İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 82 (4), 1101-1133

DOI: 10.26650/mecmua.2024.82.4.0006
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 15.04.2024
Revizyon Talebi: 16.04.2024
Son Revizyon Tarihi: 16.04.2024
Kabul: 08.10.2024
Online Yayın: 24.10.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Güncel Gelişmeler Işığında Ortalama Tüketici Ölçütünün Yeniden Yorumlanması

Gül Büyükkılıç*

Öz

Marka hukukunda "ortalama tüketici", bir ürünün veya hizmetin hedef kitlesini temsil eden ve marka tescili veya ihlali durumlarında dikkate alınan bir ölçüttür. Bu ölçüt, tüketici davranışlarını ve algılarını değerlendirme ve belirli bir markanın tescil edilebilirliği veya ihlali konusunda karar vermede belirleyici bir role sahiptir. AB ve Türk marka mevzuatında tanımı yapılmamış olan ortalama tüketici, doktrin ve yargı kararlarında "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kimse" şeklinde formüle edilmiş olmakla beraber, özellikle elektronik ticaretin gittikçe önem kazandığı, pazar şartlarının her geçen gün değiştiği ve bu çerçevede tüketicinin algısının da geleneksel anlayıştan farklı bir şekle büründüğü günümüzde ortalama tüketicinin formüle edilmesinin somut olay değerlendirmesinde yargıya gereken esnekliği sağlamaktan uzak olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Ortalama tüketici ölçütünün disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınmasının ve karıştırılma ihtimalinin global değerlendirmesi kapsamında fiili kullanım ve karıştırılma ihtimaline ilişkin anket delili ve kamuoyu araştırması delillerinin de dahil edilmesinin somut uyuşmazlıkların daha objektif bir zeminde çözümlenmesi bakımından faydalı olacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler

Ortalama Tüketici, İlgili Halk, Temsili Tüketici, Hedef Kitle, Makul Ölçüde Bilgilenmiş Tüketici, Bilgilenmiş Tüketici, Uzman Tüketici, Tüketici Algısı

Reinterpretation of the Average Consumer Benchmark considering Recent Developments

Abstract

In trademark law, the "average consumer" is a benchmark that represents the target audience of a product or service and is considered in cases of trademark registration or infringement. This criterion plays a decisive role in assessing consumer behaviour and perceptions and deciding on the registrability or infringement of a particular trademark. Although the average consumer has been formulated as "a person who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect" by the doctrine and judicial decisions, it is an undeniable fact that the formulation of the average consumer is far from providing the necessary flexibility to the judiciary in the evaluation of the concrete case, especially today, when electronic commerce is gaining importance, market conditions are changing day by day, and the perception of the consumer has taken a different shape from the traditional understanding. An interdisciplinary approach to the average consumer criterion and the inclusion of survey evidence and public opinion survey evidence regarding actual use and likelihood of confusion within the scope of the global assessment of likelihood of confusion would be beneficial in terms of resolving concrete disputes on a more objective basis.

Keywords

Average Consumer, Relevant Public, Representative Consumer, Targeted Consumer, Reasonably Well-informed Consumer, Well-informed Consumer, Specialised Consumer, And Consumer Perception

* **Sorumlu Yazar:** Gül Büyükkılıç (Dr. Öğr. Üyesi), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku AnaBilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: gbuyukkilic@marmara.edu.tr ORCID-ID: 0000-0002-3484-7002

Atıf: Buyukkilic G, "Güncel Gelişmeler Işığında Ortalama Tüketici Ölçütünün Yeniden Yorumlanması" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası xx. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.0006

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

Extended Summary

In trademark law, the *average consumer* is a measure that represents the target audience of a product or service and is used as a reference in cases of trademark registration or trademark infringement, and has a decisive role in evaluating consumer behaviour and perceptions and deciding on the registrability or infringement of a particular trademark or product. Indeed, one of the most important tools in the registration of a trademark and determination of the scope of protection is the likelihood of confusion between signs, and the registration request of a sign that is likely to be confused, including the likelihood of *being associated by the publicise* to its sameness or similarity with a registered or previously applied trademark and the sameness or similarity of the goods or services covered by it, is rejected upon objection [Industrial Property Law No 6769 (IPL) Art 6/1]. Again, the registration or unregistered use of such a sign constitutes an infringement of the trademark right with the previous registration date and may be prevented by the trademark right holder [Art 7/2(b) of the IPL, Art 29/1 of the IPL].

The IPL has preferred to use the term "by the public" in relation to the similarity assessment of trademarks within the scope of the likelihood of confusion. However, it is accepted in both doctrine and judicial decisions that the expression "likelihood of confusion, including the likelihood of association by the public" used by the legislator does not mean all segments of the society, but the specific environment that faces the danger of association or confusion. In other words, in all these cases, the person whose perception is taken as the basis in determining the likelihood of confusion is the "average consumer".

Although most of the disputes regarding trademark law arise on the axis of likelihood of confusion, the "average consumer", which is taken as a criterion in the evaluation, is not defined in the IPL or the Regulation on the Implementation of the Industrial Property Law, nor is there any regulation on its scope and limits in the trademark legislation. On the other hand, it is determined that the average consumer is defined in secondary regulations in two different areas. These are the Regulation on Commercial Advertising and Unfair Commercial Practises (Art 4/1-j) and the Turkish Food Codex Regulation on Nutrition Declarations (Art 4/1-f).

In the judicial decisions on the subject, the average consumer is formulated as *reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect*, but the level of information, attention and caution required may be evaluated differently within the framework of various criteria such as the nature of the goods/services or the nature of the buyer group[1]. Indeed, while the presumptive level is higher *in certain groups of goods/services*, it may be at an average level in others. As a matter of fact, it is

accepted that consumers will generally not act carefully in terms of products that are used by all segments of society in daily life.

The average consumer group criterion used in trademark registration and infringement proceedings is the product of a norm-based practise that follows the legal or policy objectives underlying trademark law. Although the average consumer criterion as "a reasonably informed and reasonably cautious and prudent person" provides convenience to the decision-makers, it is insufficient because it does not take into account the scientific data on how consumer perceptions are actually directed. The replacement of traditional commerce by electronic commerce affects the purchasing behaviour of consumers and shapes consumer perception. The criteria determined within this framework make it impossible to make decisions on the subject on an objective and equitable basis.

This paper does not aim to eliminate the criterion of the average consumer, but it may be time to adopt a more empirically grounded approach to the average consumer. First of all, the norm-infused structure of the average consumer is fictional in three senses: attention, knowledge and vigilance. This triple artificiality leads to a non-negligible disconnect between what trademark law recognises and what reality is. Adding more reality to this remodelling process and interpreting the average consumer as objectively as possible requires an interdisciplinary work between behavioural sciences and legal science. On the other hand, it is considered that the actual use of the trademark should also be taken into account as part of the global assessment in the likelihood of confusion assessment, and a more empirically based structure should be established by applying survey evidence in proving the likelihood of confusion.

I. Giriş

Marka hukukunda "ortalama tüketici" *(average consumer)*, bir ürünün veya hizmetin hedef kitlesini temsil eden ve marka tescili veya ihlali durumlarında referans alınan bir ölçüt olup, tüketici davranışlarını ve algılarını değerlendirmek ve belirli bir markanın tescil edilebilirliği veya ihlali konusunda karar vermede belirleyici role sahiptir. Gerçekten de markanın tescili ve koruma kapsamının tespitindeki en önemli araçlardan biri işaretler arası karıştırılma ihtimali olup, *"tescil edilmiş veya önceki bir tarihte başvurusu yapılmış bir marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin tescil talebi itiraz üzerine reddedilir*." [6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu[1] (SMK) m 6/1]. Yine böyle bir işaretin tescil edilmesi veya tescilsiz olarak kullanımı önceki tescil tarihli marka hakkına tecavüz teşkil etmekte olup, marka hakkı sahibi tarafından engellenebilir [SMK m 7/2(b), SMK m 29/1].

Dikkat etmek gerekir ki SMK, karıştırılma ihtimali kapsamında markaların benzerlik değerlendirilmesi ile ilgili olarak "halk" kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Ancak gerek doktrin gerek yargı kararlarında, kanun koyucu tarafından kullanılan "halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali" ifadesiyle kastedilenin toplumun bütün kesimleri değil, ilişkilendirilme veya karıştırılma tehlikesi ile karşı karşıya kalan spesifik çevre olduğu kabul edilmektedir[2]. Diğer bir ifadeyle tüm bu hallerde karıştırılma ihtimalinin tespitinde algısı esas alınan kişi, "ortalama tüketici"dir.

Marka hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çoğu karıştırılma ihtimali ekseninde ortaya çıkmakta ise de değerlendirmede ölçüt alınan "ortalama tüketici" SMK'da veya Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te[3] (SMK Yönetmelik)

---

1 Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 01.01.2017/29944.

2 Sabih Arkan, *Marka Hukuku, Cilt 1*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997) 103; Arslan Kaya, *Marka Hukuku* (Arıkan, İstanbul 2006) 140-141; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023) (Marka Hukuku) 238-239; Uğur Çolak 'Türk Marka Hukukunda Karıştırma' (2013) Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu 24, 30-31; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023) 211-212; Hanife Dirikkan, *Tanınmış Markanın Korunması* (Seçkin, Ankara 2003) 188; Dilek İmirlioğu, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018) 67-68; Zeynep Bahadır, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali* (Turhan Kitabevi, Ankara 2018) 87; Sevgi Epçeli, *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali* (Legal Yayınevi, İstanbul 2006) 46. Aynı yönde bkz Yargıtay HGK, 06.12.2023, E 2023/11-694, K 2023/1207; Yargıtay HGK, 14.10.2020, E 2017/11-139, K 2020/765; Yargıtay 11. HD, 07.12.2023, E 2022/2936, K 2023/7150; Yargıtay 11. HD, 17.05.2023, E 2022/2999, K 2023/3052; Yargıtay 11. HD, 10.04.2023, E 2021/8214, K 2023/2186; Yargıtay 11. HD, 22.11.2022, E 2021/4282, K 2022/8163; Yargıtay 11. HD., 28.04.2021, E 2020/5875, K 2021/4212; Yargıtay 11. HD, 30.10.2012, E 2011/10236, K 2012/16843; Yargıtay 11. HD, 21.01.2014, E 2013/10656, K2014/1223. Aynı yönde bkz Court of Justice of the European Union (CJEU), 10.04.2008, C-102/07, parag 28; CJEU, 06.10.2005, C-120/04, parag 24 ve 26; CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 17. Benzer şekilde EUIPO da (European Union Intellectual Property Office) ise ortalama tüketici kavramı ile ilgili olarak; "ilgili tüketici kitlesi" veya "ilgili toplum kesimi" yorumu yapmakta ve bu terimin yargı kararlarının aksine genel anlamda toplum kavramından ayırt edilmesi gerektiğini belirtmektedir [Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz EUIPO Guidelines for the Examination of European Union Trade Marks, 31.03.2024 (EUIPO Guidelines), Part C, Section 2, Chapter 3, Relevant Public and Degree of Attention]. Paralel şekilde Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT), ortalama tüketici kavramını işaretin hitap ettiği ilgili toplum kesimi olarak tanımlamıştır. (TÜRKPATENT, Marka İnceleme Kılavuzu, 2021, 451 vd)

3 RG 24.04.2017/30047.

tanımlanmadığı gibi, kapsam ve sınırlarına ilişkin bir düzenleme de öngörülmemiştir. Buna karşılık iki farklı alandaki ikincil düzenlemelerde ortalama tüketicinin tanımlandığı tespit edilmektedir. Bunlar, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği[4] (m 4/1-j) ve Türk Gıda Kodeksi Beslenme Beyanları Yönetmeliği'dir[5] (m 4/1-f). Mehaz 2015/2436 sayılı Marka Direktifi[6] de ortalama tüketiciye ilişkin bir hüküm ihtiva etmemektir. Buna karşılık 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi[7] her ne kadar ölçüte ilişkin bir tanım içermese de genel gerekçede (m 18) ortalama tüketicinin "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kimse" (*reasonably well-informed and reasonably observant and circumspec*t) olması gerektiğine işaret etmekte ve muhtelif hükümlerinde ortalama tüketiciye atıf yapmaktadır [örneğin m 5/2(b), 6/1-2 7/1-2 ve 8].

Konuya ilişkin yargı kararlarında yine ortalama tüketici, "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kimse" olarak formüle edilmekte, ancak somut olayın koşulları çerçevesinde özellikle de mal/hizmetin veya alıcı kitlesinin niteliği gibi çeşitli kriterler çerçevesinde gereken bilgi, dikkat ve tedbir düzeyleri farklı şekilde değerlendirilebilmektedir. Öte yandan özellikle elektronik ticaretin gittikçe önem kazandığı, pazar şartlarının her geçen gün değiştiği ve bu çerçevede tüketicinin algısının da geleneksel anlayıştan farklı bir şekle büründüğü günümüzde ortalama tüketicinin formüle edilmesinin somut olay değerlendirmesinde yargıya gereken esnekliği sağlamaktan uzak olduğu yadsınamaz bir gerçektir.

Ortalama tüketici ölçütüne ilişkin hususların açıklığa kavuşturulması, marka tescil ve korumasında esas alınan ilkelerin doğru bir şekilde tespiti ve uygulanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu çalışma kapsamında sırasıyla ortalama tüketici ölçütünün ortaya çıkışı ve gelişimi, AB ve Türk hukukunda ilgili hukuki düzenlemeler, ölçütün tanımı ve bu bağlamda esas alınması gereken dikkat, bilgi ve ihtiyat düzeyi ve ölçütün benzer kavramlardan farkları incelenmiş, ardından ölçüte eleştirel yönden bakılarak olası çözüm yöntemleri değerlendirilmiştir.

II. Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Gerek AB [2015/2436 sayılı Marka Direktifi m 5/1(b) ve 10/2(b)] gerek Türk hukukunda [SMK m 6/1 ve 7/2(b)] karıştırılma ihtimalinde dikkate alınan ölçüt "halk" (*public*) olarak düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulamada hukuki düzenlemedeki ibarenin "ilgili halk" (*relevant public*), mal/hizmetin hedef kitlesi şeklinde yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir[8].

4 RG 10.01.2015/29232.

5 RG 20.04.2023/31269.

6 OJ L 336/1, 23.12.2015 (2015/2636 sayılı Marka Direktifi).

7 OJ L 149, 11.6.2005 (2015/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi).

8 Bkz (n 2).

"İlgili halk" değerlendirmesine ilişkin olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) *Sabel* davasında[9] "ortalama tüketici" ölçütünü kabul etmiş[10], ölçüte ilişkin detaylı bir değerlendirme ise ABAD'nin 1998 tarihli *Gut Springenheide* kararında yapılmıştır[11]. Somut uyuşmazlıkta davacı ürettiği %60 oranında altı farklı tahıl içeren tavuk yemlerini "6-tahıl –10 taze yumurta" (*6-grain-10 fresh eggs*) sloganıyla pazarlamaktaydı. Her yumurta paketi ayrıca bu yemin, yumurtaların kalitesi üzerindeki faydalı etkilerini anlatan bir broşür de içermekteydi. Tüketiciler bakımından yanıltıcı olduğu iddiasının ileri sürüldüğü davada, Alman Federal Mahkemesi'nin ön kararıyla ABAD, somut olayda tüketicilerin alıcıların (*purchasers*) yanılma ihtimalinin olup olmadığını ve bu bağlamda tüketicinin nasıl tespit edilmesi gerektiğini incelemiştir. Bu çerçevede Mahkeme, satışların artırılması için kullanılan bir ifade veya tanımın, alıcıyı yanıltıcı nitelikte olup olmadığının tespitinde ulusal mahkemenin makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli ortalama bir tüketicinin varsayılan beklentilerini dikkate alması gerektiğini ifade etmiştir[12]. Bunun yanı sıra kararda, ortalama tüketicinin yanılma ihtimalinin tespitinde tüketici anketi veya bilirkişi raporu gibi ispat vasıtalarından yararlanılabileceğinin de altı çizilmiştir.

