

GELENEKSEL OLMAYAN MARKALAR VE SINAİ VE MÜLKİYET KANUN TASARISI İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER

(UNCONVENTIONAL TRADEMARKS, AND REGULATIONS BASED UPON THE INTELLECTUAL PROPERTY LAW BILL)

Av./Atty. Yasemin KENAROĞLU, LL.M^{**}
Av./Atty. Yasemin AKTAŞ DAĞ^{***}

A. GİRİŞ

Geleneksel olarak markalar; kelime, logo ya da ikisinin kombinasyonundan oluşmaktadırlar. Zaman içerisinde gelişen teknoloji, iş alanları ve farklı reklam stratejileri ile birlikte, ürün ve hizmetlerin pazarda tanıtılması için basit kelime ve logoların yanı sıra, üç boyutlu (3D) şekiller, renkler, sesler, hareketler, kokular, tatlar, dokular, pozisyonlar ve hologramlar da kullanılmaya başlanmıştır.

Kelime ve logoların haricinde, bir işletmenin ürünlerini ve hizmetlerini başka işletmelerin ürünlerinden ve hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılan bu ibareler “geleneksel olmayan markalar” olarak adlandırılmaktadır.

Hızla gelişen yeni üretim teknolojilerinin pazara agresif şekilde girmesi ve markaların tüketicinin dikkatini çekmekteki kilit rolü, geleneksel olmayan markaların kullanımını ve tescilini yaygınlaştırmıştır.

Bu tür markaların kullanımına ve tesciline artan eğilimin ardından, hangi üç boyutlu (3D) şekillerin, renklerin, seslerin, hareketlerin, kokuların, tatların, dokuların, pozisyonların ve hologramların “geleneksel olmayan marka” olarak korunabileceği hususunda uluslararası tartışmalar başlamıştır.

Geleneksel olmayan markaları tanıyan ilk uluslararası antlaşma, Türkiye'nin de dâhil olduğu Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'ne üye 42 ülke tarafından imzalanan Marka Hukuku Hakkında Singapur Antlaşma-

** Kenaroğlu Avukatlık Bürosu, yasemin@kenaroglu.av.tr, www.kenaroglu.av.tr

*** Kenaroğlu Avukatlık Bürosu, aktasdag@kenaroglu.av.tr, www.kenaroglu.av.tr

sıdır. Türkiye antlaşmaya taraf olmasına ve antlaşmayı 28 Mart 2006 tarihinde imzalamasına rağmen, antlaşma kapsamındaki düzenlemeler hala yürürlüğe konmamıştır.

Geleneksel olmayan markalara Türkiye’de sağlanan korumamın kapsamını belirleyen ve uygulama pratiğini geliştiren asıl etken, Türk Patent Enstitüsü (TPE) ve Uluslararası Hukuksal İşbirliği hakkındaki Alman Kuruluşu tarafından yürütülen “*Endüstriyel Fikri Mülkiyet Haklarının Yürütülmesi ve İcrasının Geliştirilmesi Hususunda Türkiye’nin Desteklenmesi*” başlıklı Avrupa Birliği eşleştirme projesi olmuştur. Geleneksel olmayan markalara koruma kapsamı, bahsi geçen proje sayesinde, geçtiğimiz yıllarda yoğun bir şekilde artmıştır ve artmaya devam etmektedir.

B. GELENEKSEL OLMAYAN MARKALARA GENEL BAKIŞ VE SINAİ VE MÜLKİYET KANUN TASARISI İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER

556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname’de (MarKHK), hangi işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği 5. maddenin 1. fıkrası¹ kapsamında tanımlanmış ve i) “*bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan*”, ii) “*çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen*” ve iii) “*baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen*” işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği belirtilmiştir. MarKHK 5. maddesindeki bu tanım, ilgili KHK hazırlanırken baz alınan ve taraf olduğumuz TRIPS Anlaşması’nın 15. maddesi ile paraleldir.

MarKHK 5. maddesinde, marka olarak tescil edilebilecek işaretlere örnek olarak “*sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları*” denmişse de, yapılan bu örneklendirme tahdidi olmayıp, yukarıda belirtilen koşulları sağlayan her türlü işaret marka olarak tescil edilebilmektedir. MarKHK hazırlanırken “sayısal sınırlandırma” kuralına sadık kalınmıştır.²

¹ MarKHK madde 5/1: “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlama koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.”

² YILMAZ, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, s.36.

Nitekim MarKHK 5. maddesi, yeni Sınai Mülkiyet Kanunu tasarısının³ 4. maddesinde “*Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve net olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde Sicilde gösterilebilir olması koşuluyla, özellikle kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.*” şeklinde yer almıştır. Tasarıda yer alan işbu maddede, MarKHK m. 5’den farklı olarak renkler ve sesler de marka olarak tescil edilebilecek işaretler arasında sayılmıştır. Diğer geleneksel olmayan markalar ise yine belirtilmemiş, “sayısal sınırlandırmama” kuralına sadık kalınmıştır.

