D.2/2017 YİM:38/2013

Yüksek İdare Mahkemesinde.

Anayasa’nın 152.maddesi Hakkında

Mahkeme Heyeti: Narin F.Şefik, Mehmet Türker, Tanju Öncül.

Davacı:Starbucks Corporation d/b/a Starbucks Coffee Company, A.B.D.

İle

Davalı:KKTC Başsavcısı, Ekonomi ve Enerji Bakanlığı, Resmi Kabz Memurluğu ve Mukayyitlik Dairesini temsilen KKTC, Lefkoşa

 A r a s ı n d a.

Davacı namına:Avukat Faik Dana şahsen ve Avukat Şefika Durduran adına

Davalı namına:Kıdemli Savcı Sarper Altıncık

İlgili Şahıs namına: Avukat Oğuzhan Hasipoğlu.

.............

K A R A R

Narin F.Şefik:Bu davada, Mahkeme kararını, Sayın Yargıç Tanju Öncül okuyacaktır.

Tanju Öncül: Davacının:

” A)Davalının, Alvin Ltd.in T.M.6851 numarası ile Frappechino şekilli markasının Ticaret Markaları Sicilin A kısmına, 32.sınıfa kaydının yapılması müracaatının red edilmesi için Davacı tarafından yapılan itirazı red eden 23 Ocak 2013 tarihli kararının; ve

 B)Davalının, Alvin Ltd.in Frappechino markasını ticari marka olarak tescil edilmesi talebini uygun bulan 23 Ocak 2013 tarihli kararının keyfi ve/veya yetkisizce ve/veya yetki aşımı ile ve/veya hukuki mesnetten yoksun olarak ve/veya yasal gerekçesiz alındığı cihetle geçersiz ve/veya herhangi bir hukuki sonuç doğuramayacağına ve/veya yoklukla malul olduğuna dair bir ilam verilmesi“

talepleri ile başlattığı davası, ilgili kararın mevzuata aykırı olduğu, yetkisiz veya yetkiyi kötüye kullanarak veya keyfi veya mevzuat veya içtihat kararlarının yanlış yorumlan-ması ve yanlış uygulanması ile gerekli araştırma ve inceleme yapılmadan alındığı özlü hukuki esaslara dayandırılmıştır.

Davacının taleplerine karşı Davalı tarafından dosyalanan Müdafaa Takririnde, ilgili kararın mevzuata uygun olduğu, karar üretilirken dikkâte alınması gereken hususların dikkâte alındığı, Davalının yetkili olduğu, yetkilerini kötüye kullan-madığı, kararın gerekçeli olup araştırma ve incelemeye dayan-dırıldığı, İlgili Şahsın mevzuat gereği marka almaya veya marka tescil ettirmeye hakkı bulunduğu, Davacının iddia ettiği marka ile dava konusu markanın yanıltıcılıktan uzak veya aşikâr surette birbirinden farklı olduğu, tüketiciye sunuluş yerlerinin, okunuşlarının ve/veya telâffuzlarının farklı olduğu, Davacının doğrudan ve olumsuz etkilenen meşru menfaati bulunmadığı özlü hukuki esaslara dayanılmıştır.

İlgili Şahıs tarafından dosyalanan Müdafaa Takririnde ise, yetkili yargı yerinin Yargıtay/Asli Yetki olması gerektiği ön itirazı yapılmış, bunun dışında da Davalının müdafaasında yer alan hukuki esaslara benzer hususlar ileri sürülmüştür.

Yalnızca İlgili Şahıs tarafından tanık dinletilen bu meselede, toplam 24 adet evrak Mahkemeye Emare olarak sunulmuş bulunmaktadır.