Gut Springenheide kararından beri Mahkeme, yanıltıcı bilgiye karşı tüketiciyi koruma üzerine Birlik düzenlemelerine ve içtihat hukukuna atıfta bulunarak, belirli bir tanıtım beyanının tüketiciyi yanıltmaya yönelik olup olmadığına karar vermek

---

9 CJEU, 11.11.1997, C-251/95, parag 22–25.

10 Ortalama tüketici için getirilen "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli" kimseyi esas alan konsept, bir bilgi modeline dayanmakta olup, bu modelde, tüketici reklâm tarafından verilen veya kendisinin edindiği bilgiye dayanarak seçim yapan bir piyasa aktörü olarak kabul edilmektedir. Bu modelde tüketiciler, belirsiz kararların olası sonuçlarını tahmin edebilen ve kararın verildiği zamanda beklentilerini maksimize edecek sonucu seçebilen kimseler olarak görülürler. Varsayılan rasyonelliklerinin sonucu olarak, tüketiciler kendi edimlerinden geniş ölçüde sorumlu tutulacak ve firma için potansiyel yükümlülük büyük ölçüde azalacaktır [Rossella Incardona ve Cristina Poncibò,'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution' (2007) 1 Journal of Consumer Policy Issue 21, 29]. Tüketicinin piyasa aktörlerinden biri olarak sorumlu olduğu yönünde bkz CJEU, 09.07.1995, C-470/93, parag 15; CJEU, 02.02.1994, C-315/92, parag 9; CJEU, 18.05.1993, C-126/91, parag 12; CJEU, 20.02.1979, C-120/78, parag 8, 9 ve 12; CJEU, 13.12.1990, C-238/89, parag 12. Tüketicinin edindiği bilgiyi değerlendirme ve rasyonel karar alabilme yetilerinin varlığını kabul eden tüketici modelinin piyasa işleyişini destekleyici önlemler almakla yetinen liberal yapılı bir tüketici hukuku modelini sonuçladığı yönünde bkz Ayşegül Küçükdağlı, 'Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Modelleri' (2020) 2(2) Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145, 149.

11 Daha geniş bir bağlamda, mahkemelerin ortalama tüketicinin norm temelli yapısına yönelik yaklaşımı, marka davalarının karara bağlandığı sosyo-ekonomik ortamdaki önemli değişikliklerle ve 20. yüzyıl boyunca yeni ekonomik teorilerin gelişmesiyle eşzamanlıdır [Yang Xiao, 'A Thousand Faces of the Average Consumer: Towards A More Empirically Grounded Approach to the Infringement Test?' (2022) 17(7) Journal of Intellectual Property Law and Practice 559, 563]. Şöyle ki İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, sınıf ayrımları daha az belirgin ve nüfusun çoğunluğu da (pahalı olanlar da dahil) çok çeşitli tüketim mallarına erişebilir hale gelmiştir. Bu tür bir sosyal homojenlik, eğitim eksikliklerini ya da sınıfsal avantajlardan etkilenmeyen bir ortalama tüketici varsayımının formüle edilmesini mümkün kılmaktadır (Jennifer Davis, 'Locating the Average Consumer: His Judicial Origins, Intellectual Influences and Current Role in European Trade Mark Law' (2005) 2 IPQ 183, 186). Bununla birlikte, neo-klasik iktisat tarafından önerilen temsili tüketici (*representative consumer*) modeli 20. yüzyılın sonlarından itibaren hakimiyet kazanmış ve ortalama tüketicinin yasal inşasına teorik destek sağlamıştır. Bu teoriye göre, tüketicilerin heterojenliğine rağmen, belirli bir ürün için tercihleri tüm tüketicilerle örtüşen, fayda maksimizasyonu yapan bir bireysel tüketicinin varlığı varsayılabilir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz Simon P Anderson, Andre De Palma ve Jacques-Francois Thisse, *Discrete Choice Theory of Product Differentiation* (MIT Press 1992) 13–14). Bu yaklaşımın serbest piyasa ekonomisi üzerine şekillenen ve ayırt etme fonksiyonunu sağladığı sürece tescilin mümkün olduğu marka hukuku rejimi ile de uyumlu olduğu yönünde bkz Davis (n 11) 183 vd.

12 CJEU,16.07.1998, C-210/96, parag 31. Karar incelemesi için bkz Koray Güven, "Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Gut Springheide" Kararı Üzerinden Bir İnceleme' (2015) 28 (129) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 493,493-508.

için, ulusal mahkemenin makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli olan ortalama tüketicinin farz edilen beklentilerini dikkate alması gerekliliğine işaret etmekte ve o günden bu yana içtihat hukuku ile söz konusu kavrama ilişkin bazı kurallar belirlenerek kavrama hukuki bir çerçeve kazandırmaya çalışmaktadır[13].

AB Hukukuna paralel şekilde Türk hukukunda da karıştırılma ihtimalinin değerlendirmesinde kanuni ölçüt olan "halk", yargı kararlarında ve doktrinde "ortalama tüketici" olarak kabul görmüş ve bu kimsenin makul düzeyde bilgi sahibi olduğunun kabul edilmesi gerektiği istikrarlı bir şekilde benimsenmiştir[14].

III. İlgili Hukuki Düzenlemeler

A. Avrupa Birliği Hukukunda

Mehaz düzenleme olan 2015/2436 sayılı Marka Direktifi'nde nispi ret sebeplerine ilişkin 5. maddenin 1(b) bendinde ve ihlal hallerine ilişkin 10. maddenin 2(b) bendinde ilişkilendirme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimalinin değerlendirmesinde ölçüt alınacak kitle, "halk" (*public*) olarak belirlenmiştir. Ancak bu kavramın neyi ifade ettiğine ilişkin Direktif'te açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

AB hukukunda, ortalama tüketici ölçütüne ilişkin önemli bir hukuki düzenleme 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'dir. Direktif, tüketicilerin ekonomik menfaatlerine zarar verebilecek haksız ticari uygulamaların önüne geçmeye yönelik olup, üye ülkelerdeki birbirinden tamamen farklı ölçütlerin uyumlu hale getirilmesi, iç pazarın aksamadan çalışmasına katkıda bulunulması, tüketicilere yüksek düzeyde koruma sağlanması ve tüketicinin belirli bir ürün/hizmete ilişkin karar verme yetisini önemli ölçüde azaltıp bilgilenmiş, dikkatli ve makul düzeyde ekonomik kararlar almasına mani olacak uygulamalara karşı korunması amaçlanmaktadır[15].

---

[13] Örneğin bkz CJEU, 03.09.2009, C-498/07, parag 74; CJEU, 29.04.2004, C-473/01 ve C-474/01, parag 52; CJEU, 21.10.2004, C-64/ 02, parag 43; CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 26; CJEU,16.07.1998, C-210/96, parag 30 – 32; Court of First Instance (CFI), 26.11.2008, T-435/07, parag 17; CFI, 20.06.2004, T-311/02, parag 28; General Court (GC), 31.01.2013, T-66/11, parag 22; GC, 15.12.2005, T-263/04, parag 6; GC, 17.03.2004, T-183/02 ve T-184/02, parag 68; GC, 27.02.2002, T-34/00, parag 47. Yargı kararlarının detaylı incelemesi için bkz "III. B. Ortalama Olmak – Gereken Bilgi, Dikkat ve Tedbir Düzeyi" bölümü. Ayrıca bkz Rasmus Dalgaard Laustsen, *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trade- mark Law and Similar Fictions* (Springer: Cham, Switzerland 2019) 281; Paul Maeyaert ve Jeroen Muyldermans, 'Likelihood of Confusion in Trademark Law: A Practical Guide Based on the Case Law in Community Trade Mark Oppositions from 2002 to 2012' (2013) 103(5) The Law Journal of the International Trademark, 1041-1042; Daniel R Bereskin QC, 'Likelihood of Confusion: The Irrational Basis of Trade Mark Protection', (2019) 14(3) Journal of Intellectual Property Law & Practice 223,228.

[14] Örneğin bkz Yargıtay HGK, 08.07.2020, E 2017/11-135, K 2020/546; Yargıtay 11. HD, 18.10.2023, E 2022/2174, K 2023/5940; Yargıtay 11. HD, 20.09.2023, E 2022/1607, K 2023/5159; Yargıtay 11. HD, 27.03.2023, E 2021/7548, K 2023/1878; Yargıtay 11. HD, 25.01.2023, E 2021/5663 K 2023/517; Yargıtay 11. HD,17.01.2023, E 2021/5822, K 2023/327; Yargıtay 11. HD, 01.12.2022, E 2021/4587, K 2022/8552; Yargıtay 11. HD, 30.11.2022, E 2021/4324, K 2022/8521; Yargıtay 11. HD, 26.09.2022, E 2021/2059, K 2022/6280; Yargıtay 11. HD, 05.06.2018, E 2016/13322 K 2018/4329; Yargıtay 11. HD, 06.12.2017, E 2016/4323, K 2017/6937. Doktrin için bkz (n 2).

[15] Art. 3(5) ve 18. Direktif'e ilişin değerlendirmeler için bkz Mehmet Ali Aksoy, '2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri' (2015) 73(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 279, 279-318.

Direktif'in 2(a) maddesi "tüketici"yi "ticari uygulamalarda, ticareti, işi, zanaatı veya mesleği dışındaki amaçlarla hareket eden herhangi bir gerçek kişi" şeklinde tanımlamaktadır. Her ne kadar tanım ortalama tüketiciye ilişkin değil ise de Direktif'in muhtelif maddelerinde [örneğin m 5/2(b), 6/1-2, 7/1-2 ve 8] "ortalama tüketici" ibaresine yer verilmiştir. Yine ortalama tüketici genel gerekçenin 18. Maddesinde ""makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kimse" olarak zikredilmiştir.

Direktif çerçevesinde, bir uygulama, hem belirli bir alanda gerekli kesinlik ve açıklık gibi meslek standartlarına riayet etmediği hem ortalama tüketicinin ekonomik davranışını önemli ölçüde etkileyip, kendisine sunulan ticari bir teklifte bilgisini tarafsızca kullanmasını engelleyerek onu ekonomik bir karar almaya zorladığında haksız kabul edilir[16]. Haksızlığın tespitinde ortalama tüketicinin algısı dikkate alınır[17]. Genel gerekçe m 18'de Direktif'in ticari uygulamanın konusu olan mallar veya hizmetler hakkında bilgilenmemiş tüketicileri korumadığı ifade edilmektedir. Direktif, ortalama tüketiciyi makul bir şekilde bilgilendirilmiş olarak kabul etmekte ayrıca tüketiciye makul bir şekilde dikkatli ve ihtiyatlı davranma yükümlülüğü yüklemekte; yani direktifle makul şekilde iyi bilgilendirilmiş, ortalama seviyede dikkatli, ihtiyatlı ortalama tüketici korunmaktadır.

B. Türk Hukukunda

Markanın tescili ve koruma kapsamının tespitindeki en önemli araçlardan biri işaretler arası karıştırılma ihtimali olup, "*tescil edilmiş veya önceki bir tarihte başvurusu yapılmış bir marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin tescil talebi itiraz üzerine reddedilir*." (SMK m 6/1). Yine böyle bir işaretin tescil edilmesi veya tescilsiz olarak kullanımı önceki tescil tarihli marka hakkına tecavüz teşkil etmekte olup, marka hakkı sahibi tarafından engellenebilir [SMK m 7/2(b), SMK m 29/1]. Gerek tescil engeli gerek ihlal düzenlemesinde karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesindeki ölçüt, AB düzenlemelerine paralel şekilde, "halk" olarak belirlenmiştir.

Türk Hukukunda ortalama tüketicinin tanımının iki farklı düzenlemede yapıldığı tespit edilmektedir. Bunlardan ilki, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'dir. Yönetmelik'in amacı "*reklam veren, reklam ajansları, mecra kuruluşları ve reklamcılık ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşlar ile ticari uygulamada*

[16] Art. 2(e) and 5(2)(b). 2015/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi - istisnaları mevcut olmakla beraber (Direktif'in 1 numaralı Ek'inde belirtilen herhangi bir test ya da kanıttan bağımsız olarak haksız olduğu kabul edilen haller) - haksız ticari uygulamaları aldatıcı (*misleading*) ve saldırgan (*agressive*) uygulamalar olarak iki kategoriye ayırmaktadır (m 5). Diğer bir ifadeyle, ticari bir uygulama aldatıcı ve/veya saldırgan olmadığı yahut Ek 1'de belirtilen herhangi bir test ya da kanıttan bağımsız olarak *a priori* haksız kabul edilen ticari uygulamalardan biri olmadığı müddetçe kullanılabilir. Konuya ilişkin detaylı bir değerlendirme için ayrıca bkz Incardona ve Poncibò (n 10) 26-27.

[17] Direktif kapsamında ortalama tüketici davranış modeline ilişkin bkz Aksoy (n 15) 288.

bulunanların uyması gereken ilkeleri ve bu ilkeler çerçevesinde yapılacak inceleme esaslarını belirlemek ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketicileri korumaktır." (m 1). İlgili düzenlemenin tanım maddesi uyarınca "*Ortalama tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişiyi"* ifade eder (m 4/1-j). Yönetmelik'te "tüketici" de ayrıca tanımlanmıştır. Bu tanıma göre tüketici, "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*"dir (m 4/1-ö) [18]. "Ortalama tüketicinin tanımlandığı bir diğer düzenleme, Türk Gıda Kodeksi Beslenme Beyanları Yönetmeliği (Gıda Yönetmeliği) [19] m 4/1-f olup, hükme göre ortalama tüketici "*Sosyal, kültürel ve lisanla ilgili faktörler dikkate alındığında makul bir seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli olan tüketiciyi*" ifade eder. Diğer Yönetmelik'ten farklı olarak Gıda Yönetmeliği, sadece bilgi sahibi olma değil, dikkat ve tedbirli olma kıstaslarına da yer vermesi açısından önem taşımaktadır.

AB Hukukuna paralel şekilde Türk Hukukunda da marka mevzuatında "ortalama tüketici" ibaresine yer verilmediği gibi, tanımlayıcı veya kavrama ilişkin kriterleri tespit edici bir hüküm de sevk edilmemiştir. İlgili düzenlemeler reklam ve gıda uygulamalarına ilişkin ikincil mevzuatta yer almakta ve 2015/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'nden farklı olarak "ortalama tüketici"yi tanımlamaktadır.

Marka hukukundaki en temel ihlal hali olan karıştırılma ihtimali değerlendirmesindeki temel ölçütün, SMK ve/veya SMK Yönetmelik'te değil de farklı uygulamalara ilişkin ikincil düzenlemelerrde tanımlanmasının yerindeliği tartışılabilir. Ancak kanaatimiz, aşağıda gerekçeleri üzerinde detaylı olarak durulduğu üzere, ortalama tüketiciye ilişkin bir tanım maddesinin verilmesinden kaçınılması ve bu sayede somut olayın koşullarının gerektirdiği değerlendirmenin yapılabilmesine olanak sağlayan esnekliğin yargı mercilerine bırakılması gerektiği yönündedir[20].

III. Tanımı

Gerek AB gerekse Türk marka mevzuatında, karıştırılma ihtimali kapsamında markaların benzerlik değerlendirilmesinde ölçüt "halk" olarak kabul edilmiş ise de ilgili düzenlemelerde bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Yerleşmiş içtihatlarda bu ifade ile kastedilenin toplumun bütün kesimleri değil, ilişkilendirme veya karıştırılma tehlikesi ile karşı karşıya kalan spesifik çevre olduğu ve bu çevrenin malın/hizmetin yöneldiği "ortalama tüketici

[18] Dikkat etmek gerekir ki 2015/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'nden farklı olarak Yönetmelik'te hem "tüketici" hem de "ortalama tüketici" tanımlanmıştır.

[19] RG 20.04.2023/31269.

