



Hacettepe Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

TÜRK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA MARKA OLABİLECEK İŞARETLER

Fulya YAPAR

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2018

TÜRK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA MARKA OLABİLECEK İŞARETLER

Fulya YAPAR

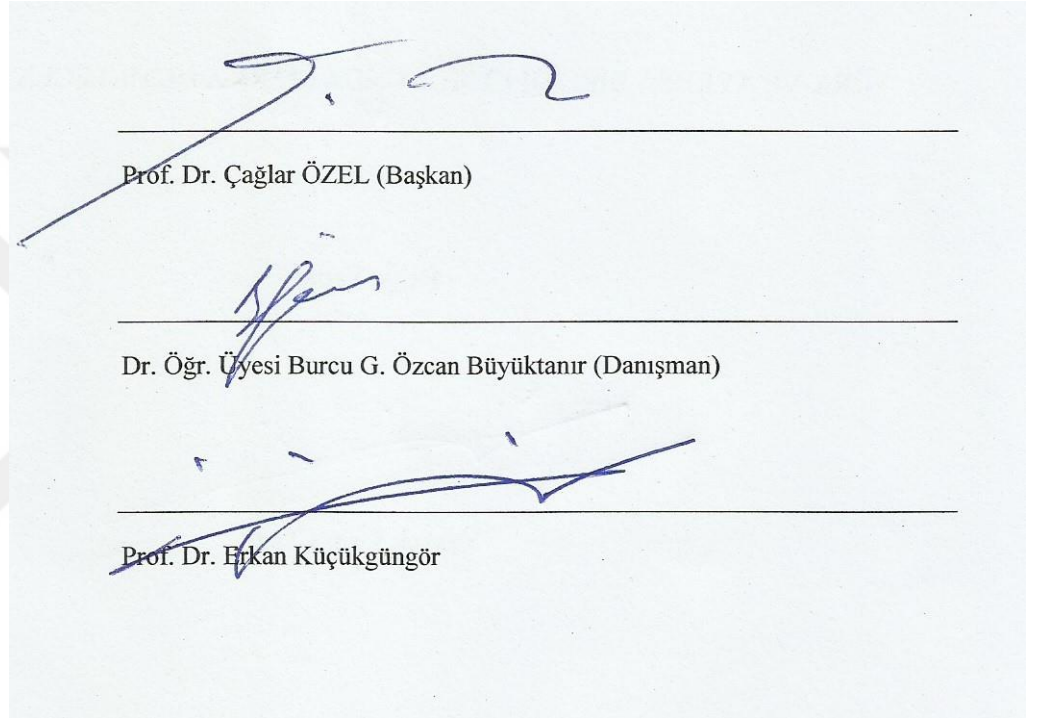
Yüksek Lisans Tezi

Hacettepe Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Ankara, 2018

KABUL VE ONAY

Fulya Yapar tarafından hazırlanan “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Marka Olabilecek İşaretler” başlıklı bu çalışma, 04.06.2018 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.



Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Musa Yaşar Sağlam

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

- ☒ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.
- ☐ Tezim/Raporum sadece Hacettepe Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.
- ☐ Tezimin/Raporumun yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

04.06.2018



Fulya Yapar

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin/raporumun tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kâğıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinlerin yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

☒ **Tezimin/Raporumun tamamı dünya çapında erişime açılabilir ve bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir.**

(Bu seçenekle teziniz arama motorlarında indekslenebilecek, daha sonra tezinizin erişim statüsünün değiştirilmesini talep etseniz ve kütüphane bu talebinizi yerine getirse bile, teziniz arama motorlarının önbelleklerinde kalmaya devam edebilecektir)

☐ **Tezimin/Raporumun tarihine kadar erişime açılmasını ve fotokopi alınmasını (İç Kapak, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) istemiyorum.**

(Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir, kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir)

☐ **Tezimin/Raporumun.....tarihine kadar erişime açılmasını istemiyorum ancak kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisinin alınmasını onaylıyorum.**

☐ **Serbest Seçenek/Yazarın Seçimi**

04.06.2018

Fulya YAPAR



ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, **Dr. Öğr. Üyesi Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

Fulya YAPAR



Bu çalışmayı hazırlarken beni Konstanz'da yalnız bırakmayan fedakârlık ve özveri abidesi Annem'e ve kilometrelerce ötedeyken yanımdaymış gibi hissettiren Ablam'a armağan ediyorum.



ÖZET

Fulya Yapar. *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Marka Olabilecek İşaretler*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.

Marka olabilecek işaretler Türk Hukukunda Sınai Mülkiyet Kanunun 4. maddesinde, Avrupa Birliği Hukukunda ise 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün 4. ve 2015/2436 sayılı Üye Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktifin 3. maddesinde düzenlenmektedir. Üç mevzuat da geçtiğimiz yıllar içinde değiştirilmiş ve marka olabilecek işaretler her iki hukuk sistemi için yenilenmiştir. Bu çalışmada her ikisinde 2017 yılında yürürlüğe girmiş olan Sınai Mülkiyet Kanunu ve 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nde yapılan değişiklikler incelendi. Önceki düzenlemelerde marka olabilecek işaretler açısından büyük rol oynayan çizimle gösterilme şartının kaldırılması ve yerine sicilde gösterilebilme şartının getirilmesi en dikkat çekici yenilikler arasında sayılabilir. Söz konusu değişikliğin ışığında hem Türk Hukuku hem Avrupa Birliği Hukuku açısından marka olabilecek işaretler, Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliği ve 207/2009 sayılı Tüzüğü'nün Uygulanmasına Dair 2017/1431 sayılı Tüzüğü göz önünde bulundularak değerlendirildi. Şimdiye kadar çizimle gösterilip gösterilemeyeceği ve dolayısıyla marka olabilirlikleri tartışmalı olan tat, koku ve doku markalarının yeni sicilde gösterilebilme şartından nasıl etkilenecekleri konusunda doktrindeki görüşler ve yargı kararlarındaki durum detaylı olarak incelendi. Ayrıca Avrupa Birliği Marka Hukukunda yıllardır incelenen ve kullanılan; multimedya, desen, hologram ve pozisyon markalarını ayrıntılı şekilde tanıtıldı.

Anahtar Sözcükler

Sınai Mülkiyet Kanunu, marka, olabilecek, işaretler, sicilde, gösterilme, 2017/1001 sayılı Tüzük, hologram, pozisyon, multimedya.

ABSTRACT

Fulya Yapar. *Signs Which May Serve As Trademarks in Turkish and European Union Law*, Master's Thesis, Ankara, 2018.

Signs which may serve as trademarks are regulated in the frame of Turkish law in the 4th article of Turkish Industrial Property Act and according to European Union law in the 4th article of the Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark and the 3rd article of the Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trademarks. All three legislations have recently been amended and the signs which may serve as trademarks were redefined for both legal systems. This work studies the amendments in the Turkish Industrial Property Act and the Regulation (EU) 2017/1001 on the European Union Trademark which both came into force in 2017. It also analyses the effects of the elimination of the graphical representation requirement which has been substituted by the requirement of being represented in the register as one of the most important amendments. In the light of this amendment, the signs which may serve as trademarks were evaluated under close scrutiny according to Turkish and European Union law, with regard to Implementing Orders on both sides. Also, the question of how taste, smell and tactile signs will be affected by the new requirement of being represented in the register is discussed in detail, as the suitability of these items as a trademarks and the possibility of their representability employing graphics has since been a disputed issue. In this work, it has also been attempted to provide the reader with a detailed introduction of multimedia, pattern, hologram and position marks which are already known and currently studied in the European Union Trademark Law.

Key Words

Trademark, elimination of, graphical, representation, requirement, hologram, pattern, position, (EU) 2017/1001, (EU) 2017/1431.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
BİLDİRİM.....	ii
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	iii
ETİK BEYAN.....	iv
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
SİMGELER VE KISALTMALAR.....	x
ŞEKİLLER DİZİNİ	xii
1. GİRİŞ	1
2. MARKA OLABİLECEK İŞARETLER	3
2.1. MARKA OLABİLECEK İŞARETLERİN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE TÜRK HUKUKU ÇERÇEVESİNDE GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ	3
2.1.1. Markanın Fonksiyonları	5
2.1.1.1. Kaynak Gösterme Fonksiyonu	5
2.1.1.2. Ayırt Edicilik Fonksiyonu.....	7
2.1.1.3. Reklam Fonksiyonu	8
2.1.1.4. Kaliteyi Garanti Fonksiyonu	9
2.2. TÜRK PATENT VE MARKA KURUMU İLE AVRUPA BİRLİĞİ FİKRİ MÜLKİYET OFİSİ TARAFINDAN TESCİLİ MÜMKÜN OLAN MARKA FORMLARI	10
2.2.1. Sözcük Markaları	10
2.2.1.1. Kişi Adları.....	12
2.2.1.2. Sözcük Grupları	16
2.2.1.3. Sloganlar.....	18
2.2.1.4. Harfler ve Sayılar.....	20
2.2.2. 2-Boyutlu Şekil Markaları – Görüntü Markaları	23
2.2.3. 3-Boyutlu Şekil Markaları – Form Markaları	25
2.2.4. Renk Markaları.....	30
2.2.5. Ses Markaları	34
2.2.6. Hareket Markaları	37
2.3. AVRUPA BİRLİĞİ FİKRİ MÜLKİYET OFİSİ TARAFINDAN TESCİLİ MÜMKÜN OLAN MARKA TÜRLERİ ...	39
2.3.1. Multimedya Markaları.....	39
2.3.2. Desen Markaları.....	41
2.3.3. Hologram Markaları	42
2.3.4. Pozisyon Markaları	44
2.4. TÜRK HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU AÇISINDAN TESCİLİ TARTIŞMALI MARKA TÜRLERİ ...	45
2.4.1. Koku Markaları.....	45
2.4.2. Tat Markaları.....	47
2.4.3. Doku Markaları	49
3. MARKA KAVRAMI VE MARKANIN UNSURLARI.....	51
3.1. TÜRK HUKUKUNDA MARKA KAVRAMI VE MARKANIN UNSURLARI	51
3.1.1. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler	51
3.1.2. Türk Hukukunda Marka Kavramı.....	62
3.1.3. Markanın Olmazsa Olmazı İşaret.....	65
3.1.4. Tartışmalı Bir Mesele Olarak Ayırt Edicilik	66

3.1.4.1. Geleneksel Anlamda Ayırt Edicilik.....	69
3.1.4.2. Soyut ve Somut Ayırt Edicilik Ayırımı İle Yeni Bir Dönem	72
3.1.5. En Geniş Marka Tanımını Bile Daraltan Unsur: Sicilde Görüntülenebilirlik	76
3.2. Avrupa Birliği Hukukunda Marka Kavramı ve Markanın Unsurları	77
3.2.1. Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün İçerdiği Başlıca Yenilikler	78
3.2.1.1. Avrupa Birliği Kanunlaştırma Sistemi İçinde Direktif Ve Tüzük'lerin Yeri Ve Birbirinden Farkları Hakkında Kısa Açıklama	78
3.2.1.2. 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 Sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün Kabul Sebepleri	79
3.2.1.3. 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 Sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü İle Yapılan Değişiklikler	82
3.2.2. Avrupa Birliğinde Ana Hatları ile İç Pazar Kavramı	87
3.2.2.1. Gümrük Birliği	88
3.2.2.2. Ayrımcılık Yapmama İlkesi	89
3.2.3. İç Pazarın Üye Devletlerin Marka Hukukları Üzerindeki Etkisi: Uyumlaştırma ve Yeknesaklaştırma.....	90
3.2.3.1. Marka Hukukuna Dair Uyumlaştırmanın Süreci	92
3.2.3.2. Yeknesak Düzenlemeye Dayalı Ortak Bir Markanın Oluşturulması	95
3.2.4. Avrupa Birliği Hukukunda Direktifler ve Tüzükler ile Kullanım Esasları	98
3.2.4.1. Avrupa Birliği Yasama Tasarruflarından En Önemlileri: Tüzükler ve Direktifler	99
3.2.4.1.1. Tüzükler	99
3.2.4.1.2. Direktifler	100
3.2.4.2. Avrupa Birliğinin Yetkilerinin Sınırlarını Belirleyen İlkeler	102
3.2.4.2.1. Yetkilendirilme İlkesi.....	104
3.2.4.2.2. Sübsidiarite İlkesi.....	106
3.2.4.2.3.Orantılılık İlkesi.....	108
3.2.4.2.4. Diğer İlkeler.....	108
3.2.5. Avrupa Birliği Markasının Gözettiği Marka Kavramı.....	109
3.2.5.1. Avrupa Birliği Markasına İlişkin Temel İlkeler	109
3.2.5.1.1. Tekdüzelik İlkesi	109
3.2.5.1.2. Birlik Hukukunun Öncelikli Geçerliliği ve Avrupa Birliği Markası Hukukunun Bağımsızlığı	111
3.2.5.1.3. Devredilebilirlik Serbestisi.....	113
3.2.5.1.4. Birlikte Varoluş İlkesi	115
3.2.5.1.5. Tescile Bağlı Olma İlkesi	116
3.2.5.2. Avrupa Birliği Markasının Unsurları.....	117
3.2.5.2.1. Avrupa Birliği Markası Hukukunda Grafik Olarak Gösterilebilme Unsurunun Kaldırılması ve Marka Olabilirlik, Sicilde Görüntülenebilirlik ile Tescil Edilebilirliğin İlişkisi	118
3.2.5.2.2. Markanın Bir Teşebbüsün Mal veya Hizmetlerini Başka Teşebbüslerin Mal veya Hizmetlerinden Ayırt Etmeye Uygun Olması	121
4. SONUÇ.....	125
KAYNAKÇA.....	130
EK 1: ORJİNALLİK RAPORU	141
EK 2: ETİK KOMİSYON MUAFİYET FORMU.....	142

SİMGELER VE KISALTMALAR

§	Artikel
A.	Auflage
ABFMO	Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
AD	Adalet Divanı
alm.	Almanca
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bkz.	bakınız
BPatG	Bundespatentgericht
BPatGE	Bundespatentgerichtentscheidungen
BT-Drucksache	Bundestagdrucksache
C.	Cilt
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
E.T.	Erişim Tarihi
Einl.	Einleitung
EUIPO	European Union Intellectual Property Office
EuGH	Europäisches Gerichtshof
EIPR	European Intellectual Property Review
FMR	Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, International
HD	Hukuk Dairesi
ing.	İngilizce
MA	Markenartikel
MarkenG	Markengesetz
MarkenR	Markenrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No./Nr.	Numara/Nummer
vd.	ve devamı
WIPO	World Intellectual Property Organization
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WZG	Warenzeichengesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

Şekiller Dizini

Şekil 0-1.	266
Şekil 0-2.	266
Şekil 0-3.	277
Şekil 0-4.	277
Şekil 0-5.	43
Şekil 0-6.	443



1. GİRİŞ

Son yıllarda hızla gelişen sınai mülkiyet hukukunda geniş yer kaplayan markalar, işletmelerin önemli gayri maddi değerlerindendir. Örneğin, Apple markası 170 milyar dolar, Google markası 101.8 milyar dolar değerindedir¹.Günümüzün devasa ve küresel piyasa şartlarında farklı ünvan ve işletme adları ile faaliyet gösteren rakiplerin mallarını tanıtmaları ve farklılaştırmaları ancak markalar ile mümkündür. Sınai mülkiyet haklarının son yıllardaki gelişimi; hem teşebbüslerin bu gayri maddi mülkiyet haklarının gücünü keşfetmelerine hem yasa koyucunun buna bağlı olarak daha etkili kanuni düzenlemeler oluşturmamasından ötürü süratle hız kazanmıştır. Dünyada korsanlığın kar sayıldığı günler geride kalmış, sınai mülkiyet haklarının özel sektör tarafından ciddiye alınması ile birlikte teşebbüsler arasında tescil rekabeti ve dolayısıyla teknolojik gelişme yarışı başlamıştır. Ülkemizin de bu yarışa katıldığını ve yakın zamanda daha da ilerleme kaydebileceğini söylemek yanlış olmaz. Hem mevzuat hem imzalanan anlaşmalar bakımından uluslararası hukuk standartlarını takip etmekteyiz. Var olan hukuki araçları kullanarak pazardaki rekabet ortamını canlandırmak ise özel teşebbüslere düşmektedir.

Türk Marka Hukukunda 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunuyla bu alandaki düzenlemelerde değişiklikler yapılmıştır. Hukukumuzda markalar ilk defa 1871 tarihli “Fabrika Mamulatiyla Eşya-i Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname²”, ardından 1879 yılında ise patent hakkı “İhtira Beratı Kanunu” ile düzenlenmiştir. 1965 yılında 551 sayılı Markalar Kanunu³ kabul edilmiştir. Daha sonrasında ise kısa bir süre öncesine kadar yürürlükte olan, 1995 yılında kabul edilmiş olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK⁴ ile marka hukuku ülkemizde düzenlenmiştir. Bu ulusal düzenlemelerin yanı sıra marka hukuku alanında Türkiye’nin de taraf olduğu 1883 tarihli Paris

1 **Forbes Dergisi** Online (<https://www.forbes.com/powerful-brands/list/> E.T. 02.04..2018).

2 Fabrika Mamulatiyla Eşya’i Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname (<https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/fabrika-mamulatiyla-ec59fyai-ticariyeye-mahsus-alameti-farikalara-dair-nizamname.doc> E.T. 30.10.2017); Ayrıca bkz.: **Çolak**, Uğur: Türk Marka Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 2; **Tekinalp**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku 5.Bası, İstanbul 2012, s. 338; **Çağlar**, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar, 1. Baskı, Ankara 2013, s.3. **Yasaman**, Hamdi/**Altay**, Sıtkı Anlam/**Ayoğlu**, Tolga/**Yusufoğlu**, Fülürya/**Yüksel**, Sinan: Marka Hukuku, Cilt 1. Bası, İstanbul 2004, s. 2; **Arkan**, Sabih: Marka Hukuku, Cilt I, Ankara 1997, s. 13.

3 551 sayılı Markalar Kanunu (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11951.pdf> E.T 21.11.2017); Ayrıca bkz. **Arkan**, s. 14.

4 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.556.pdf> E. T. 20.04.2017).

Sözleşmesi⁵ veya 1891 tarihli Madrid Protokolü⁶ gibi birçok uluslararası sözleşme de bulunmaktadır.

Çalışmamızda Türk Hukukunun ve Avrupa Birliği Marka Hukukunu marka olabilecek işaretler bakımından inceleyeceğiz. Ne tesadüftür ki 10.01.2017 tarihinde Sınai Mülkiyet Kanununun yürürlüğe girmesinden birkaç ay sonra 14.06.2017’de Avrupa Parlamentosu ve Konseyi 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü’nü kabul etmiştir. Dolayısıyla çalışmamızın kapsamı itibari ile her iki düzenlemenin getirilerini de inceleyeceğiz.

Marka olabilecek işaretleri hem Avrupa Birliği uygulaması hem de Türkiye uygulaması açısından birlikte irdeleyerek bunların sicilde gösterilebilirliklerini değerlendireceğiz. Sonrasında marka kavramını ve markanın unsurlarını Türk ve Avrupa Birliği Hukukları açısından ayrı ayrı inceleyeceğiz. Türk Hukukuna dair başlıkta öncelikle Sınai Mülkiyet Kanunu’nun kabulü ile karşılaşacağımız başlıca değişikliklere değineceğiz ve Türk Hukuku açısından marka kavramını ve unsurlarını inceleyeceğiz ayrıca bu bölümde marka olabilirliğin koşullarından biri olan işaretin ayırt edici niteliğinin mülga KHK ile Sınai Mülkiyet Kanunu arasındaki farklılığa değineceğiz. Ardından, Avrupa Birliği Markası Tüzüğü’nün getirdiği değişiklikleri de ele alarak konuların daha iyi anlaşılabilmesi için Avrupa Birliği Hukukuna ilişkin temel ilkelere değineceğiz. Son olarak Avrupa Birliği Hukukunun işleyişinin daha iyi anlaşılabilmesi açısından bu alanın ana hatlarından ve akabinde Avrupa Birliği Hukukunda marka kavramından ve bunun unsurlarından bahsedeceğiz.

5 1883 tarihli Paris Sözleşmesi (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/15418.pdf> E.T. 30.10.2017) Ayrıca bkz. **Arkan**, s. 37; **Tekinalp**, s. 71; **Yasaman** vd., s. 36.

6 1989 Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile İlgili Protokol, 22.8.1997 tarihli ve 23088 mükerrer Sayılı Resmi Gazete (http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23088_1.pdf E.T. 28.03.2018); Ayrıca bkz. **Tekinalp**, s. 75; **Yasaman** vd., s. 30.

2. MARKA OLABİLECEK İŞARETLER

2.1. MARKA OLABİLECEK İŞARETLERİN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE TÜRK HUKUKU ÇERÇEVESİNDE GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Marka Hukukunda marka olabilecek işaretler Sınai Mülkiyet Kanunun 4. maddesine ve Avrupa Birliği Hukukunda ise 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkındaki Tüzüğü'nün 4. ve kısmen de olsa 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktifin 3. maddesine göre belirlenmektedir. Üç düzenleme de birbirlerine oldukça benzemekte ve aynı unsurları ihtiva etmektedirler. “Markalar, bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamasıyla birlikte “marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla” kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.”⁷

Mülga 556 sayılı KHK'nın 5. maddesi marka olabilme şartını kısmen farklı açıklamıştır. Maddenin yürürlükteki hükümden ve Avrupa Birliği düzenlemelerinden farklı olarak “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen” ifadeleri bulunmaktadır.

Artık yürürlükte olmayan 89/104 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Direktifinin 2'nci ve Topluluk Markasına İlişkin 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 4. maddelerinde de “çizimle görüntülenme” şartı bulunmasına rağmen “baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen” ifadeleri yer almamaktaydı. Bunun haricinde tanımlar mülga 556 sayılı KHK'nın 5. maddesi ile örtüşmekteydi.

Çizimle görüntülenebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme gibi şartlar sözcük markaları ve şekil markaları gibi görmeye alışkın olduğumuz marka türlerinde sorun oluşturmazken ses, koku, üç boyutlu şekiller gibi yeni işaretlerin marka olup olamayacağı yönünden soru işaretleri yaratabilmekteydi.⁸ Bu nedenle hem 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka

⁷ Benzer marka tanımları için; **Tekinalp**, s. 343; **Arkan**, s. 35; **Yasaman** vd., s. 16.

⁸ **Aytemiz**, Ayşe Özünel: Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanılması ve Ayırt Ediciliğin Kaybedilmesi, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2010, s. 34.

Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktifte hem de 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkındaki Tüzüğünde, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda olduğu gibi marka olabilecek işaretleri sınırlayan çizimle görüntülenebilme şartı kaldırılmış, yerine sicilde gösterilebilme koşulu getirilmiştir.⁹

Hem Avrupa Birliği Hukukunda hem de Türk Hukukunda marka olabilecek işaretleri düzenleyen ilgili hükümlerde, hangi işaretlerin marka olarak kullanılabileceği hakkında bir sayım yapılsa da bu sayım tahdidi değildir.¹⁰ Ayrıca işaret kavramı sadece bir şekli ifade etmemekte, geniş anlamda kullanılmaktadır.¹¹ Sicilde gösterilebildiği ve “bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun olduğu” sürece tüm işaretler marka olabilecektir.

Çalışmamızda marka olabilecek işaret türlerini Türk Patent ve Marka Kurumu ile Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde sicilde gösterilip gösterilemediklerine göre ayırarak 3 kategori altında inceleyeceğiz. Öncelikle her iki kurumun tescilini kabul ettiği ve isim olarak düzenlemelerinde geçen marka türlerini, ardından Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde tesciline şüphe olmayıp ofisin evraklarında isimleri geçen ancak Türk Patent ve Marka Kurumunun izlediği Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte isimleri geçmeyen marka türlerini ve son olarak her iki kurum nezdinde de tescilleri mümkün gözükmeyen marka türlerini incelemeye çalışacağız. Bu incelemeyi yaparken Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin güncel uygulamalarını baz alacak Türk Hukukunda farklı bir uygulama veya anlayış bulunduğu buna da yer vereceğiz. Fakat her şeyden önce çalışmanın konusu ve içeriği itibarıyla daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla kısaca markanın fonksiyonlarından bahsetmekte fayda görüyoruz.

-
- 9 **EUIPO** – Elimination of Graphical Representation Requirement, ([https:// euipo.europa.eu/ohim portal /de/elimination-of-graphical-representation-requirement](https://euipo.europa.eu/ohim-portal/de/elimination-of-graphical-representation-requirement) E.T. 21.02.2018); Ayrıca bkz. 3.2.5.2.1. Avrupa Birliği Markası Hukukunda Grafik Olarak Gösterilebilme Unsurunun Kaldırılması ve Marka Olabilirlik, Sicilde Görüntülenebilirlik ile Tescil Edilebilirliğin İlişkisi Başlığı
- 10 **Jehoram** Tobias Cohen/ **van Nispen**, Constant/ **Huydecoper**, Tony: European Trademark Law, Wolters Kluwer, 2010, s. 76.
- 11 **Çağlar**, s. 12; **Er**, Turhan Hakkı: “Markanın Doğuşu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010 (Ed: Tekin Memiş) XII Levha, İstanbul 2011, s. 267; **Tekinalp**, s. 343.

2.1.1. Markanın Fonksiyonları

Marka kullanımının hem üretici hem tüketici açısından pek çok işlevi vardır. Marka kullanımının başta ayırt edicilik ve kaynak gösterme olmak üzere, kalite garantisi, reklam gibi işlevleri vardır. Bunlara markanın fonksiyonları denilmektedir. Çalışma konumuz itibarıyla özel önem taşıyan ayırt edicilik fonksiyonu ile kaynak gösterme fonksiyonuna ağırlık vererek markanın tüm fonksiyonlarına değineceğiz.

2.1.1.1. Kaynak Gösterme Fonksiyonu

Kaynağı gösterebilme işlevi, aslen markanın mal veya hizmeti sunan teşebbüs ile mal veya hizmetin arasındaki bağın görülmesini sağlamasıdır.¹² Ürünün nereden geldiğini ve kime ait olduğunun anlaşılması yani kaynağı gösterme fonksiyonu markanın diğer fonksiyonlarının işleyebilmesinin önkoşuludur.¹³ Hem kaliteyi garanti fonksiyonu hem reklam fonksiyonu markayı taşıyan ürünün markanın sahibi ile bir bağı olduğu varsayımı sayesinde etki doğurur.¹⁴ Bir markayı taşıyan malın veya hizmetin aynı kaliteyi ihtiva etmesi ancak aynı üretim koşulları ve şeklinin korunması ile sağlanabilir. Değişen marka sahibi, değişen kalite, tarif veya tesis anlamına gelebilecektir.¹⁵

Öyle ki 21 Aralık 1988’de yürürlüğe girmiş olan 89/104 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Direktifinden önce Almanya’nın

12 bkz. **Tekinalp**, s. 343; **Arkan**, s. 35; **Yasaman** vd., s. 16.

13 **Baumbach**, Adolf/**Hefermehl**, Wolfgang: Warenzeichengesetz, 12.Auflage, München 1985, Einl N.10; **Buhrow**, Astrid: Markenmäßiger Gebrauch im Spannungsfeld von horizontaler und vertikaler Benutzung, Peter Lang Verlag, Frankfurt 2005, s. 4; **Bumiller**, Ursula: Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke in der Europäischen Union, Düsseldorf 1997, s. 3; **Hacker**, Franz: Markenrecht, Das deutsche Markensystem, Carl Heymanns, 2. Auflage, 2011, s. 22; **Danger**, Torben: Die rechtsverletzende Benutzungshandlung im Markenrecht – Abschied von der Herkunftsbezogenheit, Carl Heymanns Verlag, 2007, s. 69; **Berlit**, Wolfgang: Das neue Markenrecht, WiB 1995, N. 327.

14 **Raßmann**, Christian: Die Markenrechtsreform in Deutschland, Schweiz und Österreich, Verlag V. Florentz, München 1998, s. 311; **Danger**, Die rechtsverletzende Benutzungshandlung, s. 69; Konuya ilişkin bkz.: **ABAD’ın** 23.05.1978 tarihli 102/77 sayılı Hoffmann-La Roche/ Centrafarm Kararı, **ABAD’ın** 18.07.2002 tarihli C-299/99 sayılı Philips Kararı, **ABAD’ın** 16.09.2004 tarihli C-329/02 sayılı Sat. 1 Satelliten-Fernsehen/ OHMI Kararı ve **ABAD’ın** 30.11.2004 tarihli C-16/03 sayılı Peak Holding Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018). Ayrıca bkz. **Eminoğlu**, Cafer: Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi’nin 556 sayılı KHK’nın M.16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Sayı: 2016/01, s. 238; **Arkan**, s. 98.

15 bkz. Tükenme ilkesi ile kaynağı ayırt etme fonksiyonu ortadan kaldırılmış değildir. **Von Gamm (Frhr)**, Otto-Friedrich: Schwerpunkte des neuen Markenrechts – Referat anlässlich der GRUR-Jahrestagung am 03.06.1994, GRUR 1994, s. 777.

marka kanunun¹⁶ 1. ve 8. maddelerine göre bir marka işletmenin ayrılmaz bir bütünü sayılmaktadır ve devredilmesi de sadece işletmenin devredilmesi ile mümkün idi.¹⁷ İtalya ve kuzey ülkeleri de markaların korumasının sadece kaynağı gösterme fonksiyonunun sağlanması ile mümkün olduğu anlayışını benimsemişlerdi.¹⁸ Ayrıca İsviçre ve Avusturya'da kaynağı gösterme fonksiyonu Almanya'da olduğu gibi markanın yasal olarak korunan tek fonksiyonuydu.¹⁹

Buna karşılık BeNeLux-Devletleri yani Belçika, Hollanda ve Luxemburg marka hukuklarını kaynağı gösterme fonksiyonunun ve bununla gelen karıştırılma ihtimali terimlerinden tamamen soyutlamışlar, düzenlerini markanın kullanımı sonucu elde edilen çıkara dayalı kuramlar üzerine kurmuşlardır.²⁰ Fransa'da ise yine kaynağı gösterme fonksiyonu marka hakkının kapsamını belirlemede göz ardı edilmiş ve sistem markanın bir mülkiyet hakkı olması üzerine kurulmuştur.²¹

Üye devletlerin bu çeşitli düzenlemeleri göz önünde bulundurularak hem 89/104 sayılı Direktif hem de 40/94 sayılı Tüzük ile markanın ticari işletmeden bağımsız ve bundan ayrı olarak devredilebilen bir malvarlığı değeri olduğu kabul edilirken aynı zamanda eğer devir işleminin, halkı ürünün türü, nitelikleri veya coğrafi kaynağı konusunda yanılgıya düşüreceği devir belgelerinden açık bir şekilde anlaşılıyorsa İç Pazarı Uyumlaştırma Ofisine devir işlemini reddetme yetkisi tanınmıştır.²² Ancak son düzenlemelere bakılırsa Avrupa Birliği üye devletlerin markanın kaynağı gösterme fonksiyonunu yerine getirme konusundaki farklılıklarını

16 alm.: Warenzeichengesetz-WZG

17 **Buhrow**, Gebrauch im Spannungsfeld, s. 5; **Bumiller**, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, s. 3; **Baumbach/Hefermehl**, WZG, §15 N.22; **Berlit**, Das neue Markenrecht, N. 327.

18 İtalya için bkz.: **Vanzetti**, Adriano: Funktion und Rechtsnatur der Marke, GRUR Int. 1965, s. 128vd; s. 185 vd. Kuzey ülkeleri için bkz.: **Kur**, Anette: Die Verwechslungsgefahr im europäischen Markenrecht, MarkenR 1999; Die Harmonisierungslücken der europäischen Markengesetze, Resultate – offene Fragen- Harmonisierungslücken, GRUR 1997, s. 3; **Hacker**, Markenrecht, s. 22; **Danger**, Die rechtsverletzende Benutzungshandlung, s. 69; Kaynağı gösterme fonksiyonu, aynı zamanda köken, menşe işlevi de denilmektedir. **Eminoğlu**, Marka Sahibinin Tekliği, s. 238.

19 **Raßmann**, Die Markenrechtsreform, s. 311; **Baumbach/Hefermehl**, WZG, §15 N.22. Markanın hukuki niteliği markanın kanunen tanınan fonksiyonu için ayrıca bkz. **Vanzetti**, Funktion und Rechtsnatur, s. 128.

20 **Kur**, Verwechslungsgefahr, s. 3.

21 **Kur**, Verwechslungsgefahr, s. 3; Türk Hukukunda kaynak gösterme işlevinin markanın devrine etkisi için bkz. **Eminoğlu**, Marka Sahibinin Tekliği, s. 245.

22 556 sayılı KHK'nın 16. maddesinin 4. fıkrası gereğince Türk Patent Enstitüsü Avrupa Birliği mevzuatında olduğu gibi halkı yanıltacak devir işlemlerini yapmama yetkisine sahipti ancak bu düzenleme yeni Smai Mülkiyet Kanuna alınmamıştır. Avrupa Birliği Hukukundaki kaynağı gösterme fonksiyonunun değerini kaybedişi Türk Hukuku açısından gözlemlemek de mümkündür. **Eminoğlu**, Marka Sahibinin Tekliği, s. 238.

uyumlaştırmalar sayesinde aşarak birlik markası için en başından beri düşünülen sınırsız devredilebilirlik serbestisinin²³ önündeki son engeli de kaldırmış bulunmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hem direktiflere hem de tüzüklere göre Avrupa Birliği Markası sadece malların ve hizmetlerin birbirinden ayırt edilmesinde kullanılmaktadır. Yani her türlü ticari unvanlar ve işletme isimleri markalara ilişkin düzenlemelerin sağladığı korumanın dışında tutulmuştur. Fakat buna rağmen ticari unvanlar ve işletme isimleri üye devletlerin milli mevzuatlarına göre korunacak değerler olarak görülerek nispi ret ve sona erme sebepleri arasında sayılmaktadır.²⁴

2.1.1.2. Ayırt Edicilik Fonksiyonu

Marka tanımı için kısaca, “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinin diğer teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt edilebilmesini sağlayan işaretlerdir” demiştik. Buradan anlaşılabileceği gibi markanın en temel fonksiyonlarından biri ayırt ediciliğin sağlanmasıdır.²⁵ Ayırt etme fonksiyonu, markanın hem bir teşebbüsün farklı mal veya hizmetlerinin “birbirlerinden” ayırt edilmesini hem “mal veya hizmetlerin başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamasıdır”.²⁶ Görüldüğü üzere ayırt etme fonksiyonunun niteliği konusunda 2 ayrı düşünce mevcuttur.

İlk görüşe göre bir markanın ayırt edicilik işlevini yerine getirebilmesi için öncelikle kendinin ayırt edilebiliyor olması gerekmektedir.²⁷ Fezer, Kiethe/Groeschke, Thilo, Meister, Klaka, Berlit ve Marx gibi yazarlar ayırt ediciliğin ürün bazında olması gerektiğini ve marka ürün ile teşebbüs arasında bir bağlantı kuramasa da ayırt edicilik unsurunun sağlandığını savunurlar.²⁸ Burada

23 **Beier**, Friedrich-Karl; Ziele und Leitgedanken des europäischen Markenrechts, GRUR Int. 1976, s. 364.

24 **Marx**, Claudius: Deutsches und europäisches Markenrecht, Hermann Luchterhand, 2. Auflage, Konstanz 2007, s. 410; **Fezer**, Karl-Heinz; Markenrecht 4. Auflage, München 2009, Einl F, N. 8.

25 **Arkan**, s. 38; **Yasaman** vd., s. 18; **Tekinalp**, s. 356; **Çağlar**, s. 33.

26 bkz. **Çağlar**, s. 33; **Ünal**, Mücahit: 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Göre Marka Olabilecek İşaretler, Sel-çuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt: 13, Sayı:2, 2005, s. s. 31.

27 **Daniels**, Silja: Die Dreidimensionale Marke, Lit, Hamburg 1999, s. 40.

28 **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 41; Görüşler için; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 203; **Thilo**, Alexandra: Neue Formen der Marke im Markenrecht und in der Gemeinschaftsmarkenverordnung, Dissertation 1998, s. 67; **Meister**, Herbert: Erste Erfahrungen mit dem neuen Markengesetz, Teil II, MA 1995, s. 507; **Klaka**, Rainer: Schutzzfähigkeit der dreidimensionalen Benutzungsmarke nach §4 Nr.2 MarkenG, GRUR 1996, s. 614; **Marx**, Markenrecht, s. 19; **Berlit**, Das neue Markenrecht, N. 49.

belirli bir mal veya hizmetten ayırt edilme koşulu aranmazken sadece markanın kendi içinde ayırt edici olabilme kabiliyetinin varlığı yeterli görülmüştür.²⁹

Buna karşılık Kur, von Gamm ve Ströbele gibi yazarlar markanın ayırt ediciliği ile kaynağı ayırt edici fonksiyonu arasında bağlantı kurar ve işaretin marka olabilmesi için mal ve/veya hizmetin bir teşebbüsle ilişkisini gösterebilmeye uygun olması gerektiğini savunur.³⁰ Bu görüşü savunanlara göre kanunun lafzından bir markanın görevi, “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmektir” yani malın veya hizmetin kendini ayırt etmesi gerekliliği kanun metninden anlaşılmamaktadır.³¹ Eğer markanın mal veya hizmetin kendini ayırt etmesi koşulu aransaydı, markanın temsil ettiği ürünleri aynı üreticinin başka ürünlerinden ayırt etmesi yeterli olacaktı.³² Bu durumda şu sonuç çıkarılabilir; markanın ayırt ediciliğe uygun olması, tüketicinin en azından bir mal veya hizmetin bir teşebbüse ait olduğu kanısına varabilmesini de kapsamaktadır.³³ Demek ki ayırt ediciliğe uygun olma, markanın ayırt edici fonksiyonu ile ilişkilendirilerek anlaşılmalıdır.³⁴

2.1.1.3. Reklam Fonksiyonu

Markanın diğer işlevlerinden biriye kendisini taşıyan mal veya hizmet ile tüketici arasında bir iletişim mekanizması kurmasıdır. Reklamın amacı tüketicileri bir malın satışına ikna etmektir ve işletmeler müşterileri ile iletişimi reklam ile kurmaktadır.³⁵ Tüketici mal veya hizmeti marka sayesinde ile tanır ve satış bunun üzerine gerçekleşir.³⁶ Bu fonksiyona iletişim ve tanıtım fonksiyonu da denilmektedir.

29 **Marz**, Martin: Der Schutz von eintragungsfähigen Marken nach dem neuen Markengesetz, V. Florentz GmbH, München 1997, s. 35; Ayrıca bkz. **Kur**, Anette; Formalschutz dreidimensionaler Marken- neue Aufgaben für die Markenabteilung des Deutschen Patentamts, in Festschrift DPA-100 Jahre Marken-Amt, München 1994, s. 183, **Meister**, Herbert; Praktische Erfahrungen mit dem neuen Markengesetz, in WRP 1995, s. 1008; **Berlit**, Das neue Markenrecht, N. 59; **Vanzetti**, Funktion und Rechtsnatur, s. 134.

30 **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 42; Görüşler için; **Kur**, Formalschutz, s. 183; **Von Gamm**, Schwerpunkte des neuen Markenrechts, s. 779; **Ströbele**, Paul/ **Klaka**, Rainer/ **Althammer**, Werner: Markengesetz, 5. Auflage, Köln 1997, §3 N. 6.

31 **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 43; **von Gamm**, Schwerpunkte des neuen Markenrechts, s. 777.

32 **Baumbach/Hefermehl**, WZG, Einl N. 10; **Vanzetti**, Funktion und Rechtsnatur, s. 134.

33 **Kur**, Formalschutz, s. 195.

34 **Kur**, Formalschutz, s. 183; **Von Gamm**, Schwerpunkte des neuen Markenrechts, s. 779; **Ströbele**, MarkenG, §3 N. 6.

35 **Dirikkan**, Hanife: Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Prof. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s.

36 **Arkan**, s. 38.

2.1.1.4. Kaliteyi Garanti Fonksiyonu

Mal veya hizmetini hep aynı marka altında satışa sunan teşebbüs sahipleri böylelikle tüketicilerde ürünün kalitesine güvenebileceklerine dair bir his oluşturmaktadırlar. Alıcı güvenmekte olduğu yani ürünlerinin kalitesinden emin olduğu teşebbüsü marka sayesinde tanıyabildiğinden markanın bu işlevine güven fonksiyonu da denilmektedir.³⁷



2.2. TÜRK PATENT VE MARKA KURUMU İLE AVRUPA BİRLİĞİ FİKRİ MÜLKİYET OFİSİ TARAFINDAN TESCİLİ MÜMKÜN OLAN MARKA FORMLARI

Çalışmamızın kapsamı gereği hem Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde hem de Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinde tescil edilebilirliklerinden şüphe bulunmayan iki kurumun yasal düzenlemelerinde de isimleri geçen marka türlerini bir başlık altında inceleyeceğiz. Bir kısmını geleneksel marka formlarının, diğer kısmının ise geleneksel olmayan markalar³⁸ olarak adlandırılan markaların oluşturduğu bu gruba sözcük markaları, 2 boyutlu şekil veya görüntü markaları, 3 boyutlu şekil veya form markaları³⁹, renk markaları, ses markaları ve hareket markaları girmektedir.

2.2.1. Sözcük Markaları

Uluslararası olarak en çok kullanılan marka türünü oluşturan sözcük markaları çeşitli şekillerde görünebilmektedir. Hem kişilerin gerçek adlarından oluşan markalarla (örn, Phillip Stark, Hugo Boss, Joop), hem kişi adlarından türetilmiş sözcük markalarıyla (örn. Adidas, Haribo) hem de hayal ürünü sözcüklerden oluşan markalar (örn. Omo, Nivea) ile sıkça karşılaşmak mümkündür.⁴⁰ Ayrıca birkaç sözcüklü reklam sloganlarının ve tekli harf ve sayılardan oluşan markaların da bu kategoriye girdiğini bilmek gerekir. Kabul edilen ilk marka türleri kişi adları ve böylece sözcük markaları olmuştur.⁴¹ Yani hem en eski hem de en çok kullanılan marka formudur denilebilir.⁴²

Marka olabilmenin koşullarından biri markanın hayal gücü kuvvetli kişilerce yaratıcı bir çalışma sonucu ortaya konulması değildir, Avrupa Birliği Adalet Divanı konuyu şöyle ele

38 **Köse**, Mutlu Yıldırım/**Tınaz**, Canan/**Atlı**, Tuğçe: “Geleneksel Olmayan Markalar”, FMR 2014/2, s. 76.

39 **EUIPO** – EU Trade Mark Regulation FAQs ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018)

40 **Marx**, Markenrecht, 2.Bası, s. 56; **Kaya**, Arslan, İstanbul 2006, s. 18; **Yasaman** vd., s. 68-69; **Er**, Turhan Hakkı: “Markanın Doğuşu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010 (Ed: Tekin Memiş) XII Levha, İstanbul 2011, s. 264; **Karahan**, Sami /**Suluk**, Cahit/ **Saraç**, Tahir/**Nal**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku Esasları, 3. Bası, Seçkin, Ankara 2013, s. 158.

41 **Bently**, Lionel: “The making of modern trade mark law: the construction of the legal concept of trade mark”, Trade Marks and Brands, Cambridge Intellectual Property and Information Law, 2008, s. 15.

42 **Jehoram/Nispen/Huydecoper**, Trademark, s. 76; **Schmieder**, Hans-Heinrich; Warenzeichen als Sprachgebilde, NJW 1992, s. 1257; **Karahan** vd., s. 158.

almıştır: “Bir markanın tescili, marka sahibinin hayal gücüne veya sanatsal ve dilsel anlamda belirli bir yaratıcılık düzeyinin belirlenmesine bağlı değildir. Markanın söz konusu ticaret sahasında üzerine iliştiirildiği malın veya hizmetin nereden geldiğinin anlaşılmasını ve başka teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması yeterlidir.”⁴³ Demek ki sözcük markaları sözlükte bulunan önceden bilinen sözcüklerden de oluşabilmektedir, yeter ki ticaret hayatında malın kaynağını (menşeyini) gösterir işaret⁴⁴ olarak anlaşılsın.⁴⁵

Hayal ürünü uydurma sözcüklerin tescil edilebilirliği⁴⁶ genelde problemsiz gerçekleşirken sözlükte bulunan bilindik sözcük ve sözcük gruplarının tescili somut ayırt edici güçten yoksunluk sebebiyle ret edilebilmektedir. Kullanılan sözcük kendi doğası gereği ifade ettiğı şeyi anlattığında mal veya hizmeti herhangi bir teşebbüsle bağdaştırmayı başaramayacaktır. Somut ayırt edici gücü sonradan kazanmak için bu tip sözcüklerin en azından markanın ayırt edici fonksiyonunu sağlayabilmesi gerekmektedir⁴⁷ Ayırt edicilik sağlandığında sözcük sözlük anlamıyla temsil ettiğı şey açısından herkesin kullanımına açık kalacak ve kaynak gösterir işaret olarak kullanıldığı anlamıyla marka hakkının sahibine koruma sağlayacaktır. Eğer söz konusu sözcük sözlük anlamından başka bir anlamda kaynak gösterir işaret olarak kullanılmaya müsait değilse marka hukuku tarafından korunması mümkün olmayacaktır. Bunun denetimini tescil başvurusu incelenirken yetkili marka kurumu yapacaktır. Buradaki ayırt edici gücün seviyesi çok düşük olsa da fark etmeyecektir çünkü kanunun lafzı Sınai Mülkiyet Kanunu 5. maddede, “herhangi bir ayırt edici nitelikten” bahsetmektedir, benzer şekilde 2015/2436 sayılı Direktifin 4. maddesinde ve 2017/1001 sayılı Tüzüğün 7. maddesinde ise “ayırt edici güce sahip olmayan” işaretlerin genel olarak marka olarak tescil edilmeyeceğı düzenlenmiştir.⁴⁸

İleride ayrıntısıyla değinileceğı gibi somut ayırt edici güç sonradan kazanılabilmektedir. Sınai Mülkiyet Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrası, 2017/1001 sayılı Tüzüğün 7. maddesinin 3. fıkrası ve 2015/2436 sayılı Direktifin 4. maddesinin 4. fıkrası gereğı somut ayırt ediciliğı olmayan, mal ve/veya hizmetlerin nitelendirilmesini sağlayan ifadeler içeren ve herkesin

43 **ABAD**’ın 16.09.2004 tarihli C-329/02 P sayılı SAT.2 Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018); **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 57.

44 alm.: Herkunftszeichen

45 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 57.

46 **Yasaman**, Şerh s.69; **Tekinalp**, s. 362; **Karahan vd.**, s. 159; **Arkan**, s. 40.

47 **Ayırt etme fonksiyonu**; “markanın hem bir teşebbüsün farklı mal veya hizmetlerinin birbirlerinden ayırt edilmesini hem bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamasıdır.” bkz. **Çağlar**, s. 33; **Ünal**, İşaretler, s. 31.

48 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 57.

kullanımına açık kalması gereken sözcükler içeren markaların tescili kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmaları durumunda ret edilemeyecektir.⁴⁹

Markanın piyasaya sunulan ürünü veya hizmeti nitelendirecek bir işarete sahip olmaması gerekmektedir ki işaret tekeleştirmesin. Bu tür açıklayıcı ifadeler herkesin kullanımına açık kalmalıdır.⁵⁰ Başvurulan işaretin tescil edileceği mal veya hizmet sınıflarına dair açıklayıcı bir terim olması veya sözcüğün anlamı kaynak gösterir bir işaret olarak anlaşılamayacak olması durumlarından markanın somut ayırt edici güçten yoksun olduğu sonucuna varılmalıdır.⁵¹

Sözlük anlamı bilinen yabancı dildeki sözcüklerin kullanılması durumunda ise iki ayrı sonuç görülebilir. Eğer sözcük genel olarak bilindik bir dile ait ise sanki Türkçe bir sözcükmüş gibi somut ayırt edicilik denetimi yapılacaktır. Ancak halk tarafından bilinme oranı düşük dillerdeki sözcükler sözlük anlamı olarak markanın tescil edileceği ürün sınıfına dair açıklayıcı-nitelendirici karakterde olsalar da tescilleri mümkün olacaktır. Ayrıca var olan sözcüklerin birleştirilmesiyle yeni bir sözcük üretmek veya bilinen bir sözcük üzerinde küçük değişiklikler yapmak da her zaman sözcüğün tescili için yeterli sayılmayacaktır.⁵²

2.2.1.1. Kişi Adları

İlk kullanılan ve kabul gören marka formu olarak sözcük markaları üreticilerin kendi kişi adlarını ürünleri üzerinde kullanmaya başlamaları ile ortaya çıkmıştır. Bunun doğası gereği de marka hukukunda koruma kapsamının tespitinde yani diğer bir anlatımla marka hukukunun doğuşunda temel olarak kişi adlarının nasıl korunacağı üzerinden gidilmiştir.⁵³

Marka hukukunda ilk uyuşmazlık da böylece aynı ismi taşıyan üreticilerin hangisinin markayı kullanmakta hakkı olduğu hususunda ortaya çıkmıştır. Nitekim bugün de geçerli olan anlayışa göre, tescilli bir markanın, tescil sahibinin ismi dahi olsa tescil edilerek farklı bir kimliğe

49 **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 507; Sınai Mülkiyet Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrası, 2017/1001 sayılı Tüzüğün 7. maddesinin 3. fıkrası ve 2015/2436 sayılı Direktifin 4. maddesinin 4. fıkrası. Orijinal Metin için bkz. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm> E.T. 30.10.2017); Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001> E.T. 04.01.2018); Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436> 08.11.2017).

50 **EUIPO** – What([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark) E.T. 21.02.2018.

51 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 57.

52 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 57.

53 **Er**, s. 263.

bürüneceği, kişilikten bağımsız bir kurum olacağı ifade edilmiştir.⁵⁴ Kişisel adın marka olarak kullanılmasına “Dr. Oetker”, “Scholl” ve “Philip Morris” Türkiye’den “Koç”, “Sabancı”, “Eczacıbaşı” örnek gösterilebilir.⁵⁵

“Kişi adları”, marka olarak tescil edilebilir.⁵⁶ “Kişi adları” ile tam olarak neyin kastedildiği belirsizdir. Öz ad ve soyadı bir arada mı “kişi adı”dır; yoksa bunlardan her biri “kişi adı” kabul edilebilir mi? Tekinalp’e göre ayırt edici nitelik göz önüne alındığında ya ad ve soyadın birlikte ya da soyadın tek başına kastedildiği düşünülebilir, ancak ayırt edicilik mevcutsa öz adın da marka olarak tescilinde bir engel yoktur.⁵⁷ Halbuki kişi adlarının marka olarak kabulündeki ayırt edici güçte aranan kriterler diğer marka formlarından değişik değildir.⁵⁸ Bir adın kaç kişi tarafından kullanıldığı veya markanın tescil edileceği mal veya hizmetlerin sınıfı bakımından ticaret alanında bir soyadın ne kadar sık kullanıldığı önemsizdir.⁵⁹

Bugdahl isimlerden marka oluşturmayı farklı kategorilere ayırmıştır. Adlar (Mercedes), kişi adları (Hugo Boss, Ford, Opel), ad kısaltmaları (Elsa Tessmer’den Tesa), ismin baş harfleri (Ingvar Kamprad aus Elmtaryd in Agunnaryd’den IKEA⁶⁰), isimlerin birleştirilmeleri (Swiss Watch’den Swatch), üreticilerin ima edilmesi (Degussa’dan Degu~, Bayer’den Bay~), kombinasyonlar (Resin ve Opal’den Resopal) kısaltmalar (Agfa, BMW, BAC), ünvanlar (Admiral, Commodore), hikayelerde kullanılan isimler (Ajax, Ariel), astronomiye ilişkin (Astra, Saturn), kimyaya ilişkin (Mercury), yunan alfabesinden harfler (Alpha Romeo), yabancı dillerden ve çevirilerden (Audi, Kaloderma, Volvo), nitelikler (Süssli), şehirler (Clausthaler), coğrafi adlar (Montblanc, Nordsee), uygulamayı anlatan sözcükler (Sahnesteif, Tipp-Ex), çevirmeler (Oleum linii’den Linoleum) sentetik terimler (Kodak, Teflon) ve hayvan isimleri (Puma, Jaguar).⁶¹

Kişi adlarının marka olarak tescilinde de ayırt edicilik unsuru her somut olayda ayrıca incelenecektir. Örneğin Yargıtay 11. H.D. 2006/11683 E. 2008/3864 K. sayılı kararında davalının tescil ettirmek istediği “Altan Çamlıca” işaretinin davacının sahip olduğu “Çamlıca”

54 **Bently**, Trade Marks, s. 17.

55 **Tekinalp**, s. 362.

56 **Karahan vd.**, Fikri Mülkiyet Hukuku Esasları, s. 159; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 507; **Kaya**, s. 21-22; **Yasaman vd.**, s. 63; **Ünal**, İşaretler, s. 29.

57 **Tekinalp**, s. 362. Sonuç olarak adın soyadın veya bunların birleşiminin tescili mümkündür; **Yasaman**, Şerh, s. 64; **Karahan vd.**, s. 159.

58 **ABAD’ın** 16.09.2004 tarihli C-404/02 sayılı “Nichols” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03. 2018).

59 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 56; **Baumbach/Hefermehl**, WZG, §31 N.166.

60 Türkçe olarak: Agunnaryd’deki Elmtaryd’li Ingvar Kamprad

61 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 56’da **Bugdahl** alıntısı; **Bugdahl**, Volker: Marken machen Märkte. Eine Anleitung zur erfolgreichen Markenpraxis, München 1998, s. 259. Ayrıca benzer bir sayım için bkz. **Schmieder**, NJW, s. 1258.

markası ile benzer mahiyette bulunduğu, 556 sayılı KHK'nın 8. maddesinin 4. fıkrasının tanımladığı anlamda tanınmış marka olduğu ve davalının soyadının tanınmış bir başka markanın esas yani ana unsurunu oluşturması nedeniyle davalı şirket adına tescilli markanın hükümsüzlüğüne ve sicilden silinmesine hükmetmiştir.⁶²

İsimler gerçek, hayali, Türkçe veya yabancı dilde olabilir.⁶³ Kısaca herhangi bir sınırlama getirilmeksizin, gerçek veya tüzel kişi isminin hepsini veya duruma göre bir kısmını marka olarak tescil edebilir.⁶⁴ Fezer ve Yasaman'a göre, kişinin gerçek adı marka olabilirken, müstear ad, takma ad da marka olarak tescile konu olabilir. Örneğin "Minik Serçe" lakabı marka olarak tescil edilebilmektedir.⁶⁵ Tekinalp'e göre ise, "kişi adları" kavramı içine müstear adların girip girmediği tartışılabilir. Seçimde genişlik ilkesi uyarınca müstear adlar, mesela – izin alınması şartıyla – "Halikarnas Balıkçısı" da marka olarak tescil edilebilir.⁶⁶

Yaşayan ve ölmüş kişilerin isimleri marka olarak tescil edilebilir.⁶⁷ Tarihi kişiliklerin de isimleri marka konusu olabilir ancak burada dikkat edilmesi gereken tarihe mal olmuş bu kişilerin isminin marka olarak kullanılması ahlaka adaba ve kamu düzenine aykırı olmamasıdır.⁶⁸ Tanınmış bir kişinin adı veya soyadı marka olarak seçilebilir; Mesela, "Gorbotsschow" votkaları, "Napoleon" konyakları ve "Mozart" likörleri gibi. Bu halde, üçüncü kişinin kişilik haklarının korunduğu şüphesizdir. Kişinin kendisinden (veya mirasçılarından) izinsiz olarak, üçüncü kişinin ad ve/veya soyadı marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir. Marka hukukundaki serbestinin sınırını Medeni Kanunun 24. ve 26. maddelerindeki kişilik hakları oluşturur.⁶⁹

Peki herkes, herkesin ismini marka olarak tescil ettirebilecek midir? Bu tartışmanın neticesinde marka hukuku doktrinde zaman içinde ancak bir ismi yasal anlamda kullanım hakkı olan kimsenin, o ismi tescil edebileceği ifade edilmiştir.⁷⁰ Marka olarak tescil edilebilmesi için, ad veya soyadın, işaretin sahibine ait olması şart değildir.⁷¹ Bir kimse kullandığı adın veya kendisiyle alakası olmayan başka bir adın marka olarak tescilini talep edebilecektir. Ancak, ad

62 **Yargıtay** 11. Hukuk Dairesi 2006/11683 E. 2008/3864 K. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 28.03.2018).