MarKHK 5/1 hükmünde belirtilen şartları sağlayan işaretlerin TPE nezdinde marka olarak korunabilmeleri için, ayrıca MarKHK 7. ve 8. maddelerde düzenlenen mutlak ve nispi ret sebepleri uyarınca tescil edilemeyecek işaretlerden de olmamaları gerekmektedir. Paralel bir düzenleme, Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu tasarısının 5. ve 6. maddelerinde öngörülmüştür.⁴

MarKHK geleneksel olmayan işaretlere açık bir koruma sağlamışsa da, ilgili işaretlerin marka olarak korunamayacağına dair bir sınırlama da getirmemiştir. Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu tasarısındaki düzenleme de, bu yöndedir.

Geleneksel olmayan işaretler için yapılan marka başvuruları, TPE tarafından çoğunlukla “*yeterli derecede ayırt edici olmadıkları*” gerekçesi ile MarKHK madde 7’nin 1. fıkrasının a⁵ c⁶ yahut d⁷ bentleri uya-

³ Yeni Sınai ve Mülkiyet Kanunu tasarısı, 04 Mart 2016 tarihine kadar görüş ve önerilerin sunulması amacıyla, 24.02.2016 tarihinde TPE’nin resmi internet sitesinde yayınlanmıştır.

⁴ Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu tasarısının 5. ve 6. Maddelerinde öngörülen mutlak ve nispi ret sebepleri ile MarKHK 7. ve 8. maddelerdeki düzenlemeler ile arasında farklılıklar olsa da, bu çalışma kapsamında, sadece geleneksel olmayan markalara sağlanan korumanın kapsamını etkileyen yeniliklere yer verilecektir.

⁵ MarKHK 7/1-a hükmünde, aynı KHK’nın 5inci maddesi kapsamına girmeyen işaretlerin tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. MarKHK 7/1-a hükmünün Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu tasarısındaki karşılığı 5/1-a hükmü olup, “4 üncü madde kapsamına girmeyen işaretlerin” tescil edilmeyeceğini öngörmektedir

⁶ MarKHK 7/1-c hükmünde; 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

rınca re'sen reddedilmekte olup, ilgili düzenlemeler tasarıda da paralel bir şekilde yer bulmuştur.

Ayırt ediciliğin belirlenmesinde, ürünlerin ve hizmetlerin kullanılacağı sektör kadar, hitap ettikleri tüketici kitlesi de göz önüne alınmalıdır. Ayırt edicilik değerlendirmesinde, MarKHK m. 7 son fıkrasında⁸ düzenlenen “*kullanım yolu ile kazanılan ayırt edicilik*” önem arz etmektedir.

MarKHK 7/son hükmü, ayırt edici olmadıkları halde, başvuruda bulunulan ürünler ve hizmetler üzerindeki başvuru tarihinden önceki etkin kullanımı sayesinde ayırt edicilik kazanan markaların tesciline imkan vermektedir. Bu düzenleme sayesinde, geleneksel olmayan bir markaya ilişkin başvuru ayırt edicilik niteliğini taşımadığı gerekçesi MarKHK 7/1-a, b veya c hükümlerinden biri uyarınca reddedildiği takdirde, başvuru sahibi, tescil edilmek istenen markanın başvuru tarihinden önceki kullanım yolu ile ayırt edicilik kazandığını kanıtlayabildiği sürece söz konusu ret kararının üstesinden gelebilecektir.

Bir markanın yaygın kullanımının hangi deliller ile kanıtlanabileceğini ortaya koyan herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, pratikte; faturalar, reklam materyalleri, yıllık satış raporları vs. belgeler kanıt olarak kullanılabilir.

ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. MarKHK 7/1-c hükmünün Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu tasarısındaki karşılığı 5/1-c hükmü olup, “Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların veya hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren işaretlerin” tescil edilmeyeceğini öngörmektedir.

⁷ MarKHK 7/1-d hükmünde; ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. MarKHK 7/1-c hükmünün Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu tasarısındaki karşılığı 5/1-d hükmü olup, “Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren işaretlerin” tescil edilmeyeceğini öngörmektedir.

⁸ MarKHK madde 7/son: Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez.

Yeni kanun tasarısında ise MarKHK 7/son hükmünde tanınan bu düzenleme, kısmen değiştirilerek, ilgili tasarının 5/2 maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükümde “*Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez.*” denilmekte olup, MarKHK 7/1-c ve 7/1-d hükümleri ile paralel olan tasarının 5/1-c ve 5/1-d bentlerine yer verilirken, MarKHK 7/1-a bendi ile paralel olan 5/1-a bendi kapsam dışı bırakılmıştır. Onun yerine, tasarının 5/1-b bendinde düzenlenen “*Ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretlerin tescil edilemeyeceği*” hükmüne dayalı olarak reddedilen markaların, kullanım yolu ile ayırt edici olduğunun kabul edilmesi halinde, tescil edilebileceği düzenlenmiştir.