[20] Detaylı bilgi için bkz "VI. Çözüm Önerileri" bölümü.

kitlesi"ni ifade ettiği kabul edilmektedir[21]. Diğer bir ifadeyle marka hukukunda "ortalama tüketici kitlesi," bir ürünün veya hizmetin hedef kitlesini temsil eden ve marka tescili veya ihlali durumlarında dikkate alınan ölçüttür. Bu noktada SMK m 6/1 ve 7/2(b)'deki "halk" ifadesinin, yerleşik içtihatlara uygun olarak, "ortalama tüketici" şeklinde revize edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

A. Tüketici Olmak – İlgili Kitlenin Tespiti

Ortalama tüketici ölçütünde tespiti gereken ilk unsur, tüketicinin kim olduğudur. Tüketici olma birden çok anlam ifade edebilir. Bu anlamda tüketici, markayı taşıyan ürünün alıcısı veya son kullanıcısı mıdır ya da bu terim ilgili sektörde faaliyet gösteren bir kişiyi mi işaret etmektedir? Konuya ilişkin ilgili mevzuatta herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Öte yandan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m 4/1-j'deki ortalama tüketici tanımı bir ölçüde yol gösterici olarak kabul edilebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere tanım uyarınca, "*Ortalama tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişiyi"* ifade eder. Dolayısıyla tanım çerçevesinde ilgili tüketici kitlesi ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişilerle sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede, ortalama tüketici ilgili mal/hizmetin alıcısı, bu alanda çalışan, faaliyet gösteren, bu alan ile ilgilenen kişiler de olabilecektir[22].

ABAD bu hususta, uyuşmazlığa konu mal veya hizmet kategorisinin ortalama tüketicisine ait algının, karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde belirleyici bir rol oynadığını belirterek, ortalama tüketicinin değerlendirmeye konu mal ve hizmetler yönünden belirleneceğini kabul etmektedir[23].

Tüketicinin tespitindeki nicel yönden bir değerlendirme yapılması da gerekir. Nitekim marka ihlalinden veya tescil engelinden bahsedebilmek için ilgili tüketici kitlesinin "önemli bir bölümü/kısmı" nezdinde karışıklığın ortaya çıkmış olması gerektiği uzun zamandır kabul edilen bir kuraldır[24]. "Önemli bir bölüm/kısım" ifadesi, gerçek dünyada kafası karışan veya karışması muhtemel tüketicilerin istatistiksel çoğunluğunun bulunup bulunmadığına odaklanması gereken ortalama tüketici ölçütüne ilişkin değerlendirmeye yönelik nicel bir yaklaşıma işaret etmektedir[25].

---

21 Bkz (n 2)

22 Konuya ilişkin bir kararda ilgili kitle, markayı taşıyan ürünlerin alıcısı olarak tespit edilmiştir (CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 31). Diğer bir kararda karıştırılma ihtimali değerlendirmesinin önceki mal/hizmetin potansiyel müşterisi ile başvurusu yapılan markanın potansiyel müşterisi dikkate alınarak yapılacağını içtihat etmiştir (GC, 15.01.2013, T-451/11, parag 37).

23 CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 25. Aynı yönde bkz CFI, 09.02.2006, C-127/04, parag 28; GC, 22.11.2023, T-32/23, parag 24.

24 EUIPO Guidelines, Part C, Section 2, Chapter 3, Relevant Public and Degree of Attention.

25 Ortalama tüketici ölçütünün, istatistiksel olmayıp, ilgili halkı temsil eden ve varsayılan beklentileri dikkate alması gereken norm temelli hukuki bir kriter olduğu yönünde bkz Xiao (n 11) 560.

Tüketici unsuruna ilişkin belirtilmesi gereken bir diğer husus da mal/hizmetlerin belirli bir bölgeye özgü olduğu ve/veya sadece belirli bir bölgede reklamının yapıldığı durumlardır. Böyle bir halde, ilgili bölgedeki tüketicilerin referans olarak alınması gerekir; diğer bölgelerdeki tüketici beklentileri ise referans dışıdır.

Yine ortalama tüketicilerin tespitinde sosyal, kültürel ve dil faktörleri de belirleyici olabilir[26]. Nitekim uyuşmazlık konusu işaretler, yalnızca belli bir ülkede konuşulan bir dildeyse ve bu dil de yaygın olarak bilinen bir yabancı dil değilse, fiilen ürünün ya da hizmetin hedeflediği tüketici grubu da belirlenmiş olur.

B. Ortalama Olmak – Gereken Bilgi, Dikkat ve Tedbir Düzeyi

Ortalama tüketici kavramı uyuşmazlık konusu alanda "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli bir kişi"yi ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır[27]. Dolayısıyla ortalama tüketici ölçütünün kapsam ve sınırlarının tespitinde tüketicinin kim olduğunun belirlenmesi tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu tüketicinin varsayılan bilgi, dikkat ve tedbir seviyesinin de tespiti gerekir.

Ortalama tüketici bakımından aranan bilgi, dikkat ve ihtiyat derecesi kural olarak, makul düzeyde olmak durumundadır[28]. *Lloyd* kararında ABAD, *Gut Springenheide* kararında ortaya koyduğu ortalama tüketici ölçütünü tekraren karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkatsiz bir tüketicinin değil, muhtelif detayları dikkate almaksızın markayı bir bütün olarak algılayan tüketicinin referans alınması gerektiğini ifade etmiştir[29]. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, ortalama kullanıcının çok nadir durumlarda farklı markalar arasında doğrudan karşılaştırma yaptığını, onun yerine aklında kaldığı kusurlu izlenimlere güvendiğini ve dikkat seviyesinin söz

---

[26] CFI, 26.11.2008, T-435/07, parag 18, 22; GC, 14.10.2004, T-183/03, parag 17. Ayrıca bkz Incardona ve Poncibò (n 10) 23; Aksoy (n 15) 292-293.

[27] CJEU, 03.09.2009, C-498/07, parag 74; CJEU, 21.10.2004, C-64/ 02, parag 43; CJEU, 29.04.2004, C-473/01 ve C-474/01, parag 52; CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 26; CFI, 26.11.2008, T-435/07, parag 17; CFI, 20.06.2004, T-311/02, parag 28; GC, 15.12.2005, T-263/04, parag 6; GC, 17.03.2004, T-183/02 ve T-184/02, parag 68; GC, 27.02.2002, T-34/00, parag 47.

[28] 2006'dan 2018'e kadar bölge mahkemeleri ve temyiz mahkemeleri tarafından karara bağlanan 189 Hollanda davasını analiz ettiği çalışmasında *Anemaet*, mahkemelerin ortalama tüketici bakımından normal düzeyde bilgi, dikkat ve ihtimam seviyesini esas aldığını tespit etmiştir [Bkz Lotte Anemaet, 'The Fairy Tale of the Average Consumer: Why We Should Not Rely on the Real Consumer When Assessing the Likelihood of Confusion' (2020) 69 GRUR Int 1008, 1013]. İltibas (karıştırılma) tehlikesinin belirlenmesinde kural olarak, vasat düzeydeki tüketicilerin ilk bakışta ürün veya hizmeti karıştırmasına sebep olması veya karıştırılma tehlikesinin bulunması ölçütünün esas alınacağı yönünde bkz Kaya (n 2) 140.

[29] CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 25. Aynı yönde bkz CJEU, 15.10.1998, C-324/97, parag 26; CJEU, 11.11.1997, C-251/95, parag 23; GC, 21.11.2013, T-443/12, parag 54; GC, 17.03.2004, T-183/02 ve T-184/02, parag 68.

konusu mallar veya servislerin kategorisine göre değişmesinin muhtemel olduğunu belirtmiştir[30].

Yine ortalama tüketicinin, uyuşmazlığa konu ürün/hizmet hakkında, detaylı olmak zorunluluğu olmadan, genel düzeyde bilgi sahibi olması beklenir[31]. Bu bağlamda ortalama tüketicinin makul düzeyde bilgiye sahip olması yeterli olup, tasarım hukukunda "bilgilenmiş kullanıcı" veya patent hukukundaki "teknik alanda uzman kimse" seviyesinde bilgi sahibi olması gerekli değildir[32].

Uygulamada ortalama tüketicinin dikkat düzeyi incelenirken belirli kriterler çerçevesinde değerlendirmeler yapılmaktadır. *Mal veya hizmetin veya alıcı kitlesinin niteliği* bunlardan bazılarıdır. Gerçekten de *belirli mal/hizmet gruplarında* varsayımsal seviye daha yüksek iken, diğerlerinde ortalama düzeyde olabilir. Nitekim günlük hayatta toplumun her kesimi tarafından kullanılır nitelikte olan ürünler bakımından tüketicinin genellikle dikkatli davranmayacağı kabul edilmektedir[33]. "Yiyecek-içecek"[34], "giyim"[35], "ev tekstil"[36], "bankacılık hizmetleri"[37] gibi günlük veya dikkate değer sıklıkta alım-satım ilişkilerine konu edilen, daha düşük bedelli ve toplumun her kesiminden insanlara hitap eden ürünler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Çamaşır ve bulaşık makinesi tabletlerinde Birlik markası tescilini konu alan *Procter & Gamble* kararında EUIPO (Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi), uyuşmazlık konusu ibarenin ayırt edicilikten yoksun olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddetmiş, EUIPO Temyiz Kurulu ve İlk Derece Mahkemesi ise ortalama tüketici algıları

30 CJEU, 03.09.2009, C-498/07, parag 74. Aynı yönde bkz CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 26; GC, 21.11.2013, T-443/12, parag 54. Dikkat düzeyi yüksek müşterinin dahi markalar arasında direk karşılaştırma yapamayacağı ve hafızasında kalan görünüm ile tercihini yapacağı yönünde bkz GC, 16.06.2014, T-324/13, parag 48. Bu durum, tüketicilerin önemsiz detaylardan ziyade ürünlerin baskın ve ayırt edici bileşenleri ile ilgilendikleri şeklinde anlaşılmalıdır. Bu perspektiften bakıldığında, ABAD önceki marka ne kadar ayırt ediciyse, karıştırılma olasılığının o denli yüksek olduğunu kabul etmektedir (GC, 31.01.2013, T-66/11, parag 20). Mahkemelerin ayırt ediciliğin yüksek olduğu durumlarda karıştırılma ihtimalinin bulunduğu yönünde karar verdiğine ilişkin bkz Anemaet (n 28) 1014 vd. Mahkemelerin bu yaklaşımı markanın yüksek düzeyde ayırt ediciliğe sahip olması, tüketicinin uyuşmazlık konusu markaları ayırt etmesine ve bu sayede markalar arasında karışıklığa düşmeyecek olması gerekçesiyle eleştirilebilir

31 Bilgi sahibi olmanın, çok kriterli karıştırılma ihtimali analizinde olumlu bir faktör olarak değerlendirilebileceği, daha dikkatli işlem yapma kapasitesine sahip olan tüketicilerin, önceki ve sonraki marka arasında yanlış bağlantılar kurma ihtimalinin daha yüksek olduğu yönünde bkz Xiao (n 11) 562. Örneğin, kot pantolonun arka cebindeki dikiş deseni kullanmak suretiyle davacı markasının ihlalini konu alan *Louis Sportswear* davasında ABD Mahkemesi, ilgili tüketicinin bilgili bir tüketici olduğunu, zira ancak böyle bir tüketicinin kot pantolonun arka cebindeki desenlere dikkat edeceğini ve bu tüketicilerin markalar arasında belirli düzeyde bağlantı kurma ihtimalinin bulunduğunu belirtmiştir (Lois Sportswear, USA, Inc v Levi Strauss & Co, 799F 2d 867, 875 (2d Cir 1986). Kanaatimizce bilgi düzeyinin yükselmesi, tüketicinin markalar arasında karışıklığa düşmesini engelleyecek bir etkiye sahiptir.

32 Detaylı bilgi için bkz "IV. Benzer Kavramlarla Karşılaştırma" bölümü.

33 Yargıtay, "…*emtia listesindeki malların günlük kullanıma yönelik kolay tüketilen ve ucuz ürünler olması nedeniyle iltibas tehlikesinin daha da arttığını, dava konusu markanın tüm sınıflarda reddi gerektiğini, davalının tescil başvurusunun aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğini…"* içtihat etmiştir (Yargıty 11. HD, 01.06.2015, E 2015/2555, K 2015/7356). Aynı yönde bkz CJEU, 03.09.2009, C-498/07, parag 74; CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 26; GC, 31.01.2013, T-66/11, parag 22; GC, 07.07.2005, T-385/03, parag 27; GC, 10.11.2004, T-402/02, parag 51.

34 Yargıtay 11. HD, 01.11.2007, E 2016/3603, K 2017/6005, Yargıtay 11. HD, 24.04.2017, E 2015/13753 K 2017/2329.

35 Yargıtay 11. HD, 12.12.2018, E 2017/2789 K 2018/7900; Yargıtay 11. HD, 02.11.1999, E 1999/4005 K 1999/8651.

36 Yargıtay 11. HD, 17.02.2006, E 2004/14154, K 2006/1555; Yargıtay 11. HD, 15.03.2017, E 2015/12698 K 2017/1541; Yargıtay 11. HD, 10.06.1988, E 1987/8854, K 1988. Aynı yönde bkz CFI, 16.01.2008, T-112/06, parag 37.

37 Yargıtay 11. HD, 30.04.2014 E 2013/9101 K 2014/8109.

çerçevesinde yaptığı değerlendirme neticesinde bu kararı onamıştır[38]. Uyuşmazlık konusu ürünler günlük tüketim ürünü olduğundan, ayırt edicilik değerlendirmesinde referans alınacak tüketici kitlesinin genel halk olduğuna kanaat getirilmiş, ortalama tüketicinin çamaşır ve bulaşık makinesi tabletlerinin şekil ve rengine dikkat etme derecesinin, her gün kullanılan ürünler olması dolayısıyla, çok yüksek olmayacağına karar vermiş ve karar, ABAD tarafından da onanmıştır[39]. Söz konusu karar, ortalama tüketicinin dikkat düzeyinin belirlenmesinde fiyat ve kullanım yoğunluğunu kıstas alması, günlük tüketim ürünlerinde dikkat düzeyinin, fiyatı daha pahalı olan ve daha az tercih edilen ürünlerdekine kıyasen daha düşük düzeyde olacağı şeklinde bir kabulü de beraberinde getirmesi açısından önem taşımaktadır[40].

Alıcı kitlesinin niteliği çerçevesinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus *markayı taşıyan ürün/hizmetlerin uzman bir kitleye hitap edip etmediğidir.* Böyle bir olasılıkta özel veya uzmanlaşmış alıcı kitlesinin, ortalama dikkat ve özene sahip alıcılardan daha itinalı ve seçici davranacağı kabul edilmektedir[41]. Diğer bir ifadeyle uzman bir tüketici kitlesine hitap eden ürünler bakımından esas alınacak dikkat düzeyi, genel halka hitap eden ürünlere nazaran daha yüksek olacaktır. Bu tür ürünlere verilebilecek en temel örnek medikal ekipmanlardır. Nitekim gerek Yargıtay gerek ABAD doktor, eczacı, diş hekimi, ilaç mümessilleri gibi uzman tüketiciye hitap eden bu ürünlerde dikkat düzeyinin daha yüksek olacağını kabul etmektedir[42]. Bu tür ürün/hizmetlere başkaca örnekler de vermek mümkündür. Bu bağlamda, "reklamcılık, pazarlama ve halkla ilişkiler ile ilgili hizmetler (Ticari ve reklam amaçlı sergi ve fuarların organizasyonu hizmetleri dahil), büro hizmetleri, iş yönetimi idaresi ve bu konular ile ilgili danışmanlık, muhasebe ve mali müşavirlik hizmetleri"[43], "insan

---

38 CFI, 08.07.1999, T-163/98, parag 54.

39 CJEU, 20.10.20211, C-383/99.

40 Müşterilerin düzenlik olarak almadıkları bir mal söz konusu olduğunda alım sürecindeki dikkatlerinin normalde gösterdikleri dikkatten yüksek olduğu kabul edilir (CFI, 16.01.2008, T-112/06, parag 37). Uyuşmazlık konusu mal/hizmetler günlük tüketim malzemesi niteliğinde değilse ve bilgili tüketiciye hitap ediyor ise, markanın hitap ettiği tüketicinin dikkatinin yüksek olacağı yönünde bkz GC, 13.10.2009, T-146/08, parag 44-47. Öte yandan Söz konusu ürünlerin sürekli aynı kullanıcılar tarafından alınıyor olmasının dikkat düzeyini artırıcı etkisi olduğu yönünde bkz Nihal Koşer, 'Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi'nin 7 Şubat 2019 Tarihli "Swemac" Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi - Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme' (2020) 5(1-2), Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2151 (Marka Hukuku), 2166-2167.

