

Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı¹

Araştırma

Ayça ZORLUOĞLU*

* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.
(Res. Asst., Hacettepe University Faculty of Law, Civil Law Department)
(E-posta: aycazorluoglu@gmail.com)

ÖZET

İnternetin hızlı gelişimi ile alan adları kendilerine tartışmasız büyük ve önemli bir yer edinmişleridir. Bu alanda doğan uyuşmazlıklar WIPO, ICANN, UDRP veya bunlardan etkilenen sistemler ekseninde çözüm bulmaktadır. Bu düzenlemelerin hiç birinde kötü niyet kavramının tam bir tanımı yapılmamış olup yalnızca kötü niyet sayılabilecek haller örneklenmiştir. Bu çalışma Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy (UDRP) sisteminde yer alan kötü niyet kavramına açıklık getirme çabasıdır. Ayrıca kötü niyetin varlığına hükmetmek için UDRP tarafından getirilen koşullar eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilmeye çalışılmıştır. Günümüzde hali hazırda büyük bir ekonomik değere sahip olan alan adlarının gelecekte de önemini arttırarak devam ettireceği düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler

Alan Adları, WIPO, UDRP, ICANN, Kötü Niyet

ABSTRACT

BAD FAITH IN DOMAIN NAMES

According to the rapid development of the Internet, domain names gain a significant and remarkable role. The issues related to domain names are solved in orbit of WIPO, ICANN, UDRP and systems impressed by them. None of these systems include the exact definition of 'Bad Faith', only some examples of bad faith are given. This study aims to clarify the term of bad faith under the UDRP system. Additionally, the conditions under the URDP system to decide on bad faith are examined critically. Domain names are already have a fundamental economic value and it has been considered that, this importance will keep on improving increasingly.

Keywords

Domain Names, WIPO, ICANN, UDRP, Bad Faith

¹ Bu çalışma Queen Mary University of London School of Law- CCLS Department LLM programı için hazırlanan "Bad Faith in Domain Names" adlı eserden türetilmiştir.

Giriş

İçinde bulunduğumuz yirmi yıllık süreçte, alan adları büyük bir önem kazanmıştır. Alan adları oluşturulurken ilk amaç internet adreslerinin daha kolay bulunmasını sağlamak iken, günümüzde alan adları yeni ve daha gelişmiş bir öneme sahiptir. Genel olarak alan adları markalara dayanmaktadır. Bunun bir sonucu olarak da kişisel tercihleri, hatta bir yaşam tarzının ifade etmektedirler. Alan adları yalnızca internette aradığımız bir ürün veya servise daha kolay ulaşmamızı sağlamakla kalmaz, bir ismi ve buna bağlı olan saygınlığı da tanımlarlar. Örneğin; sinemada izlemek istediğiniz bir filmi ararken, tutduğunuz takımın resmi sitesine ulaşmak isterken ya da o yılın Wimbledon şampiyonu hakkında bilgi almaya çalışırken yalnızca aradığınız ismi arama motoruna girersiniz. Aradığınız gerçek internet sitesinin ekonomik değeri son derece yüksektir. Bu değer söz konusu alan adlarının tek olmasından kaynaklanır. Bu ekonomik önem bu çalışmanın da konusu olan bir takım sorunlara yol açabilir. Genel olarak alan adları kar amacı gütmeyen ve WIPO (The World Intellectual Property Organization)'nun bir kolu olan ICANN (The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) tarafından düzenlenir. Bu çalışma temel olarak ICANN çatısı altında şekillenen UDRP sistemine yoğunlaşarak, alan adları açısından kötü niyet kavramını açıklamaya çalışmaktadır. Buna ek olarak kötü niyetin etkileri, özellikle de kişi isimleri üzerinde etkisi değerlendirilmektedir. Bu bağlamda çalışma "the Second WIPO Internet Domain Name Process" projesine özellikle değinmektedir.

UDRP düzenlemesinde kötü niyet halleri sınırlı sayı ilkesine tabi olmaksızın sıralanmıştır. Bu düzenleme içinde kötü niyet ile ne anlatılmak istendiğine ilişkin kesin bir tanım yoktur; yalnızca ucu açık bir biçimde kötü niyet sayılabilecek haller sayılmıştır. Çalışmanın başlıca amacı, ilgili dava örnekleri ışığında kötü niyet ile ne kastedildiğinin ortaya konulmasıdır. UDRP düzenlemesinde bir kötü niyet tanımı verilmediğinden, hangi hallerin kötü niyet içinde değerlendirileceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Ayrıca Düzenleme "kaydetme" ve "kullanma" kavramlarının tanımlarına ilişkin olarak da suskun kalmaktadır, bunu sonucu olarak da "kaydetme" ve "kullanma" kavramları ile bunların kötü niyet ile bağlantısı da çalışmanın konusunu

oluşturmaktadır. İkinci olarak, Düzenleme yalnızca markalar için koruma sağlarken, diğer hallerde nasıl bir yol izleneceği de açık değildir.

Bu çalışmada kötü niyete dair hususlar, uluslararası geçerliliğinden dolayı WIPO çerçevesinde tartışılmıştır. WIPO, fikri hak ihlalleri üzerinde yoğunlaşmış uluslararası bir organizasyondur. İçinde farklı türdeki fikri hak ihlalleri ile uğraşan çok sayıda alt yapı bulundurulur. Bu bağlamda ICANN de WIPO'nun IP adresleri ve alan adlarından doğan sorunları ile uğraşan bir parçasıdır. ICANN içinde alan adlarından doğan uyuşmazlıklara çözüm bulunması amacıyla UDRP oluşturulmuştur. UDRP, uyuşmazlıklara çözüm bulurken, klasik ticari tahkimden ayrılan bir tahkim yolu izler. Çalışmada ilk üç bölümünde konu daha çok UDRP ekseninde incelenmiştir, ne var ki, UDRP sisteminin uygulanabilmesi için öncelikle söz konusu adın marka olarak tanınması gerekmektedir.

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, alan adlarının anlam ve önemi yanı sıra kurucu organizasyonların geçtiği tarihi süreç anlatılmaktadır. İkinci bölümde, kötü niyet kavramına ilişkin genel yapı açıklandıktan sonra, çalışma özellikle kaydetme ve kullanma açısından kötü niyet üzerine yoğunlaşmaktadır. Düzenleme hangi hallerin kaydetme ve kullanma olarak kabul edileceği konusunda da tam bir açıklık getirmediğinden, bu kısım kararlar çerçevesinde gelişmiştir. Bir sonraki bölümde, UDRP Düzenlemesi'nde bariz kötü niyet hali olarak sayılan dört başlık derinlemesine araştırılmış ve her bir uyuşmazlığın kendi şartları içinde çözülmesi gerektiğine dikkati çekmek amacıyla karar örnekleri ile desteklenmiştir. Düzenlemede de belirtildiği üzere bu dört başlık sınırlı sayı ilkesine tabi değildir. Bu sebeple Düzenleme'de yer almasa dahi kötü niyeti gösteren diğer bazı örnekler de WIPO kararları ışığında örneklenmeye çalışılmıştır. Son olarak ise, iyi niyet halleri üzerinde durulmuştur.

I.

A) GENEL BAKIŞ

1) ALAN ADLARININ TANIMI

İnternet sürekli gelişmekte olan bir platform olduğundan, düzenlenmeye ihtiyacı vardır. Bu sebeple IP adreslerine ve alan adlarına ihtiyaç duyulmuştur. Aslında her bir IP adresi, başka bir web sitesini niteleyen, hatırlaması zor sayı dizilerinden

oluşmaktadır. Bu sorunlarıyla baş edebilmek amacıyla küresel olarak alan adları sistemi oluşturulmuştur. Bu sisteme göre her bir IP adresi kendine özgü, tek olan bir alan adına sahiptir. Her bir alan adı birbirinden noktalar ile ayrılan farklı seviyelerden oluşur; örneğin, [qmul.ac.uk].¹ Bu sözcük bazlı sistem, internet kullanıcıları açısından, özellikle de dinamik IP adreslerinin kullanıldığı ortamlarda, IP adreslerinin daha kolay bulunmasını sağlamaktadır.² Bu alan adlarının yegâne amacı değildir, bir web adresini tanımlayarak özellikle iş yaşamı açısından önem taşıyan bir sitenin bulunmasını kolaylaştırmasının yanı sıra, söz konusu internet sitesinin içeriğine dair de bilgi verir.³

Alan adlarının kaydedilmesi aşamasında "ilk gelen alır" ilkesi uygulanır. Farklı hukuk sistemlerinde ya da farklı türdeki alan adları açısından kaydetme usulleri birbirinden değişik olabilir. Örneğin bazı sistemlerde kayıt için her hangi bir koşul yok iken, diğer bazılarında kayıt bazı usul ve koşullara tabi kılınmış olabilir.⁴

Alan adları ile marka arasında asıl farklılık karakteristik özelliklerine dayanır. Şöyle ki; markalar daha yerel bir nitelik taşıırken, alan adları uluslararası nitelik taşır. Bunun sonucu olarak aynı marka dünyada farklı yerlerde, farklı türde mallar için kaydedilebilirken, alan adları tektir ve yalnızca tek bir başvuran tarafından kaydedirilebilir.⁵

2) TARİHİ SÜREÇ

Alan adlarına dair sistem ilk 1984'de meydana geldi. 1994'de internetin daha ticari bir karakter kazanması ile alan adlarına ilişkin problem hızlı bir artış gösterdi. 1996 yılında alan adlarının global olarak kaydedilebilmesi amacıyla uluslararası nitelikte olan ve birçok organizasyonun bir araya gelmesi ile oluşturulan The Internet Ad Hoc

Committee (IAHC) kuruldu. IAHC durumu kontrol etmeye çalışsa da hem Amerikan Hükümeti hem de Avrupa Komisyonu tarafından sıkça eleştirilmesi sonucu gücünü kaybetti.⁶

1998'de alan adlarını yönlendirmek üzere özel ve kar gütmeyen bir organizasyon olan The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) kuruldu. ICANN'ın Kaliforniya hukuku ile etkileşim halinde olması halen eleştirilen hususlardan biridir, çünkü bu durum Amerikan Hukuku ile bağlantısı bulunmayan kullanıcıları da ilgilendiren sonuçlar doğurmaktadır.⁷1998 yılının ortalarında, Amerikan Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan bir rapor sonucu (the White Paper) internette rekabetin teşvik edilmesi, koordinasyonun sağlanması, ortak karar alma mekanizmalarının geliştirilmesi gibi ilkeler kabul edildi. Bu rapor internetin sonraki gelişimini göstermesi açısından önem taşımaktadır.⁸

3) ICANN SİSTEMİ VE ROLÜ

ICANN'ın yasal yapısı hakkında halen sürüp gitmekte olan tartışmalar vardır. ICANN, kendi organları olan, ulusal hukuklar vb tarafların müdahalesine gerek olmadan işleyen bir organizasyon türüdür.⁹ ICANN, standart oluşturan bir yapı olmanın doğurabileceği sorumluluk ihtimalinden kaçınabilmek amacıyla, yalnızca kullanıcılara yardımcı olabilmek için yapıcı sonuçlar öneren bir yapı olduğunu ileri sürmektedir.¹⁰ Ulusal hukuklar da ICANN ile paylaşım içinde değildirler, ulusal hukuklar tarafından ICANN'e herhangi bir yetki veya otorite sağlanmamıştır.¹¹ Doktrin tarafından,

6 BETTINGER, s. 6, 7, 8; PIZZALOE, Antonella Giulia, "Internet Governance- Analysis of technological and regulatory assumptions, of theoretical principles, of historical development and goals", **NEXA Center for Internet & Society**, 2012 <<http://nexa.polito.it/nexafiles/Internet%20Governance.pdf>> (erişim tarihi 19 Şubat 2012)

7 HEDLEY, Steve, **The Law of Electronic Commerce and The Internet in The UK and Ireland**, 1.Basım, Cavendish Publishing Limited, 2006, s. 169.