63 **Karahan vd.**, s. 159; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 510.

64 **Tekinalp**, s. 362; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 507.

65 **Şenocak**, Kemal: Soyut Renk Markaları, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 55; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 510; **Ünal**, İşaretler, s. 29; **Yasaman**, Şerh, s. 65.

66 **Tekinalp**, s. 362; **Ünal**, İşaretler, s. 29.

67 **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 506.

68 **Yasaman**, Hamdi: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004, s. 65. Özellikle kişilik hakları başta olmak üzere her kanuna aykırılık kamu düzenine saldırı sayılmayacaktır. **Meister**, Praktische Erfahrungen, s. 1005 ve 1006.

69 **Tekinalp**, s. 362; **Ünal**, İşaretler, s. 30; **Yasaman**, Şerh, s. 65.

70 **Er**, s. 263; **Ünal**, İşaretler, s. 30; **Yasaman**, Şerh, s. 64; **Tekinalp**, s. 362; **Karahan vd.**, s. 159.

71 **Tekinalp**, s. 362.

aynı zamanda bir kişilik hakkı olduğu için bu gibi hallerde ad sahibinin mutlak hakkı olması nedeniyle ad sahibinden öncelikle izin alınması gerekmektedir.⁷²

Sınai Mülkiyet Kanununun 6. maddesinin 6. fıkrasına göre, “Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi halinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.” Ne var ki; eski mevzuatta da neredeyse aynı sözcüklerle ifade edilen bu madde kapsamında salt isim sahibi olmak, markanın iptali veyahut markanın başvurusunun ret edilmesi bakımından yeterli olmamakta, kişinin ismine haklı kılacak oranda bir ün kazandırmış olması gerekmektedir. Her ne kadar bu husus mevzuatta açıkça yazmıyor olsa da herhangi bir tereddüt içermez. Aynı şekilde Alman Marka Kanunu’nda da benzer şekilde bir açıklama olmamasına rağmen uygulama yine bu yönde bulunmaktadır. Nispeten yeni olan İspanya Marka Kanununda ise açıkça kişinin isminin kullanımının kamuoyunda genel olarak o kişiyi hatırlatması durumunda marka başvurusunun itiraz üzerine ret edileceği ifade edilmektedir.⁷³

Karahan’a göre başkasına ait bir ismin marka olarak tescil ettirilmesi durumunda ismin tanınmış olup olmadığına göre sorun çözümlenir, isim tanınmış ise ve tescil için izin alınmamışsa hak sahibi Medeni Kanunun 26. maddesindeki ismin korunmasına ilişkin hükümlerden faydalanabilir. Bunun dışında ise Sınai Mülkiyet Kanununun 6. maddesinin 6. fıkrasına başvurulabilir.⁷⁴

Buna karşın Nichols Plc vs. Registrar of Trade Mark uyuşmazlığında Avrupa Birliği Adalet Divanı isimlerin 2015/2436 sayılı Direktifin 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendi kapsamında başka marka ibarelerinden bir farklarının olmadıklarını, “kendi ismim” savunmasının ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Sadece soyadından oluşan bir markanın somut ayırt edicilikten yoksunluğu, isim çok yaygın olsa da diğer marka türlerinin tabi oldukları soyut ayırt edicilik denetim kriterlerine tabidir. Yani tescil başvurusunun yapıldığı mal ve/veya hizmetlerin sınıfları bakımından ayırt edilebilir olması ve ticaret hayatının o sektördeki katılımcıları yönünden ayırt edilebilir olması gerekmektedir.⁷⁵

72 **Yasaman**, Şerh, s. 65; **Tekinalp**, s. 362; **Karahan vd.**, s. 159; **Ünal**, İşaretler, s. 30.

73 **Er**, s. 263.

74 **Karahan vd.**, s. 159.

75 **ABAD**’ın 16.09.2004 tarihli C-404/02 sayılı “Nichols” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03. 2018). Ayrıca bkz. **Baumbach/Hefermehl**, WZG, §31 N.166.

2.2.1.2. Sözcük Grupları

Tüm sözcük veya sözcük grupları, marka olarak seçilebilir, burada bir sözcük sınırı yoktur çünkü Sınai Mülkiyet Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasında “sözcükler” ibaresi çoğul olarak kullanılmıştır.⁷⁶ Modern marka mevzuatları belirli bir uzunluk sınırı vermekten vazgeçmiştir. Buna karşılık eski 551 sayılı Marka Kanunu döneminde olduğu gibi doğrudan sözcüklere ilişkin olmasa da sözcük öbeklerine ilişkin olarak sınırlamalar çeşitli dönemlerde olmuştur.⁷⁷ Eski Marka Kanununun 4. maddesinin b bendinde markanın en çok beş sözcük ihtiva edebileceğine ilişkin bir sınır bulunmaktaydı.⁷⁸ Şimdi ise sadece dilbilimsel nedenlerle, birden fazla sözcüklü markaların tescilini toplu halde yasaklamak kanun metinlerinde düzenlenen mutlak ret sebeplerinin dar olarak yorumlanması ve yorum yoluyla çoğaltılmaması gerektiğinden hukuka aykırıdır.⁷⁹ Ancak birkaç cümleden oluşan ve tüketicinin tek bir hamlede okuyamayacağı uzunluktaki metinlerin marka olması mümkün değildir çünkü bunlar markanın bütünlüğü ilkesine aykırılık teşkil ederler.⁸⁰

Avrupa Birliği Adalet Divanının sonradan değiştirdiği görüşüne göre sözcük gruplarının marka olarak tescilinde sözcük grubuna bir bütün olarak bakılması gerekmektedir, her sözcüğün ayrı incelenmemesi gerektiğine ilişkin hem Avrupa Birliği Adalet Divanının hem de Türk yargısının kararları mevcuttur.⁸¹ Avrupa Birliği Adalet Divanının 2001 yılında verdiği çok tartışılan bir karara⁸² göre bir sözcüğün halk tarafından kullanıldığı şeklinde “algılanabilir herhangi bir değişiklik” sonucu sözcüğün somut ayırt edici güç kazanması için yeterli görülmüştür.⁸³ “Baby-dry” bebek bezi markası tescil talebi Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi tarafından reddedilmiş, karar Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne getirilmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı markayı

76 **Tekinalp**, s. 362; **Ünal**, İşaretler, s. 31; **Yasaman**, Şerh, s. 69; **Arkan**, s. 40.

77 **Er**, s. 264.

78 **Tekinalp**, s. 362; Ayrıca bkz. 551 sayılı Markalar Kanunu (<http://www.resmi-gazete.gov.tr/arsiv/11951.pdf> E.T. 26.04.2018) Madde 4 bent b “Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez. b) Ticaret unvanları hariç olmak üzere, beşten fazla kelime ihtiva eden işaretler”

79 **Schmieder**, NJW, s. 1257deki görüşleri üzerine, **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 506. Schmieder, hukukçuların yorum yaparken sadece kanunun çizdiği çerçeve dahilinde örneklendirmeler kullandıklarını ve bu sebeple görüşlerinin neredeyse hiçbir zaman dilbilimsel bir yönleri olmadığını savunmuştur.

80 **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 506.

81 **Yasaman**, Şerh, s. 69; Ayrıca bkz. İst. 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde görülen 2006/97 esas sayılı dosyaya verilen bilirkişilik raporu, dosyada Yasaman bilirkişilik yapmış ve Tonviç Markasının iki tasviri işaretten oluşan kelimelerin birleştirilmesi sonucu yaratılan yeni bir kelime olduğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak Tonviç markası 149134 tescil numarası ile Türk Marka ve Patent Kurumu siciline kaydedilmiştir. **Yasaman**, Hamdi; Marka Hukuku ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları C. III, İstanbul 2008, s. 563.

82 **ABAD’ın** 20.09.2001tarihli C-383/99 P sayılı “baby-dry” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

83 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 57.

oluşturan 2 kelimenin de müstakil olarak İngilizce’de bebek bezinin kendine has bir niteliğini belirttiğini, ancak iki sözcüğün bir araya getiriliş tarzının alışılmamış olduğundan ayırt edici niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir.⁸⁴

Ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı bu görüşünü hızlı şekilde geri çekmiştir.⁸⁵ 2002 yılındaki bir kararında⁸⁶ ‘company’ ve ‘line’ sözcüklerinin üzerinde grafiksel veya anlamsal olarak hiçbir değişiklik yapmadan sade bir biçimde birleştirilmesinin markanın davacının “mal veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye” yeterli olmayacağı yönünde karar vermiştir.⁸⁷ Benzer şekilde başvurucunun “Investor’s world”ün yazım ve dilbilgisi olarak değiştirilmiş hali olan “Investorworld” sözcüğünün İngilizcede var olmayan bir sözcük olması savı da kabul edilmemiş işaretin tescili ret edilmiştir.⁸⁸

Yine süt ve süt ürünleri sınıfında tesciline başvuru olan “Biomild” markası da tescile uygun görülmemiştir. Karara göre birden fazla sözcüğün birleştirilmesiyle meydana gelen işaretlerde her bir parça tescilin talep edildiği mal veya hizmetlerin sınıfına dair niteleyici karakterde ifadelerden oluşuyorsa ve işaret bütün halinde iken bu nitelemelerin dışında apayrı bir anlam kazanmıyorsa, tescili ret edilecektir.⁸⁹ Yani Avrupa Birliği Adalet Divanının 2001 yılında hem birleşik sözcüklerin ayrı incelenmemesi hem de sözcüğün asıl halinde “algılanabilir herhangi bir değişiklik” yapıldığında sözcüğün somut ayırt edici güç kazanacağına dair verdiği kararın tamamen istisnai bir karar olduğunu söylemek mümkündür.

Sözcüğün veya sözcüklerin mübalağalı olması, üstünlük ifade etmesi, bunların tesciline engel oluşturamaz. Ancak üstünlük iddiası haksız rekabet oluşturabilir. Onun için bu yönden haksız rekabet hukuku marka hukukunun sınırını çizdirir.⁹⁰ Ayrıca coğrafi yer adının marka olarak tescil edilebilmesi için yanıltıcı olmaması gerekmektedir. Elbette ki coğrafi işaret olan menşei ve mahreç işaretleri marka olarak tescil edilemez.⁹¹

84 **Yasaman**, Şerh, s. 69.

85 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 57.

86 **ABAD’in** 19.09.2002 tarihli C-104/00 P sayılı “Companyline” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28. 03.2018).

87 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, 57.

88 **ABAD’in** 26.10.2000 tarihli T-360/99 sayılı “Investorworld” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28. 03.2018).

89 **ABAD’in** 12.02.2004 tarihli C-265/00sayılı “Biomild” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03. 2018).

90 **Tekinalp**, s. 363.

91 Sınai Mülkiyet Kanunu madde 5 bent c - 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (<http://www.resmi-gazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm> E.T. 30.10.2017).

2.2.1.3. Sloganlar

Sloganların marka olarak tesciline önceleri sıcak bakılmamıştır. Özellikle “Hoffentlich ALLIANZ versichert”, “Mach mal Pause, trink COCA COLA” gibi bir işletme adı veya tescilli bir marka içermeyen sloganların mal veya hizmeti tanıtıcı veya övücü ifadelerden ibaret oldukları, mal veya hizmetin ayırt edileceği yönünde bir anlayışa yer bırakmadıkları Alman ve kuzey ülkelerinin hukuklarında yaygındı.⁹² Ancak sonradan görüşler değişmiş ve pek çok sloganın marka olarak tescili yapılmıştır. Örnek olarak “Radio von hier”⁹³, “Die zarteste Versuchung, seit es Schokolade gibt.”⁹⁴, “Food for Friends”⁹⁵ sayılabilir. Artık sloganların mal ve/veya hizmetleri ayırt edebileceği konusunda şüphe kalmamıştır.⁹⁶

Birkaç cümleden oluşan ve tüketicinin tek bir hamlede okuyamayacağı uzunluktaki metinlerin marka olması mümkün değildir çünkü bunlar markanın bütünlüğü ilkesine aykırılık teşkil ederler.⁹⁷ Ancak sadece dilbilimsel nedenlerle, örneğin emir kipi kullanılarak oluşturulan birden fazla sözcüklü markaların tescilini toplu halde yasaklamak kanun metinlerinde düzenlenen mutlak ret sebeplerinin dar olarak yorumlanması ve yorum yoluyla çoğaltılmaması gerekliliğine aykırıdır. Böyle bir sınırlama hukuka uygun değildir.⁹⁸

Avrupa Birliği Adalet Divanının önüne gelen bir dosyada divan “Das Prinzip der Bequemlichkeit”⁹⁹ ifadesini incelemiş, sloganların genel olarak soyut ayırt ediciliğe sahip olacaklarını varsaymış, sloganın tescil edileceği mal veya hizmetlerin sınıfları yönünden somut ayırt edici güce sahip olup olmadığını denetlemiştir. Kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı, sloganların marka olabilirliklerini diğer marka türlerinden daha ağır koşullara bağlamamak gerektiğini belirlemiştir. Zaten belirli bir ticaret alanında sloganların diğer marka türleriyle birlikte bulundukları varsayımında kendilerini ayırt edici şekilde kabul ettirmeleri yeterince

92 **Marx**, Markenrecht, 2. A., s. 60; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 506.

93 **BGH MarkenR 2000**, s. 48 (<https://www.jurion.de E.T. 02.04.2018>); **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 60.

94 **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 506.

95 **BPatG 26W (pat) 82/99 – Food For Friends** (<https://www.jurion.de E.T. 28.03.2018>); **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 60.

96 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 60; **Schmieder**, NJW, s. 1258.

97 **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 506.

98 **Schmieder**, NJW, 1258deki görüşleri üzerine, **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 506. Schmieder birkaç sözcükten oluşan sloganların markanın kaynağı ayırt etme fonksiyonunu yerine getiremeyeceklerini, ayırt edici olmadıkları için de marka olamayacaklarını savunmuştur. **Schmieder**, NJW, s. 1258.

99 **MarkenR 2005**, s. 22 – Das Prinzip der Bequemlichkeit.

zordur, bir de ayırt ediciliğin genel kriterlerinden cayıp karşılanması daha zor koşullar icat etmek anlamsızdır.¹⁰⁰

Sloganlar Türkçe veya yabancı dilde olması fark yaratmaksızın marka olarak tescil ettirilebilir.¹⁰¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20.11.2000 tarihli ve 2000/7674-9346 sayılı – yayınlanmamış- kararında, “Become What You Are” sloganının tescilini uygun görmüş ve belirli bir anlam taşımasına rağmen o mal ve/veya hizmete yabancı bir işaretin ayırt edicilik kabiliyetine sahip olduğunu belirtmiştir.¹⁰² Başka bir örnek ise İngiltere’de “Just do it by Nike”¹⁰³ sloganın marka olarak tescil edilmesidir.¹⁰⁴

Yine İngiltere’de Nestle SA adına “Kit Kat” sözcük grubu ve “Have a break... Have a Kit Kat”¹⁰⁵ sloganı çikolata ürünleri ve şekerlemeler sınıfında marka olarak tescillidir. Bir süre sonra Nestle SA “Have a break” ifadesinin marka olarak tescili için başvurmuş ve rakibi Mars UK Ltd “Have a break” ifadesinin ayırt edici olmadığı yönünde itirazda bulunmuş tescile engel olmaya çalışmıştır. Bunun üzerine dava İngiltere ve Galler temyiz mahkemesi Court of Appeal tarafından Avrupa Birliği Adalet Divanına taşınmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı “Have a break” ifadesinin önceden tescilli “Have a break... Have a Kit Kat” markasının parçası olması dolayısıyla kullanım sonucu ayırt edicilik kazandığına ve tescilinin ret edilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁰⁶ Ayrıca “dünyanın aromasıyla (rayihasıyla) birleşin” anlamına gelen “Get connected to the Flavour of the World”¹⁰⁷, “Conncting People”¹⁰⁸ Türk marka siciline tescilli sloganlar arasındadır.¹⁰⁹

Sloganların tescil edilemediği hallere ise sloganların sadece reklam ifadeleri içermeleri ve mal veya hizmetin üretimine işaret eden hiçbir emare göstermemeleri sayılabilir. Örnek olarak “Looks like grass... feels like grass... plays like grass” şeklinde sentetik çimler için düşünülmüş bir slogan markası verilebilir. Burada slogan belirli bir teşebbüse işaret etme yani mal veya

100 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 60; **MarkenR 2005**, s. 22 – Das Prinzip der Bequemlichkeit.

101 **Karahan vd.**, s. 159.

102 **Tekinalp**, s. 362.

103 Benzer şekilde “Just do it” sloganı 2013 72884 tescil numarası ile Türk Marka ve Patent Kurumu siciline NIKE INNOVATE C.V. adına tescillidir.

104 **Karan/Kılıç**, Şerh, s. 35.

105 **ABAD**’ın 07.07.2005 tarihli C-353/03 sayılı “Have a break, have a Kit Kat” Kararı ([https://dejure.org/ E.T. 28.03.2018](https://dejure.org/E.T.28.03.2018)); Ayrıca bkz. “EuGH bejaht Unterscheidungskraft auch bei Teilnutzung einer bereits eingetragenen Marke” beck-aktuell-Redaktion, Verlag C. H. Beck, 8. Juli 2005 (www.beck-online.beck.de E.T. 27.04.2018) ve kararın detayları için; Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften: Markenrecht, GRUR Int 2005, s. 826.

106 Avrupa Birliği Adalet Divanının Nr. 65/05 sayılı Basın Bildirisi.

107 **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi** 17.03.2003 tarihli 2002/10068 E., 2003/2475 K. sayılı kararı FMR. C.3, S.2003/3, s. 172.

108 Marka, 2004 21597 tescil numarası ile Türk Patent ve Marka Kurumu siciline kayıtlıdır.

109 **Karahan vd.**, s. 159.

hizmetin kaynağını gösterme konusunda yetersiz kalmıştır, ifade sadece halka tescil edilecek malın yani sentetik çimenin ne kadar doğal çimene benzediğini duyurma, reklam yapma amacındadır ve bu sebeple tescili ret edilmiştir.¹¹⁰

“Mehr für Ihr Geld” yani – paranız için daha fazlası – ifadesi kosmetik ürünleri ve gıda maddeleri sınıflarında tescil edilmeye çalışılmış ancak halkın bu ifadeyle bir teşebbüsün varlığını bağdaştıramayacağı, daha çok ürünlerinin hem hesaplı hem kaliteli olduğunu iddia eden herhangi bir teşebbüsün muhtemel reklam formülü olarak algılanacağı için ifadenin tescili reddedilmiştir.¹¹¹

Yargıtay, yabancı bir sözcük olsa da, “o yabancı sözcüğün anlamı genel olarak bilinip hem mal veya hizmetin cinsini, hem de mal veya hizmete ait bir meslek grubunun adını içermesi” halinde o yabancı sözcüğün marka olarak tescilinin yapılamayacağını belirtmiştir.¹¹²

2.2.1.4. Harfler ve Sayılar

Harf ve sayı markalarının marka olabilirliği konusunda, geçmişte olsa da¹¹³ artık soru işareti kalmamıştır hem Avrupa’da hem Türkiye’de harf ve sayıların marka olabileceği ilgili madde metinlerinden açık bir şekilde anlaşılmaktadır.¹¹⁴ 551 sayılı Markalar Kanunu, kendine münhasır bir şekil verilen veya bir nevi çizgi, tezyinat, remiz, resim veya renklerle, şekil olarak beraber olan münferit harflerin marka olarak seçilmesine imkan tanımıştır.¹¹⁵ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK veya yeni Sınai Mülkiyet Kanunu ise böyle bir sınırlamaya gitmemiştir. Harfler ile sayıların tek başlarına¹¹⁶ ya da birden fazla harfin veya

110 **AD’ın** 31.03.2004 tarihli T-216/02 sayılı “Looks like grass” Kararı; Ayrıca bkz.: **Şikayet merciin** 11.02.1999 tarihli R 73/98-2 sayılı “BEAUTY ISN’T ABOUT LOOKING YOUNG BUT LOOKING GOOD” Kararı (<https://dejure.org/E.T.28.03.2018>).

111 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 61.

112 **Yargıtay** 11.Hukuk Dairesi 2002/5352 E., 2002/10729 K. sayılı kararı(<https://www.lexpera.com.tr/E.T.28.03.2018>).

113 Türk Hukuk doktrininde ağırlıklı olarak tekli harf ve sayıların kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmadan tescil edilemeyeceği görüşü hakimdir. **Yasaman**, Şerh, s. 74; **Arkan**, Marka Hukuku s. 260; **Karahan vd.**, s. 161. Aksi görüş için Türk Hukukunda **Tekinalp**, s. 363.

114 **Tekinalp**, s. 363; **Er**, s. 265; **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 61; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 522; **Yasaman vd.**, s. 74; **Kaya**, s. 23.

115 **Tekinalp**, s. 363.

116 bkz. 4 sayısı için, **BGH GRUR 1997**, s. 366 – “quattro II” Kararı; “K” harfi için, **BGH GRUR 2001**, s. 161; Zig zag çizgisi olarak N harfi, **BPatGE** s. 40, 76, 80; “E” Harfi için, **BPatG GRUR 2003**, s. 347; “1” sayısı için; **BGH MarkenR 2002**, s. 291 (<https://www.jurion.de/E.T.02.04.2018>).

sayının birleştirilmesi ve harf ile sayılardan bir kompozisyon dahilinde¹¹⁷ markalar oluşturmak mümkündür.¹¹⁸

Bu noktada söz konusu harf ve sayının hukukumuz bakımından Türk Alfabesine dahil olması da aranmamaktadır. Örneğin: Arap, Kiril, Japon, Çin, Yunan ve eski Türk alfabesinden de harfler alınabilir.¹¹⁹ Ancak Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinde “standart yazı tipi” harici bir yazı ile ifade edilen bir sözcük markası tescil edilmek istendiğinde bunun görüntü markası kullanılarak yapılmalıdır.¹²⁰ Diğer yandan sayılarda Roma rakamları veya Arap rakamları ve matematik formülleri sayılabilir.¹²¹

Marka olabilirliğin koşullarından olan soyut ayırt edicilik harf ve sayı markalarında da aranmalıdır. İşaretin mal ve/veya hizmetin kaynağı konusunda ayırt ediciliğe uygunluk göstermesi gerekir.¹²² Harf ve sayıların ayırt ediciliği sağlayıp sağlayamayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Yasamana göre herhangi bir harf veya sayının ayırt edici güç taşıması oldukça ihtimal dışı olup tescil edilmemelidir¹²³. Ünal ve Çolak da bu görüşü desteklemektedir; “tek bir harf veya sayının marka olarak tescil edilebilmesi için kullanım sonucu ayırt edici güç kazanmasına” bağlıdır. Bu nedenle bir harf veya sayının marka olarak tescil edilebilmesi için ya özel bir şekilde çizilmesi veya harflerin kendi içinde farklı kombinasyonlar oluşturarak ayırt ediciliğe erişmeleri gerekir¹²⁴. Örneğin McDonalds için kullanılan “M” harfi ile Migros markası için kullanılan “M” harfi birbirinden farklı olup; ayırt edici güce ulaşmıştır¹²⁵. Burada sözü geçen ayırt edicilik somut ayırt edici güçtür. Harflerin tek başına soyut ayırt edici güçleri olsa da bir mal ve/veya hizmet ile bağdaştırabilmek için bunların kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmaları gerekmektedir.¹²⁶

117 A3 için, **BPatGE** s. 38, 212; sözcük olarak okunamayan harf kombinasyonlarından oluşan işletme adları için; **BGH GRUR 2001**, s. 344 – “DB Immobilienfonds” Kararı (<https://www.jurion.de> E.T. 28.03.2018).

118 **Er**, s. 265; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 522. Eski Alman Marka Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendinde harfler ve sayıların marka olarak tescil edilemeyeceği hatta harflerin okunuşlarından oluşan uydurma işaretlerin tescilinin de ret edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. **Schmieder**, NJW, s. 1258. İlginç bir örnek KABE işaretinin marka olarak tescilinin ret edilmesidir. **BGH**’nın 23.06.1978 tarihli I ZB 2/77 sayılı “KABE” kararı. (<https://www.jurion.de> E.T. 05.04.2018).

119 **Tekinalp**, s. 363; **Karahan vd.**, s. 161.

120 **Reform** der Unionsmarke Zusammenfassung der Änderungen, s. 10- (https://euipo.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf E.T. 21.02.2018).

121 **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 522.

122 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 61; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 522.

123 **Yasaman**, Şerh, s. 74.

124 **Ünal**, İşaretler, s. 13.

125 **Çolak**, Türk s. 62.

126 **Jehoram/Nispen/Huydecoper**, Trademark. s. 118.

Ayrıca münferit tescil yasağını savunanlar da vardır. Bir görüşe göre, tekli harf veya rakamın bir marka olarak tescil edilmesinin bu harf veya sayının kullanımını tekel oluşturacak bir biçimde tescil sahibi kişiye bırakacağından mümkün olmayacağını savunmaktadır. Buna göre tescil için kombinasyon oluşturulması şarttır.¹²⁷

Buna karşılık Alman Federal Patent Mahkemesi (BPatG) rüzgar enerjisi düzenekleri ve parçaları için tescili istenen bir marka hakkında verdiği bir kararında harf ve sayı markalarının genel olarak herkesin kullanımına açık bırakılması gerektiğini varsaymanın yanlış olacağına, ayırt edici güç tespitinde harf ve sayı markalarının başka marka türlerinden daha ağır koşullara tabi tutulmasının hukuka aykırı olacağına ve genel olarak tekli harf ve sayıların ayırt edicilikten yoksun olacağı yönünde kanaat oluşturmanın, harf ve sayıların marka olabileceğini açık şekilde düzenleyen kanun metni ile çelişki oluşturacağına hükmetmiştir.¹²⁸

Genel olarak yapılacak bir varsayım yerinde değilse de teknik açıdan bir harf veya sayının herkesin kullanımına açık bırakılması gerektiğinde yani somut olaya dair tescilin ret edilmesi mümkündür. Tekstil sektöründe “XXL” ifadesi veya araba motorları grubunda “V6” ifadesi bu sebeple tescil edilemeyecektir.¹²⁹ Ayrıca örnek olarak “E-Ticket” ifadesinin tescilinin ret edilmesi verilebilir. Alman Federal Patent Mahkemesi “E” ibaresinin 9. sınıf¹³⁰ mallarda genellikle e-posta, e-ticaret gibi “elektronik” sözcüğünün kısaltması olarak kullanıldığını ve bu sebeple herkesin kullanımına açık bırakılması gerektiğini ifade ederek harfin tescilini ret etmiştir.¹³¹

127 **Karahan vd.**, s. 161. Diğer görüşe göre harfler ve sayılar soyut ayırt ediciliğe yani “mal ve hizmetlerin bir teşebbüsle ilişkilendirilip başka teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesine” uygunluk gösterebilir, uluslararası hukukun işleyişi doğrultusunda bunu kabul etmek gerekir. Asıl sorun işaretin somut ayırt edicilik sahibi olarak tescil edilebilirliğindedir. Eğer tescil edilecek işaret başvurunun yapıldığı mal veya hizmet sınıflarında ayırt edici değilse, tasviri işaretlerden veya herkesin kullandığı ticaret hayatının jenerik işaretlerinden oluşuyorsa işaret öncelikle kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmalıdır; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 523- 524; aynı şekilde **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 62.

128 “E” Harfi için, **BPatG** GRUR 2003, s. 347, Alman Marka Kanunu madde 3 fıkra 1’deki “Marka olarak tüm işaretler... özellikle... harfler, sayılar... korunabilir...” ifadesini (<https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/index.html#BJNR308210994BJNE000500000> E.T. 06.04.2018) kastederek verilen karar. Ayrıca bkz.: “K” harfi için, **BGH** GRUR 2001, s. 161; “1” sayısı için; **BGH** MarkenR 2002, s. 291; (<https://www.jurion.de> E.T. 28.03.2018).

129 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 62.

130 9. sınıf ağırlıklı olarak aletlerden oluşmakta; Tam liste için; **Turkpatent** (<http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/86D9FC05-00FC-445B-BAE9-38BBB38AD845.pdf> E.T. 15.03.2018).

131 **BPatG’in** 10.04.2000 tarihli 30W (pat) 245/99 sayılı “E-Ticket” Kararı (<https://www.jurion.de> E.T. 28.03.2018).

Harf ve sayı markalarının ne zaman ayırt edici veya jenerik olduğu, ne zaman halkın kullanımına açık bırakılıp bırakılmaması gerektiği konularında sınır çizmek oldukça zordur.¹³² Audi AG'nin 12. sınıftaki¹³³ mallar için tesciline başvurduğu "TDI" ifadesi Almanya dahil birçok Avrupa Birliği üye devletinde tescilli olmasına rağmen Avrupa Birliği Markası olarak tescili mümkün olmamıştır. Tescilin ret edilmesinin sebebinde "TDI" ifadesinin halk tarafından genellikle bir teşebbüsle ilişkilendirmeden tarafsız biçimde "Turbo Diesel Injection" veya "Turbo Direct Injection" ifadelerinin kısaltması olarak anlaşıldığını ve bunun aynı zamanda vasıf bildiren bir ifade olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Bu sebeplerle ifadenin ayırt edici olmadığına ve teknik bir çözümü temsil ettiğinden bir teşebbüsün tekeline bırakılamayacağına, birliğin büyük bir kısmında kullanım sonucu ayırt ediciliğin kazanıldığına dair bir belge sunulmadığından sonuçların değişmediğine değinilmiştir. Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin verdiği kararı birinci derece mahkemesi de onaylamış¹³⁴ bunun üzerine Audi AG başvurusunu geri çektiğinden Avrupa Birliği Adalet Divanının ayrıca karar vermesine gerek kalmamıştır.¹³⁵

2.2.2. 2-Boyutlu Şekil Markaları – Görüntü Markaları

2-boyutlu şekil markaları kimine göre sözcük markalarından daha eskiye dayanan bir tarihe sahiptir.¹³⁶ Nelerin 2-boyutlu şekil markaları olduğu sınırlı şekilde sayılmamıştır.¹³⁷ Türk doktrininde¹³⁸ ve Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin¹³⁹ 7. maddesinde şekil markası olarak ifade edilen marka Almanca ve İngilizce'de resim-görüntü¹⁴⁰ markası olarak kullanılmaktadır. Şekil, sözlük anlamına bakıldığında bir objenin dış hatları bakımından özellikleri veya dıştan görünüşüdür.¹⁴¹ Dolayısıyla şekil markası teriminin aslen 3-boyutlu markalar için kullanılması gerektiğini düşünüyoruz, ayrıca 01.10.2017 tarihi itibarıyla Avrupa

132 **Meister'a** göre bir işaretin orijinalliği ne kadar yüksek ise halkın kullanımına serbest bırakılması için tanınmışlığının o derece yüksek olması gerekmektedir. **Meister**, Praktische Erfahrungen, s. 1007; Aynı şekilde **Schmieder**, NJW, s. 1260.

133 12. sınıf ağırlıklı olarak taşıt araçları ve bunların yapısal parçalarını oluşturur; Tam liste için; **Turkpatent** (<http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/86D9FC05-00FC-445B-BAE9-38BBB38AD845.pdf> E.T. 15.03.2018).

134 **AD'nın** 03.12.2003 tarihli T-16/02 sayılı "TDI" Kararı; Ayrıca bkz.: **şikayet merciin** 11.03. 1998 tarihli R 4/98-2 sayılı "IX" kararı (<https://dejure.org/E.T.28.03.2018>).

135 **ABAD'ın** 19.01.2006 tarihli C-82/04 P sayılı kararı (<https://dejure.org/E.T.28.03.2018>).

136 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 62.

137 **Yasaman**, Şerh, s. 71.

138 **Yasaman** vd., s. 71; **Kaya**, s. 24.

139 Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170424-5.htm> E.T. 20.04.2017).

140 alm.: Bildmarke, ing.: figurative mark

141 **Karahan** vd., s. 160.

Birliğı Markasının mevzuatı çerçevesinde 3-boyutlu markaların ismi shape mark¹⁴² olarak değiştirilmiş¹⁴³ olduğundan 2- boyutlu şekil markaları için görüntü markası teriminin kullanılmasını doğru buluyoruz. Çalışmamızda bu marka türünü 2-boyutlu şekil markası veya görüntü markası olarak adlandıracağız.

Şekil kavramının içerisine resimler, tasarımlar, geometrik şekiller (üçgen kare vb.) semboller, simgeler amblemler, armalar, sözcükler gibi somut şeyler ile çizgiler ve renklerden oluşan kompozisyonlar veya tüm bu işaretlerin oluşturabilecekleri kombinasyonların gireceğı kuşkusuzdur.¹⁴⁴ Önemli olan bu işaretin “marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması” ve ayırt edicilik işlevini gerçekleştirebilmesidir.¹⁴⁵ Hologramlar da görüntü markaları olarak tescil ettirilebilecekleri gibi Avrupa Birliğı Fikri Mülkiyet Ofisinin kabul ettiğı şekilde hologram markası olarak da tescil edilebileceklerdir. Türk Hukukunda henüz yaygınlaşmamış olan bu marka tipi Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğın 7. maddesinin 6. fıkrası uyarınca Türkiye’de tescil edilebilecektir.¹⁴⁶

Avrupa Birliğı Mülkiyet Ofisine yapılacak bir sözcük markası başvurusunda eğer önceden belirlenen yazı şeklini kullanmayıp başvuru kendi seçtiğı bir yazı tipini kullanırsa marka bir görüntü markasına dönüşecektir.¹⁴⁷

Ayırt edicilik yönünden görüntü markalarına sınır çekmek neredeyse mümkün değildir. Ünlem işareti¹⁴⁸ ve soru işareti gibi yazı karakterleri ile üçgen, kare, dikdörtgen gibi temel şekillerin bile soyut ayırt edicilikten genel olarak yoksun olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak bu tip işaretlerin genellikle somut ayırt edicilikten yoksun olabileceğı söylenebilir çünkü işaretin

142 alm.: Formmarke

143 **EUIPO** – EU Trade Mark Regulation FAQs ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018).

144 **Karahan vd.**, s. 160; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 525.

145 Sınai Mülkiyet Kanunu madde 4 fıkra 1 - 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm> E.T. 30.10.2017).

146 Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğın 7. maddesinin 6. fıkrası: “Bu madde hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yukarıda sayılanlar dışında kalan bir işaretin gösterimi hakkında da uygulanır. Bu durumda, başvuru sahibi, özellikle görüntüler, şekiller, çizgiler veya karakterler yoluyla görsel olarak gösterim, elektronik kayıt, yazılı açıklama veya uygun gördüğü başka bir gösterimi Kuruma sunar.” (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170424-5.htm> E.T. 20.04.2017).

147 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 63; **Reform** der Unionsmarke Zusammenfassung der Änderungen, s. 10 - ([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf) E.T. 21.02. 2018).

148 **ABAD’ın** 30.09.2009 tarihli T-75/08 ve T-191/08 sayılı “Joop!” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

mal veya hizmeti bir teşebbüsle ilişkilendirme ihtimali düşüktür. Sade bir nokta veya daktilo ile çizilmiş bir çizginin ise soyut ayırt edici niteliğinin olmadığı kesindir.¹⁴⁹

Ayrıca bir malın resminin görüntü markası olarak tescili, bir malın şeklinin 3 boyutlu şekil (form) markası olarak tesciline engel olan aynı sebeplerle mümkün olmayacaktır. Markanın bağımsızlığı ilkesi gereği mal ve/veya hizmet ile markanın birbirinden ayırt edilebilir şekilde ifade edilmeleri gerekmektedir.¹⁵⁰ Böyle bir işaretin korunması ancak işaretin dolaysız şekilde anlaşılacak biçimde mal veya hizmet ile teşebbüs arasında ilişki kurulmasını sağlıyorsa mümkün olacaktır.¹⁵¹ Buna ilişkin Almanya’da verilen bir kararda bir etiket yapıştırma aleti için kenarları dalgalı bir etiket resminin tescili istenmiştir. Çeşitli aşamalardan sonra federal mahkeme malın doğası gereği veya teknik bir sonucun elde edilmesi için zorunlu olan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği ancak ticaret hayatında ilgili çevrelerde üzerinde baskı bulunmayan bir etiket resminin ürün ile teşebbüs arasında bir bağlantı kurulmasına yarar sağlayacak bir işaret olduğu yönünde karar vermiştir.¹⁵²

Ayrıca bir fotoğrafın veya resmin marka olarak tescilinde Medeni Kanununun 24. maddesine göre kişilik hakları marka seçimini sınırlar. Bir kişinin fotoğrafı veya karakalem, suluboya, yağlıboya resmi onun veya mirasçılarının izni olmaksızın marka olarak tescil edilemez.¹⁵³ Son olarak, Sınai Mülkiyet Kanununun 5. maddesinin 5. bendinde mutlak ret sebeplerinden biri olarak da ”Kamuyu ilgilendiren, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş diğer işaretler ile yetkili mercilerce tescil izni verilmemiş olan armalar” sayılmıştır.¹⁵⁴

2.2.3. 3-Boyutlu Şekil Markaları – Form Markaları

Yukarıda 2.2.2. 2-Boyutlu Şekil Markaları – Görüntü Markaları başlığında belirttiğimiz gibi 01.10.2017 tarihi itibarıyla Avrupa Birliği Markasının mevzuatı çerçevesinde 3-boyutlu markaların ismi shape mark¹⁵⁵ olarak değiştirilmiş¹⁵⁶ olduğundan Türk Hukukunda kullanılan terminolojinin de günümüze uyum sağlayarak değiştirilmesinde ve 3-boyutlu şekil markalarının

149 **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 525.

150 **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 527; **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 64.

151 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 64.

152 **BGH’nin** 05.11.1998 tarihli I ZB 12/96 sayılı Kararı. Ayrıca bkz.: **BGHZ** s. 41, 187 – Palmolive Kararı (<https://www.jurion.de> E.T. 28.03.2018).

153 **Tekinalp**, s. 363.

154 Sınai Mülkiyet Kanunu madde 5 § bendi - 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm> E.T. 30.10.2017).

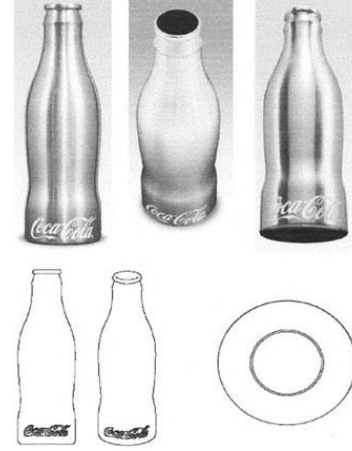
155 alm.: Formmarke

156 **EUIPO** – EU Trade Mark Regulation FAQs ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018).

bundan böyle şekil veya form markaları olarak adlandırılmasında fayda görüyoruz.



Şekil 0-2 000536227 Avrupa Birliği Markası Sicil Numaralı Bahlsen GmbH & Co. KG'ya ait malın üzerine iliştirilen sözcük markası şeklindeki form markası.



Şekil 0-1 004554994 Avrupa Birliği Markası Sicil Numaralı The Coca-Cola Company'ye ait şişe malın ambalajının marka olarak tesciline örnektir.

Çalışmamızda bu marka türünü 3-boyutlu şekil markası, şekil markası veya form markası olarak adlandıracamız.

Ayırt edici nitelik taşıyan her türlü üç boyutlu şekil ve tasarımlar ile hacimli cisimler marka olarak tescil edilebilir. Bu bağlamda, ayırt ediciliğe uygun oldukları sürece malın ambalajı veya malın kendi biçimi de tescil edilebilir.¹⁵⁷ Ancak, “malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler marka olarak tescil edilemez”.¹⁵⁸

Form markalarını 4 grup altında incelemek mümkündür. Üründen hem fonksiyonel hem de fiziksel olarak bağımsız markalar¹⁵⁹, ürüne veya ambalajına iliştirilmiş üç boyutlu bir görüntü

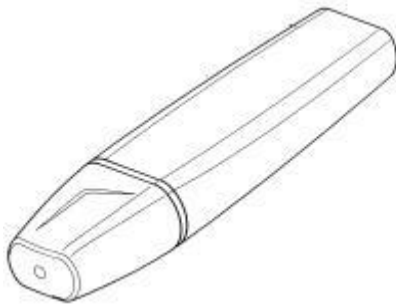
157 Karahan vd., s. 160; **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 69; **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 37; **Fezer**, Markenrecht, §3 N.579; **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 51.

158 Sınai Mülkiyet Kanunu 5 maddesinin 1. fıkrasının e bendi; 2017/1001 sayılı Tüzüğün 7. maddesinin 1. fıkrasının e bendi; 2015/2436 sayılı Direktifin 4. maddesinin 1. fıkrasının e bendi. Orijinal Metin için bkz. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm> E.T. 30.10.2017); Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX: 32017R1001 E.T. 04.01.2018>); Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436> 08.11.2017).

159 Örnek olarak; Michelin'in adamcığı, Mercedes'in yıldızı, Jaguar'ın amblemi, Rolls-Royce'un 'Emily'si, Tequilla şişesinin Sombrerosu verilebilir.

veya sözcük-görüntü markası¹⁶⁰, ürün ambalajının oluşturduğu markalar ve ürünlerin kendi şekilleriyle oluşturdukları markalar.¹⁶¹

Ürün ambalajının oluşturduğu markalar ve ürünlerin kendi şekilleriyle oluşturdukları markaların tescilinde, soyut ve somut ayırt ediciliğin yanında üç koşulun varlığına bağlanmıştır. “Malın teknik bir sonucu elde etmeye yarayan veya münhasır doğal yapısından kaynaklanan şeklini ayrıca malın kendisine asli değerini veren formları içeren işaretler” marka olarak tescil edilemez.¹⁶² Hemen belirtmek gerekir ki mal veya hizmetten fonksiyonel veya fiziksel olarak ayrı olmayan markalar bağımsızlık koşulunu da sağlayamayacağı için soyut ayırt ediciliğe uygun olamayacaklardır.¹⁶³ Burada belirli bir formun teknik bir sonucu meydana getiriyor olması ile tam da bu formun belirli bir teknik sonucu meydana getirmesi arasında fark olduğunu ve kanun hükmünün bu yönüyle belirsiz olduğuna dikkat çeker. Ayrıca burada teknik sonucun gerekli mi yoksa faydalı mı olduğu da önem taşımaya rağmen ilgili maddede



Şekil 0-3 2911311 numarasıyla Alman Patent ve Marka Kurumunda tescilli Schwan-Stabilo Schwanhäußer GmbH'ya ait kalemin kendi şekli form markası olarak tescillidir

Şekil 0-4 006978654 Avrupa Birliği Markası Sicil Numaralı Compagnie Generale Des Etablissements Michelin'e ait Michelin adamcığı üründen kavramsal ve fiziksel anlamda bağımsız bir markadır.



160 Örnek olarak; Çeşitli bisküvi markalarının bisküvilerinin üzerine kendi logolarını girinti veya çıkıntı şeklinde basmaları verilebilir.

161 **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 38-39.

162 Sınai Mülkiyet Kanunu 5 maddesinin 1. fıkrasının e bendi; 2017/1001 sayılı Tüzüğün 7. maddesinin 1. fıkrasının e bendi; 2015/2436 sayılı Direktifin 4. maddesinin 1. fıkrasının e bendi. Orijinal Metin için bkz. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm> E.T. 30.10.2017); Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001> E.T. 04.01.2018); Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436> 08.11.2017).

163 **Klaka**, Benutzungsmarke, s. 615.

belirtilmemiştir.¹⁶⁴

Bu tescil yasağı sadece ürüne bağımlı form markalarının tescili için geçerlidir.¹⁶⁵ Örneğin tablet şeklindeki ilacın üzerinde daha rahat kırılmasını sağlayacak oyuntu fonksiyonel bir özellik arz ettiği için marka olarak tescil edilemeyecektir. Aynı şekilde bir tıraş aletinin başlığı teknik bir sorunun çözümüne hizmet ettiğinden ve özel olarak tasarlanmış bir takının şekli, takının yapıldığı materyallerin yanında asli değerini oluşturan unsurdur ve dolayısıyla bunların marka olarak tescili mümkün değildir.¹⁶⁶

Malın teknik bir sonucu elde etmeye yarayan veya münhasır doğal yapısından kaynaklanan şeklini ayrıca malın kendisine asli değerini veren formları içeren işaretlerin tescillerinin ret edileceğine dair hükmün sadece 3-boyutlu işaretler için mi yoksa tüm marka türleri için mi uygulanacağı doktrinde tartışılmıştır. Buna göre Ingerl/Rohnke ve Tekinalp Sınai Mülkiyet Kanunu 5. maddesinin 1. fıkrasının e bendi; 2017/1001 sayılı Tüzüğün 7. maddesinin 1. fıkrasının e bendi; 2015/2436 sayılı Direktifin 4. maddesinin 1. fıkrasının e bendinin iki boyutlu cisimlerin marka olarak tescilinde göz ardı edileceği yönünde görüş bildirmişlerdir.¹⁶⁷ Bizim de desteklediğimiz Fezer ve Kur¹⁶⁸ ise kuralın tüm marka türleri açısından geçerli olduğunu belirtmişlerdir.¹⁶⁹ Parfümlerin kokusu marka olarak tescil edilemeyecek veya portakal tedarikçisi bir teşebbüs turuncu rengi kontursuz olarak tescil edemeyecekse bunun sebebi bahsi geçen kanun hükmüdür.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 01.06.2000 tarihli ve 3866/4995 sayılı Malibu (mat beyaz şişe) – yayınlanmamış- kararında, yerel mahkemenin, mat beyaz renkli içkinin ve şişesinin şekil markası olarak tescili konusundaki davada, talebi ret eden kararını bozmuştur. Yargıtay sorunu çözmemiş, bu markanın İngiltere’de tescil edilmiş bulunduğu iddiasının araştırılmadığı gerekçesine dayanmıştır.¹⁷⁰ Ancak belirtmekte fayda var ki Türk Yargısı “Türk Patent Enstitüsünün” 3-boyutlu işaretlerin marka olarak tescilini sıklıkla ret ettiği 2009 yılında başlayıp

164 **Klaka**, Benutzungsmarke, s. 615.

165 **Marx**, Markenrecht 2. Bası, s. 69; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 582.

166 **Marx**, Markenrecht 2. Bası, s. 69; **Eroğlu**, Sevilay: Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Cilt: 5 Sayı: 1, 2003, s. 101.

167 **Ingerl/Rohnke**, MarkenG, §3 N. 29, 37 ve 34; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet s. 348.

168 **Kur**, kuralın kaynağının BeNeLux devletlerinin marka yasasında olduğu için buradaki içtihatların göz önünde bulundurulmasına, hükmün Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde yorumlanması gerektiğini belirterek karşı çıkmış ve hükmün 1975 tarihli BeNeLux Marka Yasası’nın 1. maddesinin 2. fıkrasından farklı kaleme alındığını da belirtmiştir, **Kur**, Verwechslungsgefahr, s. 246. Ayrıca bkz. BT-Drucksache, 12/6581, A, IV, s.59 (<http://dipbt.bundestag.de> E.T. 30.10.2017).

169 **Kur**, Anette: Was macht ein Zeichen zur Marke, MarkenR Nr.1, 2000, s. 3; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 317.

170 **Tekinalp**, s. 363’den alıntı; **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 01.06.2000 tarihli ve 3866/4995 K. sayılı – yayınlanmamış – kararı**

iki yıl devam eden “Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi”nden önceki dönemde bile tescili ret kararlarını bozmakta dolayısıyla ileri görüşlü esnek bir tutum sergilemekteydi.¹⁷¹

Aslen “marka, hem mal hem ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilir ancak bu durumda hem mal hem ambalajın tescili marka sahibine ne mal ne de ambalaj üzerinde inhisari hak sağlamaz.”¹⁷² Eğer mal ve/veya ambalajı ayırt edici karaktere sahip ise bunların marka olarak tescili mümkündür.¹⁷³

Marka hukukunda korumanın konusu mal veya hizmetin kendisi değildir. Burada amaçlanan tüketicilerin, mal veya hizmetin üreticisiyle bağının kurulması ve bu şekilde tüketicilerin bir ürün alırken kaynağına dair yanlışlığının önlenmesidir.¹⁷⁴ Buna dair Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne gelen Philips v Remington kararında 3 başlı döner elektrikli tıraş makinesinin marka olarak tesciline dair kararında, marka hukukunun üreticilerin ve tedarikçilerin 3 boyutlu şekiller üzerinde tekel hakkı elde etme amacına hizmet eden bir kurum olmadığını belirtmiş ve söz konusu şekiller üzerinde zamanla sınırlı olarak bir tekel hakkının elde edilmesini sağlayan endüstriyel tasarım ve patent hukukunun dolanılmasına aracı olunamayacağını karara bağlamıştır.¹⁷⁵

Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi “Trockenrasierer” kararında 3 boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilip edilemeyeceğine ilişkin temel ilkeler ortaya koymuştur. Bunlara göre eğer malın kendi şekli tüketici tarafından işlevsel olmaktan ziyade ayırt ediciliğe hizmet eden bir unsur olarak algılanacaksa bu şeklin marka olarak tescili mümkün kılınmalıdır.¹⁷⁶ Örnek olarak diş macunu tüpünün sıkılmasıyla farklı renk macunların kullanımından dolayı oluşan 3 boyutlu şekil verilebilir.¹⁷⁷ Alman Mahkemeleri su bardağı, forklift, saat parçaları, meşale, sandalye, çeşitli inşaat malzemelerini, özellik arz eden bir boru kesintisini ayırt edici nitelikten yoksun bulmuş ve tescilini ret etmiştir.¹⁷⁸

171 **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 81.

172 **Karahan vd.**, s. 160; **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 78; **Yasaman**, Şerh, s. 79; **Ünal**, İşaretler, s. 37.

173 **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 51; **Ünal**, İşaretler, s. 37; **Yasaman**, Şerh, s. 95.

174 **Er**, s. 280.

175 **ABAD**’ın 18.06. 2002 tarihli C-299/99 sayılı Philips vs. Remington Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018); **Er**, s. 279; **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 148; Aynı yönde **Kur**, MarkenR, s. 4; **Klaka**, Benutzungsmarke, s. 615. Tasarım hakları ile korunabilecek unsurlar ihtiva eden mal sadece özel koruma süresi boyunca tekelleştirilebilmelidir, **Meister**, Praktische Erfahrungen, s. 1007; **Ströbele**, Paul: “Registration of New Trademark Forms”, IIC 2001, s. 164.

176 **BGH**’nın 21.01.1977 tarihli I ZR 49/75 sayılı “Trockenrasierer” kararı (<https://www.jurion.de> E.T. 28.03.2018).

177 **Bauer**, Robert: Die Ware als Marke – Gedanken zur BGH-Entscheidung “Füllkörper” GRUR 1996, s. 320.

178 **Ströbele**, Registration, s. 165-167.

2.2.4. Renk Markaları

Avrupa Birliği Hukukunda 2015/2436 sayılı Direktif'in 3. maddesinde ve hukukumuzda Sınai Mülkiyet Kanunu 4. maddede renklerin marka olabileceği hüküm altına alınmıştır. TRIPS 15. maddede marka olabilecek işaretlere renk kombinasyonlarını da eklemiştir. Alman Marka Kanunu 3. maddede rengin marka olarak tescil edilebileceği hükmolunmuşken¹⁷⁹, İsviçre hukukuna göre temel renkler, sayılarını azlığı nedeniyle kamunun serbestçe kullanabildiği markalardan olup, renk kombinasyonlarının marka olarak kullanılmasına izin verilmiştir¹⁸⁰. Renklerin özellikle işaretin maldan bağımsızlığını sağlamaları çok önemlidir. Malın doğası gereği sahip olduğu renklerin marka olarak tescili mümkün olmayacaktır.¹⁸¹ Aksi halde ayırt edicilik koşulu sağlanamayacaktır.

Yargıtay 11 HD. 1997 yılında verdiği kararında ise renklerin marka konusu yapılmayacağına hükmetmiştir¹⁸². Yüksek Daire renklerin şekillerle birlikte kullanımları sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmaları durumunda renkleri dikkate almaktadır (12.11.1997 tarihli ve 6866/9075 sayılı yayınlanmamış karar).¹⁸³ Ancak Sınai Mülkiyet Kanunun 4. maddesinde renklerin marka olabileceği açık şekilde belirlenmiş ve Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına dair Yönetmeliğin 7. maddesinin 4. fıkrasına göre “Başvurunun renk markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, işareti oluşturan renk görselinin sunulması ve Kurum tarafından geçerliliği kabul edilen renk kodunun¹⁸⁴ belirtilmesi gerekir. Renk veya renklerin somutlaşmış, sınırları belli bir şekil, figür, resim veya sözcük gibi unsurlar dâhilinde kullanılması durumunda işaret renk markası olarak değerlendirilmez ve bir. fıkra hükmü uygulanır.” Yani Türk Hukukunda sınırları belli bir renk markası görüntü markası olarak tescil edilecektir, renk markaları böylece sadece kontursuz renklerden ve kombinasyonlarından oluşmalıdır.¹⁸⁵

179 **Doğan**, Beşir Fatih: Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, FMR, Cilt: 5, Sayı: 2005/4, s. 39.

180 **Şenocak**, Soyut Renk Markaları, s. 84.

181 **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 100; **Ströbele**, Paul: Die Eintragungsfähigkeit neuer Markenformen, GRUR 1999, s. 1048.

182 **Yargıtay** 11. Hukuk Dairesi 7.10.1997 tarihli 1997/3559 E. 1997/5453 K. sayılı Kararı - FMR C.I, S.2001/4, s.212. vd.

183 **Tekinalp**, s. 365.

184 Ayrıca renk örneğinin kağıt üzerine basılmış hali zamanla solacağından renk değişecektir. Renk kodlarının kullanılması bu açıdan da önemlidir. **Ströbele**, GRUR 1999, s. 1046; **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 83.

185 Bu uygulama Türk Patent Enstitüsünün kağıt üzerine basılmış iki ya da daha fazla rengin bir araya gelmesi ile oluşan markaların renk markası yerine görüntü markası olarak kabul etmesine benzerdir. **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 88.