41 Yasaman, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoğlu Bilgin, Pınar Memiş Kartal, Sinan H. Yüksel ve Zeynep Yasaman, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, *Cilt 2* (Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021) 988-989; Kaya (n 2) 140-141; Çolak, Marka Hukuku (n 2), 239; Canan Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali* (Seçkin, Ankara 2009)123; Dirikkan (n 2) 125; Epçeli (n 2) 47. AB'de mahkemelerin nadiren özel bir tüketici kitlesi belirleme eğilimde olduğu yönünde bkz Tobias Cohen Jehoram, Constant van Nispen ve Toon Huydecoper, *European Trademark Law. Community Trademark Law and Harmonized National Trademark Law* (Kluwer International 2010) 148. Aynı yönde bkz Ilanah Fhima ve Catrina Denvir, 'An Empirical Analysis of the Likelihood of Confusion Factors in European Trade Mark Law' (2015) 46 IIC 310, 336.

42 Yargıtay 11. HD, 08.11.2023, E 2022/2493, K 2023/6555; Yargıtay 11. HD, 01.11.2023, E 2022/2616, K 2023/6376; Yargıtay 11. HD, 15.02.2022, E 2020/6795, K 2022/1143; Yargıtay 11. HD, 01.03.2022, E 2020/6887, K 2022/1389; Yargıtay 11. HD, 02.04.2018, E 2016/9714, K 2018/2309. Tıbbi, cerrahi ekipmanlara ilişkin mal veya hizmet alıcı ve kullanıcılarının sağlık sektöründe çalışan profesyoneller olduğu göz önünde tutarak uzmanlaşmış tüketici grubunu esas aldığı ve dolayısıyla bu kişilerin algı ve özen derecelerinin yüksek olduğu yönünde bkz CFI, 21.10.2008, T-95/07, parag 56; GC, T-382/09, 09.09.2011, parag 28; GC, T-353/04, 13.02.2007, parag 60; GC, T-211/03, 20.04.2005, parag 24. Aynı yönde bkz Laustsen (13) 315; Maeyaert ve Muyldermans (n 13) 1043. İlaç markalarına ilişkin değerlendirmeler için bkz (n 56).

43 Yargıtay 11. HD., 18.04.2018, E 2017/4240 K 2018/2881.

ve hayvan sağlığı için ilaçlar, kimyasal, elektroteknik ölçü ve kontrol cihazları"[44], "telekomünikasyon hizmetleri, bilişim uzmanlarının bankacılık dışındaki telefon uygulamalarında kullanacakları resimlerin kalitesini yükseltmek için bilgisayar sistemi gibi mal ve hizmetler, boyalar, vernikler, laklar, pas önleyiciler, ahşabı koruyucu maddeler, boyalar için bağlayıcı ve inceltici maddeler, boya pigmentleri vb."[45], "su arıtma cihazları"[46] ,"tütün mamulleri"[47], "mikroler ürünleri"[48], "finansal hizmetler"[49], "gastronomi alanında çalışanlara yönelik ürünler"[50] de özel bir kesime hitap eden ürün/hizmet grubunda kabul edilmektedir.

Markayı taşıyan ürün/hizmetlerin hem ortalama hem özel bir kesime hitap etmesi durumunda nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği üzerinde de durulması gerekir. Nitekim *CeWe Color AG & Co. OHG* kararında, uyuşmazlık konusu mal/hizmetlerin yalnızca uzman bir kesime değil, daha geniş ve umuma yönelik olduğu durumlarda ortalama tüketicinin bilgi, dikkat ve ihtiyat seviyesinin de daha farklı olması gerektiği belirtilmiştir[51].

Motosikletçilerin giydikleri kıyafetleri konu alan *Miles Handelsgesellschaft International* davasında AB Genel Mahkemesi, bu ürünlerin motosiklet kullanmayan diğer insanlar tarafından da satın alınabileceğini ifade ederek ilgili tüketici kitlesinin ortalama düzeyde dikkat ve ihtimam göstereceğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca, ilgili kesimin yalnızca motosikletçilerden oluştuğu kabul edilse dahi, bu kişilerin hem motosiklet kullanırken hem de kışın herhangi bir zamanda kullanılabilecek söz konusu giysiyi alırken, ortalama tüketiciden daha fazla dikkatli davranmayacağına karar vermiştir[52]. Dolayısıyla Mahkeme dikkat, bilgi ve ihtimam düzeyinin makul düzeyde olmasını yeterli kabul etmiştir. Öte yandan *Yorma's AG* kararında Genel Mahkeme, uyuşmazlık konusu mal/hizmetler hem profesyonellere hem de ortalama tüketiciye hitap ediyorsa, teki için karıştırılma ihtimalinin gerçekleşmesinin yeterli olduğuna hükmetmiştir[53]. Migren tedavisine yönelik ilaç markalarını konu alan bir kararında AB Genel Mahkemesi, ortalama tüketicinin sadece genel halkın parçası olan tüketici olarak anlaşılamayacağını, bu kavramın aynı zamanda söz konusu mal ve hizmetlerin özel olarak hedeflediği kamunun bir parçası olan tüketiciyi de

44 Dirikkan (n 2) 190, dn.69.

45 Ankara 2. FSHHM, 12.02.2014, E 2013/165, K 2014/33.

46 Yargıtay 11. HD, 01.03.2022, E 2020/6887 K 2022/1389.

47 Yargıtay HGK, 14.10.2020, E 2017/11-139, K 2020/765.

48 Yargıtay 11. HD., 13.11.2000, E 2000/7530 K 2000/8881.

49 Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi (UKIPO), 26.09.2016, O/448/16.

50 Court of First Instance (CFI), 23.12.2004, T-360/03, parag 21

51 GC, 08.10.2005, T-178/03 ve T-179/03, parag 28.

52 GC, 07.07.2005, T-385/03, parag 15. Aynı yönde bkz CFI, 21.10.2008, T-95/07, parag 56; GC, 20.07.2004, T-311/02, parag 28. İlgili mal/hizmetin hem uzman hem ortalama tüketiciye hitap etmesi durumunda özel tüketici kitlesinin dikkate alınmayacağı yönünde bkz Incardona ve Poncibò (n 10) 28.

53 GC, 15.02.2011, T-213/09, parag 25. Aynı yönde bkz GC, 09.10.2012, T-366/11, parag 30

kapsadığını ve bu kitlenin dikkat düzeyinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir[54]. Benzer şekilde Mülkiyet Ofisi (UKIPO) *Total* kararında, uyuşmazlık konusu olan finansal hizmetlerin hem ortalama hem de uzmanlaşmış bir kitleye hitap edebileceğini ifade etmiş ancak bankacılık hizmetlerinde tüketicilerin daha fazla dikkat ve özen gösterdiklerinden bahisle esas alınması gereken dikkat düzeyinin yüksek olması gerektiğini ifade etmiştir[55]. Buna karşılık ABAD ilacın reçeteli olup olmadığına göre farklı bir değerlendirme yapmakta reçetesiz de satılabilen ilaçlar bakımından ilgili kitlenin hem ilacı kullanan hastalar hem de sağlık profesyonelleri olarak belirlenmesi gerektiğine hükmetmektedir[56].

Ortalama tüketicinin dikkat düzeyinin belirlenmesinde bir diğer kıstas, *mal/hizmetin niteliğidir.* Bazı ürünler özel bir tüketici çevresine sahip olmasalar da tüketiciler bunları satın alırken daha fazla dikkat ve özen gösterebilir. Diğer bir değişle müşterilerin düzenli olarak satın almadıkları bir mal söz konusu olduğunda alım sürecindeki dikkatlerinin normalde gösterdikleri dikkatten yüksek olduğu kabul edilir. Özellikle yüksek fiyatlı ürünler bakımından durum böyledir[57]. Bu tür ürünler alıcılar tarafından özenle araştırılmakta, denenmekte ve satın alma kararı daha sonra verilmektedir[58]. Bilinçli bir tüketicinin dürtüsel olarak markanın genel görünüşü ve yarattığı genel izlenimden etkilenerek karar vermekten ziyade, daha bilinçli bir satın alma kararı vermek adına daha fazla zaman ve zihinsel enerji harcaması beklenir. Bu çerçevede bir tüketici ne kadar bilgili ve dikkatli olursa, markalar arasında karışıklığa düşme ihtimali de o denli az olacaktır. Bu nitelikteki mal/hizmetlere örnek olarak, "otomobiller"[59], "yatçılık ve havacılık hizmetleri"[60], "eğitim hizmetleri"[61], "resim fırça ve boyaları"[62], "duyma engelliler için üretilen işitme cihazları"[63] verilebilir.

---

54 GC, 08.07.2020, T-697/19, parag 19. Önceki marka genel müşteriye hitap ediyor ancak itiraz edilen marka sadece profesyonellere hitap ediyorsa veya bunun tam tersi söz konusuyla sadece profesyonellerin dikkate alınacağı yönünde GC, 24.05.2011, T-408/09, parag 38-39.

55 UKIPO, 26.09.2016, O/448/16, parag 42.

56 CJEU, 06.04.2007, C-412/05, parag 52-63. Aynı yönde bkz CFI, 13.02.2007, T-256/04, parag 44-45.Aynı yönde bkz Yargıtay 11. HD, 04.02.2019, E 2019/30, K 2019/799. Öte yandan reçetesiz ilaçlarda hastaların dikkat seviyesinin esas alınması gerektiği yönünde bkz Yargıtay 11. HD, 11.09.2018, E 2016/14391, K 2018/5199. Buna karşılık Yargıtay ilaçların reçeteli olması durumunda dikkat düzeyinin yüksek olduğunu kabul etmektedir (Yargıtay 11. HD, 24.05.2023, E 2022/40, K 2023/3271; Yargıtay 11. HD, 11.03.2019, E 2017/5455, K 2019/2002; Yargıtay 11. HD, 11.11.2019, E 2019/255, K 2019/7023; Yargıtay 11. HD, 11.12.2018, E 2017/2591, K 2018/7813; Yargıtay 11. HD, 16.04.2018, E 2016/10643, K 2018/2757; Yargıtay 11. HD, 29.11.2018, E 2017/1905, K 2018/7507; Yargıtay 11. HD, 08.03.2017 E 2015/13592, K 2017/1394; Yargıtay 11. HD, 21.02.2017 E 2015/12552, K 2017/994; Yargıtay 11. HD, 23.11.2016, E 2015/11806, K 2016/8989). Aynı yönde bkz CFI, 17.10.2006, T-483/04, parag 79. İlaç markalarında karıştırma ihtimali değerlendirmesi için ayrıca bkz Yasaman, Ayoğlu, Yusufoğlu Bilgin, Memiş Kartal, Yüksel ve Yasaman (n 41) 958-959. İlaç markalarına ilişkin detaylı bir inceleme için bkz Selçuk Öztek, 'İlaç Markaları' (2004) 4 Kazancı Dergisi 66, 66 vd.

57 CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 27.

58 Dirikkan (2) 190.

59 GC, 22.03.2011, T-486/07, parag 31, 38 ve 46. Karara ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz Emre Kurt, *Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı, Seçkin, İstanbul 2020) 101.

60 Yargıtay 11. HD, 26.05.2014, E 2014/3051, K 2014/9713.

61 Yargıtay 11. HD, 15.03.2017, E 2015/13554, K 2017/1523.

62 Yargıtay 11. HD, 29.04.1999, E 1998/8415, K 1999/3351.

63 Küçükali (n 41) 123.

Öte yandan genel olarak halka hitap eden ve fakat istisnai olarak yüksek bedeli olan ürün/hizmetler bakımından da aranan dikkat düzeyi daha yüksek olacaktır. Nitekim AB Genel Mahkemesi'nin giyim ürünlerini konu alan *New York Ltd* kararında da haklı olarak ifade ettiği üzere, giyim sektörü kalite ve fiyatta geniş ölçüde çeşitlilik göstermekte olup, tüketicilerin belirli bir ürün veya kıyafetler bakımından marka seçiminde daha dikkatli davranması olasıdır. Dolayısıyla sektördeki tüm ürünler bakımından asgari düzeyde dikkat beklenmesi yönündeki bir yaklaşımın benimsenmesi mümkün değildir[64]. Diğer bir ifadeyle, ürün bedelinin yüksek olması tüketiciden beklenen dikkat düzeyini yükselten bir kriterdir. Fiyatın yanı sıra satın alma işleminin uzunluğu ve karmaşıklığı, satın alma sıklığı, tüketicinin ait olduğu sosyo ekonomik grup, kişisel bağlar ve ürünün kullanım amacı gibi faktörler de tüketicinin dikkat seviyesini belirlemede etkili olabilmektedir[65].

Tüm bu bilgiler ışığında ortalama tüketici ölçütünün objektif olarak tespiti için uygun bir tanım yapmanın mümkün olmadığı düşünülmektedir. Nitekim konuya ilişkin içtihatlarda bir yandan ortalama tüketici makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kimse olarak tanımlanmakta, ancak aynı zamanda tüketicinin bir ürünü eksik ya da kusurlu olarak algılayabileceği ve hatta ürünün bazı özelliklerine dikkat bile etmeyebileceği kabul edilmektedir. Öte yandan şunu da belirtmek gerekir ki tüketicinin belirli bir ürün/hizmete ilişkin dikkat düzeyi çoğu zaman bu ürün/hizmete ilişkin bilgisiyle, söz konusu ürün/hizmete aşina olup olmadığıyla da bağlantılıdır[66]. Dolayısıyla her durumda tüketicinin makul düzeyde dikkatli ve ihtiyatlı olması gerektiği varsayımı hatalı olacaktır.

IV. Benzer Kavramlarla Karşılaştırma

A. Bilgilenmiş kullanıcı

Marka hukukunda geçerli olan ortalama tüketici ölçütünün anlaşılabilmesi bakımından benzer kavramlarla karşılaştırılması faydalı olabilir. Nitekim tasarım hukukunda dikkate alınan bilgilenmiş kullanıcı bunlardan biridir.

Bir tasarımın SMK kapsamında korunabilmesi yeni ve ayırt edici olması şartlarına bağlıdır (SMK m 56/1). Ayırt ediciliğin değerlendirilmesinde "bilgilenmiş kullanıcı" ölçüt alınmaktadır (SMK m 56/5)[67]. Dolayısıyla tasarım hukuku bağlamında

[64] CFI, 26.11.2008, T-435/07, parag 43.

[65] CJEU, 22.06.1999, C-342/97, para 27. Konuya ilişkin ayrıca bkz Glenn L Christensen, Eric D DeRosia ve Thomas R Lee, 'Sophistication, Bridging the Gap, and the Likelihood of Confusion: An Empirical and Theoretical Analysis' (2008) 98 TMR 913, 918. Marka sadakatinin yüksek olduğu elli yaş ve üstü tüketici grubunun parekande satıştaki ürün markalarına kuşkuyla baktığı yönünde bkz Küçükali (n 41) 119.

[66] Laura R Bradford, 'Emotion, Dilution and the Trademark Consumer' (2008) 23 Berkeley Technology Law Journal 1227, 1268.

[67] Nihal Koşer, 'Tasarım Hukukunda Bilgilenmiş Kullanıcı Kavramı' (2012) 12(1) İnönü University Law Review 380 (Tasarım Hukuku), 381.

özgünlüğün ve koruma hakkının belirlenmesi açısından bilgilenmiş kullanıcıların perspektifi dikkate alınır. Ancak ne Türk ne de mehaz AB düzenlemelerinde bu kavrama ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

Doktrinde bilgilenmiş kullanıcı "*tasarımı kullanarak bilgi sahibi olmuş, tasarımı tanıyan, deneyim sahibi kullanıcı*" olarak tanımlanmaktadır[68]. Bu çerçevede bilgilenmiş kullanıcı, tasarımın özgünlüğünü değerlendiren kişi veya kişiler olup, genellikle tasarımın ilgili sektöründe deneyime sahiptirler. Bilgilenmiş kullanıcı, sıradan bir kullanıcının gözden kaçırabileceği ayrıntıları fark eder; ancak bir tasarımcı kadar da bilgi birikimine sahip olmadığından ayrıntılarla ilgilenmez[69].

