

ADWORDS REKLAM SİSTEMİNDE MARKA KULLANIMI

İrfan AKIN*

I. Giriş

Önemi ve kapsamı giderek büyüyen internet, işlevlerine her geçen gün bir yenisini eklemektedir. Bu genişlemeyle beraber gerçek hayatta gerçekleştirilen faaliyetler yavaş yavaş internetin de konusu olmaya başlamıştır. Tabiidir ki aynı faaliyet gerçek ve sanal ortamlarda farklı özellikler arz etmekte, bu da beraberinde farklı hukuki değerlendirmeleri ve tanımlamaları getirmektedir. Reklamcılık da bu sektörlerden biridir. İnternette gerçekleştirilen reklam uygulamalarından olan adwords reklam sisteminde başkasına ait markanın kullanımı da özel bir değerlendirmeyi hak eden, dünyada da çok tartışılan sanal dünyanın kendine has problemlerinden biridir.

Bu makale kapsamında, arama motorlarında yapılan arama sonucu ekrana çıkan görüntünün marka hukuku açısından değerlendirilmesi yapılacaktır. Konunun en önemli aktörlerinden olan Google ve onun tarafından geliştirilen adwords reklam sistemi, böylesi bir değerlendirme için ideal örnek niteliğindedir. Bu nedenle adwords reklam sistemi marka hukuku kriterleri ışığında ele alınıp, bu reklam sistemi kapsamında olası marka hakkı ihlalleri ve haksız rekabet sorunları detaylarıyla ortaya konmaktadır. Google'ın ve reklam verenin hukuki sorumluluğu bu değerlendirme kapsamında bulunmamaktadır. Sadece başkasına ait markanın anahtar kelime olarak kullanımı halinde doğan hukuki durumun tespiti yapılmaya çalışılmaktadır.

* Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

II. Adwords Reklam Sistemi

Google'ın kendi internet sitesinde “*tıklama-başı-maliyete dayanan ücretlendirme uyguladığı reklam yayınlama programıdır*”¹ şeklinde tanımladığı adwords reklam sistemi, reklam veren tarafından belirlenen anahtar kelime ve kelime gruplarının arama motorunda aranması neticesi, yine reklam veren tarafından belirlenen ürün veya firmaya ilişkin tanıtıcı ibarelerin ve internet sitesine bağlantı linkinin bulunduğu reklam mahiyetindeki tanıtımın, Google tarafından arama sonuçlarını gösteren ekranın üst ve genellikle de sağ kısmında, reklam için ayrılan bölümde gösterilmesi suretiyle gerçekleşen reklamcılık modelidir. Reklam verene ait bu tanıtımlar, Türkçe “*Sponsor Bağlantı*”, İngilizce “*Sponsored Links*”, Almanca “*Anzeigen*” üst başlığı altında bulunan arama sonuçlarından ayrı olarak üst ve yan kısımda arama yapan kullanıcının karşısına çıkmaktadır.

Bu sistem içinde reklamların en etkili şekilde kullanıcıya ulaşmasında, seçilecek anahtar kelimelerin önemi büyüktür. Belirlenen anahtar kelime, reklam veren firmaya ait linkin görüntülenme sayısını doğrudan etkilemektedir. Ayrıca hedeflenen potansiyel müşterilere ulaşmada kolaylık sağlayarak reklamın etkinliğini arttırmaktadır. Bu sebeple Google, reklam müşterilerini doğru yönlendirmek amacıyla onlara dört farklı anahtar kelime belirleme seçeneği sunmaktadır.

A. Anahtar Kelime

İnternet kullanıcısı tarafından arama motoruna ilgili siteleri bulmak amacıyla yazılan ibareler, reklam veren açısından iyi tahmin edilip, belirlenmesi gereken anahtar kelimeler niteliğindedir. Bu iki kelime grubu, aranan kelime ve anahtar kelime, örtüştüğü oranda reklam amacına ulaşacaktır. Bu örtüşmeyi reklam veren açısından kolaylaştırmak amacıyla Google dört anahtar kelime eşleme seçeneği geliştirmiştir.

1. Geniş Eşleme

Google tarafından varsayılan seçenektir. Bu seçenekte sadece belirlenen anahtar kelimeler değil, aynı zamanda bu kelimelerin tekil/

¹ <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6319&topic=29>

çoğul formları, eşanlamlıları ve diğer alakalı varyasyonları da arandığında reklam yayınlanmaktadır. Örneğin “tenis ayakkabıları” anahtar kelime olarak belirlendiğinde, “tenis” ve “ayakkabı” kelimelerini içeren arama sorgularında herhangi bir sırayla ve muhtemelen diğer kelimelerle birlikte² reklam gösterilebilecektir.

Geniş eşleme seçeneğinde anahtar kelimenin ötesinde, bu kelimelerle alakalı varyasyonlar da anahtar kelime listesinde yer almasa dahi otomatik olarak yayınlanır. Örneğin, “web barındırma” geniş eşlemeli anahtar kelimesinde yayınlanan reklam, “web barındırma şirketi” veya “web barındırıcısı” arama sorguları için de gösterilebilecektir. Adwords sistemi anahtar kelimenin kalite ve performans faktörlerini sürekli olarak izleyerek, reklamın tetiklemesine izin veren anahtar kelime varyasyonlarını zamanla değiştirmektedir. Bu şekilde Google reklamların sadece en yüksek performanslı ve en alakalı anahtar kelime varyasyonlarında gösterilmesini temin etmeye çalışmaktadır.³

2. Öbek Eşleme

Google’ın internet sitesinde yaptığı açıklamalara göre, öbek eşleme seçeneğinde tırnak içinde verilen anahtar kelime bu sırayla ve muhtemelen ondan önce ve sonra gelen diğer kelimelerle arama yapıldığında gösterilebilecektir. Öbek eşleme geniş eşlemeden daha belirgin hedeflidir, ancak tam eşlemeden daha esnektir. Örneğin “tenis ayakkabıları” kelimelerinin tırnak içinde girilmesi halinde, reklam “tenis ayakkabıları” olarak bir bütün olarak arandığında ya da “kırmızı tenis ayakkabıları” şeklinde sıralı ve bir başka kelime ile arandığında gösterilecektir. Ancak “tenis için ayakkabı”, “tenis ayakkabısı” veya “tenis için spor ayakkabıları” için yapılan aramalarda reklam gösterilmez.⁴

² Bu çerçevede anahtar kelime olarak “tenis ayakkabıları” belirlendiğinde arama sorgusunda “tenis ayakkabısı” veya “tenis için spor ayakkabıları” ibareleri de arandığında reklam görüntülenecektir. <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6100&cbid=9rl5diqusa5b&src=cb>.

³ <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6100&cbid=9rl5diqusa5b&src=cb>.

⁴ <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6100&cbid=9rl5diqusa5b&src=cb>.

3. Tam Eşleme

Anahtar kelime köşeli parantez içinde yazıldığında, reklam, kullanıcı tam olarak bu kelime öbeğini bu sırada ve sorguda başka kelimeler olmadan aradığında gösterilir. Örneğin, [tenis ayakkabıları] anahtar kelimesi girildiğinde “kırmızı tenis ayakkabıları” veya “tenis ayakkabısı” sorgusu için reklam gösterilmez. Tam eşleme hedefi en kesin olan seçenektir.