Mülga 556 sayılı KHK döneminde yapılan yorumlara göre renkler, bir kompozisyon olarak, şekiller ile birlikte ya da tek başına marka olarak tescil edilebilmektedir.¹⁸⁶ Ne var ki; bir rengin tek başına marka olarak tescil edilmesi her zaman mümkün görülmemektedir. Bunun sebebi ise renklerin herkesin kullanımına açık olması ve tek başlarına bir ayırt ediciliğinin bulunmamasıdır.¹⁸⁷ Uygulamada da çoğunlukla renk kombinasyonundan oluşan şirket logolarının tescil edildiği görülmektedir.¹⁸⁸ KHK döneminde renk markalarının ayırt ediciliği eski adıyla “Türk Patent Enstitüsünün” Marka İnceleme Klavuzunda belirtildiği üzere sadece kullanım sonucu kazanıldığı sürece var kabul edilecektir.¹⁸⁹ Ayrıca kimi yazarlarca ana renklerin veya yapay renklerin soyut ve tek başına marka olabilmesi ve bu suretle tek kişinin inhisarına bırakılmasının yanlış olduğu bu nedenle de rengin marka olamayacağı savunulmuştur.¹⁹⁰

Avrupa Birliği Marka Hukuku doktrinde, kontursuz soyut renklerin marka olabilirliği tartışılmış ve ağırlıklı olarak bunların marka olabileceği kanaatine varılmıştır.¹⁹¹ Sonuçta renkler “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen” unsurlardır dolayısıyla marka olabilecek diğer işaretler gibi markanın işlevlerini, özellikle ayırt edicilik işlevini, haizdirler. Bu nedenle bir renk marka olabilecek bir işarettir.¹⁹² Aksi yönde görüşler olsa da Fezer bunların idarenin tarafından bakan ekonominin ve ticaretin ihtiyaçlarını göz ardı eden muhafazakar kesimlerden geldiğini belirtmiştir.¹⁹³

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi “turuncu- orange” renk markasını birçok mal ve/veya hizmet açısından, “açık yeşil- light green” ve “sarı- yellow” gibi renkleri ise sakızlar açısından marka olamayacak işaret olarak nitelendirse de renklerin genel olarak marka olabileceği kabul

186 **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 84; **Karahan vd.**, s. 160; **Ströbele**, Registration, s. 172; **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 106; Kompozisyonların tescil edilebilirliğinde Türk Hukukunda fikir birliği mevcuttur, **Yasaman**, Şerh, s. 79; **Tekinalp**, s. 364; **Arkan**, s. 40; **Ünal**, İşaretler, s. 39.

187 **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 85; **Ströbele**, Registration, s. 172; Aksi yön-de, renklerin münferit olarak tescil edilebileceklerine dair, **Şenocak**, Soyut Renk Markaları, s. 118.

188 **Ströbele**, Registration, s. 172.

189 **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 84. Ayrıca bkz. ““rengin ürün üzerinde sürekli ve uzun süreli kullanılması ve bu kullanım sonucu ilgili ürün/hizmetle ilgili olarak marka işlevi görecektir şekilde ayırt edici nitelik kazanmış olması” Marka İnceleme Klavuzu, s. 23 (<http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf> E. T. 20.04.2017).

190 **Kaya**, s. 30; **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 84; **Ünal**, İşaretler, s. 40; **Karahan vd.**, s. 161.

191 Soyut/Kontursuz renklerin marka olabileceğine dair; **Ingerl/Rohnke**, MarkenG, §3 N. 36; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 543; **Thilo**, Neue Formen, s. 262; **Bauer**, GRUR 1996, s. 320; **Kur**, Formalschutz, s. 175; **Ströbele**, Paul/**Hacker**, Franz: Markengesetz, 9.Auflage, 2009, §3 N. 26; **Berlit**, Das neue Markenrecht, N.7; **Von Gamm**, Schwerpunkte des neuen Markenrechts, s. 779.

192 **Tekinalp**, s. 365; **Yasaman**, Şerh, s. 79; **Arkan**, s. 40; **Ünal**, İşaretler, s. 38.

193 **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 543; Eleştirel bakanlar için bkz.: **Winkler**, Heinz: Erfahrungen des DPA mit dem erweiterten Markenbegriff, MA 1996, s. 516; **Ströbele**, Paul: Die Eintragungsfähigkeit neuer Markenformen, GRUR 1999, s. 355.

edilmektedir.¹⁹⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanının 2003 yılında verdiği mihenk taşı niteliğinde, telekomünikasyon alanında turuncu markasının Hollandalı Libertel Groep BV şirketi adına tesciline dair kararında renklerin ayırt ediciliğine ilişkin dar bir yorum ortaya koymuştur.¹⁹⁵ Kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı ilkesel olarak soyut renklerin ayırt edici olamayacağını reddetmiştir ve bir renkte somut ayırt ediciliğin baştan beri var olabileceğini, ancak bu durumun çok ender rastlanacak bir olgu olduğunu eklemiştir.¹⁹⁶ Renklerin marka olarak tescili için somut ayırt ediciliği genellikle kullanım sonucu kazandıklarını¹⁹⁷ ayrıca renk markasının tescili için sadece rengin adının belirtilmemesi gerektiği, bunun yanı sıra rengin tonunun uluslararası renk sınıflandırma sistemine göre belirlenmesi gerekmektedir.¹⁹⁸

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından Libertel kararı ile renklerin tescil edilebilirliği ile ilgili çizilen temel çizgiler, Heidelberger Bauchemie¹⁹⁹ ve Farbe Orange²⁰⁰ kararlarıyla onaylanmış ve detaylandırılmıştır. Heidelberger Bauchemie kararında da Libertel kararında olduğu gibi renklerin somut ayırt ediciliğe baştan beri sahip olmasının istisnai olarak mümkün olduğu ancak genellikle bunun kullanım sonucu elde edilmesi gerektiği tekrarlanmıştır. Ayrıca başka teşebbüslerin bir markayı mal ve/veya hizmetleriyle birlikte kullanmalarının haksız yere kısıtlanamayacağı da kararda tekrarlanmıştır. Heidelberger Bauchemie kararında söz konusu mavi ve sarının kombinasyonundan oluşan bir işaret söz konusu olduğundan Avrupa Birliği

194 **3 No’lu Şikayet** Merci Kararları: 12.02.1998 tarihli, R 7/97-3 sayılı “orange” kararı; 18.12.1998 tarihli R 169/98-3 sayılı “light gren” kararı ayrıca bkz. **Bender**, Achim: Die grafische Darstellbarkeit neuer Markenformen, ERA Forum Sayı:6, 515, Springer-Verlag, 2005, s. 518; 22.01.1999 tarihli R169/98-3 sayılı “yellow” kararı.

195 **Fröhlich**, Jana: Die Relevanz der Markenform- Die Herleitung des Gleichbehandlungsgrund-satzes und die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen zwischen den Markenformen, Carl Heymanns Verlag, München 2016, s. 34.

196 **ABAD’ın** 06.05.2003 tarihli C-104/01 sayılı “Libertel” Kararı. (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

197 **Çolak**, Türk s. 72; **Ströbele**, Registration, s. 173.

198 **Reform** der Unionsmarke - Zusammenfassung der Änderungen, s. 10 - ([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform /Overview_changes_de.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf) E.T. 21.02.2018); Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik madde 7 fıkra 4 ve 207/2009 sayılı Tüzüğün uygulanmasına dair 2017/1431 sayılı Tüzük madde 3 fıkra 3 f bendi i) şıkkı Metinler için bkz.Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik ([http://www. resmigazete.gov.tr/ eskiler/2017/04/20170424-5.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170424-5.htm) E.T. 20.11.2017); Commission Implementing Regulation with the No. (EU) 2017/1431 of 18.05.2017 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation (EC) No. 207/2009 on the European Union trade mark ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri= CELEX:320 17R1431](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32017R1431) E.T.25.11.2017).

199 **ABAD’ın** 24.06.2004 tarihli C-49/02 sayılı “Heidelberger Bauchemie” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

200 **ABAD’ın** 21.10.2004 tarihli C-447/02 Psayılı “Farbe Orange” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

Adalet Divanının bu temel ilkeleri hem kontursuz renkler hem de renk kombinasyonları açısından geçerli olduğu sonucuna varmak mümkündür.²⁰¹

Heidelberger Bauchemie kararının hemen ardından verilen Farbe Orange kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı renklerin ayırt ediciliğinin diğer işaret çeşitlerinden daha katı veya farklı bir denetime tabi olmadıklarını ortaya koymuştur. Ancak ticaret hayatının olağan akışında kontursuz bir renk markasının bir görüntü veya sözcük markasına göre algılanmasının farklı olacağının da altını çizmiştir. Kontursuz bir renk markasının ayırt edici gücü kazanması işaretin tescil edileceği mal ve/veya hizmet sınıflarının az olmasına ve çeşitliliğin oldukça az olduğu bir piyasada kullanılmasına bağlı olabilecektir.²⁰² Ayrıca bir görüntü markası sınırsız renk seçenekleri kullanılabilecekken, kontursuz renk markasının kullanılması tescil sırasında şekle bağlanmadığından sürekli değişen şekillerde meydana gelmelidir.²⁰³

Geçmişte renklerin ayırt ediciliklerine dair oldukça çekimser olan Alman Hukuku kullanım sonucu ayırt ediciliğin kazanılmasını bile anketlere bağlamıştır. En az %50 olumlu sonuçların elde edildiği durumlarda markaların ayırt edicilik kazandığı varsayılmıştır.²⁰⁴ Bunun ötesinde tüketicilerin kullandıkları mal veya hizmetleri renkleri birbirinden ayırt edebilecek kadar incelemedikleri²⁰⁵ ve hatta renklerin tükenme ihtimali olduğu için herkesin kullanımına açık tutulması gerektiği bile tartışılmış, bir inceleme sonucunda tekli harflerin ve rakamların tükenme ihtimalinin kat kat daha fazla olduğu tespit edilmiştir.²⁰⁶ Sonuç olarak Alman Federal Mahkemesi'nin 2004 yılında verdiği kararında ise Milka'nın lila renginin kullanım sonucu ayırt edici güce haiz olduğunu ve bu nedenle de marka olarak tesciline hükmetmiştir.²⁰⁷ Ayrıca dış macunundan tüpünden çıkan şekilli macunların, ayırt edici şekle sahip ekmek üzerine sürülecek katık çeşitlerinin, içeceklerin, desenli iplerin veya kremlerin renklerinin tescil edilip edilmeyeceği tartışılmış bunların yeri geldiğinde pozisyon markasının bir çeşiti olan çubuk desenleri markaları²⁰⁸ olarak veya duruma göre renk markası olarak tescil edilebileceğine kanaat getirilmiştir.²⁰⁹

201 Fröhlich, Die Relevanz der Markenform, s. 34.

202 ABAD'ın 21.10.2004 tarihli C-447/02 Psayılı "Farbe Orange" Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018). Köse/Tınaz/Atlı, s. 84.

203 Ströbele, GRUR 1999, s. 1047; Eroğlu, Soyut Renk, s. 124.

204 Dierksen, abstrakte Farbmarke, s. 165; Aynı yönde Şenocak, Soyut Renk Markaları, s. 89.

205 Ströbele, GRUR 1999, s. 1041; Winkler, MA 1996, s. 516.

206 Dierksen, abstrakte Farbmarke, s. 21. Aynı şekilde Şenocak, Soyut Renk Markaları, s. 106. Buna karşılık renklerin işaret olarak halkın kullanımına kapatılmasının gerekmediği fikri için, Berlit, Das neue Markenrecht, N.87.

207 BGH'nin 07.10.2004 tarihli I ZR 91/02 sayılı "Farbe Lila" Kararı (<https://www.jurion.de> E.T. 28.03.2018).

208 alm.: Kennfadenmarken

209 Bauer, GRUR 1996, s. 320.

2.2.5. Ses Markaları

Seslerin Sınai Mülkiyet Kanununun 4. maddesine, 2015/2436 sayılı Direktifin 3. maddesine ve 2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesine göre marka olabilecek işaretler arasında sayılmıştır. Ses markaları, konuşma dili olmadan işitsel olarak duyularak algılanabilen işaretlerden oluşur. Bu işaretler insanın işitme organını hedef alan ses dalgalarından meydana gelir. Bu şekilde akustik markalar notalardan, nota sıralamalarından, melodilerden,²¹⁰ marka olarak özgünlüğü ve özgüllüğü yüksek ses tonlarında ve frekanslarında yatan tını ve gürültülerden ve hayvan sesleri ile insan seslerinden²¹¹ oluşabilir.²¹²

Türk Hukukunda geçmişte mülga 556 sayılı KHK’da buna ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen eski adıyla “Türk Patent Enstitüsü” – yani şimdiki Türk Patent ve Marka Kurumu – seslerin marka olabileceği kabul edilmiştir. Tescili istenen sesin ayırt edici olması ve grafik temsile uygun olması bunun için önkoşul sayılmıştır.²¹³ Grafik temsil koşulu kapsamında, sesin marka olarak tescil edilebilmesi için notalarla ifade edilmiş bir örneğin başvuruya eklenmesi gerekliydi.²¹⁴ Dolayısıyla günlük hayatta duyulan olağan sesler örneğin kapının kapanması veya korna sesi ayırt edici olmadığı için marka olarak tescil edilmeyeceklerdi.²¹⁵ 556 sayılı KHK’nın Uygulanmasına Dair Yönetmelikte de ses markalarının tescil başvurusuna ilişkin olarak özel bir düzenleme yapılmamıştır. Fakat KHK’nın Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 12. maddesinin a bendi gereğince markanın yayıma ve çoğaltılmaya elverişli 20 örneğinin kuruma teslim edilmesi gerekmektedir.²¹⁶

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi geçmişte sonogram dökümü ile yapıla tescil başvurularını kabul etmiştir.²¹⁷ Seslerin notalar ile ifadesinin yanında aynı zamanda sonogram ile ifade edilmesine imkan tanınması ile doğa olayları gibi nota ile ifade edilemeyen seslerin tescilinin de önü açılmıştır.²¹⁸ Marka olabilme şartlarını yani bir “teşebbüsün mallarını başka bir teşebbüsün

210 bkz.: melodik ses markaları

211 bkz.: amelodik ses markaları

212 **Fezer**, Markenrecht, §3 N.591; tını ve gürültülere korna sesi, cam kırılma sesi ve gök gürültüsü verilmiştir.

213 **Çolak**, Türk s. 76; **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 89.

214 **Er**, s. 272; **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 89’e göre aynı zamanda tescili talep edilen ses bir CD ile başvuru formuna eklenmelidir.

215 **Karasu**, Rauf: Ses Markaları, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2007/2, s. 40.

216 **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 126.

217 **Fezer**, Markenrecht, §3 N.602.

218 **Er**, s. 273; Çoğu ses markasının karakteristik ve akustik özellikleri notalar aracılığı ile ortaya konulamayacağından veya sesin ifade edilışinde hangi müzik aletlerinin kullanılacağıının belirlenmemesinden dolayı ses markalarının tescil edilebilirliği eleştirilmiştir. **Ströbele**, GRUR 1999, s. 1044.

mallarından ayırt etmeye” uyguluk, bağımsızlık, bütünlük ve artık geçerli olmayan çizimle gösterilebilir olma şartını yerine getiren sesler marka olarak tescil edilebilmişlerdi.²¹⁹

Bağımsızlık, ses markalarında sorun yaratmayacaktır,²²⁰ akustik içeriğe sahip mallarda bile marka olarak tescil edilecek işaretin yerine başka bir sesin kullanılabileceği sürece bağımsızlık sağlanabilecektir.

Bunun haricinde belirtmek gerekir ki ses markaları uzun olmamalıdır, bir roman nasıl ki sözcük markası olamazsa bir opera da ses markası olamayacaktır.²²¹ Alman Patent ve Marka Kurumunun düzenlemelerine göre ses markaları “uygun” boyutta olmalıdır.²²² Ancak sadece bir ürünün pazarlanması için oluşturulan bir beste tüketiciler tarafından mal veya hizmetin ayırt edilmesine hizmet ediyor ve böyle anlaşılıyorsa bunun marka olarak tescili de mümkün olacaktır.²²³

Avrupa Birliği Adalet Divanı Shield Mark kararında melodik ve amelodik seslerin marka olabileceklerini temel olarak kabul etmiştir. Karara göre o dönem için yürürlükte olan düzenlemelerde marka olabilecek işaretlerde sesler anılmasa da yapılan sayımın sınırlı olmadığını ve genel marka olabilirlik ve tescil koşullarının yerine getirilmesi ile seslerin de marka olarak tescilinin mümkün olacağı belirlenmiştir.²²⁴ Karara konu olayda fikri mülkiyet hukuku alanında danışmanlık yapan bir şirket olan Hollandalı Shield Mark BV 2 sesin marka olarak tescilini istemiştir. Horoz ötüşünü sözcüklerin telafuzunu gösteren alfabe²²⁵ ile yazarak ve horoz ötüşü sesi olduğunu açıklamalara ekleyerek tescil ettirmek isteyen Shield Markın talebi belirsizlik ve kesin olmayışı nedeniyle ret edilmiştir. Tescili istenen ikinci işaret ise “Für Elise” isimli ünlü bir parçanın ilk dokuz notası iken, başvuruya notalarla bir gösterim eklenmemiş sadece “Für Elise parçasının ilk dokuz notası” şeklinde bir açıklama getirilmiştir ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı bu açıklamayı yetersiz bulmuş, tescili ret edilmesini onaylamıştır.²²⁶

219 **Fezer**, §3 N.594.

220 **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 100.

221 **Fezer**, §3 N.594; **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 102; **Ströbele**, Registration, s. 171; **Er**, s. 273.

222 Mitteilung Nr. 16/94 des Präsidenten des DPMA, Nr. 13; **Eroğlu** 1 dakikalık bir üst sınırdan bahsetmektedir. **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 102.

223 **Fezer**, §3 N.594.

224 **ABAD’ın** 27.11.2003 tarihli C-283/01 sayılı “Shield Mark” Kararı ([https://dejure.org/E.T. 28.03.2018](https://dejure.org/E.T.28.03.2018)).

225 alm.: Onomatopoetikum

226 **Karasu**, Ses Markaları, s. 40. Ayrıca bkz.: **ABAD’ın** 27.11.2003 tarihli C-283/01 sayılı Shield Mark BV/Joost Kist h.o.d.n. MEMEX kararına ilişkin 106/03 sayılı Basın açıklaması ([https://dejure.org E.T. 28.03.2018](https://dejure.org/E.T.28.03.2018)) ve **Bender**, grafische Darstellbarkeit, s. 518.

Aynı şekilde şikayet mercinin tık sesinin tesciline ilişkin bir kararında sesin nasıl oluştuğuna dair yeterince açık ve net bir açıklama olmaması gereğiyle sicilde gösterim koşulunun sağlanmadığına kanaat getirilmiştir. Başvurucunun sese dair “geçkili bir kilit mekanizmasından çıkan tık sesi (alm. Klick-Geräusch)” şeklindeki açıklaması da yeterli bulunmamıştır.²²⁷

Avrupa Birliği Marka Hukukuna göre sonogramın kabulüne rağmen Alman patent ve marka kurumu tarafından bir yasaklanmış bir serbest bırakılmıştır.²²⁸ Sonogramın kaldırılmasına dayanak olarak Avrupa Birliği Adalet Divanının Sieckmann Kararı verilmiştir. Sieckmann kararında kokuların tescil edilemezliği yanında tescilin net, açık, tamamlanmış, kolay erişilebilir, anlaşılır, kalıcı ve objektif olması gerektiği belirlenmiştir. Karara uygun olarak sonogram yoluyla elde edilen dökümün sadece teknik ekipmanlar ile oynatılmasının mümkün olduğu ve bunun tescilin 3. kişiler tarafından açık ve net biçimde anlaşılmasına engel olduğu ve kolay erişilebilir olmadığı eleştirisi yapılmıştır.²²⁹

Shield Mark ve Sieckmann kararları ile markanın tescilinin net, açık, tamamlanmış, kolay erişilebilir, anlaşılır, kalıcı ve objektif olması gerektiği belirlenmiştir. Bir sesin ne sonogram ile kaydedilmesi ne de notaya dökülmüş hali tescilin sağlaması gereken bu koşullara uygun değildir.²³⁰ Bu nedenle sesin tescili için başvurulurken, sese ilişkin örneğin bilgisayar ortamında kayıtlı ve dinlemeye elverişli olarak verilmesi gerekmektedir²³¹.

Bu bağlamda hem Sınai Mülkiyet Kanunundan hem de Avrupa Birliği Marka Hukuku düzenlemelerinden çizim ile gösterilme şartının kaldırılması ses markaları açısından isabetli olmuştur. 01.10.2017 tarihinden itibaren ses markalarının Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinde tescili ya sonogram çıktısı ile elektronik ortamda yürütülebilen bir ses dosyası olarak, notalar ile ifade edilmiş şekilde olacaktır. Sonogram çıktısına elektronik ortamda yürütülebilen bir ses dosyası eklenmesi şart iken notalar ile ifade edilmiş marka örneğine elektronik ses dosyasının eklenmesi tercihe bırakılmıştır.²³² Ses dosyasının en fazla 2 megabyte büyüklüğünde ve MP3 formatında olması gerekmektedir.

227 **Şikayet merciin** 07.10.1998 tarihli R 1/98-2 sayılı “declic” kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018); **Bender**, grafische Darstellbarkeit, s. 518.

228 Mitteilung Nr. 16/94 des Präsidenten des DPMA ile serbest bırakılmış; Mitteilung Nr. 8/08 des Präsidenten des DPMA ile kaldırılmıştır.

229 **Ströbele**, GRUR 1999, s. 1041; **Ströbele**, Registration, s. 170.

230 **Kur**, MarkenR, s. 2-3.

231 **Çolak**, Türk 76; **Ströbele**, Registration, s. 170.

232 **Reform** der Unionsmarke - Zusammenfassung der Änderungen, s. 12 - ([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf) E.T. 21.02.2018); Ayrıca ses markasının kapsamında güftelerin de yer alması durumunda bunların yazılı olarak verilmesi gerekmektedir. **Ströbele**, Registration, s. 170.

Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 7. maddesinin 2. fıkrasına göre ses markası olarak tescili talep edilen işaretin elektronik ortamda dinlenmesini mümkün kılan ve burada saklanması elverişli kaydı Kuruma sunulmalıdır. Ayrıca eğer nota ile gösterim mümkün ise bu gösterim de başvuruyla eklenmesi gerekir. Yani Türk uygulamasına göre ses dosyası zorunlu, sesin nota ile ifade edilmesi tercih meselesidir.

2.2.6. Hareket Markaları

Multimedya markalarının en çok kullanılan çeşidi olan hareket markalarının²³³ bir sıra resimden oluşan bir hareket akışıdır. Nasıl ki ses markaları bir ses veya ses dizisinden oluşur, hareket markaları da bir resim dizisinden ibarettir.²³⁴ Bu resim dizisi doğal hareketlerden oluşabileceği gibi²³⁵ sanal bir hareket dizisinden de oluşabilmektedir.²³⁶ Örnek olarak 20th Century Fox Film Corporation logosundaki gökyüzünde sağa sola hareket eden spot ışıkları verilebilir. Bu hareket markası Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisinde 1.928.424 numarasıyla tescillidir.²³⁷

Hareket markaları da diğer marka türleri gibi marka olabilirlik koşullarını sağlamalıdır. Tüketici tarafından bir bütün halinde algılanıp mal veya hizmetten bağımsız şekilde bir “teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun olmaları gerekmektedir”. Hareket markalarında bütünlüğün sağlanması özellikle önem arz eder.²³⁸ Birbirinden kopuk hareket dizileri bütünlük ilkesine aykırıdır. Ayrıca bu markaları oluşturan işaretlerin tescil edilebilmeleri için “malın doğası gereği oluşturduğu şekli, teknik bir sonucu elde etmeye yarayan bir zorunluluğu veya mala asli değerini veren işaretleri içermemesi” gerekmektedir.²³⁹

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin birinci şikayet merciin 2003 yılında Automobili Lamborghini Holding S.p.A.’nın bir hareket markası tescil başvurusuna dair verdiği kararda²⁴⁰, araba kapısının yukarıya doğru açıldığı bir hareket dizisinin teknik bir zorunluluğu gösteren 3 boyutlu bir yapı olduğu için markanın tescilini ret etmiştir. Ret sebebinin açıklamasına göre

233 WIPO Magazine 2009 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0003.html E.T. 28.04.2017).

234 Fezer, §3 N.628.

235 örnek olarak; uçan hayvan, yürüyen insan verilmiştir.

236 Fezer, §3 N.628.

237 WIPO Magazine 2009 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0003.html E.T. 28.04.2017).

238 Fezer, §3 N.629.

239 Fezer, §3 N.630.

240 1. şikayet merciin 23.09.2003 tarihli R 772/2001-1 sayılı “Lamborghini Türbewegungsablauf” Kararı.

yukarıdan açılan herhangi bir araba kapısının aynı teknik fonksiyonlara sahip olacağı bu sebeple bu teknik gelişmenin marka hakkı koruması ile değil başka fikri mülkiyet hakları aracılığı ile korunması gerektiği savunulmuştur.

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin yayınladığı 2017/1001 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesi ile oluşacak değişikliklere dair özetle hareket markaları “bir hareketten veya markayı oluşturan parçaların yerlerini değiştirmesinden veya bunun gibi bir şekilde oluşan markalardır.” Markanın sicilde gösterilmesi en fazla 20 megabyte büyüklüğünde ve MP4 formatında bir video dosyası ile veya JPEG formatında birbirini takip eden veya markanın yer değişikliğini gösteren sabit bir görüntü dizisiyle mümkündür.²⁴¹

Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 7. maddesinin 5. fıkrasına göre hareket markalarının tescili için işareti oluşturan hareketi betimleyen bir görüntü veya bir görüntü dizisi Kuruma sunulmalıdır. Sözü geçen gösterimler, kesinlikle markanın bütünlüğüne hanel getirmemelidir.²⁴² 556 sayılı KHK dönemindeyse hareket markaları sıradan görüntü markası olarak tescil edilmiştir. Bu sebeple bunların kayıtlarına rastlamak zordur, ayrıca marka başvurusuna 7x7 boyutundaki hareketi aşamalı olarak resmeden şekillerin haricinde saklamaya ve izlemeye elverişli bir CD’nin sunulması da gerekmektedir.²⁴³

Fikir ve motifler marka olamaları da eğer bir fikir veya motif bir hareket markası ile kendini temsil ettirebiliyorsa bu işaretlerin marka olabilecekleri ve tescil engellerine takılmadıklarında tescillerinin mümkün olacağı belirtilmektedir. Bir motifin hareketi ancak hareket akışının bir tiplene olarak ifadesi ile mümkündür. Örnek olarak Alman ZDF TV-kanalının “ikincisi ile daha iyi görürsün” sloganına ek olarak iki parmağını bir gözünü kapatacak şekilde yatay konumlandıran bir kişinin görüntüsünü içeren hareket markası ve Lipton adına tescilli başparmak ile işaret parmağının L harfini oluşturduğu bir hareket markası verilebilir.²⁴⁴

241 **Reform** der Unionsmarke - Zusammenfassung der Änderungen, s. 12 - ([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf) E.T. 21.02.2018).

242 Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik madde 7 fıkra 5 (<http://www.resmi-gazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170424-5.htm> E.T. 20.04.2017).

243 **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 91.

244 **Fezer**, §3 N. 631.

2.3. AVRUPA BİRLİĞİ FİKRİ MÜLKİYET OFİSİ TARAFINDAN TESCİLİ MÜMKÜN OLAN MARKA TÜRLERİ

Bu başlık altında Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde tesciline şüphe olmayıp ofisin evraklarında isimleri geçen ancak Türk Patent ve Marka Kurumunun izlediği Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte isimleri geçmeyen marka türlerini incelemeye çalışacağız. Belirtmek gerekir ki Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 7. maddesinin 6. fıkrası gereğince yukarıdaki başlıkta sayılanlar dışında kalan bir işaretin gösterimi hakkında, niteliğine uygun düştüğü ölçüde 7. madde hükümleri uygulanır. Başvuru marka türüne göre çeşitli şekil, çizgi, görüntü ya da karakter aracılığı ile “görsel olarak gösterim, elektronik kayıt, yazılı açıklama veya uygun görülen başka bir gösterim ile Kuruma sunulur”.²⁴⁵ Dolayısıyla yukarıdaki başlıktaki marka türleri Türk Patent ve Marka Kurumu açısından sınırlı sayı prensibine göre bir sayım oluşturmamaktadır, sicilde uygun bir şekilde gösterilmek kaydıyla farklı marka türlerinin tescili de mümkün görülmektedir.

2.3.1. Multimedya Markaları

Multimedya markaları Avrupa Birliği Markası Hukukunun tanıdığı en yeni marka türüdür.²⁴⁶ 207/2009 sayılı Tüzüğün Uygulanmasına dair 2017/1431 sayılı 18.05.2017 tarihli Uygulama Tüzüğüne göre multimedya markası “görüntü ve seslerin kombinasyonundan” oluşmaktadır.²⁴⁷

Multimedya markaları birleşik markalar ve kombinasyon markalarından kısmen farklıdır. Birleşik markalar aynı marka türünü oluşturan işaretten birkaç tanesinin bir araya gelmesi ile oluşan markalara denilmektedir. Yani birden fazla 3 boyutlu şekilden, birden fazla görüntüden veya birden fazla sözcükten oluşan markalara birleşik markalar denilmektedir.²⁴⁸ Kombinasyon markaları ise farklı marka türlerini oluşturan işaretlerin bir araya gelmesi ile oluşmaktadır. Kombinasyon markalarına sözcük-görüntü markaları, sözcük-ses markaları veya akustik hareket

245 Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik madde 7 fıkra 6 (<http://www.resmi-gazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170424-5.htm> E.T. 20.04.2017).

246 EUIPO – EU Trade Mark Regulation FAQs ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018).

247 207/2009 sayılı Tüzüğün Uygulanmasına dair 2017/1431 sayılı 18.05.2017 tarihli Uygulama Tüzüğü madde 3 fıkra 3 i bendi Commission Implementing Regulation with the No. (EU) 2017/1431 of 18.05.2017 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation (EC) No. 207/2009 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32017R1431> E.T.25.11.2017).

248 alm. Zusammengesetzte Marken

markaları verilebilir.²⁴⁹ Birleşik markalar aynı marka türüne ilişkin birden fazla işaretin kullanılmasıyla, kombinasyon markaları ise farklı marka türlerine ilişkin birden fazla işaretin kullanılmasıyla oluşmaktadır.²⁵⁰

Multimedya markaları kombinasyon markalarının bir türü olarak sadece görüntü ve ses markalarının birleştirilmesiyle oluşmaktadır. 2017/1431 sayılı Uygulama Tüzüğü'nün lafzı gereği söz konusu kombinasyon sadece 'görüntü ve ses' işaretlerinden oluşabilecektir.²⁵¹

Multimedya markalarının marka olabilirlikleri diğer marka türleriyle aynı koşullara bağlıdır. Burada dikkat edilmesi gereken unsur markanın bütünlüğüdür.²⁵² Örneğin bir malın ambalajının renklendirilmesi, ambalajın üzerindeki sözcük ve çizimlerle birlikte düşünüldüğünde bir işaretin parçası olarak değil malın ambalajının estetik olarak süslenmesi olarak algılanabilir. Bu durumda bütünlük vasfının bu renk-sözcük-görüntü markasında bulunduğu söylenemez.²⁵³

Multimedya markalarının tüm öğeleriyle bir bütün olarak algılanmaları gerekmektedir ancak her öğenin mal veya hizmete ayrı bir ayırt edicilik kazandırması beklenmese de böyle bir durum mümkündür. Deutschen Grammophon AG'nin Alman Patent ve Marka Kurumuna tescil ettirdiği kombinasyon markasında bir köpekle gramofon resmedilmiş ve resmin altına "efendisinin sesi" ibaresi eklenmiştir. Alman Patent ve Marka Kurumu her iki unsuru yani görüntü ve sözcük markasına ayrı koruma hakkı tanımıştır.²⁵⁴ Farklı bir örnekte Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda kombinasyon markalarının her unsurunun ayrı marka olabilirliği sağlamasına gerek olmadığı, unsurların oluşturduğu bütünün marka olabilirlik koşullarını sağlayarak mal veya hizmeti ayırt edici karakterde olmasının yeterli olduğu tespit edilmiştir.²⁵⁵

Ayırt edicilik veya marka olabilirlik yönünden yoksun olan bir işaretin kombinasyon markası olarak ayırt edicilik kazanması ile meydana bir uyumsuzluk ihtimali çıkmaktadır çünkü kombinasyon markasında genellikle markanın bütünü korunmakta tekli öğelerin ayrı korunması

249 **Fezer**, §3 N. 636.

250 **Marx**, 2. Bası, s. 83.

251 207/2009 sayılı Tüzüğün Uygulanmasına dair 2017/1431 sayılı 18.05.2017 tarihli Uygulama Tüzüğü madde 3 fıkra 3 i bendi Commission Implementing Regulation with the No. (EU) 2017/1431 of 18.05.2017 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation (EC) No. 207/2009 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32017R1431 E.T.25.11.2017>).

252 **Marx**, 2. Bası, s. 83; **Fezer**, §3 N. 636.

253 **Marx**, 2. Bası, s. 83.

254 **Fezer**, §3 N. 636.

255 Ayrıca bkz. **BGH'nın** 21.01.1982 tarihli I ZB 7/81 sayılı "Burkheimer Schlossberg" kararı (<https://www.jurion.de E.T. 28.03.2018>).

mümkün olmasına rağmen her zaman söz konusu olmamaktadır.²⁵⁶ Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi, “Arzneimittel Ihres Vertrauens: Hexal”²⁵⁷ ifadesinin sonogram kaydının ses markası olarak tesciline dair verdiği kararda, ifadenin sadece kaydedildiği şekilde ses markası olarak korunacağını, sadece yazılı şekilde kullanılacak benzer ifadelerin tecavüzlerine karşı, bu unsurun ayrıca marka olarak tescil edilmediği için korunamayacağı ifade etmiştir.²⁵⁸

2.3.2. Desen Markaları

Desen markasının konusu bir ürünün deseni veya ürünün reklamı için bir desen olabilir. Desen işaretleri çizgiler (düz çizgiler, zig zag çizgiler, dalgalı çizgiler), çubuklar, baklava deseni, her tür geometrik şekil, başkaca resim öğeleri, genel olarak grafik semboller, basılacak her tür yazı karakteri olabilir.²⁵⁹

207/2009 sayılı Tüzüğün Uygulanmasına dair 2017/1431 sayılı 18.05.2017 tarihli Uygulama Tüzüğüne göre desen markası, düzenli şekilde tekrarlanan öğelerden oluşan bir dizi işareten oluşmaktadır.²⁶⁰ Türk Hukukunda ise 556 sayılı KHK döneminde Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.06.2000 tarihli 200/7674 E., 200/9346 K. sayılı kararında geçen “davacının markasının tescil belgesinde taklide esas olan taban şekli ve deseni de tescil edilmiş olmakla birlikte bu şekil ve desen de hukuken korunmaya değer...” şeklindeki ifadelerle desenlerin marka olarak kabul edildiği söylenebilir.²⁶¹ Ancak ne eski ne de güncel mevzuat desen markalarının tescilinin ne şekilde olacağı veya muhteviyatının neleri içereceğini belirlememiştir.

Desen markaları 2 boyutlu desen markaları ve 3 boyutlu desen markaları olarak görülebilir. 2 boyutlu desen markasının görüntü markasından farkı, görüntü markasının konturlu olup sınırlarının belli olmasıdır, desen markası kontursuzdur yani sürekli kendini tekrarlayarak devam eden bir yapıdadır. 3 boyutlu desen markaları ise bir yüzey yapısı oluşturur ve 3 boyutlu şekil markasından farkı, markanın ayırt ediciliğinin, deseni oluşturan işaretlerin kalıp olarak değil resim etkisine sahip bir yapı olarak algılanmasına bağlı olmasıdır. Desen markalarının

256 **Marx**, 2. Bası, s. 87.

257 Türkçe: “Güvendiğiniz ilaç: Hexal”

258 **ABFMO’nun** 08.09.2005 tarihli R 295/05-4 sayılı “Arzneimittel Ihres Vertrauens: Hexal” kararı.

259 **Fezer**, §3 N. 559.

260 207/2009 sayılı Tüzüğün Uygulanmasına dair 2017/1431 sayılı 18.05.2017 tarihli Uygulama Tüzüğü madde 3 fıkra 3 e bendi Commission Implementing Regulation with the No. (EU) 2017/1431 of 18.05.2017 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation (EC) No. 207/2009 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32017R1431 E.T.25.11.2017>).

261 Karar için; **Öztürk**, Koku Markası 12. dipnot. Ayrıca bkz. **Karan/Kılıç**, Şerh, s. 48.

doku işaretlerinden²⁶² farkı ise ayırt edici karakterin dokunsal algının gerçekleşmesine bağlı olmayışındadır.²⁶³

Avrupa Birliği Adalet Divanı desenlerin marka olabileceğini ilk defa 2004 yılında verdiği Glaverbel Kararı²⁶⁴ ile açıklamıştır. Saydam cam üretmek için kullanılacak bir cam deseninin marka olarak korunup korunamayacağına dair bir kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı genel olarak desenlerin marka olabileceklerine hükmetmiştir. Ayrıca 2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesi ile bir çelişki olmadığına ve desenlerin “teşebbüslerin mal veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun” olduklarına karar verilmiştir.

2.3.3. Hologram Markaları

Gelişen teknoloji ve multimedia platformları hologram markaları gibi daha da geleneksel olmayan markaların türemesine sebep olmuştur. Bunların tescil edilebilmesi, markaların nasıl işlediğini gösterecek bir dizi çizimin sunulmasına bağlıdır.²⁶⁵ Hologram markalarının konusu holografi yöntemi ile oluşturulan 3 boyutlu bir resim yapısıdır. Hologram markasının iki boyutlu mu yoksa üç boyutlu bir marka türü mü olduğu sorusu önem taşımaz çünkü 2017/1001 sayılı Tüzük öncesi dönemde “diğer marka türleri” kategorisinde yer almaktayken şimdi kendine ayrı bir alan edinmiştir. Hologram markası 3boyutlu bir görüntü yapısı oluşturan iki boyutlu işaret olarak da tanımlanabilir. Yapısı komplekstir.²⁶⁶

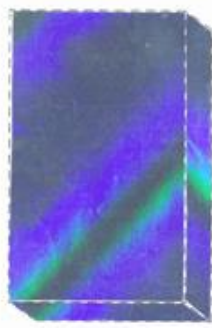
262 alm.: haptische Zeichen.

263 **Fezer**, §3 N. 560.

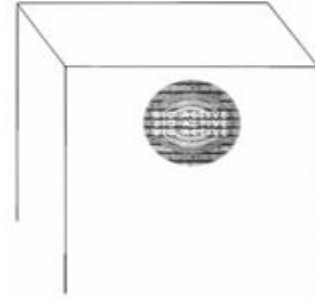
264 **ABAD’in** 28.06.2004 tarihli C-445/02 P sayılı “Glaverbel” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03. 2018).

265 WIPO Magazine 2009 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0003.html E.T. 28.04.2017).

266 **Fezer**, §3 N. 575.



Şekil 0-5 002559144 Avrupa Birliği Markası Sicil Numaralı Eve Holdings Inc.'e ait 34 numaralı sınıfta sigaralar için tescilli hologram markası.



Şekil 0-6 001787456 Avrupa Birliği Markası Sicil Numaralı Bioclin B.V.'e ait 3. ve 5. sınıflarda tescilli BIO-Active isimli hologram markası.

207/2009 sayılı Tüzüğün Uygulanmasına dair 2017/1431 sayılı 18.05.2017 tarihli Uygulama Tüzüğüne göre hologram markası “holografik emareler taşıyan unsurlardan oluşan marka” olarak tanımlanmıştır. İşaretin sicile tescili holografik etkinin tamamen anlaşılabilmesi için işaretin gerekli tüm yönlerinden alınmış bir video kaydı veya grafiksel veya fotoğraflı bir sunum olarak mümkündür.²⁶⁷ Videonun formatı MP4 sunumların formatı JPEG olarak belirlenmiş olup bunlar en fazla 20 megabyte büyüklüğünde olabileceklerdir.²⁶⁸

2017/1001 sayılı Tüzük döneminden önce hologram markalarının çizimle gösterilebilme şartı var olduğundan bunların reproduksiyonunun yeterince açık ve net şekilde yapılamaması tartışmalara yol açmıştır. Hatta Alman Federal Patent Mahkemesi hologramların çizimle gösterilebilir olma şartını yerine getiremediklerinden tescil edilemeyecekleri yönünde bir karar almıştır.²⁶⁹ Ancak sicil hukuku çerçevesinde işaretin kusursuz şekilde temsil edilememesinin işaretin tescilini toptan ret etmek için yeterli bir sebep olmadığı görüşü buna rağmen temsil edilebilmiştir.²⁷⁰

Dünyada tescilli olan hologram markaları arasında Glaxo Group Limited'e ait, Avustralya Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde tescilli diş macun ve fırçalarının kutuları üzerinde kullanılan “renkleri

²⁶⁷ 207/2009 sayılı Tüzüğün Uygulanmasına dair 2017/1431 sayılı 18.05.2017 tarihli Uygulama Tüzüğü madde 3 fıkra 3 j bendi Commission Implementing Regulation with the No. (EU) 2017/1431 of 18.05.2017 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation (EC) No. 207/2009 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32017R1431> E.T.25.11.2017).

²⁶⁸ **Reform** der Unionsmarke - Zusammenfassung der Änderungen, s. 12- ([https:// euipo.europa.eu /tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform /Overview_changes_de.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf) E.T. 21.02.2018).

²⁶⁹ **BPatG'in** 08.03.2005 tarihli 24 W (pat) 102/03 sayılı kararı (<https://www.jurion.de> E.T. 02.04.2018) ayrıca bkz. **Fezer**, §3 N. 575; **Bender**, grafische Darstellbarkeit, s. 524.

²⁷⁰ **Fezer**, §3 N. 576.

yansıtan geometrik şekil hologramı” bulunmaktadır.²⁷¹ Hologram markalarının Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğinin 7. maddesinin 6. fıkrası gereği Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde tescili mümkün gözükmektedir.²⁷²

2.3.4. Pozisyon Markaları

Pozisyon markalarının konusu bir işaretin ürün üzerine belirli bir yöntemle belirli bir şekilde yerleştirilmesidir. İşaretin fark yaratan yerleştirilişi markanın kalitesinin sebebidir. Bu marka türü 3 boyutlu markaların özel bir türü olarak kabul edilirken 2017/1001 sayılı Tüzük dönemi ile kendine ayrı bir alan yaratmıştır.²⁷³ Pozisyon markalarını oluşturan işaretler kendiliğinden değil malın üzerine konumlandırılmaları ile belli bir anlam kazanırlar.²⁷⁴

Konumlandırılmanın sürekli aynı biçimde olup olmayacağı tartışma konusudur. Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi 1. şikayet merciin bir enjeksiyon iğnesinin parmak ile ittirilen kısmına yerleştirilen yuvarlak bir noktanın marka olarak tesciline dair verdiği kararında bu konuda bir sonuca varılamamıştır.²⁷⁵ Kararda konumlandırmanın boyut ve pozisyon olarak aynı kalması durumunda bir işaretin marka olabilirlik kazanabileceği belirtilse de bunun pozisyon markaları için bir önkoşul olup olmadığı konusunda ayrıntıya girilmemiştir. Bu durumda doktrinde iki görüş oluşmuştur, birine göre konumlandırma mütemediyen aynı şekilde, aynı boyutta ve aynı materyal ve renkler kullanılarak yapılmalıdır.²⁷⁶ Karardan böyle bir koşullandırma çıkarmak mümkün olmadığından bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise sürekli aynı kalan bir boyut ve konum şartı pozisyon markalarının marka olabilirliğini haksız şekilde daraltmaktadır.²⁷⁷

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin çorapların parmak kısımlarının farklı bir renk ve doku ile kaplanmasının marka olarak tesciline dair verdiği bir kararında bu renklendirme ve dokudaki değişimin ilgili çevrelerce “malı başka bir teşebbüsün malından ayırt etmeye yarayacak” bir işaret olarak algılanmayacağına, sadece dekoratif bir unsur olarak görüleceğine hükmedilmiştir.²⁷⁸

271 **WIPO** Magazine 2009 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0003.html E.T. 28.04.2017).

272 Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik madde 7 fıkra 6 (<http://www.resmi-gazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170424-5.htm> E.T. 20.04.2017).

273 **Fezer**, §3 N. 587.

274 **Marx**, 2. Bası, s. 79.

275 **ABFMO** 1. şikayet merciin 18. 4. 2007 tarihli R 781/2006-1 sayılı “Injektionsspritze” Kararı.

276 **Marx**, 2. Bası, s. 79.

277 **Fezer**, §3 N. 588.

278 ABFMO’nin 15.07.2010 tarihli T-547/08 sayılı kararı.

Pozisyon markasını oluşturan işaretler diğer marka türleri ile aynı marka olabilirlik koşullarına tabidirler. Markanın tescili için ise 3boyutlu şekil markalarında olduğu gibi dikkat edilmesi gereken 3 unsur vardır. Markayı oluşturan işaret veya bu durumda konumlandırılması malın doğasının gereği, teknik bir sonuca ulaşmak için zorunlu veya malın asli değerini oluşturan faktörlerden meydana gelmemelidir.²⁷⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki pozisyon markalarının 3 boyutlu bir yapıda olması sadece ürünün üzerindeki konumlandırılmasından kaynaklıdır, yoksa konumlandırılacak işaret 2 boyutlu bir sözcük şekil veya görüntü olabilecektir.²⁸⁰

2.4. TÜRK HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU AÇISINDAN TESCİLİ TARTIŞMALI MARKA TÜRLERİ

2.4.1. Koku Markaları

Koku işaretleri²⁸¹ marka hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Doktrinde hem kokuların tescil edilebilir olduğunu savunanlar²⁸² hem aksi görüşte olanlar²⁸³ vardır. Koku markalarının konusu duyumsal işaretlerden sayılan kokulardır.²⁸⁴ Bir işaretin marka olabilmesinin koşulları bellidir. Öncelikle bir “teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun” bir işaret gereklidir. Kokuların ayırt ediciliğe uygun olduklarını söylemek mümkündür.²⁸⁵ Bunun yanında işaretin bütünlük ve mal veya hizmetten bağımsızlık arz etmesi gerekir, bu koşulların da kokular açısından sağlandığını söyleyebiliriz. Tartışmanın kaynaklandığı nokta ise – eski düzenlemelere göre çizimle gösterilebilirlik iken şimdi – sicilde gösterilebilirliktir.

Hem 2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesi hem 2015/2436 sayılı Direktifin 3. maddesine hem de Sınai Mülkiyet Kanununun 4. maddesine göre markalar sicilde gösterilebilir işaretlerden oluşacaktır. Kokuların sicilde gösterilmesi çeşitli şekillerde denenmiştir.

279 **Fezer**, §3 N. 588; Detaylı bir tanım için, **Öztürk**, Koku Markası, s. 62.

280 **Marx**, 2. Bası, s. 80.

281 alm: olfaktorische Zeichen

282 **Öztürk**, Koku Markası, s. 64; **Bender**, grafische Darstellbarkeit, s. 518, 12. dipnot; **Fezer**, §3 N. 282; **Arkan**, s. 41; **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 105; **Tekinalp**, s. 361; **Karahan vd.**, s. 162.

283 **Çolak**, Türk s. 79; **Sieckmann**, Ralf: Erste Entscheidung zur Eintragung einer Geruchsmarke nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung, Anmerkung zur Entscheidung der 2. Beschwerdekammer des HABM vom 11.02.1999- R 156/1998-2- The smell of fresh cut grass, WRP 1999, s. 618; **Marx**, Claudius: Deutsches und europäisches Hermann Luchterhand, Berlin 1996, s. 135; **Er**, s. 276.

284 **Fezer**, §3 N. 606.

285 **Öztürk**, Koku Markası, s. 62.

2005 yılında Fransa’da çilek kokusu bir çilek resmi eşliğinde tescil ettirilmeye çalışılmıştır.²⁸⁶ Adalet Divanı birçok çilek türünün olduğunu ve bunların kokularının değişkenlik gösterdiğini, “olgun çilek kokusu” ibaresinin bu yönüyle ne net ne de belirli olduğunu ve işaretin algılanışında sübjektif unsurları egale etmediğini belirterek tescile karşı çıkmıştır. Ayrıca kokuların objektif ve net olarak tanınmasını sağlayacak uluslararası düzeyde, renklerde olduğu gibi bir renk kodu sisteminin kokular için benimsenmediğini ekleyerek çilek resminin bu eksikliği gidermediğini, çileğin markanın değil malın kendisini oluşturduğunu bu sebeple sicile tescilin mümkün olmadığını tespit etmiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın mihenk taşı niteliğindeki Sieckmann²⁸⁷ kararında, akademisyen ve avukat olan Ralf Sieckmann bir kokuyu hem kimyasal formülünü hem de metin olarak bir açıklama vererek tescil ettirmeye çalışmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı kokunun kimyasal formülünün kokuyu değil maddenin kendini açıkladığını çok az kişinin kimyasal formül ile kokuyu yorumlayabileceği, marka olarak tescil edilmesi için, sicile bakan üçüncü kişilerin bu işaretin ne olduğunu açık, kesin ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlamaları gerektiği gerekçesiyle, tescil talebini reddetmiştir.²⁸⁸

Bu çok önemli kararda “görsel olarak algılanamayan bir işaretin, figürler, çizgiler, yazı karakterleri yardımıyla grafik olarak gösterilebildikleri sürece marka olabileceklerine” ve gösterimin, net, açık, tamamlanmış, kolay erişilebilir, anlaşılabilir, kalıcı ve objektif olması gerektiğine hükmedilmiştir. Ayrıca, koku işaretlerinin kimyasal formülleri, sözcükler aracılığı ile anlatımları, kokunun bir örneğinin bırakılması veya bu unsurların kombinasyonu yoluyla çizimle gösterilebilme şartını sağlayamayacakları kesin bir şekilde karara bağlanmıştır.

Bu kadar net ifadelerle rağmen geçmişte sadece sözcükler ile açıklanmış bir koku markasının tescili yapılmıştır. “Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing” tarafından 1996 yılında yapılan marka başvurusu 2000 yılında olumlu sonuçlanmıştır.²⁸⁹ Verilen bu kararla kesilmiş çim kokusu Nis sınıflandırmalarına göre 28. sınıftaki tenis topları için 000428870 sicil numarası ve “the smell of fresh cut grass” ismi ile marka olarak tescili onaylanmıştır. Kararda kokunun grafikte ifade edilebilmesi için yazılı açıklamanın yeterli bulunduğu değerlendirilmiş ve kurum tarafından tescile verilen ret kararı kaldırılmıştır.²⁹⁰

286 AD’nın 27.10.2005 tarihli T-305/04 sayılı “Odeur de fraise mure” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018). Ayrıca bkz. Bender, grafische Darstellbarkeit, s. 521, Öztürk, Koku Markası, s. 64.

287 ABAD’ın 12.12.2002 tarihli C-273/00 sayılı “R. Sieckmann v. Deutsches Patent- und Markenamt; Sieckmann” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

288 Çolak, Türk s. 78.

289 2 No’lu şikayet merciin 11.10.1999 tarihli R.156/998-2 sayılı kararı.

290 Öztürk, Koku Markası, s. 64.

Bu kararın eleştirisi niteliğinde bir makale yayınlayan Sieckmann, - o dönemki ismiyle - İç Pazarı Uyumlaştırma Ofisinin markalara dair ilk kararını 21.01.1998 yılında verdiğini belirtmiştir. “The smell of fresh cut grass” kararının verildiği tarihte yani 1999’da henüz Ofisin kararlarında tutarlılık kazanamadığına ve bu nedenle öngörülmesi zor kararlar verebildiğine dikkat çekmiştir. 1999 yılının şubat ayına dair şikayet mercilerinin verdikleri ret kararlarının oranlarını ²⁹¹ yayınlarak bu iddiasını desteklemiştir.²⁹²

Seslerin kayıt altına alınarak çizimle ifade edilmesini sağlayan sonogram gibi, kokuların da dökümünün sağlanması kromatografi yöntemiyle mümkündür.²⁹³ Kromatografi ile kokunun elementleri bir grafik biçiminde görselleştirilmektedir ancak bu yöntemin de Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından kabul edilmemektedir çünkü tescil net, açık, kolay ulaşılabilir veya anlaşılır olma şartlarını yerine getirmemektedir.²⁹⁴

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin resmi web sayfasında da kokuların henüz tescil edilebilmesini sağlayan bir teknolojinin bulunmadığı ifade edilmiş, yakın bir gelecekte de bu konuda “genel olarak erişilebilir bir teknolojinin” üretilmesinin ihtimal dışı olduğu, ancak bu ihtimal gerçekleşirse koku markalarının “diğer markalar” kategorisi altına girebileceği belirtilmiştir.²⁹⁵ Marka hakkı korumasının sadece tescil ile sağlandığı Avrupa Birliği ve Türk marka hukuku sistemlerinde sicile kaydedilemeyen bir markanın korunması ihtimal dahilinde görünmemektedir. 556 sayılı KHK döneminde eski adıyla “Türk Patent Enstitüsünün” Marka İnceleme Klavuzunda açıkça “Enstitü tarafından koku ve tatların çizimle görüntülenebilme şartını yerine getirmediği kabul edilmektedir” ifadesi yer almaktadır.²⁹⁶

2.4.2. Tat Markaları

Tescilinin mümkün olup olmadığı tartışmalı olan diğer bir işaret türü tat işaretleridir.²⁹⁷ Tat markalarının konusu koku markalarında olduğu gibi duyumsal işaretler, bu durumda tatlardır.

291 **Sieckmann**, Erste Entscheidung, s. 624’ten alıntı: (<http://www.oami.eu.int/de/marque/decis.htm>; Kurumun kendi sitesinde yayınlanan verilere göre; 1. şikayet merciin ret oranı %65 (29 vaka), 2. şikayet merciin ret oranı %65 (34 vaka), 3. şikayet merciin ret oranı %87 (32 vaka).

292 **Sieckmann**, Erste Entscheidung, s. 624.

293 **Fezer**, §3 N.608.

294 **Jehoram/Nispen/Huydecoper**, Trademark, s. 118.

295 **EUIPO – EU Trade Mark Regulation FAQs** ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018).

296 Marka İnceleme Klavuzu, s. 27 (<http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf> E. T. 20.04.2017); **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 92.

297 Tatların marka olarak tescil edilemeyeceğine dair; **Baumbach/Hefermehl**, WZG, §1 N. 67. **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 92. **Karahan vd.**, s. 162; **Marx**, s. 135; **Er**, s. 276; **Çolak**, Türk s. 79.