8 BETTINGER, s. 10; CHIK, Warren B., "Lord of Your Domain, but Master of None: The Need to Harmonize and Recalibrate The Domain Name Regime of Ownership and Control", **International Journal of Law and Information Technology**, 2008, Cilt: 16, Sayı: 1, s. 8, 13(dipnot 13).

9 BETTINGER, s. 12.

10 HEDLEY, s. 169, 170.

11 **Final Report - New Top Level Domains of National Importance (Norwegian Ministry of Transport and Communications**, 2011, s. 40.

1 BETTINGER, Torsten, "The Domain Name System and the Procedures and Policies for the Registration of Domain Names" and "Alternative Dispute Resolution", Torsten Bettinger, **Domain Name Law and Practice**, Oxford University Press, New York, 2005, s. 4,5.

2 RUTTER, Jenni, "Online Use of Trade Marks and Domain Names", Chris Reed and John Angel (eds), **Computer Law**, 6. Basım, Oxford University Press, 2007, s. 438.

3 OLSEN, John R/ MANIATIS, Spyros M. / WOOD, Nicholas/ LOVERDOU, Tina / ZOGRAFOS, Daphne, **Domain Names**, Sweet and Maxwell, London, 2007, Introduction (Giriş)/ 11.

4 BETTINGER, s. 6.

5 OLSEN/ MANIATIS/ WOOD/ LOVERDOU/ ZOGRAFOS, Introduction (Giriş)/ s. 12.

ICANN'in tek olmasından dolayı sahip olduğu büyük güç, rekabeti ihlal edici sonuçlar doğurabileceği endişesiyle eleştirilmektedir. ICANN sertçe eleştirilmesine rağmen, halen devletler internette düzenleme yaparak ICANN'e alternatif oluşturabilecek uluslararası bir organizasyon oluşturmakta isteksiz görünmektedirler. Genel olarak teknolojik alanda düzenleme getiren, uluslararası alanda genel kabul gören kurallara bağlı ancak gücü sınırlı böyle bir organizasyon daha çok tercih edilmektedir.¹²

Bu bağlamda ICANN Yönetmeliği md I (1)'e göre de, "ICANN'in amacı, küresel anlamda internet sistemini koordine etmek, özellikle de istikrarlı ve güvenli yapısını temin etmek" olarak tanımlanmıştır.¹³

B) GENEL KURALLAR

1) UDRP VE TARİHSEL YAPISI

İnternetin hızlı gelişimiyle alan adlarına ilişkin sorunlar da hızla artmıştır. UDRP'nin kurulmasından önce, taraflar alan adlarına ilişkin doğan problemlerde ulusal mahkemelere başvurmak zorunda kalıyorlardı. Bu da uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemenin neresi olduğu gibi sorunlara yol açıyordu; ayrıca verilen hükmün yabancı hukuk sistemleri tarafından tanınması ve tenfizine ilişkin ihtilaflar da doğuyordu. Ayrıca yargılama süreci hızın büyük önem taşıdığı sanal ortamda zaman ve para kaybına yol açabiliyordu.¹⁴

Bu konuda bir çözüm bulabilmek amacıyla, WIPO'ya alan adları ve marka ihlallerinden doğan uyuşmazlıkları çözecek bir sistem kurma görevi verilmiştir. Bunun sonucu olarak, 1999'da ICANN tarafından UDRP kurulmuştur. UDRP, alan adlarına dair ihlalleri çözmek amacıyla oluşturulmuş bir tahkim yoludur. UDRP, bir tahkim yolu olmasına karşın, tipik ticari tahkimden farklı bir karakter taşır.¹⁵

UDRP, hızlı ve ucuz bir çözüm yolu olmak üzere tasarlanmıştır. Ayrıca, yargılama sürecinden daha az resmi bir nitelik taşır. ICANN'in resmi sitesinde de belirtildiği gibi, "UDRP; belli başlı iddialara

cevap vermek üzere oluşturulan, zaruri, bağlayıcı olmayan, düşük maliyetli idari bir prosedürdür."¹⁶

UDRP prosedürü, tüm genel üst düzey alan adlarına ve kendilerine UDRP sisteminin uygulanmasını kabul eden ülke kodlu üst düzey alan adlarına uygulanır. Fransa, Hollanda gibi ülkelerin de içinde bulunduğu kırkın üzerinde ülkede bu sistem uygulanmaktadır.¹⁷ 2000 yılında hazırlanan WIPO İkinci İlerleme Raporu'nda da belirtildiği üzere UDRP korumasının kişi isimleri, coğrafi işaretler ve ilaçlar ile ilgili ürünleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği savunulmuştur.¹⁸ WIPO İkinci İlerleme Raporu'nun sonunda belirtildiği üzere, üzerinde durulan bu konular markalar ile karşılaştırıldığında yeterli uluslararası korumaya sahip değildir.¹⁹

UDRP korumasından faydalanılabilmesi için Düzenlemede yer alan her üç koşulun da eksiksiz olarak sağlanmış olması gerekir. Bu koşullar Düzenlemenin 4a maddesinde şu şekilde sayılmıştır:

(i) İhlale konu olan alan adı, şikayetçinin üzerinde hak sahibi olduğu marka ile aynı veya karışıklığa yol açabilecek denli benzer olmalıdır; ve

(ii) İhlale konu olan alan adını fiilen elinde bulunduran kişinin, bu alan adı üzerinde herhangi bir yasal hakkı veya hukuka uygun menfaati bulunmamalıdır; ve

(iii) İhlale konu olan alan adı kötü niyetle kaydedilmiş ve kullanılıyor olması gerekir.²⁰

Bu çalışma özellikle bu üçüncü kıstas üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu amaçla kötü niyeti

16 **Have a Problem? Dispute Resolution Options** <<http://www.icann.org/en/dispute-resolution/#udrp>> (erişim tarihi 23 Haziran 2011).

17 CLARKE, Osborne, **A Practical Guide to E-commerce and Internet Law**, 1. Basım, ICSA Publishing, 2002, s. 165; RUTTER, s. 443.

18 CHICOINE, Caroline G., "Domain Name Governance", Lisa E. Cristal and Neal S. Greenfield (eds), **Trademark Law and the Internet**, 2. Basım, INTA Publication, New York, 2001, s. 35, 36; BETTINGER, s. 947; LINDSAY, David, **International Domain Name Law ICANN and the UDRP**, Hart Publishing, 2007, s. 117.

19 **Second WIPO Internet Domain Name Process, The Recognition of Rights and the Use of Names in the Internet Domain Name System, Report of the Second WIPO Internet Domain Name Process**, 2001, <http://www.wipo.int/amc/en/processes/process2/report/html/report.html> (erişim tarihi 24 Haziran 2011)

20 "Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy", 1999, **Internet Corporation for Assigned Names and Numbers**, <http://www.icann.org/en/udrp/udrp-policy-24oct99.htm> (erişim tarihi 27 Haziran 2011).

12 HEDLEY, s. 170, 171.

13 **Bylaws For Internet Corporation for Assigned Names and Numbers**, 2011, <http://www.icann.org/en/general/bylaws.htm> (erişim tarihi 20 Haziran 2011)

14 RUTTER, s. 442, 443, BETTINGER, s. 937.

15 BETTINGER, s. 937, HEDLEY, s. 176.

tanımlayabilmek için, öncelikle alan adlarına dair ihlal ile ne anlatılmak istendiği ortaya konulmalı sonrasında ise kötü niyet durumu ayrıntısı ile analiz edilmelidir.

2) ALAN ADLARI İHLALI (CYBERSQUATTİNG)

İnternetteki hızlı ticarileşmenin sonucu alan adlarına ilişkin ihlaller de çok hızlı bir şekilde artmıştır. Bu internette yeni bir kazanç yolunun doğmasına yol açmıştır. Şirketler, saygınlıkları, gelecekteki gelişimleri ve karları açısından alan adlarının ne denli önemli olduğunu anlamakta yavaş kalınca, bazı kişiler bundan faydalanarak popüler alan adlarını kişisel yarar amacıyla asıl hak sahiplerinden önce kaydettirmişlerdir.²¹

Alan adı ihlallerinde, bir şirket veya markaya ait olan ismin aynısı ya da bu isme çok benzeyen başka isimler hak sahibi olmayan kişiler tarafından alan adı olarak kaydedilmektedir.²² İngilizcede bunu karşılayan "cybersquatting" kavramı gerçek yaşamda hak sahibi olan kişinin malına haksızca sahip olmak durumuna çok benzer bir şekilde, online ortamda hak sahibi kişinin malına bir başkası tarafından haksızca el konulması anlamında kullanılmaktadır.²³ Alan adlarının orijinal karakterini oluşturan "ilk gelen alır" ilkesi bu duruma daha elverişli bir ortam oluşturmaktadır. WIPO Raporlarında, "alan adlarının hukuka aykırı olarak kaydedilmesi" de aynı anlama gelmektedir. Amerikan Federal hukukunda yer alan Anticybersquatting Consumer Protection Act (ACPA)'de bu konu:

"Bir markanın kötü niyetle, bu markadan kar sağlamak amacıyla alan adı olarak kaydedilmesi veya kullanılması"

olarak tanımlanmaktadır.²⁴

Lindsay'e göre, sorunun asıl kaynağı, alan adları sisteminin uzman hukukçular tarafından hazırlanmamış olması sonucu teknolojik konulara yasal konulardan daha fazla değinilmiş, ileride doğabilecek hukuki sorunlar göz ardı edilmiştir.²⁵

Alan adları, internet kullanıcılarına sağladıkları kolaylıktan dolayı yüksek bir ticari değere sahiptirler. Şirketler genellikle şirket isimlerini alan adları olarak kaydettirmektedirler. Bunun sonucu olarak da alan adlarının ilk oluşturulma amacı hatırlamayı kolaylaştırmak iken, bu durum marka ve ürünleri tanımlamak şeklinde gelişim göstermiştir. Alan adlarına dair en sık karşılaşılan ihlal türü; bir alan adını çok ucuza kaydedtirip, bunu asıl hak sahibine çok yüksek bir kar elde etmek amacıyla satmak olarak ortaya çıkmaktadır. Diğer bir amaç ise; internet kullanıcılarının yanıltılmasına neden olarak onların asıl markaya ulaşmalarına engel olmaya çalışmak şeklinde görülmektedir. Ayrıca, ihlal sonucu elde edilen hukuka aykırı alan adı, internet kullanıcılarını başka bir internet sitesine yönlendirmek, onların yanlış siteye erişmesine sebebiyet vermek şeklinde de görülebilir. Bu yanlış internet siteleri, gerçek hak sahibinin rakiplerine ait olabileceği gibi, internet suçlarına yol açan siteler ve benzerlerine de ait olabilir. Son zamanlarda görülen başka bir yol ise; kar sağlama amacı güden bazı kullanıcılar kaydettirdikleri alan adlarını pay-per-click siteler haline getirerek reklamlar sayesinde kazanç sağlamaya çalışmalarıdır. Bunun yanı sıra, gerçek hak sahibinin rakipleri markasının itibarına zarar vermeye çalışabilirler.²⁶ Sayılan bu haller yalnızca en sık karşılaşılan ihlal hallerine ait bazı örneklerdir. İlerleyen bölümlerde benzer durumlar daha detaylı incelenecektir. İhlalin en can alıcı noktalarından biri, söz konusu ihlale yol açan eylemin kötü niyetle gerçekleştirilmiş olmasıdır. Örneğin; bir kişi, tanınmış bir markaya ait alan adını geri satmak veya söz konusu markanın sunduğu hizmete çok benzer bir hizmet sunmak amacıyla kaydedtirse, bu açık bir ihlal halidir; ancak eğer farklı bir

21 CLARKE, s. 175

22 CLARKE, s. 171.

23 LIPTON, Jacqueline D., "Bad Faith in Cyberspace: Grounding Domain Name Theory in Trademark, Property and Restitution", **From the Selected Works of Jacqueline D Lipton**, 2009, http://works.bepress.com/jacqueline_lipton/8 (erişim tarihi 16 Haziran 2011), s. 6.

24 LINDSAY, s. 96 [15 U.S.C. § 1125(d)].

25 LINDSAY, s. 95.

26 LINDSAY, s. 97, 98; RUTTER, s. 440; MOORE, Mairead, "Cybersquatting: Prevention Better Than Cure?", 2009, **International Journal of Law and Information Technology**, Cilt: 17 Sayı: 2, s. 220, 222; GREENFIELD, Neal S., "Trademark Dilution", Lisa E. Cristal and Neal. S. Greenfield, **Trademark Law and The Internet**, INTA Publication, 2. Basım, New York, 2001, s. 232, 234; BETTINGER, s. 937; WOODARD, Elizabeth C., "The UDRP, ADR, and Arbitration: Using Proven Solutions to Address Perceived Problems with the UDRP", 2009, **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Sayı: 19 Kitap: 4, s. 1169, 1175; CHAMRIA, Ravi, **Domain Name in Bad Faith or Intent?** <http://ezine-articles.com/?Domain-Name-in-Bad-Faith-or-Intent?&id=87836> (erişim tarihi 16 Haziran 2011).

hizmet sunmak amacıyla kaydettirilmişse bu ihlal niteliği taşımayabilir.²⁷

II.

A) KÖTÜ NİYETİN TANIMI

Önceki bölümde de belirtildiği üzere, alan adı ihlalinin gerçekleştiğini söyleyebilmek için Düzenleme’de yer alan üç şartın da gerçekleşmiş olması gerekir. Öncelikle (1) İhlale konu alan adının gerçek marka ile aynı veya karışıklığa yol açacak denli benzer olması gereklidir. (2) Ayrıca alan adını kaydettiren kişinin bunu yapmakta herhangi bir yasal hakkının ya da menfaatinin olmaması gerekir. (3) Son olarak ihlale konu alan adının kötü niyetle kaydedilmiş ve kullanılmış olması aranmaktadır. Bu son gereklilik, kötü niyetin varlığını kabul edebilmek için aranan unsurların neler olması gerektiği hususunda sürüp giden uzun tartışmalara yol açmıştır.²⁸

UDRP Düzenlemesi md 4c’de hukuka uygun menfaat olarak sınırlı sayı ilkesine tabi olmaksızın üç örnek sayılmıştır. İlk olarak, alan adını kullanmaya başlamadan önce alan adını kaydettirmeye yönelik hukuka uygun niyeti gösterir anlaşmaların yapılmış olması gerekir. Bu kuralın amacı, ihlalde bulunan kişilerin planlanmış eylemlerine engel olmaktır. İkinci olarak, alan adı kaydedilmiş bir marka olmasa dahi başvuranın alan adı ile ilişkisi biliniyor olmalıdır. Son olarak, alan adını elinde bulunduran kişinin kar elde etmek için internet kullanıcılarını kandırmak ya da aldatmak gibi bir amacı olmamalıdır.²⁹ Bir yargı kararına göre, 12 yaşındaki bir çocuk adını alan adı olarak kaydettirmek istemiş, bunun üzerine ailesi <pokey.org> adını onun için alan adı olarak kaydettirmişlerdir. Çocuğun aile içinde ‘Pokey’ olarak takma adla adlandırıldığı belirtilmiştir. Bir oyuncak firması bu adın kaydettirilmesinin ihlal olduğu iddiasında bulunmuş ve bu isimde ürettikleri bir oyuncak olduğundan kendilerinin <pokey.com> ve <pokey.org> adları üzerinde menfaatleri bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu istisnai nitelik taşıyan bir davadır, çünkü çocuk internet kullanıcılarından dikkate değer büyük bir destek görmüştür. Kullanımın ticari olmamasını neden göstererek, taraflar konuyu asla mahkemeye taşımamışlardır.³⁰

UDRP Düzenlemesi’ne göre ihlalin gerçekleşmesi için hem kaydettirme hem de kullanma kötü niyet ile yapılmalıdır, ancak diğer bazı hukuk sistemleri yalnızca kaydettirmenin kötü niyetle yapılmasını yeterli bulmaktadırlar. UDRP tarafından düzenlenen The Second Staff Report on Implementation Documents’da Düzenleme hazırlanırken yer alan “VE” ifadesinin bir yanlış anlaşılma olup olmadığı tartışılmış ancak Düzenleme’de bir hata olmadığı ve olduğu şekliyle korunması gerektiği vurgulanmıştır. UDRP’nin kötü niyetin varlığını kabul edebilmek için hem kaydettirmede hem de kullanımda kötü niyet araması doktrin tarafından da tartışılmış ve eleştirilmiştir. Bunun sebebi ise, kötü niyetin varlığını kabul etmek için hem kayıt hem de kullanım esnasında kötü niyetle davranılmış olmanın aranmasının ispat sorunlarına yol açabileceği endişesidir. WIPO kaynaklı bir davaya göre³¹, alan adı olarak ‘wallstreetjournal-europe.com’ kaydettirilmiş ancak site aktif olarak kullanılmamıştır. Hakem heyeti tarafından verilen bazı kararlara göre alan adlarını kaydettirip, herhangi bir hukuka uygun neden olmaksızın onları yalnızca pasif bir şekilde elde tutmak kötü niyetin açık bir göstergesi olabileceken, hem kayıt hem de kullanımda kötü niyet aramaya yönelik kural sonucu şikâyetçiler iddialarında başarısız olabilirler.³² Öğretinin önerisine göre, bu şekilde pasif olarak internet sitesi depolamanın önüne geçilebilmesi için kötü niyetin kayıt veya kullanım esnasında doğabileceğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.³³

Kötü niyetin varlığını ispat edebilmek için, kötü niyetin hem kayıt esnasında hem de kullanım sırasında olduğunu kanıtlamak şikâyetçi üzerinde ağır ispat yükü doğurabilir. Örneğin bir WIPO kararına göre,³⁴ alan adı ilk başta iyi niyet ile kaydettirilmiş ancak sonradan taraflar arasındaki ticari ilişkinin bozulmasıyla kötü niyetle kullanılmıştır. Bu kararda hakemlerden biri olan Donahey, karara bir muhalefet şerhi koymuştur. Davada be-

and suggestions”, 2001, **European Intellectual Property Review**, s. 557.

31 Dow Jones & Company, Inc. Dow Jones LP v The Hephzibah Intro-Net Project Limited [2000] WIPO Case D2000-0704.

32 BETTINGER, s. 1103-1105(dipnot 594).

33 LINDSAY, s. 362.

34 A. Nattermann & Cie. GmbH and Sanofi-aventis v. Watson Pharmaceuticals, Inc. [2010] WIPO Case D2010-0800

27 CHAMRIA; RUTTER, s. 441.

28 LINDSAY, s. 109, 110.

29 LINDSAY, s. 113, 114, 115.

30 RHEIN, Eberhard, “Reverse domain name hijacking: analysis

lirtildiği üzere; taraflar bir ilacın satışı ve o ilaca ait markanın kullanımı konusunda aralarında anlaşmaya varmışlardır. Dava sırasında kendisinden şikâyetçi olunan taraf, bu anlaşmanın bir gereği olarak ilacın adını alan adı olarak kaydettirmiştir. Taraflar arasındaki iş ilişkisinin sona ermesinden sonra, kendisinden şikâyetçi olunan taraf söz konusu internet sitesinde, ilacın artık şikâyetçi tarafça satılacağını ancak kendilerinin de benzer bir ürünü olduğunu belirterek kullanıcıları kendi internet adreslerine yönlendirmeye çalışmışlardır. Davada şikâyetçi alan adını geri almayı talep ettiğinde, karşı taraf bu alan adını yüksek bir fiyat ile satmak niyetinde olduğunu bildirmiştir. Bu durumdaki asıl sorun hem kayıt hem de kullanım esnasında kötü niyetin varlığını ispat etmektir. Hakem heyeti tarafından verilen karara göre, söz konusu alan adı kötü niyetle kullanılmış olsa da ilk başta kaydedilirken iyi niyetli davranılmıştır. Sonuç olarak iddia kayıt esnasında kötü niyet olmadığından reddedilmiştir. Hakemlerden Donahey karar ile ilgili ihtilafa düşmüş ve kayıt ile kullanım kavramlarının birbirinden ayrı değerlendirilemeyecek, birbirinden ayrılmaz unsurlar olduğunu ve birlikte değerlendirilmeleri gerektiğini belirtmiştir. Bu zamanın görüşüne göre, başta kayıt iyi niyet ile yapılmış olsa da eğer iyi niyeti ortaya koyan unsurlar ortadan kalkmışsa bu kaydın kötü niyetli olarak değerlendirilmesine yol açabilir.³⁵ Doktrinde bu tür davalar genel olarak "Octogen" davaları olarak bilinmektedir.³⁶

Ne WIPO ne de UDRP kurallarında kötü niyet kavramı açık ve net bir tanıma sahiptir.³⁷ Bu konudaki tartışmalarda daha çok UDRP'nin kötü niyetin varlığını kabul etmek için hem kayıt hem de kullanım esnasında kötü niyet araması eleştirilmektedir; hâlbuki bir çok ülkenin sisteminde yalnızca kayıt veya kullanım sırasında kötü niyetli olunması yeterli sayılmaktadır, ayrıca doktrin ağırlıklı olarak yalnızca birinin varlığının kötü niyete karar vermek için yeterli olması gerektiğini savunmaktadırlar.

35 TAYLOR, David/ SEAGER, Jane, **Bad faith registration and use under the UDRP: cumulative... or not?**, Globe Business Publishing Ltd, 28 Eylül 2010, < <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?q=4531ec6b-1766-487c-9707-7186e989aeb5>> (erişim tarihi 07 Temmuz 2011).

36 Octogen Pharmacal Company, Inc. v. Domains By Proxy, Inc. / Rich Sanders and Octogen e-Solutions [2009] WIPO Case D2009-0786

37 HEDLEY, s. 186.

UDRP sistemi mevcut haliyle şikâyetçinin iddialarını kanıtlamasını zorlaştırmaktadır. Kötü niyetin varlığını kabul etmek için yalnızca kayıt veya kullanımda kötü niyetin varlığı yeterli sayılmalıdır, aksi takdirde A. Nattermann & Cie. GmbH and Sanofi-aventis v. Watson Pharmaceuticals, Inc davasında olduğu gibi, kötü niyetin varlığı bariz olsa da şikâyetçi iddiasını ispatta başarısızlığa uğrayabilir. Öğretide üzerinde durulduğu üzere, UDRP'nin neden olduğu bu durumun önüne geçebilmek için Düzenleme'de yer alan "kayıt" ve "kullanma" ifadeleri "sürdürme" ve "yenileme" şeklinde değiştirilmelidir. Ayrıca Heyet verdiği kararlarda, alan adı kaydının yenilenmesini yeni bir kayıt gibi görmemektedir. Bunun sonucu olarak da alan adı ilk defa kaydedilirken taraflar iyi niyetli olsalar da zaman için de bu durum değişmiş olabilir, bu halde taraflar alan adı kaydını aslında kötü niyetle yenilemiş olsalar dahi, Heyet bu durumu göz ardı etmekte ve kaydın iyi niyetle yapıldığını, ilk kaydı dikkate aldığını belirtmektedir.³⁸ Bu durum karşısında, diğer bir yazarın görüşüne göre, şikâyetçi kötü niyetin hem kayıt hem de kullanım esnasında olduğuna dair ispat konusunda risk almak istenmiyorsa, UDRP'den farklı bir yasal platformda iddiasını ileri sürmeli ya da alternatif bir çözüm yoluna gitmeye çalışmalıdır.³⁹

B) KAYIT VE KULLANIMDA KÖTÜ NİYET

1) KAYIT ESNASINDA KÖTÜ NİYET

UDRP sistemine göre, kötü niyetin varlığını kabul için kayıt sırasında bunu gösteren bir kasıtlı bir durum, bir niyet olmalıdır. Ayrıca işverenler, işçilerinin kötü niyetle yaptığı alan adı kayıtlarından sorumludurlar.⁴⁰ Hakem heyeti tarafından verilen kararlara göre, eğer alan adı kaydedildiği tarihte ilgili olduğu marka kaydedilmemişse, genel olarak kötü niyete ilişkin iddialar başarısızlığa uğramaktadır. Ancak açık bir ihlalin olduğu hallerde kararlarda istisnalar meydana gelebilmektedir. Örneğin, marka kaydedilmemiş olsa dahi eğer herkes tarafından iyi bilinen bir ürün ise veya alan adını

38 RODHAIN, Philippe, **UDRP Does Not Apply To Bad Faith Domain Name Renewals: Part I**, CircleID, 12 Mart 2003, < http://www.circleid.com/posts/print/udrp_does_not_apply_to_bad_faith_domain_name_renewals_part_i/> (erişim tarihi 16 Haziran 2011).