Emareler incelendiğinde, olguların, aşağıda belirtilen şekilde olduğu ortaya çıkmaktadır:

İlgili Şahıs Alvin Ltd.in başvurusu sonrası, 14.7.2005 tarihinde Resmi Kabz Memurluğu ve Mukayyitlik Dairesi Ticaret Markaları Mukayyitliğince, ”Frappechino“ ticaret markasının tescil müracaatı kabul edilmiş, 23.5.2006 tarihli Resmi Gazete’de ise, anılan tescile itiraz hakkı olanların iki ay içerisinde Resmi Kabz ve Mukayyitlik Dairesine itiraz bildirimi verebileceği duyurulmuştur. Davacı tarafı 24.7.2006 tarihinde Emare 1 itiraz ihbarı ile itirazda bulunmuş, 21.9.2006 tarihinde ise İlgili Şahıs Alvin Ltd., Emare 2, Karşılık-Beyan Formu İhbarını sunmuştur. 16.11.2006 tarihinde, Davacı, 17.1.2007 tarihinde İlgili Şahıs, 31.1.2007 tarihinde ise yine Davacı sırasıyla Emare 3,4 ve 5 yemin varakalarını yapmışlardır. Bunlar sonrasında Ticaret Markaları Mukayyidi Emin Bilgen tarafından:

 ” Tarih:23 Ocak 2013

Saat:11.30

Hazır Bulunanlar:

1.**Emin Bilgen** (Ticaret Markaları Mukayyidi)

2.**Murat Tekman** (Marka İnceleme Komitesi Üyesi)

3.**İzzet Kocasoy** (Hukukçu)

4.**Müracaatçı** Alvin Ltd. adına Av.Oğuzhan Hasipoğlu

5.**İtiraz Sahibi** Starbucks Corporation d/b/a Starbucks Coffee Company adına Av.Faik Dana yerine Av.Fatma Didem Çandarlı.

 **KARAR**

 Alvin Ltd. (bundan böyle Müracaatçı olarak anılacaktır), 14 Temmuz 2005 tarihinde dairemize, TM No.6851 ”frappechino“ (Şekilli) (Sınıf 32) markasının tescil edilmesi için müracaatta bulunmuş ve bu müracaat gerekli teknik incelemeler yapıldıktan sonra kabul edilerek TM No:6851 ”frappechino“ (Şekilli) (Sınıf 32) markasının tescilinin uygun görüldüğünün Resmi Gazete’de ilan edilmesine karar verilmişti. Bahis konusu ilan Resmi Gazete’nin 23 Mayıs 2006 tarihli 89.sayısının Ek V Bölüm II’de sayfa 56’da yayınlanmıştı.

 Starbucks Corporation d/b/a Starbucks Coffee Company (bundan böyle itiraz sahibi olarak anılacaktır),”frappechino“ (Şekilli) markasının tescil talebinin uygun bulunduğuna dair ilanın Resmi Gazete’de yayınlanmasından sonra, 24 Temmuz 2006 tarihinde, yani süresi içerisinde bir itirazda bulunmuş ve itirazına 16 Kasım 2006 tarihli yemin varakası ile bu yemin varakasına ekli Ek 1’de FRAPPUCCINO markasının 165 ülkede tescilli olduğunu ve EkII’de ise FRAPPUCCINO markasının dünya genelinde yapmış olduğu reklam ve ambalaj örneklerini sunmuştur.

 İtiraz Edenin itiraz dilekçesinin, ekli yemin varakasının ve yemin varakasına iliştirilmiş emarelerin Müracaatçıya tevdi edilmesini müteakip, Müracaatçı da 21 Eylül 2006 tarihinde İtirazname mahiyetindeki dilekçesine 17/1/2007 tarihli bir yemin varakası eklemiş ve bu yemin varakasına da toplam 3 adet emare iliştirmiştir.

 Taraflar, 21 Haziran 2010 tarihli davet üzerine (daha sonra 30 Haziran 2010 tarihine ertelendi) Resmi Kabz Memurluğu ve Mukayyitlik Dairesi’nde hazır bulunarak hitaplarını sunmuşlardır. Müracaatçı adına Av.Oğuzhan Hasipoğlu itiraz eden yabancı bir şirket olduğu için masraflar için teminat olarak 15000 TL talep edilmesini, itiraz eden adına Av.Faik Dana ise bunun 1000 TL olmasını talep etti. Aradaki fark büyük olduğu için kararımızı vermek için duruşma başka bir güne ertelendi.

