

Görüldüğü gibi burada ilaç markalarına konu iltibas ihtimalinin değerlendirilmesinin yanı sıra ilacın hitap ettiği ilgili kesimle ilgili değerlendirme de yapılmıştır. İlacı kendi tercihinine göre ve kendi isteği doğrultusunda kullanmayan hastaların, ilaç konusunda eğitilmiş ve tecrübeli doktorların tercihlerine uymak ve eczacılardan almak zorunda oldukları tespiti ile ilacın hitap ettiği kesimin dolayısıyla da iltibas değerlendirmesinde dikkate alınacak ilgili kesimin doktor ve eczacılar olduğu ifade edilmiştir.

### 3.5.5. İlaç Markalarının Tüketicisinin Belirlenmesinde İlacın Reçeteli Satılmasının Önemi

İlaç markasında markanın muhatabı konusunda ilgili kesim belirlenirken, ilacın reçete ile satılmasının zorunlu olup olmadığına göre ayırma tabi tutularak değerlendirme yapıldığı da görülmektedir.

Türkiye’de bir ilaca ulaşmak için o ilacın eczanelerden alınması gerekmektedir. Bu nedenle ilaca erişim konusunda ilaç reçete ile satılsın veya satılmasın bütün ilaçlar sadece eczanelerde satılmaktadır<sup>328</sup>.

Reçete ile satılması zorunlu olan ilaç markalarında ilgili kesim olarak doktor ve eczacıların kabul edilmesi gerektiği, bununla birlikte reçete ile satılması zorunlu olmayan ilaç markalarında ise ilgili kesimin hastalar olması gerektiği, burada zorunlu olarak doktor ve eczacı aracılığı bulunmadığı muhatabın doğrudan tüketici hasta olabildiği görüşü bulunmaktadır<sup>329</sup>. Dolayısıyla ilaç markalarında “uzman tüketici” kavramının dikkate

<sup>327</sup> Öztekin, s.71.

<sup>328</sup> “Tabip reçetesiyle verilmesi meşrut olanlar ancak reçete mukabilinde ve diğerleri reçetesiz olarak münhasıran eczanelerle ecza ticarethanelerinde kanunu mahsusuna tevfikân satılır.” İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m.1/2. (R.G. 26.05.1928 T., 1262 sayı)

<sup>329</sup> Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak, s. 856.

alınması için uyumsuzluğa konu ilaçların reçeteli olarak satılması gerektiği belirtilmektedir<sup>330</sup>.

Eczacılık ürünlerinin reçetesiz satışı söz konusu olduğunda ise son tüketici açısından yapılan değerlendirmede de tüketicinin ürünün niteliğine gösterdiği dikkat ve özen nazara alınmaktadır. Makul biçimde bilgilendirilmiş, dikkatli ve anlayışlı sayılması gereken tüketicilerin sağlık ürünü söz konusu olduğunda diğer ürünlere gösterdikleri ilgiden daha fazla özen ve dikkat gösterdiklerini bu sebeple karıştırma ihtimallerinin daha az olduklarını belirtmiştir<sup>331</sup>. Bu nedenle de ilgili kesim ister uzman kişiler olsun ister nihai tüketici hasta olsun ilaç markalarındaki kitlenin ortalamanın üzerinde dikkat gösterdiğini varsaymaktadır.

Reçetesiz satılan ilaçlarda, hasta kullanacağı ilacı doğrudan kendisi belirlediğinden ilacın muhatabı olan tüketicisi hasta olmaktadır. Burada ilacın nihai alıcısı hastadan, markalar arasındaki farka özel olarak dikkat etmesi beklenmemekte, serbestçe satılan reçetesiz ilaçlarda hastadan beklenen özen ve dikkat, ortalama bir tüketiciden beklenen dikkat ve özen kadar olacaktır. Ancak bu ihtimalde dahi ilacın niteliği gereği, hastanın her gün aldığı sıradan bir ürüne gösterdiği dikkat ve özene göre değerlendirme yapılmaması gerekmektedir<sup>332</sup>. Bununla birlikte hastada beklenen özen ilaçları iyi tanıyan, eğitilmiş olan uzman hekim ve eczacıdan beklenen özen kadar olmayacaktır. Ayrıca ifade edilmelidir ki hasta her ne kadar reçetesiz ilacı kendisi belirlese de bu ilaca, market rafından aldığı başka bir ürün gibi ulaşamayacağından, aracı olarak eczacı veya en azından yardımcısı olacağından, burada tüketici nazarındaki karıştırılma ihtimali dahi, başka bir üründeki tüketicinin karıştırması ile aynı değerlendirilmeyecektir<sup>333</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi de ilacın muhatabı olan kesimin belirlenmesinde ilacın reçeteli satılıp satılmadığı hususunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, reçetesiz elde