4. Negatif Anahtar Kelime Eşlemesi

Reklam veren tarafından anahtar kelime grubuna negatif anahtar kelime eklenmesi halinde reklamlar o kelimeleri içeren arama sorgularında gösterilmeyecektir. Negatif anahtar kelimeler, istenmeyen gösterimleri filtreleyerek en uygun potansiyel müşterilere ulaşılmasına ve reklam maliyetinin azaltılmasına yardımcı olur. Anahtar kelime “tenis ayakkabıları” ise ve “kırmızı” negatif anahtar kelimesini eklerseniz, bir kullanıcı kırmızı tenis ayakkabıları için arama yaptığında reklam gösterilmez. Çok sayıda geniş eşlemeli anahtar kelime kullanıldığında negatif anahtar kelimeler özellikle yararlı olur.

B. Adwords Metatag Ayrımı

Her firma gerçek hayatta olduğu gibi sanal ortamda da bilinmek, tanınmak ister. İnternetteki bilgilendirme platformlarında boy göstermenin yolu ise HTML formatında yazılmış olan hypertext’lerdir. Metatag olarak tespit edilen işaret burada, bu işaretin temsil ettiği ticari faaliyetin konusuyla ilgili ibarelerin bu bilgi platformlarında görünmesi için kanca fonksiyonu görmektedir.⁵ Metatag’lar da bu kapsamda, genellikle web sitesinin içeriği hakkında bilgilendirici nitelikteki anahtar kelime ve tümcelerden oluşan, HTML kodları olarak web sayfalarına sokulan görünmez hypertext işaret dilidir. Web sitesine metatag koyulmasının amacı, Google ve benzeri arama motorlarının metatag’ları okumalarını ve bunların geçtiği web sitesine erişimi sağlamak suretiyle web sitesinin internet ortamında etkili tanıtımının yapılmasıdır. Firma tarafından faaliyet alanıyla ilgili kelimelerin metatag olarak belirlenmesi sonucu, bu ibarelerin arama motorlarında her

⁵ Ullmann Eike, *Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, s. 633, 635.

aranmasında firmanın sitesi arama sonuçları arasında görülecektir. Bu sayede internet ortamında son derece büyük bir yönlendirme kabiliyetine sahip olan arama motorlarının bu özelliğinden şirket tanıtımı için azami ölçüde yararlanılmış olunacaktır. Sadece arama sonuçları arasında yer almayı yeterli görmeyen firmalar, bu sonuçların üst sıralarında bulunmak amacıyla arama motorlarının sıralama kriterlerine uygun olarak değişik taktikler denemektedirler. Çoğu arama motoru, kelime veya ibarelerin web sayfasının başlığında kullanılmasına daha büyük önem vermekte, bazıları ise kelime veya ibarenin nereye yerleştirildiğine bakmaksızın metin içerisinde tekrarlanma sıklığına göre web sitelerini sıraya koymaktadır.⁶

Normal metatag kullanımının hukuka aykırı bir tarafı bulunmamaktadır. Fakat başkasına ait markalar veya diğer tanıtıcı nitelikteki ibarelerin ve sektördeki öncü firmaların isimlerinin metatag olarak kullanılması durumunda bu tanıtım sisteminin kötüye kullanılması söz konusudur. Bu durumda bir İnternet kullanıcısı aradığı markayla bağlantılı linklerin arama sonuçları arasında çıkmasını beklerken, aynı veya bağlantılı başka bir sektördeki firmalara ait bağlantı linkleriyle karşılaşmaktadır. Hatta bu linkler aranan markanın ait olduğu firmaya ait linklerden daha üst sıralarda arama sonucu olarak çıkabilmektedir. Bu durumda kullanıcı, başkasının markası kullanılarak o markayla ticari bağı bulunmayan başka bir firmanın web sitesine aldatıcı şekilde getirilmiş olmaktadır. Metatag'ları göremeyen ortalama bir kullanıcıya aradığı kelime ile ilgisi bulunmayan arama sonuçlarının sunulması, onun, bu sonuçların aradığı kelime ile bağlantılı olduğu zannına kapılarak, yanlış yönlendirilmesine neden olacaktır. Bir web sitesinde kullanılan metatag'ların bir başka kişinin markasını içermesi sonucunda aranan web sitesiyle beraber, markanın metatag olarak kullanıldığı web sitesinin de arama sonuçları arasında çıkması, tüketicilerin kafasında o markayla ilgili tereddütlerin oluşmasına neden olacaktır.⁷ Başkasına ait markanın bu şekilde metatag olarak kullanımının marka hakkının ihlali anlamına geleceği, bugün birçok ülkede verilen yargı kararlarıyla tescillenmiş bir gerçektir.⁸

⁶ Özdilek Ali Osman, *İnternet ve Hukuk*, Papatya Yayıncılık, 2002, s. 203.

⁷ Özdilek, Ali Osman, *İnternet ve Hukuk*, Papatya Yayıncılık, 2002, s. 204.

⁸ Bkz. Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararı, BGH 18.05.2006 tarihli I ZR 183/03 sayılı "impuls" kararı.

III. Marka Hukuku ve Adwords

Sunduğu hizmetlerle bireyin özgürlük alanını genişleten, hayatın her alanına yeni açılımlar getiren internetin hukukun farklı dallarının çizdiği sınırların içinde meşru bir zemine oturtulması gayreti, bugün birçok hukukçunun kafasını meşgul eden bir konudur. Marka hukuku da bu sınırları belirleyen hukuk dallarından biridir. Mutlak hak niteliğinde olan marka hakkı, sahibine üçüncü kişilerin markayı izinsiz kullanmalarını önleme yetkisi vermektedir. Bu önleme yetkisi sadece markanın aynısının veya benzerinin marka olarak kullanılması halinde devreye girmez. Başkasına ait markanın ayırt edici işaret olarak gerçekleşen tüm kullanımlarında marka hakkı sahibinin bu kullanımı engelleme yetkisi vardır.⁹ Adwords reklam sisteminde markanın anahtar kelime olarak kullanımının ne tür bir kullanım olarak ele alınacağına, ancak reklam sisteminin, reklam metninin ve kullanıcının algılayışının değerlendirilmesinden sonra karar verilebilir.

A. Markasal Kullanım

Marka hukukunun marka sahibine tanıdığı pozitif kullanma hakkının beraberinde getirdiği markayı başkalarının kullanımını yasaklama hakkı, işaretin bütün kullanım şekillerini kapsamaz. Sadece belli kullanım şekillerine yönelik bir yasaklama öngörür marka hukuku. Bu kullanım öncelikle markasal bir kullanım olmalıdır. İşaret, ticari hayatta üçüncü kişi tarafından ticari işletmesini adlandırmak veya marka olarak kullanımında da mal ve hizmetlerini başka firmaların mal ve hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılıyorsa, marka hukukunun değerlendirme alanına giren bir kullanım vardır.¹⁰

Şüphesiz marka hakkından kaynaklanan bir engelleme ancak markanın iktisadi kullanımında söz konusu olabilecektir. İşaretin kullanılmasından özel alanın dışında, ticari bir fayda elde edilmesi bekleniyorsa işaretin ticari hayatta kullanılmasından bahsedilebilir. Böyle bir kullanım için reklam yapmanın işletme olarak bir fayda elde etmesi

⁹ Marka hakkı sahibinin bu mutlak hakkından kaynaklanan inhisari yetkisini ve buna bağlı men imkânlarının kapsam ve sınırları MarkaKHK m. 9, 61 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir, *Kaya Arslan*, Marka Hukuku, Arıkan Yayıncılık, s. 38 vd.; *Yasaman Hamdi*, Marka Hukuku, s. 486 vd.