 21 Temmuz 2010 tarihli yazımızda itiraz sahibinden 2000 TL’lik banka teminat mektubu getirmesini istedik. 29 Eylül 2010 tarihinde itiraz sahibi banka teminat mektubunu getirdi.

 İlgili taraflar 2 Kasım 2010 günü dinleme için Resmi Kabz Memurluğu ve Mukayyitlik Dairesi’ne davet edildi. Daha sonra bu dinlemenin ileri bir tarihe ertelendiği iki tarafa da bildirildi.

 1 Aralık 2010 tarihinde yapılan dinlemede müracaatçı 2000TL olarak belirlediğimiz teminat mektubuna itiraz ederek bunun düşük olduğunu ve 7500TL olarak belirlenmesi gerektiğini söyledi. İtiraz sahibi ise buna itiraz edilecekse Mukayyitlik kararından sonra 75 gün içerisinde Yüksek İdare Mahkemesine başvurmaları gerektiğini ancak bunu yapmadıkları için itiraz edemeyeceklerini söyledi.

 İtiraz sahibi Frappuccino markasının Starbucks’a ait bir marka olduğu ve 165’den fazla ülkede tescilli olduğunu ve müracaatçının Frappechino markasının tescilinin kabul edilmesi halinde tüketicinin iki markayı da karıştıracaklarını iddia etti.

 Başvuru sahibi ise itiraz sahibinden KKTC halkının Frappuccino markasını kullanıp kullanmadığı hakkında Mukayyitliğe herhangi bir bilgi veya şahadet getirmediğini söylemiştir. Bahsetmiş olduğu yanıltılan halkların Türkiye ve Güney Kıbrıs olduğunu söyledi. Ayrıca başvuru sahibi iki markanın da gerek logo gerek yazı olarak birbirlerinden farklı olduğunu ve Starbucks’ın KKTC’de müşteri potansiyeli olmadığını, burada Alvin Ltd.in müşteri kitlesi olduğunu iddia etti.

 Başvuran şirket Alvin Ltd.in direktörü Ali Kandulu’ya söz verildi. Ali Kandulu, Frappechino markasının Frappuccino markasından farklı olduğunu iddia etti. Frappechino markasının Latince soğuk kahve anlamına gelen Frappe kelimesinden türetilmiş olduğunu söylemiştir.

 İtiraz sahibi ise tescile izin verilirse KKTC halkının Starbucks’ın ürünü yerine Alvin Ltd.e ait ürünü alarak yanılacağını ve korunmayacağını iddia etti.

 İtiraz sahibinin yemin varakasına iliştirilmiş emareler tetkik ve tezekkür edilmiş ve gerçekleri yansıttıkları ve/veya o markaların, o emarelerde belirtilen ülkelerde tescilli oldukları kabul edilmiştir. Prensip olarak ilgili markanın başka bir ülkede tescilli olması burada da benzer bir kararın verilmesini gerektirmez.

 Frappechino markası yazılış olarak Frappuccino markasından farklıdır. Ayrıca okunuş olarak da iki marka birbirinden farklıdır. Frappechino markasının tüketiciye sunuluş yerleri plajlar, oteller, marketler gibi yerlerdir. Frappuccino markası ise tüketicilere sadece kafelerde sunulmaktadır.

 Netice itibarıyla, ”Frappechino“ markasının, hem okunuş ve telaffuz açısından, hem de tüketiciye sunulduğu yerler açısından ”Frappuccino“ markasıyla herhangi bir karışıklığa ve/veya yanlış anlamaya ve/veya adaletsizliğe sebep olmadığının değerlendirilmesi ve KKTC’deki kültür düzeyi ile müşteri portföyü dikkate alındığında, bahis konusu iki markanın birbiriyle karıştırılmasının olanaksız olduğunun değerlendirilmesi sebeplerine binaen, ”Frappechino“ markasının tescil talebini reddetmenin ve İtiraz Sahibinin itirazını kabul etmenin doğru olmayacağı kanaatindeyim.

 Yukarıda izah edilen durum ışığında, İtiraz Sahibinin 24 Temmuz 2006 tarihli itirazını reddeder; ”Frappechino“ markasının ticari marka olarak tescil edilmesi talebini uygun bulurum.