<sup>330</sup> **Karaaslan**, Pelin, Ortalama Tüketici Ölçütü ve Kullanma Zorunluluğu İlkesi Açısından Marka Hukukunda İlaç Markaları, International Congress on Pharmaceutical and Pharmacy Law. 2021.

<sup>331</sup> **ABAD T-559/13**, Giovanni Cosmetics, Inc. v. OHIM, p. 19-26. (www.curia.europa.eu E.T.: 21.02.2022)

<sup>332</sup> **Öztek**, s.68.

<sup>333</sup> **Öztek**, s. 69; **Yargıtay HGK 30.09.2021 T., 2017/11-413 E., 2021/1127 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

edilebilen ilaçlar bakımından vasat dikkat, bilgi ve zekaya sahip tüketici olan hastanın dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>334</sup>. Nitekim ABAD’ın verdiği bir kararda da ilacın reçetesiz satılması durumunda ilgili tüketicinin uzman sağlık personellerinin yanı sıra niahi tüketici hastaların da dikkate alınması gerektiğini belirterek “RESPICORT-RESPICU” ilaç markaları arasında karıştırılma ihtimali olduğuna karar vermiştir<sup>335</sup>.

Doktrindeki bu ayrım Yargıtay tarafından çoğu zaman benimsenmemiş, reçeteli veya reçetesiz ilaç ayrımı gözetilmeksizin ilaç markalarındaki tüketicinin bilgi düzeyinin yüksek olmasından hareketle karıştırılma ihtimalinin olmadığı kabul edilmiştir<sup>336</sup>. Reçeteli satılması gereken ilaçların dahi çeşitli cezai yaptırımlara rağmen reçetesiz satıldığı ülkemizde, Yargıtay’ın böyle bir ayrım yapmaksızın dikkat ve bilgi düzeyi yüksek tıp uzmanlarının değil de ortalama bir dikkat, özen ve bilgiye sahip hastaların dikkate alınması bir yandan daha uygun bulunmakla birlikte sadece hastaların dikkate alınmasının da doğru olmadığı belirtilmiştir. Zira özel bir dikkat ve eğitime sahip olan hekim veya eczacıların dahi ilaç markalarını karıştırdıkları göz önüne alındığında, tüketiciden beklenen dikkat ve özen seviyesini düşürerek sadece hastalar bakımından değerlendirme yapılması da uygun bulunmamıştır<sup>337</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı bir kararında ilaç markalarında karıştırılma ihtimali olup olmadığı konusunda çeşitli esasları göz önüne almış, bu kapsamda ortalama tüketici kitlesinin belirlenmesinde ilacın reçeteli satılma zorunluluğu olup olmadığını da dikkate almıştır.

“Zinco” ibareli marka hakkı sahibi, tescil edilen ve Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) tarafından tesciline izin verilen “Zincobest” ibareli marka hakkı sahibine karşı dava açmış, Yargıtay tarafından karıştırılma ihtimali değerlendirilmesi yapılmıştır. Söz konusu ilaç markası olduğunda, markanın ilacın etken maddesini içerip içermediği

---

<sup>334</sup> **Öztek**, s.70.