Bilgilenmiş kullanıcıdan beklenen dikkat ve bilgi düzeyi, SMK'nın 56. maddesinin beşinci fıkrasına ilişkin gerekçede "*Ayırt edici niteliğin belirlenmesinde ve tasarımların karşılaştırılmasında ne sıradan tüketici gibi basit ne de ilgili sektörde uzman kişi kadar derin bir değerlendirme gerektirmeyecek şekilde, ürün hakkında temel bilgilere sahip bir kişinin yapacağı değerlendirme anlaşılmalıdır"* şeklinde belirtilmiştir.

ABAD de konuya ilişkin birçok kararında "bilgilenmiş olma hali"nin "*…tasarımcı veya teknik uzman olmaksızın, ilgili sektörde var olan tasarımlar ile bu tasarımların normalde içerdiği özellikler hakkında belirli bir bilgi düzeyine sahip ve tüm bunların sonucu olarak da kullanım sırasında yüksek dikkat seviyesi gösterme halini…"* ifade ettiğini belirtmiştir[70]. Yine Mahkeme bilgilenmiş kullanıcı ile ortalama tüketici ve teknik alanda uzman arasındaki farka da değindiği *Pepsico* kararında bilgilenmiş kullanıcıya ilişkin kapsamlı bir tanım yapmıştır. Hükme göre *"Bilgilenmiş kullanıcı kavramı marka hukukundaki belirli bir düzeyde bilgi sahibi olması beklenmeyen ve kural olarak çatışan markalar arasında doğrudan karşılaştırma yapmayan ortalama tüketici ile patent hukukundaki ayrıntılı teknik uzmanlığa sahip sektörel uzman arasında bir yerde durmaktadır. Bu nedenle, bilgili kullanıcı kavramı, ortalama bilgiye sahip bir kullanıcıyı değil, kişisel deneyimi veya söz konusu sektör hakkındaki kapsamlı bilgisi nedeniyle özellikle dikkatli bir kullanıcıya karşılık gelmektedir"*[71]-[72].

---

[68] Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012) 677.Bir diğer tanım "*ilgili alanda mevcut tasarımlar hakkında geniş bilgi ve deneyim sahibi olup genel izlenimlerinden hareketle iki tasarım arasındaki farkı tespit edebilecek dikkat ve algıdaki farazi potansiyel kullanıcı*" şeklindedir [Koşer, Tasarım Hukuku (n 67) 392].

[69] Suluk, Karasu ve Nal (n 2) 345. Bir yedek parça bakımından bilgilenmiş kullanıcı tamirci iken bir temizlik ürünü bakımından ev hanımı olabilir [Ayhan Rıza, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmirlioğlu, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Adalet, Ankara 2021) 176]. Öte yandan tasarımlar arası ayırt edicilik değerlendirmesinin "bilgilenmiş kullanıcıdan" ziyade uzman niteliğinde sayılabilecek bilirkişiler tarafından gerçekleştirildiği kararlar bulunmaktadır. Yargıtay HGK, 06.06.2018, E 2017/11-99, K 2018/1173; Yargıtay HGK, 16.09.2015, E 2013/11-2376, K 2015/1762; Yargıtay 11 HD, 16.12.2019, E 2019/1766, K 2019/8164; Yargıtay 11. HD, 24.09.2018, E 2016/14497, K 2018/5594.

[70] CJEU, 20.10.2011, C-281/10, parag 59; GC, 21.11.2013, T-337/12, parag 23; GC, 16.06.2011, T-68/10, parag 51; GC, 20.06.2010, T-153/08, parag 47.

[71] CJEU, 20.10.2011, C-281/10, parag 53. Aynı yönde bkz GC, 13.06.2017, T-9/15; GC, 13.06.2017, T-9/15, parag 81.

[72] AB'de tasarım hukukunda ortak bir rejim oluşturma çabasının bir ürünü olan 1991 tarihli Komisyon Önerisi'nde tasarımların ayırt edicilik değerlendirmesinin ilgili ürünlerin olağan tüketicisi *(ordinary consumer)* tarafından yapılacağı belirtilmiş ise de 1993 tarihli teklifte bu ifade "bilgilenmiş kullanıcı" *(informed user)* olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinin bilgilenmiş kullanıcının olağan bir tüketicinin dikkatinden kaçabilecek farklılıkları bulabilecek düzeyde bilgi ve deneyim sahibi olması oluşturmaktadır. Bkz 1993 EC Commission Proposal, 12, 15-16. Ayrıca bkz Koşer, Tasarım Hukuku (n 67) 382.

Ortalama tüketici ise makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kişidir[73]. Bu çerçevede ortalama tüketicinin markanın üzerinde bulunduğu ürün/hizmete ilişkin özel bir bilgi, deneyim veya yüksek bir dikkat sahibi olması aranmaz. Tüketiciler nadiren iki işareti yan yana getirme fırsatına sahip olduklarından, karar vermek için kusurlu hafızalarına güvenme eğilimindedirler[74]. Bu da ortalama tüketicinin önemsiz detaylardan ziyade ürünlerin baskın ve ayırt edici bileşenleri ile ilgilendikleri anlamına gelmektedir.

Bu çerçevede bilgilenmiş kullanıcı ile ortalama tüketici arasındaki farklılıkları iki başlık altında toplamak mümkündür. İlk olarak bilgilenmiş kullanıcılar, ilgili sektörde genellikle daha fazla deneyime ve bilgiye sahip kişilerdir. Bilgilenmiş kullanıcıların, ilgili sektördeki güncel trendleri, standartları ve pratiği bildikleri kabul edilir. Oysa ortalama tüketici, ilgili sektördeki uzmanlık düzeyine sahip olmayan ve genellikle daha az bilgiye sahip olan tipik bir tüketiciyi temsil eder. Diğeri ise esas alınması gereken dikkat düzeyine ilişkin olup, bilgilenmiş kullanıcılar, bir tasarımın özgünlüğünü veya başka bir özelliğini daha ayrıntılı bir şekilde değerlendirebilirler. Oysa ortalama tüketici, tasarımı daha yüzeysel bir şekilde değerlendirebilir ve belki de tasarımın özgünlüğünü veya ayrıntılarını görmekte zorlanabilir.

B. Teknik Alanda Uzman Kişi

Ortalama tüketici ile benzerlik teşkil eden bir diğer kavram patent hukukunda geçerli olan "teknik alanda uzman kişi" kavramıdır. SMK m 82 uyarınca "*Teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilir.*" Buluş basamağı şartının değerlendirilmesinde teknik alanda uzman kişinin görüşü dikkate alınır. Nitekim SMK m 83/4 uyarınca "*Tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında, ilgili olduğu teknik alandaki uzmana göre aşikâr olmayan buluşun, buluş basamağı içerdiği kabul edilir.*" Aynı hükmün gerekçesinde "teknik alanda uzman kimse" ile *"tekniğin ilgili alanında genel bilgiye sahip ve tekniğin bilinen durumundaki her şeye erişebilen, rutin araştırma ve uygulamaları yapabilme kapasitesine sahip, buluş yapma yeteneği olmayan dikkatli bir uygulayıcı"*nın kastedildiği ifade edilmektedir. AB Patent İnceleme Kılavuzu'nda ise "ilgili teknik alanda ortalama bilgi ve beceriye sahip, söz konusu tarih itibariyle alanda mevcut bilgi ve teknikten haberdar bir uygulamacı" şeklinde bir tanıma yer verilmiştir[75].

[73] Bkz (n 27).

[74] Bkz (n 30).

[75] EUIPO Guidelines for Examination in the European Patent Office, 20.03.2024 (EUIPO Patent Guidelines), Part G, Chapter 7.

Patent korumasının kazanılması bakımından belirleyici olan "teknik alanda uzman kişi"[76] ölçütü, özellikleri itibariyle birden fazla noktada ortalama tüketiciden farklılaşmaktadır. Öncelikle teknik alanda uzman kişinin bilgi düzeyi ortalama tüketiciden beklenenin çok üzerindedir. Zira buluş basamağına ilişkin değerlendirme "tekniğin bilinen durumu" kapsamında gerçekleştirilmektedir. SMK m 82/3 uyarınca tekniğin bilinen durumu ile kastedilen, patent başvurusundan önce, dünyanın herhangi bir yerinde, herhangi bir şekilde açıklanmış ve toplumca erişilebilir olan bilgilerdir. Dolayısıyla teknik alanda uzmanın genel bilgi ve dikkat düzeyi, uyuşmazlığa konu markalar arasında detaylı bir inceleme ve karşılaştırma yapması beklenmeyen ortalama tüketiciden çok daha fazladır.

Öte yandan tekniğin bilinen durumunun aşılması, patent konusu buluşun aşikâr olmaması şartına bağlanmaktadır (SMK m 84/4). Diğer bir ifadeyle buluş basamağının aşılması, tekniğin bilinen durumu kapsamında yapılan uygulama ile aynı çözüme kolaylıkla ulaşılıp ulaşılamayacağına göre belirlenmektedir. Dolayısıyla teknik alanda uzman bu kişinin, patent hukukundaki işlevi itibariyle, başarılı bir uygulayıcı da olması gerekir[77]. Ortalama tüketici ise markayı taşıyan ürünün potansiyel müşterisi olup, markanın yaratım sürecine ilişkin bilgi ve deneyime sahip değildir[78].

Son olarak; uzman kişi ilgili buluşu bir bütün olarak değerlendirmekle birlikte; oluşumunda etkili unsurları da ayrıca inceleme konusu yapmaktadır[79]. Ortalama tüketicinin ise markaların bir bütün olarak bıraktığı izlenim çerçevesinde bir değerlendirme yapması yeterlidir.

V. Ölçüte Eleştirel Bir Bakış

Geleneksel hukukun ve ekonominin temel bir varsayımı, pazarın tüketicilere ürün bilgisi sağlamakta iyi olduğu ve insanların bilgi sahibi olduklarında kendi kazançları için akılcı bir şekilde hareket edeceği şeklindedir[80]. Bu çerçevede ortalama tüketici de makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli olan varsayımsal bir birey olarak modellenmektedir. Dolayısıyla tescil veya ihlal davası aşamasında gerçek anlamda tüketici davranışlarını ölçümleyen ampirik deneylerden

[76] SMK m 83/4 gerekçesinde "teknik alanda uzman" ifadesi geçmekle beraber mehaz Avrupa Patent Sözleşmesi'nde (RG 12.07.2000/24107 mük) (m 56) "meslek erbabı" anlamına gelen "*skilled person*" ifadesi yer almaktadır. Uzman, buluşu yapan kimse iken, meslek erbabı, buluşu uygulayan (tekniker, ortalama mühendis gibi) daha alt düzeyde bilgiye sahip olan kişilerdir [Fülürya Yusufoğlu, *Patent Verilebilirlik Şartları* (İstanbul 2014) 278 vd]. Buluş basamağının aşılmasında teknik alanda uzman değil, meslek erbabının tekniğin bilinen durumundan aşikâr bir şekilde buluşun çıkarılamamasının dikkate alınması gerektiği yönünde bkz Suluk, Karasu ve Nal (n 2) 274. İlgili alanda uzman kişinin en az TÜRKPATENT'in incelemede görev verdiği bilirkişi düzeyinde olması gerektiği yönünde bkz Yargıtay 11.HD., 28.01.1999, E 1998/5842, K 1999/173. Kararın belli nitelikleri olan farazi bir uzman olarak yorumlanması ve "teknik alanda uzman"ın bir dahi olmasa da teknik alanda faal olan ve gelişmeleri takip eden uzman olarak tanımlanması gerektiği yönünde bkz İlhami Güneş, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2021) 133-134.

[77] EUIPO Patent Guidelines, Part G, Chapter 7.

[78] Koşer, Tasarım Hukuku (n 67) 392.

[79] Suluk, Karasu ve Nal (n 2) 274.

[80] Incardona ve Poncibò (n 10) 31.

ziyade ortalama tüketici ölçütüne ilişkin varsayımlardan hareket edilmekte, doktrinel olarak belirlenmiş bazı unsurların sağlanması tescilin reddi veya ihlal iddialarını ispat etmek için yeterli kabul edilmektedir[81]. Ölçüte ilişkin bu norm-temelli yaklaşımın özünde markaların pazar yerinde gerçek kullanımlarını araştırmak yerine, kâğıt üzerinden aralarındaki benzerliği tespit etme eğilimi olduğu söylenebilir[82].

Bu noktada ilk eleştiri, ortalama tüketici ölçütünün basit bir formalistik yapı çerçevesinde şekillendirilmiş olmasıdır. Bu yaklaşımın, bireysel insan davranışının öngörülemeyen gerçeklerinden uzak olduğu gerekçesiyle yasal ve yargısal yaptırımlar için uygun olmadığı düşünülmektedir. Nitekim algı, tüketicilerin çevrelerini anlamlandırdığı yorumsal bir süreç olup, genel düşüncenin aksine pasif değildir; insanlar çevrelerini objektif olarak görmez ve duymazlar[83].

Gerçekten de işaretlerin iliştirildiği ürünlerin kökenini belirlemek karmaşık ve yoğun bir bilişsel aktivitedir. Tüketicilerin, tabelalarla ilgili olarak ellerindeki tüm bilgileri toplaması ve kavraması, geçmiş satın alma deneyimlerinin hafızasını hatırlaması ve bu bilgiler arasında ayrıntılı bir karşılaştırma yapması aranmakta ise de tüketiciler her zaman bu kadar kapsamlı ve dikkatli kararlar alamazlar[84]. Belirtmek gerekir ki insan beyni bilgiyi iki farklı modda işler: Birinci mod, düşük düzeyde kontrol ile otomatik ve hızlı bir şekilde çalışır; ikinci mod ise önemli bilişsel çabaların girdilerini gerektiren bilinçli ve müzakereye dayalı bir süreçtir[85]. Ne kadar dikkatli veya bilgili olunursa olunsun kanıtlar, satın almaya ilişkin karar verme sürecinin sıklıkla, bilinçli yetilerin devreye girmesinden önce milisaniyeler içinde tamamlandığını ve daha fazla düşünmek yerine sezgisel ve otomatik muhakeme gücüyle daha fazla ikna olma eğiliminde olunduğunu göstermektedir[86].

---

81 Graeme B Dinwoodie ve Dev Saif Gangjee 'The Image of the Consumer in European Trade Mark Law' içinde D Leczykiewicz and S Weatherill (eds) *The Image(s) of the Consumer in EU Law* (Hart 2015) 23. Ayrıca bkz R Morgan 'Ensuring Greater Legal Certainty in OHIM Decision-Taking by Abandoning Legal Formalism' (2012) 7 JIPLP 408.

82 Xiao (n 11) 562.Ortalama tüketici ölçütünün tüketicinin korunması ile serbest ticaret veya tek bir iç pazarda malların serbest dolaşımı arasında gidip gelen, rekabet halindeki çıkarları dengeleyen bir araç olduğu yönünde bkz CJEU, 23.10.2010, C-236 ve C- 238/08, Opinion of AG Maduro, parag 70–73 ve 101–113; CJEU, 23.10.2010, C-236 ve C- 238/08, parag 86.