 Meselenin kendine has olguları dolayısıyla masraf emri verilmez ve itiraz eden tarafından sunulmuş teminat mektubunun bir kopyası da dosyada bırakılmak kaydıyla yasal sahibine iade edilmesine karar verilir.

 **EMİN BİLGEN**

 **Ticaret Markaları Mukayyidi“**

şeklindeki 23.1.2013 tarihli Emare 8 karar üretilmiştir.

 Huzurumuzdaki dava 3.4.2013 tarihinde dosyalandığı cihetle, davanın, 75 günlük hak düşürücü süre dolmadan dosyalandığı açık gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Davacının, Davalı nezdinde yaptığı konu itirazının, Davalı tarafından reddedildiği gerçeği ve Davacının itirazının temelinde yatan iddialar göz önünde bulundurulduğunda, Davacının meşru bir menfaatinin doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilendiği de anlaşılmaktadır.

 İlgili Şahıs, Yüksek İdare Mahkemesinin bu davayı görmeye yetkili olmadığı iddiasını ileri sürdüğünden, davanın esası ile ilgili bir incelemeye geçmeden önce, bu Mahkemenin, davayı görmeye yetkili olup olmadığını da karara bağlama gerekliliği bulunmaktadır.

 Yargıtay/Asli Yetki 12/1987, Dağıtım 1/1988’de dile getirilen:

” Kökende “Common Law”a dayanan ve Kıbrıs mevzuatında yer alan “Prerogative Orders” başlığı altındaki yetkilerin bir bölümünü teşkil eden “Certiorari” ve “Prohibition” yetkisi, yargı yetkisi kullanan ilk mahkemelerle yargı yetkisi veya yarı yargı yetkisi, “Quasi Judicial” yetki kullanma durumunda olan organ veya komisyonların kararlarının denetlenmesi için Yüksek Mahkemenin Yargıtay olarak kullanabileceği bir yetkidir. Bazı hallerde bu yetki Yüksek Mahkemenin Yargıtay olarak istinaf yetkisine ek veya paralel olarak kullandığı da görülür. Bk: R. v. Wandsworth JJ Ex parte Reed 1942(1) All E.R. p.56 at p.58

“Certiorari” ve “Prohibition” yetkisi 1975 Anayasası ve 1985 Anayasasında da yer almış ve 1985 Anayasasının 151(3). maddesine göre Yüksek Mahkemenin Yargıtay olarak bu yetkileri kullanma münhasır yetkisine haiz olduğu görülmektedir.

Şunu açıklıkla belirtmek yerinde olur ki karara bağlanması gereken husus Özel Hukuk dalında olması halinde bu gibi yetkiler kullanılabilir. Ancak karara bağlanacak konunun Kamu Hukuku sahasında olması ve neticede üretilecek kararın Kamu Hukuku sahasında olması halinde böyle bir karara varılabilmesi için yargısal veya yarı yargısal yönteme başvurulmuş olması, kararın idari bir karar olma niteliğini değiştirmemekte ve bu gibi karar veya işlemleri Anayasamız 152. maddesi kapsamındaki Yüksek İdare Mahkemesi münhasır yetki sahasında bırakmaktadır.

Bu durumda önümüzdeki meselede ilkin karar verilmesi gereken husus takip edilen yöntemin yargısal olup olmadığı değil de alınan kararın niteliğinin Kamu Hukuku sahasında bir karar olup olmadığıdır. “

şeklindeki hususlar göz önüne alındığında, yetki ile ilgili bir karar verirken, alınan kararın, kamu hukuku sahasında olup olmadığına bakma gerekliliği doğmaktadır. Konuya bu açıdan bakıldığında ise karşımıza YİM 19/1987 Dağıtım 3/1991’de dile getirilen:

 ” Yukarıdakilerden anlaşıldığına göre, ticaret markalarının aynı anda vaki olan iki amacı bulunmaktadır. Bunlardan birisi kamuyu korumak, diğeri ise kişiyi korumaktır. Bir başka deyişle, ticaret markalarının tescil edilmesi kamu amacı yanında özel amaca da hizmet etmektedir. Bu durumda, konunun hangi hukuk sahasına gireceğinin kıstası ne olmalıdır? Yerleşmiş İdare Hukuku prensiplerine göre, böyle hallerde hizmet edilen üstün (predominant) amaca bakılır.Eğer hizmet edilen üstün amaç kamu ise, konu kamu hukuku sahasında; hizmet edilen üstün amaç kişisel ise, konu özel hukuk sahasında telâkki edilmektedir (gör, Zaim Necati, Administrative Law, 1974 baskısı, sayfa 114). Şimdi de konuyu, belirtilen bu hususlar ışığında değerlendirmeye çalışacağım. Adli ihbar olarak alabildiğim kadarıyle KKTC'nin bu konudaki gerçekleri, ticaret markaları hakkındaki bazı ilânların kamuya duyurulması amacıyle Cumhuriyet Resmi Gazetesinde yayımlanması, yasa uyarınca ticaret markaları ile ilgili olarak halkın incelenme-sine açık sicil tutulması v.s. nazarı itibare alındığında, ticaret markalarının tescilinin asıl ve üstün amacının kamuyu korumak olduğu sonucuna varır ve bu hususta bulgu yaparım. Bu bulguya göre, ticaret markalarının Mukayyidce tescili kamu hukuku sahasında olup özel hukuk sahasında değildir.

Yukarıda belirtilen tüm hususlar ışığında, Ticaret Markaları Mukayyidi bu konuda karar alır, işlem yapar ve ihmalde bulunurken yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanmakta, dolayısıyle ticaret markalarının tescili Anayasanın 152(1) maddesi uyarınca Yüksek İdare Mahkemesi yetkisine girmektedir. Aynı hukuk sistemini uygulayan Güney Kıbrıs’ta da tatbikatın bu doğrultuda olduğunu belirtmeyi faydalı buluyorum. Bu konuda karar göstermek gerekirse, I.W.S. Nominee Co. Ltd. v. The Republic (1967) 3 C.L.R. 582, E. Merk v. The Republic and Another (1972) 3 C.L.R. 548 ve Arcadian Corp. v. The Republic (1986) 3 C.L.R. 2160 zikredilebilir. “

şeklindeki görüşler çıkmaktadır.

 Tüm bunlar göz önüne alındığında, İlgili Şahsın, ”yetkili yargı yerinin Yargıtay/Asli Yetki olması gerektiği hasebiyle, işbu davanın daha fazla ileriye götürülmeden masraflarla birlikte ret ve iptal edilmesi gereklidir” şeklindeki ön itirazının itibar görmesi olanaklı olamamaktadır. Bunun sonucu ise İlgili Şahsın konu ön itirazının reddidir.

 Gelinen bu aşamada, davanın esası ile ilgili olarak olaya bakıldığında, Emare 9’dan hareketle ilk göze çarpan gerçek, Frappuccino markasının dava konusu karardan önce başka birçok ülkede Davacı adına kayıtlı olduğudur. İlgili Şahsın Hissedar ve Direktörü olduğunu belirten Ali Kandulu’nun şahadetine bakıldığında ise:

”Bizim kendi tescilli markamız da Frubizdir.

Fakat halk arasında buzlaş olarak bilinmektedir. Frubiz

markasıyla biz üretimlerimize başladık ve dağıtımlarımıza

başladık. Aradan 2-3 yıl geçtikten sonra müşterilerimizden

 gelen talepler doğrultusunda da aynı makineler içerisinde

belli başlı karışımları yaparak kahve şeklinde de

müşterilerimize buzlu kahveli içecek konusunda uzmanlaşmaya

gittik ve bu konuda uzmanlaşırken de tüm dünya tarafından

bilinen Yunanca’da Yunanca bir kelime olan Frape kelimesi,

 yani soğuk kahve kelimesini temel ve kök olarak aldık.

İçerisinde, ürünlerimizin içerisinde süt katılarak

yapılacağından dolayı ve kapiçino da sütlü bir ürün olduğu

için onun da Türkçe ekini “çino”sunu alarak Frappechinoyu

ürettik ve biz halka yine aynı makinelerde bu kez de kahve

ürünümüzü Frappechino olarak sunmak üzerine çalışmalara

başladık.“

şeklindeki iddia ile karşılaşılmaktadır.

Anlaşılan odur ki İlgili Şahıs, anlamı soğuk kahve olan ”Frappe“ sözcüğüne, sütlü bir ürün olan kapuçino’nun Türkçe eki konumundaki ”çino“ sözcüğünü eklemek suretiyle, konu, ”frappechino“ sözcüğünü oluşturduğu iddiasındadır. Kremalı sütlü italyan kahvesi olan ”cappuccino“‘nun Türkçe yazılışı ”kapuçino“‘dur ve İlgili Şahsın izahına bağlı olarak oluşması gerekenin ”Frappeçino“ olması beklenmektedir. Oysa oluşturulan isim bu şekilde değil, yukarıda ve davada da görüldüğü üzere ”Frappechino“ şeklindedir. Daha ileri giderek ”Frappe“ zaten sütlü bir ürün olduğu için, buna ekleme yapılarak konu sözcüğün üretilme ihtiyacının neden dolayı ortaya çıktığı da anlaşılabilir olamamaktadır. Bütün bu hususlar, ilk bakışta, İlgili Şahsın Direktörünün şahadetinin güvenilirliğini, buna bağlı olarak da marka veya isim oluşturma sürecindeki iyi niyetini ve varlığı ileri sürülen yaratıcılığını sorgulanır hale getirmektedir.

Belirttiklerimize karşın Ticaret Markaları Mukayyidinin (ki bundan böyle kararda yalnızca Mukayyit olarak anılacaktır.) kararı incelendiğinde, İlgili Şahsın başvurusu uyarınca yapılan ticari marka tescilinin, Fasıl 268’in 14’üncü maddesi çerçevesinde, iyi niyetli ve aynı zamanda kullanım kapsamında yapıldığı görülmediğinden, bu meselede ”iyi niyetle“ ilgili daha fazla birşey söylemeyi yersiz ve gereksiz buluruz.

 Bu hususu belirttikten sonra dava konusu kararı incelediğimizde, konu kararın, iki markanın birbirinden okunuş ve yazılış olarak farklı olduğu, tüketiciye sunuluş yerlerinin de aynı olmadığı, bu nedenlerle karışıklığa veya yanlış anlamaya veya adâletsizliğe neden olmayacağı değerlendirmeleri ile ortaya çıktığını görmekteyiz.

Fasıl 268 Ticaret Markaları Yasası incelendiğinde, bir markanın sicile tescil müracaatını veya buna yönelik yapılmış bir itirazı karara bağlama noktasında, Mukayyidin takdir yetkisi olduğu gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bu gerçek akılda tutularak ve davanın bir idari dava olduğu göz önüne alınarak olay incelendiğinde, konunun, Mahkemelerin, İdarenin takdir yetkisine müdahale edebileceği hallerle sınırlı tutularak karara bağlanması gerekliliği ile karşılaşılmakta-dır.

Takdir yetkisi ile ilgili olarak, YİM 75/2008, Dağıtım 27/2009’da:

” Takdir yetkisi, idari işlemin konu unsuruna ilişkin olarak idareye tanınmış bir seçme hakkıdır. İdare takdir yetkisi ile işlemin hukukiliğini değil yerindeliğini takdir eder. İdari işlemin yerindeliği yargı kapsamı dışında olduğu için, yargı organının takdir yetkisine müdahalesi son derece dar kapsamda tutulmaktadır. İdari yargının idarenin takdir yetkisini denetlemesi istisnai hallerde mümkündür. Bu istisnaların başlıcası “açık takdir hatası” ilkesidir. Buna göre çok ağır ve apaçık görülen takdir hataları, idari yargının denetim alanındadır. (Bak: Prof. Dr. Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, sayfa 348)

Ülkemizde de aynı ilkelerin benimsendiği YİM kararları mevcuttur. YİM 119/2001 (D.10/2005) sayılı davada konu ile ilgili olarak şunlar yer alır:

”Takdirini kullanan Kamu Hizmeti Komisyonunun hata yaptığı açıkça görülmedikçe, yönetsel yargı yeri Komisyonun takdirine müdahale etmez. Yönetsel yargı yeri kendi takdirini, Komisyonun takdiri yerine koyup, Komisyonun kararını iptal etmez.“

ve YİM 39/2011 Dağıtım 7/2015’de:

” İdare hukuku kriterlerine göre İdare, sebep unsurundaki takdir yetkisini kullanırken, bu yetkisini yasalara ve yasalar yanında Anayasa’ya uygun bir şekilde kullanmalıdır.

Kıbrıs Cumhuriyeti Yüksek Anayasa Mahkemesinin 36/61 sayılı Salih Shukri Saruhan and The Republic kararında,

İdarenin takdir yetkisi denetlenirken, bu yetkinin Anayasa’ya veya herhangi bir yasaya aykırı olarak kullanılıp kullanılmadığının da denetlenmesi gerektiği, yasaya veya Anayasa’ya bir aykırılığın var olduğu hususunda Mahkemenin tatmin edilmesi halinde, İdarenin takdir hakkına müdahale edilmesi gerektiği, tatmin edilmedikçe müdahale edilmemesi gerektiği kriteri ortaya konmuştur.

Yüksek İdare Mahkemesi birçok kararında Kıbrıs Cumhuriyeti Yüksek Anayasa Mahkemesinin bu kriterlerini benimseyerek denetim görevini bu kriter çerçevesinde yapmıştır. Bu hususla ilgili **Gör.YİM 166/1978 D.38/1980,YİM 159/1981 D.10/1982,** **YİM 46/1982 D.18/1983, YİM 41/2001 D.7/2005.**“

şeklinde dile getirilenler ışığında olaya bakıldığında, dava konusu kararda açık takdir hatası veya yasaya veya Anayasa’ya aykırılık bulunup bulunmadığının incelenmesi ve bunun sonrasında açık takdir hatası veya yasaya veya Anayasa’ya aykırılık varsa konu idari kararın iptali, yoksa da davanın reddi gerekliliği ile karşılaşılmaktadır.

Bu bakış açısı ile konu karar incelendiğinde, kararda ilk göze çarpan değerlendirme, her iki markanın tüketicilere sunuluş yerinin farklı olduğu özlü değerlendirme veya saptama olmaktadır. Buna göre Frappuccino markası tüketicilere sadece kafelerde sunulmakta,Frappechino markası ise tüketiciye plajlar, oteller, marketler gibi yerlerde sunulmaktadır.

Davalının, dava konusu kararı üretirken esas aldığı hususların başında, Davacı ile İlgili Şahsın dosyaladıkları yemin varakaları gelmektedir veya bu yemin varakalarının gelmesi gerekmektedir.

Davacının dosyaladığı Emare 3 yemin varakasında konu ile ilgili olarak:

”Frappuccino marka kahveler gerek posta yoluyla gerekse hazır paket halinde veya “take away” temin edilebilmektedir...“

iddiasının, İlgili Şahsın Emare 4 konumundaki yemin varakasında ise:

”Frappechino’yu diğer firmaya ait olan ürünle, ne KKTC sınırları içerisinde, ne Güney Kıbrıs’ta ne de dünyanın diğer ülkelerinde birbirleriyle karıştırmak mümkün değildir. Her ikisi arasında farklılık gösteren temel özellik ise, Frappuccino’nun en temel satış noktalarının yine aynı firmaya ait olan Starbucks Coffee’ler (ki bu firma KKTC’de yoktur) olmasıdır.“

iddiasının yer aldığı görülmektedir. Her iki yemin varakası göz önüne alındığında, Frappuccino markasının üreticilere sadece kafelerde sunulduğu sonuç veya değerlendirmesine veya saptamasına ulaşılmasının olanaklı olmadığı görülmektedir. Özellikle İlgili Şahsın bile yemin varakasında ”en temel satış noktalarının“ ibaresini kullandığı gerçeği göz önüne alındığında, Frappuccino markasının sadece kafelerde tüketiciye sunulduğu sonucuna varılamayacağı açıklıkla anlaşılmaktadır.

 Bunun ötesinde kararda her iki markanın hem okunuş, hem de yazılış açısından farklı olduğu belirtilmiştir. Her iki markanın sözcükleri incelendiğinde, her ikisinin de 11 harften oluştuğu görülmektedir. Yine her iki markadaki ilk 5 ve son 3 harfin aynı olduğu ortaya çıkmaktadır. İkişer sözcükten oluşan her iki markadaki kullanılan kök sözcüklerin yani ”frappu“ ile ”frappe“ ve ”ccino“ ile ”chino“ sözcük-lerinin anlamının da aynı veya benzer olduğu anlaşılmaktadır. Farkı olduğu düşünülebilecek olan, her iki markanın harf dizilimindeki ortadaki harflerden ”ech“ ve ”ucc“ harflerinin ortasındaki harfin de ”c “ harfinin yani aynı harfin olduğu görülmektedir. Bu değerlendirmeler ve gerçekler ışığında her iki sözcüğün telaffuzu göz önünde bulundurulduğunda, çok ciddi bir andırmanın varlığından söz etmek kaçınılmaz bir hal almaktadır. Bu noktada yazılışın da benzediğini söylemek kaçınılmaz görünmektedir. Her iki markanın aynı sınıf ürün için söz konusu olduğu, yukarıda vurgulananlar ışığında tüketiciye sunuluş yerlerinin bazı zaman ve durumlarda ”market“ gibi aynı nitelikli yerler olabileceği gerçeği, keza yazılış ve okunuşlarının benzerliği hususları düşünüldüğünde, tüketicinin, her iki markayı karıştırmayacağı şeklindeki Mukayyidin saptama ve değerlendirmesinin de açıkça hatalı olduğu ortaya çıkmaktadır.

Konu karara bakılmaya devam edildiğinde, ”KKTC’deki kültür düzeyi ile müşteri portföyü dikkâte alındığında bahis konusu iki markanın birbiri ile karıştırılmasının olanaksız olduğu“ değerlendirmesi veya saptaması ile de karşılaşılmaktadır. Davalının bu sonuca varırken yalnızca kültür düzeyi yüksek bilinçli tüketicileri dikkâte aldığı, konu kararın yazım şeklinden ortaya çıkmaktadır. Yani toplumdaki tüm tüketici-lerin bilinçli olduğu, Mukayyit tarafından varsayıma bağlı olarak kabul edilmiş bir husus gibi görünmektedir. Ancak tüm toplumlarda bilinçli tüketiciler yanında bilinçsiz tercihler yapan tüketicilerin olduğu da reddedilemeyecek bir gerçek-liktir. Dava konusu ürünün buz parçacıklarından oluşmuş bir içecek olduğu, yani doğrudan ve sırf kahve tiryakilerinin tüketeceği bir içecek olmadığı düşünüldüğünde, konu içeceğin bilinçli tüketiciye hitap ettiği ve bu nedenle karıştırıl-masının olanaksızlığı değerlendirmesi de açık hata içerir veya ciddi eksiklik taşır bir değerlendirme halini almaktadır. Bu bir yana bırakılsa bile, Davalının hangi araştırma veya inceleme veya değerlendirmeye dayanarak anılan sonuca ulaştığı da karardan veya Mahkemeye sunulan belgelerden anlaşılma-maktadır.

 Tüm bu nedenlerle, Mukayyidin dava konusu kararı alırken kullandığı takdir yetkisinde açık takdir hatası bulunduğu sonuç ve değerlendirmesine ulaşırız. Buna bağlı olarak da, Davalının, Davacının itirazını reddeden ve İlgili Şahsın ”Frappechino“ markasının ticari marka olarak tescili talebini uygun bulan 23.1.2013 tarihli kararının, hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına karar veririz.

 Dava masrafları Davalı ve İlgili Şahıs tarafından Davacıya ödenecektir.

 Narin F.Şefik Mehmet Türker Tanju Öncül

 Yargıç Yargıç Yargıç

31 Ocak 2017