<sup>335</sup> **ABAD T-256/04**, Mundipharma AG. v. OHIM, p. 41, 49, 58. (www.curia.europa.eu, E.T.: 25.04.2022)

<sup>336</sup> **Karaaslan**, Ortalama Tüketici Ölçütü ve Kullanma Zorunluluğu İlkesi Açısından Marka Hukukunda İlaç Markaları

<sup>337</sup> **Öztek**, s.69; **Alica**, s.51.

değerlendirilmiş ve marka isimlerindeki “zinc” ve “zinco” ibarelerinin yabancı dillerde kimyasal simgesi “Zn” olan ve “çinko” elementini ifade ettiğini, çinko elementinin eczacılık, kimya gibi alanlarda kullanıldığını, ayrıca büyüme ve gelişim geriliği, iştahsızlık, diyare, immun sistem problemleri, yara iyileşmesi ve saç dökülmesi gibi rahatsızlıkların tedavisinde kullanılan ilaçların etken maddesi olduğunu belirtmiştir. “Zinco” markası çinko etken maddesini içerdiğinden, ayırt ediciliği zayıf marka olduğu, etken maddesi çinko olan ilaç emtiaları bakımından ufak eklemeler yapılan yeni marka başvurularına katlanması gerektiği, esas unsurun “Zinco” olduğu ve “best” ibaresinin karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırdığını belirtmiştir. Ayrıca “Zincobest” ilacı için ruhsat alınmış ve ilacın reçeteli satılmasına izin verildiğinden, reçeteli satılan ilaçların ortalama tüketicisinin eczacılar ve hekimler olması nedeniyle de karıştırılma ihtimalinin olmadığına, “Zincobest” ilacı için reçeteli satışına izin verilmemiş olması halinde bile bu ilaçların da eczanelerde satıldığı ve alıcı kitlesinin dikkat düzeyinin başka sıradan bir ürüne göre daha yüksek olacağı gerekçeleri ile karıştırılma ihtimalinin olmadığına karar verilmiştir<sup>338</sup>.

Bununla birlikte Yargıtay’daki bir karşı oy gerekçesinde markalar arasındaki karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılırken ilaçların reçeteli satılıp satılmadığının göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>339</sup>.

<sup>338</sup> Kararın tamamı için bkz: **Yargıtay HGK 30.09.2021 T., 2017/11-413 E., 2021/1127 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.04.2022)

<sup>339</sup> “... davacıya ait markayı taşıyan ilacın reçeteli satılabilen, davalıya ait markanın ise reçetesiz satılabilen ilaç emtiası üzerinde kullanılması halinde karıştırılmaya elverişli hale gelecekleri gibi bir ihtimale dayalı olduğu gerek yerel mahkeme gerekçesinden ve gerekse de Dairemiz onama ilamından anlaşılmaktadır. Ancak, taraf markalarını taşıyan müstahzarların, 1262 Sayılı Kanuna tabi ilaç niteliğinde oldukları ve reçetesiz satışının söz konusu olmaması gerektiği bir tarafa bırakılacak olursa, gerçekten de davalıya ait markayı taşıyan ilacın reçetesiz satımının mümkün olması halinde, yukarıda da değinildiği üzere yazımsal ve sescil benzerlik taşımayan bu ibareleri taşıyan ilaç emtiası bakımından, fahiş bir yanlışlık söz konusu olmadığı sürece, reçete yazan bir doktorun davacıya ait markayı taşıyan ilaç yerine reçetesiz satılabilecek bir ilacı yazması gibi bir ihtimal söz konusu olmadığı gibi, tersine, reçetesiz satılabileceği öngörülen davalıya ait markayı taşıyan bir ilaca ihtiyacı olan hastaya da, eczacının, reçeteli satılan bir ilacı vermesi söz konusu olamayacağından, karıştırılma kavramı bakımından bu yöndeki temel önermenin ve buna bağlanan sonucun yanlışlığı açıkça ortadadır.” **Yargıtay 11. HD. 10.6.2020 T., 2018/5484 E., 2020/2745 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.04.2022)



Yargıtay tarafından sıklıkla böyle bir ayırım yapılmamakla birlikte Yargıtay bazı kararlarında ilacın reçeteli satılmasını değerlendirmeye tabii tutmuştur<sup>340</sup>.