¹⁰ Ullmann Eike, *Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, s. 633, 635.

de şart değildir. Ticari olmayan bir faaliyeti yürüten kişi de ticari hayattaki bir aktivitesinden dolayı marka ve rekabet hukukuna ilişkin bir ihlalin aktörü olabilir. Bu anlamda ticari hayat kavramı geniş yorumlanmalıdır. Özel, resmi veya işletme içi olmayan her türlü serbest, ekonomik amaca yönelik faaliyet bu kavram dâhilinde değerlendirilmelidir. Faaliyetin sürekli olması da aranmamalıdır. İnternet sitesinden satmak üzere *bir defaya mahsus* bir ürün alan kişi de ticari hayatın içinde bir işlem gerçekleştirmiştir.¹¹

Avrupa Adalet Divanı Marka Direktifi'nin 5/1/a hükmü kapsamında bir işaretin markasal kullanımı konusunda verdiği Opel¹² ve BMW¹³ kararlarında, bu tür bir kullanımdan söz edebilmek için reklamda işaretin ayırt edicilik vasfının kullanılması ve reklamda kullanılan marka ile reklamı yapılan ürün arasında reklamın yöneldiği müşteri çevresi tarafından bir bağ kurulması gerekliliğini ortaya koymuştur.¹⁴ Avrupa Adalet Divanı'nın bu değerlendirmesinde markasal kullanım için işaretin ayırt edicilik özelliğinden yararlanmanın kilit rol oynadığı esası net bir şekilde ortaya konmuştur. Markanın adwords reklam sisteminde anahtar kelime olarak kullanımında markasal bir kullanım olup olmadığı sorusu, ancak konu bir bütün olarak değerlendirildiğinde karşılığını bulabilecektir.

B. Yargı Kararları

Dünyada adwords reklam sisteminde başkasına ait markanın anahtar kelime olarak kullanılmasından kaynaklanan sonuçlanmış ve halen sürmekte olan birçok dava bulunmaktadır. Özellikle ABD ve Almanya'da konuyu farklı yönleriyle ele alıp inceleyen ve böylece hem Google ve reklam verenlere, hem de taraflar dışında konuyla ilgilenen uzmanlara değerlendirmeler sunan kararlar mevcuttur. Aşağıda bu doğrultuda sonuçlanmış ve konuyu farklı açılardan ele alan örnek niteliğindeki iki Alman Yüksek Mahkeme kararı gerekçeleriyle yer almaktadır.

¹¹ Ullmann Eike, *Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, s. 633, 635.

¹² Avrupa Adalet Divanı C-48/05 sayılı, 25.01.2007 tarihli - *Adam Opel AG/Autec AG* kararı.

¹³ Avrupa Adalet Divanı C-63/97 sayılı, 23.02.1999 tarihli - *BMW/Karel Deenik* kararı.

¹⁴ Bkz. Kur Annette, *Confusion Over Use? - Die Benutzung „als Marke“ im Lichte der EuGH-Rechtsprechung*, s. 101, 112.

1. OLG Braunschweig Yüksek Mahkemesinin Kararı¹⁵

Davacı kendi adına tescilli “*impuls*” markasıyla diğer hizmetlerinin yanı sıra, www.impulsonline.de internet sitesinde sigorta ve finans hizmetleri için bir bilgilendirme platformu oluşturmuş ve yine bu site-de sağlık sigortası alanında fiyat karşılaştırması hizmeti sunmaktadır. Davalı taraf ise www.kv-guenstig.de internet sitesinde farklı sağlık sigortası şirketlerinin ücret ve performanslarına ilişkin karşılaştırma hizmetini sunmaktadır. Davalı firma Google arama motoru ile bir reklam sözleşmesi yapmıştır. Bu sözleşme kapsamında arasında “*impuls*” kelimesinin de bulunduğu anahtar kelimeler arandığında, arama sonuçlarının yanında ekranın sağ tarafında davalı firmaya ait (“*impuls*” kelimesinin yer almadığı) ilan görüntülenecektir. Bu ilanda yer alan linke tıkladığında da davalı firmaya ait internet sitesine ulaşılmaktadır. Davacı kendine ait markanın böylesi bir kullanımının markasal bir kullanım olup, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürerek, bu kullanımın ortadan kaldırılmasını ve tazminat talebini ileri sürmüştür.

Yüksek Mahkeme aşağıdaki gerekçelere dayanarak davalı firmanın reklamlarını davacıya ait bir marka olan “*impuls*” kelimesinin Google arama motorunda aranmasına bağlantılı olarak yayınlanmasını ve bu şekilde başkasına ait markanın bu reklam sürecine bir şekilde dâhil edilmesini, marka hakkına tecavüz olarak nitelendirmiştir.

- *Impuls* kelimesinin adwords reklam sistemi içerisinde anahtar kelime olarak kullanılması markasal bir kullanımın unsurlarını taşımaktadır. Bu şekilde marka başka bir firmaya ait mal ve hizmetleri ayırt etmek amacıyla kullanılmaktadır. Başkasına ait markanın meta-tag olarak kullanımıyla benzer nitelikte bir kullanım vardır. Markanın her iki kullanımda da kullanıcı tarafından görünmemesinin bu değerlendirme kapsamında bir önemi yoktur. Kullanımı internet kullanıcısı tarafından algılanamasa da, kullanıcı bu kullanım neticesi reklam verenin internet sayfasına yönlendirilmektedir. Aranılan kelime, anahtar kelime veya bir diğer ifadeyle başkasına ait marka, kullanıcının ilgisini reklam yapan firmaya çekmek için kullanılmaktadır.

- Başkasına ait bir marka olmasına rağmen söz konusu kelimenin

¹⁵ OLG Braunschweig Yüksek Mahkemesi'nin 5.12.2006 tarih 2 W 23/06 sayılı Kararı.

Google arama motorunda anahtar kelime olarak belirlenmesi halinde, internet kullanıcısı tarafından bu kelimenin aranan kısmına girilmesiyle, arama sonuçlarının yanında davalı firmaya ait reklamın yayınlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu yolla davalı firma, davacı tarafın meydana getirdiği marka gücünden yararlanmakta ve yöneldiği mal ve hizmetlerle ilgili olarak büyük bir talep potansiyelini içinde barındıran markanın kılavuz fonksiyonundan haksız şekilde istifade etmektedir.

- Davalı tarafın görüşünün aksine, davalı ilanının arama sonuçlarından ayrı şekilde ekranın yan tarafında yer alması, ilana arama sonuçları arasında yer veren metatag uygulamasından adwords reklam sistemini farklı kılmayacaktır. Kullanıcılar yan taraftaki reklamların üst kısmında yer alan “*ilanlar*” (Anzeigen) ibaresinden, sadece bu sonuçlar için ödeme yapıldığı sonucunu çıkaracaktır. Bu sonuçlar ile arama yapılan kelime, somut olayda başkasına ait marka, arasında kullanıcının bağlantı kurması kaçınılmazdır.