39 TAYLOR/ SEAGER

40 BENDER, Amy, **Division 3: Bad Faith**, 2002, < <http://cyber.law.harvard.edu/udrp/opinion/btext.html>> (erişim tarihi 5 Temmuz 2011); BETTINGER, s. 1107, 1108

kaydettiren kişi eninde sonunda asıl hak sahibinin kendisine başvurup bu alan adını almak isteyeceğini biliyorsa, bu durumlar kötü niyetin açık göstergesi olarak kabul edilebilirler.⁴¹ Bir WIPO kararına göre⁴²; kendisinden şikâyetçi olunan taraf 'madrid2012.com', '2m12.com', '2m12.info', '2m12.org' alan adlarını kendisi adına kaydettirmiş ve onları 'madridman.com' olan kendi internet sitesine yönlendirmiştir. Şikâyetçinin iddialarına göre karşı taraf Madrid ile ilgili bir internet sitesi yürütmektedir ve bu nedenle büyük bir ihtimalle Olimpiyat Oyunları hakkında bilgi sahibidir. İddiaya göre, bu alan adlarını kaydettirmek suretiyle kendisinden şikâyetçi olunan taraf kar sağlama amacı gütmektedir, çünkü Olimpiyat Oyunlarına aday olan şehirler açısından resmi internet siteleri oluşturulurken, şehir adı ve tarihi kullanarak Olimpiyat Oyunları ile ilgili bir alan adı haline getirmek sıkça karşılaşılan bir gelenektir. Karşı taraf ise; konu ile ilgili markalara benzer bir alan adı kaydettirmediği, ayrıca amacının yalnızca Olimpiyat Oyunları ile ilgili bilgi veren ve kar amacı gütmeyen bir site oluşturmak olduğu yolunda savunma yapmıştır. Heyet, kaydettirilen alan adının Olimpiyat Oyunları için kullanılan markalar ile aynı olduğuna, ayrıca amaç kar amacı gütmeyen bir site oluşturmak olsa dahi, bu alan adlarını kendi kişisel sitesine yönlendirmenin bu kar amacı gütmeyen niyet ile bağdaşmadığına karar vermiştir. Hakem Heyeti, bu alan adı başvurusunun kötü niyetle yapıldığına, kendisinden şikâyetçi olunan tarafın aslında bu yolla internet kullanıcılarının ilgisini kendi sitesine çekmeye çalıştığına ve kasıtlı olarak internet kullanıcılarını yanıltmaya çalıştığına karar vermiştir. Alan adının kaydedildiği sırada henüz marka kaydettirilmemiş olsa da, Hakem Heyeti şikâyet olunanın muhtemelen internete duyduğu ilgi sebebiyle Olimpiyat Oyunlarından haberdar olduğuna ve kötü niyetli davrandığına ilişkin güçlü bir delilin oluştuğunu belirtmiştir.

Heyet tarafından verilen kararlara göre, eğer kendisinden şikâyetçi olunan taraf, bir markaya çok benzer bir alan adını kaydettirmişse, kayıt öncesinde karışıklığa yol açacak bir alan adını kaydettirmemek için araştırma yapmış olsa dahi eğer ihlali bilebilecek durumda ise,

bu da kötü niyet olarak kabul edilebilmektedir.⁴³ Bir WIPO kararına göre⁴⁴, ihlale konu olan alan adı 'spunk-jansen.com' idi, şikâyetçi de çok benzer olan 'sprunk-jansen.com' olan alan adını kozmetik ürünleri satmak amacıyla kullanmaktaydı. Kendisinden şikâyetçi olunan taraf, bu alan adını şikâyetçinin başarıları ile ilgili basında çıkan haberlerden iki ay sonra kaydettirmişti ve siteyi, internet kullanıcılarını kozmetik ürünler satan diğer internet sitelerine yönlendirmek için kullanıyordu. Kendisinden şikâyetçi olunan taraf savunmasını, bu alan adını kaydettirirken alan adını bulma işini otomatik bir sistem aracılığıyla yaptığı ve bu alan adını Google AdWords sayesinde bulunduğu şekilde yapmıştır. Hakemlerin kararına göre, kayıt esnasında yalnızca otomatik sistemler aracılığıyla yapıp daha ileri bir araştırma yapmamış olmak "kasıtlı ihmal" halidir ve kötü niyet olarak kabul edilebilir. Ayrıca sitenin kullanıcıları rakip internet sitelerine yönelmek şeklindeki davranışı, bu alan adına tıklanması yolu ile kar elde etme fırsatı olarak görüldüğü vurgulanmıştır ve oportünist bir eylem olarak algılanmıştır. Bu davada kötü niyetin varlığı kabul edilerek alan adının şikâyetçiye teslimine karar verilmiştir.

Heyet, kayıt kavramını geniş anlamda yorumlamaktadır, buna göre alan adını elde etmeye yönelik diğer yollar da örneğin alan adı transferi de kayıt olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak alan adı kaydını yenilemek, yeni bir kabul olarak kabul edilmezken alan adını üçüncü bir kişiye devretmek yeni bir kayıt olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple alan adı yenilemesi kötü niyetle yapılmış olsa dahi eğer ilk kayıt iyi niyetli ile yapılmış ise bu Düzenleme'de yer alan md 4 (a) (iii)'nin gerekliliklerini karşılamamaktadır.⁴⁵ Diğer bir WIPO davasına göre⁴⁶, ihlale konu alan adı 'paa.com'dır. Şikâyetçi PAA Laboratuvarları, ilaç üreten bir merkez olarak 1982'de kurulmuştur. Bir Avusturya markası olan "PAA"yı 2003 yılında kaydettirmişlerdir. Karşı taraf, Printing Arts America, ihtilafa konu alan adını almak için

43 LINDSAY, s. 378.

44 Sprunk-Jansen A/S v. Chesterton Holdings [2006] WIPO Case D2006-1080

45 BETTINGER, s. 1109 (dipnot 608); LINDSAY, s. 371.

46 PAA Laboratories GmbH v. Printing Arts America [2004] WIPO Case D2004-0338

41 BETTINGER, s. 1107, 1108; LINDSAY, s. 388, 389, 390.

42 MADRID 2012, S.A. v. Scott Martin-MadridMan Websites [2003] WIPO Case D2003-0598

1997'de başvurmuştur ve bu başvuruyu 2003-2008 yılları arasında da geçerli olmak üzere yenilemişlerdir. Şikâyetçinin iddialarına göre, karşı taraf iş ilişkisi sona erdikten sonra söz konusu siteyi aktif olarak kullanmayı bırakmıştır ve kendileri "PAA" markasının ellerinde bulundurmaktadırlar. Davaya göre, ihtilafa konu alan adı iyi niyetle kaydettirilmiş ve 1997- 2003 yılları arasında aktif olarak iyi niyetle kullanılmıştır. Ancak 2003 yılında iş faaliyetleri sona ermesine karşın, kendisinden şikâyetçi oluna taraf alan adı başvurusunu yenilemiştir. İddialara göre bu tarihten sonra şikâyetçi olunan tarafın bu alan adını kullanmakta herhangi bir yasal menfaati yoktur. Heyet'in kararına göre, iş faaliyetlerinin sona erdirilmesi bir kötü niyet niteliği taşımaz. Diğer bir dava olan Teradyne davasında ise⁴⁷, Heyet iş faaliyetlerinin sona erdirilmesinden sonra yapılan alan adı yenilenmesini, ileride bu alan adını satma imkânını elde tutmak amacıyla yapıldığı şeklinde yorumlamıştır. Bu karara göre eğer Heyet yenilemeyi yeni bir kayıt olarak kabul etseydi, bu yenileme de kötü niyetin varlığına hükmetmek için aranan koşullara tabi olacaktır. Temel bir ilke olarak Heyet, kötü niyetle yapılmış olsa dahi yenilemeyi, kötü niyetli bir kayıt ile bir tutmamaktadır. Çok benzer iki davada görüldüğü üzere⁴⁸, Heyet'in kararlarına göre, eğer ilk kayıt iyi niyetle yapılmışsa, sonradan yapılan yenileme kötü niyetli olsa dahi bu ilk kaydı kötü niyetli hale getirmediklerinden kötü niyetin varlığına hükmedilmemektedir, yenilemede yer alan kötü niyetin md 4 (a) (iii)'de yer alan koşulu sağlamadığı savunulmaktadır.

Heyet tarafından, eğer sistemin amacı yenilemeyi de kapsamak olsaydı bunun Düzenleme'de yer alacağı vurgulanmıştır. Ancak bu yönde bir gelişme olmadığından Heyet, Düzenleme'nin böyle bir niyeti olmadığı gerekçesiyle Substance Abuse Management davasında⁴⁹ şikâyetçinin yenilemenin, yeni bir kayıt gibi değerlendirmesi yolundaki talebini reddetmiştir. Teradyne davasında, Heyet alan adını yenileme eyleminin aslında alan adını bir başkasına satmak amacıyla yapıldığını ortaya

koymuşsa da, kararında kötü niyet bariz olmasına rağmen Düzenleme'nin kapsadığı koruma alanını genişletmenin Düzenleme'nin ruhuna ters düşebileceği endişesiyle aksi yönde karar vermiştir. Bu davada da görüldüğü gibi, Heyet yenileme durumunu Düzenleme'nin dışında bırakmıştır, bu sebeple alan adının yenilenmesi halinde bu yeni bir kayıt olarak kabul edilmemektedir.

Sonuç olarak, bu alanda ortaya çıkan sorunların en temel nedeni, UDRP sisteminde kötü niyetin varlığına hükmedebilmek için hem kayıt hem de kullanım sırasında kötü niyetli davranılmış olmasının aranmasıdır. Ancak bu durum ihtiyaca cevap verememektedir. Bu gereklilik sebebiyle, kötü niyetin bariz olduğu hallerde dahi, Heyet şikâyetçinin talebini md 4(a) (iii)'de yer alan şartları karşılamadığı gerekçesiyle reddetmektedir.

2) KULLANIMDA KÖTÜ NİYET

Düzenleme'de yer alan "kullanım" kavramının açıklığa kavuşturulmaya ihtiyacı vardır. Ne WIPO ne de UDRP dokümanlarında "kullanım" kavramı tanımlanmıştır. Şu an yürürlükte olan sisteme göre, alan adı üzerinde gerçek hak sahibi olabilecek kişiye zarar verebilecek her türlü eylem kullanım kapsamında kabul edilmektedir. Ayrıca ciddi ve güncel bir kötü niyeti gösteren her türlü anlaşma, düzenleme ve eylemler de md 4 (a) (iii)'da aranan şartların yerine geldiğini kabulde yeterli sayılmaktadır.⁵⁰ Bunun yanı sıra, pazar yaratma, elektronik posta gönderme gibi amaçlarla yapılan online duyurular da "kullanım"ın kabulü açısından yeterli sayılmaktadır.⁵¹ Dahası, alan adlarını kaydettirip pasif olarak elde tutma veya sonradan satarak kar elde etme amacıyla alan adlarını kaydetmek de kullanımın başka bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵²

Kullanımda kötü niyet kavramına dair temel unsurlardan biri, alan adı kaydedilirken iyi niyetli olunmuş olsa dahi, sonradan alan adı kötü niyetle kullanılmış olabilir. Hakem heyetleri kötü niyetin varlığına karar verirken, son derece dikkatli olmalıdırlar, çünkü yapılan kullanım bir kötü niyet göstergesi olabileceği gibi, yalnızca zaman içinde gerçekleşen bir iş değişikliği de olabilir.

47 Teradyne, Inc. v. 4Tel Technology [2000] WIPO Case D2000-0026

48 Smart Design LLC v. Carolyn Hughes [2000] WIPO Case D2000-0993, Substance Abuse Management, Inc. v. Screen Actors Modest [sic] International, Inc. (SAMI) [2001] WIPO Case D2001-0782

49 LINDSAY, s. 372

50 BETTINGER, s. 1113.

51 BETTINGER, s. 1113.

52 BETTINGER, s. 1113; LINDSAY, s. 367.

Bir WIPO davası gereğince⁵³, şikâyetçi 'Telstra' markası altında telekomünikasyon hizmetleri sağlamaktadır ve 'telstra.com'u ana internet sayfası olarak kullanmaktadır. Karşı taraf ise 'telstra.org' alan adını kaydettirmiştir. Heyet'in bulgularına göre, şikâyetçi uluslararası ölçekte büyük bir itibara sahiptir, ayrıca karşı taraf hukuka uygun kullanım olarak kabul edilebilecek bir tutum göstermemiştir. Dahası kendisinden şikâyetçi olan taraf gerçek kimliğini saklamak, asıl anlaşma detaylarını ortaya koymamak gibi bir takım şüpheli davranışlarda bulunmuştur. Heyet, alan adının şikâyetçi tarafa iade edilmesine karar vermiştir.

Hakem heyeti kötü niyetin varlığına karar verirken her bir davayı kendi koşulları içinde değerlendirmelidir. Kötü niyetin varlığı konusunda karar verirken sınırlı sayı ilkesine tabi olmaksızın sayılan dört hal genellikle hakem heyeti tarafından kötü niyetin varlığına karine olarak kabul edilmektedir. Örneğin eğer şikâyetçi tanınmış bir marka ise veya yüksek itibar sahibi ise ya da kendisinden şikâyetçi olunan taraf eğer kimliği konusunda veya iletişim detayları konusunda yalan beyanda bulunmuşsa veyahut şikâyetçinin taleplerini cevapsız bırakmışsa bunlar kötü niyet göstergesi olabilir. Telstra davasında, kendisinden şikâyetçi olunan taraf şikâyetçiye ait olan marka ile aynı olan bir alan adını kaydettirmiştir, ancak hiçbir zaman bu siteyi aktif olarak kullanmamıştır veya satmaya yönelik hazırlayıcı eylemlere girişmemiştir. Bu davada Heyet 'hareketsizlik teorisi' adı altında yeni bir yaklaşım ileri sürmüştür, buna göre bir alan adını kaydettirip hiç kullanmamak, pasif bir şekilde elde tutmak da şikâyetçiye zarar verici davranışlarda bulunmak kadar kötü niyet taşıyarak zarar verebilir. Hakem heyeti ayrıca her pasif şekilde elde tutmanın kötü niyet taşımayabileceğini bu sebeple her bir davanın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Örneğin tanınmış bir markaya ait alan adı olarak kaydedilmesinde amaç eleştiride bulunmak ya da ifade özgürlüğünü kullanmak niteliği taşıyabilir, bu kötü niyetli kullanım anlamına gelmez.⁵⁴ Bir yazarın vurguladığı üzere, eğer kaydettirilen alan adı asıl hak sahibine ait internet sitesi ile yasal görünen bir bağ içinde olduğu

izlenimi uyandırıyor pasif olarak elde tutma da tehlikeli sonuçlar doğurabilir, bu durumda bu pasif hal de aktif bir kötü niyetli kullanımın doğurduğu sonuçları doğurur.⁵⁵

UDRP Düzenlemesi'ne göre iyi niyetli bir kullanımının olduğuna hükmedebilmek için kaydettiren kişinin yasal bir amacı olmalıdır. Hakem kararlarında görüldüğü üzere, eğer alan adını kaydettiren kişi eğer gerçek, yasal bir menfaati olmadan uzun bir süre bu alan adına ait siteye sitenin halen hazırlanmak olduğuna dair bir bilgi koyarsa, bu da bir pasif elde tutma hali, kötü niyetli kullanım olarak kabul edilmektedir. Benzer şekilde alan adına karışıklığa yol açacak kadar çok benzer bir alan adını kaydettirip, bu ihlale konu alan adını internet kullanıcılarını şikâyetçiye zarar verebilecek sitelere yönlendirmek için kullanması da yasal menfaat eksikliğinden kötü niyetli kabul edilmektedir.⁵⁶

Doktrinde Telstra davasında Heyet'i kullanma kavramını çok geniş yorumladığı gerekçesiyle eleştirmişlerdir. Kararın ayrıca yanlı olduğu ve yeterince açık olmadığı da iddia edilmiştir. Bu yazara göre Heyet iyi niyet de taşıyabilecek pasif elde tutma ile yasal olmayan amaçlarla elde tutmayı birbirinden ayırmayı ihmal etmiştir.⁵⁷

III.

A) UDRP DÜZENLEMESİNDE YER ALAN KÖTÜ NİYET HALLERİ

UDRP Düzenlemesi md 4'de sınırlı sayı ilkesine tabi olmaksızın kuvvetli şekilde kötü niyeti gösterir dört örnek maddeler halinde sayılmıştır. Bunlar:

"(i) Alan adının öncelikli olarak asıl hak sahibine veya bir rakibe satılmak, kiralanmak ya da başka bir suretle devredilmesini sağlamak için kaydettirildiği durumlarda veya

(ii) Marka üzerindeki asıl hak sahibinin alan adını kendi adına kaydettirmesine engel olmak amacıyla kaydettirildiği hallerde veya

53 RODHAIN, Philippe, **UDRP Dilemma In Proving Bad-Faith Domain Registrations - Part III**, CircleID, 08 Temmuz 2003, <http://www.circleid.com/posts/print/udrp_dilemma_in_proving_bad_faith_domain_registrations_part_iii/> (erişim tarihi 16 Haziran 2011)

54 LINDSAY, s. 294, 295.

57 Anonim Yazar, "Analysis of Key UDRP Issues", 2000, **The Berkman Center for Internet & Society**, <<http://cyber.law.harvard.edu/udrp/analysis.html#rights>> (erişim tarihi 20 Temmuz 2011)

53 Telstra Corporation Limited v. Nuclear Marshmallows [2000] WIPO Case D2000-0003

54 LINDSAY, s. 372, 373, 374; BETTINGER, s. 1105, 1106, 1107.

(iii) Alan adının, asıl hak sahibinin iş ilişkilerine zarar vermek amacıyla kaydettirildiği durumlarda veya

(iv) Bu alan adını kullanarak internet kullanıcılarını yanılgıya düşürerek kendi internet sitesine veya diğer internet sitelerine göndererek, kar sağlamak amaçlı yapılan kayıtlardır.”⁵⁸

1) SATMAK, KİRALAMAK VEYA LİSANS VERMEK YOLUYLA KAR SAĞLAMA AMAÇLI KAYIT

UDRP Düzenlemesi md 4 (b) (i)'de belirtildiği üzere, eğer alan adı kar elde etmek karşılığında asıl hak sahibine veya başka birine satılmak, kiralanmak, lisans verilmek veya başka bir nedenle transfer etmek amacıyla kaydettirilmesi kötü niyet olarak kabul edilmektedir. Birçok davada görüldüğü üzere, kaydettiren tarafından talep edilen bedel, kayıt ettirmek için harcanan giderlerin son derece üstünde olmaktadır. Alan adını satma niyeti, asıl hak sahibine yöneltebileceği gibi, internet sitesine konulan bir teklif ile halka da duyurulabilir.⁵⁹ Ancak bu duruma bazı istisnalar olabilir, şöyle ki; eğer alan adını kaydettiren taraf ile asıl hak sahibi alan adının devri konusunda anlaşmaya varmışsa bu iyi niyetle yapılmış kabul edilir. Sonuç olarak, satma amacı genellikle bir kötü niyet göstergesi gibi kabul edilse de bazı istisnai koşullar olabilir, her satma talebi kötü niyet değildir. WIPO Heyet'i tarafından kabul edildiği üzere, eğer kötü niyet yoksa satış yalnızca alışıldık bir iş ilişkisi olarak kabul edilir.⁶⁰

Bazı hallerde, alan adını kaydettiren kişi açık olarak bir satma niyeti göstermese de örneğin; çok fazla sayıda alan adı kaydettirmişse kötü niyetin varlığı konusunda dikkatli olunmalıdır. Bir WIPO davasında⁶¹, kendisinden şikâyetçi olunan tarafın kötü niyeti, iletişim adresi bilgileri sayesinde saptanmıştır. Bu davada ihlale konu olan alan adı 'americansingle.com'dır. Şikâyetçi kendilerine ait olan 'americansingles' isimli internet

sitesinin tanıtımı için büyük bir harcama yaptıklarını belirterek, ihlale konu alan adının yanılmaya sebebiyet verecek denli benzer olduğunu iddia etmiştir. Karşı taraf, iletişim detayları için 'ONSALEHIREPURCHASEORANYIDEA' bilgisini vermiştir. Bu davada Hakem Heyeti bu bilgiyi alan adlarının satılmak veya kiralanmak üzere kaydedildiğine ilişkin açık bir irade beyanı olarak kabul etmiş ve kötü niyetli olduğuna karar vermiştir. Öte yandan Hakem Heyeti her bir davayı değerlendirirken, her bir davanın kendi somut koşullarını nazara alarak son derece titiz bir değerlendirme yapmaktadır, bir yazarın da belirttiği gibi her satış niyeti kötü niyet taşımaz.⁶²

Doktrindeki bir görüşe göre, md 4 (b) (i) ile son WIPO Raporu arasında farklılıklar vardır. WIPO Düzenlemesi yalnızca satma ve kiralama eylemlerinden söz ederken, UDRP Düzenlemesi md 4 (b) (i) satma veya devir etmeye yönelik her türlü eylemi kapsamaktadır. Bu durum md 4 (b) (i)'nin sınırlarını genişletmektedir.⁶³ Dahası ICANN'e göre, alan adını kendi adına kaydettiren kişi ancak fazladan yaptığı masrafları talep edebilir. Düzenlemeye göre, alan adı transfer edilirken alan adını elinde bulduran kişi ancak fazladan yaptığı ödemelere ilişkin adil bir ödeme yapılmasını talep edebilir.⁶⁴

Tüm bu bulgular ışığında, Heyet, alan adı kaydedilirken güdülen amacı ne olduğuna her bir davanın somut koşullarına göre karar vermelidir. Düzenlemedeki md 4 (b) (i) ile, alan adlarını satmak veya devretmek yoluyla kar sağlamak için kaydettirmenin önüne geçmek istenmektedir. Bir alan adı ilk başta iyi niyetle kaydedilmiş ancak zaman içinde kullanım amacı sona ermişse, bu alan adını elden çıkarmak olağan iş hayatının bir sonucudur. Düzenleme'nin amacı asıl hak sahibinin menfaatlerinden haksız surette fayda ele edilmesinin önüne geçmektir.

2) MARKANIN ALAN ADI OLARAK KULLANIMINA ENGEL OLMAK AMAÇLI KAYIT

Bu olasılıkta, alan adını kaydettirenin amacı asıl hak sahibi olan marka adı sahibinin kendi markasını alan adı olarak almasına engel olmaktır. Bu çok tipik bir ihlal halidir. Eğer şikâyetçinin sahip

58 "Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy", 1999, **Internet Corporation for Assigned Names and Numbers**, <<http://www.icann.org/en/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>> (erişim tarihi 27 Haziran 2011).

59 BETTINGER, s. 1113, 1114, 1115; LINDSAY, s. 402, 406; Anonim Yazar.

60 LINDSAY, s. 399,402, 407; Anonim Yazar.

61 MatchNet plc. v. MAC Trading [2000] WIPO Case D 2000 - 0205

62 BETTINGER, s. 1113, 1114, 1115.

63 LINDSAY, s. 111, 399.

64 LINDSAY, s. 111.

olduğu marka karşı tarafın yaşamını geçirmekte olduğu veya iş merkezinin olduğu yerde ünlü, tanınmış bir marka ise ve karşı tarafın bu alan adını kaydettirmekte hiçbir yasal menfaati yoksa bu alan adı kaydı asıl hak sahibini engellediğinden kötü niyetli olarak kabul edilir. Ancak marka adının başka anlamları varsa ya da farklı bir amaç için kullanılıyorsa, alan adını kaydettiren kişinin zarar vermek ya da asıl hak sahibinin itibarı üzerinden kazanç sağlamak gibi bir amacı yoksa bu tip kullanımlar iyi niyetli kabul edilebilir.⁶⁵

Ayrıca eğer ihlale konu alan adı ile ilintisi bulunan marka adı, bu alan adını kaydettiren kişinin yaşamını sürdürmekte olduğu yerde ya da iş merkezinde tanınmış bir marka değilse kötü niyetin varlığına hükmedebilmek için Heyet bu kötü niyeti, ihlali gösterir başka kanıtların da varlığına ihtiyaç duymaktadır.⁶⁶ Bir WIPO davasında⁶⁷, kendinden şikâyetçi olunan taraf, şikâyetçiye ait markanın ondört farklı kombinasyonunu alan adı olarak kaydettirmiştir. Hakem heyeti, alan adının marka ile aynı olduğunu saptamış, karşı taraf bu alan adlarını kaydettirirken bazı küçük değişiklikler yapmışsa da bu kaydedilen alan adlarının şikâyetçiye ait marka ile aynı olduğu yolundaki izlenimi değiştirmemiştir. Heyet, ayrıca karşı tarafın bunu yaparken her hangi bir yasal dayanağı olmadığını da saptamıştır. Hakem heyeti, karşı tarafın yegâne amacının, şikâyetçinin kendi markasını kendi adına alan adı olarak kaydettirmesine engel olmak olduğuna ve bunun bariz bir kötü niyet hali olduğuna karar vermiştir. Ancak bir diğer WIPO davasında⁶⁸, şikâyetçi kendi markasının 115 farklı kombinasyonunu alan adı olarak kaydettirmiştir. Şikâyetçi, karşı tarafın 'ahmanson.org' alan adını kaydettirdiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. Hakem heyeti kararında, karşı tarafın, şikâyetçinin kendi markasını alan adı olarak almasına engel olmadığına, buna kanıt olarak da en popüler versiyon olan '.com'u kaydettirmediklerine, bunu yerine daha az bilinen '.org'u kaydettirdiklerine, ayrıca başka herhangi bir versiyonu kaydettirdiklerine karar vermiştir. Dahası taraflar birbirine

rakip değildir, karşı tarafın bu alan adını kaydettirmekteki tek amacı Ahmanson ürünleri ile ilgili bilgi ve görüşlerin paylaşılacağı bir platform oluşturmaktır. Heyet, çok sayıda alan adı kaydettirmekle asıl şikâyetçi tarafın kötü niyet gösterdiğine, karşı tarafın iyi niyetli olduğuna hükmetmiştir.⁶⁹

Düzenleme md 4 (b) (ii), iki ayrı koşula sahiptir. Öncelikle, alan adını kaydettiren tarafın amacı, asıl hak sahibinin kendi markasını alan adı olarak kaydettirmesine engel olmak olmalıdır. İkinci olarak, alan adını hukuka aykırı olarak kaydettiren kişinin bu amacını gösterir emarelerin, eylemlerinin olması gerekir. Doktrin tarafından, Düzenleme'de yer alan "ilgili alan adı" deyimiyile ne kastedildiği, bununla benzer olabilecek herhangi bir alan adı olarak mı yoksa spesifik bir alan adını mı karşıladığını tartışmaktadırlar. Genel kaniye göre, eğer ihtilafa konu alan adını kaydettiren kişi bu alan adının yalnızca 'com' kodlu alan adı türünü kaydettirmişse, bu durumun şikâyetçinin diğer kodlu alan adlarını kaydettirmesine engel olmadığı kabul edilmektedir. Ancak eğer söz konusu ifade, spesifik bir alan adı olarak kabul edilirse, bu terimin hem aynı hem de yanılmaya sebebiyet verecek denli benzer alan adlarını da kapsadığı kabul edilmektedir. Alan adını kendi adına kaydettiren kişinin kasıtlı olarak asıl hak sahibinin markasını alan adı olarak kaydettirmesine engel olmaya çalıştığını gösteren delillerin olması aranmaktadır. WIPO kararlarında da görüldüğü gibi çok sayıda alan adını kaydettirmek kötü niyet olarak görülmektedir, ayrıca aynı markanın değişik versiyonlarını kaydettirmek de kötü niyeti gösteren deliller olarak kabul edilmektedir.⁷⁰ Bu düzenlemeye ilişkin pek çok dava olmasına karşın tüm davalar için geçerli olacak bir standart oluşturmak zor görünmektedir. Bu sebeple ihtilafa konu olan alan adı marka karşılaştırılmalı, ayrıca kaç tane alan adının kaydettirildiğine de dikkat edilmelidir.⁷¹

3) RAKİBİN İŞ YAŞAMINI SEKTEYE UĞRATMAK AMAÇLI KAYIT

UDRP Düzenlemesi md 4 (b) (iii)'de belirtildiği üzere, eğer alan adını kaydettiren kişinin amacı asıl hak sahibi olan rakibinin iş yaşamını sekteye uğratmak ise, bu açık bir kötü niyet hali olarak kabul

65 BETTINGER, s. 1116, 1117.

66 BETTINGER, s. 1117.

67 Magnum Piering, Inc. v. The Mudjackers and Garwood S. Wilson, Sr. [2000] WIPO Case D2000-1525

68 Ahmanson Land Company v. Save Open Space and Electronic Imaging Systems [2000] WIPO Case D2000-0858

69 BETTINGER, s. 1119.

70 LINDSAY, s. 410, 411, 414, 416.

71 Anonim Yazar.

edilmektedir. Doktrinin de vurguladığı gibi, md 4 (b) (iii)'de yer alan kötü niyetin oluşması için üç koşul aranmaktadır. Öncelikle kayıt anında alan adını kaydettiren kişi, şikâyetçinin ticari faaliyetlerini biliyor olmalıdır. Çünkü iş yaşamının sekteye uğratılabilmesi için ilk olarak bu iş yaşamı hakkında bilgi sahibi olunmalıdır. Kötü niyetin varlığını kabul etmek için, şikâyetçinin iş yaşamına ciddi bir zarar verilmiş olması gerekmez, karşı tarafın bu yoldaki niyetini gösteren deliller yeterlidir. İkinci olarak, kayıt ettirmenin asıl amacı iş yaşamına zarar vermek olmalıdır. Ancak eğer alan adını kaydettiren kişinin bu alan adı ile hukuka uygun bir bağlantısı varsa ya da bu alan adını kaydettirmekteki amacı şikâyetçinin iş yaşamına zarar vermek değilse, bu kayıt md 4 (b) (iii)'de yer alan kötü niyet kavramına uymamaktadır. Son olarak da taraflar arasında rekabete dayalı bir ilişki olmalıdır.⁷²

Alan adını kaydettiren kişinin ticari faaliyetlere ilişkin bilgisine örnek olabilecek 'musiclegs.com' davasında⁷³, kendisinden şikâyetçi olunan taraf Kanada'da ticaret yapmaktadır. Şikâyetçi de Kanada'ya ürün göndermektedir, her iki taraf da Kanada'da aynı iş kolunda faaliyet göstermektedirler. Bu bilgi ışığında Heyet, taraflar rakip durumda olduğundan, kendisinden şikâyetçi olunan tarafın kaydettirdiği alan adını kullanmakta hukuka uygun bir çıkarı olmadığına ve bu kaydın amacının şikâyetçinin ticari faaliyetlerini sekteye uğratmak amacıyla olduğuna karar vermiştir.⁷⁴

Daha önce de üzerinde durulduğu gibi, kaydı bu düzenleme altında kötü niyetli olarak kabul edebilmek için karşı tarafın amacı şikâyetçinin işlerine zarar vermek olmalıdır. Bu zarar verme amacı değişik şekillerde ortaya çıkabilir, örneğin tarafların rakip olmasına karşın ihlale konu alan adı karşı tarafın menfaatine kullanılıyor olabilir veya asıl hak sahibinin markası ile aynı olan ya da çok benzeyen alan adları karşı tarafça kaydedirilip pasif bir şekilde elde tutuluyor, depolanıyor olabilir.⁷⁵

Son olarak tarafların rakip olması aranmaktadır. Öğreti tarafından vurgulandığı üzere, taraflar birbirine gerçek anlamda rakip olmalıdır, gelecekteki bir rakip olma ihtimali yeterli değildir. Doktrinde "rakip" kavramı ile ne anlatılmak istendiğine ilişkin derin bir tartışma vardır. Bir kısım yazarlara göre, rakip kavramı aynı pazarda faaliyet gösterenlerken, diğer bazı yazarlar ise rakip kavramının daha geniş anlaşılması gerektiğini savunmaktadırlar. Heyet kararlarında genellikle geniş anlamını nazara almaktadır. Bu sebeple niyeti saptarken şikâyetçi ve karşı tarafın doğrudan bir iş ilişkisi içinde olması veya doğrudan rekabet içinde olmaları gerekli değildir. Hakem heyeti, rakip kavramını daha geniş yorumlamaktadır.⁷⁶ Diğer bir WIPO davasında⁷⁷ ise, Heyet Düzenleme'nin rakip kavramına açıklık getirmediğini ortaya koymuştur. Heyet'e göre, rakip, karşı taraf ile zıt menfaatleri olan kişidir, bu tanım ticari gerekliliklerle sınırlandırılmamıştır. Bu görüşün bir uzantısı olarak bu davada Heyet, alan adını kaydettiren tarafın amacı şikâyetçiyi rahatsız etmek olduğundan, tarafların rakip olduğuna karar vermiştir.⁷⁸ Bir yazara göre, Heyet bu geniş anlamı izlemeyi seçerken Düzenleme'de yer alan ifadelerden etkilenmiştir; md 4 (b) (iv) özellikle "ticari kazanç" kavramı üzerinde dururken, md 4 (b) (iii)'de böyle bir ayırım yapılmamıştır. Örneğin National Arbitration Forum tarafından verilen bir karara göre⁷⁹, ihlale konu alan adları 'stopcompusa.com' ve 'bancompusa.com'dır. Alan adlarını kaydettiren taraf bunları, şikâyetçi tarafı eleştirmek için kaydettirdiğini ve yalnızca ifade özgürlüğü hakkını kullandığını iddia etmiştir. Hakem heyeti, kararında karşı tarafın rakip olmadığına, aksine "eleştirmen" olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu olaydaki somut koşulların md 4 (b) (iii)'de yer alan şartları sağlamadığına karar vermiştir.⁸⁰ Bu karardaki sonuç kabul edilebilir ve anlaşılabilir olsa da Heyet, "rakip" kavramının tehlikeli sonuçlar doğurabilecek denli geniş de yorumlayabilir, bu ilerde açık uçlu, tahmin

72 LINDSAY, s. 419, 420; LEVINE, Gerald M., **Disrupting the Business of a Competitor**, 29 Ocak 2011, <<http://udrpdcommentaries.wordpress.com/2011/01/29/disrupting-the-business-of-a-competitor/>> (erişim tarihi 21 Temmuz 2011).

73 Two Systems Enterprises Co, Ltd v Sonie's Creations [2001] WIPO eRes Case No AF-0911

74 LINDSAY, s. 420.

75 LINDSAY, s. 420,421, 422.

76 BETTINGER, s. 1119,1120; LINDSAY, s. 421, 426, 428.

77 Mission KwaSizabantu v. Benjamin Rost [2000] WIPO Case D2000-0279

78 BETTINGER, s. 1120; LINDSAY, s. 426; BENDER.

79 Compusa Management Company v. Customized Computer Training [2000] The National Arbitration Forum Case FA0006000095082

80 LINDSAY, s. 427.

edilemeyen kararlar verilmesine de yol açabilir. Bu da bu tür davalar açısından iyi inşa edilmiş bir standart oluşturulmasına engel olabilir. Ayrıca bu durum, ifade özgürlüğünün yansıtıldığı, eleştirel amaçla oluşturulmuş internet sitelerini de tehdit edebilir. Heyet, rakibi, "zıt menfaatleri olan kimse" olarak tanımladığından kötü niyetin varlığı konusunda hüküm verebilmek için şartları ve standartları çok dikkatli değerlendirmelidir. Eleştirel amaçla oluşturulmuş internet sitelerini değerlendirirken Heyet, bu sitelerin ifade özgürlüğüne dayalı İnsan Haklarını mı kullandıklarını yoksa rakibe zarar vermeye mi çalıştıklarını göz önünde bulundurmalıdır, çünkü ikincisi bir ihlal hali oluşturabilir.

Düzenleme md 4 (b) (iii)'ye göre çok sayıda alan adının kaydedtirilmesini veya aynı markaya ait alan adının pek çok üst düzey alan adında kaydedtirilmesini ya da şikâyetçiye ait marka adı üzerinde sözcük oynamaları yaparak alan adı olarak kaydedtirilmesini, Heyet şikâyetçinin itibarına zarar verme amacı olarak değerlendirebilir.⁸¹

4) İNTERNET KULLANICILARINI KAR ELDE ETMEK AMACIYLA KENDİ İNTERNET SİTESİNE VEYA DİĞER ONLINE PLATFORMLARA YÖNLENDİRMEK İÇİN KAYIT

UDRP Düzenlemesi md 4 (b) (iv) gereğince, alan adını kaydettiren tarafın amacı, kar sağlamak amacıyla internet kullanıcılarını başka bir siteye örneğin kendi sitesine veya şikâyetçinin rakibine ait olan siteye yönlendirmek ya da marka üzerinde yanılgıya yol açacak şekilde bir web trafiğine yol açmaktır. Bu tip davalarda, şikâyetçinin, alan adını kaydettiren tarafın kar sağlamak amacıyla belirsizlik yarattığını kanıtlaması gereklidir.⁸² Birçok davada, kendisinden şikâyetçi olunan taraf, asıl hak sahibinin alan adına çok benzer bir alan adını kaydettirmekte ve internet kullanıcılarını, asıl hak sahibine zarar verebilecek nitelik taşıyabilecek bu internet sitesine yönlendirmeye çalışmaktadır.

Bazı yazarların vurguladığı üzere, md 4 (b) (iv) "kayıt"tan ziyade "kullanım" kavramına

odaklandığından diğer maddelerden ayrılmaktadır. UDRP Düzenlemesi, kötü niyetin varlığına karar verirken hem kayıt hem de kullanım anında kötü niyetli davranılması ilkesine sıkı sıkıya bağlı olsa da açıklanmakta olan bu sınırlı sayı ilkesine tabi olmayan kötü niyet hallerinin ilk üçünde kayıt üzerinde dururken, sonuncusunda kullanım üzerinde durmaktadır.⁸³ Bu durumun, UDRP Düzenlemesi'nin de kötü niyetin varlığına hükmetmek için yalnızca kayıt veya kullanım anlarından birinde kötü niyet varsa, bunun yeterli sayılması yönündeki görüşleri desteklediği savunulmaktadır. Bazı yazarların iddiasına göre md 4 (b) (iv) gereğince alan adının kullanımı aktif bir kullanım olmalıdır.⁸⁴ Ancak bazı kararlarda, Heyet pasif olarak elde tutma hallerini de veya kaydettirilen alan adına "hazırlanmaktadır" ibaresi yerleştirilmesini de kötü niyetin varlığını saptamak için yeterli kabul edebilmektedir. Zira bu tipte bir kullanım da ihlal niteliği taşıyabilir. Benzer şekilde Heyet, muhtemel bir kar sağlama imkanını da yeterli görmekte ve mutlaka kesin bir kar sağlanmış olmasını aramaktadır. Dahası elde edilen kar, hayır işlerinde kullanılmış olsa da bu ihlalin kazanç sağlama karakterini değiştirmemektedir. Bu sebeple kar amacı gütmeyen kullanımlar, örneğin eleştiri amaçlı siteler md 4 (b) (iv)'de geçen kullanım kavramına girmezler. Bu maddede sayılan kötü niyet haline hükmetmek için kavranabilir, anlaşılabilir bir yanılığ yaratma ihtimali yeterlidir, gerçek bir yanılma hali aranmaz. İnternet kullanıcılarının ilgisini hukuka aykırı bir şekilde asıl hak sahibinin internet sitesinden uzaklaştırıp başka sitelere yönlendirmeye amaçlayan girişimler de ihlal olarak kabul edilir.⁸⁵ Bir yazara göre bu girişim kavramı, internet kullanıcılarının ilgisini başka sitelere yönlendirmek anlamındadır ancak her yönlendirme eylemi Düzenleme'nin aradığı şartları karşılamaz, Düzenleme'nin şartlarının yerine gelmesi için bu yönlendirme asıl hak sahibinin markasına ilişkin yanılığ yaratıyor olmalıdır. Bu maddede sayılan ihlali kategorize etmek için, söz konusu girişimlerin kasıtlı olması gerekir; öte yandan bunun temel amaç olması aranmaz, yalnızca diğer muhtemel amaçların yanı sıra bu yöndeki girişimlerin bulunması yeterlidir.⁸⁶

Heyet'e göre, hak sahibine ait marka ile aynı olan veya yanılgıya yol açacak denli benzer olan

81 BETTINGER, s. 1120.

82 KING, Stacey H., "Trademarks, Domain Names, and the Uniform Dispute Resolution Policy", Lisa E. Cristal and Neal S. Greenfield, **Trademark Law and The Internet**, INTA Publications, 2. Basım, New York, 2001, s. 292, 293; LINDSAY, s. 433.

83 LINDSAY, s. 433, 364, 113.

84 BETTINGER, s. 1121.

85 BETTINGER, s. 1121, 1122; LINDSAY, s. 434, 437; BENDER.

86 LINDSAY, s. 434, 438.

alan adlarının kaydedilmesi, marka üzerinde sözcük oyunları yaparak bunları alan adı olarak kaydettirmek, ihlale konu alan adını tıklanma yoluyla kar sağlanan online pazarlama sitelerinde (click-through website) kullanma pek çok davada md 4 8b9 (iv)'nin ihlali olarak kabul edilmiştir.⁸⁷

B) KÖTÜ NİYETİN DİĞER GÖRÜNÜMLERİ

Düzenleme'de de belirtildiği gibi, kötü niyet halleri sınırlı sayı ilkesine tabi değildir. Düzenleme'de en sık rastlanan örneklerine yer verilmiştir. Hakem heyetlerinin de açıklığa kavuşturduğu üzere, şikâyetçi taraf başka nedenlerle de kötü niyet iddiasında bulunabilir.⁸⁸ Örneğin; karşı tarafın gerçek kimliğini saklamak amacıyla gerçeğe aykırı iletişim bilgisi vermesi, Heyet'in saptamasına engel olmak için gerçekte siteyi kaç kişinin ziyaret ettiğini gösteren sayaçları etkisiz hale getirme, şikâyetçiye ait marka adını bu gerçeği bildiği halde alan adı olarak kaydetme, hukuka uygun bir neden olmaksızın pek çok sayıda alan adını kaydetme, sözcük oyunları yaparak asıl marka ile karışıklığa sebebiyet verecek isimleri alan adı olarak kaydetme, şikâyetçiden gelen talep ve çağrılarını yanıtızsız bırakmak kötü niyetin diğer başka göstergeleri olarak kabul edilmektedirler.⁸⁹

C) KÖTÜ NİYET SAYILMAYAN HALLER

Alan adını kaydettiren kişinin iyi niyetli olduğunu gösteren haller varsa Hakem Heyeti, şikâyetçinin iddialarını reddetmektedir. Tipik bir örnek olarak; ihtilafa konu alan adının tanımlayıcı bir karakteri olduğu hallerde, Heyet şikâyetçinin talebini kabul etmemiştir.⁹⁰ Örneğin bir WIPO davasında⁹¹, ihtilafa konu alan adı 'libro.com'dur. Şikâyetçi Avusturya'da çok ünlü olan bir markaya sahip olduğunu iddia etmektedir. Karşı taraf ise savunmasında "libro" kelimesinin İtalyanca ve İspanyolca'da "kitap" anlamına geldiğini ortaya koymuştur. Ayrıca bu alan adını kaydettiren İspanyolca'da "oyun" anlamına gelen 'juego.

com' alan adını da aynı anda kaydettirdiğini belirtmiştir. Niyetinin elektronik kitaplar için bir online platform kurmak olduğunu ortaya koymuştur. Savunmasına göre, hiç kimse böyle tanımlayıcı isimler üzerinde münhasır hak iddia edemez demıştır. Heyet bu davada kötü niyet olmadığı sonucuna varmıştır. Diğer bir davada⁹², ihtilafa konu alan adı 'travelmichigan.com'dır. Şikâyetçi, bu alan adının aslında kendi markası olduğunu ve alan adını kaydettiren tarafın kötü niyetli davrandığını iddia etmiştir. Karşı taraf savunmasında, söz konusu alan adını kaydettirmeden önce bir avukata danıştığını ve federal düzeyde markaları araştırdığını, bu iki kelimenin kombinasyonundan oluşan herhangi bir markaya rastlamadığını belirtmiştir. Heyet, şikâyetçinin, karşı tarafın markayı biliyor olması gerektiğine ilişkin iddiasını son derece geniş bulmuş ve şikâyetçinin kötü niyet iddiasını ispatlayamadığına karar vermiştir. Ayrıca ihtilafa konu alan adının hukuka uygun ticari amaçlarla kullanıldığını kabul edip şikâyetçini taleplerini geri çevirmiştir.

Hatta tanınmış bazı isimleri kaydettirmek dahi bu isimlerin tanımlayıcı karakterinden dolayı bu bağlamda kötü niyet teşkil etmeyebilir. Örneğin ünlü müzik grubu The Scorpions ile bir internet yayıncısı arasında gelişen bir davada⁹³, şikâyetçi taraf olan müzik grubu kendilerine ait olan "Scorpions" markasını karşı tarafın, kendilerine ticari yönden zarar vermek amacıyla alan adı olarak kaydettirdiğini iddia etmişlerdir. Ancak karşı taraf, söz konusu "Scorpions" (Akrepler) sözcüğünün bir hayvan türü için kullanıldığını ayrıca etik kurallara uygun davranmayan kimseleri tanımlamak için kullanıldığını belirtmişlerdir. Heyet kararında, kendisinden şikâyetçi olunan tarafın şikâyetçiyi rahatsız etme, ona zarar verme yolunda bir niyetinin olduğuna dair delil olmadığı sonucuna varmıştır.

İhtilafa konu alan adının, bu alan adını kaydettiren kişinin gerçek adı veya takma adı olduğu ama aynı zamanda da çok iyi bilinen, popüler bir isim olduğu davalar da vardır. Bu durumda Heyet, muhtemel ihlal hallerine dikkat etmelidir.

87 BETTINGER, s. 1122, 1123; LINDSAY, s. 434, 440, 443; BENDER.

88 LINDSAY, s. 364, 365.

89 BETTINGER, s. 1125, 1126, 1127; BENDER; RODHAIN (Part III); KING, s. 293, 294.

90 BETTINGER, s. 1127.

91 LIBRO AG v. NA Global Link Limited [2000] WIPO Case D 2000-0186

92 Michigan Economic Development Corporation v Paul W. Steirnorth Construction, Inc. [2000] Administrative Panel Decision Under the ICANN Uniform Domain Name Dispute Resolution AF-0262.

93 Scorpions Musikproductions und Verlagsgesellschaft MBH v. Alberta Hot Rods [2001] WIPO Case D2001-0787.

Yine Heyet'in kabulüne göre, eğer kendisinden Şikâyetçi olunan taraf internette hukuka uygun olarak Şikâyetçinin ürünlerinin satışını gerçekleştiriyorsa ve Şikâyetçinin iş yaşamına zarar vermek, rahatsız etmek gibi bir niyeti yoksa bu durumda kötü niyetin olmadığını kabul etmektedir. Dahası eğer kaydedilip kullanılan alan adı eleştiri yapmak, parodi veya bilgi vermek gibi kanunen izin verilmiş amaçlar için yapılıyorsa, Heyet bu kullanımları iyi niyetli kullanımlar olarak kabul etmektedir. Bir yazarın da vurguladığı gibi amaç, marka sahibi ile alan adını elinde bulunduran kişinin menfaatlerini dengelemektir.⁹⁴

SONUÇ

Alan adları sistemi öncelikli olarak sayılar ve noktalardan oluşan karmaşık sistemi kolaylaştırmayı amaçlıyordu. Bu amaç zaman içinde alan adlarının daha da ticarileşmesiyle daha farklı boyutlara taşınmıştır. Alan adlarının son derece yüksek olan ekonomik değerleri onların yegane olmasından kaynaklanmaktadır. Aynı marka adı birden fazla ülkede, birden fazla ürün grubu için kullanılabilirken, alan adları uluslararası bir nitelik taşır ve her bir alan adı ancak bir kiři tarafından kaydedtirilebilir. Bazı yatırımcılar bu imkanı erken görmüş ve alan adları ihlallerine yol ačan eylemlerde bulunmuşlardır. UDRP Düzenlemesine göre, kötü niyetin varlığına hükmedebilmek için UDRP Düzenlemesi md 4 (a)'da sayılan tüm koşulların yerine gelmiş olması gerekir. md 4 (a)

(iii) gereğince, Şikâyetçinin kötü niyetin hem kayıt hem de kullanım anında var olduğunu kanıtlanması gerekir. Doktrinde Düzenlemenin bu yaklaşımı hayli eleştirilse de, düzenleyici bu konuda katı durmakta ve bu alanda bir değişim yapmayı reddetmektedir. Kötü niyete hükmedebilmek için bu ihlali hem kayıt hem de kullanım esnasında aranmanın haksız sonuçlar doğurabileceği endişesi vardır. Çünkü bazı davalarda ilk kayıt iyi niyetli yapılmış olsa dahi zaman içinde bu değişmiş olabilir ve kötü niyetle kullanılıyor olabilir ya da tam tersi bir durum gerçekleşmiş olabilir. Bu hallerde ortada açık bir kötü niyet olduğu hallerde dahi, UDRP sistemi aksi kararlar alabilmektedir. Bu durumda izlenecek en uygun yol, UDRP düzenleyicisini Düzenleme'de bu değişikliği yapmaya ikna etmek olmalıdır, haksız olabilecek sonuçlardan kaçınmak için, kötü niyetin varlığına hükmedebilmek amacıyla kötü niyetin yalnızca kayıt anında ya da yalnızca kullanımda olması yeterli sayılmalıdır.

Heyet kararlarının derinlemesine incelenmesinden sonra ulaşılan temel sonuç, her bir davanın somut koşullarına göre hareket edilmesi gerektiğidir. Bir eylem ilk bakışta kötü niyetli gibi görünse dahi, o somut olay içinde aslında iyi niyet taşıyan bir eylem de olabilir. Bu sebeple Heyetler, kötü niyetin varlığına hükmederken dikkatli olmalıdırlar ve her bir olayın istisnai koşullarını iyi değerlendirmelidirler. Kararların da ortaya koyduğu gibi, alan adlarına dair ihlali gösteren tek bir standart kural koymak gerçekeçi değildir. Sonuç olarak Heyetler kararlarını verirken eleştirel olmalılar ve mümkün olan her bir açıdan konuyu değerlendirmelilerdir.

94 GREENFIELD, Neal S./ DEUTSCH, Sarah, "The U.S. Anticybersquatting Consumer Protection Act", Lisa E. Cristal and Neal S. Greenfield, **Trademark Law and the Internet**, INTA Publication, 2. Basım, New York, 2001, s. 250, 251, 252, 253.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Anonim Yazar, "Analysis of Key UDRP Issues", 2000, **The Berkman Center for Internet & Society**, <<http://cyber.law.harvard.edu/udrp/analysis.html#rights>> (erişim tarihi 20 Temmuz 2011)
- BENDER, Amy, **Division 3: Bad Faith**, 2002 <<http://cyber.law.harvard.edu/udrp/opinion/btext.html>> (erişim tarihi 5 Temmuz 2011)
- BETTINGER, Torsten, "The Domain Name System and the Procedures and Policies for the Registration of Domain Names" and "Alternative Dispute Resolution", Torsten Bettinger, **Domain Name Law and Practice**, Oxford University Press, New York, 2005.
- Bylaws For Internet Corporation for Assigned Names and Numbers**, 2011 <<http://www.icann.org/en/general/bylaws.htm>> (erişim tarihi 20 Haziran 2011)
- CHAMRIA, Ravi, **Domain Name in Bad Faith or Intent?**, <<http://ezinearticles.com/?Domain-Name-in-Bad-Faith-or-Intent?&id=87836>> (erişim tarihi 16 Haziran 2011)
- CHICOINE, Caroline G., "Domain Name Governance", Lisa E. Cristal and Neal S. Greenfield (eds), **Trademark Law and the Internet**, 2. Basım, INTA Publication, New York, 2001.
- CHIK, Warren B., "Lord of Your Domain, but Master of None: The Need to Harmonize and Recalibrate The Domain Name Regime of Ownership and Control", **International Journal of Law and Information Technology**, 2008, Cilt: 16 Sayı: 1.
- CLARKE, Osborne, **A Practical Guide to E-commerce and Internet Law**, 1. Basım, ICSA Publishing 2002.
- Final Report- New Top Level Domains of National Importance, Norwegian Ministry of Transport and Communications**, 2011.
- GREENFIELD, Neal S., "Trademark Dilution", Lisa E. Cristal and Neal S. Greenfield, **Trademark Law and The Internet**, INTA Publication, 2 Basım, New York, 2001.
- GREENFIELD, Neal S./ DEUTSCH, Sarah, "The U.S. Anticybersquatting Consumer Protection Act", Lisa E. Cristal and Neal S. Greenfield, **Trademark Law and the Internet**, INTA Publication, 2. Basım, New York, 2001.
- Have a Problem? Dispute Resolution Options** <<http://www.icann.org/en/dispute-resolution/#udrp>> (erişim tarihi 23 Haziran 2011)
- HEDLEY, Steve, **The Law of Electronic Commerce and The Internet in The UK and Ireland**, 1. Basım, Cavendish Publishing Limited, 2006.
- KING, Stacey H., "Trademarks, Domain Names, and the Uniform Dispute Resolution Policy", Lisa E. Cristal and Neal S. Greenfield, **Trademark Law and The Internet**, INTA Publications, 2. Basım, New York, 2001.
- LEVINE, Gerald M, **Disrupting the Business of a Competitor**, 29 Ocak 2011, <<http://udrpcommentaries.wordpress.com/2011/01/29/disrupting-the-business-of-a-competitor/>> (erişim tarihi 21 Temmuz 2011)
- LINDSAY, David, **International Domain Name Law ICANN and the UDRP**, Hart Publishing, 2007.
- LIPTON, Jacqueline, "Bad Faith in Cyberspace: Grounding Domain Name Theory in Trademark, Property and Restitution", **From the Selected Works of Jacqueline D Lipton**, 2009, <http://works.bepress.com/jacqueline_lipton/8> (erişim tarihi 16 Haziran 2011)
- MOORE, Mairead, "Cybersquatting: Prevention Better Than Cure?", 2009, **International Journal of Law and Information Technology**, Cilt: 17 Sayı: 2 220
- OLSEN, John R/ MANIATIS, Spyros M. / WOOD, Nicholas/ LOVERDOU, Tina / ZOGRAFOS, **Domain Names**, Sweet and Maxwell, London, 2007.
- PIZZALOE, Antonella Giulia, "Internet Governance- Analysis of technological and regulatory assumptions, of theoretical principles, of historical development and goals", **NEXA Center for Internet & Society**, 2012 <<http://nexa.polito.it/nexafiles/Internet%20Governance.pdf>> (erişim tarihi 19 Şubat 2012)
- RHEIN, Eberhard, "Reverse domain name hijacking: analysis and suggestions", 2001, **European Intellectual Property Review**, 557.
- RODHAIN, Philippe, **UDRP Does Not Apply To Bad Faith Domain Name Renewals: Part I**, CircleID, 12 Mart 2003, <http://www.circleid.com/posts/print/udrp_does_not_apply_to_bad_faith_domain_name_renewals_part_i/> (erişim tarihi 16 Haziran 2011).
- RODHAIN, Philippe, **UDRP Dilemma In Proving Bad-Faith Domain Registrations - Part III**, CircleID, 08 Temmuz 2003, <http://www.circleid.com/posts/print/udrp_dilemma_in_proving_bad_faith_domain_registrations_part_iii/> (erişim tarihi 16 Haziran 2011)
- RUTTER, Jenni, "Online Use of Trade Marks and Domain Names", Chris Reed and John Angel (eds), **Computer Law**, 6. Basım, Oxford University Press, 2007.
- Second WIPO Internet Domain Name Process, The Recognition of Rights and the Use of Names in the Internet Domain Name System, Report of the Second WIPO Internet Domain Name Process**, 2001, <<http://www.wipo.int/amc/en/processes/process2/report/html/report.html>> (erişim tarihi 24 Haziran 2011)
- TAYLOR, David/ SEAGER, Jane, **Bad faith registration and use under the UDRP: cumulative... or not?**,

Globe Business Publishing Ltd, 28 Eylül 2010, <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4531ec6b-1766-487c-9707-7186e989aeb5>> (erişim tarihi 07 Temmuz 2011)

"Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy", 1999, **Internet Corporation for Assigned Names and Numbers**, <<http://www.icann.org/en/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>> (erişim tarihi 27 Haziran 2011).

WOODARD, Elizabeth C, "The UDRP, ADR, and Arbitration: Using Proven Solutions to Address Perceived Problems with the UDRP", 2009, **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Cilt: 19 Kitap: 4 1169

ESERDE KULLANILAN DAVALAR

Telstra Corporation Limited v. Nuclear Marshmallows [2000] WIPO Case D2000-0003

Teradyne, Inc. v. 4Tel Technology [2000] WIPO Case D2000-0026

LIBRO AG v. NA Global Link Limited [2000] WIPO Case D 2000-0186

MatchNet plc. v. MAC Trading [2000] WIPO Case D 2000 - 0205

Michigan Economic Development Corporation v Paul W. Steinorth Construction, Inc. [2000] Administrative Panel Decision Under the ICANN Uniform Domain Name Dispute Resolution AF-0262.

Mission KwaSizabantu v. Benjamin Rost [2000] WIPO Case D2000-0279

Dow Jones & Company, Inc. Dow Jones LP v The Hephzibah Intro-Net Project Limited [2000] WIPO Case D2000-0704.

Smart Design LLC v. Carolyn HughesS [2000] WIPO Case D2000-0993, Substance Abuse Management, Inc. v. Screen Actors ModesI [sic] International, Inc. (SAMI) [2001] WIPO Case D2001-0782

Ahmanson Land Company v. Save Open Space and Electronic Imaging Systems [2000] WIPO Case D2000-0858

Magnum Piering, Inc. v. The Mudjackers and Garwood S. Wilson, Sr. [2000] WIPO Case D2000-1525

Compusa Management Company v. Customized Computer Training [2000] The National Arbitration Forum Case FA0006000095082

Scorpions Musikproductions und Verlagsgesellschaft MBH .v. Alberta Hot Rods [2001] WIPO Case D2001-0787.

Two Systems Enterprises Co, Ltd v Sonie's Creastions [2001] WIPO eRes Case No AF-0911

MADRID 2012, S.A. v. Scott Martin-MadridMan Websites [2003] WIPO Case D2003-0598

PAA Laboratories GmbH v. Printing Arts America [2004] WIPO Case D2004-0338

Sprunk-Jansen A/S v. Chesterton Holdings [2006] WIPO Case D2006-1080

Octogen Pharmacal Company, Inc. v. Domains By Proxy, Inc. / Rich Sanders and Octogen e-Solutions [2009] WIPO Case D2009-0786

A. Nattermann & Cie. GmbH and Sanofi-aventis v. Watson Pharmaceuticals, Inc. [2010] WIPO Case D2010-0800