### 3.6. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN TESPİTİ SONUÇLARI

İlaç markalarında karıştırılma ihtimalinden kaynaklanan sorunlar, uygulamada genellikle ilaç üreticilerinin birbirlerine dava açması ile karşımıza çıkmaktadır. Hekimlerin, eczacıların veya hastaların yanıltıcı bir ilaç markasından doğan sorunlar nedeni ile hukuken marka korumasını alan üretici şirketlere karşı yargı yoluna başvurduğu örneklere pek rastlanmamaktadır<sup>341</sup>.

İlaç markalarında karıştırılma ihtimalinin mevcut olduğu durumlarda SMK marka hakkı sahibine birtakım haklar tanımaktadır. Bu hak ve yetkiler markanın tescil edilmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla tescil edilmemiş bir marka ancak genel hükümlere göre sahibine haklar vermektedir<sup>342</sup>.

#### 3.6.1. Hükümsüzlük Nedeni Olarak

Markanın hükümsüzlüğü karşımıza iki ihtimalde çıkabilmektedir: Birinci ihtimalde markanın tesciline engel olan mutlak ya da nispi ret nedenlerinden birinin varlığına rağmen, TPK tarafından bir şekilde gözden kaçırılması veya ilgililerce itiraz edilmemesi sonucu marka tescil edilmiş olabilir. Böyle bir durumda markanın hükümsüzlüğü ve sicilden terki istenmektedir. İkinci ihtimalde ise markanın başta tescile engel bir durumu olmamakla birlikte, zamanla ortaya çıkan birtakım iptal sebepleri meydana gelmiş olabilir<sup>343</sup>.

Kanunun 25. Maddesinin 1. Fıkrasında mutlak ret nedenleri ile nispi ret nedenlerinden birinin varlığı halinde mahkemece markanın hükümsüzlüğüne karar verileceği düzenlenmiştir.

<sup>340</sup> “taraf markalarının “...” ve “...” olarak eczacılıkta ve kimyada farklı anlama gelen kelimedden oluştuğu, reçetelendirilmeleri gereği objektif ilkelere göre bilinçli kullanıcı grubu olan doktor ve eczacılar yönünden markaların karıştırılmasının mümkün olmadığı...” **Yargıtay 11. HD. 29.11.2018 T., 2017/1905 E., 2018/7507 K.** (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.04.2022)

<sup>341</sup> **Toplu Ünlü/Atılğan Karakulak**, s. 852.

<sup>342</sup> **Çolak**, s. 12; **Yasaman/Yusufoğlu**, s.35; **Poroy/Yasaman**, s.281.

<sup>343</sup> **Arkan**, Sabih, Marka Hukuku, C.II, Ankara, 1998, s.155; **Çolak**, s.934-935.

Mutlak ret nedenleri ile nispi ret nedenlerinin sonucunun hükümsüzlük olduğu dikkate alındığında, karıştırılma ihtimaline neden olacak uyumsuzluklarda yapılan değerlendirmede, markalar arasında karıştırılma ihtimali tespit edildiği takdirde buna sebep olan sonraki marka hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalmaktadır. Bir diğer ifadeyle tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan bir işaret, halk tarafından karıştırılma tehlikesine neden oluyorsa, ilgili kişiler TPK tarafından tescil edilmiş markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden talep edebileceklerdir<sup>344</sup>.

Markalar arasında karıştırılma ihtimali olduğuna kanaat getirilirse, Kanunun 25. Maddesinin 2. Fıkrasına göre menfaati olan herkes, Cumhuriyet Savcıları veya ilgili kurum ve kuruluşlar markanın hükümsüzlüğünü mahkeme aracılığıyla talep edebileceklerdir.

Markanın hükümsüzlüğüne karar verildiğinde, marka üzerindeki tescil ile kazanılmış olan hak son bulacak, mahkemenin hükümsüzlük kararı etkisini geçmişe yönelik bir etki olarak gösterecektir<sup>345</sup>.

### 3.6.2. Marka Hakkına Tecavüz Nedeni Olarak

Marka hakkına tecavüz oluşturan durumlar SMK'nın 29. Maddesinde sınırlı olarak sayılmış, bunlardan biri markanın taklit edilmesi olarak belirtilmiştir<sup>346</sup>.