İlgili hükmün lafzında yapılan bu değişiklik ile korumanın sınırının kısmen daraltıldığı izlenimi oluşsa da, esasen TPE ve mahkemelerce gerçekleştirilen uygulamalar ile paralel bir düzenleme getirilmiştir. Zira yeni düzenleme ile kullanım yolu ile kazanılan ayırt edicilik sayesinde elimine edilebileceği belirtilen, MarKHK 5/1'deki “*Çizimle görüntülenilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilmek*” yahut tasarının 4. hükmünde öngörülen “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve net olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde Sicilde gösterilebilir olma*” şartını sağlamayan markaların tescili pratikte zaten mümkün değildir ve olmamalıdır.

Bu kapsamda, geleneksel olmayan markalara sağlanan koruma bakımından, yeni kanun tasarısı ile MarKHK arasında süregelen uygulamaları değiştirecek belirgin bir farklılık bulunmadığı söylenebilir.

Aşağıda geleneksel olmayan işaretlere sağlanan koruma ve tescil süreci hakkında ayrıntılı bilgi verilecek, bugüne kadar süregelen düzenleme/uygulama ile yeni kanun tasarısındaki düzenlemeler karşılaştırılarak incelenecektir.

• 3D Markalar

Geleneksel olmayan işaretler arasında tescili için en fazla başvuruda bulunan markalar “3D markalar”dır. MarKHK'nın 7/1(a) ve 5. maddelerinde öngörülen koşulları yerine getirmesi halinde, üç boyutlu markaların tescil edilebilecek işaretlerden oldukları TPE tarafından kabul edilmektedir.⁹ Aynı düzenleme, yeni kanun tasarısının 5/1(a) ve 4. maddelerinde yer bulmuştur.

⁹ TPE Marka İnceleme Kılavuzu, 2015. Sf.16-1.9, Üç boyutlu şekiller.

TPE 3D işaretleri aşağıda listelenen dört farklı kategoride değerlendirilmektedir;

- Ürünün üreticisi ile ilgili figürler, simgeler, kelimeler vb. içeren 3D işaretler,
- Ürünün üreticisi ile ilgili figürler, simgeler, kelimeler vb. içeren 3D ürün ambalajları,
- Ürün ambalajının 3D şekli,
- Ürünün kendisinin 3D şekli,

İlk iki kategorideki 3D işaretler Türkiye’de uzun zamandır yasal olarak korunmakta olsa da, diğer iki kategoride yer alan “ürün veya paket şekilleri” için durum biraz farklıdır. İlgili işaretler, önceki tarihlerde TPE tarafından tescil edilmişse de, yasal olarak koruma altına alınmaları 2008 yılında MarKHK’nın 5. maddesinde yapılan değişiklik ile gerçekleşmiştir.

Ürün ya da paket şekillerinin ayırt edici olarak kabul edilebilmesi için, ilgili pazarda yaygın olarak kullanılan şekillerden olmaması ve adetlere göre ilgili ticari alandaki ürünlerin ticari kaynaklarını göstermemesi gerekmektedir.

MarKHK 7/1-e hükmünde, malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklinin veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretlerin tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Tasarının 5/1-e bendinde de MarKHK ile paralel şekilde; malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli münhasıran içeren işaretlerin tescil edilemeyeceği belirtilmiştir.

Ayırt edici olmadıkları halde, önceki etkin kullanım sayesinde ayırt edicilik kazanan markaların tesciline imkan veren MarKHK 7/son hükmünde sadece MarKHK 7/1-a, c ve d bentleri uyarınca, tasarının 5/2 hükmünde ise tasarının 5/1-b, c ve d bentleri uyarınca ayırt edici kabul edilmeyen işaretlere koruma sağlandığı dikkate alındığında, MarKHK 7/1-e ve tasarının 5/1-e bendinde düzenlenen işbu ret sebebi ayrıca önem arz etmektedir. Zira MarKHK 7/1-e yahut tasarının 5/1-e hükmüne göre ayırt edici kabul edilmeyen bir marka, kullanım yolu ile ayırt edici hale getirilmiş olsa dahi, tescil edilemeyecektir. Yargıtay “Aygaz” kararında,

tescil edilmek istenen tumbul tütün teknik mecburiyet ve standardizasyon nedeniyle marka olarak tescilini uygun bulmamıştır.¹⁰

TPE tarafından yapılan incelemeler sırasında, “ürünün üreticisi ile ilgili figürler, simgeler, kelimeler vb. içeren 3D işaretler” ve “ürünün üreticisi ile ilgili figürler, simgeler, kelimeler vb. içeren 3D ürün ambalajları” genellikle ayırt edici bulunurken, “ürün ambalajının 3D şekli” yahut “ürünün kendisinin 3D şekli” sıklıkla ret kararı ile karşı karşıya kalmaktadır.