2. OLG Frankfurt Yüksek Mahkemesinin Kararı¹⁶

Davacı taraf, kendisi adına tescilli markanın davalı tarafından haksız şekilde kullanıldığını ileri sürmektedir. Google arama motorunda adwords reklam uygulaması kapsamında davalı tarafa ait reklamın yayınlandığını, bu reklamın yayınlanması için kullanılan anahtar kelimelerin kendi markası dışında kelimeler olmasına karşın, davalı tarafından belirlenen “*geniş eşleme*” seçeneği nedeniyle kendi markası arandığında da davalıya ait reklamın yayınlandığını ileri sürerek bu durumun marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini iddia etmiştir.

Bu gerekçelerle ileri sürülen iddialar ve davanın reddini talep eden savunma muhakemesinde Yüksek Mahkeme, aşağıdaki gerekçelerle marka hakkına tecavüzün somut olayda vuku bulmadığı kanaatine varmıştır.

- Alt derece mahkemenin, “*yabancı bir markanın veya Google’ın standart seçeneği olan “geniş eşleme” seçeneğinin özelliklerinden dolayı tasviri bir işaret belirlense dahi bu işaret ile bağlantılı markanın adwords reklam*

¹⁶ OLG Frankfurt Yüksek Mahkemesi’nin 26.02.2008 tarih 6 W 17/08 sayılı Kararı.

sisteminde anahtar kelime olarak kullanılması markasal bir kullanım olarak görülemez”, kararına Yüksek Mahkeme de katılmaktadır. Bir işaret, bir mal ve hizmeti temsil ediyor ve onların diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesi için kullanılıyorsa işaretin markasal kullanımından söz edilebilir. Eğer işaret, ticaret hayatında ilgili mal ve hizmetin menşei-ni temsil ediyor, kullanıcı nezdinde bu mal ve hizmet ile işaret arasında bir bağ kuruluysa, o takdirde markasal bir kullanım vardır (13.09.2007 tarihli Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin “THE HOME STORE” kararı ve Avrupa Adalet Divanı’nın 11.09.2007 tarihli “Céline” kararı da aynı yöndedir).

- Böylesi bir markasal kullanımın varlığı, Federal Yüksek Mahkeme’nin verdiği “Impuls” kararında da ortaya konduğu üzere, bir markanın metatag olarak kullanımında kabul edilebilir. Bir internet sayfası sahibi internet kullanıcısının göremediği hypertext dilini kullanarak başkasına ait markayı anahtar kelime olarak belirleyip, bunun neticesinde de kendi sitesinin Google arama sonuçları arasında yer alma sıklığını arttırıyorsa markasal kullanımın şartları gerçekleşmiştir. Markanın yine anahtar kelime olarak kullanıldığı adwords reklam sisteminde, başkasına ait bu marka arama sonuçlarını etkilemek için değil, reklam ilanının görüntülenme anını ve yerini tespit amaçlı kullanılmaktadır. Markanın bu kullanım şekli metatag olarak kullanılmasından farklıdır.

- Markasal kullanımın tespitinde ticaret hayatındaki algılamalar önem taşır. Bir işaretin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının tespitindeki kilit nokta, bu işaretin somut kullanımı neticesinde hitap ettiği ortalama çevrenin, işaret ile işletmesel kökeni arasında bir bağ kurulabilmesidir.¹⁷ Yabancı bir markanın adwords sisteminde anahtar kelime olarak kullanımında aynı ilke geçerlidir. Reklam yapan anahtar kelime olarak kullandığı işareti asli (ayırt edicilik) fonksiyonuna uygun olarak kullanıp, reklamını yaptığı mal ve hizmetlerin kullanılan işaretin sahibine ait mal ve hizmetler olarak algılamasına yol açıyorsa, bu işareti marka olarak kullanmış demektir. Diğer bir ifadeyle, başkasına ait marka niteliğindeki işareti marka olarak kullanmıştır.¹⁸

¹⁷ Bkz. Avrupa Adalet Divanı 14.05.2002 tarihli kararı, GRUR 2002, 692, 693; Federal Mahkeme’nin 04.05.2001 tarihli Marlboro Dach kararı, GRUR 2002, 171, 173.

¹⁸ Ullmann Eike, Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet, s. 633, 638.

• Reklam yapanın kendi firması için yaptığı reklamın yayınlanma yerinin belirlenmesi amacıyla başkasına ait markayı kullanmasında markasal kullanım yoktur. Bu durumda reklam veren söz konusu işaretin kılavuz fonksiyonundan sadece kendi reklamının gösterimini temin amacıyla yararlanmış olmaktadır. İşaretin bu şekilde kullanılması halinde, yöneldiği kullanıcılar tarafından reklamı yapılan ürün ile işaretin marka olarak sahibi olan firma arasında bahsedilen türde bir bağ kurulmayacaktır.¹⁹ Yabancı bir markanın hukuka uygun şekilde kullanımı ancak, yapılan reklamın arama sonuçlarından açık ve net olarak ayrı şekilde ekranda gösterilmesi durumunda söz konusu olacaktır. Bu şekilde yapılan bir reklamda, reklamı yapılan ürünler ile anahtar kelime olarak kullanılan marka arasında bir bağ bulunmadığı rahatlıkla anlaşılabilecektir.

• Davalı tarafından verilen reklam ile arama sonuçları, büyük boş bir alan ve bir hatla ayrılmış durumdadır. Adwords reklamları ve arama sonuçları arasındaki bu ayrım kullanıcılar tarafından da iyi bilinen bir durumdur. Ayrıca "ilanlar" kısmında gösterilen bu reklamda davalı sadece kendi ürünleri ile ilgili ibarelere yer vermiştir. Bu reklam ile kullanıcı davalının firmasına yöneltilmektedir. Davalı tarafından reklamı yapılan ürünler ile davacı şirket arasında kullanıcının herhangi bir bağ bulunduğu sonucuna ulaşması zor görünmektedir.

• Başkasına ait marka olan işaretin adwords reklam sisteminde anahtar kelime olarak belirlenip, kullanılmasında markasal kullanım olmadığı gerçeği karşısında, başka bir kelimenin anahtar kelime olarak belirlenmesine rağmen "geniş eşleme" seçeneğinin özelliklerinden dolayı bağlantılı olan bir markanın da anahtar kelime olarak kullanılmasında markasal kullanım evleviyetle reddedilmelidir.

• Somut olayda haksız rekabet teşkil edecek bir davranış da bulunmamaktadır. Davacı markasının piyasadaki itibarından haksız yararlanma olmadığı gibi, müşterilerin yine haksız yönlendirilmesi de olayda gerçekleşmemiştir.

• İtibardan haksız yararlanma bir imaj transferini, başkasının mal ve hizmetleri için sahip olduğu iyi itibarın kendi ürünlerine aktarılmasını gerektirir. Reklamın başka bir firma tarafından verildiği ve bu

¹⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. OLG Düsseldorf Yüksek Mahkemesi 23.01.2007 tarihli "Beta Layout" kararı.

durumunda müşteri tarafından net olarak anlaşıldığı somut olayda, başkasına ait itibardan haksız yararlanmanın şartları vuku bulmamıştır. İnternet kullanıcısının, Google arama motoruna girdiği aranan kelime ile reklamı yapılan ürün arasında bir bağ kurup, aradığı kelimeye ilişkin kalite tasavvurlarını reklamı yapılan ürünlere aktarması kabul edilemez.²⁰ Adwords reklam sisteminde reklam verenin tavrının yazılı medyada rakip firmanın test sonuçlarının yanına reklam vermekten farkı yoktur.

- Müşterilerin haksız yönlendirilmesi de gerçekleşmemiştir. Bu durum ancak reklam yapanın rakip firma ile müşterisi arasına girip, müşterinin satın alma kararını etkilemesi halinde söz konusu olacaktır.²¹ Adwords reklamcılığında bu şartlar gerçekleşmemektedir. İnternet kullanıcı tanınan bir markayı Google’da aradığında, bu markayla doğrudan ilgili linklerin dışında, başka bağlantılı linklerinde ekranda görüneceğini öngörür. Arama motoruna aranacak kelimenin girilmesi satın alma kararının verildiği anlamına gelmez. Arama motorlarının kullanımı ile gerçek hayatta bir ticarethanenin aranması birbirinden farklıdır. Arama motoruna bilgilenmek amacıyla da, özellikle tanınmış markaların aranmasında, başvurulabilmektedir. Satın alma kararı ise bu bilgilenme sürecinin sonrasında gerçekleşmektedir. Bu nedenle başkasına ait markanın adwords reklam sisteminde anahtar kelime olarak kullanımında, marka sahibi firmaya yönelen müşterilerin haksız şekilde engellenmesinden bahsedilemez.²²

- Avrupa Birliği 2005/29/ AB direktifinin 6/2/a) hükmüne göre ticaret hayatındaki bir uygulama veya pratik, rakip firmaya ait bir ürün, marka veya diğer ürün adları ile karıştırılma tehlikesini taşıyorsa bu uygulamanın yanıltıcı olduğu anlamına gelecektir. Somut olayda davalının reklamı açık olarak ayırt edilebildiği ve sadece kendi ürünlerini ilgilendirdiği için böyle bir karıştırılma tehlikesi bulunmamaktadır.

²⁰ Bkz. OLG Düsseldorf Yüksek Mahkemesi 23.01.2007 tarihli “Beta Layout” kararı

²¹ Bkz. Avrupa Adalet Divanı 17.05.2001 tarihli kararı, GRUR 2001, 1061, 1063.

²² Aynı yöndeki görüş için bkz. OLG Karlsruhe Yüksek Mahkemesi 26.09.2007 tarihli kararı; eleştirisi için bkz. *Ullmann Eike, Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, s. 633, 638; karşıt görüş için bkz. OLG Köln Yüksek Mahkemesi 08.06.2004 tarihli kararı, *Illmer*, WRP 2007, 399, 405.

C. Marka Hakkının İhlali

Bir işaretin reklamın yayınlanma yerinin belirlenmesi sürecinde anahtar kelime olarak kullanılması, o işaretin markasal kullanımına karar vermek için yeterli değildir. Esas olan, yayınlanması başkasına ait markanın aranmasına bağlanan reklam metninin, yöneldiği çevre tarafından nasıl anlaşıldığıdır. Bu reklamın yöneldiği ticari kesim, müşteri çevresi, reklam ile kullanılan işaret arasında bir bağ olduğunu düşünüyorsa, işaretin markasal nitelikte kullanımının şartları gerçekleşmiştir. İşaretin kullanımında önemli olan reklam yapanın işareti asli fonksiyonunda, (reklamı yapılan mal ve hizmet ile marka sahibi arasında bir bağ kurulması) kullanıp kullanmadığıdır. Diğer bir belirleyici nokta ise, reklam yapanın davranışının markanın bu esas fonksiyonunu zedeleyerek, tüketici nezdinde marka ile temsil ettiği mal ve hizmetlerin yanlış algılanmasına, tüketicinin yanıltılmasına neden olup olmadığıdır.²³

Adwords reklam sisteminde aranan ibarenin kullanılmadığı bir reklamın Google'ın reklam için ayırdığı bölümde yayınlanmasında, işaretin markasal kullanımından bahsetmek, böylesi bir kullanımın şartlarını yeterince değerlendirmemek anlamına gelecektir. İnternet kullanıcısı görüntülenen reklamı aradığı markadan tamamen farklı, üçüncü bir firmaya ait reklam olarak algılayacaktır. Google arama sonucu kullanıcıya sunduğu ekranda bilgilendirme ve reklam olmak üzere iki platform oluşturmuştur. Reklam platformunda yayınlanacak reklamlar ile aranan ibare arasında bir bağ bulunmamaktadır. Markanın temsil ettiği mal ve hizmetler ile reklamı yapılan mal ve hizmetlerin ekonomik anlamda aynı veya benzer ürünler olmaları markasal kullanımın varlığına bir karine oluşturmamaktadır. Ancak, başkasına ait markanın bulunduğu internet adresinde, o markanın temsil ettiği ürünlerin benzeri veya aynısı ürünler kullanıcıya sunuluyor ise marka hakkının ihlali mevcuttur.

OLG Braunschweig Yüksek Mahkemesi'nin gerekçesinde ortaya koyduğu, markanın sahip olduğu kılavuz fonksiyonundan yararlanmanın markasal kullanım anlamına geleceği görüşüne katılmak mümkün değildir. Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre, markanın anahtar kelime olarak kullanılması, onun gücünden ve sahip olduğu talep

²³ Ullmann Eike, *Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, s. 633, 638.

potansiyelinin somut görünümü olan kılavuz fonksiyonundan yararlanarak, markanın temsil ettiği ürünlere olan talebin reklamı yapılan ürünlere yöneltileceği anlamına gelecektir. Ancak markanın adwords reklam sistemindeki rolü, onun bu gücünden haksız olarak yararlandığı sonucunu vermez. Çünkü markanın asli fonksiyonu olan ayırt edicilik özelliğinden bu reklam şeklinde yararlanılmamaktadır. Yapılan reklamda, yöneldiği müşteri çevresinde bir yanlış anlamaya neden olacak, markayla veya marka sahibi firmayla ilgili ibareler yer almadığı müddetçe markanın sadece kılavuz fonksiyonundan hukuka uygun şekilde yararlanılmaktadır.²⁴ Böylesi bir kullanım ise yazılı medyada yıllardır başvurulan bir reklamcılık tekniğidir.

D. Haksız Rekabet

Google ve benzeri arama motorları, arama yapılan kelime üzerinden bu kelimeyle bağlantılı internet sayfalarını ekrana getirirler. İnternet kullanıcısı bir sektöre ait bir markayı ararken, ilgili sektörden başka firmalara ait ibarelerle de karşılaşacağını öngörür ve farklı alternatiflerin sunulduğu bu ortamda kendi menfaatine uygun bir sayfaya girip, oradaki şartları değerlendirdikten sonra ticari bir faaliyete karar verir. Google herhangi bir ticari faaliyetin gerçekleştiği bir platform değildir. Böyle bir işlemin gerçekleşeceği sitelere yönlendirmenin yapıldığı ara durak hüviyetindedir. Müşteri arama sonucu önüne çıkan sayfada, hangi linkin hangi firmanın internet sayfasına bağlantı sağladığını anlayabiliyorsa, yanlış yönlendirme yoktur. Arama yapan kişi satın alma kararını ancak ilgili firmanın internet sitesini inceledikten sonra verebilecektir. Yapılan açıklamalar sonucunda anlaşılacağı üzere internet kullanıcısının sadece adwords reklam sisteminden kaynaklanan yanıltılması, aldatılması gibi bir iddia, ortalama kullanıcının ve reklam sisteminin özellikleri göz önüne alındığında biraz abartılı durmaktadır. Adwords reklam sisteminde böylesi yanıltıcı bir ortamın bulunmadığı gerçeğinin üstüne bir de bu platformda ticari kararların verilmeyip sadece yönlendirmenin yapıldığını düşündüğümüzde, kullanıcının ya-

²⁴ *Schaefer Matthias*, Kennzeichenrechtliche Haftung von Suchmaschinen für AdWords Rechtsprechungsüberblick und kritische Analyse, s. 807. Bu reklam formunda markanın kaynak gösterme fonksiyonu değil reklam fonksiyonunun ihlalden söz edilebilir. Bu durum da marka hakkından kaynaklanan koruma kapsamına girmemektedir.

nıltılarak istemediği bir ticari faaliyete sürüklendiği iddiası daha da abartılı durmaktadır. Bu şartlar altında başkasına ait markayı adwords reklam sisteminde kullanarak, marka sahibi firmanın piyasadaki itibarından istifade edip haksız rekabete neden olduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

IV. Değerlendirme

Çok yönlü bir konu olan adwords reklam sisteminde marka kullanımının hukuki niteliğinin incelenmesi, tartışmanın taraflarının iyi analiz edilmesini gerektirmektedir.

A. Genel

Milyarlarca sitenin bulunduğu internet ortamında arama motorları olmadan verimli ve etkin bir çalışma gerçekleştirmek mümkün değildir. Arama motorları bu hayati hizmeti ücretsiz olarak vermektedirler. Bu hizmette en büyük faydayı muhakkak hiçbir ücret ödemediğinden kullanıcılar tarafından rahatça aranıp bulunma lüksüne kavuşan marka sahibi firma görmektedir. Kâr amacıyla çalışan ticari şirketler olan arama motorlarının en büyük gelir kalemi ise reklamlardır. Reklamcılıkta ise (reklamın içeriğinin yanı sıra) önemli olan, en etkin ve en çok fark edilebileceğin yerde reklamın yayınlanmasıdır. Sektörle ilgili genel bilgilendirmelerin yapıldığı, rakip firmaların da hazır bulunduğu ortamlar konuyla ilgili bakışların yönelmesi açısından en ideal reklam ortamlarıdır. Yazılı medyada da sıkça karşılaştığımız bir reklamcılık metodudur. Otomotiv sektöründeki bir yeniliğe ilişkin haberin yanında bir otomobil firmasına ait reklamın yayınlanması veya başka bir firmaya ilişkin haber niteliğindeki yazının yanında yer alan rakip firmanın reklamı, görmeye alışkın olduğumuz ve hukuka aykırı bir niteliği de bulunmayan reklam uygulamalarıdır. Yazılı medya da aynı şekilde bir markayı haber yaparken o firmadan bir ücret almamakta, o markanın kılavuz fonksiyonundan yararlanarak başka markalara reklam pazarlaması yapmaktadır. Bir şekilde medyadaki reklam pazarlaması da bu mantık üzerinden çalışmaktadır. Hiçbir firma sahibi, kimsenin ilgilenmediği veya ilgilenenlerinde müşteri portföyüne girmeyen kişilerin oluşturduğu bir ortamda reklamını yayınlamak istemez. Burada hukuka uygunluğun sınırı, bu ortamlardan yararlanan

kullanıcının reklam ile haber veya hizmet niteliğindeki gösterimleri birbirinden ayırt edebilmesidir. Reklam veren firma belirlediği reklam içeriğiyle reklamın hitap ettiği çevrede yanılmalara neden olmamalıdır. Bu, reklamda diğer firmanın markasını veya sair tanıtıcı işaretlerini kullanmak şeklinde olabilir. Reklam ortamını sağlayan²⁵ da kullanıcının yanılmasına neden olmayacak netlikte, reklam ile sunduğu hizmeti birbirinden ayırmalıdır.

B. Kullanıcı Profili

Google'ın aranacak kelime bölümüne bir markayı yazan çoğu internet kullanıcısı çıkan sonuçların sadece markanın resmi internet siteleri olmadığını bilincindedir. Zaten çıkan sonuçların niceliği de böyle bir sonuca varmayı, her akliselim kullanıcı için zorunlu hale getirmektedir. Bu gerçeğin yanında yine birçok kullanıcı da arama kutusuna bir marka yazarken o markanın bağlantılı olduğu aynı veya farklı sektörlerdeki diğer internet siteleri ile karşılaşma ümidiyle arama motorunu kullanmaktadır.²⁶ Sonuç olarak günümüz internet kullanıcısı istesin ya da istemesin Google'da bir marka araması yaptığında, sadece bu markanın arkasındaki firmanın resmi internet siteleri ile değil, belki de sayıları milyonları²⁷ bulan sair ilgili sitelerle karşılaşacağını öngörmektedir. Bu bilinç içerisindeki kullanıcının, karşısına çıkan ekranın sağında yer alan reklam bölümündeki bağlantı linklerini, aradığı markanın sahibi veya ticari bağı bulunan firmalara ait olduğunu düşünmesi beklenemez. Nasıl ki bütün arama sonuçlarının aranan markayla ticari bir bağı bulunmadığı öngörüsüne bugün nerdeyse bütün Google

²⁵ Bu klasik medyanın aktörlerinden gazete, dergi, TV kanalı olabileceği gibi, konumuz kapsamında arama motorları, fiyat karşılaştırma hizmeti sunan sair internet siteleri de olabilir.

²⁶ Arama motorunda arama yapan internet kullanıcısı, yaptığı aramanın sonucunda ne türlü sonuçlarla karşılaşacağına dair net bir bilgiye sahip değildir. Kullanıcı ulaşmak istediği internet sayfasıyla bağlantılı gördüğü kelimeleri arayarak amaçladığı sayfayı bulmayı düşünebilir. Aranan internet sayfasının net olarak tespiti, ancak arama sonrası ortaya çıkan sonuçlardan yapılacak seçimle mümkündür. Ortalama internet kullanıcısı arama sonucu ekranda karşısına çıkan görüntüye zaten şüpheyle yaklaşmakta ve hedeflediği bağlantı linkini bu sonuçlar arasında bulmayı ummaktadır. Bu yapıdaki bir kullanıcının arama sonuçlarından ayrı duran reklam linklerini aradığı markayla bağlantılı olduğu zannına kapılacağı düşüncesi, çok zorlama bir önyargıdan ibarettir.

²⁷ 17.06.2008 tarihi itibarıyla Google'da "ford" markası arandığında 380 Milyon arama sonucu çıkmıştır.

kullanıcıları sahipse, aynı şekilde ekranda arama sonuçlarından ayrı şekilde sunulan adwords reklam uygulamalarının da bu markayla ticari bir bağı bulunmadığı bilgisine ortalama bir kullanıcının sahip olması, beklenebilir bir sonuç olacaktır.

Bu değerlendirme kapsamında kullanıcının bu bölümdeki bağlantı linklerinin ve sair ibarelerin reklam oluşunu bilmesinden daha önemlisi, kullanıcının bu reklam linklerinin markayla ticari bir ilişkisinin olmadığını anlayıp anlayamamasıdır. Arama sonucu çıkan görüntüye bir bütün olarak baktığımızda, kullanıcı bu ekrandaki görüntünün aradığı markanın resmi internet sitesi olmadığını farkındadır. Görüntünün arama motorunun verdiği bir hizmet kapsamında oluştuğunu ve yine bu hizmetin bir parçası olarak markayla ilişkili²⁸ sair linklerin de, gerek arama sonucu olarak gerekse de reklam olarak, bu ekranda yer aldığını günümüz ortalama internet kullanıcısı bilmektedir. Reklam niteliğindeki linklerin ekranın sağında belli bir boşluk ve çizgi ile ayrılan “*sponsor bağlantı*” başlığı ile kullanıcıya sunulduğu göz önüne alındığında, ortalama kullanıcının bu linklerin reklam niteliğinde olup, aranan markayla ticari bir bağının bulunmadığını anlamaları şaşırtıcı olmayacaktır.

Sonuç olarak ortalama internet kullanıcısının Google tarafından adwords reklam uygulaması kapsamında sunulan linklerin reklam niteliğinde olduğunu anlaması, olağan bir sonuç olarak değerlendirilebilir. Bu sonucun ötesinde bu reklam linklerinin aradığı markayla ticari bir bağı bulunmadığı bilgisine sahip olması, onun ortalama internet kullanıcısı olmasının zorunlu sonucudur. Aksi bir düşünce internetteki bütün bağlantı linklerini hukuken tartışmalı bir hale getirir.

C. Google

Arama motorları bugün internet dünyasında adeta deniz feneri gibi çalışmaya başlamışlardır. Onların yönlendirmeleri olmaksızın sanal ortamda hareket etmek, deneme yanılma yoluyla atılacak birkaç adımdan ibaret kalacaktır. Google tartışmasız bu denizdeki en büyük deniz feneridir ve yolunu arayan büyük çoğunluğun ilk başvurduğu kaynaktır. Google bu hizmetini bilgisayar dünyası için çok basit sayılabilecek bir şekilde sunmaktadır. Kullanıcı bir kelime yazmakta ve kar-

²⁸ İlişki kavramının sanal ortamın şartları altında geniş yorumlanması gerekir.

şısına o kelimenin geçtiği binlerce sayfa açılmaktadır. Bugün itibariyle Google verdiği hizmette herhangi bir sınırlandırma yapmamaktadır, ücret ödeyenlere daha detaylı sonuçlar ya da çıkan sonuçların belli kriterlere göre sınıflandırılması gibi. Sadece arama sonrası çıkacak sonuçlar popülaritelerine²⁹ göre sıralanmaktadır. Her yeni hizmeti haber programlarına konu olan Google'ın bu hizmet şekli kullanıcılar için sıradışıdır. Arama yapan her ortalama internet kullanıcısı ne tür bir hizmet aldığını ve nasıl bir sonuçla karşılaşacağını bilir. Google kimseye sadece aradığı kelimeyle ticari bağı bulunan internet sitelerinin veya sadece web adresinde o kelimenin kullanıldığı sitelerin arama sonucu olarak sunulacağını vaad etmiyor. Google aranan kelimeyi sayfalarında kullanan internet sitelerini, ticari ilişkisinin olup olmadığına, varsa da bu ilişkinin şekline ilişkin bir araştırma yapmaksızın arama sonucu olarak sunar. Ortalama internet kullanıcısı da bu durumun bilinci içerisinde arama sonuçlarından işine yarayan bağlantı linklerine tıklayarak yoluna devam eder.

Ne kullanıcı ne de arama sonucu bulunan internet sitesi sahiplerinin bir ücret ödemediği bu hizmeti Google ağırlıklı olarak reklam gelirleriyle finanse etmektedir. Farklı reklam uygulamalarının yanı sıra kullandığı adwords reklam sisteminde reklamlar, arama sonuçlarının yanında yayınlanmaktadır. Reklam için ayrılan kısım ile arama sonuçları arasında boş bir bölüm ve bir çizgi bulunmaktadır. Kullanıcıların bu kısımdaki linklerin reklam niteliğinde olduğunu anlayıp anlamamaları üzerine, farklı ülkelerde yapılmış birçok anket bulunmaktadır. Fakat ortada net bir tavır geliştirilmesini sağlayacak çoğunluk iki tarafta da bulunmamaktadır³⁰. Sanal ortamdaki ulaşım kolaylığı ve aynı sayfada birden fazla hizmeti verme zorunluluğu göz önüne alındığında bu bulanıklığın önüne geçmenin zorluğu anlaşılacaktır. Google yine de reklam alanının sınırlarını netleştirmek ve reklamlarda farklı yazı karakteri kullanmak gibi önlemler ile daha fazla kullanıcının arama sonuçları ile reklamları ayırt etmesini sağlayabilir.

Netice itibariyle arama sonucu herhangi bir ön değerlendirme yapmadığı verileri sunan Google, aynı sayfada reklamlara da yer ve-

²⁹ İnternette popüler olmak eşittir çok tıklanan.

³⁰ Adwords reklam sisteminde, reklam niteliğindeki linklerin arama sonuçlarından ayırt edilemediğini savunanlar da bu iddialarını destekler somut veriler ortaya koyamamışlardır. Google'ın yapacağı istatistikî bir çalışmanın bu konuda yardımcı olacağı kanaatindeyim.

rerek marka hakkı ihlaline ve haksız rekabete neden oluyor mu sorusu, verilen bu hizmetin niteliğinin iyi değerlendirilmesi sonucunda cevaplandırılmalıdır. Bir markanın aranması halinde Google sadece bu markanın resmi internet sitesini veya ticari bağlantısı bulunan firmaların internet sitelerini görüntülemiyor, görüntülemek gibi hukuki bir sorumluluğu da bulunmuyor. Belirlediği kriterleri sağlayan bütün internet sitelerini ki bunların aralarında pekâlâ rakip firmalar, aleyhte bir haberin yer aldığı medya siteleri de bulunabilir, yayınlamaktadır. Bu kapsamda reklam kısmında rakip firmaların reklamlarına yer vermesinin, verdiği hizmetle çelişen, kullanıcıların yanlış yönlendirilmesine neden olabilecek bir yanı yoktur.

D. Anahtar Kelime ve Reklam Metni

Google anahtar kelimelerin belirlenmesine müdahale etmeyip reklam verenin reklamını tetikleyen anahtar kelimeleri ve reklam metnini serbestçe belirlemesine izin vermektedir. Her serbestide olduğu gibi reklam verenin anahtar kelime ve reklam metnini oluştururken yaptığı hak ihlallerinin sorumluluğunu da taşıyacağını, Google ön şart olarak ortaya koymaktadır.³¹ Google şikâyet halinde reklam verenin başkasına ait markayı gelecekte kullanmasını engellemeyi, ticari marka politikasının bir parçası olarak benimsemiştir.³²

Reklam veren reklamını tetikleyecek kelimeleri belirlerken kendisine sunulan dört anahtar kelime belirleme seçeneğini kullanır. *Geniş eşleme* seçeneğinin kullanılması halinde, bir marka anahtar kelime olarak belirlenmese dahi marka kapsamındaki kelimelerden biri anahtar kelime olarak belirlendiyse, marka arandığında da reklam yayınlanır. Bu durum markanın *negatif anahtar kelime* olarak belirlenmesiyle aşılabilir. Diğer bir alternatif de *tam eşleme* seçeneği kullanılarak anahtar kelimenin net bir şekilde belirlenmesidir. Bu sayede sadece seçilen kelimeler arandığında reklam yayınlanır. Başkasına ait markanın

³¹ <http://adwords.google.com/support/bin/answer.py?hl=tr&answer=6118>, "Ayrıca, reklamverenlerle üzerinde anlaştığımız Şartlar ve Koşullar'ımız, reklamverenlerin zihinsel mülkiyet hakkı ihlallerinde bulunmalarını yasaklar ve reklamverenlerin reklam üretmekte kullanmak üzere seçtikleri anahtar kelimelerden ve bu reklamlarda kullanmayı seçtikleri metinlerden sorumlu olduklarını açıkça ortaya koyar."

³² <http://adwords.google.com/support/bin/answer.py?hl=tr&answer=50007>.

aranması halinde reklamın yayınlanmasında hangi anahtar kelime seçeneğinin seçilerek bu sonucun elde edildiğinin fazla önemi yoktur. Seçeneklerin yapısı değerlendirildiğinde bu öngörülebilir bir sonuçtur ve reklam verenin sorumluluğunu etkilemeyecektir.³³

Reklam metni, adwords reklam sisteminde verilen reklamın başkasının marka hakkına tecavüz oluşturmaması için iltibasa neden olmayacak şekilde belirlenmelidir. Bunun içinde özellikle metinde markaya yer verilmemelidir. Markaya yer vermemenin ötesinde kullanılacak sair ibarelerle kullanıcının marka ile reklamı yapılan mal ve hizmetler arasında bağ kurmasına imkân verilmemelidir. Reklam metni, yayımlandığı yer ve anahtar kelime de değerlendirilerek bir bütün olarak incelenmelidir. Reklam metni kullanıcının yanılmasına neden olacak ibareler içeriyorsa, adwords reklam sisteminde marka hakkı ihlali kapsamında değerlendirdiğimiz reklamın yayınlanma zamanı ve yerinin fazla da bir rolü kalmamaktadır. Böyle bir kullanım zaten marka hakkı ihlali ve haksız rekabet anlamına gelecektir.

V. Özet

Reklam veren tarafından adwords reklam sisteminde başkasına ait bir markanın anahtar kelime olarak belirlenmesi halinde, o markanın Google'da aranması sonucu ekranda oluşan görüntünün hukuki değerlendirmesinde konunun üç tarafının iradeleri ve bu iradelerin tezahürü niteliğindeki faaliyetleri iyi analiz edilmelidir.

Reklam veren, firmasının reklamını en etkin şekilde gerçekleştirmek amacıyla, tanınan bir markanın kılavuz fonksiyonundan faydalanmak istemektedir. Reklam verene düşen en önemli sorumluluk, reklam içeriğini belirlerken internet kullanıcısının yanılmasına neden olabilecek ibareleri kullanmaktan kaçınmaktır. Reklamın yayımlandığı ortamın özelliklerinden dolayı en ufak benzerliğin dahi kullanıcıyı yanıltabileceği unutulmamalıdır. Bu nedenle normal şartların üstünde bir hassasiyetle benzerlik taşıyan ibarelerin ele alınması zaruridir.

Google, adwords reklam ortamını kullanıcının yanılmasına mahal vermeyecek şekilde dizayn etmelidir. Kullanıcı psikolojisi iyi tahlil edilerek, onun algılama düzeyine paralel, açık ve net bir şekilde arama sonuçları ile reklam bölümü birbirinden ayrılmalıdır. Mevcut ayırım

³³ Bu sonuç sorumluluğun varlığı kabul edildiği takdirde önem arz edecektir.

çoğu kullanıcı için belirgin olmakla beraber kesin sonuçlar sunan bir araştırmanın yapılması yerinde olacaktır.

Ortalama internet kullanıcısının, Google’da bir marka aradığında ne tür bir beklenti içinde olduğu ve karşısına çıkan görüntüyü ne şekilde algılayacağı, konunun bütün taraflarını bağlayıcı önemi hazirdir. Ortalama kullanıcı öncelikle, arama sonucu karşısına çıkan görüntüdeki bütün sonuçların aradığı markayla ticari bağı bulunmadığı bilgisine sahiptir. Bu bilgi düzeyindeki kullanıcının hangi bağlantı linkine tıkladığında hangi internet sitesine ulaşacağı konusunda net bir kanaate sahip olması da gerekir. Bu netlik reklam veren ve Google’ın yukarıda açıklanan sorumluluklarını yerine getirmesiyle sağlanabilecektir. Ancak ortalama kullanıcının hangi şartlar altında yanılacağı değerlendirilirken, onun bütün sonuçların markayla ticari bir bağı bulunmadığı önbilgisiyle hareket ettiği unutulmamalıdır. Google’ın sadece aranan kelimelerin resmi internet sitelerini sunmadığı bütün kullanıcıların malûmudur.

Özetle, reklam veren reklam metninde başkasına ait markayı kullanmadan sadece o markanın kılavuz fonksiyonundan yararlanıyorsa, mevcut değerlendirmeler ışığında marka hakkına bir tecavüz yoktur. Ortalama internet kullanıcısı karşısındaki görüntüde hangi işaretin ne anlama geldiğini bilerek, bilinçli bir şekilde kendi çıkarına en uygun siteye yönelip, ticari faaliyetini orda gerçekleştiriyorsa haksız rekabette de bahsedilemez.

VI. Sonuç

Google’a reklam verirken anahtar kelime olarak başkasına ait bir markanın belirlenmesi, hukuki açıdan riskli olduğu kadar ticari açıdan da kârlı bir yatırımdır. Sunduğunuz mal ve hizmetlerin yöneldiği müşteri çevrelerinin dikkatlerinin yoğunlaştığı ortamlarda gerçekleştirilecek reklamlar, hedefe doğrudan ulaşmak anlamına gelecektir. Bu durumu iyi bilen Google ve benzeri hizmet sağlayıcıların, bu tarz hedefe yönelik reklamcılıktan vazgeçmeyecekleri finansal nedenlerle mümkün olmayacaktır. Ancak hedefteki müşteri kitlesinin ilgisini çeken unsurlar ile yapılan reklamın hukuki açıdan barışık olması da aynı şekilde göz ardı edilemeyecek bir zorunluluktur. İnternet kullanıcısının yanılmasına neden olmadan istediği hizmeti en iyi ve kısa yoldan

elde etmesini sağlamak, konunun değerlendirilmesinde gözetilmesi gereken en önemli esas olacaktır.

KAYNAKLAR

Ali Osman Özdilek, *İnternet ve Hukuk*, Papatya Yayıncılık, 2002.

Annette Kur, *Confusion Over Use? - Die Benutzung „als Marke“ im Lichte der EuGH-Rechtsprechung*, GRURInt 2008, s. 101, 112.

Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, Arıkan Yayıncılık 2006.

Eike Ullmann, *Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, GRUR Heft 8, s. 633, 639.

Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku*, Vedat Kitapçılık 2004.

Matthias Schaefer, *Kennzeichenrechtliche Haftung von Suchmaschinen für AdWords Rechtsprechungsüberblick und kritische Analyse*, MMR 2005 Heft 12, s. 807, 810.