Bu işaretlerin marka olabilirlikleri diğer tüm işaretlerle aynı koşullara bağlıdır. “Bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun ve sicilde gösterilebilir işaretler marka olabileceklerdir”.²⁹⁹ 556 sayılı KHK dönemindeki “Türk Patent Enstitüsünün” Marka İnceleme Klavuzunda açıkça “Enstitü tarafından koku ve tatların çizimle görüntülenebilme şartını yerine getirmedigi kabul edilmektedir” ifadesi yer almaktadır.³⁰⁰

Tat işaretleri açısından tescil kokuların tescilinden daha imkan dışı görünmektedir çünkü tatlar kişiye göre oldukça değişkendir. Bir kimseye tatlı gelen, başka kimseye tatlı gelmeyebilir ya da kişiden kişiye acı kavramı değişebilir.³⁰¹ Ayrıca bir tat markasının tescili için ilgili marka ofisine söz konusu tat işaretini taşıyan ürünün sunulması halinde bu ürün zamanla bozulup tadı değişeceğinden, markanın grafik temsilinde aranan dayanıklılık koşulu yerine getirilemeyecektir.³⁰² Dolayısıyla Avrupa Birliği Adalet Divanının Sieckmann kararında görsel olarak algılanamayan markaların tescili açısından belirlediği şartlardan netlik, dayanıklılık, objektiflik ve kolay erişilebilirlik sağlanamayacaktır.³⁰³

Buna karşılık marka korumasının sadece tescil ile sağlanmadığı örneğin Alman Marka Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasındaki gibi kullanım sonucu ilgili ticaret çevrelerinde ayırt edicilik elde edilebildiği sistemlerde tat markaları korunabilmektedir. Bu durumda tat markaları bir mal veya hizmetin asli değerini veren veya malın doğası gereği sahip olduğu işaretlerden oluşamayacaktır. Örneğin bir atıştırmalık tatlının tadı bunun doğası gereği var olduğundan veya içeceğin tadı kendisine asli değerini veren unsur olduğundan marka olarak tescil edilemeyecektir. Ancak malın asli değeriyle veya doğasıyla ilintili olmayan tatlar marka olarak tescil edilebilecektir ki buna örnek olarak yenilebilir ambalajlar veya dudak bakım ürünlerinin tatları verilebilir.³⁰⁴ Fezer’e göre tat işaretlerinin sicilde gösterilmesi veya çizimle ifade edilmesi yeterince ayrıntılı ve kesin şekilde sözcüklerle açıklanmasıyla mümkün olacaktır.³⁰⁵

298 Buna karşılık tatların da ayırt ediciliğe uygun olduklarına dair, Amerikan Patent Kurumunun, 76467774 sayılı 07.12.2005 tarihli kararı, (<https://trademarks.lexroll.com/2016/10/28/in-re-n-v-organon-76467774-ttab-12-7-2005/> E.T. 01.04.2018); **Ströbele/Hacker**, MarkenG, § 3 N. 64 ve ABFMO’nin 2004 yılındaki Bildirisi, s. 40; **Fezer**, §3 N.614.

299 alm.: gustatorische Zeichen

300 Marka İnceleme Klavuzu, s. 27 (<http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf> E.T. 20.04.2017); **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 92.

301 **Er**, s. 277.

302 **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 95.

303 **ABAD’ın** 12.12.2002 tarihli C-273/00 sayılı “R. Sieckmann v. Deutsches Patent- und Markenamt; Sieckmann” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

304 **Fezer**, §3 N.614.

305 **Fezer**, §3 N.617.

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisine 07.01.2000 tarihinde çilek tadını 5. sınıf ilaçlar açısından tescil etmek amacıyla bir başvuru yapılmış ve başvuru çilek tadının grafiksel olarak ifade edilemeyeceği için reddedilmiştir.³⁰⁶ Kararda “tüm üreticilerin yapay çilek tadını kullanmaya haklarının olduğu” belirtilmiş³⁰⁷ ayrıca, tüketicilerin bu tadı marka olarak değil, ecza ürününün kötü tadını gidermek için kullanıldığı şeklinde algılayacaklarını tespit ederek bu tadın marka olamayacağı sonucuna varmıştır.³⁰⁸

2.4.3. Doku Markaları

Görsel, koklama veya işitsel duyularına hitap eden markaların yanında dokunsal duyulara hitap eden duyumsal işaretlerden oluşan markalar da düşünülebilir.³⁰⁹ Materyal markaları veya doku markaları olarak ifade edilen bu türün konusu doku işaretleridir³¹⁰, bunlar dokunma duyusuyla algılanabileceklerdir. Bu işaretlerin marka olabilirlikleri diğer tüm işaretlerle aynı koşullara bağlıdır. “Bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun ve sicilde gösterilebilir işaretler marka olabileceklerdir”.³¹¹

Koku ve tat markaları gibi doku markaları da şimdiye kadar sadece resmi ve teknik bir ayrıntı gibi gözüken sicilde gösterilebilme koşulu sebebiyle tescil edilmelerine olumsuz şekilde bakılan marka türlerinden sayılmıştır.³¹² Buna karşın Alman Federal Mahkemesi temel olarak Avrupa Birliği Adalet Divanının Sieckmann kararından sonra doku işaretlerinin marka olarak tescil edilebileceğine kanaat getirmiştir.³¹³ Doku markalarını şekil markalarından ve ambalajlardan ayırmak gerekir çünkü sözü geçen işaretlerin tescil başvurularında da hangi materyallerin kullanıldığına değinilebilecektir.³¹⁴

Ancak, 207/2009 sayılı Tüzüğün Uygulanmasına dair 2017/1431 sayılı 18.05.2017 tarihli Uygulama Tüzüğü'nün 3. maddesinin 9. fıkrası gereğince Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisine sunulan bir işaret örneği işaretin sicilde gösterilmesi için yeterli görülmemiştir.³¹⁵ Hatta Ofis

306 **2 No'lu şikayet merciin** 04.08.2003 tarihli R 120/2001-2 sayılı “the taste of artificial strawberry flavour” Kararı

307 **WIPO Magazine** 2009 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0003.html E.T. 28.04.2017).

308 **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 95; **Meister**, Herbert: Marke und Recht, Wien 1997, s. 91.

309 **Davis/Longstaff/Roughton/Quintin/Tritton**: IP in Europe, 119.

310 alm.: haptische Zeichen

311 **Fezer**, §3 N.619.

312 **Marx**, 2.A, s. 82; **Bender**, grafische Darstellbarkeit, s. 524.

313 **BGH'nın** 05.10.2006 tarihli I ZB 73/05 sayılı “Tastmarke” Kararı (<https://www.jurion.de> E.T. 28.03.2018).

314 **Davis/Longstaff/Roughton/Quintin/Tritton**; IP in Europe, s. 119-120.

315 207/2009 sayılı Tüzüğün uygulanmasına dair 2017/1431 sayılı Tüzük madde 3 fıkra 9 Commission Implementing Regulation (EU) 2017/1431 of 18 May 2017 laying down detailed rules for

çağın elektronik gereklerine uyum sağlamak için önceden marka başvurusu sahiplerince başvuru belgelerinin teslimi için kullanılan posta kutusunu da kaldırmıştır.³¹⁶ Kısacası doku markasını oluşturacak işaretin elektronik ortamda yollanması mümkün gözükmediğinden ve işaretin bir numunesinin Ofise verilmesinin yasaklanmasından³¹⁷ dolayı şimdilik teknik sebeplerle doku markalarının tescili ve dolayısıyla korunması Avrupa Birliği Markası Hukuku açısından mümkün görünmemektedir.

Buna karşılık Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 7. maddesinin 6. fıkrasına göre “başvuru sahibi, ... uygun gördüğü başka bir gösterimi Kuruma sunar.” ifadesi doku markalarının Türk Marka Hukuku hükümleri gereğince Avrupa Birliği Markası Hukukunda olduğu gibi teknik bir engelden kaynaklı olarak ret edilmemesini sağlayabilir.³¹⁸ Ancak Sınai Mülkiyet Kanunun 55. maddesinin 1. fıkrası gereği “Tasarım, ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüdür.” bu durumda bir yüzey dokusunun marka hakkı olarak tescili tasarım hakkı hükümlerinin dolanılması anlamına gelecektir.³¹⁹

Ayrıca görsel olarak algılanamayan işaretlerin marka olarak tesciline dair Avrupa Birliği Adalet Divanının Sieckmann kararında³²⁰ belirtilen tüm koşulların, yani tescilin net, açık, tamamlanmış, kolay erişilebilir, anlaşılır, kalıcı ve objektif olması doku markalarında kolay erişilebilirlik açısından tartışılabilir. 3. kişilerin sicilin tutulduğu kuruma giderek doku markasını oluşturan işarete dokunarak bunu algılayabilmeleri mümkün gözükse de bunun “kolay” bir erişilebilirlik olmadığı söylenebilir.

implementing certain provisions of Council Regulation (EC) No. 207/2009 on the European Union trade mark ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX: 32017R1431](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32017R1431) E.T.25.11.2017).

316 **Reform** der Unionsmarke - Zusammenfassung der Änderungen, s. 24 - ([https:// euipo.europa.eu /tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform /Overview_changes_de.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf) E.T. 21.02.2018).

317 **EUIPO** – EU Trade Mark Regulation FAQs ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018).

318 Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik madde 7 fıkra 6 (<http://www.resmi-gazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170424-5.htm> E.T. 20.04.2017).

319 Sınai Mülkiyet Kanunu madde 55 fıkra 1 - 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (<http://www.resmi-gazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm> E.T. 30.10.2017).

320 **ABAD’ın** 12.12.2002 tarihli C-273/00 sayılı “R. Sieckmann v. Deutsches Patent- und Markenamt; Sieckmann” Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

3. MARKA KAVRAMI VE MARKANIN UNSURLARI

3.1. TÜRK HUKUKUNDA MARKA KAVRAMI VE MARKANIN UNSURLARI

3.1.1. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler

10 Ocak 2017 tarihinde 29944 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile sınai haklarla ilgili uluslararası hukuk ve ticari hayatın getirdiği gerekliliklere uygun olarak yeni düzenlemelere gidilmiştir. Değişikliklerden biri çalışmamızın konusu olan marka olabilecek işaretlerin düzenlendiği hükümde yapılmıştır.

556 sayılı KHK’nın 5. maddesinde “markanın içereceği işaretler” başlığı altında düzenlenen madde şöyledir; “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.” Düzenlemenin Sınai Mülkiyet Kanunundaki karşılığı ise “marka olabilecek işaretler” başlığı altında 4. maddede “Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.” şeklinde kaleme alınmıştır.

Ancak yenilikler bununla sınırlı değildir, sınai hakları düzenleyen KHK’ları ilga eden yeni kanun ile Türk Sınai Mülkiyet Hukuku’nda geniş çaplı değişiklikler yapılmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanunu’nun kabulünden ve yürürlüğe girmesinden önce sınai haklar birçok farklı mevzuat tarafından korunmaktaydı. Bunlar;

- “551 sayılı Patentlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

- 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun
- 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunması Hakkında Kanun” olarak sayılabilir.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun kabulü ile 551, 556, 554 ve 555 sayılı KHK’lar tek bir çatı altında toplanmış ve yeni kanunda eski mevzuatın birçok sorunlu hükmü değiştirilmiştir. Belirtmek gerekir ki 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun ile 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunması Hakkında Kanun içindeki hükümler yeniliklerin amacıyla uyuşmayacağından Sınai Mülkiyet Kanununa alınmamıştır. Ancak 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanunun 39. maddesi yeni Sınai Mülkiyet Kanununun 191. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.³²¹

Bu yeniliklerin en büyük sebeplerinden biri Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkının KHK’lar aracılığı ile düzenlenemeyeceğine ilişkin iptal kararlardır. Bunların sonuncusu, yani 6 Ocak 2017 tarihinde 29940 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan iptal kararı³²² ile Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı KHK’nın 14. maddesinde düzenlenen “markanın tescili tarihinden itibaren 5 yıl içinde kullanılmaması halinde idari olarak iptal edilmesi” hükmünün anayasaya aykırılığını tespit etmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 35. maddesinde “Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Ayrıca yine Anayasa’nın 91. maddesinde; “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bakanlar kuruluna KHK çıkartma yetkisi verebileceği ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın 2. kısmının 1. ve 2. bölümlerinde yer alan temel hakların, kişi hakları ve ödevleri ile 4. bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin KHK’lar ile düzenlenemeyeceği belirtilmiştir.”

Sözü geçen Anayasa maddeleri sebebi ile ve marka hakkının özünde soyut bir mülkiyet hakkı³²³ olmasından ötürü bu mülkiyet hakkının iptalinin KHK ile değil bir kanun ile düzenlenmesi gerekliliği sonucu çıkmaktadır. Mülkiyet kavramının Kara Avrupası Hukuk Sisteminde

321 Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru: Sınai Mülkiyet Kanunu, FMR, 2017/1, s. 18.

322 Anayasa Mahkemesi 2016/148 E. 2016/189 K. sayılı 14.12.2016 tarihli kararı (<http://www.resmi-gazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170106-11.pdf> E.T. 30.10.2017).

323 İptal Başvurusu Metni için;(http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/20_16-189.pdf E.T.01.11.2017).

neredeyse kutsal sayılmasına rağmen tescilli markanın korunmasına ilişkin bir takım sınırlar vardır. Bu sınırlardan bir tanesi de, markanın kullanımına kesintisiz beş yıl ara verilmemesidir.³²⁴

Marka tescil edildiğinde yaratılan tekel hakkı dolayısıyla elde edilen yasaklama gibi çok vahim yetkilerin gereksiz yere kullanılmasını önlemek ve markaların anlamsız biçimde topluma kapatılması markanın kullanılmasız zorunluluğuna sebep gösterilmiştir.³²⁵

Kullanma zorunluluğu olarak adlandırılan bu düzenleme sadece Türk Hukukuna has bir müessese değildir. Aksine “kullanmama” uluslararası düzenlemelerde yani, hem Avrupa Birliği mevzuatında, hem de üye devletlerin ulusal mevzuatlarında “iptal” sebebi olarak belirlenmiştir. Türkiye’nin de imzaladığı uluslararası TRIPS Anlaşmasının (“Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması”) 19. Maddesinde markayı kullanmama markanın iptali ile yaptırıma bağlanmıştır. 2008/95 EC sayılı Direktifin 12. maddesinde ve 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü’nün 51. maddesinde TRIPS’in öngördüğü şekilde markanın kullanılmaması iptaline sebep olarak gösterilmiştir. Yine İngiltere Markalar Kanunu’nun 46. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde, Alman Markalar Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde, İtalyan Marka Kanunu’nun 42. maddesinin 1. fıkrasında kullanmama hali birer “iptal” sebebi olarak düzenlenmiştir.³²⁶

Kısacası, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK’nın 14. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali KHK’lar ile düzenlenen tüm sınai mülkiyet haklarının yeniden gözden geçirilip tek bir kanun çatısı altında derlenmesine ön ayak olmuştur.

Yeni kanunun ilk 3 maddesi “Başlangıç Hükümleri” başlığı altında amaç ve kapsam, tanımlar ve korumadan yararlanacak kişiler ile ilgilidir. Eski KHK’ların hepsinde bulunan giriş kısmının birleştirilmesinden sonra bunu takip eden hükümler, beş kitap altında toplanmıştır. Birinci kitap “Markalar”, ikinci kitap “Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı”, üçüncü kitap “Tasarım”, dördüncü kitap “Patent ve Faydalı Model” ve son olarak beşinci kitap ise “Ortak ve Diğer Hükümler” başlıklarını taşımaktadır.

Başlangıç hükümlerinin ardından KHK’lere denk gelecek şekilde sınai hakka ilişkin özel hükümler ayrı kitaplar altında düzenlenmiştir. Ardından müşterek hükümler veya kendini her KHK’da tekrarlayan hükümler olarak nitelendirebileceğimiz düzenlemeler beşinci kitapta

324 **Yasaman**, Hamdi: Marka Hukuku ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C.I, İstanbul 2004, s. 148; **Dirikkan**, Markayı Kullanma, s.260.

325 **Tekinalp**, s. 426; **Eminoğlu**, Marka Sahibinin Tekliği, s. 232.

326 İptal Başvurusu Metni için; (http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2016-189.pdf E.T.01.11.2017).

“Ortak ve Diğer Hükümler” adı altında toplanmıştır. Ayrıca yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle “Türk Patent Enstitüsü”³²⁷ nün adı “Türk Patent ve Marka Kurumu” olarak değiştirilmiştir.

Eski 551, 554, 555 ve 556 sayılı KHK’ların ilgası Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 191. maddesinde düzenlenmiştir ve ayrıca geçiş döneminde eski mevzuatın yürürlükte kalacak hükümleri geçici 1. maddede sıralanmıştır.³²⁸

Sınai Mülkiyet Kanununun 1. maddesinde “Bu Kanunun amacı; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır.” denilerek Kanun’un amacı yeniden düzenlenmiş ve “teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamak” amacı eklenmiştir. Değişiklik Kanun maddelerinin yargısal uygulamada yorumlanmasında destek sağlayacak, amaçsal yorum için belirleyici olacaktır.

Korumadan yararlanacak kişilere 3. maddede “Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşları” eklenmiştir ve böylece Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikamet etmeseler de vatandaşlarımıza kanunun sağladığı korumadan faydalanma imkanı tanınmıştır.

Ayrıca eski KHK’nın “Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu KHK hükümlerinden daha elverişli olması halinde, 3. maddede belirtilen kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahiptir.” şeklindeki 4. maddesi yeni düzenlemeye alınmamıştır.

Genel olarak yapılan değişikliklerden kısaca bahsettikten sonra çalışma konusu itibari ile bizi daha yakından ilgilendiren, yeni kanunun “Markalar” kısmındaki düzenlemelerin ne gibi yenilikler getirdiğine değinmek istiyoruz. Kapsam itibari ile tüm yeniliklerin incelenmesi başka bir çalışmanın konusu olmayı gerektirecektir.

Marka hukuk alanındaki ilk yenilik 4. maddedeki çalışmamızın konusu olan marka olabilecek işaretler tanımının değişmiş olmasıdır. Yeni tanıma göre “Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüsün mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla, kişi adları dahil, sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere, her türlü işareten oluşabilir.”

327 551 s. KHK md.3/1; 555 s. KHK md. 3/6-a; 554 s. KHK md. 3/d; 556 s. KHK md. 2/c

328 Kılıçoğlu Yılmaz, Sınai Mülkiyet Kanunu, s. 18.

Markanın tanımı eski 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 5. maddesinde yapılmış idi. Bu hüküm genel itibari ile yeni kanunun 4. maddesinde korunmuş; ancak markanın içereceği işaretlere “renkler” ve “sesler” eklenmiştir. Eski düzenlemede, renkler ve sesler marka olarak tescil edilmesi tartışma konusu iken; yeni düzenleme ile seslerin ve renklerin marka olarak tescil edilebileceği açık ve net bir biçimde hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca eski düzenlemede “malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen” ifadelerine yer verilmişken güncellenen tanım “marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.” şeklinde formüle edilmiştir. Bu yeni tanımın getirilerini çalışmamızda ayrıntılarıyla inceleyeceğiz.

Sınai Mülkiyet Kanunu mutlak ret sebebi olarak 5. maddenin a bendinde “4üncü madde kapsamında marka olamayacak işaretler”i saymıştır. Avrupa Birliği'nin 2015/2436 sayılı Direktif'inde de mutlak ret sebebi olarak Direktifin 4. maddesinin a bendinde ‘marka olamayacak işaret’³²⁹ tabiri kullanılmıştır. Sınai Mülkiyet Kanunu ve yabancı mevzuat bir uyum içerisinde, ayırt edici nitelik taşımayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Ayrıca Avrupa Birliği Direktifiyle uyum sağlanarak kanunda mutlak ret nedenlerinin sayıldığı 5. maddeye b bendi eklenmiştir. Bende göre “Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler marka olarak tescil edilmeyecektir”.³³⁰ Bu madde şimdiye kadar kabul edilen ayırt edicilik kriterlerinin çerçevesini genişleterek “herhangi” sözcüğü ile yeni bir ayırt edicilik anlayışını işaret etmektedir. Ayırt edicilik marka olabilecek işaretlerin ana unsurlarından biri olduğundan bu konudaki tartışmalara çalışmamızda yer verilecektir.

Mutlak ret sebeplerine i) bendi eklenerek “Tescilli coğrafi işareten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren” işaretlerin de marka olarak tescilinin mümkün olmayacağı yeni bir kural olarak getirilmiştir. Bu düzenleme ile coğrafi işaretlerin özgün bir hak olarak korunması amaçlanmıştır.

329 2015/2436 sayılı Direktif - Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436> 08.11.2017).

330 **Çağlar**, Hayrettin: Sınai Mülkiyet Kanunun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Ocak 2017, s. 139-145 (<https://jurix.com.tr/article/7528> 06.04.2018).

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun içerdiği bir diğer yenilik ise birlikte kullanım müessesesidir. Hem Kara Avrupası³³¹ hem de İngiliz Hukuk³³² sistemlerinde görünen bu müessese bir markanın birden fazla kişi adına tescilini mümkün kılmaktadır.³³³ Böylece hukukumuzda şimdiye kadar kabul edilen marka sahibinin tekliği ilkesi de geçerliliğini kaybetmektedir.³³⁴ Yurtdışında tarafların markanın kullanım alanında bölgesel bir sınırlama getiren anlaşması³³⁵ ile birlikte görmeye alışkın olduğumuz bu müessesenin ülkemizdeki yansımalarını ileride uygulama ve Yargıtay kararları belirleyecektir. Aynı şekilde muvafakatnamenin kayıtsız şartsız olması gerekliliği de tartışma konusu yaratabilecek potansiyele sahiptir.

Daha önce mutlak ret nedenleri arasında sayılan ancak yeni Sınai Mülkiyet Kanunu'nda nispi ret nedenleri başlığına taşınan, Paris Sözleşmesi kapsamında korunacak tanınmış markalara ilişkin hüküm de değişmiştir.³³⁶ Andığımız yer değişikliği yanında maddenin içeriği de yeni düzenleme ile farklılaşmıştır. Yeni düzenlemeye göre artık sadece “sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesi'nin 1 . mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markalar” değil aynı zamanda bu “markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir”³³⁷. Kanun koyucu burada kapsam olarak tanınmış marka korumasını genişletsede mutlak ret sebeplerinde sayılırken resen yapılacak bir incelemeyi bu düzenleme ile itiraz şartına bağlamış bulunmaktadır ki bu durum eleştirilere açık bir değişiklikten söz etmemizi gerektirir.

Yeni Kanunun getirdiği başka bir yenilik ise marka tescilinden doğan hakların kapsamı ile ilgilidir. Burada yasa koyucu, tescilli bir işaretin başkası tarafından ticaret alanında kullanılması durumunda, marka hakkı sahibinin engelleyebileceği durumları arttırmıştır. Artık bir kimsenin, “başkası adına tescilli bir işaret üzerinde kullanıma ilişkin bir hakkı veya işaret ile meşru bir bağlantısı olmaması” durumunda tescilli “işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde

331 bkz. Alman Marka Kanunu Madde 3 (<https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/index.html#BJNR308210994BJNE000500000> E.T. 06.04.2018).

332 bkz. Amerikan Patent Kurumunun 85826258 seri numaralı 25 Şubat 2016 tarihli kararı; (<https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/tbmp-9000-ListOfCases-2016.pdf> E.T. 01.04.2018).

333 **Kılıçoğlu Yılmaz**, Sınai Mülkiyet Kanunu, s. 20.

334 **Eminoğlu**, Marka Sahibinin Tekliği, s. 233; **Arkan**, s. 76; **Yasaman**, Şerh, s.279; **Karan/Kılıç**, Şerh, madde 7.3.1.; **Kaya**, s. 61.

335 **WIPO** Magazine 2006 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/06/article_0007.html E.T. 28.04.2017).

336 **Çağlar**, Başkent Üniversitesi, s. 139-145 (<https://jurix.com.tr/article/7528> 06.04.2018).

337 **BGH**, 27.02.2000 tarihli Az. I ZR 236/97 sayılı Davidoff kararı (GRUR 2000, 875,878) uyarınca Almanya Federal Mahkemesi tanınmış markaların korumasının aynı veya benzer ürün gruplarını kapsadığına karar vermiştir (<https://www.jurion.de> E.T. 28.03.2018); Ayrıca bkz. aynı yönde **ABAD'ın** 09.01.2003 tarihli C. C-292/00 sayılı Davidoff/Gofkid kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

kullanması” yasaklanabilecektir. Ayrıca yine başkası adına tescilli bir “işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması” engellenebilecek ve “işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda” kullanılmaması sağlanabilecektir.

Buna karşılık yeni düzenleme ile tescilli bir işaretin “üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hallerde kullanılması” engellenemeyecektir. Bu kural hukukumuzda yeni kanun ile girmiş ancak daha önce 2015/2436 sayılı Direktifin 14. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde düzenlenmiş bulunmaktadır.³³⁸

Bir sonraki değişiklik Sınai Mülkiyet Kanunu’nun kabulü ile sonuçlanan Anayasa Mahkemesinin bir mülkiyet hakkı olan marka hakkının Anayasanın 91. maddesi gereğince KHK’larla düzenlenemeyeceğine dair iptal kararına³³⁹ konu olan markanın kullanılması başlıklı 9. maddede yapılmıştır. Mülga 556 sayılı KHK’da 14. maddede düzenlenen markanın kullanılması veya markayı kullanma yükümlülüğüne uyulmamasının yaptırımı, marka korumasının kendiliğinden ortadan kalkması değil, markanın iptalidir. Zira, tescil devam ettiği sürece, marka hakkı da varlığını sürdürecektir.

Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından tesciline karar verilen markalar, başvuru tarihinden itibaren on yıl boyunca koruma altına alınmaktadır. Yani Sınai Mülkiyet Kanunu bakımından bir markanın korumadan falydalanması için aslında kullanılma şartı yoktur. Bu nedenle, 5 yıllık sürenin dolmasına rağmen Sınai Mülkiyet Kanununun 26. maddesinin 2. fıkrasına göre ilgili kişiler tarafından Türk Patent ve Marka Kurumuna iptal talebi verilmemişse, marka hakkı tüm sonuçları ile devam edecektir.³⁴⁰

556 sayılı KHK döneminde KHK metninin “hükümsüzlük” ve “iptal” terimlerini özensiz bir şekilde kullanması eleştirilmiş, markanın “terkinin”, “iptalinin” ve “hükümsüzlüğünün” hepsinin aynı sonucu doğurduğunun yani markayı sicilden sildirme eylemini ifade ettiği belirtilmiştir.³⁴¹

338 2015/2436 sayılı Direktif - Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436> 08.11.2017).

339 **Anayasa Mahkemesinin** 14.12.2016 tarihli 2016/148 E., 2016/189 K., sayılı 06.01.2017 tarihli 29940 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan iptal kararı. (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170106-11.pdf> E.T. 30.10.2017). Daha önceki bir iptal kararı için; **Eminoğlu**, Marka Sahibinin Teklifi, s. 14. dipnotta, **Anayasa Mahkemesi** 13.05.2015 tarihli 2015/49 E. 2015/46 K., sayılı 29356 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan kararı.

340 **Karşı**, Uzmanlık Tezi, s. 94.

341 **Tekinalp**, s. 440.

Ancak yeni Sınai Mülkiyet Kanunu ile “talep üzerine Kurum tarafından markanın iptaline karar verilir.” denilmekte ve bunun mahkemeler önünde görülecek bir yargılama sonucunda verilecek bir karardan ziyade Türk Patent ve Marka Kurumu’nun idari nitelikte bir kararı olduğu gösterilmektedir. Yani mülga KHK’daki sözcük karışıklığı burada giderilmiş, ayırım net olarak yapılmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanununun 10. maddesinde eski mevzuatın 17. maddesinde düzenlenen markanın ticari vekil adına tescili düzenlenmiştir. Burada eski hükümde “Marka sahibinin izni olmadan onun ticari vekili veya temsilcisi adına marka tescil edilmesi halinde, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa, marka sahibinin söz konusu tescilin kendi lehine devir edilmesini isteme yetkisi vardır.” denilmektedir ancak yasa koyucu yeni düzenlemede isabetli olarak “markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin” ibaresini metne eklemiş, kötü niyetli ticari vekillerin küçük değişikliklerle markayı kendi adlarına tescil ederek markanın itibarından haksız yere faydalanmalarının önüne geçmiştir.

Diğer bir değişiklik ise başvurudaki eksikliklerin giderilmesi ile ilgilidir. 15. maddenin 2. fıkrasına göre “11. maddenin 1. fıkrasının a, b, c ve ç bentlerine ilişkin eksiklik bulunması hâlinde başvuru tarihi eksikliğin giderildiği tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir.”, mülga KHK’da ise aynı konunun düzenlendiği 30. maddede tam zıt bir ifade kullanılarak başvurunun reddedileceği hükme bağlanmıştır. Başvurudaki eksikliğin; “başvuru formu, marka örneği, başvuruya konu mal veya hizmetlerin listesi veya başvuru ücretinin ödendiğine dair belge” olması durumunda başvuru, eksikliklerin giderildiği tarihte kabul edilecektir. Dolayısıyla başvurunun reddedilmesi yerine başvurunun kesinleşme tarihinin ileriye alınması kanımızca olumlu bir değişiklik olmuştur.

Maddenin 3. fıkrasından anlaşılabacağı üzere 11. maddenin 1. fıkrasının “a, b, c ve ç bentlerine ilişkin eksiklik bulunması durumunda” bir başvurunun varlığından bahsedemeyiz dolayısıyla burada d, e ve f bentlerinden birindeki eksiklik sebebiyle başvurunun işleminden kaldırılacağı anlaşılmaktadır.

Yayıma itiraz süresi kısaltılmış 18. maddenin 1. fıkrasında 3 aydan 2 aya indirilmiştir. Ayrıca eski KHK’da yayıma yapılan itirazın üzerine marka başvurusu sahibinin görüşünün alınıp alınmayacağına kararı Enstitü’ye –yani yeni haliyle Marka ve Patent Kurumu – bırakılmışken yeni Sınai Mülkiyet Kanunu 19. madde 1. fıkrada “Kurum, başvuru sahibinden itirazlara ilişkin görüşlerini süresi içinde bildirmesini ister.” denilmekte ve başvuru sahibinin görüşünün alınmasını zorunlu kılmaktadır.

19. maddenin 2. fıkrasında ise 556 sayılı KHK döneminde doktrinde oldukça tartışmalı olan, kullanılmayan markanın korunup korunmadığı hususu ele alınarak cevaba kavuşturulmuştur. Markanın beş yıldır kullanılmamış olmasının veya kullanımına beş yıldan daha uzun süre ara verilmiş olmasının bu markadan doğan hakların kullanılmasına bir etkisinin olup olmayacağı 556 sayılı KHK hükümleri arasında yer almamaktaydı.³⁴² Doktrinde kullanımın korumayla ilgisi olmadığını, markanın kullanılmasa da KHK tarafından korunacağını savunanlar³⁴³ ve tam tersini yani kullanma ve korumanın birbiriyle bağlantılı olduğunu, kullanılmayan markanın korumadan faydalanamayacağını iddia eden yazarlar mevcut idi.³⁴⁴

Doktrinde bazı hakların kullanılamayacağı ifade edilse bile³⁴⁵, buna dair açık bir hükmün olmaması eksiklik oluşturmakta idi. Oysa Alman hukukunda (§25 Markengesetz) markanın beş yıl süreyle kullanılmamasının hangi hakları etkileyeceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre markanın beş yıl süreyle kullanılmaması halinde, markanın tecavüz fiillerinin durdurulması, tazminat, markayı taşıyan ürünlerin imhası, eski halin iadesi, ibraz, keşif ve kararın yayınlanması talebinde bulunamaz.³⁴⁶

Sınai Mülkiyet Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrasına göre “6. maddenin 1. fıkrası kapsamında yapılan itirazlarda, itiraz gerekçesi markanın itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de en az beş yıldır tescilli olması şartıyla, başvuru sahibinin talebi üzerine, itiraz sahibinden, itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde itiraz gerekçesi markasını itirazına dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunması talep edilir. İtiraz sahibi tarafından bu hususların ispatlanamaması durumunda itiraz reddedilir...”

Bu hüküm ile doktrindeki tartışma sonuçlandırılmış ve kullanılmayan markanın sahibinin, Sınai Mülkiyet Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasına göre “markası ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir” hükmünden faydalanamayacağı açıklanmıştır. Özetle markasını 5 yıl aralıksız kullanmayan marka hakkı sahibi marka hakkının

342 Çağlar, s. 98.

343 Karşlı, Uzmanlık Tezi, s. 31; Tekinalp, s. 426.

344 “556 sayılı KHK’ye ilişkin korumadan yararlanabilmek için markanın tescili yanında aynı zamanda markanın kullanılması da gerekir.” **Dirikkan**, Markayı Kullanma, s. 219 ve “556 sayılı KHK’nın koruması kapsamında kalabilmek için tescilli markanın kullanımına kesintisiz beş yıl ara verilmemesi, mevzuatta belirtilen kullanma külfetine ciddi surette uyulması icap eder.” **Yasaman**, Marka Hukuku I, s. 148.

345 Tekinalp, s. 413; Kaya, s. 204 vd.

346 Fezer, § 25.

sağladığı korumadan kısmen faydalanamayacak, markasının aynı veya benzerinin tesciline engel olamayacaktır. 19. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen def'i doktrince kabul edilmeyip ayrı bir hükümsüzlük davası açılması gerektiği savunulmakta³⁴⁷ ve 556 sayılı KHK'da def'iyeye ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı, 19. maddenin 2. fıkrasının 29. maddenin 2. fıkrasında açık bir şekilde def'i olarak nitelendirilmesi ile birlikte bu konu netlik kazanmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanununda Hükümsüzlük ve İptal başlıklı bölümde 25. maddenin 2. fıkrasına hükümsüzlük talebinde bulunabilecek kişilere menfaati olanlar eklenmiştir. Eski düzenlemede zarar görenler tabiri kullanıldığından, zararın ispatlanması sürecinin sorunları göz önünde tutulduğunda isabetli bir değişimden söz etmek gerekir.³⁴⁸

25. maddenin 6. fıkrasına ise 556 sayılı KHK'da bulunmaması sebebiyle eleştirilen ancak Medeni Kanunun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına dayandırılarak uygulamada aktif şekilde kullanılan sessiz kalma suretiyle hak kaybı prensibi³⁴⁹ düzenlenmiştir.

Buna göre, “Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötü niyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez”. Yeni madde, hem yıllardır kullanılan bir prensibin normatif hukuka kazandırılması hem de 5 yıllık sürenin kanun ile sabitlenmesi açısından olumlu bir yeniliktir.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda 556 sayılı KHK'nın aksine “iptal halleri ve iptal talebi” Hükümsüzlük ve İptal başlıklı bölümde incelenmiştir. KHK'da üç farklı noktada iptalden bahsedilse de iptal işleminin kim tarafından nasıl yapılacağı düzenlenmemiş, iptal mekanizmasının hükümsüzlük ile aynı sonuçların doğuracağı varsayılmıştır.

Buna karşılık Sınai Mülkiyet Kanunu 26. maddede iptal müessesesi ayrıntısıyla ele alınmış ve hatta etkileri açısından hükümsüzlük ve iptalin farkı 27. maddede ortaya konulmuştur. Buna göre bir markanın hükümsüzlüğüne karar verilmiş ise kanunla sağlanan koruma hiç doğmamış sayılırken iptalin etkileri iptal talebinin Kuruma sunulduğu tarihten itibaren görülecektir.

İptal müessesinin bir diğer dikkat çekici noktası ise ispat meselesine dairdir. 556 sayılı KHK'da 14. ve 42. maddelere, yani markanın kullanılma yükümlülüğüne aykırılığa, dayanılarak açılan hükümsüzlük davasında, ispat yüküne ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu da

347 **Alhas**, Zeynep Seda /**Dernekoğlu**, Umut: Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı 2014/1, s. 33.

348 Konuya ilişkin bkz. **Dirikkan**, Markayı Kullanma, s. 266; **Çolak**, Türk s. 961; **Alhas/ Dernekoğlu**, Markanın Kullanılmaması, s. 33.

349 **Yasaman** vd., s. 856.

demek oluyordu ki, Medeni Kanun'un 6. maddesi uyarınca iki taraftan her biri iddia ettiği hususu ispatlamalıydı. Buna göre, “iptal davasını açan üçüncü kişi, tescilli markanın mevzuata uygun kullanılmadığına ilişkin vakıaları ispatlamak zorunda” idi.³⁵⁰ Her ne kadar burada olumsuz bir olayın ispatı söz konusu ise de, bir istem ileri süren taraf, isteminin temelini menfi bir olayın oluşturduğu durumlarda da ispat yükünü taşımaktadır.³⁵¹ Hal böyle iken olumsuzun ispatının neredeyse imkansız oluşu sebebiyle ispat yükünün davalı tarafa geçmesi, markasını savunmak adına davalı tarafın ispat yükünü üzerine alması gerektiği, konusunda Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararları mevcuttur.³⁵²

Ancak yeni Sınai Mülkiyet Kanununun 26. maddesinin 7. fıkrasında, “İptal talepleri, iptali istenen markanın sahibine tebliğ edilir. Marka sahibi bir ay içinde talebe ilişkin delillerini ve cevaplarını Kuruma sunar. Söz konusu bir aylık süre içinde talep edilmesi hâlinde Kurum bir aya kadar ek süre verir. Kurum gerekli gördüğü takdirde ek bilgi ve belge sunulmasını isteyebilir. Kurum, iddia ve savunmalar ile sunulan deliller çerçevesinde dosya üzerinden kararını verir.” denilmektedir.

Böylece, hem hukukun temel ilkelerine ters olan, hem de KHK'da dayanağı olmayan bu uygulama hukuki bir çerçeveye oturtulmuştur. Markanın kullanıldığını ispatlama yükü marka sahibinin omzundadır.³⁵³

Marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin sayıldığı 29. maddenin c bendine “veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak” ibaresi eklenmiştir. Bu hüküm 2015/2436 sayılı Direktifin 11. maddesi ile uyumludur. “Taklit bir markanın kullandığını bildiği veya bilmesi gerektiği ürünleri satmak, dağıtmak, ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak” burada yeterli görülmemiştir çünkü henüz taklit markalı ürün üzerinde hakimiyet sağlamadan da ürüne dair bir sözleşme önerisi yapılabilecektir.

Ancak bu ifadenin maddeye eklenmiş olması yeterli değildir, marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler başlıklı 30. maddede sözleşme önerisi yapmanın yaptırımını belirtilmemiştir. KHK'nın 61/A maddesinin c bendinde 61. maddede sayılan marka hakkına tecavüz sayılan fiillerden birinin işlenmesi durumuna yaptırım bağlanmıştır ancak Sınai Mülkiyet Kanununda yaptırım gerektiren haller sınırlı sayı prensibiyle sayılmış ve taklit markalı ürüne dair bir

350 **Dirikkan**, Markayı Kullanma, s. 269; **Alhas/ Dernekoğlu**, Markanın Kullanılmaması, s. 34.

351 **Umar**, Bilge/ **Yılmaz**, Ejder: İspat Yükü, Kazancı Matbaacılık, 1980, s. 247-248; **Alhas/Dernekoğlu**, Markanın Kullanılmaması, s. 34.

352 **Alhas/ Dernekoğlu** Markanın Kullanılmaması, s. 34.

353 **Karan/Kılıç**, Şerh, s. 317 ve 326; 11. Hukuk Dairesi 03.07.2000 tarihli 5437/6332 sayılı kararı ve 11. Hukuk Dairesinin 20.04.2004 tarihli 2003/9332 E., 2004/4315 K. sayılı kararı.

sözleşme önerisi yapma fiili bu haller arasında bulunmamaktadır. Yeniliğin etkisini görebilmek için kanunda tekrar bir değişiklik yapılması gerekmektedir.

Yine 29. maddenin 2. fıkrasında” kullanmama def’i” düzenlenmiştir. Kullanmama eski dönemde bağımsız bir dava konusu olup tecavüz davalarında bir def’i olarak ileri sürülemezken,³⁵⁴ güncel durum yeni kanunun uygulanmasıyla süreç içinde belirle necektir.

3.1.2. Türk Hukukunda Marka Kavramı

Türk Hukukunda marka tanımı ilk defa cumhuriyetin kuruluşundan önce Fabrika Mamulâtıyla Eşya-ı Ticariye’ye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname’de düzenlenmiştir. Bu nizamnamenin hazırlanışı Sultan Abdülaziz döneminde, 20 Eylül 1871’de gerçekleşmişse de nizamnamenin kabulü ve yürürlüğe girmesi II. Abdülhamit döneminde 11 Mayıs 1888 tarihinde olmuştur.

Düzenlemenin 1. maddesinde marka olabilecek işaretler sayılarak markanın tanımı yapılmaktadır. Buna göre, “Mamulat ve eşyanın imal olunduğu mahallin veya fabrikanın veyahut bunları imal edenlerin veya ticaret zımında satanların isim ve şöhret ve mevkilerini bildirmek için o şeylerin üzerine vazolunan isim ve mühür ve resim ve haruf ve erkam ve mahfaza ve saire yani temyiz ve tahsis için ittihaz kılınan her nevi işaret ve damga alameti farika ad ve itibar olunur”³⁵⁵. Kullanılan tanım itibariyle Türk Hukukundaki marka tanımının bir asırdır neredeyse değişmediğini söyleyebiliriz. Düzenlemeye göre; ürünlerin imal edildiği bölgenin, işletmenin kendisinin, üreticilerin veya satıcıların; isim, mühür, resim, harfler, rakamlar veya ambalaj gibi ayırt ediciliği sağlayan her nevi işaret ve damgaya alamet-i fıkra yani marka denilir.

Dil olarak daha sade ve anlaşılabilir bir tanım 1965 tarihinde yürürlüğe giren Markalar Kanun’unda yapılmıştır. Kanun’un 1. maddesinde, “Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda imal izhar istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır” denilmek suretiyle marka tanımı yapılmıştır.

³⁵⁴ Alhas/Dernekoğlu, Markanın Kullanılmaması, s. 33.

³⁵⁵ Fabrika Mamulâtıyla Eşya-i Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair **Nizamname**, Madde 1 (<https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/fabrika-mamulatiyle-ec59fyai-ticariyeye-mahsus-alameti-farikalara-dair-nizamname.doc> E.T. 30.10.2017).

Kısa süre öncesine kadar yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK’da artık markanın tanımlanmasından vazgeçilmiş uluslararası hukuka uyarak sadece marka olabilecek işaretlerin nitelikleri sayılmış ve böylece marka olabilecek işaretler sınırlı sayı prensibinden kurtarılmıştır.³⁵⁶ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK’nın 5. maddesine göre “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.”³⁵⁷

Marka, “bir teşebbüsün mallarını ve/veya hizmetlerini başka teşebbüslerinkinden ayırt etmeye yarayan işarettir”.³⁵⁸ Sınai Mülkiyet Kanunu’nda, Fabrika Mamulâtıyla Eşya-ı Ticariye’ye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname’de de olduğu gibi doğrudan marka tanımı yapılmamış daha ziyade hangi işaretlerin marka olabilecekleri belirlenmiştir. Sınai Mülkiyet Kanununun 4. maddesinde yapılan tanıma göre; “Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler, malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.”

Bu tanım 2008/95 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktifinde³⁵⁹ değişiklik öngören 2015/2436 sayılı Direktifinde belirtilen tanımla uyumludur. Direktifler, kısaca Avrupa Birliği Hukukunda Birlik üyesi devletlerin iç hukuklarının uyumlaştırılmasını sağlayan hukuki düzenlemelerdir. Bu konuda detaylı bilgiler 3.2. Avrupa Birliği Hukukunda Marka Kavramı ve Markanın Unsurları başlığı altında verilecektir.

356 **Tekinalp**, s. 360; **Arkan**, s. 40; **Ünal**, İşaretler, s. 25.

357 Buradaki ‘malların biçimi veya ambalajları’ ifadesi 2004’te yapılan bir değişiklikten önce ‘malların biçimi veya ambalajlarının’ şeklindeyken eleştirilere konu olmuş, **Arkan**, s. 35. 22/6/2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle değiştirilmiştir.

358 Benzer tanımlar için bkz. **Kaya**, s. 440; **Tekinalp**, s. 360; **Karahan vd.**, s. 156; **Arkan**, s. 35; **Yasaman vd.**, s. 16.

359 Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2008.299.01.0025.01.ENG&toc=OJ:L: 2008:299:TOC E.T. 28.11.2017).

Sözü geçen tanımda³⁶⁰ renkler ve seslerin 2008/95 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktifin aksine marka olabileceği belirtilmiş ve EUIPO (European Union Intellectual Property Office) yani Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin İnternet Sitesi sesler ve renklerin de marka olarak kaydedilmesini sağlayacak şekilde düzenlenmiştir.³⁶¹ Ayrıca güncel olarak 14 Haziran 2017 tarihinde kabul edilen 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkındaki Tüzük'teki³⁶² Avrupa Birliği Markası olabilecek işaretlerin sayıldığı 4. madde ile de uyumludur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Türk Hukukunda marka hakkı koruması sadece tescil yoluyla elde edilebilir. Sınai Mülkiyet Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasına göre “Bu kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.” Bu madde 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün 6. maddesiyle aynıdır. Her iki hukuk sistemi de tescil edilmeyen markalara ayrı koruma tanımamıştır ancak bu tüm Avrupa Birliği üye devletleri için geçerli değildir. 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktif ile üye devletlerin ulusal mevzuatlarında tescilsiz markaların korunmasına izin verilmiştir.³⁶³ Bu özellikle sicilde gösterilemeyen işaretlerin marka olarak tescil edilemeyecek olması yönünden önem taşımaktadır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan önce marka kavramını ele alan hukuki düzenlemelerde tanımların iki ana unsurdan oluştuğunu görmekteyiz; işaret ve işaretin ayırt edici nitelik taşıması. Sınai Mülkiyet Kanunu ile bu sabit iki unsura bir yenisi daha eklenmiş oldu. Bu yeni unsur sicilde gösterilebilirliktir. Artık sicilde gösterilebilir tüm ayırt edici işaretler marka olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla marka tanımının oldukça genişlediği söylenebilir. Şimdi marka tanımının bu ana üç unsurunu derinlemesine inceleyeceğiz.

360 “Bir marka, özellikle kişi isimleri dahil sözcüklerden, şekillerden, harflerden, sayılardan, renklerden, malların şeklinden veya malların ambalajlarının şeklinden, seslerden olmak üzere;
(a) bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayıp,
(b) halk ve yetkili kişilerce, sahibine sağlanan korumanın içeriğini açık ve kesin şekilde, anlaşılacak şekilde sicilde gösterilebilen tüm işaretlerden oluşabilecektir.”

361 EUIPO- European Union Intellectual Property Office

362 Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001.E.T.04.01.2018>).

363 2015/2436 sayılı Direktifin 11. giriş paragrafı - Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436.08.11.2017>).

3.1.3. Markanın Olmazsa Olmazı İşaret

Marka hukuku anlamında bir işareten söz edebilmemiz için, bir teşebbüsü çağrıştıran, hedef kitleyi teşebbüse bağlayan, onu temsil ve kısa bir şekilde ifade eden bir simge gerekir.³⁶⁴ Marka terimi genellikle tescil edilmiş veya tescil edilmek üzere başvuruda bulunulmuş simgeleri anlatmak için kullanılsa da, “işaret” terimi çok daha geniş bir kapsama sahiptir.³⁶⁵ Başka bir deyişle, her marka bir işarettir ancak her işaret bir marka değildir.³⁶⁶

Bir işaretin “bir teşebbüse ait bir malı veya hizmeti ayırt etmesi”, genellikle, mal veya hizmetin kendisinden veya cinsinden uzaklaştığı, bağımsızlaştığı ölçüde mümkündür.³⁶⁷ Bir portakal üreticisinin marka olarak bir portakalın resmini seçmesi aynı pazara hitap eden rakiplerini zor duruma düşürecektir çünkü seçilen işaret pazarlanan üründen bağımsız değildir. Yani “bir işaretin marka olarak kabul edilebilmesi için o işaretin, mal veya hizmetten bağımsız bir nitelik taşıması gerekmektedir”.³⁶⁸

Örneğin bir çantanın kopçası fonksiyonel olarak çantanın asıl görevi olan taşıma işine hizmet etmese de, kapağın kapalı kalmasını ve çanta ile taşınması gerekenlerin çantanın içinde kalmasına destekte bulunur ve bu nedenle fonksiyonel olarak ayrı olduğu söylenemez çünkü çantanın asli fonksiyonuna katkı sağlamaktadır. Marka olan işareti taşıyan bir eklenti kopça üzerine yerleştirildiğinde hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde işaretin marka olabilirliği sorusu yanıtlanırken kopçanın kendisinin marka olabilirliği beraberinde oldukça mühim sorunlar getirmektedir. Dolayısıyla bağımsız nitelikten söz edebilmek için markayı oluşturan işaretin, mal veya hizmetin tabiatından fonksiyonel olarak ayrı olması, o malın ayrılmaz bir parçası olmaması, serbestçe seçilen bir unsur³⁶⁹ olması gerekmektedir.

Markayı oluşturacak işaret hakkında tespit edilmesi gereken bir diğer unsur ise işaretin bir bütünlük arz etmesidir; yani marka olacak işaret bir bütün olarak tanınabilir, sınırlarının belirlenebilir olması gerekmektedir.³⁷⁰ Örneğin siyah deri desenli kare şeklindeki işaret, siyah

364 **Tekinalp**, s. 360.

365 **Tekinalp**, s. 360; **Ünal**, İşaretler, s. 26.

366 **Jehoram/Nispen/Huydecoper**, Trademark, s. 67.

367 **Güneş**, Marka Verilmesi, s. 164; **Yasaman** vd., s. 19; **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 99; **Fezer**, §3 N. 211.

368 **Fezer**, §3 N. 211; **Yasaman** vd., s. 19.

369 **Doğan**, Soyut Renklerin Tescil Edilebilirliği, s. 43; **Yasaman** vd., s. 19; **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 99; **Fezer**, §3 N. 213.

370 **Doğan**, Beşir Fatih: Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2006/3, s. 24; **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 101; **Fezer**, §3

deri desenli bir ceket üzerinde ayırt edilemeyecektir. Markanın nerede başlayıp nerede bittiği yani sınırlarının nerede olduğu tespit edilemeyeceğinden böyle bir marka, ceket ile bir bütün olacak kendi halinde tanınması mümkün olmayacaktır.

Sınai Mülkiyet Kanunu ile marka hukukumuzdaki işaret anlayışının ne şekilde değiştiğine değinecek olursak, belirtmek gerekir ki yeni kanunun marka olabilecek işaretleri tanımlayan 4. maddesinde işaretin, "...marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir..." nitelikte olması gerektiği hükme bağlanmıştır; yeni kriter 556 sayılı Marka KHK'nın 5. maddesinde kullanılan "çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yolu ile yayınlanabilen ve çoğaltılabilen" şeklindeki belirlemenin çerçevesini genişletmiştir.

Mülga KHK döneminde bile üç boyutlu şekillerin, çizim dışındaki ifade biçimlerinin, yani resmin, müziğin, sesin, rengin ve kokunun bu tanım içinde yer alabileceğini doktrinde savunan yazarların da bulunduğunu belirtmek gerekir.³⁷¹ Kimi yazarlar bu görüşlerini ayırt edicilik koşulunun sağlanmasına dayandırırken, başkaları 556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde geçen "benzer biçimde ifade edilebilen" şeklindeki cümlenin, marka olabilecek işaretleri çizimle sınırlandırmayacak şekilde tanımladığını kabul etmişlerdir. Yeni düzenleme ile durum netlik kazanmış, çizimle görüntülenemeyen ve baskı yolu ile yayınlanamayan işaretlerin de, sicilde gösterilebilir olması kaydı ile ve koruma konusunu açık ve kesin³⁷² olarak belirlenebilir kılacak şekildeki tüm işaretlerin marka olabilecekleri düzenlenmiş bulunmaktadır.

3.1.4. Tartışmalı Bir Mesele Olarak Ayırt Edicilik

Ayırt edicilik, yukarıda incelediğimiz Türk Hukukundaki marka tanımların desteklediği bir tespit olarak, bir işaretin marka olarak tescil edilmesi için işarete aranan birinci ve en önemli niteliktir.³⁷³ Bu muhteşem öneme sahip olmasına rağmen ne mülga KHK'da ne de yeni Sınai Mülkiyet Kanunu'nda ayırt ediciliğin tanımı yapılmamıştır. Sadece ayırt ediciliğe sahip

N. 216; Aksi görüş için **Ingerl/Rohnke**, MarkenG, §3 N.7: Buna göre bütünlük marka olabilirliğin önünde kanunda değinilmediği için engel teşkil etmez.

371 **Tekinalp**, s. 361. Ayrıca bkz.; Renkler açısından; **Arkan**, s. 40; **Doğan**, Soyut Renklerin Tescil Edilebilirliği, s. 39; Sesler açısından; **Karasu**, Ses Markaları, s. 33; **Arkan**, s. 37; Kokular açısından; **Arkan**, s. 41.

372 **Ströbele**, GRUR 1999, s. 1041.

373 **Karahan vd.**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 157. Ayırt edici olmayan işaret marka olamaz, **Arkan**, Mar-ka Hukuku, s. 36; **Yasaman vd.**, s. 60-61; **Tekinalp**, s. 360; **Çağlar**, s. 33; **Ünal**, İşaretler, s. 26.

olmayan bir işaretin tescil edilemeyeceğine dair negatif bir düzenleme mevcuttur. Dolayısıyla kanun koyucu ayırt ediciliğin kapsamını ve tanımını doktrinsel gelişmelere bırakmıştır.³⁷⁴

Marka tanımı için kısaca, “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinin diğer teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt edilebilmesini sağlayan işaretlerdir” demiştik. Buradan anlaşılabileceği gibi markanın en temel fonksiyonlarından biri ayırt ediciliğin sağlanmasıdır.³⁷⁵ Ayırt ediciliğin hangi hukuki temele dayandırılması gerektiğine ilişkin tartışmalar ileride 3.2.5.2.2. Markanın Bir “Teşebbüsün Mal veya Hizmetlerini Başka Teşebbüslerin Mal veya Hizmetlerinden Ayırt Etmeye Uygun Olması” başlığında” değinilecektir.³⁷⁶ Mevzuat Avrupa Birliği Marka Hukukunda markanın ayırt edicilik işlevinin gerçekleşmesi için öncelikle o işaretin bir “teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinden ayırt edebilme ‘kabiliyetini’ haiz olması” (“soyut ayırt edici nitelik”) gerekmektedir.³⁷⁷ Ancak soyut ayırt ediciliğe sahip bir işaretin somut ayırt edicilik denetimi yapılacaktır.³⁷⁸ Bu durum Türk Hukukunda nispeten değişiktir. Kaynağını tercüme hatalarına dayandırdığımız bu farklılık 2 temel soruna dayanır.

İlk olarak, mevzuat kanunda marka olabilecek işaretler tanımında marka olabilecek işaretlerin özetle sicilde gösterilme ve “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamaya uygun işaretler” bulunması gerektiği düzenlenmiştir.³⁷⁹ Hem İngilizce ‘capable of’ hem Almanca ‘geeignet’³⁸⁰ sözcükleri Sınai Mülkiyet Kanunundaki ‘sağlama’³⁸¹ ifadesindeki kesinlik ihtiva eden ‘görevi halletme’ anlamını vermemektedir. Mevzuat düzenleme daha ziyade bir kabiliyetten, bir uygunluktan bahsetmektedir. Dolayısıyla Türk

374 **Fröhlich**, Die Relevanz der Markenform, s. 28.

375 **Arkan**, s. 38; **Yasaman** vd., s. 18; **Tekinalp**, s. 356; **Çağlar**, s. 33.

376 Markanın hukuki niteliği ile kanunen tanınan fonksiyonu arasındaki ilişki için ayrıca bkz. **Vanzetti**, Funktion und Rechtsnatur, s. 128.

377 **Berlit**, Wolfgang; Praxis des Gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts; 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2010, N. 62; **Doğan**, Soyut Ayırt Edicilik, s. 18. **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 33.

378 **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 104; **Meister**, Praktische Erfahrungen, s. 1008.

379 2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesi 1. fıkrası orijinal metni “An EU trade mark may consist of any signs, in particular words, including personal names, or designs, letters, numerals, colours, the shape of goods or of the packaging of goods, or sounds, provided that such signs are capable of:....” - Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001.E.T.04.01.2018>).

380 2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesinin 1. fıkrasının Almanca metni; “Unionsmarken können Zeichen aller Art sein, insbesondere Wörter, einschließlich Personennamen, oder Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Farben, die Form oder Verpackung der Ware oder Klänge, soweit solche Zeichen geeignet sind, ...”

381 Sınai Mülkiyet Kanunu 4. maddesi “Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması...” 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm> E.T. 30.10. 2017).

Hukukunda Avrupa Birliği Marka Hukukunda olduğu gibi bir soyut ve somut ayırt edicilik farkından bahsetmek oldukça güçleşmektedir.

Ayrıca mülga KHK’da yabancı hukuk sistemlerinden farklı olarak, marka olamayacak işaretin, 7. maddenin 2. fıkrası³⁸² gereği kullanım sonucu ayırt edicilik kazanılırsa marka olarak tescil edileceği ileri sürülmüştür.³⁸³ Yani, mülga KHK’nın 7. maddesinin 1. fıkrasının a bendi “5. madde kapsamına girmeyen işaretleri” tescil edilemez olarak kabul etmiştir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında “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.” hükmüyle aslında marka bile olamayacak işaretin de “kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması” halinde marka olarak tescil edilebileceği belirlenmiştir. Halbuki marka olamayacak bir işaretin ne kadar kullanıldığına bakılmamalıdır, bu işaret sonuç olarak marka olamayacaktır. Burada aranması gereken başından beri var olan (originäre oder anfängliche Unterscheidungskraft)³⁸⁴ ayırt edici niteliğin veya ayırt ediciliğe uygunluğun (Unterscheidungseignung)³⁸⁵ yanında sonradan kuvvetli bir kullanım sonucu ile kazanılmış ayırt edici güçtür. İlki var olmadan ikincisini aramaya gerek yoktur.³⁸⁶

Buradaki karışıklığın sebebi mehzaz kanun olan Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/104 / EEC sayılı Konsey Direktifi’nden³⁸⁷ yapılan tercümede a ve b bentlerinin arasında bir fark gözetilmemesi ve b bendinin KHK metnine konulmamasıdır. Hem 1988 yılındaki 89/104/EEC sayılı hem de 2008 yılındaki 2008/95 EC³⁸⁸ sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktiflerde 3. maddenin a bendi marka olamayacak işaretlerin, b bendi ise ayırt edici kuvveti olmayan işaretlerin tescil taleplerinin ret edileceğini düzenlemektedir. Sınai Mülkiyet Kanunu markanın tescilinde mutlak ret sebebi olarak 5. maddenin b bendinde “Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler”i saymıştır. 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması

382 “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”

383 **Doğan**, Soyut Ayırt Edicilik, s. 18.

384 **Fezer**, §8 N.70.

385 **Marz**, eintragungsfähige Marken, s. 31.

386 **Fröhlich**, Die Relevanz der Markenform, s. 29.

387 First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.1989.040.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:1989:040:TOC E.T. 28.11.2017).

388 Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2008.299.01.0025.01.ENG&toc=OJ:L:2008:299:TOC E.T. 28.11.2017).

Hakkındaki Direktif’inde de mutlak ret sebeplerinin sayıldığı 4. maddenin b bendinde “trade marks which are devoid of any distinctive character”³⁸⁹ ifadesi kullanılmıştır. Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu ve yabancı mevzuat bir uyum içerisinde, ayırt edici nitelik taşımayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğini açıkça belirtmiştir.

Mehaz kanunda marka olamayacak ve ayırt edici kuvveti olmayan işaretlerin tescil taleplerinin ret edileceği düzenlenmişken, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye bir işaretin ayırt edici kuvvetinin olmamasının tescil talebinin ret sebebi olarak alınmamasından ötürü, marka olamayacak işaretlerin “kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması” ile marka olarak tescil edilebileceği düzenlenmiştir. Halbuki bir işaretin marka olabilirliliği ile tescil edilebilirliği birbirinden ayrı olarak incelenmesi gereken bağımsız özelliklerdir.³⁹⁰ Marka olabilecek her işaret tescil edilemeyebilir fakat tescil edilecek her işaretin marka olabilme niteliğini haiz bulunmalıdır.³⁹¹

Yıllardır süregelen bu karışıklık Sınai Mülkiyet Kanunu, ayırt edici kuvveti bulunmayan işaretlerin tescil taleplerinin ret edileceğine dair düzenlemesi ile yani eksik kalan b bendinin kanun metnine alınması ile bir nebze giderilmiştir. Fakat marka olabilecek işaretlerin ayırt ediciliği ‘sağlaması’ konusundaki düzenleme yeni kanun metnine de alınmıştır. Yine de mutlak ret nedenlerinde yapılan değişiklik bizi Avrupa Birliği Marka Hukukundaki ayırt edicilik anlayışına yakınlaştırmış olabilir. Dolayısıyla hukukumuzda yer edinmiş ayırt edicilik anlayışının yanında yeniden keşfetmemiz gereken bir ayırt edicilik kavramı bulunmaktadır. Çalışmamızda bu iki olguyu birbirinden ayırarak inceleyeceğiz.

3.1.4.1. Geleneksel Anlamda Ayırt Edicilik

Geleneksel olarak ayırt edicilik, bir işaretin uzun süreli olarak etkili bir şekilde kullanılması ile toplumun dikkatini çekip belleklerde yer edinmesi sonucu diğer işaretlerden ayırt edilebilme durumu olarak algılanmıştır.³⁹² Yasaman’ın Bilirkişilik yaptığı İstanbul 1. Fikri Sınai Haklar

389 Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436> 08.11.2017).

390 **Marz**, eintragungsfähige Marken, s. 31.

391 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin kabul ettiği ayırt edicilik sadece, “bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinin başka bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt edilebilmesini” öngörecektir. Hükme göre “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi” sağlamalıdır. Burada ayırt etmeye uygunluk değil ayırt edicilik somut olarak aranmaktadır.

392 **Tekinalp**, s. 365; **Köse/Tınaz/Atlı**, s. 78.

Hukuk Mahkemesinde görülen Halikarnas markasına dair 2004/523 esas sayılı dosya, özel ismin uzun süre kullanımı ve bunun sonucu olarak ayırt edicilik kazanılmasına bir örnektir.³⁹³

Buradaki ayırt edicilik unsuru mülga KHK'nın 7. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde ve Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin c bendinde sözü geçen coğrafi kaynak için örnek olma özelliği taşımaktadır. Her iki maddeye göre de "Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı (veya üretildiği) zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer (karakteristik) özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas yani ana unsur olarak içeren markaların" tescil talepleri ret edilecektir, ancak eğer bunlar Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasına ve mülga KHK'nın 7. maddesinin 2. fıkrasına göre kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmışlar ise tescilleri ret edilemeyecektir.

Bundan farklı olarak BOATSHOW markası ile ilgili bir uyuşmazlıkta verdiği hukuki mütalaada Yasaman, "Uluslararası Boat Show İstanbul" ibaresinin unsurlarının herkesin kullanımına açık olmasının gerekliliği ve markanın ayırt edici kuvvetinin çok düşük olması sebebiyle, hükümsüz kılınmasa da ibarelerin başkaları tarafından kullanılmasının marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilemeyeceğine kanaat getirmiştir.³⁹⁴

Boat Show sözcükleri tekne ve yat sergilemek isteyen üçüncü kişilerin kullanımına kapatılamayacak olması ve mal veya hizmet ile bire bir ilişkili olmasından ötürü ayırt edici kuvvetinin neredeyse bulunmaması sebebiyle tescili reddedilmesi gereken zayıf işaretlerdir. Ancak bu tarz ürün ile doğrudan ilişkilendirilebilen zayıf işaretler kullanım sonucu ayırt edicilik kazanarak tescilleri Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrası gereği reddedilemez hale gelebilmektedirler. Yine de Yasaman'ın mütalaasında ifade ettiği şekilde "ibarelerin başkaları tarafından kullanılmasının marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilemeyeceği" görüşüne katılmaktayız.

Aynı yöndeki bir mütalaa ise Eti Brownie ile ilgili görülen 2007/103 esas sayılı davada verilmiştir.³⁹⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2015/3959 E. , 2015/12385 K.³⁹⁶ sayılı kararında, Ülker'in Brownie sözcüğünün 556 sayılı KHK'nın 7. maddesinin c bendi uyarınca "ticaret alanında kullanılan" bir kek cinsinin ismi olduğu ve dolayısıyla Eti'ye ait Brownie markasının

393 **Yasaman**, Marka Hukuku III, s. 382.

394 İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi nezdinde görülen 2006/425E. sayılı dosyaya verilen mütalaa, **Yasaman**, Marka Hukuku III, s. 47.

395 Ankara 4. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi nezdinde görülen 2007/103 E. sayılı dosyaya verilen mütalaa, **Yasaman**, Marka Hukuku III, s. 91.

396 **Yargıtay** 11. Hukuk Dairesi, 2015/3959 E., 2015/12385 K. sayılı 23.11.2015 tarihli Kararı (<http://hukukmedeniyeti.org/karar/118665/yargitay-11-hukuk-dairesi-e-2015-3959-k-2015-12385/> E.T. 28.03.2018).

tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilmesine ilişkin talebinin Yeniden İnceleme ve Denetleme Kurulu tarafından yapılan marka incelemesinde aldığı kararı göz önünde bulundurarak, Yasaman'ın mütalaasının aksi yönünde karar vererek ilk derece mahkemesinin haksız rekabet oluşmadığına dair kararını bozmuştur. Yargıtay'ın bozma kararını yerinde bulmadığımızı belirtmek gerekir. Marka ile ürün veya hizmetin birbirlerini çağrıştırmaması ve ilgisinin bulunmaması aksi takdirde bu markanın bu ürün veya hizmetler açısından ayırt ediciliğinin olmayacağı savunulmalıdır.³⁹⁷ Yani uzun süre kullanılsa dahi herkesin kullanımına açık kalması gereken jenerik isimlerin marka hakkının korumasından yararlanması tartışmalıdır.³⁹⁸

Burada dikkat edilmesi gereken unsur tescili talep edilen işaretin taşıdığı anlamın, tescili talep edilen mal veya hizmete yabancı olmasıdır.³⁹⁹ Yani daha önce 3.1.3. Markanın Olmazsa Olmazı İşaret başlığı altında bahsettiğimiz şekilde, markayı oluşturacak işaretin, markanın kullanılacağı üründen bağımsız bir nitelik taşıması ve kendi içinde sınırlarının belirlenebilir olup bir bütünlük arz etmesidir. Marka, ürünün adı ile aynı ise, işaretin ayırt edici kuvveti ortadan kalkacaktır.⁴⁰⁰

Başka bir ayırt edicilik ögesi ise 556 sayılı KHK'nın 7. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin ç bendinde yer alan “aynı veya aynı türdeki mal ve/veya hizmet için aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer marka ve markaların başvurularının tescil edilemezliği” ifadesidir.⁴⁰¹ Yasaman, İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde görülen bir davada Türkp petrol ve Turkoil ibareleri arasında benzerlik olduğunu ancak ayırt edilemeyecek kadar benzer olmadıklarını belirtmiş iki markanın da zayıf marka olmasından ötürü ibarelerin başkaları tarafından kullanılmasına katlanma yükümlülükleri olduğu yönünde bilirkişilik yapmıştır.⁴⁰²

Verilen örnekler hep eski KHK dönemindendir. Zaten ayırt edicilik konsepti 556 sayılı KHK döneminde 7. maddenin 1. fıkrasının b, c ve d bentleri ile kısıtlı bir şekilde algılanmıştır. Yani, b bendi uyarınca⁴⁰³ tescilli bir markaya benzer işaretler; c bendi uyarınca⁴⁰⁴ ticaret alanında

397 **Karahan vd.**, s. 158.

398 bkz. **Berlit**, s. 60. “Freihaltebedürfnis” yani serbest bırakma lüzumluluğu

399 **Karan/Kılıç**, Şerh, s. 86.

400 **Yasaman**, Marka Hukuku I, s. 62; **Yasaman**, Hamdi: Marka Hukuku ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları C. II, İstanbul 2005, s. 3.

401 **Güneş**, Marka Verilmesi, s. 169.

402 **Yasaman**, Marka Hukuku III, s. 585.

403 “Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar”

404 “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 yani ana unsur olarak içeren markalar”

kullanılabilecek tasviri işaret içeren markalar; d bendi uyarınca ise⁴⁰⁵ yine ticaret alanında herkesin kullanımına açık bırakılması gereken jenerik isimler şimdiye kadar hukukumuzdaki ayırt ediciliği belirlemiştir. Ancak kanımızca yeni kanunun kabulü ile yeni bir ayırt edicilik konseptinden söz etmek gerekecektir.

3.1.4.2. Soyut ve Somut Ayırt Edicilik Ayırımı İle Yeni Bir Dönem

Markanın temel özelliği bir “teşebbüsün mallarını veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mallarını veya hizmetlerinden ayırt etmesidir”. Ayırt edicilik hem marka olabilirliğin hem tescil edilebilirliğin önkoşuludur.⁴⁰⁶ Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu ile Türk Hukuk doktrini tarafından dikkate alınmayan bir ayrıma gidileceği öngörülebilir çünkü Avrupa Birliği Marka Hukuku geleneğine kısmen uyum sağlanarak kanunda mutlak ret nedenlerinin sayıldığı 5. maddeye b bendi eklenmiştir⁴⁰⁷. Bende göre “*Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler*” marka olarak tescil edilmeyecektir. Bu ifade şimdiye kadar kabul edilen ayırt edicilik kriterlerinin çerçevesini genişleterek “herhangi” sözcüğüyle yeni bir ayırt edicilik anlayışını işaret etmektedir.

Maddenin yeni hali 1988’den günümüze Avrupa Birliği üyesi devletlerin marka hukuklarının uyumlaştırılmasına ilişkin tüm düzenlemelerle uyum içerisindedir. 89/104 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Direktifinin 3. maddesi, 2008/95 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktifin 3. maddesi, 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktifin 4. maddesi ve 40/84 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü’nün 7. maddesi, 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü’nün 7. maddesi, 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkındaki Tüzüğü’nün 4. maddesinin ilk iki bendi hep aynıdır. 1. bent marka olabilecek işaretlerin sayıldığı maddeye uygun olmayan işaretlerin, 2. bent ise “herhangi bir ayırt ediciliğe sahip olmayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğinden” bahseder.

Buradaki ayırt edicilik marka olabilecek işaretlerin sayıldığı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 4. maddesindeki “bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından

405 “ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas yani ana unsur olarak içeren markalar”

406 **Doğan**, Soyut Ayırt Edicilik, s. 17; **Tekinalp**, s. 365; **Arkan**, s. 36; **Yasaman**, Şerh, s. 61; **Yasaman** vd., 60; **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, 40; **Fezer**, §3 N. 203; **Marx**, 2. Bası, s. 48; **Ströbele**, MarkenG, §3 N.6.

407 **Çağlar**, Başkent Üniversitesi, s. 139-145 (<https://jurix.com.tr/article/7528> 06.04.2018).

veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması” şeklinde ifade bulan ayırt edicilikten farklıdır.⁴⁰⁸ 4. madde marka olabilecek işaretleri düzenlediğinden burada sözü geçen ayırt edicilik, mehzaz kanun açısından marka olabilirliğin koşullarından biridir ve bu ayırt ediciliğin varlığını soyut, yani tescile konu olan mal veya hizmetlerden bağımsız olarak yapılacak bir denetim ile tespit etmek mümkündür.⁴⁰⁹ Ayrıntılı bir incelemeye gerek yoktur çünkü zaten denetimin 2. aşamasında mutlak ret sebeplerinin düzenlendiği maddede markanın ayırt edici gücü somut şekilde işaretin tescilinin istendiği mal ve/veya hizmetler açısından denetlenecektir. Görüldüğü gibi burada ikili bir ayrıma gidilmektedir.

Soyut ayırt edici nitelik, bir işaretin “bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinin bir başka teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye *potansiyel olarak elverişli* olması halidir”.⁴¹⁰ Somut ayırt edici güç ise yukarıda 3.1.4.1. Geleneksel Anlamda Ayırt Edicilik başlığı altında ele aldığımız, “bir işaretin tescile konu olan belirli mal ve/veya hizmetleri başka mal ve/veya hizmetlerden ayırt edebilme durumudur”.⁴¹¹

Markanın temsil ettiği ürün veya hizmetten bağımsız nitelik⁴¹² taşıması⁴¹³ ve bir bütünlük arz etmesi gerektiği 3.1.3. Markanın Olmazsa Olmazı İşaret başlığında daha önce verilmişti. Kısaca bağımsız nitelik taşıma konusuna değinirsek, bir markanın oluşumunda “anlamı olmayan fantezi ibareler”⁴¹⁴, mal veya hizmetin karakteristik özelliklerinden ayrı ve bağımsız olarak tasarlanır ve ancak bu şekilde ayırt edici kuvvete erişir. Bütünlük unsuru ise, bir işaretin bir bütün olarak algılanabilmesi anlamına gelmektedir. Eğer bir işaret uzun incelemeler sonucunda ayırt edilebiliyor, sınırları ve karakteri bir bütün olarak hemen algılanamıyorsa burada bütünlükten

408 Aynı şekilde marka olabilecek işaretleri düzenleyen madde ile mutlak ret nedenlerini düzenleyen madde arasındaki fark için; **Fezer**, §3 N. 204; **Ströbele**, MarkenG, §3 N. 6; **Thilo**, Neue Formen, s. 68; **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 40-41; **Marz**, eintragungsfähige Marken, s. 31.

409 Federal Almanya Meclis Tutanakları, BT- Drucksache 12/6581, 65 (<http://dipbt.bundestag.de> E.T. 30.10.2017); **Marz**, eintragungsfähige Marken, s. 31; **Fezer**, §3 N.203; **Ströbele**, MarkenG, §3 N.6; **Ingerl/Rohnke**, MarkenG, §3 N. 6; **Marx**, 2.A, s. 48; **Kur**, Formalschutz, s. 183; **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 40.

410 **Marz**, eintragungsfähige Marken, s. 33; **Doğan**, Soyut Ayırt Edicilik, s. 21. Sınai Mülkiyet Kanununda marka olabilecek işaretlerin düzenlendiği 5. maddede kullanılan ‘sağlama’ ifadesi soyut bir denetimden ziyade somut bir denetime işaret etmektedir.

411 **Doğan**, Soyut Ayırt Edicilik, s. 18; **Marx**, 2A., s. 48; **Marz**, eintragungsfähige Marken, s. 105; **Fezer**, §8 N. 39. Ayrıca **Doğan’dan** naklen; Somut ayırt edici güçle ilgili ilk Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı Chiemsee davasında verilmiş ve bu kararda somut ayırt edici güç kavramı tanımlanmıştır (**EuGH**, GRUR 1999, s.727); **BGH**, GRUR 2002, s. 1071 – Bar jeder Vernunft; **BGH**, GRUR 2001, s.161 – “K” harfi; **Ingerl/Rohnke**, MarkenG §8, N. 112) (<https://www.jurion.de> E.T. 28.03.2018).

412 alm.: Grundsatz der Selbstständigkeit der Marke von dem Produkt

413 **Berlit**, s. 21.

414 **Kaya**, s. 81; **Ünal**, İşaretler, s. 30.

söz edilemez. Bu nedenle işaret soyut ayırt edici nitelik taşımamaktadır.⁴¹⁵ Bütünlük ve bağımsızlık soyut ayırt ediciliğin sağlanması açısından vazgeçilmezdir.

Bir işaretin bütünlük arz etmesine örnek olarak ses markaları verilebilir. Örneğin ancak birden fazla dinleme ile anlaşılabilen ve başka seslerden ayırt edilebilen sesler marka olamayacaktır. Alman Patent ve Marka Dairesi 30 saniyeden uzun seslerin marka başvurularını kural olarak reddetmektedir.⁴¹⁶ Fezer’in deyimiyle; bir roman nasıl ki sözcük markası olamazsa bir opera da ses markası olamayacaktır.⁴¹⁷

Ayrıca belirtmek gerekir ki soyut ayırt edici nitelikten yoksunluk kimi yazarlar tarafından ‘işaret olmama’ olarak yorumlanmıştır. Bu durumda kullanım sonucu ayırt ediciliğin de kazanılamayacağı ve bu simgelerin asla marka olamayacağı belirtilmiştir.⁴¹⁸ Başka yazarlar ise simgenin “karakter” yoksunu olduğu için marka olamayacağını belirtmiştir.⁴¹⁹ İki tespit de desteklenebilir niteliktedir, kendi bütünlüğü içinde bile algılanamayan bir işaretin marka olabileceğini iddia etmek yersizdir.

Bir işaretin soyut ayırt edici niteliğe sahip olduğu varsayımında bir teşebbüs tarafından uzun yıllar boyunca veya kapsamlı bir reklam kampanyası eşliğinde mal veya hizmet üzerinde kullanılması durumunda somut ayırt edici güç kazanılacaktır. “Somut ayırt edici güç, marka olarak tescili talep edilen işaretin, tescile konu mal veya hizmetleri diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olması halidir”, yani soyut ayırt edici nitelik marka olma önkoşulu iken somut ayırt edici gücün yokluğu ancak bir tescil engeli oluşturabilecektir.⁴²⁰ “Bir tüketicinin bir teşebbüse ait mal ve/veya hizmetleri başka bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinden ayırt edebilmesi sadece işaretin ayırt edici niteliğe sahip olması ile mümkündür”.⁴²¹

Soyut ayırt ediciliğe yargı kararlarından bir örnek vermek gerekirse; Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin çorapların parmak kısımlarının farklı bir renk ve doku ile kaplanması marka olarak tesciline dair verdiği bir kararında bu renklendirme ve dokudaki değişimin ilgili çevrelerce⁴²² malı başka “bir teşebbüsün malından ayırt etmeye yarayacak bir işaret” olarak

415 **Doğan**, Soyut Ayırt Edicilik, s. 24.

416 **Karasu**, Ses Markaları, s. 36.

417 **Fezer**, §3 N. 594.

418 **Jehoram/Nispen/Huydecoper**, Trademark, s. 137.

419 **Davis/Longstaff/Roughton/Quintin/Tritton**, IP in Europe, s. 443.

420 **Fezer**, §3 N. 204; **Ströbele**, MarkenG, §3 N. 6; **Thilo**, Neue Formen, s. 68; **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 40-41; **Marz**, eintragungsfähige Marken, s. 31.

421 **Marz**, eintragungsfähige Marken, s. 34.

422 Bu çevreleri oluşturan kitlelerin tespitine ilişkin ayrıntılı bilgi için; **Baumbach/Hefermehl**, WZG, §25 N. 42/ 42a/ 42b ve **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 98.

algılanmayacağına, sadece dekoratif bir unsur olarak görüleceğine hükmedilmiştir.⁴²³ Yani işaret “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun” bulunmamış, sadece dekoratif bir unsur olarak algılanacağına karar verilmiştir. Böyle bir işaret soyut ayırt edicilikten yoksun olduğu için marka olabilirliği yoktur. Ayırt edicilik araştırmasında ilgili çevrelerin tamamının ikna edilmiş olması gerekmez, “dikkate değer bir kısım” işaretin ayırt edici olduğu kanısında ise ayırt edicilik mevcuttur.⁴²⁴

Mülga KHK döneminde de mutlak ret sebebi olmakla beraber yabancı hukuk sistemlerinden farklı olarak, soyut ayırt edici niteliğe sahip olmayan bir işaretin, 7. maddenin 2. fıkrası⁴²⁵ gereği kullanım sonucu ayırt edicilik kazanılırsa marka olarak tescil edileceği ileri sürülmüştür.⁴²⁶ 556 sayılı KHK’nın 7. maddesinin 1. fıkrasının a bendi “5. madde kapsamına girmeyen işaretleri” tescil edilemez olarak kabul etmiştir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında “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.” hükmüyle soyut ayırt edici nitelik taşımayan marka olma kapasitesine sahip olmayan bir işaretin de “kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması” halinde marka olarak tescil edilebileceğine hükümlenmiştir. Kanun koyucu, burada somut veya soyut ayırt edici nitelik ayırımına gitmemiştir. Her ikisinin yokluğunda da a bendi uygulanmaktadır.⁴²⁷ Soyut ayırt edici niteliğin var olmaması asla yok sayılamayacak bir mutlak tescil engelidir, fakat somut ayırt edici gücün var olmaması “kullanım sonucu kazanılacak ayırt edicilik” ile bertaraf edilebilir⁴²⁸.

Sınai Mülkiyet Kanunu ile bu karışıklık düzeltilmiştir; “Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili 1. fıkranın b, c ve d bentlerine göre reddedilemez.” a bendi 2. fıkradan çıkartılmış ve maddeye bir b bendi⁴²⁹ eklenmiştir. Böylece kullanım sonucu ayırt edicilik kazanma yoluyla bir markanın tescil edilmesi o işaretin ancak sonradan kazanılabilecek olan somut ayırt edici gücü kazanmış olması şartına bağlanmıştır.

423 ABFMO’nin 15.07.2010 tarihli T-547/08 sayılı kararı.

424 Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 8 N. 25.

425 “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”

426 Karahan vd., s. 158; Ünal, İşaretler, s. 27; Tekinalp, s. 365; 556 sayılı KHK’nın 7. maddesinin 2. fıkrası - 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.556.pdf> E.T. 30.10.2017).

427 Doğan, Soyut Ayırt Edicilik, s. 18; Tekinalp, s. 365; Arkan, s. 38; Yasaman, Şerh, s. 61.

428 Fezer, § 3 N. 363; Doğan, Soyut Ayırt Edicilik, s. 18; Marz, eintragungsfähige Marken, s. 31.

429 “Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler.”

3.1.5. En Geniş Marka Tanımını Bile Daraltan Unsur: Sicilde Gösterilebilirlik

Sicilde gösterilebilirlik ayırt edilebilirliğin yanında marka olabilirliğin merkezi koşullarından birisidir.⁴³⁰ Sınai Mülkiyet Kanununun 4. maddesine göre sicile sadece burada görüntülenebilen (veya gösterilebilen) işaretler tescil edilebilir. Bu uygulamanın sebebi hem markanın tescil sürecinde tescil kararını sabit bir şekle dayanarak verebilmek hem de en önemlisi markayı sicilde kayıt altına alınarak tescili sağlamaktır.⁴³¹

Mülga KHK'nın 5. maddesindeki “çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme” koşulunun yerini Sınai Mülkiyet Kanunu'nda “marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması” şartı almıştır. Buradaki ifadenin lafzi olarak daha esnek bir yaklaşımı yansıttığı söylenebilir.⁴³² Ancak Tekinalp'e göre zaten mülga KHK'nın kullandığı ifade biçimi de son derece geniş algılanabilir olup, cümlelerin “benzer biçimde ifade edilebilen” şeklindeki kısmı, marka olabilecek işaretleri, sınırlı sayı ilkesinden muaf kılmıştır.⁴³³

Farklı bir görüşe göre ise yeni marka formlarının tescili sadece ayırt edici nitelik kazanmalarına bağlıdır ve bu da firmaların reklam harcamaları ile orantılı olarak sağlanabilecektir. Örnek olarak ise Milka çikolata markasının lila rengini tescil ettirmesi verilmiştir.⁴³⁴ Burada belirtilmesi gereken şudur ki zaten Alman Marka Kanunu'nun 3. maddesi kapsamında renkler ve renk kombinasyonları öteden beri marka olarak tescil edilebilmektedirler. Dolayısıyla Alman Marka Kanunu'nu çerçevesinde tescil edilmiş bir markanın Türk Marka Hukuku kapsamında incelenmesi ve mülga KHK'nın renkleri marka olabilecek işaretlerden sayıp saymadığını irdelemeden yapılan tespiti eleştiriye açık buluyoruz.

Ayrıca burada kısaca sicilde gösterilebilirliğin Alman Marka Kanunu sistematigindeki yerinden bahsetmekte fayda görüyoruz. Alman Marka Kanunun sistematiginde sicilde gösterilebilirlik sadece tescilin mutlak ret sebepleri arasında sayılmıştır. Bunun sonucu olarak Alman Marka Kanunu'nun tescilli markaların korunmasında (formeller Markenschutz für Registermarken) sicilde gösterilebilirliği marka olabilirliğin önkoşullarından biri olarak saymasına rağmen, tescilsiz markaların korunmasında (sachlicher Markenschutz für Benutzungsmarken) sicilde

430 **Bender**, grafische Darstellbarkeit, s. 516.

431 **Ilzhöfer/Engels**, Patent-, Marken- und Urheberrecht, s. 159.

432 **Çağlar**, Başkent Üniversitesi, s. 139-145. (<https://jurix.com.tr/article/7528> 06.04.2018).

433 **Tekinalp**, s. 361.

434 **Er**, s. 267.

gösterilebilirliği şart koşmadığını söyleyebiliriz.⁴³⁵ Zira Alman Marka Kanunu bir işaretin tescil haricinde kullanım sonucu da koruma kazanabileceğini düzenlemektedir. Bu konunun Alman ve Avrupa Birliği Hukukları açısından incelenecek⁴³⁶ bir mesele olduğunu belirterek Türk Hukukuna dönelim.

Sonuç olarak korunacak hakkın sicilde açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde kayıt altına alınabilen ve ayırt ediciliği sağlayan her türlü işaretin marka olabilirliği mevcuttur. Buradan hareketle gelişen teknoloji ile birlikte sicile kayıt sistemleri yaygınlaşıp bunlara erişim kolaylaşacağından kullanılan ifade gelecekte de etkili bir biçimde işlerliğini koruyabilecektir. Örneğin notaya dökülemeyen seslerin marka olamayacağı iddiası⁴³⁷ artık geçersiz sayılacaktır, çünkü bir Sonogram ile veya dijital olarak bunların kayıt altına alınıp tescilinin sağlanması mümkündür.⁴³⁸

3.2. Avrupa Birliği Hukukunda Marka Kavramı ve Markanın Unsurları

Bu başlık altında Avrupa Birliği'nin hukuki düzenlemelerinde tetikleyici olan faktörleri inceleyerek çalışmamızın ikinci ayağı olan Avrupa Birliği açısından marka olabilecek işaretlere ilişkin düzenlemelerin daha iyi anlaşılabilmesini hedefliyoruz. Bu bağlamda öncelikle 14 Haziran 2017 tarihinde kabul edilen Avrupa Birliği Markasının düzenlendiği 2017/1001 sayılı Tüzükle gelen başlıca yeniliklere değineceğiz. Ardından Avrupa Birliği'nin kuruluş hedefleri arasında sayılan ve aslında ekonomik anlamda alınan her tedbirin temelinde yatan iç pazar kavramını açıklamaya çalışacağız. Sonrasında ise çalışmanın çeşitli yerlerinde atıf yapılan Avrupa Birliği düzenlemelerinin hukuki yapısına ve işleyişlerine değinilecek ve sonuç olarak marka kavramının Avrupa açısından ele alınışı ile unsurları incelenecektir.

435 **Fezer**, §3 N. 373-376; **Dierksen**, abstrakte Farbmarke, s. 88; **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 87; **Baumbach/Hefermehl**, WZG, §4 N.108; **Klaka**, Benutzungsmarke, s. 613.

436 Topluluk Markası yönünden tescilsiz iktisap yolları kapalıyken üye devletlerin marka hukuklarını uyumlaştıran direktiflerde ulusal mevzuatlarda tescilsiz marka hakkı iktisabının yasaklanacağına dair bir hüküm bulunmadığından Alman Marka Hukuk geçmişten gelen kullanım sonucu ticaret hayatında kabul gören (ayırt edicilik kazanan) ve tanınmış markaların korunması geleneğini sürdürmüştür. **Klaka**, Benutzungsmarke, s. 614.

437 **Karahan vd.**, s. 162.

438 **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 93.

3.2.1. Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün İçerdiği Başlıca Yenilikler⁴³⁹

3.2.1.1. Avrupa Birliği Kanunlaştırma Sistemi İçinde Direktif Ve Tüzük'lerin Yeri Ve Birbirinden Farkları Hakkında Kısa Açıklama

Öncelikle belirtilmelidir ki 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün son haline ulaşılması uzun bir sürecin sonucudur. 20.12.1993 tarihinde 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü ile başlayan Topluluk Markasına ilişkin ilk kanunlaştırma hareketine aşağıda 3.2.3.2 Yeknesak Düzenlemeye Dayalı Ortak Bir Markanın Oluşturulması başlığı altında ayrıntıları ile değinilecektir. Ancak burada da kısaca Avrupa Birliği Hukuku'ndaki kanunlaştırma sisteminden bahsetmekte fayda görüyoruz.

Çalışmamızda sıkça karşılaşılabilecek ifadeler olarak Direktif ve Tüzüklerin işlevinden bahsetmek isteriz. Direktifler Avrupa Birliği'ne üye devletlerin kendi iç hukuklarını ortak bir sonuca doğru şekillendirmeleri sağlayan uyumlaştırma düzenlemeleridir. Bunlar genel bir çerçeve çizmekte ve birlik ülkelerine ifade ve hareket serbestisi tanımaktadırlar. Düzenlemelerin kanunlaşması geniş bir zaman dilimine yayılmaktadır ve ayrıca uygulamada zorluk yaşayan ülkeler ek süreler talep edebilmektedirler. Diğer yandan Tüzükler ise kabul edildikleri an itibari ile taraf devletlerin hukuk sistemlerinin bir parçası olurlar.⁴⁴⁰ Bunların lafzi veya anlamsal olarak değiştirilmeleri mümkün olmayıp düzenlemelerin uygulanmasında da ek süre talebi mümkün değildir.

1988'de kabul edilen 89/104/AT sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Direktifi, Avrupa Birliği içerisinde tescilli markayı düzenleyen maddi hukuka dair bir birlik oluşturulması amacına yönelik ilk yasama tasarrufudur.⁴⁴¹ Ancak belirtmek gerekir ki bu düzenlemeden önce marka hukuklarının birliğini sağlamak için uluslararası bir anlaşma imzalanması söz konusu edilmiş fakat 70li yılların ortasında bir strateji değişikliği oluşmuştur.⁴⁴² Uluslararası anlaşma yerine, üye devletlerin milli

439 EU Trade Mark Reform – Comparative Document, s. 1([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amended_en.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amended_en.pdf) E.T. 21.02.2018).

440 **Sosnitza**, Olaf: Deutsches und europäisches Verlag C.H. Beck, München 2010, s. 114.

441 **Fröhlich**, Die Relevanz der Markenform, s. 22; 60lı yılların başlarından beri sürdürülen Reform tartışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Beier**, Friedrich-Karl: Stand und Aussichten der europäischen Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, GRUR Int. 1969.

442 **Krieger**, Markenrecht im Werden, s. 280; **Sosnitza**, Markenrecht, s. 113; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 19.

hukuklarını uyumlaştırmak için Direktifler çıkarma ve aynı zamanda Tüzükler aracılığı ile özerk ve tekdüze bir marka hukuku oluşturma çabalarına girişilmiştir.⁴⁴³ İki koldan⁴⁴⁴ ilerleyen bu düzenleme trafiğinde Direktifler ülkelerin kendi sicillerinde kayıtlı uluslararası bir bağlantısı olmayan markalara uygulanacak hukuku uyumlaştırırken, Tüzükler ayrı bir sicile kaydedilen ve tüm Avrupa Birliği üye devletleri arasında tek tip muamele gören Topluluk Markasını düzenlemektedirler.

Sürekli gelişen ve değişen Avrupa Birliği Hukuku içinde marka hukukunu düzenleyen şimdilik son metin olan 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü ile bu zamana kadar Topluluk Markası olarak anılan ve bilinen marka bundan böyle Avrupa Birliği Markası (veya Birlik Markası) olarak isimlendirilecektir.

3.2.1.2. 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 Sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün Kabul Sebepleri

2017/1001 sayılı Tüzüğün 3. giriş paragrafındaki açıklamaya göre Avrupa Birliğinin “iç pazar”⁴⁴⁵ kavramı, yani aralarında anlaşma sağlanan ülkelerin gümrüklerinin kaldırılıp dışarıya karşı tek bir gümrük ülkesi olarak hareket etme ve kişi ve malların serbest dolaşımının sağlanması hedeflerinin, bir gereği olarak ticaret hayatındaki uyum ve gelişimi garanti altına almak için elzem adımlar atılmıştır. İncelendiğinde görülecektir ki iç pazar kavramı Avrupa Birliğinin hem bir anlamda hedefi hem de aslen varlık sebebini oluşturmaktadır ve bu konuya ayrıca 3.2.2. Avrupa Birliğinde Ana Hatları İle İç Pazar Kavramı Başlığında değinilecektir.

2015/2424 sayılı Direktifin 1. giriş paragrafına göre, 40/94 sayılı Konsey Tüzüğünde yapılan değişiklikler sonucu 2009 yılında düzenlenen 207/2009 (AT) sayılı Konsey Tüzüğü ile Avrupa Birliği Markası için ayrı bir marka sistemi oluşturulmuştur. Bu marka sistemi 89/104/AT sayılı Konsey Direktifinde yapılan değişiklikler sonucu oluşturulan Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 2008/95/AT sayılı Direktifi uyarınca uyumlaştırılan ulusal marka sistemlerindeki marka korumasına paraleldir. Buradaki amaç ulusal anlamda neredeyse tek tip olarak sağlanan korumanın Topluluk Markası yani şimdiki Avrupa Birliği Markasına da yansıtılmasıdır.

Avrupa Birliği Markası koruma sistemi ile Avrupa Birliğine üye devletlerde tescil edilen veya başka şekilde koruma altında olan bir marka, ulusal koruma düzeyine ek olarak, Avrupa Birliği içerisinde tek bir ülke çatısı altında korunuyormuş gibi tüm üye devletlerde aynı muameleyi

443 Sosnitzer, Markenrecht, s. 113; Meister, Marke und Recht, s. 90.

444 Meister, Marke und Recht, 90'da dualistisches Modell.

445 alm.: Binnenmarkt

görecektir. Avrupa Birliği Markasına özel bir sicile kaydedilerek birlik düzeyinde bir korumaya sahip olabilecektir. Bu sistem yeni değildir, 2015/2424 sayılı Direktifin 5. giriş paragrafına göre Topluluk Markasının yıllardır kullanılıyor olmasından ötürü teşebbüsler birlik düzeyinde koruma sağlayan bu yeni sistemi benimsemiş ve sağladığı korumadan faydalanmışlardır. Buna rağmen 2017/1001 sayılı Tüzüğün 7. giriş paragrafındaki açıklamaya göre Birlik Markası siciline tescil bir zorunluluk değildir. Ulusal koruma ile yetinmek isteyen yerel işletmeler ve tescil talepleri ret edilen teşebbüsler devletlerinin kendi sınırları içinde sağladığı ulusal marka korumasından yararlanmaya devam edebileceklerdir.

Yeni düzenlemenin kabulüne ilişkin sebepleri incelerken öncelikle bu düzenlemenin ve bunun öncesindeki düzenlemelerin gerekçe metnine bakmak gerekecektir. Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin 16 Aralık 2015 tarihli Topluluk Markası hakkında 207/2009 sayılı Konsey Tüzüğü'nün ve Topluluk Markası ile ilgili 40/94 / AT sayılı Konsey Tüzüğü'nün uygulanmasına dair 2868/95 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün (AT) *değişimine* ve İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisine (Markalar ve Tasarımlar) ödenecek ücretlere ilişkin 2869/95 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün *iptaline* ilişkin 2015/2424 (AB) sayılı Tüzüğün –bundan sonra 2015/2424 sayılı Tüzük olarak anılacaktır- gerekçe metninde 48 unsur sayılmıştır. Ayrıca Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markasına İlişkin Tüzüğü'nün gerekçe metninde de yine 48 unsur bulunmaktadır. Toplam 96 maddenin her birine değinmektense başlıca önemli bulduğumuz noktaları yansıtmaya çalışacağız.

Değişikliğin en önemli sebeplerinden biri Lizbon Sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nde kullanılan terminolojinin yenilenme ihtiyacının hasıl olmasıdır. Avrupa Birliğinin mihenk taşlarından biri olarak kabul edilen Lizbon Sözleşmesi ile artık “Topluluk Markası” tabiri yerine “Avrupa Birliği Markası” veya “Birlik Markası” terimlerinin kullanılması uygun görülmüştür.⁴⁴⁶

Yeni düzenleme ile usul hukuklarının birbirine yakınlaştırılmasını ve birlikte kullanılacak yeni araçların geliştirilmesini teşvik edecek önlemler alınacaktır. İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisi (“Office for Harmonization in the Internal Market”) ve ulusal kurumlar arasındaki iş birliğine dair uygun bir çerçeve çizilecektir.⁴⁴⁷ Ayrıca İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisinin ismi de, faaliyet

446 2015/2424 sayılı Direktif 2. giriş paragrafı (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015R2424> E.T. 06.04.2018).

447 AB Komisyonu'nun 207/2009 sayılı Tüzüğü'nün değiştirilmesine dair 2 Nisan 2013 tarihli, Tüzük önerisi, s. 2. (<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%208065%202013%20INIT> E.T. 21.02.2018).

alanı ve işlevini daha iyi tasvir edeceği düşünülerek, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (“European Union Intellectual Property Office”) olarak değiştirilmiştir.⁴⁴⁸

2017/1001 sayılı Birlik Markası Tüzüğü hukuki gelenek denilebilecek, yıllar süren bir yasa yapım sürecine güzel bir örnek oluşturmuştur. Bir kanun metnini iptal edilmesi ve yerine yepyeni bir kuralın getirilmesinden, var olan düzenlemede toplumsal ihtiyaçlara göre küçük değişikliklerin yapılması ve değişikliklerin birikmesi sonucu yeni bir kodifikasyon oluşturulması yoluna gidilmiştir.

Avrupa Birliği Komisyonu, sınai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin Avrupa stratejisinin tartışıldığı 16 Temmuz 2008 tarihli bülteninde⁴⁴⁹ Avrupa’daki marka hukuku sistemlerini kapsamlı olarak incelemiş ve üye devletlerin sistemlerinin işleme usullerini, hem birlik açısından hem ulusal açıdan hem de ulusal sistemlerinin birbiriyle ilişkileri açısından değerlendirmiştir.⁴⁵⁰ Araştırmanın sonuçlarının yayınlanmasından yıllar sonra Konsey, Avrupa Birliği içinde marka hukukuna ilişkin gelecek çalışmalara dair 25 Mayıs 2010 tarihli bir yazısında Komisyonu, 2008/95/AT sayılı Direktifin ve 207/2009 sayılı Tüzüğün yeniden düzenlenmesine ilişkin bir taslak hazırlama konusunda görevlendirmiştir.⁴⁵¹

Bu taslak üzerine inşa edilen yeni düzenleme, yeni bir sistemin oluşturulmasından ziyade yürürlükte olan düzenlemenin modernize edilmesine yoğunlaşmıştır. Bununla beraber, Birlik Markası’nın başvuru ve tescil koşullarının sıkılaştırılmasına⁴⁵², hukuki korumanın daha açık ve net düzenlemeler sonucu arttırılmasına ve düzenlemelerdeki belirsizliklerin giderilmesine hizmet edecektir.⁴⁵³

448 2015/2424 sayılı Direktifin 2. giriş paragrafı (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015R2424> E.T. 06.04.2018).

449 AB Komisyonu’nun sınai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin Avrupa stratejisinin tartışıldığı 16. Temmuz 2008 tarihli bülteni (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:52009AE1020> E.T.25.11.2017).

450 2015/2424 sayılı Direktifin 3. giriş paragrafı (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015R2424> E.T. 06.04.2018).

451 2015/2424 sayılı Direktifin 4. giriş paragrafı (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015R2424> E.T. 06.04.2018).

452 Ayrıca bkz. **Beier**, Stand und Aussichten, s. 151.

453 AB Komisyonu’nun 207/2009 sayılı Tüzüğün değiştirilmesine dair 2 Nisan 2013 tarihli, Tüzük önerisi s. 3 (<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%208065%202013%20INIT> E.T. 21.02.2018).

3.2.1.3. 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 Sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü İle Yapılan Değişiklikler

Değişikliklerin daha anlaşılır şekilde takip edilebilmesi için hazırlanıp Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (European Union Intellectual Property Office)'nin internet sayfasında yayınlanan karşılaştırma tablosunu⁴⁵⁴ baz alarak metinde yapılan başlıca değişiklikleri bu başlık altında derlemeye çalışacağız. Daha önce de belirtildiği gibi 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü sıfırdan oluşturulup bugünden yarına kanunlaştırılan bir metin değildir. Aksine yıllardır kullanılan 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün 2015/2424 sayılı Tüzük ile değiştirilmesi sonucu elde edilen metin 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkındaki Tüzüğü oluşturmuştur.

Avrupa Birliğine üye devletlerin marka hukukları 21 Aralık 1988'dan beri Avrupa Konseyinin 89/104/AT sayılı Direktifi ile birbirlerine uyumlaştırılmıştır. Bu uyumlaştırmaya paralel olarak 20 Aralık 1993'te Topluluk Markasını düzenleyen 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü kabul edilmiş ve 207/2009 sayılı Tüzük olarak kanunlaştırılmıştır. Bu tüzük ile birlikte, Topluluk Markasının kendine has bir sicilde Avrupa Birliği sınırları içinde tek tip olarak işleyen tescil usulü düzenlenmiş ve bu tescilin hukuk alanında tüm üye devletlerde aynı etkiyi doğurması sağlanmıştır.⁴⁵⁵

Avrupa Ekonomi Topluluğunu tamamen sonlandıran 01.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği bugünkü son şeklini almış oldu. Topluluk yerine birlik kavramı geçirilmiş oldu. Buna göre bundan sonraki yazılı metinlerde daha önce kullanılan Avrupa Topluluğu veya Avrupa Ekonomi Topluluğu gibi isimlerin yerini Avrupa Birliği almalıydı, 207/2009 sayılı Tüzükte de, 2015/2424 sayılı Tüzük ile bu yönde değişiklikler yapılarak 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkındaki Tüzük kaleme alınmış oldu.⁴⁵⁶ Ayrıca 2015/2424 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girme tarihi 23 Mart 2016 olsa da kimi değişikliklerin 1 Ekim 2017 itibari ile etki göstermesi kararlaştırılmıştır.⁴⁵⁷

454 EU Trade Mark Reform – Comparative Document, s. 2 ([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web /secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amende_d_en.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amende_d_en.pdf) E.T. 21.02.2018).

455 AB Komisyonu'nun 207/2009 sayılı Tüzüğün değiştirilmesine dair 2 Nisan 2013 tarihli, Tüzük önerisi, s. 1 (<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%208065%202013%20INIT> E.T. 21.02.2018).

456 AB Komisyonu'nun 207/2009 sayılı Tüzüğün değiştirilmesine dair 2 Nisan 2013 tarihli, Tüzük önerisi, s. 6 (<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%208065%202013%20INIT> E.T. 21.02.2018).

457 2015/2424 sayılı Tüzük Madde 4 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015R2424> E.T. 06.04.2018).

2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Hakkındaki Tüzüğün 2. maddesi ile Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi kurulmuş oldu. Maddenin 2. fıkrası ile bundan böyle Avrupa Birliği hukuk metinlerine İç Pazarı Uyumlaştırma Ofisi (Markalar ve Tasarımlar)’ne yapılan atıfların Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi olarak anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir.⁴⁵⁸

1 Ekim 2017 itibariyle yürürlüğe giren değişikliklerden biri de çalışmamızın konusu olan marka olabilecek işaretleri düzenleyen maddede yapılmıştır. Buna göre 2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesinin metninden “capable of being represented graphically” yani – çizimle görüntülenebilen- ifadesi çıkartılmış, renkler ve sesler ise marka olabilecek işaretlere resmi olarak eklenmiştir.⁴⁵⁹ 556 sayılı KHK’nın metni de aynı şekilde değiştirilerek Sınai Mülkiyet Kanunundaki yeni marka olabilecekler işaretler tanımı oluşturulmuştur.⁴⁶⁰ Ayrıca yine aynı maddenin b bendi olarak “yetkililer ve halk tarafından marka sahibine sağlanan korumanın konusu açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde Avrupa Birliği Markası sicilinde gösterilebilir”⁴⁶¹ ifadesi eklenmiştir. Yine benzer bir değişiklik Sınai Mülkiyet Kanunu metninde de öngörülmüştür.

Önemli başka bir değişiklik ise mutlak ret nedenlerinde yapılmıştır. Mutlak ret nedenlerini düzenleyen 7. maddenin 1. fıkrasına j, k ve l bentleri eklenmiştir. Buradaki değişikliğin sebebi 207/2009 sayılı Tüzükte geleneksel ürün adlarının ve coğrafi işaretlerin yeterine korunamaması olarak belirtilmiştir. Bu haklara ilişkin hukuki korumanın başkaca koruma araçlarından daha zayıf kalması sebebiyle coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarının hakkındaki mutlak ret sebeplerine kesinlik kazandırma gereği duyulmuştur. Ayrıca tutarlılık sağlanabilmesi için 2017/1001 sayılı Tüzüğün 10. giriş paragrafı ile tescil edilmiş geleneksel şarap ve geleneksel lezzetlerle beraber yeni bitki çeşitlerinin varlığı durumunda bunlara dair markaların tescil edilemeyeceği kanun metnine alınmış ve böylece bunların korunması kuvvetlendirilmiştir.

458 EU Trade Mark Reform – Comparative Document, s. 2 ([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/ EUTMR_as_amended_en.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amended_en.pdf) E.T. 21.02.2018).

459 EU Trade Mark Reform – Comparative Document, s. 3 ([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amended_en.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amended_en.pdf) E.T. 21.02.2018).

460 3.1.1. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler Başlığı

461 2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendi orijinal metni “being represented on the Register of European Union trade marks, (‘the Register’), in a manner which enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to its proprietor.” - Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX: 32017R1001](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001) E.T. 04.01.2018).

Bununla birlikte nispi ret nedenleri arasına 4a fıkrası olarak, coğrafi işaretle birlikte geleneksel ürün adlarının tescili için üye devletler içinde veya birlik düzeyinde bir başvuru söz konusu iken yapılan bir Avrupa Birliği Markası başvurusuna itiraz hakkı, eklenmiştir. Nispi ret nedenlerinin düzenlendiği 8. maddenin 4a fıkrasının 2. bendinde ise tescilli bir geleneksel ürün adı veya coğrafi işaret hakkı sahibine, hakkına tecavüz edecek şekilde sonradan tescil edilmiş bir markanın kullanımını yasaklama hakkı tanınmıştır.⁴⁶²

Avrupa Birliği Markasının tescilinden doğan hakların düzenlendiği 9. maddede öncelik ilkesi ele alınmıştır. Birlik markasının tescil başvurusunu önce yaptıran hak sahibi aynı mal ve/veya hizmetlere ilişkin, karıştırılma ihtimali olduğunda farklı mal ve/veya hizmetlere ilişkin veya tanınmış bir marka söz konusu olduğunda ayrı mal ve/veya hizmetlere ilişkin sonradan yapılacak başvurulara karşı inhisari haklara sahiptir. Buradaki tanınmışlık seviyeleri Avrupa Birliği düzeyinde olmalıdır.⁴⁶³

Bir sonraki değişiklikte ise marka korumasından doğan hakların kapsamı genişletilmiş marka hakkı sahibine koruma altındaki işaretinin başkası tarafından karıştırılmaya mahal verecek şekilde ticaret unvanı ve benzeri isimler olarak kullanılmasının yasaklanması hakkı da 2017/1001 sayılı Tüzüğün 13. giriş paragrafında öngörülen düzenleme ile tanınmıştır. Ayrıca yine aynı şekilde marka hakkı sahibine ait işaretin 2006/114/AT sayılı Direktif uyarınca hukuka aykırı şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması 14. giriş paragrafında açıklanan düzenleme ile yasaklanmıştır.

Dünya Ticaret Örgütü nezdindeki “Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması’nın” (GATT) 5. maddesi uyarınca ticareti kolaylaştırmak adına ve Doha’da 14 Kasım 2001’de kabul edilen “TRIPS-Antlaşması ve halk sağlığı konulu bildiri” doğrultusunda Avrupa Birliğinin doğan sorumluluklarını yerine getirmek için 9. maddenin 4. fıkrası düzenlenmiştir. Böylece Avrupa Birliği Markası hakkı sahibine, üçüncü kişiler tarafından yapılan tescilli markanın aynı veya benzerini taşıyan mal ve/veya hizmetlerin Avrupa Birliği sınırları içerisinde transit geçişlerini engelleme olanağı 2017/1001 sayılı Tüzüğün 15. giriş paragrafındaki açıklama neticesinde yapılan düzenleme ile sağlanmıştır. Burada hukuka aykırı olarak kabul edilen hareketler sınırlı sayıda değildir, gümrük geçişleri ile ilgili her hamle engellenebilecektir, örnek olarak 16. giriş

462 EU Trade Mark Reform – Comparative Document, s. 7 ([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amende_d_en.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amende_d_en.pdf) E.T. 21.02.2018).

463 EU Trade Mark Reform – Comparative Document, s. 8 ([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amende_d_en.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amende_d_en.pdf) E.T. 21.02.2018).

paragrafında transit geçişler, depolama, serbest bölgeler, geçici bulundurma, işleme veya geçici olarak kullanma fiilleri sayılmıştır.

Yukarıda bahsedilen hakkın kapsamı çok geniş olduğundan ve ticaret serbestisinin önüne geçebilme ihtimalinden dolayı ek bir önlem alınmıştır. 2017/1001 sayılı Tüzüğün 17. giriş paragrafı ile üçüncü kişi tarafından tecavüze konu malların piyasaya sunulacağı ülkede bunların piyasaya sunulmasını marka hakkı sahibinin engelleyemeyeceğini ispatlaması durumunda marka hakkı sahibinin engelleme hakkının ortadan kalkacağı düzenlenmiştir.

Marka hakkından doğan korumanın pekiştirilmesi açısından sadece taklit marka ile ticaretin önlenmesine ilişkin tedbirlerle yetinilmemiş, marka hakkı sahibine bu ticaretin gerçekleşme ihtimaline karşı hazırlık hareketlerine de müdahale hakkı tanınmıştır. Tescilli bir Avrupa Birliği Markasının aynı veya benzerini hukuka aykırı şekilde mal veya ambalaj üzerine konulması ve söz konusu “işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi” de 2017/1001 sayılı Tüzüğün 20. giriş paragrafına göre 10. madde kapsamında hak sahibi tarafından engellenebilecektir.

Marka hakkı sahibine sağlanan münhasır yetkiler, üçüncü kişilerin belirli işaretleri ticaret alanında hukuka uygun şekilde kullanmalarının önüne geçmemesi için 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü’nün 14. maddesinde yeni düzenlemelere gidilmiştir. Bunlara göre gerçek kişilerin isimlerinin ticaret unvanı olarak kullanması veya işletmelerinin adresleri korunan bir marka hakkı ile çekişiyorsa bunların kullanılmasına marka hakkı sahibi karşı çıkamayacaktır.⁴⁶⁴ Değişikliğin açıklandığı 2017/1001 sayılı Tüzüğün 21. giriş paragrafına göre çekişmeli bir durumda ticaret unvanına sonradan tescil edilen markalara karşı sınırsız koruma sağlanacağından korunacak unsur sadece üçüncü kişinin kişi adı olabilecektir.