83 Incardona ve Poncibò (n 10) 32-33.

84 Ortalama tüketici ölçütü, ekonomistlerin etkin pazardaki idealist rasyonel tüketici modelini yansıtır. Nitekim neo-klasik ekonomi, tüm tüketicilerin rasyonel olduğunu, yani ellerindeki her bir seçeneğin değerini hesaplayabilecek ve ekonomik açıdan en mantıklı kararı verebilecek kapasitede olduklarını varsayar [Xiao (n 11) 564]. Bunu başarmanın anahtarı, tüketicilerin tüm stratejik karar alma bilgilerine erişimini garanti altına almaktır; ancak bu, genellikle asimetrik olarak nitelendirilen bir piyasada oldukça ütopik görünmektedir. Güvenilir bilgiye sınırsız erişim olsa bile, kanıtlar tüketicilerin her zaman neo-klasik iktisadın varsaydığı gibi oransal veya fayda maksimize edici bir şekilde davranmayabileceğini göstermektedir [Christine M Jolls, C Sunstein ve Richard H Thaler, 'A Behavioral Approach to Law and Economics' (1998) 50(5) Stanford Law Review 1471, 1474-1475]. Gerçekten de, bilginin önceden gönderilme şekli tüketicilerin seçim karar stratejileri üzerinde önem taşımaktadır. (A Tversky ve D Kahneman, 'The Framing of Decisions and the Psychology of Choice' (1981) 211 Science New Series 453, 453-458. Ayrıca bkz Monika Mandl, Alexander Felfernig, Erich Teppan ve Monika Schuber, 'Consumer Decision Making in Knowledge-Based Recommendation' (2011) 37 J Intell Inf Syst 1, 18).

85 S Sloman 'Two Systems of Reasoning', içinde T Gilovich et al (eds) *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (CUP 2002) 379; Jonathan Evans, 'Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition' (2008) 59 Annu Rev Psychol 255, 256. Tüketicilerin marka seçimindeki davranışlarının bilimsel açıklamalarına ilişkin ayrıca bkz İlhami Güneş, 'Marka Kimliği ve Markalar' Uluslararası Sempozyumu (2014) 94(9) Terazi Hukuk Dergisi 70 (Marka Kimliği), 71

86 JA Bargh 'The Automaticity of Everyday Life', içinde RS Wyer ve JA Bargh (eds) *The Automaticity of Everyday Life: Advances in Social Cognition* (Lawrence Erlbaum Associates Inc 1997) Vol X, 1–61.

Tüketicinin seçimini yaparken duygusal faktörlerin etkisi altında kaldığı da bir gerçektir. Ticari davranış anlamında insan davranışı, bilinçli düşüncenin bir fonksiyonu olmaktan çok, bilinçaltı faktörler tarafından kontrol edilir[87]. Diğer bir ifadeyle, tüketicilerin algıladıklarının, yorumladıklarının ve tepki verdiklerinin çoğu, kendi zihinsel süreçlerinin veya davranışlarının farkında olmadan gerçekleşir. Tüketiciler, ticari davranışlarında duygularından etkilenirler. "Ruh hali uyumu (*mood congruence*)" etkisine göre, eğer tüketici iyi bir ruh hali içindeyse, ürünle ilgili iyi şeyleri hatırlamaya, ürün hakkında olumlu düşünmeye eğilimlidir, karar verirken daha hızlıdır ve ikna edilmeye daha açıktır[88].

Tüketiciler genellikle dışsal faktörlerden de etkilenmekte olup, ilgili alanda uzman olduğunu düşündükleri insanlar tarafından yapılan açıklamalara güvenmekte ve genellikle yazılı uyarıları göz ardı etmektedir[89]. Örneğin, hastalar genelde ilaç ambalajlarının üzerinde yazan açıklamalara bakmaksızın doktorlarının tavsiyelerini uygularlar. Yine tüketiciler satıcıların tavsiyelerine güvenerek de karar verebilirler. Bu gibi durumlarda tüketicinin edindiği yetersiz ve/veya yanlış bilgi objektif bilginin yerine geçerek tüketici seçimlerini önemli ölçüde etkileyebilmektedir.

Bir ürün/hizmetin algılanması ve yorumlanmasında tüketicinin daha önceki tecrübe ve deneyimleri de belirleyicidir. Uzun-dönem hafızalarında saklanmış bilgiler olmadan insanlar günlük bazda karşılaştıkları nesnelerin ve durumların tümünü algılayamazlar. Tüketiciler, ürünler hakkında geçmiş bilgilerine dayanan çıkarımlar yaparlar ve bir karara varmak için sezgisel yöntemler veya yaklaşık hesaplar ("*rules of thumb*") benimserler[90]. Sahip olabilecekleri daha tatmin edici başka bir ürünün olabileceğini bilseler dahi, geçmişte onlara yeterli olduğunu ispat etmiş bir ürünü satın alırlar.

Tüketiciler ürünleri işlevsel değerleri için alabilecekleri gibi, sosyal etkiler sebebiyle de belirli ürün/hizmete yönelebilirler[91]. Birçok insan, ürünleri sembolik değerleri için ve belli bir ürüne sahip olmanın getirdiği sosyal statü sebebiyle satın alır[92]. Örneğin pek çok insan, demode araba kullandıklarında saygınlıklarını yitireceklerini düşünür. Pazarlarda böylesi statü ürünleri için tüketicilerin tercihleri, belli başka tüketicilerin görünür satın alma davranışlarıyla belirlenir[93]. Her

87 Daniel Kahneman ve Shane Frederick, 'Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment', içinde T Gilovich et al (eds) *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (CUP 2002) 53–56.

88 Georgios A Bakamitsos ve George J Siomkos, 'Context Effects in Marketing Practice: The Case of Mood' (2004) 3(4) Journal of Consumer Behaviour 304, 306.

89 Colin Scott ve Julia Black, *Cranston's Consumers and the Law* (Butterworths, 2000) 291.

90 Incardona ve Poncibo (n 10) 32.

91 Morris B Holbrook ve Elizabeth C Hirschman, 'The Experiential Aspects of Consumption: Consumer Fantasies, Feelings and Fun' (1982) 9(2) Journal of Consumer Research 132, 132–140; RW Olshavsky ve HD Granbois, 'Consumer Decision-making – Fact or Fiction?' (1979) 6 Journal of Consumer Research 93, 93-100

92 Jacob Jacoby, 'Is it Rational to Assume Consumer Rationality? Some Consumer Psychological Perspectives on Rational Choice Theory' (2000). NYU, Ctr for Law and Business Research Paper No. 00-09, 28-29.

93 Incardona ve Poncibò (n 10) 33.

tüketicinin eğilimi neyi moda olarak varsaydığıyla, beğendiğiyle ve yaşam tarzına öykündüğü diğer tüketicilerin satın alma davranışlarının gözlemlenmesiyle önemli ölçüde şekillenir. Nitekim pazarlamacılar da reklâmlarında ünlü insanları kullanarak tüketicileri bu yolla etkilemeye çalışırlar.

Tüketicilerin satın alma kararında bilgiye yaklaşımları daha başka koşullara göre de değişebilir. Aynı tüketici, pahalı dayanıklı teknik bir ürün, sağlık sorunları yaratan gıda ürünleri veya daha önce tecrübe etmediği yeni bir ürünü alırken, rutin alışverişlerinde davrandığından daha farklı davranmaya eğilimlidir.

Ölçüte ilişkin bir diğer eleştiri, ortalama tüketicinin üzerine yapılandırıldığı teorik temellerin sağlam olmadığına ilişkindir. Zira modern marka kültürü tüketici kitlesinde heterojenliği artırmakta ve ortalama tüketicinin standart bir yapıya sıkıştırılmasını mümkün kılmamaktadır. Nitekim pazarlama ekseninde bakıldığında, tüketiciler heterojen olarak ele alınmakta ve bireysel markalar genellikle pazarın belirli segmentleri için dikkatlice analiz edilmektedir[94]. Pazarın bölümlendirilmesi, hedefleme ve konumlandırma modern pazarlama stratejisinde önemli bir rol oynamaktadır[95]. Gerçekten de her tüketici grubunun veya pazar bölümünün belirli beklentileri vardır ve pazarlamacıların hedeflenen bölümün ihtiyaçlarını karşılayan markalar geliştirmeleri beklenmektedir[96]. Aynı ürün çok çeşitli tüketiciler tarafından kullanılabilecek olsa da marka varsayımsal bir ortalama tüketiciye değil, yalnızca belirli bir pazar segmentine yönelik olabilir. Öte yandan bir markanın yaratılması marka sahibi yönünden tek yönlü bir husus olmayıp, tüketicilerin markaya ilişkin beklenti ve düşüncelerinin de dikkate alındığı diyalektik bir süreçtir[97]. Diğer bir ifadeyle, markalar farklı tüketici topluluklarının zihninde farklı şekilde konumlanırlar.

Yine, cinsiyet, yaş veya eğitim farklılıklarının ürün ve marka seçimindeki dikkat ve özen düzeyini farklılaştırdığı tespit edilmiştir[98]. Öte yandan tüketicilerin önceki dönemlere kıyasen online alışverişe gösterdikleri ilgi, ortalama tüketiciden beklenen dikkat, bilgi ve ihtiyat düzeyini de etkileyecek niteliktedir.

Bu gerekçeler göstermektedir ki sıradan bir tüketiciden her karar alması gerektiğinde, "bilgi modelinde" ve ortalama tüketici standardında kabul edildiği haliyle, kapsamlı, çok-boyutlu bir avantaj-dezavantaj analizi yapmasını beklemek

---

94 DA Aaker ve E Joachimsthaler, *Brand Leadership* (The Free Press 2000) 61–62; Kevin Drawbaugh, *Brands in the Balance: Meeting the Challenges of Commercial Identity* (Reuters 2001) 10.

95 S Dibb and L Simkin 'Targeting, Segments and Positioning' (1991) 9 International Journal of Retail & Distribution Management 4.

96 Xiao (n 11) 563.

97 D Gangjee, 'Property in Brands: The Commodification of Conversation' içinde H Howe ve J Griffiths (eds) *Property Concepts in Intellectual Property Law* (CUP 2013); John Rossiter ve Steve Bellman, 'Emotional Branding Pays Off ' (2012) 52(3) Journal of Advertising Research 291-296.

98 Konuya ilişkin bir araştırma için bkz Serdar Çifçi ve Ruziye Cop, 'Marka ve Marka Yönetimi Kavramları: Üniversite Öğrencilerinin Kot Pantolon Marka Tercihlerine Yönelik Bir Araştırma' (2007) 44 Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 69, 85.

gerçek dışıdır. Ortalama tüketici ölçütünün normatif bir yaklaşımla kaleme alınması, bir yandan hukuki netliğin sağlanmasına bir ölçüde hizmet ederken, diğer yandan ilgili somut olayın hukuki ve ekonomik yanlarını dikkate alan esnek bir yaklaşıma engel teşkil eder[99]. Sonuç olarak, ortalama tüketici ölçütünün gerçek dünyadaki bireysel tüketici davranışını dikkate almadığı ve karıştırma ihtimalinin değerlendirilmesinde tüketiciler için talepkâr standartlar yarattığı ve söz konusu ölçütün gerçekçi bir şekilde yeniden yorumlanmasına ihtiyaç duyulduğu düşünülmektedir.

VI. Çözüm Önerileri

Ortalama tüketici ölçütüne ilişkin mevcut içtihatlar bir ölçüye kadar yol gösterici ise de kavramın somut olay bazında sübjektif bir şekilde değerlendirilmesi içtihat birliğinin sağlanmasına engel teşkil etmektedir. Nitekim gerçek şudur ki, mahkemeler genellikle varsayımsal tüketicinin nasıl tepki vereceğine ilişkin kararlarını kendi kişisel izlenimlerine dayandırmaktadır[100]. Ortalama tüketici için getirilen "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli" olma kriterinin gerçek dünyada tüketici algısını belirlemede yeterli olmadığı bir önceki başlık altında ortaya koyulmuştur. Ölçütün, daha gerçekçi bir şekilde yeniden yorumlanmasına duyulan ihtiyaç ortadadır. Bu noktada gerçek dünyadaki bireysel tüketici davranışıyla az çok benzeşen ve tüketici algısının nesnel, bilimsel ve bu çerçevede daha gerçekçi bir biçimde tespit edilebilmesi için hangi vasıtalara başvurulabileceği üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.

Ortalama tüketicinin uyuşmazlık konusu işaretleri global olarak değerlendirdiği kabul edilmektedir. Nitekim *Sabel* davasında ABAD bu konuya ilişkin şöyle demektedir: Karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi "*çok sayıda unsura ve özellikle de markanın piyasadaki tanınırlığına, kullanılan veya tescilli işaretle yapılabilecek ilişkilendirmeye, marka ile işaret ve tanımlanan mal veya hizmetler arasındaki benzerlik derecesine bağlıdır"*[101]. Bu nedenle, karıştırılma ihtimali, davanın koşullarıyla ilgili tüm faktörler dikkate alınarak değerlendirilmektedir. 2015/2426 sayılı Direktif'in 11 numaralı genel gerekçesinde de marka hukukunun Birlik çapında uyumlaştırılmasının önemi kabul edilmekle beraber, karıştırılma ihtimalinin hangi yollarla tespit edilebileceğinin ve özellikle de ispat yükümlülüğünün ulusal usul kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğine işaret edilmektedir.

---

[99] Dinwoodie ve Gangjee (n 81) 28; Graeme B Dinwoodie, 'The Europeanisation of Trade Mark Law', içinde A Ohly ve J Pila (eds) *The Europeanisation of Intellectual Property Law* (Oxford University Press 2013) 94–95.

[100] Kimberlee Gai Weatherall, 'The Consumer as the Empirical Measure of Trade Mark Law' (2017) 80 MLR 57, 80. Ayrıca bkz Dirk JG Visser, 'Beslissen in IE-zaken. Verslag van een Veldonderzoek' (2008) 31 NJB 1918; Xiao (n 11) 560

[101] CJEU, 11.11.1997, C-251/95, parag 22–25.

Karıştırılma ihtimalinin global olarak ilgili tüm faktörler dikkate alınarak değerlendirilmesi yönündeki yaklaşım ortalama tüketici ölçütünün değerlendirilmesinde de gerekli esnekliği sağlamaya yardımcıdır. Bu çerçevede ilk öneri, ortalama tüketici ölçütünün disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınması ve bu bağlamda özellikle davranış bilimlerinin verilerinden yararlanılmasıdır. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere ortalama tüketicinin algıları ürüne bağlıdır ve ürünle, ürünün kullanımıyla, sunumuyla ve ulaşılabilirliğiyle değişiklik gösterebilir. Bu sebeple tüketici algısının sadece marka hukuku boyutuyla düşünülmesi, konuya ilişkin uyuşmazlıklarda hakkaniyete uygun kararlar verilmesine engel teşkil etmektedir. Bu bağlamda uyuşmazlığın çözümünde özellikle davranış bilimleri alanında uzman kişilere başvurulması bir yöntem olarak düşünülebilir. Nitekim ABAD *Scotch Whisky Association* davasında, ulusal mahkemelerin uygunluk incelemesinde en yeni bilimsel kanıtları araştırmasını şart koşarak ortalama tüketici algısının tespitinde disiplinler arası bir yaklaşımın kapısını aralamıştır[102]. Bu sayede ortalama tüketici ölçütünün durumsal ve dinamik[103] yapısının ortaya çıkardığı belirsizlikler azaltılabilir[104]. Bilişsel psikolojinin ve davranış bilimlerinin bulguları, daha deneysel araştırmayla birlikte, yalnızca ticari uygulamalar çerçevesinde ortalama tüketiciyi daha iyi tanımlamaya yardım etmekle kalmaz, aynı zamanda tüketici politikasını daha etkin olarak şekillendirmeye yardımcı olur.

İkinci öneri, karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde "fiili kullanım"ın (*actual use*) ilgili bir faktör olarak dikkate alınmasıdır. Şu bir gerçektir ki, karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde en belirleyici unsur uyuşmazlık konusu markaların ayırt ediciliğidir[105]. İçtihat hukukundaki bu yaklaşımın karşıtı bir düşünce ileri sürülmemektedir. Önerilen, fiili karışıklığın da global değerlendirmede dikkate alınması gerektiği yönündedir. Bu şekilde karıştırılma ihtimali değerlendirmesine

[102] CJEU, 23.12.2015, Case C-333/14, parag 102, 103. Konuya ilişkin detaylı bir değerlendirme için ayrıca bkz Alberto Alemanno, 'Balancing Free Movement and Public Health: The Case of Minimum Unit Pricing of Alcohol in Scotch Whisky' (2016) 53 CMLR 1037;

[103] Tüketicilerin değişmeyen, tutarlı, homojen bir grup olmadıkları yönünde bkz Aksoy (n 15) 291.

[104] Davranışsal iç görülerin soyut düzeyde dahil edilmesinin uygun bir çözüm olmadığı çünkü gerçek dünyanın deneysel dünyadan farklı olduğunu ve davranışsal iç görülerin bağlama özgü olduğu ve genellemelere izin vermediği yönünde bkz Jeffrey Rachlinski, 'New Law and Psychology: a Reply to Critics, Sceptics, and Cautious Supporters' (2000) 85 Cornell Law Review 739.Ayrıca bkz Richard Posner, 'Rational Choice, Behavioural Economics, and the Law' (1998) 50 Stanford Law Review 1551; Michael Faure ve Hanneke Luth, 'Behavioural Economics in Unfair Contract Terms – Cautions and Considerations' (2011) 34 Journal of Consumer Policy 337

[105] Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde en belirleyici faktörün, ayırt edicilik olduğu, bunun yanı sıra mal/hizmetler arasında benzerlik ve davalının niyeti faktörlerinin de ikinci planda önemli olduğu yönünde Barton Beebe, 'An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement' (2006) 94 California Law Review 1581, 1641. Aynı yönde bkz Fhima ve Denvir (n 41) 338; Vicki Huang, Kimberlee Weatherall ve Elizabeth Webster, 'The Use of Survey Evidence in Australian Trade Mark and Passing Off Cases', içinde Andrew T Kenyon, Ng-Loy Wee Loon ve Megan Richardson (eds), *The Law of Reputation and Brands in the Asia Pacific* (CUP 2012) 199, 197. Yine AB'de 2009-2012 yılları arasında verilen genel mahkeme kararları dikkate alınarak yapılan bir çalışmada, ayırt edicilik unsurunun (bağımsız bir faktör olarak değil, daha ziyade işaretlerin benzerliğinin değerlendirilmesinde kilit bir alt unsur olarak) ortalama tüketici kitlesi değerlendirmesinin sonucu üzerinde ihmal edilemez bir etkiye sahip olabileceği bulunmuştur [Ilanah Fhima, 'Introducing Reality into Trade Mark Law' (2014) 9 JIPLP 684]. Benzer şekilde, *Anemaet* çalışmasında oldukça ayırt edici bir markanın marka sahibinin konumunu güçlendirdiğini tespit etmiştir. [Anemaet (n 28) 1008-1026]. Konuya ilişkin önceki araştırmalar için ayrıca bkz Anemaet (n 28) 1011-1012.

ekstra bir faktör eklenerek, ihlal davasında karşı karşıya gelen taraflar arasındaki çıkar dengesinin hakkaniyete uygun şekilde tesis edilmesi sağlanabilir.

Specsavers davasında ABAD'ye, uyuşmazlık konusu markanın fiili kullanımının karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde ilgili bir faktör olarak dikkate alınıp alınmayacağı sorusu yönelmiştir. Mahkeme davacının tescilli markasının pazarda fiilen kullanılma şeklinin, ortalama tüketicinin imajını resmetmede işaretlerin karşılaştırılmasının bir parçasını oluşturması gerektiğini ifade etmiştir[106]. Bu davada, davacı Specsavers, iki ovalden oluşan figüratif işareti için herhangi bir renk talebinde bulunmamış, ancak işaret pazarlanan ortamda sürekli olarak yeşilin belirli bir tonunda kullanılmıştır. Kararda, markanın daha sonra kullanıldığı renk veya renk kombinasyonunun, söz konusu malların ortalama tüketicisinin markayı nasıl algıladığını etkilediği ölçüde, karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkate alınması gerektiğine karar verilmiştir[107]. *Specsavers* kararı, mahkemelerin sadece sonraki markaya bakmakla yetinmeyip önceki markanın fiili kullanımına da dikkate alması bakımından büyük önem taşımaktadır.

Markanın fiili kullanımı, karıştırılma ihtimalinin mevcut olduğu yönünde bir değerlendirmeyi destekleyebilir. Nitekim AB hukukunda temel yaklaşım bu yöndedir. ABAD nezdinde görülen *Colloseum v Levi Strauss* davasında, davacı Levis Strauss iki marka tescil ettirmiştir: Bunlardan ilki, Levis kelimesini içeren kırmızı bir etiket ile bir kot pantolonun cebinden oluşmakta iken; diğeri, kırmızı etiketin üzerinde herhangi bir kelime bulunmaması dışında tamamen aynı unsurlardan oluşmaktaydı. Colloseum, sağ arka cebin dış sağ dikişinin üst kısmına dikilmiş küçük dikdörtgen kırmızı kumaş etiketler içeren kot pantolonlar sattığı için marka ihlali ile suçlanmış, karşı dava açmış ve davacı sadece Levis etiketli kot pantolonlar ürettiği ve fakat fiili kullanımının mevcut olmadığı gerekçesiyle ikinci markanın iptalini savunmuştur. ABAD, tescilli bir markanın, ayırt edici hale gelmesi, yani ilgili tüketici kitlesinin zihninde, ilgili olduğu malların belirli bir teşebbüsten kaynaklandığını belirlemeye hizmet etmesi koşuluyla, ortak bir markanın parçası olarak veya başka bir marka ile birlikte kullanılması durumunda filli bir kullanımın mevcut olduğunu ifade ederek somut olayda karıştırılma ihtimali bulunduğuna karar vermiştir[108].

Öte yandan, fiili kullanım faktörünün karıştırılma ihtimali bulgusunu desteklemediği durumlar da söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda kullanılmayan

---

[106] CJEU, 18.07.2013, C-252/12, parag 37, 96
Ayrıca bkz CJEU, 12.06.2008, C-533/06, parag 67.

[107] Aynı yönde bkz CJEU, 18.07.2013, C-252/12, parag 96."Dolayısıyla, siyah beyaz olarak tescil edilmiş bir logo, kullanım yoluyla, örneğin yeşil renkte özel ve ayırt edici bir karakter kazanmışsa, bu bana global takdir analizinde dikkate alınması gereken bir husus gibi görünmektedir"

[108] CJEU, 18.04.2013, C-12/12, parag 28. ABAD'nin burada yaptığı şey, ortalama bir tüketicinin algısını belirlemede sözsüz figüratif markanın (6 numaralı marka) etkisini bir markanın isimlendirme unsurlarıyla birleştirmek olmuştur. Ilanah Fhima, 'Trade Mark Law Meets Branding?', içinde Deven R. Desai, Ioannis Lianos ve Spencer Weber Waller (eds) *Brands, Competition Law and IP* (CUP 2015) 235.

markalar daha fazla koruma elde edecektir[109]. Bu durum, marka sahiplerini mümkün olduğunca çok sayıda markayı tescil ettirmeye ancak bunları fiilen kullanmamaya teşvik edebilir[110]. Ancak, fiili kullanımın karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkate alınması çoğu durumda karıştırılma ihtimalinin bulunduğu sonucunu desteklemekte olup, karıştırılma ihtimalinin azaltılması ile sonuçlandığı durumlar oldukça nadirdir. Buna ek olarak, markanın beş yıllık kullanım zorunluluğunun bulunması, bu zorunluluğa aykırılığın iptal yaptırımına tabi tutulması [SMK m 19/2, 26/1(a)] göz önüne alındığında, bağlamsal yaklaşımdan kaynaklanan bu olumsuz sonuçlar önemli ölçüde etkisiz hale getirilmektedir. Son olarak, tescil ücretlerinin veya yenileme ücretlerinin artırılmasının marka sahiplerini düşük değerli ve gerçek kullanım amaçlı olmayan markalara yatırım yapma konusunda etkili bir şekilde caydırabileceği düşünülmektedir[111].

Üçüncü öneri, karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde anket ve kamuoyu araştırması delillerine dayanılmasıdır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta özellikle ayırt edicilik ve tanınmışlığın değerlendirilmesinde tüketici anketlerine sıklıkla başvurulmaktadır[112]. Bu yaklaşımın karıştırılma ihtimali için de benimsenmesi önünde bir engel bulunmadığı düşünülmektedir[113].

Anket ve kamuoyu araştırmalarına dayanılması hususundaki en önemli endişe kaynağı, daha güçlü olan tarafın manipülasyonuna açık olması noktasında kendini göstermektedir. Hukuk yargılamaları kapsamında, kanıt sunmak tarafların sorumluluğundadır. Anket kanıtlarının toplanması taraflar bakımından ek bir mali külfettir. Bu durum, küçük ve orta ölçekli işletmeleri dezavantajlı bir konuma sokabilir ya da daha güçlü olan tarafa, anketleri kendi çıkarlarına en uygun şekilde (genellikle yönlendirici sorular kullanarak) çerçeveleme konusunda üstünlük sağlayabilir[114].

[109] Xiao (n 11) 567.

[110] William M Landes ve Richard A Posner, 'The Economics of Trademark Law' (1988) 78 TMR 267, 280-281. Bu yazarlara göre, "ticari markaları kullanmadan tescil ettirmesine izin verilen bir firma, makul yeni marka isimleri bulmak için önemli miktarda kaynak harcayabilir. Çünkü, önerdiğimiz gibi, bu tür isimlerin mevcudiyeti çok fazla olsa bile, çok sayıda isme sahip olmak ve bu sahipliğin getireceği toplam lisans gelirleri, kaynakları marka isimleri yaratma faaliyetine çeken bir mıknatıs olacaktır ve muhtemelen bu tür bir yatırımın optimal seviyesinin ötesine geçecektir. Bunun endişe verici bir yan etkisi de marka sahibinin rakiplerinin 'bankadan satın alamayacakları için daha az verimli markaları benimsemek zorunda kalmalarıdır'.

[111] *Landes* ve *Posner*, 1988 tarihli Marka Kanunu Revizyon Yasasının uygulanmasından önce (tescil ve yenilemelerin 20 yıllık sürelerle yürürlükte kaldığı ve sonrasında (tescil ve yenileme sürelerinin 10 yıla indirildiği) marka yenileme oranındaki değişiklikler üzerine ampirik bir çalışma yürütmüş ve yenileme oranlarının yenileme ücretlerine oldukça duyarlı olduğunu bulmuştur. Bkz William M Landes ve Richard A Posner, 'Indefinitely Renewable Copyright' (2002) John M Olin Law & Economics Working Paper No 154 (2D Series). Ayrıca bkz William M Landes ve Richard A Posner, 'The Economics of Trademark Law' (1988) 78 TMR 267, 280-281.

[112] Uwe Lüken, Peter Brownlow ve Nick Aries, 'How Courts View Surveys in Trade Mark Cases' (2015) MIP

[113] Alman hukukunda anket çalışmaları ve uzman raporunun ispat aracı olarak kullanıldığı yönünde bkz Güneş, Marka Kimliği (n 85) 71). Kamuoyu bilgisinin dahil edilmesine ilişkin bkz Kurban Ünlüönen, Ahmet Battal ve Ali Yay Yüksel, 'Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği' (2007) 6(22) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 1, 8-11. Ayrıca bkz Berk Karayel, 'Türk Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali Ekseninde Ortalama Tüketici Kavramı', Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019) 128.

[114] Kai Purnhagen, 'More Reality in the CJEU's Interpretation of the Average Consumer Benchmark – Also More Behavioural Science in Unfair Commercial Practices?' (2017) 8 European Journal of Risk Regulation 437, 440.

Ancak gerek fiili kullanılma gerek karıştırma ihtimalini ispata yarayan delil vasıtaları olarak anketler ve kamuoyu araştırmaları mahkemelerin global karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkate alacağı[115] unsurlar olarak görülmelidir.

VII. Sonuç

Marka hukukunda "ortalama tüketici" ölçütü, tescil işlemleri veya marka ihlali davaları sırasında, markanın hedef kitlesinin nasıl algıladığını ve nasıl davrandığını anlamak için kullanılan bir ölçüt olup, karıştırılma ihtimali değerlendirmesinin yapıtaşını teşkil eder.

Ortalama tüketici, ne 6769 sayılı SMK veya SMK Yönetmelik ne Kanun'un kaynağı niteliğindeki 2015/2436 sayılı Direktif'te tanımlanmıştır. Buna karşılık gerek AB gerek Türk hukukunda farklı uygulamalara ilişkin ikincil mevzuatta ortalama tüketiciye ilişkin hukuki düzenlemeler bulunduğu tespit edilmektedir. Marka hukukundaki en temel ihlal hali olan karıştırılma ihtimali değerlendirmesindeki temel ölçütün, SMK ve/veya SMK Yönetmelik'te değil de farklı uygulamalara ilişkin ikincil düzenlemede yer almasının yerindeliği tartışılabilir. Ancak kanaatimiz, ortalama tüketiciye ilişkin bir tanım maddesinin verilmesinden kaçınılması ve somut olayın koşullarının gerektirdiği değerlendirmenin yapılabilmesine olanak veren esnekliğin yargı mercilerine sağlanması gerektiği yönündedir. Diğer bir ifadeyle ortalama tüketici algısının değişken ve dinamik yapısı çerçevesinde somut olay bazında yapılan değerlendirmelerde gereken esnekliğin sağlanabilmesi için ölçüte ilişkin bir tanım vermekten kaçınılması doğru bir yaklaşımdır. Öte yandan ölçütün değerlendirmesinde dikkate alınabilecek kriterlerin sınırlayıcı olmayan bir şekilde sayıldığı bir düzenlemeye yer verilmesi içtihat netliğinin ve birliğinin sağlanması açısından faydalı olabilir.

Gerek AB gerek Türk marka mevzuatında karıştırılma ihtimalinin değerlendirmesinde görüşü esas alınacak kişinin "halk" olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Ancak SMK m 6/1 ve 7/2-b'de ölçüt olarak kabul edilen "halk" ibaresinin, doktrin ve yargı kararlarındaki kabule paralel olarak "ortalama tüketici" şeklinde revize edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Ortalama tüketici doktrinde ve yargı kararlarında makul derecede bilgili, gözlemci ve ihtiyatlı bir kişiyi ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bu çerçevede ölçüte ilişkin iki unsur tespit etmek mümkündür: Bunlar tüketici olma ve gereken bilgi,

[115] Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde en belirleyici faktörün, uyuşmazlık konusu markalar arasındaki benzerlik olduğu, bunun yanı sıra mal/hizmetler arasında benzerlik ve davalının niyeti faktörlerinin de ikinci planda önemli olduğu, buna karşılık anket delilinin mahkemenin değerlendirmesinde %20 oranında etkili olduğu yönünde bkz Beebe (n 105) 1641. Aynı yönde bkz Huang, Weatherall ve Webster (n 105) 197; Fhima ve Denvir (n 41) 338. Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde deneysel bulguların minör düzeyde etkili olduğu yönünde bkz Anemaet (n 28) 1011-1012. Öte yandan yazar, 2006-2013 yılları arasında verilen 189 kararın incelendiği bir çalışmada anket delilinin karıştırılma ihtimali bulgusunu desteklediğine işaret etmektedir. Anemaet (n 28) 1013-1014.

dikkat ve özen düzeyidir. İlk unsura ilişkin olarak Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m 4/1-j'deki ortalama tüketici tanımı bir ölçüde yol gösterici olup, bu bağlamda ilgili tüketici kitlesi ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişilerle sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede, ortalama tüketici ilgili mal/hizmetin alıcısı, bu alanda çalışan, faaliyet gösteren, bu alan ile ilgilenen kişiler de olabilecektir. İkinci unsur bakımından kabul edilen temel kıstas, ortalama tüketicinin "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli bir kişi" olmasıdır. Bu ise konuya ilişkin yargı kararlarında, dikkatsiz bir tüketicinin değil, muhtelif detayları dikkate almaksızın markayı bir bütün olarak algılayan tüketicinin referans alınması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır.

Gereken bilgi, dikkat ve özen düzeyi ise somut olayın koşullarına bağlı olarak değişebilmektedir. Uygulamada ortalama tüketicinin dikkat düzeyi incelenirken mal veya hizmetin ya da veya alıcı kitlesinin niteliğine göre farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Gerçekten de belirli mal/hizmet gruplarında varsayımsal seviye daha yüksek iken, diğerlerinde ortalama düzeyde olabilir. Nitekim günlük hayatta toplumun her kesimi tarafından kullanılır nitelikte olan ürünler bakımından tüketicinin genellikle dikkatli davranmayacağı kabul edilmektedir Alıcı kitlesinin niteliği çerçevesinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus markayı taşıyan ürün/hizmetlerin uzman bir kitleye hitap edip etmediğidir. Böyle bir olasılıkta özel veya uzmanlaşmış alıcı kitlesinin, ortalama dikkat ve özene sahip alıcılardan daha itinalı ve seçici davranacağı kabul edilmektedir. Yine markayı taşıyan ürün/hizmetlerin hem ortalama hem özel bir kesime hitap etmesi durumunda da esas alınan dikkat düzeyi farklı şekilde yorumlanmaktadır. Bu kapsamda özel kesimin dikkatinin esas alınması gerektiği yönünde olduğu gibi aksi yönde kararlar da bulunmaktadır.

Ortalama tüketici ölçütünün kapsam ve sınırlarının anlaşılabilmesi bakımından benzer kavramlarla karşılaştırılmasının da faydalı olabileceği düşünülmektedir. Tasarım hukukunda geçerli "bilgilenmiş kullanıcı" ve patent hukukunda kabul edilen "teknik alanda uzman kişi" kavramları bunlardan bazılarıdır. Ortalama tüketici, ilgili sektördeki uzmanlık düzeyine sahip olmayan ve genellikle daha az bilgiye sahip olan tipik bir tüketiciyi temsil etmekte olup, daha üst düzeyde dikkat, bilgi ve ihtiyat düzeyine sahip olması aranan bilgilenmiş kullanıcıdan ve teknik alanda uzman kimseden ayrılmaktadır.

Marka tescili ve ihlali davaları aşamalarında referans alınan ortalama tüketici kitlesi ölçütü, marka hukukuna temel olan hukuki veya politik amaçları takip eden norm temelli bir uygulamanın ürünüdür. Ortalama tüketici ölçütünün "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli bir kişi" olarak şekillendirilmesi karar mercilerine kolaylık sağlamakta ise de gerçekte tüketici algılarının ne şekilde yönlendiğine ilişkin bilimsel verileri dikkate almaması sebebiyle yetersizdir.

Gerçekten de genellikle tüketicilerin akılcı karar vermelerinde gerekli ve yeterli bilgiyi elde etmek ve işlemek için zaman ve kaynak tasarrufları yoktur. Tüketicilerin, soyut bir ekonomik fikri karşılayabilmek adına bilgi toplayıp işlemek için zamanlarıyla birlikte tüm zihinsel, psikolojik ve fiziksel kaynaklarını adamaları mümkün değildir. Pazarda akılcı davranması beklenen yüksek eğitim ve zekâ sahibi iyi bilgilenmiş tüketiciler bile kararlarını analitik bir işlemden çok, alışkanlık ve duygulara dayandırırlar. Kapsamlı, çok-boyutlu bilgi, tüketicilerin seçim kalitesinde önemli bir düşüşe neden olur. Farklı tipte tüketiciler farklı bilgi işleme ve algı yetilerine sahiptirler. Öte yandan gereken dikkat düzeyi bakımından alıcı kitlesinin veya mal/hizmetin niteliğine göre bazı ayrımlar yapılmakta ve bir ölçüde konuya ilişkin uyuşmazlıklarda şeffaflık sağlanabilmekte ise de elektronik ortamda alışverişin gün geçtikçe arttığı bir ekonomik düzende tüketicinin tasarım hukukundaki bilgilenmiş kullanıcı kadar olmasa da daha üst düzeyde bir bilgi ve algıya sahip olduğu da kabul edilebilir.

Bu bilgiler ışığında ortalama tüketici ölçütünün daha gerçekçi bir şekilde yeniden formüle edilmesi yadsınamaz bir gerçektir. Bu çalışma, ortalama tüketici kriterini ortadan kaldırmayı hedeflememekte ancak, ortalama tüketiciye yönelik daha ampirik temelli bir yaklaşımı benimsemenin zamanının gelmiş olabileceği görüşünü savunmaktadır. Bu yeniden modelleme sürecine ölçüte daha fazla gerçeklik katmak, ölçütün olabildiği ölçüde objektif bir şekilde yorumlanabilmesi davranış bilimleriyle hukuk bilimi arasında disiplinler arası bir çalışmayı gerekli kılmaktadır. Öte yandan ortalama tüketici ölçütünün değerlendirilmesinde daha ampirik temelli bir yaklaşımın benimsenmesi hukukun ve piyasanın gerçeklerinden uzaklaşılmaması bakımından faydalı olacaktır. Burada önerilen, ortalama tüketici ölçütünün değerlendirilmesinde daha fazla bilimsel veriye dayanılmasıdır. Karıştırılma ihtimalinin değerlendirmesinde dikkate alınan global değerlendirme yaklaşımı ampirik bulguların da değerlendirmeye dahil edilebilmesine olanak sağlamaktadır. Bu bağlamda filli karıştırılma ve karıştırılma ihtimalinin ispatına yarayan anket ve kamuoyu araştırmalarının dikkate alınması önerilmektedir. Bu tür ispat vasıtalarının ekonomik yönden güçlü olan tarafça kötüye kullanılması bir ihtimal olarak endişe vermekte ise de mahkemenin karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkate alacağı faktörlerden birkaçı olması sebebiyle endişe kaynağı olmaktan uzaklaşmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Aaker DA ve Joachimsthaler E, *Brand Leadership* (The Free Press 2000).

Aksoy MA, '2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri' (2015) 73(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 279-318.

Alemanno A, 'Balancing Free Movement and Public Health: The Case of Minimum Unit Pricing of Alcohol in Scotch Whisky' (2016) 53 CMLR 1037-1063.

Anderson SP, Palma A ve Thisse JF, *Discrete Choice Theory of Product Differentiation* (MIT Press 1992).

Anemaet L,'The Fairy Tale of the Average Consumer: Why We Should Not Rely on the Real Consumer When Assessing the Likelihood of Confusion' (2020) 69 GRUR Int 1008-1026.

Arkan S, *Marka Hukuku, Cilt 1*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997).

Ayhan R, Çağlar H, Yıldız B ve İmirlioğlu D, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Adalet, Ankara 2021).

Bahadır Z, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali* (Turhan Kitabevi, Ankara 2018).

Bakamitsos GA ve Siomkos GJ, 'Context Effects in Marketing Practice: The Case of Mood' (2004) 3(4) Journal of Consumer Behaviour 304-314.

Bargh JA, 'The Automaticity of Everyday Life', içinde RS Wyer ve JA Bargh (eds) *The Automaticity of Everyday Life: Advances in Social Cognition* (Lawrence Erlbaum Associates Inc 1997).

Beebe B, 'An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement' (2006) 94 California Law Review 1581-1654.

Bently L, Sherman B, Gangjee D ve Johnson P, *Intellectual Property Law* (5th edn, Oxford University Press 2018)

Bereskin DR, 'Likelihood of Confusion: The Irrational Basis of Trade Mark Protection', (2019) 14(3) Journal of Intellectual Property Law & Practice 223-229.

Bradford LR, 'Emotion, Dilution and the Trademark Consumer' (2008) 23 Berkeley Technology Law Journal 1227-1298.

Christensen GL, DeRosia ED ve Lee TR, 'Sophistication, Bridging the Gap, and the Likelihood of Confusion: An Empirical and Theoretical Analysis' (2008) 98 TMR 913-949.

Çifçi S ve Ruziye C, 'Marka ve Marka Yönetimi Kavramları: Üniversite Öğrencilerinin Kot Pantolon Marka Tercihlerine Yönelik Bir Araştırma' (2007) 44 Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 69-88.

Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023).

Çolak U, 'Türk Marka Hukukunda Karıştırma' (2013) Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu 24-38.

Davis J, 'Locating the Average Consumer: His Judicial Origins, Intellectual Influences and Current Role in European Trade Mark Law' (2005) 2 IPQ 183-203.

Dibb S ve Simkin L, 'Targeting, Segments and Positioning' (1991) 9 International Journal of Retail & Distribution Management 4-10.

Dinwoodie GB ve Gangjee DS, 'The Image of the Consumer in European Trade Mark Law', içinde D Leczykiewicz and S Weatherill (eds) *The Image(s) of the Consumer in EU Law* (Hart 2015).

Dinwoodie GB, 'The Europeanisation of Trade Mark Law', içinde A Ohly ve J Pila (eds) *The Europeanisation of Intellectual Property Law* (Oxford University Press 2013).

Dirikkan H, *Tanınmış Markanın Korunması* (Seçkin, Ankara 2003).

Drawbaugh K, *Brands in the Balance Meeting the Challenges of Commercial Identity* (Reuters 2001).

Epçeli S, *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali* (Legal Yayınevi, İstanbul 2006).

Evans J, 'Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition' (2008) 59 Annu Rev Psychol 255-278.

Faure M ve Luth H, 'Behavioural Economics in Unfair Contract Terms – Cautions and Considerations' (2011) 34 Journal of Consumer Policy 337-358.

Fhima, I, 'Introducing Reality into Trade Mark Law' (2014) 9 JIPLP 684-687.

Fhima I, 'Trade Mark Law Meets Branding?', içinde *Deven* R. *Desai*, Ioannis Lianos ve Spencer Weber Waller (eds) *Brands, Competition Law and IP* (CUP 2015).

Fhima I ve Denvir C, 'An Empirical Analysis of the Likelihood of Confusion Factors in European Trade Mark Law' (2015) 46 IIC 310-339.

Fhima I ve Gangjee DS, *The Confusion Test in European Trade Mark Law* (Oxford University Press 2019).

Gangjee D, 'Property in Brands: The Commodification of Conversation' in H Howe and J Griffiths (eds) *Property Concepts in Intellectual Property Law* (CUP 2013).

Güneş İ, "Marka Kimliği ve Markalar" Uluslararası Sempozyumu, (2014) 9(94) Terazi Hukuk Dergisi 70-72.

Güneş İ, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2021).

Güven, Koray, 'Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Gut Springheide" Kararı Üzerinden Bir İnceleme' (2015) 28 (129) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 493-508.

Holbrook MB ve Hirschman EC, 'The Experiential Aspects of Consumption: Consumer Fantasies, Feelings and Fun' (1982) 9(2) Journal of Consumer Research 132–140.

Huang V, Weatherall K ve Webster E, 'The Use of Survey Evidence in Australian Trade Mark and Passing Off Cases', içinde Andrew T Kenyon, Ng-Loy Wee Loon ve Megan Richardson (eds), *The Law of Reputation and Brands in the Asia Pacific* (CUP 2012).

Incardona R ve Poncibo C, 'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution' (2007) 1 Journal of Consumer Policy Issue 21–38.

İmirlioğu D, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018).

Jacoby J, 'Is it Rational to Assume Consumer Rationality? Some Consumer Psychological Perspectives on Rational Choice Theory' (2000) NYU, Ctr for Law and Business Research Paper No. 00-09.

Jehoram TC, van Nispen C ve Huydecoper T, *European Trademark Law. Community Trademark Law and Harmonized National Trademark Law* (Kluwer International 2010).

Jolls CM, Sunstein C ve Thaler RH, 'A Behavioral Approach to Law and Economics' (1998) 50(5) Stanford Law Review 1471-1550.

Kahneman D ve Frederick S, 'Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment', içinde T Gilovich et al (eds) *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (CUP 2002).

Karayel, Berk, 'Türk marka hukukunda karıştırılma ihtimali ekseninde ortalama tüketici kavramı', Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019).

Kaya A, *Marka Hukuku* (Arıkan, İstanbul 2006) 140-141.

Kihistrom JF, 'The Cognitive Unconscious' (1987) 237 Science 1445-1452.

Koşer N, 'Tasarım Hukukunda Bilgilenmiş Kullanıcı Kavramı' (2012) 12(1) İnönü University Law Review 380-393.

Koşer N, 'Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi'nin 7 Şubat 2019 Tarihli "Swemac" Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi - Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme' (2020) 5(1-2), Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2151 (Marka Hukuku), 2151-2169.

Kurt E, *Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı, Seçkin, İstanbul 2020).

Küçükali C, *Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali* (Seçkin, Ankara 2009).

Küçükdağlı A, 'Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Modelleri' (2020) 2(2) Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145-178.

Laustsen RD, *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions* (Springer: Cham, Switzerland 2019).

Kaya, A, *Marka Hukuku* (Arıkan, İstanbul 2006).

Laustsen RD, *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trade- mark Law and Similar Fictions* (Springer: Cham, Switzerland 2019).

Landes WM ve Posner RA, 'The Economics of Trademark Law' (1988) 78 TMR 267-306.

Landes WM ve Posner RA, 'Indefinitely Renewable Copyright' (2002) John M Olin Law & Economics Working Paper No 154 (2D Series).

Lüken U, Brownlow P ve Aries N, 'How Courts View Surveys in Trade Mark Cases' (2015) MIP

Maeyaert P ve Muyldermans J, 'Likelihood of Confusion in Trademark Law: A Practical Guide Based on the Case Law in Community Trade Mark Oppositions from 2002 to 2012' (2013) 103(5) The Law Journal of the International Trademark, s. 1041-1042.

Maeyaert P ve Muyldermans J, 'Likelihood of Confusion in Trademark Law: A Practical Guide Based on the Case Law in Community Trade Mark Oppositions from 2002 to 2012' (2013) 103(5) LJINTA 1032 vd

Mandl M, Felfernig A, Teppan E ve Schuber M, 'Consumer Decision Making in Knowledge-Based Recommendation' (2011) 37 J Intell Inf Syst 1-22.

Morgan R, 'Ensuring Greater Legal Certainty in OHIM Decision-Taking by Abandoning Legal Formalism' (2012) 7 JIPLP 408-429.

Olshavsky, RW ve Granbois HD, 'Consumer Decision-making – Fact or Fiction?' (1979) 6 Journal of Consumer Research 93-100

Öztek S, 'İlaç Markaları' (2004) 4 Kazancı Dergisi 66-72.

Posner R, 'Rational Choice, Behavioural Economics, and the Law' (1998) 50 Stanford Law Review 1551.

Purnhagen K, 'More Reality in the CJEU's Interpretation of the Average Consumer Benchmark – Also More Behavioural Science in Unfair Commercial Practices?' (2017) 8 European Journal of Risk Regulation 437-440

Purnhagen K ve Schebesta H, 'A Case Moving at the Frontiers of Market Access, Freedom of Goods, the Common Agricultural Policy and Science in Court - Reflections on Scotch Whisky Association' (2017) 42(3) European Law Review 437-440.

Rachlinski J, 'New Law and Psychology: a Reply to Critics, Sceptics, and Cautious Supporters' (2000) 85 Cornell Law Review 739-766.

Rossiter J ve Bellman S, 'Emotional Branding Pays Off' (2012) 52(3) Journal of Advertising Research 291-296

Scott C ve Black J, *Cranston's Consumers and the Law* (Butterworths, 2000).

Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin 2023).

Sloman S, 'Two Systems of Reasoning', içinde T Gilovich et al (eds) *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (CUP 2002).

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012).

Tversky A ve Kahneman D, 'The Framing of Decisions and the Psychology of Choice' (1981) 211 Science New Series 453-458.

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012).

Xiao Y, 'A Thousand Faces of The Average Consumer: Towards A More Empirically Grounded Approach to the Infringement Test?' (2022) 17(7) Journal of Intellectual Property Law and Practice 559-567.

Ünlüönen, K, Battal A, Yaylı A ve Yüksel S, 'Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği' (2007) 6(22) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 1-12.

Visser DJG, 'Beslissen in IE-zaken. Verslag van een Veldonderzoek' (2008) 31 NJB 1918-1926.

Weatherall K, 'The Consumer as the Empirical Measure of Trade Mark Law' (2017) 80 MLR 57-87.

Yasaman H, Ayoğlu T, Yusufoğlu Bilgin F, Memiş Kartal P, Yüksel SH ve Yasaman Z, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, *Cilt 2* (Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021)

Yusufoğlu F, *Patent Verilebilirlik Şartları* (İstanbul 2014).