Marka hakkı ile hak sahibine, markasının aynısının veya karıştırılmaya sebebiyet verecek benzerinin kullanılmasının önüne geçme imkanı verilmiştir. Tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir marka ile bu markaya tecavüz edildiği iddia edilen marka arasında benzerlik olduğunda markanın karıştırılma tehlikesi ortaya çıkmaktadır.

<sup>344</sup> **Epçeli**, s.17-18; **Pekdiñer/Erdem**, s. 308.

<sup>345</sup> **Arkan**, C.II, s.167.

<sup>346</sup> “Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7 nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak; marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek; 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; marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek” fiilleri marka hakkına tecavüz sayılmaktadır. **SMK**. m. 29/1(a,b,c,ç)

Marka hakkı tecavüze uğrayan bir kimsenin talep hakları SMK m. 149'da sayılmıştır. SMK'nın 149. Maddesi 1. Fıkrası a bendi marka hakkı sahibine, fiilin tecavüz olup olmadığının tespitini talep hakkı vermektedir. Marka hakkı sahibi bu davasını genellikle marka hakkına tecavüzün durdurulması ve önlenmesi veya tecavüzün kaldırılması talepleri ile birlikte açmaktadır<sup>347</sup>. Tescilli marka hakkı sahibi, markasına karşı tecavüze sebebiyet verecek işaret sahibine karşı marka hakkından doğan haklarını kullanabilmekte, SMK m.150 ve 151 uyarınca maddi, manevi tazminat ile itibar tazminatı da talep edebilmektedir<sup>348</sup>.

Tüm bunlarla birlikte marka hakkı tecavüze uğrayan bir kimse SMK'nın 30. Maddesinde belirtildiği üzere cezai anlamda da korunmaktadır.

---

<sup>347</sup> Çolak, s.741.

<sup>348</sup> Düzgün, s.163.

## SONUÇ

Marka, gerek hak sahibine gerekse de tüketicilere sağladığı hukuki koruma nedeniyle ticaret hayatında oldukça önemli bir yeri olan gayri maddi malvarlıkları arasında yer almaktadır. Markanın temel işlevi olan ayırt edicilik işlevinin zedelenmesi Marka Hukukunun korumayı amaçladığı düzeni sarsmaktadır. Bu sebeple hukuk düzeni markanın ayırt ediciliğinin sınırlarının güçlü bir şekilde çizilmesini sağlamaktadır.

Hukuk düzeni marka hakkı sahibinin emeğini, onun çeşitli uğraşlarla kazandığı tüketici memnuniyetini ve piyasada kazandığı itibarını, bunlardan kolayca yararlanmak isteyen başka firmalara karşı korumaya çalışmaktadır. Birbirine benzer markaların korunması zorlaşacağından, birtakım hak kayıplarına sebebiyet verme riski de artacaktır. Bu sebeple markaların ayırt edici niteliği oldukça önemli olup, markaya ayırt edicilik kazandırılarak markanın karıştırılma ihtimalinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda ilk olarak Marka Hukukunun temel uyumsuzluklarından olan ve uygulamada sıkça rastlanan karıştırılma ihtimali konusu açıklanmıştır. Daha sonra markalar arasındaki sınırın çizilmesinin önemi üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise ilaçların da marka ismine sahip olduklarından hareketle, ilaç firmaları tarafından oldukça önemsenen bu konuda firmaların hangi esasları dikkate alarak ilaç isimleri seçtikleri açıklanmıştır. Bu çalışma bakımından sadece beşeri tıbbi ilaçlar esas alınmış, zirai veya hayvanlar için üretilen ilaçlar ile ilaç niteliği taşımayan ürünler çalışma dışı bırakılmıştır. Bu bölümde ilaç markalarının işlevleri değerlendirilmiş, ilaç markaları bakımından tescil sürecinde dikkate alınan özel durumlara yer verilmiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise uygulamada sıklıkla uyumsuzluk konusu olan karıştırılma ihtimalinin, ilaç markaları üzerindeki etkisi ve önemi doğrultusunda ilaç markalarında karıştırılmaya neden olacak hususlar ile ilaç tüketicilerin karıştırılma ihtimali değerlendirmesindeki etkisi açıklanmıştır. Çalışmamızın sonunda karıştırılma ihtimalinin mevcut olduğuna karar verilmesi halinde buna sebebiyet verenler için düzenlenen yaptırımlara yer verilmiştir.

## KAYNAKÇA

- ABACIOĞLU** Nurettin, **DİKMEN** Ahmet Alpay. «Meta Olarak İlaçta Sınai ve Fikri Mülkiyet Rejiminin Ekonomi Politikası.» Dü. Türkiye Sosyalist İktisat Kongresi. İstanbul, 2005.
- ALICA**, Türkey. «İlaç Sektöründe Marka Tercihi ve Tescil Engelleri.» MEMİŞ, Tekin. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2009. 1-59.
- ARKAN**, Sabih. *Marka Hukuku C.I.* Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- ARKAN**, Sabih. *Marka Hukuku Cilt:II.* Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları , 1998.
- BAHADIR**, Zeynep. Markaların Hükümsüzlüğü ve İptali. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- BALIK** İfakat, **BEKTAŞ** İbrahim. «Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu .» 2019. *Dergipark Web Sitesi*. 17 Şubat 2022.
- ÇOLAK**, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: Onikilevha, 2016.
- DEMİR**, Hatice Özge. «TTK'daki "İltibas" ile 556 S. KHK'deki "Karıştırılma İhtimali" Kavramlarının Karşılaştırılması.» İstanbul, 2006. Yüksek Lisans Tezi.
- DEMİR**, Mehmet. «İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu.» *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (2010): 96-128.
- DİRİKKAN**, Hanife. *Tanınmış Markanın Korunması*. Ankara: Seçkin, 2003.

- DÜZGÜN**, Ülgen Aslan. «İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz.» *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018: 143-170.
- DOĞAN**, Beşir Fatih. «Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma.» *Batider* (2007): 219-238.
- EPÇELİ**, Sevgi. *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2006.
- HAKERİ**, Hakan. *İlaç Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- İLAÇ ENDÜSTRİSİ İŞVERENLER SENDİKASI**, dü. «AB ve Türkiye'de Jenerik İlaç Endüstrisi Paneli.» Ankara, 2005.
- KANBAK**, Pınar. «Marka İsmi Yaratma ve İlaç Sektöründe Uygulama.» İstanbul, 2002.
- KARAASLAN**, Pelin. «Ortalama Tüketici Ölçütü ve Kullanma Zorunluluğu İlkesi Açısından Marka Hukukunda İlaç Markaları.» *International Congress on Pharmaceutical and Pharmacy Law*. 2021.
- KARAHAN**, Sami. «Endüstriyel Tasarım Marka ve Patent Hukuku.» 1990. *Kazancı Hukuk Otomasyon*. Makale. 12 Mart 2022.
- KARAHAN**, Sami. *Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları*. Konya: Seçkin, 2002.
- KÜÇÜKALİ**, Canan. *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi*. Ankara: Seçkin, 2009.
- NOYAN**, Erdal. *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet, 2006.
- ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, Burcu Gülseren. «İlaç Patenti Hak Sahipliği ve Patent Hakkı Sahibinin İlacın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluğu.» Ankara, 2011.
- ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, Burcu Gülseren. «İlaç Tüketicisinin Belirlenmesi Üzerine Genel Bir Değerlendirme.» *Tüketici Yazıları (II)* (2010): 247-253.
- ÖZTEK**, Selçuk. «İlaç Markaları.» *Kazancı Hukuk Dergisi* (2006): 66-71.
- PEKDİNÇER**, Remzi Tamer, **ERTEM** Hakan. «Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarında İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve

Kriterlerin Saptanması İçin Öneriler.» *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi* (2014): 303-344.

**PİRİ**, Özge. «556 Sayılı KHK Hükümlerine Göre İlaç Markaları.» Ankara, 2012. Yüksek Lisans Tezi.

**POROY** Reha, **YASAMAN** Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.

**SALEEM**, Iqra. «The Effect of Patient's Medical Brand Awareness on Healing Perception.» 2019.

**SARIGÜL**, Harun. «Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali.» İstanbul, 2019.

**SOYLU**, Mert. «İlaç Hukukunda Tazminat Sorumluluğu.» Antalya, 2021.

**SULUK**, Cahit. *Tasarım Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.

**TAMER**, Elanur. *Marka Hukukunda Kullanım İspatı* . Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

**TEKİNALP**, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

**TEOMAN**, Ömer. *Yaşayan Ticaret Hukuku Hukuki Mütalaalar 1989-1991*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.

**TOPLU ÜNLÜ** Selma, **ATILGAN KARAKULAK** Özge. «İlaç Markalarında Mülkiyeti Haiz Olmayan İsim (INN) ve Karıştırılma İhtimali Tespitinde Dikkate Alınacak Faktörlere İlişkin Değerlendirme.» *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* (2010): 850-865.

**TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ**. «Madrid Protokolü Çerçevesinde Markaların Uluslararası Tescili ile İlgili Prosedürün Uygulanmasına İlişkin Temel Bilgiler.» Ocak 2007.

**TÜRK PATENT VE MARKA KURUMU**. *Marka İnceleme Kılavuzu*. 18 08 2021. 9 Eylül 2021.

**WORLD HEALTH ORGANISATION.** «Guidance On The Use Of International Nonproprietary Names (INNs) For Pharmaceutical Substances. .» 2017. *World Health Organisation Web Site*. 12 Eylül 2021.

**WORLD HEALTH ORGANISATION.** «The use of stems in the selection of International Nonproprietary Names (INN) for pharmaceutical substances.» 2011.

**YASAMAN** Hamdi, **AYOĞLU** Tolga. *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.

**YİĞİT** Ezgi, **ÇETİN** Tuğba, **KELEŞMEHMET** Hatice, **ALSAN** Şeyda, **UĞUR** Halis. «Elektronik Reçete Uygulaması Hakkında Kalitatif Bir Değerlendirme.» 15 Mart 2019. *The Journal of Turkish Family Pysician Web Sitesi*. 10 Ekim 2021.

**YILDIRIM**, Murat. «İlaç Markaları ile Mülkiyete Konu Olmayan Uluslararası İsimler (INN) İlişkinin Hukuki Açıdan İncelenmesi.» *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* (2006): 84-111.

**YILMAZ**, A. Lerzan. *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2017.

### **Çevrimiçi Kaynaklar**

<http://www.kazanci.com.tr>

<https://www.turkpatent.gov.tr/>

<https://mevzuat.gov.tr>

<https://curia.europa.eu>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>





**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU**

**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA**

Tarih: 12/06/2022

Tez Başlığı : İlaç Markalarının Karıştırılma İhtimali

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 98 sayfalık kısmına ilişkin, 12/06/2022 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 20'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- x  Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
- 2- x  Kaynakça hariç
- 3-  Alıntılar hariç
- 4- x  Alıntılar dâhil
- 5- x  5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

**Adı Soyadı:** ZEYNEP BEYZA YETİŞGİN  
**Öğrenci No:** N18138215  
**Anabilim Dalı:** Özel Hukuk  
**Programı:** Özel Hukuk

**DANIŞMAN ONAYI**

UYGUNDUR.

Doç. Dr. Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR



**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU**

**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA**

Tarih: 12/06/2022

Tez Başlığı: İlaç Markalarının Karıştırılma İhtimali

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmam:

1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır,
2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.
3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir.
4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, mülakat, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir.

Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kurul/Komisyon'dan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

**Adı Soyadı:** ZEYNEP BEYZA YETİŞGİN

**Öğrenci No:** N18138215

**Anabilim Dalı:** ÖZEL HUKUK

**Programı:** ÖZEL HUKUK

**Statüsü:**  Yüksek Lisans  Doktora  Bütünleşik Doktora

**DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI**

Doç. Dr. Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR

Detaylı Bilgi: <http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr>

Telefon: 0-312-2976860

Faks: 0-3122992147

E-posta: [sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr](mailto:sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr)