

**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK**

SINAI HAKLARDA AYIRT EDİCİ NİTELİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Şerife ŞAHİN

Danışman
Yrd.Doç.Dr. Beşir Fatih DOĞAN

Kırıkkale - 2009

ÖZET

Ayırt edici nitelik marka hukukunda hem bir fonksiyon, hem de zorunlu bir unsurdur. Markanın ayırt edicilik fonksiyonu sonucu tüketiciler almak istedikleri mal veya hizmetleri başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edebilirler. Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için öncelikle bu işaretin bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli, yani soyut ayırt edici niteliğe sahip olması gerekir. Bununla birlikte, marka olarak tescil edilmek istenen işaretin, hangi mal ve hizmetler için tescili talep ediliyor ise, o mal ve hizmetler için somut ayırt edici güce sahip olması gerekir. Somut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler kullanım yolu ile de ayırt edici nitelik kazanabilir. Tez çalışmamızda, önce genel olarak ayırt edici nitelik incelendikten sonra, somut ve soyut ayırt edici nitelik kavramları ve marka çeşitleri ve ayırt edici nitelikle ilgili kavramlar ele alınmıştır. Ayırt edici nitelikle ilgili bu kavramlar incelendikten sonra TPE tarafından hazırlanan ve TBMM AB Uyum Komisyonunca kabul edilen ve alt komisyonda görüşülmesine devam edilen Markalar Kanunu Tasarısının getirdiği yeniliklere tez konumuzla ilgili olduğu ölçüde değinilmiştir.

1995 yılında yürürlüğe giren Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, fikri ve sınai mülkiyet sistemimize yeni kavramlar ve yeni uygulamalar getirmiştir. Buna göre, bir tasarımın hukuken korunması için yeni olmasının yanında ayırt edici olması da gerekmektedir. Ayırt edici nitelik tasarım hukukunda önemli bir konu olduğu kadar, üreticilerin çoğunun bu kavrama yabancı olması ve kavram hakkında yanlış algılar oluşması nedeniyle uygulamada en sık sorunla karşılaşılan alanlardan biridir. Bu nedenle, tez çalışmamızın ikinci bölümünde tasarım hukukunda ayırt edici nitelik konusu ele alınmıştır.

ABSTRACT

The distinctive property in the law of trade mark is both a function and an obligatory element. As a result of the trade mark's distinctive function, the consumers may distinguish the goods and the services they wish to purchase from the goods and services of the other enterprises. So as a sign to be officially registered as a trade mark, primarily, this sign must be suitable for distinguishing the goods and the services of an enterprise from the other enterprise's goods and the services, that is to say, it must have an abstract distinctive property. Moreover, the sign, which is requested to be officially registered for the specific goods and services, must have a concrete distinctive power for those goods and services. The signs that do not have a concrete distinctive power may gain by way of use a distinctive property. In our thesis study first, after the distinctive property is examined generally, the concepts of abstract and concrete property, and varieties of trade mark, and the concepts regarding the distinctive property are discussed. After the concepts regarding the distinctive property are examined, the innovations, which are introduced by a Bill on Trade Marks Act, prepared by Turkish Patent Institute, accepted by TGNA EU Harmonization Commission, continued to be discussed in the sub-commission, are referred to the extent that they are associated with our thesis subject.

Decree Law No: 554 concerning Protection of Industrial Design Rights, which took effect in 1995, introduced new concepts and applications to our system of intellectual and industrial property. Accordingly, in order to protect a design judicially it must be new as well as distinctive. Though the distinctive property being an important matter in the design law, as most of the consumers do not know this concept and as misperceptions concerning the concept are constituted, this is one of the areas, in which problems are encountered in the application the most frequently. Therefore, in the second part of our thesis study the distinctive property in design law has been discussed.

KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “Sınai Haklarda Ayırt Edici Nitelik” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.”

01/10/ 2010

Şerife ŞAHİN

İmza

KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Şerife ŞAHİN tarafından hazırlanan Sınai Haklarda Ayırt Edici Nitelik adlı tez çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak oybirliği / oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Başkan

Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Üye

Yrd. Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN

(Danışman)

Üye

Yrd. Doç. Dr. Hayri BOZGEYİK

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA AYIRT EDİCİ NİTELİK

1. GENEL OLARAK MARKA KAVRAMI VE ÖNEMİ	2
--	---

1.1. Markanın Gelişimi, Tanımı ve Unsurları	2
---	---

1.1.1. Marka Hukukunun Gelişimi.....	2
--------------------------------------	---

1.1.2. Markanın Tanımı.....	4
-----------------------------	---

1.1.3. Markanın Unsurları.....	7
--------------------------------	---

1.1.3.1 Çizimle Görüntülenebilen İşaret Unsuru.....	8
---	---

1.1.3.2. Benzer Şekilde İfade Edilebilen İşaret Unsuru	9
--	---

1.1.3.3. Ayırt Etme Unsuru.....	9
---------------------------------	---

1.2. Markanın Fonksiyonları.....	12
----------------------------------	----

2. MARKA TÜRLERİ VE MARKANIN BENZER İŞARETLERDEN AYIRT EDİLMESİ	14
--	----

2.1. Marka Türleri	14
--------------------------	----

2.1.1. Amaca Göre Marka Türleri.....	14
--------------------------------------	----

2.1.2. Ticaret Markası.....	15
-----------------------------	----

2.1.3. Hizmet Markası.....	15
----------------------------	----

2.2. Tescil Edilmiş Olup Olmama Yönünden Marka Türleri.....	15
---	----

2.3. Tanınmış Olup Olmama Yönünden Marka Türleri.....	16
---	----

2.3.1. Alalâde Marka.....	16
---------------------------	----

2.3.2. Tanınmış Marka.....	17
----------------------------	----

2.3.2.1. Uluslar arası Hukuk Bakımından Tanınmış Marka	20
--	----

2.3.2.2. 556. sayılı MarkKHK Bakımından Tanınmış Marka.....	23
2.4. Marka Sahibi Yönünden Marka Türleri	24
2. MARKANIN BENZER İŞARETLERDEN AYIRT EDİLMESİ.....	26
3. MARKA HAKKININ KAZANILMASI	26
3.1. Tescil İle Kazanma.....	26
3.1.1. Tescil Edilmesi Zorunlu İşaretler	26
3.1.2. Tescil Edilemeyecek Olan İşaretler	27
3.1.3. Tescil Edilmemiş Olan İşaretler	29
3.2. Kullanma İle Kazanma.....	30
4. MARKA HUKUKUNDA AYIRT EDİCİ NİTELİK.....	31
4.1. Genel Olarak Ayırt Edicilik Unsuru	31
4.2. Soyut Ayırt Edici Nitelik	32
4.2.1. Genel Olarak Soyut Ayırt Edicilik	32
4.2.2. Soyut Ayırt Edici Niteliği Bulunan İşaretler	34
4.2.2.1. Kelimeler	35
4.2.2.1.1. AD	37
4.2.2.1.2. Ticaret Unvanı.....	41
4.2.2.1.3. İşletme Adı.....	42
4.2.2.1.4. Reklam Sloganları.....	43
4.2.2.1.5. Yabancı Sözcükler.....	46
4.2.2.2. Şekiller.....	47
4.2.2.2.1. Fotoğraf.....	48
4.2.2.2.2. Resim	49
4.2.2.2.3. Logo	49
4.2.2.2.4.Çizgiler ve Geometrik Şekiller	50
4.2.2.3. Sayılar	50

4.2.2.4. Harfler	51
4.2.2.5. Renkler	52
4.2.2.6. Kokular	55
4.2.2.7. Sesler	58
4.2.2.8. Üç Boyutlu İşaretler	60
4.2.2.9. Hareketli İşaretler	63
4.2.3. Soyut Ayırt Edici Niteliğin Bulunmamasının Sonuçları	66
4.2.4. Soyut Ayırt Edici Niteliği Bulunmayan İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanması	67
4.3. Somut Ayırt Edici Güç	68
4.3.1. Genel Olarak Somut Ayırt Edici Güç	68
4.3.2. Tescilli Diğer Markalar Karşısında Ayırt Edici Nitelik	69
4.3.3. Somut Ayırt Edici Niteliği Bulunmayan Markaların Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanması	70
4.3.3.1. Kullanım Sonucu Ayırt Edici Gücün Kazanmanın Şartları	72
4.3.3.1.1. Tescil Tarihinden Önce Kullanılmış Olma	72
4.3.3.1.2. Ayırt Edici Nitelik Kazanma	76
4.4. KHK m. 8/3 Anlamında Ayırt Edici Nitelik	80
4.4.1. Koruma Konusu Tescilsiz İşaretler	81
4.4.2. Koruma Şartları	82
4.4.3. Tescilsiz Bir İşaret	82
4.4.4. İşaretin Ayırt Edici Nitelik Kazanmış Olması	82
4.4.4.1. Genel Olarak	83
4.4.4.2. Kullanım Sonucu Kazanılan Ayırt Edici Nitelikten Farkı	83

İKİNCİ BÖLÜM

TASARIM HUKUKUNDA AYIRT EDİCİ NİTELİK

1. TASARIM KAVRAMI.....	85
2. TESCİLLİ TASARIMLAR	90
3. TESCİLSİZ TASARIMLAR	94
4. TASARIMLARIN KORUNMASI.....	95
5. TASARIMDA AYIRT EDİCİ NİTELİK	98
6. TASARIMLARIN ULUSLARARASI KORUNMASI.....	105
6.1. Paris Antlaşması.....	105
6.2. Bern Sözleşmesi	106
6.3. La Haye Sözleşmesi	107
6.4. Locarno Sözleşmesi	107
6.5. TRIPs	107
SONUÇ	108
KAYNAKÇA	110
ÖZGEÇMİŞ	118

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz/bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
CoğİşKHK	: 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
EndTasKHK	: Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
HD	: Hukuk Dairesi
ICSID	: Uluslar arası Endüstriyel Tasarım Topluluk Konseyi
IDSA	: Amerikan Endüstriyel Tasarımcılar Derneği
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
m.	: madde
MarKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
Paris Sözleşmesi	: Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin 20.03.1983 tarihli Paris Sözleşmesi

R.G.	: T.C. Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması)
TSN	: Ticaret Sicili Nizamnamesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Tüzük	: Topluluk Markaların ilişkin Konsey Tüzüğü
vd	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yönerge	: Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerin Markalarına İlişkin Hukukların Uyumlaştırılmasına Dair Konseyin Birinci Yönergesi
WIPO	: World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)

GİRİŞ

Günlük hayatta sıkça kullanılan markalar ve tasarımlar birer sınai mülkiyet hakkı olarak hem ekonomik hem de sosyal hayatta çok önemli yer işgal eder. Üretim ve pazarlamada marka ve tasarımlar çok güçlü ekonomik unsurlardır. Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de markaların ticari hayattaki yeri ve önemi giderek artmaktadır. Marka, alıcılar için satın aldığı malın içeriğini yansıtan, kalitesini garanti eden bir işarettir. Satıcı ya da üretici işletme için ise marka ürünün tanınmasında ve bu yolla tercih edilmesinde önemli bir araçtır.

Tasarımlar da markalar yanında ürünlerin piyasa değerinin belirlenmesinde önemli role sahiptir. Tasarımların ekonomide giderek artan önemi karşısında tasarım hukuku da uygulama alanı giderek artan bir hukuk dalı haline gelmiştir. Sınai haklarda ayırt edici nitelik hem bir fonksiyon hem de bir özelliktir. Ayırt edicilik sınai hakların yapısında bulunması gerekli olmazsa olmaz bir yapıtaşı gibidir.

Marka hukukunda ayırt edici nitelik soyut ve somut ayırt edicilik ayırımı esas alınarak ele alınmıştır. Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için marka olma niteliğine sahip, dolayısıyla ayırt edici niteliğe sahip olması gerekir. Diğer bir anlatımla ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler marka olarak tescil edilemezler. İşaretin ayırt edici niteliğe sahip olması soyut ayırt ediciliktir. Ayırt edicilikle ilgili bir diğer kavram somut ayırt ediciliktir ki, somut ayırt edicilik kavramı marka olarak tescil edilme niteliğine sahip bir işaretin ilgili mal ve hizmetler ile diğer mal ve hizmetleri birbirinden ayırt edebilme özelliğidir. Biz bu çalışmamızda, ayırt edicilikle ilgili kavramları kısaca ele aldık.

Çalışmamız, giriş ve sonuç bölümü dışında iki ana bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde ve devamında, marka kavramının oluşumu, marka hukukuna ilişkin ulusal ve uluslar arası mevzuatın gelişimine kısaca değinilmiştir. İlk bölümde, markanın tanımı ve unsurları, markanın türleri ve fonksiyonları konularında kısa değerlendirmeler yapılmıştır. Devamında marka hukukunda ayırt edicilik kavramı, soyut ve somut ayırt edicilik ve kullanım neticesinde kazanılan ayırt edicilik konuları incelenmiştir. İkinci bölümde tasarım kavramı, tescilli ve tescilsiz tasarımlara kısaca değinilmiş ve tasarım hukukunda ayırt edicilik kavramı ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA AYIRT EDİCİ NİTELİK

1. GENEL OLARAK MARKA KAVRAMI VE ÖNEMİ

1.1. Markanın Gelişimi, Tanımı ve Unsurları

1.1.1. Marka Hukukunun Gelişimi

İnsanlığın başlangıcından bugüne kadar geçen binlerce yıllık süre içinde insanlar, sürekli olarak daha iyi olanaklara sahip olabilmek ve daha iyi yaşam koşulları yaratabilmek için yeni ürünler üretmek veya mevcut ürünleri geliştirmek için çaba sarf etmişlerdir.

MÖ. 4000’li yıllara ait eski Mısır kartuşlarında anıt mezarların inşaatını yaptıran firavunların adlarının yazılı olduğu görülmektedir¹. Antik Çağda yapılmış çanak çömlek, araç ve gereçler üzerinde de bunları yapan sanatçıların isim ve inisiyallerine rastlanmaktadır². Ortaçağa gelindiğinde ise, derebeyliklerin, krallıkların esnaf cemiyetlerinin ve şehir devletlerinin kendilerini bayrak ve flamalarla tanıttığı görülmektedir³. Ortaçağda esnaf ve zanaatkarların mesleklerini icra edebilmeleri için bir locaya üye olmaları gerekiyordu. Avrupa’daki bu locaların markaların oluşmasında rol oynadığı bilinmektedir.

Sanayi devrimiyle birlikte sınai haklar kavramının gelişmesiyle, bu alanda hukuki düzenlemeler yapılması ihtiyacı doğmuştur. Ekonomilerin büyüyen üretim kapasiteleri ve dağıtım kanallarının çeşitlenerek çoğalması üreticilerin ortaya koyduğu ürünlerin birbirinden gerektiği gibi ayırt edilebilmesine duyulan ihtiyacı eskisine nazaran daha önemli bir konuma oturtmuştur.

Marka genel olarak, bir işletmenin mal ve hizmetlerini bir başka işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırmaya yarayan işarettir. Bu nedenle marka ticari hayatta çok önemli bir yere sahiptir.

¹ OYTAÇ, Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul, 2002, s. 1.

² YILMAZ, A. Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2008, s. 3.

³ TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2004, s. 333.

Sınai mülkiyet hakları tüm Dünya’da ve ülkemizde de kanunlar ve kanun hükmünde kararnamelerle koruma altına alınmıştır. Türkiye’de markalara ilişkin ilk düzenleme 1288 tarihli Alameti Farika Nizamnamesi ile yapılmıştır. Nizamname, 1304 tarihli “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname” ile yürürlükten kaldırılmıştır. 1304 tarihli Nizamname, 1965 tarihli 551 sayılı Markalar Kanunu’nun kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır. 304 tarihli Nizamname, markanın tescilinden önce incelenmesi esasını benimsemiş olup, Fransız Kanunu’ndan alınmıştır.⁴ Türkiye’nin taraf olduğu uluslar arası anlaşmalar⁵ 1304 tarihli Nizamname’nin günün ihtiyaçlarına yanıt verememesine neden olmuştur. Bu tarihlerden itibaren, markalar alanında yeni düzenleme çalışmaları başlamıştır. Çalışmalar 3.3.1965 tarihinde 551 sayılı Markalar Kanunu’nun kabulü ile sonuçlanmıştır⁶.

551 sayılı Markalar Kanunu’nun kendi döneminin çağdaş düzenlemelerinden biri olduğu söylenebilir⁷. Bununla beraber, zaman içinde bu Kanun’da bazı eksiklikler ve yetersizlikler olduğu anlaşılmıştır. Bunun üzerine yeni bir Kanun Hükmünde Kararname hazırlanması çalışmalarına başlanmıştır. 1995 yılında kabul edilen ve halen yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 27.06.1995 tarihinde, 556 sayılı Markaların Korunmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’ye İlişkin Uygulama Yönetmeliği 09.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türk Patent Enstitüsü koordinatörlüğünde hazırlanan Markalar Kanunu Tasarısı Taslağının yasalastırma çalışmaları devam etmektedir. Yeni Marka Kanunu

⁴ 1304 tarihli Nizamname’de inceleme sistemi, 1955 yılında 6591 sayılı Kanun’la (R.G.27.5.1955. S. 9013) yapılmıştı. Ayrıntılı bilgi için, bkz. **ARSEVEN, Haydar**, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951, s. 4, 5; **ARKAN, Sabih**, Marka Hukuku C. I, Ankara, 1997, s. 13, 14. Türkiye’de 1871 yılından bu yana marka sicilleri mevcuttur.

⁵ O tarihler itibariyle Türkiye, Lozan Antlaşması ile 1883 tarihli Paris Mukavelenamesi’nin 1911 yılında Washington’da değiştirilen şekline katılmayı taahhüt etmiş ve 1925 yılında taahhüdünü gerçekleştirmiştir. 1930 yılında 1891 tarihli Madrid İtilafnamesi’ne katılmıştır. (Ayrıntılı bilgi için, bkz. **ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999/X, s. 256, 257.)

⁶ **ÇAMLIBEL TAYLAN, Esin**, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001 s. 24.

⁷ **ÖZSUNAY, Ergun**, 551 Sayılı Markalar Kanunu Döneminde Markalara İlişkin Bazı Önemli Sorunlar ve Markaların Korunması Hakkında KHK/556” ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları -3, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları Semineri, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No. 39, İstanbul-1995, s. 13; **ARKAN**, Marka C. I, s. 15.

Tasarısı ile 556 sayılı MarkKHK'nın kanuna dönüştürülmesi ve AB düzenlemelerine uyum amaçlanmaktadır⁸.

Şüphesiz, marka hukuku ile ilgili yapılan düzenlemeler Avrupa Birliği düzenlemeleri ve uygulamaları ile uyumlu olmalıdır. Nitekim; Türkiye, 1925 yılında Paris ve Nis Sözleşmelerine, 1997 yılında Madrid Protokolüne katılmıştır. 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının kabulüyle, bu Anlaşmanın eki durumundaki Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması da ülkemiz açısından bağlayıcı hâle gelmiştir. Bunların yanında, tüm Avrupa Birliği düzenlemelerinin de ülkemiz açısından büyük önemi bulunmaktadır. Zira, Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortak Konseyinin 06.03.1995 tarihinde aldığı 1/95 sayılı Kararı çerçevesinde, ülkemiz, bu kararın yürürlüğe girmesinden önce, ticaret ve hizmet markaları ile ilgili mevzuatını, 89/104 sayılı Direktife uygun hâle getirmeyi üstlenmiştir (1/95 sayılı Konsey Kararının 8 numaralı Eki, Madde 4(3)). Türkiye bu yükümlülüğünü, 1995 yılında çıkarılan Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK ile yerine getirmiştir. 556 sayılı KHK'nın hazırlanması aşamasında, sözü edilen direktifte yer alan düzenlemeler ile 40/94 sayılı Konsey Tüzüğünden büyük ölçüde yararlanılmıştır⁹. Yeni Marka Kanunu ile de Marka mevzuatımızın AB'ye uyumu amaçlanmaktadır. 19 Şubat 2009 tarihinde TBMM'ne sunulan tasarı, TBMM AB Uyum Komisyonunca 05.05.2009 tarihinde görüşülerek kabul edilmiştir. Tasarının alt komisyonlarda ve ana komisyonda görüşülmesi ile yasalaşma süreci devam edecektir. Çalışmamızda, yeni Markalar Kanunu'nun ayırt ediciliğe ilişkin getirdiği farklı yaklaşımdan ilgili bölümlerde kısaca bahsedilmiştir.

1.1.2. Markanın Tanımı

Marka kavramının, öğretilerde farklı şekillerde tanımı yapılmıştır. Bu konuda, ortak ve tek bir marka tanımına ulaşmak güç olduğundan, aşağıda farklı marka tanımlarına yer verilmiştir.

Türk hukukunda markanın korumasını düzenleyen 24.06.1995 tarih ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede markanın tanımı yapılmamış; sadece 5. maddede marka niteliğine sahip olabilecek işaretlerden

⁸ Türk Patent Enstitüsü internet sitesi. www.turkpatent.gov.tr

⁹ YALÇINER, Uğur, Türkiye'de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK'nın getirdikleri, Marka Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları, İTO, İstanbul 1995, s. 62.

söz edilmiştir. MarkKHK'nın 5. Maddesi Yeni Marka Kanunu'nda da herhangi bir değişikliğe uğramamış, aynen yer almıştır. Bu nedenle, marka olabilecek işaretler ve ilgili konular işlenirken MarkKHK'nın 5. Maddesine atıf yapılmış olup, Markalar Kanunu Tasarısı'nda da aynı hüküm yer aldığından atıfların aynı zamanda Tasarı'nın 5. Maddesi için de geçerli olduğunu belirtmemiz gerekir. Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesine göre marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir¹⁰. MarkKHK'da yer alan bu tanımın, 1995 yılında taraf olduğumuz TRIP's Anlaşması'nın 15/1. Maddesi ile bu Anlaşmaya esas teşkil eden 89/104 sayılı Avrupa Topluluğu Yönergesinin 2. Maddesinden alındığı anlaşılmaktadır¹¹. 89/104 sayılı AT Yönergesi'nde doğrudan marka tanımına yer verilmemiş ancak marka olabilecek işaretler gösterilmiştir. Yönerge'ye göre; “bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer bir işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan, çizimle görüntülenebilen her türlü işaret, özellikle kişi adları, kelimeler, resimler(şekiller), harfler, sayılar, ürünün şekli ve ambalajı marka olabilir”(Yönerge m.2). Sözkonusu Yönerge baz alınarak hazırlanan TRIP's Anlaşmasının 15/1. Maddesine göre ise marka; “Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu marka olabilecektir. Bu tür işaretler, özellikle kişi adları, harfler, sayılar, mecazi unsurlar içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve ve her türlü işaret kombinasyonları, marka olarak tescil edilmek için uygun kabul edilecektir. İşaretler, ilgili mal ve hizmetleri ayırt edici özellikte olmadığı takdirde, üyeler, tescil edilebilirliği kullanım aracılığıyla kazanılan ayırt ediciliğe bağlı kılabilirler. Üyeler, tescil işleminin bir şartı olarak işaretlerin görsel olarak algılanabilir özellikte olmasını talep edebilirler”¹². Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, 556 sayılı MarkKHK'ya esas teşkil eden TRIP'S Anlaşmasının 15/1. Maddesi, ne tür işaretlerin arka korumasından faydalanabileceğini göstermektedir. Mal ve hizmetleri diğer mal ve hizmetlerden ayırt etmesi koşuluyla “herhangi bir işaret veya işaret

¹⁰ KHK'nın 5/1. Maddesine malların biçimi veya ambalajlarının ibaresi sonradan 4128 sayılı Kanun'un 5. Maddesi ile eklenmiştir (RG. 07.11.1995, S. 22456). “Ambalajlarının” ibaresi, 22.06.2004 tarih ve 5194 sayılı Kanun'la “Ambalajları” olarak değiştirilmiştir.

¹¹ **YILMAZ, Lerzan**, Marka Olabilecek İşaretler, s. 35.

¹² **YILMAZ, Lerzan**, Marka Olabilecek İşaretler, s. 36.

kombinasyonu” marka olabileceğinden, bu işaretler sınırlandırıcı olmayan bir tanımla gösterilmiştir. Bizim MarkKHK’ımızda da marka olabilecek işaretler sınırlandırılmamıştır. Bunu, 5/1. Maddedeki “gibi”, “her türlü işaret” sözcüklerinden anlamaktayız¹³.

Marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilir. Bu durumda tescilli marka, sahibine mal veya ambalaj için inhisari bir hak sağlamaz¹⁴. 556 sayılı MarkKHK’nın markalar hakkında getirdiği bu tanımda, markanın iki unsurdan oluştuğu göze çarpmıştır. Bunlardan birincisi, markanın bir işaret olması ve de bu işaretin "ayırt edici" bir nitelik arz etmesidir.

Marka, ticaret unvanı (TTK m. 41 vd.), işletme adı (TTK. m. 55) ve diğer fikri ve sınai mülkiyet hakları ile birlikte ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında yer alan maddi varlığı bulunmayan haklardan biri olup; (TTK. m.11/II) bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar (Ek ibare: 4128 -3.11.1995) gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.¹⁵

Markayı, normal bir ticari mal ya da hizmeti, ürünü, nesneyi ya da kişiyi değerinden kat be kat pahalı yapmaya yarayan bir kavram, reklamı iyi yapılan ticari bir ismin aldığı şekil ve ürünün ruhu, kişiliği olarak tanımlayanlar da olmuştur.¹⁶ David OGLİY’e göre ise; “Bir marka tüketicinin ürün hakkındaki düşüncesidir.”

Amerika Pazarlama Derneği’nin yaptığı marka tanıma göre ise; “Marka, bir satıcı veya satıcı grubunun ürün ve hizmetlerini tanımlamayı ve rakiplerinden ayırttırmayı amaçlayan bir isim, bir terim işaret, sembol veya tasarımıdır.”¹⁷

¹³ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 340.

¹⁴ “**DİRİKKAN, Hanife**, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003, s. 5.

¹⁵ Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname No:556, RG. 27.06.1995, S. 22326. Bu KHK, 4128 sayılı Kanun (RG,7.11.1995, S. 22456) ve 5194 sayılı kanunla (RG, 26.6.2004,S.25504) değiştirilmiştir.

¹⁶ <http://www.ppr.com.tr/marka/example-inline.html>

¹⁷ <http://www.danismend.com/konular/pazarlamayon/MARKA%20DEGERI%20VE%20BILESENLERI.htm>

1.1.3. Markanın Unsurları

556 sayılı MarkKHK'daki tanıma göre marka iki unsur içermelidir: Birincisi, çizimle görüntülenebilir veya benzer biçimde ifade edilebilen bir işaretin varlığı, ikincisi bu işaretin ayırt edici nitelikte olmasıdır¹⁸. Markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan, özgün ve karakteristik unsur, markanın esas unsuru olup, ona bağlı ve onunla ilişki içindeki diğer unsurlar yardımcı unsurdur¹⁹. Ayırt ediciliği olan ve markada bulunması zorunlu olan esas unsur; tek bir sözcük, yazı, resim, şekil, renk ve bunların oluşturduğu bir kompozisyon olabilir²⁰. Markada baskın unsur ayırt edici olduğu takdirde, kural olarak karıştırma tehlikesi yoktur²¹. Markanın ayırt edici unsuru baskın olmasına rağmen, malın ambalajının taklit edilmesi durumunda toplu intiba önem taşımaktadır²².

Yargıtay, 11. HD. 02.11. 1999 tarih ve E.1999/4005, K.1999/8651 sayılı kararında, markanın anlamsal, görsel ve işitsel yönden incelenmesi gerektiği; markaların toplu olarak değerlendirilmesi gerektiği, bileşik sözcüklerin ayrıştırılarak bu sözcüklerden birinin esaslı unsur kabul edilmesinin doğru olmadığı sonucuna varmıştır²³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, “Diğer taraftan, davacının “...” markasında asıl ayırt ediciliği sağlayan tek unsurun “...” sözcüğünde odaklanması, yine davacının “...” markasında da baskın unsur olarak “...” sözcüğünün yer alması ve aynı sözcüğün sonraki başvuruda “G... ibaresinden küçük de olsa” aynen yer alması

¹⁸ **KAYA, Aslan**, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 15.

¹⁹ **EPÇELİ, Sevgi**, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006, s. 54; Esas unsur doktrinde, Çekirdek –ek; Asli unsur-tali unsur; Esas unsur- yardımcı unsur gibi değişik şekillerde isimlendirilmektedir. Bu sisimler için bkz. **ARKAN**, Marka C. I, s. 78; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 373.

²⁰ **KÜÇÜKALİ, Canan**, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara 2009.

²¹ “DOMESTOS+Eğik başlı şişe şekli markasının davalının MARC markasındaki şişe şekli ile gerek genel görünüm ve bıraktığı toplu intiba gerek aynı renk etiket ve dizaynda olmasının tescilli şişe markası ile iltibasa sebep olacağı iddiasında her iki markanın da tanınmış marka olduğu, marka hakkı ihlali görülmekte ise de zarar ve zarar tehlikesinin ortaya çıkmadığını, markadaki kelime markasının, hakim durumda olup, şişe şeklinin tüketicinin tüketicinin tercihini yaparken etkili olmayacağını, temizlik malzemelerinin marketlerde alımı kısa sürelerde yapılmasına rağmen, orta seviyedeki bir alıcının Domestos yerine Marc ürününü satın almasının mümkün olmayacağını, ürünlerde tanınan ve hakim unsurun kelime markası olduğu ve davalının bu tip şişeyi taklit etmesi davacının emeğinden ve tanınmışlığından haksız ve parazit yararlanma şeklinde algılanmamalıdır”. **YASAMAN**, Hukuki Mütalaalar, İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 2002/371 E. Sayılı dosyasına vermiş olduğu 14 Nisan 2003 tarihli bilirkişi raporu, s. 174-181.

²² **KÜÇÜKALİ**, s. 70.

²³ www.kazancı.com.tr

nedeniyle doğan benzerlik, işaret ile markalar arasında genel çağrışım itibariyle bağlantı kurulabilecek türden olup, her ikisinin aynı işletmeye ait olduğu yönünde iltibasa yol açabilecek seviyededir. Burada, önceki tarihli bir markanın ayırt edici unsurunun sonraki tarihli bir başvuruda yine asli unsurlardan biri olarak yer alması ayırt edilemeyecek derecede benzerliği doğurmaktadır” diyerek markadaki asli ve yardımcı unsur kavramlarına değinmiştir²⁴.

Yargıtay 11. HD. 1.12.2000 tarih ve E. 2000/7590, K. 2000/9528 sayılı kararında; “Bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı vs. den oluşan şekil olup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa asıl unsuru markanın bütünü itibari ile bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırcılığını vurgulayan imajda aramak lazımdır.”²⁵

1.1.3.1 Çizimle Görüntülenebilen İşaret Unsuru

556 sayılı MarkKHK’ya göre çizimle görüntülenebilen bir işaret tescil edilebilir (m. 5/1). Bu hüküm, MarkKHK’ya 89/104 sayılı AT Yönergesi’nin 2. Maddesinden alınmıştır. Çizimle görüntülenebilen bir işaretin varlığı, İsviçre Markalar Hakkında Kanunda ve Alman Markalar Kanununda aranmamıştır. Alman Markalar Kanunu bu unsurdan, mutlak tescil engellerinden bahsettiği 8/1. Maddede bahsetmektedir. Alman Markalar Kanunu bu unsuru tescil hakkı ile ilgili olarak değerlendirmektedir²⁶. 556 sayılı MarkKHK’nın 5/1. Maddesinde marka tanımında aranan “çizimle görüntülenebilen işaret” unsurundan anlaşılması gereken; MarkKHK’nın 7. ve 8. maddesinde gösterilmiş olan işaretlerden olmamak kaydıyla, “çizimle görüntülenebilen her türlü işaret”tir²⁷. MarkKHK’daki işaret oldukça geniş anlamda kullanılmıştır. Mal veya hizmetleri ayırt eden “herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu” oluşturan işaretler marka oluşturabileceğinden MarkKHK’da “sayısal sınırlandırmama” kuralına sadık kalınmıştır.

²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.6.2006 tarih ve E. 2006/11, K. 2006/338. www. Kazancı.com.tr

²⁵ FMR, Y. 2, C. 2, S.1, s. 179.

²⁶ ARKAN, Marka C. I, s. 37.

²⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 339.

1.1.3.2. Benzer Şekilde İfade Edilebilen İşaret Unsuru

556 sayılı MarkKHK m. 5/1'e göre; "...ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen her türlü işaret marka olabilir. Bu ifadede yasa yapıcı çizimle görüntülenebilen işaretler dışında kalan işaretlerin de marka olarak tescil edilebileceğini belirtmek için benzer biçimde ifade edilebilen ifadesine yer vermiştir. Bu nedenle, renk ve renk kombinasyonları, ses ve koku ayırt edici nitelikte olmak ve çizime benzer şekilde ifade edilebilmek koşuluyla marka olarak tescil edilebilecektir²⁸. Renkler, marka olarak tescil edilebilecek diğer işaretlere nazaran, göze daha çok hitap eder ve özellikle otalama tüketiciler ve özellikle çocuk tüketiciler nezdinde marka algısının oluşmasında çok önemli yer tutar. Üreticiler, ürünlerinin satışını artırmak, geniş halk kitlelerinin dikkatini çekmek için ürün ambalajını hazırlarken, tüketicinin en hızlı algı ve beğenisine hitap etmeyi hedefler²⁹. Bu nedenle ürün ambalajları renklidir ve bu yolla, ürün, ambalajında kullanılan renklerle özdeşleşmektedir ve bu yolla tüketiciler tarafından daha kolay hatırlanmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 11.02.2002 tarih ve E.2002/872, K.2002/1060 sayılı kararında, markanın renk kombinasyonlarından oluşabileceğine karar vermiştir³⁰.

Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için gerekli unsurlar marka olarak tescil edilebilecek işaretler incelenirken, detaylı inceleneceğinden, burada kısaca değinmekle yetiniyoruz.

1.1.3.3. Ayırt Etme Unsuru

Markanın var olabilmesi için marka olarak seçilen işaretin ayırt edicilik özelliğinin bulunması gerekir. Marka, işletmelerin değil, işletmelerin ürettikleri malların, ayırt edici unsurudur³¹. 556 sayılı MarkKHK'nın 5. Maddesinde ayırt edicilik tarif edilmektedir. Buna göre; bir işaret, bir teşebbüsün³² malını veya

²⁸ Aynı yönde görüş için; **ARKAN**, Marka C. I, s. 37; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 340; **YASAMAN, Hamdi**, Marka Hukuku, C. I, İstanbul 2005, s. 79.

²⁹ **YILMAZ, Lerzan**, Marka Olabilecek İşaretler, s. 40.

³⁰ 11. HD., 13.12.2001, E.2001/7583, K.2001/9840, **YILMAZ, Lerzan**, Marka Olabilecek İşaretler, s. 41.

³¹ **YASAMAN**, Marka, C. I, s. 60.

³² **ARKAN**, KHK'nın 5. Maddesinde "işletme" yerine "teşebbüs" kelimesinin kullanılmasını eleştirmektedir. Yazar, KHK'nın birçok maddesinde "işletme" sözcüğüne yer verildiğini (m. 16, 18, 19, 54, 55), Yönetmelikte de işletme sözcüğünün tercih edildiğinden ileri sürmüştür. Ayrıntılı bilgi

hizmetini, diğer teşebbüslerin mal veya hizmetinden ayırt ediyorsa işaret, ayırt edicidir.

Alan Federal Mahkemesi, Bir marka, ayırt etme gücünü somut olarak, bir işletmenin mal ve hizmetini diğer bir işletmenin mal ve hizmetinden “ayırt etme aracı” olma vasfından alır. İşaret simgesel (şekil, söz, ses, koku, renk) gücü ona (markaya) ayırt etme vasfı yükler. Ayırt etme niteliği bulunmayan hiçbir işaret marka olamaz³³.

Ayırt ediciliğin belirlenmesinde malın hitap ettiği kesim ve kullanım alanı göz önünde bulundurulmalıdır. TEKİNALP, ayırt ediciliğin belirlenmesinde dört kriterden yararlanılabileceğinden söz etmektedir. Birincisi, işaretin tanımladığı ürün adına yakın olmamasıdır. Bir işaret tanımladığı ürün adından ne kadar uzaklaşırsa o nisbette ayırt edicilik kazanır³⁴. Örneğin bir fırın üreticisi, “fırın” sözcüğüne yakın ve eş anlamlı bir kelimeyi ve fırın şeklini seçer ve kullanırsa ürettiği fırının piyasadaki diğer fırınlardan ayırt edilmesini sağlayamaz. Bir işaret, tanımladığı ürün adından ve kavramından ne kadar uzaklaşırsa o ölçüde ayırt edici nitelik kazanır³⁵. Ayırt etmede ikinci kriter anlamsızlıktır. Marka olacak bir kelime günlük hayatta herkes tarafından kullanılıyor ve pek çok farklı anlamı çağrıştırıyorsa ayırt edici niteliği zayıftır. Mesela “süper”, “lüks”, “ekstra” gibi sözcükler günlük hayatta herkes tarafından kullanılmakta ve farklı anlamlar çağrıştırmaktadır. Bu gibi kelimelerin ayırt edici niteliği zayıftır. Buluntu isimler anlamsız olmasına rağmen ayırt edicidirler. Örneğin, “BİM”, “FORTİS”, “ENDİ” gibi, kelimelerin ayırt edici niteliği yüksektir.

Federal Patent Mahkemesi, bazı sözcük markalarının ürünü tanımlamadığı, ürüne ait cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, değer, coğrafi kaynak belirtmediği için, ve

için bkz. ARKAN, Marka C. I, s. 36, YASAMAN, “teşebbüs” teriminin “işletme” den daha geniş bir kavram olduğunu, markanın ticari işletmeler haricinde, kişiler ile ticari işletmeye sahip olmayan dernek, vakıf gibi kuruluşlar tarafından da alıp, kullanılabileceğini, bu bakımda KHK’da kullanılan “teşebbüs” sözcüğünün isabetle kullanılmış olduğunu söylemektedir. Bizce burada kullanılan “teşebbüs sözcüğü bilinçli bir tercih nedeniyle kullanılmış olsaydı, KHK’nın diğer maddelerinde de işletme yerine “teşebbüs sözcüğü tercih edilirdi. Ancak YASAMAN’ın isabetle belirttiği gibi, “teşebbüs” sözcüğü, “işletme” sözcüğünden daha geniş anlam ihtiva ettiğinden, bu hükümden “işletme” yerine “teşebbüs” sözcüğünün kullanılması isabetli olmuştur. Bk. YASAMAN, Marka, C. I, s. 64.

³³ FEZER, Karl-Heinz, Farmarkenschutz, Zur markenfähigkeit und Eintragungsfähigkeit von Einfarbenmarken und Mehrfarbenmarken-Zugleich eine Anmerkung zur “farbmarke gelb/schwarz”-Entscheidung des BGH, MarkenR 3/1999, s. 75; (naklen YILMAZ, Lerzan; Marka Olabilecek İşaretler, s. 46.)

³⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 345.

³⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 403.

bu sözcükler birden fazla anlam ifade ettiği için ayırt edici niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir³⁶.

Yargıtay'ın 13.01.2005 tarihli ve E.2005/3308, K.2006/6634 sayılı kararı "ima edici sözcüklere ilişkin" gerekçesi bakımından son derece isabetlidir³⁷. Kararın özeti şöyledir: "Mahkemece, "Kaymaklım" markası'nın "kaymak" kelimesinden türetildiği, üzerinde kullanıldığı "kremalı sandviç bisküvi" emtiası için, ürünün ortalama alıcıları tarafından birden çok olasılık içinden yapılacak seçme sonucunda kaymaklı bisküvi cinsi olarak algılanabileceği, bu nedenle de doğrudan tanımlayıcı işaret olarak kabulü mümkün olmayan, ima edici nitelikte bir ibare olduğundan hükümsüz kılınamayacağı görüşü benimsenmek suretiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Oysa, 30'uncu sınıf (5) inci alt gruptaki "bisküvi" emtiası yönünden, "kaymaklı" sözcüğünün halk arasında yaygın bir biçimde cins ve çeşit belirtmek için kullanıldığı, "kremalı bisküvinin" de aynı şekilde "kaymaklı bisküvi" olarak tanımlandığı, "kaymaklım" markasının bu ürün üzerinde kullanılması halinde, ortalama alıcının hiçbir zihinsel çabaya gerek kalmaksızın kolaylıkla ve doğrudan ürünün cins ve çeşidini algılayacakları açık olup, "kaymaklı" kelimesinin yanına eklenen "M" harfinin (iyelik eki) bu ibareye ayırt edici bir nitelik yüklediği kabul edilemez."

Yargıtay 11. HD'nin bu kararına göre: vasıf ve cins belirten veya bunu asli unsur olarak kullanan bir marka'yı cins belirtmekten kurtarmak için sonuna (veya başına) bir harf eklenmesi ona ayırt edici nitelik kazandırmayacaktır³⁸. Üçüncü kriter uzun zamandan beri kullanmadır. Nitekim markalar kullanımla da ayırt edici güç kazanabilirler³⁹ Ancak, bunun mümkün olması için, mutlaka marka olarak tescil

³⁶ FEZER, Karl-Heinz, Beck'sche kurz Kommentare Markenrecht, 3. Auflage, München 2001, s. 402; YILMAZ, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler, s. 47.

³⁷ YILMAZ, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler, s. 50.

³⁸ Yayınlanmamış karar. YILMAZ, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler, s. 50.

³⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 346; ÖZTEK, Selçuk, İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markalar Hukukunun Çözümlememiş Bazı Sorunları, Hukuk Araştırmaları, 1991, C. 6, S. 1-3, s. 16; ÖZTEK, bütün tanıtma işaretlerinin ayırt edici gücünün aynı olmadığını, bazı tanıtma işaretlerinin başlangıçtan itibaren büyük bir ayırt edici güce sahip olduğunu, diğer bazılarının ise çok az orijinallik arz ettiğini belirtmekte ve sık bir kullanımın veya yoğun bir reklamın, zayıf bir tanıtım işaretini ayırt edici gücü normal ve hatta kuvvetli olan bir işaret haline dönüştürebileceğine dikkat çekmektedir. Yazar, bir tanıtma işaretinin tefrik edici gücü ne kadar fazla ise, ona bahşedilen korumanın da o kadar kapsamlı ve geniş olacağını belirtmektedir.

edilebilme niteliğine sahip yani marka olabilecek bir işaret var olmalıdır. Diğer bir deyişle ancak soyut ayırt edici niteliğe haiz bir işaret kullanım yolu ile ayırt edici güç kazanabilir. Bu konu tezimizin ayırt edicilikle ilgili kısmında detaylı olarak işlendi.

Tekinalp'e göre dördüncü kriter, karıştırılma olasılığının bulunmamasıdır. Yazara göre, bir işaretin diğerleriyle karıştırılma ihtimali yoksa, bu işaret ayırt edici niteliğe sahip demektir. Ayırt edici nitelik bakımından en karmaşık alanlardan biri ilaç endüstrisinde kullanılan markalardır. Bir ilaç markası, o ilacın etkisini, bileşimini, menşeyini(hammaddesini) belirtiyorsa veya betimliyorsa ayırt edici niteliği yok demektir⁴⁰.

Ürün hammaddesinin kimyevi ve teknik adı, marka olarak seçilip kullanılamaz, çünkü bu türden adlar ayırt edici niteliğe sahip değildir ve herkesin kullanımına açıktır⁴¹.

1.2. Markanın Fonksiyonları

Markanın birçok fonksiyonu olduğu kabul edilmekle birlikte, esas itibariyle ayırt etme, menşeyi gösterme, garanti, reklam ve koruma fonksiyonu olmak üzere beş fonksiyonu vardır.

Ayırt etme bir marka için hem zorunlu bir unsur hem de bir fonksiyondur. Zira markanın asıl işlevi ayırt ediciliktir. Ayırt etme fonksiyonu ile marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt eder. Diğer bir anlatımla markanın ayırt etme işlevi, belirli bir mal veya hizmetin diğerlerinden ayırt edilmesine hizmet etmesini, mal ve hizmeti belirlemesini ifade eder⁴². Bu yolla, tüketiciler için milyonlarca ürün arasında istenen nitelik ve kalitede ürün bulmak kolaylaşır.

Marka bir mal veya hizmeti diğerlerinden ayırt ederek, mala veya hizmete kimlik kazandırır⁴³. Markanın ayırt ediciliğe sahip olması için kolayca tanınabilir olmalıdır. Kolayca tanınabilir olmayan marka karışıklığa yola açabilecektir.

⁴⁰ FEZER, Markenrecht, s. 416; (naklen YILMAZ, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler, s. 51.)

⁴¹ ÖZTEK, s. 24.

⁴² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 347.

⁴³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 352.

Bir mal veya hizmette kullanılmak üzere seçilecek marka hem diğer markalardan farklı olmalı ve hem de mal ve hizmetlerin karakteristik özelliklerini belirtmemelidir. Markanın ayırt etme özelliğinden söz edebilmek için, muhatap çevrenin işareti marka olarak algılaması gereklidir⁴⁴. Bununla birlikte marka ile ilgili çevrenin, ayırt etme iradesi de var olmalıdır. Kişi için, farklı markaların bulunduğu mallardan hangisini satın aldığına herhangi bir önemi bulunmamakta ise, malları ayırt etme iradesinin olmadığından söz edilir.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, işletmelerin mallarının veya hizmetlerinin kalitesi yolu ile müşterileri kendilerine bağlayacak konumda olmaları gerektiğini, bunun için mal veya hizmetleri ayırt etmeye yarayan markanın mevcut olması gerektiğini belirtmektedir⁴⁵. Bu amaç doğrultusunda markanın temel işlevi, marka ile işaretlenen mal veya hizmeti farklı mal veya hizmetlerden ayırt etmektir.

Markanın diğer bir fonksiyonu menşei gösterme fonksiyonu ile malın veya hizmetin hangi işletme tarafından üretildiğini veya sunulduğunu gösterir. Özellikle tanınmış markalarda bu fonksiyonun önemi daha çok ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Marka siciline tescil edilmiş bir marka, sahibine yalnız, tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili koruma sağlar. Oysa tanınmış marka sahibi, farklı mal veya hizmetler söz konusu olsa bile aynı veya benzer markanın üçüncü kişilerce kullanılmasını ve üçüncü kişiler adına tescilini engelleyebilmektedir(KHK md. 8/IV)⁴⁷.

Markaların menşe (köken) gösterme fonksiyonu, tarih içerisinde üç süreçten geçmiştir. İlk önce marka müteşebbisi, daha sonra işletmeyi göstermiş ve nihayet marka adeta malın adı olmuştur⁴⁸. Bugün markanın kaynak (menşe, köken) gösterme fonksiyonundan ziyade, ayırt etme fonksiyonu (özelliği) ön plandadır⁴⁹.

⁴⁴ **DİRİKKAN**, s. 12.

⁴⁵ **UZUNALLI, Sevilay**: Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, İzmir, 2008, s. 72.

⁴⁶ **KARAHAN, Sami**, Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat, Konya, 1996, s. 6.

⁴⁷ **NOMER, Füsün**, Tanınmış Marka: NIKE, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 485, 486.

⁴⁸ **YASAMAN, Hamdi**, Tanınmış Markalar, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın anısına armağan, İstanbul, 1978, s. 697.

⁴⁹ **YASAMAN**, Tanınmış Marka, s. 697.

Tüketici, satın aldığı malın kaliteli olmasını arzu eder. Çok fazla sayıda mal veya hizmetin kaliteleri arasında kıyas yapmak alıcılar için çok zahmetli ve zaman isteyen bir iştir ve hatta çoğu zaman imkansızdır.

Alıcıların güvendikleri işletmelerin mal ve hizmetlerini o işletmelerin markalarından tanımaları markanın garanti fonksiyonunun sonucudur.⁵⁰ Belirli bir marka mal tüketiciye belli bir kalitede olduğu güvenini veriyorsa, bu markanın güven fonksiyonunun sonucudur. Markalar ancak bu güven duygusunu koruyarak ayakta kalabilir. Bu nedenle, üretici firmalar malın bu güven fonksiyonu üzerinde titizlikle durmakta ve ürünlerinin kalitesini düşürmemeye gayret etmektedirler.

Markanın diğer bir fonksiyonu ise reklam fonksiyonudur.⁵¹ Reklam fonksiyonu da garanti fonksiyonu gibi ekonomik açıdan büyük bir öneme sahiptir. Alıcılar ilk önce ürünün markasına bakarlar. Marka ile reklam iç içe geçmiş durumdadır.

Son olarak markanın koruma fonksiyonu sonucu marka, sağlanan menfaatlardan sadece ilgili işletmenin faydalanmasını temin eder. Bir işaretin marka korumasından faydalanması marka tescilinin en önemli amacıdır. Esasen markanın hukuken korunması, marka tescilinin en önemli amacıdır. Marka hukuku alanında yapılan düzenlemelerin büyük çoğunluğu da markanın korunması amacına hizmet etmektedir.

2. MARKA TÜRLERİ VE MARKANIN BENZER İŞARETLERDEN AYIRT EDİLMESİ

2.1. Marka Türleri

2.1.1. Amaca Göre Marka Türleri

Markalar belli bir mal veya hizmette kullanılmak üzere tescil edilir. Kullanım amacına göre markalar ticaret markası ve hizmet markası olmak üzere ikiye ayrı grupta incelenebilir.

⁵⁰ **DİRİKKAN**, s. 11.

⁵¹ **YASAMAN, Hamdi**, Tanınmış Markalar, Marka Hukuku ile İlgili Hukuki Mütalaalar Birlikliği Raporları, İstanbul 2003, s. 9.

2.1.2. Ticaret Markası

Ticaret markası, 556 sayılı MarkKHK'nın Uygulama Şekline Dair Yönetmelik m.8'e göre, bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları, başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işarettir. Ticaret markası, tanımından da anlaşılacağı üzere mallar üzerinde kullanılan markalardır. Mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasında kullanılan 45 gruptan ilk 34'ü malları kapsamaktadır.

2.1.3. Hizmet Markası

Hizmet sektörünün artan önemine rağmen, marka ile ilgili ilk hukuki düzenleme ticaret markalarına yöneliktir. Hizmet markalarının uluslar arası düzeyde korunması, ilk olarak Paris Sözleşmesi'nde 1958 yılında Lizbon'da yapılan değişiklikle mümkün olmuştur⁵². Hizmet Markalarının Hukukumuzda düzenlenmesi 556 sayılı MarkKHK ile gerçekleşmiştir. 551 sayılı Markalar Kanunu m. 46'da hizmet markalarının Kanun hükümlerine tabi olmadığı belirtilmiştir. Hizmet markası, 556 sayılı KHK'nin Uygulanma Şekli Gösterir Yönetmelik m. 9'a göre, bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmenin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir. Hizmetleri tanıtmak ve ayırt etmek için kullanılan markalar hizmet markalarıdır⁵³. Mal ve hizmetlerin sınıflamasına ilişkin düzenlemede yer alan 45 sınıftan son 11'i hizmet markalarına aittir.

2.2. Tescil Edilmiş Olup Olmama Yönünden Marka Türleri

556 sayılı MarkKHK m.6'ya göre, MarkKHK ile sağlanan marka korumasından ancak usulüne uygun tescil edilen marka sahibi yararlanabilir. MarkKHK marka sahibine kapsamlı haklar tanımakta ve kapsamlı bir koruma sağlamaktadır. Bu haklardan faydalanmak isteyen marka sahibinin, MarkKHK hükümlerine uygun olarak markasını tescil ettirmesi gerekmektedir. Bu anlamda MarkKHK tarafından sağlanan korumadan faydalanmak bakımından tescil kurucu niteliktedir. Ancak bir markanın MarkKHK hükümlerine uygun tescil edilmemiş olması onun marka olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

⁵² **POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s. 306, 307; **ARKAN**, Marka C.I, s. 44.

⁵³ **YASAMAN, Hamdi**, Hizmet Markaları, Batider 1975, C.VIII, S. 1, s. 17; **ARKAN**, Marka C. I, s. 43; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 22; **POROY/YASAMAN**, s. 303.

MarkKHK'nın 6 ıncı maddesi hükmüne göre, "bu kanun hükmünde kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir" demek suretiyle marka hukukumuzda marka korumasının elde edilmesi bakımından tescil sistemi benimsenmiştir. Ancak bu hükme bazı istisnalar getirilmek suretiyle karma bir sistem oluşturulmak istenmiştir. MarkKHK'nın 8/3 (a) ve (b) hükümlerindeki hallerden herhangi biri mevcut ise yani markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden veya rüçhan tarihinden önce, bu işaret için hak elde edilmişse veya daha önceden tescil edilen işaret sahibine daha sonraki bir marka kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa, KHK m.42'ye dayanarak hükümsüzlük davası açılacaktır. Tescil istisnalarından biri de tanınmış markalardır. Ancak bu koruma sınırlı bir etkiye sahiptir. Tanınmış bir marka, -Türkiye'de tescil edilmemiş olsa bile- sahibinin izni olmadan aynı mal veya hizmet için başkasının adına tescil olunamayacağı gibi; tanınmış markanın başkası adına tescili daha önceden tescil olunan markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi dolayısıyla haksız bir yarar sağlanmasına neden olarsa veya markanın itibarına zarar verecekse, farklı mal ve hizmetler için de tescil talebi reddedilir, aksi halde hükümsüzlük davası açılabilir. Tescil edilmemiş bir işaret sahibine mutlak ve nispi red nedenlerine dayanarak itiraz etme hakkı sağlayabilir. Bunlar; tanınmış markalar, ayırt edicilik kazanmış işaretler, rüçhan hakları, önce elde edilen haklar, yasaklama hakları ve yenilenmemiş markalardır⁵⁴.

2.3. Tanınmış Olup Olmama Yönünden Marka Türleri

2.3.1. Alalâde Marka

Marka tescil edildiği anda korunmaya başlar. Tescil edilmiş bir marka, tanınmış marka özelliği kazanarak, MarkKHK'daki tanınmış markalara özgü düzenlemelere tabi olmadığı müddetçe alalade marka olarak kabul edilir. Yani, genel olarak marka korumasından faydalanan her marka alalade markadır. 556 sayılı MarkKHK ile markalara sağlanan korumadan tanınmış olsun olmasın tüm markalar yararlanır.

Marka tescil edildiğinde alalâde marka olur. Bir marka belirli bir çevre ya da bölge içinde tanınıyorsa "maruf marka" olarak adlandırılır. Bu tür markalar, belli bir ticari muhit içinde tanınan ve belli bir alıcı çevresinin dışına çıkamayan

⁵⁴ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 355, 356.

markalardır⁵⁵. Maruf marka eski kanunda yer almış idi. Maruf markadan Türkiye’de ya da Türkiye’nin bir bölgesinde veya kentinde tanınan markadır. Oysa Paris sözleşmesi anlamında “tanınmış marka”, “maruf marka”dan farklıdır⁵⁶. Marka, belirli bir çevrede tanınmışlığın dışına çıkıp yurt çapında ve hatta yurtdışına ulaştığı zaman tanınmış marka olarak kabul edilir⁵⁷. Bir tanınmış marka, belli çevreler ya da kamuda belli bir kesim dışında malı almayan malı kullanmayan ve malla hiç ilgisi olmayan kişilerce de tanınmış hale gelmişse artık çok tanınmış marka söz konusudur. MarkHKH’de tanınmış markalara özgü bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Tanınmış markalara özgü bu düzenlemeler dışında kalan ulusal ve uluslar arası mevzuat hükümleri tescil edilmiş(alalade) markalara uygulanır.

2.3.2. Tanınmış Marka

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Avrupa Topluluğu Konseyi’nin 21.12.1988 tarihli Üye Devletlerin Üye Devletlerin Markalar Hakkındaki Hukuk Kurallarının Uyumlaştırılmasına İlişkin İlk Konsey Yönergesi’nin hükümleri temel alınarak hazırlanmıştır⁵⁸. Bununla birlikte, bir topluluk markası yaratma amacıyla, 20.12.1993 tarih ve 40/94 sayılı Topluluk Markaları Hakkında Konsey Tüzüğü çıkarılmıştır. Bu Tüzük’te yer alan tanınmış markaya ilişkin hükümler, Yönerge hükümleri ile büyük ölçüde uyumludur⁵⁹. Tüzüğün amacı, Topluluk Markası yaratılmak suretiyle, Topluluğun tamamında tek ve yeknesak bir koruma sağlanmasıdır⁶⁰. Topluluk markası, üye ülkelerin sınırları dışında da etkili bir marka hakkı sağlamaktadır⁶¹. Ancak unutulmamalıdır ki, Topluluk marka hukuku, üye ülkelerin marka hukuku yerine geçmemektedir. Aksine, ulusal marka sistemleri de

⁵⁵ YASAMAN, Tanınmış Marka, s. 693.

⁵⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.384, Anm. 30; TEOMAN, maruf markanın, tanınmış marka olmadığını altını çizerek, “DORMEUİL” markasının, bu markanın ilgilileri sayılabilecek kumaş üreticileri ve tacirleri ile ekonomik durumları gereği, pahalı bir yabancı kumaştan ısmarlama elbise diktirebilecek sınırlı bir alıcı kesimi tarafından bilinen “marka” olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I Kitap 8, İstanbul 1998, s. 41.

⁵⁷ YASAMAN, Hamdi, Tanınmış Markaların Tespiti, İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklarda Güncel Sorunlar sempozyumunda verilen tebliğ, İstanbul 2007, s. 171.

⁵⁸ DİRİKKAN, s. 9.

⁵⁹ DİRİKKAN, s. 10.

⁶⁰ DİRİKKAN, s. 10.

⁶¹ Yargıtay 11. HD, 02.10.2001 tarih ve E.2001/5368, K.2001/7377 sayılı kararında; her ne kadar tanınmış bir marka Türkiye’de tescilli olmasa da Paris Sözleşmesi hükümlerine göre marka korumasından yararlanacağına karar vermiştir. Bkz. ORHAN, Ali, Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Markalar, İstanbul 2007, s. 71.

varlıklarını sürdürmektedirler. Tanınmış marka kavramı 556 sayılı MarkKHK’da tanımlanmamış, ancak tanınmış marka ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. 556 sayılı MarkKHK’dan önce de tanınmış marka kavramı hukukumuza yabancı bir kavram değildir. Nitekim, 551 sayılı Markalar Kanunu’nun “Tanınmış Markalar” başlıklı 11. Maddesine göre; “Memleketimizde tescil edilmiş olan dünya veya memleket çapında tanınmış yabancı veya yerli markaların ve benzerlerinin başka emtia için tescili, tanınmış marka sahibinin izni ile mümkündür. Birinci fıkraya aykırı olarak tescil yapılmış olması halinde, tanınmış marka sahibi ve bu yüzden zarara uğramış olan her ilgili kişi tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde tescilin terkinini talep ve dava edebilir.

Markanın tescilinde suiniyet mevcut ise terkin davası müddete bağlı değildir.” Buna göre, Türkiye’de tescil edilmiş olup da; ülke çapında tanınmış markaların⁶² sahipleri izin vermediği sürece başka mallar için tescili mümkün olmadığı gibi⁶³ her nasılsa tescil edilmiş ise tanınmış marka sahibi ile bu yüzden zarara uğramış olan her ilgili tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde tescilin terkinini talep ve dava edebilmekteydi.

Bir markanın 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde korunabilmesi için; tescil edilmiş olması (MarkKHK m. 6); Paris Sözleşmesi 1. Mükerrer 6. Madde anlamında herkes tarafından bilinen marka olması [MarkKHK 7/I (1)]; tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak, bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış olması (MarkKHK 7/II), markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce, bu işaret için hak elde edilmiş ve sahibine sonraki markanın kullanımını yasaklama hakkı veren tescilsiz bir işaret veya marka olması (MarkKHK 8/III) ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış,

⁶² Sanayi Komisyonu Raporunda, 551 sayılı Markalar Kanunu açısından tanınmış markadan söz edebilmek için, uzun ve temiz bir çalışma, fazla itina gösterme, büyük fedakarlıklara mal olan tanıtma ve bu suretle elde edilen haklı bir şöhrete sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Bk. TBMM Tutanak Dergisi 1964, C.XXVI, S. Sayısı 526, s. 23.

⁶³ 551 sayılı Markalar Kanunu ‘nun 28. Maddesinin II. Fıkrasına göre, 11. Madde anlamında tanınmış marka bulunduğu takdirde, tescil talebinin Bakanlık tarafından re’sen reddi söz konusu idi. Hatta beş yıllık süre içinde adli mahkemelerde terkin davası açılabileceği gibi, İdare’nin bu işlemi düzeltmesi için tanınmış marka sahibinin isteği üzerine İdare’nin re’sen markayı terkin edebileceği; bu talebin reddi halinde, Danıştay’a başvurulabileceği savunulmuştur. Bkz. **SAĞLAM, Adil Mehmet**, Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı (Açıklamalar- Kararlar), Ankara 1973.

toplumda belli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka (MarkKHK 8/IV) olması gerekmektedir⁶⁴.

MarkKHK'nın 7/1 maddesinin (i) bendinde; "Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesine göre tanınmış markalar" ifadesi; 8/4. Maddesinde ise "markaların toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi" ifadesi yer almıştır. Bu maddelerde bahsi geçen ifadelerden burada kastedilen şeyin belli çevrelerce tanınmış marka olduğu anlaşılıyor. Bu hükümlerde, tanınmış markaya sağlanacak koruma düzenlenirken, markanın tanımı bilinçli olarak yapılmamıştır⁶⁵. Bunun nedeni, tanınmış markaya ilişkin uygulamada ve doktrinde belirlenmiş olan koşullar bir tanım içinde yer aldığı anda, tanınmış marka kavramının büyük ölçüde daralması veya genişlemesi tehlikesinin var olmasıdır⁶⁶.

Bir markanın, tanınmış marka olarak kabul edilebilmesi, dolayısıyla daha geniş korumadan faydalanabilmesi için, bazı kriterlere sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu açıdan doktrinde, markanın tekliği, özgünlüğü, ayırt etme gücü, itibarı, tecavüz eden marka ile benzerliği, markanın kullanıldığı malların belirli bir kaliteyi temsil etmesi gibi kriterlerden söz edilmektedir⁶⁷.

Bazı ürünler örneğin gıda maddeleri tüm toplumu ilgilendiren ürünler olduğundan bu ürünler için tanınmışlık düzeyine bakarken tüm Türkiye'yi nazara almamız lazım. Bununla birlikte eğer markanın hedef aldığı kesim belirli bir kesim ya da belirli bir uzmanlar grubu ise, markanın tanınmış olup olmadığı bu alan içinde tespit edilmelidir. Kanundaki koruma yalnız çok tanınmış ya da Dünya'ca tanınmış markayı değil aynı zamanda toplumda belli bir tanınmışlık seviyesine ulaşmış markayı da kapsamaktadır.

Ülkesellik ilkesi gereği Marka ancak tescil edildiği ülke içinde korunur. Ülkesellik ilkesinin en önemli istisnası ise tanınmış markadır. MarkKHK'daki düzenlemeye göre markanın korunması için tescil edilmiş olması gerekir. Fakat eğer

⁶⁴ DİRİKKAN, s. 23.

⁶⁵ Uluslar arası düzenlemelerde de tanınmış marka kavramına yer verilmiş değildir. TRIP's 16/2, 16/3; 89/104 sayılı Yönerge 4/3, 4/4(a), 5/2; 40/94 sayılı Tüzük 8/5.

⁶⁶ DİRİKKAN, s. 88.

⁶⁷ NOMER, s. 489.

bir marka tanınmış hale gelmişse tescilsiz bir markanın sahibi de markasını Paris Anlaşmasına dayanarak koruma imkânına sahiptir.

Tanınmış markanın aynı veya benzer mallar yönünden korunması hususunda karıştırma tehlikesinin varlığı önem arz etmektedir. Karıştırma tehlikesi, tüketicilerin iki markanın temsil ettiği malları “ikame edilebilir kabul edebileceği ve malların markasının hangisi olduğunu tespit edemediği durumlarda söz konusu olur⁶⁸. Karıştırma tehlikesi, başkasının hak sahibi olduğu markanın aynen kullanılması veya toplumun karıştırmasına neden olacak biçimde benzerinin kullanılması yani iktibas veya iltibas durumunda; marka ve işaretin kullanıldığı mal veya hizmetlerin benzer olması durumunda söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, karıştırma tehlikesi korunacak markanın tanınmışlık derecesine ve ayırt etme gücüne de bağlıdır. Diğer bir deyişle, bir markanın “tanınmış marka” olarak kabul edilmesi için, ayırt edici nitelik kazanması ve toplumun ilgili kesiminde tanınmış olması gerekmektedir. Ancak, markanın tanınmış marka olarak kabul edilmesi için hangi ölçüde tanınmış olması gerektiği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, markanın tanınmışlık derecesi yönünden bazı yüzde oranlar önermektedir⁶⁹. Bazı yazarlar ise, markanın bilinme derecesi yönünden yasa koyucunun markanın herkes tarafından bilinmesinde söz etmemesine rağmen, Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddenin aradığı koşullardan daha fazlasının öngörüldüğü görüşünü savunmaktadır⁷⁰. Bir grup yazar ise, tanınmışlık derecesinin somut olayın özelliklerine göre belirlenebileceği, bunun için önceden, şematik oranlar verilemeyeceğini kabul etmektedir⁷¹. İsbetli olan bu görüş doğrultusunda tanınmış markanın somut olayın özellikleri göz önüne alınarak tespit edilmelidir.

2.3.2.1. Uluslararası Hukuk Bakımından Tanınmış Marka

Paris Sözleşmesinin 1’inci mükerrer 6’ıncı maddesine göre, sözleşmenin tarafı olan ülkeler menşe memlekette usul ve nizamına uygun tescil edilmiş olan markanın

⁶⁸ DİRİKKAN, s. 162.

⁶⁹ DİRİKKAN, s. 112.

⁷⁰ ARKAN, Marka C. I, s. 93.

⁷¹ REDANT, Stephan, Bereicherungsansprüche und starker Zeichen. Darstellung und Analyse der Entscheidungspraxis zur Verwechslungsgefahr bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges, Diss., Mainz 1977, s. 104; (naklen DİRİKKAN, s. 113.)

o surette himaye göreceğini taahhüt etmiş bulunmaktadır. 556 sayılı MarkKHK'nın 7/1(1) maddesi de buna paralel bir hüküm getirmiştir.

Paris Sözleşmesinin anılan maddesi uyarınca, Sözleşmeye üye ülkeler; tescil edildiği ya da kullanıldığı üye ülkenin yetkili otoritelerince o ülkede tanınmış olduğu kabul edilen bir markanın, karıştırılma ihtimaline sebebiyet verecek nispetteki kopyasının, taklidinin veya tercümesinin, aynı veya benzer mallar için, kendi ülkelerinde tescil edilmesi talebini reddetmeyi, eğer tescilli ise bu tescili iptal etmeyi ve kullanımını yasaklamayı taahhüt etmektedir.

Söz konusu maddeye göre, bir markanın tanınmış olarak nitelenebilmesi için Sözleşmeye üye ülkelerden birinde yetkili otorite tarafından, o marka hakkında tanınmışlık kararı verilmesi yeterli kabul edilmiştir. Paris Sözleşmesinin 1'inci mükerrer 6'ncı maddesinde öngörülen korumadan faydalanabilmek için ilgili markanın tescil talep eden ülkede tanınmasına ve tescilli olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesi'nin⁷² bir eki olan TRIP's ile fikri hakların mevcudiyeti, kapsamı ve kullanımının taraf ülkelerin tamamında yeterli standarda kavuşturularak etkin şekilde korunması hedeflenmiştir⁷³.

Paris Sözleşmesinin 1'inci mükerrer 6'ncı maddesi tanınmış marka korumasını sadece aynı ve benzer mallar için öngörmüştür. TRIP's Anlaşmasının 16/2'inci maddesiyle; Paris Sözleşmesinin 1'inci mükerrer 6'ncı maddesinin tanınmış markalara tanıdığı koruma "hizmetleri" de içine alacak şekilde genişletilmiştir. TRIP's Anlaşmasının 16/2'inci maddesinde, üye ülkelerin tanınmışlığın tespitinde, markanın "ilgili sektör"deki "bilinme düzeyi"ni nazara almaları gerektiği vurgulanmıştır. TRIP's Anlaşmasının söz konusu maddesiyle tanınmışlığın çerçevesi "ilgili sektördeki" bilinme düzeyiyle sınırlı olacak şekilde çizilmiştir. Bu durum öğretide tanınmış markanın "herkesçe bilinen "marka olduğu yönündeki yerleşik kanaati tartışmalı hale getirmektedir.

⁷² Türkiye, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nı 26.01.1995 tarihinde 4067 sayılı Kanun'la onaylamıştır; R.G. 22.08.1997, 23088 Mük. S.; Markaların Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik, R.G. 12.03.1999, S. 23637

⁷³ UZUNALLI, s. 26.

TRIP's Anlaşmasının 16/3'üncü maddesinde ise; Paris Sözleşmesinin tanınmış markaya sağladığı koruma, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlere benzer olmayan mal ve hizmetleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Fakat bu korumanın her durumda benzer olmayan mal ve hizmetleri de kapsayacağını kabul etmek uygun olmayacaktır. Paris Sözleşmesinin 1'inci mükerrer 6'ıncı maddesinin sağladığı korumanın farklı mal ve hizmetler için de geçerli olması için, tanınmış markanın menşe memlekette tescilli olmasının yanında, uyuşmazlık konusu markanın kullanımının, farklı türdeki mal ve hizmetlerle marka sahibi arasında herhangi bir ilişki olduğu izlenimi vermesi ve marka sahibinin menfaatlerinin zedelenmesi ihtimalinin bulunması gerekmektedir⁷⁴.

Sonuç olarak, TRIP's Anlaşmasının 16/3'üncü maddesi, Paris Sözleşmesiyle benzer mal ve hizmetler için sağlanan korumayı, menşe memleketinde tescilli olan ve korumanın talep edildiği ülkede tanınırlık düzeyi daha yüksek olan markalar bakımından genişletmiştir.

Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO),tanınmış marka kriterlerinin belirlenmesi amacıyla, 1999 yılında üye devletlere tavsiye niteliğinde bir karar almıştır. Bu karar doğrultusunda tanınırlığın tespitinde göz önüne alınacak kriterler şunlardır:

- Markanın ilgili sektörde tanınma ya da bilinme derecesi
- Markanın kullanılma süresi, derecesi ve coğrafi bölgesi,
- Markayı taşıyan mal ve/veya hizmetlerin, fuar veya sergilerdeki reklamlar, tanıtımlar ve sunumlar da dahil olmak üzere tüm promosyon faaliyetlerinin süresi, derecesi ve coğrafi bölgesi,
- Markanın kullanıldığını ve tanındığını gösteren tescillerin ve/veya tescil başvurularının süresi ve coğrafi bölgesi,
- Marka üzerindeki hakların başarılı bir şekilde uygulandığını gösteren kayıtlar,

⁷⁴ YILMAZ, Alper Çağrı, "Türk Marka Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri"(Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi) DPT Yayınları, Ankara 2008, s. 67.

- Ürünün markayla özdeşleşen değeri

WIPO, söz konusu kriterlerin, markanın tanınmışlığının tespitinde ön koşul oluşturmadığı, tanınmışlık kararının somut olayın özellikleri göz önüne alınarak verilebileceği, bazı durumlarda bu kriterlerin hiçbirinin uygulanmayacağı, ya da somut olaya yeni bazı kriterlerin dahi uygulanabileceğini karara bağlamıştır.

Söz konusu kararda ayrıca, ilgili sektörün tespitinde uygulanacak bazı kriterlere de yer verilmiştir. Bu kriterlere göre ilgili sektör;

-Markayı taşıyan mal ve hizmet tiplerinin fiili veya potansiyel müşterilerden,

-Markayı taşıyan mal ve hizmet tiplerinin dağıtım kanallarında yer alan kişilerden

-Markayı taşıyan mal ve hizmet tipleriyle ilgilenen iş çevrelerinden oluşmaktadır.

2.3.2.2. 556. sayılı MarkKHK Bakımından Tanınmış Marka

Tanınmış marka kavramı Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesi ile uluslar arası alanda düzenlenmiş, genellikle ülke mevzuatlarında yer verilmemiştir. 556 sayılı MarkKHK’da da tanınmış marka kavramına yer verilmiş değildir. Ancak, MarkKHK’da tanınmış markalara ilişkin olarak hem mutlak, hem nispi red nedenlerine yer verilmiştir⁷⁵ MarkKHK’nın 7/1 maddesinin (i) bendinde “Paris sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesine göre tanınmış markalar” denmiş, 8/4. Maddesinde ise “markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi” ifadeleri kullanılmak suretiyle MarkKHK’nın sağladığı koruma kapsamına tanınmış markalar da dahil edilmiştir⁷⁶.

Bir markanın ne zaman tanınmış hale geldiği ve tanınmış marka kriterleri önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Markanın tanınmışlık derecesine göre farklı tanımlar yapılmaktadır. Bir marka, belirli bir çevre ya da bölgede tanınırsa “maruf marka”, tanınmışlık düzeyi, ülke geneli ya da ülke dışına yayılmışsa

⁷⁵ YILMAZ, s. 64.

⁷⁶ DİRİKKAN, s. 6.

“umumen malum marka”; “çok tanınmış marka”; “uluslar arası marka”; “dünya markası” gibi tanımlarla nitelenir⁷⁷.

Tanınmış markanın iki fonksiyonu vardır. Birincisi, her markada olduğu gibi ayırt edicilik, ikincisi yüksek bir kaliteyi simgelediğinin büyük halk kitlelerince kabul görmesidir. Markanın asıl karakteristik yönü onun ayırt edici gücündedir. Bir marka ilk kullanıldığı andan itibaren bu ayırt edicilik gücüne sahiptir. Ayırt edicilik bakımından markanın tanınmış olup olmaması önem taşımaz. Bir marka, ticari bir ortamın ve o mal ile ilgili kişilerin bulunduğu çevrenin sınırları dışında da tanınıyorsa o marka tanınmış demektir.

556 sayılı MarkKHK’ya göre, bir markanın korunması tescil edilen mallar ile sınırlı olup, başka ürünler için kullanıldığında MarkKHK’nın koruma kapsamına girmez⁷⁸. Diğer bir deyişle marka tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış olsa dahi, tanınmış marka olmadığı sürece farklı mal veya hizmetler için serbest bir biçimde kullanılabilir ve hükümde açıkça ifade edilmemiş olsa dahi, tescil edilebilir⁷⁹. Ancak tanınmış bir marka söz konusu olduğunda o markanın başka emtia için kullanılması marka sahibinin izni olması halinde mümkündür. Hukukumuzda, yalnız tanınmış markanın başka bir emtia üzerinde kullanılması değil, benzerinin de kullanılması marka sahibinin iznine bağlanmıştır.

Türk Patent Enstitüsü tanınmış markayı; “*Genel olarak **tanınmış markalar** “bir kişiye veya girişime sıkı bir biçimde bağlılık, güvence, kalite, reklam gücü, yaygın bir dağıtım ağına bağlı, müşteri ve diğer sübjektif ilgi ve ilişkiler ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredekilerce refleks halinde beliren bir çağrışım”* şeklinde tanımlamıştır.

2.4. Marka Sahibi Yönünden Marka Türleri

Bir marka, bir gerçek veya tüzel kişiye ait olup, o markanın sağladığı haklardan sadece bir kişi yararlanabiliyorsa, o markaya ferdi (bireysel) marka denir⁸⁰. Ferdi marka kavramına MarkKHK’da yer verilmemiştir. 551 sayılı

⁷⁷ YASAMAN, Hukuki Mütalaalar, s. 31.

⁷⁸ YASAMAN, Hukuki Mütalaalar, s. 33.

⁷⁹ DİRİKKAN, s. 115.

⁸⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 348.

MarkKHK’da ferdi marka, gerçek veya tüzel kişiler tarafından münferiden ve müstakilen kullanılan marka olarak tanımlanmıştı (md. 2/a)⁸¹. Tüzel kişiliği bulunmayan adi şirket kendi adına marka tescil ettiremez. Ancak, adi şirket aracılığıyla işletilen bir işletmenin mal ve hizmetlerini ayırt etmek için kullanılan (ferdi) marka üzerinde ortaklar elbirliğiyle maliktirler⁸².

Ortak marka, MarkKHK’nin 55. Maddesinde; “üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir” şeklinde tanımlanmıştır. Ortak marka, gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarar (MarkKHK. Md. 55/2).

556 sayılı MarkKHK’nın uygulanmasına dair Yönetmeliğin⁸³ 4. Maddesinde; “Bir sözleşme çerçevesinde tüzel kişilerin veya tüzel kişilik meydana getirmeksizin bir araya gelen gerçek kişilerin oluşturduğu birliğe dahil işletmelerce üretilen mal veya hizmetleri, diğer işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ve bu işletmelerce ayrı ayrı kullanılabilen işaretin ortak marka olduğu ifade edilmiştir.

Garanti markası, bu markayı kullanmaya yetkili olan işletmelerce üretilen mal veya hizmetleri, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt eder⁸⁴. 556 sayılı MarkKHK’nın 54. Maddesinde “Garanti Markası” şöyle tanımlanmıştır; “Garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir. Bu tanım Sayın Prof. Dr. Sabih Arkan’ın da işaret ettiği gibi doğru bir tanım değildir⁸⁵. Garanti markası, birçok işletme tarafından, o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmemektedir. Garanti markası, Birbirinden farklı ve garanti markası kullanmaya yetkili işletmelerin ürettikleri mal veya hizmetlerin meydana getiriliş şekli, üretim biçimi, coğrafi kaynak veya diğer ortak özelliklerinin belli bir standartta olduğunu garanti eder.

⁸¹ ARKAN, Marka Cilt I, s. 44.

⁸² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 348.

⁸³ RG. 09.04.2005, sayı: 25781.

⁸⁴ ARKAN, Marka C.I, s. 46.

⁸⁵ ARKAN, Marka C.I, s. 46.

Garanti markası da diğer ferdi markalar gibi kişi adına tescillidir. Ancak diğer ferdi markalardan farklı olarak garanti markasının, marka sahibinin veya ona bağlı olan bir işletmenin mal ve hizmetlerinde kullanılması yasaklanmıştır (MarkKHK md.54/2). Bu yasağın getiriliş sebebi, kişinin kendi kendini kontrol etmesinin doğru olmayacağı düşüncesidir. Kanun'un 54/1. Maddesinde belirtildiği gibi, garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında, üçüncü kişilerce üçüncü kişilerce üretilen mal veya hizmetlerin belirli özelliklerini (üretim biçimi, coğrafi kaynak gibi) garanti etmeye yarar.

2. MARKANIN BENZER İŞARETLERDEN AYIRT EDİLMESİ

İşletmelerin mal ve hizmetlerini ayırt etme işlevi bulunmayan ve herkes tarafından kullanılan serbest işaretler, 556 sayılı MarkKHK'nin 7/I (a), (c) ve (d) bentleri gereğince marka olarak tescil edilemezler.

MarkKHK'nin 7/I (c) bendine göre; marka olarak tescili istenen işaretin, markanın kullanılacağı mal veya hizmetin karakteristik özelliklerini veya bunların bazılarını ifade eden ad, işaret veya resmi içermesi tescil için mutlak red nedenidir. Buna göre ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran ve esaslı unsur olarak içeren işaretler marka olarak tescil edilemezler.

3. MARKA HAKKININ KAZANILMASI

3.1. Tescil İle Kazanma

3.1.1. Tescil Edilmesi Zorunlu İşaretler

Türk hukukunda işaretlerin marka olarak korunmasında esas alınan sistem tescil sistemidir. Bir işaretin korumadan faydalanabilmesi için onun tescil edilmesi zorunludur.

3.1.2. Tescil Edilemeyecek Olan İşaretler

Hukukumuzda esasen tescil sistemi benimsenmiş olmasına rağmen bazı işaretlerin tescili mümkün değildir. *Ticaret ünvanları* temel olarak çekirdek ve ek olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır⁸⁶. TTK m.48 de ticaret ek alabileceği düzenlemesine rağmen tacirin kimliği ve işletmenin genişlik ve önemi veya mali durumu hakkında 3. kişilerde yanlış bir izlenim uyandırabilecek ve kamu düzenine aykırı olan işletme adları tescil edilemezler⁸⁷.

Marka olarak tescil edilemeyecek işaretler ise 556 sayılı MarkKHK'nın 7. ve 8. maddelerinde düzenlenmiştir⁸⁸. MarkKHK'nın 5. maddesinde, marka olarak tescil edilebilecek işaretlerin hangi unsurlara sahip olması gerektiğine yer verilmiştir. MarkKHK 7/I-a maddesinde ise, bu unsurlara sahip olmayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğine işaret etmektedir⁸⁹.

MarkKHK'nın 7/I-b maddesinde; **“Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markalar,**

Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez” şeklindeki maddenin temelinde ayırt edicilik yer almaktadır. Aynı tür mal veya hizmetler için daha önce tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusu yapılmış ise iki markanın alıcı nezdinde birbirine karıştırılması, diğer bir deyişle ayırt edilememesi söz konusu olacaktır.

MarkKHK'daki tanımda yer alan ilk durum bir markanın aynen kullanılması ikinci durum ise ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasıdır. Aynen kullanma iki durumda mümkün olur. Birincisi, marka hakkı üzerinde ihtilaf olması nedeniyle birden fazla kişinin marka üzerinde hak iddia etmesi, ikincisi, markanın, kullanıldığı mal veya hizmet dışında kalan mal veya hizmetler için kullanılmasıdır⁹⁰. Markanın esas unsurlarının aynen kullanılması da aynen kullanma sayılır. Esaslı unsurları aynen alınan

⁸⁶ ARKAN, Ticari İşletme, s. 245.

⁸⁷ TTK m. 55 ve 43.

⁸⁸ 89/104 Sayılı Yönerge ve 40/94 sayılı Topluluk Tüzüğünden aynen alınmıştır.

⁸⁹ YILMAZ, s. 40.

⁹⁰ KARAHAN, Sami: Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, s. 44.

ve dikkatle bakmadıkça Bu iki durum dışında aynen kullanma haline pek rastlanmaz. Çünkü aynen kullanmanın marka hakkına tecavüz olduğu açıktır.

Markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması, bir markanın esas unsurlarının aynı denecek kadar az değiştirilerek diğer bir anlatımla ilk bakışta anlaşılmayacak şekilde değiştirilerek kullanılmasıdır. Markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılıp kullanılmadığı ile ilgili MarkKHK’da belirleyici kritere yer verilmemiştir. Her somut olay ayrı ayrı incelenerek mahkemece karar verilir. Tüketici zihninde karışıklığa yol açacak ölçüde benzerlik var ise bir markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanıldığı kabul edilmelidir.

Bu çerçevede, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 04.07.2006 tarihli ve E2004/877, K2006/425 sayılı “YUTAV” kararında, davalı “UTAV Uluslar arası Tavukçuluk Fuarı” ibaresi ile tescile engel olan “YUTAV” markası arasındaki somut olayda; davalı işarete geçen “...Uluslar arası Tavukçuluk Fuarı” ibaresinin söz konusu tescilli işaret tescilli markayı aynı yapmaktan çıkararak kısmen de olsa farklılaştırdığını, buna karşılık davalı işarettaki esaslı unsurun “YUTAV” ibaresi olmasından hareketle, bahsi geçen işaret ile marka arasında ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunduğunu hükme bağlamıştır⁹¹. Yargıtay ise, 13.12.1999 tarihli ve E1999/8352, K1999/10225 sayılı kararında, “*internet world*” ibaresinin tescil isteminin, bu ibarenin daha önceden tescilli “*internet*” markasıyla MarkKHK’nın 7/1(b) maddesi anlamında ayırt edilemeyecek kadar benzer olması sebebiyle reddedilmesini haklı görmüştür. Kararda “*internet*” ibaresinin asıl unsur olduğuna ve “*world*” ibaresinin ise yardımcı unsur niteliğinde olup ayırt edici nitelik taşımadığına işaret edilmiştir. Yüksek Mahkeme bir başka kararında da, davalının “NEXTRA” ibaresi taşıyan “çilek aromalı jöleli kek” ve “portakal aromalı jöleli kek” ürünlerinin, davacının “KEKSTRA” markası ile satışa sunduğu çilek ve portakal aromalı kremalı kek ürünleri ile ambalaj, biçim, renk ve desenleri itibariyle iltibasa sebep olduğunu ve bu çerçevede bahse konu iki ibare arasında benzerlik bulunduğunu hükme bağlamıştır⁹²

MarkKHK’nın 8/I-a bendinde; “Tescil için başvurusu yapılan marka(ikinci marka), tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka(ilk marka) ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa” ilk marka sahibinin itirazı

⁹¹ Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 04.07.2006 tarihli ve E2004/877, K2006/425 sayılı “YUTAV” Kararı.(Bk. **YILMAZ**, s. 42.)

⁹² Bk. Yargıtay 11. HD’nin 13.10.2005 tarihli ve E.2004/10729, K.2005/9651 sayılı Kararı., **YILMAZ**, s. 43.

üzerine ikinci markanın tescili yapılmaz. Bu hüküm ile marka sahibinin hakkı daha sonra başvuran karşısında korunmak istenmiş ve gözden kaçan herhangi bir nedenle yapılan ilana itiraz hakkı tanınmıştır.

MarkKHK'nın 8/I-b bendinde ise; "Tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa" marka sahibinin itirazı üzerine marka tescili yapılmaz.

Hükümde kullanılan ifade oldukça karmaşık ve anlaşılması güçtür. Bununla birlikte tescilli markaya ya da daha önce tescil başvurusu yapılmış olan markanın aynı veya benzerinin tescilinin yasaklanmasına ilişkin yerinde bir düzenlemedir.

3.1.3. Tescil Edilmemiş Olan İşaretler

Marka hakkının kazanılması bakımından marka olarak kullanılan işaretin tescil edilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, marka olarak tescil edilebilme niteliğine yani soyut ayırt edici niteliğe sahip bir işaret, kullanım sonucu, belli mal ve hizmetler için ayırt edici nitelik kazanmışsa da markalar için öngörülen korumadan faydalanabilir. Bu konu aşağıda detaylı incelenmiştir.

Bununla birlikte, MarkKHK'nın "Marka Tescilinde Red İçin Nispi Nedenler" başlıklı 8. Maddesinin 3. Fıkrasına göre, tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret üzerinde markanın tescili başvurusundan önce kazanılan hakkın sahibine, bu işaretin bir başkası adına tesciline itiraz etme hakkı tanınmıştır.

Marka hakkının kazanılmasında tescil sisteminin istisnaları olan bu iki durumda markasını tescil ettirmemiş olan kişilerin dahi marka korumasından yararlanmasına olanak tanınmaktadır.

3.2. Kullanma İle Kazanma

556 sayılı MarkKHK'nın 5. maddesi kapsamında soyut ayırt ediciliği bulunmayan işaretler, serbest işaretler ve ticari olarak herkes tarafından kullanılabilen işaretlerin marka olarak tescili kural olarak mümkün değildir⁹³. Ancak söz konusu işaretler ilgili oldukları piyasalarda kullanılmış ve bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışlarsa MarkKHK m. 7/a, c ve d bentlerindeki tescil engellerini aşarak marka olarak tescil edilebilir ve diğer markaların faydalandığı korumadan aynen faydalanabilirler. Bununla birlikte tescili mümkün olmayan bu işaretler, her nasılsa tescil edilmiş ve tescilden sonra ilgili oldukları piyasada ayırt edicilik kazanmışlarsa, artık MarkKHK m. 42 hükmü uyarınca haklarında hükümsüzlük davası açılmaz.

Kullanım sonucu ayırt edicilik kazanma iki şekilde mümkün olabilmektedir. Birincisi, marka olarak tescili mümkün olmayan işaretlere marka olarak tescil edilebilme imkanı kazandırılması, ikincisi ise hükümsüzlük davası açılmasına engel olunması şeklindedir.

Burada kısaca değinilen iki halde de marka hakkının kazanılmasında ana etken markanın ilgili piyasada kullanılmış ve bu kullanım sonucu ilgili mal ve hizmetler için bilinir ve tanınır hale gelmiş olmasıdır. Bu anlamda yukarıda kısaca izah edilen iki durum marka hakkının kazanılmasında tescil ile kazanmanın yanında ikinci bir yol olarak değerlendirilebilir.

556 sayılı MarkKHK m. 7/II'de yer alan düzenlemede; soyut ayırt edici niteliği bulunmayan, piyasa tarafından serbest işaret olarak nitelendirilen veya ticari alanda herkes tarafından kullanılabilen bir işaretin, marka olarak kullanımı sonucu piyasada, belli bir teşebbüsün mal veya hizmetini işaret ettiği yönünde bir kanaat oluştuğu takdirde marka olarak tescil edilebilir. MarkKHK düzenlemesi bu olmakla birlikte, m.5 anlamında marka olma niteliği bulunmayan bir işaretin sonradan kullanımla ayırt edici güç kazanmaları mümkün değildir. Bu konu aşağıda soyut ayırt edici nitelik başlığı altında detaylı incelendi.

⁹³ **DOĞAN, Beşir Fatih:** Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma, BATİDER, C. XXIV, S. 1, 2007, s. 219.

4. MARKA HUKUKUNDA AYIRT EDİCİ NİTELİK

4.1. Genel Olarak Ayırt Edicilik Unsuru

MarkKHK'nın 5 inci maddesindeki tanıma göre markanın iki unsur içermesi gerekmektedir. Bunlardan biri işaret unsuru diğeri ise ayırt edicilik unsurudur. Bu maddede ad ve işaretlerin marka olarak tescili ancak, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmesi şartına bağlanmıştır. Bu yönüyle ayırt edici nitelik unsuru, hedef tüketici/hedef kitle⁹⁴ nezdinde bir işletmenin mal ve hizmetlerinin diğelerinkinden farklılaşmasını sağlayarak iltibasını önleyecek ve bu sayede hem markanın kullanıldığı mal ve hizmete hem de üretici konumdaki işletmeye özgünlük kazandıracak bir nitelik taşımaktadır. Bir işaretin ayırt edici nitelik taşıyıp taşımadığı iki aşamada tespit edilebilir. Öncelikle, o işaretin tescil talep edilen mal veya hizmetle olan ilişkisi incelenmeli, ardından hedef kitlenin o işareti algılama biçimi göz önüne alınmalıdır.

Markada olarak tescil edilecek işaretle aranan husus, bu işaretin ayırt edici nitelik taşıması ve özel olmasıdır⁹⁵. Bir işaret başlı başına bir anlam ifade edemeyebilir; ancak marka üzerine konulduğu mal veya hizmetlerle ilişkilendirildiğinde ve ona ayırt edici nitelik kazandırdığında hüküm ifade eder.

MarkKHK'daki ayırt edicilikle ilgili düzenleme esas itibarıyla Avrupa Birliğinin 89/104 sayılı Direktifi ile 40/94 sayılı Tüzüğüne dayanmaktadır.⁹⁶ Bu unsura, 89/104 sayılı Direktifin marka olabilecek işaretlerin sayıldığı 2'inci maddesinde ve aynı hükmün tekrar edildiği 40/94 sayılı Tüzüğün 4'üncü maddesinde yer verilmiştir.⁹⁷ AB hukuku, aynı zamanda, Türk hukukundan farklı olarak, işaretin ayırt edici nitelikten yoksun bulunmasını, Tüzüğün 7(1)(b) maddesi çerçevesinde ayırt edici bir mutlak ret nedeni olarak da ele almıştır.

⁹⁴ Hedef tüketici/hedef kitle terimi, bazen ortalama tüketiciyi, bazı durumlarda ise ilgili mal veya hizmetin niteliği veya pazarlama şartları gibi etkenler sebebiyle daha kısıtlı bir çevreyi ifade etmektedir.

⁹⁵ **YASAMAN, Hamdi**, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, C.I, Ekim 2004, s. 223.

⁹⁶ **YILMAZ**, Mutlak Tescil Engelleri, s. 28.

⁹⁷ Alman Marka Kanununun 3(1) maddesi, İspanyol Markalar Kanununun 1'inci maddesi, Avusturya Markalar Kanununun 1(1) maddesi ve İngiltere Marka Kanununun 1(1) maddesi, ayırt edicilik unsuruna marka tanımı içinde yer vermiştir.

Ayırt edicilik unsuru önemini en yoğun bir biçimde marka olarak seçilen işaretin, üretilen mal ve hizmet adıyla aynı veya çok benzer olduğu durumlarda gösterir.

4.2. Soyut Ayırt Edici Nitelik

4.2.1. Genel Olarak Soyut Ayırt Edicilik

Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için, öncelikle marka olma niteliğine haiz olması gerekir. Marka olma niteliğine haiz olmanın ise ön koşulu soyut ayırt edici niteliğe sahip olmak, yani, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etme kabiliyetine sahip olmak demektir⁹⁸. Bir işaret ancak akla gelebilecek hiçbir mal veya hizmet için ayırt edici niteliğe sahip değilse, bu işaretin soyut ayırt ediciliğinin olmadığı kabul edilir⁹⁹. Bir işaret soyut ayırt edici niteliğe sahip değilse ya da çizimle görüntülenemiyorsa marka olarak tescil edilemeyecektir.

Bir işaretin marka olabilmesinin diğer koşulu ise işaretin çizimle görüntülenebilir veya benzeri şekilde ifade edilebilir olmasıdır. Marka olma niteliği bakımından bu iki şartın gerekliliği konusunda Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukundaki düzenlemeler ortaktır¹⁰⁰.

Soyut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler, Alman Marka Kanununa, Avrupa Birliğinin 89/104¹⁰¹ sayılı Yönergesine (Yönerge) ve 40/94¹⁰² sayılı Tüzüğüne göre, marka olma niteliği olmadığından tescil edilemezler¹⁰³. Türk hukukunda soyut ayırt edici nitelik somut ayırt edici nitelik ile karıştırılmakta ve her iki kavram soyut ayırt edici nitelik kapsamında değerlendirilmektedir.

Oysa, soyut ayırt edici nitelik, bir işaretin, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olması halidir.

⁹⁸ **DOĞAN, Beşir Fatih**, Türk ve Alman Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR, Cilt 6, Sayı 3, s. 17.

⁹⁹ **KARASU, Rauf**, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXIV, S. 3, 2008, s. 342.

¹⁰⁰ **DOĞAN**, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 17.

¹⁰¹ Üye Devletlerin Markalarına İlişkin Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Dair Konseyin Birinci Yönergesi (ATRG, 1994, L. 11/1).

¹⁰² Topluluk Markalarına İlişkin Konsey Tüzüğü (ATRG, 1994, L. 40/1).

¹⁰³ **DOĞAN**, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 19.

Somut ayırt edici nitelik ise, bir işaretin belli mal ve hizmetler için ayırt edici niteliğın bulunmamasıdır. Yani somut ayırt edici nitelik marka olma niteliğının bir şartı değıl, tescil engellerinden bir tanesidir¹⁰⁴. Markaya ayırt etme fonksiyonunu kazandıran, soyut ayırt edici niteliktir. Markanın, ayırt edicilik fonksiyonu sayesinde tüketiciler, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edebilmektedirler.

Bir işaretin soyut ayırt edici niteliğının bulunmasının koşulları arasında yukarıda kısaca değınilen markanın piyasa şeffaflığını sağlama ve iletişim fonksiyonunun yanında anlam bakımından bütünlük arz etmesi gerekmektedir¹⁰⁵. Bütünlüğü olmayan ve sınırları tespit edilemeyen bir işaretin, diğer işaretlerden ayırt edilmesi mümkün olmayacaktır. Diğer bir anlatımla, bir işaretin bütünlüğü yoksa sınırları belirli değılse ve içerdıği şekil veya resimler kolayca anlaşılamayan, diğer işaretlerden farkı ancak inceleme neticesinde ortaya konabilen işaretlerin karıştırılma ihtimali mevcut olduğundan tescil edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle hukukumuzda bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için soyut ayırt edici niteliğının bulunması ve dolayısıyla bir bütünlük arz etme koşulu öngörölmüşür¹⁰⁶. Markayı meydana getiren birden fazla unsur kendi içerisinde bir bütünlük arz etmesi gerekir. Örneğın; pek çok meyveden oluşın bir işaret veya birden fazla cümleden oluşın bir paragraf bütünlük arz etmediğinden marka olabilme özelliğine sahip değıldir.

Alman Patent Mahkemesi, bir kararında¹⁰⁷, beş çin harfinden oluşın bir işaretin marka olma niteliğine sahip olmadığına hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde Mahkeme; bu işaretlerin tanınabilir olmadığını, bütünlük arz etmediğini ifade etmiştir. Bütünlük arz etme bakımından birden fazla unsurdan oluşın bir işaret incelenirken, esas unsur konumunda olan bir işaret var ise bu esas unsur inceleme konusu yapılmalı, ardından işaret bir bütün olarak ele alınmalıdır. Birden fazla unsurdan oluşın bir işaretin, tek tek unsurları bir bütünlük arz etmediğı halde işaret

¹⁰⁴ DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 22.

¹⁰⁵ EROĞLU, Sevilay, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD, C.5, S. I, 2003, s. 101.

¹⁰⁶ DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 26.

¹⁰⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 24 vd.

genel olarak değerlendirildiğinde bütünlük arz edebilir. Burada, işaretin anlam bakımından bütünlüğü önemlidir¹⁰⁸.

Marka olarak tescil edilmesi söz konusu olan bir işaretin bütünlük arz edip etmemesi, işaretin diğer işaretlerle benzer olup olmadığının tespitinde önemlidir. Bütünlüğü olmayan, sınırları tespit edilemeyen bir işaretin diğerlerinden ayırt edilmesi, farklılıkların tespit edilmesi mümkün olmayacaktır¹⁰⁹. Bütünlük arz etmeyen bir işaretin marka olarak tescil edilmesi durumunda, diğer işaretlerin tescil edilmiş bulunan işarete benzer olup olmadığı tespit edilemeyecek, bu nedenle tescil edilmiş bulunan işarete benzer olma olasılığı bulunan tüm işaretler, tescilli işaretin sahibinin tekeline verilmiş olacaktır. Örneğin; bir bütünlüğü olmayan, hangi sebze ve meyvelerden oluştuğu kolayca anlaşılabilen bir işaret marka olarak tescil edildiğinde, başka sebze ve meyve kombinasyonlarını tescilli sebze ve meyve kombinasyonundan ayırt etmek mümkün olmayacağından tüm sebze ve meyve kombinasyonları tescilli marka sahibinin tekeline verilmiş olur¹¹⁰. Böyle bir durumda başka sebze ve meyve kombinasyonlarını tescilli sebze ve meyve kombinasyonundan ayırt etmek mümkün olmayacak ve karıştırılma ihtimali daima var olacak ve diğer kombinasyonların tescil edilebilme imkanı kalmayacaktır. Bu nedenle marka hukukunda, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için soyut ayırt edici niteliğe sahip olma ve bir bütünlük arz etme şartları aranmaktadır.

Bir işaret yukarıda sayılan fonksiyonlara sahipse soyut ayırt edici niteliğe sahip olacak yani soyut olarak mal ve hizmetleri işaret edebilecek ve diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edebilecektir. İşaret soyut ayırt ediciliğe ek olarak, çizimle görüntülenebiliyor veya başka şekilde ifade edilebiliyorsa marka olma özelliğine sahip olacaktır.

4.2.2. Soyut Ayırt Edici Niteliği Bulunan İşaretler

Bu bölümde ayrı ayrı marka olarak tescil edilmesi söz konusu olan işaretlerin marka olarak tescil edilebilmesinin şartları incelenecektir. 556 sayılı MarkKHK'nın 5 inci maddesinde *Markanın İçereceği İşaretler* taahhidi olmayan bir tanımla açıklanmıştır. Söz konusu hüküm metni şu şekildedir; "*Marka, bir teşebbüsün mal*

¹⁰⁸ EROĞLU, s. 101.

¹⁰⁹ DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 25.

¹¹⁰ DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 25.

veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.” MarkKHK’da açıkça belirtilen işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği açıktır. Sınırlı olmayan sayımdan dolayı burada yer verilmeyen işaretlerin marka olarak tescil edilip edilemeyeceğine; sözkonusu işaretin marka olarak tescil edilebilmek için gerekli şartları taşıyıp taşımadığına göre karar verilmesi gerekir. Bu şartlar: Soyut ayırt edicilik özelliğine sahip olma; çizimle görüntülenebilir veya benzer şekilde ifade edilebilir olma ve somut ayırt edicilik gücüne sahip olmadır. Her bir işaretin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği de şartlar açısından değerlendirilmelidir. Markanın en önemli fonksiyonu ayırt edicilik fonksiyonudur. Bir işaretin marka olma özelliğine sahip olması o işaretin ayırt edicilik fonksiyonuna sahip olmasına bağlıdır. Özellikle soyut ayırt edici nitelik bir işaretin marka olarak tescil edilmesi için ilk ve olmazsa olmaz koşul olduğundan, bu bölümde işaretlerin soyut ayırt edici niteliğe sahip olup olmadığı özellikle inceleme konusu yapılmıştır.

4.2.2.1. Kelimeler

Kanun Hükmünde Kararname’nin 5 inci maddesinde ifade edilen işaretlerden en sıklıkla kullanılanı, sözcük markalarıdır. Bütün sözcükler marka olarak kullanılabilir. Günlük konuşma dilinde kullanılan sözcüklerin yanı sıra teknik ve bilimsel sözcükler de marka olabilir. Bununla birlikte türetilmiş, anlamı olmayan veya fantezi kelimeler de marka olarak kullanılabilir.

MarkKHK’nın söz konusu hükmü uyarınca, ayırt edici nitelik taşıması kaydıyla bir veya birden fazla sözcüğün marka olarak kullanılması mümkündür. Nitekim, 551 sayılı mülga Markalar Kanununun 4 üncü maddesinin b fıkrasında yer alan “Ticaret unvanları hariç olmak üzere, beşten fazla kelime ihtiva eden işaretler”in marka olarak tescil edilemeyeceğine ilişkin hüküm 556 sayılı MarkKHK’ya taşınmamıştır. Bu nedenle uygulamada örneğine rastlanmamakla birlikte uzun metinlerden oluşan sözcük markalarının ayırt edici niteliğe sahip olması kaydıyla marka olarak tescil edilmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Marka olarak seçilen sözcüğün, markanın kullanılacağı mal veya hizmeti belirlememesi, zorunlu, tasviri ve jenerik bir sözcük olmaması gerekir. Diğer taraftan, ticaret alanında cins, çeşit, vasıf¹¹¹, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esaslı unsur olarak içeren markalar tescil olunmazlar (MarkKHK m.7/I-d). Bu işaretler, aynı tür malın veya hizmetin üretimini ve satışını yapan herkese açık olan işaretlerdir¹¹². Bu işaretler, doktrinde tasviri işaretler olarak adlandırılır¹¹³.

MarkKHK m. 7'nin I. Fıkrasının, c, d ve e bentlerinde, bir markada esas unsur olarak bulunamayacak işaretleri saymıştır. Tasviri işaretler, markanın esas unsuru olamazlar. Çünkü bu gibi durumlarda sözcüğün ayırt edici niteliği bulunmadığından marka olarak kullanılamaz. Bununla birlikte tasviri birden fazla sözcük bir arada kullanılmak ya da yardımcı unsur olarak kullanılmak suretiyle mal veya hizmete ayırt edici nitelik kazandırıyororsa marka olarak kullanılabilmesi kabul edilmektedir. ATAD Baby Dry bebek bezi markasında Topluluk Mahkemesi kararının aksine, ayırt ediciliğin var olduğuna, iki kelimenin bir araya gelmesinin alışılmışın dışında bir tarz yarattığı ve ayırt edicilik sağladığına hükmetmiştir¹¹⁴

AT İlk Derece Mahkemesinin “TELEP-HARMACY SOLUTIONS¹¹⁵” kararında tasviri işaret ile ayırt edici nitelik ilişkisi ile ilgili ilkeler ortaya konmuştur. Bu kararda; bir sözcük markasının ilgili mal veya hizmete ilişkin olarak karakteristik özellik bildirmemesinin, zorunlu olarak o markayı ayırt edici nitelikten mahrum bıraktığı belirtilmektedir. Bir diğer ifadeyle, bir sözcük markası eğer Tüzüğün 7(1)(c) maddesinde düzenlenen (MarkKHK'nın 7/1 (c) maddesi) karakteristik özelliklerinden birini ihtiva ediyorsa, aynı markanın yine Tüzüğün 7(1)(b) maddesinde (MarkKHK'nın 7/1(a) maddesi) ele alınan ayırt edici niteliği taşımadığı evleviyetle kabul edilmelidir. Buna karşılık, söz konusu işaret Tüzüğün 7(1)(c) maddesi (MarkKHK'nın 7/1(c) maddesi) anlamında ilgili mal veya hizmetin

¹¹¹ “Vasıf” kelimesi “çeşit kelimesinden sonra gelmek üzere 4128 Sayılı Kanunla eklenmiştir.

¹¹² KARAHAN, Hükümsüzlük davaları, s. 54.

¹¹³ ARKAN, Marka C.I, s. 77.

¹¹⁴ KÜÇÜKALİ, s. 75.

¹¹⁵ Case T-289/02.ECR 2004 Page II-02851 Para 19, 24.

karakteristik özelliklerinden birini bildirmiyorsa, ancak bu takdirde o işaretin Tüzüğün 7(1)(b) maddesi (MarkKHK'nın 7/1(a) maddesi) anlamında ayırt ediciliğinin mevcudiyeti araştırma konusu yapılmalıdır¹¹⁶. Bu ihtimalin gerçekleşmesi için, işaretin ayırt edici niteliğinin bulunmadığına dair ciddi delillerin var olması gerekir. Benzer şekilde, Mahkeme "Eurohypo" kararında da, bu ibarenin ilgili mal veya hizmetin karakteristik özelliklerinden birini bildiriyor olması sebebiyle, yukarıdaki ilkeye dayanarak, ayırt edici niteliğinin araştırılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir¹¹⁷.

Yabancı sözcükler de marka olarak tescil edilebilir. Ancak, marka olarak seçilen sözcüğün halkı yanıltıcı ve aldatıcı olmaması gerekir. Markalar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, Türkiye'de üretilen malların üzerine yabancı sözcüklerin marka olarak konmasına izin verilmiyordu (m.5/b). Ancak, artan dış ticaret hacmi ve rekabet yabancı sözcüklerin marka olarak kullanılması ihtiyacını doğurmuştur. Bu nedenle, 556 sayılı MarkKHK döneminde bu yasaktan vazgeçilmiştir.

Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltmaya müsait olan işaretler marka olarak tescil olunmaz(MarkKHK m.7/I-f). Yargıtay, bir Türk markası olan "Docteur Renaud Paris" ile ilgili kararında, markanın tescilden önce uzun süre kullanıldığı, bu nedenle kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazandığına, halkı aldatıcı ya da yanıltıcı olmadığına hükmetmiştir¹¹⁸. Bu, karar yerinde değildir. Çünkü, bir kozmetik markasında "Paris" sözcüğünün kullanılması, o ürünün kozmetik ürünleri dünya piyasasında kabul gören Fransa'da üretildiği izlenimini uyandırmaktadır. Söz konusu markayı duyan hemen her alıcının zihninde ürünlerin Fransız kökenli olduğu fikri uyanması kaçınılmazdır.

4.2.2.1.1. AD

Ad, kişileri birbirinden ayıran ve toplumsal ilişkilerde kişiyi belirleyen bir tanıtım aracıdır¹¹⁹. Kişi adları, MarkKHK m.5/I'de açıkça ifade edildiği üzere sözcük markaları arasında yer almaktadır. Ancak Kişi adlarının benzerlerinin veya

¹¹⁶ Case T-439-04 ECR 2006 Page II-01269 Para 45.

¹¹⁷ Case T-439-04 ECR 2006 Page II-01269 Para 57.

¹¹⁸ 11. HD, 20.10.2003, E.2003/3238, K.2003/9578

¹¹⁹ DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s. 155.

aynılarının bulunma ihtimali diğer sözcük markalarına oranla daha zayıf olduğundan, kişi adlarının ayırt edici niteliğinin genellikle daha kuvvetlidir. Kişi adlarının marka olarak kullanılmasına; Abdullah Kigılı, Eczacıbaşı, Koç, Sabancı, Eyüp Sabri Tuncer gibi markalar örnek gösterilebilir.

Ayırt edilebilir olan özadın ya da soyadın beraber ya da ayrı ayrı kullanılarak marka olarak tescili mümkün olmalıdır¹²⁰. Ayırt ediciliğin temel unsur olarak göz önünde bulundurulması sonucunda, özad ve soyad bir arada ya da tek tek kullanılarak tescil edilebilmelidir. Buna paralel olarak, takma ad ve lakap da ayırt ediciliğe haizse tescili mümkün olmalı, ad kavramı özad, soyadı, takma ad, lakabı kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır¹²¹. Marka olarak tescili istenen ad Türkçe ad olabileceği gibi Yabancı bir ad da olabilir. Ancak tescili istenen adın MarkKHK'nın m.7/I-f bendi uyarınca mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi hususlarda halkı yanıltıcı nitelikte olmaması gerekir.

Ad kişiliğin ayrılmaz parçasıdır ve kişi adını ticari ve sınai faaliyetlerinde kullanabilir. Ayakkabı ve benzeri ayak giysileri için “Hayri” ve “İnci”, plaj giysileri için “Zeki” adlarının tescil edilmiş olması da ad markalarına örnektir. Aynı özada sahip birden fazla kişi olması nedeniyle, özadın tek başına kullanıldığı durumda ayırt edici niteliğin bulunması zordur. Özadın ayırt edici niteliği, kullanıldığı formdan dolayı ya da kullanım sonucu kazanılmış olabilir. Marka olarak kullanılacak özadın soyadı ile birlikte kullanılması durumunda ayırt edici nitelik artar. Örneğin; “Kemal” adı düşük bir ayırt edici niteliğe sahipken, “Tanca” soyadı ile birlikte kullanıldığında “Kemal Tanca” şeklinde tam bir ayırt edici nitelik kazanmış ve böylece, özadla soyadın bir arada kullanıldığı bir marka olmuştur.

Soyadlarının tek başına da marka olarak kullanıldığı da sıklıkla görülmektedir. Örneğin; Ülker, Boyner, Ford, Benetton, Komili aynı zamanda soyadı olan markalardır. Bir kişinin adının, bir başkasının tescilli markasıyla aynı olması durumunda aynı mal ve hizmet için tescil yaptırılmaz. Çünkü böyle bir durumda

¹²⁰ ÖZDAL, Şule, Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul 2005, s. 70.

¹²¹ TEKİNALP, Ünal, Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, Prof.Dr.Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 638; KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s. 23.

iltibas oluşma ihtimali vardır. İltibasın önüne geçilebilmesi için adla beraber ekler kullanılabilir¹²².

Marka hakkı sahibi, tescil markasını kullanma konusunda mutlak hakka sahiptir. Kendisinin izni olmadan, marka ile hizmet sunulmasını, tescilli markasının veya benzerinin mal yada ambalaj üzerine konulmasını, reklamlarda kullanılmasını, iş evraklarında bulunmasını, markayı taşıyan malın piyasaya sürülmesini, ithalini, ihracını engelleyebilir (MarkKHK m.9).

Tescilli markanın sahibine sağladığı hakların sınırsız olması başkalarının ticari ve sınai faaliyetlerinin haksız olarak sınırlandırılması sonucunu doğuracağından 556 sayılı MarkKHK ile bazı durumlarda tescilli markanın, sahibinin izni olmadan kullanılmasına imkan tanınmıştır. Anılan madde kapsamında; kişiler başkasına ait markayla benzer de olsa, kendi adlarını kullanabilirler. Adın, üçüncü kişi tarafından kullanımı, dürüst ve ticari, sınai konularla ilgili ise marka hakkı sahibi, üçüncü kişinin kullanımına engel olamaz. Ancak bu durum mutlak olarak değil ticaret ve sanayideki teamüllerle birlikte ve somut olay göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir.

ARKAN, dürüstlük ibaresinin MK m.2 anlamında değerlendirilmesi gerektiğinin belirtir¹²³.KIRCA'ya göre, adın dürüstlük kuralına uygun kullanımı ancak kanundan kaynaklanan zorunluluk varsa söz konusudur¹²⁴.11. Hukuk Dairesi de bu görüşe paralel olarak, 15.09.2003 tarihli, E.2003/1717, K.2003/7742 sayılı kararında¹²⁵; “ ... davalının markasında geçen “KIRKPINAR” ibaresi, onun aynı zamanda soyadıdır. Aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. Maddesi, kişi adlarının marka olarak tesciline olanak vermekte, 12. Maddesinde de “dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşulu ile kişi adının kullanılmasını marka sahibinin engellemeyeceği” hüküm altına alınmıştır. Az önce belirtilen 12. madde hükmünün, ticaret ve sanayideki dürüstlük kural ve uygulamalarına aykırı düşmemek koşulu ile kişi adının marka olarak kullanılabilmesi anlamına geldiği, böyle bir kullanım ile iltibas yaratılmaya gayret

¹²² ARKAN, Marka C.I, s. 41.

¹²³ ARKAN, Marka Hukuku, C. II, Ankara 1998, s. 132.

¹²⁴ KIRCA, İsmail, Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 543.

¹²⁵ NOYAN, s. 292.

ediliyor veya o şekilde kullanma bir zorunluluk olmadığı halde sırf başkasının markasından yararlanmak amacıyla bu madde hükmü bahane ediliyorsa dürüst kullanımdan bahsedilemeyeceği... belirtilmiştir. Somut olayda, davalının açıklanan 12 inci madde hükmüne aykırı tarzda dürüstçe olmayan bir kullanımının varlığı iddia ve ispat edilememiştir...” şeklinde hüküm kurmuştur¹²⁶. Marka olarak kullanılan adın, başkasına ait bir ad olması da mümkündür.

Takma ad, bir kimsenin yaptığı iş ya da faaliyeti sırasında gerçek adı yerine kullandığı addır¹²⁷. Takma ad, gerçek addan daha etkileyici olması, gizli kalma niyeti, kişinin acemilik döneminde gerçek adını gizleme isteği gibi çeşitli nedenlerle, belirli etkinliklerde ya da çevrelerde kullanılır¹²⁸. Takma ad sahibi kişiler kullandıkları takma adla tanınmaları ve yaptıkları çalışmaların rağbet görmesi üzerine kullandıkları adı değiştirmek istemezler.

Takma ad ve lakap, Medeni Kanunun düzenlenmemesine rağmen doktrinde adın diğer çeşitleri olarak kabul edilir. Fakat, takma adın, Mark KHK'nin 5. Maddesinde ifade edilen “adlara” dahil olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. ÖZSUNAY, aynı takma adı kullanan kişilerin birden fazla olması durumunda takma adın marka olarak tescil edilmemesi gerektiğini savunmaktadır¹²⁹. TEKİNALP ise seçimde genişlik ilkesini savunur ve aksi görüştedir¹³⁰.

Lakap; üçüncü kişiler tarafından keyfi olarak bir kişinin adının yanına eklenen veya adının yerine kullanılan, kişiyi niteleyen addır¹³¹. Lakap, takma addan

¹²⁶ 11. HD, 16.12.2003, E.2003/5564, K.2003/11974 sayılı kararı, “... 556 S. MarkKHK'nın 12. Maddesi gereğince davalı marka sahibinin soyadının “İÇEN” olması nedeniyle, davalının bu adı markasında kullanılmış olmasının kötünietli olduğunun ispatlanmamış bulunmasına, davacı ve müdahil vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” (NOYAN, s. 287, 288).

11. HD, 31.10.2000, E.2000/5942, K.2000/8429 sayılı karar “...davacının çok önceden beri unvan olarak kullandığı ve bilahare tanınmış marka statüsüne de alınan sözcüklerin daha sonra davalı tarafından unvan soyismi olsa dahi isim ve soyisim de yer alan sözcüklerin, iyiniyet kuralları dahilinde unvan olarak kullanılmasının mümkün olması karşısında, davalı vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine... hükmün onaylanmasına karar verilmiştir.” (NOYAN, s. 352).

¹²⁷ 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 11. Maddesi, “...eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse...” diyerek takma adı, hukuksal bir kavram olarak kabul etmiştir.

¹²⁸ ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda Takma Adın Korunması, Prof.Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 479,480.

¹²⁹ ÖZSUNAY, Takma Ad , s. 481.

¹³⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 341.

¹³¹ OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe, Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2002, s. 82.

farklıdır. Takma adı kişi kendisi seçerken, lakab, üçüncü kişilerin bir kimseye yakıştırdığı addır. Ad kavramına dahil olarak değerlendirilebilecek takma ad ve lakap da aldatıcı ve yanıltıcı olmamak şartıyla marka olarak kullanılabilir. Ancak marka olarak kullanılacak lakap veya takma ad başkasına aitse sahibinin rızası gerekir.

YARGITAY, 05.02.1947 tarih ve E.1945/20, K.1947/6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında “takma ad davaları dinlenebilir ve yazılı kanıtla kanıtlanması uygun olur” yönünde karar vermiştir¹³².

4.2.2.1.2. Ticaret Unvanı

Gerçek kişinin ticaret unvanı, kısaltılmadan yazılacak ad ve soyadından oluşur (TTK 43/I, TSN 17/I). Tescil edilmiş bir unvanın aynısının tescil edilmesi mümkün değildir. Bunu isteyen tacir unvana bazı ekler takmalıdır.

Ticaret unvanı, ticari işletmelerin sahibini belirler ve ticari işletmeleri diğer ticari işletmelerden ayırır. Buna karşılık marka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayıran işarettir¹³³. Ticaret unvanı ticari hayatta tacirleri tanıtmak için kullanılır. Her tacir, ticari işletmesine dair işlemleri bir ticaret unvanı ile yapmaya ve ilgili senet ve diğer evrakı bu unvan ile yapmaya mecburdur (TTK m.41/I)¹³⁴. Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaptığı, bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan, tacirin tescil ettirmek ve kullanmakla yükümlü olduğu adıdır. Diğer adlar gibi ticaret unvanı da marka olabilir¹³⁵. Ticaret unvanının marka olabilmesi için marka şartlarını taşıması gerekir¹³⁶. Ticaret unvanını kullanma hakkı münhasıran sahibine aittir. Ticaret unvanına gerçek kişi tacirler gibi, tüzel kişi tacirler de sahip olabilir.

Gerçek kişiye ait unvanın başka bir sicil dairesi içerisinde tescilli olması halinde ise, koruma ancak haksız rekabet hükümleri ile sağlanabileceğinden, ek yapıp yapılamayacağı da bu hükümler çerçevesinde tespit edilecektir. Bir tacirin

¹³² ÖZSUNAY, Takma Ad, s. 481.

¹³³ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s. 321, 322).

¹³⁴ Ticaret Kanunu Tasarısı madde 39/(1) “Her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri ticaret ünvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senet ve belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır”.

¹³⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 341; ARKAN, Ticari İşletme, s. 262; TEKİL, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 252. MarkK m.4/I-b bendinde, ticaret unvanının marka olabileceğini açıkça düzenlemiştir.

¹³⁶ BİLGİŞİN, Şevket M., Ticaret Hukukunun Prensipleri, C.I, İstanbul 1950, s. 205.

aynı sicil dairesi içerisinde birden fazla işletmesinin bulunması durumunda tacir aynı unvanı ek kullanmaksızın tüm işletmeleri için kullanabilir¹³⁷

Yargıtay 11. HD 15.06.2000, E.2287/K.5550 sayılı kararında¹³⁸, “...davacının gerçek kişi unvanı olarak “Libas” sözcüğünü 14.02.1974 tarihinde tescil ettirip, 01.03.1985 tarihinde Ltd. şirkete dönüştüğü, davacının yurt çapında bayilerinin bulunduğu davalının aynı sözcüğü unvan olarak kullanmasının davacının öncelikli ve üstün unvan haklarına tecavüz oluşturduğu, unvanlardaki vurgu kelimenin “Libas” sözcüğü olduğu” yönünde hüküm tesis etmiştir.

Yargıtay’ın isabetle belirttiği üzere, ticaret unvanının hukuka aykırı olarak bir başkası tarafından kullanılması veya buna ilişkin emarelerin ortaya çıkması halinde unvan tecavüze uğramış olur¹³⁹. Yukarıda yer verilen karar gerekçesi itibariyle isabetlidir. Yargıtay, davacı tarafından tüzel kişi unvanlarının yurt çapında korunacak olmasına rağmen, davalı unvanının terkininin talep ediliyor olmasına rağmen bu konuya hiç değinmemekte ve kararında gerekçe olarak kullanmamaktadır.

4.2.2.1.3. İşletme Adı

Marka bir işletmeye ait mal veya hizmeti benzerlerinden ayırt etmek için kullanılırken işletme adının kullanılmasında amaç işletmeyi belirtmektir. İşletme adları aldatici nitelikte olmamak ve kamu düzenine aykırı unsurlar içermemek şartıyla marka olarak tescil edilebilirler¹⁴⁰. Zira, işletme adı genelde markasal olarak kullanılmaktadır. Bir işyerinin cephesine konulan bir tabelada veya iş evrakında yer alan işletme adı, bir hizmet markası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yüzden işletme adlarının marka olarak tescil edilmesine ve kullanılmasına kanun yapıcı izin vermiştir. İşletme adını yalnız tacirler değil, markasını tanıtmayı hedefleyen esnaf da kullanabilir¹⁴¹. İşletme adının kullanılması için tescil edilmesi zorunludur.

¹³⁷ **POROY/YASAMAN**, s. 242, 243.

¹³⁸ **KARAHAN, Sami**: Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi -Karar Tahlili- BATİDER, C.XXI, S.1, Haziran 2001, s. 271.

¹³⁹ **KARAHAN**, Kişi Unvanları, s. 275.

¹⁴⁰ **OMAĞ, Merih Kemal**, Marka Hukuku ve Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması, HA 1991, C.XI, S. 1-3, s. 9.

¹⁴¹ **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 256.

4.2.2.1.4. Reklam Sloganları

Yukarıda da belirtildiği gibi anlamlı veya anlamsız sözcükler ve sözcük grupları ayırt edicilik ve resim veya grafikte gösterilebilme, çoğaltılabilme koşullarını taşımak koşuluyla marka olarak tescil edilebilir.

Sözcük gruplarının marka olarak tescilinde reklam sloganları önemli yer tutar¹⁴². Reklam, mal ve hizmetlerin tanıtımında üretici ve tüketici arasında köprü görevi görür¹⁴³. Üretici ve satıcılar, kendi mal ve hizmetlerinin tüketicilerce tercih edilmesini sağlamak için reklamcılık, kişisel satış, sergiler, parasız örnekler, kuponlar, broşürler, ticaret fuarlar gibi çeşitli yöntemler kullanırlar. Bu yöntemlerden en etkilisi olan reklam, alıcıları, bir mal ya da hizmet ya da bu ürünlerin taşıdıkları markaya ilişkin bilgi vererek, varlığından haberdar etmek ve bu ürünlere karşı olumlu bir tutum kazandırmak amacıyla hazırlanan iletilerdir¹⁴⁴. Reklam sloganları ise reklamlarda tekrar tekrar kullanılan, reklamların dilsel ögesidir.

Rekabet edenler mal ve hizmetlerini tanıtmak ve adlandırmak konularında serbest olduklarından, sözcük ve sözcük grupları da mal ve hizmeti tanımlayıcı olmamak ve ayırt edici niteliğe sahip olmak şartıyla marka olarak tescil edilebilirler.

Marka olarak tescil edilecek sözcük ayırt ediciliğe haiz birden fazla kelimededen oluşan reklam sloganı da olabilir. Reklam sloganları da marka olarak tescil edildiğine dair çeşitli örnekler verilebilir. *Susurluğunu Dinle Sprite İç, Maret Önce Sağlık Önce Lezzet, Paranın Satın Alamayacağı Şeyler Vardır Geri Kalan Her Şey İçin Mastercard*, sloganları ülkemizde marka olarak tescil edilmiştir.

Marka olarak tescili istenen reklam sloganlarının da yanıltıcı olmaması ve ayırt edici niteliğinin bulunması gerekmektedir. Halkı aldatıcı reklam sloganları (MarkKHK m.7/I-f) veya kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı unsurlar taşıyan sloganlar marka olarak tescil edilemezler(MarkKHK m.7/I-k).TPE, marka tescili

¹⁴² **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 341.

¹⁴³ **KAYA, Arslan**, Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri, Prof.Dr.Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 459.

¹⁴⁴ **ÖZYILMAZ, Mehtap**, "Reklam Sloganlarının Popüler Kültüre Etkilerinin Medyaya Yansıması", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2000, s. 54.

başvurusunu, MarkKHK'nın 7 inci maddesinde düzenlenen mutlak red nedenleri bakımından re'sen inceler (MarkKHK m.32)¹⁴⁵.

Reklam sloganlarının ahlaka uygunluğunun belirlenmesinde reklam sloganının tescilinin talep edildiği anda yaşayan orta zekalı, dürüst ve makul kişilerin sahip olduğu ahlak anlayışı göz önünde bulundurulmalıdır. 14.06.2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler Ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, 6 ıncı maddesinde reklamların ahlaka uygunluğunun denetiminde esas alınan kriterleri saymıştır. Buna göre, genel ahlak kurallarına aykırı ifadeler ya da görüntüler içeren ya da görüntüler içeren, cinselliğin istismarı ile pornografi içeren ifadeler ya da görüntüler içeren, korku ve batıl inançlara yer verilen, toplumun acıma duygularını istismar edecek şekilde, hasta, bebek, çocuk, yaşlı ve özürllülerle ilgili ifadelerin ya da görüntülerin kullanıldığı ifadeler ahlaka aykırı sayılır.

Aynı alanda ürün üreten veya hizmet sunan firmaların reklamda kullanılan ifadeler nedeniyle haksız kazanç elde etmemeleri veya reklamların bazı firmalar aleyhine olumsuz sonuçlar doğurmasına dikkat edilmelidir. Örneğin; “Türkiye'nin en iyi sabunu”, “Dünya'nın en dayanıklı pili” gibi ifadeler markanın esas unsuru olarak tescil edildiğinde, marka koruması bu markalar iptal edilinceye dek devam edecektir. Marka olarak tescil edilmiş bu ifadelerin reklamlarda kullanımı da, tescilli bir markanın tanıtımda kullanılmasından ibaret zararsız bir abartılı ifade olarak değerlendirilmemelidir. Markalarda, “en iyi”, “en üstün” gibi sıfatların kullanılabilmesi için o ürün veya hizmetin gerçekten de “en iyi” ve “en üstün” olması gereklidir. Bu sıfatların kullanılması neticesinde rakipler arasında karşılaştırma söz konusu olduğundan bu karşılaştırmanın gerçekçi verilere dayandırılması gerekmektedir. Bu tür ifadeler için bir marka tescil başvurusu konusu olduğunda, bu ifadelerin gerçek olup olmadığına ve reklam amacına uygun olup olmadığına bakılmalıdır.

Reklam sloganları marka olarak tescil edilirken, sloganların özgün ve yaratıcı ifadeler olması, ayırt edici niteliğe sahip olması hususlarına dikkat edilmelidir.

¹⁴⁵ TPE, başvuruyu önce şekli açıdan inceler(MarkKHK m. 23 ve m. 29). Şekli açıdan herhangi bir eksiklik yoksa başvuru sahibi açısından inceleme yapılır (MarkKHK m.31). Daha sonra mutlak red nedenleri bakımından incelemeye geçilir. **ÖZDAL**, s. 102.

Markanın yanlış anlamaya neden olması, tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlama olasılığına neden olması da ayrı bir hükümsüzlük nedeni olarak öngörülmüştür¹⁴⁶ (MarkKHK 42/1, (e) maddesi).

11. HD. 20.11.2000 tarih ve 2000/7674, K.2000/9346 sayılı yayınlanmamış kararıyla “become what you are” (ne isen o ol) sloganının tescilini uygun görerek, bir anlam taşımakla birlikte o mal ve hizmete yabancı bir işaretin ayırt edici nitelik taşıdığına hükmetmiştir¹⁴⁷.

Aynı Daire, 17.03.2003 tarih ve E.2002/10068, K.2003/2475 sayılı kararında, “Get connected to the flavour of the world”-dünyanın aromasıyla, tadıyla birleşin-markası için de olumsuz yöndeki YİDK kararını iptal ederek “sözcük dizilerinden ibaret sloganların marka olarak tescil edilebileceği, pek çok ülkede tescilli ve tanınan özgün nitelikteki bu sloganın ayırt ediciliğinin bulunmadığının söylenemeyeceği” yönünde isabetli görüşünü açıklamıştır¹⁴⁸. Sloganların marka olarak tesciline ret yönündeki yaklaşıma katılmak mümkün değildir. 11 HD sloganların marka olarak tesciline olumlu yaklaşmakla birlikte, abartılı övgü ifadeleri veya yanlış, yanıltıcı içerikte sloganların ise marka olarak tescilinin uygun olmadığı yönünde kararlar vermektedir. Markalar Kanununun uygulandığı dönemde verilmiş E.1991/4992,K.1992/11613 sayılı 22.12.1992 tarihli kararında, “onun boya piyasasının en iyi mamulü olduğu izleniminin doğmasının kaçınılmaz bulunduğu, ne bakımdan olduğu anlaşılmayan genel bir birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı ve diğer firmaları alıcılar nezdinde ikinci plana ittiği, bu durumda davacının zarar görmemesi veya zarar tehlikesi içinde bulunmamasının tabiata ters düştüğü, davalının eyleminin TTK’nın 56. Ve 57/3. Maddeleri gereğince haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davalı reklamlarındaki bu sloganın çıkartılması suretiyle haksız rekabetin men’ine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir¹⁴⁹.

Gerçekçi verilere dayanmayan, abartılı ve doğruluğu tartışmalı sloganların marka olarak tescilinde, TPE’nin MarkKHK 5, 7 ve 8. Maddeyi iyi yorumlayarak –

¹⁴⁶ ARKAN, Marka C.I, s. 174.

¹⁴⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 341.

¹⁴⁸ KAYA, Marka, s. 18.

¹⁴⁹ GÜNEŞ, İlhami: Yanlış ve Yanıltıcı Sloganların Marka Olarak Kullanımı, Reklamlarda Yer Alması ve Tescilleri, Ankara Barosu FMR, 2008/4, C. 8, s. 87.

bir çeşit yargısal faaliyetle- bu çeşit tescillere engel olması gerekir¹⁵⁰. Aksi durumda, marka koruması, haksız rekabet hükümlerine karşı bir çeşit kalkan olarak kullanılabilir. Karşılaştırmalı reklamlarda da rakibi haksız şekilde aşağılayıcı, eleştiri ölçülerini ve adalet sınırlarını aşan sloganların kullanılmasına engel olunması gerekir.

4.2.2.1.5. Yabancı Sözcükler

Yabancı kelimeler de marka olarak kullanılabilir. Ülkemizde tüketicilerin yabancı ürünlere ilgisi nedeniyle özellikle İngilizce kelimelerin marka olarak kullanıldığına sıklıkla rastlamaktayız. Ancak bu işaretin yanıltıcı olmaması gerekir (m. 7/f). Marka olarak alınan sözcük o malın bir başka ülkede üretildiği veya ithal edildiği izlenimini taşıyorsa bu işaretin yanıltıcı özelliğinin olduğu kabul edilir.

Yabancı tasviri sözcüklerin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği ile ilgili farklı görüşler var olmakla birlikte, bazı yazarlar yabancı dilde de olsa tasviri sözcüklerin tescil talebinin mutlak olarak reddedilmesi gerektiğini savunurken, isabetli diğer görüşe göre ise, kullanılan yabancı dilin ne kadar bilindiği önemlidir¹⁵¹. Yabancı tasviri sözcük Türkiye’de de ilgili sektörle ilişkili olarak Tüketiciler tarafından yaygın olarak biliniyor ise marka olarak kullanılmaması gerekir. Örneğin “cotton” “labne” gibi. YARGITAY, “casa” sözcüğünün İtalyanca’da ev manasına geldiği ve bu nedenle marka olarak kullanılamayacağına hükmetmiştir(Yarg. 11 HD. 08.06.1999, E.1999/136 e. 5033 K). 11. HD aynı yönde karar verdiği diğer bir kararda¹⁵², “Multicanal” sözcüğünün çok kanallı TV veya radyo hattı anlamını ifade etmektedir. Bu birleşik kavramın, ilk sözcüğü “Multi” çokluğun yani MarkKHK’nın 7/I-c maddesindeki miktara yönelik bir sözcük, ikincisi “Canal” ise TV veya radyo hattını belirten bir sözcüktür. Her iki sözcük, markada bulunması gereken ve onun diğer markalardan farkını sağlayacak “ayırt edicilik” unsurunu taşımadığı gibi, yukarıda da değinildiği üzere sadece cins, çeşit ve miktar belirlemeye yönelik bu sözcüğün marka olarak tesciline 7/I-c maddesi de engel teşkil etmektedir.” Şeklinde karar vermiştir.

¹⁵⁰ GÜNEŞ, Sloganların Kullanımı, s. 88.

¹⁵¹ ARKAN, Marka C.I, s. 80.

¹⁵² YARGITAY 11. HD. 09.11.2000 tarih, E.2000/6135, K.2000/8767 (YKD, C.27, S.8, Ağustos 2001, s. 1204 vd.)

Aynı şekilde Yargıtay, Pet Hospital, Multicanal, Florist, Selpak Aqua kararlarında da, yabancı tasviri sözcükleri göz önünde tutarak karar vermiştir.¹⁵³ “En yüksek kalite”, “birinci kalite”, “süper”, “ekstra”, gibi kalite belirten sözcüklerin, markanın esas unsuru olarak tescil edilmeleri mümkün değildir. YARGITAY, 11. HD. Verdiği bir kararda; Türkçe karşılığı “mükemmel, birinci kalite, en ala” olan “Prima” sözcüğünün, MarkKHK’nın m.7/son bendi gereğince tescilden önce kullanımla ayırt edici nitelik kazandığını, bu nedenle 7. Maddenin c bendinin uygulanma imkânının ortadan kalktığını ve marka olarak tescilinin uygun olduğu kararını vermiştir¹⁵⁴. Bir şiirden alınan mısra ya da bir şarkıya ait güfte de marka olarak kullanılabilir. Ancak böyle bir durumda telif hakkı gündeme gelmektedir.

4.2.2.2. Şekiller

Şekil markaları, eski çağlardan beri kullanılan markalardır. Eski çağlarda, tacirler ürünlerini ya da kendilerini simgeleyen şekilleri kullanarak ayırt ediciliği sağlıyordu. Bir malı tanıtmamanın en kolay yollarından biri de şekille ifade etmektir. Malın resmi marka olarak kullanılabilmesi gibi, bunun cazip olmadığı durumlarda ise fantezi şekiller marka olarak kullanılabilir¹⁵⁵.

Şekil markalarının, doğrudan göze hitap ettikleri için, ayırt edici niteliği ve seçiciliği sözcük markalarına oranla daha kuvvetlidir. Sözcükler belli bir dile ait olduklarından sadece bu dili konuşanlar tarafından anlaşılır (tanınmış markalar hariç) ve tanınırlar. Oysa şekilden oluşan markaların ifadesi açıktır ve oluşturduğu kendine özgü kompozisyonla alıcının zihninde belirgin bir ifadeye sahip olurlar¹⁵⁶.

551 sayılı mülga Markalar Kanununun 4/1(a) maddesi uyarınca, ambalajların veya doğrudan doğruya emtia üzerine konmayan işaretlerin marka olarak tescili mümkün değildir. 556 sayılı MarkKHK ile bu düzenleme terk edilerek, malların biçiminin veya ambalajlarının da marka olarak tesciline izin verilmiştir. Ancak malın bilinen ve normal şekli marka olarak kullanılamaz. Üç boyutlu bir cisim ancak ayırt

¹⁵³ YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 4.

¹⁵⁴ Yayınlanmamış karar.

¹⁵⁵ KARAHAN, Sami, Marka Şekilleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul 1987, s. 39.

¹⁵⁶ CAMCI, Ömer, Marka Davaları, İstanbul 1999, s. 10.

edici nitelik taşıması kaydıyla marka olarak tescil edilebilir. Yargıtay 11 HD de küresel (tombul) tüpün şeklinin standardizasyon ve teknik zorunluluktan kaynaklandığına ve bu nedenle marka olarak tescil edilemeyeceğine karar vermiştir(24.3.1998, 1997/9672 E.1998/2127 K.).

MarkKHK' Uygulama Yönetmeliği'nde üç boyutlu şekil malın ambalajı şeklinde kabul edilmektedir. Oysa malın ambalajı dışında herhangi üç boyutlu cismin de marka olarak tescil edilmek istenmesi mümkündür. Bu bakımdan MarkKHK'nın bu hükmü doğru değildir.

Ayırt edici niteliğe sahip olmak koşuluyla her türlü resimler, çizgi tasarımları, geometrik şekiller (üçgen, kare vs.) semboller, simgeler, amblemler, armalar, etiketler, mühürler, damgalar, logolar, hologramlar, çizgi ve renklerden oluşan kompozisyonlar veya tüm işaretlerin kombinasyonları şekil markalarını oluşturur¹⁵⁷. Her türlü İnsan, hayvan, bitki, manzara, inşaat resimleri, fantezi resimler, stilize edilerek asli şeklini kaybeden adlar, sözcüklerin resimleştirilmiş halleri marka olabilir¹⁵⁸.

Bir cismin şekli marka olarak tescil edilmişse, aynı cisim sözcük markası olarak tescil edilemez. Örneğin timsah resmi marka olarak tescil edildiğinde, timsah sözcüğü marka olarak tescil talebi reddedilir.

4.2.2.2.1. Fotoğraf

Ayırt Edici Niteliği bulunmak kaydıyla her fotoğraf marka olarak tescil edilebilir. Marka sahibinin kendi portresini marka olarak tescil ettirmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Bir başka görüşe göre ise, tanınmış insanların portrelerinin marka olarak tescil edilmesi toplum vicdanını rencide edeceğinden marka olarak kullanılmamalıdır. Eser olduğu kabul edilen fotoğraflar ancak mali hakları marka sahibine aitse veya devralınmışsa marka olarak tescil ettirilebilir(FSEK m.4). Karikatürler ve tipler de FSEK kapsamında eserler olduğundan aynı durum söz konusudur.

¹⁵⁷ KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s. 24; YASAMAN, Marka, s. 71; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 341.

¹⁵⁸ HIRSCH, Ticaret Hukuku, s. 155.

4.2.2.2.2. Resim

Ayırt ediciliğe haiz resimlerin marka olarak tescili mümkündür. İnsan, hayvan, bitki ya da bir nesnenin resmi marka olarak kullanılabilir. Çeşitli hayvan, bitki, çiçek ve meyve resimlerinin marka olarak tescil edilmiş örnekleri bulunmaktadır. Türkiye'nin en büyük lojistik firmalarından biri olan Horoz Uluslar arası Nakliyat ve Ticaret A.Ş.'nin markasında horoz resmi, Dünya'ca ünlü hazır giyim firması Lacoste'un markasında bir timsah resmi, Ferrarinin markasında şaha kalkmış at figürü resim markalarına örnek teşkil etmektedir.

Sanat eseri niteliğindeki resimler de sahibinin izni alınarak, marka olarak kullanılabilir. Bu tür eserlerin sahibinin izni olmaksızın kullanılması durumunda telif hakları çiğnenmiş olur¹⁵⁹.

Ünlü ve tarihte önemli başarılar elde etmiş kişilerin resimleri de marka olarak kullanılabilir. Bu kişiler veya mirasçıları belli şartlarla, resim veya isimlerinin kullanılmasını belli şartlar ya da bir bedel karşılığında devredebilirler¹⁶⁰. Hayali kahramanların ve çizgi roman kişiliklerinin de resim markası olarak kullanılması yaratıcılarının izniyle mümkündür. Aksi takdirde telif hakları ihlal edilmiş olur¹⁶¹.

Yargıtay, "Kötü Kedi Şerafettin" davasında¹⁶², kötü kedi Şerafettin tiplemesinin davacı tarafından yaratıldığını, onun izni alınmaksızın, davalı şirket tarafından marka olarak tescil ettirilmesinin 556 sayılı MarkKHK'nın 8/1-5'inci bendine göre, davacının telif hakkının ihlali sonucunu doğuracağını belirtmiştir. Sanatsal değeri olan fotoğrafların marka olarak kullanılması, eser sahibinin iznine bağlıdır (FSEK m.4).

4.2.2.2.3. Logo

Logo, "grafik çizgilerin birleşiminden oluşan bir semboldür."¹⁶³ Logoların marka olarak tescilinde de aranacak özellik ayırt ediciliktir. Logoların marka olarak

¹⁵⁹ YASAMAN, Marka I, s. 72; KARAHAN, Hükümsüzlük Davaları, s. 31.

¹⁶⁰ YILMAZ, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler, s. 143. Resim veya isim hakkının lisans sözleşmesi ile marka olarak bir başka şahsa bırakılması mümkündür.

¹⁶¹ YASAMAN, Marka I, s. 72.

¹⁶² Yargıtay 11. HD., 18.11.2005, E.2004/13221, K.2005/11244. YILMAZ, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler, s. 144.

¹⁶³ POROY/YASAMAN, s. 368.

kullanılması oldukça yaygındır. Hemen hemen her marka ya da firmanın bir logosu bulunmaktadır.

Logoların “çizimle görüntülenme veya benzer şekilde ifade edilebilme” koşulunu sağladığına şüphe yoktur. Logoların doğadaki herhangi bir cisim esas alınarak ya da tamamen fantezi olarak tasarlanması mümkündür. Logo, tamamen yeni, yaratıcı ve özgün bir şekilde oluşturulmuş ise, tasarım olarak, ayırt edici niteliği var ise, marka olarak tescil edilebilir¹⁶⁴.

4.2.2.2.4. Çizgiler ve Geometrik Şekiller

Geometrik şekiller tek başlarına ya da farklı işaretler bir arada kullanılmak suretiyle marka olarak tescil edilebilirler. Aynı şekilde çizgilerin de -ayırt ediciliğe sahipse- marka olarak tescili mümkündür.

4.2.2.3 Sayılar

551 sayılı MarkK, münferit bir harften, sayı ya da sayılardan oluşan işaretlerin marka olarak kullanılmasına izin verilmemişti(m. 4/1-c). Ancak, özel bir şekil verilmiş ya da herhangi bir remiz, tezniyat, çizgi yahut resimde veya renkle şeklen beraber olan harfler ya da sayılar marka olabilirdi (m. 4/2).

556 sayılı MarkKHK ise bu yönde herhangi bir sınırlama yapmamıştır. MarkKHK da sınırlayıcı bir hüküm bulunmaması karşısında sayıların da marka olarak kullanılması mümkün kabul edilmelidir. Tek bir sayı ayırt edici niteliğe sahip olmayacağından, sayıya kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazandırılması durumunda marka olarak tescili mümkün olmaktadır. Fakat tek bir sayının akılda kalıcılığı ve dikkat çekiciliği düşük olacağından marka olarak kullanımı yaygın değildir. Harfler gibi sayılara da, ayırt edici kimlik harf veya sayının birkaçının bir araya gelmesiyle daha kolay kazandırılır.

Alman Federal Mahkemesi “QUATTRO” kararında, İtalyanca dört (4) anlamına gelen bu tek sayının harflerle yazılmış şeklinin, binek oto markası olarak kullanılmasının uygun olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, 9 Şubat 1995 tarihli kararında, dört sayısının marka olarak kullanıldığı ürünün (binek otosu) cinsini,

¹⁶⁴ SULUK, Cahit, Tasarım Hukuku, Ankara 2002, s. 572.

vasfını, değerini, miktarını ve diğer karakteristik özelliklerini belirtip, betimlemediği, dolayısıyla Alman Markalar Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrasının, 2. bendinde yer alan mutlak tescil engeli teşkil etmediği, buna karşılık kullanımla ayırt edici nitelik kazandığı gerekçesiyle, tek sayı dahi olsa (4) sayısının ürünle birlikte değerlendirildiğinde, ayırt edici güce sahip olduğuna karar vermiştir¹⁶⁵. Kararı veren mahkemeye göre, tek bir harf ya da sayının marka olarak tescil edilip edilemeyeceği değerlendirilirken, bu harf veya sayının hangi tür ürün için marka olarak kullanılacağına bakmak gerekir¹⁶⁶.

4.2.2.4. Harfler

MarkKHK'de marka olabilecek işaretlerle ilgili sınırlayıcı bir hüküm olmadığından harfler de tek başlarına ya da grup olarak marka olabilirler. Pierre Cardin'in "P" harfi, Vakko'nun kullandığı "W", Hyundai'nin kullandığı "H" harfi tek başına marka olarak kullanılan harflere örnek verilebilir. Doktrinde bazı yazarlar tek bir harf ya da sayının ayırt edici niteliği bulunmadığından marka olarak kullanılmayacağını savunmaktadırlar.

Alman Patent Mahkemesi "R", "F" VE "K" harflerinin otomobil için serbest işaret olduğunu, harflerin ve sayıların tek başlarına, endüstrinin bütün alanlarında ve otomotiv sektöründe, tip, seri, büyüklük ve model belirten işaretler olarak kullanıldığını ve herkesin kullanımına açık olduğunu belirterek, harf ve sayıların tek başlarına marka olarak alınamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme aynı kararda, bir harf veya sayının ayrı tipte yazılsa bile marka olamayacağını belirtmektedir¹⁶⁷.

TEKİNALP'in tek başına bir harfin marka olarak tescil edilebileceği görüşü¹⁶⁸ karşısında, ARKAN, 551 sayılı MarkK düzenlemesine paralel şekilde ayırt ediciliği olmayan münferit harflerin ancak özel dizayn içerisinde tek başına kullanılabilceğini, aksi halde tek başına marka olarak kullanılmayacağını ifade eder¹⁶⁹. Tek harf veya sayı, özel dizayn edilir, yazılış ve görünüm açısından tamamen

¹⁶⁵ YILMAZ, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler, s. 109.

¹⁶⁶ Aynı görüş için bkz. YASAMAN, Marka I, s. 74.

¹⁶⁷ KARAHAN, Sami/ SULUK, Cahit/ SARAÇ, Tahir: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007, s. 131.

¹⁶⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 342.

¹⁶⁹ ARKAN, Marka C.I, s. 342.

kendine özgü ve ayırt edici bir nitelik kazanırsa marka olarak tescil edilebilir¹⁷⁰. Marka olarak tescil edilecek bir işaretle aranan temel özellik ayırt edicilik olduğundan, tek harf veya sayıya bu nitelik kazandırılırsa marka olarak tescili edilebilir. Pek çok kararında, bir harf ve veya sayının, ayrı tipte yazılsa bile marka olamayacağına hükmetmiş olan Alman Patent Mahkemesi de, verdiği bir başka kararında özel dizayn edilmiş “g” harfinin, resim markası olarak tescilinin uygun olduğuna karar vermiştir¹⁷¹.

Tek bir harfin marka olarak kullanılması mümkün olmakla birlikte, marka olarak kullanılan sözcük gruplarının kısaltmaları da marka olarak tescil edilebilir. BMW, BP, IBM, DYO, yurtiçi kargonun kullandığı “YK”, İş Bankasının kullandığı “İ-Ş” harfleri, harf markalarına örnek verilebilir. Birden fazla harften oluşan markaların ayırt ediciliği daha yüksektir.

4.2.2.5. Renkler

Belirli bir biçime bağlı olmayan soyut renk markaları, tartışmaya neden olan marka türlerinden biridir¹⁷². Rengin marka olarak kullanılması, ürün veya ambalaj ile bağlantılı olarak bir mal veya hizmetin tanıtılması şeklinde uygulamada sıkça karşımıza çıkmaktadır. İşletmeler ticaret hayatında geleneksel sözcük markalarının neden olduğu dil ve kültür farklılıklarından kaynaklanan engellerin üstesinden gelebilmek amacıyla, renkleri de marka olarak seçme yoluna gidebilmektedir.

Alıcının malı ayırt edebilmesi ve marka imajının akılda kalıcılığı açısından en fazla dikkat çeken unsurlardan biri renktir¹⁷³. Alıcı, rengin daha hızlı kavranması ve akılda kalıcılığının daha yoğun olması nedeniyle satın alırken bu şekilde ayırt ettiği ürüne yönelir¹⁷⁴. Soyut renklerin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği hususunda pek çok farklı görüş ileri sürülmüştür.

MarkKHK’da açıkça yer almamakla birlikte, doktrinde renklerin de marka olabileceği genel kabul görmektedir. Bu kabulün temelinde ise, MarkKHK’nın 5’inci

¹⁷⁰ YILMAZ, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler, s. 108.

¹⁷¹ YILMAZ, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler, s. 108.

¹⁷² YASAMAN, C. I, s. 79 vd.

¹⁷³ ÖZDAL, s. 126.

¹⁷⁴ ŞENOCAK, Kemal, Soyut Renk Markaları Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 90.

maddesinde geçen “veya benzer biçimde ifade edilebilen” ifadesi yer almaktadır. Gerçekten de bu ifadenin renk markalarının tesciline cevaz veren bir nitelik taşıdığı iddia edilebilir. Bunun da ötesinde tek başına “çizimle görüntülenebilme” ifadesi dahi renklerin marka olarak tescili için yeterli kabul edilmelidir. Bununla birlikte, kuşkusuz, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme şartları renk markaları için de geçerlidir¹⁷⁵.

MarkKHK’den önce yürürlükte bulunan 551 sayılı mülga Markalar Kanunu’nun 4(c) maddesinde, sırf muayyen bir renkten ibaret olan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği belirtildikten sonra, aynı maddenin son fıkrasında özel bir şekil verilen veya herhangi bir remiz, tezzyinat, çizgi yahut resimle veya renkle şeklen beraber olan renklerin marka olarak tescili mümkün görülmüştü. Renklerin sınırlı sayıda olması nedeniyle, söz konusu mülga hükmün, taşıdığı anlam bakımından, bugünkü Türk Marka Hukuku bakımından da geçerli olduğunun kabulü gerekir.¹⁷⁶ Tekinalp de; rengin bir şekil oluşturmasının işaretin şekle bağlanması sebebiyle sorun oluşturmadığını, sorunun rengin bir şekilde somutlaşmaması halinde kendini gösterdiğini ifade etmektedir.¹⁷⁷

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, belirli bir biçime bağlı olmayan soyut rengin hangi durumda çizimsel olarak ifade edilebileceğini “Libertel”¹⁷⁸ kararında belirtmiştir. Bu karara göre; bir rengin sözcükler ile tasvir edilmesi, rengin çizimsel olarak ifade edilmesi anlamına gelir, ve renk örneği, rengin sözcüklerle yapılmış tasviri ile birlikte sunulması halinde, tasvirin açık, anlaşılır, kendi içinde bütün, kolay erişilebilir ve objektif olması koşulu ile, Yönerge’nin 2. Maddesi anlamında çizimsel ifadeyi gösterebilir.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı bu kararında, renk örneğinin tescil için sunulmasının ise tek başına, 89/104 sayılı Yönerge’nin 2. Maddesi anlamında çizimsel ifadeyi göstermeyeceğini, zira renk örneğinin zamanla bozulabileceğini, rengin kalıcı şekilde korunabileceği bazı ortamlar bulunabilmekle birlikte, özellikle kağıt gibi diğer bazı ortamlarda, rengin gerçek tonunun zamanın getirdiği etkilere

¹⁷⁵ YILMAZ, Mutlak Tescil Engelleri, s. 24.

¹⁷⁶ Bu yorum aslında, KHK’da açıkça yer almamasına rağmen, 551 sayılı Markalar Kanununun 4(c) maddesi hükmünün anlam itibarıyla geçerliliğini koruduğunu göstermektedir.

¹⁷⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 345.

¹⁷⁸ Kararın Türkçe çevirisi için bkz. YASAMAN, C. I, s. 143 vd.

karşı korunamayacağını belirtmiştir¹⁷⁹. Bu karardan yola çıkıldığında renklerin çizimle görüntülenmesinin ne şekilde olacağı önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Kağıt üzerine reproduksiyonda renklerin zamanla solması neticesinde çizimle görüntülenme şartının kesinlik ve süreklilik özelliğini kaybedeceği endişesi karşısında renk örneklerinin bilgisayar ortamına aktararak saklanması imkanı bulunmaktadır. Böyle bir durumda da renklerin bilgisayar ortamında saklansa dahi birbirine karıştırılma ihtimali ve birbirine yakın renk tonlarından hangilerinin marka olabileceği konusunda yerinde kararlar verilemeyebilir. Ancak uluslar arası kabul görmüş herhangi bir renk sınıflandırma sistemindeki numaranın ve renk örneğinin verilmesiyle bu durum çözüme kavuşabilecektir.

Aksi görüşlere rağmen, renklerin mal ve hizmetleri ferdileştirerek ve teşhis edilebilir hale getirerek birbirinden ayırt edilmesini sağladığından ayırt edicilik niteliği olduğu açıktır. Ayrıca renklerin sınırlı sayıda olduğu ve kısa sürede tükeneceği görüşü, tescili mümkün asgari 3000 tek renk markası ve 223.500 renk kombinasyonunun varlığı karşısında isabetli değildir¹⁸⁰. Renk markaları mal ve hizmetten bağımsız ve serbestçe seçilmiş bir unsur olması bakımından da marka olarak tescile edilmeye elverişlidir.

Renkler de marka olabilme özelliğine sahip diğer işaretler gibi mal ve hizmetlerle ilgili ferdileştirme ve teşhis edilebilme fonksiyonlarına sahiptir. Bunun yanında renkler mal ve hizmetle ilgili mesajı alıcıya hızlı ve kolayca iletebilmekte, alıcıyı bilgilendirmekte ve alıcı ile satıcı arasında iletişim kurmaktadır¹⁸¹. Bu nedenle renklerin soyut ayırt ediciliğe sahip olduğu ve marka olabilecek işaretler arasında yer aldığı; bu nedenle soyut rengin marka olabilmesi için diğer işaretler gibi, marka olabilmenin genel şartlarını taşıması gerektiği kabul edilmelidir.

Yukarıda belirtilen koşulları sağlamanın yanında, soyut rengin marka olarak tescil edilebilmesi için MarkKHK m. 7/I'de düzenlenmiş olan mutlak red nedenlerinden hiçbirinin somut olayda söz konusu olmaması gerekir¹⁸².

¹⁷⁹ UZUNALLI, s. 88.

¹⁸⁰ ŞENOCAK, Soyut Renk, s. 106.

¹⁸¹ ŞENOCAK, Soyut Renk, s. 90.

¹⁸² DOĞAN, Beşir Fatih, Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, FMR, Y.5, C.5, S.4, s. 50.

11. HD, 11.02.2002, E.2002/872, K.2002/1060 sayılı kararında; “davaya konu markanın şekillerden oluşan, çizimle görüntülenebilen, baskı yoluyla yayımlanmaya ve çoğaltılmaya müsait bir işaret olduğu, uluslar arası anlaşma hükümlerine ve uygulamaya göre renk kombinasyonlarının marka olarak tescil edilebilir nitelikte olduğu, davacı malının bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt edici nitelikte bulunduğu gerekçeleriyle, davanın kabulü ile davalı TPE Başkanlığı Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Başkanlığının ... red kararının iptaline karar verilmiştir” şeklinde hüküm tesis ederek renk kombinasyonlarının marka olarak tescil edilebileceğine işaret etmiştir¹⁸³.

11. HD, 13.12.2001 tarih ve E.2001/7583, K.2001/9840 sayılı kararında, davalı TPE vekili, mavi renk karenin şekil markası olarak tescilinin mümkün olmadığını çünkü gerek WIPO’nun aradığı kriterlere gerek MarkKHK’nın 7/I-a bendinin aradığı renk kombinasyonuna sahip olmadığını gerekçesiyle tescilinin uygun olmayacağını savunmuş, mahkeme ise davalının iddiasının aksine, davacının tescili için başvurduğu şeklin renk kombinasyonu olduğunu, zaten şekildeki renklerin kombinasyon olup olmadığını da önemli olmadığını ifade ederek, 5. maddede tanımlanan marka tanımına uyan işaretin marka olmak için yeterli özelliğe sahip olduğunu söylemiş, davacının dikdörtgen unsurlu, gri, beyaz, lacivert renklerle ayırt edilebilir bir şekil markası olduğunu ve tescilinde engel olmadığı yönündeki kararını onaylamıştır¹⁸⁴. Bizce de yüksek mahkemenin kararı isabetlidir. Şekillerin marka olarak tescil edilmesinde, MarkKHK’nın işaretlerin marka olarak tescili için aradığı şartların tescile konu işarete mevcut olup olmadığı incelenmeli, bunun dışında marka tescilini zorlaştıracak hatta bazı durumlarda işaretlerin marka olarak tesciline engel olacak yorumlardan kaçınmak isabetli olacaktır. Bununla birlikte, karar verilirken AB düzenlemeleri ve yargı içtihatları da dikkate alınmalıdır.

4.2.2.6. Kokular

Koku, havada gaz halinde bulunan koku moleküllerinin burun yoluyla algılanıp beyindeki merkezde duyum haline gelmesi olayıdır¹⁸⁵. Koku markaları bir

¹⁸³ YASAMAN, Marka, s. 107,108.

¹⁸⁴ NOYAN, s. 169.

¹⁸⁵ www.kali.com.tr

teşebbüsün mallarını diğer teşebbüslerinkinden koku duyusuyla ayırt etmeyi sağlayan markalardır.

Kokuların marka olarak tescil edilebileceğine dair MarkKHK’da açık hüküm bulunmamaktadır. 556 sayılı MarkKHK’da sayılan işaretlerin açık bir marka tanımına yer verilmemiş, marka olabilecek işaretlerin kapsamı çok geniş tutulmuştur. Bu nedenle, bu maddede sayılan işaretlerin marka olabilecek işaretlere örnek olduğu söylenebilir. 556 sayılı MarkKHK’nın marka olabilecek işaretlerde aradığı ilk koşul işaretin ayırt edici niteliğinin bulunmasıdır. Yani işaret bir mal veya hizmeti somutlaştırabilecek ve onu diğerlerin farklı kılacak nitelikte olmalıdır.

Kokuların marka olarak tescil edilmesinde ikinci koşul ise işaretin çizimle görüntülenebilmesi, baskı yoluyla yayınlanabilmesi ve çoğaltılabilmesidir. Bu düzenleme ile TRIPs m.15/1 ve 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğü m.4’den farklı bir ölçüt getirilmiştir¹⁸⁶. TRIPs’in 15 inci maddesi işaretin “*görsel olarak algılanabilmesi*”, 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğü’nün 4 üncü maddesi ise “*çizimle ifade edilebilmesi*” ölçüsünü getirmiştir. 556 sayılı MarkKHK’nın 5 inci maddesi ile “*çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen*” ifadesi kullanılarak koku gibi çizim dışındaki ifade biçimleri de madde kapsamına alınmıştır¹⁸⁷.

Yukarıda kısaca izah edilen nedenlerle, kokuların da, kimyasal formüllerinin ortaya konabilmesi kaydıyla, marka olarak tescil edilmeleri mümkün görülmelidir. Ülkemizde örneği bulunmayan koku markalarının, dünyada da çok sınırlı sayıda örneği bulunmaktadır. Ülkemizde kokuların tescil mekanizmasının yürürlüğü bulunmaması neticesinde, ünlü parfümlerin içerik imitasyonlarının başka isimler altında satışı yasal kabul edilmektedir.

“AT İlk Derece Mahkemesi de kokuların marka olarak tesciline ilişkin bazı önemli kriterler tespit etmiştir. Mahkeme, “olgun çilek kokusu”nun (smell of ripe strawberries) tescil talebine ilişkin kararında; Tüzüğün 4 üncü maddesinin yorumundan, görsel olarak algılanamayan işaretlerin ancak çizimle görüntülenebildikleri müddetçe tescil edilebileceklerini ifade etmiştir. Mahkemeye

¹⁸⁶ ÖZTÜRK, Özge, Koku Markası, Ankara Barosu FMR, Y.7, C.7, S.2, s. 63.

¹⁸⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 340.

göre söz konusu çizimle görüntülenebilme kriteri, ses markalarında olduğu gibi; özellikle şekil, çizgi veya karakterlere dayanmalı ve açık, kesin, müstakil, kolay erişilebilir, anlaşılabilir, sürekli ve nesnel bir nitelik arz etmelidir. Mahkeme bahsi geçen nitelikleri açıklama yoluna gitmemiş, buna karşılık işaretin çizimle görüntülenmesinin, marka tescil sisteminin sağlıklı bir şekilde işlemlerini kolaylaştıracak mahiyette olması gerektiğinin altını çizmiştir¹⁸⁸. Son olarak Mahkeme genel bir kriter olarak, çizimle görüntülenebilmeleri tabiatları gereği zor olan işaretlerin tescilini kolaylaştırmak için, çizimle görüntülenebilmeye ilişkin yukarıda sayılan şartlarda bir esnemeye gidilmemesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁸⁹

Mahkeme “olgun çiçek kokusu” nun (smell of ripe strawberries) tescil talebine ilişkin olarak da, görsel olarak algılanamayan, “olgun çilek kokusu” şeklinde sözle ifade edilen ve olgun çilek renginden oluşan koku işaretinin Tüzüğü 4 ve 7/1(a) maddesi anlamında çizimle görüntülenebilme şartlarını haiz olmadığına hükmetmiştir. Ayrıca koku örneği yeterince kalıcı ve dayanıklı değildir. Bu ifadeden Mahkeme’nin açıklık ve kesinlik ölçütlerini sağlayan bir unsur olarak çizimsel ifade edilebilirlik koşuluna verdiği önem açıkça anlaşılmaktadır.

Avrupa Adalet Divanı ise “Sieckmann” kararında, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için, tüketicilerin geneli tarafından anlaşılabilir ölçüde şeklen tam, açık ve kesin bir ayırt edici niteliğe sahip olması gerektiğini, kokunun kimyasal formülünün kokuyu değil maddenin kendisini ifade ettiğini ve çok az kişinin ürünün kimyasal formülüne dayanarak kokuyu yorumlayabileceğini bu nedenle kokunun grafik ifadesinin de yapılması gerektiğini belirtmiştir.

556 sayılı MarkKHK’da “çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen” ifadesi kullanılarak daha geniş bir düzenleme yapılmıştır. Markalar, “görsel açıdan algılanabilen” veya “çizimle görüntülenebilen” işaretlerle sınırlı tutulmamıştır¹⁹⁰. MarkKHK’daki “benzer şekilde ifade edilebilen” ifadesi dikkate alınmadan sadece çizimle görüntülenebilme özelliğinin dikkate alınması kararnamenin amacına ve gerekçesine de aykırı olacaktır. Dolayısıyla kokunun oluştuğu kimyasal maddelerin formülleriyle

¹⁸⁸ Case T-305/04 ECR 2005 Page II-04705 Para 25.

¹⁸⁹ Case T-305/04 ECR 2005 Page II-04705 Para 25.

¹⁹⁰ OYTAÇ, Kutlu, Markalar Hukuku, Ankara 2002, s. 22.

ya da bu kimyasal maddelerin grafiklerinin çizilmesi yoluyla ifade edilen koku formülü marka olarak tescil edilebilmelidir.

Ayrıca Paris Sözleşmesi'nin 4 üncü mükerrer 6 ıncı maddesinde, kendi ülkelerinde usulüne uygun olarak tescil edilmiş işaretlerin sözleşmeye taraf ülkelerde de korunacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle koku markalarının tesciline daha olumlu ve yenilikçi bir bakış açısıyla bakılmalıdır¹⁹¹.

4.2.2.7. Sesler

Avrupa ülkeleri ve gelişmiş diğer ülkelerde sesler marka olarak tescil edilebilirken, ülkemiz yeni marka türlerinin tescil edilmesinde çekingen davranmıştır. Ayırt edici niteliği bulunmak kaydıyla her türlü işaret 556 sayılı MarkKHK'nın 5 inci maddesi uyarınca marka olabildiğine göre, ayırt edici niteliği olan ve çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen sesler de marka olarak tescil edilebilir.

Seslerin birçok çeşidi vardır. Melodiler ve şarkılar ses markası olabileceği gibi, Radyo programlarında kullanılan “jingle” ya da “jenerik” adı verilen melodiler de ses markası olarak tescil edilebilirler. Ses ile anlatılmak istenen sadece yalın anlamda ses olmadığı gibi, sesin mutlaka müzikal içerikli olması da gerekmez. Sunulan mal veya hizmetle ilgisi olan ve bunları çağrıştıran sesler de marka olarak alınabilir. Örneğin, Harley Davidson marka motosikletlerin motor sesi, NBC'nin çanları¹⁹², Eurovision-Tv'nin kullandığı melodi gibi.

Sesler, doğadaki herhangi bir nesneden veya canlıdan kaynaklanabileceği gibi, teknik imkanlar kullanılarak örneğin bilgisayar ortamında hazırlanmış da olabilir¹⁹³. Bunlar özel ses efektleridir ve doğal olarak kaydedilen seslerden hazırlanabileceği gibi, elektronik efektlerden de oluşabilir. Örneğin, Yapı Kredi Bankasının reklamlarında kullandığı mor adamların çıkarttığı “vadaaa” sesi herhangi bir anlamı olmayan, tabiatta bulunmayan, özel olarak hazırlanmış sestir. Yoğun reklam kampanyasının yardımıyla ayırt ediciliğe sahip olmuştur¹⁹⁴. Bir içeceğin

¹⁹¹ ARKAN, Marka C.I, s. 43.

¹⁹² KEYDER, BROWN, Virginia Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği, İstanbul 1996, s. 25.

¹⁹³ EROĞLU, s. 25.

¹⁹⁴ ÖZDAL, s. 109.

bardağa boşaltıldığı ya da açıldığı anda çıkardığı sesin sesi duyan kişi tarafından hangi içeceğe ait olduğunun anlaşılması mümkün olmadığından ayırt ediciliği yoktur¹⁹⁵.

Kendine özgü bir melodi ya da cıngıl ya da şarkı ayırt ediciliğe sahiptir. Marka olarak tescil edilebilmelidir. Oysa anonim melodi ya da şarkılar gibi kamuya mal olmuş eserler ve bunlara ait melodilerin marka olarak tescil edilmemesi gerektiği, bu gibi melodilerin kültürel hayatta önemli yer tuttuğu, marka olarak tescil edilmesi durumunda kamu menfaatinin zarar göreceği öne sürülmüştür¹⁹⁶.

Sesin markasının ayırt ediciliği, markanın ilgili olduğu ürünle birlikte değerlendirilmeli, orijinalliği ve akılda kalıcılığı göz önünde bulundurulmalıdır. Günlük hayatta herkesin kullanımına açık olan ve çok sık kullanılan sesler marka olamazlar.

Seslerin marka olarak tescil edilmesi ile ilgili doktrinde farklı görüşler öne sürülmüştür. Sesin çizimle görüntülenebilme veya benzer şekilde ifade edilme koşullarını taşımadığı bu nedenle marka olarak tescil edilmeyeceğini savunan yazarlar yanında karşı görüşü savunanlar da vardır.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Sieckmann” kararında, uyuşmazlığa konu olan “horoz ötüşü” ve “Für Elise melodisinin ilk dokuz notası” şeklinde ifade edilen işaretlerin açık ve net olmaması nedeniyle, tescili söz konusu olan markanın koruma kapsamının sınırlarını belirgin bir şekilde ortaya koymaktan uzak olduğunu, bu nedenle bu işaretlerin, Yönerge’nin 2. Maddesi anlamında “çizimsel ifade edilebilme” özelliğine sahip olmadığını belirtmiştir¹⁹⁷. Mahkeme’ye göre, başka bir açıklama içermeyen, bir tınıyı veya sesi simgeleyen basit yansıma ses dizileri, ses veya tınının çizimsel ifadesi olamayacaktır.

Seslerin marka olarak tescili amacıyla yapılacak başvuru esnasında, seslerin notayla gösterilmesi, bunun yanında özelliklerinin gösterildiği bir ek açıklamanın TPE’ye verilmesiyle, MarkKHK’nın aradığı çizimle görüntülenebilme veya benzer

¹⁹⁵ EROĞLU, s. 26.

¹⁹⁶ OKUTAN-NİLSSON, Gül, Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?- Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı,-Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.23, S.1-2, 2003.

¹⁹⁷ Kararın Türkçe çevirisi için bk. YASAMAN, C. I, s. 130 vd.

biçimde ifade edilebilme şartları gerçekleşmiş olur.¹⁹⁸ İdeal çözüm seslerin akuistik haliyle başvuruda bulunulmasıdır.

Paris Antlaşmasının 4. Mükerrer 6. Maddesi uyarınca, Anlaşmaya taraf bir ülkede markasını tescil ettirmiş olan marka sahibi, bu hakkına dayanarak, markasının Türkiye’de de tescili için başvuruda bulunabilecek ve markasının korunmasını talep edebilir¹⁹⁹. Bunun sonucu ses Türkiye’de de marka olarak kabul edilecektir.

4.2.2.8. Üç Boyutlu İşaretler

Üç boyutlu şekiller, yeni marka türleri arasında Avrupa’da olduğu gibi Türkiye’de de en çok tercih edilen marka çeşididir²⁰⁰. Ülkemizde üç boyutlu şekiller daha çok endüstriyel tasarım olarak tescil edilmektedir. Ancak üç boyutlu şekillerin endüstriyel tasarım olarak tescil edilebilmesi için ayırt edicilik vasfı yanında yeni olması da gerekmektedir. Daha önce kamuya sunulmuş tasarımlar yenilik özelliğini kaybettiğinden tasarım olarak tescil edilemezler. Üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilmesi için ayırt edici niteliğe sahip yeterli olmakta, yeni olma niteliği aranmamaktadır.

551 sayılı MarKHK 4/1(a) maddesi uyarınca, ambalajların veya doğrudan emtia üzerine konmayan işaretlerin marka olarak tescili mümkün değildi. 556 sayılı KHK ile bu düzenleme terk edilmiştir. Böylece 556 sayılı KHK ile malın biçiminin ve ambalajının marka olarak tescil edilmesi mümkün hale gelmiştir.

Marka olabilecek işaretler arasında malların biçimi ya da ambalajlarından da söz edilmesine rağmen, ne 89/104 sayılı Marka Yönergesi’nin 2 inci maddesinde ve 40/94 sayılı Marka Tüzüğü’nün 4 üncü maddesinde ne de 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasında üç boyutlu cisimlerin marka olabileceğinden söz edilmiştir²⁰¹.

¹⁹⁸ KARASU, Rauf, Ses Markaları, FMR, 2007/2, C.7, s. 29.

¹⁹⁹ ARKAN, Marka C.I, s. 42.

²⁰⁰ KARASU, Üç Boyutlu Marka, s. 332.

²⁰¹ UZUNNALLI, s. 95.

Fakat, hükümdeki sayım sınırlayıcı olmadığından doktrinde²⁰² üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmektedir²⁰³. KHK'nın 5'inci maddesindeki sınırlayıcı olmayan sayımdan dolayı "üç boyutlu biçimler" de ayırt edici niteliğe sahip olmak, çizimle görüntülenebilmek veya benzer biçimde ifade edilebilmek koşuluyla marka olarak tescil edilebilecektir. Üç boyutlu biçim markası yeni marka türleri arasında en çok tercih edilen marka çeşitlerindedir.

Tescili talep edilen üç boyutlu biçimlerin ayırt edici niteliğinin bulunup bulunmadığı rakip işletmelerin mallarının biçimleriyle karşılaştırma yapılarak tespit edilir²⁰⁴. Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için ön şart, o işaretin marka olma niteliğine (soyut ayırt edici nitelik) sahip olması gerekir. 556 sayılı MarkKHK'ya kaynaklık teşkil eden, Avrupa Topluluğu Yönergesinin 2. Maddesi ile Topluluk Markası Tüzüğü'nün 4. Maddesinde, ayırt edici nitelik taşıması şartıyla üç boyutlu biçimlerin marka olarak tescil edilebileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte, Alman Markalar Kanunu da üç boyutlu biçimlerin marka olarak tescil edilebileceği düzenlemesine yer vermiştir. Doktrinde, nokta veya çizgi gibi soyut ayırt edici niteliği bulunmayan basit geometrik biçimlerin dışında, bütün üç boyutlu biçimlerin marka olarak tescil edilebileceği ileri sürülmüştür²⁰⁵.

Dünya'da olduğu gibi ülkemizde de üç boyutlu biçimler marka olarak tescil edilmekle birlikte uygulamada yaşanan sorunlar henüz tam olarak aşılabilmiş değildir. Yargıtay, 12.11.1999 tarihli ve E1999/6866, K1999/9075 sayılı kararında ünlü bir yabancı sigara markası olan "D...C..." ürününün ambalajında kullanılan,

²⁰² Örneğin, **YASAMAN**, C. I, s. 74 vd.; **OYTAÇ**, Marka, s. 21; **ÖZDAL**, s. 109; **TEKİNALP**, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. Maddesinin II. Fıkrasında mal ve ambalajların biçiminin marka olarak tescil edilebileceğinin düzenlenmesi karşısında Türk Hukuku'nda da üç boyutlu şekillerin marka olarak tescilinin mümkün olduğunu belirtmiştir (Fikri Mülkiyet, s. 346).

²⁰³ 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde, bu kanunun 4. Maddesi nedeniyle bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için emtia veya ambalaj üzerine basma, yapıştırma, dökme, oyma, dokuma, boyama, ve diğer şekillerde konulabilmesi gerektiğinden, emtia ve ambalaj üzerine konulamayacak işaretlerin ve bizzat emtia şeklinin marka olarak tescil edilemeyeceği kabul edilmekte idi (Bk. **BAŞTUĞ, İrfan/ERDEM, Ercüment**: Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Ankara 1993, s. 119; **KARAHAN**, Hükümsüzlük Davaları, s. 25).

Yargıtay da, 1994 tarihinde verdiği bir kararda, ürünün modelinin 551 sayılı Markalar Kanunu ile korunamayacağını belirtmiştir (Yarg. 11. HD., 15.11.1994, 1994/4716 E., 1994/8594 K., Bu karar için bk. **OYTAÇ**, Marka, s.450,451).

TRIPS m. 15(1), üç boyutlu işaretlerin marka olarak kullanılmasını önleyen bir hükme yer vermemiştir. Önleyen bir hükme yer vermemiştir. Anlaşmaya taraf olan devletler bu konuda serbest bırakılmıştır.

²⁰⁴ **KARASU**, Üç Boyutlu Marka, s. 335.

²⁰⁵ **KARASU**, Üç Boyutlu Marka, s. 333.

dikdörtgen biçiminde üst yandan sonra kapaklı kızıl-kahverengi karışımı olan şekil ve özel rengin, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan niteliği taşıdığına hükmetmiştir. Kararda; 556 sayılı MarkKHK'nın 5'inci maddesi uyarınca, üç boyutlu şekillerin ve renk üretimlerinin marka olarak tesciline olanak verildiği, somut olaydaki şeklin markanın renk armonisi ile birlikte tanınmışlık ve ayırt edici nitelik kazanması ve birçok ülkede tescil edilmiş olması karşısında, ayrıca işaretin üç boyutlu çiziminin mümkün olması nedeniyle, markanın 556 sayılı MarkKHK'nın 5'inci maddesinde belirtilen ayırt edici niteliği taşıdığı vurgulanmıştır. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, üç boyutlu işaretlerin tescilinde markanın ayırt edicilik unsuru özel bir önem taşımaktadır²⁰⁶.

Üç boyutlu marka olarak tescile konu mal ve ambalajın biçimi seçilebileceği gibi, bunlar dışında herhangi bir biçim de seçilebilir. Örneğin, "milka" çikolata için lila rengi ineğin üç boyutlu biçimi, "tobleron" marka çikolatanın paketinin üç boyutlu biçimi marka olarak tescil edilmiştir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda üç boyutlu biçimlerin marka olarak tescil edilebileceği konusunda tereddüt edilmemekte fakat tescile konu malın biçimi veya ambalajının marka olarak tescilinde ciddi tereddütler yaşanmaktadır²⁰⁷.

Alman Federal Patent Mahkemesi, bu sorunu üç boyutlu markaların ayırt etme gücü için sözcük ve şekil markalarına göre daha katı ve farklı şartların yerine talep etmekle çözmeye çalışmıştır. Bu nedenle, Federal Patent Mahkemesi, teknik ve

²⁰⁶ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 342.

²⁰⁷ İsviçre'de 1993 tarihli markalar Kanunu yürürlüğe girmeden önce kabul görmeye başlayan malın ya da ambalajın üzerine konabilen üç boyutlu şekillerin marka olabileceği görüşü, kanunun kabulü ile hüküm haline gelmiştir(m.I/II). Kanun, sadece malın ya da üzerine konabilen şekilleri değil, bizzat mal ve ambalaj biçimlerinin de marka olarak korunabilmesini kabul etmiştir. **ARKAN**, Marka C. I, s. 42.

Aynı şekilde Alman Markalar Kanunu da m.3/I'de üç boyutlu işaretlerin ve malın şekli ile ambalajının marka olarak tescil edilebileceğini hükme bağlamıştır, Alman Markalar Kanunu uygulaması için bk. **EROĞLU**, s. 95.

Topluluk Yönergesinin 2. Maddesi ve Topluluk Tüzüğü'nün 4. Maddesi, üç boyutlu cisimlerin marka olarak tescilini düzenlemiştir.

TRIP's m. 15/I'de korunabilir marka konusu başlığıyla yaptığı düzenlemede, üç boyutlu cisimlere dair açık bir düzenleme yapmamış ancak tesciline engel olacak bir ifade de kullanmamıştır. Hüküm gereğince, ayırt edici niteliğe sahip her işaret marka olabilir. Dolayısıyla ayırt edilebilir üç boyutlu bir işaretin tescili mümkündür.

1994 tarihli İngiliz Markalar Kanunu üç boyutlu markalardan açıkça söz etmemesine rağmen doktrin bu işaretlerin marka olarak tescilinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. **ÇAMLİBEL-TAYLAN**, s. 31.

estetik biçimlendirme özelliklerini önemli ölçüde aşan orijinal biçimlerin ayırt edici niteliğinin bulunduğu kabul edilmiştir.

Alman Federal Mahkemesi ise, üç boyutlu markaların ayırt etme gücü için diğer marka türlerinden daha katı kriterlerin aranmasında yasal dayanak görmemiştir. Alman Federal Mahkemesinin bu yöndeki görüşü nedeniyle; üç boyutlu biçimlerin ayırt etme gücünün tespitinde diğer marka türlerinden daha katı ölçütlerin getirilmesinin gerekli olup olmadığı, Avrupa Toplulukları Adalet Divanına sorulmuştur.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ise, üç boyutlu şekillerin ayırt etme gücünün değerlendirilmesi için diğer marka türlerinden daha sert ölçütler kullanılmasının gerekmediğini ancak mal biçimlerinden oluşan marka ve diğer mal kategorileri arasındaki temel farklılıkların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

4.2.2.9. Hareketli İşaretler

Hareketli işaretler, reklam ve tüketicilerin dikkatini çekme fonksiyonuna sahip olmalarına rağmen, uygulamada çizimle görüntülenme şartının hareketli işaretlerde gerçekleşemeyeceği düşüncesi hareketli işaretlerin marka olarak tesciline engel teşkil etmektedir.

Hareket markalarının konusunu, tescil edilecek işaretlerin hareketleri sonucu ortaya çıkan değişiklikler, diğer bir anlatımla iki veya üç boyutlu resimler dizisi oluşturur²⁰⁸. Marka olarak tescil edilecek işaretin somut ve tam olarak tasvir edilebilen bir işaret olması gerekir. Bir bütünlük arz etmeyen, ilk bakışta kavranılamayan, ancak uzun süre bakma ve uzun bir süre düşünme sonucunda anlaşılabilen işaretler marka olarak tescil edilemezler.

Hareket markalarının konusu, doğal hareketler olabileceği gibi bilgisayar ortamında oluşturulan yapay hareketler de olabilir. Hareket markaları yeni bir marka türü olduğundan, marka olma niteliğine haiz olup olmadığı henüz inceleme konusu yapılmamıştır. MarkKHK'nın 5. Maddesinde hareketler marka olabilecek işaretler arasında sayılmamıştır. Hükümdeki sınırlayıcı olmayan sayım nedeniyle, ayırt edici

²⁰⁸ KARASU, Üç Boyutlu Marka, s. 341.

niteliği olan ve çizimle görünlenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen işaretler marka olarak tescil edilebilecektir.

Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesinin ilk koşulu soyut ayırt edici niteliğe sahip olmasıdır. Soyut ayırt edicilik, bir işaretin bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olmasıdır.

Hareketli işaretlerin soyut ayırt edici niteliği konusu hukukumuzda incelenmiş bir konu değildir. Avrupa Birliği Hukukunda konu incelenmekle birlikte yeterli standartlar oluşmuş değildir. Bununla birlikte Amerika ve Avrupa ülkelerinde hareketli işaretler marka olarak tescil edildiği halde şu an TPE nezdinde tescil edilmiş herhangi bir hareket markası bulunmamaktadır²⁰⁹. Ancak Trük hukuk doktrininde bu konuda yeterli standartlar oluşturulduğunda TPE’de hareket markalarının tescili sağlanabilecek ve hareket markalarına olan ilgi artacaktır.

Bir hareketin marka olarak tescil edilebilmesi için diğer işaretlerde olduğu gibi soyut ayırt edici niteliğe sahip olması, dolayısıyla bir bütünlük arz etmesi gerekir. Bir işaret gözde bıraktığı ilk izlenimde kavranabiliyor, kısa da olsa insan hafızasında kalma ve hatırlanma özelliklerini taşıyorsa marka olma özelliğini de taşıdığı kabul edilmelidir. Diğer taraftan, uzunca bir süre bakma veya uzun süre düşünme sonucunda anlaşılabilen hareketler ve hareketteki kesintilerin uzunluğundan dolayı tüketicide birden fazla bağımsız unsurun olduğu izlenimi oluşturan işaretler marka olma niteliğine haiz değildir.

Hareketlerin çizimle görünlenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilmesi hususunda yeni marka türleri açısından dar yorum, yani işaretin doğrudan çizimle görünlenebilmesi gerektiği şeklindeki yorum, Avrupa Birliği düzenlemelerine ve uygulamalarına ters düşeceğinden ve ayrıca yeni marka türlerinin kullanımını engelleyeceğinden, işaretin dolaylı bir biçimde ifade edilmesi de çizimle ifade edilme sayılmalıdır. Alman doktrininde, hareketlerin de marka olarak tescil edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Hareketli işaretlerin çizimle görünlenebilme şartını dolaylı şekilde, örneğin birbirini takip eden resim görünlenebilmesi ve sözlü anlatımlarla yerine getirdiği kabul edilmeli, böylece hareketli işaretler de marka

²⁰⁹ KARASU, Üç Boyutlu Marka, s. 332.

korumasından yararlanabilmelidir²¹⁰. Marka olarak tescil edilecek hareket, birbirini takip eden çeşitli resimlerle gösterilir ve resimler sözlü olarak da tasvir edilirse çizimle görüntülenme şartı yerine gelmiş olur.

Hareket markalarının tek resim ile ifadesi kural olarak mümkün olmamakla birlikte tek bir hareketten oluşan örneğin kendi ekseninde hep aynı biçimde dönen bir hareketli işaret tek bir resim ve bu resmin yeterince tasviri ile açıklanabilir. Ancak birden fazla farklı hareketten oluşan markalarda tek bir resim ve sözlü tasvir, marka konusu işareti tanımlamaya yetmeyecektir. Bu nedenle hareketin süresi ve değişkenliğine göre çok sayıda resimle ifade edilmelidir. Değişik hareketlerden oluşan uzun süreli işaretlerin, marka bülteninde yayınlanması yer sorununa yol açacağından, ya uzun süreli hareketli işaretlerden oluşan marka tescil başvuruları reddedilecek ya da bu tür işaretlerin marka başvurularının TPE'nin internet sitesinde yayınlanması ile yetinilecektir²¹¹. Günümüzde internet kullanımının yaygınlığı düşünüldüğünde ikinci yol tercih edilebilir, ancak ideal çözüm diğer yeni marka türlerinin de kullanımının yaygınlaşması açısından MarkKHK'da yapılacak değişikliklerle yeni marka türleri bakımından ticarete kullanıldıkları şekilde tescil başvurusu yapılmasının gerçekleşmesi ve TPE tarafından tutulan elektronik sicile kaydın sağlanmasıdır²¹². TPE'nin artık internet üzerinden yapılan başvuruları kabul ettiği düşünüldüğünde, internet üzerinden yapılacak hareket markası başvurularına da tescili istenen hareketin resimlerle ifade edilmiş hali değil, dijital kaydı yapılarak doğal hali eklenerek başvuru yapılabilirdir. Bu şekilde tescil edilen hareket markalarının doğal haliyle yayınlanabilmesi için bir elektronik olarak işleyen bağımsız bir hareket markaları sicilinin oluşturulması ve hareket markalarının dijital ortamda muhafaza edilmesi gerekmektedir²¹³. Bununla birlikte ilgililer, herhangi bir teknik altyapıya gerek olmaksızın, hareket markalarının kaydının tutulduğu elektronik veri tabanına internet aracılığıyla girip, bu markaları ticarete kullanıldığı şekliyle görebilmelidir. Ayrıca resim tanıma ve sınıflandırma programları aracılığıyla da hem tescil başvurusu yapılan hareket markaları hakkında görsel bir izlenim edinilecek, ve hem de daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış markalarla aynı veya benzer olup olmadığı tespit edilmiş olacaktır.

²¹⁰ KARASU, Üç Boyutlu Marka, s. 343, 344.

²¹¹ KARASU, Üç Boyutlu Marka, s. 345.

²¹² KARASU, Üç Boyutlu Marka, s. 345.

²¹³ KARASU, Üç Boyutlu Marka, s. 345.

Diğer marka türlerinde olduğu gibi, hareketli işaretlerin marka olarak tescilinde ayırt edicilik, çizimle veya benzer şekilde ifade edilebilme özelliklerinin yanında bir üçüncü koşul, tescili talep edilen hareketin mal veya hizmetin kendisini veya karakteristik özelliklerinden birini özel bir zihni çaba harcamaya gerek kalmaksızın anlatmamasıdır.

4.2.3. Soyut Ayırt Edici Niteliğin Bulunmamasının Sonuçları

Soyut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretlerin, marka olma özelliği bulunmadığından marka olarak tescili mümkün değildir. Nitekim, Avrupa Birliği'nin 89/104²¹⁴ sayılı Yönergesi ve 40/94²¹⁵ sayılı Tüzüğü'ne ve Alman Marka Kanunu'na (AMK) göre, soyut ayırt ediciliği bulunmayan işaretler marka olma niteliğine sahip olmadığından marka olarak tescil edilemezler.

Ancak, 556 sayılı MarkKHK m. 7/I-a'da, işaretin m.5'te belirtilen niteliklere sahip olmaması, yani soyut ayırt edici niteliğe sahip olmaması hali bir mutlak tescil engeli olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, soyut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretin marka olarak tescil edilemeyeceğini öngörmektedir. Zaten Alman Markalar Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatının düzenlemeleri de bu yöndedir. MarkKHK'nın bu düzenlemelerden ayrıldığı nokta ise; MarkKHK'nın 7/II hükmü ile 7/I-a da düzenlenmiş olan mutlak tescil engelinin bulunduğu hallerde, eğer işaret kullanım neticesinde ayırt edici güç kazanmış ise, marka olarak tescil edilebilmesidir. Bu düzenleme, marka olamayacak bir işarete marka olarak tescil edilme imkanı vermektedir ki bu son derece yanlış bir düzenlemedir. Bu düzenlemeye Markalar Kanunu Tasarısı ile son verilerek, Soyut ve somut ayırt edici nitelik ve kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma kavramları anlamlarına ve AB mevzuatına uygun düzenlemeye kavuşmuştur.

Sonuç olarak soyut ayırt edici niteliğe sahip olmayan veya çizimle görüntülenmesi mümkün olmayan bir işaret çok uzun süre belirli mal veya hizmetler için reklam eşliğinde kullanılsa dahi ayırt edici güç kazanamaz. Böyle işaretlerin marka olarak tescil edilmemeleri gerekir.

²¹⁴ Üye Devletlerin Markalarına İlişkin Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Dair Konseyin Birinci Yönergesi (ATRG, 1994, L.11/1).

²¹⁵ Topluluk Markalarına İlişkin Konsey Tüzüğü (ATRG, 1994, L. 40/I).

4.2.4. Soyut Ayırt Edici Niteliği Bulunmayan İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanması

Soyut ayırt edici nitelik marka olma niteliğini elde etmenin ilk koşuludur. Soyut ayırt edici niteliğin yokluğu hiçbir şekilde aşılamayacak bir mutlak tescil engelidir²¹⁶. Soyut ayırt edici niteliğe sahip bir işaret kullanım sonucu ayırt edicilik niteliğini kazandığı gerekçesiyle marka olarak tescil edilemez. Çünkü soyut ayırt edici niteliğe sahip olma şartı niteliği gereği, kullanma neticesi ayırt edici güç kazanma yoluyla aşılmaz²¹⁷. Kullanım sonucu ayırt edici güç kazanma durumu ancak soyut ayırt edici niteliğe sahip ve çizimle görüntülenebilen bir işaretin, somut ayırt edici²¹⁸ güce sahip olmadığı durumlarda söz konusu olur. 556 sayılı MarkKHK'da soyut ayırt edici niteliğin bulunmaması bir mutlak tescil engeli olarak düzenlenmiştir. MarkKHK'da soyut ayırt edici niteliğin yokluğunun mutlak tescil engeli olarak düzenlenmesi yerindedir. Nitekim, marka olarak tescil edilebilmenin ilk ve olmazsa olmaz koşulu ayırt edici niteliğe sahip olmadır. Eğer bir işaret soyut ayırt edici niteliğe yani bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etme kabiliyetine sahip değilse, marka olarak tescil edilmemelidir. Alman Marka Kanunu (AMK), Avrupa Birliğinin 89/104²¹⁹ sayılı Yönergesi ve 40/94 sayılı Tüzüğü'nün düzenlemeleri de bu yöndedir. Ancak MarkKHK'nın 7/II hükmünde, 7/I-a'da yer alan mutlak tescil engelinin bulunduğu durumlarda, eğer işaret kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmışsa marka olarak tescil edilebileceği yönünde düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hüküm ile soyut ayırt edici niteliğe sahip olmayan veya çizimle görüntülenemeyen dolayısıyla marka olma niteliğine sahip bulunmayan işarete marka olarak tescil edilebilme imkanı sağlanmaktadır ki bu oldukça yanlış ve AB düzenlemelerine de aykırı bir hükümdür. Yasalaşma çalışmaları devam eden Markalar Kanunu Tasarısında soyut ayırt edici niteliğin yokluğu 7 inci maddede mutlak tescil engeli olarak düzenlenmiş ancak 7 inci maddenin son hükmünde kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanacak işaretler arasında soyut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler sayılmamıştır. Bu çok yerinde

²¹⁶ DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 18.

²¹⁷ DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 35; Aksi görüş, ARKAN, s. 74.

²¹⁸ Topluluk Markalarına İlişkin KonseyTüzüğü.

²¹⁹ Üye Devletlerin Markalarına İlişkin Hukukların Uyumlaştırılmasına Dair Konseyin Birinci Yönergesi (ATRG, 1994, L. 40/1).

düzenleme sayesinde marka hukukumuzda ayırt edici nitelik kavramı Avrupa Birliği mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş olacaktır.

MarkKHK’da bizce bir kavram kargaşasından kaynaklanan yanlış düzenleme Yeni Markalar Kanunu Tasarısı ile birlikte düzeltilmektedir. Böylece Tasarı’yla, Yönerge’de olduğu gibi, kullanım sonucu ayırt edici güç soyut ayırt edici niteliğin yokluğu halinde değil, somut ayırt edici güç yokluğu halinde gerçekleşecektir²²⁰

4.3. Somut Ayırt Edici Güç

4.3.1. Genel Olarak Somut Ayırt Edici Güç

Somut ayırt edici güç, marka olarak tescili talep edilen işaretin, tescile konu mal veya hizmetleri diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olmasıdır²²¹. Buna göre, bir işaretin somut ayırt edici güce sahip olup olmadığının tespitinde işaretin tescil konusu mal veya hizmetler bakımından ayırt edicilik fonksiyonuna sahip olup olmadığının göz önüne alınması gerekmektedir. Eğer bir işaretin, tescili talep edilen mal ve hizmetler bakımından ayırt edici niteliği yoksa, bu mal veya hizmetlerin bir özelliğini veya kullanım amacını belirtiyor ya da mal veya hizmet hakkında bilgi veriyorsa, somut ayırt edici güce sahip değildir²²². Türk hukukunda somut ayırt edici güç, soyut ayırt edicilik kapsamında değerlendirildiğinden, marka olabilecek bir işaretin somut ayırt edici güce sahip olmaması hali mutlak red nedeni olarak düzenlenmemiştir. Her iki ayırt ediciliğin yokluğu durumunda MarkKHK m. 7/I-a uygulanmaktadır.

Somut ayırt edici gücün yokluğu bir mutlak tescil engelidir. Nitekim, Alman hukukunda ve Avrupa Birliği hukukunda somut ayırt ediciliğin olmaması durumu

²²⁰ **DOĞAN**, Kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma tabiri yerine kullanım sonucu ayırt edici güç kazanma tabirinin kullanılmasının gerektiğini, Çünkü, kullanım sonucu kazanılacak olan ayırt edici nitelik değil, kullanılan mal veya hizmetler bakımından kazanılan ayırt edici güç olduğu görüşündedir. Güç kelimesi kullanıldığı takdirde soyut ayırt edici nitelikteki ayırt edici nitelik ile de farkın ortaya konulmuş olacağını ifade eder. Bu nedenle biz de kullanım sonucu ayırt edici güç kazanma ifadesini tercih ederek, bu tabiri kullanacağız. **DOĞAN**, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 19.

²²¹ Somut ayırt edici güçle ilgili ilk Avrupa Adalet Divanı kararı Chiemsee davasında verilmiş ve bu kararda somut ayırt edici güç kavramı tanımlanmıştır (EuGH, GRUR 1999, s.727); BGH, GRUR 2002, s. 1071-Bar jeder Vernunft; BGH, GRUR 2001, s.161-Harf “K”; Ingerl/Rohnke, §8, Rn. 112); ²²¹ **DOĞAN**, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 26.

²²² **BECKER, Roman A.**, Kennzeichenschutz der Hörmanken, WRP 2000, s. 63. Örneğin, tasvir edici resimlerin somut ayırt edici güçleri yoktur (bkz. Ingerl/Rohnke, §8, Rn. 44).

mutlak tescil engeli olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre bir işaret somut ayırt edici güce sahip değilse marka olarak tescil edilemez.

Önümüzdeki günlerde yasalaşması beklenen Markalar Kanunu Tasarısı'nın "Enstitüce Resen İncelenen Marka Başvurusu Ret Nedenleri" başlıklı 7 inci maddesinin 1/b bendinde "Ayırt edici niteliğe sahip olmayan markalar" ın tescil edilmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu ifadenin tasarıda yer almasıyla birlikte ayırt edici gücün yokluğu mutlak tescil engelleri arasında yerini almıştır. Buna göre somut ayırt edici güce sahip olmayan işaretler marka olarak tescil edilemeyecek ve bu durum Enstitü tarafından da resen göz önünde bulundurulacaktır.

4.3.2. Tescilli Diğer Markalar Karşısında Ayırt Edici Nitelik

Bir işaretin somut ayırt edici güce sahip olması demek, tescili talep edilen işaretin tescile konu mal veya hizmetleri diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edebilmesidir. Somut ayırt ediciliğin yokluğu mutlak red nedenlerinden biridir. İşaretin somut ayırt edici niteliğinin bulunup bulunmadığı, piyasada oluşan kanaate göre tespit edilecektir. Bu kanaatin tespitinde, işaretin orijinliliği, fantezi bir işaret olması, tanınmışlığı, piyasada genel olarak kullanılabilirliği, kullanım süresi ve yoğunluğu gibi hususlar dikkate alınacaktır²²³.

İşaretin somut ayırt edici güce sahip olup olmadığının tespitinde yapılması gereken, tescili talep edilen mal veya hizmetleri ilgili piyasada, diğer mal ve hizmetlerden ayırabilmesidir. Marka tescili başvurusuna konu bir işaret, eğer tescilli diğer markalarla benzerlik gösteriyor, karıştırılma ihtimali bulunuyor ise, tescili istenen işaret marka olarak tescil edilmeyecektir.

Tescili talep edilen bir işaretin, tescile konu mal veya hizmetleri diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmesi gerekliliği ve zorunluluğu, işaretin tescilli diğer markalardan farklı olmasını ve karıştırılma ihtimaline sebep olmamasını gerektirir. Bu durum, TPE tarafından resen göz önünde bulundurulmalı ve bir mutlak tescil engeli olarak müstakilen düzenlenmelidir. Markalar Kanunu Tasarısında bu gereklilik göz önüne alınmış ve somut ayırt edici gücün yokluğu, m.7/I-b'ye göre bir mutlak tescil engeli olarak düzenlenmiştir.

²²³ DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 27.

4.3.3. Somut Ayırt Edici Niteliği Bulunmayan Markaların Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanması

MarkKHK, m. 7/II hükmü gereğince, 556 sayılı MarkKHK m. 7/I-a bendi atfı ile m. 5 anlamında ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler, m.7/I-c bendine göre serbest işaretler ve m. 7/I-d bendine göre ilgili piyasada herkesçe kullanılabilen işaretler, kullanım sonucu ayırt edici güç kazanma sonucu marka olarak tescil edilme imkanı kazanan işaretlerdir²²⁴. Bu üç hal dışında mutlak tescil engellerinin kullanım yoluyla aşılması yani kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanılması mümkün değildir.

Kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanabileceği belirtilen işaretlerden ilki, MarkKHK m. 5 hükmü kapsamına girmeyen işaretlerdir. Bu hükme göre; marka olma niteliği bulunmayan işaretler, belli bazı emtialar veya hizmetler için başvurudan önce kullanılmış ve bu kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmış olmak şartı ile marka olarak tescil edilebilirler. MarkKHK düzenlemesi bu şekilde olmakla birlikte, soyut ayırt edici niteliği bulunmayan veya çizimle ya da başka bir şekilde görüntülenmesi mümkün olmayan işaretlerin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmaları mümkün değildir. Bu nedenle soyut ayırt edici niteliği olmayan işaretler kullanım sonucu ayırt edici güç kazandığı gerekçesiyle marka olarak tescil edilemezler.

MarkKHK m.7/II kapsamına giren işaretlerden ikincisi, MarkKHK m. 7/I-c hükmünde marka olarak tescil edilemeyeceği belirtilen; cins, vasıf veya coğrafi kaynak veya karakteristik özellik belirten işaretlerdir. Bu işaretler, ilgili olduğu mal ve hizmetlerde uzun süre reklam eşliğinde kullanılmış ve bu kullanım sonucunda o mal veya hizmetler bakımından ayırt edici güç kazanmışsa marka olarak tescil edilebilecektir.

MarkKHK m.7/II hükmüne göre kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanabilecek üçüncü grup; MarkKHK m. 7/I-d hükmüne göre, ticari alanda herkes tarafından kullanılan, belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaretlerdir. İlgili piyasada herkes tarafından kullanılabilen bir işaret, örneğin ilgili piyasasında herkes tarafından bilinen ve kullanılabilen

²²⁴ DOĞAN, Ayırt Edici Güç Kazanma, s. 221.

“*Florist*” (çiçekçi) sözcüğü, bir kimse tarafından reklam eşliğinde kullanılmış ve tüketiciler nezdinde bu kullanım neticesinde bir işletme ile bağlantı kurulur hale getirilmiş ve böylelikle ayırt edici güç kazanmış ise, MarkKHK m. 7/I-d hükmüne aykırı olmasına rağmen²²⁵ marka olarak tescil edilebilecektir.

Kullanım sonucu ayırt edicilik kazanan işaret, MarkKHK m. 7/I-a,c ve d bentlerinde yer alan tescil engellerine tabi olmaksızın marka olarak tescil edilebilir ve diğer markaların sahip olduğu korumaya aynen sahip olurlar. Yani kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma, normal şartlarda tescil edilme imkanı bulunmayan işarete tescil edilme imkanı verir.

Tescili mümkün olmayan bir işaret bir şekilde tescil edilmiş ve tescilden sonra ayırt edici nitelik kazanmış ise, bu gibi işaretler hakkında da MarkKHK m.42 hükmüne dayanarak hükümsüzlük davası açılmaz. Bu durumda da kullanım sonucu ayırt edici güç kazanma işaret hakkında hükümsüzlük davası açılmasına engel olur. Yargıtay, da kararlarında, bu yönde hüküm kurmuştur.

Soyut ayırt edici nitelik, marka olabilmek için gerekli ilk koşuldur. Soyut ayırt edici nitelik, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için gerekli bir koşul, diğer bir anlatımla işaretin marka olabilme niteliğidir. Soyut ayırt edici niteliği bulunmayan bir işaretin sonradan kullanım neticesinde ayırt edici nitelik kazanması mümkün değildir. Somut ayırt ediciliğin marka olabilme ile ilgisi yoktur. Somut ayırt edicilik marka olabilme niteliği bulunan işaretlerin, tescili talep edilen mal veya hizmetler bakımından ayırt ediciliğinin bulunmasıdır²²⁶. Kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma durumu soyut ayırt ediciliğe sahip ve çizimle görüntülenebilen bir işaretin somut ayırt edici niteliğinin bulunmadığı durumlarda söz konusu olur. Soyut ayırt ediciliğe sahip olmayan işaret, somut ayırt ediciliğe sahip olsa dahi marka olarak tescil edilemeyecektir²²⁷.

Hukukumuzda, somut ayırt ediciliğinin bulunmadığı durumlarda, kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma durumu söz konusu olabilmelidir. Ancak, Türk Hukuku’nda somut ayırt edici güç ile soyut ayırt edici güç karıştırılmakta ve soyut

²²⁵ 11. HD, 22.11.2002, E. 5352, K. 10729 “*Florist*” (Kazancı Veri Tabanı)

²²⁶ DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 26.

²²⁷ Karşı görüş, ARKAN, Marka C.I, s. 74.

ayırt edici niteliğin yokluğu halinde kullanım sonucu ayırt edicilik müessesesi işletilmektedir²²⁸.

Somut ayırt edici gücün yokluğu, aynen Yönergede olduğu gibi bizim marka hukukumuzda da bir mutlak tescil engeli olarak açık ve müstakil olarak düzenlenmelidir. Nitekim, TBMM’de yasalaşma süreci devam eden, Markalar Kanunu Tasarısı’nın 7/I-b hükmünde somut ayırt edici niteliğin yokluğu bir mutlak tescil engeli olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme oldukça isabetli bir düzenleme olduğu gibi, AB mevzuatına uygun olmayan mevcut düzenlemenin AB mevzuatına uygun hale getirilmesi anlamında önemli bir adım olmuştur.

4.3.3.1. Kullanım Sonucu Ayırt Edici Gücün Kazanmanın Şartları

4.3.3.1.1. Tescil Tarihinden Önce Kullanılmış Olma

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci maddesine göre soyut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler ve ticaret alanında herkes tarafından kullanılabilen işaretler MarkKHK m. 7 gereğince marka olarak tescil edilmesi, kural olarak mümkün olmayan işaretlerdir²²⁹.

MarkKHK m.7/1’de mutlak red nedenleri sayılmış, ikinci fıkrada ise bu nedenlere istisna getirilmiştir. Bu madde uyarınca, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar ve hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmış ise, (a), (c), (d) bentlerine göre tescili reddedilemez²³⁰. Bu hüküm çerçevesinde, MarkKHK’nın 7/son maddesi, tescilsiz de olsa markasına yatırım yapan işletmeyi ve bu yatırım neticesinde kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanan markayı koruma düşüncesinden hareketle, sözkonusu markanın mutlak red nedenlerine istisna olmak suretiyle tesciline imkan sağlamaktadır. MarkKHK’nın 7/son maddesinden istifade edebilmenin temel şartı, markanın belirli bir süreden bu yana kullanılması sonucunda ticari hayatta o işletme ve ürün ile özdeşleşmesi veya o işletme ve ürüne ait olduğunun bilinir hale gelmesi oluşturmaktadır. Bu hükme göre tescil başvurusuna konu işaret, tescil tarihinden önce kullanılmış ve bu yolla ayırt edici güç kazanmış ise tescil edilebilir.

²²⁸ DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu., s. 19.

²²⁹ DOĞAN, Ayırt Edici Güç Kazanma, s. 219.

²³⁰ DOĞAN, Ayırt Edici Güç Kazanma, s. 220.

MarkKHK'nın 5'inci maddesinde geçen ayırt edicilik kavramı ile 7'inci maddenin son fıkrasında geçen kullanım sonucu ayırt edici güç kazanma durumu farklılık arz etmektedir. MarkKHK'nın 5'inci maddesinde geçen ayırt edici bir işaretin marka olabilmesinin bir koşulunu belirtirken, ayırt edici gücün KHK'nin 7/son hükmü uyarınca iktisap edilmesi durumunda ise, MarkKHK'nın 7(1)'inci maddesinin (a), (c) ve (d) bentleri uyarınca tescil edilemeyecek bir işaretin marka olarak tescili mümkün hale gelmektedir.

Kullanım sonucu ayırt edici güç kazanabilecek işaretlerden ilki MarkKHK m. 7/I-a bendi atfı ile m.5 anlamında ayırt edici niteliği olmayan işaretlerdir. Yeni Markalar Kanunu Tasarısı'nın (a) bendinde yer alan ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler kullanım sonucu ayırt edici güç kazanacak işaretler arasında sayılmamıştır. Bu düzenleme oldukça isabetli ve AB düzenlemelerine de uygun bir düzenlemedir.

MarkKHK m. 7/I-c hükmüne göre, cins, vasıf veya coğrafi kaynak belirten işaretler marka olarak tescil edilemez. MarkKHK m. 7/II hükmü gereğince söz konusu işaretler ilgili olduğu mal veya hizmetlerde uzun süre reklam eşliğinde kullanılmış ve ayırt edicilik kazanmışsa marka olarak tescil edilebilecektir.

Kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma ile ilgili MarkKHK 7/II hükmüne göre işaretin tescil tarihinden önce markasal olarak kullanılmış olması, bu kullanım sonucunda ilgili çevrelerde belirli bir teşebbüsün markası olarak algılanır hale gelmiş olması yani bu kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmış olması gerekmektedir.

Hükümde geçen tescil tarihinden önce ibaresinin başvuru tarihinden önce şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir²³¹. Başvuru tarihini esas alan bu düzenleme eksik bir düzenlemedir; başvuru tarihinden YİDK karar anına kadar geçen zaman içinde gerçekleşen kullanımı dikkate almamaktadır²³². Başvuru sürecinin uzun zaman alabileceği ve bu süreçte markalarının kullanılabilmesi ve kullanım sonucu ayırt edici güç kazanabileceği dikkate alındığında bu durumu dikkate almaksızın yapılan ret nedeniyle mükerrer başvurular olabilmektedir.

²³¹ ARKAN, Marka C. I, s. 85.

²³² DİRİKKAN, s. 33-34, DOĞAN, Ayırt Edici Güç Kazanma, s. 219.

Yargıtay 11. HD 19.02.2008 TARİH 2006/10301 E.2008/1850 K sayılı kararında, Düzenlemedeki eksikliği fark etmiş ve kullanım sonucu ayırt edici gücün, YİDK'nın vereceği karar anına kadar da kazanılabileceğine ve bu durumun dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir²³³. Yargıtay bu kararıyla bu karara kadarki içtihadından ayrılmış ve yeni bir sorunun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu karar doğrultusunda, başvuru tarihinde tescil edilebilme koşullarını taşımayan işarete, tescil başvurusu tarihi itibariyle tescil edilmesini mümkün kılmaktadır.

556 sayılı MarkKHK'nın 7/II hükmünde kullanım sonucu kazanılan ayırt edici gücün, tescil tarihinden önce kazanılması gerektiği düzenlenmiştir. Başvuru tarihini esas alan bu düzenleme, başvuru tarihinden YİDK karar anına kadar olan süre içerisinde gerçekleşen kullanımı dikkate almadığından eksik bir düzenlemedir²³⁴. Marka tescil başvurusundan sonra tescil işleminin gerçekleşmesi bazen uzun zaman sürebilmekte ve bu süre içerisinde markasını kullanan başvuru sahibinin markası kullanım sonucu ayırt edici güç kazanabilmektedir. Bu durum dikkate alınmaksızın marka tescil başvurusu reddedildiğinde, hem zaman emek ve para kaybına sebep olunmakta hem de mükerrer başvurular gerçekleşmektedir.

Yargıtay 11. HD 19.02.2008 E.2006/10301-K.2008/1850 sayılı kararında, ²³⁵düzenlemedeki eksikliği görerek YİDK'nın başvuru hakkında vereceği karar anına kadar kullanım sonucu ayırt edici gücün kazanılabileceğine hükmetmiştir. Kararın gerekçesi şu şekildedir; "556 sayılı MarkKHK'nın 7/son maddesi uyarınca bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mal ve hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış ise anılan MarkKHK'nın 7/c maddesi uyarınca tescili reddedilemez. Somut olayda, davalı TPE YİDK karar tarihinin esas alınması ve davacı tarafından bu hususta sunulan delillerin bu tarihe göre değerlendirilmesi gerekirken, tescil başvuru tarihi itibariyle yapılan değerlendirme sonucunda yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulmasına karar verilmiştir."

Bu kararla Yargıtay, MarkKHK m. 7/II hükmünün bir eksikliğini gidermeye çalışmış fakat başvuru tarihinde tescil edilebilme şartlarını taşımayan bir işarete

²³³ DOĞAN, Ayırt Edici Gücün Kazanılma Anı, s.11 vd.

²³⁴ DİRİKKAN, s. 33-34, DOĞAN, Kazanma, s. 219 vd.

²³⁵ DOĞAN, Kazanılma Anı, s. 15.

marka olarak tescil edilebilme imkanı vermekle aslında marka hukukuna aykırı bir durum ortaya çıkarmıştır²³⁶. İşaretler, ancak tescil için gerekli koşulları sağladıkları an itibariyle tescil edilebilir ve dolayısıyla marka korumasından yararlanabilir. Eğer işaretin, tescil için gerekli koşullara sahip olduğu an itibariyle değil de başvuru tarihi itibariyle, marka korumasından faydalanacağı kabul edilirse, başkalarının öncelik hakkı ihlal edilebilir ve böylece hakkaniyete ve marka hukukunun temel ilkelerine aykırı bir durum oluşur.

Alman Markalar Kanunu'nun 37/2. fıkrası hükmüne göre; başvuru anında mevcut bir tescil engelinin karar tarihine kadar ortadan kalkması durumunda başvuru sahibinin başvuru tarihini ayırt edici niteliğin kazanıldığı tarih olarak değiştirmesine rıza göstermesi durumunda tescil başvurusu reddedilemez. Böylece başvuru tarihi kullanım sonucu ayırt edici gücün kazanıldığı zamana ertelenmektedir. Buna, "öncelik hakkının ertelenmesi" denmektedir. Bu yolla mükerrer başvurular önlenmektedir.

Serbest işaretlerin öncelik hakkının yani gerçek hak sahipliğinin kazanıldığı an, işaretin kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazandığı andır. Normal şartlarda başvuru ile kazanılan ancak işaretin serbest işaret olması nedeniyle kazanılmayacak olan öncelik hakkı, başvuru sahibinin rıza göstermesi koşuluyla, kullanım sonucu ayırt edici gücün kazanıldığı ana kadar ertelenerek marka tescil edilebilir²³⁷.

Öncelik hakkının ertelenebilmesi için, başvuru konusu işaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmasından önce benzer herhangi bir işaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmamış olması gerekir. Aksi durum söz konusu ise öncelik hakkının ertelenmemesi gerekir. Bizim marka mevzuatımız açısından, MarkKHK m. 7/I-b hükmü nedeniyle öncelik hakkının ertelenmesi mümkün olmamaktadır.

Marka Kanunu Tasarısında kullanım sonucu ayırt edici niteliğin başvuru anında mı kazanılması gerekeceği, başvuru anından YİDK'nın karar anına kadar

²³⁶ DOĞAN, Kazanılma Anı, s. 14.

²³⁷ TEKİNALP, aksi görüşü savunmakta olup, başvurudan sonra kazanılan ayırt edici gücün dikkate alınmayacağını ifade etmektedir (TEKİNALP, Ünal, Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Prof. Dr.Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 476. DOĞAN, Kazanılma Anı, s. 16.

kazanılan ayırt edici gücün dikkate alınıp alınmayacağı hususunda konuya çözüm getiren bir yenilik yapılmamıştır.

Kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanılması ile ilgili bir diğer durum da ayırt edici gücün marka tescil başvurusundan uzun zaman önce kazanılmış olmasıdır. Böyle bir durumda, marka tescil başvurusundan yıllar önce kazanılmış ayırt edici güç MarkKHK m.7/II anlamında kazanılmış ayırt edici güç olarak kabul edilecek midir? Böyle bir durumda, kazanılan ayırt edici gücün ilgili piyasada halen etkisinin devam edip etmediği göz önüne alınarak sonuca ulaşılmalıdır. Eğer, örneğin vasıf bildiren bir marka uzunca bir süre reklam ve tanıtım faaliyetleri eşliğinde kullanılmış ve bu kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmış, ancak daha sonra kullanıma ara verilmiş ise, söz konusu marka ilgili piyasada halen bir marka olarak algılanıyor ve ayırt ediciliğini muhafaza ediyor ise tescil başvurusu kabul edilmelidir. Böyle bir durumda başvuru MarkKHK m.7/I-c hükmü gereğince reddedilmemelidir. Alman Patent Mahkemesi de bir davada, marka başvurusundan beş yıl önce yapılan bir anket sonucuna göre markanın ayırt edici güç kazandığının kabul edilemeyeceğine, orta seviyedeki tüketicilerin beş yıl önce marka olarak tanıdıkları bir işareti beş yıl sonra hatırlamalarının ve tanınmalarının mümkün olmadığına hükmetmiştir.

Bizce böyle bir durumda somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması yerinde olacaktır. Nitekim, yıllar önce kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmış bir işaret zamanla kullanılmadığında, ayırt edici gücü azalabilir hatta yok olabilir. Ancak yıllar önce kullanım sonucu kazanılan ayırt edici güç öyle kuvvetli olur ki, geçen zamana rağmen tüketicilerin zihninde yer etmiş olabilir.

4.3.3.1.2. Ayırt Edici Nitelik Kazanma

556 sayılı MarkKHK m. 7/II'ye göre, kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmanın şartları, işaretin başvuru tarihinden önce markasal olarak kullanılmış olması, kullanımın tescile konu mal ve hizmetlerle ilgili olması ve bu kullanım sonucu ayırt edici güç kazanılmış olmasıdır. Kullanım sonucu ayırt edici nitelik

kazanma, işaretin ilgili piyasada tescili talep edilen mal ve hizmetlerle ilgili kendisini tanıtmış ve bir marka olarak kabul ettirmiş olması anlamına gelmektedir²³⁸.

Markanın, tanındığı ilgili piyasanın, markanın üzerinde kullanıldığı mal ve hizmetlerin üreticisinin kim olduğu ve nerede faaliyet gösterdiği hakkında bilgi sahibi olması gerekmemektedir²³⁹. Ticaret hayatında kendini kabul ettirmiş, kendisine bağlamış, kendisini onunla tanıtmış olma anlamına gelen ayırt ediciliğin kazanılması için, bir işaretin belli bir mal veya hizmetle ilgili olarak yoğun bir reklam kampanyası eşliğinde uzun süre kullanılması ve bunun sonucunda o malla ilgili çevrelerde bu işaretin, belli bir işletmenin markası olarak algılanmaya başlanması gerekir²⁴⁰. Buradaki ilgili çevre deyimini, işaretin kullanıldığı mal veya hizmetin niteliğine ve her somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir.

İşaretin kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığı tespit edilirken, söz konusu işaretin kullanım yoğunluğu, kullanımın coğrafi yaygınlığı ve süresi, ayrıca, yapılan yatırımın tutarı ve ticaret ve sanayi odalarının, bu iş ile ilgili ticaret erbabı ve profesyonel şirket raporlarının dikkate alınması gerekmektedir²⁴¹.

Kullanım sonucu markasının ayırt edici güç kazandığını iddia eden, bu iddiasını ispat etmelidir. Markasını tescil ettirmek isteyen kişi marka tescil talebinin MarkKHK m.7/I-(a), (c) veya (d) bendi gereğince reddedilmesi üzerine, red kararının kaldırılması talebiyle TPE, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na itiraz ederek markasının kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazandığını iddiasını delilleri ile ispat etmelidir²⁴². Tescil başvurusunda bulunan kişinin, markasının kullanım sonucu ayırt edici güç kazandığını ispat etmek için, markayı ne zamandan beri ve hangi kapsamda kullandığını, hangi reklam ve tanıtım faaliyetlerinde bulunduğunu, markanın kullanıldığı mal ve hizmetlerle elde ettiği ciroyu ve pazar payını gösteren, markanın kullanıldığı coğrafi alanı gösteren belgeleri başvurusuna eklemelidir. Bununla birlikte, ticaret ve sanayi odalarından, ilgili meslek kuruluşlarından alınan

²³⁸ Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 33-34, **DOĞAN, Beşir Fatih**, Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanma, Batider, C.XXIV, S.1, Haziran 2007, s. 223.

²³⁹ **DOĞAN, Beşir Fatih**, Marka Hukukunda Ayırt Edici Güç Kazanma, FMR 2007, C.14, S. 1, s.223.

²⁴⁰ **ARKAN**, Marka C.I, s. 83.

²⁴¹ Ankara FSHM, E. 2004/542, K.2004/411, s.3 (yayımlanmamış); E.2005/110, K.2005/364, s.3 (yayımlanmamış karar).

²⁴² Ankara FSHM, E. 2004/1166, K. 2005/573, s.3; E. 2005/110, K. 2005/364, s. 3 (yayımlanmamıştır).

belgeleri ve piyasa araştırma sonuçlarını da deliller arasında sunabileceği kabul edilmelidir²⁴³.

Marka tescil başvurusuna konu işaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanıp kazanmadığının tespitinde piyasa araştırması yapılmasına ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Uygulamada, kullanım sonucu ayırt edici güç kazanılıp kazanılmadığı ve kazanılan ayırt edici gücün yaygınlığı ve yoğunluğu objektif kriterlerle değerlendirilememektedir. Bizce, tescil konusu işaretin kullanım sonucu ayırt edici güç kazandığı iddiasının ispatında, yukarıda sayılan delillere ek olarak masrafları başvuru sahibinden alınmak şartıyla TPE tarafından yaptırılacak ciddi ve objektif anketler de göz önünde bulundurulmalıdır²⁴⁴

Ankara FSHM'nin E.2004/284, K.2005/296 sayılı kararında, "...dosyada bulunan davacı şirkete ait faaliyet, ihracat, ithalat ve kapasite raporlarından, çalışma ruhsatları, gümrük beyannameleri ve tanıtım belgelerinden markanın kullanıldığı ürünlerin ihracatının da önemli bir seviyeye ulaştığı anlaşılmaktadır" yönünde hüküm tesisi edilerek kararda sayılan deliller göz önünde bulundurulduğu açıklanmıştır.

11 HD, MarkKHK m.7/II'ye ilişkin vermiş olduğu 31.10.2002 tarih ve E.2002/9506, K.2002/9693 sayılı yayımlanmamış kararında; "benzer ikinci markanın fatura, kutu, ambalaj, iş evrakında uzun süreli ve kesintisiz kullanım sebebiyle ayırt edici nitelik kazandığını belirterek markanın tescili yönünde karar vermiştir"²⁴⁵

Kullanım neticesi ayırt edici güç kazandığı iddia edilen işaret birden fazla firmaca kullanılmış ve hangi kullanım sonucu ayırt edici güç kazandığı tespit edilememiş ise, markanın hiçbir işletmece kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmadığının kabul edilmesi gerekir²⁴⁶.

Kullanım sonucu ayırt edici güç kazandığı gerekçesiyle tescili talep edilen işaretin markasal olarak kullanılması gerekir. Markasal kullanım, bir işaretin, bu

²⁴³ DOĞAN, Kazanma, s. 224.

²⁴⁴ DOĞAN, Kazanma, s. 224.

²⁴⁵ DOĞAN, Kazanma, s. 225.

²⁴⁶ DOĞAN, Kullanma, s. 225.

işareti taşıyan mal veya hizmetin işletmesel kökeni itibariyle diğerlerinden ayırt edilmesine yönelik kullanımdır²⁴⁷. İşaretin markasal olarak kullanılıp kullanılmadığının tespitinde, ilgili piyasada işaretin marka olarak algılanması ihtimalinin var olup olmadığı göz önüne alınmalıdır²⁴⁸. İşaretin markasal kullanımı çoğunlukla, işaretin malların ambalajının üzerine konması şeklinde gerçekleşmektedir²⁴⁹.

Ayırt ediciliğin kullanım yolu ile kazanılması ve işaretin bu gerekçe ile tescil edilmesine en iyi işaretin bu gerekçe ile tescil edilmesine en iyi örneklerden biri; ÇARŞI sözcüğüdür. Bu sözcük MarkKHK'nın 7/1-d bendine göre ticaret alanında herkes tarafından kullanılan bir isim olduğu halde; 1985 yılından itibaren Türkiye'nin değişik yerlerinde mağaza hizmetleri için tescilsiz olarak fiilen kullanıldığı ve tanıtımının yapıldığı, ilgili çevreler tarafından hizmeti sağlayan işletmeye bağlı olarak algılanmak suretiyle bilinir olduğundan ayırt edici nitelik kazanmıştır²⁵⁰.

YARGITAY, 11. HD.'nin 31.10.2002 tarih ve E.2002/9506, K.2002/9693 sayılı kararında; "Balsüt markasının 1993 yılından beri faturalarda, 1995 tarihinden itibaren de kutu ambalaj ve evrak üzerinde kullanıldığı, kullanım süresi ve kesintisizlik dikkate alındığında "Balsüt" ibareli markanın kullanım yolu ile ayırt edici nitelik kazandığı, tescili istenen markanın halkı yanıltıcı nitelikte olmadığı" gerekçeleriyle tescil talebinin reddedilemeyeceğine hükmedilmiştir²⁵¹.

Tescili istenen marka yalnızca küçük bir çevrede tanınmış ise, tescil ile birlikte Türkiye çapında korunacağından, MarkKHK m.7/son hükmüne göre tescil edilmesi uygun değildir. Yurt dışında kullanımla ayırt edici nitelik kazanmış bir işaretin de aynı şekilde, Türkiye'de de tescil edilebilmesi için Türkiye'de ilgili çevrede ayırt edici nitelik kazandığını ispat etmesi gerekir. Ancak söz konusu marka Türkiye'de fiilen kullanılmamakla birlikte, internet ve diğer iletişim teknolojisi

²⁴⁷ DİRİKKAN, s. 272.

²⁴⁸ DİRİKKAN, s. 272.

²⁴⁹ TEKİNALP, Ünal, Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 467.

²⁵⁰ KARA AHMET E., Yalçın U: Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, s. 17-18.

²⁵¹ ÖZDİLEK, Yurdaer: Markanın Kullanımla Ayırt Edici Nitelik Kazanması- Onbirinci Hukuk Dairesinin Konuya İlişkin İki Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, C.I, İstanbul 2007.

olanakları yoluyla ilgili çevre tarafından bu işaretin belli bir işletmeye özgülenmiş olarak algılandığının ispat edilmesi durumunda da bu fıkra hükmünden yararlanması gerekir.

556 sayılı MarkKHK'nın 7 inci maddesinin a fıkrasında; 5 inci madde kapsamına girmeyen işaretlerin marka tescilinde ret için mutlak nedenler arasında düzenlenmiştir. TBMM'de yasalaşma süreci devam eden "Markalar Kanunu Tasarısı"nda yapılan değişiklikle madde 7/son'dan çıkarılmıştır. Bu düzenleme yerinde bir düzenlemedir. Bu çalışmanın çeşitli bölümlerinde değinildiği üzere soyut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretlerin kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması mümkün değildir. Bir işaret soyut ayırt edici niteliğe sahip değilse hiçbir suretle marka olarak tescil edilemez. Soyut ayırt edici niteliğin yokluğu, kullanım yoluyla dahi aşulamayacağından 556 sayılı MarkKHK'nın 7/II'de (a) bendine atıf yapılmış olsa da, (a) bendinde düzenlenmiş olan "5. Madde kapsamına girmeyen işaretler" in, yani ayırt edici niteliği bulunmayan veya çizimle ya da başka bir şekilde görüntülenmesi mümkün olmayan işaretlerin kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmaları mümkün olmadığından, marka olarak tescil edilmeleri de mümkün değildir²⁵². 556 sayılı MarkKHK'de yer alan mevcut düzenleme AB mevzuatına da uyumlu olmadığından Markalar Kanunu Tasarısıyla getirilen değişiklik isabetlidir.

4.4. KHK m. 8/3 Anlamında Ayırt Edici Nitelik

Tescilsiz bir işaretin markasal olarak kullanılmış ve işarete ayırt edicilik kazandırılmış olması halinde KHK'nin 8/III maddesine dayanılarak hükümsüzlük talebinde bulunulabilir.

Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan başka bir işaretin sahibinin itirazı: Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan başka bir işaretin sahibinin itirazının tescile engel olması şu hallerde mümkündür.

a) Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş ise,

²⁵² DOĞAN, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 221.

²⁵⁴ NOYAN, Erdal, Marka Hukuku, Ankara, 2006, s. 231.

b) Belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa.

Tescilsiz bir markayı veya tanıtmaya işaretini herkesten önce kullanan kişinin elde ettiği bu hakka üstünlük tanınarak, bu marka veya işaretin “aynısının aynı mal ve ya hizmet için” başkası tarafından yapılan tescil başvurusuna bu hakkı gerekçe göstermek suretiyle itiraz edebilmesine imkân tanınmıştır²⁵⁴.

ARKAN, KHK'nin anılan hükmü ile işaret üzerinde ilk kullanma yoluyla haksız rekabet hükümlerine göre kazanılan hakkı üstün tutma amaçlandığını²⁵⁵, hak sahibine MarkKHK 8/3 ile tanınan hakkın, TTK 57/5 ve 58/I, baden kaynaklandığını savunur²⁵⁶.

YASAMAN, bu hükmün haksız rekabet hükümlerinden kaynaklandığını savunmanın doğru olmadığı, marka hukukunda tescil sisteminin benimsenmiş olmasına rağmen, hakkın, işaretin(markanın) ihdas edilmesi, kullanılması ve ona belli bir ayırt edicilik ve tanınmışlık kazandırılması ile doğacağı görüşünü ileri sürmüştür²⁵⁷.

TEKİNALP, söz konusu madde ile önceki hak sahibine tanınan hakkın, ya eski bir haktan ya da bir yasaklama yetkisinden doğacağını söylemiştir²⁵⁸.

4.4.1. Koruma Konusu Tescilsiz İşaretler

Koruma kapsamına marka olarak tescil edilebilecek yani soyut ayırt ediciliğe sahip işaretlerin tümünün girdiği kabul edilmelidir. 556 sayılı MarkKHK'nin 8/3'üncü maddesinde yer alan “işaret” kavramı, ticaret hayatında kullanılan her türlü tanıtmaya işaretini kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır²⁵⁹. Söz konusu işaret kavramının kapsamına mağaza tabelalarında yer alan sözcükler, ticaret hayatında kullanılan ses ve melodiler, çoğu kez tacirin ticaret unvanının bir kısmı esas alınarak oluşturulan ve marka olarak da kullanılan kısaltma ve vurgu sözcükleri de dahildir.

²⁵⁵ **ARKAN**, Marka C.I, s. 109.

²⁵⁶ **ARKAN**, 8/III, s. 4.

²⁵⁷ **YASAMAN**, Marka C.I.

²⁵⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 25.

²⁵⁹ **ARKAN**, 8/III, s. 105.

4.4.2. Koruma Şartları

Nispi red nedenlerinin düzenlendiği MarkKHK'nın 8. Maddesinin 3. Fıkrasında; bir işaret üzerinde ilk kullanma yoluyla kazanılan hakkın, aynı işaret için yapılacak tescil başvurusuna itiraz etme hakkı vermesi durumu söz konusudur.

4.4.3. Tescilsiz Bir İşaret

Tescilsiz işaret kavramından ticaret hayatında kullanılan her türlü tanıtma işaretini anlaşılmalıdır. Bu kapsamda mağaza tabelalarında yer alan sözcükler, ticaret alanında kullanılan ses ve melodiler, şirket kurucularının ad ve soyadı gibi ticaret hayatında kullanılan her türlü sözcük, marka olarak tescil edilmek istendiğinde, önceki hak sahibi tescile itiraz hakkına sahiptir.

4.4.4. İşaretin Ayırt Edici Nitelik Kazanmış Olması

MarkKHK 8. Madde hükmünden yararlanarak işaretin marka olarak tesciline itiraz edebilmek için söz konusu işaretin ayırt edici nitelik kazanmış olmasının gerekli olup olmadığı konusunda doktrinde hakim görüş, işaretin kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazanmamış olduğu durumlarda dahi, işaret sahibinin 8/3. Madde hükmüne göre itiraz hakkına sahip olduğu yönündedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27.02.2002 tarihli kararında MarkKHK 8/III madde hükmüne dayanarak tescile itiraz edilebilmesi için işaretin ayırt edici nitelik kazanması gerektiğine değinmiştir.

MarkKHK 8. Madde hükmünde yalnız markanın kullanılmış olmasından bahsedilmekte, madde hükmünde bunun dışında herhangi bir ek koşul aranmamaktadır. Tescilsiz işaretin yalnızca ticaret sırasında kullanılmış olması yeterlidir. Bu kullanım belirli bir süre devam etmiş ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak ayırt edici güç kazanmış olması mümkündür. İşaretin ayırt edici nitelik kazandığı durumlarda işareti kullanan önceki hak sahibi tescile itiraz hakkına sahiptir. Esasen, markanın belirli süre kullanılmış olması sonucu işaret belli miktarda ayırt edici nitelik kazanmış olmaktadır. Her iki kavram da, markanın belli

oranda kullanımını ve bu kullanım sonucu kazanılan ayırt edici gücü kapsamakla birlikte, kazanılan ayırt edici gücün kuvveti farklı olabilmektedir²⁶⁰.

4.4.4.1. Genel Olarak

MarkKHK'nın "Marka Tescilinde Red İçin Nispi Nedenler" başlıklı 8. Maddesinde, marka olarak tescil edilmek istenen işaret üzerinde tescil başvurusundan önce hak kazanmış kişilerin haklarını korumaya yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Tescil başvurusundan önce hak kazanma ilk kullanma yoluyla gerçekleşmelidir. Burada yer verilen "ticaret sırasında kullanılmış olma" ifadesi "marka hukukuna özgü kullanma"yı değil, herhangi bir şekilde, yani iş evrakında, tabela, ilan ve reklamlarda da kullanılmış olmayı ifade eder²⁶¹. Markasal kullanım ise, bir işaretin, bu işareti taşıyan mal veya hizmetin kökeni itibarıyla diğerlerinden ayırt edilmesine yönelik kullanılmasıdır²⁶². İşaretin markasal olarak kullanılıp kullanılmadığının tespitinde ilgili piyasanın söz konusu işareti marka olarak algılama ihtimalinin varlığı incelenir. Böyle bir ihtimalin var olduğu durumda markasal kullanım gerçekleşmiş demektir. Markasal kullanımın söz konusu olabilmesi için, işaretin mal veya ambalajı üzerine konması veya hizmetle birlikte kullanılmış olması gereklidir. Oysa MarkKHK m. 8/3 te bahsedilen kullanım, ticaret hayatında herhangi bir şekilde kullanımdır.

4.4.4.2. Kullanım Sonucu Kazanılan Ayırt Edici Nitelikten Farkı

MarkKHK'nın, mutlak red nedenlerini düzenleyen 7. Maddesinin, bu konuda istisna getiren II. Fıkra hükmünde, başlangıçta ayırt edici niteliği olmayan bir işaretin sonradan ayırt edici nitelik kazanması halinde işaretin marka olarak tescil edilebileceği düzenlenmektedir. Bu hükmün uygulanması için, uzun süreli yoğun kullanım sonucunda ticaret alanında işaret ile onu kullanan işletme arasında yakın bir bağlılığın ortaya çıkması gerekmektedir. Kısacası ayırt edici nitelik, işaretin marka olarak tescili için aranan bir koşul niteliğindedir²⁶³. Nispi red nedenlerinin düzenlendiği 8. Maddenin 3'üncü fıkrasında konu, yapılmak istenen tescile hak sahibinin itirazıdır. MarkKHK 8. Maddesi, işaretin nitelik ve özellikleri ile ilgili

²⁶⁰ ARKAN, 8/III, s. 105.

²⁶¹ ARKAN, 8/III, s. 102

²⁶² DİRİKKAN, Tanınmış Marka, s. 272.

²⁶³ ARKAN, 8/III, s. 105.

değildir. Ayrıca bu madde hükmünün uygulanması için yalnızca işaretin ticaret sırasında kullanılmasından söz edilmiştir. İtirazın ileri sürülebilmesi için işaretin MarkKHK 7/II anlamında *ayırt edici nitelik* kazanmış olması şartı aranmamaktadır²⁶⁴. Aslında her iki kavram da, markanın belli oranda kullanımını ve bu kullanım sonucu kazanılan ayırt edici gücü kapsamaktadır²⁶⁵. Ancak, bizce kullanım sonucu ayırt edici güç kazanma için gerekli olan kullanım ve bu kullanım sonucu kazanılan ayırt edici gücün yoğunluğu ve tanınmışlığın yayıldığı çevre daha fazladır. MarkKHK m.8/III anlamında ayırt edici niteliğin kazanılması için ise daha sınırlı bir çevrede ve daha az miktarda ayırt edici niteliğin yeterli olduğu kabul edilmelidir.

²⁶⁴ ARKAN, 8/III, s. 105.

²⁶⁵ DOĞAN, Ayırt Edici Güç Kazanma, s. 222

İKİNCİ BÖLÜM

TASARIM HUKUKUNDA AYIRT EDİCİ NİTELİK

1. TASARIM KAVRAMI

Endüstriyel Tasarımların korunması ülkemizde yeni olduğu gibi, 1995 yılında yürürlüğe giren Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin²⁶⁶ uygulaması da pek çok sorunu beraberinde getirmiştir. 554 sayılı KHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yaşanan sorunların bir kısmı, getirilen sistemin bizim hukuk sistemimiz için yeni olmasından ve endüstriye etkili biçimde tanıtılmamasından kaynaklanırken, büyük bölümü de, endüstrimizin tasarım korumasına olduğu kadar, tasarım kavramına ve mesleğine yabancı olmasından kaynaklanmıştır²⁶⁷. Tescil başvurusuna konu olan, tescil edilen ve davalara konu olana tasarımların büyük çoğunluğu yenilik ve ayırt edicilik ölçütlerini karşılayamıyordu. Bunun nedeni, üretici firmaların ürün geliştirme sürecine yaklaşımında gözlemlenen kavramsal, yöntemsel ve teknik sorunlardır. Özetle ifade etmek gerekirse; tasarım etkinliği içeriğinin dar kapsamda yorumlanmasıdır.

Endüstriyel tasarım mesleki bir uğraş ve akademik bir disiplin olarak ele alındığında, yasal düzenlemede tanımlanan çerçeveden daha geniş bir alanda etkinlik gösterir²⁶⁸. Tasarımın zemininde işlev, konfor ve anlam gibi insana hitap eden değerler yüküldür.

Tasarım kavramına, hukukçular ve tasarımcılar tarafından farklı anlamlar yüklenmektedir. Tasarımcılara göre tasarım kavramı, üretim sürecinin tamamını da kapsayacak şekilde, ürünün görünümünün yanında yapısı, işlevi, dayanıklılığı, çalışma kolaylığı, güvenliği, ergonomisi ve çevreyle etkileşimi gibi pek çok hususu kapsar²⁶⁹. Hukukçular ise tasarımı; bir ürünün tamamının veya bir parçasının çizgi, şekil, renk, biçim, doku, malzemenin esnekliği, ve/veya süslemesi gibi insan duyuları

²⁶⁶ Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname.

²⁶⁷ **HASDOĞAN, Gülay**, Türkiye'de Endüstriyel Tasarımların Korunmasında Uygulamaya Yönelik Sorunlar: Ayırt Edici Nitelik Değerlendirmesi İçin Kavramsal Bir Model Önerisi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.1, s. 349.

²⁶⁸ **HASDOĞAN**, s. 349.

²⁶⁹ **SULUK, Cahit/ ORHAN, Ali**: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C.III Tasarımlar, Ankara 2008, s. 27.

ile algılanabilen çeşitli unsur veya özelliklerin oluşturduğu görünüm olarak tanımlanmaktadır²⁷⁰. Tasarımcılar, tasarım mevzuatının yalnız kabuk tasarımları koruduğu görüşündedir. Tasarım, fikri ve sınai mülkiyet hukukunda daha dar kapsamda tanımlanır. Tasarım tanımı, sınai mülkiyet sisteminin diğer öğeleri patent ve faydalı modelin tanımından etkilenecek şekilde şekillenmiştir. KHK'daki tanıma göre, “Tasarım, bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bir bütünü” ifade eder. Tanımda yer alan, “algılanan unsur ve özelliklerin bütünü” terimi tercih edilmekle yalnız görünüş değil, diğer duyu organları ile algılanan özellikleri de dahil etmek ve bütünsel yaklaşımı vurgulamak üzere kullanılmıştır. Bizce de tasarım kavramı çok dar bir çerçevede ele alınmamalıdır. Nitekim, EndTasKHK'nın 3. maddesinde malzeme ve esneklik gibi özelliklere de yer verilmiştir. Geliştirilen bir tasarımla, ürünün yalnız görünümüne ve estetiğine katkıda bulunulmakla kalınmaz, aynı zamanda ürünün işlevselliğine de katkıda bulunulur. Tasarımla, ürünün taşıdığı yeniliklerin ve kaliteyle ilgili değerlerin, doğru ve anlamlı şekilde kullanıcıya iletmenin ortamı sağlanmış olur.

EndTasKHK m. 3 metninden ürün veya parçanın bizatihi kendisinin tasarım olduğu sonucu çıkarılacaktır²⁷¹. Oysa koruma konusu tasarımın kendisi değil, görünümüdür. Üründen bağımsız tasarım kavramının ya da tasarım düşüncesinin de hukuki himayeden faydalanması mümkün değildir. Ortada bir ürün olmadığı sürece, KHK'da düzenlenen tasarım koruması gerçekleşmeyecektir²⁷². Herhangi bir ürüne ait korunan bir tasarım mevcut olduğu sürece, o ürünü üretip, ticaretini yapma hakkı sadece, tasarım sahibine ve onun izin verdiği kimselere aittir. Ancak, tasarım sahibi dışında kalan herkes de farklı bir görünüm kazandırmak kaydıyla sözkonusu ürünün ticaretini yapabilir. Tasarım hukukunda tasarım hakkı sahibine tasarımı üzerinde tekel hakkı verilir, ürün üzerinde koruma sağlanmaz. Buna göre hukuki bakımdan tasarım şu şekilde tanımlanabilir; Tasarım, bir ürünün tamamının veya bir parçasının çizgi, şekil, renk, biçim, doku, malzemenin esnekliği ve/veya süslemesi gibi insan duyuları ile algılanabilen çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu

²⁷⁰ SULUK/ORHAN, s. 27.

²⁷¹ SULUK/ORHAN, s. 28.

²⁷² Dolayısıyla mimari proje gibi çizimle ifade edilip de, henüz bir cisimleşmemiş çalışmalar EndTasKHK'nın korumasından faydalanamaz. Bunlar şartları varsa FSEK'e göre korunur. SULUK/ORHAN, s. 29.

görünümüdür²⁷³. Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, hukuki bakımdan tasarımdan anlaşılması gereken, ürünün görünümüdür. Bu görünüm, o ürünün renginden, üzerindeki şekil ve süslemelerden ve o ürünün yapıldığı maddeden kaynaklanır.

Uluslar arası Endüstriyel Tasarım Topluluk Konseyi'nin(ICSID) tanımına göre; “tasarım, nesnelerin, hizmetlerin ve bunların sistemlerinin çok yönlü niteliklerini tüm yaşam döngüleri içine yerleştirmeyi amaçlayan yaratıcı bir etkinliktir”. Dolayısıyla tasarım, teknolojilerin yenilikçi bir bakışla insancillaştırılmasında merkezi bir etken, kültürel ve ekonomik değişimin vazgeçilmez etmenidir.” Amerikan Endüstriyel Tasarımcılar Derneği'ne (IDSA) göre ise “endüstriyel tasarım, kullanıcı ve üreticinin ortak yararı için ürün ve sistemlerin işlev, değer ve görünümünü optimize eden fikirler (concepts) ve özellikler (specifications) yaratma ve geliştirmeye yönelik mesleki bir hizmettir²⁷⁴.

Hukuken bir tasarımın varlığından söz edebilmek için, iki unsurun bir arada bulunması gerekir. Bunlardan birincisi bir ürün veya ürün parçası, ikincisi ise insan duyularıyla algılanabilir görünümdür. Bir tasarımın varlığından söz edebilmek için bir ürünün var olması gerekir. Diğer bir anlatımla, Tasarım düşüncesi tek başına hukuki himayeden faydalanamaz. Yani, soyut, üründen bağımsız bir tasarım düşüncesi hukuken himaye görmez. Öncelikle, bilgisayar programları ile yarı iletkenlerin topografyalarının, EndTasKHK'ya göre ürün olmadığını belirtmek gerekir. Tasarımın hukuki korumadan faydalanabilmesi için bu iki unsura ek olarak tasarımın yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olması gerekir. Yenilik ve ayırt edicilik niteliği aşağıda detaylıca incelenecektir.

Ürün, EndTasKHK m. 3/b'de ürün şöyle tanımlanmıştır: “Ürün, bilgisayar programları ve yarı iletkenlerin topografyaları hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yanı sıra bileşik bir sistem veya bunu oluşturan parçalar, setler, takımlar, ambalajlar gibi nesnelere, birden çok nesnenin veya sunuşun bir arada algılanabilen bileşimlerini, grafik semboller ve tipografik karakterleri... ifade eder.” Bu tanımdan anlaşılacağı üzere AB hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da tasarımı korunacak ürün yelpazesi geniş tutulmuştur.

²⁷³ SULUK/ORHAN, s. 29.

²⁷⁴ HASDOĞAN, s. 349

EndTasKHK’da geçen “...herhangi bir nesne...” kavramının içine somut varlığı olan ve canlı olmayan her şey girer.

Bir tasarımın korumadan faydalanabilmesi için, ürünün tamamına ilişkin olması gerekmez. Bir ürünün bir parçasına ilişkin tasarım da korumadan faydalanır(EndTasKHK m. 5). Yine, tanımda geçen “...bileşik sistem veya bu sistemin parçaları...” ifadesinden bileşik ürün veya parçalarını anlamak gerekir²⁷⁵. EndTasKHK’ya kaynak teşkil eden, AB düzenlemelerinde de bu kavram complex product (bileşik ürün) şeklinde ifade edilmiştir²⁷⁶. Bileşik ürünün tanımına ise EndTasKHK’da yer verilmemiştir. AB hukukunda bileşik ürün sonradan tanımlanmıştır. Tanım şu şekildedir: “Bileşik Ürün: Sökülüp takılma yoluyla değiştirilebilen ve aralarında fiziki bağlılık bulunan birden çok bileşenden oluşan bir ürünü ifade eder²⁷⁷.” Buna göre, hem bileşik ürün hem de parçaları tasarım korumasından faydalanabilir. Örneğin bir otomobilin parçaları, sözgelimi farları ve aynaları da tek tek tasarım korumasından faydalanır. Aynı amaca yönelik ürünlerin ortak ve belirgin bir kimlik çizgisinde tasarlanması ile oluşan takımlar ve setler, tek bir tescile(çoklu başvuruya) ya da bunları oluşturan parçalar ayrı ayrı başvuruya konu olabilir²⁷⁸.

Ürünlerin ambalajı, ürünleri taşımak, muhafaza etmek, ekonomik değerini uzun süre korumak ve nakletmek için kullanılan unsurdur²⁷⁹. Ambalaj bir pazarlama aracı, iletişim kanalı olarak ve ürünü muhafaza amaçlı kullanılmakta, ürüne değer katmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucu, tüketime/kullanıma konu ürünün yanı sıra bu ürünleri muhafaza etme ve pazarlama amacıyla üretilen ambalajları da ürün saymıştır. Ambalajların ürün olarak kabul edilmesi yerindedir ve AB hukukundan hukukumuza aynen aktarılmıştır[(Topluluk Yönergesi m.1/(b); Topluluk Tüzüğü m.3/(b)].

Birden çok nesnenin veya sunuşun bir arada algılanabilen bileşimlerini oluşturan nesnelere de bir bütün olarak tescil edilebileceği gibi ayrı ayrı da tescil

²⁷⁵ **SULUK/ORHAN**, s. 31.

²⁷⁶ Topluluk Yönergesi m. 1/c; Topluluk Tüzüğü m. 3/c.

²⁷⁷ 2003 tarihli Avustralya Tasarım Yasasındaki tanım şöyledir: Bileşik ürün; sökülüp takılmayı mümkün kılan en az iki değişen parçadan oluşan üründür.

²⁷⁸ **SULUK/ORHAN**, s. 33.

²⁷⁹ **SULUK/ORHAN**, s. 33.

edilebilir. Bir bütün olarak tescil yapıldığında, rakip işletmelerin yenilik özelliğine sahip bağımsız parçaları üretmeleri mümkündür. Bu nedenle uygun olanı, topluluğu oluşturan nesnelere tek tek tescil edilmesi ve sunuş biçiminin başvuruda ek bir görsel anlatımla gösterilmesidir²⁸⁰.

Grafik, sembol ve tipografik karakterlerin de ürün olarak kabul edilmesiyle, bu karakterler koruma dışında tutulamayacaktır. Örneğin; ürün üzerine işlenmiş grafik çalışması, ortada bir ürün olmadığı gerekçesiyle koruma kapsamı dışında değerlendirilemeyecektir. Zira EndTasKHK'ya göre, grafik, sembol ve tipografik karakterlerin kendisi ürün kabul edilmiştir.

EndTasKHK'da tasarımı tescil edilebilecek ürünler sayılmıştır. Ancak bazı ürünlerin tasarımlarının tescil edilip edilmeyeceği hususunda açıklık bulunmamakta ve bu konuda tereddütler oluşmaktadır. Örneğin taşınmaz yapıların ürün sayılıp sayılmayacağı ile ilgili ABve Türk hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Taşınmaz yapıların ürün kabul edilmesi mümkün görülmemektedir²⁸¹. Ancak taşınmaz yapıların iç görünümünün ürün kabul edilmesi mümkündür. Taşınmazların mimari eser olarak fikir ve sanat eserleri hukukuyla korunması, taşınmaz yapının içindeki tezgah, mutfak gibi unsurların tasarım hukukuyla korunması gerektiği doktrinde hakim görüştür²⁸². Tasarımın, insanların gereksinmelerini gidermesi zorunlu değildir. Örneğin; bir manzara resmi de tasarım korumasından faydalanabilmektedir. Tasarımın korunması için tamamlanmış olmasının gerekli olmadığı kabul edilmelidir. Tamamlanmamış bir ürüne uygulanan bir tasarım da koşulları sağlamak şartıyla tasarım korumasından faydalanmalıdır. Nitekim bu tür ürünler TPE nezdinde tescil edilmiştir.

EndTasKHK'da "...endüstriyel yolla veya elle üretilen ...bir nesne..." den söz edildiğinden, insanın fikri çabası dışında örneğin doğa olayları sonucu oluşan tasarımlar koruma görmeyecektir. Bununla birlikte, tasarım koruması bakımından ürünlerin teknolojik özelliklerine bakılmaz; yalnız görünümleri dikkate alınır. Ancak,

²⁸⁰ SULUK/ORHAN, s. 34.

²⁸¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 623.

²⁸² SULUK/ORHAN, s. 35.

bir tasarımın, yalnız rengi, seçilen malzemenin ağırlığı ve esnekliği de tek başına koruma görmez²⁸³.

2. TESCİLLİ TASARIMLAR

Tasarım hakkı eşyaya bağlı bir haktır. Bununla birlikte tescilli tasarımlar mutlak hak olması, süreyle sınırlanmış olması, inhisari nitelikte yetkiler vermesi, ülkesel olarak korunması ve hukuki işlemlere konu olması gibi niteliklere sahiptir²⁸⁴. Maddi olmayan mutlak haklardan²⁸⁵ olan tescilli tasarım hakkı, sahibine, üçüncü kişilerin bağımsız şekilde de olsa geliştirmiş olduğu aynı veya benzer bir tasarımı kullanmasını yasaklama hakkı verir.

Tescilli tasarımlar, sahibine, ekonomik değerlendirme hakkı olarak da nitelenebilecek olumlu ve olumsuz haklar vermektedir. Bu haklardan olumlu olanı, tasarım hakkının kullanılmasının münhasıran sahibine ait olmasıdır. Burada kullanma kavramı geniş anlamda kullanılmakta olup, tasarlanan ya da tasarımın uygulandığı ürünü üretmek, piyasaya sunmak, satmak, sözleşme yapmak için icapta bulunmak, ithal etmek ve bu amaçlarla elde bulundurmak, bu kavramın kapsamındadır (EndTasKHK m. 17). Olumsuz yanı ise tasarım sahibine ait yukarıda sayılan hakları başkasının kullanamamasıdır. Diğer bir deyişle, tasarımı ekonomik bakımdan değerlendirmek olumlu, başkaları tarafından kullanılmasına mani olmak ise hakkın olumsuz yönünü oluşturur²⁸⁶.

Tasarım hakkının münhasır bir hak olması neticesinde, tasarım hakkı sahibi, üçüncü kişiler tarafından bağımsız olarak meydana getirilen aynı veya aynı sayılan tasarımın kullanılmasına engel olabilir. Oysa tescilsiz tasarımların korunmasında ve fikir ve sanat eserleri hükümlerine göre korumada, tasarım yalnız taklide karşı korunur. Böyle bir durumda üçüncü kişinin bağımsız olarak meydana getirdiği tasarım, öncekine benzese dahi, korunur²⁸⁷.

²⁸³ SULUK/ORHAN, s. 40.

²⁸⁴ SULUK/ORHAN, s. 81.

²⁸⁵ Mutlak haklar, sahibine hakkın konusu üzerinde doğrudan egemenlik sağlayan ve bu niteliği gereği herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Diğer bir deyişle, nispi haklar belirli kişilerce, mutlak haklar ise herkesçe ihlal edilebilir.

²⁸⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 578.

²⁸⁷ SULUK/ORHAN, s. 81.

Günümüzde tasarım hakkının ekonomik yönüne ağırlık verilmektedir. Bununla birlikte tasarım hakkı, tasarım sahibine, maddi haklar yanında manevi haklar da bahşeder. Tasarımcı, tasarım sahibinden, tasarımcı olarak tanıtılmasını (isminin belirtilmesini), tasarım sicilinde, rüçhan belgelerinde ve yayın sırasında adının geçmesini isteyebilir(EndTasKHK m.18). Bununla birlikte belge üzerinde adının geçmesini tasarımcı isteyemez. Bu düzenleme, hakkın manevi yönüne vurgu yapmaktadır. Aslında hem ilkemizde, hem de AB mevzuatında tasarımcı temel alınmaz, hakkın daha çok ekonomik yönü üzerinde durulur.

Fikri mülkiyet hakların önemli bir özelliği, süreye bağlı olmalarıdır. EndTas KHK'ya göre tasarımlarbeşer yıllık sürelerle yenilenmek kaydıyla azami 25 yıla kadar korunur(EndTas KHK m. 12). Onarım amaçlı kullanım durumunda ise, tasarımın piyasaya sürülmesinden itibaren 3 yıllık süreyle korunacağı öngörülmüştür(EndTasKHK m. 22). Süre dolunca, hak sona erer ve hak sona erdikten sonra, tescilli tasarım hakkına dayanılmaz.

Tasarım hakkı, sahibine maddi ve manevi haklar sağlar. Tasarım hakkı devir, lisans, haciz ve rehin gibi, gibi işlemlere konu olabilir. Ayrıca tasarım hakkı miras yoluyla da intikal eder. Tasarımın tescili, tasarım sahibi lehine, tasarım hakkının varlığı yönünde karine teşkil eder. Bu karine, tasarım belgesinin hükümsüz kılınması ile çürütülebilir²⁸⁸. Bunun için gerçek hak sahibi olan kişi, tasarım hakkının hükümsüzlüğü talebiyle dava açar. Dava sonunda, adına tescil yapılan kişinin gerçek hak sahibi olmadığı ortaya çıkarsa, tescilden doğan haklar yok hükmünde sayılır²⁸⁹. Ancak, gerçek tasarım sahibi, bir gasp davası açarak tescilden doğan hakkın kendisine devrini talep etmişse, bu durumda tescilden doğan hak gerçek hak sahibine geçer (EndTasKHK m. 19-20). Devir, rehin, lisans ve haciz gibi hukuki işlemler bakımından tescil açıklayıcı özelliğe sahiptir²⁹⁰. Sicil aleni olup, isteyen herkes, ücretini ödemek kaydıyla sicil örneği alabilir²⁹¹Tasarım hakkı da diğer fikri mülkiyet hakları gibi süreye bağlı bir haktır ve beşer yıllık sürelerle yenilenerek azami 25 yıl korunur (EndTasKHK m.12). Koruma süresinin dolmasıyla birlikte tasarım hakkı da sona erer. Tasarım hakkı, hangi ülkede korunması isteniyorsa, o ülkede tescil

²⁸⁸ OKTAY(ÖZDEMİR), s. 74, 75.

²⁸⁹ SULUK/ORHAN, s. 84.

²⁹⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 45.

²⁹¹ ARKAN, C. I, s. 123.

edilmelidir. Nitekim, bir ülkede alınan tasarım belgesi bir başka ülkede geçerli değildir.

Ülkemizde tasarımların tescili bakımından Avrupa Birliği'nin Topluluk Tasarımı yasal düzenlemesinde de benimsenen incelemesiz tescil sistemi benimsenmiştir. Bu siteme göre, tescil için başvuru tasarımları öncelikle sadece şekli bir incelemeden sonra yayınlanması ve ilan edilen itiraz süresinin sonunda yenilik ve ayırt ediciliği engelleyici bir durum oluşmamışsa tescil edilmesi gerekmektedir. 554 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önce, patent ve marka tescil başvuruları, sadece şekil değil yenilik incelemesinden de geçiyor, inceleme neticesinde verilen belge aynı zamanda yeniliğin tescili anlamını taşıyordu²⁹². Tescilin sağladığı haklar, başvurunun kesinleşmesiyle başlar, hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tescilin yayınlanması gerekir. Bununla birlikte, sicile güvenerek gerçek hak sahibi olmayan kişilerden hak sahibi olanların bu iktisapları kural olarak korunmaz(EndTasKHK m. 20/I). Tasarım sicili aleni olup, ücretini ödeyen herkes sicil örneği alabilir²⁹³. Devir, rehin, lisans ve haciz gibi hukuki işlemler bakımından tescil açıklayıcı özelliğindedir²⁹⁴.

Bir tasarım sicile tescil edilmiş ve tasarım belgesi alınmışsa, mahkemede bu belgenin hükümsüzlüğü talep edilip bu yönde karar verilmedikçe, idari makamlar ve mahkemeler bu belgenin geçerli olduğu varsayımından hareketle işlem yaparlar²⁹⁵. Yargıtay'ın da bu yönde pek çok kararı vardır. Ancak, tescilli tasarım sahibi, tasarım hakkını başkaları ile iltibas oluşturacak şekilde kullanamaz. Yargıtay 11. HD, 30.09.1983, E. 1983/3755, K. 1983/4773 sayılı kararında²⁹⁶ özetle; “marka hakkının başkasının markası ile iltibas oluşturacak şekilde kullanılmayacağına, tescilli marka yasanın himayesi altında olmakla birlikte bu tescilli markanın başkalarının markaları ile iltibasa neden olmayacak şekilde kullanılması gerektiği, aksi takdirde, hem haksız rekabet ve hem de Medeni Kanun'un 2. Maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralına aykırılık teşkil edeceği” yönünde gerekçelere yer vermiştir.

Yargıtay'ın tescilli marka ve tasarım sahibinin bu tesciller hükümsüz kılınmadıkça, marka ve tasarımını kullanabileceği, bu tür kullanımın haksız rekabet

²⁹² HASDOĞAN, s. 343.

²⁹³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 45.

²⁹⁴ ARKAN, C. I, s. 123.

²⁹⁵ SULUK/ORHAN, s. 85.

²⁹⁶ BAŞBUĞOĞLU, s. 125, 126.

oluşturmayacağı yönündeki görüşüne²⁹⁷ katılmak mümkün değildir. Bu yorum ile kötünietli kullanım sonucu haksız kazanç elde eden kişilerin kazanımları korunacaktır. Nitekim uygulamada bu durumun örneklerine sıkça rastlanmaktadır. Birçok firma, kötünietle yeni olmayan tasarımlara tasarım belgesi almakta belge iptal edilinceye kadar rakibe büyük zarar vermektedir²⁹⁸Oysa sınai mülkiyet mevzuatımızda, kötünietli tescil durumunda belge hiç yokmuş gibi davranılması gerektiği hükmü düzenlenmiştir (EndTasKHK m. 45; MarKHK m.44).

Tasarım hakkı, ülkesellik ilkesi gereği tescil edildiği ülke sınırları içinde korunur. Örneğin EndTasKHK hükümlerinden faydalanabilmek için, tasarımın Türkiye’de tescilli olması zorunludur. Ancak, bu ilkenin istisnası AB hukukunda görülmektedir²⁹⁹. AB’de bir başvuru ile Topluluk Marka Belgesi veya Topluluk Tasarım Belgesi alınabilmekte ve böylece belge sahibi, topluluk üyesi 27 ülkede AB hukuku çerçevesinde korumadan faydalanabilmektedir. FSEK’te de kural olarak ülkesellik prensibine bağlı kalındığında sözedebiliriz. Ancak, bunun iki istisnası bulunmaktadır. Birincisi, Türklerin meydana getirdiği eserler nerede bulunursa bulunsun hangi ülkede ilk defa yayımlanırsa yayımlansın FSEK’in korumasından faydalanır(m.88). İkinci olarak uluslar arası anlaşma hükümleri bu kuralın dışında tutulmuştur. Bu kapsamda, telif haklarına ilişkin Bern ve Roma Anlaşması ile TRIP’s hükümleri dikkate alınacaktır³⁰⁰.

Fikri ürünü ilk kez bulan ya da geliştiren kişi geliştirdiği ürüne ilişkin korumadan yararlanır. Fikri mülkiyet yasaları gerçek hak sahipliğini korur (EndTasKHK m. 13; FSEK m. 8). Rüçhan hakkı gereği, ilk başvuru veya sergileme tarihinden itibaren marka ve tasarım bakımından 6 aylık, patent ve faydalı modeller bakımından 12 aylık rüçhan süreleri kabul edilmiştir(Paris Anlaşması m. 4; MarkKHK m. 25-28; EndTasKHK m. 29-31).Bir başkasının aynı hakka ilişkin olarak rüçhan tarihinden sonra yapmış olduğu başvuru geçersiz sayılır ve rüçhan hakkına itibar edilir.Rüçhan hakkının doğumunda ve hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından rüçhan başvurusunun yapıldığı tarih dikkate alınmalıdır.

²⁹⁷ Yargıtay 11. HD, 28.11.2000, E. 2000/7300, K. 2000/9419, Bkz. BATİDER, C. XXI, S. 1/2001, s. 303-304.

²⁹⁸ **SULUK/ORHAN**, s. 87.

²⁹⁹ **SULUK/ORHAN**, s. 87.

³⁰⁰ **SULUK/ORHAN**, s. 88.

Gerçek hak sahibi başkası olan bir tasarım, belge sahibine koruma sağlamaz³⁰¹ Birden fazla kişinin, birbirinden habersiz, aynı veya ufak farklılıklara rağmen çok benzer buluş ya da tasarım geliştirmesi durumunda ilk başvuru sahibine belge verilir. Diğer işi veya kişiler ise ancak ön kullanım hakkından faydalanabilirler. Buna göre; tescil başvurusu veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilli tasarımın koruma kapsamına giren ve tescilli tasarımdan bağımsız olarak geliştirilmiş ve o tarihte henüz kamuya sunulmamış olan bir tasarımı kullanmaya başlamış veya kullanma için ciddi tedbirler almış iyi niyetli kişi veya kişilere karşı tasarım sahibi, tasarım hakkını ileri süremez³⁰².

3. TESCİLSİZ TASARIMLAR

Tasarım koruması kural olarak tescil ile sağlanır, buna tasarım hukukunda tescil ilkesi denir. Ancak tescil ilkesinin bazı istisnaları vardır. Bazı ülkelerde, tescilsiz tasarım koruması da kabul edilmektedir. Bu bakımdan, tescilsiz tasarımların korunmasıyla ilgili Topluluk ve İngiliz hukukundaki düzenlemeler dikkate değerdir. Bununla birlikte günümüzde tasarımların korunması hususunda tescilli tasarım korumasından tescilli ve tescilsiz tasarım korumasına doğru bir gidiş olduğu söylenebilir.

Tescilsiz koruma, yalnızca taklide karşı bir koruma sağlar. Tasarım hakkına tecavüz yoluyla üretilen ürünleri, satan ve ticari amaçla elinde bulunduran kimseler, bu eylemleri nedeniyle sorumlu tutulamazlar. Sorumluluk taklit edenle sınırlı kalır. Diğer bir deyişle, tescilsiz tasarım, sahibine olumsuz haklar sağlamaz. Diğer taraftan, kanunlarda özel olarak, korunacağı düzenlenmemiş fikri ürünler üzerinde hak olup olmadığı hususu da tartışmalıdır³⁰³. Bu tartışmada, özellikle, mutlak hakların kanunlarda sınırlı sayıda düzenlenmiş olduğu hususu üzerinde durulmaktadır. Bu nedenle, tescilsiz tasarımların, haksız rekabet hükümlerine göre korunacağı durumda tasarım sahibinin subjektif bir hakkının olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Öte yandan, ülkemizde, çeşitli nedenlerle, tescil edilen tasarım sayısının az olduğu göz önüne alındığında, tescilsiz tasarımların da korumadan faydalanması düşüncesi, uygulamada gitgide ağırlık kazanmaktadır. Özellikle kısa ömürlü ürün sektörleri

³⁰¹ Bkz. Yargıtay 11. HD, 22.02.1999, E.1998/9587, K.1999/1433.

³⁰² SULUK/ORHAN, s. 180.

³⁰³ SULUK/ORHAN, s. 82.

bakımından, sözgelimi tekstil ve mobilya sektörleri temsilcilerince tescilsiz korumanın ihtiyaç olduğu dile getirilmektedir. Bazı tasarım sahipleri en büyük sorunun taklit olduğunu belirterek tescilsiz korumanın gerekliliğini vurgularken, bazı tasarım sahipleri ise bazı etkenlerden dolayı tasarımlarını tescil ettiremediklerini, bunun yerine fikir ve sanat eserleri mevzuatı kapsamında koruma aradıklarını belirtmektedirler. Gerçekten günümüzde birçok özgün tasarımın tescilinin yapılmadığı düşünüldüğünde, tescilsiz korumanın önemi daha iyi anlaşılacaktır. Tescilsiz korumanın karşısında olan bir takım çevreler ise tescilsiz korumanın kesinlik ve açıklıktan yoksun olduğunu vurgulamaktadır.

Tescilsiz tasarımların korunmasına ihtiyaç vardır. Çünkü bazı sektörlerde tasarım sayısının çokluğu nedeniyle, tescilin çok pahalı olması, tescil sisteminin çok yavaş işlemesi nedeniyle sezonluk üretim yapan –moda sektörü gibi- sektörlerin tescil sisteminden faydalanamaması, tasarım sahibinin tescil sistemini yeterince bilmemesi gibi nedenlerle özgün pek çok tasarım korumadan yoksun kalmaktadır. Açıklanan nedenlerle, tescilsiz koruma tescil sisteminin yanında, ikinci bir koruma modeli olarak kabul edilebilir.

Tescilli tasarımlarda hak sahipliğini ispat, satış, lisans ve rehin gibi işlemlerde kolaylık vardır³⁰⁴. Sadece ispat kolaylığı dahi, tescil işleminin yapılması için yeterli nedendir. Çünkü herhangi bir ihtilaf halinde tescilsiz sistemde ispat oldukça zordur.

4. TASARIMLARIN KORUNMASI

Her tasarım hukuki korumadan faydalanamaz. Bir tasarımın hukuki korumadan faydalanabilmesi için bazı özellikleri taşıması gerekir. Koruma şartlarını üzerinde taşımayan tasarım kural olarak herkes tarafından kullanılabilir.

Tasarımın hukuki korumadan faydalanabilmesi için İskandinav ülkeleri *patent yaklaşımını*, Fransa ve Almanya ise *fikir ve sanat eserleri yaklaşımını* benimsemiştir. Fikir ve sanat eserleri yaklaşımını benimseyen ülkelerde daha ziyade orijinallik özelliği üzerinde durulmaktadır. Patent yaklaşımı benimsenen ülkelerde ise yenilik özelliği ön planda tutulmaktadır. Ancak son zamanlarda birçok ülkede hukuki

³⁰⁴ SULUK, Tasarım, s. 552.

korumadan faydalanacak tasarımda yenilik özelliği aranmaktadır³⁰⁵. Bazı hukuk düzenleri, yenilikle birlikte ikinci bir şart olarak orjinallik³⁰⁶, bazıları ise ayırt edici nitelik şartı aramaktadır³⁰⁷.

Fikri mülkiyet hakları doğası gereği uluslar arası özellikler taşır. Dünya ticaretindeki gelişmelere paralel olarak fikri hakların uluslar arası düzeyde korunmasına duyulan ihtiyaç artmış ve korumanın sınırlarını belirlemek ve tescili merkezileştirmek için yoğun çaba harcanmıştır.

AB ve Türk Hukuku'nda tasarımların hukuki korumadan faydalanabilmesi için tasarımın yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olması gerekli ve yeterlidir. KHK'da koruma şartlarına ilişkin iki genel ölçüte yer almıştır; yenilik ve ayırt edici nitelik. Yeni, kullanılmamış olan, o güne kadar söylenmemiş, görülmemiş, gösterilmemiş, düşünülmemiş olan anlamına gelir³⁰⁸. Hiç bilinmeyen ya da çok az bilinen³⁰⁹, bununla birlikte daha önce bilinenin benzeri olan, fakat ondan bazı farklılıkları taşıyan da yenidir³¹⁰.

Tescil edilmiş tasarımların korunmasına ilişkin olarak 554 sayılı KHK'nın yeniliği tanımlayan 6. Maddesinin 1. Fıkrasında ise; *“bir tasarımın aynısı, başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir. Tasarımlar sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteriyorlarsa aynı kabul edilir.”*denmektedir. Tasarımın yeniliği kavramı değerlendirilirken, tasarımın yeniliğinin onu benzerlerinden ayıracak ölçüde olup olmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Tasarımlar bakımından *yeniliği, önceden hiç bilinmeyen ya da bilinen bir çözümün yeniden*

³⁰⁵ Bu ilkeyi benimseyen hukuk düzenlerine örnek olarak Alman, İngiliz, Amerikan, İtalyan, Topluluk ve Türk hukukları verilebilir. Buna karşılık Topluluk Yönergesiyle uyumlaştırmadan önce Fransız Hukukunda, tasarımların korunması için fikir ve sanat eserinde aranan orjinallik ilkesi benimsenmiştir. **SULUK**, Tasarım, s. 222.

³⁰⁶ Avustralya Hukuku ve 1988 değişikliğinden önce İngiliz Hukuku, tasarımın orijinal olmasını da aramıştır.

³⁰⁷ Topluluk ve Türk Hukuku gibi.

³⁰⁸ Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

³⁰⁹ **SULUK**, **Cahit**, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tescilli Tasarımları Koruma Şartları, FMR, Y. 1, C. 1, S.2001/2, s. 27.

³¹⁰ **TEKİL**, **Müge**, 554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları, İÜHFİM, C.IV, S.4, 1997, Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL'a Armağan Sayısı, s. 233-251.

değişik yorumlarla ve yaklaşımlarla tasarlanması şeklinde tanımlamak mümkündür³¹¹.

Tasarımlarda yenilik şartı aranırken, bir tasarımın öncekilerden tamamen farklı olmasını beklemek anlamlı olmaz. Çünkü Fikri Mülkiyet Hukukunda taklit yasak olmakla birlikte, esinlenmek serbesttir ve tasarım sahibi önceki tasarımlardan esinlenmek suretiyle yeni bir tasarım meydana getirebilir. Burada dikkat edilecek husus önceki tasarımlardan küçük farklılıklardan daha fazla bir farklılık gösteren tasarımların da korunacağıdır. Diğer bir anlatımla, sonraki tasarımın öncekinden belirgin bir farklılık göstermesi gerekmektedir.

Bir tasarımın önce benzeri olmayan bir tasarım mı yoksa önceki tasarımlardan esinlenerek oluşturulmuş bir tasarım mı olduğu her somut olayda inceleme konusu yapılacaktır. Önceki tasarımlardan esinlenerek oluşturulmuş tasarımlarda da yine sonraki tasarımın öncekinden küçük farklılıklarda mı yoksa küçük farklılıklardan daha fazla bir farklılık mı gösterdiği hususu da tasarımın hukuki himayeden faydalanıp faydalanamayacağını tespit için gereklidir.

Yukarıda yer verilen tanım dışında Türk ve AB Hukukunda tasarımın yeniliğinin belirlenmesinde başvurulacak kriterler düzenlenmemiştir. Bir tasarımın yeni olup olmadığı değerlendirilirken başvuru veya rüçhan tarihindeki durumun dikkate alınması gerekir³¹².

Bir tasarım tasarımcılara ne kadar ne kadar seçme özgürlüğü sunuyorsa yenilik özelliği o oranda mevcuttur. Seçenek imkanı fazla olan bir tasarıma başka tasarımcıların tecavüz etme riski oranda fazladır. Bu tür tasarımların koruma kapsamı da geniş olmalıdır. Tasarım bir ürünün görünümü olduğundan tasarımın yenilik özelliğini belirlemede göz, en fazla kullanılan duyu olmaktadır.

Tasarımların korunması ile ilgili ikinci şart tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olmasıdır. Bu konu aşağıda incelenecektir. Tasarımların korumadan faydalanabilmesi hususunda yenilik ve ayırt edicilik olumlu şartlardır. Diğer bir anlatımla korumadan faydalanacak tasarımda bulunması gerekli özelliklerdir.

³¹¹ **KÜÇÜKERMEN, Önder**, Endüstri Tasarımı –Endüstri İçin Ürün Tasarımında Yaratıcılık, İstanbul 1996.

³¹² 554 sayılı KHK m.6/I; Yönerge m. 4.

Tasarımları korunmasıyla ilgili bir de olumsuz şartlar yani tasarımda bulunmaması gereken özellikler vardır. Türk ve AB hukukunda bu şartlar, kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılıktır. Bununla birlikte teknik fonksiyonun şekillendirdiği tasarımlar da hukuki himaye görmez. Tasarımların korunması ile ilgili bir diğer kısıtlama da yedek parça tasarımlarına ilişkindir. Yedek parça tasarımları ancak 3 yıl süreyle korumadan faydalanabilecektir(m.22).

Tasarımların tescil başvurusu sırasında, görsel anlatımının da Enstitüye sunulması gerekir. KHK'nın 12. Maddesine göre, bir tasarımın tescil edilebilmesi için “*tasarımın tüm belirgin özelliklerini yansıtan ve yayın yoluyla çoğaltımına elverişli resim, çizim, grafik, fotoğraf veya benzeri bir biçimde hazırlanmış görsel anlatımı*” nı başvuru esnasında sunmak şarttır. 554 sayılı KHK'nın uygulama şeklini gösterir yönetmeliğin³¹³8. Maddesine göre “üç boyutlu tasarımlarda, tasarımın daha iyi anlaşılabilmesi bakımından en az önden, yandan ve üstten görünümünün verilmesi şarttır.” Başvuru esnasında verilen görsel anlatımların, tasarıma ilişkin özellik ve unsurlar bakımından yeterince bilgi vermediği durumlarda yayımlanan tasarımı, üçüncü kişiler tam algılamamakta ve bir itiraz olanağı doğmamaktadır. Böyle bir durumda tescil de amacına ulaşmamaktadır.

5. TASARIMDA AYIRT EDİCİ NİTELİK

Tasarım hukukunda da en önemli konularından biri “ayırt edici nitelik” kavramıdır. Hukukumuzda bir tasarımın hukuksal korumadan faydalanabilmesi için yeni olmasının yanında ayırt edici nitelik sahibi olması gerekir (EndTasKHK m.7; Topluluk Yönergesi m.5;).

Yenilik incelemesi yüzeysel ve daha çok görsel olarak önceki tasarımla sonrakinin karşılaştırılmasıdır. Hukukumuzda tasarımları şekli inceleme sistemi kabul edilmiştir. Bu nedenle Türk Patent Enstitüsü tasarımın yenilik ve ayırt ediciliği konusunda başvuru sahibinin beyanını esas alır. Enstitünün tasarımı şekli olarak inceleyeceği kararnamenin 32 ve devamı maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. İlgililerin tescilin ilanını takip eden 6 ay içinde yapacağı itiraz üzerine Enstitü

³¹³ 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik.

tasarım incelemesini, yenilik ve ayırt edici nitelik ve hak sahipliği bakımından da inceler³¹⁴.

Ayırt edici nitelik incelemesi bir kıyaslamadır. Bir tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim ile benzer tasarımın böyle bir kullanıcıda bıraktığı izlenim arasında, belirgin bir fark oluşuyorsa bu tasarım ayırt edici niteliğe sahiptir(m.7/I). Tasarımların ayırt edicilik değerlendirmesi yapılırken kural olarak tasarımın bütünü dikkate alınır. Aynı husus parça tasarımları için de geçerlidir. Tasarımın diğer tasarımlardan belirgin bir farklılığı olmalıdır ki bu fark ayırt edici olarak değerlendirilsin. Burada yapılan tasarımın daha önce kamuya sunulmuş tasarımlarla kıyaslanmasıdır(m.7/II). Ayırt edicilik incelemesi bir anlamda bir farklılık testidir. Bu testi yaparken, bilgilenmiş kullanıcı ayrıntılara boğulmamalı, iki tasarımın kendisinde uyandırdığı genel ve ilk izlenime dikkate etmelidir. Tasarımın bilgilenmiş kullanıcıda bıraktığı genel izlenimde farklılığın

Tasarım hukukunda ayırt edici nitelik, marka hukukundaki ayırt edici nitelikten esinlenerek tasarım hukukuna aktarılmıştır³¹⁵. Fakat marka hukukunda ayırt edici nitelik ile, ürün ve hizmetleri birbirinden ayırt etme işlevi yerine tasarım hukukunda tasarımda kişisel konsept aranır. Diğer bir anlatımla marka hukukunda ayırt edici nitelikle mal veya hizmetlerin diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesi hedeflenirken tasarımda ayırt edicilikle birbirinden farklı olması hedeflenen tasarımın kendisidir.

Bir tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olması için, bu tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenim ile diğer bir tasarımın, böyle bir kullanıcıda yarattığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılık olması gerekir(m.7/I). Diğer bir anlatımla, bir tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim ile diğer bir tasarımın böyle bir kullanıcıda bıraktığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılık oluşuyorsa bu tasarım, ayırt edici niteliğe sahiptir. Ayırt Edici nitelik incelemesinde, bir tasarımın diğerlerinden görsel açıdan yeterince farklı olup olmadığına bakılır³¹⁶. Böyle bir kıyaslama yapılırken, karşılaştırılacak tasarımlar, EndTasKHK'nın 7/II. Maddesinde şöyle belirlenmiştir: **i) Ayırt edici niteliği olduğu**

³¹⁴ 554 sayılı KHK m.37 ve 38, 38/son yollamasıyla 43/a ve b.

³¹⁵ **SULUK**, Koruma Şartları, s. 37.

³¹⁶ **SULUK/ORHAN**, s. 136.

iddia edilen tasarım, başvuru veya rüçhan tarihinde, Türkiye’de veya dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sunulmuş olan başka tasarımlarla kıyaslanır. ii) Ayırt edici niteliği olduğu iddia edilen tasarım, başvuru veya rüçhan tarihinde, TPE tarafından tescilli bir tasarım olarak yayımlanmış ve koruma süresi dolmamış olan başka tasarımlarla karşılaştırılır. Bu düzenlemenin ifadesine göre, ayırt edici niteliği belirlerken, AB hukukundan farklı olarak, daha önce piyasaya sunulmamış olan, yani pazarda bulunmayan tasarımlar ve süresi dolan tasarımlar dikkate alınmayacaktır³¹⁷

Genel izlenimdeki belirgin farklılık değerlendirmesi bilgilenmiş kullanıcı gözüyle yapılmalıdır³¹⁸. Bilgilenmiş kullanıcı herhangi bir kullanıcı ya da uzman kişi değildir. O ürünü daha önce kullanmış, ürün hakkında bilgi ve deneyim sahibi olan kişidir. Burada amaç çok deneyimsiz herhangi bir kullanıcı ya da uzman bir kişi değil ortalama bilgi sahibi kullanıcının değerlendirme yapmasıdır. Diğer bir anlatımla, ayırt edicilik incelemesi yapılırken bilgilenmiş kullanıcının bu tasarımı diğerlerinden ayırt edip edemediğine teferruata inilerek bakılır.

Ayırt edici niteliğin tespitinde, tescile konu tasarım ile kıyaslanacak diğer tasarımlar, daha önce kullanıcılar tarafından bilinen, kamuya sunulmuş, piyasaya çıkarılmış tasarımlardır. Bu tasarımların kullanıcılar tarafından, yeni tasarımdan daha önce biliniyor olması yeterlidir, kıyaslama yapılacak eski tasarımın tescilli olması zorunluluğu yoktur³¹⁹.

Tasarım hukukunda ayırt edicilik incelemesi yapılırken göz önünde bulundurulacak bir diğer ilke, farklılıklardan çok ortak yönler ağırlık verilmesidir. Bu ilke ile daha çok ortak yönler inceleme konusu yapılacak ve bazı farklılıklar gözden kaçabilecektir. Bu bakımdan Tasarımların koruma şartlarını ağırlaştırılan bir ilkedir.

Kararnamede yer alan “...farklılıklardan çok ortak özelliklere ağırlık verilir...”(m.7/III) ifadesinden dolayı bilgilenmiş kullanıcı yalnız ortak yönleri değil, farklılıkları da göz önünde bulundurmalıdır.

³¹⁷ SULUK/ORHAN, s. 136.

³¹⁸ EndTasKHK m.7/I; Yönerge m.5. Bilgilenmiş kullanıcı gözü, aynı zamanda Kararnamenin 11 ve Yönergenin 9. Maddesinde düzenlenen, tasarım hakkının koruma kapsamını belirlerken de kullanılır.

³¹⁹ TEKİL, M., s. 233-251.

Yargıtay 11. HD, 30.09.2003 tarih ve E.2003/2394, K.2003/8611 sayılı kararında, farklılıktan çok ortak özelliklere ağırlık verilmesi kriterini dikkate almadan hazırlanan bilirkişi raporuna dayalı olarak verilen mahalli mahkeme kararını bozmuştur³²⁰. Yargıtay, 11 HD, 14.05.2001 tarih ve E.2001/2118, K.2001/4251 sayılı kararında, ortak özelliklere ağırlık verilmesi hükmünü dikkate almadığı izlenimini vermektedir³²¹.

YARGITAY, 11. HD. 02.04.2002 tarih ve 2002/167E., 2002/3007 no'lu kararında, "...tarafra aıt emtia üzerinde karşılaştırmalı inceleme yapılması ve davalıya aıt endüstriyel tasarımların yenilik ve ayırt edicilik unsuru olup olmadığı tespit edilerek oluşacak sonuca göre hüküm kurulması..." demek suretiyle, yenilik ve ayırt edici niteliğın tespitinde karşılaştırmalı inceleme yapılması gerektiğini vurgulamıştır³²².

Yargıtay 11. HD aynı yönde 22.01.2001 tarihli E.2000/9438, K.2001/348 sayılı kararıyla, yerel mahkemenin kararını onamıştır³²³. " Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından 4416 tescil numaralı tasarımların konu alan davacıya aıt ürünlerle, yine aynı şirketin 1995 kataloğunda yer alan ürünlerle karşılaştırıldığında sadece küçük ayrıntılarda farklılık olduğunun anlaşıldığı, motor gövdesinin oluklu yapısının aynı olduğunu, motor gövdesinin çapındaki ve klemens kutusunun yerindeki farklılıkların iki tasarım arasındaki ayrılığı ortadan kaldıracak ya da belirgin farklılık yaratacak nitelikte olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

³²⁰ **SULUK/ORHAN**, s. 145; Mahkeme kararında özetle; "Bir emdüstriyel tasarımın tescil edilebilmesi için 554 sayılı Kanun Hükümünde Kararname'nin 5 ve 7'inci maddelerinde öngörülen anlamda, o tasarımın yeni (özgün) ve dünyanın herhangi bir yerinde daha önce kamuya sunulmamış olması gerekir. Davaya konu tasarımların özgün olup olmadığı konusunda yaptırılan iki bilirkişi raporu arasında çelişkiler mevcuttur. 554 sayılı Kanun Hükümünde Kararname'nin 7/son maddesinde 'ayırt edicilik niteliğinin değerlendirmesinde, birbiri ile kıyaslanan tasarımların ilk olarak **farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilir** ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olduğu göz önüne alınır' hükmü yer almaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise, dava konusu tasarımlar ile emsal olarak sunulan **tasarımlar arasında ilk olarak benzerlikler yerine, farklılıklar dikkate alınarak inceleme yapıldığı anlaşılmaktadır**. Mahkemece, aralarında makine mühendisi de bulunan üç kişiden oluşan uzman heyetten 554 sayılı Kanun Hükümünde Kararname'nin 7/son maddesi hükmüne göre inceleme yapılarak, denetime elverişli rapor alınması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın davalılar yararına bozulması gerekmiştir."

³²¹ **SULUK/ORHAN**, s. 146.

³²² Meşe İçtihat Bilgi Bankası.

³²³ **SULUK/ORHAN**, s. 123.

Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi, 17.02.2005 tarih ve E.2003/318, K.2005/91³²⁴ sayılı kararında, yenilik ve ayırt edici nitelik kavramlarını açıklarken; "...b) Aynı olup olmadığının tespiti için yapılacak benzerlik testinde; aynı izlenimi uyandırma, aynı etkiyi yapma, karıştırılma tehlikesi veya olasılığı incelenemez. Bunlar ikinci aşamaya yani ayırt edicilik tahkikatına aittir. c) Yeniliği yoktur diyebilmek için, başvurusu yapılan tasarımın, önceden kamuya sunulan tasarım ile aynı olması şarttır. Tescili talep edilen tasarım sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteriyorsa aynı kabul edilecektir. Yeniliğin tanımı ne KHK'da ne de mehzaz Yönerge'de vardır. Yenilik önceki tasarıma göre belirlenecektir. d) Aynı kabul edilmeye engel olamayan küçük ayrıntılarda farklılık hakimnin takdirine göre belirlenecektir. Burada şu ölçü verilebilir. Fark, aynı olmayı ortadan kaldırmıyor, mevcut önceki tasarım görünümünü sürdürüyor, fark sadece mevcut görünüme, yani mevcut tasarıma ek, onda bir değişiklik, onda bir sapma niteliği taşıyorsa, yani farklılık o (mevcut tasarım) esas alınarak ondan hareketle yapılmışsa küçüktür. Bunun dışında kalan farklar ise büyüktür. e) Yenilik ne özgünlük, ne eşsizlik, ne estetiğe sahip bulunma, ne de estetiğin ve kalitenin basamağıdır. ...Benzerlik 'küçük ayrıntılarda farklılık gösterme seviyesine dahi ulaşamayacak' düzeyde ise, aynılık seviyesindedir. Zira aralarındaki fark; aynı olmayı ortadan kaldırmamakta, davacının sonraki tasarımında mevcut önceki tasarımın görünüşünü aynen sürdürmektedir. Fark, sadece önceki tarihli tasarımın mevcut görünümüne göre ondan ebat olarak bir sapma niteliğini taşımaktadır. Sonraki başvurunun konusu olan tasarımın, önceki esas alınarak, ondan hareketle yapıp-oluşturulduğu çok açık düzeydedir. ...Ayırt edicilik: ...c) Bilgilenmiş kullanıcı ise, tasarımı kullanarak bilgi sahibi olmuş, tasarımı tanıyan, deneyim sahibi kullanıcı demektir. Bilgilenmiş kullanıcı ara veya nihai tüketicidir. Ancak asla bir uzman değildir. Çoğu zaman davaya bakan hakim de bilgilenmiş kullanıcıdır...e) Seçenek özgürlüğü ibaresiyle kastedilen, tasarımcıya tasarımına ayırt edicilik vermesi için bir serbest hareket alanının bulunmasıdır. Bunun değerlendirilmesi nesnel olup, kişiden kişiye değişmez. Bu nesnel değerlendirmede tekdüze özellik ve nitelikler göz önünde tutulur. Bazı biçimler(=görünümler) nesnenin işlevine sıkı surette bağımlıdırlar. Böyle tasarımlarda tasarımcının hareket alanı pek dardır. Mesela, bir otomobilin, ütünün ve yargılamada olduğu gibi şişenin şekli gibi. Her otomobil, ütü ve şişe birbirine benzer

³²⁴ SULUK/ORHAN, s. 124.

ayırt edicilik için tasarımcının muhakkak nesnenin işlevine ters düşen tasarımlar geliştirmesi beklenemez. Dolayısıyla işlevin yerine getirilebilmesi için zorunlu olan alan dışında yapılabilecek olan tasarımların korunması mümkün olabilecektir. Seçenek özgürlüğünün hiç bulunmadığı hallerde ise tasarım zaten korunamaz.” İfadelerine yer vererek tasarımların ayırt ediciliğinin tespitinde uygulanacak yöntem açıklanmıştır.

Yargıtay ise, bir olayda, yenilik ve ayırt edici nitelik kavramlarının farklı olduğu, öncelikle yeniliğin belirlenmesi gerektiği; yeniliği bulunmayan bir tasarımın artık ayırt edici nitelikte olup olmadığının incelenmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Tasarımlarda ayırt edicilik incelemesi yapılırken göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise, tasarımın özgün bir tasarım olup olmadığıdır. Bir ürünün belli bir fonksiyonu yerine getirebilmesi için belli şekilde tasarlanması zorunlu ise o tasarım hiç koruma görmez(m.10). Böyle bir tasarımın korunması durumunda bir başkasının o tasarımı üretememesi sonucu tasarım hakkı sahibi tek el sahibi durumuna gelecektir. Tasarımlarda ayırt edicilik incelemesi yapılırken, tasarım, tasarımcının fikri çabası sonucu mu meydana gelmiş, yoksa teknik zorunluluktan dolayı mı o şekilde tasarlanmış olduğu göz önünde tutulmalıdır. Çünkü herkesin aynı şekilde tasarlamak zorunda olduğu bir üründe özgünlük söz konusu olamaz.

Yenilik ve ayırt edicilik incelemesinde tasarımın uygulandığı ürün ya da alan da dikkate alınmalıdır. Çünkü örneğin bir çanta tasarımı, bir terliğe uygulandığında yeni bir tasarım ortaya çıkabilir. Bu daha çok üç boyutlu tasarımlar için söz konusu olan bir durumdur. İki boyutlu tasarımlarda tasarımın başka ürüne uygulanması durumunda yeni bir tasarım ortaya çıkmaz.

Tasarımı farklılaştırabilmenin ölçüsü, tasarımcının, tasarımı geliştirirken ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olduğuna ve tasarıma getirilen bütünsel yaratıcı katkıya bağlıdır³²⁵. Diğer bir anlatımla, tasarımcı, ne kadar seçenek özgürlüğüne sahipse ve bütünsel yaratıcı katkıyı ne derece fazla ölçüde koyabiliyorsa, tasarımı o derece farklılaştırabilir. Belirgin farklılık yaratmak ise, ayırt edicilik sınırını aşabilmekle mümkündür. Bu sınır ise yine, seçenek özgürlüğü ve bütünsel yaratıcı

³²⁵ HASDOĞAN, s. 351.

katkı faktörlerinin etkisiyle belirlenir. Seçenek özgürlüğü yok denecek kadar az ise tasarımcının tasarıma verebileceği bir katkı da yoktur. Böyle tasarımlar, teknik fonksiyonun zorunlu sonucudur.

Tasarımın ayırt edici niteliğinin mevcut olup olmadığı, somut olayın özellikleri, ürünün hitap ettiği tüketici kitlesi vb. hususlar göz önünde tutularak tespit edilmelidir. Örneğin bir çikolata ambalajı ile bir diğer çikolata ambalajının ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadığı, ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olmamakla birlikte, karıştırılma ihtimaline sebebiyet verip vermediği hususlarının değerlendirilmesinde, söz konusu markaların hitap ettiği tüketici kitlesinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu tür ürünler genellikle çocuklar tarafından tüketildiğinden, ürün seçerken ürünün üzerinde yazan markadan ziyade ambalaj biçimine ve rengine göre hareket edildiği göz önünde tutulmalıdır. Bu tür ürünlerin ambalaj kompozisyonu ayırt edicilik bakımından büyük önem arz etmektedir³²⁶.

Bir tasarımın bir diğer tasarıma benzerliğinin karıştırılma ihtimaline sebebiyet verecek ölçüde var olduğu durumlarda, bu durumun marka hakkına tecavüze ve haksız rekabete sebebiyet verip vermediğidir. TPE nezdinde tescilli bir tasarımın iptaline karar verilmediği müddetçe, söz konusu tasarımın hukuki korumadan yararlanacağı kabul edilmelidir.

KHK'nın yürürlüğe girmesinin ardından açılan davaların çoğunlukla tasarım hakkına tecavüz davaları olduğu ve bunun tasarımda yenilik ve ayırt edicilik özelliklerinin tam anlaşılmasından kaynaklandığı söylenebilir³²⁷.

Yeni ve ayırt edici nitelikte olmadığı gerekçesiyle tasarımlar iptal edildiğinde ya da hükümsüz kılındığında iki ihtimal söz konusu olabilir. Birinci ihtimalde tasarım anonimdir, yani sahibi belli değildir. Bu ihtimalde tasarım korunmaz. İkinci ihtimalde tasarımın sahibi bellidir. Fakat ilgili tasarım başvuru tarihinden önce yenilik ve ayırt edici nitelik özelliklerini kaybetmiştir. Böyle bir durumda tasarımın sahibi belli olmasına ve özgün bir yapısı olmasına rağmen tasarım, zamanında tescil edilmediğinden EndTasKHK bağlamında korunmamaktadır. Böyle bir tasarımın haksız rekabet hükümlerine göre korunması yönünde bir atıfla hukukumuzda bu

³²⁶ **YASAMAN**, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III, İstanbul 2008, s. 411.

³²⁷ **HASDOĞAN**, s. 347.

sorun çözülmek istenmiştir. AB hukukunda kamuya sunmadan itibaren tescilsiz tasarımlara 3 yıl süreyle koruma sağlanmaktadır. Hukukumuzda ise EndTasKHK m. 1 de yapılan atıf ve Yargıtay kararları ile birlikte sorun içinden çıkılmaz bir hal almıştır³²⁸. Yargıtay'ın kararlarına göre tescilsiz tasarımlar, hiçbir süre sınırlamasına tabi olmaksızın haksız rekabet korumasından yararlanabilir. Oysa tescilli olsun veya olmasın bir tasarımın haksız rekabet hükümlerine göre korunabilmesi için şu üç şartın bir arada bulunması gerekir: Özgün tasarım, tasarımın gerçek sahibi, iltibas. Özetle, özgün bir tasarımın sahibinin de belli olduğu bir durumda iltibasın varlığı araştırılmalıdır. Eğer bir tasarım diğerine benzerliği nedeniyle, tüketicinin bir ürün yerine bir başka ürünü alma ihtimali bulunuyorsa, kısaca karıştırma ihtimali varsa haksız rekabetin varlığına, aksi durumda sadece taklit eyleminin varlığı durumunda haksız rekabet durumunun sözkonusu olmadığına hükmedilmelidir. Aksi takdirde tasarımlar için öngörülen koruma hükümleri anlamsızlaşacaktır.

6. TASARIMLARIN ULUSLARARASI KORUNMASI

Tasarımların uluslar arası düzeyde korunması, henüz istenen seviyede değildir. Burada Paris, Bern, La Haye, Locarno ve TRIPS Antlaşmalarının, tasarımlarla ilgili kuralları ana hatlarıyla ele alınacaktır.

6.1. Paris Antlaşması

1883 tarihli Paris Antlaşması³²⁹, sınai hakların korunması hususunda ilk uluslar arası düzenlemedir. 1883 yılında, Belçika, Brezilya, İspanya, Hollanda, Tunus, Fransa, İngiltere, İsviçre, İtalya, Portekiz tarafından imzalanan sözleşme, sınai haklara ilişkin düzenlemelerin temelini oluşturmakta, patentler, faydalı modeller, ticaret ve hizmet markaları³³⁰, ticaret unvanları, haksız rekabet, coğrafi ad ve işaretlere ilişkin hususlar düzenlenmektedir³³¹. Sözleşme, 1900 yılında Brüksel'de, 1911'de Washington'da, 1925'de La Haye'de, 1934'de Londra'da,

³²⁸ SULUK/ORHAN, s. 124.

³²⁹ Bkz. RG, 23.9.1994, S. 22060.

³³⁰ Hizmet markaları 1967'de kapsama alındı.

³³¹ Paris Sözleşmesi Stokholm Metni, m. 1/2.

1958’da ve son olarak 1967’de Stokholm’de değiştirilmiş, ülkemiz Stokholm metnini çekince koyarak kabul etmiş, 1994’de bu çekinceyi de kaldırmıştır³³².

Sözleşme, Lizbon’da Sözleşme üzerinde yapılan değişikliklerle, tasarımların korunmasının sınırları ve kapsamı netleştirilmiştir. Sözleşmede, rüçhan hakkı ve ulusal sınai haklarla eşit işleme tabi tutulma ilkeleri benimsenmiş, bu ilkelerin tüm taraf ülkelerde uygulanması, uluslar arası sergilerde belirli ürünlere geçici koruma sağlayan hükümlerden sınai tasarımların da yararlanması kararlaştırılmıştır³³³.

6.2. Bern Sözleşmesi

Almanya, Belçika, İspanya, Tunus, Fransa, Haiti, İngiltere, İsviçre, İtalya, Libya arasında 1886 yılında imzalanan Bern Sözleşmesi, fikir ürünü olan eserlerin korunma ilkelerini tespit eden ilk uluslar arası belge olma niteliği taşımaktadır³³⁴. 1948 yılında Brüksel’de yapılan değişikliklerle tatbiki sanat eserleri, endüstriyel desen ve modellerle ilgili koruma kapsamı ve şartlarının saptanması taraf ülke mevzuatına bırakılmış³³⁵, 1967 yılında Syockholm’de yapılan değişikliklerle de bu maddeye ek olarak koruma talep edilen ülkede endüstriyel desen ve modellerle ilgili özel bir kanun olmaması halinde, eserin artistik eser olarak korunacağı ifade edilmiştir³³⁶. 1948 yılında yapılan düzenlemede koruma süresinin koruma süresinin eser sahibinin hayatı boyunca ve ve ölümünden elli sene sonrasına kadar³³⁷ olduğu belirtilmiş, son yapılan değişikliklerle koruma süresinin eserin yaratılmasından itibaren en az 25 yıl olacağı hükmü getirilmiştir.

Ber Sözleşmesi, Paris Sözleşmesinden farklı olarak, estetik özelliği olan tasarımlarda koruma açısından asgari bir süreye yer vermiş, koruma talep edilen ülkenin bu konuda özel kanunu olmaması durumunda estetik özelliğe sahip bu gibi tasarımların artistik eser sayılacağını kabul etmiştir³³⁸.

³³² Paris Sözleşmesi Stokholm Metni, RG. 23.09.1994, S. 12206.

³³³ **ARIKAN, A. Saadet:** “Sınai Tasarımlar”, DPT 7. Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 94-107.

³³⁴ **TEKİNALP,** Fikri Mülkiyet, s. 67.

³³⁵ Bern Sözleşmesi m. 2/7. Bkz. **TEKİNALP,** Fikri Mülkiyet, s. 599.

³³⁶ **GÜNDOĞAN, B./KORKUT, F./ERBUĞ, Ç./HASDOĞAN, G./DERİCİOĞLU, K.:** “Endüstriyel Tasarımlar”, DPT, 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı, s. 176.

³³⁷ Bern Sözleşmesi 1948 metni, m. 7/1.

³³⁸ **SULUK,** Tasarım, s. 107.

6.3. La Haye Sözleşmesi

1925 yılında 25 ülke tarafından imzalanan La Haye Sözleşmesi, endüstriyel tasarım hakkının uluslar arası alanda tesciline ilişkindir. Tasarım hakkına birden çok ülkede koruma sağlanması amaçlanmış ve tasarım hakkı başvurusu, yayımlanması gibi şekil ve usul kuralları düzenlenmiştir³³⁹.

Sözleşme ile bürokratik işlemlerin en aza indirilmesi, tek bir bürodan ve tek bir ücret işlemlerin yürütülmesi amaçlanmaktadır. Ülkemiz La Haye Sözleşmesine taraf değildir.

6.4. Locarno Sözleşmesi

1971’de yürürlüğe giren Locarno Sözleşmesiyle, sınai tasarımların uluslar arası sınıflandırılması ve üye ülkeler arasında birlik sağlanması amaçlanmaktadır. Sözleşmenin ilk bölümünde tasarımlarla ilgili 32 sınıf ve 223 alt sınıf liste halinde gösterilmiş, ikinci bölümünde ise endüstriyel tasarıma konu olabilecek 6250 eşya alfabetik sıra halinde listelenmiştir. Sözleşmeye ülkemiz de taraftır.

6.5. TRIPs

Uluslar arası ticaretle ilgili bir kurallar bütünü olan GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), ticaretin gelişmesine paralel olarak pek çok kez değişikliğe uğramıştır. GATT’ın Uruguay’da gerçekleştirilen ve fikri ve sınai haklar konusunda da düzenlemeler getiren şekline “Ticaretle Bağlantılı Fikri ve Sınai Haklar” anlamına gelen TRIPs adı verilmiştir³⁴⁰.

Fikri ve sınai hakların korunmasına ilişkin mevcut çok taraflı uluslar arası sözleşmelere dayanan ve fikri ve sınai hakların korunmasına yönelik mevcut sistemleri birleştiren TRIPs’in en önemli özelliği, sınai tasarımlar ile ilgili koruma şartları, koruma süresi, tasarım hakkı sahibinin üçüncü kişilere karşı sahip olduğu yetkiler gibi esasa ilişkin düzenlemeler getirmesidir³⁴¹.

³³⁹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 600.

³⁴⁰ **RG**. 24.02.1995 (mükerrer).

³⁴¹ **SULUK**, Tasarım, s. 109.

SONUÇ

Ayırt edicilik, marka hukukunda hem zorunlu bir unsur ve hem de bir fonksiyondur. Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için o işarete aranacak ilk ve en önemli koşul, marka olabilme niteliği yani soyut ayırt edici güce sahip olmasıdır. Diğer koşullar ise, çizimle görüntülenebilir veya benzer şekilde ifade edilebilir olma ve somut ayırt edicilik niteliğine sahip olmadır. Soyut ayırt edici nitelik, bir işaretin, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etme kabiliyetine sahip olması demektir. Diğer bir anlatımla, bir işaret ancak akla gelebilecek hiçbir mal veya hizmet için ayırt edici niteliğe sahip değilse, bu işaretin soyut ayırt edici niteliğinin bulunmadığı kabul edilir. Markaya ayırt etme fonksiyonunu kazandıran, soyut ayırt edici niteliklidir.

Somut ayırt edici nitelikte marka olarak tescili talep edilen bir işaretin, tescil konusu mal veya hizmetler bakımından ayırt edicilik fonksiyonuna sahip olup olmadığı göz önüne alınır. Eğer bir işaretin tescili talep edilen mal ve hizmetler bakımından ayırt edici niteliği yoksa, bu mal veya hizmetlerin bir özelliğini veya kullanım amacını belirtiyor ya da mal veya hizmet hakkında bilgi veriyorsa, somut ayırt edici güce sahip değildir. Somut ayırt edici gücün yokluğu bir mutlak tescil engelidir. Yeni Markalar Kanunu Tasarısı'nın "Enstitüce Resen İncelenen Marka Başvurusu Ret Nedenleri" başlıklı 7. maddesinin 1/b bendinde "Ayırt edici niteliğe sahip olmayan markalar" ın tescil edilmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, somut ayırt edici güce sahip olmayan işaretler de marka olarak tescil edilemeyecek ve bu durum Enstitü tarafından resen göz önünde bulundurulacaktır.

Soyut ayırt edici nitelik bakımından, marka olarak tescil edilmesi söz konusu olan bir işaretin bütünlük arz edip etmemesi, diğer işaretlerle benzer olup olmaması da önemlidir. Soyut ayırt edici güce sahip olmayan bir işaret, hiçbir koşulda marka olarak tescil edilemeyecektir. Çünkü soyut ayırt edicilik işaretin kendisi ile ilgilidir. Bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etme kabiliyeti olmayan bir işaret, sonradan kullanım yoluyla dahi bu niteliği kazanamaz. Oysa somut ayırt edici niteliğe sahip olmayan bir işaret, kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanarak marka olarak tescil edilebilecektir.

Tasarım hukukumuzun da en önemli konularından biri, ayırt edici niteliklerdir. Hukukumuzda bir tasarımın hukuki himayeden yararlanabilmesi için yeni olmasının yanında ayırt edici nitelik sahibi olması gerekir (EndTasKHK m.7; Topluluk Yönergesi m.5). Bir tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim ile benzer tasarımın böyle bir kullanıcıda bıraktığı izlenim arasında, belirgin bir fark oluşuyorsa bu tasarım ayırt edici niteliğe sahiptir. Burada yapılan, tasarımın daha önce kamuya sunulmuş tasarımlarla kıyaslanmasıdır. Ayırt edicilik incelemesi bir anlamda farklılık testidir. Tasarım hukukundaki ayırt edici nitelik düzenlenirken marka hukukundaki ayırt edici nitelikten esinlenilmiştir. Ancak, marka hukukunda ayırt edici nitelikle mal veya hizmetlerin diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesi hedeflenirken tasarımda ayırt edici nitelikle birbirinden farklı olması hedeflenen tasarımın kendisidir. Diğer bir anlatımla, marka hukukunda ayırt edici nitelik ile, ürün ve hizmetlerin birbirinden ayırt edilmesi hedeflenirken tasarımda ayırt edicilikle birbirinden farklı olması hedeflenen tasarımın kendisidir.

Ayırt edici niteliğin tespitinde, tescile konu tasarım ile kıyaslanacak diğer tasarımlar, daha önce kullanıcılar tarafından bilinen, kamuya sunulmuş, piyasaya çıkarılmış tasarımlardır. Tasarım hukukunda ayırt edicilik incelemesi yapılırken göz önünde bulundurulacak bir diğer ilke, farklılıklardan çok ortak yönler ağırlık verilmesidir.

KAYNAKÇA

AKIN, İrfan: Adwords Reklam Sistemi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 9, C. 9, S. 2009/1, s. 33-54.

ARI, Zekeriyya: Coğrafi İşaretler Kavramı ve Coğrafi İşaretlerin Tescili, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002.

ARIKAN, A. Saadet: "Sinai Tasarımlar", DPT 7. Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 94-107.

ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, C. 1, Ankara, 1997 (Arkan, Marka C. I).

ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, C. 2, Ankara, 1998 (Arkan, Marka C. II).

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004 (Arkan, Ticari İşletme).

ARKAN, Sabih: İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas Tehlikesi, BATİDER, C. XX, S. 2, s. 5-11 (Arkan, İltibas Tehlikesi).

ARKAN, Sabih: Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması, Batider, C. XX, S. 1, s. 5-17 (Arkan, Yabancı Marka).

ARKAN, Sabih: Avrupa Topluluğu'nda Karşılaştırmalı Reklamlar, BATİDER, C.XXI, S.1, 2001, s. 21-43 (Arkan, Karşılaştırmalı Reklam).

ARKAN, Sabih: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 8/III Maddesi ile İlgili Bir İnceleme- HGK'nın 27.02.2002 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi-BATİDER, C.XXI, S.4, 2002, s. 101-108. (Arkan, 8/III)

ARSEVEN, Haydar: Nazari ve Tatbiki Alameyi Farika Hukuku, İstanbul, 1951.

BAŞTUĞ, İrfan/ERDEM, Ercüment: Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Ankara 1993.

BİLGE, Mehmet Emin: Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXIII, S.1, Haziran 2005, s. 125-149.

BİLGİLİ, Fatih: Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.

BİLGİN,Aslı:Endüstriyel Tasarım Hakkı ve Tazminat Davaları, İstanbul 2006.

BİLGİŞİN, Şevket M.: Ticaret Hukukunun Prensipleri, C. I, İstanbul 1950.

CAN, Ozan: Tasarım Hukukunda Hükümsüzlük, Ankara Barosu FMR, C.8, S.2, 2008, s.77-93.

CENGİZ, Dilek: Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Ankara 2004

ÇAĞLAR, Hayrettin: Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması, FMR 2007/2, s.11-55.

ÇAMLİBEL TAYLAN, Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.

CAMCI, Ömer: Marka Davaları, İstanbul 1999 (Camcı, Marka Davaları).

CAMCI, Ömer: Marka Patent Tasarım ve HAKSIZ Rekabet Davaları, İstanbul 1998 (Camcı, Haksız Rekabet).

DEMİRÇİVİ, Zeynep: Ticaret Unvanı ve Haksız Rekabete İlişkin Bir Yargıtay Kararının TTK ve TTK Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde MarKHK Hükümleri de Dikkate Alınarak İncelenmesi Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, İstanbul 2007, s. 13.

DİRİKKAN, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003.

DOĞAN, Beşir Fatih: Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, Ankara Barosu FMR, C.6, S.3, 2006, s. 17-41. (Doğan, Tescil Edilebilirlik Sorunu).

DOĞAN, Beşir Fatih: Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma, BATIDER 2007, C. XXIV, S.1, s. 219-238. (Doğan, Kazanma).

DOĞAN, Beşir Fatih: Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Gücün Kazanılma Anı, Ankara Barosu FMR, C.8, S.4, 2008, s. 11-22. (Doğan, Kazanılma Anı).

DOĞAN, Beşir Fatih: Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği – Alman Federal Mahkemesinin Lila Renk Markasına İlişkin Kararı-, Ankara Barosu FMR, C.5, S.2005/4, s. 37-64. (Doğan, Soyut Renk).

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan: Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.

DÖNMEZ, İrfan: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 1992.

EPÇELİ, Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006.

EROĞLU, Sevilay: Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD, C.5, S.I, 2003.

GÜNDOĞDU, Gökmen: Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, İstanbul 2006.

GÜNEŞ, İlhami: Yanlış ve Yanıltıcı Sloganların Marka Olarak Kullanımı, Reklamlarda Yer Alması ve Tescilleri, Ankara Barosu FMR, 2008/4, C.8, s. 79-89.

HASDOĞAN, Gülay: Türkiye’de Endüstriyel Tasarımların Korunmasında Uygulamaya Yönelik Sorunlar: Ayırt Edici Nitelik Değerlendirmesi İçin Kavramsal Bir Model Önerisi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 2/2005, Y.1, S.2, s. 341-353.

HİRSCH, Ernest: Ticaret Hukuku, İstanbul, 1948.

İNAL, Emrehan/ BAYSAL, Başak: Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2008.

KARAAHMET, Erdoğan/YALÇINER Uğur: Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, Ankara 1999.

KARAHAN, Sami: Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat, Konya, 1996, (Karahana, Yeni Marka Mevzuatı).

KARAHAN, Sami: Markanın Tescil ve Korunmasında Sınıfsal Sınırlar, FMHD 2005-2006 S.1, s. 13-24. (Karahana, Sınıfsal Sınırlar).

KARAHAN, Sami: Marka Şekilleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Karahana, Marka Şekilleri).

KARAHAN, Sami: Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002 (Karahana, Hükümsüzlük Davaları).

KARAHAN, Sami: Gerçek Kişi Ünvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi –Karar Tahlili-, BATİDER, C. XXI, S. 1, 2001, s. 271-285. (Karahana, Kişi Ünvanları).

KARAHAN, Sami/ SULUK, Cahit/ SARAÇ, Tahir: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007.

KARAHAN, Sami: “Süper Lüks”, “Süper 1”, “Ekstra” ve “Lüks 1” İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün Müdür?, Ankara Barosu FMR, Y.1, C.1, S.3, s. 29-42.

KARASU, Rauf: Ses Markaları, FMR, 2007/2, C.7 s. 30-57 (Ses Markası)

KARASU, Rauf: Üç boyutlu biçim ve Hareket Markaları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXIV, S. 3, 2008, s. 331-354. (Karahana, Üç Boyutlu Marka).

KAYA, Aslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006.

KAYA, Arslan: Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri, Prof. Dr.Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağarı, İstanbul 2002, s. 459.

KEYDER, BROWN, Virginia: Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği, İstanbul 1996.

KIRCA, İsmail: Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağarı, C. I, İstanbul 2002, s. 527-544.

KÜÇÜKALİ, Canan, Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2009.

KÜÇÜKERMEN, Önder: Endüstri Tasarımı – Endüstri İçin Ürün Tasarımında Yaratıcılık, İstanbul 1996.

KORKUT, Ömer: Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu, BATİDER, C. XXIV, S.2, Y. 2007, s. 502-519.

NOMER, Füsün: Tanınmış Marka: Prof. Dr. Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağani, İstanbul, 1999. s. 485-506.

NOYAN, Erdal: Marka Hukuku, Ankara, 2006.

OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2002.

OKUTAN-NİLSSON, Gül: Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?- Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı,- Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 23, S. 1-2, 2003, s. 579-598.

OMAĞ, Merih Kemal: Marka Hukuku ve Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması, HA 1991, C.XI.

ORHAN, Ali: Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Markalar, İstanbul 2007.

OYTAÇ, Kutlu: Markalar Hukuku, Ankara 2002 (Oytaç, Marka).

OYTAÇ, Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, 2. Bası. 2002 (Oytaç, Karşılaştırmalı Marka).

OYTAÇ, Kutlu: Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri ile Birlikte Ele Alınması, Ankara Barosu FMR, C.3, S.2003/2, s. 57-67. (Oytaç, Endüstriyel Tasarım).

ÖZDAL, Şule: Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul 2005.

ÖZDİLEK, Yurdaer: Markanın Kullanımla Ayırt Edici Nitelik Kazanması-Onbirinci Hukuk Dairesinin Konuya İlişkin İki Yeni Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, İstanbul 2007, s. 1155-1162.

ÖZSUNAY, Ergun: Türk Hukukunda Takma Adın Korunması, Prof. Dr. Selahattin Sulhi TEKİNAY'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 479-482. (Özsunay, Takma Ad).

ÖZSUNAY, Ergun, 551 Sayılı Markalar Kanunu Döneminde Markalara İlişkin Bazı Önemli Sorunlar ve Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları-3, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları Semineri, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No. 39, İstanbul-1995 (Avrupa Birliği'ne Uyum).

ÖZSAÇMACI, Bülent: Marka Çağrışımları ve Tüketiciler Üzerine Bir Araştırma, Gazi Üniv. Sos. Bil. Ens. Tez- Ankara 2007.

ÖZTEK, Selçuk: İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markalar Hukukunun Çözümlememiş Bazı Sorunları, Hukuk Araştırmaları, 1991, C.6, S.1-3, s. 20 vd.

ÖZTÜRK, Özge: Koku Markası, Ankara Barosu FMR, Y.7, C.7, S.2, s. 59-66.

ÖZYILMAZ, Mehtap, “Reklam Sloganlarının Popüler Kültüre Etkilerinin Medyaya Yansıması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2000, s.54.

POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004.

SAĞLAM, Adil Mehmet, Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı (Açıklamalar- Kararlar), Ankara 1973.

SERT, Selin: Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2007.

SULUK, Cahit: Tasarım Hukuku, Ankara 2003 (Suluk, Tasarım).

SULUK, Cahit: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tescilli Tasarımların Koruma Şartları, Ankara Barosu FMR, C.1. S.2001/2, s. 23-57. (Suluk, Koruma Şartları).

SULUK, Cahit/ ORHAN, Ali: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C.III Tasarımlar, Ankara 2008.

ŞANAL, Osman: Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara 2004.

ŞENOCAK, Kemal: Marka Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2005 (Şenocak, Marka).

ŞENOCAK, Kemal: Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal ve Hizmetlere İlişkin Korunması, BATİDER, C.XXV, S.2, s.134-179. (Şenocak, 556 sayılı KHK m. 8/IV).

ŞENOCAK, Kemal: Soyut Renk Markaları, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 55-125. (Şenocak, Soyut Renk).

TEKİL, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997.

TEKİL, Müge, 554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları, İHFMM, C.IV, S.4, 1997, Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL'a Armağan Sayısı.

TEKİNALP, nal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 3. Bası, 2004 (Tekinalp, Fikri Mülkiyet).

TEKİNALP, nal: Markanın çnc Kişisi Tarafından Kullanılması, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 633-644. (Tekinalp, çnc Kişisi).

TEOMAN, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I Kitap 8, İstanbul 1998.

UZUNALLI, Sevilay: Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2008.

YALÇINER, Uğur, Türkiye’de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK’nın getirdikleri, Marka Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları, İTO, İstanbul 1995.

YASAMAN, Hamdi: Hizmet Markaları, Batider 1975, C.VIII, S.1, s. 73-93. (Yasaman, Hizmet Markası).

YASAMAN, Hamdi: Tanınmış Markalar, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, (Yasaman, Tanınmış Marka).

YASAMAN, Hamdi: Tanınmış Markalar, Marka Hukuku ile İlgili Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, İstanbul 2003 (Yasaman, Tanınmış Markalar, Hukuki Mütalaalar).

YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku, C.I, İstanbul 2005 (Yasaman, Marka I).

YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku, C. II, İstanbul 2005 (Yasaman, Marka II).

YASAMAN, Hamdi: Tanınmış Markaların Tespiti, İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklarda Güncel Sorunlar Sempozyumunda Verilen Tebliğ, Nisan 2007 (Yasaman, Tanınmış Markanın Tespiti).

YILMAZ, Alper Çağrı: “Türk Marka Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri”(Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2008.

YILMAZ, A. Lerzan: Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul, 2008 (Yılmaz,Marka Olabilecek İşaretler).

YILMAZ, A. Lerzan: Duygu Sömürüsü Yapan Reklamlar ve Alman Federal Mahkeme Kararları, LEGAL Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y. 1:3. S. 11, s. 615-626.

www.turkpatent.gov.tr

www.kazanci.com.tr

ÖZGEÇMİŞ

ŞERİFE ŞAHİN

01.01.1983 yılında Kahramanmaraş'ın Afşin ilçesinin Bakraç Kasabasında doğdu. Babasının öğretmenlik mesleğinden dolayı ilköğretimi farklı okullarda tamamladı. Liseyi Üsküdar Validebağ Anadolu Sağlık Meslek Lisesinde okul 3'üncüsü olarak bitirdi.

2001 yılında Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesini burslu kazandı. 1. Sınıfı 91 ortalama ile birincilikle tamamladıktan sonra yatay geçişle Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesine geçti. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi ikinci sınıfta eğitimime devam ettiğim sırada Ankara Yüksek İhtisas Hastanesi'nde hemşire olarak göreve başladı.

2005 yılında Hukuk Fakültesinden mezun olmasının ardından 2006 yılında stajını tamamlayarak Yüksek İhtisas Sağlık İşletmesinin yeni kurulmakta olan Hukuk Müşavirliği'nde Müşavir Avukat olarak göreve başladı.

Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı'nda Hukuk İşleri Şube Müdürü olarak 2 yıl görev yapan ŞAHİN halen Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği'nde Avukat olarak görevini sürdürmektedir. Evli ve bir çocuk annesidir.