TPE tarafından ayırt edici nitelikte bulunmayan 3 boyutlu ambalaj şekli¹¹

TPE tarafından yapılan ayırt edicilik incelemesinde, tescili istenen şeklin bazı unsurları farklılık teşkil etse dahi, şeklin bir bütün olarak tüketicilerin zihninde bırakacağı izlenim ve görünümün marka olarak algılanabilir olup olmadığı üzerinde durulması gerektiği belirtilmektedir.¹²

TPE'nin 3D işaretler üzerindeki “ayırt edicilik” değerlendirmesi geçmişte oldukça katı ve dar olduğu için, pek çok başvuru re'sen reddedilmiştir. Redde konu marka başvuru sahiplerince açılan Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) ret kararlarının iptali talepli davalar neticesinde ise, ilgili ret kararlarının birçoğu iptal edilmiş ve iptal kararları Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nce de onanmıştır. Yargıtay'ın, TPE tarafından re'sen reddedilen, *içecekler üzerinde tescil edilmek istenen MALİBU içki şişesi*¹³, *parfümleri de kapsayacak şekilde tescil edil-*

¹⁰ 11. HD. T. 24.3.1998, E 1997/9672, K. 1998/2127


¹¹ TPE başvuru numarası: 2006/55450

¹² KARADENİZLİ, Tolga Hasan. sf. 62, Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri, TPE Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2008.

¹³ 11.HD 01.06.2000 T., 2000/3866 E., 2000/4995 K

mek istenen parfüm şişesi¹⁴ ve sigaralar üzerinde tescil edilmek istenen sigara kutusunun¹⁵ yeterince ayırt edici olduğuna ve tescil edilebileceğine hükmettiği ilamları, bu konudaki bazı örneklerdir.

TPE 3D markaların tescil edilebilirliği ile ilgili yaklaşımını geçtiğimiz yıllarda yumuşatmıştır. 3D markalar re'sen ret kararlarına konu olsalar dahi, bu ret kararlarından birçoğu, başvuru sahiplerinin YİDK nezdindeki karara itirazları ile iptal edilmekte ve başvurular tescil edilmektedir. Dahası, aşağıdaki markalar TPE'nin re 'sen incelemesini herhangi bir ret kararı ile karşılaşmadan geçmişlerdir.

Tescil no.	Marka	Sınıfl(ar)
2013/68368		32
2015/97889		03

3D işaretin, ürün sahibinin marka veya logosunu içeren şekilde tescili halinde, ilgili şeklin tek başına korunup korunmayacağı da oldukça tartışmalı bir husus olmakla birlikte, korunması gerektiği yönündeki görüşler ağır basmaktadır. Zira mal veya ambalaj ayırt edici nitelikte ise isim, harf ile birlikte tescil ettirilebilir.¹⁶ Bu durumda hem isim, hem renk işareti, hem de üç boyutlu biçim birlikte korunur.¹⁷

Markanın mal veya ambalajı ile birlikte tescili ile ilgili olarak, MarKHK m. 5/2'de "*Marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilir. Bu durumda mal veya ambalajın tescili marka sahibine mal veya*

14 11.HD 03.06.2002 T., 2002/1759 E., 2002/5684 K

15 11.HD 30.09.2004 T., 2004/52 E., 2004/9105 K

¹⁶ MarKHK 5/2: Marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilir. Bu durumda mal veya ambalajın tescili marka sahibine mal veya ambalaj için inhisari bir hak sağlamaz. İnhisarî hak sağlamayan bu tür unsurlar tescil belgesi üzerinde açıkça belirtilir.

¹⁷ YASAMAN Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya/YÜKSEL Sinan, sf. 79, MARKA HUKUKU 556 sayılı KHK şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004

ambalaj için inhisari bir hak sağlamaz. İnhisarî hak sağlamayan bu tür unsurlar tescil belgesi üzerinde açıkça belirtilir.” denilmektedir. Yeni tasarıda bu düzenlemeye yer verilmemiş olup, bu konuda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

Yukarıdaki açıklamalara ilaveten, Paris Sözleşmesinin 4. mükerrer 6. maddesinde yer alan “*menşei ülkesinde tescil edilmiş bir marka için yapılan başvuru bu madde kapsamında istisna halleri dışında Birliğin diğer ülkelerinde de kabul edilmeli ve korunmalıdır*” hükmü uyarınca, mahkemeler, Paris Sözleşmesine üye ülkelerde tescilli olan 3D markalara Türkiye’de koruma sağlayabilmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 03.06.2002 T., 2002/1759 E., 2002/5684 K sayılı kararında “*davacı markalarının Paris Sözleşmesi’nin taraflarından olan Fransa ve Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı’nda davacının istediği şekilde 1992 yılından beri tescilli olduğu, Türkiye’nin de taraf olduğu Paris Sözleşmesi’nin 4.mükerrer 6.maddesinin ilk fıkrası uyarınca, 556 sayılı KHK. nın 5. ve 7/1-a maddesinin olayda uygulama alanı bulunmadığı*” denilmek sureti ile, Paris sözleşmesine üye ülkelerdeki tescilin, ilgili markanın Türkiye’de tescilini sağlayacağı belirtilmiştir.

Bu anlamda, 3D markaların tescil edilebilirliği ile ilgili değerlendirme yapılırken, “*ayırt edicilik*” değerlendirmesi sırasında, MarKHK 7/1-a, c, d ve e bentleri ile MarKHK 7/son hükmü, tasarıda ise 5/1-b, c, d ve e bentleri ile 5/2 hükmü birlikte değerlendirilmeli ve tescili talep edilen şeklin Paris Sözleşmesine üye bir başka ülkede hâlihazırda tescilli olup, olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.

• Soyut Renkler ve Renk Kombinasyonları

Renklerin tek başına marka olarak kullanımı gün be gün artmaktadır. TRIPS Anlaşması’nın 15/1 hükmünde renk kombinasyonlarının marka olarak korunabileceği belirtilmiş ve üye ülkeler renk kombinasyonlarına marka olarak tescil edilme olanağı sunmak için gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlü tutulmuştur.

MarKHK’da renklerin marka olarak tescil edilebileceğine dair açık bir düzenleme bulunmasa da, MarKHK 5/1 hükmünde yer alan şartları sağlayan renklerin veya renk kombinasyonlarının tescil edilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Nitekim MarKHK’ya kaynaklık yapan 89/104 sayılı AB Konsey Yönergesi’nin 2. maddesinde de renkler marka olabilecek işaretler arasında sayılmamıştır. 40/94 sayılı AT Markalar Tüzüğü’nde, renk ve renk

kombinasyonlarının marka olarak tesciline 2. maddenin engel olmadığı görüşü belirtilmiştir. Madrid Protokol'ünde, uluslararası başvurularda başvuru ile birlikte renk veya renk kombinasyonunu açıklayan bildirimde bulunulması gerektiği belirtilmiştir. İsviçre Hukukunda belli bir rengin tescili kabul edilmemekte, ancak renk kombinasyonlarına izin verilmektedir.¹⁸ Hükmün kaynağı olan AT'nin 89/104 sayılı yönergesinde, renklere ilişkin açıklık bulunmamasının MarKHK'da renk markalarına yer verilmemesinde önemli bir rolü vardır.¹⁹

Avrupa Adalet Divanı, 2013 tarihli "Libertel" kararında, soyut bir rengin ayırt edici olup olmadığı ile ilgili olarak; *"renklerin belli düşünceleri ilişkilendirme ve hisleri uyandırabilme yetisine karşın; mal ve hizmetlerin tanıtımı ve pazarlanması sırasında, herhangi bir özel mesaj içermeksizin, çekici özellikleri nedeniyle yaygın olarak kullanılmalarından ötürü, tabiatları gereği, özel bir mesajı (burada mal/hizmetlerin ticari kaynağını gösterme mesajı) iletme kapasiteleri çok düşüktür. Ancak durumla ilgili bu tespit, tek başına renklerin ilke olarak ayırt edici nitelikte olmadığı sonucunu doğurmaz. Renklerin bazı durumlarda, işletmelerin mal/hizmetlerinin bir kimliği yerine geçmesi ihtimali göz ardı edilemez. Bu nedenle, tek başına renklerin (...) bir işletmenin mal/hizmetlerini diğer işletmelerin mal/hizmetlerinden ayırt edebilme niteliğini haiz olabileceği kabul edilmelidir."* değerlendirmesini yapmıştır.²⁰

Yeni yasa tasarısında ise, "renkler" marka olarak tescil edilebilecek işaretler arasında özellikle belirtilmiş ve renklerin marka olarak tescil edilebilme kabiliyetine haiz olduğu kesin bir şekilde belirtilmiştir.

Renk markaları üzerinde inceleme ve değerlendirme yapılırken, ilgili markanın tek (soyut) renkten mi yoksa renk kombinasyonundan mı oluştuğu önem taşımaktadır.

TPE, tek renkten oluşan markaların, ilgili renk pazardaki kullanımına bağlı olarak ayırt edicilik kazanmadığı ve tüketiciler o rengin söz konusu mal ve hizmetlerin kökenini belirttiğini anlamadıkları takdirde,

¹⁸ YASAMAN Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya /YÜKSEL Sinan, sf. 81, MARKA HUKUKU 556 sayılı KHK şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004

¹⁹ TEKİNALP Ünal, FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU, sf. 347, Arıkan, 4. Bası, İSTANBUL

²⁰ CJEU, 2003 tarihli C-104/01 sayılı LIBERTEL kararı

marka fonksiyonunu yerine getiremeyeceğini kabul edilmekte ve ilgili başvuruları re'sen reddetmektedir.

Nitekim TPE tarafından çıkarılan Marka İnceleme Klavuzu'nda, renkler üzerinde geniş bir tekel hakkı verilmesinin dengeli bir rekabet sistemi ile bağdaşmayacağı, bu durumun, tek bir işletme için haksız bir rekabet üstünlüğü yaratma etkisine sahip olacağı belirtilmiştir.²¹ Bunun yanında, aynı rengin farklı tonları arasındaki karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinin çok zor olacağı da özellikle belirtilmektedir.²²

Yargıtay da, TPE ile paralel görüşte olup, doğada oldukça sınırlı sayıda olan renklerin, tek başlarına (soyut bir rengin), marka olarak tescil edilmemesi gerektiği görüşündedir. Aygaz A.Ş.'nin "gümüş gri rengi" ve İpragaz markasının "mavi rengi" Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nce marka olarak kabul edilmemiştir.²³

TPE, tek renk markalarının ayırt ediciliğini kabul etmese de, MarKHK 7/2 uyarınca, başlangıçta ayırt edici niteliği bulunmayan bir rengin, kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması ve tescil edilmesi mümkündür.

Nitekim, TPE nezdinde, Kraft Foods'un Milka markalı çikolataları üzerinde kullanılan lila renginin tescili için yapılan başvuru Markalar Dairesi Başkanlığı tarafından KHK 7/1-a uyarınca reddedilmişse de, yapılan itiraz sonrası Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) incelemesi sonucunda, şu değerlendirmeler yapılmış ve ilgili markanın tesciline karar verilmiştir;

"...yapılan incelemede, "lila renginin" başvuru sahibi tarafından dünyada ve ülkemizde çikolata ürünleri üzerinde uzun süredir ve yoğun olarak kullanıldığı tespit edilmiştir. KHK.nin 7/2 fıkrası hükümlerinin işletilebilmesi açısından, kullanım tek başına yeterli olmayıp, işaretin bu kullanım sonucunda ayırt edici hale gelmesi, diğer bir deyişle anılan rengin "belirli bir mal veya hizmetle özdeşleşmesi veya onu çağrıştırır hale gelmesi" gerekmektedir. Bu hususun Kurulumuzca değerlendirilmesinde de; lila renginin, tescili talep edilen ürünler açısından

²¹ TPE Marka İnceleme Klavuzu sf. 23

²² KARADENİZLİ, Tolga Hasan. sf. 62, Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri, TPE Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2008.



²³ YASAMAN Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya /YÜKSEL Sinan, sf. 79, MARKA HUKUKU 556 sayılı KHK şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004

kullanımı zorunlu olmayan bir renk olduğu, başvuru sahibinin Milka markasının ülkemizdeki bilinirlik oranının %90'lara ulaştığı, bu markanın çoğu ürün üzerinde Lila rengi zeminde kullanıldığı ve bu nedenle anılan renk ile özdeşleştiği, lila rengi markasının yurt dışında çeşitli ofisler tarafından da tescilinin bulunduğu,...”²⁴

Renk kombinasyonlarına gelindiğinde ise, TPE'nin ve Yargıtay'ın yaklaşımı nispeten daha yumuşak olmaktadır. Renk kombinasyonları, ilgili pazardaki birçok tacir tarafından kullanılmak suretiyle o sektör için betimleyici ve genelleyici özellik kazanmış olmadıkları sürece, marka olarak korunmaktadır.

TPE tarafından yayınlanan 2015 tarihli Marka İnceleme Kılavuzunda, renk kombinasyonunun ilgili mal ya da hizmetler için ilgili sektörde yaygın kullanımının bulunup bulunmadığı, ilgili mal ya da hizmetler için işlevsel bir niteliğinin bulunup bulunmadığı, renklerin sadece dekoratif birer unsur olarak algılanıp algılanmadığı ürünün kaynağını gösterme niteliği açısından ilgili tüketici kitlesi üzerinde ilk bakışta bıraktığı etki ve izlenim ayırt edicilik niteliğini belirleyici kriterlerdir denilmektedir.²⁵

Aşağıda, TPE tarafından yapılan re'sen inceleme aşamasını başarı ile geçen ve tescil edilen renk kombinasyonlarına yer verilmektedir;

Başvuru Numarası	Marka	Sınıf(lar)
2010 80931		03, 09, 12, 14, 18, 25, 26, 28
2004 40402		18, 25,

Üzerinde tescil edilmek istendiği ürünler ve hizmetler bakımından ayırt edici olduğu kanısına varılan herhangi bir soyut renk yahut renk kombinasyonu için yapılacak marka başvurusunda, ilgili rengin grafiksel olarak temsil edildiğinin kabulü için, renk açıklamasının Pantone, RAL

²⁴ KARADENİZLİ, Tolga Hasan. sf. 40, Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri, TPE Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2008.

²⁵ TPE Marka İnceleme Klavuzu sf. 24

ve HSK gibi uluslararası alanda kabul edilen renk tanımlama sistemlerinin kodları ile birlikte yapılması gerekmektedir.

Yukarıda izah edilen hususlar doğrultusunda, süregelen yerleşik uygulamada, soyut renklere sağlanan koruma sınırlı iken, renk kombinasyonlarına etkin bir koruma sağlandığını söyleminin uygun olacağı kanaatindeyiz.

• Ses Markaları

Sesler, şirketler tarafından ürün ve hizmetlerini açıklamak için kullanılan bir başka geleneksel olmayan işaretlerdir.

MarKHK’da seslerin marka olarak tescil edilebileceğine dair açık bir düzenleme bulunmasa da, MarKHK 5/1 hükmünde yer alan şartları sağlayan seslerin tescil edilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Doktrinde, bir işletmenin mal veya hizmetlerinin, bir diğerinden ayrılmasını sağlayan ve grafiksel olarak ifade edilebilen sesler ve melodilerin marka olarak tescil edilebilecekleri belirtilmektedir.²⁶ Aynı şekilde TPE de, bir girişimin ürün ve hizmetlerini diğerlerinden ayırmaya elverişli ve grafiksel olarak temsil edilebilen sesler, marka olarak tanınmaya uygun bulmaktadır.²⁷

Yeni yasa tasarısında ise, “sesler” marka olarak tescil edilebilecek işaretler arasında özellikle belirtilmiş ve seslerin marka olarak tescil edilebilme kabiliyetine haiz olduğu kesin bir şekilde belirtilmiştir. TPE’ye göre, ses markaları yönünden ayırt edicilik değerlendirmesinde, tescili istenen sesin, başvuru kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden ayırt etmeye elverişli olup olmadığı hususu değerlendirmeye esas olacaktır.²⁸ İlgili sektördeki geleneksel veya umumi sesler, betimleyici sesler, teknik olarak fonksiyonel sesler de vb. TPE nezdinde korumadan yararlanamamaktadır.

TPE, ahenkli seslerin grafiksel temsili için, ECJ “Shield Mark” kararını takip etmekte ve sesin; nota anahtarı, nağme, durak, diyez, vb. gibi mümkün olan her türlü detayını gösteren ölçü çizgilerine bölünmüş bir porte ile nota sisteminin sunulmasını aramaktadır. Müziksel olmayan

²⁶ YASAMAN Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya /YÜKSEL Sinan, sf. 79, MARKA HUKUKU 556 sayılı KHK şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004

²⁷ Bkz. 2009/37578 sayılı marka tescili

²⁸ ÇOLAK, Uğur. Sf. 77, TÜRK MARKA HUKUKU, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2016

sesler için, zaman ve sıklığa karşı, sinyal aralığını gösteren ses yazımının ya da ses görüncesinin sunulması istenmektedir.

Uygulamada, diğer geleneksel olmayan unsurların aksine, sesler, geleneksel markalara daha yakın ayırt edicilik ölçütüne tabi tutulmaktadır. Yine de, uzun seslerin başvuruları ayırt edici olmadıkları gerekçesiyle genelde ret kararı ile sonuçlandırıldığı için, koruma talep edilecek sesin uzunluğu, ayırt edicilik incelemesi sırasında ciddi önem arz etmektedir.

• Hareket Markaları

MarKHK’da hareketlerin marka olarak tescil edilebileceğine dair açık bir düzenleme bulunmasa da, MarKHK 5/1 hükmünde yer alan şartları sağlayan hareketlerin tescil edilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

TPE, resim veya çizim serisi halinde grafiksel olarak temsil edilen hareket markalarına koruma sağlamaktadır. Başvuru sahibinden, markadaki resimler arasındaki değişimlerin fonksiyonlarını ve özelliklerini anlatan bir açıklama ile resim veya çizim serilerinin yanı sıra, hareketin kaydını içeren bir CD istenmektedir. Öğretiye göre de, sadece somut ve tam olarak tasvir edilebilen hareketler marka olarak tescil edilebilecektir.²⁹

Her bir resim, hedeflenen müşteri grubu göz önüne alınarak, ayırt edicilik değerlendirmesine tabii tutulmaktadır.

Yeni yasa tasarısında da “hareketlerin” marka olarak tescil edilip edilemeyeceğine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olup, bu anlamda bir farklılık bulunmamaktadır.

• Hologram ve Pozisyon Markaları

MarKHK’da, hologram ve pozisyonların tesciline izin veren yahut yasaklayan bir hüküm bulunmamakla birlikte, söz konusu markaların marka olarak korunma yeterliliği olduğu yahut olmadığını gösteren TPE ya da Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri tarafından oluşturulmuş, örnek bir teamül de bulunmamaktadır. Bu eksikliğin sebebi, şimdiye kadar, TPE nezdinde hiçbir hologram ya da pozisyon markasının tescili için herhangi bir başvuru bulunulmamış olmasıdır.

²⁹ ÇOLAK, Uğur. Sf. 87, TÜRK MARKA HUKUKU, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2016

Yeni yasa tasarısında da “hologramların” yahut “pozisyonların” marka olarak tescil edilip edilemeyeceğine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olup, bu anlamda bir farklılık bulunmamaktadır.

Doktrinde, bu tür markaların ayırt edici olabildikleri, işletmelerin mal veya hizmetlerini, diğer işletmelerden ayırt etmeye yaradıkları sürece tescil edilebilir olduklarının kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.³⁰

TPE marka uzmanlarının büyük çoğunluğunca belirlenen görüşe göre de, hologramların, grafiksel olarak temsil edilebildikleri ve ayırt edici oldukları takdirde marka olarak tescil edilebilmesi gerekmektedir. Pozisyon markalarında ise, başvuru sahibi, yukarıdakilere ek olarak, başvuruya konu pozisyonun da ayırt edicilik kazandığını kanıtlamalıdır.

• Koku, Tat ve Doku Markaları

MarKHK’da prensip olarak, koku, tat veya dokuların marka olarak tescilini engelleyen yahut ilgili işaretlerin tescilini yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. TPE nezdinde şimdiye kadar bu unsurlar için herhangi bir başvuru bulunmadığı için, bu konu hakkında herhangi bir teamül de mevcut değildir.

Öğretide koku, tat yahut dokuların tescil edilip edilemeyeceği oldukça tartışmalı bir konudur. Kimi yazarlar, kokuların ve tatların, patent ve telif kapsamında korunmasının daha uygun olacağını belirtmiştir. Teorik olarak tescil edilebilir olsalar da, grafik temsillerinin zor olması nedeniyle, tat ve kokuların, pratikte tescillerinin oldukça güç olduğu belirtilmektedir.³¹

Yeni yasa tasarısında da “tatların”, “kokuların” yahut “dokuların” marka olarak tescil edilip edilemeyeceğine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

TPE’nin 2015 yılında yayınlanan Marka İnceleme kılavuzunda ise, pratikte, tatların, kokuların ve dokuların, ayırt edici olmamaları ve ilgili işaretler için grafiksel temsil oluşturmanın zorluğu nedeni ile TPE nezdinde marka olarak korunmalarının mümkün olmadığı kesin bir dille belirtmiştir.³²

³⁰ ÇOLAK, Uğur. Sf. 88, TÜRK MARKA HUKUKU, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2016

³¹ ÇOLAK, Uğur. Sf. 81, TÜRK MARKA HUKUKU, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2016

³² TPE M.İ.K. Sf. 27

C. SONUÇ

Gelişen teknoloji ve rekabet hayatı ile birlikte ürün ve hizmetlerin pazarda etkin bir şekilde tanıtılması için kullanılmaya başlanan “Geleneksel Olmayan Markalar”, ticaret hayatında, gün geçtikçe, daha çok yer etmektedir. İşbu markaların genişleyen kullanımı, koruma kapsamı ile ilgili tartışmaları ve düzenlemeleri beraberinde getirmiştir.

Geleneksel olmayan markalara koruma sağlanıp, sağlanamayacağı “ayırt edicilik” ve “çizimle görüntülenebilme” kriterlerini karşılayıp, karşılayamadıkları noktasında toplanmaktadır. Geleneksel olmayan markalara Türkiye’de sağlanan korumanın kapsamını genişleten temel etken, “Endüstriyel Fikri Mülkiyet Haklarının Yürütülmesi ve İcrasının Geliştirilmesi Hususunda Türkiye’nin Desteklenmesi” başlıklı Avrupa Birliği eşleştirme projesi olmuştur.

Güncel yasal düzenlemeler ve süregelen uygulama ışığında, 3D, ses ve renk kompozisyonları Türkiye’de önemli bir koruma bulabilirken, soyut renkler, kokular, pozisyonlar, dokular, hologramlar, hareketler ve tatlar daha dar bir korumadan yararlanmakta yahut korunmamaktadır.

Yeni kanun tasarısı da, MarKHK hükümleri uyarınca geleneksel olmayan markalara sağlanan koruma kapsamını değiştiren ve süregelen uygulamaları değiştirecek köklü bir düzenleme getirmemiştir.

KAYNAKÇA

ÇOLAK Uğur, TÜRK MARKA HUKUKU, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, (2016)

KARADENİZLİ, Tolga Hasan. Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri, TPE Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara, (2008)

YILMAZ, Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri (2008)

TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku (2012)

YASAMAN Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYOĞLU Tolga/ YUSUFOĞLU Fülürya /YÜKSEL Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi (2004)

TPE Marka İnceleme Kılavuzu (2015)