2017/1001 sayılı Tüzüğün 14. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde Sınai Mülkiyet Kanununda rastlamadığımız bir değişiklik söz konusudur. 2017/1001 sayılı Tüzüğün 21. giriş paragrafına göre yapılan değişiklikle ayırt ediciliği olmayan işaretlerin üçüncü kişilerce kullanılması yasaklanamayacaktır. Türk Hukukunda Sınai Mülkiyet Kanunu’nun kabulünden önce 556 sayılı KHK’da de buna ilişkin yazılı bir düzenleme bulunmasa bile 3.1.4.1. Geleneksel Anlamda Ayırt Edicilik başlığı altında incelediğimiz üzere herkesin kullanımına açık bırakılması gereken işaretlerin veya ayırt edicilik anlamında zayıf karakterli işaretlerin marka olarak tescil

464 2017/1001 sayılı Tüzük 14. madde 1. fıkra a bendi - Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX: 32017R1001 E.T. 04.01.2018>).

edilemeyeceğine, tescil edilmişlerse de korunamayacaklarına dair bilirkişi raporları düzenlenmiştir. Mevzuat kanunda ve doktrinde kabul edilen bir uygulamayı Türk kanun koyucunun neden kanun metnine almadığı merak konusudur.

Bir sonraki değişiklikte ise marka hakkının tüketilmesi ilkesi ele alınmıştır. Avrupa Birliği Markası Tüzüğü'nün 15. maddesine göre Avrupa Ekonomi Alanı⁴⁶⁵ içinde marka hakkı sahibinin izni ile hukuka uygun şekilde piyasaya sunulan mal ve/veya hizmetlerin piyasaya sunulmasından sonra ticaretinin engellenmesi mümkün değildir. Ürünlerin piyasaya sunulmasından sonra vasıflarında bir değişim olması istisna olarak sayılmıştır. Bu gibi durumlarda 2017/1001 sayılı Tüzük'ün 22. giriş paragrafına göre marka hakkı sahibi piyasaya arzın devamını engelleyebilecektir.

Diğer bir değişiklik ise 2017/1001 sayılı Tüzük'ün 25. giriş paragrafındaki markayı kullanma zorunluluğu konusu ile ilgilidir. Burada 2017/1001 sayılı Tüzük'ün 18. maddesinin 1. fıkrasının a bendi yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre Avrupa Birliği Markası'nın ayırt edici karakterini etkilemeden, tescilli hallinden farklı olarak yeni unsurlarla kullanılması da, yeni unsurlar tescil edilmese bile markanın kullanıldığı anlamına gelecektir.

Buraya kadar bahsedilen değişiklikler Avrupa Birliği Markası hakkına ve kapsamına ilişkin yapılan yeni düzenlemelere dair idi. 2017/1001 sayılı Tüzük'te Avrupa Birliği Markası ile ilgili 28. giriş paragrafında sınıflandırma, 29uncu giriş paragrafında inceleme, 27. giriş paragrafında başvuru gibi tescil sürecine dair değişiklikler ele alınmıştır. 26. giriş paragrafında lisans verilmesine ilişkin, 30. 31. 32. ve 33. giriş paragrafındaki şikayet ve temyiz mercilerine dair yapılan değişiklikler gibi daha birçok konuda düzenleme yapılmıştır.

Marka hakkı ile sağlanan hukuki korumayı Avrupa Birliği çapında pekiştirmek ve üye devletlerin arasındaki iş birliğini koordine etmek için çeşitli yenilikler getirilmiştir. Bunların arasında dikkat çeken, 2017/1001 sayılı Tüzük'ün 35. giriş paragrafındaki Avrupa Birliği Markası hakkından doğan uyuşmazlıklarda daha düşük maliyetli, hızlı ve etkili bir çözüm yolu sunmak adına gelecekte bir Tahkim Merkezi'nin kurulması için Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin görevlendirilmesi fikridir. Tahkim Merkezine dair düzenleme bir tavsiye niteliğinde olup tüzük metninde hayata geçirilmemiştir. Buna rağmen Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin görevlerinin sayıldığı 151. maddede Ofisin gönüllü bir tahkim hizmeti ile taraflar arasındaki dostane çözüme yardımcı olabileceği düzenlenmiştir.

465 ing.: European Economic Area

3.2.2. Avrupa Birliğinde Ana Hatları ile İç Pazar Kavramı

İç pazar kavramı Avrupa Birliğinin ticari alt yapısının ana hatlarından birini oluşturmaktadır. Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 26. maddesinin 2. fıkrasında iç pazarın tanımı yapılmıştır. Buna göre “iç pazar, Antlaşmalar’ın⁴⁶⁶ hükümlerine uygun olarak, içinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların olmadığı bir alanı kapsar”.⁴⁶⁷ İç pazar terimi 1986’da Avrupa Tek Senedi ile Antlaşmalar’a girmiş ve ortak pazar teriminin yerini almıştır. Ancak ortak pazar teriminin kullanıldığı maddeler de hala mevcuttur ve Antlaşmalar bu iki terimin arasındaki ilişkiyi açıklamamaktadır.⁴⁶⁸

İç pazarın sağlanması Avrupa Birliği Antlaşmasının 3. maddesinin 3. fıkrasında Birliğin hedeflerinden biri olarak sayılmıştır. İç pazarın gerçekleştirilmesi ve sürdürülmesi için Birlik gerekli önlemleri alma ve buna yönelik düzenlemeler yapma mükellefiyeti altındadır.⁴⁶⁹ Malların serbest dolaşımı 1957’den beri, o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğunun gözünde ana hedeflerden biriydi çünkü geçmişte tüm üye devletlerin kendine özel yüksek gümrük tarifeleri ve mal dolaşımını denetleyen sıkı kuralları vardı. Ülkelerin kendilerine özel birbirinden farklı düzenlemelerine uymak ve vakit kayıplarına yol açan formalitelerle uğraşmak hem ithalatçıların hem de ihracatçıların işlerini zorlaştırıyor ve ülkeler arası ticareti sekteye uğratıyordu.⁴⁷⁰

1957’de yapılan Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 3. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde iç pazar, üye devletlerin arasındaki serbest mal, kişi, hizmet ve sermaye dolaşımının önündeki engelleri kaldırmanın sonucu olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla temel özgürlükler kullanılmasının önündeki engellerin kaldırılması ile iç pazarın sağlanması hedefine ulaşılabacaktır.

466 **Antlaşmalar’dan** kasıt Lizbon Antlaşması ile kabul edilen Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmadır (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017).

467 **Thiele**, Alexander: Europarecht, Niederle Media, 8. Auflage, 2011, s. 193.

468 **Enchelmaier**, Stefan: Europäisches Wirtschaftsrecht, Verlag W. Kohlhammer, München 2005, s. 21.

469 **Kilian**, Wolfgang: Europäisches Wirtschaftsrecht, Verlag C. H. Beck, 4. Auflage, Darmstadt 2010, s. 15.

470 **Hakenberg**, Waltraud: Europarecht, Verlag Franz Vahlen, 5. Auflage, München 2010, s. 85; **Fammler**, Michael: Die Exportmarke-Zugleich ein Beitrag zu ausgewählten Fragen der Europäischen Gemeinschaftsmarke und des internationalen Markenschutzes, Peter Lang, Konstanz 1989, s. 34. İç pazarın daha etkili çalışabilmesi için üye devletlerin marka hukuklarından etkilenmeyecek bir markanın düşüncesi 1958’lere Roma Sözleşmesinin yapımına dayanmaktadır. **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 364.

Antlaşmalar'a uygun şekilde üye devletler pazarlarının giderek birbirlerine yaklaştırılması ve kaynaşarak tek bir pazar haline gelmesi doğrultusunda ekonomi politikaları gütmelidir.⁴⁷¹

Bu noktada belirtmek gerekir ki Avrupa Birliği iç pazarının belirleyici özelliklerinden biri üye devletlerin mümkün oldukça ticari faaliyetlere karışmamasıdır, devlet müdahaleleri sıklıkla gereksiz masraf faktörü olarak görülmekte ve uygulamanın söz konusu olduğu pazarların verimliliğini azalttığı düşünülmektedir. İç pazarın verimliliğini arttırmak her bir üye devlet açısından bakıldığında olumlu sonuçlar anlamına gelmese de Avrupa Birliği vatandaşlarının yani tüketicilerin çıkarına hizmet etmektedir.⁴⁷²

Böyle bir pazarda her birlik vatandaşı ve teşebbüsü tüm üye devletlerin ticari hayatına sanki kendi üye devletlerindeymiş gibi katılma imkanını haiz olmalıdır.⁴⁷³ Bu amaca hizmet edecek önlemler yasaklar şeklinde Antlaşmalar'da kendini göstermektedir. Yasaklar 4 tane temel özgürlüğün kısıtlanmasını engelleyecek şekilde düzenlenmiştir. Bunlar, “malların serbest dolaşımı, kişilerin (işçilerin ve işverenlerin) serbest dolaşımı, hizmetlerin serbest dolaşımı ve sermayenin serbest dolaşımı” olarak Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın sırasıyla 34., 49., 56., ve 63. maddelerinde sayılır.⁴⁷⁴ Şimdi iç pazar hedefinin hayata geçirilmesini ve sürdürülmesini sağlayan temel unsurlardan bahsedeceğiz.

3.2.2.1. Gümrük Birliği

Aslen malların serbest dolaşımı ile başlayan sonradan kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlanması ile tamamlanan iç pazarın gerçekleştirilmesi için ilk adım gümrük birliğinin gerçekleştirilmesi olmuştur. Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 28. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen gümrük birliğine göre üye devletlerin ülkeye giriş veya ülkeden çıkış gümrük vergileri veya aynı etkiyi doğuracak herhangi bir ücreti düzenlenmesi yasaklanmıştır. Bunun dışında Avrupa Birliği dışındaki üçüncü ülkelerle olan ticarete uygulanacak ortak bir gümrük tarifesinin kabul edilmesi zorunluluğu düzenlenmiştir.

Üye ülkelerin maliye bakanlıkları Avrupa Birliği içindeki gümrük hasılatlarından tamamen vazgeçmiştir. Ancak üçüncü ülkeler için aynısı geçerli değildir. Üçüncü ülkelere karşı gümrüklerin düzenlenme yetkisini üye devletler Avrupa Birliğine devredilmiştir. 1986'da

471 **Enchelmaier**, Wirtschaftsrecht, s. 21; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 34.

472 **Thiele**, Europarecht, s. 193.

473 **Enchelmaier**, Wirtschaftsrecht, s. 22.

474 **Thiele**, Europarecht, s. 194.

Avrupa Birliği dış gümrüklerinde Ortak Gümrük Tarifesi⁴⁷⁵ yürürlüğe koymuştur. Avrupa'daki gümrük birliğinden önce Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması⁴⁷⁶ dünya ticaretinin gümrüklendirilmesini düzenlemekteydi ve Avrupa Birliğinin kurucu ülkeleri de Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasına taraftır. Bu sebeple Ortak Gümrük Tarifesi bu antlaşmanın gereklerine uygun olarak şekillendirilmiştir. Ortak Gümrük Tarifesi nomenklatürü yani malların sınıflandırılması da Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının nomenklatüründen esinlenilmiştir.⁴⁷⁷

Ayrıca belirtmek gerekir ki üye devletler Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 33. maddesi kapsamında gümrük konularında işbirliği yapma zorunluluğu altındadır.

3.2.2.2. Ayrımcılık Yapmama İlkesi⁴⁷⁸

İç pazar hedefinin gerçekleştirilmesini sağlayan temel unsurlardan bir diğeri ise ayrımcılık yapmama ilkesidir.⁴⁷⁹ Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 18. maddesine göre Antlaşmaların uygulama alanına giren tüm konularda vatandaşlığa dair herhangi bir ayrımcılık yapmak yasaktır. Nasıl ki kişileri ilgilendiren meselelerde vatandaşlık kriteri ayrımcılık için baz alınıyorsa mallar için de menşei ülke dolayısıyla ayrımcılık yapmak yasaklanmıştır.

Avrupa Birliğinin ilk yıllarında sıklıkla vatandaşlığa ve menşei ülkeye yönelik ayrımcılığa rastlanabilmekteydi fakat artık üye devletler bu şekilde dolaysız ayrımcılık hareketlerinden sakınmaktadırlar. Hala görülen ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına her gün konu olmaya devam eden ayrımcılık çeşidi dolaylı ayrımcılıktır. Dolaylı ayrımcılığa örnek vermek gerekirse kişinin ikametgah ülkesi, eğitim gördüğü ülke gibi vatandaşlık ile direkt bağlantılı olmayan ancak ayrımcılık konusunda aynı etkiyi sağlayacak kriterlerden bahsedilebilir.⁴⁸⁰

Ayrımcılık yapmama ilkesi temel özgürlükler ile dolaysız olarak bağlantılıdır. Kişileri ve malları çıkış ülkeleri sebebiyle yerel mallara ve ülke vatandaşlarına kıyasla farklı muamelelere tabi tutmak yasaklanmıştır. Yani 18. maddede düzenlenen genel ayrımcılık yapma yasağının farklı alanlara yansması temel özgürlüklerin özünü oluşturmaktadır.⁴⁸¹

475 ing.: Common Customs Tariff

476 ing.: General Agreement on Tariffs and Trade

477 **Hakenberg**, *Europarecht*, s. 86.

478 ing.: non-discrimination principle.

479 Paris sözleşmesindeki “yerli ile eşit işlem” ilkesiyle kıyaslanabilir. Ayrıca bkz. **Arkan**, s. 31; **Çağlar**, s. 8; **Yasaman** vd., s. 36.

480 **Thiele**, *Europarecht*, s. 201.

481 **Thiele**, *Europarecht*, s. 201.

Temel özgürlüklerden konumuzla daha ilgili olan malların serbest dolaşımının düzenlendiği Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 34. maddesine göre; “üye devletler arasında, ithalata ilişkin miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler yasaktır”. Burada ‘eş etkili tüm tedbirler’ in yasaklanmasındaki amaç ülkelerin üzeri kapalı bir şekilde kendi ürünlerini iç pazarlarında avantajlı hale getirmeye çalışmalarını engellemektir.⁴⁸²

Avrupa Birliği Adalet Divanı eş etkili tüm tedbirleri oldukça geniş yorumluyor ve tarihi Dassonville Kararı⁴⁸³ ile eş etkili tüm tedbirler artık, “üye devletlerin, topluluk içi ticareti dolaylı veya dolaysız, gerçekten veya potansiyel olarak etkilemeye uygun tüm ticari düzenlemeleri” kapsamaktadır. Ancak böylece yasağın uygulama alanı o kadar genişlemiştir ki üye devletlerin ayrımcılıkla alakası olmayan düzenlemeleri bile iç pazar ile ilintili vakalarda yasağa takılarak geçersiz hale gelmiştir. Bunun üzerine Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne gelen yeni davalarda yasağın kapsamını biraz olsun daraltmaya çalışmıştır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Dassonville Kararı ile neredeyse ticarete dair tüm düzenlemeleri kapsar hale gelen yasağı daraltmaya çalıştığı Cassis de Dijon Kararı⁴⁸⁴ ile bundan böyle “zorunlu hallerde” ayrımcılığa sebep olmayacak önlemlerin alınması serbest kılınacaktır. Kararda zorunlu hallere örnek olarak vergi denetlemeleri, halk sağlığı, ticaret hayatının gerekleri veya tüketicinin korunması verilmiştir. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı yine çok ünlü Keck Kararında⁴⁸⁵ malların pazarlamasına dair önlemlerin (örn. satış ve pazarlama yöntemleri, ürün sunumları, reklamlar) ayrımcılığa sebep olmadıkları sürece serbest bırakılacağına karar verilmiştir.

3.2.3. İç Pazarın Üye Devletlerin Marka Hukukları Üzerindeki Etkisi:

Uyumlaştırma ve Yeknesaklaştırma

İç pazar kavramı ticaret hayatının gelişimini, şimdilik 28 üye devletin⁴⁸⁶ tek bir pazar alanı olarak işleyebilmesini sağlayacak şekilde yönlendirmelidir. İç pazarın yapı taşlarını oluşturan serbest mal ve/veya hizmet dolaşımı ile serbest rekabetin kusursuz şekilde işleyebilmesi için tüm iç pazarda geçerli olacak yasal düzenlemelere gerek duyulmaktadır. Bu anlamda bir yandan

482 Hakenberg, Europarecht, 87; Fammeler, Die Exportmarke, s. 24.

483 ABAD’ın 11 Temmuz 1974 tarihli 8/74 sayılı Dassonville Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

484 ABAD’ın 20 Şubat 1979 sayılı 120/78 sayılı Cassis de Dijon Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

485 ABAD’ın 24 Kasım 1993 tarihli C-267/91 ve C-268/91 sayılı Keck Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

486 Brexit öncesi.

üye devletlerinin marka hukuklarının uyumlaştırılması gerekirken diğer yandan teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerini tüm Avrupa Ekonomik Alanı içerisinde ülke sınırlarına önem vermeden kendi markaları ile işaretleyebilecekleri özel bir markanın oluşturulması ihtiyacı hasıl olmuştur.⁴⁸⁷ İlk hedefin gerçekleştirilmesi üye devletlerin marka hukuklarının uyumlaştırılmasına bağlı iken ikinci hedef için yeknesak bir hukuk düzeninin kurulması kaçınılmaz olmuştur. Marka ile ilgili konuların Avrupa Birliği düzeyinde işlenmesi birlik tarihinde aslen yeni sayılabilecek bir gelişmedir. Ortak bir markaya dair düzenlemelerin veya uyumlaştırılmış marka hukukunun oluşturulması, iç pazarın başkaca parçalarına dair yapılan düzenlemelerin epey gerisinde kalmıştır.⁴⁸⁸ Ortak bir marka oluşturulması gereksinimin ilk olarak tanınması 1958’te Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma anlaşmasının yürürlüğe girişi ile olmuştur.⁴⁸⁹

1994’te kurulan Avrupa Marka Kurumu olarak da anılan İç Pazarı Uyumlaştırma Ofisi yani şimdiki⁴⁹⁰ adı ile Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi⁴⁹¹ ilk başvurularını İspanyanın Alicante şehrinde 1 Ocak 1996’da, yani Avrupa düzeyinde bir marka sisteminin ilk önerilmesinden 38 yıl sonra, almaya başlamıştır.⁴⁹² Kimsenin “Ben 1 Numarayım!” diyememesi için tescil kayıt numaraları 30 ile başlatılmıştır.⁴⁹³ Kurumun bütçe planı 1996 yılının tamamında tahmini 15.000 başvuruya göre hazırlanmasına rağmen henüz kurumun kurulmasının üzerinden birkaç ay geçmiş olmasına rağmen 1 Nisan 1996’da 21.000 başvuruya ulaşılmıştır.⁴⁹⁴ 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü ile kurulan Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi, 23 Mart 2016’dan önceki isminden⁴⁹⁵ de anlaşılacağı üzere, Avrupa Birliği Antlaşmasının 3. maddesinin 3. fıkrasında Avrupa Birliğinin kuruluş amaçlarından olarak sayılan iç pazarı kurma ve sürdürme hedefine hizmet etmektedir.⁴⁹⁶

487 **Bumiller**, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, s. 1; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 21; **Krieger**, Markenrecht im Werden, s. 280; **Meister**, Marke und Recht, s. 89.

488 **Prandzioch**, Annette B.: Das Europäische Markenamt, Funktion und Bedeutung der Gemeinschaftsmarke, Dr. Kovac, Hamburg 1999, s. 34; **Schwartz**, Ivo: Das Markenrecht in der Europäischen Gemeinschaft – Eine Zwischenbilanz, GRUR Int. 1981, s. 1; Sebep olarak önceliğin patent hukukuna verilmesi gösterilebilir. **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 363 ve **Beier**, Stand und Aussichten, s. 151.

489 **Klaka/Schulz**, Die Europäische Gemeinschaftsmarke, s. 9; **Ingerl**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 15; **Meister**, Marke und Recht, s. 89.

490 2015/2424 sayılı Tüzük ile 23 Mart 2016dan beri (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015R2424 E.T. 06.04.2018>).

491 **ABFMO** resmi sitesi.

492 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 1; **Arkan**, s. 5-6.

493 **Das Costa Blanca Nachrichten Magazin**, 14. bis 20. Juni 1996/652, s. 60.

494 **Meister**, Marke und Recht, Önsöz.

495 İç Pazarı Uyumlaştırma Ofisi

496 **Schwartz**, s. 6.

Uyumlaştırma süreci ve yeknesak marka düzenlemelerinin ayrıntılarına değinmeden önce belirtilmelidir ki iki sistem birbirinden bağımsızdır ve tüzüklerin kapsamına giren konularda yapılan çalışmalar direktiflerin kapsamı için geçerliliğe sahip değildir.⁴⁹⁷ Yine de takdirin mümkün olduğunca aynı yönde kullanılması önerilir.⁴⁹⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı da aynı olay tablolarına ilişkin hukuki soruların cevaplandırılmasında uyumlu cevaplar vermektedir.⁴⁹⁹

3.2.3.1. Marka Hukukuna Dair Uyumlaştırmanın Süreci

İç pazar kavramı her daim uyumlaştırma fikrinin merkezinde olsa da zamanla iç pazara bakış açısı değişmiştir. Uyumlaştırma fikri zamanla bir evrim geçirmiş ve Avrupa Birliğini yeni boyutlara taşımıştır.⁵⁰⁰ Ancak marka hukuku alanında ortak düzenlemelere uyma ihtiyacı Avrupa Birliğinin çok öncesine dayanır. Avrupa Birliği kurucu devletlerin müdahil olduğu pek çok uluslararası antlaşma Avrupa Birliğinin markalar konusunda çizeceği yolu 20. yüzyılın ilk yıllarında şekillendirmeye başlamışlardır.⁵⁰¹ Avrupa Birliğinin üye olduğu marka hukukuna dair çok taraflı antlaşmaları şöyle sıralamak mümkündür; 1883’de Sınai Mülkiyetin Korumasına Dair Paris Sözleşmesi, 1891’e dayanan Madrid Antlaşmasına İlişkin Protokol, 1961’de yürürlüğe giren Marka Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırmasına İlişkin Nis Anlaşması, 1973’deki Markaların Figüratif Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Antlaşması, 2006’da imzalanan Marka Kanununa İlişkin Singapur Antlaşması, 1994’deki Marka Kanunu Antlaşması (TLT), 1994’deki Ticaretle İlgili Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin TRİPS Antlaşması.⁵⁰²

Bu antlaşmaların çoğu dünya çapında üye havuzlarına sahip olduğundan Avrupa Birliğinin sıra dışı ortak pazar kurma hedefine tam hizmet edemiyorlardı. Malların ihracatı ve ithalatı ile çıkan sorunları aşmak için 80’li yılların sonlarından beri ulusal mevzuatları uyumlaştırmak için büyük bir hareket başlatılmıştır.⁵⁰³ Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 3. maddesinin h bendinde

497 bkz.: **EuGH**, GRUR 2008, s. 339-341 (Nr.65, 66) Develay/HABM; **EuGH** GRUR-RR 2008, s. 335(Nr. 58) Aire Limpio; **EuGH** GRUR Int. 2006, s. 507-509 (Nr. 56-59) COMP USA; GRUR Int. 2007, s. 597-599 (Nr.42) TERRA-NUS kararlar için (<https://www.beck-online.beck.de E.T. 02.04.2018>). Aksi yönde **Schwartz**, s. 2, ona göre uyumlaştırma ve yeknesaklaştırma süreçleri birbirlerini tamamlamakta ve bu sebeple birlikte ele alınıp değerlendirilmeleri gerekmektedir. **Schwartz**, s. 2.

498 **Hacker**, Markenrecht, s. 22.

499 **EuGH** GRUR 2006, s. 146, Class International/Colgate-Palmolive; GRUR 2008, s. 608-610 (Nr.54) EUROHYPO kararlar için (<https://www.beck-online.beck.de E.T. 02.04.2018>).

500 **Ellins**, Julia: Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, Duncker und Humblot, Berlin 1997, s. 246.

501 **Hakenberg**, Europarecht, s. 206.

502 Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi Internet Sayfası, ayrıca bkz.: **Fezer**, Markenrecht, s. 2672 vd.

503 **Hakenberg**, Europarecht, s. 207.

Topluluğun faaliyetlerin biri “Üye Devletler ulusal mevzuatının, ortak pazarın işleyişinin gerektirdiği ölçüde birbirine yaklaştırılması” olarak sayılmıştır. Ardından ortak pazarın 12 yıllık bir süre içerisinde adım adım nasıl kurulacağı anlatılmış ve bir sonraki maddede ortak pazarın (şimdiki iç pazar) 31.12.1992 tarihine kadar kurulmuş olacağı düzenlenmiştir.⁵⁰⁴

Bunun üzerine Antlaşmanın iç pazar hedefine yakınlaştıracak şekilde fikri ve sınai mülkiyete ilişkin pek çok alanda ulusal mevzuatları uyumlaştırma çalışmaları başlatılmış bu yönde direktifler kabul edilmiştir.⁵⁰⁵ Uyumlaştırmalar için en uygun yasama tasarrufu direktiflerdir, bunlar birer çerçeve yasa görevi görür ve belirli bir süre içinde ulusal mevzuatın direktif doğrultusunda değiştirilmesi sağlanır.⁵⁰⁶ 80’lerin sonlarında başlayan uyumlaştırma sürecinde kabul edilen direktiflerden uygulamada en büyük anlam ifade edeni, marka hakkı korumasının elde edilişi, korumanın devamı ve kapsamı ile ilgili yeknesak düzenlemelerin kabul edildiği 89/104 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Direktifi olmuştur. Bu direktif aynı zamanda hakkı ihlal edilen marka sahibinin talepleri ve usul hukukuna ilişkin uyumlaştırmalarda da bulunmuştur.⁵⁰⁷

Direktiflerle –giderek detaylanan direktifler sebebiyle bunu söylemek artık zorlaşsa da – genellikle kısmi bir uyumlaştırma elde edilebilmektedir. Siyasi açıdan yapılabileceklerle göre söz konusu hukuk alanına ait belirli sektörler direktif metinlerinden çıkarılabilmekte veya bunların düzenlemeleri açılış maddelerinde daha genel şekilde ele alınarak üye devletlere uygulama konusunda takdir yetkisi bırakılabilmektedir.⁵⁰⁸

21 Aralık 1988 tarihinde kabul edilen 89/104 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Direktifi büyük ölçüde Avrupa Birliği Adalet Divanının Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 30uncu maddesine (şimdiki Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 34. maddesi) ilişkin davalarda verdiği kararlar ile şekillenmiştir. Bu sebeple Avrupa Birliği Adalet Divanının üye devletler arasında miktar kısıtlamalarının yasaklanmasına yani malların serbest dolaşımına dair verdiği geçmiş tarihli kararlar bu direktifi daha iyi anlamakta yardımcı olacaktır.⁵⁰⁹

Üye devletlerin direktif ile ulusal mevzuatlarını uyumlaştırdıktan sonra bu düzenlemelerin uygulanması yine direktifin amaç ve lafzı ile uyum içinde olmalıdır. Bu düzenlemelere dair

504 **Marx**, Markenrecht, s. 122; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 43.

505 Detaylı bir liste için **Hakenberg**, Europarecht, s. 207.

506 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 389; **Arkan**, s. 3.

507 **Hakenberg**, Europarecht, s. 207.

508 **Marx**, Markenrecht, s. 123. Bu sebeple üye devletlerinin marka hukuklarını uyumlaştıran ilk direktifler sadece temel konulara değinmiş ve böylece geniş bir esneklik imkanı sağlanmıştır. **Schwartz**, s. 1-2.

509 **Enchelmaier**, Wirtschaftsrecht, s. 98.

uyuşmazlıklarda Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 177. maddesine göre ulusal mahkemelere bir ön karar⁵¹⁰ almak için Adalet Divanına başvurma hakkı tanınmıştır. Eğer söz konusu mahkeme iç hukuk düzenlemeleri uyarınca kararlarına itiraz edilemeyen kanun yolunun kapalı olduğu ulusal bir mahkeme ise Avrupa Birliği Adalet Divanına başvurması zorunluluk oluşturmaktadır.⁵¹¹

Direktifler özel kanun yani *lex specialis* olduğundan Avrupa Birliği birincil mevzuatına göre uygulanma öncelikleri vardır. Ancak bu konuda *lex superior* yani öncelikli kanun meselesinin bir istisnası mevcuttur. Avrupa Birliği Adalet Divanının içtihadına göre somut olayda direktif ile Avrupa Birliği Adalet Divanının Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 30. maddesi (şimdiki Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 34. maddesi) çelişki içerisinde ise olay çözümünün yorumlanmasında 30. maddenin hiyerarşik olarak öncelikli kullanılması gerekmektedir.⁵¹²

89/104 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Direktifin yerini zaman içindeki değişikliklerin kodifiye edilmesi ile 2008/95 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktif almıştır. Yine Avrupa Birliği Adalet Divanının kararları ve zaman içinde doğan ihtiyaçların doğrultusunda yapılan değişikliklerle şuan güncel olarak yürürlükte bulunan 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Direktif kodifiye ve kabul edilmiştir.

1988’de kabul edilen ilk direktif (89/104/EEC sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Direktifi) Avrupa Birliği içerisinde tescilli markayı düzenleyen maddi hukuka dair bir uyumlaştırma oluşturulması amacını güder.⁵¹³ Ancak belirtmek gerekir ki bu düzenleme girişiminden önce marka hukuklarının birliğini sağlamak için uluslararası bir anlaşma imzalanması söz konusu edilmiş fakat 70’li yılların ortasında bir strateji değişikliği oluşmuştur. Uluslararası anlaşma yerine, üye devletlerin ulusal mevzuatlarını

510 alm.: Vorabentscheidung

511 **Marx**, Markenrecht, s. 123; **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 391; Ayrıca bkz.: Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 177. maddesinin 3. fıkrası ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 234. maddesinin 3. fıkrası (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017).

512 **Enchelmaier**, Wirtschaftsrecht, s. 98. Ayrıca bkz.: **ABAD’ın** 1996 tarihli C-427 sayılı Bristol Myers-Squibb Kararı, 1997 tarihli C-352/95 sayılı Phyteron International/Bourdon Kararı, 1997 tarihli C-349-95 sayılı Loendersloot/Ballantine Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

513 **Fröhlich**, Die Relevanz der Markenform, s. 22; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 43.

uyumlaştırmak için direktifler çıkarma ve aynı zamanda tüzükler aracılığı ile özerk ve tekdüze bir marka hukuku oluşturma çabalarına girişilmiştir.⁵¹⁴

3.2.3.2. Yeknesak Düzenlemeye Dayalı Ortak Bir Markanın Oluşturulması

Direktiflerin iki aşamalı sistemi, yani Avrupa Birliği organlarının direktifi kabul etmesi ve üye devletlerin direktif doğrultusunda kendi ulusal mevzuatlarını değiştirmeleri, genel olarak ulusal mevzuatın sadece birbirine yakınlaşmasını sağlamaktadır. Üye devletin takdir yetkisini uyumlaştırma hareketleri esnasında büyük ölçüde kısıtlayan detaylı direktifler istisnai olarak görülmektedir. Buna karşılık Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 189. maddesi ve şimdiki haliyle Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 249. maddesine göre tüzükler ile üye devletlerin ulusal mevzuatlarının yeknesaklaştırılması ulusal mevzuatın yerine geçmeyi hedeflemektedir.⁵¹⁵

Hem tüzükler hem direktifler iç pazarın kurulup pürüzsüz şekilde işlemesine ve mal, hizmet, kişi veya sermayenin sınırları önemsemeden Avrupa Ekonomik Alanı içerisinde serbestçe dolaşmasına hizmet etmektedirler. Bu amaç doğrultusunda hamlelere girişilmeden önce yani, farklı hak sahiplerine ait benzer veya aynı markaların kullanımı her bir üye devlette korunabiliyor iken uyumsuzluklar veya uyumsuzluk tehlikeleri kaçınılmazdı. Birbirinden bağımsız kişilerce farklı ülkelerde tescil ettirilen aynı veya benzer markaların varlığı, bir marka hakkı sahibine kendi ülkesinde tescilli markanın farklı ülkede de tescilli olmasına rağmen başkası tarafından kullanılmasını engelleme imkanı tanımaktaydı.⁵¹⁶

Geçmişte düzenleme eksikliği o kadar hissedilirdi ki 1980 yılında elde edilen verilere göre birlik içerisindeki toplam marka sayısının dörtte biri birbirinin aynı veya benzer markalardan oluşmaktaydı. Çekişmeli markalar⁵¹⁷ olarak adlandıran bu markaların sayısı o yıllarda bazı tahminlere göre birkaç yüz bini aşındı.⁵¹⁸

514 **Sosnitza**, Markenrecht, s. 113; **Krieger**, Markenrecht im Werden, s. 280; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 19; **Schwartz**, s. 2.

515 **Marx**, Markenrecht, s. 125; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 19.

516 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 36; **Enchelmaier**, Wirtschaftsrecht, s. 101; **Schwartz**, s. 1. Ayrıca bkz. **ABAD’ın** 1993 tarihli C-317/91 sayılı Renault/Audi “Quattro/Quadra” Kararı ve 1976 tarihli 119/75 sayılı Terrapin/Terranova Kararı ([https://dejure.org/E.T. 28.03.2018](https://dejure.org/E.T.28.03.2018)).

517 alm.: Konfliktmarken

518 Neues Markensystem für die Gemeinschaft, Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Vor-schlag für eine Richtlinie, Vorschlag für eine Verordnung, Beilage 5/80, s. 55; **Schwartz**, s. 1; Birlik

Çekişmeli markaların kullanımı o dönem iç pazar için tüm üye devletlere yasaklanmıştır. Bu yasak aslen malların serbest dolaşımı temel özgürlüğüne aykırı olarak gözüke de Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 36. maddesine göre serbest dolaşımın istisnalarından biri olarak kabul edilen sınai mülkiyet haklarının korunması söz konusu olduğundan yasak hukuka uygun hale gelmektedir.⁵¹⁹

Ayrıca bir üreticinin Avrupa'nın farklı ülkelerinin pazarlarında ürünlerini farklı fiyata satarken, düşük fiyatlı ürünlerin satıldığı ülkede ürünleri toplu olarak satın alıp yüksek fiyatlı ürünlerin satıldığı ülkelere bu ürünlerin ticaretinin yapılması yani paralel ithalatta sorunlar yaşanmaktaydı. Marka hakkının tükenmesi⁵²⁰ bölgesellik prensibine dayalı olduğundan bir ülkede piyasaya sunulan ürünlerin satın alınıp başka ülkelerde piyasaya sunulması engellenebiliyordu. Bu konu da ticaretin aksamasına iç pazarın sağlayacağı özgürlüklerin önüne geçilmesine sebep oluyordu.⁵²¹

Bu sorunların çözümü ise tek bir sicile tescil edilen ve dolayısıyla marka hakkının Avrupa genelinde korunması için her ülkede ayrı tescil gerektirmeyen bir markanın oluşturulmasıydı. Bölgesellik prensibinin Avrupa genelini kapsamı ve dolayısıyla marka hakkının tüm üye devletlerde aynı anda tükenmesinin sağlanması ise paralel ithalat sorununa çözüm oluşturmaktaydı.⁵²² İç pazarın daha etkili çalışabilmesi için üye devletlerin marka hukuklarından etkilenmeyecek bir markanın düşüncesi 1958'lere Roma Sözleşmesinin yapımına dayanmaktadır.⁵²³

Fakat zamanla Avrupa Birliği Adalet Divanının kararlarıyla markalı ürünlerin birlik içindeki dolaşımı oldukça kolaylaşmış olduğundan paralel ithalat, marka hakkının tükenmesi Topluluk Markasının oluşturulmasındaki ana sebep olarak gösterilemeyecektir.⁵²⁴ Zaten bir markanın farklı üye ülkelerde aynı anda koruma elde etmesinin önündeki engel paralel ithalat düzenlemeleri değil devletlerin marka hakkına koruma tanınmasına dair farklı koşullara sahip olmalarıdır.⁵²⁵ 89/104/AET sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Direktifi ile bu sorun çözülmeye çalışılmıştır ancak

çapında o dönem için ulusal sicillerde 1.5 milyon marka tescilli idi, **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 363.

519 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 34; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 26.

520 **Kılıçoğlu Yılmaz**, Sınai Mülkiyet Kanunu, s. 29.

521 **Hakenberg**, Europarecht, s. 206; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 29; **Beier**, Stand und Aussichten, s. 151; **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 363; **Berlit**, Markenrecht, N. 328, **Schwartz**, s. 1.

522 **Bumiller**, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, s. 1; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 20; **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 363.

523 **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 363.

524 **Marx**, Markenrecht, s. 125; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 22; **Schwartz**, s. 1.

525 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 37; **Beier**, Stand und Aussichten, s. 151.

uyuşmazlıkların ana sebebi giderilememiştir. Tescil usulleri veya marka olabilecek işaretlere dair düzenlemeler uyumlaştırılrsa da yine farklı ülkelerde aynı markanın tescil edilmesinin yani çekişmeli markaların önüne ge ilemeyecekti.⁵²⁶ Asıl sorunun çözümü sınırları açan, birlik çapında, tek tip tescil koşulları sağlayan ve rüçhan hakkının mümkün olduğunca ayrıntılı bir şekilde incelendiği bir birlik markasının oluşturulmasıydı.⁵²⁷

1996'dan beri markasını kendi bulunduğu ülke haricinde kullanmak isteyen tacirler markalarını Avrupa Fikri Mülkiyet Ofisindeki Topluluk Markası siciline tescil ettirebilmektedirler.⁵²⁸ Ancak bu tescil bir zorunluluk olmayıp markalarının tescilli olduğu ülkenin dışına çıkma niyetinde olmayan tacirler kendi ulusal sicillerindeki tescil ile yetinebilmektedirler.⁵²⁹

Topluluk Markaları topluluk düzeyinde bir entegrasyon unsuru olarak hizmet etmektedirler. En azından  ye devletlerin milli düzeydeki markalarının pazarı bölme etkilerini kırabilecek yapıya sahiptirler.⁵³⁰ Marka sektörünün ve markalı ürünlerin ticaretinin Avrupa Birliğinin pazarında ne kadar büyük bir paya sahip olduğu düşünülürse bugünkü ismi ile Avrupa Birliği Markasının, bütünleşmesini tamamlamış iç pazarın vazgeçilmez bir parçası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁵³¹

Avrupa Fikri Mülkiyet Ofisinin – eski adıyla İç Pazarı Uyumlaştırma Ofisinin – kurulmasını sağlayan 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü ile Avrupa yukarıda bahsedilen sorunların çözümünü sağlayan yeni bir marka sistemine kavuşmuştur. Zamanla gelişen Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ve değişen hukuki gereksinimler doğrultusunda 26 şubat 2009 tarihinde 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü kabul edilmiştir. Ardından yine gelişmeler doğrultusunda Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin 16 Aralık 2015 tarihli Topluluk Markası hakkında 207/2009 sayılı Konsey Tüzüğünün ve Topluluk Markası ile ilgili 40/94/AT sayılı Konsey Tüzüğünün uygulanmasına dair 2868/95 sayılı Komisyon Tüzüğünün (AT) *değişimine* ve İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisine (Markalar ve Tasarımlar)  denecek ücretlere ilişkin 2869/95 sayılı Komisyon Tüzüğünün *iptaline* ilişkin 2015/2424 (AB) sayılı Tüzüğü kabul edilmiştir. Son olarak ise çalışmamızın giriş kısmında incelediğimiz 2015/2424 sayılı Tüzük

526 **Klaka/Schulz**, Die Europ ische Gemeinschaftsmarke, s. 9; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 20; **Arkan** s. 5-6; **Schwartz**, s. 2.

527 **Beier**, Stand und Aussichten, s. 151; **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 363; **Berlit**, Markenrecht, s. 2; **Schwartz**, s. 1.

528 **Hakenberg**, Europarecht, s. 208.

529 **Marx**, Markenrecht, s. 125; **Beier**, Entwicklung und Grundzüge, s. 393.

530 **Ingerl**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 25; **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 369; **Krieger**, Markenrecht im Werden, s. 280; **Meister**, Marke und Recht, s. 89.

531 **Prandzioch**, Das Europ ische Markenamt, s. 37; **Beier**, Stand und Aussichten, s. 151.

doğrultusunda yapılan değişikliklerin kodifiye edildiği 2017/1001 sayılı Tüzük yürürlüğe girmiştir.

3.2.4. Avrupa Birliği Hukukunda Direktifler ve Tüzükler ile Kullanım Esasları

Avrupa Birliğinin ağırlığı ve anlamı aslen üye devletlerin egemenlik yetkilerinin bir kısmını Avrupa Birliğine devretmelerinden kaynaklıdır. Bunun da en güzel örneklerinden biri Avrupa Birliğinin kendine ait bir hukuk düzeninin ve bunun üye devletlerin hukuk düzenlerinin yerine geçebilme özelliğinin bulunmasıdır.⁵³²

Söz konusu hukuk düzenini ikiye ayırmak mümkündür. Hiyerarşik olarak Avrupa Birliği birincil hukuku ikincil hukuktan üstündür. Antlaşmaların yanında bunların ekleri ve protokolleri, yeni üye devletlerin üyelik antlaşmaları, Avrupa Birliğinde yürürlüğe giren uluslararası antlaşmalar ve yazılı olmayan hukukun temel ilkeleri de birincil hukuktan sayılmaktadır.⁵³³ Antlaşmaların anayasal niteliğinin olup olmadığı oldukça tartışmalıdır. Avrupa Birliğine tamamen farklı bir kimlik kazandıracak olan “Avrupa için bir Anayasa Oluşturan Antlaşma” 2005’te Fransa ve Hollanda’da halk tarafından oylanmış, yapılan referandumlarda çıkan olumsuz sonuç nedeniyle kabul görmemiştir. Bundan sonra referandumlardan mümkün olduğunca kaçınılarak 2009’da yapılan Lizbon Antlaşması ile kabul edilen Antlaşmaların içeriğinde devletleşmeyi andıran terimlerden kaçınılmış⁵³⁴ ve Avrupa için bir Anayasa Oluşturan Antlaşmada açıkça belirlenen bayrak, milli marş, Avrupa günü gibi üye devletlere kendi egemenliklerini kaybedeceklerini düşündüren öğeler metinlerden çıkartılmıştır. Bu lafzi olarak küçük ancak anlamsal olarak büyük değişiklikler haricinde Avrupa için bir Anayasa Oluşturan Antlaşmanın Antlaşmalardan pek bir farkı yoktur.⁵³⁵

Burada değinilmesi gereken bir nokta Avrupa Birliğinin hukuki düzenlemelerde kullandığı negatif ve pozitif entegrasyon tekniğidir. Buna göre asıl olan Avrupa Birliği birincil mevzuatı yani Antlaşmaların⁵³⁶ yasaklar ile üye devletlerin haklarına ilişkin çizdiği genel çerçeve negatif entegrasyonu oluşturur. Avrupa Birliğinin Organlarınca üye devletlerin hukuklarını uyumlaştırmak adına kullanılan ve bir anlamda yasakların istisnalarını düzenleyen mevzuat ise

532 **Hakenberg**, Europarecht, s. 57.

533 **Thiele**, Europarecht, s. 103.

534 **Hakenberg**, Europarecht, s. 58; **Thiele**, Europarecht, s. 110.

535 **Thiele**, Europarecht, s. 27-35.

536 Avrupa Birliği Antlaşması, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma ve Temel Haklar Şartının (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017) ve (<http://www.ikv.org.tr/images/files/A2-tr.pdf> E.T. 30.10.2017).

pozitif entegrasyon olarak sınıflandırılır. Pozitif entegrasyonun kapsamı her gün genişlemekte, genellikle ikincil mevzuat kullanılarak yeni düzenlemeler yürürlüğe sokulmaktadır.⁵³⁷

Üye devletler Antlaşmalar’la Avrupa Birliğinin organlarına belirli sınırlar içinde yasa yapma yetkilerini devretmişlerdir. Kurucu antlaşmalarla belirlenen konuların yanı sıra tamamlayıcı niteliğindeki konulara özgü sorunların giderilmesinde ikincil hukuk kullanılacaktır.⁵³⁸ İç pazarın oluşturulup sürdürülmesi ve “malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının” sağlandığı rekabete açık sosyal bir pazar ekonomisinin oluşturulması için Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 288. maddesinde organlara tüzük, direktif, karar, tavsiye ve görüşler yayınlama yetkisi verilmiştir.⁵³⁹

Çalışmamızda çokça rastlanıldığından ayrıntılarına değineceğimiz tüzük ve direktiflere geçmeden önce açıklanması gereken bir diğer terim ise ‘iç pazar-iç hukuku’⁵⁴⁰dur. Bu terim, ekonomiye dair hem birincil hem de ikincil mevzuatı kapsamına almaktadır. Avrupa Birliğinin iç ve dış ilişkileri, güvenlik ve yargı politikası haricindeki tüm kuralları iç pazar-iç hukuku altında ele alınmaktadır. Bunlar üye devletlerin arasında iç pazarın işleyebilmesini sağlayan kurallar olduğundan sübsidiarite yani katmanlı yetki ilkesi gereği ulusal mevzuatlara karşı uygulanmada öncelikleri vardır.⁵⁴¹

3.2.4.1. Avrupa Birliği Yasama Tasarruflarından En Önemlileri: Tüzükler ve Direktifler

3.2.4.1.1. Tüzükler

Tüzüklere yukarıda bahsettiğimiz nedenlerle devletleşmeyi andıran terimlerin kullanılmasından çekinilmeseydi Avrupa Birliğinin “yasaları” diyebilirdik. Yani bu terimi Türk Hukukundaki tüzüklerle karıştırmamak aralarında bir benzerlik aramamak gerekmektedir.⁵⁴²

Tüzüklerin kabulünde çeşitli Avrupa Birliği organları rol oynayabilmektedir. Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 289. maddesinde bahsedilen “olağan yasama usulü” gereğince yürürlüğe giren tüzükler Konsey ile Avrupa Parlamentosu tarafından düzenlenmektedir. 290. maddede belirtilen kanuni karakterden yoksun daha düşük seviyeli tüzükler ise Avrupa Komisyonu tarafından çıkartılabilmektedir. Ayrıca kendi çalışma alanı ile kısıtlı konularda

537 **Enchelmaier**, Wirtschaftsrecht, s. 6-10.

538 **Hakenberg**, Europarecht, s. 58.

539 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 47; **Hakenberg**, Europarecht, s. 58; **Thiele**, Europarecht, s. 109.

540 alm.: Binnenmarkt-Innenrecht

541 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 45.

542 **Thiele**, Europarecht, s. 110.

olmak üzere Avrupa Merkez Bankası da tüzükler düzenleyebilmektedir.⁵⁴³ Hem tüzüklerin kabulünde rol oynayan Avrupa Birliği organları bunları düzenlerken, hem tüzüklerin uygulanması esnasında üye devletler, Temel Haklar Şartına bağlı kalmakla yükümlüdürler.⁵⁴⁴

Tüzükler genel olarak geçerlidir, tüm kısımları ile bağlayıcıdır ve her üye devlette dolaysız olarak etki kazanır.⁵⁴⁵ Bu da demek oluyor ki üye devletlerin bunları kabul etmesi, bunlara dair kanun çıkarmaları veya resmi gazetelerinde yayınlamaları gerekmez. Milli yasa koyucuların tüzüklerin yürürlüğe girmesinde bir etkileri yoktur. Hatta Avrupa Birliği Adalet Divanının 1985 yılından bir kararında⁵⁴⁶ tüzüklerin dolaysız etkisini zayıflatacağından tüzüğün lafzını bire bir tekrarlayan bir kanun çıkarmasını hukuka aykırı bulmuştur.⁵⁴⁷

Tüzükler yürürlüğe girmeleri ile üye devletlere haklar veya yükümlülükler verdikleri gibi kimi zaman birlik vatandaşları için de aynı şekilde haklar veya yükümlülükler getirebilmektedirler.⁵⁴⁸ Bu uluslar üstü⁵⁴⁹ etkiye “effet direct” denilmektedir.⁵⁵⁰

3.2.4.1.2. Direktifler

Tüzüklerden sonra en önemli yasama tasarrufu olarak direktifler sayılmaktadır. Bunlar Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 288. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmektedirler.⁵⁵¹ Direktifler sıklıkla Konsey ile Avrupa Parlamentosunun ortak çalışması ile kabul edilmektedirler. Daha ender rastlanan durumda ise Avrupa Komisyonunu direktif kabul etme yetkisini kullanabilmektedir.⁵⁵²

Direktifler tüzüklerden farklı olarak, istisnai durumlar hariç birlik vatandaşları için hak veya yükümlülükler doğurmazlar ve kabul edildikleri anda tüm üye devletler için geçerlilik kazanmazlar.⁵⁵³ Direktiflerin muhatabı bir veya daha çok üye devlet olabilecektir ve direktif hitap ettiği üye devlet açısından direktifte anılan hedefi gerçekleştirecek şekilde geçerlilik kazanmaktadır.⁵⁵⁴ Hedefi gerçekleştirmek için en uygun hukuki tasarrufu seçmek ise üye devletin insiyatifine kalmıştır. Hukuki düzeni direktif ile uyum halinde olmayan her üye devlet

543 **Hakenberg**, Europarecht, s. 59.

544 **Thiele**, Europarecht, s. 110.

545 **Thiele**, Europarecht, s. 110; **Hakenberg**, Europarecht, s. 59; **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 48.

546 **ABAD’ın** 28 Mart 1985 tarihli 272/83 sayılı İtalya Kararı (<https://dejure.org/E.T.28.03.2018>).

547 **Thiele**, Europarecht, s. 111.

548 **Hakenberg**, Europarecht, s. 59; **Thiele**, Europarecht, s. 111.

549 ing.: supranational

550 **Hakenberg**, Europarecht, s. 59.

551 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 48; **Thiele**, Europarecht, s. 112.

552 **Hakenberg**, Europarecht, s. 59.

553 **Hakenberg**, Europarecht, s. 59; **Thiele**, Europarecht, s. 113.

554 **Thiele**, Europarecht, s. 113; **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 48; **Hakenberg**, Europarecht, s. 59.

direktifin muhatabı sayılacak ve kendi ulusal mevzuatında gerekli düzenlemeleri uygulamaya sokmak zorunda kalacaktır.⁵⁵⁵

Direktif doğrultusunda ulusal mevzuatın uyumlaştırılması çeşitli şekillerde olabilmektedir. Üye devlet yeni bir yasal düzenleme kabul ederek, var olan bir düzenlemeyi değiştirerek veya direktif ile ulusal mevzuat uyum halinde ise hiçbir işlem yapmayarak uyumlaştırmayı gerçekleştirir.⁵⁵⁶ Avrupa Komisyonu üye devletlerin uyumlaştırma düzenlemelerini uygulayıp uygulamadığını hem idari bakımdan hem de politik düzeyde sürekli takip ve koordine etmektedir, ayrıca uyumlaştırma durumlarının özetlerini düzenli olarak yayınlamaktadır.⁵⁵⁷

Ulusal mevzuatlarda genellikle direktiflerin yasama tasarrufu olarak bir karşılığı olmadığından⁵⁵⁸ üye devlet genellikle hangi direktife ilişkin hukuki düzenlemede bulunduğunu düzenlemenin başlık kısmında direktife atıf yaparak göstermektedir.⁵⁵⁹ İç hukukun direktif doğrultusunda Avrupa Birliği Hukuku ile uyumlaştırılması esnasında üye devlet Temel Haklar Şartına bağlı kalmak durumundadır. Ancak direktif eğer kapsam itibari ile çok sık düzenlenmiş ve uyumlaştırmada da esneklik sağlamadığı hallerde üye devlet ne Temel Haklar Şartına ne de kendi anayasasına riayet etmeden öncelikli olarak direktif doğrultusunda uyumlaştırmayı sağlamak zorundadır.⁵⁶⁰ Ayrıca direktif doğrultusunda uyumlaştırılan yasaların uygulanmasında Avrupa Birliği Adalet Divanının direktif hakkında yaptığı yorumlar göz önünde tutulmalıdır. Genellikle her direktifin yürürlüğe girmesinin ardından çıkan ihtilaflar dolayısıyla verilen Avrupa Birliği Adalet Divanının kararlarında direktiflerin nasıl uygulanacağına dair ayrıntılı talimatlar bulmak mümkündür.⁵⁶¹

Her direktifin son başlıklarından birinde direktifin en son uyumlaştırmaya konu olacağı süre belirlenmiş durumdadır.⁵⁶² Bu sürenin üye devlet tarafından aşılmasının çeşitli sonuçları vardır. Öncelikle bu durum Avrupa Komisyonunun üye devlete karşı Antlaşmanın ihlaline ilişkin bir dava açmasına sebep olabilir. Ancak bu davanın sonunda üye devletin ulusal mevzuatını uyumlaştırma yani değiştirme konusunda Avrupa Komisyonunun bir yaptırımı

555 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 48; **Thiele**, Europarecht, s. 113.

556 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 48.

557 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 49.

558 Farklı görüş için **Thiele**, Europarecht, s. 112; Thiele'ye göre direktifler çerçeve yasalar ile kıyaslanabilirler.

559 **Hakenberg**, Europarecht, s. 59.

560 **Thiele**, Europarecht, s. 113.

561 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 48; ayrıca bkz.: **ABAD'ın** 02.02.1994 tarihli C-315/92 sayılı Verband Sozialer Wettbewerb e. V./ Clinique Laboratories Kararı ve **ABAD'ın** 29.01.2008 tarihli 275/06 sayılı Promusica/Telefonica Kararı (<https://dejure.org/E.T.28.03.2018>).

562 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 49; **Thiele**, Europarecht, s. 113; **Hakenberg**, Europarecht, s. 65; ayrıca bkz.: **ABAD'ın** 13.11.1990 tarihli C-106/89 sayılı Marleasing S.A./ La Comercial Kararı (<https://dejure.org/E.T.28.03.2018>).

bulunmamaktadır. Yaptırım kuvvetinin olmayışı Avrupa Birliğinin belirlenen hedeflerin gerçekleştirilmesi önünde büyük bir engel oluşturmaktadır.⁵⁶³

Avrupa Birliğinin kendi hukuk bütünlüğünün sağlanması ve düzenlemelerin geçerlilik kazanmaları, üye devletlerin uyumlaştırma işlemlerini tamamlamasına bağlanamazdı. Çözüm olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı 1991 yılında tarihi Francovich Kararı⁵⁶⁴ ile uygulanma süresi geçen direktiflerin birlik vatandaşları için dolaysız etki doğuracağına hükmetmiştir.⁵⁶⁵ Buna göre üye devletin verilen süre sonunda uyumlaştırmayı tamamlamaması durumunda bu eksiklikten mağdur olan gerçek ve tüzel kişilere devletin tazminat ödeme yükümlülüğü doğabilmektedir.⁵⁶⁶ Burada mühim olan nokta direktifin dolaysız etkisinin kişiler arasındaki yatay özel hukuk işlerinde değil sadece bireyin devlet ile olan ilişkilerinde ‘dikey dolaysız etki’⁵⁶⁷ olarak kendini göstermesidir.⁵⁶⁸

Direktifin dolaysız etkisinden bahsedebilmek için iki koşulun gerçekleşmiş olması gerekir. İlk olarak uygulama süresi içinde direktifin ya ulusal mevzuat ile kısmen uyumlaştırılmamış olması veya hatalı bir şekilde uyumlaştırılmış olması gerekmektedir. İkinci koşul ise direktifin düzenlemelerinden hem direktifin muhatabı hem de bireyin korunmasını talep ettiği hak yeterince net olarak anlaşılabilirdir.⁵⁶⁹

3.2.4.2. Avrupa Birliğinin Yetkilerinin Sınırlarını Belirleyen İlkeler

Avrupa Birliğinin yetkilerinin hangi ilkelere göre sınırlandırıldığına bakmadan önce sübsidarite ilkesi açısından önem taşıyan ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 2. maddesinde sayılan yetki sınıflandırmalarına değinmek gerekecektir. Avrupa Birliğinin yetkileri, münhasır, paylaşılmış ve destek tedbirleri şeklinde üçe ayrılmaktadır. Münhasır yetkiler Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 3. maddesinde, paylaşılmış yetkiler 4. maddesinde ve destek niteliğindeki tedbir alma yetkileri 6. maddede sayılmaktadır.

Münhasır yetkilerin kullanımı sadece Avrupa Birliğine bırakılmıştır. Avrupa Birliği münhasır yetki elde ettiği bir konuda düzenleme yapmamış olsa bile üye devletlerin bu konuda bir yasa

⁵⁶³ Thiele, Europarecht, s. 115.

⁵⁶⁴ ABADın 19.11.1991 tarihli C-6/90 ve C-9/90 sayılı Francovich Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28. 03.2018).

⁵⁶⁵ Hakenberg, Europarecht, s. 67; Thiele, Europarecht, s. 115.

⁵⁶⁶ Kilian, Wirtschaftsrecht, s. 49; Thiele, Europarecht, s. 115.

⁵⁶⁷ alm.: vertikale Direktwirkung

⁵⁶⁸ Kilian, Wirtschaftsrecht, s. 49; Thiele, Europarecht, s. 116; ayrıca bkz.: ABAD’ın 05.04. 1979 tarihli 148/78 sayılı Ratti Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

⁵⁶⁹ Thiele, Europarecht, s. 115.

vb. kabul etmeleri mümkün değildir. Üye devletler ancak Avrupa Birliğinin düzenlemelerini uygularken veya Avrupa Birliği tarafından özel olarak yetkilendirildiklerinde 3. maddede sayılan konularda yasama tasarrufunda bulunabilirler.⁵⁷⁰ Münhasır yetkiler; “gümrük birliği, iç pazarın işleyişi için gerekli olan rekabet kurallarının oluşturulması, para birimi avro olan üye devletler için para politikası, ortak balıkçılık politikası çerçevesinde biyolojik deniz kaynaklarının koruma altına alınması ve ortak ticaret politikası” olarak sayılmaktadır.⁵⁷¹

Paylaşılmış yetkilerde ise Avrupa Birliğinin yetkisini kullanmadığı konularda veya Avrupa Birliği paylaşılmış yetkilerinden birini kullanmama kararı aldığında üye devletlerin yasama tasarrufunda bulunmaları serbesttir.⁵⁷² Sübsidiarite ilkesine göre paylaşılmış yetkilerin kapsamına giren konularda Avrupa Birliği sadece, belirlenen tedbirlerin üye devletler tarafından merkezi, bölgesel veya yerel düzeylerde yeterince alınamayacak olması, tedbirlerin kapsamı ve etkileri düşünüldüğünde birlik düzeyinde daha iyi uygulanacak olmaları durumunda yasama tasarrufu yapma yetkisini kullanır.⁵⁷³ İç pazar, -bu Antlaşmada düzenlenen yönleriyle- “sosyal politika, ekonomik, sosyal ve yerel uyum, tarım ve balıkçılık, çevre, tüketicinin korunması, taşımacılık, trans-Avrupa ağları, enerji, özgürlük, güvenlik ve adalet alanı, -bu Antlaşmada düzenlenen hatlarıyla- halk sağlığını ilgilendiren ortak güvenlik meseleleri” konularında paylaşılmış yetkiler mevcuttur.⁵⁷⁴

Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 6. maddesinde sayılan yetkilerde ise Avrupa Birliğinin yetkileri üye devletlerin önüne geçmemektedir. Üye devletlerin öncelikli oldukları paralel bir yetkiden bahsetmek mümkündür. Avrupa Birliği burada sadece destekleyici, koordine edici ve tamamlamayıcı tedbirler alabilecektir. “İnsan sağlığının korunması ve iyileştirilmesi, sanayi, kültür, turizm, eğitim, mesleki eğitim, gençlik ve spor, sivil savunma, idari işbirliği” konuları bu yetki türünün kapsamına girmektedir.⁵⁷⁵

570 **Hakenberg**, Europarecht, s. 25; **Thiele**, Europarecht, s. 141.

571 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 3. maddesi - (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017); Sınai Mülkiyet Hukuku iç pazarın temel unsurlarından birini oluşturduğundan sübsidiarite denetimine gerek kalmaz, bu alanda birliğin münhasır yetkileri mevcuttur. **Meister**, Marke und Recht, s. 89.

572 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 2. maddesinin 2. fıkrası (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017).

573 **Thiele**, Europarecht, s. 141.

574 **Hakenberg**, Europarecht, s. 25.

575 **Thiele**, Europarecht, s. 142.

3.2.4.2.1. Yetkilendirilme İlkesi

Avrupa Birliğinin ilk yıllarında hiç tartışılmayan veya sorun olarak görülmeyen yetki meselesi son zamanlarda Avrupa Birliği içindeki muhalif seslerin iyice yükselmesiyle gündemden neredeyse düşmeyen bir konu haline gelmiştir.⁵⁷⁶ Avrupa Birliği Antlaşması ile ilk defa Avrupa Birliğinin yetkileri net bir şekilde kanunlaşmış ve böylece sınırlanmış bulunmaktadır⁵⁷⁷, ancak Avrupa Birliğinin yetki dağılımını milli sistemlerle karıştırmamak gerekir çünkü Avrupa Birliğinin yetkileri zaten çoğu zaman hedefe odaklı olarak verilmiş olurlar.⁵⁷⁸ Zaten henüz Avrupa Birliğinin devlet vasfı bulunmadığından yasa koyucu faaliyetlerinde yetkileri sınırsız değildir, başka bir deyişle yetkilerini belirleme yetkisi⁵⁷⁹ yoktur.⁵⁸⁰

Yetki meselesinde ilk olarak belirtmek gerekir ki Avrupa Birliği yetkilendirilmediği bir alanda işlem yapamayacaktır⁵⁸¹ çünkü birliğin yetkileri yetkilendirilme ilkesiyle sınırlandırılmaktadır.⁵⁸² “Yetkilendirilme ilkesi gereğince Birlik, Antlaşmalarda belirlenen hedeflere ulaşmak için, ancak üye devletler tarafından Antlaşmalarda kendisine verilen yetkilerin sınırları dahilinde hareket eder. Antlaşmalarda Birliğe verilmemiş yetkiler üye devletlere aittir”.⁵⁸³ Yani Avrupa Birliğine devredilmemiş her yetki üye devletler tarafından kullanılmaya devam edilecektir.

Avrupa Birliğinin yetkilerinin tamamının sayıldığı bir madde Antlaşmalarda bulunmamaktadır. Yetki maddeleri tüm Antlaşma metinlerine dağıtılmış durumdadır, özellikle birliğin bir konu üzerine politikasının belirlendiği maddelerde yetki maddeleri bulunabilmektedir. Yetki alanlarının ve türlerinin sıralandığı Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 2. madde vd. hükümleri tam anlamıyla bir yetki kataloğu değildir. Avrupa Birliğinin bir yetkiyi kullanabilmesi için o yetkinin içeriği ve sınırları net olarak Antlaşmaların bir maddesinde çizilmiş olmalıdır.⁵⁸⁴

576 **Ellins**, Copyright Law, s. 239; **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 121.

577 **Hakenberg**, Europarecht, s. 24-25; **Ellins**, Copyright Law, s. 239.

578 **Hakenberg**, Europarecht, s. 25.

579 alm.: Kompetenz-Kompetenz

580 **Thiele**, Europarecht, s. 134.

581 **Hakenberg**, Europarecht, 25; **Thiele**, Europarecht, s. 134; Ayrıca bkz.: Avrupa Birliği Antlaşması 4. madde 1. fıkra ile Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 2. maddesi (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017).

582 Avrupa Birliği Antlaşmasının 5. maddesinin 1. fıkrası (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017).

583 Avrupa Birliği Antlaşmasının 5. maddesinin 2. fıkrası (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017).

584 **Thiele**, Europarecht, s. 135.

Yetkilendirilme ilkesinin bir istisnası Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 352. maddesinde düzenlenmiştir.⁵⁸⁵ Buna göre başka bir maddede kendine yetkilendirme temeli bulamayan bir konu Avrupa Birliğinin hedeflerinin gerçekleştirilmesine hizmet edecekse, bu konuda yasama tasarrufunda bulunma yetkisi Birliğe verilmiş kabul edilecektir. Kendine başka maddelerle yetkilendirme tabanı bulan konularda 352. Maddeye dayanılarak tasarrufta bulunulamayacaktır. Ayrıca bu yetki genişlemesinin dış politika konularında da kullanılması maddenin 4. fıkrasında yasaklanmıştır.⁵⁸⁶ İşleyişine bakarsak; “Antlaşmalarda belirtilen amaçlardan birinin gerçekleştirilmesi için, Antlaşmalarda tanımlanan politikalar çerçevesinde, Birliğin bir eylemde bulunması gerekirse ve Antlaşmalarda bu eylem için gerekli yetkiler öngörülmemişse, Konsey, Komisyon’un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu’nun muvafakatini aldıktan sonra, oybirliğiyle hareket ederek uygun tedbirleri alır”.⁵⁸⁷ Üye devletleri aradan çıkararak birliğin kendi organlarınca yetkilerini genişlettiği bu duruma sözleşmeyi tamamlama yetkisi⁵⁸⁸ denilmektedir.⁵⁸⁹

Yetkilendirilme ilkesinin bir diğer istisnası ise Avrupa Birliği Adalet Divanının kararları doğrultusunda kullanılmaya başlanmış ve bu yetki genişletmesinin bir formu Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 3. maddesinin 2. fıkrasında kodifiye edilmiştir.⁵⁹⁰ Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Genel Sekreterliği’nin hazırladığı Avrupa Birliği Terimleri sözlüğünde karşılığı bulunmayan implied-powers öğretisine göre; açık bir şekilde verilmiş birlik yetkileri ile bağlantılı Antlaşma düzenlemeleri aynı zamanda, yoklukları durumunda düzenlemeleri anlamsızlaştıran veya mantıklı ve işe yarar şekilde uygulanmalarının söz konusu olamayacağı verileri kendiliğinden içerirler.⁵⁹¹ Bu şekilde açık şekilde belirlenmiş birlik yetkileri genişletilmekte ve yetkilendirilme ilkesi tehlikeye sokulmaktadır.⁵⁹²

585 **Hakenberg**, Europarecht, s. 25.

586 **Thiele**, Europarecht, s. 139.

587 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 352. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesi (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017).

588 alm.: Vertragsabrundungskompetenz

589 **Hakenberg**, Europarecht, s. 25; **Thiele**, Europarecht, s. 138.

590 **Thiele**, Europarecht, s. 137.

591 bkz.: **ABAD’ın** 29.11.1956 tarihli 8/55 sayılı Federation Charbonniere de Belgique/Hohe Behörde Kararı ve benzer şekilde **ABAD’ın** 15.07.1960 tarihli 20/59 sayılı Italien/Hohe Behörde Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

592 **Thiele**, Europarecht, s. 137.

3.2.4.2.2. Sübsidiarite İlkesi

Avrupa Birliği içerisinde ilk defa ‘Tindemans-Report’⁵⁹³ belgesinde 1976 yılında anılan sübsidiarite ilkesi Avrupa Birliğine has bir terim değildir⁵⁹⁴; oluşturulup geliştirilmesi Avrupa Birliğinin kuruluşundan çok daha gerilere katolik sosyal bilimlerine⁵⁹⁵ dayanmaktadır. Kavramın toplum felsefesi alanında ilk olarak Thomas von Aquin tarafından, sahibi olduğu doğal hukuk teorisini desteklemek için kullanılmıştır. Buna göre Tanrının kurguladığı düzen içerisinde insanların hareket özgürlüğü ancak önceden belirlenmiş hamlenin hangi tür eylemlerle gerçekleştirileceğine dair karar alabilmesiyle kısıtlıdır.⁵⁹⁶

Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Genel Sekreterliği’nin hazırladığı Avrupa Birliği Terimleri sözlüğünde dilimize sübsidiarite veya katmanlı yetki ilkesi olarak tercüme edilen ilke Avrupa Birliğinin yetkilerini yetkilendirilme ilkesinin yaptığı gibi sınırlamaktansa yetkilerin nasıl kullanılacağına dair belli bir yöntemi göstermektedir.⁵⁹⁷

Birliğin paylaşılmış yetkilerinin bulunduğu veya destek, tedbir amaçlı müdahale edebileceği alanlarda Avrupa Birliğinin yetki kullanımı sadece üye devletlerin kendi düzeylerinde o alandaki hedeflere yeterince ulaşamayacağı ve hedeflerin kapsamı ve etkisi itibarı ile birlik düzeyinde bir düzenlemenin daha etkili olacağı durumlarda mümkün olabilmektedir. Yani bu yetki sınırlandırma kriterine göre üye devletlerin hamleleri ile hedefe ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda Avrupa Birliğinin pasif kalması gerekmektedir.⁵⁹⁸ Buna ek olarak sübsidiarite ilkesi gereği eğer Avrupa Birliği bir hamlede bulunabilecekse bunu üye devletleri mümkün olduğunca zora sokmayacak şekilde yapmalıdır, örneğin direktifler ile düzenlenmeye müsait bir konu hakkında tüzük çıkarmaktan kaçınmalıdır.⁵⁹⁹

“Katmanlı yetki ilkesi gereğince birlik, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, sadece, öngörülen eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği, söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri

593 **Tindemans**, Leo: (Prime Minister of Belgium, to the European Council.) Bulletin of the European Communities, Supplement 1/76. (<http://aei.pitt.edu/942/> 30.03.2018).

594 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 123.

595 **Thiele**, Europarecht, s. 141. Ayrıca belirtmek gerekir ki ilkenin yansımalarını merkezi yönetimden ziyade federasyon yapılarında, yerel ve bölünmüş sorumluluk ve yetkiler olarak görmek mümkündür. **Pieper**, Subsidiarität, s. 54 vd.

596 **Pieper**, Subsidiarität, s. 46.

597 **Pieper**, Subsidiarität, s. 242.

598 **Ellins**, Copyright Law, s. 239; **Thiele**, Europarecht, s. 141; **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 121; **Hakenberg**, Europarecht, s. 25.

599 **Pieper**, Subsidiarität, s. 269.

itibarıyla Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçer”.⁶⁰⁰ Dolayısıyla sübsidarite ilkesine göre Avrupa Birliğinin harekete geçip geçemeyeceğini belirleyebilmek için kimi kriterlere ihtiyaç duyulacaktır. Avrupa Birliği Adalet Divanının Avrupa Birliğinin organlarına tanıdığı takdir yetkisinin derecesi ve Avrupa Komisyonundan ispat konusunda beklentileri bu anlamda çok önemlidir.⁶⁰¹

Önceleri Avrupa Topluluğu döneminde yasama tasarrufları genellikle Avrupa Topluluğu karar alma usulü Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 308. maddesi uyarınca oy birliği gerektiğinden sübsiderite ilkesi pek ön planda değildi ancak karar alma usulü oy çokluğu olarak değiştirilip ayırık seslerin kuvvet kazanması ile ilke önem kazanmaya başlamıştır.⁶⁰² 1980lerin ortasında Avrupa Topluluğunu kuran antlaşma taslağının önsözünde topluluğun yapısal bir unsuru olarak ilkeye değinilmiştir.⁶⁰³ Sonrasında sübsideritenin temel ilkelerden biri haline geleceği iyice anlaşılmıştır. 1986’da Avrupa Tek Senedinin 174. maddesinde, 1989’da Avrupa Sosyal Şartının önsözünde ve Maastricht Antlaşmasının önsözüyle 2. maddesinde ilkeye yer verilmiştir.⁶⁰⁴ Sübsiderite koşullarının oluştuğuna dair ispat meselesi Lizbon Antlaşmasının pazarlıkları esnasında da çok tartışılmıştır.⁶⁰⁵ İlke şimdilerde özellikle birlik karşıtlarının ‘politikaları tekrar millileştirme’ çabalarına zemin oluşturmaktadır.⁶⁰⁶

Son olarak ise ilke hem Avrupa Birliği Antlaşmasının 5. maddesine hem de buna ilişkin ayrı bir Protokole konu olmuştur. Sübsiderite ilkesinin nasıl kullanılacağına dair 2 numaralı Protokol⁶⁰⁷ Lizbon Antlaşması ile büyük ölçüde değişikliğe uğramıştır, protokolle birlikte milli parlamentoları güçlendiren, Avrupa Komisyonunun yasama tasarrufu önerilerine karşı erken uyarı sistemi niteliğinde bir düzenleme getirilmiştir. Protokolün 4. maddesindeki düzenlemeye göre milli parlamentolara Avrupa Komisyonunun yasama tasarrufu önerilerinin, kendilerine yollanmasından itibaren 8 haftalık bir süre içinde, neden sübsidarite ilkesine aykırı olduğu konusunda görüş bildirme imkanı tanınmıştır. Ayrıca protokolün 8. maddesinde ise milli

600 Avrupa Birliği Antlaşmasının 5. maddesinin 3. fıkrası.

601 **Thiele**, Europarecht, s. 141.

602 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 123.

603 Official Journal of the European Communities 1984 C Vol. 27, s. 38.

604 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 123.

605 **Thiele**, Europarecht, s. 141.

606 **Pieper**, Subsidiarität, s. 237; Ayrıca bkz. **Kilian’dan** alıntı: **Jarass**, EuGRZ 1994, s. 209 -211; **Simitis**, Renationalisierung des Arbeitsrechts, Festschrift Kissel, 1994, s. 1097; **Tietmeyer**, Probleme, s. 53.

607 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 125.

parlamentolara, iptal davasının bir diğer şekli olan sübsidarite davası⁶⁰⁸ ile sübsidarite ilkesine aykırı işlemlere ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanında dava açma imkanı tanınmıştır.⁶⁰⁹

3.2.4.2.3.Orantılılık İlkesi

Yetkilerin kullanılmasında sınırları çizen başka bir ilke ise orantılılık ilkesidir. Bu ilke de Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 5. maddesinde ve 2 numaralı protokolde sübsidarite ilkesinin yanında yerini almaktadır. Orantılılık ilkesinin tanınması ve kullanılmasının geçmişi çok öncelere dayansa da kodifiye edilmiş hali ilk defa Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmada 3b maddesinin 3. fıkrasında görülmüştür.⁶¹⁰

İlkenin birden fazla işlevi bulunmaktadır; orantılılık ilkesi sadece üye devletlerin birlik hukukunu uygulamaları⁶¹¹ veya temel özgürlüklerin istisnalarının kullanılması esnasında⁶¹² kısıtlamamaktadır, aynı zamanda Avrupa Birliğinin üye devletlere karşı yetkilerini kullanmasını da sınırlandırmaktadır.⁶¹³ Ayrıca ulusal mevzuatların birlik hukuku çerçevesinde yorumlanmasında da bu ilke kullanılmaktadır.⁶¹⁴

Orantılılık ilkesi, alınan bir önlemin veya yapılan bir işlemin içerik ve şekil bakımından gerek duyulandan dışına çıkmamasıdır.⁶¹⁵ İlkenin olaylara uygulanmasında daima amaç-araç-ilişkisi⁶¹⁶ incelenmelidir. Üç aşamalı inceleme kriterlerine göre alınan önlem, hukuka uygun bir amaca hizmet etmeli, gerekli ve makul olmalıdır.⁶¹⁷

3.2.4.2.4. Diğer İlkeler

Avrupa Birliğinin yetkilerini kullanmasındaki başlıca ilkeler yukarıda sayılmıştır, bunların haricinde hem doktrinde hem Avrupa Birliği Adalet Divanının kararlarında yerini bulan ancak detaylı şekilde açıklanmayan ilkeler de mevcuttur. Örneğin hukuki güvenlik ilkesi Avrupa

608 alm.: Subsidiaritätsverfahren.

609 **Thiele**, Europarecht, 141.

610 **Ellins**, Copyright Law, s. 240.

611 **Ellins**, Copyright Law, s. 240; **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 116.

612 **Enchelmaier**, Wirtschaftsrecht, s. 89; **Ellins**, Copyright Law, s. 240; **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 116.

613 **Ellins**, Copyright Law, s. 240; **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 116.

614 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 116.

615 **Hakenberg**, Europarecht, s. 25.

616 alm.: Zweck-Mittel-Relation

617 **Kilian**, Wirtschaftsrecht, s. 116.

Birliği Adalet Divanına göre Avrupa Birliğinin yapısal ilkelerinden birini oluşturmaktadır⁶¹⁸ ve bu ilkeden güvenin korunması⁶¹⁹ gibi birçok genel ilkenin çıkarılması mümkündür. Fakat hukuki güvenlik ilkesinin tam olarak açıklandığını söylemek mümkün değildir.⁶²⁰

Ayrıca Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 7. maddesinde tutarlılık ilkesi⁶²¹ açıklanmıştır. Buna göre “birlik, hedeflerinin tümünü göz önünde tutarak ve yetkilendirilme ilkesine uygun olarak, politikaları ve tedbirleri arasında tutarlılık sağlar”.⁶²²

Antlaşmalarda sözü geçen bir diğer ilke ise Avrupa Birliği Antlaşmasının 4. maddesinin 3. fıkrasındaki dürüst işbirliği ilkesidir. Buna göre “birlik ve üye devletler, dürüst işbirliği ilkesi gereğince, Antlaşmalardan kaynaklanan görevlerin yerine getirilmesinde birbirlerine saygı gösterirler ve yardımcı olurlar”.⁶²³ İlkeye, sadık işbirliği ilkesi⁶²⁴ de denilmektedir.⁶²⁵

3.2.5. Avrupa Birliği Markasının Gözettiği Marka Kavramı

3.2.5.1. Avrupa Birliği Markasına İlişkin Temel İlkeler

Avrupa Birliği Markası Hukukunun dayandığı ve ona uluslar üstü hukuk karakteri katan temel birkaç ilke mevcuttur. Bu ilkeler hem maddi hukuk hem şekli hukuk açısından sonuçlar doğurmaktadır.⁶²⁶

3.2.5.1.1. Tekdüzelik İlkesi⁶²⁷

Avrupa Birliği çapında korunan bir sınai mülkiyet hakkı oluşturma hedefi doğrultusunda Avrupa Birliği Markasının bölgesel etkisi birliğin tüm alanına yayılmıştır.⁶²⁸ Tek bir tescil ile

618 **ABAD’ın** 14.07.1972 tarihli 48/69 sayılı International Chemical Industries Kararı (<https://dejure.org/E.T.28.03.2018>).

619 alm.: Vertrauensschutz

620 **Kilian**, Wirtschaftrecht, s. 125.

621 alm.: Kohärenzprinzip.

622 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 7. maddesi (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017).

623 Avrupa Birliği Antlaşmasının 4. maddesinin 3. fıkrası.

624 alm.: loyale Zusammenarbeit.

625 **Hakenberg**, Europarecht, s. 25.

626 **Just**, Clemens: Die Gemeinschaftsmarke im System des internationalen Markenschutzes, Peter Lang, Berlin 2000, s. 31.

627 alm.: Grundsatz der Einheitlichkeit

628 2017/1001 sayılı Tüzük madde 1 fıkra 2 - Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur->

tüm birlik üye devletlerinde aynı etki elde edilebilecektir.⁶²⁹ Tekdüzelik ilkesi olarak çevirdiğimiz bu ilkeye göre birlik markasının koruma etkisi belirli bir bölge ile kısıtlanamaz.⁶³⁰ Tekdüzelik ilkesi tescil, devir ve vazgeçme için geçerli olduğu gibi, birlik markasının sona ermesi ve geçersizliğine ilişkin verilen kararlar açısından geçerlidir.⁶³¹ Böylece birlik markasının koruma etkisinin, Avrupa Patent Sözleşmesinde patentler için geçerli olduğu gibi,⁶³² sadece belirli Avrupa Birliği üye devletlerinde gösterilmesi veya kimi üye devlette koruma talep edilmemesi mümkün değildir.⁶³³ Buna ‘ya hepsi ya hiçbirisi’ ilkesi denilmektedir.⁶³⁴ Yani bir ülkede Avrupa Birliği Markasını elde etmeye engel bir durum mevcut ise, koruma o ülke haricindeki diğer ülkeler için talep edilememektedir.⁶³⁵

Avrupa Birliği Markasının kullanımını yasaklama hakkı konusunda da tekdüzelik ilkesi geçerli olsa da istisnalar mevcuttur.⁶³⁶ Bunlara ‘Swiss cheese exceptions’⁶³⁷ denilmektedir. Hakların kullanılabilmesi alan İsviçre peynirindeki boşluklara benzer şekilde boşluklarla bezelidir.⁶³⁸ Üye devletlerden birinin ulusal mahkemesi birlik markasının belirli bir sebepten dolayı o ülke için kullanılmasını yasaklasa da bu karar diğer ülkeler için geçerli olmayacaktır.⁶³⁹ Yargısal alanda bir diğer sorun yetki meselesidir. Farklı üye devletlerde aynı dava konusuyla birden fazla davanın açılması durumuna Avrupa Birliği Markası Tüzüğü çözüm getirmemektedir. Avrupa Birliği Hukuku gereği yetki meselesinin çözümünde Brüksel Antlaşmasının kuralları uygulanacaktır.⁶⁴⁰

lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX: 32017R1001 E.T. 04.01.2018); **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 4; **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 390. **Bumiller**, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, s. 4; **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 32; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 93; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 21.

629 **Fammler**, Die Exportmarke, s. 21.

630 **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 4.

631 2017/1001 sayılı Tüzük madde 1 fıkra 2 - Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX: 32017R1001 E.T. 04.01.2018>); **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 391; **Bumiller**, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, s. 4; **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 4; **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 32; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 93.

632 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 32.

633 **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 4; **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 32.

634 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 400; **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 4; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 93.

635 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 93.

636 **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 4; **Marx**, Markenrecht, s. 132; **Bumiller**, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, s. 4; **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 32; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 93.

637 tr.: İsviçre peyniri istisnaları

638 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 32’de 66 Numaralı dipnot.

639 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 93.

640 **Bumiller**, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, s. 4.

Tekdüzelik ilkesinin, yani birlik markasının etki ve işlevinin birlik çapında tekdüze olmasının başka bir istisnası ise markanın kullanımının marka hukukuna dayalı bir sebeple değil örneğin haksız fiil sorumluluğundan veya rekabet hukukundan kaynaklı olarak yasaklanmasıdır. Bu durumda o alana özgü kurallar uygulanmalıdır.⁶⁴¹ Bunun haricinde belirli bir bölge ile sınırlı kullanım hakkı tanıyan lisanlar da tekdüzelik ilkesinin istisnası olarak sayılabilecektir.⁶⁴²

Ulusal mevzuatlara göre bir markanın sahibi, markasının aynı veya benzerinin Avrupa Birliği Markası olarak kullanımını iki şekilde engelleyebilecektir. Önceki tarihli hak sahibi sonradan yapılacak bir birlik markası tesciline Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi veya Avrupa Birliği Markası mahkemeleri önünde itiraz edebileceği gibi,⁶⁴³ birlik markasının kullanımını kendi markasını kullandığı ülke sınırları içinde kısıtlayabilmektedirler.⁶⁴⁴ Tescile itiraza alternatif bu yöntemle hem önceki tarihli hak sahibinin hem de birlik markası sahibinin çıkarları korunabilmektedir.⁶⁴⁵ 28 üye devletin tamamında geçerli olacak bir markanın tescilinin tek bir üye devletteki marka sahibinin müdahalesiyle engellenebilmesi geçmişte eleştirilmiştir⁶⁴⁶ hatta tekdüzelik ilkesinin ortadan kaldırılması gerektiği bile söylenmiştir⁶⁴⁷ ancak neredeyse 30 yıl önce yapılan bu eleştirilerin yersiz olduğunu zaman kanıtlamış bulunmaktadır.

3.2.5.1.2. Birlik Hukukunun Öncelikli Geçerliliği ve Avrupa Birliği Markası Hukukunun Bağımsızlığı

Avrupa Birliği Markası Hukuku üye devletlerin ulusal marka hukuklarından veya uluslararası antlaşmaların düzenlemelerinden bağımsızdır.⁶⁴⁸ Bunun anlamı Avrupa Birliği Markasının elde edilmesine ve sona ermesine dair koşulların Avrupa Birliği Hukukuna göre şekilleniyor olmasıdır. Aynı durum birlik markasının etkisi ve özellikle korumanın kapsamı için de

641 2017/1001 sayılı Tüzük madde 17 - Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001> E.T. 04.01.2018).

642 **Marx**, Markenrecht, s. 132.

643 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 43.

644 2017/1001 sayılı Tüzük madde 138 - Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001> E.T. 04.01.2018). **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 94.

645 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 94; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 41.

646 **Krieger**, Markenrecht im Werden, s. 282; **Morcom**, The Madrid Arrangement, s. 345; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 94.

647 **Morcom**, The Madrid Arrangement, s. 345.

648 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 92; **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 31; **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 392; **Krieger**, Markenrecht im Werden, s. 282.

geçerlidir.⁶⁴⁹ 2017/1001 sayılı Tüzüğün 17. maddesine göre Avrupa Birliği Markasının kapsamı ‘sadece bu tüzüğe göre belirlenmektedir’.⁶⁵⁰

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisine birlik markasının tescili için başvuran bir kişinin üye devletlerden birinde tescilli bir markasının olup olmaması önemli değildir.⁶⁵¹ Ayrıca üye devletlerde kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması sonucu korunan tescilsiz bir markasının bulunup bulunmaması da önemsizdir.⁶⁵² Avrupa Birliği Markası Hukukunun bağımsızlığı 2017/1001 sayılı Tüzükte veya daha önceki Topluluk Markasına ilişkin düzenlemelerde yazılı bir şekilde belirtilmemiş olsa da uluslar üstü karakterinin doğası bunu gerektirmektedir.⁶⁵³

Diğer yandan birlik hukuku bağımsız olsa da üye devletlerin ulusal mevzuatlarından kendini ne maddi ne şekli hukuk bakımından tamamen ayıramamıştır.⁶⁵⁴ Milli hukuklara göre önceki tarihte tescili bulunan marka sahibinin markasının aynı veya benzeri bir birlik markasının tesciline nispi ret nedenleri kapsamında karşı çıkabilmesi⁶⁵⁵ bağımsızlığın tam oluşmadığını net bir şekilde göstermektedir. Birlik markasına tecavüz halinde medeni ve ceza hukuku yönünden korunmasının birlik hukuku aksini öngörmediği sürece, uyumsuzluğa dair davanın açıldığı üye devletin ulusal mevzuatı ile düzenlenmesi⁶⁵⁶ milli hukuk düzenlemelerin tamamlayıcı olarak kullanıldığı durumlara örnekler olarak verilebilir. Ayrıca tecavüze karşı uygulanacak yaptırımlar tecavüz fiilinin gerçekleştiği veya gerçekleşme tehlikesinin bulunduğu üye devletin hukuku tarafından belirlenmektedir.⁶⁵⁷ Yine de Avrupa Birliği Markası sahibinin 2017/1001 sayılı Tüzüğün 9uncu maddesi vd. sayılan talep hakları, milli mahkeme önünde milli mevzuattan doğan haklarına zeval getirmemektedir.⁶⁵⁸ Bu kapsamda bağımsızlığın eksik kaldığı

649 **Fezer**, Markenrecht, Einl F, 5; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 92.

650 2017/1001 sayılı Tüzük madde 17 fıkra 1 - Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001> E.T. 04.01.2018).

651 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 393; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 92.

652 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 92.

653 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 31.

654 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 31; **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 394.

655 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 394.

656 2017/1001 sayılı Tüzük madde 17 fıkra 1 - Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001> E.T. 04.01.2018); **Fezer**, Markenrecht, Einl F, 5; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 92; **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 31.

657 **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 5; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 92; **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 31.

658 **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 5; Ayrıca bkz.: daha ayrıntılı bilgi için **Ingerl**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 37 vd.

söylenilebilir. Özetle, Avrupa Birliği hukuki düzenlemelerinin öncelikli olarak uygulanacağı ve gerektiğinde tamamlayıcı olarak ulusal mevzuatlara başvurulacağını söylemek mümkündür.⁶⁵⁹

3.2.5.1.3. Devredilebilirlik Serbestisi

Avrupa Birliği Markası ticari işletmeden bağımsız bir malvarlığı değeridir.⁶⁶⁰ Birlik markası üzerindeki münhasır hak tek olarak devredilebilir, rehin verilebilir ve lisansa konu olabilir.⁶⁶¹ Burada 2017/1001 sayılı Tüzükle Avrupa Birliği Markası Hukukuna getirilen çok önemli bir yenilik mevcuttur. Hem 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğünde hem de 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğünde devredilebilirliğe sınır olarak getirilen halkı yanıltma unsuru 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğüne alınmamıştır.

Markanın devredilebilirliği bundan önceki tüzüklerde ürünün kaynağına dair halkın yanıltılma ihtimali göz önünde bulundurularak kısıtlanabiliyordu.⁶⁶² Yeni düzenlemeyle halkın korunmasını sağlayan bu kısıtlama ihtimali kaldırılmıştır. Markanın, ürünün nereden geldiğini ve kime ait olduğunu yani kaynağı gösterme fonksiyonu⁶⁶³ markanın diğer fonksiyonlarının işleyebilmesinin önkoşuludur.⁶⁶⁴ Hem garanti fonksiyonu⁶⁶⁵ hem tanııtma fonksiyonu⁶⁶⁶ markayı taşıyan ürünün markanın sahibi ile bir bağı olduğu varsayımı sayesinde etki doğurur.⁶⁶⁷ Bir markayı taşıyan malın veya hizmetin aynı kaliteyi ihtiva etmesi ancak aynı üretim koşulları ve

659 Ingerl, Die Gemeinschaftsmarke, s. 37; Just, Die Gemeinschaftsmarke, s. 31.

660 Fezer, Markenrecht, Einl F, N. 6.

661 2017/1001 sayılı Tüzük madde 19 vd - Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001> E.T. 04.01.2018).

662 207/2009 sayılı Tüzük madde 17 fıkra 4.

663 **Kaynağı gösterme fonksiyonu:** markanın mal veya hizmeti sunan teşebbüs ile mal veya hizmetin arasındaki bağı görülmesini sağlamasıdır. bkz. Tekinalp, s. 343; Arkan, s. 35; Yasaman vd., s. 16.

664 Baumbach/Hefermehl, WZG, Einl N.10; Buhrow, Gebrauch im Spannungsfeld, s. 4; Bumiller, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, s. 3; Hacker, Markenrecht, s. 22; Danger, Die rechtsverletzende Benutzungshandlung, s. 69; Berlit, Das neue Markenrecht, N. 327.

665 **Garanti fonksiyonu (veya kaliteyi garanti etme fonksiyonu):** markanın mal veya hizmetin tüketici nezdinde belirli bir kalite standardında üretildiği izlenimini uyandırmaya yaramasıdır. bkz. Çağlar, s. 34.

666 **Tanııtma fonksiyonu (veya reklam fonksiyonu):** markanın mal veya hizmetin tüketici nezdinde tanınmasını sağlamasıdır. bkz. Çağlar, s. 34.

667 Raßmann, Die Markenrechtsreform, s. 311; Danger, Die rechtsverletzende Benutzungshandlung, s. 69; Konuya ilişkin bkz.: ABAD'ın 23.05.1978 tarihli 102/77 sayılı Hoffmann-La Roche/Centrafarm Kararı, ABAD'ın 18.07.2002 tarihli C-299/99 sayılı Philips Kararı, ABAD'ın 16.09.2004 tarihli C-329/02 sayılı Sat. 1 Satelliten-Fernsehen/ OHMI Kararı ve ABAD'ın 30.11.2004 tarihli C-16/03 sayılı Peak Holding Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018). Ayrıca bkz. Eminoğlu, Marka Sahibinin Tekliği, s. 238; Arkan, s. 98.

şeklinin korunması ile sağlanabilir. Değişen marka sahibi, değişen kalite, tarif veya tesis anlamına gelebilecektir.⁶⁶⁸

Öyle ki 21 Aralık 1988’de yürürlüğe giren 89/104 sayılı Avrupa Birliği Üyesi Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Direktifinden önce Almanya’nın marka kanunun⁶⁶⁹ 1. ve 8. maddelerine göre bir marka işletmenin ayrılmaz bir bütünü sayılmaktadır ve devredilmesi de sadece işletmenin devredilmesi ile mümkün idi.⁶⁷⁰ İtalya ve kuzey ülkeleri de markaların korumasının sadece kaynağı gösterme fonksiyonunun sağlanması ile mümkün olduğu anlayışını benimsemişlerdi.⁶⁷¹ Ayrıca İsviçre ve Avusturya’da kaynağı gösterme fonksiyonu Almanya’da olduğu gibi markanın yasal olarak korunan tek fonksiyonuydu.⁶⁷²

Buna karşılık BeNeLux-Devletleri yani Belçika, Hollanda ve Luxemburg marka hukuklarını kaynağı gösterme fonksiyonunun ve bununla gelen karıştırılma ihtimali terimlerinden tamamen soyutlamışlar, düzenlerini markanın kullanımı sonucu elde edilen çıkara dayalı kuramlar üzerine kurmuşlardır.⁶⁷³ Fransa’da ise yine kaynağı gösterme fonksiyonu marka hakkının kapsamını belirlemede göz ardı edilmiş ve sistem markanın bir mülkiyet hakkı olması üzerine kurulmuştur.⁶⁷⁴

Üye devletlerin bu çeşitli düzenlemeleri göz önünde bulundurularak hem 89/104 sayılı Direktif hem de 40/94 sayılı Tüzük ile markanın ticari işletmeden bağımsız ve bundan ayrı olarak devredilebilen bir malvarlığı değeri olduğu kabul edilirken aynı zamanda eğer devir işleminin, halkı ürünün türü, nitelikleri veya coğrafi kaynağı konusunda yanılgıya düşüreceği devir belgelerinden açık bir şekilde anlaşılıyorsa İç Pazarı Uyumlaştırma Ofisine devir işlemini reddetme yetkisi tanınmıştır.⁶⁷⁵ Ancak son düzenlemelere bakılırsa Avrupa Birliği üye

668 bkz. Tükenme ilkesi ile kaynağı ayırt etme fonksiyonu ortadan kaldırılmış değildir. **von Gamm**, *Schwerpunkte des neuen Markenrechts*, s. 777.

669 alm.: *Warenzeichengesetz-WZG*

670 **Buhrow**, *Gebrauch im Spannungsfeld*, s. 5; **Bumiller**, *Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke*, s. 3; **Baumbach/Hefermehl**, *WZG*, §15 N.22; **Berlit**, *Das neue Markenrecht*, N. 327.

671 İtalya için bkz.: **Vanzetti**, *Funktion und Rechtsnatur*, s. 128vd; s. 185 vd. Kuzey ülkeleri için bkz.: **Kur**, *Verwechslungsgefahr*, s. 3; **Hacker**, *Markenrecht*, s. 22; **Danger**, *Die rechtsverletzende Benutzungshandlung*, s. 69; Kaynağı gösterme fonksiyonu, aynı zamanda köken, menşe işlevi de denilmektedir. **Eminoğlu**, *Marka Sahibinin Tekliği*, s. 238.

672 **Raßmann**, *Die Markenrechtsreform*, s. 311; **Baumbach/Hefermehl**, *WZG*, §15 N.22. Markanın hukuki niteliği markanın kanunen tanınan fonksiyonu için ayrıca bkz. **Vanzetti**, *Funktion und Rechtsnatur*, s. 128.

673 **Kur**, *Verwechslungsgefahr*, s. 3.

674 **Kur**, *Verwechslungsgefahr*, s. 3; Türk Hukukunda kaynak gösterme işlevinin markanın devrine etkisi için bkz. **Eminoğlu**, *Marka Sahibinin Tekliği*, s. 245.

675 556 sayılı KHK’nın 16. maddesinin 4. fıkrası gereğince Türk Patent Enstitüsü Avrupa Birliği mevzuatında olduğu gibi halkı yanıltacak devir işlemlerini yapmama yetkisine sahipti ancak bu düzenleme yeni Sınai Mülkiyet Kanuna alınmamıştır. Avrupa Birliği Hukukundaki kaynağı

devletlerin markanın kaynağı gösterme fonksiyonunu yerine getirme konusundaki farklılıklarını uyumlaştırmalar sayesinde aşarak birlik markası için en başından beri düşünülen sınırsız devredilebilirlik serbestisinin⁶⁷⁶ önündeki son engeli de kaldırmış bulunmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hem direktiflere hem de tüzüklere göre Avrupa Birliği Markası sadece malların ve hizmetlerin birbirinden ayırt edilmesinde kullanılmaktadır. Yani her türlü ticari unvanlar ve işletme isimleri markalara ilişkin düzenlemelerin sağladığı korumanın dışında tutulmuştur. Fakat buna rağmen ticari unvanlar ve işletme isimleri üye devletlerin milli mevzuatlarına göre korunacak değerler olarak görülerek nispi ret ve sona erme sebepleri arasında sayılmaktadır.⁶⁷⁷

3.2.5.1.4. Birlikte Varoluş İlkesi⁶⁷⁸

Hali hazırda ulusal sınai mülkiyet haklarının kullanıldığı bir alanda yeni bir sınai mülkiyet hakkının kabul edilmesiyle yeni hakların eski haklara karşı durumunun ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorun iki şekilde çözülebilir; ya yeni haklar tamamen eski hakların yerini alacak, eski haklar sona erdirilecek ya da eski hakların korunması ayrı olarak sürdürülecektir.⁶⁷⁹ İlk alternatifin uygulanması 01.01.1971 yılında yürürlüğe giren BeNeLux-Marka Kanunu ile görülmüştür, üç ülkedeki tüm markalar aynı anda BeNeLux-Markalarına dönüştürülmüşlerdir.⁶⁸⁰ Avrupa Birliği Markasında ise yasa koyucular tercihinin ikinci seçenekten yana kullanmışlardır.⁶⁸¹ Üye devletlerin marka hukuklarına ilişkin ulusal mevzuatları Avrupa Birliği Markası Hukukunun yanında birlikte yer almaktadır.⁶⁸² Geçmişte çifte koruma yasağı gündeme geldiyse de⁶⁸³ ne Topluluk Markası Tüzüğüne ne de Avrupa Birliği Markası Tüzüğüne kabul görmemiştir.⁶⁸⁴

Birlikte varoluş ilkesi milli markalar ile Avrupa Birliği Markaları arasında bir çatışma meydana geldiğinde yani aynı işaretin birlik markası ve milli bir marka olarak korunmasının söz konusu

gösterme fonksiyonunun değerini kaybedişi Türk Hukuku açısından gözlemlemek de mümkündür. **Eminoğlu**, Marka Sahibinin Tekliği, s. 238.

676 **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 364.

677 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 410; **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 8.

678 alm.: Koexistenz

679 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 32.

680 Aynı metod Avrupa Birliği Markası için de tartışılmıştır. **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 367; **Meister**, Marke und Recht, s. 90.

681 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 32.

682 **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 7; **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 32; **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 396.; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 96; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 20.

683 1984'teki tüzük önerisinin 81. maddesi.

684 **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 7.

olduğu durumlarda etkisini göstermektedir. Yani bu ilkeyi milli ve birlik markalarının birbirinden bağımsız şekillerde birlikte var olmaları olarak algılamak yanlış olur.⁶⁸⁵ Kural olarak aynı işarete sahip bir birlik markası ile milli marka aynı anda birlikte var olabilecektir. Ancak önceki tarihli tescilli marka hakkı sahibi isterse sonraki bir marka tescilinin önüne geçebilmektedir. Gerçek bir birlikte varoluş sadece sona erme sebepleri alanında⁶⁸⁶ ve kısıtlı olarak da olsa önce tarihli tescile sahip markanın aynı veya benzer Avrupa Birliği Markasının varlığına rağmen bir bölgeye mahsus olmak üzere kullanılabilmesinde görülmektedir.⁶⁸⁷

İlk ortaya çıktığında geçici politik bir çözüm olarak düşünülen⁶⁸⁸ bu ilkenin kalıcılığı Avrupa Birliği Markasının ticaret hayatında benimsenmesi ve albenisinin yüksek olmasına bağlıdır. İleride Avrupa Birliği Markasının benimsenme oranına göre milli marka sistemlerinin yani mevzuat ve sicillerinin tamamen ortadan kaldırılıp Avrupa Birliği Markası sistemi ile yola devam edilmesine mümkün gözüyle bakanlar mevcuttur.⁶⁸⁹ Ancak gün geçtikçe bütünleşen ve gelişen iç pazara rağmen milli markalara olan ihtiyacı tamamen ortadan kaldırmak zordur. Bazı markalar çeşitli sebeplerle büyük alanlar için uygun olmayabilir. Örnek olarak yerel dilleri vermek mümkündür.⁶⁹⁰ Çeşitliliği korumak ve uluslararası ticarete karışmak istemeyen mütevazı yerel işletmelere birlik çapında geçerliliğe sahip Avrupa Birliği Markasını zorunlu koşturmak yerinde olmayabilir.⁶⁹¹

3.2.5.1.5. Tescile Bağlı Olma İlkesi

2017/1001 sayılı Tüzüğün 6. maddesine göre Avrupa Birliği Markası sadece tescil ile elde edilebilmektedir.⁶⁹² Tescil Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisine yapılacak başvurunun ardından burada tutulan sicile yapılır. Kuzey ülkelerin ve Alman marka hukukunda olduğu gibi kimi üye

685 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 33.

686 2017/1001 sayılı Tüzük madde 60, 137 ve 138 fıkra 2 ve 3 - Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001E.T.04.01.2018>); **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 7.

687 2017/1001 sayılı Tüzük madde 107 fıkra 1 - Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001E.T.04.01.2018>); **Fezer**, Markenrecht, Einl F, N. 7.

688 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 96; **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 367.

689 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 33; **Beier**, Ziele und Leitgedanken, s. 369; **Ingerl**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 27.

690 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 95.

691 **Beier**, Entwicklung und Grundzüge, s. 393; **Marx**, Markenrecht, s. 125; **Fammler**, Die Exportmarke, s. 21.

692 **Bumiller**, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, s. 2; **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 95; **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 393; **Fezer**, Markenrecht, §4, N. 8; **Klaka**, Benutzungsmarke, s. 613; **Meister**, Marke und Recht, s. 91.

devletler tarafından, kullanım veya ticaret hayatında tanınma yoluyla da elde edilebilen marka korumasını kabul edilse ve Direktifler aracılığı ile buna izin verilse de, Avrupa Birliği Markası düzenlemelerine göre tescilsiz markaların korunması mümkün değildir.⁶⁹³ Avrupa Birliği çapında işleyebilecek bir sistem olması açısından saf bir sicil-hakkı veya şekli-hak⁶⁹⁴ oluşturulması kolaylık olarak görülmüştür.⁶⁹⁵ Kolay bir çözüm olması yanında ilke eleştirilere de maruz kalmıştır, tescil koşulu ile markanın tek bir kaynağa dayandığı ve geleneksel edinim yolunun göz ardı edilmesi yadırganmıştır.⁶⁹⁶ Tescilsiz olarak kullanım sonucu ayırt edicilik kazanan veya tanınmış markalar yine de nispi ret ve sona erme sebepleri arasında sayılmakta ve bu şekilde az da olsa korunmaları mümkün kılınmaktadır.⁶⁹⁷

3.2.5.2. Avrupa Birliği Markasının Unsurları

Marka olabilirlik ile tescil edilebilirlik modern Avrupa Birliği Marka Hukukunun en tartışmalı ve toplumu en çok ilgilendiren konularındandır. Marka olabilirlik ile tescil edilebilirlik kriteri olarak doktrinde birbirinden farklı çok sayıda kriterin sayıldığını ve çalışmamızda 2017/1001 sayılı Tüzüğün değişikliklerini de göz önünde tutarak mümkün toparlayıcı bir sayıma gidileceğini belirtmek isteriz.

2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesine göre; “markalar, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilmeye uygun olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir”.⁶⁹⁸ Tescil edilebilirlik Avrupa Birliği Markasının temel ilkelerinden biri olup tescilsiz markalara Avrupa Birliği Markası olarak koruma tanınamayacağını 3.2.5.1.5. Tescile Bağlı Olma İlkesi başlığı altında incelemiştik. Yani marka olabilecek işaretlerin aynı zamanda sicilde gösterilmeye uygun olmaları gerekmektedir. Bir işaretin unsur olarak varlığı

693 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 95; **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 394; **Fezer**, Markenrecht, §4, N. 8. Ayrıntı için bkz.: **Fezer**, Markenrecht, §4, N. 9; **Meister**, Marke und Recht, s. 91.

694 alm.: Registerrecht oder förmliches Recht.

695 **Prandzioch**, Das Europäische Markenamt, s. 95.

696 **Beier**, Entwicklung und Grundzüge, s. 392.

697 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 394; **Fezer**, Markenrecht, §4, N. 8; **Meister**, Marke und Recht, s. 91.

698 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 4. maddesi 2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesinin bir tercümesi niteliğindedir. Orijinal metin için bkz. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm> E.T. 30.10.2017); Regulation with Nr. (EU) 2017/1001 of the European Parliament & of the Council of 14/06/ 2017 on the European Union trade mark (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001> E.T. 04.01.2018).

tartışılmazken⁶⁹⁹ maddenin lafzından çıkarılabilecek başka bir unsur ise markayı oluşturacak işaretin “bir teşebbüsün mallarını veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün malları ve hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamasıdır”.⁷⁰⁰ Maddede yapılan marka olabilecek işaretlerin sayımı geçmişte olduğu gibi günümüzdeki düzenlemede de tamamen örneklendirme niteliğinde olup marka olabilecek işaretlerin sınırlanması söz konusu değildir.⁷⁰¹

3.2.5.2.1. Avrupa Birliği Markası Hukukunda Grafik Olarak Gösterilebilme Unsurunun Kaldırılması ve Marka Olabilirlik, Sicilde Görüntülenebilirlik ile Tescil Edilebilirliğin İlişkisi

Grafik olarak gösterilebilme marka hukuku geleneğince kabul edilmiş ve uzun yıllardır düzenlemelerde karşılaştığımız bir unsur idi. Ancak geçmişte bile grafik olarak gösterilebilme veya çizimle görüntülenebilme unsuru sert eleştirilere de maruz kalmıştır. 1996 yılında, günümüzde artık yürürlükte olmayan, 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü’nün marka olabilecek işaretleri düzenleyen 4. maddesi⁷⁰² için Beier⁷⁰³ “ne yazık ki tanımdaki genişlik, tamamen gereksiz bir kısıtlama ile daraltılmaktadır.” ifadesini kullanmış ve hatta kısıtlamanın “grafik olarak gösterilemeyen işaretlerin de değerli markalar olabileceğini düşünmeden, sadece sicillerini akıllarında bulunduran resmi denetçiler tarafından metne alınmış” olduğunu iddia etmiştir.

Buna karşılık Bender unsuru savunmuştur, ona göre gelişen teknolojiyle birlikte dünyanın, pazarlama teknikleri ve reklam araçlarında öngörülemez yeniliklere sahne olması, markaların grafikte gösterilebilirliğine başka bir perspektiften bakmamızı sağlamıştır.⁷⁰⁴ Grafikte gösterilebilirliğin geçmişte ne kadar işe yaradığı tartışılabilir ancak unsurun şekil değiştirmiş haliyle sicilde gösterilebilirlik günümüzde sicil hukuku açısından vazgeçilmez bir hal almıştır.

699 Ayrıntılı bilgi için bkz.: 3.1.3. Markanın Olmazsa Olmazı İşaret

700 bkz.: **ABAD’ın** 06.05.2003 tarihli C-104/01 sayılı Libertel Kararı, **ABAD’ın** 24.06.2004 tarihli C-49/02 sayılı Heidelberger Bauchemie Kararı, **ABAD’ın** 08.04.2003 tarihli C-53/01 ve C-55/01 sayılı Linde Kararı ve **ABAD’ın** 23.10.2003 tarihli C-191/01 P sayılı OHMI/Wringley Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

701 bkz.: **ABAD’ın** 16.09.2004 tarihli C-404/02 sayılı Nichols Kararı (<https://dejure.org/> E.T. 28.03.2018).

702 bkz. günümüzde yürürlükte olan 2015/2436 sayılı AB Direktifinde 3. Madde - Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436> 08.11.2017).

703 **Schricker /Beier**; Die Neuordnung des Markenrechts, s. 10.

704 **Bender**, grafische Darstellbarkeit, s. 515.

2015/2424 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesi ile 1 Ekim 2017den itibaren markalar için grafik olarak gösterilebilme koşulu kaldırılmıştır.⁷⁰⁵ Bununla birlikte yetkili birimlere yapılacak birlik markası başvurularında işaretin grafik olarak gösterilmiş bir nüshasının verilmesi gerekmeyecektir. Bunun anlamı, verilen tarihten sonra işaretlerin genel olarak erişilebilir bir teknoloji kullanılarak düzenlenmiş uygun bir biçimde gösterilmesinin mümkün olacaktır. İşaretin gösterilmesi -veya temsili- net, belirli, eksiksiz, kolay erişilebilir, anlaşılabilir, dayanıklı ve objektif olmalıdır.⁷⁰⁶

Bundan böyle görüntülenmeleri mümkün olmayan markalar (örneğin ses markaları) ile hareketli resimler içeren markaların (hareket markaları) başvuruları elektronik ortamlar kullanılarak çizimle gösterilmiş bir evrak gerektirmeden daha kolay bir şekilde alınacak ve tescil edilebilecektir. Ayrıca grafik olarak gösterilme şartının kaldırılması ile sadece elektronik ortamda var olabilen marka türlerinin (örneğin multi-medya markalarının) de tescilinin önü açılmış bulunmaktadır.⁷⁰⁷

207/2009 sayılı Konseyin Avrupa Birliği Markası hakkındaki Tüzüğünün uygulanmasının ayrıntıları hakkında Komisyonun 18 Mayıs 2017 tarihli 2017/1431 sayılı Uygulama Tüzüğüne⁷⁰⁸ göre tescilin içeriği ile korunacak hakkın kapsamı çizilmiş olmaktadır. Ayrıca işaretin temsiline, kapsamını genişletmeyecek şekilde, işaretin oluşturduğu marka türü veya açıklama eklenebilecektir.⁷⁰⁹ Bu yeni sistem ‘gördüğün, alacağındır’⁷¹⁰ ilkesi üzerine kuruludur ve sicildeki marka tescillerinin daha net, kolay erişilebilir ve arandığında daha kolay bulunabilir olmalarını hedeflemektedir.⁷¹¹

705 **EUIPO** – What([https:// euiipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark](https://euiipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark) E.T. 21.02.2018).

706 **EUIPO** – Elimination of graphical representation- requirement ([https:// euiipo.europa.eu/ohimportal/de/elimination-of-graphical-representation-requirement](https://euiipo.europa.eu/ohimportal/de/elimination-of-graphical-representation-requirement) E.T. 21.02.2018); **EUIPO** – EU Trade Mark Regulation FAQs ([https:// euiipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euiipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018); **Reform** der Unionsmarke - Zusammenfassung der Änderungen, s. 10 - ([https:// euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/ law_and_practice/ legal_reform/Overview_changes_de.pdf](https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf) E.T. 21.02.2018).

707 **EUIPO** – EU Trade Mark Regulation FAQs ([https:// euiipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euiipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018).

708 2017/1431 sayılı Uygulama Tüzüğü.

709 **Reform** der Unionsmarke - Zusammenfassung der Änderungen, s. 10 - (https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf E.T. 21.02.2018).

710 ing.: “What you see is what you get”.

711 **EUIPO** – Elimination of graphical representation- requirement ([https:// euiipo.europa.eu/ohimportal /de/elimination-of-graphical-representation-requirement](https://euiipo.europa.eu/ohimportal/de/elimination-of-graphical-representation-requirement) E.T. 21.02.2018); **Reform** der Unions-marke - Zusammenfassung der Änderungen, s. 10 - ([https:// euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure /webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/ legal_reform/Overview_changes_de.pdf](https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf) E.T. 21.02.2018).

Uygulamada markayı oluşturacak işaretlerin grafik olarak gösterilebilmesi kaldırılrsa da işaretlerin uyması gereken kriterler mevcuttur.⁷¹² Buna göre söz konusu işaret, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi tarafından kabul edilen marka kategorilerinden biriyle eşleşmeli ve yine ofis tarafından kabul gören formatlardan biri ile temsil edilebilir olmalıdır.⁷¹³ Markayı oluşturacak işaretlerin bir örneğini ofise posta yolu ile veya elden teslim etmek yasaklanmıştır.⁷¹⁴

2017/1431 sayılı Uygulama Tüzüğü'nün 3. maddesinde en sık rastlanılan marka türlerinin bir kaçının gösterilmesine dair ayrıntılı düzenlemeler ve gereklilikler belirlenmiştir. Her bir düzenleme, gerekli teknik koşulları da kapsayarak, söz konusu marka türü ve bu türün kendine has nitelikleri ile uyumlu bir şekilde tayin edilmiştir.⁷¹⁵

Böylece şimdilik “genel olarak erişilebilir bir teknoloji” ile aktarılamayan koku markaları “diğer” kategorisine çekilip buna uygun teknolojilerin geliştirilmesi beklenebilir. Ancak bunun kestirilebilir yakın bir gelecekte olacağını söylemek mümkün değildir yani grafik olarak gösterilme şartının kaldırılmasının bu tip marka türleri üzerinde etkisi olmayacaktır.⁷¹⁶ Yeni sistemin amacı kullanıcılar açısından hukuki güvenliği arttırmak ve şekil şartlarına uyulmadığı gerekçesiyle itiraz edilen başvuruların sayısını azaltmaktır.⁷¹⁷

712 **EUIPO** – What([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark) E.T. 21.02.2018); **EUIPO** – EU Trade Mark Regulation FAQs ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018); Çizimle gösterilebilen her işaretin sicilde gösterilebilirliği kesindir ancak sicilde gösterilebilen her işaret çizimle gösterilemeyebilir. **Bender**, grafische Darstellbarkeit, s. 516.

713 **EUIPO** – What([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark) E.T. 21.02.2018).

714 **EUIPO** – EU Trade Mark Regulation FAQs ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018).

715 **EUIPO** – Elimination of graphical representation- requirement ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal /de/elimination-of-graphical-representation-requirement](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/elimination-of-graphical-representation-requirement) E.T. 21.02.2018); **Reform** der Unions-marke - Zusammenfassung der Änderungen, s. 10 - ([https:// euipo.europa.eu/tunnel-web/secure /webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_ changes _de.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf) E.T. 21.02.2018).

716 **EUIPO** – EU Trade Mark Regulation FAQs ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn) E.T. 21.02.2018).

717 **EUIPO** – Elimination of graphical representation- requirement ([https:// euipo.europa.eu/ohimportal /de/elimination-of-graphical-representation-requirement](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/elimination-of-graphical-representation-requirement) E.T. 21.02.2018); **Beier**, Stand und Aussichten, s. 151.

3.2.5.2.2. Markanın Bir Teşebbüsün Mal veya Hizmetlerini Başka Teşebbüslerin Mal veya Hizmetlerinden Ayırt Etmeye Uygun Olması

Markayı oluşturan “işaretlerin bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun olmaları gerekmektedir”.⁷¹⁸ Ayırt ediciliğin sağlanması markanın muhteviyatını ve değerini koruyarak geliştirebilmenin önkoşuludur.⁷¹⁹ Ayırt edici güç markanın bulunduğu piyasa içerisinde tanınmasına ve bir bütün olarak özgülleştirilmesine aracı olacaktır.⁷²⁰ 2017/1001 sayılı Tüzüğün marka olabilecek işaretleri sayan 4. ve mutlak ret sebeplerini sayan 7. maddesinde bahsedilen ayırt edicilik kavramları birbirinden bağımsız anlaşılmalıdır. 4. maddedeki ayırt edicilik mutlak – veya soyut – ayırt ediciliğe⁷²¹ 7. maddenin 1. fıkrasının 2. bendindeki ayırt edicilik ise somut ayırt ediciliğe delalet eder.⁷²² Mutlak ayırt ediciliğin yokluğunda somut ayırt edicilikten söz etmek mümkün değildir.⁷²³ Somut ayırt ediciliğin yokluğu kullanım sonucu aşılabılır bir mutlak ret sebebiyken mutlak/soyut ayırt ediciliğin yokluğu marka olabilmeye engeldir ve bu engel herhangi bir kullanım ile aşılamayacaktır.⁷²⁴

Soyut ayırt ediciliğin tam olarak hukuki niteliğinin temeli konusunda doktrinde fikir ayrılığı mevcuttur.⁷²⁵ İlk görüşe göre “bir markanın mal ve/veya hizmetleri birbirinden ayırt edebilmesi için öncelikle kendinin ayırt edilebiliyor olması” gerekmektedir.⁷²⁶ Fezer, Kiethe/Groeschke, Thilo, Meister, Klaka, Berlit ve Marx gibi yazarlar ayırt ediciliğin ürün bazında olması gerektiğini ve marka ürün ile teşebbüs arasında bir bağlantı kuramasa da soyut ayırt edicilik unsurunun sağlandığını savunurlar.⁷²⁷ Buna karşılık Kur, von Gamm ve Ströbele gibi yazarlar markanın soyut ayırt ediciliği ile kaynağı ayırt edici fonksiyonu arasında bağlantı kurar ve

718 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 33; **EUIPO** – What(<https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark> E.T. 21.02.2018); **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 404; **Hacker**, Markenrecht, s. 37; **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 40.

719 **EUIPO** – What([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark) E.T. 21.02.2018); Ayrıca bkz. **Meister**, Erste Erfahrungen, s. 507.

720 **Marx**, Markenrecht, s. 19.

721 alm.: Absolute Unterscheidungskraft

722 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 33; **Hacker**, Markenrecht, s. 37. Buna karşılık, **Marx** kitabının ilk baskısında iki ayrı ayırt edicilikten bahsetmemiş, ayırt edici gücün önemi dolayısıyla yokluğunun mutlak ret nedenleri arasında sayıldığını ifade etmiştir. 2. Basıda ayrımı kabul etmiş ve iki kriterin farklarından da bahsetmiştir. **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 405; **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 40.

723 **Buhrow**, Gebrauch im Spannungsfeld, s. 113.

724 **Marx**, Markenrecht, 2. Bası, s. 405; **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 40.

725 Markanın hukuki niteliği markanın kanunen tanınan fonksiyonu için ayrıca bkz. **Vanzetti**, Funktion und Rechtsnatur, s. 128.

726 **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 40.

727 **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 41; Görüşler için; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 203; **Thilo**, Neue Formen, s. 67; **Meister**, Erste Erfahrungen, s. 507; **Klaka**, Benutzungsmarke, s. 614; **Marx**, Markenrecht, s. 19; **Berlit**, Das neue Markenrecht, N. 49.

işaretin marka olabilmesi için mal ve/veya hizmetin bir teşebbüsle ilişkisini gösterebilmeye uygun olması gerektiğini savunur.⁷²⁸

İlk görüşe göre mutlak ayırt ediciliğin yokluğundan bahsetmek oldukça zordur çünkü marka mal veya hizmeti özgülleştirdiği an mutlak ayırt edicilik sağlanmış sayılacaktır.⁷²⁹ Buna göre işaretin ayırt edici olup olmadığını söylemek için soyut bir değerlendirme yeterlidir zira “işaretin belirli bir mal veya hizmet açısından ayırt edici olup olmaması bu aşamada önemsizdir”.⁷³⁰ Yani burada belirli bir mal veya hizmetten ayırt edilme koşulu aranmazken sadece markanın kendi içinde ayırt edici olabilme kabiliyetinin varlığı yeterli görülmüştür.⁷³¹ Buna karşılık markanın tescil edilebilirliği işaretlerin ayırt edicilik açısından kuvvetli olmasına bağlıdır.⁷³² Kendi çapında ayırt edilebilirliği yüksek olan bir işaretin başka işaretlerden ayırt edilebilme ihtimali de doğru orantılı olarak artacaktır.

Mutlak veya soyut ayırt ediciliğin sağlanması için söz konusu işarete bir nebze yaratıcılık bulunmalıdır.⁷³³ Ancak bu yaratıcılığın seviyesi oldukça düşük olsa da olur çünkü 2017/1001 sayılı Tüzüğün 4. maddesinden gayet net anlaşıldığı üzere buradaki işaretin mal ve/veya hizmetleri ayırt etmeye ‘uygun’ olması yeterlidir. Marz’a göre buradaki yaratıcılık seviyesinin tespiti kesin olarak mümkün değildir. Fakat yasa koyucunun ayırt edicilik denetimini iki aşamalı olarak belirlemesi nedeniyle, çok düşük miktarda yaratıcılığın yeterli olacağını söylemek mümkündür.⁷³⁴ Asıl yaratıcılık – veya özgünlük – incelemesi ikinci adımda yani 7. madde çerçevesinde somut ayırt edicilik denetimi esnasında yapılacaktır.⁷³⁵

İki aşamalı bu denetleme sistemi⁷³⁶ ile oldukça geniş bir tasarlama alanı bulunan modern bir marka kavramı kabul edilmiş olur. Sözcük veya şekillerden oluşan sıradan marka türlerinin yanında birden çok işareten oluşan kombinasyonlara “egzotik” markalar olarak izin

728 **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 42; Görüşler için; **Kur**, Formalschutz, s. 183; **Von Gamm**, Schwerpunkte des neuen Markenrechts, s. 779; **Ströbele**, MarkenG, §3 N. 6.

729 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 34; **Hacker**, Markenrecht, s. 37.

730 **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 35; **Hacker**, Markenrecht, s. 37; **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 40.

731 **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 35; Ayrıca bkz. **Kur**, Formalschutz, s. 183, **Meister**, Praktische Erfahrungen, s. 1008; **Berlit**, Das neue Markenrecht, N. 59; **Vanzetti**, Funktion und Rechtsnatur, s. 134.

732 **EUIPO** – What([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark) E.T. 21.02.2018).

733 **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 36; **Marx**, Markenrecht, s. 19; **Kur**, Formalschutz, s. 183. Buna karşılık Eroğlu’na göre markanın ayırt ediciliğinin araştırılmasında “hususiyet” ve “orijinallik” aramaya gerek yoktur. **Eroğlu**, Soyut Renk, s. 98.

734 **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 36; Benzer ifadelerle **Buhrow**, Gebrauch im Spannungsfeld, s. 110.

735 **Meister**, Praktische Erfahrungen, s. 1008; **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 36.

736 **Meister**, Erste Erfahrungen, s. 510.

verilmektedir.⁷³⁷ Kombinasyonlar ne kadar çeşitlilik gösteriyorsa taklidi o kadar zor markalar oluşacaktır.⁷³⁸

Özgün bir özelliği olmayan sıradan bir noktanın veya daktilo ile çizilmiş bir çizginin⁷³⁹ birer şekil markası olarak veya tekdüze kısa bir notanın bir ses markası olarak tescili, bu işaretlerin mutlak ayırt edicilikten yoksun olmaları sebebiyle mümkün olmayacaktır. Bu üç işarete yaratıcılık seviyesi o kadar düşüktür ki tek başlarına bir anlam ifade etmezler ve ayırt edicilikleri yoktur. Dolayısıyla “bir mal veya hizmetin başka mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya” uygun değildir.⁷⁴⁰

İkinci görüşü savunanlara göre kanunun lafzından bir markanın görevi, “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmektir yani malın veya hizmetin kendini ayırt etmesi gerekliliği” kanun metninden anlaşılmamaktadır.⁷⁴¹ Eğer markanın mal veya hizmetin kendini ayırt etmesi koşulu aransaydı, markanın “bir teşebbüsün bir mal veya hizmetinin aynı teşebbüsün başka bir mal veya hizmetinden ayırt etmesi” yeterli olacaktı.⁷⁴² Bu durumda şu sonuç çıkarılabilir; markanın ayırt ediciliğe uygun olması, tüketicinin en azından bir mal veya hizmetin bir teşebbüse ait olduğu kanısına varabilmesini de kapsamaktadır.⁷⁴³ Demek ki ayırt ediciliğe uygun olma, markanın ayırt edici fonksiyonu ile ilişkilendirilerek anlaşılmalıdır.⁷⁴⁴

Marka olarak çok ünlü bir resmin veya benzer bir ögenin kullanılması halkın ürün ile marka arasında bağlantı kurmasından ziyade dikkat çekerek reklam amacına hizmet edecektir. Mal veya hizmet ile ilişkilendirilemeyen bir markanın mal veya hizmeti özgünleştirdiğinden bahsetmek mümkün değildir.⁷⁴⁵ Marka hukuku tasarım haklarının aksine ürünün kendisini değil, ürünün tanıtılmasını sağlayan işaretleri korumaktadır. Özellikle üç boyutlu markalarda önem kazanan marka ile ürünün ilişkilendirilmesi meselesinde dikkat edilmesi gereken nokta şudur; eğer marka olarak kullanılan işaret ürün ile ilişkilendirmeden ziyade ürünün daha fazla dikkat

737 **Just**, Die Gemeinschaftsmarke, s. 34.

738 **Marx**, Markenrecht, s. 19. Ayrıca bkz.: **Ingerl/Rohnke**, MarkenG §3 N. 30’da “karışık resimler”.

739 **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 256; **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 37.

740 **Marz**, eintragungsfähigen Marken, s. 37.

741 **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 43; Tükenme ilkesi ile kaynağı ayırt etme fonksiyonu ortadan kaldırılmış değildir. **von Gamm**, Schwerpunkte des neuen Markenrechts, s. 777.

742 **Baumbach/Hefermehl**, WZG, Einl N. 10; **Vanzetti**, Funktion und Rechtsnatur, s. 134.

743 **Kur**, Formalschutz, s. 195.

744 **Kur**, Formalschutz, s. 183; **Von Gamm**, Schwerpunkte des neuen Markenrechts, s. 779; **Ströbele**, MarkenG, §3 N. 6.

745 **Buhrow**, Gebrauch im Spannungsfeld, s. 111; **BPatG** GRUR 1998, s. 1021f- Mona Lisa (<https://www.jurion.de> E.T. 02.04.2018).

çekmesini amaçlıyorsa bu marka hukuku ile değil tasarım hukuku ile korunması gereken bir unsurdur.⁷⁴⁶

Örnek vermek gerekirse; üzerine marka olarak Albert Einstein'ın resminin basıldığı bir T-Shirt veya bir Marilyn Monroe posterinde bu ünlü figürlerin kullanılması ürünün başka teşebbüslerin ürünlerinden ayırt etmeyecektir, bu figürler ürünün bir parçası hatta ürünün kendisi olmuştur. Dolayısıyla ayırt edicilikten bahsetmek mümkün değildir.⁷⁴⁷ Zaten bir sanat eserinin marka olarak tescili de Sınai Mülkiyet Kanunun 5. maddesinin e bendi ve 2017/1001 sayılı Tüzüğü'nün 7. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde sayılan bu eserin, eser oluşunun mala asli değerini veriyor olmasından kaynaklı olarak ret edilecektir.⁷⁴⁸ Bunun haricinde tüketicilerin, markayı olduğu gibi bir bütün halinde algılayabilmeleri gerekmektedir.⁷⁴⁹ Yani markanın mal veya hizmetten bağımsız olması gerekmektedir.⁷⁵⁰ Markanın üründen bağımsız olması markanın fiziksel olarak üründen ayrı olması anlamına gelmez, aksine marka ürünün bir parçası olabilmektedir. Ancak ürünün fonksiyonel olarak kaçınılmaz bir parçasını oluşturmamalıdır.⁷⁵¹

746 **Buhrow**, Gebrauch im Spannungsfeld, s. 111; **Hacker**, Markenrecht, s. 40.

747 **Buhrow**, Gebrauch im Spannungsfeld, s. 112-113.

748 Eğer malın estetik özellikleri başka özelliklerinin önüne geçmiyor, bunlarla rekabet içinde bulunuyorsa malın sanatsal başarısından değil ticari başarısından bahsetmek gerekir. **Meister**, Praktische Erfahrungen, s. 1008. Ayrıca fikri mülkiyet hakları ile korunabilecek işaretler sınai mülkiyet haklarının korunmasını elde edememelidir. **Meister**, Praktische Erfahrungen, s. 1007.

749 **EUIPO** – What([https:// euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark](https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark) E.T. 21.02.2018).

750 **Daniels**, Die Dreidimensionale Marke, s. 46; **Ströbele**, MarkenG, §3 N. 8; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 211.

751 **Ströbele**, MarkenG, §3 N. 8; **Fezer**, Markenrecht, §3 N. 211.

4. SONUÇ

Çalışmamızın ana kısmı marka olabilecek işaretleri işlediğimiz 1. kısımda marka türlerini 3 başlığa ayırmayı uygun bulduk. Marka olabilecek işaret türlerini Türk Patent ve Marka Kurumu ile Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde sicilde gösterilip gösterilemediklerine göre ayırarak 3 kategori altında inceledik. İlk başlık altında Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi ve Türk Patent ve Marka Kurumunun tescilini açık biçimde kabul ettiği ve isim olarak düzenlemelerinde geçen marka türlerini, ardından 2. başlıkta Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde tesciline şüphe olmayıp Ofisin evraklarında isimleri geçen ancak Türk Patent ve Marka Kurumunun izlediği Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte isimleri geçmeyen marka türlerini ve son olarak her iki kurum nezdinde de tescilleri mümkün gözükmeyen marka türlerini derlemeye çalıştık.

Bu sıralamayı takip ederek ilk olarak her iki kurum nezdinde kendine yer edinmiş marka türlerini ele aldık. Sözcük markaları altında hem tekli sözcük markalarını hem de kişi adları, sözcük grupları, sloganlar, harfler ve sayıları irdeledik. Ardından 2 boyutlu şekil markaları olarak tanınan bizim ise görüntü markaları olarak adlandırdığımız markalarını ve 3 boyutlu şekil markaları olarak bilinen ancak bizim form markaları olarak tanıtmaya çalıştığımız marka türlerini anlattık. Sonrasında renk markalarını özellikle kontursuz renk markalarının üzerinde durarak ele aldık ve ardından ses markalarıyla hareket markalarının ayrıntılarına değindik.

Marka türlerini kurumlar tarafından tanınıp tescil edilebilirlikleri yönünden ayırdığımız ikinci başlıkta Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin takip ettiği hukuki düzenlemelerin içerisinde tescillerine dair özel hükümlerin bulunduğu multimedya markaları, desen markaları, hologram markaları ve pozisyon markalarını inceledik. Tekrar belirtmekte fayda var ki Türk Hukuku açısından da bu marka türlerine dair işaretlerin tescilleri mümkün görünmektedir, ayrı kategorilerde incelememizin sebebi bu marka türlerinin ne Sınai Mülkiyet Kanununda ne de Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte ismen anılmayıp tescillerine dair özel koşulların belirlenmemiş olmasıdır.

Son kategoride ise tescillerinin mümkün olup olmadığı marka hukuku alanında çokça tartışılmış olan ancak sicil hukuku çerçevesinde tescillerinin mümkün olmadığını tespit ettiğimiz koku markalarını, tat markalarını ve doku markalarını inceledik. Hem Türk Hukukunda hem de Avrupa Birliği Markası Hukukunda marka hakkı koruması sadece tescil yolu ile kazanıldığından sicile kaydedilebilirlik koruma için vazgeçilmez bir önkoşuldur ve her ne kadar işaretler teşebbüslerin mal veya hizmetlerini birbirlerinden ayırt etmeye yarayacak olsa da sicile

tescil edilmemeleri durumunda Sınai Mülkiyet Kanunu veya 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü çerçevesinde korunamayacaklardır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan marka olabilecek işaretlerin belirlenmelerini sağlayan düzenlemeler hem Türk Hukuku hem de Avrupa Birliği Hukuku açısından değişikliğe uğramıştır. Her iki mevzuat da pek çok yönden ayrıntılı olarak değiştirilmiştir. Yenilikleri ilgili hukuk sistemine göre marka kavramını ve unsurlarını incelemeden önce ayrı birer başlık altında inceledik.

Türk Hukuku açısından yenilikleri toparlayacak olursak; Sınai Mülkiyet Kanunun kabulü ile daha önce birbirinden ayrı şekilde KHK olarak düzenlenen marka, patent, tasarım, coğrafi işaret mevzuatları yürürlükten kaldırılarak tek bir kanunun içinde toplanmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanunun çalışmamızın konusu itibariyle marka hukukuna ilişkin değişiklikleri C. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Markalara İlişkin Değişikliklerine Dair Derleme başlığı altında kimi zaman ayrıntılara değinerek inceledik. Bunlardan en önemlilerini sayacak olursak; Karşılaştığımız ilk yenilik 4. maddede çalışmamızın konusu olan marka olabilecek işaretler tanımının değişmiş olmasıdır. Burada örneklendirme şeklinde sayılan marka olabilecek işaretlere renkler ve sesler eklenmiş “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen” ifadeleri ise metinden çıkarılmıştır. Pek çok işaretin marka olabilirliğini engelleyen çizimle görüntülenebilme şartının kaldırılması devrim niteliğindedir, bu şartın yerini yeni düzenleme ile sicilde açık ve net şekilde görüntülenme almıştır.

Sınai Mülkiyet Kanununda mutlak ret nedenlerinin sayıldığı 5. maddeye b bendi eklenmiştir. Bende göre “Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler” marka olarak tescil edilmeyecektir. Buna göre artık Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da soyut ve somut ayırt edicilik ayırımına gidilecektir.

Bir diğer kapsamlı yenilik markanın kullanılması konusunda olmuştur. Buna göre markanın kullanılmamasının yaptırımının iptal olduğu ve bunun talep üzerine yapılacağının netleştirilmiştir. Ayrıca markasını 5 yıl aralıksız kullanmayan marka hakkı sahibinin marka hakkının sağladığı korumadan kısmen faydalanamayacak yani markasının aynı veya benzerinin tescilini engelleyemeyeceği Sınai Mülkiyet Kanununun 19uncu maddesinin 2. fıkrasında belirlenmiştir. 29uncu maddenin 2. fıkrasında ise kullanmama def'i düzenlenmiştir, kullanılmayan markanın iptali için önceden dava açılması gerekliyken şimdi hem def'i hem de idari bir iptal kararı yenilikleriyle bu işlem kolaylaştırılmıştır.

Birlikte kullanım müessesesi, tanınmış markalara sağlanan korumanın daraltılarak bunların mutlak ret nedenlerinden nispi ret nedenlerine taşınması, tescilli markanın hakkının sağladığı korumanın kapsamının genişletilmesi, markanın hükümsüzlük ve iptaline ilişkin düzenlemelerin ayrıştırılması, yayıma itiraz süresinin 3 aydan 2 aya indirilmesi, sessiz kalma suretiyle hak kaybı prensibinin kanuna alınması gibi birçok konuda yenilikler yapılmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanununda yapılan değişikliklere değindikten sonra Türk Hukukundaki marka kavramından ve bunun zaman içinde nasıl bir değişime uğradığından bahsettik. Bu kapsamda geçmişten günümüze marka tanımlarını masaya yatırdık. Ardından tanımlar üzerinde yaptığımız inceleme sonucu tespit ettiğimiz Türk Hukuku için markanın unsurlarını irdelemeye başladık. İlk olarak markayı oluşturacak işareti ele aldık ve bunun bağımsızlık ve bütünlük koşullarının üzerinde durduk. Sonrasında ayırt edicilik unsuru hakkında genel bilgilere ortaya koyarak ayırt edicilik kavramını farklı bir yönden incelememiz gerektiğini tespit ettik. Geleneksel olarak kullanılan ayırt edicilik ile Avrupa Birliği Hukukundan gelen soyut ve somut ayırt edicilik ayrımını ortaya koyduk. Son olarak hem Türk Hukuku hem de Avrupa Birliği Hukuku açısından yeni bir unsur olan sicilde görüntülenebilirliği incelemeye çalıştık.

Akabinde çalışmamızın diğer ayağını oluşturan Avrupa Birliği Hukukundaki incelememize geçtik. Öncelikle 2017/1001 sayılı Tüzük ile Avrupa Birliği Marka Hukukunun uğradığı değişikliklere göz attık. 2017/1001 sayılı Tüzük ile Avrupa Topluluğu Markası, Avrupa Birliği Markasına dönüştürülmüştür. Birlik Markası hakkı kapsamına ilişkin yapılan en etkili değişiklik çizimle gösterilme şartının kaldırılması olmuştur. Burada da yine sicilde gösterilebilirlik bu şartın yerini almıştır.

Ayrıca daha birçok değişiklik yapılmıştır. Örnek olarak; Geleneksel ürün adları ve coğrafi işaretlerin korumasının arttırılması ve marka hakkı sahibine tescilli markası ile karıştırılma ihtimali yaratacak ticaret ünvanı ve benzeri isimlerin kullanılmasını yasaklama hakkı tanınması verilebilir. Avrupa Birliği Markası hakkı sahibine üçüncü kişiler tarafından yapılan tescilli markasının aynı veya benzerini taşıyan mal ve/veya hizmetlerin Avrupa Birliği sınırları içerisinde transit geçişlerini engelleme olanağı yeni düzenleme ile sağlanmıştır. Dahası marka hakkı sahibine taklit markasının ticaretinin gerçekleşme ihtimaline karşı hazırlık hareketlerine de müdahale hakkı tanınmıştır. Başka bir değişiklikte ise ayırt ediciliği olmayan işaretlerin de üçüncü kişilerce kullanılmasının yasaklanamaması kanunlaştırılmıştır. Avrupa Birliği Markasının tescilli halinden farklı olarak yeni unsurlarla kullanılması da, yeni unsurlar tescil edilmese bile markanın kullanıldığı anlamına gelmesi Avrupa Birliği Marka Hukuku alanında yeni düzenleme ile getirilen yenilikler arasında sayılabilecektir.

Avrupa Birliği Hukukunda marka kavramı ve markanın unsurlarına geçmeden önce burada kullanılacak terminolojinin ve konseptlerin daha iyi anlaşılmasını sağlamak için Avrupa Birliği Hukukunu ana hatları ile inceledik. Bu kapsamda Avrupa Birliğini günümüze taşıyan iç pazar konseptinin ne olduğunu ve başlıca hangi öğeleri barındırdığını yazdık. Bu incelemenin, Avrupa Birliği üye devletlerinin hukuklarının uyumlaştırılmasını ve yeknesak bir hukuk sisteminin benimsenmesini irdelemeden önce, üye devletlerin hukuklarının neden uyumlaştırıldığı sorusunun cevabı ve bunun sonuçlarının ne olduğu konusunda okuyuculara fikir vermesini amaçladık.

Ardından Avrupa Birliği üye devletlerin hukuklarının uyumlaştırılmasını ve yeknesak bir hukuk sisteminin benimsenmesini iki ayrı başlık altında sistematik bir şekilde ele alarak uyumlaştırma ve yeknesaklaştırmanın nasıl olduğu sorusuna cevap aradık. Sonrasında uyumlaştırma ve yeknesaklaştırmanın uygulamadaki sonuçları olarak direktifler ve tüzükleri incelemeye başladık. Bu çerçevede Avrupa birliğinin henüz sahip olmadığı – ve son yıllarda güçlenen muhafazakar politikalar sebebiyle uzun süre ufukta görünmeyen – ayrı bir devlet kişiliğine rağmen kullandığı egemenlik yetkisinin sınırlarını ilkeler aracılığı ile çizmeye çalıştık.

Avrupa Birliği Hukukuna dair verdiğimiz genel bilgilerden sonra bunların marka hukuku çerçevesinde uygulamasının ortaya çıkardığı düzene baktık. Öncelikle yeknesak bir marka hukuku sistemi olarak Avrupa Birliği Markasının temelinde yatan ilkeleri ele aldık ve ardından Avrupa Birliği Markasının unsurlarını inceledik. İşaret unsurunu Türk Hukukunu incelediğimiz kısımda işlediğimizden ve Avrupa Birliği Markası çerçevesinde bu unsurun bir değişiklik ihtiva etmeyeceğinden dolayı diğer iki unsura yani “işaretin bir teşebbüsün mallarını başka bir teşebbüsten ayırt etmeye uygun olması” ve sicilde görüntülenebilmesi konularına yoğunlaştık.

Sonuç olarak “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun olan tüm işaretler sicilde gösterilebildikleri” sürece marka olabileceklerdir. Marka olabilecek her işaretin tescil edilebileceğine dair bir kaide elbette yoktur. Ancak marka olabilmek için işaretlerin tescil edilecekleri sicilde gösterilebilmeleri gerekmektedir. Bu sonuca Türk Marka Hukukunun düzenlendiği Sınai Mülkiyet Kanunun 4. maddesiyle 7. maddesinin 1. fıkrasının ve Avrupa Birliği Marka Hukuku açısından 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü’nün 4. maddesiyle 6. maddesinin birlikte okunmasıyla varılmaktadır. Yıllardır hangi marka türünün çizimle nasıl gösterilebileceğine dair yapılan uzun tartışmalar da böylece sonuçlanmış olacaktır.

Bu çalışmanın konusunu belirlemedeki en güçlü etken olan Sınai Mülkiyet Kanunun kabulü çalışmaya başlamamızın ardından kısa bir süre sonra yürürlüğe giren 2017/1001 sayılı Avrupa

Birliği Markası Tüzüğüyle gelen yenilikler çerçevesinde, görülüyor ki çizimle görüntülenebilmenin kaldırılması pek çok marka türünün tescilini kolaylaştırmış ve hatta mümkün kılmıştır. Basılı evraklardan vazgeçen Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi 1 Ekim 2017 tarihinden itibaren elektronik ortamda başvuru almaya başlamış ve böylece geç de olsa pek çok tartışmalı markanın önünü açmıştır. Şüphesiz Türk Hukukunun mevzuatı da aynı esnekliğe sahip olduğundan zaman içinde pek çok yeni marka türünün kullanılmaya başlandığını göreceğiz. Yapılan yenilikler birçok marka türünün tescili için kapı aralasa da işaretin “marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması” gerektiğinden tat ve koku markalarının günümüz teknolojisiyle tescilinin mümkün olmadığı kesinleşmiş bulunmaktadır.

Pek çok yeni marka türünün de tanıtıldığı bu çalışmanın özellikle ticaretin her alanında görülebilecek multimedya markaları veya yurdumuzun bir zenginliği olan tekstil alanında kullanılabilecek desen markalarının kullanımının yaygınlaştırılması açısından ülkemize faydalı olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Alhas, Zeynep Seda/ **Dernekoğlu**, Umut: Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi Sayı 2014/1.

Atıf Şekli: Alhas/Dernekoğlu, Markanın Kullanılmaması, ...

Arkan, Sabih: Marka Hukuku, Cilt I, Ankara 1997.

Atıf Şekli: Arkan, Marka Hukuku...

Aytemiz, Ayşe Özünel: Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanılması ve Ayırt Ediciliğin Kaybedilmesi, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2010.

Atıf Şekli: Aytemiz, Ayırt Edicilik Kazanılması,...

Bauer, Robert: Die Ware als Marke – Gedanken zur BGH-Entscheidung “Füllkörper” GRUR 1996.

Atıf Şekli: Bauer, GRUR 1996,...

Baumbach, Adolf/**Hefermehl**, Wolfgang: Warenzeichengesetz, 12.Auflage, München 1985.

Atıf Şekli: Baumbach/Hefermehl, WZG,...

Beier, Friedrich-Karl: Stand und Aussichten der europäischen Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, GRUR Int. 1969.

Atıf Şekli: Beier, Stand und Aussichten,...

Beier, Friedrich-Karl: Ziele und Leitgedanken des europäischen Markenrechts, GRUR Int. 1976.

Atıf Şekli: Beier, Ziele und Leitgedanken,...

Beier, Friedrich-Karl: Entwicklung und Grundzüge des europäischen Markenrechts, 1982; Markenrechtliche Abhandlungen, Beiträge zur neueren Entwicklung des Warenzeichen-, Ausstattungs- und Herkunftsschutzes, 1956-1985, München 1985.

Atıf Şekli: Beier, Entwicklung und Grundzüge,...

Bender, Achim: Die grafische Darstellbarkeit neuer Markenformen, ERA Forum Sayı:6, 515, Springer-Verlag, 2005.

Atıf Şekli: Bender, grafische Darstellbarkeit, ...

Bently, Lionel: “The making of modern trade mark law: the construction of the legal concept of trade mark”, Trade Marks and Brands, Cambridge Intellectual Property and Information Law, 2008.

Atıf Şekli: Bently, Trade Marks,...

Berlit, Wolfgang: Praxis des Gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts; Markenrecht, 8. Auflage, C.H. Beck, München 2010.

Atıf Şekli: Berlit, Markenrecht,...

Berlit, Wolfgang: Das neue Markenrecht, WiB 1995.

Atıf Şekli: Berlit, Das neue Markenrecht,...

Buhrow, Astrid: Markenmäßiger Gebrauch im Spannungsfeld von horizontaler und vertikaler Benutzung, Peter Lang Verlag, Frankfurt 2005.

Atıf Şekli: Buhrow, Gebrauch im Spannungsfeld,...

Bumiller, Ursula: Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke in der Europäischen Union, Verlag C. H. Beck, Düsseldorf 1997.

Atıf Şekli: Bumiller, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke, ...

Çağlar, Hayrettin: Sınai Mülkiyet Kanunun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, 139-145, Ocak 2017.

Atıf Şekli: Çağlar, Başkent Üniversitesi, 139-145

Çağlar, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar, 1. Baskı, Ankara 2013.

Atıf Şekli: Çağlar, Marka Hukuku,...

Çolak, Uğur: Türk Marka Hukuku, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Atıf Şekli: Çolak, Türk Marka Hukuku,...

Danger, Torben: Die rechtsverletzende Benutzungshandlung im Markenrecht – Abschied von der Herkunftsbezogenheit, Carl Heymanns Verlag, 2007.

Atıf Şekli: Danger, Die rechtsverletzende Benutzungshandlung,...

Daniels, Silja: Die Dreidimensionale Marke, Lit Verlag, Hamburg 1999.

Atıf Şekli: Daniels, Die Dreidimensionale Marke,...

Davis, Richard/**Longstaff**, Ben/**Roughton**, Ashley/**Quintin**, Thomas St./**Tritton**, Guy: Tritton on Intellectual Property in Europe, 4. Edition, Sweet&Maxwell, 2014.

Atıf Şekli: Davis/Longstaff/Roughton/Quintin/Tritton; IP in Europe,...

Dierksen, Rüdiger: Die abstrakte Farbmarke, Herbert Utz Verlag GmbH, München 2001.

Atıf Şekli: Dierksen, abstrakte Farbmarke, ...

Dirikkan, Hanife: Tescilli Markayı Kullanma Kulfeti, Prof. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.

Atıf Şekli: Dirikkan, Markayı Kullanma,...

Doğan, Beşir Fatih: Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı :2006/3, 17-42.

Atıf Şekli: Doğan, Soyut Ayırt Edicilik,...

Doğan, Beşir Fatih: Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı:2005/4, 37-65.

Atıf Şekli: Doğan, Soyut Renklerin Tescil Edilebilirliği,...

Ellins, Julia: Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, Duncker und Humblot, Berlin 1997.

Atıf Şekli: Ellins, Copyright Law,...

Eminoğlu, Cafer: Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi'nin 556 sayılı KHK'nın M.16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Sayı: 2016/01.

Atıf Şekli: Eminoğlu, Marka Sahibinin Tekliği,...

Enchelmaier, Stefan: Europäisches Wirtschaftsrecht, Verlag W. Kohlhammer, München 2005.

Atıf Şekli: Enchelmaier, Wirtschaftsrecht, ...

Er, Turhan Hakkı: "Markanın Doğuşu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010 (Ed: Tekin Memiş) XII Levha, İstanbul 2011.

Atıf Şekli: Er, Yıllık,...

Eroğlu, Sevilay: Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Cilt: 5 Sayı: 1, 2003.

Atıf Şekli: Eroğlu, Soyut Renk, ...

Fammler, Michael: Die Exportmarke-Zugleich ein Beitrag zu ausgewählten Fragen der Europäischen Gemeinschaftsmarke und des internationalen Markenschutzes, Peter Lang Verlag, Konstanz 1989.

Atıf Şekli: Fammler, Die Exportmarke,...

Fezer, Karl-Heinz: Markenrecht 4. Auflage, München 2009.

Atıf Şekli: Fezer, Markenrecht,...

Fröhlich, Jana: Die Relevanz der Markenform- Die Herleitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen zwischen den Markenformen, Carl Heymanns Verlag, München 2016.

Atıf Şekli: Fröhlich, Die Relevanz der Markenform,...

Güneş, İlhami: "Türkiye'de Marka Verilmesi Usulü, Mutlak ve Nisbi Red Nedenleri", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2011, (Ed. Tekin Memiş) 2012.

Atıf Şekli: Güneş, Marka Verilmesi,...

Hacker, Franz: Markenrecht, Das deutsche Markensystem, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, 2011.

Atıf Şekli: Hacker, Markenrecht,...

Hakenberg, Waltraud: Europarecht, Verlag Franz Vahlen, 5. Auflage, München 2010.

Atıf Şekli: Hakenberg, Europarecht, ...

Ilzhöfer, Volker/ **Engels**, Rainer: Patent-, Marken- und Urheberrecht Leitfaden für Ausbildung und Praxis, 8. Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2010.

Atıf Şekli: Ilzhöfer/Engels, Patent-, Marken- und Urheberrecht,...

Ingerl, Reinhard: Die Gemeinschaftsmarke, Stuttgart 1996.

Atıf Şekli: Ingerl, Die Gemeinschaftsmarke,...

Ingerl, Reinhard/ **Rohnke**, Christian: MarkenG, 2. Auflage, München 2003.

Atıf Şekli: Ingerl/Rohnke, MarkenG,...

Jehoram, Tobias Cohen/ **van Nispen**, Constant/ **Huydecoper**, Tony: European Trademark Law, Wolters Kluwer, 2010.

Atıf Şekli: Jehoram/Nispen/Huydecoper, Trademark,...

Just, Clemens: Die Gemeinschaftsmarke im System des internationalen Markenschutzes, Peter Lang Verlag, Berlin 2000.

Atıf Şekli: Just, Die Gemeinschaftsmarke, ...

Karahan, Sami /**Suluk**, Cahit/ **Saraç**, Tahir/**Nal**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku Esasları, 3. Bası, Seçkin, Ankara 2013.

Atıf Şekli: Karahan, Fikri Mülkiyet, ...

Karan, Hakan/**Kılıç**, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi, Turhan Kitapevi, Ankara 2004.

Atıf Şekli: Karan/Kılıç, Şerh, ...

Karasu, Rauf: Ses Markaları, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2007/2.

Atıf Şekli: Karasu, Ses Markaları,...

Kaya, Arslan: Marka Hukuku, Arıkan Basım, İstanbul 2006.

Atıf Şekli: Kaya, Marka Hukuku...

Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru: Sınai Mülkiyet Kanunu, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 2017/1.

Atıf Şekli: Kılıçoğlu Yılmaz, Sınai Mülkiyet Kanunu,...

Kilian, Wolfgang: Europäisches Wirtschaftsrecht, Verlag C. H. Beck, 4. Auflage, Darmstadt 2010.

Atıf Şekli: Kilian, Wirtschaftsrecht, ...

Klaka, Reiner/**Schulz**, Andreas: Die Europäische Gemeinschaftsmarke, Überblick für die Praxis, Bonn 1996.

Atıf Şekli: Klaka/Schulz, Die Europäische Gemeinschaftsmarke, ...

Klaka, Reiner: Schutzzfähigkeit der dreidimensionalen Benutzungsmarke nach § 4 Nr.2 MarkenG, GRUR 1996.

Atıf Şekli: Klaka, Benutzungsmarke, ...

Köse, Mutlu Yıldırım/**Tınaz**, Canan/**Atlı**, Tuğçe: “Geleneksel Olmayan Markalar”, FMR 2014/2.

Atıf Şekli: Köse/Tınaz/Atlı, Geleneksel Olmayan Markalar, ...

Krieger, Albrecht: Europäisches Markenrecht im Werden, GRUR Int. 1979.

Atıf Şekli: Krieger, Markenrecht im Werden, ...

Kur, Anette: Die Verwechslungsgefahr im europäischen Markenrecht, MarkenR 1999; Die Harmonisierungslücken der europäischen Markengesetze, Resultate – offene Fragen-Harmonisierungslücken, GRUR 1997.

Atıf Şekli: Kur, Verwechslungsgefahr, ...

Kur, Anette: Formalschutz dreidimensionaler Marken- neue Aufgaben für die Markenabteilung des Deutschen Patentamts, in Festschrift DPA- 100 Jahre Marken-Amt, München 1994.

Atıf Şekli: Kur, Formalschutz, ...

Kur, Anette: Was macht ein Zeichen zur Marke, MarkenR Nr.1, 2000.

Atıf Şekli: Kur, MarkenR, ...

Marx, Claudius: Deutsches und europäisches Markenrecht, Hermann Luchterhand, Berlin 1996.

Atıf Şekli: Marx, Markenrecht, ...

Marx, Claudius: Deutsches und europäisches Markenrecht, Hermann Luchterhand, 2. Auflage, Konstanz 2007.

Atıf Şekli: Marx, Markenrecht, 2.Bası, ...

Marz, Martin: Der Schutz von eintragungsfähigen Marken nach dem neuen Markengesetz, Verlag V. Florentz GmbH, München 1997.

Atıf Şekli: Marz, eintragungsfähigen Marken, ...

Meister, Herbert: Marke und Recht, Wien 1997.

Atıf Şekli: Meister, Marke und Recht, ...

Meister, Herbert: Praktische Erfahrungen mit dem neuen Markengesetz, in WRP 1995.

Atıf Şekli: Meister, Praktische Erfahrungen,...

Meister, Herbert: Erste Erfahrungen mit dem neuen Markengesetz, Teil II, MA 1995.

Atıf Şekli: Meister, Erste Erfahrungen,...

Morcom, Cristopher: The Madrid Arrangement-Implications for the Community Trade Mark, EIPR 1989.

Atıf Şekli: Morcom, The Madrid Arrangement,...

Öztürk, Özge: Koku Markası, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt: 7 FMR Sayı 2007/2.

Atıf Şekli: Öztürk, Koku Markası,...

Pieper, Stefan Ulrich: Subsidiarität. Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, Köln u.a. 1994.

Atıf Şekli: Pieper, Subsidiarität,...

Prandzioch, Annette B.: Das Europäische Markenamt, Funktion und Bedeutung der Gemeinschaftsmarke, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 1999.

Atıf Şekli: Prandzioch, Das Europäische Markenamt,...

Raßmann, Christian: Die Markenrechtsreform in Deutschland, Schweiz und Österreich, Verlag V. Florentz, München 1998.

Atıf Şekli: Raßmann, Die Markenrechtsreform,...

Schmieder, Hans-Heinrich: Warenzeichen als Sprachgebilde, NJW 1992.

Atıf Şekli: Schmieder, NJW,...

Schricker, Gerhard /**Beier**, Friedrich-Karl: Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, Ringberg-Symposium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent- Urheber- und Wettbewerbsrecht, 16. bis 21. September 1996.

Atıf Şekli: Schricker /Beier, Die Neuordnung des Markenrechts, ...

Schwartz, Ivo: Das Markenrecht in der Europäischen Gemeinschaft – Eine Zwischenbilanz, GRUR Int. 1981.

Atıf Şekli: Schwartz, Das Markenrecht,...

Sieckmann, Ralf: Erste Entscheidung zur Eintragung einer Geruchsmarke nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung, Anmerkung zur Entscheidung der 2. Beschwerdekammer des HABM vom 11.02.1999- R 156/1998-2- The smell of fresh cut grass, WRP 1999. <http://www.copat.de/download/si-wrp99.pdf>

Atıf Şekli: Sieckmann, Erste Entscheidung,...

Sosnitza, Olaf: Deutsches und europäisches Markenrecht, Verlag C.H. Beck, München 2010.

Atıf Şekli: Sosnitza, Markenrecht,...

Ströbele, Paul: "Registration of New Trademark Forms", IIC 2001.

Atıf Şekli: Ströbele, Registration,...

Ströbele, Paul/ **Klaka**, Rainer/ **Althammer**, Werner: Markengesetz, 5. Auflage, Köln 1997.

Atıf Şekli: Ströbele, MarkenG,...

Ströbele, Paul/**Hacker**, Franz: Markengesetz, 9.Auflage, 2009.

Atıf Şekli: Ströbele/Hacker, MarkenG,...

Ströbele, Paul: Die Eintragungsfähigkeit neuer Markenformen, GRUR 1999.

Atıf Şekli: Ströbele, GRUR 1999,...

Şenocak, Kemal: Soyut Renk Markaları, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003.

Atıf Şekli: Şenocak, Soyut Renk Markaları,...

Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Atıf Şekli: Tekinalp, Fikri Mülkiyet,...

Thiele, Alexander; Europarecht, Niederle Media, 8. Auflage, 2011.

Atıf Şekli: Thiele, Europarecht, ...

Thilo, Alexandra: Neue Formen der Marke im Markenrecht und in der Gemeinschaftsmarkenverordnung, Dissertation 1998.

Atıf Şekli: Thilo, Neue Formen,...

Umar, Bilge/ **Yılmaz**, Ejder: İspat Yüğü, Kazancı Matbaacılık, 1980.

Atıf Şekli: Umar/Yılmaz, İspat Yüğü, ...

Ünal, Mücahit: 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Göre Marka Olabilecek İşaretler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt: 13, Sayı:2, 2005.

Atıf Şekli: Ünal, İşaretler,...

Vanzetti, Adriano: Funktion und Rechtsnatur der Marke, GRUR Int. 1965.

Atıf Şekli: Vanzetti, Funktion und Rechtsnatur,...

Von Gamm (Frhr), Otto-Friedrich: Schwerpunkte des neuen Markenrechts – Referat anlässlich der GRUR- Jahrestagung am 03.06.1994, GRUR 1994.

Atıf Şekli: Von Gamm, Schwerpunkte des neuen Markenrechts,...

Winkler, Heinz: Erfahrungen des DPA mit dem erweiterten Markenbegriff, MA 1996.

Atıf Şekli: Winkler, MA 1996,...

Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004.

Atıf Şekli: Yasaman, Şerh,...

Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları,C.I, İstanbul 2004.

Atıf Şekli: Yasaman, Marka Hukuku I,...

Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları C. II, İstanbul 2005.

Atıf Şekli: Yasaman, Marka Hukuku II,...

Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları C. III, İstanbul 2008.

Atıf Şekli: Yasaman, Marka Hukuku III,...

Yasaman, Hamdi: **Altay**, Sıtkı Anlam; **Ayoğlu**, Tolga; **Yusufoğlu**, Fülürya; **Yüksel**, Sinan; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, 1.Bası, İstanbul 2004.

Atıf Şekli: Yasaman vd., Marka Hukuku,...

Online Kaynaklar

1883 tarihli Paris Sözleşmesi

<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/15418.pdf> E.T. 30.10.2017

1989 Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile İlgili Protokol, 22.8.1997 tarihli ve 23088 mükerrer Sayılı Resmi Gazete

http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23088_1.pdf E.T. 28.03.2018

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.556.pdf> E.T. 30.10.2017

551 sayılı Markalar Kanunu

<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11951.pdf> E.T 30.10.2017

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.556.pdf> E. T. 20.04.2017

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm> E.T. 30.10.2017

Access to European Law- <http://eur-lex.europa.eu/>

AB Komisyonu'nun sınai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin Avrupa stratejisinin tartışıldığı 16. Temmuz 2008 tarihli bültenin

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:52009AE1020 E.T.25.11.2017>

Commission Implementing Regulation (EU) 2017/1431 of 18 May 2017 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Council Regulation (EC) No 207/2009 on the European Union trade mark

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32017R1431 E.T.25.11.2017>

Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2008.299.01.0025.01.ENG&toc=OJ:L: 2008:299:TOC E.T. 28.11.2017

Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436 E.T. 08.11.2017>

First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.1989.040.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L: 1989:040:TOC E.T. 28.11.2017

Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX: 32017R1001 E.T. 04.01.2018>

Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market, (2015/2424 sayılı Tüzük olarak anılacaktır)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015R2424>

EUIPO- European Union Intellectual Property Office - [http:// oami.europa.eu](http://oami.europa.eu)

EU Trade Mark Reform, Comparative Document – Regulation (EC) 207/2009 (as amended) and Regulation EUTMR 2017/1001

https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/DGWPLR/EUTMR_as_amended_en.pdf E.T. 21.02.2018

EUIPO – Elimination of graphical representation requirement

<https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/elimination-of-graphical-representation-requirement E.T. 21.02.2018>

EUIPO – What can be an EU Trade Mark

<https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/what-can-be-an-eu-trade-mark E.T. 21.02.2018>

EUIPO – EU Trade Mark Regulation FAQs

<https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/eu-trade-mark-regulation-faqs-2017#watn E.T. 21.02.2018>

Reform der Unionsmarke Zusammenfassung der Änderungen

https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/legal_reform/Overview_changes_de.pdf E.T. 21.02.2018.

AB Komisyonu'nun 207/2009 sayılı Tüzüğün değiştirilmesine dair 2 Nisan 2013 tarihli, Tüzük önerisi
<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%208065%202013%20INIT> E.T. 21.02.2018

WIPO Magazine

WIPO Magazine 2009

http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0003.html E.T. 28.04.2017

WIPO Magazine 2006

http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/06/article_0007.html E.T. 28.04.2017

BeckOnline – Tüm GRUR, GRUR Int., WiB, WRP, NJW, EIPR Makaleleri için;

<https://beck-online.beck.de/Home>

Jurion – Alman yargı kararları için;

<https://www.jurion.de>

DeJure – Tüm Avrupa Birliği Mülkiyet Ofisi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları için;

<https://dejure.org>

A'dan –Z'ye

Alman Marka Kanunu

<https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/index.html#BJNR308210994BJNE000500000> E.T. 06.04.2018

Anayasa Mahkemesi 2016/148 E. 2016/189 K. sayılı 14.12.2016 tarihli kararı

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170106-11.pdf> E.T. 30.10.2017

Amerikan Patent Kurumunun 85826258 seri numaralı 25 Şubat 2016 tarihli kararı

<https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/tbmp-9000-ListOfCases-2016.pdf> E.T. 01.04.2018.

Amerikan Patent Kurumunun, 76467774 sayılı 07 Aralık 2005 tarihli kararı

<https://trademarks.lexroll.com/2016/10/28/in-re-n-v-organon-76467774-ttab-12-7-2005/> E.T. 01.04.2018

Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma

<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> E.T. 30.10.2017

Avrupa Topluluklarına İlişkin Temel Belgeler cilt 1: Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar (AKÇT, AET, AAET)

<http://www.ikv.org.tr/images/files/A2-tr.pdf> E.T. 30.10.2017

Fabrika Mamulatiyla Eşya-i Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname
<https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/fabrika-mamulatiyle-ec59fyai-ticariyeye-mahsus-alameti-farikalara-dair-nizamname.doc> E.T. 30.10.2017

Forbes Online Dergisi
<https://www.forbes.com/powerful-brands/list/> E.T. 11.04.2017

Federal Almanya Meclis Tutanakları
<http://dipbt.bundestag.de> E.T. 30.10.2017

Jurix – Özellikle; Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Editör, Rıza Ayhan Sayı 1, Ocak 2017, Sayfa, 139-154; Çağlar, Hayrettin, Sınai Mülkiyet Kanunun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler; için.
<https://jurix.com.tr/article/7528> E.T. 06.04.2018

Marka İnceleme Klavuzu-
<http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf> E. T. 20.04.2017

Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik-
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170424-5.htm> E.T. 20.04.2017

TC Avrupa Birliği Genel Sekreterliği – Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü (İNGİLİZCE-TÜRKÇE)
https://www.ab.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf E. T. 20.04.2017

Turkpatent – Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ
<http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/86D9FC05-00FC-445B-BAE9-38BBB38AD845.pdf> E.T. 15.03.2018

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.11.2015 tarihli 2015/3959 E., 2015/12385 K. sayılı kararı
<http://hukukmedeniyeti.org/karar/118665/yargitay-11-hukuk-dairesi-e-2015-3959-k-2015-12385/> E.T. 28.03.2018

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2006/11683 E. 2008/3864 K. sayılı kararı
<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 28.03.2018.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 17.03.2003 tarihli 2002/10068 E., 2003/2475 K. sayılı kararı
 Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C.3, S.2003/3. S. 172.

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 2002/5352 E., 2002/10729 K. sayılı kararı
<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 28.03.2018.

EK 1: Orjinallik Raporu



**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU**

**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA**

Tarih: 08/06.2018

Tez Başlığı: TÜRK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA MARKA OLABİLECEK İŞARETLER

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 152... sayfalık kısmına ilişkin, 11.06/2018 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 9... 'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- ☐ Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
- 2- ☐ Kaynakça hariç
- 3- ☒ Alıntılar hariç
- 4- ☐ Alıntılar dâhil
- 5- ☐ 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

Adı Soyadı: Fulya Yapar

Öğrenci No: N15226717

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans

08.06.2018

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.

(Dr. Öğr. Üyesi Burcu G. Özcan
Büyüktanır)

EK 2: Etik Komisyon Muafiyet Formu



**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU**

**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA**

Tarih: 08/06/2018

Tez Başlığı: TÜRK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA MARKA OLABİLECEK İŞARETLER

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmam:

1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır,
2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.
3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir.
4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, mülakat, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir.

Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kurul/Komisyon'dan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

Adı Soyadı: Fulya Yapar
Öğrenci No: N15226717
Anabilim Dalı: Özel Hukuk
Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans
Statüsü: ☒ Yüksek Lisans ☐ Doktora ☐ Bütünleşik Doktora

08.06.2018

DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI

(Dr. Öğr. Üyesi Burcu G. Özcan
Büyüktanır)

Detaylı Bilgi: <http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr>

Telefon: 0-312-2976860

Faks: 0-3122992147

E-posta: sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr