

SOYUT RENK, SES VE ÜÇ BOYUTLU İŞARETLERİN MARKA OLARAK TESCİLİ

*Yrd.Doç.Dr. Sevilay EROĞLU**

GİRİŞ

Marka, tescil edildiği mal veya hizmete ilişkin olarak işletmenin ürününün kalitesi, fiyatı gibi çeşitli çağrışımlar yaratan önemli bir araçtır. Bunun sonucu, özellikle yoğun mal ve hizmet arzının söz konusu olduğu pazarlarda, yeni mal ve hizmetlerin¹ müşteriler tarafından tanınmasında, markanın öneminin artmasıdır². Bu nedenle, pazara yeni giren rakipler için daima daha dikkat çekici, ilginç ve akılda kalan markalar yaratmak adeta zorunluluk haline gelmiştir. Bu amaçla özellikle, soyut renklerin, seslerin ve üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescili önem kazanmıştır. Bu durum, soyut renklerin, seslerin ve üç boyutlu işaretlerin de 556 sayılı MarkKHK'ya göre³ marka olarak tescil edilip edilemeyeceği veya hangi koşullarda tescil edilebileceklerinin incelenmesini gerektirmektedir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ MarkKHK'nın sistemine göre, her tür ekonomik faaliyet için marka başvurusu yapılabilir (Bkz. **Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian**: Markengesetz-Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, München 1998, § 3 Rdn.16).

² Marka sayesinde tüketici kısa sürede malı tanıyarak, ürüne ilişkin bir çok bilgiyi hatırlayabilecektir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde, markalar, okuma-yazma bilmeyen kişilere de hitap edebildiği için önem taşırlar (**Kleiner, Christoph**: Warenzeichenrecht für Entwicklungsländer, München 1985, s.80).

³ AET-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 6.3.1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararı'nın 29. maddesi gereğince taraflar, fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının uyumlu ve etkin korunması amacıyla yasaların uyumlulaştırılmasını kabul etmişlerdir. Bu amaçla, 551 sayılı MarkK.'nu cezai hükümleri hariç olmak üzere yürürlükten kaldıran 24.6.1995 tarihli Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK (RG, 27.6.1995, S.22326) çıkarılmış, 3.11.1995 tarih 4128 sayılı K.'un (RG, 7.11.1995, S.22456) 5. maddesi ile Mark. tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

Fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının AB'de geçerli olan koruma düzeyine denk bir biçimde korunabilmesi için, 556 sayılı MarkKHK hükümlerinin yorumlanmasında, 89/104 sayılı AB Direktifi⁴ ve 40/94 sayılı AB Tüzüğü⁵ hükümlerinin ve bunlarla ilgili olarak, AB Adalet Divanı'nın Roma Antlaşması m.234 (eski m.177) çerçevesinde verdiği kararların gözönünde bulundurulması gerekir⁶. Bu nedenle konunun incelenmesinde AB'nin 89/104 sayılı Direktifi ve 40/94 sayılı Tüzük hükümleri ile AB Adalet Divanı kararları incelenmiş, ayrıca çeşitli hukuk sistemlerindeki gelişmelere de değinilmiştir.

Özellikle son birkaç yılda Alman Federal Mahkemesi (BGH) ile AB Adalet Divanı (EuGH)'nın soyut renk, ses ve üç boyutlu markalara ilişkin kararlarındaki yoğunluk dikkat çekicidir. Bu nedenlerle çalışmamız, soyut renk, ses ve üç boyutlu markalar ile sınırlanmıştır.

I. MARKANIN İÇERECEĞİ İŞARETLERİN ÖZELLİKLERİ

MarkKHK m.5/I'e göre, marka, bir işletmenin⁷ mal veya hizmetlerini bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları⁸ gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade

⁴ 21.12.1988 tarih ve 89/104 sayılı Markalar Hakkında Üye Devletlerin Hukuk Kurallarının Uyumlaştırılmasına İlişkin İlk Konsey Direktifi (ABl. EG, 11.12.1989, Nr.L.40, s.1 vd.).

⁵ Topluluk Markası Hakkında 20.12.1993 tarih ve 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü (ABl. EG, 14.1.1994, Nr.L 11, s.1 vd.). Daha sonra Tüzük'de bazı değişiklikler yapılmıştır. 22.12.1994 tarih ve 3288/94 sayılı, Uruguay Round Çerçevesinde Akdedilen Anlaşmaların Tahvilini İçin Topluluk Markaları Hakkında 40/94 Sayılı Tüzüğün Değiştirilmesi Hakkında Tüzük (ABl. EG, 31.12.1994, Nr.L 349, s.83, 84).

⁶ Bu konuda bkz. **Arkan, Sabih**: Marka Hukuku, C.I Ankara 1997, s.23; **Arkan, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, 6.B., Ankara 2001, s.255; **Dirikkan, Hanife**: "Tescilli Markayı Kullanma Külfeti", Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.220 vd.; **Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi**: Ticari İşletme Hukuku, 8.B., İstanbul 1998, s.265 vd.

⁷ MarkKHK'da işletme değil, teşebbüs sözcüğü kullanılmıştır.

⁸ KHK'nın metninde "malların biçimi veya ambalajlarının" ibaresi yer almaktadır. Bu ibare metne 4128 sayılı K.'un 5. maddesiyle sonradan eklenmiştir. Burada "malların biçimi veya ambalajları"ndan söz edilmesi daha doğru olurdu (**Arkan**, Marka s.35).

edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir⁹.

Buna göre, marka olabilecek işaretin şu koşullara sahip olması gerekmektedir:

A. İŞARETİN KÖKENİ AYIRT ETME İŞLEVİ

Marka olarak seçilen işaretin, bir işletmenin mal veya hizmetlerini bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması gerekir¹⁰.

⁹ 40/94 sayılı AB Tüzüğü m.4'e göre de, kişi isimleri dahil, özellikle sözcükler, şekiller, tasarımlar, harfler, sayılar, mal biçimleri veya ambalajı biçimleri olmak üzere, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun iseler, çizimle ifade edilmeye elverişli her türlü işaret birlik markası olabilir.

89/104 sayılı AB Direktifi m.2'ye göre, çizimsel olarak ifade edilebilen tüm işaretler, özellikle kişi adları dahil olmak üzere kelimeler, tasarımlar, harfler, sayılar, mal biçimleri veya ambalajı, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun iseler marka olabilirler.

¹⁰ 89/104 sayılı AB Direktifinde yapılan düzenleme ile, marka hakkının tescili için tescil ettirenin bir işletmeye sahip olması zorunluluğunun bulunmaması, işletmeden ayrı olarak devrinin mümkün bulunması, Topluluk çapında marka hakkının tükenmesi ilkesi ve benzer olmayan mal ve hizmetler için de koruma sağlanması nedeniyle, markanın köken işlevinin artık hukuken korunmadığı ileri sürülmüştür (**Tilmann, Winfried**: "Das neue Markenrecht und die Herkunftsfunktion", ZHR 158 (1994), s.376 vd.; **Ingerl/Rohnke**, Einl. Rdn.34. Markanın diğer işlevleri ve bu işlevlerin hukuken korunması sorunu için ayrıca bkz. **Arkan**, Marka, s.38 vd.; **Camcı, Ömer**: Marka Davaları, İstanbul 1999, s.18).

Fezer'e göre de, markanın ürünleri işletmesel kökenlerine göre ayırt etmeye uygun olması gerekli değildir; markanın işlevi artık mal ve hizmeti diğerlerinden ayırt etmektir (**Fezer, Karl-Heinz**: Markenrecht, 2.Aufl., München 1999, § 3, Rdn.204; **Fezer, Karl-Heinz**: "Die Markenfähigkeit nach § 3 MarkenG", Festschrift für Henning Piper, München 1996, s.535; **Fezer, Karl-Heinz**: "Grundprinzipien und Entwicklungslinien im europäischen und internationalen Markenrecht", WRP 1/98, s.12; aynı yönde, **Arkan**, Marka, s.2, 38; **Tekinalp, Ünal**: Fikri Mülkiyet Hukuku, 2.B., İstanbul 2002, s.322, ayrıca bkz. s.314).

Oysa "ürünü teşhis etme" kavramının ön plana çıkarılması halinde, bu daha ziyade ürünün pazarlamaya ilişkin başarısı açısından öneme sahip olacaktır. MarkKHK m.5/1'in koşulu, işletmenin ürünlerini diğer işletmelerin ürünlerinden ayırt etmektir. Bu koruma koşulu, marka hakkının işlevinin ne olduğu konusunda en önemli kriteri göstermektedir (Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Sambuc, Thomas**: "Was soll das Markenrecht? -Ein Beitrag zur Funktionenlehre", WRP 9/2000, s.989).

89/104 sayılı AB Direktifinin 10 no'lu gerekçesine göre de, tescilli marka yoluyla sağlanan korumanın amacı, özellikle markanın köken işlevinin garanti edilmesidir (Erwägungsgrund

Ayırt etme işlevinin araştırılmasında, endüstriyel tasarım ile fikir ve sanat eserleri hukukunda yararlanılan kriterlere başvurmak, özellikle “hususiyet” ve “orijinallik” aramak gerekli değildir. Markanın orjinal nitelikte olması, olsa olsa onun ayırt etmeye uygun olduğunu gösteren belirti olabilir¹¹.

İşaretin malın hitap ettiği çevrede ayırt etme işlevine sahip olması gerekir. Hitap edilen çevre, malın üretim ve satışıyla uğraşan şahıslar olduğu gibi, tüketiciler de olabilir. İşaretin ayırt edici olup olmaması konusunda, tescil başvurusunda bulunanın istek veya düşüncelerinin önemi yoktur.

İşaretin, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını tespit etmek için esas alınacak ölçüt, hitap edilen çevrenin dikkate değer bölümüdür. Diğer bir deyişle, hitap edilen çevrenin dikkate değer bir bölümü tarafından işaretin

10 der Richtlinie; Erwägungsgrund 7 der Verordnung (EG) Nr.40/94 des Rates von 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke-GMV, GRUR Int.1994, s.402.

AB Adalet Divanı'na göre de, markanın temel işlevi alıcıya, mal veya hizmeti iltibas tehlikesi olmaksızın farklı kökene sahip mal veya hizmetlerden ayırt etmeyi mümkün kılmak suretiyle, markayla donatılan mal veya hizmetin kökenine ilişkin kimliğini garanti etmektir. Markanın, rekabet hukuku sisteminin önemli parçası olarak görevini yerine getirebilmesi için, nitelediği tüm mal veya hizmetlerin kalitesinden sorumlu tutulabilen aynı işletmenin kontrolü altında üretilmiş veya kullanılmış olduğunu garanti etmesi gerekir (**EuGH-Koninklijke Philips/Remington**, GRUR Int.2002, s.845).

İsviçre'de de markanın eski kanun zamanında kabul edilen köken ayırt etme işlevinin yeni Markalar Kanunu'nda da devam ettiği kabul edilmiştir. Bkz. **Gürzumar, Osman Berat**: “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler”, YD 1994, C.20, S.4, s.502 ve 503).

Belirtilmelidir ki, markanın işletmeyle olan sıkı bağlantısının ortadan kalkması ile işletmesel kökeni ayırt etme işlevi kaldırılmış değildir. Tescil ettiren işletmeyi devretmiş olsa da, bu işletmenin çevre tarafından tanınmışlığından bağımsız olarak marka, yine mal veya hizmetleri işletmesel kökene göre ayırt etmeye hizmet eder. Tükenme ilkesinin bulunmasının ve işletme ile bağlantılı zorunluluğunun ortadan kaldırılmasının amacı, köken işlevinden vazgeçilmesi değil, rekabet hukuku olgularının marka hukukuna dahil edilmesidir. Tükenme ilkesi ile markanın niteliğine ilişkin bir düzenleme yapılmamakta, sadece malların serbest dolaşımı amaçlanmaktadır. Bu nedenle, ayırt etme işlevi ile kastedilen “köken ayırt etme” işlevidir (**von Gamm, Otto-Friedrich**: “Schwerpunkte des neuen Markenrechts -Referat anlässlich der GRUR-Jahrestagung am 3.6.1994-” GRUR 1994 s.777, 778; **Çamlıbel Taylan**'a göre de, markanın kaynak gösterme işlevi anlamını yitirdiği takdirde, ayırt edici işlevi de ortadan kalkar, **Çamlıbel Taylan, Esin**: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s.35).

¹¹ **Böhmman, Dirk**: “Ein Kessel Bunes-Anmerkungen zur Schutzfähigkeit der Farbmarke”, GRUR 2002, s.660, dpn.36; Buna ilişkin olarak ayrıca bkz. **BGH-Likörflasche**, GRUR 2001, s.56.

ayırt etme gücüne sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir¹². Hitap edilen çevrenin “dikkate değer kısmının” tespitinde sadece sayı değil, başka kriterler de esas alınmalıdır. Örneğin ilaç sektöründe, tüketici kitlesine oranla eczacı ve doktor sayısı azdır ve bu sayının dikkate alınması gerekir. Zira ilaç için satın alma kararında bu çevre etkili olmakta ve ilacı tanıtmaktadırlar^{13 14}.

B. İŞARETİN MALDAN BAĞIMSIZ OLMASI

İşaret, maldan ayırt edilebilmeli ve malın zorunlu bir parçası olmamalıdır. Mal üzerindeki işaret, malın işlevsel olarak zorunlu bir parçasını oluşturursa, bu işaret marka olamaz. Bu koşul, malın ayırt etme işlevinin zorunlu bir sonucudur. Marka, nitelediği malla özdeş olamaz¹⁵, ancak işaretin maldan bağımsızlığı, malın parçası olmasını engellemez. Burada önemli olan, işaretin maldan nesnel olarak değil, işlevsel olarak bağımsız olmasıdır¹⁶. Örneğin ayakkabının tabanına yapıştırılan marka mala nesnel olarak bağlıdır; ancak maldan işlevsel olarak bağımsızdır. İşaretin işlevsel olarak maldan bağımsız olması zorunluluğu nedeniyle, örneğin parfüm için kokunun marka olarak seçilemeyeceği ileri sürülmektedir¹⁷. Oysa çok özel bir parfüm kokusunun da o parfüm için marka olarak tescili mümkün olabilmelidir. Burada parfümün kokusu her ne kadar ürünün işlevi ise de, kokunun özgün

¹² Hitap edilen çevrenin “dikkate değer kısmının” hangi oranda olması gerektiği hususunda kesin bir rakam verilemez. (Ingerl/Rohnke, § 8 Rdn.25).

¹³ Beyerle, Peter: Unterscheidungskraft und Freihaltebedürfnis im deutschen Warenzeichenrecht, Köln- Berlin- Bonn- München 1988, s.31 vd; ayrıca Ingerl/Rohnke, § 8 Rdn.25, 26, 27.

¹⁴ İşaretin ayırt edici niteliğe sahip olmaması, MarkKHK m.7/I bend (a)’da mutlak tescil engeli olarak düzenlendiğinden, başvuruya konu olan somut mal veya hizmetlere ilişkin olarak ayrıntılı inceleme için bkz. IV, A

¹⁵ Fezer, Markenrecht, § 3 Rdn.211; Fezer, Festschrift, s.531; Marbach, Eugen: Die eintragungsfähige Marke, Bern 1984, s.29,30; Sambuc, GRUR 1997, s.406; BGH-Farbmarke gelb/schwarz, WRP, 4/99, s.431.

¹⁶ Fezer, Markenrecht, § 3, Rdn.213; Fezer, Festschrift, s.531; Fezer, Karl-Heinz: “Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken -Marken-Orchideen als innovative Wirtschaftsgüter”, WRP 6/99, s.578; Ingerl/Rohnke, § 3 Rdn.6

¹⁷ Camcı, s.13.

niteliği nedeniyle ürünün işlevini aşan şekilde ayırt edici niteliğe ulaştığı düşünülmelidir¹⁸.

Ayrıca işaretin mal ile bağlantısının türü ve biçiminin önemi yoktur¹⁹. Marka nesnel olarak maldan ayrılabilir olmasa da, fikirsel olarak maldan ayrılabilir olmalıdır²⁰.

Buna karşılık, ses markalarında, işaretin maldan bağımsızlığı koşulu önemli olmayacaktır. Çünkü ses markaları çoğunlukla akustik içeriğe sahip ürünler için kullanılmaktadır. Böyle ürünlerde, ürünün belirli bir akustik kısmı niteliği bakımından zorunlu olarak içermesi gerektiği düşünülemez²¹. Tam saatinde başlayan bir haber yayınının akustik olarak zamanı bildiren işaretinin, ses markası olarak korunmak istenmesi halinde bile, bu işaretin malın işlevsel olarak zorunlu kısmı olduğu söylenemeyecektir. Zira bu işaret yerine sıradan bir anons da kullanılabilir²². Akustik içeriğe sahip olmayan ürünlerde ise ses markasının ürünün bir parçası olması mümkün değildir.

Soyut renk markalarında da rengin maldan bağımsız olması gerekir. Bu, rengin ayırt etmeye uygun olması için zorunlu bir koşuldur²³. Örneğin malın doğal rengi ayırt edici niteliğe sahip olmadığı için, ürünün doğal rengi marka olarak seçilememelidir²⁴.

Üç boyutlu marka biçimleri için, markanın maldan bağımsızlığı ilkesi, 556 sayılı MarkKHK m.7/I bend (e) hükmünden anlaşılmaktadır. Bu hüküm gereğince, üç boyutlu işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için, malın

¹⁸ **Çamlıbel Taylan**'a göre de, koku, ses ve tadın marka olarak tescili pek çok işletme bakımından hayati değer taşımaktadır. McDonalds köftesinin ve ekmeğinin tadı, Coca-Cola'nın lezzeti, dünyaca ünlü parfümlerin kokusu, başlı başına bir ekonomik değere sahiptir (s.34).

¹⁹ **Marbach**, s.31.

²⁰ **Fezer**, Festschrift, s.532; **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.6

²¹ **Becker, Roman A.**: "Kennzeichenschutz der Hörmarke", WRP 1/2000, s.62.

²² **Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn.213

²³ **Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn.267a; ayrıca bkz. **BGH Farbmarke gelb/schwarz**, GRUR 1999, s.492.

²⁴ **Beyerle**, malın tamamının ya da bir kısmının renklendirilmesinin, markanın mal karşısında işlevsel olarak bağımsız olması gerektiği gerekçesiyle WZG anlamında marka olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir (s.46).

özgün doğal yapısından kaynaklanan veya teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan ya da mala asli değerini veren bir şekle sahip olmaması gerekir²⁵.

C. İŞARETİN BÜTÜNLÜK GÖSTERMESİ

İşaret, mümkün olduğu kadar bir bakışta veya bir duyumda kavranabilir olmalıdır. Bu nedenle işaretin içerdiği unsurların bütün olarak algılanabilir olması gerekir²⁶. Görsel veya sessel özellikler, ancak müşterinin bir süre düşünmesiyle bir bütüne ait olarak anlaşılırsa, işaretin ayırt etme yeteneğinden de söz edilemeyecektir. Buna karşı, kutu veya şişelerin üzerinde sıklıkla görüldüğü gibi, işaretin tüm ürünün etrafını kaplaması durumunda bütünlüğü kaybolmaz²⁷.

Markanın ayırt etme gücü, markanın bütün unsurlarının genel etkisine dayanmalıdır²⁸. Tescil başvurusunda, TPE işareti bütünü itibarıyla inceler. İşaretin bir unsuru hakim durumdaysa, bu unsur incelenecektir. Ancak birden fazla unsurdan oluşan bir işaretin bütün unsurları tescil edilebilir nitelikte olmasa da, işaretin bütünü itibarıyla tescil edilebilir bir nitelik göstermesi mümkündür^{29 30}. Markanın bütünlüğünün belirlenmesinde biçimsel olarak

²⁵ Fezer, Festschrift, s.531; Ingerl/Rohnke, § 3 Rdn.6; ayrıca bkz. **BGH- Rado-Uhr** (EuGH'nin ön kararına dayalı karar), WRP 3/2001, s.271. Burada işaret ve işaretin konusu arasında fikri ve kavramsal ayırım yapmak oldukça zordur. Gerçekten ürünün kimliğini belirleyen özelliklerini, korumanın konusu olmayan ürünün kendisinden ayırt etmek güçtür. Bu nedenle marka ve mal arasında ayırt etme kriterini köken işlevi yerine getirecektir. Ürünün niteliğinin marka korumasının konusu olamaması, sadece markanın maldan bağımsızlığı koşulundan değil, ürün için koruma sağlayan patent, endüstriyel tasarım gibi özel koruma haklarının koşullarından da kaynaklanır (**Sambuc**, WRP 9/2000, s.990).

²⁶ Fezer, Markenrecht, § 3 Rdn.216; Fezer, Festschrift, s.533; **Marbach**, s.31; **Ingerl/Rohnke**'ye göre ise, işaretin marka olabilmesi için bu koşul gerekli değildir. Yazara göre, birden fazla unsurdan oluşan işaretin geçerli olması zaten doğaldır. Mesele sadece hitap edilen çevrenin, işareti belirli bir işletmeye ait mal veya hizmetlerin kökenini belirtmek için uygun sayıp saymamasına bağlıdır. Bu nedenle artık yasa tarafından öngörülme bir kriterle dayanarak bir sınırlama yapmak ne zorunlu ve ne de geçerlidir (§ 3, Rdn.7). Kanımızca bu koşul, işletmesel kökenlerine göre mal veya hizmetleri ayırt etme işlevine sahip olması gereken markanın niteliğinden çıkmaktadır. İşaretin bütünlük göstermemesi halinde, ayırt etme işlevini yerine getirebileceğinden söz etmek olanaksızdır.

²⁷ Fezer, Markenrecht, § 3 Rdn.216

²⁸ **EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.437.

²⁹ **Beyerle**, s.3, 4; **Fezer**, Festschrift, s.530.

sınırlanmış olmasından ziyade, içeriğin anlam bakımından bütün oluşturmasına dikkat edilmelidir³¹.

Marka olarak tescil edilebilme, ayırt etme gücünü şart koştuğu için, ses markalarında da, ses akustik algılama nedeniyle tüketicide birbirine bağlı unsurlar olarak etki yapmalıdır. Örneğin, ses markasında yer alan kesintiler, birbirinden bağımsız unsurların söz konusu olduğu izlenimini yaratmakta ise, işaretin bütünlüğünden söz edilemez. Ses markasının akustik olarak farklı özellikleri içermesi halinde, bunların mevcut farklılıklara rağmen bütün olarak etki yapıp yapmadığı dikkate alınmalıdır³². Bu nedenle ses markasının uzunluğu da markanın bütünlüğünün belirlenmesi için önemli bir özelliktir. Burada belirleyici olarak, hitap edilen çevre açısından, ses markasının hatırda kalabilme özelliği dikkate alınmalıdır³³. Ses markasının bir dakikanın üzerinde olması halinde, bu işarete bütünlüğün mevcut olup olmadığı konusunda karar vermek güçleşir. Bu sürenin üst sınır olarak görülmesinin gerekip gerekmediği hususunda, işaretin amacına, müziğin basit, bütün, açık ve akılda kalıcı olup olmadığına, bazı kısımların tekrarlanıp tekrarlanmadığına bakılması gerekir³⁴. Örneğin bir roman sözcük markası olamayacağı gibi, bir opera da ses markası olamaz. Bununla birlikte, belirli bir ürün için bestelenerek pazarlama ve reklam stratejisine dahil edilmiş bir şarkının, ses markası olarak tescili de mümkün olabilmelidir³⁵.

³⁰ Esas unsur-tamamlayıcı unsur ayırımına ve buna ilişkin kıstaslara KHK'da yer verilmemiştir. Oysa mülga 551 sayılı MarkK m.6 bu hususu düzenlemiş ve "esas unsur"u markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur olarak tanımlarken (m.6/II); esas unsura bağlı ve onunla ilişki halinde bulunan ve esas unsurla birlikte tescil ettirilen unsurları da tamamlayıcı unsur olarak isimlendirmişti (m.6/III).

Doktrinde, MarkKHK'da konunun düzenlenmemiş olması nedeniyle 551 sayılı MarkK. ile kabul edilen esas unsur-tamamlayıcı unsur kriterlerinden yararlanmaya devam edilebileceği belirtilmiştir (**Karahan, Sami**:Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, s.17).

³¹ **Marbach**, s.33.

³² **Becker**, s.62.

³³ Alman Patent Dairesi'ne göre, otuz saniyelik süreyi aşmayan ses markaları, markanın bütünlüğü bakımından yeterli görülmemekte, ancak münferit durumda daha uzun sürelerle izin verilmektedir (Bkz. **Becker**, s.63; Alman Richtlinie Anmeldungen 4,c, (3)).

³⁴ **Becker**, s.63.

³⁵ **Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn.272

D. İŞARETİN ÇİZİMLE GÖRÜNTÜLENEBİLMESİ VEYA BENZER BİÇİMDE İFADE EDİLEBİLMESİ

MarkKHK m.5/I'e göre işaret, çizimle görüntülenebilmeli veya benzer bir biçimde ifade edilebilmeli, baskı yoluyla yayınlanabilmeli ve çoğaltılabilmelidir.

İşaretin, MarkKHK m.5/I'deki, "çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilmeli" koşulunu³⁶ yerine getirmesi, tescil edilebilmesi için zorunludur (MarkKHK m.7/I bend a). Hatta bu koşulu yerine getirmeyen bir işaretin MarkKHK m.7/II gereğince kullanma nedeniyle ayırt edici nitelik kazanması halinde de tescili mümkün değildir. Zira bu hükümde, kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazandıkları için tescil edilebilecek işaretler bend (a) için değil, sadece (b), (c) ve (d) bendleri için kabul edilmiştir. Böylece işaretin MarkKHK m.5/I'deki bu koşulu taşımaması, marka tescilinin reddi için mutlak nedenler arasında sayılmış ve böyle bir işaretin kullanma yoluyla ayırt edici nitelik kazanmasına rağmen, tesciline izin verilmemiştir. MarkKHK m.5/I'deki bu koşulun amacı, tescil yoluyla markanın biçiminin tam olarak tespiti ve ortaya çıkacak ihtilaflarda bu biçimin belirleyici olmasıdır³⁷.

Bu koşulun yerine getirilmesi için işaretin, teknik yardım aracı olmaksızın, doğrudan doğruya algılanabilir olması gerekmez³⁸; aksine onun harfler, matematiksel işlevler, kimyasal formüller ve nota yazılarıyla ifade edilebilmesi veya üç boyutlu işaretin çizimle görüntülenebilmesi yeterlidir³⁹.

³⁶ Bu koşul, 89/104 sayılı AB Direktifi m.2 ve 40/94 sayılı AB Tüzüğü m.4'den daha geniş bir ifade taşımaktadır. Zira bu iki metinde sadece çizim ile ifade edilebilme koşulu aranmaktadır.

³⁷ **Ströbele, Paul**: "Die Eintragungsfähigkeit neuer Markenformen", GRUR 1999, s.1041; **Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.12; **HABM-Orange**, GRUR Int.1998, s.613.

³⁸ **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.8

³⁹ TRIPS m.15(1) son cümlede, üyelerin tescil işleminin bir şartı olarak, işaretlerin görsel olarak algılanabilir özellikte olmasını talep edebilecekleri öngörülerek, çizimsel ifade koşulu ihtiyari nitelikte düzenlenmiştir. 89/104 sayılı AB Direktifi m.2'de ve 40/94 sayılı AB Tüzüğü m.4'de çizimsel ifade edilebilirlik koşulu zorunlu tutulmuştur (Bkz. **EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.435).

Bu nedenle MarkKHK m.5/I'de yer alan "benzer biçimde ifade edilebilme" ibaresini, görsel algılama koşulundan vazgeçildiği şeklinde değil, işaretin dolaylı olarak, örneğin formülle ya da nota ile ifadesi şeklinde anlamak gerekir. Nitekim, **Arkan** da ses veya melodinin notaya dökülmüş şeklinin, üç boyutlu işaretin iki boyutlu resminin "çizimle

Ancak işaretin söze dayalı tasvirine en son çare olarak ve tereddüde yer vermeyecek şekilde onun belirlenmesine olanak sağlaması halinde izni verilmelidir⁴⁰.

Böylece MarkKHK m.5/I'deki "benzer biçimde ifade edilebilme" koşulunu, şeklin sözlü ifadesi veya koku şeklinde hazırlanmış olması değil, dolaylı olarak çizimle görüntülenebilme şeklinde anlamak gerekir. Örneğin ses markasında sesin nota veya sonogram ile ifade edilmesi gerekir; sadece banda kaydedilmesi yeterli değildir.

II. BİÇİME GÖRE YENİ MARKA TÜRLERİ

Yukarıda belirtilen koşulları yerine getirmek şartıyla, kişi adları dahil sözcükler, şekiller, harfler, sayılar marka olabileceği gibi, metinde anılmamış

görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme" kapsamında yer aldığı ifade ederek, bu koşulun esas itibarıyla sicil hukukuyla ilgili olduğunu ve marka örneklerinin sicil dairesine verilmesini sağlamaya yönelik bulunduğunu belirtmiştir (Marka, s.37).

Tekinalp ise, "benzer şekilde ifade edilebilme" koşulunu, bu sayede sesle açıklanabilen bir işaretin de tescil edilebileceğini belirterek, görsel algılama koşulundan vazgeçilmesi olarak değerlendirmektedir (Fikri Mülkiyet, s.310).

Camci'ya göre ise, markanın çizimsel ifadesi, duyu ve koku alma olanaklarımızla kolayca ve açık bir şekilde algılanabilen, duyu algılama araçlarına hasredilebilir (s.7).

Kanımızca, çizimsel ifade edilebilirliğin, işaretin kendisinin çizimle görüntülenmesi gerektiği anlamına gelmediği, sadece iki boyutlu olarak açık bir biçimde, örneğin formülle ya da nota ile dolaylı olarak ifadesinin zorunlu olduğu anlamına geldiği kabul edilmelidir. Böylece bütün marka biçimlerine marka koruması sağlama amacı ile marka sicilinde işaretin açık olarak tespit edilmesindeki menfaat arasındaki çelişki ortadan kalkacaktır. Bu nedenle TPE, tescil başvurusunda bulunan yararına hoşgörülü olmalı ve dolaylı çizimsel ifadelerle de, yeterince açıklığa sahip olmaları halinde izin vermelidir (Bkz. aynı yönde **Fezer**, Markenrecht, § 8 Rdn.14; **Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.12).

⁴⁰ **Kur**, işaretin tasvir edilmesinin, sicil hukuku için amaçlanan açık ve güvenilir bilgi sağlama durumunu yaratmayacağı için, bunun çizimsel ifade için yeterli olmadığını, bu nedenle işaret tasvirlerinin çizimsel ifade ile özdeşleştirilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Hatta yazara göre, nota yazısı veya sonogram ile çizimsel ifadeden de markanın niteliği doğrudan doğruya ve istenebilir mükemmellikte çıkarılamayacaktır (MarkenR 1/2000, s.2, 3).

AB Marka Ofisi ise, "The smell of fresch cut grass" kararı ile tenis topu için yeni kesilmiş çim kokusunun sadece tarifini, karakteristik bir kokunun söz konusu olması nedeniyle yeterli saymıştır (Karar için bkz. GRUR 2000, s.366; GRUR 2001, s.373).

olmasına rağmen üç boyutlu şekiller, renkler, hatta koku⁴¹ veya tat yoluyla algılanabilen kimyasal veya biyolojik işaretler marka olarak tescil edilebilir. Böylece düşünülebilir tüm marka biçimleri için sınırsız yeni olanaklar açılmıştır^{42 43}.

Gerçekten, ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmek uygun olur. Bu konuda sınırlayıcı bir yaklaşım, MarkKHK m.4 nedeniyle anlam taşımayacaktır. Bu hüküm uyarınca, TC kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin MarkKHK hükümlerinden daha elverişli olması halinde, markanın tescili hususunda başvuruda bulunmaya yetkili kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep hakkına sahiptirler. Bu nedenle, ülkemizde koku ya da ses markalarının tescil edilemeyecekleri kabul edilecek olsa dahi,

⁴¹ Koku da MarkKHK m.5/I anlamında marka olarak seçilebilecek işaretlerdendir. Örneğin ses plakları veya disketler, yün, telefon kartı, mektup kağıdı, ayakkabı bağı, tuvalet kağıdı veya cep mendilleri için koku marka olarak seçilebilir (**Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn.282; **Fezer**, WRP 6/99, s.577; **Arkan**, Marka, s.41; **Arkan**, İşletme, s.259; **Poroy/Yasaman**, s.270).

Böylece bir koku da bir sözcük veya resim gibi, pazar rekabetinde mal veya hizmetler için ayırt edici işaret olarak kullanılabilir. Buna karşı **Johannes** kokunun marka olarak seçilmesine ihtiyatla yaklaşmakta, koku markalarındaki kimyasal formülün yerine, tat markalarında ayrıntılı bir reçete sunularak çizimsel ifade koşulunun yerine getirilebileceğini, koku markalarının marka olarak kabulünün, zorunlu olarak tat markalarının da marka olarak kabulü ile sonuçlanacağını belirtmektedir (**Johannes, Hartmut**: Welche Zeichen können Marken nach der Richtlinie 89/104 in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU sein?, MarkenR 2/2001, s.48).

⁴² **EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.432; **BGH- Farbmarke gelb-schwarz**, GRUR 1999, s.492; **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.8; **Fezer**, WRP 1/98, s.13; **Fezer**, WRP 6/99, s.575 vd.; **Sambuc**, GRUR 1997, s.403; **Bauer, Robert**: “Die Ware als Marke-Gedanken zur BGH-Entscheidung ‘Füllkörper’ ”, GRUR 1996, s.320; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.310; **Tekinalp, Ünal**: “Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s.470; **Arkan**, Marka, s.38; **Arkan**, İşletme, s.259; **Poroy/Yasaman**, s.270; **Aslan, İ.Yılmaz/Şenyüz, Doğan/Ergün, Mevci**: İşletme Hukuku, Bursa 2002, s.283; **Çamlıbel Taylan**, s.31; **Oytaç, Kutlu**: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Endüstriyel Tasarımlar İçerikli, 2.B. 2002, s.20.

⁴³ TRIPS m.15(1) c.2’de marka olarak tescil edilebilecek işaretler sayılırken, üç boyutlu biçimler ve soyut renkler sayılmamıştır. Ancak bu sayım örnekleyicidir. Burada belirleyici olan, TRIPS m.15(1) c.1 anlamında, işaretin bir işletmenin mal ve hizmetlerini, diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye uygun olmasıdır (Bkz. **Kur, Annette**: “TRIPS und das Markenrecht”, GRUR Int. 1994, s.991).

örneğin Almanya’da tescil olunabilen bir koku ya da ses markasının sahibi, Paris Konvansiyonu m.6 (4.mükerrer) hükmüne dayanarak, bu markanın Türkiye’de de tescilini isteyebilecektir. Bundan sonra, MarkKHK m.3 kapsamındaki bir kişinin de, MarkKHK m.4’e dayanarak kendi koku ya da ses markasının Türkiye’de de tescilini talep etmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle, Türkiye’nin markalar konusunda benimsenen çağdaş yaklaşımlardan uzak kalması düşünülemez⁴⁴.

A. RENK MARKALARI

1. Renk Markası Türleri

MarkKHK m.5/I’in işaret türlerini sınırlayıcı olarak saymaması nedeniyle renklerin de⁴⁵ bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun olmaları şartıyla marka olarak tescil edilebileceği sonucuna varmak mümkündür.

Renk markaları⁴⁶ iki şekilde ortaya çıkabilir⁴⁷:

⁴⁴ **Arkan**, Marka s.42, 43; ayrıca bkz. **Yasaman, Hamdi**: “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 1/2002 İstanbul, s.300.

⁴⁵ 89/104 sayılı AB Direktifi m.2 ve 40/94 sayılı AB Tüzüğü m.4’de de renkten söz edilmemekle birlikte, hükümlerin örnekleme sayımı nedeniyle soyut renkleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Grabruker, Marianne**: “Neue Markenformen”, MarkenR 3/2001, s.100; **Grabruker, Marianne**: “Der Schutzgegenstand der Farbmarke”, GRUR 1999, s.851 vd.; **Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn.267 b; **Völker, Stefan/Semmler, Jörg**: Markenschutz für Farben und Farbkombinationen, GRUR 1998, s.95; **Ströbele**, GRUR 1999, s.1045.

§ 3 (1) MarkenG (25.10.1994 tarihli “Markaların ve Diğer Tanıtıcı İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun” Almanya), marka olabilecek işaret türlerini daha ayrıntılı olarak saymıştır. Buna göre, renk ve renk kombinasyonları dahil olmak üzere ambalaj-larının da marka olarak korunabileceği düzenlenmiştir. § 3’ün gerekçesine göre de, bu ayrıntılı sayımın nedeni, marka olabilecek işaretlerin açıklanması amacına yöneliktir (Regierungsbegründung zum Markenrechtsreformgesetz, BT-Drucksache 12/6581, s.65).

⁴⁶ Renk adları ise, sözcük markaları grubuna dahil edilmelidir (**Beyerle**, s.47; **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.32). Ancak Almanya’da WZG’nin yürürlüğü sırasında renk adları, tasviri işaretler olarak değerlendirilmekte ve marka olarak tescil edilememekteydi (Bkz. **Beyerle**, s.47).

⁴⁷ **Grabruker, Marianne**: “Neue Markenformen”, MarkenR 3/2001, s.100; **Grabruker, Marianne**: “Der Schutzgegenstand der Farbmarke”, GRUR 1999, s.851 vd.; **Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn.267 b; **Völker, Stefan/Semmler, Jörg**: Markenschutz für Farben

- Renk, bir şekil veya üç boyutlu bir biçimin parçasını oluşturabilir. Örneğin belirli bir renk tonundaki üç boyutlu bir yıldız. Buna göre, renkli şekil markaları yanında, mal paketleri veya malların kendisinin kareli, çizgili gibi renklerden oluşması mümkündür.

- Belirli bir konuya bağlanan, ama hangi çerçevede kullanılacağı belirsiz olan bir renk veya renk kombinasyonu da soyut olarak marka korumasının konusunu oluşturabilir. Burada renk, ya ürün paketlerinde veya işletmenin tesis veya araçlarında fon rengi olarak ortaya çıkmakta ve ürün ya da hizmetlerin işletmeye aidiyetini vurgulamaktadır⁴⁸. Bu şekilde işaret soyut, tek renk olarak veya ebru deseni gibi çeşitli desenler verilerek birden fazla renk halinde kullanılabilir. Belli bir renk veya renk kombinasyonu, farklı objelerin rengi olarak görülebileceği gibi, harfler veya sayıların rengi olarak da kullanılabilir⁴⁹.

Belirli biçime bağlı renk markalarının tescil edilebileceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamakla birlikte, renklerin belirli bir biçime bağlı olmadan, diğer bir deyişle soyut rengin marka olarak tescili tartışmalı olduğu için, aşağıda soyut renk markası incelenmiştir.

2. Soyut Renk Markası

Renk veya renk kombinasyonunun hangi çerçevede kullanılacağı belirtilmeden, soyut olarak tescil edilip edilmeyeceği veya hangi koşullar altında sicile tescil edilebileceği, Alman Hukuk doktrini ve uygulamasında yoğun olarak tartışılmış, bu konu AB Adalet Divanı'nın kararlarına da konu olmuştur⁵⁰.

und Farbkombinationen, s.95; **Ströbele**, GRUR 1999, s.1045; **Caldarola, Maria Cristina**: "Markenrechtlicher Farbenschutz in den USA -Welche Richtungsänderung bringt die Qualitex-Entscheidung?" GRUR Int.2002, s.112.

⁴⁸ **Völker/Semmler**, s.95; **Grabrucker**, GRUR 1999, s.851, 852 vd.

⁴⁹ **Caldarola, Maria Cristina**: "Probleme beim Benutzungszwang von abstrakten Farbmarken", GRUR 2002, s.940. Ayrıca yazar, soyut renk markasını sürekli farklı biçimde kullanma zorunluluğu nedeniyle (bkz. aşağıda d.pn.121) bu marka türünün işletmeye ekonomik yük getirmekle birlikte, sürekli yenilik getiren ve yeni eğilimlere uygun bir tasarım yaratmaya olanak sağladığını vurgulamıştır (GRUR 2002, s.941).

⁵⁰ **von Schultz, Detlef**: "Die Farbmarke: ein Sündenfall?" GRUR 1997, s.714; **Völker/Semmler**, GRUR 1998, s.93; **EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.432.

Önce soyut renk markasının MarkKHK m.5/I'deki koşulları yerine getirip getirmediği incelenmelidir.

MarkKHK m.5/I'in marka olabilecek işaret türlerini örnekleyici olarak sayması nedeniyle, bu düzenlemenin, ayırt edici nitelikte olması ve çizimle görüntülenebilmesi veya diğer şekilde ifade edilebilmesi koşullarını sağlayan her işaret için marka korumasını sağlamayı amaçladığı düşünülebilir⁵¹.

MarkKHK m.5/I'in kaynağı niteliğindeki 89/104 sayılı AB Direktifi m.2'de de renk ve renk kombinasyonlarından söz edilmemesine rağmen, AB Komisyonu ve AB Konseyi müşterek bir açıklamada Direktif m.2'nin renk veya renk kombinasyonunun marka olarak tescil edilmesi olanağını ortadan kaldırmadığını tesbit etmişlerdir⁵².

Bu değerlendirme, soyut renklerin marka olarak korunması sorunu ile ilgili görülmelidir. Zira somut bir biçime bağlı olan renk işaretleri zaten tüm üye devletlerde işaret olarak marka korumasından yararlanabilmekteydiler.

Alman WZG'de de belirli biçimlere bağlı olarak renklerin marka olarak korunması olanağı vardı. Alman Hukukunda soyut renklerin marka olarak tescil edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışma, WZG'nin yürürlüğü sırasında da yapılmıştı. **Beyerle**, WZG'nin yürürlüğü sırasında, soyut renk ve renk kombinasyonlarının yüzeysel olarak sınırlanmamış olmaları ve renklerin genel kullanıma açık olması, diğer bir deyişle tekel altına alınmalarını gerektirdiği için, marka olamayacaklarını belirtmiştir (s.46).

Bu nedenle Alman Hukuk doktrininde § 3 (1) MarkenG.'de renk ve renk kombinasyonlarının açık olarak sayılması, soyut renklerin marka olabileceğine artık yasakoyucunun izin verdiği şeklinde yorumlanmıştır (Bkz.**Völker/Semmler**, s.96).

Türk Hukukunda 551 sayılı MarkK. m.4/c'ye göre, sırf muayyen bir renkten oluşan işaretlerin marka olarak tescili mümkün değildir. Ancak, özel bir şekil verilen renkler bunun dışında tutulmaktaydı. Bu türlü renklerin ancak belirli bir biçimde marka olarak tescil edilmelerinde kanuni bir engel yoktu (MarkK. m.4/II). MarkK. dönemine ilişkin tartışmalar için bkz. **Öçal, Akar**: "Marka Hukukunda Rengin Önemi", ABD, 1968, C.XXV, s.416 ve 417.

⁵¹ Aynı yönde, **Völker/Semmler**, s.96.

⁵² Gemeinsame Erklärungen des Rates und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Protokoll des Rates vom 21.12.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, Ziff.2.a, ABl.HABM 1996, s.606. Ancak bu açıklama soyut renk veya renk kombinasyonunun tescil edilebileceğini prensip olarak kabul etmekle birlikte, Konsey ve Komisyonun açıklamalarının hak veya yükümlülük yaratan nitelikte olmadığı ve Adalet Divanı tarafından yapılan yorumlarda bağlayıcı olmayacağı, Direktif protokolunda, Konsey ve Komisyon'un müşterek açıklamalarının giriş kısmında belirtilmiştir (Bu konuda bkz. **EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.435).

89/104 sayılı AB Direktifinin amacı, markaların iktisabı ve korunması bakımından benzer koşulları yaratmak için, üye devletlerdeki marka yasalarının uyumlulaştırılmasıdır⁵³. Bu nedenle, MarkKHK m.5/I'in yorumunda, birçok üye devlette soyut renk ve renk kombinasyonlarının ayırt edici işaret olarak kullanılmasında yerleşmiş bir uygulamanın bulunduğu hususu dikkate alınmalıdır. Ayrıca 89/104 sayılı Direktifin uyarlanmasıyla birlikte birçok üye devlette⁵⁴ soyut renk koruması için olanak yaratılmıştır^{55 56}.

Alman Federal Mahkemesi, “**gelb/schwarz**” kararında, ilk kez olarak soyut renklerin ve renk kombinasyonlarının prensip olarak marka olabileceğine karar vermiş⁵⁷, bu görüşünü “**magenta/grau**”⁵⁸, “**magenta**” ve “**schwarz/zink-gelb**” kararları⁵⁹ ile “**gelb/schwarz**”⁶⁰ ve “**violettfarben**”⁶¹ kararlarında sürdürmüştür.

⁵³ 89/104 sayılı AB Direktifinin 1 ve 7 no'lu gerekçeleri

⁵⁴ Örneğin Fransa ve İtalya Marka Yasalarında açıkça soyut renk ve renk tonlarının kombinasyonlarına marka olarak izin verilmektedir. Diğer taraftan İngiliz Marka Yasasında da soyut renk ve renk kombinasyonlarının marka olarak tescili açık olarak önlenmemiştir. Ancak Danimarka, İsveç ve Norveç Marka Yasalarında, soyut renklerin marka olarak tescili kabul edilmemektedir. (Bkz. **Völker/Semmler**, s.97). İspanya Marka Yasası m.1 ve 11 ile Portekiz Marka Yasası m.166'da da soyut, belirli bir şekle bağlanmamış renklerin marka olarak tescil edilemeyecekleri öngörülmüştür (Bkz. **Johannes**, s.47).

⁵⁵ WTO çerçevesinde fikri hakların korunmasına ilişkin bağlayıcı TRIPS anlaşması m.15/I de üye devletlere, renk kombinasyonları için marka korumasını verme yükümlülüğünü öngörmektedir. Bu hükümdeki “renk kombinasyonları” kavramı “soyut renk kombinasyonu” olarak anlaşılabilir. Ancak hükümden soyut renk markalarının tescil sırasında yeterli açıklıkta somutlaştırılması koşulu olmaksızın tescil edilmesi gerektiği sonucu da çıkarılamaz (**EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.435).

⁵⁶ ABD Marka Hukuku'nda, renklerin tükenmesi ve renk tonlarının karışıklığa yol açmasından hareket edilerek, soyut renklerin marka olarak korunması için, mutlak bir yasak söz konusu olduğu sonucuna varılmıştır. ABD'de, şekle bağlı renk markasının tescili için de, işaretin çizimsel olarak ifade edilebilir olması, çevrede kendisini kabul ettirmiş olması ve markanın şekillendirme unsurlarının teknik veya estetik olarak işlevsel olmaması koşulları aranmaktadır (**Caldarola**, GRUR Int. 2002, s.113 vd.).

⁵⁷ **BGH-Farbmarke gelb/schwarz**, GRUR 1999, s.491; WRP, 4/99, s.431.

⁵⁸ WRP, 7-8/99, s.853 vd.

⁵⁹ Bu iki karar için bkz. **Ströbele**, GRUR 1999, s.1046.

⁶⁰ GRUR 1999, s.491; WRP, 4/99, s.430 vd.

⁶¹ GRUR 2001, s.1154.

AB Marka Ofisi, soyut renklerin marka olarak seçilebileceği görüşünden hareket etmektedir⁶².

Alman Hukuk Doktrini de hakim şekilde soyut renklerin marka olabileceğini kabul etmiştir⁶³.

Türk Hukuk Doktrininde, **Tekinalp**, bir şekilde somutlaşmamış rengin de bir mal veya hizmette özdeşleşmesi veya onu çağırıştırır hale gelmesi halinde, ayırt edici nitelik kazandığı için marka olarak tescil edilebileceği görüşündedir⁶⁴.

Arkan'a göre ise, sırf muayyen bir renk, ayırım gücüne sahip olmadığından marka olarak tescil edilemez⁶⁵.

Çamlıbel Taylan da tek veya birden çok rengin ayırt edici özelliğe sahip olacak şekilde özel bir biçim oluşturması halinde marka olarak tescilinin mümkün olması gerektiğini ve tek bir rengin veya basit bir renk kombinasyonunun marka olarak tescil talebinin kabulünün oldukça zor olduğunu belirtmiştir⁶⁶.

⁶² **HABM-Orange**, GRUR Int.1998, s. 612; **HABM-Light Green**, GRUR Int.1999, s.544 vd.; **HABM-Schwarz-Grün-Schwarz**, GRUR Int.2000,s.556; **HABM-Aral-Blau-Weiss**, GRUR Int.2001, s.70.

⁶³ **Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn.267, § 4 Rdn.191; **Ingerl/Rohnke**,§ 3 Rdn.32, § 8 Rdn.48; **von Schultz**, GRUR 1997, s.714 vd.; **Völker/Semmler**, GRUR 1998, s.93 vd.; **Völker, Stefan/Schuster, Silke**: "Gemeinschaftsmarken und absolute Eintragungshindernisse -Die Praxis des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt zu Art.7 GMV im Vergleich zur deutschen Praxis" (Teil 2), MarkenR 1/2000, s.14; **Berlit**, Rdn.7,87; **Schmieder**, NJW 1997, s.2910; **Bauer**, GRUR 1996, s.320; **von Gamm**, GRUR 1994, s.779; **Grabrucker**, GRUR 1999, s.851 vd.

Buna karşı aksi görüşü kabul eden **Schrader**'e göre ise, insan gözü çok sınırlı sayıda rengi ayırt edebileceğinden, soyut renklerin marka olarak tescil edilememesi gerekir; yazara göre renkler ancak bir şekle bağlı olarak marka korumasından yararlanabilirler (s.81). Benzer şekilde **von Bechtolsheim/Gantenberg** de, soyut renk markalarının tescilinin, bu yolla eski tekeli ve diğer büyük işletmelerin küçük işletmeleri pazar dışına itmeleri, pazara hakim olmaları ve rekabeti sınırlamaları için araç haline geleceğini, soyut renk markalarının kabulü için anlaşılır bir zorunluluğun bulunmadığını ileri sürmüşlerdir (**von Bechtolsheim, Sebastian/Gantenberg, Philipp**: "Die konturlose Farbmarke", GRUR 2001, s.707).

⁶⁴ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.313.

⁶⁵ **Arkan**, Marka, s.73.

⁶⁶ **Çamlıbel Taylan**, s.33.

Karahan, münferit renklerin marka olarak tescil edilemeyecekleri, renklerin ancak, özel bir kompozisyon veya kombinasyon oluşturmaları veya başka sözcük, şekil veya işaretlerle birlikte bulunmaları halinde marka olarak tescil edilebilecekleri düşüncesindedir⁶⁷.

Yargıtay da, renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılamayacağı görüşündedir⁶⁸.

Soyut renk markalarının tescili talebinin son yıllarda artması ve hatta yoğun olarak mahkeme kararlarına konu olması nedeniyle, işletmelerin işletme donanımları ve ürünlerinde kullandıkları renkleri veya renk kombinasyonlarını marka olarak korumaları bakımından ekonomik bir ihtiyaç

⁶⁷ **Karahan**, Hükümsüzlük, s.28 ve 29.

⁶⁸ Yargıtay 11.HD'nin 28.10.1997 tarihli, 1997/8257 E. ve 1997/7514 K. sayılı kararına konu olan olayda, davacı, 1962 yılından beri sıvılaştırılmış petrol gazı ve dağıtım faaliyetlerini sürdüren müvekkilinin yıllardır gümüş rengi tüpler içinde pazarlama yaptığını, 10.7.1989 tarihinde de "gümüş rengi" ibaresini marka olarak tescil ettirdiğini, davalı ise, 20 yıldan beri tüplerinde kahverengi rengini kullanmakta iken, son zamanlarda "gümüş aliminyum" rengini kullanmaya başladığını, hatta tüp ağzındaki siboplar yönünden de benzerlik sağladığını iddia etmiştir.

Bu nedenle davacı vekili, davalının kullandığı tüpler ile iltibas yarattığını ileri sürerek, davalının markasındaki "aliminyum beyaz renk" ibaresinin çıkarılarak terkinini, haksız rekabetin men'ine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilin markasının tescilli olduğunu, renklerin tekel altına alınamayacağını, iltibasa neden olacak bir durum bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkeme, gerek 551 sayılı MarK m.4 ve gerekse 556 sayılı MakKHK m.5 uyarınca renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılamayacağını, ülkemizde aynı alanda faaliyet gösteren firmalardan büyük çoğunluğunun "metalik gümüş", "gri renk" sözcüklerini tescil ettirdiklerini, doğadaki sınırlı renklerden biri hakkında tekel hakkı tanınmasının mümkün olmayacağını, ürünlerin satışa arz ediliş biçimi, hitap ettiği tüketici kesim dikkate alındığında tüketicinin yanılmayacağını, sonucu itibariyle iltibas ve haksız rekabet bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, bu karar Yargıtay'ca onanmıştır (Karar için bkz. FMR C.I S.2001/4, s.210 vd.; aynı yönde karar için bkz. Yarg.11.HD., 7.10.1997 T., 1997/3559 E.,1997/5453 K., FMR C.I, S.2001/4, s.212. vd.).

Belirtmeliyiz ki, somut olayda tüpler marketten gelişigüzel seçilen ürünler olmadığından, tüketicilerin bunları rengi nedeniyle karıştırmaları ihtimali bulunmamaktadır. Bu nedenle, Yargıtay'ın somut olaya ilişkin verdiği kararın yerinde olduğu düşünülebilir. Ancak buradan MarkKHK m.5/I uyarınca renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılamayacağı görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira ana renkler sınırlı sayıda olmakla birlikte, renk tonları sonsuz sayıdadır. Ayrıca sonsuz sayıdaki kelimeler marka hakkı ile tekel altına alındığı gibi, soyut renkler de tekel altına alınabilir.

oluşturduğu sonucuna varmak mümkündür. Ayrıca renklerin marka olarak korunmasının, belirli bir yararlanma biçimine bağlanması, korumaya ihtiyaç gösteren mal ve tanıtım araçlarının sürekli artan sayısına bağlı olarak işletmeye özgü renklerin korunması gerekliliği karşısında, küçük işletmeler için önemli ölçüde zorluklar ortaya çıkacaktır⁶⁹. Boyalı sıvılar, macunlar, eklenen renk partikelleriyle ayırt edici nitelik kazandırılan tane veya toz biçimindeki maddeler için soyut renk markalarından yararlanmak mümkün olduğu gibi⁷⁰, internet ortamında grafiksel değişim olanağı nedeniyle de, soyut renk markalarından yararlanmak mümkün olacak, neon ışıkları yoluyla sürekli değişen renkler dahi soyut renk markası olarak tescil edilebilecektir⁷¹.

Sonuç olarak, soyut renk markalarının da MarkKHK m.5/I'deki işaret türlerine dahil olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, MarkKHK m.5/I'in rengi somut bir şekle bağlı olarak değil, bizzat ürüne kimlik sağlayan ayırt edici, bağımsız bir işaret olarak da koruduğu sonucuna varılabilir⁷². Ancak hemen belirtelim ki, sorunun mutlak tescil engelleri ve bu tür işaretlerin tescil başvurusunun nasıl yapılması gerektiği açısından da incelenmesi gerekir.

B. SES MARKALARI

MarkKHK m.5/I, seslerin marka olabileceğinden de söz etmemektedir⁷³. Ancak MarkKHK m.5/I'de yer alan "çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme" koşulunu, dolaylı çizimsel ifadesinin mümkün olması nedeniyle ses ve melodinin de yerine getirdiği tartışmasız olarak kabul edilmektedir^{74 75}.

⁶⁹ **Völker/Semmler**, s.97; **von Bechtolsheim/Gantenberg** tarafından ise, büyük işletmelerin, soyut renk markalarının tescili yoluyla küçük işletmeleri daha fazla köşeye sıkıştırmak ve pazara renk bakımından hakim olmak, böylece rekabeti sınırlamak için yeni bir araç ele geçirmeleri tehlikesinin bu menfaatlerin ölçülmesinde ağır bastığı ileri sürülmüştür (s.707).

⁷⁰ **Bauer**, s.320; aynı yönde, **Grabruker**, GRUR 1999, s.852.

⁷¹ **Grabruker**, GRUR 1999, s.852.

⁷² **Völker/Semmler**, s.96; **Grabruker**, GRUR 1999, s.851.

⁷³ 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü ve 89/104 sayılı AB Direktifinde de ses markalarından söz edilmemiştir.

⁷⁴ **Tekinalp**, s.312; **Karahan**, Hükümsüzlük, s.30.

⁷⁵ 551 sayılı eski MarkK.'da, markanın göze hitap etmesi arandığından, koku, tat ve ses işaretlerinin marka olamayacağı kabul edilmişti (**Karayalçın**, s.412).

Ses markaları, insan kulağı tarafından algılanabilen markalardır. Bu markalar, tamamen ses yoluyla, ürünler için ayırt edici olabilirler ve tüketici için ürüne ilişkin bir çağrışım yaratabilirler⁷⁶. İnsan tarafından algılanabilme özellikleri nedeniyle, ses markaları ile sözcük markaları arasında paralellik kurulabilir. Çünkü sözcük markaları da, okunarak ses etkisi yaratırlar⁷⁷.

Ses markalarının müzikal türde olması zorunlu değildir. Seslendirilen bir slogan veya herhangi bir ses de marka olabilir⁷⁸. Metro-Goldwyn-Mayer'in aslanının kükremesi gibi doğada meydana gelen sesler ya da doğada mevcut bulunmayıp sadece bilgisayarda yapay olarak hazırlanan sesler de, mal ya da hizmetleri diğer işletmelerin mal ya da hizmetlerinden ayırt etmeye uygun olmaları şartıyla markanın konusunu oluşturabilirler⁷⁹. Ses markası, tanınmış bir konuşmacı veya karakteristik bir sese sahip kullanıcı tarafından seslendirilen bir reklam sloganı şeklinde de olabilir⁸⁰. Ses markası tamamen müzikal bir parçadan da ibaret olabilir. Müzikal ses markaları radyo ve TV programlarında da büyük öneme sahiptir. Radyo ve TV programlarının jingle'ları buna örnek olarak verilebilir. Özellikle radyo yayınlarında ses markası bir zorunluluk olarak görülmektedir. Aksi halde, radyo programlarında kullanılan jingle'lar gibi tanıtıcı işaretler marka hukukunun korunmasından yararlanamayacaklardır⁸¹. Bu bağlamda, ayırt edici nitelikte olmaları için, basit ve zihne kolayca yerleşen melodiler seçilmektedir.

Alman WZG'nin yürürlüğü sırasında da sesler marka olarak korunabilir işaretler arasında sayılmamaktaydı. Çünkü § 15 WZG, işaretin mala yapıştırılmasından ve malın işaretle donatılmasından söz etmekteydi.

Oysa ABD'de ses markaları Art 45 IX Lanham Act'a göre korunabilmekteydi. Bugün Almanya, Fransa, Yunanistan, İtalya ve Portekiz Marka Yasaları, açıkça ses markalarının tesciline izin vermektedir (**Johannes**, s.48).

⁷⁶ Alman Hukukunda WZG'nin yürürlükte olduğu dönemde, **Kleiner** tarafından, en önemli -hatta tek- iletişim aracının radyo olduğu ülkelerde ses markasının önemi vurgulanmıştır. Yazar bu işaretlerin tescil probleminin ses bantları veya plaklar üzerine kayıt yoluyla çözülebileceğini belirtmiştir (s.96).

⁷⁷ **Becker**, s.57.

⁷⁸ **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.47

⁷⁹ Bkz. **Becker**, s.36.

⁸⁰ **Becker**, ses markasının metin kısmını kapsamadığı, bu kısmın sözcük markası olarak ayrı bir korumaya sahip olacağı görüşündedir (s.57).

⁸¹ Karş. **Kleiner**, s.97.

C. ÜÇ BOYUTLU MARKALAR

MarkKHK m.5/I, açıkça malların biçimi ya da ambalajlarından söz etmekte, ancak bunların veya başka bir üç boyutlu işaretin marka olarak seçilmesinin mümkün olup olmadığından söz etmemektedir⁸². Oysa malların ya da ambalajların iki boyutlu görüntülenmesi söz konusu olabileceği gibi, üç boyutlu biçimlerinin de marka olarak seçilebilmesi mümkündür.

Tekinalp, “malların veya ambalajlarının biçimi”nden üç boyutlu biçimlerin korunduğu sonucuna varmıştır⁸³. Gerçekten, gerek MarkKHK m.5/I'deki örnekleyici sayımdan, gerekse malların veya ambalajlarının biçimi kavramına bunların üç boyutlu görüntülenmesi de dahil olduğu için, hukukumuzda üç boyutlu işaretlerin marka olarak seçilebileceği sonucuna varabiliriz⁸⁴.

Yargıtay da 12.11.1999 tarihli kararında, dikdörtgen biçimde, üst yandan sonra kapaklı, kızıl kahverengi karışımı rengi içeren yabancı sigara

⁸² § 3 (1) MarkenG. ise, açıkça mal veya onun ambalaj biçimi de dahil olmak üzere üç boyutlu biçimlerin marka olabileceğini öngörmüştür.

İsviçre Marka Kanunu da, m.1'de yer alan örnekleyici sayımda, üç boyutlu markalardan açıkça söz etmiştir. Böylece İsviçre Hukukunda da üç boyutlu işaretler marka kavramına dahil edilmiş ve aynı zamanda bizzat mal ve ambalaj biçimlerinin de marka olarak korunabilmeleri olanağı sağlanmıştır (Bkz. **Gürzumar**, s.504).

TRIPS m.15/I, üç boyutlu işaretlerin marka olarak kullanılmasını önleyen bir hükme yer vermemiştir. Anlaşmaya taraf olan ülkeler bu konuda serbest bırakılmıştır.

Türkiye'nin de 1976'dan beri üyesi bulunduğu Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) tarafından 10-Ekim-28 Ekim 1994 tarihleri arasında Cenevre'de düzenlenen Diplomatik Konferansta kabul edilmiş ve 1 Ağustos 1996 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Marka Hukuku Anlaşması Türkiye tarafından da imzalanmıştır. Ancak henüz onay verilmediği için Türkiye bakımından bağlayıcı olmayan Anlaşma'da da açıkça üç boyutlu markalardan söz edilmektedir.

⁸³ Fikri Mülkiyet, s.312; aynı yönde, **Poroy/Yasaman**, s.269; **Oytaç**, s.21.

⁸⁴ 551 sayılı MarkK. döneminde m.4 nedeniyle, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için emtia veya ambalaj üzerine basma, yapıştırma, dökme, oyma, dokuma, boyama ve diğer şekillerde konulabilmesi gerektiğinden, emtia veya ambalaj üzerine konulamayacak işaretlerin ve bizzat emtia şeklinin marka olarak tescil edilemeyeceği kabul edilmekteydi (Bkz. **Karahan**, Hükümsüzlük, s.25; **Karayalçın**, s.412; **Baştuğ**, **İrfan/Erdem**, **Ercüment**, Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Ankara 1993, s.119). Yargıtay da, 1994 tarihli bir kararında, ürünün modelinin 551 sayılı Markalar Kanunu ile korunamayacağını belirtmiştir (Yarg.11.H.D., 15.11.1994 T., 1994/4716 E., 1994/8594 K., **Oytaç**, s.450-451).

ürününün kutusunun, 556 sayılı MarkKHK m.5’de öngörülen bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan niteliğinin bulunduğunu, mutlak tescil engelinin bulunmaması nedeniyle de tescil edilebileceğini açıklamıştır⁸⁵.

Üç boyutlu biçimlerin marka olarak seçilmesi yoluyla, üreticiler rakiplerin ürünlerinden farklı, dikkat çeken ürün biçimleri yaratarak pazarda kendilerini tanıtmaya olanağına kavuşmakta, bu biçimler MarkKHK’nın koruması altına alınarak, haksız rekabet hükümlerine göre daha önemli bir korumadan yararlanmaktadır⁸⁶. Bu hem üreticinin hem de alıcıların menfaatinde⁸⁷. Böylece üç boyutlu marka, ürünün üretim, dağıtım ve tanıtım planına marka korumasını da dahil eden pazarlama stratejisinden yararlanma olanağını sağlamaktadır⁸⁸.

Üç boyutlu marka olarak, tescil istenen mal veya ambalajının biçimi seçilebileceği gibi, mal veya ambalajı ile ilgili olmayan bir biçim de seçilebilir. Örneğin çikolata için lila rengi inek, “Tobleron” marka çikolatanın paket biçimi, iletişim hizmetlerinde cep telefonunun tipik biçimi veya taşıma hizmetleri için kamyonun üç boyutlu biçimi düşünülebilir⁸⁹.

Tescil edilecek üç boyutlu şekil, ambalaj veya malın tamamını ilgilendirmeyebilir. Diğer bir deyişle, tescil ambalaj veya malın bir kısmını da kapsayabilir⁹⁰.

Markanın tescilinin istendiği mal veya ambalajın üç boyutlu biçimi de marka olarak seçilebildiği için, ürünlerin veya ambalajlarının biçimi 554 sayılı End.Tas.KHK⁹¹ hükümlerine göre korunabileceği gibi, FSEK’e⁹² göre de korunabilir. Bu nedenle ürünün veya ambalajının biçiminin endüstriyel

⁸⁵ Yarg. 11.H.D. 12.11.1999 T., 1999/6866 E., 1999/9075 K., **Oytaç**, s.407.

⁸⁶ **Karayalçın**, Eski MarkK döneminde üç boyutlu markaların ve emtia şeklinin marka olarak tanınması ve korunması zorunluluğuna dikkat çekmiştir (s.412).

⁸⁷ İlaç paketleri için bu yönde bkz. **Hagenmeyer, Moritz**: “Markenschutz für Lebensmittelverpackungen”, WRP 9/99 s.911, 912.

⁸⁸ **Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn.233

⁸⁹ **Fezer**, Markenrecht, § 3, Rdn.264 c; ayrıca bkz. **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.28; **EuGH-Koninklijke Philips./Remington**, GRUR Int.2002, s.848.

⁹⁰ **Karahan**, Hükümsüzlük, s.25.

⁹¹ RG, 27.7.1995, S.22326.

⁹² RG, 13.12.1951, S.7931.

tasarım olarak korunması ile marka olarak korunması -ve fikir ve sanat eserleri hukuku ile korunması- yan yana bulunabilecektir⁹³ ⁹⁴. Ancak bu koruma haklarının amaçları farklıdır. Endüstriyel tasarım hukuku, ürünün görünüş biçimini korumayı amaçlar⁹⁵. Buna karşı üç boyutlu markalar ürünün biçiminin korunmasını amaçlamaz. Üç boyutlu marka, belirli bir işletmeden gelen ürünü diğer işletmelerin ürünlerinden ayırt etmeye hizmet eder (MarkKHK m.5/1).

KHK m.5/II'de yer alan, "Marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilir. Bu durumda mal veya ambalajın tescilli marka sahibine mal veya ambalajı için inhisari bir hak sağlamaz" hükmünün lafzı dikkate alındığında, tescil edilen markanın bir mal veya ambalajın üzerinde bulunması ve onlarla birlikte tescil edilmiş bulunması halinde, koruma sadece markaya sağlanacak; markaya ilişkin yapılan bu tescil mal veya ambalaj için inhisari hak sağlamayacak ve mal veya ambalaj vaki tecavüzlere karşı MarkKHK'nın koruma hükümlerinden yararlanamayacaktır⁹⁶.

Bu yorum şeklinin benimsenmesi halinde, malın üç boyutlu biçiminin marka olarak tescilinin anlamı kalmayacaktır. Zira ürünün iki boyutlu bir biçim markasıyla donatılması halinde, ürünün biçiminin aynen fakat başka iki boyutlu bir işaretle donatılacaktır, başka işletmeler tarafından kullanılması MarkKHK'yi ihlâl etmeyecektir. Oysa ürünün tescil edilmiş üç boyutlu biçiminin ayırt edici niteliğe sahip olması halinde, bu üç boyutlu biçim de

⁹³ **Fezer**, WRP 1/98, s.13; **von Falckenstein, Roland**: "Markenrecht versus Geschmacksmusterrecht- Zur ausreichenden Offenbarung dreidimensionaler Marken", GRUR 1999, s.882; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.312; **Oytaç**, s.40.

⁹⁴ § 2 Marken G, bu yasaya göre markaların korunmasının, markaya konu işaretin korunmasına ilişkin başka hükümlerin uygulanmasını engellemeyeceğini öngörmüştür. Bu hükme ilişkin gerekçeye göre de, yeni marka yasası hükümlerinin uygulanması, bu yasaya göre korunan işarete tamamlayıcı olarak başka hükümlerin uygulanmasını engellemez. Korumanın verilmesi için diğer yasa hükümlerine göre gerekli koşullar yerine getirildiği kapsamda, örneğin UrhG veya GeschmMG de tamamlayıcı olarak marka hükümleri yanında uygulanabilir. Yeni marka yasasına göre korunan işarete genel hükümlerin uygulanması açık düzenlemeye ihtiyaç göstermez. Örneğin işareten yararlanma, ilgili çevrede önemli bir yanılmaya neden olursa, marka koruması mutlak bir yararlanma hakkına dayanak oluşturmayacağı için, § 3 UWG uygulanır (BT-Drucksache 12/6581, s.64).

⁹⁵ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.566 vd.; bkz. **Oytaç**, s.41.

⁹⁶ Bkz. **Karahan**, Hükümsüzlük, s.27; **Çamlıbel Taylan**, s.32.

marka korumasından yararlanabilmelidir⁹⁷. Bu nedenle MarkKHK m.5/II'nin şu şekilde yorumlanması uygun olacaktır:

Üç boyutlu biçim ayırt edici niteliğe sahip değilse, diğer bir deyişle sıradan bir biçime sahipse, ürünün biçimi üzerinde kullanılan iki boyutlu işaretin ürünün biçimi ile birlikte tescil edilmesi halinde dahi, marka sahibi mal veya ambalajı için inhisari bir hakka sahip olamayacaktır. Örneğin Cappy meyve suyu markası sıradan bir biçime sahip şişesi ile birlikte tescil edilse dahi, başka bir meyve suyu üreticisi aynı biçime sahip meyve suyu şişesi üzerinde kelime veya resim gibi farklı olan iki boyutlu bir işareti kullanabilecektir. Çünkü böyle bir durumda üç boyutlu biçim üzerindeki işaret tek başına ayırt ediciliği sağlamaktadır.

Bununla birlikte bizzat malın veya ambalajın biçimi hitap edilen çevre tarafından ayırt edici olarak görülebilirse, bu üç boyutlu biçim üzerinde iki boyutlu bir işaret kullanılsa dahi, hitap edilen çevrenin bizzat malın veya ambalajının biçimini ayırt edici olarak görmesi halinde, marka sahibi malın veya ambalajının üç boyutlu biçimi üzerinde de inhisari hakka sahip olmalıdır⁹⁸.

Buna bağlı olarak malın veya ambalajının biçiminin marka olarak tescil edilmesi olanağı, sonuçta malın veya ambalajının biçiminin süresiz olarak korunmasına yol açacaktır⁹⁹. Bu ise, endüstriyel tasarım hukuku ve fikir ve sanat eserleri hukuku ile sağlanan sınırlı süreli korumanın dolanılmasına neden olabilecektir¹⁰⁰. Gerçekten endüstriyel tasarım hukukunun amacı, ürünü yaratana sınırlı süreli bir tekel hakkı tanımak suretiyle ödüllendirmek iken, marka hakkı, bir işletmenin malını diğer mallardan ayırt etmeye hizmet eder.

⁹⁷ Bkz. **von Falckenstein**, s.882.

⁹⁸ Üç boyutlu biçim markalarında benzerliğin tespiti için bkz. **Hager**, s.571.

⁹⁹ MarkKHK m.40'a göre, tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde yenilenir.

¹⁰⁰ End.Tas.KHK m.12'ye göre, tescilli tasarımların koruma süresi başvuru tarihinden itibaren 5 yıldır. Anılan süre beşer yıllık dönemler halinde yenilenmek üzere toplam 25 yıla kadar uzatılır.

FSEK m.27'ye göre ise, koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder. Bu süre, eser sahibinin birden fazla olması durumunda, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl geçmekle son bulur. Sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserlerde koruma süresi ölüm tarihinden sonra 70 yıldır. İlk eser sahibi tüzel kişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır.

Bu nedenle malın biçimine üç boyutlu markanın tescili yoluyla, sadece köken ayırt etme işlevi nedeniyle süresiz bir tekel sağlanmalıdır. Ancak marka hakkının diğer koruma haklarının dolanılmasına yol açmaması şartıyla bu haklarla yanyana bulunması mümkündür¹⁰¹ ¹⁰². Bu bakımdan, üç boyutlu markalar için mutlak koruma engelleri, özel bir öneme sahiptir.

III. YENİ MARKA TÜRLERİ İÇİN TESCİL BAŞVURUSUNUN ŞEKLİ VE İÇERİĞİ

Markanın tescili için, TPE'ye¹⁰³ veya onun yetkili kıldığı makama dilekçeyle başvurulur (MarkHKY m.5/I, m.11)¹⁰⁴. Başvuru ile idari nitelikte bir inceleme süreci başlamaktadır.

¹⁰¹ **Körner, Eberhard/Gründig-Schnelle, Kerstin:** "Markenrecht und Produktschutz durch die dreimensionale Marke", GRUR 1999, s.535. Ayrıca yazarlar, rakip ürünün pazara sokulmasını engellemek için, özellikle bir ürün biçiminin yurt dışında pazara sokulduğu ve ülke içine sokulmasının engellendiği durumlarda veya ürün için patent, faydalı model, ya da endüstriyel tasarım korumasının devamı sırasında ya da koruma süresi sona erdikten sonra aynı ürün biçimine marka koruması sağlamak için üç boyutlu markanın tescil edilmesi halinde kötüniyetli tescil nedeniyle, tescil edilen üç boyutlu markanın terkinin istenebileceğini belirtmişlerdir (Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. s. 540, 541).

Ancak MarkKHK, kötüniyetle yapılmış tescile karşı hükümsüzlük davasından sadece tanınmış markalara ilişkin olarak söz etmiş (MarkHKm.42/I bend a), diğer bir deyişle kötüniyetli tescil genel bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmemiştir.

89/104 sayılı Direktif m.3 (2) d'de ve § 50 (1) MarkenG'de ise, kötüniyetli tescil ayrı bir hükümsüzlük nedeni olarak açıkça öngörülmüştür.

Tekinalp MarkKHK m.35 (1)'e dayanarak kötüniyetle yapılmış tescile karşı hükümsüzlük davası açılacağı görüşündedir (**Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.411).

Böylece bu yorum yoluyla KHK'daki önemli bir boşluk doldurulmuş olacaktır. Gerçekten sınırlı süreli endüstriyel tasarım korumasını dolanmak amacıyla yapılan kötüniyetli tesciller, ancak hükümsüzlük davası yoluyla terkin edilebilecektir.

¹⁰² Üç boyutlu marka hakkı ile patent hakkının yan yana bulunabilip bulunamayacağı problemi de söz konusu olabilir. Gerçekten, ürün patentinde, buluş bir ürün halinde somutlaşır. Bu konunun incelenmesinde mutlak tescil engellerine ilişkin MarkKHK m.7/I (e) bendi özel bir öneme sahip olduğundan, sorun çalışmamızın buna ilişkin bölümünde incelenmiştir (Bkz. aşağıda IV, C, 3).

¹⁰³ Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında 544 sayılı KHK (RG, 24.6.1994, S.21970) m.3/II bend (a)'ya göre TPE, ülkenin teknolojik ve endüstriyel gelişmesine katkıda bulunmak amacıyla, patent ve markalar ile diğer kanunlarla koruma altına alınmış olan sınai mülkiyet haklarının ilgili mevzuat hükümleri uyarınca tescilini ve bu hakların korunması ile ilgili işlemleri yapar.

MarkKHK m.7'deki mutlak tescil engellerinin incelenmesi ve değerlendirilmesi, ancak tescil için başvuruya konu işaretin bütün özelliklerini içeren örneğinin sunulması ve MarkKHK m.14 gereğince marka olarak nasıl kullanılacağı açıkça anlaşılabilirse gerçekleşebilir. Ayrıca, MarkKHK m.7/II gereğince, marka olarak tescili istenen işaretin kullanma nedeniyle ayırt etme gücü kazanıp kazanmadığının incelenmesi gerekirse¹⁰⁵, bu değerlendirmenin yapılabilmesi için de, tescili istenen işaretin tüm özellikleriyle somut biçimde ifadesi gerekir. İltibas tehlikesi bakımından markaların benzerliğinin araştırılmasında da ilgili markalardan herhangi bir yararlanma biçimi değil, bu markaların sicil örneği esas alınmalıdır¹⁰⁶.

Marka üzerinde MarkKHK hükümlerine göre korunan bir hak elde edilebilmesi için kural olarak markanın tescil edilmiş olması gerekir (MarkKHK m.1/I, m.6). MarkKHK m.5/I'deki markanın "çizimsel olarak ifade edilmiş olması" koşulunun amacı da, tescil edilen hakkın konusunu açık ve kesin olarak belirlemektir¹⁰⁷. Bu bir yandan TPE'nin, diğer yandan da - başvuruyu yapanın- ve halkın yararınadır¹⁰⁸. Bu nedenle MarkKHK m.23'de sıralanan başvuru belgelerinden biri de "markanın yayına ve çoğaltmaya elverişli örneği"dir (bend b). MarkKHKY m.12/I bend (a)'da da tescili istenen

544 sayılı Pat.E.KHK m.13 bend (a) hükmüne göre, Markalar Dairesi Başkanlığı markaların tescil başvurularının ilgili mevzuat hükümlerine göre kayıt, dosyalama, araştırma, inceleme, değerlendirme ve tescil işlemlerini gerçekleştirir.

¹⁰⁴ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik (RG, 5.11.1995, S.22454 s.65 vd.).

¹⁰⁵ MarkKHK m.14/I'e göre, markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde marka iptal edilir. Markanın kullanılmama nedeniyle iptali, MarkKHK m.42/I(c) anlamında markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi demektir.

MarkKHK m.14'de öngörülen kullanma külfetinin yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için markanın, kural olarak sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle üçüncü kişiler tarafından, MarkKHK'da öngörülen fonksiyonlarının gerektirdiği şekilde kullanılmış olması gerekir. Tescil sırasında kullanma niyetinin mevcut olması gerekmez (**Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.11; **Poroy/Yasaman**, s.282; bu yönde ayrıntılı olarak bkz. **Dirikkan**, s.227 vd.).

¹⁰⁶ **EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.437.

¹⁰⁷ **Ströbele**, GRUR 1999, s.1041; **von Falckenstein**, s.882; **EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.437.

¹⁰⁸ **Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.12; Bkz. **von Falckenstein**, s.882 vd.

markanın yayıma ve çoğaltılmaya elverişli en az 5x5 cm., en fazla 8x8 cm. ebadında 20 adet örneği istenmiştir. Marka örneğinin verilmemiş olması, başvuruyu red nedenidir (MarkKHK m.30/II, MarkKHKY m.13)^{109 110}. Red, başvurunun yapılmamış sayılması anlamına gelmektedir.

TPE, önce şekli yönden inceleme yapar, sonra mutlak red nedenlerini inceler. Şekli inceleme, dilekçenin ve diğer başvuru belgelerinin MarkKHK ile MarkKHKY'ye uygun olup olmadıklarının ve belgelerde bir eksikliğin bulunup bulunmadığının incelenmesidir. TPE, inceleme sonucunda eksiklik olmadığına karar verirse, başvuru, başvurunun TPE'ye veya onun yetkili kıldığı makama verildiği tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir (MarkKHK m.29/I)¹¹¹.

Başvurunun kesinleşmesi üzerine başvuru sahibi, tescilin yapılması konusunda TPE'ye karşı bir talep hakkı kazanır^{112 113}. Bundan sonra TPE'nin tescil işlemini yapabilmesi, somut başvuru talebi bakımından MarkKHK m.7 ve 8'de gösterilen mutlak ve nisbi red nedenlerinin bulunmamasına bağlıdır¹¹⁴.

MarkKHKY m.13'de gösterilen belgelerle birlikte, TPE'ye veya onun yetkili kıldığı makama başvurulmasından sonra başvuru incelemeye alınır. Bu

¹⁰⁹ MarkKHK m.23'de (a), (b), (c), ve (d) bendlerinde sayılan belgeler dışındaki diğer belgeler ise üç ay içinde verilmelidir (MarkKHK m.30/I, MarkKHKY m.15/I). Mazeret gösterilmesi halinde bu süre, süre uzatma harcı ve ücreti ödenmesi koşuluyla, bir ay daha uzatılır (MarkKHKY m.15/I son c.).

¹¹⁰ TPE'nin başvuruyu şekli eksiklik nedeniyle reddetmesi halinde başvuru sahibinin bu karara itiraz etmesi (KHK m.47 vd.) ve TPE'nin kesinleşen kararına karşı ihtisas mahkemesinde dava açması (KHK m.53, 71) söz konusu olabilir.

¹¹¹ Alman Hukukunda da, öncelik gününün kabul edilmesi için, gerekli olan asgari koşullardan biri, başvuruyla birlikte çizimsel ifadenin de sunulmasıdır (§ 32 (2) Nr.2 MarkenG).

¹¹² Arkan, Marka, s.67.

¹¹³ § 33 (2) MarkenG'de ise bu husus özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, § 32(2) MarkenG'de gösterilen başvuru sahibinin kimliğini saptamaya yarayan bilgiler, marka örneği ve mal/hizmet listesi içeren başvurunun Patent Dairesine ulaşması, başvuru sahibine, tescili talep konusunda bir hak sağlar.

¹¹⁴ Tescil başvurusu yapılmış markanın m.7 ve m.8'e göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurunun kötüniyetle yapıldığına ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içinde yapılır (MarkKHK m.35/I).

aşamada, başvuruda, herhangi bir değişiklik kural olarak yapılamaz. MarkKHK m.37'de, başvurunun incelenmesi aşamasında başvurunun içeriği, başvuruda gösterilen mal veya hizmetlerde değişiklik yapılamayacağı, başvuru sahibinin sadece ad ve adresindeki hatalar ile imla hatalarının düzeltilmesini isteyebileceği öngörülmüştür. Bu nedenle inceleme aşamasında, marka olarak kullanılacak işaretin değiştirilmesi, mal veya hizmet listesinin daraltılması ya da genişletilmesi mümkün değildir. Yapılmak istenen bu tür değişikliklerin, yeni bir başvuru olarak değerlendirilmesi uygun olur¹¹⁵.

MarkKHK ve MarkKHKY'de, renk, ses ya da üç boyutlu işaretin marka olarak tescil ettirilmek istenmesi halinde bunların örneklerinin nasıl sunulacağına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle aşağıda renk, ses ve üç boyutlu markaların tescile esas alınacak örneklerinin nasıl sunulması gerektiği incelenmiştir.

A. SOYUT RENK MARKALARI

Renk markalarının tescil başvurusunda, belli bir biçime bağlı renkli marka mı, yoksa soyut renk markasının mı söz konusu olduğu açıkça belirtilmelidir. Bu konuda başvuran doğru bir değerlendirme yapmamış olsa da, renk, belli bir biçime bağlanmışsa, artık soyut renk markası başvurusundan söz edilemez¹¹⁶.

Renk ve renk kombinasyonları bir yüzeyin boyanması yoluyla kolaylıkla örneklendirilebilir. Renk işaretleme sisteminden yararlanarak, renk markalarının çizimle görüntülenmesi mümkün olmasa da, diğer bir şekilde ifadesi mümkün hale gelmektedir.

Rengin kağıt üzerine basılması halinde, zaman, nem ve ışık gibi ortam koşullarına bağlı olarak renk tonunun değişmesi tehlikesi mevcuttur. Bu nedenle markanın örneğinin kağıt üzerinde gösterilmesi ile yetinilmemeli, renk gösterme sisteminden yararlanarak da renk ifade edilmelidir¹¹⁷. § 8 (2)

¹¹⁵ **Arkan**, Marka, s.69; Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Schmidt, Beate**: "Rechtsfragen im Zusammenhang mit formellen Anforderungen an Markenmeldungen", GRUR 2001 s.656 vd.

¹¹⁶ **Grabruker**, GRUR 1999, s.853

¹¹⁷ **Ströbele**, GRUR 1999, s.1046; **Grabruker**, MarkenR 3/2001, s.100

MarkenV.'de¹¹⁸, markanın örneğinin kağıt üzerinde sabit olarak gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu nedenle Alman Patent Dairesi tarafından renk markasının "RAL", "HKS" veya "Pantone" gibi renk gösterme sisteminde ifade edilmesi talep edilmektedir¹¹⁹.

MarkKHKY'de renk markalarının tescil ettirilmek istenmesi halinde bunların örneklerine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. O halde, tescili istenen renk tonunun doğru olarak tespit edilmesinde tescil başvurusunda bulunanın menfaati söz konusu olduğu için, hukukumuzda zorunlu olmamakla birlikte, objektif ve değişmeyen nitelikte renk skalası yoluyla renk tonunun tam bir tanımının yapılması yerinde olacaktır¹²⁰.

¹¹⁸ Soyut renk markaları, "diğer marka biçimi" olarak § 12 MarkenV (Markenverordnung-Alman Marka Yasasının Uygulanmasına İlişkin Tüzük) kapsamında tescil edilmektedir. § 12 (2) ise biçim için, § 8 (2)-(4) ve § 9 (1)-(3) ile § 11 (2) Satz 1 ve Abs. (3) ve (5) yollama yapmıştır.

¹¹⁹ **Alman Federal Mahkemesi**, "magenta/grau" kararında, renk örneği veya renk sınıflandırma sisteminden yararlanmanın, soyut renk veya renk kombinasyonundan oluşan işaretin çizimsel olarak ifade edilebilirlik koşulunu yerine getireceğini belirtmiştir (WRP, 7-8/99, s.853). Buna ilişkin olarak ayrıca bkz. **BPatG-Aral-Blau I** GRUR 1996, s.61-63; **BPatG-Gelb-Schwarz Farbmarke**, GRUR 1996, s.881 vd. **Alman Federal Mahkemesi** tarafından **gelb/schwarz** kararı onanmıştır (GRUR 1999, s.491).

Alman Doktrininde de § 3 (1)'deki çizimsel ifade koşulu nedeniyle, renklerin renk işaretleme sistemine dayanarak dolaylı çizimsel ifadesinin mümkün olduğu belirtilmektedir (**Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn. 267 b).

Çizimsel ifade için **AB Marka Ofisi** tarafından 8x8 boyutlarındaki bir yüzeyin renk veya renk kombinasyonlarıyla doldurulması tavsiye edilmektedir (Bkz. **Völker/Semmler**, s.100).

ABD Marka Hukukunda ise, soyut renk markalarının tesciline ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi, belirli bir şekle bağlı olan biçim markaları için de renk gösterme sisteminden yararlanarak rengin belirtilmesi koşulu bulunmamakta, rengin adının tarifî ve rengin malın üzerinde hangi yere konulacağına bildirilmesinin yeterli görülmektedir (**Caldarola**, GRUR Int.2002, s.115).

¹²⁰ Aynı yönde bkz. **Ströbele**, GRUR 1999, s.1046; **Kunz-Hallstein**, s.393; **Grabrucker**, MarkenR 3/2001, s.100. Ancak **Ströbele**, tescil işleminde renk markasının tam olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığını, tescilli markanın mümkün olduğu kadar kapsamlı olarak belirlenebilirliği ve soyut renklerin marka olarak korunmasındaki menfaat arasındaki çatışmanın, BGH tarafından renk markası yararına ve zorunlu olarak belirliliğin aleyhine çözüldüğünü belirtmiştir (GRUR 1999, s.1046 vd).

Kunz-Hallstein'a göre, çizimsel olarak ifade edilme koşulunun maddi hukuk ile ilgili sınırı ve sicil hukukuna ilişkin belirlilik ilkesi arasında ayırım yapılması gerekir. Marka olabilecek işaretler ve mutlak tescil engelleri MarkKHK'da (§ § 3, 8 MarkenG)

İşaretin “çizimle görüntülenebilmesi veya benzer şekilde ifade edilmesi”, marka olabilecek işaretlerin tescilini zorlaştırmak amacına sahip değildir. Aksine hukuki açıklığın sağlanması için, tescilli markanın koruma konusunun sicilden doğrudan doğruya ve tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılması gerekir. Bu nedenle soyut renk markaları için renk örneğinin sunulması yeterli olmakla birlikte, ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek için renklerin renk skalasındaki numarası bildirilebilir. Bu itibarla, renk veya renk kombinasyonlarının da baskı yoluyla yayınlanabilir ve çoğaltılabilir nitelikte olduğu açıktır¹²¹.

belirtmiştir; bu hükümler arasında belirlilik ilkesine yer verilmemiştir. Bu nedenle MarkKHK m.7’deki (§ 8 MarkenG) koşullar yerine getirilmişse, marka tescil edilmelidir. Ayrıca yazar, haklı olarak marka iltibası nedeniyle veya kullanmama nedeniyle markanın hükümsüzlüğüne ilişkin olarak açılan davalarda, soyut renk markalarının belirsizliğinin bazı zorluklara yol açacağını, ancak böyle problemler nedeniyle tescili reddetmenin marka sicili dairelerinin görevi olmadığını belirtmektedir (s.393, 394)

Grabruker ise, rengin bağlı olduğu şeklin belirsiz olmasıyla birlikte, rengin sürekli aynı etkiyi sağlayabildiğini belirterek, belirlilik ilkesinin yeni marka biçimlerine göre yeniden tanımlanması gerektiğini belirtmektedir (GRUR 1999, s.852, 853).

Gerçekten, soyut renk markalarının sicilde belirlilik ilkesi karşısında yarattığı tereddütler, sadece bu gerekçeyle tescillerine engel olamaz. Ancak MarkKHK m.7’deki mutlak tescil engelleriyle karşılaşmayan soyut bir rengin marka olarak tescilinde, sicil hukuku bakımından rengin tereddüde yer vermeyecek açıklıkta belirlenmesi ve herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kullanılacağı hususunun belirtilmiş olması önemlidir.

¹²¹ 551 sayılı MarkK.m.18/I’de, markanın tescil edildiği gibi kullanılması zorunluluğu da açıkça hükme bağlanmıştır. MarkKHK m.14/I’de ise bu husustan söz edilmemiştir. Ancak MarkKHK m.14/II (a)’da tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla kullanılmasının da, markayı kullanma kabul edileceği belirtilirken, bir bakıma markanın kural olarak tescil edildiği şekilde kullanılması gerektiği de belirtilmiş olmaktadır (**Arkan**, Marka, s.146, dpn.6; **AB Adalet Divanı**’na göre ise bu sonuç, markanın belirli bir biçime sahip olmasını da şart koşar **EuGH-abstrakte Farbmarke**, GRUR 2002, s.437). Oysa bu külfetin yerine getirilmesinden söz edebilmek için markanın belirli bir biçime bağlanmasını değil, renk ve renk kombinasyonundan oluşan renk markalarının, tescil edildikleri renk tonunda kullanılmaları olarak anlamak gereklidir (**Völker/Semmler**, s.100; **Ingerl/Rohnke**, § 26 Rdn.59; **Dirikkan**, s.252). Ancak marka hem tescil edildiği renkte ve hem de farklı renkte kullanılmaktaysa, farklı renkte kullanılan markanın bir tescilsiz marka olarak sayılması gerekir (**Öçal**, s.417). Tescilli renk markasının koruma konusu, onun kullanım biçimi değil, tescilli biçimidir (**BPatG-gelb-schwarze Farbmarke**, MarkenR 5/2000, s.185). **Camcı**’ya göre de, bir renk ile sınırlı olmaksızın tescil edilmiş marka, tüm renkler için tescil edilmiş sayılır (s.11; aynı yönde, **Öçal**, s.417).

Soyut renk markasının koruma konusu belirsiz sayıda somut biçimlerdir¹²². Bu nedenle, soyut renk markalarının tescil başvurusunda rengin belirli bir biçime bağlı olmadığına bildirilmesi gerekmektedir. Soyut renk markası sahibi rengi belirli bir biçime bağlı olarak kullanmak zorunda olmayıp¹²³, aksine sürekli olarak farklı biçimlerde kullanmak zorundadır¹²⁴.

Völker/Semmler'e göre, renklerin reproduksiyon sırasında teknik sebepler nedeniyle farklı tonlarda ortaya çıkması durumunda hoşgörülü değerlendirme istenmemelidir (s.100).

Oysa, farklı bir renk tonunun ortaya çıkması, gün ışığı veya yapay ışık nedeniyle kaçınılmaz olabilir. Bu durumda da hakkı koruyucu yararlanmanın mevcut olduğu kabul edilebilir. Fakat farklı renk tonunun ortaya çıkması, tahta, cam veya metal gibi farklı bir malzemenin kullanılması nedeniyle olmuşsa, hakkı koruyucu yararlanmadan söz edilememelidir. Bununla birlikte bu durumda dahi, farklı renk tonunun ilgili çevrede etkisine bakarak bir değerlendirme yapılmalıdır. İnsan gözünün ayıramayacağı farklılıkta bir renk tonunun kullanılması halinde, hakkı koruyucu yararlanma kabul edilmelidir (**Caldarola**, GRUR 2002, s.938, 939; aynı yönde, **Fezer**, Markenrecht, § 26 Rdn. 4 vd.).

Renk kombinasyonlarında markanın kullanıldığı mal veya reklam aracının somut biçiminin görünümü, ilgili renklerin müşterek kullanımı yoluyla ortaya konmalıdır. Bunun için tüm renklerin kombine edilmesi ve farklı renkleri karıştırılmaksızın kullanılmasını gerektirir. Bu doğaldır ki, korunan renklerin türü ve kapsamına uygun olarak ayırt edici olarak değerlendirilebilen biçimde kullanılması halinde, korunan renk yanında başka renklerin de görünmesini önlemez (**Völker/Semmler**, s.100). Soyut olarak tescil edilen renk markasının kullanımında soyutluktan vazgeçilmiş ve renkli bir resim etkisi yaratılmış ise, artık soyut renk markasına uygun kullanma külfetinin yerine getirilmesi söz konusu değildir; bu nedenle soyut renk markası sahibinin markanın kullanımı sırasında ortaya çıkan görünüş biçimlerini sürekli olarak değiştirmesi külfetinden söz edilebilir. Burada önemli olan, renk ve renk kombinasyonunun biçime bağlı olmadan kullanılmasının niteliği belirleyici özellik olarak anlaşılabilmesidir (**Ströbele**, GRUR 1999, s.1047; **Caldarola**, GRUR 2002, s.940).

Soyut renk markası olarak tescil edilmiş bir işaretin belirli bir biçime bağlı olarak kullanılması halinde markanın kısmi hükümsüzlüğü de söz konusu olmayacaktır. Zira MarkKHK m.42/II hükmü uyarınca, kısmi hükümsüzlük, hükümsüzlüğün markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin olması halinde söz konusudur. Bu nedenle soyut renk markasının belirli bir biçime bağlı olarak kullanılması halinde MarkKHK m.42/I bend (c) gereğince hükümsüzlüğüne karar verilebilecektir (Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Caldarola**, GRUR 2002, s.940). Soyut renk markası olarak tescil edilmiş bir markanın sürekli olarak belirli bir biçime bağlı olarak kullanılması halinde, kullanılan işaretin tescilsiz bir marka olduğu kabul edilmelidir.

¹²² Bu yönde, **BPatG-Farbkombination** GRUR 1996, s.881-882.

¹²³ **Ströbele**, GRUR 1999, s.1047.

¹²⁴ Bkz. yuk. dpn.121

Birden fazla renkten oluşan markalarda, sicilde gerekli belirliliğin sağlanması için, ek koşulların aranması gerekip gerekmediği veya hangi koşulların yerine getirilmesi gerektiği tartışmalıdır¹²⁵. İki renkten oluşan bir markada, iki rengin % 50'ye % 50 oranında kullanılacağı şeklinde bir açıklama belirlilikten uzaktır. Zira iki renk kareli, puanlı, çizgili gibi biçimlerde de % 50'ye % 50 oranında kullanılabilir. Gerçi sicilin gerektirdiği belirlilik renk kombinasyonlarında bu yolla sağlanamayacaktır. Bu nedenle birden fazla renkten oluşan soyut renk markalarında renklerin oransal bağlantısı yanında, bunların niteliksel bağlantısının da gösterilmesi gerektiği¹²⁶, aksi halde tamamen farklı görünüş biçimleri yaratılabileceği ileri sürülmüştür¹²⁷. Bu görüşler renkli şekil markaları için kabul edilebilir; ancak belirtilmelidir ki, soyut renk markalarında, renklerin ne şekilde kullanılacağına açıklanması, bunların biçim markaları olarak kabulünü gerektirecektir¹²⁸. Soyut renk kombinasyonlarına ilişkin tescil başvurularında, koruma

¹²⁵ **Kunz-Hallstein**'a göre soyut renk kombinasyonlarının tescil başvurularında markanın belirliliği gerçekleşmez (s.393); ayrıca aynı yönde **EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.438.

¹²⁶ Karş. **Ströbele**, GRUR 1999, s.1047; GRUR 1999, s.63; **EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.437.

¹²⁷ **EuGH-Vorlage zur Markenfähigkeit abstrakter konturloser Farben**, GRUR 2002, s.437.

¹²⁸ Aynı yönde, **Schmidt**, s.655; **BPatG**, "gelb/schwarze Farbmarke" kararında, soyut renk kombinasyonlarının marka yeteneğinin kabulünün, renklerin ne şekilde dağılım göstereceğinin açıklanmasının talep edilmesi yoluyla ortadan kaldırılmaması gerektiğini, çünkü bu yolla başvurunun konusunun şekil markalarına indirgeneceğini belirtmiştir (MarkenR 5/2000, s.185).

Alman Federal Mahkemesi de, renk sınıflandırma sistemine göre rengin numarasının bildirildiği biri yeşil, diğeri sarı renkte iki dikdörtgenin yanyana yapıştırıldığı bir kağıt eklenerek yapılan soyut renklere ilişkin (§§ 6 Nr.6, 12 MarkenV) tescil başvurusunda, bu işaretin çizimsel olarak ifade edilebilir olmaması nedeniyle başvuruyu reddeden **BPatG**'in kararını şu gerekçeyle bozmuştur:

"...Renk kombinasyonları arasında renk dağılımının bildirilmesi talep edilmemelidir. Çünkü böyle bir koşul, Direktif yoluyla ulusal marka hukukuna uyum için getirilen soyut renk markaları olarak değil, biçim markaları olarak ele alınacaktır. Oysa § 8 I Marken G hükmü sadece çizimsel olarak ifade edilebilirlik koşulunu öngörmektedir. Diğer bir deyişle, bu hükmün sicil hukukuyla ilgili belirlilik ilkesiyle bir bağlantısı bulunmamaktadır. Ayrıca **BPatG** tarafından talep edilen renklerin dağılımına ilişkin bilgi uygulanabilir nitelikte de değildir. Çünkü renklerin 50:50 şeklinde bağlantı içinde bulunacaklarının bildirilmesi de yeterli belirlilikten uzaktır. Zira bu şekilde iki renk, kareli, çizgili, puanlı gibi biçimlerde de ifade edilebilir. Bu biçimlerin herbirinde farklı bir genel etki ortaya

hakkının kapsamının tam olarak tespit edilebilmesi için, bu konuda ayrıntılı bir düzenleme yapılmalıdır¹²⁹.

B. SES MARKALARI

Ses markalarının tescil başvurusuna ilişkin olarak da MarkKHK ve MarkKHKY'de özel düzenleme yapılmamıştır. MarkKHKY. m.12/a bendi uyarınca başvuruya eklenecek belgeler arasında talep edilen, markanın yayıma ve çoğaltılmaya elverişli en az 5x5 ve en fazla 8x8 cm ebadında 20 adet örneğinin, ses markalarına uygulanması problem yaratacak niteliktedir¹³⁰. Acaba ses markasının nota veya nota ile ifade edilmez ise sonogram ile ifade edilmesi, tescili istenen markanın yeterli açıklıkla tespit edilmesini sağlayacak mıdır?

Karahan'a göre, ses ve melodilerin notaya dökülerek yazılması -ve kokuların kimyasal formüllerle ifade edilmesi- mümkün ise de, bunlara sağlanacak koruma tescile konu olan şekilde sınırlı kalıp, bu şekillerin ifade ettiği şeyi, yani melodi ve sesin kendisini kapsamayacak, böyle bir düşünce ise, marka ile sağlanmak istenen amaca yeterince hizmet edemeyecektir. Yine yazara göre melodi -ve kokuların- FSEK ve haksız rekabete ilişkin hükümlerle korunabilmeleri mümkündür; bununla birlikte, yapılacak düzenlemeler ile melodi ve seslerin kaset, bilgisayar gibi bir aygıtta muhafaza

çıkacaktır. Bu nedenle, ortaya çıkan belirsizlik soyut renk markasının yararına olarak yorumlanmalıdır. Bu belirsizlik, § 14 II MarkenG ve § 26 MarkenG hükümlerinin amaca uygun yorumu yoluyla yeterince giderilebilir..." (**BGH-Farbmarke gelb/grün**, GRUR 2002, s.429).

¹²⁹ Aynı yönde, **Kunz-Hallstein**, s.394

¹³⁰ Alman Richtlinie Markenmeldungen 4, C, (3)'e göre ses markalarının, hem akustik hem de çizimsel örneğinin sunulması gerekir. Ses markasının çizimsel ifadesi nota yazısı ile gerçekleştirilir. Bu mümkün olmadığı takdirde çizimsel ifade sonogram ile gerçekleştirilir.

§ 11 MarkenV'ye göre, ses markası başvurusuna markanın 4 adet iki boyutlu çizimsel ifadesinin eklenmesi gerekir (Abs.1). Ses markaları nota yazısıyla, bu mümkün olmazsa sonogram yoluyla sunulmalıdır (Abs.2). Başvuran markanın akustik örneğini sunmalıdır (Abs.3).

Patent Dairesi Başkanı'na, sonogram yoluyla ifade biçiminin, akustik örnek için kullanılması gereken veri taşıyıcı ve akustik örneğin ayrıntılarını belirleme görevi verilmiştir (Abs.5).

edilerek ve yayınlanarak tescillerine olanak tanınır, bu takdirde markanın sağladığı korumadan yararlanabilmeleri düşünülebilir¹³¹.

Gerçekten ses bandındaki ifadenin nota yazısına aynen aktarılması mümkün olmayabilir. Örneğin notalara, melodinin metin kısmını seslendiren aksanının, ses renginin veya müzikal parametrelerin tam olarak yansıtılması olanaksızdır. Bu nedenle nota veya sonogramla ifade yanında disket veya kasede kaydedilmiş sesin de tamamlayıcı olarak sunulması yararlı olacaktır¹³². Ancak belirtmeliyiz ki, ses ve melodilerin notaya dökülerek yazılması halinde dahi bunlara sağlanacak koruma bunların dolaylı ifadelerine ilişkin değil, insan sesi veya enstrümanla seslendirilmeleri halinde ortaya çıkan ifadeye yöneliktir.

C. ÜÇ BOYUTLU MARKALAR

MarkHKY m.4 g'de "şekil" kavramı tanımlanırken, bu kavramın iki boyutlu şekillerin yanı sıra marka niteliği taşıyan malın kendisini göstermeyen

¹³¹ Karahan, Hükümsüzlük, s.31.

¹³² Koku markası da, niteliği nedeniyle tescil başvurusunda zorluklara neden olacaktır. Koku zamanın geçmesiyle uçma özelliğine sahiptir. Kokunun doğrudan doğruya çizimle ifade edilemeyeceği açıktır. Kokunun sözlü olarak tanımlanması veya kimyasal yapı formülüyle ifadesi mümkündür. Böylece tescil edilen kokunun tartışmasız biçimde tesbit edilmesi sağlanabilecektir (Grabrucker, MarkenR 3/2001, s.96; Johannes, s.48; renk markalarının skala numaralarının bildirilmesini yeterli sayan Alman Federal Mahkemesi kararlarına kıyasen de aynı sonuca ulaşılacaktır (BGH- magenta/grau, WRP, 7-8/99, s.853 vd., "schwarz/zink-gelb" kararı için bkz. Grabrucker, MarkenR 3/2001, s.97). Ancak tescil edilen hakkın kapsamının uzman kişiler tarafından belirlenebilmesinin sağlanması yeterlidir. Kokunun formül ile ifadesinin mümkün olmaması halinde ise, meselenin çözümü kimyadaki teknik gelişime bağlı olacaktır (Grabrucker, MarkenR 3/2001, s.97).

Fezer'e göre koku markalarının çizimsel olarak ifade edilememesi nedeniyle tescilinin reddi Anayasa ile çelişir. Yazara göre, bu nedenle koku markalarının tescil edilebilirliği bakımından çizimsel ifade edilebilirlik koşulu Anayasaya uygun olarak yorumlanmalı ve sicil hukuku bakımından belirlilik koşulunu yerine getirebilmek için teknik koşullar çizimsel ifadeye uyarlanmalıdır. Bu itibarla, kokunun hazırlanmasına ilişkin işlemin veya kimyasal maddenin tarifi düşünülebilir, özel ve karakteristik bir kokuda ise kokunun sözel olarak tanımlanması da yeterli sayılabilir (WRP 6/99, s.578, 579).

Kanımızca sözel tanım ancak son çare olarak ve markanın konusunu tereddüde yer vermeyecek şekilde tespiti olanak tanır, yeterli sayılmalıdır (Ayrıca bkz. yuk.dpn.40).

¹³³ Ses markalarında da sadece akustik olarak algılanabilir kullanım, kullanma külfetini yerine getirir. Örneğin ses markasının reklamda nota yazısı ile kullanımı yeterli değildir (Ingerl/Rohnke, § 26, Rdn.58).

fakat malın ambalajı olarak kullanılma niteliği taşıyan ve MarkKHK'nın diğer hükümlerine uygun üç boyutlu şekilleri de kapsadığı belirtilmiştir. Oysa üç boyutlu marka olarak mutlaka malın ambalajı değil, malın kendi biçimi de örneğin saatin biçimi saat için tescil edilebilir. Bu nedenle hükümde üç boyutlu şeklin malın ambalajı olarak kullanılma niteliği taşımasından söz edilmesi isabetli olmamıştır¹³⁴.

MarkKHKY m.12/I (a) bendi uyarınca tescili istenen markanın yayıma ve çoğaltılmaya elverişli en az 5x5 cm ve en fazla 8x8 cm ebadında 20 adet örneği istendiğine göre, üç boyutlu işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için işaretin iki boyutlu çiziminin hazırlanması yeterli olacaktır^{135 136}. Üç boyutlu markanın sadece iki boyutlu çizimi yeterli olduğu için, resim markasından tek esaslı fark, işaretin üç boyutlu olduğunun belirtilmesi

¹³⁴ **Arkan**, Marka, s.42; **Poroy/Yasaman**, s.270; **Karahan**, TPE'nin malın ambalajı dışındaki üç boyutlu şekillerin, hacimli cisimlerin endüstriyel tasarım olarak tescil edilerek 554 sayılı KHK doğrultusunda korunabileceğini varsayarak böyle bir düzenleme getirmiş olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca yazar, endüstriyel tasarıma sağlanan korumanın marka korumasına nazaran sınırlı olduğunu belirterek, endüstriyel tasarıma sağlanan 25 yıllık sürenin sona ermesi halinde, üç boyutlu biçimin koruma dışında kalacağı ve bu nedenle bu biçimi başkalarının da kullanabileceğini belirterek, sadece malın ambalajı olarak kullanılabilen şekillerin değil, bunun dışında kalan üç boyutlu cisimlerin de tescil edilebileceğini kabul etmenin gerekli olduğunu ifade etmiştir (**Karahan**, Hükümsüzlük, s.26 ve 27).

¹³⁵ Üç boyutlu işaretin, iki boyutlu olarak ifadesinin sunulmasının yeterli sayılması, sicil dairelerinin yükünü hafifletme amacına hizmet eder (**Eichmann, Helmut**: "Die Dreimensionale Marke im Verfahren vor dem DPA und dem BPatG", GRUR 1995, s.185; **Hager, Jörg**: "Verletzung von Formmarken", GRUR 2002, s.569).

§ 13 MarkenV.'de, markayla donatılan şeylerin örnek veya modelinin eklenmesine gerek olmadığı düzenlenmekle birlikte, üç boyutlu markalarda markanın kendisinin ek olarak sunulabileceği öngörülmüştür.

¹³⁶ Üç boyutlu markaların MarkKHK m.14 anlamında kullanılmasından söz edebilmek için ise, sicile kaydedilen üç boyutlu markanın dolaşıma sokulması gerekir. Üç boyutlu markanın sadece düz bir yüzey üzerinde gösterilmesi MarkKHK m.14'ün izin verdiği bir değişiklik değildir (**Eichmann**, s.197). Tescil başvurusunda bulunan, üç boyutlu marka veya şekil markası arasında seçim yapma hakkına sahiptir. Bu tespit sadece marka sicili için değil, markanın sonraki kullanımı için de önemlidir. Üç boyutlu biçimden sadece iki boyutlu olarak yararlanılacaksa, iki boyutlu biçim markası seçilmelidir; aksi halde marka tescil edildiği şekilde kullanılmamış olacaktır. İki boyutlu biçim markası olarak nitelenerek tescil edilen plastik mal paketinden yararlanma halinde de markanın tescil edildiği şekilde kullanıldığından söz edilemeyecektir (**Eichmann**, s.197; aynı yönde, **Ingerl/Rohnke**, § 26, Rdn.57).

olacaktır. Oysa üç boyutlu biçimler tek bir çizim ile yeterince ifade edilemediği için, tescil için başvuruda bulunana iki boyutlu çizimin farklı görünümünde sunulmasına¹³⁷ izin verilmelidir^{138 139}.

TPE, markanın açık, kuşkudan uzak olarak belirlenebilir biçimde sicile sunulmasına dikkat etmelidir. Açıklama eksik ise, bunun rizikosunu başvuran taşır. Ancak, başvuru koşullarının eksik olmadığı tespit edilip başvuru kabul edildikten sonra, mutlak tescil engellerinin incelenmesi sırasında TPE, açık olmayan başvuru konusunu, yorum yoluyla tespit etmeye çalışacaktır. Belki de bu yorum, ne başvuranın iradesine ne de markanın orijinaline uygun olacaktır. Bu açıdan, başvuru konusunun tereddütten uzak bir şekilde açıklanması başvuranın yararınadır^{140 141}.

¹³⁷ § 9 (1) Satz 2 MarkenV'ye göre, üç boyutlu marka, altı farklı görünüme kadar sunulabilir.

¹³⁸ Endüstriyel tasarımlarda da başvuru konusu, tasarıma konu olan ürünün görsel anlatımıdır. EndTasKHK m.26/I bend (b)'de tasarımın tüm belirgin özelliklerini yansıtan ifadesi aranmıştır. 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik (RG, 5.11.1995, S.22454) m.8/I bend a'ya göre de üç boyutlu tasarımlarda, tasarımın daha iyi anlaşılabilmesi bakımından en az önden, yandan ve üstten görünümünün verilmesi şarttır. Oysa MarkKHK'da böyle ayrıntılı bir açıklama istenmemiştir.

¹³⁹ Marka Hukuku Anlaşması m.3(xi)'ye göre, markanın üç boyutlu olduğu durumlarda bunun belirtilmesi, Marka Hukuku Anlaşması Çerçevesinde Yönetmelik Kural 3(3)'e göre de, markanın üç boyutlu bir marka olduğuna ilişkin bir beyan içermesi durumunda, marka örneğinin markanın iki boyutlu grafik ve fotoğrafik kopyasından oluşacağı, bu örneğin, başvuru sahibinin seçimine bağlı olarak markanın bir veya birden fazla sayıda değişik görüntüsünden oluşabileceği, ofisin, başvuru sahibi tarafından sunulan marka örneğinin, üç boyutlu markanın özelliklerini yeterli derecede göstermediği kanaatine varması durumunda, başvuru sahibini, düzeltme mektubunda belirtilen makul süre limiti içerisinde markanın en fazla altı değişik görünümünü ve/veya markanın sözcüklerle tarifnamesini, bunun da yeterli olarak göstermediğini belirlemesi durumunda, düzeltme mektubunda belirtilen makul bir süre limiti dahilinde markanın bir numunesini sunmaya davet edebileceği öngörülmüştür.

¹⁴⁰ von Falckenstein, s.882 vd.

¹⁴¹ §§ 7-12 MarkenV'de sözcük markaları dışında tüm marka biçimleri için markanın örneğinin daha iyi anlaşılması için bir açıklamanın eklenebileceği öngörülmüştür. TPE'ye yapılacak başvurularda da, markanın örneğin yanında markanın açıklanması yerinde olacaktır. Hatta bu açıklama, marka başvurusunda başvurunun içeriğini ve mal veya hizmetlerde değişiklikleri kapsamadığı için, bu açıklamada değişiklik yapmak da mümkündür (MarkKHK m.37). (Bu yönde bkz. Schmidt, s.654, 655).

IV. YENİ MARKA TÜRLERİ İÇİN MUTLAK TESCİL ENGELLERİ

TPE tarafından, marka tescil başvurusunun şekli yönden hiçbir eksikliğin bulunmadığına karar verilirse, marka tescil başvurusunun, MarkKHK m.7/I'de sayılan "mutlak tescil engelleri" açısından incelenmesi gerekir (MarkKHK m.32). TPE tarafından yapılan değerlendirme sonucu, başvuru ya mutlak tescil engelinin varlığı nedeniyle reddedilir ya da başvuru kabul edilir ve Resmi Marka Bülteninde yayınlanır (MarkKHK m.33)^{142 143}.

Mutlak tescil engelleri, toplumun çıkarlarıyla yakından ilgili olup, TPE tarafından re'sen dikkate alınır (MarkKHK m.32)¹⁴⁴. Tescilli bir marka rekabet mücadelesinde en etkili araçlardan biridir. Bu nedenle markanın tescilinde sadece başvuranın değil, rakiplerin menfaatinin, rekabet özgürlüğünün de dikkate alınması kaçınılmazdır¹⁴⁵. Böylece yeni tür işaretin ayırt etme gücünün bulunmaması veya ticaret alanında herkesin kullanımına açık tutulması ihtiyacı gibi sebeplerin bulunması halinde¹⁴⁶ tescil başvurusu re'sen reddedilecektir.

¹⁴² Başvurunun yayınlanması, TPE'nin mutlak tescil engelleri yönünden nihai kararını verdiği anlamına gelmemektedir. Zira, başvurunun yayınlanmasından sonra, üçüncü kişilerin TPE'ye görüş bildirmesi veya ilgili kişilerin itirazda bulunması üzerine TPE'nin kararını yeniden gözden geçirmesi mümkündür (MarkKHK m.34, 35)

¹⁴³ Alman Hukukunda ise, mutlak tescil engelleri açısından yapılan değerlendirme sonunda bir engel bulunmadığı takdirde, marka tescil edilmektedir. Bundan sonra ilan ve nisbi red nedenlerine dayalı itirazlar yapılmaktadır (§ § 41 42 Marken G).

¹⁴⁴ Mutlak tescil engelleri, MarkKHK m.42'de hükümsüzlük hali olarak düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, mutlak tescil engellerinden biri olup re'sen gözetilmesi gereken bir durumun varlığına rağmen, bu durum TPE tarafından gözden kaçırılır ve her nasılsa marka tescil edilirse, bundan zarar gören kişiler, Cumhuriyet Savcıları ve ilgili resmi makamlar mutlak tescil engellerinin varlığına rağmen tescilin yapılmış olmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek, yapılan tescilin hükümsüz kılınmasını ve marka kaydının sicilden terkinini talep edebilir.

¹⁴⁵ Bu yönde ayrıntılı olarak bkz. **Ströbele, Paul**: "Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht- Gegenwärtige Probleme und künftige Entwicklungen", GRUR 2001, s.658

¹⁴⁶ **Arkan**, Marka, s.71; **Karahan, Sami**: "556 Sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, C.I, s.512; **Karahan**, Hükümsüzlük, s.14; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.342.

Aşağıda, yeni marka türleri için söz konusu olabilecek mutlak tescil engelleri incelenmiştir.

A. KHK m.5'in KAPSAMINA GİRMEYEN YENİ TÜR İŞARETLER

KHK m.7/I bend (a)'ya göre, 5. madde kapsamına girmeyen işaretler, marka olarak tescil edilemez. Sadece bu maddede belirtilen koşulları taşıyan işaretler marka olarak tescil edilme, marka olarak anılma ve markaya tanınan haklardan yararlanma olanağına sahiptir¹⁴⁷. Dolayısıyla işaretin herşeyden önce, çizimle görüntülenebilir veya benzer biçimde ifade edilebilir nitelikte olması ve baskı yoluyla yayınlanabilmesi ve çoğaltılabilmesi gerekmektedir¹⁴⁸.

Ayrıca işaret, tescil edilebilmek için bir işletmenin mal ya da hizmetlerini diğerlerinin mal ya da hizmetlerinden ayırt etme özelliğine de sahip olmalıdır¹⁴⁹. Burada ayırt etme gücünün incelenmesi başvuruya konu

¹⁴⁷ Bu özellikleri taşımayan işaretlerin tescili talebi TPE tarafından reddedilir. Her nasılsa tescil edilmiş olması halinde ise, bu tescile karşı hükümsüzlük davası açılabilir (KHK m.42/I, (a)).

¹⁴⁸ Bu konu için bkz. yuk. I, D

¹⁴⁹ Ayırt etme gücünün değerlendirilmesinde, zayıf bir ayırt etme gücü yeterli sayılmalıdır; hatta şüphe halinde ayırt etme gücünün varlığından hareket edilmelidir (**Beyerle**, s.67; **Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.21; **Berlit**, Rdn.59; **Hagenmeyer**'e göre de, ayırt etme gücünün eksikliği istisnai durumlarda kabul edilmelidir, s.910). Bunun gerekçeleri şöyle sıralanabilir:

MarkKHK, rekabet hukukunun bir parçası olarak pazarda faaliyet gösteren işletmelerin ekonomik faaliyetlerini teşvik etmeli ve engellememelidir. Ayırt etme gücü zayıf bir işareti seçmek işletmenin kendi kararıdır. Diğer taraftan tescil ettirenin yoğun reklam yoluyla işareti tanıtmaya çalışması mümkündür. Sonuçta işareti iyi tanıtamaması marka sahibinin kendisinin katlanması gereken bir rizikodur. TPE'nin buna müdahale etmemesi gerekir. Gerçi ayırt edici niteliği olmayan işaretlerin tescilinden kaçınmada umumun menfaati söz konusudur. Ancak tescilin haksız reddinden kaynaklanan sakıncalar, ayırt edici olmayan işaretin tescilinden daha ağır basar. Bu nedenle şüphe durumunda tescil başvurusunda bulunan yararına karar verilmelidir.

Bu çözüm Paris Sözleşmesi m.6 (Dördüncü Mükerrer) B Nr.2 ile de çelişmez. Çünkü bu hüküm, markanın ayırt edici nitelikten mahrum olması halinde tescilin reddedilmesi gerektiğini değil, reddedilebileceğini öngörmektedir. Bu nedenle Paris Sözleşmesi de ayırt etme gücünün oldukça zayıf olduğu hallerde de yeterli sayılmasına engel değildir.

§ 8 MarkenG'e ilişkin gerekçeye göre de, ayırt etme gücünün eksikliği yüzünden red, sadece şüpheden uzak, açık durumlarda söz konusu olmalıdır (BT-Drucksache, 12/6581, s.70).

olan mal veya hizmetlerle sınırlı olmalıdır. Örneğin meyve için elma resmi ayırt edici değilken bir bilgisayar için ayırt edicidir¹⁵⁰.

İşaretin ayırt edici niteliği, onun herhangi bir sebeple diğerinden farklı olmasını sağlayan özellikleri ve öğeleri ifade eder¹⁵¹. İşaretin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, münferit unsurlara göre değil, işaretin bütünü dikkate alınarak değerlendirilir¹⁵².

Buna göre ayırt etme gücünün soyut renk, ses ve üç boyutlu işaretlerden oluşan markalar açısından incelenmesi yerinde olacaktır.

Belirtelim ki, şüphe halinde ayırt etme gücünün varlığından hareket edilmesi, asla ayırt etme gücünün aranmayacağı anlamına gelmemektedir.

Marka Hukuku, yeni marka türlerine yapılan yatırımları korumaktan başka amaçlara hizmet eder. Marka Hukukunun asli görevi, arz edilen mal veya hizmeti diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamaktır. Bu nedenle markanın korunmasının temel koşulu köken ayırt etme işlevidir. Ancak buradan da markanın geleceğe ilişkin ayırt etme işlevine sahip olmasının yeterli olduğu anlaşılmalı aksine, tescil anında da köken işlevine sahip olması gerekir. Bu nedenle **Kur**, yeni marka biçimleri için, halkın belirli bir öğrenme sürecine ihtiyacı olduğu görüşündedir (**Kur, Annette**: "Was macht ein Zeichen zur Marke", MarkenR 1/2000, s.5; aynı yönde, **Sambuc**, Thomas: "Was soll das Markenrecht? -Ein Beitrag zur Funktionenlehre", WRP 9/2000, s.989).

Ayrıca ayırt etme gücünün mevcudiyetinin tespiti de oldukça güçtür. Bu konuda ilgili çevrenin görüşüne başvurmak gerekmektedir. Oysa alıcılar için ekonomik yaşamda en önemli rolü malın fiyatı, kalitesi ve tekrar satın almada aynı kaliteyi bulabilmesi oynar. Malın kökeni ise ikinci derecede önemlidir. Bu nedenle ayırt etme gücünün araştırılmasında genellikle, alıcıların doğrudan doğruya sahip olmadıkları bir fikir sorulmaktadır. Bu da tahmini bir görüş olarak ortaya çıkacaktır. Ayrıca tescil başvurusu yapılan işareten çoğunlukla başvuru anına kadar yararlanılmamış olacaktır. Bu nedenle tescil başvurusunu inceleyen, çevrenin tescil başvurusu yapılan işareti ayırt edici işaret olarak anlayıp anlamadığını tespit etmek olanağına sahip olmayacaktır. Bunun sonucu işaretin ayırt etme gücünü bizzat değerlendirmeye yönelecektir; bu da esnek ve spekülasyon faktörlerin etkisi altında ortaya çıkacaktır (**Beyerle**, s.67, 68; aynı yönde, **Hagenmeyer**, s.910).

Burada TPE, genel olarak bilinen olgu ve tecrübelerle dayanabilir. Çevre görüşü için yeterince farklı dayanak noktaları mevcutsa, çevre soruşturması gerekli değildir. Ancak başvuran tarafından sunulan ayırt etme gücüne ilişkin çevre soruşturmasını görmezden gelerek, TPE'nin tamamen kendi değerlendirmelerine göre de karar vermemesi gerekir (Bu yönde bkz. **Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.25).

¹⁵⁰ **Beyerle**, s.34; **Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.24.

¹⁵¹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.314; **Aslan/Şenyüz/Ergün**, s.285.

¹⁵² **Arkan**, Marka, s.73; **Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.22; Alman Richtlinie Markenmeldungen 4, (I)

1. Soyut Renk Markaları

Herhangi bir biçime bağlı olmaksızın, sadece seçilen bir rengin veya renk kombinasyonunun marka olarak tescilinin talep edilmesi halinde, böyle soyut bir rengin ayırt edici olamayacağı ileri sürülebilirse de, örneğin lila rengi ambalaja sahip milka çikolatalarının hitap edilen çevre için kökeni belirten bir etki yaptığı açıktır¹⁵³.

MarkKHK’da soyut renklerin hitap edilen çevre tarafından kökeni ayırt etme işlevinin bulunmadığı yönünde bir kural olmadığı gibi, bu yönde bir karineden de söz edilemez¹⁵⁴. Belirli bir renk veya renk kombinasyonu, bir işletme tarafından farklı ürünlerinde ve tanıtım araçlarında kullanılırsa, artık bu renkler hitap edilen çevre tarafından kökeni belirten işaret olarak değerlendirilebilir. Petrol şirketlerinin benzin istasyonları ve nakliye araçlarında kullanılan renkler buna örnek olarak verilebilir^{155 156}. Alıcılar, renklerin

¹⁵³ Böhmann, s.659

¹⁵⁴ Aynı yönde, Böhmann, s.659; Völker/Schuster, s.15; BGH-magenta/grau, WRP, 7-8/99, s.855.

AB Marka Ofisi “Orange” kararında, soyut renklerin marka olarak tescillerinin mutlak tescil engelleri ile karşılaşabileceğini, ancak tamamen özel bir renk tonundan yararlanma nedeniyle, bu renk tonunun belirli bir mal veya hizmet için ayırt etme gücü kazanabileceğini belirtmiştir (GRUR Int.1998, s.613).

AB Marka Ofisi “Aral-Blau-Weiss” kararında da aynı görüşü vurgulamakla birlikte, münferit renklerin, talep edilen mal veya hizmetler bakımından oldukça sıradışı bir rengi göstermesi halinde, bizzat ayırt etme gücüne sahip olabileceğini vurgulamış, ancak karara konu olan olayda fon rengi olarak kullanılan beyazın birçok yüzeyin rengi olduğunu, örneğin kağıt yüzeylerinin hep beyaz olduğunu, bu renk üzerinde kullanılan mavi şeritlerin tüketici tarafından mavi-beyaz renk kombinasyonu olarak değil, kağıt üzerinde mavi renk izlenimi yaratacağını, bu nedenle bu renklerle birlikte ayırt edici niteliğe sahip ek unsurlar kullanılmadıkça, söz konusu renklerin ayırt edici özeliğe sahip olmadığını belirtmiştir (GRUR Int.2001, s.69 vd.).

AB Marka Ofisi, yeşil bir orta şerit, siyah kenar şerit halinde yatay üç paralel çizgiden oluşan işarete ilişkin **“Schwarz-Grün-Schwarz”** kararında, bu renklerin örneğin bahçe hizmetleri gibi hizmetler için ayırt edici olamayacağını, ama sigorta ve finans hizmetleri için ayırt edici karakterde olduğunu, ayrıca bu renklerin mümkün bütün şekillerinin değil, sadece yatay üç şerit olarak tescilinin istenmesi nedeniyle belirliliğin sağlandığını vurgulamıştır (GRUR Int.2000, s.556 vd.). Ancak **AB Marka Ofisi**’nin bu kararının belirli bir biçime bağlı renk markası olduğunu belirtmeliyiz.

¹⁵⁵ Völker/Semmler, s.95.

¹⁵⁶ Genel olarak bilinmektedir ki, renkler bir bakışta örneğin bir süpermarketteki yoğun mal arzı içersinde tanınmış olan ürünü seçmeye yardımcı oldukları için, mal veya hizmetleri

sadece dekoratif kullanımı ile markasal kullanımı arasında ayırım yapabilecek durumdadır¹⁵⁷.

Soyut renk ve renk kombinasyonları prensip olarak işletmenin mal ve hizmet-lerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye uygundur. Hatta uzaktan bakıldığında bile malın kökenini belirtebilirler. Soyut renk ve renk kombinasyonları alıcı üzerinde özel olarak dikkat uyandırabilir. Resim veya metinden çok daha kuvvetli olarak algılanabilir¹⁵⁸. Bu nedenle prensip olarak soyut renk ve renk kombinasyonlarının ayırt etme gücünün mevcudiyetinden hareket edilmelidir¹⁵⁹. Özellikle beyaz, krem, gri, siyah veya tamamen şeffaf olarak tanınan malların renkli bir ambalajda piyasaya sunulması halinde ya da geleneksel veya teknik olarak mutlaka belirli bir renge sahip olan mallar, farklı renge sahip ambalajda ayırt etme gücüne sahip olacaklardır¹⁶⁰. Münferit duruma göre TPE tarafından ayırt etme gücünün eksikliği tespit edilebilir.

Malın doğal renginin veya ticari hayatta yaygın olarak kullanılan paket renkleri ve dekoratif unsurların ayırt etme gücünden yoksun olduğu kabul edilmelidir¹⁶¹. Malın doğal rengi yanında, hitap edilen çevrenin görüşüne göre, malın değeri için etkili olan estetik amaçla renk verme veya tekniğin gereği olarak kullanılan renklerde de ayırt etme gücünün eksik olduğu kabul edilmelidir¹⁶². Flasterin mümkün olduğu kadar görünmemesini sağlayan renk, ayırt edici niteliğe sahip değildir. Tekstil ürünleri için de soyut renkler ayırt edici niteliğe sahip değildir; zira bu ürünler zaten müşterilerin zevklerine göre çeşitli renklerde piyasaya sunulmaktadır¹⁶³. Bu nedenle ayırt etme gücünün

kökenlerine göre ayırt etme işlevini kolaylıkla yerine getirirler (**BPatG- Aral/Blau I-GRUR 1999**, s.63).

¹⁵⁷ **Kunz-Hallstein**, s.394.

¹⁵⁸ Aynı yönde, **von Schultz**, GRUR 1997, s.716; **Kunz-Hallstein**, s.394.

¹⁵⁹ **Völker/Semmler**, s.98.

¹⁶⁰ **Grabrucker**, GRUR 1999, s.854.

¹⁶¹ **Ströbele**, GRUR 1999, s.1048; **Fezer**, Markenrecht, § 8 Rdn.189

¹⁶² **Fezer**, Markenrecht, § 4 Rdn.171 vd.

¹⁶³ **Völker/Semmler**, s.99.

tesbitinde, tescil için başvurusu yapılan mal ve hizmetlerin hitap ettiği çevrenin görüşüne göre değerlendirme yapılmalıdır¹⁶⁴.

Mutlak tescil engeli olarak ayırt etme işlevi soyut renk markalarında çok sert ölçütlere göre değerlendirilmemelidir¹⁶⁵. Diğer bir deyişle, soyut renk markalarında da düşük ayırt etme gücü yeterli sayılmalıdır¹⁶⁶.

Bununla birlikte, çok farklı renklerde kullanılması olağan olan mallar için soyut ambalaj rengi markası ayırt edici niteliğe sahip olamayacağından, tescil ancak MarkKHK m.7/II çerçevesinde düşünülebilir¹⁶⁷. Zira bu tür malların ambalajlarında soyut bir renk ancak kullanma ile ayırt edici niteliğe ulaşabilecektir. Ancak MarkKHK m.7/I bend (a)'daki mutlak red nedeni için, MarkKHK m.7/II gereğince tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak ve kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanması nedeniyle tescile imkan tanınmamıştır. Bu nedenle, böyle bir renk markasının MarkKHK m.7/I bend (c) veya bend (d) hükmü kapsamında değerlendirilerek, MarkKHK m.7/II gereğince tescili söz konusu olabilir.

2. Ses Markaları

Soyut bir renk ayırt etme gücüne sahip olabildiği gibi, yalnız bir ses de ayırt etme gücüne sahip olabilir¹⁶⁸.

Ses markasının ayırt etme gücünün değerlendirilmesi için, somut ürünle bağlantılı olarak ses markasının orijinalliği ve akılda kalıcılığına önem verilmelidir. Sözcük markalarından farklı olarak ses markalarının tam olarak hatırlanması nadiren mümkündür. Ses markasının sadece belirli karakteristik özellikleri akılda kalır. Bu nedenle ses markasında dikkat çekici özelliklerin

¹⁶⁴ Völker/Semmler, s.99; Alman Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları "magenta/grau", "magenta" ve "schwarz/zink-gelb" renk markaları için bkz. Ströbele, GRUR 1999, s.1049.

¹⁶⁵ Fezer, Markenrecht, § 8 Rdn.89 vd.; Böhmman, s.660; Alman Federal Mahkemesi, "violettfarben" kararında, renk markalarını, diğer marka biçimlerinden ayrı olarak değerlendirmek için bir sebebin bulunmadığını belirterek, bu görüşten hareket etmiştir, BGH, GRUR 2001, s.1154.

¹⁶⁶ "BGH-Farbmarke gelb/grün", GRUR 2002, s.429.

¹⁶⁷ Grabrucker, GRUR 1999, s.854.

¹⁶⁸ Becker, s.64.

bulunması gerekir. Ancak ses markası çok karmaşık bir yapıya da sahip olmamalıdır. Aksi halde yine ayırt etme gücünden söz edilemeyecektir¹⁶⁹.

Sadece ürünün tasvir edilmesini sağlayan ses markalarında, ayırt etme gücü eksik olabilir. Böyle bir etkinin söz konusu olup olmadığı somut ürüne bakarak değerlendirilebilir¹⁷⁰. Böylece örneğin biranın bardağa boşaltılması sırasında çıkan tipik sesin, bira için tescili istenirse, ayırt etme gücü eksik olacaktır. Zira bu sesi duyan, onu sadece ürünün tasviri olarak anlayacaktır¹⁷¹. Oysa susuzluğu gideren bir içecek için kaynağın şırıldaması gibi bir sesin marka olarak tescili istenirse, burada ayırt etme gücünün mevcut olduğu kabul edilebilir¹⁷².

Ses markasının uzunluğuna ilişkin genel bir sınırlama yapılamaz. Ancak ses MarkKHK m.5/I anlamında ayırt etmeye uygun olmalıdır ve bu nedenle markanın niteliği için gerekli uygun süreyi aşmamalıdır¹⁷³.

Tanınmış bir melodinin de marka olarak tescili mümkündür. Ancak bunun için melodinin ürün ile çok yakın bir bağlantısı bulunmamalıdır¹⁷⁴. Aksi halde işaretin ayırt etme gücü mevcut olmayacaktır. BPatG.'in "Mona Lisa" kararına göre¹⁷⁵, reklam unsuru ve vurgulama aracı olarak sık sık kullanılan ve belirli bir malın üreticisi veya satıcısı ile bağlantı kurmaktan uzak olan tanınmış sanat eserleri kopyalarının, kullanıldığı ürün bakımından ayırt etme gücüne ihtiyacı vardır.

Markanın içeriğini oluşturan bir melodi üzerinde, telif hakkının bulunması marka koruması bakımından önemli değildir^{176 177}. Bu durumda bir

¹⁶⁹ **Becker**, s.66.

¹⁷⁰ **Becker**, s.62, 63.

¹⁷¹ Bkz. **Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.51; aynı yönde **Grabruker**, MarkenR 3/2001 s.99.

¹⁷² **Becker**, s.64.

¹⁷³ Bkz. Alman Richtlinie Anmeldungen 4, c, (3); ayrıca bkz. **Becker**, s.63.

¹⁷⁴ Bkz. **Becker**, s.64.

¹⁷⁵ **BPatG-Mona Lisa**, GRUR 1998, s.1021.

¹⁷⁶ **Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn.274

¹⁷⁷ Tescil için başvurusu yapılmış olan işaret, başka bir şahsın adını, fotoğrafını içerebilir veya başkasının telif veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkının kapsamında bulunabilir. Bu durumda hak sahibi bu işaretin başkası tarafından marka olarak tesciline itiraz edebilir (MarkKHK m.8/V).

eserin marka olarak tescili, koruma süreleri geçmemişse, eser sahibinin haklarını ihlâl etmemesi halinde mümkündür¹⁷⁸.

3. Üç Boyutlu Markalar

Üç boyutlu markaların, özellikle tescile konu malın veya ambalajının biçiminden oluşan üç boyutlu markaların ayırt etme gücü konusuna doktrin ve mahkemeler tarafından tereddütle yaklaşmış, bu konuda daha sert ölçütler aranmıştır¹⁷⁹.

¹⁷⁸ **Poroy/Yasaman**, s.271.

¹⁷⁹ **Kur**, MarkenR 1/2000, s.4; **Kunz-Hallstein**, s.391. Çok yaygın olarak kullanılan ve üç boyutlu marka olarak tescil başvurusu yapılan mal paketlerinin önceden bilinen biçimlendirme olanaklarını açıkça aşan özgünlük ve orijinallığe sahip olmamaları halinde **BPatG** tarafından, öncelikle biçimlerin korunmasını amaçlayan endüstriyel tasarım hukuku ile marka hukuku arasındaki nitelik farklılığı ve üç boyutlu markalara hitap edilen çevrenin alışkın olmadığı gerekçeleriyle, ayırt etme gücü reddedilmiştir. Örneğin, özellikle içkiler için yaygın olan şişe biçimleri (Bkz. **BPatG-weisse Kokosflasche** GRUR 1998, s.581; **-kleine Kullerflasche** GRUR 1998, s.584.

Körner/Gründig-Schnelle de bu düşüncede olmakla birlikte, geliştirilen orjinallik gibi kriterlerin, marka hakkı üzerinden ürün korumasının sonsuzlaştırılması için asla kapı açmak istemeyen 89/104 sayılı Direktifin görevleri çerçevesinde kalması gerektiği düşüncesindedirler. Yazarlara göre, böylece endüstriyel tasarım koruması için istenen koşullara yaklaşmıştır (s.599).

Tekinalp de, malın şekli işlevini, teknik gerekliliğin zorunlu ve doğal biçimini aşan özgünlükteyse, şeklin, tasarım hukukuna göre korunduğu gibi marka olarak da tescil edilebileceği görüşündedir (**Fikri Mülkiyet**, s.348). Bu nedenle, **Tekinalp**'in de, üç boyutlu markanın ayırt edici niteliğini belirlemek için, tasarımların ayırt ediciliği için kullanılan ölçütün uygulanması gerektiği görüşünde oluğu sonucuna varabiliriz.

Oysa, **Ingerl/Rohnke**'ye göre, sözcük markalarında ayırt etme gücü ve serbest bırakma ihtiyacına ilişkin ölçütlerin, üç boyutlu markalarda da uygulanmaması için bir sebep yoktur. Burada da ufak farklılıklar, ayırt edicilik kriteri için yeterli olmalıdır. Hangi özelliklerin cinsi belirlediğine ilişkin objektif kriterlere yönelmek zorunlu görünür. Örneğin çay fincanı için ikinci kulp zorunlu bir özellik değilken, çorba kasesi için malın cinsine ilişkin zorunlu bir özellik söz konusudur (§ 3 Rdn.39; aynı yönde, **Kunz-Hallstein**, s.390; **Poroy/Yasaman** da, başka bir ölçütten söz etmeksizin, ayırt edici nitelikli üç boyutlu şekillerin marka olarak tescilinin mümkün hale geldiğini belirtmişlerdir s.270).

Ürün pazarında ürün biçiminin kullanılmasının engellenmesi tehlikesi de, ayırt etme gücüne ilişkin daha sert ölçütlerin uygulanmasını gerektirmez. Zira ayırt etme gücünün değerlendirilmesinde, ürün biçiminin serbest bırakılmasını gerektiren menfaat kriteri olarak dikkate alınmamaktadır (**BGH-Rado-Uhr** (EuGH'nin Ön Kararına Dayalı Karar) WRP 3/2001, s.272; Marka başvurusuna konu ürünün biçiminin marka olarak talep edilmesi halinde dahi, ayırt etme gücü için diğer marka türlerine uygulanan ölçütlerden farklı bir

MarkKHK'dan, üç boyutlu biçimlerin ayırt edici niteliğinin bulunduğu kabulü için orjinal olmaları gerektiği yönünde bir koşul çıkarılamaz. Üç boyutlu biçimlerin ayırt edici niteliğe ulaşması için karakteristik bir özelliğinin bulunması yeterlidir. Bu nedenle, göze çarpan ve sıradan üründen ayrılabilir özellikler taşıyan bir üç boyutlu cismin ayırt edici niteliğe ulaştığından söz edilebilir¹⁸⁰. Örneğin, sıradan bir küp, silindir veya piramit biçimi marka korumasından yararlanamamalıdır¹⁸¹.

Ticarete konu olan mallar, müşteriler tarafından yararlanılabilmeleri için piyasaya sürülürler. Bu nedenle malın biçimi ilk aşamada kullanım amacına göre belirlenir. Bu biçim, malın piyasadaki diğer mallardan ayırt edilmesini sağlayabilir. Bu nedenle ayırt etme gücünün var olup olmadığının belirlenmesi için, rakiplerin arz ettikleri malların biçimleriyle karşılaştırma yapılması gerekir¹⁸².

Ürün biçimleri ve paketleri, ürünün adı gibi kuvvetli bir hatırlama etkisi yaratabilir. Malın paketi ve ürünün biçimi, etiketinden daha dikkat çekici olabilir. Bu nedenle ürünün biçimi ya da paketinin ikinci derecede bir işaret olduğundan söz edilemez. Bunun sonucu olarak da üç boyutlu markaların

ölçüte ihtiyaç olmadığı yönünde, **EuGH-Koninklijke/Remington**, GRUR Int.2002, s.846; **BGH-Logo**, GRUR 2000, s.722, 723; **BGH-Likörflasche**, WRP 2000, s.1292).

¹⁸⁰ **Hagenmeyer**, s.911; aynı yönde, **Sambuc, Thomas**: "Das Freihaltebedürfnis an beschreibenden Angaben und der Ware selbst nach dem Markengesetz", GRUR 1997, s.403; aynı yönde, **EuGH-Mag Lite-Taschenlampen**, GRUR Int.2002, s.533

¹⁸¹ **Schrader, Leif U.**: "Das absolute Schutzhindernis der allgemeinen sprachgebräuchlichen und verkehrsblichen Bezeichnungen nach § 8 Abs.2 Nr.3 MarkenG und Art.7 Abs.1 lit. d G.MarkenV", WRP, 1/2000, s.80; **Körner/Gründig-Schnelle**, s.536. Üç boyutlu markaların ayırt edici niteliğinin incelenmesinde de MarkKHK m.7/I bend (e)'de anılan kriterlerden yararlanılacaktır. Çünkü marka, ürünün temel biçimine ne kadar yakınsa veya teknik-işlevsel özellikleri ile ne kadar kuvvetli olarak belirlenmişse ayırt etme gücü de o oranda kabul edilmeyecektir (**Kur**, MarkenR, 1/2000, s.5). Ancak yine de belirtelim ki, işaretin ayırt etme işlevine sahip olması ile serbest bırakılması gereken işaretler olup olmadığının incelenmesinde farklı menfaatler dikkate alınacaktır; bu nedenle her iki mutlak tescil engeline göre ayrı ayrı inceleme yapılmalıdır (Bu konuda bkz. yuk. d.pn.179 ve aşağı. d.pn. 210).

¹⁸² Endüstriyel tasarımlar için koruma sağlanıp sağlanmayacağı hususunda da benzer bir inceleme gerekir. Ancak endüstriyel tasarım hukukunda incelemenin konusu aynı zamanda tasarımın dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış bulunması iken (End.Tas.KHK m.6/I), marka koruması için mesele sadece ayırt etme işlevinin varlığına bağlıdır. Bu işlev, hitap edilen çevre açısından araştırılmalıdır. Bu nedenle biçimi tasarlayanın görüşü önemli değildir (**Eichmann**, s.188).

ayırt etme işlevinden söz etmek için, diğer marka türlerinden daha sert ölçütlerin uygulanmasına gerek yoktur¹⁸³.

B. DAHA ÖNCE TESCİL EDİLMİŞ BİR MARKA İLE AYNI VEYA AYIRT EDİLEMEYECEK KADAR AYNI OLAN MARKALAR

MarkKHK m.7/I b bendi uyarınca aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak¹⁸⁴ tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar tescil edilemez¹⁸⁵. Bu hususun değerlendirilmesinde de esas unsur¹⁸⁶-yardımcı unsur ayırımı dikkate alınacaktır. Ancak işaretin marka olarak tescil edilip edilmeyeceğinin belirlenmesinde, münferit unsurlardan ziyade, marka bir bütün olarak gözönünde bulundurulmalıdır¹⁸⁷.

Aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olmanın ne anlama geldiği hususunda MarkKHK'da açıklayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. MarkKHK'da konunun ayrıntılarının düzenlenmemiş olması ve bunların ilmi ve kazai içtihatlarla bırakılmış olması dolayısıyla, 551 sayılı MarkK.m.47 ile getirilen aynen kullanma kriterleri benimsenebilir^{188 189}.

¹⁸³ Benzer olarak **Hager**, s.572

¹⁸⁴ Markanın "aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle" ilgili olup olmadığının belirlenmesinde, tescil başvurusunda verilmesi gereken ve markanın kullanılacağı mal ya da hizmetlerin listesini gösteren belge (MarkKHK m.23/I c) esas alınır. Değerlendirme Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın BİK-TPE 96/2 no'lu Tebliği'ne göre yapılır. Tebliğ'de ticaret ve hizmet markaları sınıflara ayrılmış, sınıflar da kendi içerisinde aynı tür mal ve hizmetleri kapsayacak şekilde ayrıca gruplandırılmıştır (m.4). Bir mal ya da hizmet, yer aldığı grup içerisindeki diğer mal veya hizmetlerle aynı türden sayılır (m.6). Ancak farklı sınıflara ve gruplara dahil olmalarına rağmen, birbirleri ile iltibas yaratacak nitelikte ve halkı yanıltarak kamu düzenini bozacak şekilde ilişkili olan mal veya hizmetler de aynı tür mal ve hizmet olarak değerlendirilir (m.9).

¹⁸⁵ Bu mutlak tescil engeli, aynı zamanda nisbi tescil engelleri arasında da sayılmıştır. Böylece, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı işareti daha önce marka olarak tescil ettirmiş veya tescil için başvuru yapmış olanlara da itiraz hakkı tanınarak, TPE'nin gözünden kaçan bir duruma müdahale olanağı getirilmiştir (Bu yönde, **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.342, 343; bu düzenlemenin tutarlı bir davranış olmadığı hususunda bkz. **Arkan**, Marka, s.72, 75).

¹⁸⁶ Markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur, esas unsurdur (551 sayılı MarkK m.6/II; ayrıca bkz. **Arkan**, Marka, s.78).

¹⁸⁷ **Arkan**, Marka, s.76; **Karahan**, Hükümsüzlük, s.16.

¹⁸⁸ **Karahan**, Hükümsüzlük, s.46.

Bir markanın dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar az değiştirilerek kullanılması, aynen veya ayırt edilemeyecek kadar aynen kullanma sayılır. Bu durum, her somut olayda incelenmelidir. Ancak böyle bir durumun varlığından söz edebilmek için, söz konusu markanın esas unsurları bozulmamış ve ayırt edici nitelik kazanacak şekilde değiştirilmemiş olmalıdır¹⁹⁰.

Yardımcı unsur niteliğindeki şekil, yazı ve benzer nitelikteki işaretin aynen alınması halinde aynen kullanmadan söz edilemez. Önemli olan markaların esas ve karakteristik unsurlar bakımından birbirinden ayırt edilebilmesidir. Bu unsurlarda yapılacak basit ilaveler veya değişiklikler aynen veya ayırt edilemeyecek kadar aynen kullanmanın varlığını ortadan kaldırmaz¹⁹¹.

Tescili istenen markanın, daha önce tescil edilmiş ya da tescili konusunda başvuruda bulunmuş markanın aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar aynı olup olmadığı, TPE tarafından re'sen değerlendirilir. Buna göre konu, soyut renk markaları, ses markaları ve üç boyutlu markalar için ayrı ayrı ele alınmalıdır.

1. Soyut Renk Markaları

Soyut renk markalarında, kullanılması mümkün renk tonlarının sonsuz sayıda olması nedeniyle tam marka özdeşliği ancak istisnai durumlarda söz konusu olacaktır. Marka olarak korunan renk tonundan veya renk kombinasyonundan ufak bir sapma olması halinde artık özdeş bir işareten söz edilemeyecektir¹⁹².

Renkli biçim markalarında, tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın başkası tarafından farklı renkte kullanılması aynen veya ayırt

¹⁸⁹ Alman Hukukunda yeni marka yasasıyla birlikte marka hukukunda yeni bir başlangıç yapıldığına ve WZG'nin hükümlerinin yorumuna başvurmanın yeni yasanın açıkça veya zımnen WZG'ye dayanması halinde söz konusu olabileceğine ilişkin bkz. BT-Drucksache, 12/6581, A, IV, s.59.

¹⁹⁰ **Karahan**, Hükümsüzlük, s.50.

¹⁹¹ **Karahan**, Hükümsüzlük, s.50.

¹⁹² **Fezer**, Markenrecht, § 14 Rdn.103 ff

edilemeyecek kadar aynen kullanmadır. Önceki markanın renksiz veya belirli bir renkte tescil ettirilmiş olması sonucu değiştirmez¹⁹³.

Soyut renk markalarında ise, ancak insan gözüyle ayırt edilemeyecek kadar ufak tonlama farklılıkları “ayırt edilemeyecek kadar aynı” kavramına dahil edilmelidir. Bu nedenle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı rengin belirgin biçimde farklı bir tonunun kullanılmasını, MarkKHK m.7/I (b) bendinin içerisinde değerlendirmemek gerekir. Böylece tescil başvurusunda bulunanların rakiplerine, farklı renk tonlarının kullanılması yoluyla farklılık yaratma olanağı sağlanabilecektir¹⁹⁴.

2. Ses Markaları

Ses markasını tam olarak hatırlamanın güçlüğü nedeniyle, ses markasının MarkKHK m.7/I (b) bendi uyarınca benzerliğinin tesbitinde her iki işaretin farklı yönleri değil, müşterek özellikleri incelenmelidir¹⁹⁵. Örneğin melodinin bir kısmının atılması benzerliğin varlığını önlemez. Aynı olan iki melodide farklı bir enstrüman ya da ses renginin kullanılması halinde de, her iki işaretin ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğu kabul edilmelidir¹⁹⁶.

Ses markalarının benzerliğinin değerlendirilmesinde, prensip olarak nota yazısına değil, sessel ifadeye yönelinmelidir¹⁹⁷. Tek başına çizimsel ifadeden, ses markasının karakteristik ve akustik özelliklerini ortaya koyan kısımlarının söz konusu olup olmadığı anlaşılacağı için, sessel ifadesi önemlidir. Zira notanın sesle ifadesinde yorum veya orkestrasyon farklılıkları söz konusu olabilir^{198 199}.

¹⁹³ **Öçal**, s.418.

¹⁹⁴ **BGH-violettfarben**, GRUR 2001, s.1156.

¹⁹⁵ **Fezer**, Markenrecht, § 14 Rdn.157; **Becker**, s.67.

¹⁹⁶ Aynı yönde, **Becker**, s.67.

¹⁹⁷ **Becker**, s.68; **Fezer**'e göre ise, çizimsel ifadenin önceliğinden hareket edilmelidir. Sessel ifade, tescil edilmiş olan ses markasının korunma kapsamının değerlendirilmesinde sadece somutlaştırıcı olarak dikkate alınabilir (Markenrecht, § 3 Rdn.273).

¹⁹⁸ **Becker**, .68; **Ströbele**, GRUR 1999, s.1044.

¹⁹⁹ Ses markalarının benzerliğinin tesbitinde, basit melodilerin eser niteliğini tespiti ilişkin olarak FSEK'te kullanılan kriterlerden yararlanmak söz konusu olabilir (**Ingerl/Rohnke**, § 3, Rdn.27).

3. Üç Boyutlu Markalar

Üç boyutlu markaların benzerliğinin tespitinde de işaretlerin genel etkisi üzerinde durulmalıdır. Malın biçimi veya ambalajı bütün olarak veya bir kısmı itibarıyla²⁰⁰ ya da bir sözcük markasıyla²⁰¹ birleştirilerek tescil edilebilir. Bu durumda da tescil edilen işaretler bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle üç boyutlu mal veya ambalaj biçimi üzerindeki işaret tek başına ayırt ediciliği sağlıyorsa, artık üç boyutlu biçim marka korumasından yararlanamaz. Bu durumda aynı veya benzer mal veya ambalaj biçiminin başka bir işaretle kullanılması marka hakkına tecavüz de sayılmayacaktır. Ancak burada da hitap edilen çevre, malın veya ambalajının biçimini ayırt edici olarak görebilirse, tescil edilen bu biçime de koruma sağlanmalıdır. Bu durumda, ayırt edici nitelikteki üç boyutlu mal veya ambalaj biçiminin üzerine eklenen kelime, şekil gibi unsurlar benzerliğin tesbitinde kural olarak inceleme dışı kalmalıdır.

İşaretin bazı unsurlarının geri planda kalmasına ve bunlar ürünün genel görünümünü ortaya koymamasına rağmen, bazen hitap edilen çevre tarafından, geri planda kalan unsurlar da kökeni ayırt edici, bağımsız işaret olarak görülebilir. Örneğin otomobil üreticileri, bir radyatör paneli vasıtasıyla kökeni ayırt etmeyi sağlayabilirler. Bu nedenle, böyle bir unsurun varlığı halinde benzerliğin tesbiti için genel görünüm değil, kökeni ayırt edici olarak rol oynayan unsura yönelinmelidir²⁰².

Ayrıca, benzerliğin belirlenmesinde MarkKHK m.7/I bend (e) anlamında malın yapısından kaynaklanan, teknik olarak zorunlu olan ve mala asli değerini veren biçimsel özellikler inceleme dışı kalmalıdır²⁰³. Diğer bir deyişle, korunmayan unsurlar ayrılmalı ve geriye kalan unsurlardan markanın genel etkisi belirlenmelidir. Böylece çok benzer ürünlerde işaretin genel etkisinin çok farklı olduğu sonucuna varılabilir²⁰⁴. Çünkü aksi takdirde,

²⁰⁰ Örneğin bir kalemin koruyucu kapağı ya da kalemi iliştiirmeye yarayan pensi

²⁰¹ Örneğin çikolata paketinin, paket üzerindeki çikolata ismiyle birlikte tescili

²⁰² **Hager**, s.571.

²⁰³ **Hager**, s.569, 570;aynı yöndeki karar için bkz. **BGH Mag-Lite**, GRUR 2000, s.888 vd.

²⁰⁴ End.Tas.KHK m.7/III de, ayırt edici niteliğin değerlendirilmesinde, birbirleri ile kıyaslanan tasarımların ilke olarak farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilmesini ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip bulunduğu gözönüne alınmasını istemiştir.

pazardaki diğer rakiplerin, ürünlerine biçim verme özgürlüğü aşırı daraltılmış olacaktır^{205 206}.

C. SERBEST İŞARETLER

KHK m.7/I'nin (c) bendinde, ticaret alanında cins, çeşit, 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 esas unsur olarak içeren işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği gösterilmiştir²⁰⁷. Hükümde belirtilen nitelikteki işaretler üzerinde bir kişiye marka hakkı tanınması, tasviri nitelikteki işaretin tek bir kişinin tekeline bırakılmasına ve rekabet imkanının haksız bir şekilde sınırlandırılmasına yol açardı²⁰⁸. Bu nedenle işaretin serbest bırakılması gereğinden söz edebilmek için, münferit durumda çevrenin tasviri işaretin serbest bırakılması ihtiyacına sahip olması gereklidir^{209 210}.

²⁰⁵ Hager, s.570.

²⁰⁶ Hitap edilen çevre, biçim markalarını iki boyutlu ifade biçimi ile değil, fiili kullanımına uygun şekilde algılar. Bu nedenle, sicilden doğrudan doğruya anlaşılmayan biçimsel özellikler, benzerliğin tespitinde inceleme dışı bırakılırsa, biçim markalarının ayırt edici işlevi, sicil hukuku ile ilgili amaçlar taşıyan hükümlerle zedelenecektir. Ancak, sicilden doğrudan doğruya anlaşılmayan özelliklerin dikkate alınması, doğal olarak bu yolla tescil kararına esas oluşturan işareten başka bir işaretin korunmasına neden olacak kapsamda olmamalıdır (Hager, s.571).

²⁰⁷ Aynı hal, Mark.KHK m.42/I (a)'da aynı zamanda bir hükümsüzlük nedeni olarak da düzenlenmiştir. Ancak tasviri işaretlerin aynı zamanda hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmiş olması, TPE'nin bir işaretin serbest bırakmaya ihtiyaç gösterip göstermediği hususunda çok düşük bir ölçütten hareket etmesini gerektirmez. Özellikle yeni çıkan bir ürünün cinsini belirten adı, biçimi (örneğin tablet biçiminde deterjan) birden fazla işletmenin kullanmasına rağmen tescilinin kabul edilmesi halinde, bu ilk tescil ettiren için büyük avantaj sağlayacak, rakiplerin bu işareti kullanmasını önleyebilecektir. Benzer olarak bkz. Ströbele, GRUR 2001, s.661.

²⁰⁸ Arkan, Marka, s.77 dnp.23; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s.345; Kleiner, s.110, 111; Beyerle, s.69 vd.

²⁰⁹ BT-Drucksache 12/6581, § 8'e ilişkin gerekçe, s.70.

²¹⁰ Ayırt etme gücünün eksikliği, kavramsal olarak serbest bırakma ihtiyacından ayrılmalıdır. Ayırt etme gücünün mevcut olup olmadığı, ilgili çevrenin görüşüne göre belirlenir. Serbest bırakma ihtiyacının belirlenmesinde ise, işaretin tekel altına alınmasının rakiplerin aleyhine olup olmadığı incelenir. Bu, farklı inceleme ölçütlerini gerektirir (Ingerl/Rohnke, § 8 Nr.18). Gerçi serbest bırakma ihtiyacının belirlenmesinde de çevre görüşü

Ticaret alanında cins ve çeşit gösteren işaretler değerlendirilirken, tescilin talep edildiği mal grubu açısından bir cinsi veya çeşidi ifade edip etmediği araştırılmalıdır. Tescilin talep edildiği mal sınıfı içerisinde böyle bir cins veya çeşidin bulunmaması halinde ise, bir başka mal sınıfı açısından bir cins veya çeşidi ifade etse dahi, bu işaret o mal sınıfı açısından cins veya çeşit gösteren bir ibare ve dolayısıyla tasviri işaret olarak değerlendirilmemeli, KHK m.7/I bend (c) kapsamına dahil edilerek tescil reddedilmemelidir²¹¹.

dikkate alınmaktadır. Ancak ayırt etme gücünün tesbitinde, mesele sadece, işaretin belirli mal veya hizmetin kökenini gösterip göstermediğine ilişkin olarak çevrenin subjektif anlayışına bağlı iken, serbest bırakma ihtiyacı objektif zorunluluklar nedeniyle mevcuttur. Burada mal veya hizmeti satan ve satın alan kimselerin görüşleri önemlidir (**Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.61, 62).

Tasviri işaretlerde, genellikle hitap edilen çevre tarafından ayırt edici işaret özelliği de görülmez. Bu nedenle, işaretin MarkKHK m.7/I (c) bendine göre serbest bırakmayı gerektiren bir işaret niteliğinde olması ve MarkKHK m.7/I (a) bendi gereğince ayırt etme gücüne sahip olmaması hallerinin mutlak tescil engeli oluşturması, birlikte ortaya çıkacaktır.

Tasviri işaretlerin mutlak tescil engeli olarak düzenlenmesinin sebebi, sadece ilgili çevrenin değil, aynı zamanda aynı tür mal veya hizmeti arz eden diğer kimselerin de menfaatinidir. Tescil başvurusunda bulunan için önemli menfaat, işaretin tescil edilerek onun üzerinde mutlak bir koruma hakkı elde etmektir.

Ayırt etme gücünün mevcut olmaması nedeniyle tescil başvurusunun reddi durumunda ne rakiplerin, ne de tescil başvurusunda bulunanın menfaatleri korunmaktadır. Burada asıl amaç, hitap edilen çevrenin menfaatinin korunmasıdır. Bu nedenle her iki mutlak tescil engeline göre ayrı ayrı inceleme yapılmalıdır (**Beyerle**, s.65).

İşaretin ayırt etme gücü mevcut olmasına rağmen serbest bırakma ihtiyacı mevcutsa, bu da tescil talebinin reddine yol açacaktır. Bu durum daha çok tanınmamış yer adlarında söz konusu olabilir. Hitap edilen çevre bu yer adını bilmediği için, ad ayırt etme gücüne sahip olacak, ancak bu yerde faaliyet gösteren diğer işletmelerin menfaati için işaretin serbest bırakılması gerekecektir (**Beyerle**, s.30, 31).

Tescil talebini red için, sadece bir koruma engelinin mevcut olması yeterli olduğundan, serbest bırakma ihtiyacının kolaylıkla tespit edilebilmesi nedeniyle, inceleme önce buna göre yapılmalıdır (**Ingerl/Rohnke**, § 8 Nr.18). Alman Richtlinie Markenmeldungen 4, b'ye göre de, ayırt etme gücünün değerlendirilmesi, önemli ölçüde çevrenin markayı tasviri işaret olarak anlayıp anlamadığına bağlıdır. Bu nedenle, ayırt etme gücünün incelenmesi genellikle işaretin tasviri işaret olup olmadığının incelenmesinden sonraya bırakılır (İşaretin ayırt etme gücü ile serbest bırakmayı gerektirip gerektirmediği hususlarının bağımsız incelemeyi gerektirdiği konusunda bkz. **Ströbele**, GRUR 2001, s.662).

²¹¹ **Karahan**, Hükümsüzlük, s.56; **Ströbele**, GRUR 2001, s.661; aynı yönde, BT-Drucksache 12/6581, § 8'e ilişkin gerekçe, s.70.

Tasviri işaretler olarak adlandırılan tüm bu işaretlerin marka olarak tescil edilmelerinin caiz olmaması, bir markanın esas unsuru olarak tescil edilmelerinin caiz olmaması anlamına gelmektedir. Bunlar bir markada yardımcı unsur olarak bulunabilirler²¹². Önemli olan, işaretin, bir mal ve hizmetin karakteristik özelliklerinden birini doğrudan doğruya içermemesi ya da çağrıştırmamasıdır²¹³. Diğer bir deyişle, markanın, mal veya hizmetin kendisi ya da cinsini doğrudan doğruya veya özel bir zihni çaba harcamaya gerek kalmadan anlatması halinde, tescil talebi reddedilmelidir²¹⁴.

1. Soyut Renk Markaları

Soyut renk markaları için, mutlak biçimde bir serbest bırakma ihtiyacı söz konusu değildir²¹⁵. Bu nedenle rengin, mal veya hizmete göre²¹⁶ çevrede tür, nitelik veya diğer özelliklere ilişkin tasviri işaret olarak serbest bırakılmasının gerekir gerekmediği, her münferit durumda ayrıca incelenmelidir^{217 218}.

²¹² **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.345; **Karahan**, Hükümsüzlük, s.54; **Camcı**, s.35.

²¹³ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.347; **Sambuc**'a göre, tasviri işarete benzer tüm işaretlerin tescili talebi reddedilirse, TPE adeta marka tescilini engelleme makamına dönüşebilir. Bu nedenle, tasviri işaretlere dayanan kavramların tesciline izin verilmeli, bir tecavüz davası söz konusu olduğunda serbest bırakma ihtiyacının incelenmesi hususu tamamlanmalıdır (GRUR 1997, s.403). Ancak belirtelim ki bu, başvuru aşamasında tasviri bir işaretin söz konusu olup olmadığının incelenmemesi anlamına gelmemelidir. MarkKHK'nın sistemi, başvuru aşamasında işaretin mutlak tescil engelleri açısından incelenmesini gerektirir. Çünkü hukuk güvenliği, tescilli markaya sağlanan tekel hakkı nedeniyle mutlak koruma engellerinin mümkün olduğu kadar erken tesbitini gerektirmektedir (Bu yönde bkz. **Ströbele**, GRUR 2001, s.660).

²¹⁴ Aynı yönde, **Tekinay, Selahattin Sulhi**: "Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara 1988, s.76.

²¹⁵ **Völker/Semmler**, s.99; **Berlit**, Rdn.87

²¹⁶ Böylece mallarını dolaşıma sokmak isteyen rakipler, malın niteliklerini, görünümünü malın tanıtımında serbestçe kullanmak isterler. Bu nedenle bir marka ihlâline neden olmamalıdır (**Beyerle**, s.146).

²¹⁷ **Völker/Semmler**, s.99; Bkz. **BGH House of Blues**, GRUR 1999, s.989.

²¹⁸ Alman Richtlinie Anmeldungen 4 f'ye göre, marka tasviri işaret yanında en azından tescil edilebilir nitelikte bir unsuru içerirse, tescil edilebilir. Markanın genel etkisi bakımından tescil edilebilir nitelikteki unsur açıkça geri planda kalsa da, marka tescil edilebilir. Ancak olağan yararlanma sırasındaki markanın boyutu bakımından da tescile temel oluşturan unsur fark edilebilir olmalıdır.

Soyut renklerin genel olarak serbest bırakılması gerektiğini ileri sürenler, bunun gerekçesi olarak renklerin tekel haline getirilmesi tehlikesini ve renklerin az sayıda olmasını göstermişlerdir²¹⁹. Oysa marka koruması ile koruma altına alınan bütün işaretler tekel haline getirilmektedir. Ayrıca renk sayısının az olması sadece temel renkler için söz konusudur ve temel renklerde dahi varyasyon yaratma olanakları mevcuttur²²⁰.

Soyut renk markalarının tescili nedeniyle renk dünyasının tamamen tekel haline gelmesinden korkulmamalıdır. İnsan, görülebilir spektral alanda yaklaşık 7 milyon renk tonunu ayırabilir²²¹. Renk kombinasyonlarının yardımıyla bu potansiyel daha da artacaktır. Belirli bir renk tonu üzerinde somutlaştırma sağlanırsa, artık renklerin tekel altına alınması tehlikesi de söz konusu olmayacaktır²²².

Haksız tekelleşmeyi engellemek için, ancak temel renklerin serbest bırakılması gerektiği sonucuna varılabilir. MarkKHK m.7 bend (d) gereğince ticaret alanında herkes tarafından kullanılan işaret veya adlar marka tescilinde red için mutlak tescil engelleri arasında sayıldığı için, bu düzenlemeye kıyasen soyut temel renklerin tescilinin mümkün olmadığı sonucuna varılabilir²²³.

Soyut renk markalarının yeterli ayırt etme gücünün bulunmadığına ilişkin olarak ileri sürülen sebepler, tasviri işaretlere ilişkin serbest bırakma ihtiyacının belirlenmesi için de ileri sürülmüştür. Bu nedenle, malın doğal

²¹⁹ “HABM-Aral-Blau-Weiss”, GRUR Int. 2001, s.69 vd. Bu görüşler için ayrıca bkz. *Völker/Semmler*, s.99; *Camcı*, s.29.

²²⁰ *Böhmman*, s.660.

²²¹ *BPatG* ise, “gelb/schwarze Farbmarke” kararında, insanlarda renk algılama kusurunun çok yaygın olduğunu, bu nedenle çoğu durumda, hitap edilen çevrenin önemli bir kısmının farklı renkleri özdeş olarak gördüklerini, renk nüanslarının ancak uygun bir ışık altında ayırt edilebildiğini belirtmiştir (MarkenR 5/2000, s.188).

²²² *Völker/Semmler*, s.99.

²²³ Aynı yönde, *Ingerl/Rohnke*, § 3 Rdn.32; *Grabrucker*, § 8 (2) Nr. (3) MarkenG gereğince dilsel olarak yaygın işaretlere kıyasla aynı sonuca ulaşmaktadır, (MarkenR 3/2001, s.102). *Kunz-Hallstein* ise, renk tonlarının çeşitliliği ve insanların renkleri yüksek algılama yeteneği nedeniyle, temel renklerin olağan olarak rakipler tarafından ihtiyaç duyulan tasviri işaretler olarak sayılması gerekip gerekmediğinin dahi şüpheli görüldüğünü belirtmiştir (s.394).

renği serbest bırakmayı gerektirir²²⁴. Örneğin ayçiçeği özünden üretilen bitkisel yağ için sarı renk mutlak tescil engelidir²²⁵.

Malın niteliği bakımından sık sık renk değişiminin söz konusu olduğu mallarda, renkler niteliği belirleyici işleve sahiptir. Örneğin elbise için soyut bir rengin marka olarak tescil edilmemesi gerekir. Gerçi burada rengin doğrudan doğruya tanımlayıcı özelliği bulunmamaktadır; ama moda endüstrisinde, renkler moda ve dekorasyon aracı olarak hizmet etmektedir. Bu sektördeki rakipler için tüm renkler serbest kalmalıdır²²⁶.

Ürünün özelliklerini değerlendirmek için sembol nitelikteki renkler de tescil edilmemelidir. Örneğin, bitkisel ürünler için yeşil mutlak tescil engeli olarak değerlendirilmelidir²²⁷.

Bu nedenle, serbest bırakma ihtiyacının belirlenmesinde, renklerin malın özelliklerine ilişkin bilgi olarak kullanımının söz konusu olup olmadığı incelenmelidir. Fakat bu değerlendirmede mutata kullanım alışkanlıkları da dikkate alınmalıdır²²⁸.

2. Ses Markaları

Sesin sadece ürünün tasvir edilmesini sağlayıp sağlamadığı somut ürüne bakarak değerlendirilebilir²²⁹. Böylece örneğin biranın bardağa boşaltılması sırasında çıkan tipik sesin bira için tescili istenirse, ayırt etme gücü eksik olduğu gibi, serbest bırakma ihtiyacına da sahip olacaktır. Zira bu sesi duyan, onu sadece ürünün tasviri olarak anlayacaktır²³⁰.

²²⁴ Fezer, Markenrecht, § 8 Rdn.1

²²⁵ Völker/Semmler, s.99.

²²⁶ Grabruker, MarkenR 3/2001, s.102; Renk adı da, elbise gibi mallarda malı tanımlayıcı sayılarak, tasviri işaretler arasında sayılmaktadır (Marbach, s.67).

BPatG, “gelb/schwarze Farbmarke” kararında marka olarak seçilecek rengin, malın salt estetik donanımı ile ilgili olmaması gerektiğini belirtmiştir (MarkenR 5/2000, s.188).

ABD Marka Hukukunda, biçime bağlı renk markalarında da, rengin teknik veya estetik bakımdan işlevsel olmaması koşulu da aranmaktadır (Caldarola, GRUR Int.2002, s.116).

²²⁷ Grabruker, MarkenR 3/2001, s.102; aynı yönde, Marbach, s.67.

²²⁸ BGH-violettfarben, GRUR 2001, s.1156.

²²⁹ Becker, s.62, 63.

²³⁰ Bkz. Ingerl/Rohnke, § 8 Rdn.51; aynı yönde Grabruker, MarkenR 3/2001 s.99.

Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan melodi veya sesler de serbest olarak kalmalıdır. Bu nedenle, tanıtım amacı için çok sık olarak kullanılan ses işaretlerinin marka olarak tescili talebi MarkKHK m.7/I bend (d)'ye dayanılarak reddedilmelidir²³¹.

3. Üç Boyutlu Markalar

Malın kendi biçimi veya ambalajının marka olarak seçilmesi, ürünün biçiminin tekel altına alınması tehlikesini yaratmaktadır²³².

MarkKHK m.7/I bend (e)'ye göre, "malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan, şeklini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler" marka olarak tescil edilemez²³³. Hükümün amacı, marka hakkı ile marka sahibinin, kullanıcı tarafından rakiplerin mallarında da aranabilecek teknik çözümler veya yararlanma özellikleri için tekel elde etmesini engellemektir²³⁴.

Hüküm, tescilde mutlak tescil engeli olarak üç boyutlu biçimler yanında iki boyutlu biçimleri de kapsar²³⁵.

²³¹ Schrader, s.80.

²³² Mala esaslı değerini veren biçimlerde serbest bırakma ihtiyacının değerlendirilmesinde, potansiyel alıcıların görüşleri ön planda olmakla birlikte rakibin menfaatleri de dikkate alınmalıdır. Biçimin malın özgün doğal yapısından ortaya çıkıp çıkmadığı veya sadece teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olup olmadığı konusunda ise tamamen bağımsız inceleme gerekir (Eichmann, s.190).

²³³ MarkKHK m.7/I bend (e)'deki bu hüküm, 89/104 sayılı AB Direktifi m.3(1) e'den alınmıştır. Alman hukukunda, Direktifteki bu hükmün kaynağının 1975 tarihli Benelux Marka Yasası Art.1 Abs.2 olduğu belirtilerek, Alman MarkenG.'e de alınan bu hükmün yorumunda Benelux ülkelerindeki içtihatlardan yararlanılması gerektiği ileri sürülmüştür. Oysa Direktif Art.3 Abs.1 e hükmü Benelux Marka Yasası Art.1 Abs.1 ile tamamen paralel olmadığı gibi, bağımsız olarak yorumlanması gereken bir Avrupa Hukuku hükmü söz konusudur (Bkz. Kur, Annette: "Die Harmonisierung der europäischen Markengesetze Resultate-offene Fragen-Harmonisierungslücken", GRUR 1997, s.246, 247; ayrıca bkz. BT-Drucksache, 12/6581, A, IV, s.59).

²³⁴ EuGH-Koninklijke Philips/Remington, GRUR Int.2002, s.848.

²³⁵ Ingerl/Rohnke'ye göre, bu hükmün kapsamına malın iki boyutlu ifadesi girmez. Malın iki boyutlu ifadesine ilişkin tescil başvurusu MarkKHK m.7/I bend (a) ve (c) bendlerine göre incelenebilir. Fakat, mal sadece teknik unsurlardan oluşmaktaysa, malın basit çiziminin marka olarak tescil edilememesi genelleştirilemez. Aksine, mesele biçimin teknik sonuca ulaşmak için zorunlu olup olmamasına bağlıdır. Diğer bir deyişle burada MarkKHK m.7/I bend (e)'nin uygulanması söz konusu olacaktır (§ 3 Rdn.29, Rdn.37 ayrıca Rdn.34;

MarkKHK m.7/I bend (e)'de malın paketinden söz edilmemiş; sadece malın biçiminden söz edilmiştir²³⁶. Fakat paketin sadece nesnel olarak değil, işlevsel olarak da malın parçası haline gelecek şekilde malla bağlantılı olması söz konusu olabilir. Örneğin spreyci kutuları işlevsel olarak mala bağlıdır²³⁷. Bu durumda malın paketi de sıradan bir biçime sahip olduğu takdirde MarkKHK m.7/I bend (e) kapsamında değerlendirilmelidir.

Teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan biçim, serbest bırakılması gereken biçimdir. Bu bend hükmünün çok geniş olarak yorumlanması üç boyutlu markaların tescilini zorlaştıracak, çok dar olarak yorumlanması ise malların gereğinden fazla sonsuz süreli olarak korunmasına yol açacaktır. Teknik bir buluşun yansıdığı biçime marka koruması verilirse, bu koruma yoluyla sağlanan tekel, herhangi bir rakip tarafından ürünün teknik bakımdan geliştirilmesini önler. Bu nedenle hükmün amacı, ürünün teknik sonuçlarının marka hakkı yoluyla tekel altına alınmamasıdır²³⁸. Teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan biçim, marka koruması yoluyla sonsuz süreli bir koruma altına alınmamalı, sadece patent ve faydalı model korumasından yararlanabilmelidir²³⁹ ²⁴⁰. Tetra-pak kutuların kapak yapısı teknik olarak zorunludur; patent korumasından yararlanabilir; ama marka olarak tescil edilemez²⁴¹. Ancak teknik olarak zorunlu olmakla birlikte, mala teknik işlevi aşan özellik eklenirse, örneğin kelime veya resimleri içerirse, artık bu biçim

MarkKHK m.7/I (e) hükmünün, üç boyutlu şekillerle ilgili olup, iki boyutlulara uygulanmayacağı hususunda aynı yönde, **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.348; **Fezer**'e göre ise, bu hüküm tüm marka biçimleri için uygulanmalıdır. Zira bu hüküm markanın maldan bağımsızlığı ilkesinin somutlaştırılmasından başka bir anlama sahip değildir WRP 6/99, s.578; aynı yönde, **Kur**, MarkenR 1/2000, s.3; **Kunz-Hallstein**, s.390).

²³⁶ 89/104 sayılı Direktif Art.3 Abs.1(e)'de de sadece malın biçiminden söz edilmiştir.

²³⁷ **Eichmann**, s.186; aynı yönde, **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.38

²³⁸ **Fezer**, Markenrecht, § 3 Rdn.230

²³⁹ **Körner/Gründig-Schnelle**, s.537.

²⁴⁰ Marka hakkı ve patent hakkının koruma amaçları farklıdır. Farklı özel koruma haklarının bağımsız olarak yan yana bulunması mümkündür. Bu nedenle, bir ürünün aynı anda farklı özel koruma hükümleri yoluyla korunması mümkündür. Ürüne ilişkin patent hakkının iptali, marka korumasını etkilemez (Bkz. **Ingerl/Rohnke**, Einl.Rdn.6). Marka koruması, patent gibi buluş niteliğindeki faaliyet için ödül niteliğinde değildir. Marka hukukunda taklit özgürlüğü prensibi geçerli olmadığından, koruma süresinin sınırsız olarak uzatılması mümkündür (**Grabruker**, MarkenR 3/2001, s.103).

²⁴¹ **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.30

için marka koruması sağlanmalıdır²⁴². Bu nedenle, belirleyici olarak malın biçiminin malın işlevini yerine getirmesi için zorunlu olup olmadığına dikkat edilmelidir²⁴³.

Fakat ürün için ayrıca patent gibi bir koruma söz konusu ise, bunun marka korumasını önleyeceği sonucu da çıkarılmamalıdır. Bununla birlikte, patent korumasının mevcudiyeti, teknik zorunluluk için belirti olabilir^{244 245}.

Teknik ilerleme sağlayan özelliklerin sonsuz bir zaman için rakip tarafından tekel haline getirilmemesinde halkın da menfaati bulunmaktadır. Bu nedenle **Ingerl/Rohnke** tarafından aynı değerde başka alternatif mevcut değilse, diğer bir deyişle, amaçlanan teknik sonuç ancak bu şekil sayesinde elde edilebilir ise, bu üç boyutlu biçimin marka korumasından yararlanamayacağı ileri sürülmüştür²⁴⁶. Oysa teknik amacın gerçekleştirilmesi için başka alternatifin mevcut olmaması zorunluluğu kriter olarak alınmamalıdır. Kuşkusuz böyle bir durumda mutlak tescil engelinin mevcudiyeti daha kolay

²⁴² **Eichmann**, s.186;**Ströbele**, GRUR 1999, s.1043.

²⁴³ **Körner/Gründig-Schnelle**, s.536.

²⁴⁴ **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.35

²⁴⁵ 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğü m.7(3), m.7(1) bend (e) hükmünü, kullanım sonucu ayırt edicilik kazanacak işaretler arasında belirtmemiştir. Bu düzenleme, teknik olarak zorunlu ya da ürünlerin kendi doğasından kaynaklanan biçimler için sonsuz olarak tekel hakkı elde edilememesi düşüncesine dayanır (**Kur**, MarkenR, 1/2000, s.3)

²⁴⁶ **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.41

Fezer'e göre de, teknik sonuca ulaşmak için, başka bir biçimden yararlanma olanağı, bu biçimin marka yeteneğini kabul etmek için yeterlidir (Markenrecht, § 3 Rdn.230).

Camci'ya göre de, endüstriyel tasarım hukuku, teknik zorunluluğun sonucu olan tasarımlara koruma sağlamamaktadır. Burada gerekli ölçüt, aynı işlevin sağlanması için, başka biçimden yararlanmanın mümkün olup olmamasıdır. Aynı işlev başka bir biçim ile sağlanamıyorsa, teknik bir zorunluluk söz konusudur. Aynı ölçüt marka hukuku için de geçerlidir (s.36 ve 37).

Kur'a göre ise, şeklin teknik amaca hizmet etmesi yeterli sayılmamalıdır. Aynı amaca alternatif biçimlerle ulaşılamazsa, bundan sonra mutlak tescil engelinden söz edilmelidir. Ancak endüstriyel tasarım hukukunda geçerli olan bu prensip marka hukukunda aynen uygulanmamalıdır. Zira endüstriyel tasarım hukukunda koruma süresi sınırlı iken, marka hukukunda sınırsız koruma süresi söz konusudur. Bu nedenle marka hukukunda daha farklı ölçütlerin uygulanması da mümkün olmalıdır. Bu nedenle alternatif biçimlendirme olanaklarının kullanılması esaslı olarak daha fazla emek ve masraf gerektirmeksizin gerçekleştirilemiyorsa, artık teknik zorunluluktan söz edilmeli ve işarete koruma sağlanmamalıdır (MarkenR 1/2000, s.4).

olarak belirlenebilir. Ancak burada belirleyici olan, seçilen biçimin teknik işleve dayanması ve diğer işletmelerin mallarından ayırt etmeye uygun nitelikte olmaması olmalıdır. Bu nedenle, istenen teknik sonucun elde edilmesi için başka alternatiflerin mevcut olup olmaması önemli değildir. Aksi halde başka alternatifin mevcut olması nedeniyle bu koruma engelini uygulanamaması halinde, bütün bir teknik alanın marka hakkı yoluyla bloke edilmesi söz konusu olabilecektir²⁴⁷.

Sadece sübjektif nedenlere dayanılarak teknik bir biçim tercih edilmekteyse, burada MarkKHK m.7/I bend (e) anlamında teknik bir zorunluluktan söz edilemeyecektir. Örneğin, halk tarafından malı ilk defa arz edenin özel olarak seçtiği biçime yönelinebilir. Daha sonra pazara giren rakiplerden de aynı biçim beklenebilir. Fakat başka bir biçimin seçilmesi halinde malın işlevi açısından herhangi bir sakınca ortaya çıkacak ise, artık teknik zorunluluğun mevcudiyetinden söz edilebilir²⁴⁸.

“Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini elde etmek için zorunlu olan işaret” malın cinsiyle mutlak olarak bağlı olan, bu cinse ait özellikleri gösteren işaret olarak anlaşılmalıdır²⁴⁹.

Biçim, malın kullanım amacını kolaylaştırmakta veya malın kullanım süresini uzatmakta ise, burada da “mala asli değerini veren” biçimden söz edilir. Gıda ürününün tadına etki eden bir değişiklik yaratmak amacıyla oluşturulan biçimlerde mala asli değerini veren biçimden söz edilir. Örneğin peynirin yassı hale getirilip otlarla kaplanması ve sonra rulo haline getirilmesi halinde mala asli değerini veren biçim söz konusudur. Oysa tuzlu ekmeğe

²⁴⁷ **Körner/Gründig-Schnelle**, s.537; aynı yönde ayrıntılı olarak ve dar yorumun sakıncaları için bkz. **Mountstephens, Andrew**: “Der markenrechtliche Schutz technisch bedingter Warenformen und naturgetreuer Warenabbildungen nach der Ersten Markenrichtlinie 89/104/EWG -Die “Rasierapparatkopf“-Entscheidungen des High Court of Justice und des Court of Appeal im Rechtsvergleich-”, GRUR Int. 2000, s.397, 398; **AB Adalet Divanı**’na göre de teknik sonuca başka bir biçimde ulaşılabile de, malın biçimi sadece teknik amaca hizmet etmekte ise MarkKHK m.7 bend (e) gereğince tescil reddedilmelidir **EuGH-Koninklijke Philips./Remington**, GRUR Int.2002, s.848.

²⁴⁸ Aynı yönde, **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.40

²⁴⁹ **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.39; **Körner/Gründig-Schnelle**, s.537.

spiral biçim verilmesi halinde, bu biçim malın tadına etki etmediği için, mala asli değerini vermez²⁵⁰.

Mala asli değerini veren biçim geniş olarak yorumlanmalıdır. Bu şekilde endüstriyel tasarım hakkı ile sağlanan korumanın dolanılması önlenilecektir²⁵¹. Ancak malın biçiminin endüstriyel tasarım hakkının veya telif hakkı korumasından yararlanması, marka olarak korunmasını engellemeye neden olmaz. Yeter ki biçim, köken ayırt edici işleve sahip olsun²⁵².

Aynı nedenlerle oyuncak lokomotifin sıradan biçime sahip olması halinde, bu biçim de üç boyutlu bir marka olarak tescil edilmemelidir. Çünkü oyuncakın biçimi de lokomotifin cinsiyle mutlak olarak bağlıdır ve mala esaslı değerini vermektedir²⁵³.

Moda akımlarının ifadesi olarak halk için serbest bırakılması gereken estetik biçimlerin de marka olarak tescili MarkKHK m.7 bend (e)'ye göre reddedilmelidir^{254 255}.

²⁵⁰ **Eichmann**, s.186; **Ingerl/Rohnke**'ye göre ise, burada genellikle belirli bir mal biçimine uzun yıllar süren alışkanlığı nedeniyle çevrenin, maldan bu yönde beklediği biçim söz konusudur (§ 3 Rdn.42). **Arkan**'a göre ise, mala asli değerini kazandıran ve maldan ayrı düşünülmemeyen biçimi marka olarak kullanılamaz. Bir malın piyasada rağbet görmesi üretildiği malzemenin cinsi, dayanıklılığı gibi özelliklerinden ziyade, estetik biçiminden kaynaklanıyorsa, bu biçim de marka olamaz. Bu tür şekiller, marka olarak değil "tasarım veya güzel sanat eseri olarak, 554 sayılı End TasKHK ya da FSEK kapsamında ele alınır (Marka, s.86).

²⁵¹ **Fezer**'e göre ise, bu hüküm dar olarak yorumlanmalıdır. Üç boyutlu marka korumasının temel nedeni, cazip tasarımlara marka koruması sağlamaktır (Markenrecht § 3 Rdn.232, 233). Oysa marka hukukunun amacı cazip tasarımların korunması değil, bir işletmenin mallarını diğer işletmenin mallarından ayırt etmeyi sağlamaktır.

²⁵² Aynı yönde, **Körner/Gründig-Schnelle**, s.537, 538.

²⁵³ **Sambuc**, GRUR 1997, s.406.

²⁵⁴ MarkKHK m.7/I bend (e) kapsamındaki bir işaretin MarkKHK m.7/II gereğince tescili mümkün değildir. Bu nedenle **Körner/Gründig-Schnelle**, üç boyutlu markaların sınırsız süreli ürün korumasına dönüşmesi tehlikesinden kaçınmak için, MarkKHK m.7/I bend (c) ve (d)'nin (§ 8 (2) Nr.2 ve Nr.3 MarkenG) üç boyutlu markalara da uygulanabileceği görüşündedirler (s.539, 540; **Bauer** ise, § 8 (2) Nr. 2 ve Nr. 3'ün koşullarının § 3 (2)'nin değerlendirilmesinde kullanılmayacağı görüşündedir, s.321).

Alman Federal Mahkemesi de, **AB Adalet Divanı**'nın ön kararına dayalı olarak verdiği kararında, üç boyutlu biçimler için, MarkKHK m.7/I bend (c), (89/104 sayılı Direktif Art.3 Abs.1 lit.c)'nin uygulanacağı sonucuna varmıştır. **Federal Mahkeme**'ye göre, üç boyutlu biçim markalarında marka koruması, genellikle MarkKHK m.7/II (89/104 sayılı Direktif

Üç boyutlu biçim önce MarkKHK m.7/I bend (e) açısından incelenmeli, bu bendin kapsamına girmiyorsa, MarkKHK m.7/I bend (a)'ya göre ayırt etme gücü açısından incelenmelidir.

V. İŞARETİN TESCİL BAŞVURUSUNDAN SONRA AYIRT ETME GÜCÜ KAZANMASI SORUNU

KHK m.7/II'ye göre²⁵⁶, “bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mal ve hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış ise (b), (c),(d) bendlerine göre tescili reddedilemez^{257 258}”.

Art.3 Abs.3 Satz 1)'in koşullarını yerine getiren markalarda dikkate alınır. Endüstriyel tasarım hukukunda ürünün kendisi taklide karşı korunmaktadır. Oysa marka hukuku, marka sahibi başka bir işareten yararlandığı müddetçe, aynı biçimdeki ürünü pazara getiren kimseyi engelleyemez. Ancak modaya bağlı, kısa ömürlü ürün biçimleri söz konusu ise ve rakipler tarafından farklı biçimler yaratmak için yeterli hareket alanı mevcutsa, artık MarkKHK m.7/I bend (c) uygulanmamalı ve dolayısıyla bu durumda MarkKHK m.7/II'ye göre de tescil mümkün olmamalıdır. Bunun dışında kalan klasik olan ve farklı biçim olanağı sınırlı olan ürün biçimlerinde MarkKHK m.7/I bend (c) kapsamında değerlendirme yapılarak, MarkKHK m.7/II'den yararlanmak mümkün olmalıdır (**BGH-Rado-Uhr**) (EuGH'nin ön kararına dayalı karar), WRP 3/2001, s.272 ve 273).

MarkKHK m.7/I (c) bendine 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 veya esas unsur olarak içeren işaretler de marka olarak tescil edilemez. Bu mutlak tescil engeli, daha ziyade kelime veya resim markaları için söz konusudur. Kanımızca, malın biçiminden oluşan üç boyutlu işaretler, malın doğal biçiminden kaynaklanan bir biçime sahipse, MarkKHK m.7/I bend (c) kapsamında değerlendirilerek MarkKHK m.7/II uyarınca tescil edilebilirler. Zira burada üç boyutlu markaları kelime veya resim markalarından ayırt tutmak için bir neden bulunmamaktadır.

Estetik biçimler de mala asli değerini veren işaret olarak sadece MarkKHK m.7/I bend (e) kapsamında değerlendirilmelidir (Aynı yönde **Arkan**, Marka s.86). Oysa **Ingerl/Rohnke** ve **Körner/Gründig-Schnelle** tarafından, estetik biçimler MarkKHK m.7/I bend (c) kapsamında değerlendirilmiştir (**Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.42; **Körner/Gründig-Schnelle**, s.538).

Teknik bir sonuca ulaşmak için zorunlu olan bir biçim söz konusu ise, bu durum da sadece MarkKHK m.7/I bend (e) kapsamında değerlendirilerek, MarkKHK m.7/II uyarınca tescil de gerçekleşmemelidir. Zira bu hükmün amacı, ürünün teknik sonuçlarının marka hakkı yoluyla tekel altına alınmamasıdır. Bu nedenle böyle bir biçimin kullanma yoluyla ayırt edici nitelik kazanması halinde dahi tescili mümkün olmamalıdır.

²⁵⁵ Bkz. **Ingerl/Rohnke**, § 3 Rdn.42

²⁵⁶ MarkKHK m.7/II 89/104 sayılı direktif m.3(3)'den alınmıştır. Ancak direktifte, sadece ayırt etme gücü olmayan (m.3(1) b), ticaret alanında cins, çeşit, vasıf bildiren (m.3(1) c) ve

KHK m.7/II'deki hükmün uygulanabilmesi için 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 başlaması gerekir²⁵⁹. Böylece ilgili

ticari yaşamda herkes tarafından kullanılan (m.3(1) d) işaretler yönünden istisnaya yer verilmiştir. MarkKHK m.7/II.'de ise, aynı maddenin (c) ve (d) bendlerinin yanı sıra (b) bendine de yollama yapılmış ve dolayısıyla, 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 olan aynı markaların da, tescilden önceki kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmaları koşuluyla tescil edilebileceği öngörülmüştür. Böylece, MarkKHK, kazanılan ayırt edici nitelik nedeniyle, birden çok aynı ve benzer marka arasındaki karıştırılma riskinin ortadan kalkacağını kabul etmekte ve aynı zamanda da tescilsiz kullanılan markaya, tescil hakkı vermektedir (Bkz. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.344, 355; **Tekinalp**, Tescil İlkesi, s.475, 478). Bu halde, farklılığın sağlanması için, daha önce kullanılan işarete ek yapılmasına ilişkin bir hüküm MarkKHK'da yer almamasına rağmen, somut olayın özellikleri haklı gösteriyorsa, böyle bir ek yapılması istenebilmelidir (**Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.344; **Tekinalp**, Tescil İlkesi, s.476).

Oysa (b) bendine yapılan yollama isabetli değildir. Buradan, aynı markanın iki ayrı kişi adına tescil edilebileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Tescil edilmiş bir markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin bir başka kişi tarafından kullanılması ve bu kullanım sonucunda ülke çapında ayırt edici nitelik kazanması, tescilli marka sahibinin markasını kullanma yükümü altında olması nedeniyle pek mümkün değildir. Dolayısıyla KHK m.7/son f.'da değişiklik yapılması ve aynı maddenin (b) bendi yerine (a) bendine yollamada bulunulması gerekir. Böylece Direktif ve MarkenG.'de olduğu gibi, teorik olarak ayırt etme gücü bulunmayan bir işaretin de, diğer bir deyişle KHK m.5'in kapsamına girmeyen bir işaretin de, tescil tarihinden önce kullanılması ile ayırt edici nitelik kazanmış olması şartıyla tescili mümkün olacaktır (**Arkan**, Marka, s.76, 77,82, 83).

²⁵⁷ MarkKHK m.42/III hükmünde, bir markanın tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış olması halinde MarkKHK m.7/I (b), (c) ve (d) bendlerine göre hükümsüzlüğüne karar verilemeyeceği öngörülmüştür.

²⁵⁸ MarkKHK m.7/II'ye göre TPE tescili reddedilemeyecek işaretlerin tescilini kabul etmediği takdirde, mahkemede tescil davası açılabilir (**Tekinalp**, s.356).

²⁵⁹ **Arkan**, Marka, s.83; ayrıca yazara göre, kullanmanın, hangi koşullar altında "uzun ve kesintisiz" sayılacağı hakkında önceden kesin bir ölçü konamaz; bu husus, somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterir (s.83). Bununla birlikte uzun süreli kullanım, kullanma nedeniyle ayırt etme gücü kazanma için belirti olabilir ve bu hususun ispatında dikkate alınabilir. Ancak yeni ve cazip bir üründe büyük bir tanıtım kampanyası ile kısa sürede de işarete ayırt etme gücü kazandırılabilir (**Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.142). Pazar payı, coğrafi yaygınlık, reklam harcaması, çevre soruşturmaları, ticaret odalarının açıklamaları ayırt etme gücünün tesbitinde önemlidir (**Grabruker**, MarkenR 3/2001, s.102; **Berlit**, Rdn.29; **EuGH-Koninklijke Philips/Remington**, GRUR Int. 2002, s.847).

çevrede işaretin, tasviri niteliği adeta unutulmuş ve bir işletmeyle olan bağılılığı ön plana geçmiş olacaktır. Kullanma ile ayırt edici nitelik kazanıldığını savunan bunu ispatlamakla yükümlüdür²⁶⁰.

Kullanılan tasviri işaret ne kadar sıradan ise, bu işaretin marka haline dönüşmesi de o kadar zor olacaktır²⁶¹. Bu konuda kesin bir ölçüt vermek zordur²⁶².

Serbest işaretin, belli bir mal ya da hizmetle ilgili olarak ayırt edici nitelik kazanmış olup olmadığı TPE tarafından re'sen incelenir. TPE, bu hususta kamuoyu araştırma kuruluşlarının raporlarından da yararlanabilir²⁶³.

²⁶⁰ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s.356; **Berlit**, Rdn.29; ayrıca bkz. Richtlinie Markenmeldungen, 9, (a)

²⁶¹ **Arkan**, Marka, s.83; **Fezer**, Markenrecht § 8, Rdn.432-433; **Marbach**, s.78.

²⁶² **Ingerl/Rohnke**'ye göre, işaretin serbest bırakma ihtiyacı ne kadar büyükse, kullanma yoluyla ayırt etme gücü kazanması için gerekli ölçütler de o kadar yüksek olmalıdır (**Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.63). Değerlendirmede tutarsızlıktan kaçınmak için, MarkKHK m.7/I bend (a)'da kullanılan ölçüt uygulanmalıdır. Aksi takdirde başvuran tarafından seçilen işlemin türüne göre, ayırt etme gücüne ilişkin farklı koşulların uygulanması söz konusu olacaktır (**Ingerl/Rohnke**, § 8 Rdn.25).

Schrader'e göre ise, tescil engellerini aşmak için gerekli olandan daha yüksek bir ölçüt gereklidir s.82). Bu konuda önceden kesin bir derece vermek mümkün değildir.

Arkan'a göre ise, bu konudaki ölçüt somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterir. Ancak bu konuda esas alınacak ölçünün, hiçbir şekilde markanın tanınmış olup olmadığını belirlerken (KHK m.8/IV) kullanıldan daha hafif olmamasına dikkat edilmelidir. Yazara göre, herkesin kullanılmasına açık tutulması gereken bir tasviri işaretin marka olarak tescil edilerek belli bir kişinin tekeline bırakılması, önceden tescil edilmiş olması itibarıyla tekel altına alınmış bir markanın tanınmış marka sayılmasından daha önemli sonuçları olan bir durumdur (Marka, s.84).

Kur, yeni tür markalarda zaten eksik ayırt etme gücü söz konusu olduğu için tescilden kaçınıldığına işaret ederek, bu tür markaların tescilinin zorlaştırılmayıp, aksine daha yumuşak ölçütlerin uygulanması gerektiğini belirtmekte, bu nedenle KHK m.7/II'nin bir istisna kuralı söz konusu olduğundan hareket edilerek sert ölçütlerin uygulanmasını eleştirmektedir (Bkz. MarkenR 1/2000, s.4).

Kanımızca da, mutlak tescil engellerini aşmak için gerekli olandan daha yüksek bir ölçüt aranmamalıdır. Böylece yeni tür markalar için tescil olanağı da gereksiz yere aşırı zorlaştırılmamış olacaktır.

Alman Patent Dairesi alt sınır olarak % 50'lik bir ayırt etme derecesi öngörmüştür (Richtlinie Markenmeldungen III 9 a)

²⁶³ **Arkan**, Marka, s.85.

Soyut rengin ayırt etme gücünü kazanması ile MarkKHK m.7/I'deki mutlak tescil engelleri aşılabılır. Soyut renklerin marka olarak korunması için MarkKHK m.7/II anlamında ayırt etme gücünü kazanmasına ilişkin zorunlu bir hukuki koşul olmamasına rağmen, bugün AB ve Alman Hukuku uygulamasında soyut renk markalarının korunması için geniş ölçüde bu koşulun arandığı belirtilmelidir²⁶⁴. Oysa soyut rengin ayırt etme gücü kazandığının ispatı, araştırma raporlarının yüksek maliyetleri nedeniyle orta ölçekli işletmeler için ağır bir yük oluşturacaktır²⁶⁵.

MarkKHK m.7/II, "tescil tarihinden önce kullanılmış" markanın ayırt edici nitelik kazanmasına olanak tanımıştır. Ancak hükümdeki "tescil tarihi" ifadesinden hangi anın anlaşılması gerektiği belirsizdir. Zira marka koruması başvuruya konu işareti tesciline karar verildiği ana göre değil, başvurunun yapıldığı ana göre başlamaktadır (MarkKHK m.40). Bu belirsizlik, tescil başvurusu işleminin devamı sırasında MarkKHK m.7/I bend (b), (c) ve (d)'deki tescil engellerinin ortadan kalkması halinde, tescilin hangi ana göre yapılacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Eğer bunun için başvuru gününü esas alırsak, işareti ayırt etme gücünü kazanmadığı an için marka korumasını başlatmak amaca uygun olmayacaktır. Bu durumda, örneğin marka hakkına tecavüz nedeniyle açılan tazminat davasında, işareti henüz işletmeye ait olmadığı sürece ilişkin yararlanma eylemleri için de, tescil başvurusunda bulunanın tazminat talep edebilmesi söz konusu olacaktır²⁶⁶.

§ 8 (3) MarkenG'de, ayırt etme gücünün, tescil kararının verildiği tarihten önce kazanılmış olmasından söz edilmiştir. Alman Hukukunda § 8 (3) MarkenG anlamında ayırt etme gücü, tescil başvurusu işleminin devamı sırasında ortaya çıkarsa, tescil § 37 (2) MarkenG gereğince öncelik hakkının ertelenmesiyle yapılmaktadır²⁶⁷. Bu durumda başvuran yeni bir başvuru yapmak zorunda kalmaksızın, başvuru işleminin devamı esnasında, mutlak

²⁶⁴ Örneğin bkz. **Fezer**, Markenrecht § 3 Rdn.267 e; **Caldarola**'ya göre, bu koşulun aranması sisteme aykırı bir sonuç yaratmaktadır. Marka Yasası, markanın tescili için başvuru yapana, tescilden sonra yararlanmaya başlama olanağı vermektedir. Renk markası sahibi, kullanma yoluyla işareti ayırt edici nitelik kazandığını ispatlamak zorunda kalırsa, başvuruda öncelik hakkını kaybedecektir (GRUR Int. 2002, s.116).

²⁶⁵ **Grabruker**, MarkenR 3/2001, s.101.

²⁶⁶ **Ingerl/Rohnke**, § 37 Rdn.5; **Berlit**'e göre de, korunabilir olmayan tasviri işaret için başvuru yapana fiili olarak sahip olduğundan fazla hak vermemek için, başvuru gününün ertelenmesi zorunludur (Rdn.34).

²⁶⁷ **Eichmann**, s.189.

tescil engelinin kalktığı güne göre marka koruması elde edebilmektedir²⁶⁸. Böylece, Alman Hukukunda henüz ayırt etme gücü kazanmamış bir işaretin tescili için yapılan başvuruya öncelik hakkı sağlanmamıştır.

Arkan, MarkKHK m.7/II'de yer alan "tescil tarihinden önce kullanılma" ibaresinin tescil başvurusu tarihinden önce kullanılma şeklinde anlaşılmasının uygun olacağını ifade etmiştir²⁶⁹.

Tekinalp, tescilsiz işaretin MarkKHK m.7/II'deki olanaktan yararlanabilmesi için söz konusu işaretin tescil tarihinden önce kullanılmış ve kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazanmış olmasının şart olduğunu, bir işaret marka olarak tescil edildikten sonra başkası tarafından kullanılmış ve bu suretle ayırt edici nitelik kazanmışsa, MarkKHK m.7/II'den yararlanamayacağını belirtmiştir²⁷⁰.

Kanımızca, mevcut düzenleme karşısında MarkKHK m.7/II hükmündeki "tescil tarihinden önce" ifadesinin "tescil başvurusu tarihinden önce" kullanılma şeklinde anlaşılması uygun olacaktır. Çünkü tescilin karara bağlandığı anın esas alınması, § 37 (2) MarkenG'deki gibi öncelik anını işaretin ayırt etme gücü kazandığı ana göre erteleyen bir düzenleme olmaması nedeniyle, işarete henüz ayırt etme gücüne sahip olmadığı süre için koruma sağlanmış olacaktır. Bu nedenle, "tescil tarihinden önce" ifadesinin "tescil başvurusu tarihinden önce" kullanılma şeklinde anlaşılması ile başvuru tarihinden sonra ayırt edici nitelik kazanan işaret için, başvuranın yeni bir başvuru yapması gerekecektir. Bu bakımdan MarkKHK m.7/II'deki hükmün Alman Hukukundaki § 37 (2) MarkenG'e benzer olarak düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

²⁶⁸ **Berlit**, Rdn.34; § 37 (2) MarkenG'in gerekçesine göre, bu hükümle hem tescil başvurusu yapanın menfaatlerine (böylece onların yeni başvuru yapmalarına gerek kalmaz) ve hem de halkın ve rakiplerin menfaatine önem verilir. Hakların önceliği için esas alınan an, daha sonraki bir ana ertelenir. Böylece bu arada kazanılan haklara öncelik verilir (BT-Drucksache 12/6581 s.90).

²⁶⁹ **Arkan**, Marka, s.74, ayrıca bkz. s.85.

²⁷⁰ **Tekinalp**, Tescil İlkesi, s.476.

SONUÇ

MarkKHK m.5/I'e göre, kişi adları dahil sözcükler, şekiller, harfler, sayılar marka olabileceği gibi, metinde anılmamış olmasına rağmen, sınırlayıcı olmayan sayım nedeniyle, üç boyutlu şekiller, soyut renkler, hatta koku veya tat yoluyla algılanabilen kimyasal veya biyolojik işaretler marka olarak tescil edilebilir. Diğer bir deyişle düşünülebilir tüm marka biçimleri için sınırsız yeni olanaklar açılmıştır.

Böylece MarkKHK'ye göre, bir rengin belli bir biçime bağlı olmaksızın, soyut olarak tescili mümkün olduğu gibi, ses veya melodinin ya da marka tesciline konu malların kendi biçimi veya ambalajlarının biçiminin de marka olarak tescili mümkündür.

MarkKHK m.5/I'de yer alan işaretin "çizimle görüntülenebilmesi veya benzer şekilde ifade edilmesi" koşulu, marka olabilecek işaretlerin tescilini zorlaştırmak amacına sahip değildir. Aksine hukuki şeffaflığın sağlanması için, tescilli markanın sicilden doğrudan doğruya ve tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılmasını amaçlar. Bu nedenle soyut renk markaları için renk örneğinin sunulması yeterli olmakla birlikte, ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek için renklerin renk skalasındaki numarası bildirilebilir. Bu itibarla, soyut renk veya soyut renk kombinasyonlarının da baskı yoluyla yayınlanabilir ve çoğaltılabilir nitelikte olduğu açıktır. Ayrıca sicilde belirliliğin sağlanması için soyut renk markalarının tescil başvurusunda, bir biçime bağlı renkli marka mı, yoksa soyut renk markasının mı söz konusu olduğu açıkça belirtilmelidir. Bu konuda başvuran doğru bir değerlendirme yapmamış olsa da, renk, bir biçime bağlanmışsa, artık soyut renk markası başvurusundan söz edilemez.

Ses markalarının tescil başvurusunda ise, markanın nota veya nota ile ifade edilemez ise sonogram ile ifade edilmiş örneğinin sunulması gerekir. Ancak ses bandındaki ifadenin tam olarak nota yazısına aktarılması mümkün olmayabilir. Örneğin notalara, melodinin metin kısmını seslendiren aksanının, ses renginin veya müzikal parametrelerin tam olarak yansıtılması mümkün olmayabilir. Bu nedenle nota veya sonogramla ifade yanında disket veya kasede kaydedilmiş sesin de tamamlayıcı olarak sunulması yararlı olacaktır. O halde MarkKHK m.5/I'de yer alan "çizimle görüntülenebilme veya benzer

biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme” koşulunu, dolaylı çizimsel ifadesinin mümkün olması nedeniyle ses ve melodinin de yerine getirdiği açıktır.

MarkKHKY m.12/I a bendi uyarınca tescili istenen markanın yayıma ve çoğaltılmaya elverişli en az 5x5 cm ve en fazla 8x8 cm ebadında 20 adet örneği istendiğine göre, üç boyutlu işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için işaretin iki boyutlu çiziminin hazırlanması yeterli olacaktır. Üç boyutlu markanın sadece iki boyutlu çizimi yeterli olduğu için, iki boyutlu biçim markasından tek esaslı fark, işaretin üç boyutlu olduğunun belirtilmesidir. Oysa üç boyutlu biçimler tek bir çizim ile yeterince ifade edilemediği için, tescil için başvuruda bulunana iki boyutlu çizimin farklı görünümünde sunulmasına izin verilmelidir.

Soyut renk, ses ve üç boyutlu markalarda da, diğer marka türlerinde olduğu gibi düşük ayırt etme gücü yeterli sayılmalıdır. Bu tür marka biçimlerini diğer marka biçimlerinden farklı ölçütlere tabi tutmak için haklı bir sebep bulunmamaktadır.

Soyut renk markaları için, mutlak bir biçimde serbest bırakma ihtiyacı söz konusu değildir. Bu nedenle rengin, mal veya hizmete göre hitap edilen çevrede tür, nitelik veya diğer özelliklere ilişkin tasviri işaret olarak serbest bırakılmasının gerekip gerekmediği, her durumda ayrıca incelenmelidir.

Malın kendi biçimi veya ambalajının marka olarak seçilmesi halinde MarkKHK m.7/I bend (e)’deki mutlak tescil engeli özel bir önem taşımaktadır. Bu hükmün amacı, marka hakkı yolu ile marka sahibinin, kullanıcı tarafından rakiplerin mallarında da aranabilecek teknik çözümler veya yararlanma özellikleri için tekel elde etmesini engellemektir.

TPE ve mahkemelerin bu konuda MarkKHK’nın kaynağını oluşturan AB Hukukundaki gelişmeleri dikkate alması, AET-Türkiye Ortaklık Konseyi’nin 6.3.1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararı ile üstlendiği bir yükümlülüktür. Ayrıca yeni marka türlerinin tescilinde çekingen davranılmaması işletmelerin de yararınadır. Zira işletmeler böylelikle mal veya hizmetlerini ayırt etmek için yararlandıkları sesler, mal ya da ambalaj biçimleri veya soyut renkler için de, haksız rekabet hükümlerinden daha elverişli koruma sağladığı kuşkusuz olan MarkKHK hükümlerinden yararlanma olanağını elde edeceklerdir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Arkan**, Sabih, Marka Hukuku, C.I Ankara, 1997 (Anılış: Arkan, Marka).
- Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 6.B., Ankara, 2001 (Anılış:Arkan, İşletme).
- Aslan**, İ.Yılmaz/Şenyüz, Doğan/Ergün Mevci, İşletme Hukuku, Bursa, 2002.
- Baştuğ**, İrfan/Ertem, Ercüment, Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Ankara, 1993.
- Bauer**, Robert, “Die Ware als Marke -Gedanken zur BGH-Entscheidung ‘Füllkörper’ ” GRUR 1996, s.319-321.
- Becker**, Roman A., “Kennzeichenschutz der Hörmarke”, WRP, 1/2000, s.56-69.
- von Bechtolsheim**, Sebastian/Gantenberg, Philipp, “Die konturlose Farbmarke”, GRUR 2001, s.705-707.
- Berlit**, Wolfgang, Das neue Markenrecht, München, 1999.
- Beyerle**, Peter, Unterscheidungskraft und Freihaltebedürfnis im deutschen Warenzeichenrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988.
- Böhm**, Dirk, “Ein Kessel Buntes-Anmerkungen zur Schutzfähigkeit der Farbmarke”, GRUR 2002, s.658-661.
- Caldarola**, Maria Cristina, “Markenrechtlicher Farbenschutz in den USA -Welche Richtungsänderung bringt die Qualitex-Entscheidung?” GRUR Int.2002, s.112-116 (Anılış:Caldarola, GRUR Int.2002).
- Caldarola**, Maria Cristina, “Probleme beim Benutzungszwang von abstrakten Farbmarken”, GRUR 2002, s.937-941 (Anılış, Caldarola, GRUR 2002).
- Camcı**, Ömer, Marka Davaları, İstanbul, 1999.
- Çamlıbel Taylan**, Esin, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001.
- Dirikkan**, Hanife, “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof.Dr.Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s.219-280.
- Eichmann**, Helmut, “Die Dreimensionale Marke im Verfahren vor dem DPA und dem BPatG”, GRUR 1995, s.184-197.
- von Falckenstein**, Roland, “Markenrecht versus Geschmacksmusterrecht- Zur ausreichenden Offenbarung dreidimensionaler Marken”, GRUR 1999, s.881-885.
- Fezer**, Karl-Heinz, “Die Markenfähigkeit nach § 3 MarkenG”, Festschrift für Henning Piper, München, 1996, s.525-535 (Anılış:Fezer, Festschrift).

- Fezer**, Karl-Heinz, “Grundprinzipien und Entwicklungslinien im europäischen und internationalen Markenrecht”, WRP 1/98, s.1-14 (Anılış:Fezer, WRP 1/98).
- Fezer**, Karl-Heinz, Markenrecht, 2.Aufl., München, 1999 (Anılış:Fezer, Markenrecht).
- Fezer**, Karl-Heinz, “Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken -Marken-Orchideen als innovative Wirtschaftsgüter”, WRP 6/99, s.575-579 (Anılış:Fezer, WRP 6/99).
- von Gamm**, Otto-Friedrich, “Schwerpunkte des neuen Markenrechts -Referat anlässlich der GRUR-Jahrestagung am 3.6.1994-” GRUR 1994, s.775-781.
- Grabrucker**, Marianne, “Der Schutzgegenstand der Farbmarke”, GRUR 1999, s.850-855 (Anılış:Grabrucker, GRUR 1999).
- Grabrucker**, Marianne, “Neue Markenformen”, MarkenR 3/2001, s.95-105 (Anılış:Grabrucker, MarkenR 3/2001).
- Gürzumar**, Osman Berat, “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler”, YD 1994, C.20, S.4, s.501-524.
- Hager**, Jörg, “Verletzung von Formmarken”, GRUR 2002, s.566-572.
- Hagenmeyer**, Moritz, “Markenschutz für Lebensmittelverpackungen”, WRP 9/99 s.909-912.
- Ingerl**, Reinhard/**Rohnke**, Christian: Markengesetz -Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, München, 1998.
- Johannes**, Hartmut, “Welche Zeichen können Marken nach der Richtlinie 89/104 in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU sein?”, MarkenR 2/2001, s.46-48.
- Karahan**, Sami, “556 Sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, C.I, s.510-539.
- Karahan**, Sami, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya, 2002 (Anılış:Karahan, Hükümsüzlük).
- Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku I.Giriş-Ticari İşletme 3.B., Ankara, 1968.
- Körner**, Eberhard/**Gründig-Schnelle**, Kerstin, “Markenrecht und Produktschutz durch die dreimensionale Marke”, GRUR 1999, s.535-541.
- Kleiner**, Christoph, Warenzeichenrecht für Entwicklungsländer, München, 1985.
- Kur**, Annette, “TRIPS und das Markenrecht”, GRUR Int.1994, s.987-997.

Kur, Annette, “Die Harmonisierung der europäischen Markengesetze Resultate - offene Fragen -Harmonisierungslücken”, GRUR 1997, s.241-254 (Anlıř:Kur, GRUR 1997).

Kur, Annette, “Was macht ein Zeichen zur Marke”, MarkenR 1/2000, s.1-4 (Anlıř:Kur, MarkenR 1/2000).

Marbach, Eugen, Die eintragungsfähige Marke, Bern 1984.

Mountstephens, Andrew, “Der markenrechtliche Schutz technisch bedingter Warenformen und naturgetreuer Warenabbildungen nach der Ersten Markenrichtlinie 89/104/EWG -Die “Rasierapparatkopf”-Entscheidungen des High Court of Justice und des Court of Appeal im Rechtsvergleich-”, GRUR Int.2000, s.393-400.

Oytaç, Kutlu, Karşılaştirmalı Markalar Hukuku, Endüstriyel Tasarımlar İçerikli, 2.B. 2002.

Öçal, Akar, “Marka Hukukunda Rengin Önemi”, ABD, 1968, C.XXV, s.416-418.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 8.B., İstanbul, 1998.

Sambuc, Thomas, “Das Freihaltebedürfnis an beschreibenden Angaben und der Ware selbst nach dem Markengesetz”, GRUR 1997, s.403-408 (Anlıř:Sambuc, GRUR 1997).

Sambuc, Thomas, “Was soll das Markenrecht? -Ein Beitrag zur Funktionenlehre”, WRP 9/2000, s.985-991.

Schmidt, Beate, Rechtsfragen im Zusammenhang mit formellen Anforderungen an Markenmeldungen, GRUR 2001, s.653-658.

Schrader, Leif U., “Das absolute Schutzhindernis der allgemeinen sprachgebräuchlichen und verkehrüblichen Bezeichnungen nach § 8 Abs.2 Nr.3 MarkenG und Art.7 Abs.1 lit. d GMarkenV”, WRP, 1/2000, s.69-83.

von Schultz, Detlef, “Die Farbmarke: ein Sündenfall?” GRUR 1997, s.714-721.

Ströbele, Paul, “Die Eintragungsfähigkeit neuer Markenformen”, GRUR 1999, s.1041-1050 (Anlıř: Ströbele, GRUR 1999).

Ströbele, Paul, “Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht- Gegenwärtige Probleme und künftige Entwicklungen”, GRUR 2001, s.658-667 (Anlıř: Ströbele, GRUR 2001).

Tekinalp, Ünal, “Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu”, Prof.Dr.Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, 1997, s.467-480 (Anlış:Tekinalp, Tescil İlkesi).

Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2.B., İstanbul, 2002 (Anılış:Tekinalp, Fikri Mülkiyet).

Tekinay, Selahattin Sulhi, “Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a Armağan, Ankara, 1988, s.69-78.

Tilmann, Winfried, “Das neue Markenrecht und die Herkunftsfunktion”, ZHR 158 (1994), s.371-389.

Völker, Stefan/**Semmler**, Jörg, “Markenschutz für Farben und Farbkombinationen”, GRUR 1998, s.93-102.

Völker, Stefan/**Schuster**, Silke, “Gemeinschaftsmarken und absolute Eintragungshindernisse -Die Praxis des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt zu Art.7 GMV im Vergleich zur deutschen Praxis (Teil 2)”, MarkenR 1/2000, s.10-16.

Yasaman, Hamdi, “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 1/2002 İstanbul, s.300-309.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliđi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Anm.	: Anmerkung
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
B.	: bası
b.	: bend
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
BPatG.	: Bundespatentgericht
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
Einl.	: Einleitung
End.Tas.KHK	: Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde
EuGH	: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
FMR	: Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun
GeschmMG	: Geschmacksmustergesetz
GRUR Int.	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, International
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HABM:	: Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)
K.	: Kanun
m.	: madde
MarkenG.	: Markengesetz
MarkenV	: Markenverordnung

MarkK	: Markalar Kanunu
MarkKHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MarkKHKY	: Markaların Korunması Hakkında Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik
Nr.	: Nummer
Paris Sözleşmesi	: Sınai Mülkiyetin Himayesine İlişkin Paris İttihadı Mukavelenamesi
PatEKHK	: Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
PatKHK	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
PatKHKY	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik
Rdn.	: Randnummer
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sahife
S.	: Sayı
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: The Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods
UrhG	: Urheberrechtsgesetz
UWG	: Unlauterer Wettbewerb Gesetz
WRP	: Wettbewerb in Recht und Praxis
WZG	: Warenzeichengesetz
Yarg.	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dergisi
yuk.	: yukarıda
ZHR	: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

